

# Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung? Das Schweizer Konzept \*

von

Professor Dr. Peter Forstmoser, Zürich

ZGR 2003, 688–719

*Inhaltsübersicht*

|                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Die Aktiengesellschaft – Mädchen für alles des schweizerischen Gesellschaftsrechts                                                  | 691 |
| II. Die schweizerische Grundordnung: der Verwaltungsrat als Leitungs- und zugleich Geschäftsführungsorgan                              | 694 |
| III. Voraussetzungen für Abweichungen von der dispositiven gesetzlichen Ordnung                                                        | 696 |
| IV. Flexibilität des schweizerischen Rechts hinsichtlich der Organisation                                                              | 698 |
| 1. Umsetzung des angelsächsischen „Unitary Board“-Systems                                                                              | 699 |
| 2. Annäherung an das dualistische deutsche System                                                                                      | 699 |
| 3. Machtkonzentration bei einem „Président Directeur Général“                                                                          | 699 |
| V. Schranken der privatautonomen Gestaltung                                                                                            | 700 |
| 1. Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrates: kein reines Aufsichtsratssystem                                     | 700 |
| 2. Exkurs: Pflicht zur Wahrung der Interessen der eigenen Gesellschaft – eine in Konzerntochtergesellschaften nicht erfüllbare Vorgabe | 703 |
| VI. Die Unternehmensrealität in der Schweiz                                                                                            | 704 |
| 1. Begrenzte Ausnutzung des gesetzlichen Spielraums                                                                                    | 704 |
| 2. Offenhalten der Gestaltungsfreiheit für den Verwaltungsrat                                                                          | 704 |
| 3. Konsequente Ausnutzung aller Möglichkeiten der Kompetenzdelegation bei den mittleren und großen Gesellschaften                      | 705 |
| 4. Keine „Unitary Boards“                                                                                                              | 705 |
| 5. Personelle Verflechtungen zwischen den beiden „Boards“                                                                              | 706 |
| 6. Zur Größe, Arbeitsweise und Organisation von Schweizer Verwaltungsräten                                                             | 707 |
| 7. Exkurs: Verwaltungsräte von Konzerntochtergesellschaften                                                                            | 708 |
| 8. Unmöglichkeit, dem Aktionariat mittels statutarischer Bestimmungen wichtige Geschäftsführungsentscheide vorzubehalten               | 708 |
| VII. Würdigung des Schweizer Konzepts                                                                                                  | 709 |
| 1. Grundsätzlich positive Bilanz                                                                                                       | 709 |
| 2. Probleme infolge ungenügender Einflussmöglichkeiten seitens des Aktionariats bei Familiengesellschaften                             | 709 |
| 3. Probleme infolge begrenzter Delegationsmöglichkeiten                                                                                | 709 |
| 4. Komplizierte Entscheidungswege                                                                                                      | 710 |
| 5. „Durchwursteln“ im Konzern                                                                                                          | 711 |

\* Erweiterte Fassung eines am 9. Mai 2003 in Bonn gehaltenen Referats. Herrn *Salvatore Camodeca*, DEA Sc. pol., cand. iur., danke ich für seine engagierte Unterstützung bei der Umsetzung der Rede in eine Schreibe.

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| VIII. Der Diskussionsentwurf SEEG im Lichte der schweizerischen Gesetzgebung und Praxis . . . . .                                | 711 |
| 1. Unterschiedliche Rechtstraditionen . . . . .                                                                                  | 711 |
| 2. Unmöglichkeit einer konsequent monistischen Organisation . . . . .                                                            | 712 |
| 3. Zulässigkeit der übrigen in der Schweiz möglichen Organisationsformen, besonders des „Président Directeur Général“? . . . . . | 714 |
| 4. Der Katalog der Aufgaben des Verwaltungsrates nach DiskE . . . . .                                                            | 714 |
| 5. Einflussmöglichkeiten der Aktionäre auf die Ausgestaltung der Leitungsfunktion . . . . .                                      | 717 |
| 6. Überregulierung im deutschen Vorschlag? . . . . .                                                                             | 718 |
| 7. Schlussbemerkung . . . . .                                                                                                    | 719 |

Der Anlass zu diesem Bericht war wohl ein Missverständnis. Ich bin gebeten worden, über das schweizerische „Unitary Board“- bzw. „One-tier Board“-System zu referieren – das monistische System der Ausgestaltung der aktienrechtlichen Leitungs- und Geschäftsführungsorganisation, bei welchem die Funktionen der *Strategiefindung*, *Oberleitung* und *Aufsicht* einerseits und der *Geschäftsführung* auf der anderen Seite bei einem einzigen Organ vereint sind. Und in der Tat sieht das schweizerische Aktienrecht diese Organisationsform – dispositiv – als *Grundkonzept* vor<sup>1</sup>.

Die rechtliche *Realität* ist in der Schweiz aber eine andere: In der Praxis ist das „Unitary Board“-Konzept zwar häufig, aber auf kleine und kleinste Gesellschaften – sie wären in Deutschland wohl allesamt Gesellschaften mbH – beschränkt. Alle volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesellschaften kennen eine „Two-tier Board“-Struktur, die Aufteilung der Funktionen auf zwei „Boards“: den *Verwaltungsrat*, der über die Strategie entscheidet und dem *Oberleitung* und *Oberaufsicht* zukommen, einerseits, und ein *geschäftsführendes Organ* – *Direktion*, *Geschäftsleitung* oder *Konzernleitung* genannt – auf der anderen Seite.

Charakteristisch für die schweizerische Ordnung sind zwei andere Eigenarten:

– zum einen die große *Flexibilität*, die mit Bezug auf die Organisation von *Strategieverantwortung*, *Oberleitung*, *Überwachung* und *Geschäftsleitung*

1 Art. 716 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (nachstehend zit. „OR“), in welchem das Aktienrecht – im Rahmen der allgemeinen Novelle zum schweizerischen Handelsrecht vom 18. Dezember 1936 neu konzipiert und durch die umfassende Revision vom 4. Oktober 1991 „verjüngt“ – in Art. 620 ff integriert ist. Zum Wortlaut dieser Bestimmung vgl. nachstehend II. 1. und 3.

gewährt wird<sup>2</sup> und die der privatautonomen Gestaltung viel Spielraum lässt<sup>3</sup>;

– zum anderen die Einschränkung dieser Gestaltungsfreiheit dadurch, dass dem *Verwaltungsrat* – einem Organ, das funktionell zwischen dem deutschen Aufsichtsrat und dem deutschen Vorstand angesiedelt ist und das, wie schon angedeutet, die Aufgaben beider Organe vereinen kann, aber nicht muss<sup>4</sup> – eine *starke Stellung gesetzlich zwingend* zugewiesen wird.

Im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft<sup>5</sup> in Deutschland vom 24. Februar 2003<sup>6</sup> ist im Unterabschnitt zum monistischen System ein als „Verwaltungsrat“ bezeichnetes Organ vorgesehen, das in vielen Punkten einem Schweizer Verwaltungsrat entspricht, sich in anderen aber von diesem klar unterscheidet. Insofern mag der Blick auf das schweizerische Recht für die deutsche Gesetzgebung Sinn machen.

Im Folgenden wird zunächst auf die aktienrechtliche Realität in der Schweiz – sie unterscheidet sich grundlegend von der in Deutschland – hingewiesen<sup>7</sup>. Anschließend werden die gesetzlichen Vorgaben nach Schweizer Recht<sup>8</sup>, sodann ihre Umsetzung und die Unternehmensrealität<sup>9</sup> vorgestellt, und

2 In dieser Hinsicht ist die schweizerische Ordnung verwandt mit derjenigen der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft (SE), ABl EG L 294 vom 10. November 2001, 1 ff (in der Folge zit. „SE-VO“), die sowohl das dualistische wie auch das monistische System kennt und für beide die Möglichkeit offen hält, die laufenden Geschäfte einem Geschäftsführer zu übertragen, vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 2 (für das dualistische System) und Art. 43 Abs. 1 Satz 2 (für das monistische System) SE-VO.

3 Ganz allgemein unterscheidet sich das schweizerische Aktienrecht von der „extrem verrechtlichten Unternehmensverfassung“ (so Kübler, ZHR 167 [2003], 222 ff, 229) des deutschen Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (AktG) durch eine weniger dichte Regelung: Dem helvetischen Gesetzgeber genügten 143 Artikel (ergänzt durch einige wenige Sonderbestimmungen für börsennotierte Gesellschaften im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 [Börsengesetz; nachfolgend zit. „BEHG“]), die zumeist viel kürzer sind als die 410 Paragraphen des AktG und die zudem – anders als die Bestimmungen des AktG (vgl. § 23 Abs. 5) – im Zweifel dispositiver Natur sind. So entsprechen den 40 Paragraphen des AktG zu Vorstand und Aufsichtsstand lediglich 19 Artikel des OR zu Verwaltungsrat und Direktion.

4 Näheres unter IV.

5 In der Folge zit. „SEEG“.

6 In der Folge zit. „DiskE“.

7 Unter I.

8 Unter II. bis V.

9 Unter VI.

schließlich wird das Schweizer Konzept kritisch gewürdigt<sup>10</sup>. Den Abschluss bilden Bemerkungen zum DiskE aus schweizerischer Sicht<sup>11</sup>.

Ein *Vorbehalt* sei vorangestellt: Meine Ausführungen gehen nicht auf die besonderen Anforderungen und Probleme ein, welche sich aus der *Mitbestimmung* ergeben, denn mit dieser hat die Schweiz keinerlei Erfahrung<sup>12</sup>.

### *I. Die Aktiengesellschaft – Mädchen für alles des schweizerischen Gesellschaftsrechts*

1. Die AG ist in der Schweiz die bei weitem häufigste gesellschaftsrechtliche Form für unternehmerische Tätigkeiten. Ende 2002 gab es in der Schweiz 173 332 Aktiengesellschaften, fast doppelt so viele Einheiten wie die aller übrigen Gesellschaftsformen zusammen<sup>13</sup>.

Damit ist die AG in der Schweiz eine „bonne à tout faire“<sup>14</sup>, die für den kleinen Einpersonenbetrieb, die Familiengesellschaft, das Tochterunternehmen im Konzern und für das Stammhaus weltweit tätiger Unternehmungen wie Novartis, UBS und Nestlé gleichermaßen zum Einsatz kommt<sup>15</sup>.

Dieser *universelle Einsatz einer einzigen Rechtsform* ist um so bemerkenswerter, als das schweizerische Recht vom Konzept der *Einheit des Aktienrechts* ausgeht<sup>16</sup>, einem Grundsatz, der auch in der letzten – 1991 abgeschlos-

10 Unter VII.

11 Unter VIII.

12 In schweizerischen Aktiengesellschaften beschränkt sich die „Mitbestimmung“ der Arbeitnehmervertreter auf Mitwirkungsrechte am Arbeitsplatz und auf betrieblicher Ebene, welche in die Ausgestaltung sozialer und personeller, teils auch wirtschaftlicher Aspekte der Unternehmung einfließen. Eine darüber hinausgehende „Mitbestimmung“ im Sinne einer paritätischen Vertretung der Arbeitnehmer im Verwaltungsrat, die gerade aufgrund der monistischen Struktur der Spitzenverfassung der Aktiengesellschaft schweizerischer Prägung wohl eine über das aktuelle deutsche System hinausreichende Bedeutung erlangt hätte, war 1976 Gegenstand einer Volksinitiative, die aber von Volk und Ständen (Kantonen) abgelehnt wurde. Dazu BBl 1971 II 780 f; Schlu ep, FS Bürgi, 1971, S. 311 ff; Böckli i, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., 1996, Rdn. 1750 ff; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 3 Rdn. 73 ff.

13 Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB), Nr. 15 vom 24. Januar 2003, 58. Nur die Einzelfirmen waren mit 144 839 Eintragungen ähnlich häufig.

14 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, aaO (Fn. 12), § 29 Rdn. 10.

15 von Büren/Stoffel/Schnyder/Christen-Westenberg, Aktienrecht, 2000, Rdn. 2 f.

16 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, aaO (Fn. 12) § 2 Rdn. 61.

senen – Reform des Schweizer Aktienrechts nur ganz vereinzelt durchbrochen worden ist<sup>17</sup>.

2. In neuerer Zeit sind die Dinge freilich sowohl in der Rechtswirklichkeit wie auch in der Gesetzgebung in Bewegung geraten:

a) So hat die *GmbH* in den letzten 12 Jahren einen Siegeszug angetreten: 1936 als Retortenbaby aufgrund des deutschen Vorbildes gezeugt<sup>18</sup>, blieb sie während fünf Jahrzehnten ein Mauerblümchen: Ende 1991 bedienten sich knapp 2 800 Gesellschaften dieser Rechtsform<sup>19</sup>. Inzwischen ist ihre Zahl – als Folge der vom Reformgesetzgeber eingeführten verschärften Anforderungen an die AG – auf über 60 000 angestiegen<sup>20</sup>, mit weiterhin stark steigender Tendenz<sup>21</sup>. Noch immer aber ist die AG die bei weitem häufigste Rechtsform auch für Kleinunternehmen.

b) Mit dem gestaffelt am 1. Februar 1997 und 1. Januar 1998 in Kraft gesetzten BEHG wurde sodann eine Art „Börsengesellschaftsrecht“ als Recht für Publikumsgesellschaften geschaffen<sup>22</sup>. Dieses enthält aber keinerlei Bestim-

17 Das geltende Aktienrecht differenziert nur an wenigen Stellen nach der Größe und volkswirtschaftlichen Bedeutung: bei der Pflicht zur Konzernrechnung (vgl. Art. 663e ff OR), bei den Offenlegungsvorschriften (vgl. Art. 697h, 663c OR), bei den Anforderungen an die Revisionsstelle (den Abschlussprüfer) (vgl. Art. 727b OR) und bei den Bestimmungen über die Erschwerung der Übertragbarkeit von Aktien (vgl. Art. 685a ff OR). – In den letzten Jahren ist in der rechtspolitischen Diskussion freilich der Vorschlag gemacht worden, das Aktienrecht durch Sonderbestimmungen für die „private AG“ zu erweitern, vgl. etwa Hirsch/Nobel, SZW 69 (1997), 126 ff; ferner die Beiträge von Nobel und Reymond, in: Rochat/Ferrari, Les projets de Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998 = Publications du Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC) 37, 205 ff und 225 ff. Diese Postulate sind jedoch durch die Politik – meines Erachtens zu Recht – nicht aufgenommen worden.

18 Vgl. dazu die Botschaft (ein erläuternder Bericht, der Teil des schweizerischen Gesetzgebungsverfahrens ist) des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, Bundesblatt (BBl) 1928 I 205 ff, 271 ff.

19 Gemäß den vom Eidgenössischen Handelsregisteramt (Bern) erhobenen Daten standen Ende 1991 den 2 769 eingetragenen Gesellschaften mbH 166 470 Aktiengesellschaften gegenüber.

20 Ende 2002 gab es 61.442 Gesellschaften mbH; vgl. SHAB, Nr. 15 vom 24. Januar 2003, 58.

21 Die Zahl der Aktiengesellschaften vermehrte sich dagegen im letzten Jahrzehnt um weniger als 10 %.

22 Vgl. Art. 20–33 und 51–54 BEHG; dazu etwa von der Crone, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 133 (1997), 73 ff; Nobel, FS Bär, 1998, S. 301 ff.

mungen zur Organisation der Aktiengesellschaft und braucht daher im hier interessierenden Kontext nicht beachtet zu werden<sup>23</sup>.

Auf die speziellen Verhältnisse von börsennotierten Gesellschaften geht der am 1. Juli 2002 in Kraft gesetzte „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“<sup>24</sup> ein. Doch handelt es sich bei diesem Regelwerk um soft law, das nach eigenem Bekenntnis lediglich „Leitlinien setzen und Empfehlungen abgeben, nicht den Schweizer Unternehmen eine Zwangsjacke anziehen“ will<sup>25</sup> und über dessen Umsetzung die Gesellschaften frei entscheiden können<sup>26</sup>.

3. Daher bleibt es dabei – und es zeichnet sich auch in absehbarer Zukunft keine Änderung ab –, dass die *AG in der Schweiz die bei weitem bedeutendste und häufigste Rechtsform für irgendeine wirtschaftliche Tätigkeit ist, und dies unabhängig von der Größe der Unternehmung und der Ausgestaltung des Aktionariats. Und hinsichtlich der Organisation und der Aufgaben der Organe sind die rechtlichen Vorgaben im Wesentlichen für alle Schweizer Aktiengesellschaften – ungeachtet ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrer Aktionärsstruktur – dieselben.*

Diese immense Vielfalt in der Verwendung der AG für wirtschaftliche und gelegentlich auch nicht-wirtschaftliche Ziele war und ist nur möglich, weil das schweizerische Aktienrecht *äußerst flexibel* ausgestaltet und *nicht zwingend auf einen bestimmten Unternehmenstypus festgelegt ist*<sup>27</sup>. Es ist damit – bei allen Ähnlichkeiten in einzelnen Punkten – quasi das Gegenstück zum weitgehend zwingenden deutschen Aktienrecht, das den Privaten wenig Spielraum für die individuelle Ausgestaltung belässt<sup>28</sup>. Und während die Schweiz – vor allem in der Vergangenheit – deutsches juristisches Gedanken- gut oft rezipiert hat<sup>29</sup>, kann hier für ein Mal vielleicht der deutsche Gesetz- geber von Erfahrungen und Vorarbeiten in der Schweiz profitieren.

23 Gesellschaftsrechtliche Themen sind lediglich die Meldepflicht für größere Beteiligungen, die Pflicht zu Übernahmeangeboten und die Möglichkeit eines „squeeze out“, wenn im Zuge eines Übernahmeangebots mehr als 98% der Stimmrechte einer Gesellschaft erlangt werden, sodann Verhaltenspflichten für den Verwaltungsrat im Übernahmekampf.

24 In der Folge zit. „Swiss Code“. Es handelt sich um ein unter Federführung des Spitzenverbandes der Wirtschaft, economiesuisse, erarbeitetes Dokument.

25 Einleitung zum Swiss Code.

26 Bei Nichtbefolgung wird freilich ein Erklärungsbedarf geschaffen.

27 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, aaO (Fn. 12) § 2 Rdn. 3; von Büren/Stoffel/Schnyder/Christen/Westenberg, aaO (Fn. 15), Rdn. 3.

28 Dazu Kübler, ZHR 167 [2003], 222, 223 m. w. N.

29 Erwähnt seien nur zwei Beispiele: die Ausrichtung des Schweizerischen Obligationenrechts von 1881 am Dresdner Entwurf von 1866 (vgl. dazu etwa Wieacker, Privat-

Dies gilt vor allem auch für die Ausgestaltung der *aktienrechtlichen Exekutive*, einem zentralen Thema bei der Einführung der Europäischen Gesellschaft<sup>30</sup> in Deutschland.

*II. Die schweizerische Grundordnung:  
der Verwaltungsrat als Leitungs- und zugleich Geschäftsführungsorgan*

1. Zur gesetzlichen Grundordnung, die Anwendung findet, wenn nicht von der Freiheit privatautonomer Ausgestaltung Gebrauch gemacht wird, hält das Schweizerische Obligationenrecht (OR) in Art. 716 Abs. 2 lapidar fest:

*„Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft [...]“.*

Danach ist der Verwaltungsrat des schweizerischen Rechts, wie dies ein deutscher Beobachter zu Recht festgehalten hat, „Aufsichtsrat und Vorstand zugleich“<sup>31</sup>.

Und überdies wird in Art. 716b Abs. 3 OR bestimmt, dass im Zweifel das Kollegialprinzip gelten soll:

*„Soweit die Geschäftsführung nicht übertragen worden ist, steht sie allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu.“*

2. Dieses Modell, das an die *Selbstorganschaft* erinnert, wie sie aus dem Recht der GmbH und der Personengesellschaften bekannt ist, erstaunt für eine Rechtsform, die nach dem erklärten Ziel des Gesetzgebers auf das Leitbild der Publikumsgesellschaft ausgerichtet ist<sup>32</sup>. Sie passt für die in der Schweiz zahlreichen „Personengesellschaften im Rechtskleid der AG“, für die zwar atypischen, aber häufigen Gebilde also, die sich der Rechtsform der AG bedienen, ohne ihren personenbezogenen Charakter zu verleugnen<sup>33</sup>. Angemessen ist sie vielfach auch bei den Einpersonengesellschaften, bei

rechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, 490), ferner die „Übernahme“ der Gesellschaftsform der Gesellschaft mbH in der Novelle des OR von 1936 (vgl. Fn. 1) nach dem Vorbild des deutschen Gesetzes vom 20. April 1892 (vgl. Botschaft 1928, aaO [Fn. 18], 271).

30 In der Folge „SE“.

31 Fleischer, ZIP 2003, 1 ff, 4.

32 Dazu die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff, zit. nach dem Sonderdruck, Ziff. 111, 3: Danach kann „kein Zweifel bestehen, dass das Leitbild des Aktienrechts die Gesellschaft mit einem grossen Aktionärskreis ist, denn einzig in solchen Gesellschaften kann sich das Grundprinzip – Festigkeit des Aktienkapitals und Handelbarkeit der Aktien – voll entfalten.“

33 Vgl. Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2001, Art. 716 Rdn. 1170.

denen Aktionär und Gesellschaft wirtschaftlich eins sind<sup>34</sup>. Praktikabel ist sie jedenfalls nur in kleinen und kleinsten Verhältnissen<sup>35</sup>.

3. In allen anderen Fällen ist die *gesetzliche Grundordnung denkbar unpassend*. Sie steht auch im Widerspruch zu wichtigen Grundsätzen einer guten Governance, wie sie für die Publikumsgesellschaften im Swiss Code<sup>36</sup> verankert sind<sup>37</sup>. Erforderlich sind – sobald etwas komplexere Verhältnisse vorliegen – eine mehr oder minder weitgehende *Delegation und Aufteilung der Kompetenzen*, sowie „*checks and balances*“, durch welche eine übermäßige Machtkonzentration bei einem einzigen Organ verhindert wird.

Das Gesetz gibt dafür die nötigen Spielräume, von denen in der Praxis auch ausnahmslos Gebrauch gemacht wird:

Art. 716 Abs. 2 OR bestimmt nämlich, dass der Verwaltungsrat die *Geschäfte nur selbst führt*,

„soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat.“

Und in Art. 716b Abs. 3 OR wird festgehalten, dass der Grundsatz der *Gesamtgeschäftsführungsbefugnis* ebenfalls subsidiär gilt, nämlich nur,

„soweit die Geschäftsführung nicht übertragen worden ist“.

4. Die SE-Verordnung lässt es – auch für das monistische System – zu, die operativen Aufgaben einem Geschäftsführer zu übertragen<sup>38</sup>. Da das deutsche Recht bei der AG das monistische System bis heute nicht kennt und daher auch nicht zu Kompetenzaufteilungen im Rahmen dieses Systems Stellung nimmt, besteht in dieser Frage Regelungsbedarf<sup>39</sup>, wenn man den durch die SE-Verordnung gegebenen Spielraum voll nutzen will. Der DiskE trägt dem Rechnung, indem in § 24 geschäftsführende Direktoren vorgesehen sind, deren Aufgabe es ist, die Geschäfte der Gesellschaft zu tätigen. Dies ist meines Erachtens in der Regel zweckmäßig.

34 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, aaO (Fn. 12), § 29 Rdn. 7.

35 Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 1565.

36 Vgl. bei Fn. 24.

37 Der Swiss Code setzt sich – so der Ingress – zum Ziel, „für ein ausgewogenes Verhältnis von Leitung und Kontrolle [...] zu sorgen“, wozu „adäquate Kontrollmechanismen“ (Ziff. 18) im Rahmen der Exekutive gehören.

38 SE-VO Art. 43 Abs. 1 Satz 2: „Ein Mitgliedstaat kann vorsehen, dass ein oder mehrere Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung unter denselben Voraussetzungen, wie sie für Aktiengesellschaften mit Sitz im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates gelten, führt bzw. führen“; dazu etwa Neye/Teichmann, AG 2003, 169 ff, 176 m. w. N.

39 Vgl. Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 176.

5. Eine andere Frage ist, ob die Trennung von Oberleitung und Geschäftsführung – und damit eine *Relativierung des monistischen Prinzips* – zwingend sein soll. Nach schweizerischem Recht ist dies nicht der Fall, nach dem DiskE sehr wohl<sup>40,41</sup>. Bleibt es beim Vorschlag des DiskE, dann wird das schweizerische Grundkonzept in Deutschland auch nach dem Inkrafttreten des SEEG nicht umsetzbar sein. Ob dies ein Manko ist, bleibt noch zu prüfen<sup>42</sup>.

### *III. Voraussetzungen für Abweichungen von der dispositiven gesetzlichen Ordnung*

1. Nach Schweizer Recht führt der Verwaltungsrat – wie erwähnt – die Geschäfte der Gesellschaft (*nur*) *insoweit, als er „die Geschäftsführung nicht übertragen hat“*.

Dazu präzisiert Art. 716b Abs. 1 OR, dass die Statuten (in deutscher Terminologie: die Satzung<sup>43</sup>)

*„den Verwaltungsrat ermächtigen [können], die Geschäftsführung nach Maßgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen.“*

Gemäß Art. 718 Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat sodann

*„die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen.“*

2. Daraus folgt dreierlei:

– Die *Geschäftsführung kann – muss aber nicht – vom Verwaltungsrat übertragen werden, und zwar entweder an einzelne seiner Mitglieder oder an Dritte*. Dies ist materiell vergleichbar mit dem monistischen Konzept des DiskE, wonach die Geschäftsführung einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates oder aber Dritten zugewiesen wird, mit den Unterschieden freilich, dass nach dem DiskE die Delegation zwingend sein soll und dass – wenn

40 Vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 DiskE: „Der Verwaltungsrat bestellt einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren“ sowie die Begründung zum DiskE vom 24. Februar 2003 (in der Folge zit. „BDiskE“) zu § 24 Abs. 2 Satz 1 DiskE, 16.

41 Immerhin können Mitglieder des Verwaltungsrates in Personalunion auch geschäftsführende Direktoren sein, wodurch die Trennung von Oberleitung und Geschäftsführung relativiert wird.

42 Unten VIII.2.

43 Ich verwende jeweils die schweizerische Terminologie, um Missverständnisse auszuschließen, weise aber auf (mehr oder weniger) entsprechende Begriffe des deutschen Rechts hin.

sie an Mitglieder des Verwaltungsrates erfolgt – dessen Mehrheit weiterhin aus nicht-geschäftsführenden Mitgliedern zu bestehen hat.

- Die Übertragung kann nur wirksam (und verantwortungsbefreiend) vollzogen werden, wenn gewissen *formellen Anforderungen* Genüge getan wird.
- Diese formellen Voraussetzungen setzen ein *Zusammenspiel von Aktionariat und Verwaltungsrat* voraus:
- Die Aktionäre müssen in den Statuten eine *Ermächtigung* zur Kompetenzdelegation vorsehen<sup>44</sup>.
- Im Rahmen dieser Ermächtigung *kann* der Verwaltungsrat die Geschäftsführung oder Teile derselben delegieren. Doch *muss er dies nicht tun*; vielmehr entscheidet er in eigener Verantwortung<sup>45</sup>, ob er delegieren und welche Kompetenzen er gegebenenfalls in der Hand behalten will.

3. Diese Regelung entspricht dem so genannten *Paritätsprinzip*, das dem schweizerischen Recht zugrunde liegt<sup>46</sup>, wonach jedem Organ der AG – Verwaltungsrat, Generalversammlung (der deutschen Hauptversammlung entsprechend) und Revisionsstelle (dem deutschen Abschlussprüfer entsprechend) – bestimmte Kompetenzen zwingend zugewiesen sind, eine Ordnung, die für „checks and balances“ innerhalb der Gesellschaft sorgt:

- Die *Generalversammlung* (und damit das Aktionariat) kann den Verwaltungsrat durch die Ausgestaltung der Statuten dazu zwingen, die gesetzliche Grundordnung einzuhalten und die Geschäfte der Gesellschaft – gesamthaft – selbst zu führen. Sie kann ihn aber auch ermächtigen, die Geschäftsführung als Ganzes oder einzelne Teile derselben<sup>47</sup> zu übertragen, sei es an einzelne Verwaltungsratsmitglieder, sei es an Dritte, die dem Verwaltungsrat nicht angehören.

44 Art. 716b Abs. 1 OR.

45 Vgl. dazu auch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR, dazu nachstehend bei Fn. 68 und 85.

46 Zur Paritätstheorie vgl. Forstmoser, SZW 66 (1994), 169 ff, 170 m.w.N.; ferner Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, aaO (Fn. 12), § 20 Rdn. 10 ff. In Art. 698 Abs. 1 OR wird zwar die *Generalversammlung* der Aktionäre als *oberstes Organ* bezeichnet. Dies trifft jedoch nur insofern zu, als die Generalversammlung Wahlorgan der beiden anderen Organe ist, sie diese jederzeit abberufen kann und als die Rechenschaftsablage und Berichterstattung seitens des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle an die Generalversammlung gerichtet ist.

47 Art. 716b Abs. 1 OR. Die Zulässigkeit einer statutarischen Ermächtigungsklausel, welche die reglementarische Delegation von Geschäftsführungsfunktion auf spezifische Teilbereiche beschränkt, ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut dieser Bestimmung und wird auch im Schrifttum kaum bezweifelt. Vgl. etwa Watter, Basler Komm. z. Art. 716–722 OR, 2. Aufl., 2002, Art. 716b Rdn. 5; sinngemäß Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 1589.

Darüber hinaus haben die Aktionäre nur noch in zweierlei Hinsicht auf die aktienrechtliche Exekutive Einfluss: Aufgrund ihrer Wahlkompetenz können sie die *personelle Zusammensetzung des Verwaltungsrates* bestimmen<sup>48</sup>, und sie können sich statutarisch vorbehalten, den *Präsidenten* zu bestimmen<sup>49</sup>.

– Im Übrigen entscheidet der *Verwaltungsrat* (zwingend) selbst, wie er sich und die Funktionen der Strategiefindung und Überwachung einerseits und der Geschäftsführung andererseits organisieren will. Er kann also nicht zur Delegation der operativen Aufgaben an eine Geschäftsleitung gezwungen werden, sondern ist frei, alle Kompetenzen in der Hand zu behalten. Dies steht im Gegensatz zu § 24 Abs. 1 und 2 DiskE, wonach geschäftsführende Direktoren ernannt werden *müssen* und diese die Geschäfte der Gesellschaft führen.

4. Am Rande sei erwähnt, dass die Stellung des Schweizer Verwaltungsrates in zwei weiteren Punkten stärker ist als die eines deutschen Aufsichtsrats nach AktG bzw. eines Verwaltungsrats nach DiskE:

– Der Verwaltungsrat des schweizerischen Rechts bestimmt seine Entschädigung selbst<sup>50</sup>

– und er kann die von ihm bestellten Direktoren jederzeit abberufen<sup>51</sup>, während es hierfür nach § 84 Abs. 3 AktG eines wichtigen Grundes bedarf und nach dem DiskE die Satzung das Abberufungsrecht einschränken kann<sup>52</sup>.

#### *IV. Flexibilität des schweizerischen Rechts hinsichtlich der Organisation*

Die Möglichkeit der Delegation von Kompetenzen an einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder an Dritte schafft die Grundlage, um die Organisation der schweizerischen AG der jeweils betriebswirtschaftlich sinnvollsten Konzep-

48 Art. 696 Abs. 2 Ziff. 2 OR, entsprechend § 101 AktG. Das Recht zur Bestellung des Verwaltungsrates steht nach schweizerischem Recht *ausschließlich* der Generalversammlung zu. Eine Möglichkeit, Mitglieder in den Verwaltungsrat zu entsenden (ohne dass diese durch die Generalversammlung gewählt werden müssten), gibt es nur bei so genannten gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften, an denen Körperschaften des öffentlichen Rechts ein öffentliches Interesse haben (vgl. Art. 762 OR). Und das Konzept einer Vertretung der Arbeitnehmer im Verwaltungsrat ist dem schweizerischen Recht fremd, dazu oben Fn. 12.

49 Art. 712 Abs. 2 OR.

50 Vgl. dagegen § 113 Abs. 1 AktG.

51 Vorbehaltlich arbeitsrechtlicher Verpflichtungen.

52 § 24 Abs. 5 DiskE.

tion anzupassen und die in anderen Rechtsordnungen üblichen oder gesetzlich vorgeschriebenen Lösungen mehr oder weniger getreu nachzubilden:

### 1. Umsetzung des angelsächsischen „Unitary Board“-Systems

Möglich ist es, die Geschäftsführung und Vertretung einzelnen „exekutiven“ oder „geschäftsführenden“ Verwaltungsratsmitgliedern zuzuweisen, während andere, „outside board members“ im Wesentlichen eine Begleit- und Überwachungsfunktion erfüllen und somit die Qualitätssicherung gewährleisten sollen<sup>53</sup>. Damit kann das angelsächsische „Unitary Board“-Modell mit seiner Gliederung in externe nebenamtliche und interne vollamtliche und geschäftsführende Mitglieder verwirklicht werden<sup>54</sup>.

### 2. Annäherung an das dualistische deutsche System

Durch eine konsequente Delegation von Geschäftsführung und Vertretung im größtmöglichen Ausmaß an nicht dem Verwaltungsrat angehörende Direktoren kann das dualistische deutsche System nachempfunden werden<sup>55,56</sup>, freilich – darauf ist noch einzugehen<sup>57</sup> – nicht mit der Konsequenz eines eigentlichen Aufsichtsratssystems, wie es im deutschen Aktienrecht realisiert ist.

### 3. Machtkonzentration bei einem „Président Directeur Général“

Schließlich können einem Mitglied des Verwaltungsrates – dem so genannten Delegierten – weitestgehende Kompetenzen eingeräumt und kann ihm zugleich das Amt des Verwaltungsratspräsidenten zugewiesen werden. Dies

53 Vgl. von der Crone, Neue Zürcher Zeitung vom 13. Oktober 2001, 29.

54 Vgl. Watter, aaO (Fn. 47), Art. 716b OR Rdn. 3; Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 1759 ff.

55 Vgl. die ausführliche Gegenüberstellung des schweizerischen und eines konsequent dualistischen Systems bei Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 726 ff; ferner Forstmoser/Mayer-Hayoz/Nobel, aaO (Fn. 12), § 29 Rdn. 16; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., 1999, S. 122; Watter, aaO (Fn. 47), Art. 716b OR Rdn. 3.

56 Für Bankaktiengesellschaften schreiben Art. 3 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 und Art. 8 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 eine Zweiteilung in Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einerseits und Geschäftsführung andererseits zwingend vor.

57 Unten V.1. b).

entspricht in etwa dem traditionellen französischen System des „Président Directeur Général“<sup>58</sup>.

### V. Schranken der privatautonomen Gestaltung

Der Freiheit der privatautonomen Ausgestaltung der aktienrechtlichen Organisation sind jedoch auch im schweizerischen Recht Grenzen gesetzt. Diese ergeben sich vor allem aus zwei Regeln: der Zuweisung unübertragbarer und unentziehbarer Kompetenzen an den Verwaltungsrat<sup>59</sup> und der Pflicht zur Wahrung der Interessen der eigenen Gesellschaft<sup>60</sup>.

#### 1. Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrates: kein reines Aufsichtsratssystem

a) Eine zentrale – die Gestaltungsfreiheit einschränkende – Bestimmung des aktienrechtlichen Organisationsrechts ist Art. 716a Abs. 1 OR, wonach dem Verwaltungsrat gewisse *Aufgaben unübertragbar und unentziehbar zugewiesen* sind<sup>61</sup>. Durch diese zwingende Zuordnung von Kompetenzen wird dafür gesorgt, dass die gesetzliche Grundordnung – Verwaltungsrat als Exekutive oder zumindest „Ober“-Exekutive – nicht vollständig beseitigt werden kann<sup>62,63,64</sup>.

58 Vgl. Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 1608; Watter, aaO (Fn. 47), Art. 716b OR Rdn. 3.

59 Unter 1.

60 Unter 2.

61 Vgl. dazu Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 1518a, 1526; Kammerer, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, 1997 = Schweizer Schriften zum Handels und Wirtschaftsrecht (SSHW) 180; vgl. ferner die Bestandesaufnahme aus deutscher Sicht von Fleischer, ZIP 2003, 1, 4 bei Fn. 62.

62 Zu den Schranken vgl. neben Kammerer, aaO (Fn. 61) namentlich Böckli, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, 1994 = Schriften zum neuen Aktienrecht (SnA) 7. Aus der Zeit des Inkrafttretens des revidierten Rechts vgl. sodann Müller, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1 (1992), 784 ff.

63 Die Liste ist abschließend gedacht, was freilich nicht voll gelungen ist (dazu Böckli, aaO [Fn. 12], Rdn. 1526). Weitere unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen des Verwaltungsrates finden sich etwa in Art. 634a Abs. 1 OR (Beschluss über die nachträgliche Leistung von Einlagen auf nicht voll liberierte Aktien), in Art. 651 Abs. 4 und 651a OR (Entscheide bezüglich der genehmigten Kapitalerhöhung), in Art. 652g und 652h OR (Vollzug der ordentlichen Kapitalerhöhung), in Art. 653g und 653h OR (Pflichten bei der bedingten Kapitalerhöhung), in Art. 721 OR (Einräumung der Unterschriftsberechtigung) sowie in Art. 725 Abs. 1 OR (Benachrichtigung der Generalversammlung bei hälftigem Kapitalverlust).

Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gehören wesentliche Befugnisse, die nach deutschem AktG dem Vorstand zukommen<sup>65</sup>. Zu nennen sind insbesondere:

- die *Oberleitung* der Gesellschaft (wozu die Festlegung der Unternehmensstrategie bzw. – genauer – „die Genehmigung und die Begleitung der Unternehmensstrategie“<sup>66</sup> gehört) und die *Oberaufsicht*<sup>67</sup>;
- die Festlegung der *Organisation*<sup>68</sup>;
- die *Planung*, insb. des Einsatzes der Finanzmittel, und die Einrichtung angemessener *Kontrollen*<sup>69</sup>;
- die wichtigsten *personellen Entscheide*<sup>70</sup>;
- der *Verkehr mit den Aktionären*, insbesondere die Erstellung des Geschäftsberichtes, zu dem die Jahresrechnung und der Jahresbericht (in deutscher Terminologie: Jahresabschluss und Lagebericht) gehören<sup>71</sup>, die Erfüllung der Auskunftspflichten<sup>72</sup> und die Vorbereitung der Generalversammlung, ihre Einberufung<sup>73</sup> und die Ausführung ihrer Beschlüsse<sup>74</sup>

64 Ein ähnliches Konzept findet sich in § 24 Abs. 2 Satz 6 DiskE, wonach „[g]esetzlich dem Verwaltungsrat zugewiesene Aufgaben [...] nicht auf die geschäftsführenden Direktoren übertragen werden [können].“ Präzisiert wird im schweizerischen Recht, dass solche Aufgaben auch nicht dem Verwaltungsrat von der Generalversammlung entzogen werden können. Auch eine freiwillige „Rückdelegation“ zu Gunsten der Generalversammlung ist nicht zulässig. Vgl. dazu etwa Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 1578 f; Forstmoser, SZW 66 (1994), 169, 171. Der Verwaltungsrat kann zwar einzelne von ihm zu entscheidende Fragen der Generalversammlung zur Konsultativabstimmung vorlegen, das Abstimmungsergebnis ist aber nicht verbindlich und der Verwaltungsrat bleibt in der Verantwortung, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, aaO (Fn. 12), § 30 Rdn. 72 ff.

65 Vgl. dazu die rechtsvergleichenden Erörterungen von Fleischer, ZIP 2003, 1, 4 f.

66 Hofstetter, FS Forstmoser, 2003, S. 301 ff, 309.

67 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR; vgl. § 76 Abs. 1 AktG. Immerhin steht die Aufsicht über die Geschäftsführung dem Aufsichtsrat zu, § 111 Abs. 1 AktG.

68 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR; vgl. § 91 Abs. 2 AktG.

69 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR; vgl. § 91 Abs. 2 AktG.

70 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR. Nach § 84 Abs. 1 AktG bestellt der Aufsichtsrat die Mitglieder des Vorstandes, nach schweizerischem Recht ernennt der Verwaltungsrat dagegen *alle* mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen (vgl. dazu auch Art. 721 OR).

71 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR. Vgl. dagegen § 170 f AktG, wonach der Vorstand Jahresabschluss und Lagebericht erstellt bzw. vorschlägt. Die Prüfung des Jahresabschlusses obliegt dagegen in der Schweiz einem dritten Organ, der Revisionsstelle (dem Abschlussprüfer).

72 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR. Vgl. dagegen § 131 AktG.

73 Art. 699 Abs. 1 OR. Vgl. dagegen § 171 Abs. 2 AktG.

74 A.a.O. Vgl. dagegen § 83 AktG, wonach diese Aufgaben dem Vorstand zukommen.

– sowie schließlich die Benachrichtigung des Richters im Falle der *Überschuldung*<sup>75</sup>.

b) Die Grundordnung des deutschen Aktienrechts, wonach der Vorstand „unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten“ hat<sup>76</sup> und dem Aufsichtsrat im Wesentlichen Überwachungsfunktionen zukommen<sup>77</sup>, ist daher in der Schweiz nicht umsetzbar<sup>78</sup>. Dem Verwaltungsrat schweizerischer Prägung verbleibt vielmehr auch dann, wenn seine Funktionen auf das gesetzlich zulässige Minimum reduziert sind, ein *weit größerer Aufgabenbereich als dem deutschen Aufsichtsrat*<sup>79</sup>. Dieser hat – von der Bestellung des Vorstandes<sup>80</sup> und der Beschlussfassung über bestimmte ihm zur Zustimmung vorzulegende Geschäfte<sup>81</sup> abgesehen – kaum Entscheidungskompetenzen, während der Verwaltungsrat des schweizerischen Rechts auch bei größtmöglicher Kompetenzdelegation die grundlegenden unternehmerischen Weichenstellungen selber vornehmen muss.

Zugleich ist festzustellen, dass der deutsche Aufsichtsrat zum Teil Funktionen erfüllt, die in der Schweiz dem dritten obligatorischen Organ der AG, nämlich der *Revisionsstelle* zukommen, so namentlich die Prüfung der Bücher<sup>82</sup> und die subsidiäre Pflicht zur Einberufung einer Aktionärsversammlung<sup>83</sup>.

c) Der *künftige deutsche Verwaltungsrat* gemäß DiskE nähert sich zwar dem Verwaltungsrat schweizerischen Rechts an und ist diesem näher verwandt als einem deutschen Aufsichtsrat. Er wird aber stets eine schwächere Position haben als sein Schweizer Pendant:

– So sollen etwa nach § 44 Abs. 1 Satz 1 DiskE die geschäftsführenden Direktoren Jahresabschluss und Lagebericht vorlegen, während die Erstellung des

75 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR; vgl. § 92 Abs. 2 AktG.

76 § 76 Abs. 1 AktG.

77 § 111 Abs. 1 AktG.

78 Böckli, aaO (Fn. 12), Rdn. 1598. Auch in der bundesrätlichen Botschaft 1983, aaO (Fn. 32), Ziff. 215.11, 96 wird festgehalten, dass „[...] das Aufsichtsratssystem, insbesondere dasjenige Deutschlands, viel stärker von den Grundgedanken unseres Aktienrechts ab[weicht], als man gemeinhin annimmt.“

79 Vgl. Fleischer, ZIP 2003, 1, 4 f.

80 § 84 Abs. 1 AktG.

81 § 111 Abs. 4 AktG.

82 § 111 Abs. 2 AktG; vgl. Art. 728 Abs. 1 OR.

83 § 111 Abs. 3 AktG; vgl. Art. 699 Abs. 1 Satz 1 OR.

diese Dokumente umfassenden Geschäftsberichts in der Schweiz dem Verwaltungsrat „unübertragbar“ zukommt<sup>84</sup>.

– Vor allem aber ist nochmals daran zu erinnern, dass der Schweizer Verwaltungsrat aufgrund seiner unentziehbaren Organisationskompetenz frei ist im Entscheid darüber, ob und inwieweit er die Geschäftsführung delegieren will<sup>85</sup>, während nach dem DiskE zwingend geschäftsführende Direktoren die Geschäfte zu führen haben<sup>86</sup>.

Insofern ist es aus schweizerischer Sicht *problematisch*, das Konzept des DiskE als rein monistisch zu bezeichnen.

## 2. Exkurs: Pflicht zur Wahrung der Interessen der eigenen Gesellschaft – eine in Konzerntochtergesellschaften nicht erfüllbare Vorgabe

Am Rande sei auf ein Problem hingewiesen, das sich in der Schweiz aus dem Fehlen eines umfassenden Konzernrechts ergibt: auf die Schwierigkeiten bei der Eingliederung von Tochtergesellschaften in den Konzern.

Die Mitglieder eines Schweizer Verwaltungsrates trifft eine strenge Sorgfalts- und Treuepflicht<sup>87</sup>. Diese ist auf die *eigene Gesellschaft* ausgerichtet: *Deren Interessen* müssen die Verwaltungsratsmitglieder „in guten Treuen wahren“<sup>88</sup>.

Der Grundsatz der Interessenwahrungspflicht zugunsten der Gesellschaft, in deren Verwaltungsrat man tätig ist, gilt *ohne Einschränkungen*. Insbesondere kennt das schweizerische Recht diesbezüglich *keine Sonderbestimmungen für Konzerntochtergesellschaften*<sup>89</sup>.

84 Was natürlich nicht heißt, dass die Vorbereitungen nicht delegiert werden können. In größeren Unternehmen sind sie auch durchwegs an die Geschäftsleitung übertragen.

85 Immer vorausgesetzt, die Statuten lassen eine Delegation zu, vgl. Art. 716b Abs. 1 OR, dazu oben bei Fn. 47.

86 § 24 Abs. 2 Satz 1 DiskE. Immerhin besteht die Möglichkeit, Mitglieder des Verwaltungsrats zu geschäftsführenden Direktoren zu bestellen, § 24 Abs. 1 Satz 1 DiskE.

87 Art. 717 Abs. 1 OR; vgl. dazu Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, 1990 = SSHW 130, 40 ff; Homburger, Zürcher Komm. z. Art. 707 bis 726 OR, 1997 zu Art. 717 mit weiteren Literaturangaben; ferner Müller/Lipp/Plüss, aaO (Fn. 55), S. 169 f.

88 Art. 717 Abs. 1 OR; bezeichnenderweise findet sich die analoge Bestimmung im deutschen AktG bei den Regeln über den Vorstand, § 93 Abs. 1 AktG.

89 Der schweizerische Gesetzgeber hat nur einen Teil des Konzernrechts, nämlich die Rechnungslegung, angesprochen, vgl. Art. 663eff OR. Im Übrigen gelten für die in einen Konzern eingebundenen Gesellschaften grundsätzlich dieselben Bestimmungen wie für nicht konzernierte Gesellschaften. Spezifische konzernrechtliche Regeln sind freilich von der Judikatur entwickelt worden; dazu umfassend Druey/Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, 1999.

Daher findet man sich in der Schweiz vor der Quadratur des Zirkels, wenn es darum geht, für Konzerne eine angemessene Ordnung aufzustellen: Die im Konzern begriffsnotwendige einheitliche Leitung einer Mehrzahl von Gesellschaften setzt voraus, dass die Verwaltungsräte der einzelnen in den Konzern integrierten Gesellschaften auf ihren eigenen Leitungsanspruch verzichten<sup>90</sup>. Gerade dies schließt jedoch Art. 716a Abs. 1 OR aus. „Einheitliche Leitung“ bedeutet weiter, dass die Interessen des Gesamtkonzerns maßgebend sind, was im Konflikt zur Weisung des Gesetzgebers steht, es habe der Verwaltungsrat in guten Treuen für seine *eigene* Gesellschaft zu sorgen<sup>91</sup>.

Auf dieses Problem sei hier nur beiläufig hingewiesen, da es sich für das monistische und das dualistische Konzept in gleicher Weise stellt.

## VI. Die Unternehmensrealität in der Schweiz

Wie hat sich die schweizerische Wirtschaft im vorstehend skizzierten legislativen Umfeld zurechtgefunden? Dazu einige – notgedrungen subjektive – Hinweise aus der Sicht des Mitspielers<sup>92</sup> und Beobachters<sup>93</sup>:

### 1. Begrenzte Ausnutzung des gesetzlichen Spielraums

Eine erste Feststellung ist die, dass in der schweizerischen Praxis von den vielfältigen Möglichkeiten der individuellen Ausgestaltung, die das Aktienrecht zur Verfügung stellt, *nur begrenzt Gebrauch* gemacht wird. Gewisse Standardkonzepte haben sich – von einigen Exoten abgesehen – mehr oder weniger überall durchgesetzt.

### 2. Offenhalten der Gestaltungsfreiheit für den Verwaltungsrat

Auffallend ist weiter, dass die Statuten praktisch aller – selbst der kleinsten – Aktiengesellschaften die *Möglichkeit einer vollständigen Delegation der*

90 Vgl. Forstmoser, in: Baer, Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, 2000, S. 89 ff, 102 f.

91 Eine Lösung dieser Zielkonflikte ist vielfach versucht worden, am überzeugendsten wohl von Böckli i, in: Baer, Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, 2000, S. 35 ff. Widerspruchsfrei ist aber keiner der Vorschläge. – Zum Problem neuestens Hofstetter, FS Forstmoser, S. 301, 314 ff. Zu Lösungsversuchen der Praxis vgl. nachstehend VI.7.

92 Als Mitglied von Verwaltungsräten unterschiedlichster Aktiengesellschaften.

93 Als Professor und beratender Anwalt.

*Geschäftsführung* seitens des Verwaltungsrats an einzelne seiner Mitglieder oder Dritte<sup>94</sup> vorsehen. Entsprechende Klauseln finden sich in allen mir bekannten Musterstatuten, und aus der Rechtswirklichkeit ist mir kein Fall einer Gesellschaft bekannt, die nicht von der in Art. 716b Abs. 1 OR vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, den Verwaltungsrat zu ermächtigen, die Geschäftsführung zu delegieren.

Den Verwaltungsräten wird daher gesellschaftsintern durchwegs *volle organisatorische Freiheit* – im Rahmen des zwingenden Rechts natürlich und insbesondere in den Schranken der undelegierbaren Verwaltungsratskompetenzen<sup>95</sup> – eingeräumt.

### 3. *Konsequente Ausnutzung aller Möglichkeiten der Kompetenzdelegation bei den mittleren und großen Gesellschaften*

Größere Unternehmen – und meines Wissens sämtliche Unternehmen, deren Aktien börslich gehandelt werden – *nützen die Möglichkeiten der Kompetenzdelegation voll aus*, indem sie im Organisationsreglement festhalten, dass die *Geschäftsführung* (vollumfänglich) an eine Geschäfts- oder Konzernleitung bzw. Direktion *delegiert* wird. Nur in kleineren und kleinsten Verhältnissen (und natürlich in Gesellschaften, die von einer einzigen natürlichen Person beherrscht sind) wird nicht oder nur teilweise delegiert.

In der Unternehmensrealität hat man sich daher – ohne dass ein gesetzlicher Zwang bestehen würde – bei mittleren und größeren Unternehmen konsequent für eine Zweiteilung von Oberleitung und Geschäftsführung entschieden, wie sie im DiskE als zwingende Ordnung vorgeschlagen wird.

### 4. *Keine „Unitary Boards“*

Die Delegation erfolgt – jedenfalls in mittleren und großen Unternehmen und bei allen börsennotierten Gesellschaften – zumindest überwiegend nicht innerhalb des Verwaltungsrates<sup>96</sup>, sondern an Dritte, die vom Gesetz nach wie vor „Direktoren“ genannt<sup>97</sup>, in der Praxis aber mehr und mehr als „Mitglieder der Geschäfts“- bzw. „Konzernleitung“ bezeichnet werden. Das

94 Dazu oben III.

95 Dazu oben V.1. a).

96 Zu einer teilweisen Ausnahme in der Figur des Verwaltungsratsdelegierten vgl. nachstehend bei Fn. 99.

97 Vgl. Art. 718 Abs. 2 OR.

angelsächsische „Unitary Board“ mit einem einzigen Gremium für Strategie und Oberleitung einerseits und Geschäftsführung auf der andern Seite kommt in der Schweizer Praxis – von einigen Familiengesellschaften abgesehen – nicht vor; es bestehen regelmäßig zwei Organe: der Verwaltungsrat als (freilich nicht nur<sup>98</sup>) „Supervisory Board“ und die Geschäfts- bzw. Konzernleitung als „Management Board“.

#### 5. Personelle Verflechtungen zwischen den beiden „Boards“

Zwischen diesen beiden Gremien sind aber *personelle Verbindungen* häufig:

a) Oft ist der *Vorsitzende der Geschäfts- oder Konzernleitung* (der CEO oder Managing Director) zugleich *Mitglied des Verwaltungsrates*, zumeist als dessen *Delegierter*, d. h. als vollamtlich tätiges Mitglied des Verwaltungsrates, dem die direkte Verantwortung für die Geschäftsführung und die Verbindung zum Management obliegt<sup>99</sup>.

b) Die Verflechtung kann noch weiter gehen, indem der *Vorsitzende der Geschäftsleitung* zugleich auch als *Präsident des Verwaltungsrates* bestellt wird.

Diese Ämterkumulation ist zwar in Medien, Politik und Lehre vielfach kritisiert worden<sup>100</sup>, sie ist aber nach wie vor zulässig<sup>101</sup>, und empirisch lässt sich nicht nachweisen, dass in Personalunion von Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsvorsitzendem geführte Unternehmen schlechter abschneiden als solche, bei denen diese Funktionen getrennt sind<sup>102,103</sup>.

98 Dazu oben V.1. b).

99 Vgl. Art. 718 Abs. 1 OR. Der Begriff ist für ausländische Beobachter des Schweizer Rechts schwer verständlich. In die angelsächsische Rechtswelt ist er wohl mit „Executive Vice-President“ zu transponieren.

100 Dies besonders heftig im Frühjahr 2002 im Zusammenhang mit einer Häufung aufsehenerregender Vorkommnisse bei verschiedenen traditionsreichen Schweizer Publikumsgesellschaften. Nachweise bei Forstmoser, FS Meier-Hayoz, 2002, S. 15 ff, 17, Fn. 3.

101 Auch der Swiss Code spricht sich – trotz einiger artikulierter Bedenken – nicht dagegen aus.

102 In einer von der Beratungsfirma Knight Gianella & Partner bei 159 Finanz- und Wirtschaftsexperten aus der Deutsch- und Westschweiz veranlassten Umfrage betreffend die Qualität aktiver Verwaltungsratsmitglieder werden die ersten drei Ränge (aber freilich auch die letzten drei) von Persönlichkeiten besetzt, welche im Rahmen ihrer Gesellschaften ein Doppelmandat wahrnehmen; vgl. Cash vom 21. Juni 2002, 1 und 12 ff; zur Thematik ferner von der Crone: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 98 (2002), 1 ff, 5 f und Ders., Neue Zürcher Zeitung vom 13. Oktober 2001, 29.

103 Der Swiss Code regt in Ziff. 18 an, in Fällen der Personalunion von CEO und Verwaltungsratspräsident nach amerikanischem Vorbild ein erfahrenes nicht exekutives Mit-

6. *Zur Größe, Arbeitsweise und Organisation  
von Schweizer Verwaltungsräten*

a) Das schweizerische Recht enthält keine Bestimmungen zur *Größe* des Verwaltungsrates. Auch bei großen Gesellschaften genügt nach Gesetz ein einziges Mitglied, und nach oben ist die Zahl – auch für kleine Gesellschaften – offen.

In der Realität sind die Verwaltungsräte in den letzten 15 Jahren kontinuierlich verkleinert worden. Heute dürften bei Großunternehmen etwa 8–12 Mitglieder die Regel sein.

*Einpersonenverwaltungsräte* kommen in kleinen Verhältnissen vor, aber auch in – wirtschaftlich bedeutenden – Tochtergesellschaften von Konzernen, die nicht anhand der rechtlichen, sondern einer davon abweichenden betriebswirtschaftlichen Organisationsstruktur geführt werden und in denen dem Verwaltungsrat nur die Erfüllung weitgehend formaler Aufgaben verbleibt.

b) Während früher im Verwaltungsrat oft ein „Zweiklassensystem“ bestand, mit «gewöhnlichen» Verwaltungsratsmitgliedern, die vor allem als „Netzwerker“ dienten, und den Mitgliedern des Verwaltungsratsausschusses, welche die gesetzlichen Aufgaben letztlich allein erfüllten, wird heute bei größeren Unternehmen eine andere Form der Organisation mehr und mehr üblich: die *Bildung mehrerer gleichberechtigter Ausschüsse*, in welche die Verwaltungsratsmitglieder ihre spezifischen Fähigkeiten und Erfahrungen einbringen. Regelmäßig bestehen Revisionsausschüsse (Audit Committees), häufig sind sodann auch Vergütungsausschüsse, Finanz- und Investment- bzw. Risiko-ausschüsse sowie neuerdings Governance-Ausschüsse.

c) Die *Arbeitsintensität* hat – zumindest bei größeren Gesellschaften – in den letzten Jahren massiv zugenommen. Für die korrekte Erfüllung des Mandats bei einer großen Publikumsgesellschaft dürfte heute etwa ein Monat pro Jahr zu veranschlagen sein. Anders verhält es sich natürlich bei Konzerntochtergesellschaften, bei welchen die Rapport- und Entscheidungswege nicht selten am Verwaltungsrat vorbei laufen<sup>104</sup>.

glied des Verwaltungsrates als „lead director“ zu bestimmen. Dieser soll ein Gegengewicht zum CEO und Präsidenten bilden und befugt sein, allenfalls selbständig Sitzungen des Verwaltungsrates einzuberufen und zu leiten. Die Praxis hat von dieser Möglichkeit bisher nur vereinzelt Gebrauch gemacht, regelmäßig als Reaktion auf harsche Kritik in Fällen von Personalunion.

104 Dazu Forstmoser, aaO (Fn. 90), S. 105.

### 7. Exkurs: Verwaltungsräte von Konzerntochtergesellschaften

In Konzerntochtergesellschaften mogelt man sich angesichts des Fehlens von Regeln, die der Konzernrealität angemessen Rechnung tragen, opportunistisch durch. Gelegentlich wird mittels *statutarischer Indienststellung* der Einzelgesellschaft zugunsten des Konzerns versucht, die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Einzelgesellschaft zu minimieren. Das Haftungsrisiko der in Tochtergesellschaften tätigen Verwaltungsratsmitglieder wird durch *Versicherungsschutz* und *Verpflichtungen zur Schadloshaltung im Verantwortlichkeitsfall* abgedeckt. Und schließlich vertraut man – zumindest bei zu 100 % gehaltenen Tochtergesellschaften – auf den Satz „wo kein Kläger, da kein Richter“: Den Gesellschaftsgläubigern kommen keine Klagerechte zu, solange die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommt. Und die Alleinaktionärin hat das geübte Verhalten (bzw. die entsprechende Passivität) ausdrücklich gewünscht<sup>105</sup>.

### 8. Unmöglichkeit, dem Aktionariat mittels statutarischer Bestimmungen wichtige Geschäftsführungsentscheide vorzubehalten

In kleineren Verhältnissen – und allgemein im Konzern – ergeben sich Probleme daraus, dass gewisse Leitungsfunktionen dem Verwaltungsrat nicht nur unübertragbar, sondern auch *unentziehbar* zukommen. Dies hat zur Konsequenz, dass die Aktionäre den Entscheid in solchen Fragen nicht an sich ziehen können, auch nicht durch statutarische Bestimmung<sup>106</sup>.

Man behilft sich in der Regel mit der Überlagerung der aktienrechtlichen Organisation durch *Aktionärbindungsverträge*, in welchen solche Vorbehalte verankert werden<sup>107</sup>. Auch ist es dem Verwaltungsrat unbenommen, der Generalversammlung Fragen zur Konsultativabstimmung zu unterbreiten<sup>108</sup>. Beides ist nicht voll befriedigend, weshalb denn auch im Rahmen einer Reform des GmbH-Rechts<sup>109</sup> die Möglichkeit (freilich nur für die GmbH)

105 Vgl. Forstmoser, aaO (Fn. 90), S. 106 ff, 108.

106 Vgl. dagegen § 111 Abs. 4 AktG.

107 Vgl. dazu etwa Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge*, 2001 = *Abhandlungen zum schweizerischen Recht* (ASR) 659; Druet/Böckli/Nobel, *Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge*, 1998 = *SnA* 13; Forstmoser, *FS Rey*, 2003, S. 375 ff.

108 Vgl. oben Fn. 64.

109 Im Anschluss an die Reform des Aktienrechts (dazu oben Fn. 1) ist in der Schweiz eine Überarbeitung des seit 1936 praktisch unveränderten Rechts der GmbH an die Hand genommen worden. Ende 2001 hat der Bundesrat einen Vorschlag unterbreitet, der zur Zeit durch das Parlament beraten wird. Das neue Recht könnte im Jahre 2005 in Kraft treten.

geschaffen werden soll, statutarisch vorzusehen, dass wichtige Fragen der Gesellschafterversammlung zum Entscheid vorgelegt werden dürfen oder gar müssen.

## VII. Würdigung des Schweizer Konzepts

### 1. Grundsätzlich positive Bilanz

Generell kann gesagt werden, dass die Wirtschaftspraxis mit dem schweizerischen Konzept gut zurande gekommen ist. Es ist flexibel, ermöglicht eine rasche Anpassung an geänderte Situationen ohne Rechtskleidwechsel und lässt Spielraum für individuelle Bedürfnisse.

Auch wo die Gestaltungsfreiheit in der Praxis nicht voll genutzt wird – wie etwa bei der Möglichkeit, „Unitary Boards“ einzuführen –, erscheint deren Beibehaltung sinnvoll. Denn die Begehren – und Modeströmungen – der Wirtschaft können sich rasch ändern.

### 2. Probleme infolge ungenügender Einflussmöglichkeiten seitens des Aktionariats bei Familiengesellschaften

Vor allem in kleineren Verhältnissen und bei personenbezogenen Aktiengesellschaften erweist es sich – wie gezeigt – als Mangel, dass auch wichtige Entscheide, soweit sie die Strategiefindung, Oberleitung und Geschäftsführung betreffen, von den Aktionären nicht direkt beeinflusst werden können.

### 3. Probleme infolge begrenzter Delegationsmöglichkeiten

Bei Groß- und Größtgesellschaften ergeben sich umgekehrt Probleme aus der Unentziehbarkeit und Unübertragbarkeit wichtiger Aufgaben des Verwaltungsrates für diesen selbst: Was dem Verwaltungsrat einer Großunternehmung vom Gesetz zugemutet wird, liegt an der Grenze dessen, was einem Organ möglich ist, das – zumindest überwiegend – aus nebenamtlich tätigen Mitgliedern zusammengesetzt ist.

Zusätzliche Möglichkeiten der Delegation – über die bloße Vorbereitung, Ausführung und Überwachung von Geschäften hinaus<sup>110</sup> – könnten für

110 Dazu Art. 716a Abs. 2 OR und oben bei Fn. 84.

große Gesellschaften Sinn machen. Doch wäre es meines Erachtens nicht klug, ein eigentliches Aufsichtsratssystem zuzulassen<sup>111</sup>. Vielmehr ist es – für die Schweiz – richtig, dem Verwaltungsrat gewisse grundlegende Aufgaben zwingend zuzuweisen und ihn dafür in die Pflicht zu nehmen. Die Entscheidungen der weichenstellenden strategischen und personellen Fragen durch den Verwaltungsrat ist nach meiner Erfahrung ein wesentlicher Teil von guter Corporate Governance, wie sie sich in der Schweiz eingebürgert hat<sup>112,113</sup>.

#### 4. Komplizierte Entscheidungswege

Dadurch, dass in der Schweiz regelmäßig zwei „Boards“ agieren, wobei das übergeordnete Gremium – der Verwaltungsrat – nicht nur Wahl- und Überwachungsfunktionen, sondern auch Entscheidungskompetenzen hat, ergeben sich gewisse Doppelspurigkeiten und eine *Verlangsamung der Entscheidungsfindung*. Gegebenenfalls muss das gleiche Geschäft mehrmals behandelt werden: durch die Geschäftsleitung, durch einen Verwaltungsratsausschuss und schließlich durch den Verwaltungsrat selbst.

Diese Erschwerung der Entscheidungsfindung ist freilich nicht nur von Nachteil; sie kann auch vor Übereilung schützen, sicherstellen, dass möglichst viele Aspekte einer Transaktion Beachtung finden und so Bestandteil einer guten Governance sein.

111 So auch schon der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Aktienrechts, aaO (Fn. 32), Ziff. 215.11, 96.

112 Dies setzt freilich voraus, dass sich die Aktionäre, die Allgemeinheit und vor allem die Gerichte im Klaren darüber sind, was von einem – nebenamtlich tätigen – Verwaltungsratsmitglied erwartet werden darf. In der Gerichtspraxis herrschen diesbezüglich zum Teil weltfremde Vorstellungen, und in der Öffentlichkeit besteht auch in dieser Hinsicht – und nicht nur bezüglich der Berichterstattung der Revisionsstelle (der Abschlussprüfer) – ein „expectation gap“.

113 So kann etwa die sich aus der Oberleitung ergebende Verantwortung für die Strategie in großen und komplexen Unternehmen niemals bedeuten, dass der Verwaltungsrat selber die Strategie entwickelt. Wohl aber soll er die von der Geschäftsleitung erarbeiteten Vorschläge kritisch würdigen und sie nötigenfalls zur Überarbeitung zurückweisen. Auch kann er Richtlinien für die Planung vorgeben. Ähnliches gilt etwa für die Pflichten zur Ausgestaltung des Rechnungswesens und für die Finanzplanung. Vgl. dazu Böckli i, aaO (Fn. 62), S. 26 ff.

### 5. „Durchwursteln“ im Konzern

In Konzernverhältnissen scheint das Paradox der wirtschaftlichen Zusammenfassung und einheitlichen Leitung einer Mehrzahl von rechtlich selbständigen Gesellschaften, deren Organe unübertragbare Entscheidungskompetenzen haben, der Praxis weniger Probleme aufzuerlegen als der Theorie – man „wurstelt sich durch“<sup>114</sup>.

### VIII. Der Diskussionsentwurf SEEG im Lichte der schweizerischen Gesetzgebung und Praxis

Inwieweit kann die während Jahrzehnten getestete Schweizer Ordnung als gutes oder vielleicht auch schlechtes Beispiel für das künftige (so genannte) monistische System des SEEG dienen? Bevor auf diese Frage anhand einzelner Bestimmungen des DiskE eingegangen wird, sei ein *caveat* angebracht:

#### 1. Unterschiedliche Rechtstraditionen

Will man das geplante deutsche am geltenden Schweizer Recht messen, dann kann dies nicht ohne Vorbehalt geschehen, sind doch die aktienrechtlichen Traditionen – wie schon eingangs gezeigt<sup>115</sup> – sehr unterschiedlich. Dreierlei sei in Erinnerung gerufen:

– Der deutschen Regulierungsgründlichkeit, die mit viel und *detailliertem zwingendem Recht* die richtigen Lösungen durchzusetzen sucht, steht das schweizerische Bekenntnis zur *Privatautonomie* gegenüber. Sie lässt viele Fragen offen oder regelt sie nur *dispositiv*<sup>116</sup>.

Insbesondere hat der schweizerische Gesetzgeber darauf verzichtet, die *Gestaltung der Unternehmensspitze* selber in die Hand zu nehmen: Die Gestaltungsverantwortung liegt wie gesagt beim Verwaltungsrat<sup>117</sup>.

– Im deutschen Recht kommt der *GmbH* traditionell eine viel bedeutendere Stellung zu als in der Schweiz. Dies hat zur Folge, dass die *AG* – auch nach der Novelle für die „kleine *AG*“<sup>118</sup> – eine zahlenmäßig seltene und fast aus-

114 Vgl. oben VI.7.

115 Bei Fn. 3.

116 Vgl. oben bei Fn. 27.

117 Böckli, ZBJV 138 (2002), 709 ff, 768 ff.

118 Dazu Seibert, ZIP 1994, 247 ff; Ders., ZIP 1994, 914 ff; Lutter, AG 1994, 429 ff; Hommelhoff, AG 1995, 529 ff; Claussen, AG 1995, 163 ff, 168 ff.

schließlich für größere Verhältnisse eingesetzte Rechtsform<sup>119</sup> ist. Und auch die SE, für welche das monistische System ja eingeführt werden soll, ist für größere Unternehmen konzipiert<sup>120</sup>. Das deutsche Aktienrecht und das SEEG müssen daher nicht die gleiche Spannweite realer Erscheinungsformen abdecken wie das schweizerische Aktienrecht.

– Und schließlich gibt es im schweizerischen Aktienrecht keine institutionalisierte *Mitbestimmung*<sup>121</sup>. Dies ist eine Voraussetzung dafür, dass der Verwaltungsrat derart intensiv und nahe beim Alltagsgeschäft in das Gesellschaftsgeschehen eingebunden werden kann, wie dies nach Art. 716a OR<sup>122</sup> der Fall ist<sup>123</sup>.

Eine Gegenüberstellung ist daher – wie stets beim Rechtsvergleich – nur *mutatis mutandis* möglich, und der Schweizer Jurist bittet um Verständnis dafür, dass er vielleicht da und dort die deutsche Rechtslage oder Rechtsrealität verkennt.

## 2. Unmöglichkeit einer konsequent monistischen Organisation

a) Das schweizerische Recht geht – wie ausführlich gezeigt<sup>124</sup> – von einem konsequent monistischen Konzept aus: der Strategiefindung und Geschäftsleitung zugleich durch den Verwaltungsrat als einzigem Exekutivorgan der AG. Der DiskE sieht das monistische System in dieser Konsequenz nicht vor, und man kann sich fragen, ob der Begriff „monistisch“ überhaupt passt oder ob es nicht richtiger wäre, von einem *gemischtem System* zu sprechen.

119 Vgl. Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 2000, Rdn. 478. 1995 gab es in Deutschland 3 780 Aktiengesellschaften. Bis Ende 2001 ist die Zahl – wohl vor allem als Folge der genannten Gesetzesreform – auf 13.598 angestiegen, wobei die AG aber noch immer zahlenmäßig um ein Vielfaches hinter der GmbH (ca. 850 000 Einheiten Ende 2001) liegt.

120 Dies erhellt bereits aus den in der SE-VO vorgesehenen Gründungstatbeständen, Art. 15 ff SE-VO. Vgl. dazu die Beiträge von Neun und Theisen/Hölzl zur Gründung bzw. zur Corporate Governance, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, 2002, S. 51 ff bzw. 247 ff, 297 ff; Wenz, AG 2003, 185 ff; Kübler, ZHR 167 (2003), 222, 226; Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 170 ff; Kallmeyer, AG 2003, 197 ff, 198 ff; Ders., in: von Rosen, Die Europa AG – Eine Perspektive für deutsche Unternehmen?, 2003 = Studien des Deutschen Aktieninstituts 21, S. 14 ff, 14 f.

121 Vgl. oben Fn. 12.

122 Dazu oben V.1. a).

123 Der DiskE behält Regeln über die Mitarbeiterbeteiligung ausdrücklich vor, vgl. § 18 Satz 2 und § 19 Abs. 2. Dazu Kübler, ZHR 167 (2003), 222, 227; Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 176.

124 Vgl. oben V.1. b).

Im Unterabschnitt zum monistischen System wird zwar die Zweiteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand ausgeschlossen<sup>125</sup>, doch wird dem Verwaltungsrat als primärem Verwaltungsorgan zwingend ein zweites, aus geschäftsführenden Direktoren bestehendes Organ zur Seite gestellt<sup>126</sup>, das aus mindestens einem geschäftsführenden Direktor bestehen muss. Diesem Organ obliegt nach zwingender Regel<sup>127</sup> die *Führung der Geschäfte der Gesellschaft*<sup>128</sup>. Der DiskE verlangt also, „die Funktionen der Geschäftsführung und der allgemeinen Unternehmensleitung klar zu trennen“. Er will eine „Zweiteilung von Geschäftsführung und Überwachung“ sicherstellen<sup>129</sup>.

Begründet wird dieses dualistische Element damit, dass auch ein monistisches System in Deutschland „mit dem allgemeinen Aktienrecht kompatibel sein“ müsse, und dieses sei „durch und durch geprägt von der Prämisse, dass es in jeder Aktiengesellschaft zwei verschiedene Organe gibt.“<sup>130</sup>

Dies scheint mir nicht unbedingt stichhaltig, lassen sich doch andere Konzepte denken, mit denen „checks and balances“ sichergestellt werden können. Überzeugender ist dagegen der Umstand, dass die SE für größere Gesellschaften gedacht ist und dass bei solchen – die Rechtswirklichkeit in der Schweiz hat es gezeigt<sup>131</sup> – kein Bedarf nach nur einem einzigen „Board“, das gesamthaft nicht nur für die Oberleitung, sondern auch für die Geschäftsführung zuständig ist, besteht.

b) Die etwas halberzige Umsetzung des monistischen Konzepts scheint mir daher zwar nicht zwingend geboten, aber immerhin in der Sache *vertretbar*, und dies umso mehr, als der DiskE die Personalunion von Verwaltungsratsmitglied und geschäftsführendem Direktor explizit erlaubt<sup>132,133</sup>. Der Verzicht auf die Möglichkeit einer Gesamtgeschäftsführung durch den Verwaltungsrat ist unter deutschem Recht umso eher verständlich, als die in der schweizerischen Rechtstradition etablierte personalistische „Klein-AG“ in der deutschen Rechtswirklichkeit kaum vorkommt.

125 § 18 Abs. 1 Satz 1 DiskE.

126 § 24 Abs. 1 Satz 1 DiskE. Insofern missverständlich Kal l meyer, AG 2003, 197, 202 und Theisen/Hölzl, aaO (Fn. 120), S. 275 ff.

127 BDiskE zu § 24 Abs. 2 Satz 1 DiskE, 16.

128 § 24 Abs. 2 Satz 1 DiskE.

129 BDiskE zu § 24 Abs. 1 DiskE, 16.

130 Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 177.

131 Vgl. oben VI.4.

132 § 24 Abs. 1 Satz 2 DiskE, im Gegensatz zu § 105 Abs. 1 AktG.

133 Eine andere Frage ist freilich, ob es richtig ist zu verlangen, dass eine Mehrheit des Verwaltungsrats aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht, vgl. dazu nachstehend VIII.6. c), 3. SpStr.

Trotzdem sei die Frage gestellt, ob es nicht sinnvoll wäre, im Sinne einer möglichst liberalen Ordnung eine konsequent monistische Struktur aufgrund satzungsmäßiger Gestaltung zuzulassen, entweder generell oder wenigstens für einzelne Erscheinungsformen wie Einpersonen-AG oder Joint Venture-Gesellschaft. Sollte die Offerte des Gesetzgebers dann durch die Praxis nicht – oder vorderhand nicht – aufgegriffen werden, wäre wenig verloren.

3. *Zulässigkeit der übrigen in der Schweiz möglichen Organisationsformen, besonders des „Président Directeur Général“?*

Die übrigen in der Schweiz möglichen Formen der Organisation der aktienrechtlichen Exekutive können dagegen aufgrund des DiskE umgesetzt werden, da der Vorschlag wie das schweizerische Recht (im Gegensatz zu diesem freilich zwingend) eine Delegation der Geschäftsführung sowohl an Mitglieder des Verwaltungsrates wie auch an Dritte<sup>134</sup> vorsieht.

Es gilt dies insbesondere auch für eine *Kumulation* der Ämter des (vorsitzenden) geschäftsführenden Direktors und des Vorsitzenden des Verwaltungsrats, womit eine Stellung ähnlich der eines französischen „Président Directeur Général“ erreicht werden kann. In der Begründung zum DiskE<sup>135</sup> wird zwar ausgeführt, eine solche Machtfülle sei nicht sinnvoll. Untersagt wird jedoch die Wahl eines geschäftsführenden Direktors zum Vorsitzenden des Verwaltungsrats, soweit ersichtlich, nicht<sup>136</sup>. Und es kann eine solche Machtfülle in einer Hand in bestimmten Konstellationen durchaus Sinn machen, etwa bei Sanierungen und allgemein in Konzerntochtergesellschaften.

4. *Der Katalog der Aufgaben des Verwaltungsrates nach DiskE*

Vergleicht man den Aufgabenkatalog für den Verwaltungsrat gemäß DiskE mit demjenigen schweizerischen Rechts, dann ergeben sich auffallende *Ähnlichkeiten*, aber auch *Divergenzen*. Im Einzelnen Folgendes:

a) § 21 Abs. 5 Satz 1 DiskE stellt eine *Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates* auf, die der – freilich noch weiter gefassten – Regel des

134 Vgl. Art. 716b Abs. 1 OR.

135 BDiskE zu § 24 Abs. 1 DiskE a. E., S. 16.

136 Vgl. § 38 Abs. 1 Satz 1 DiskE; verlangt wird nur (aber immerhin), dass daneben noch eine Mehrzahl nicht geschäftsführender Mitglieder des Verwaltungsrats bestellt werden, § 24 Abs. 1 Satz 2 DiskE.

schweizerischen Rechts<sup>137</sup> weitgehend entspricht, wonach der Verwaltungsrat „in allen Angelegenheiten Beschluss fassen [kann], die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung“ – oder einem anderen Organ – „zugeteilt sind“.

b) Wie im schweizerischen Recht sollen dem Verwaltungsrat gewisse Aufgaben *unübertragbar* zugewiesen werden<sup>138</sup>.

Im Einzelnen zeigen sich folgende *Übereinstimmungen*:

– § 21 Abs. 1 Satz 1 DiskE: Leitung der Gesellschaft, Bestimmung der Grundzüge der Geschäftstätigkeit und Überwachung der Umsetzung; Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR: Oberleitung der Gesellschaft, Erteilung der nötigen Weisungen, Oberaufsicht;

– § 21 Abs. 2 Satz 1 DiskE und Art. 699 Abs. 1 OR: Einberufung der Aktionärsversammlung (der „Hauptversammlung“ in deutscher, der „Generalversammlung“ in schweizerischer Terminologie);

– § 21 Abs. 4 Satz 1 DiskE und Art. 725 Abs. 1 OR: Pflicht zur Einberufung einer Aktionärsversammlung bei Kapitalverlust;

– § 24 Abs. 5 Satz 1 DiskE und Art. 726 Abs. 1 OR: Recht, Direktoren jederzeit abzurufen<sup>139</sup>.

c) Die Liste der *unübertragbar* dem Verwaltungsrat zukommenden Aufgaben nach DiskE entspricht im Grundsatz der Aufzählung der *unübertragbaren* und *unentziehbaren* Aufgaben des Art. 716a Abs. 1 OR, ist jedoch nach dem DiskE deutlich *kürzer und weniger gehaltvoll* als nach schweizerischem Aktienrecht:

– Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 DiskE erstellen die geschäftsführenden Direktoren den Jahresabschluss und den Lagebericht, während nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR die Erstellung des „Geschäftsberichts“, der den Jahresabschluss und den Lagebericht bzw. – in schweizerischer Terminologie – die Jahresrechnung und den Jahresbericht enthält, in der *unübertragbaren* Kompetenz des Verwaltungsrates liegt.

– Nach § 24 Abs. 2 Satz 3 DiskE haben die geschäftsführenden Direktoren ein Überwachungssystem einzurichten; nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR ist dagegen die Ausgestaltung der Finanzkontrolle und nach Art. 716a Ziff. 2

137 Art. 716 Abs. 1 OR.

138 So ausdrücklich § 24 Abs. 2 Satz 6 DiskE.

139 Wobei nach schweizerischer Ordnung dieses Recht nicht durch die Statuten wegbedungen oder eingeschränkt werden kann.

OR die Festlegung der Organisation, wozu auch die Kontrolle ganz allgemein gehört, Sache des Verwaltungsrates.

– Nach § 24 Abs. 2 Satz 2 DiskE sind die geschäftsführenden Direktoren für die Rechnungslegung zuständig; nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR ist es Aufgabe des Verwaltungsrates, das Rechnungswesen auszugestalten.

Sodann sieht der DiskE verschiedentlich ein „*Zusammenspiel*“<sup>140</sup> von Verwaltungsrat und Direktion vor, wo das schweizerische Recht ausschließlich den Verwaltungsrat für kompetent erklärt. So stellen die geschäftsführenden Direktoren Kapitalverlust bzw. Überschuldung fest<sup>141</sup>, während es Sache des Verwaltungsrates ist, aufgrund der Meldung der Direktoren eine Hauptversammlung einzuberufen<sup>142</sup> bzw. die bei Überschuldung erforderlichen Maßnahmen zu treffen<sup>143</sup>. Das schweizerische Recht erwähnt diesbezüglich lediglich Pflichten des Verwaltungsrates<sup>144</sup>.

Diese Divergenzen dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch in der Schweiz – zumindest bei großen Gesellschaften – die entsprechenden Funktionen in einem „*Zusammenspiel*“ von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung erfüllt werden: Dem nur periodisch tagenden Verwaltungsrat ist es in aller Regel nicht möglich, permanent zu erfüllende Aufgaben – wie Rechnungsführung oder Prüfung der Vermögenslage der Gesellschaft – selbst auszuführen. Vielmehr muss er sich diesbezüglich auf die Geschäftsleitung verlassen. Und in praktisch allen anderen dem Verwaltungsrat „unübertragbar“ zugewiesenen Aufgaben – der Strategiefindung, der Festlegung der Organisation und des Rechnungswesens sowie dem Verkehr mit den Aktionären – wird in aller Regel die *Geschäftsleitung die Vorarbeiten leisten* und ausformulierte Entwürfe vorlegen.

Im Übrigen erscheint es aufgrund der Schwierigkeiten in der Schweiz, bei Großunternehmen den Katalog der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates einzuhalten<sup>145</sup>, als *sinnvoll*, den zwingenden *Aufgabenbereich* des Verwaltungsrates bei größeren und großen Gesellschaften *nicht zu weit zu fassen*<sup>146</sup>.

d) Eine andere Frage ist, ob es dem Verwaltungsrat im (so genannten) monistischen System nicht auch in Deutschland gestattet sein sollte, gewisse weitere Aufgaben, die grundsätzlich den geschäftsführenden Direktoren

140 Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 178.

141 § 24 Abs. 3 Satz 1 DiskE.

142 § 21 Abs. 4 Satz 1 DiskE.

143 § 21 Abs. 4 DiskE.

144 Art. 725 OR.

145 Vgl. oben VII.3.

146 Vgl. die Bemerkung oben bei Fn. 112.

zugewiesen sind, *an sich zu ziehen*, was § 24 Abs. 2 Satz 1 DiskE untersagt. So ist meines Erachtens nicht einzusehen, weshalb nicht der Verwaltungsrat selbst ein geeignetes Überwachungssystem einrichten können sollte<sup>147</sup>. Aus schweizerischer Sicht würde ich eine *flexiblere Ordnung* begrüßen, um so der „Leitungsverantwortung“<sup>148</sup> des Verwaltungsrates das nötige Gewicht zu geben.

#### 5. Einflussmöglichkeiten der Aktionäre auf die Ausgestaltung der Leitungsfunktion

Es fällt auf, dass nach dem DiskE die Aktionäre stärker auf die Ausgestaltung der Leitungsfunktion Einfluss nehmen können als nach schweizerischem Aktienrecht:

- Nach § 38 Abs. 2 Satz 2 DiskE kann die Satzung „Einzelfragen der Geschäftsordnung“, welche sich der Verwaltungsrat zu geben hat, „bindend regeln“. Das schweizerische Recht weist dagegen – wie gezeigt<sup>149</sup> – die Organisationskompetenz unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zu, mit dem einzigen Vorbehalt, dass die Aktionäre jegliche Kompetenzdelegation unterbinden können<sup>150</sup>.
- Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 DiskE hat der Verwaltungsrat „neben dem Vorsitzenden *nach näherer Bestimmung der Satzung* aus seiner Mitte mindestens einen Stellvertreter zu wählen“<sup>151</sup>. Gemäß Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR ist dagegen die Organisationskompetenz umfassend und unentziehbar beim Verwaltungsrat. Immerhin kann statutarisch vorgesehen werden, dass der Vorsitzende des Verwaltungsrates nicht durch diesen, sondern durch die Versammlung der Aktionäre gewählt wird<sup>152</sup>.
- Nach § 24 Abs. 1 Satz 5 DiskE kann die Satzung „Regelungen über die Bestellung eines oder mehrerer geschäftsführender Direktoren treffen“. Nach Art. 716a und Art. 716b OR ist es dagegen ausschließlich Sache des Verwaltungsrates, die Bestellung von Direktoren zu regeln<sup>153</sup>.

147 Vgl. aber § 24 Abs. 2 Satz 3 DiskE.

148 BDiskE zu § 21 DiskE, 14.

149 Bei Fn. 68 und 85.

150 Art. 716b Abs. 1 OR, dazu oben bei Fn. 44.

151 Hervorhebung hinzugefügt.

152 Art. 712 Abs. 2 OR.

153 Wiederum mit dem Vorbehalt, dass die Aktionäre die Möglichkeit, Direktoren zu bestellen und an diese Aufgaben zu delegieren, gänzlich unterbinden können, vgl. oben bei Fn. 44.

Das Schweizer Recht legt also – entsprechend der Paritätstheorie<sup>154</sup> – stärkeres Gewicht auf das *Selbstorganisationsrecht des Verwaltungsrates*, das deutsche Recht dagegen betont verstärkt die *Rechte der Aktionäre* auch im organisatorischen Bereich. Beide Konzepte sind meines Erachtens vertretbar, und in der Praxis dürfte der Unterschied gering sein.

### 6. Überregulierungen im deutschen Vorschlag?

a) Dem deutschen Recht wohnt – im Vergleich zum schweizerischen – ganz allgemein eine Tendenz zur dichterem Regelung von Lebenssachverhalten inne. Das Aktienrecht liefert dafür ein plastisches Beispiel<sup>155</sup>.

Das monistische System des DiskE verfolgt zwar das Ziel, „[...] das monistische Modell so flexibel und zugleich mit hinreichender Regelungsdichte auszugestalten, dass es für die SE mit Sitz in Deutschland zu einer wirklichen, handhabbaren Alternative zum dualistischen Modell wird“<sup>156</sup>. Doch fragt es sich, ob man die gesetzliche Ordnung nicht noch schlanker und flexibler ausgestalten könnte<sup>157</sup>:

b) Positiv ist zunächst zu vermerken, dass der DiskE auf detaillierte Regeln, wie sie sich im AktG finden, weitgehend verzichtet. Es ist dies umso mehr gerechtfertigt, als nötigenfalls für die Lückenfüllung das AktG beigezogen werden kann.

Zu begrüßen ist auch, dass verschiedene Regeln nur dispositiv normiert sind, so etwa die Pflicht zur gemeinschaftlichen Geschäftsführung der Direktoren<sup>158</sup>.

c) Weitere Bestimmungen könnten aber – immer aus Schweizer Perspektive – offener ausgestaltet sein:

– So ist nicht recht einzusehen, weshalb für das Verwaltungsratsgremium *Mindest- und Höchstzahlen* festgeschrieben werden<sup>159</sup>. Solche Regeln gehören – wenn man sie überhaupt vorsehen will – in einen „Code of Best Practice“ oder ein Reglement der Börse.

154 Dazu oben bei Fn. 46.

155 Vgl. die Bemerkungen oben bei Fn. 3 sowie etwa Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 177.

156 Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 175.

157 Vgl. Kallmeyer, AG 2003, 197, 198.

158 Vgl. § 24 Abs. 2 Sätze 4 und 5 DiskE.

159 § 19 DiskE. Vgl. Kübler, ZHR 167 (2003), 222, 231 f. – Sachzwänge, die sich im deutschen Recht allenfalls aus der Mitbestimmung der Arbeitnehmer ergeben, bleiben – wie schon eingangs erwähnt – außer Acht.

- Ebenso fragt es sich, ob es sinnvoll ist, *persönliche Voraussetzungen* für die Annahme eines Verwaltungsratsmandates in der engen Art von § 22 DiskE zu umschreiben. Auch hier wäre meines Erachtens allenfalls ein Kodex oder die Börsenregulierung der richtigere Ort, sofern eine Regelung gewünscht werden sollte<sup>160</sup>.
- Ist es sodann nötig, gesetzlich vorzuschreiben, dass die *Mehrheit* des Verwaltungsrates *aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern* zu bestehen hat? Wiederum: Dies mag Sinn machen bei einer Beteiligung des Publikums und könnte daher in einem „Code of Best Practice“ oder als Voraussetzung für die Börsennotierung verankert werden. Für privat gehaltene Gesellschaften – etwa Tochtergesellschaften eines Konzerns oder Joint Venture-Gesellschaften – kann es dagegen den Beteiligten überlassen werden, angemessene „checks and balances“ vorzusehen.
- Und schließlich ist es meines Erachtens nicht zweckmäßig, zwingend festzulegen, dass an den Sitzungen von Verwaltungsrat und Verwaltungsratsausschüssen „Personen, die dem Verwaltungsrat nicht angehören, nicht teilnehmen“ sollen<sup>161</sup>. Gemeinsame Sitzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung können Sinn machen und sind – soweit ich sehe – international vielfach üblich. Es sollte Sache des Verwaltungsrates sein zu entscheiden, ob er im Beisein der Geschäftsleitung oder allein tagen will.

### 7. Schlussbemerkung

Insgesamt kann aber den Bestimmungen, die der DiskE als Grundlage für ein so genanntes monistisches – oder gemischtes – Leitungskonzept vorsieht, aufgrund der schweizerischen Erfahrungen ein gutes Zeugnis ausgestellt werden, auch wenn man durchaus noch etwas mutiger heilige Kühe des deutschen Aktienrechts hätte schlachten können<sup>162</sup>.

160 Dabei ist immerhin zuzugeben, dass auch in der Schweiz entsprechende Diskussionen geführt wurden. Dies etwa im Rahmen des mehr als zwei Jahrzehnte andauernden Werdegangs der 1991 vollendeten Revision des Aktienrechts, vgl. Art. 707 Abs. 4 OR nach dem bundesrätlichen Entwurf von 1983, aaO (Fn. 32), Ziff. 332.1, 173 f und 237, der sich bewusst an § 100 Abs. 2 Ziff. 1 AktG angelehnt hatte.

161 So aber § 39 Abs. 1 Satz 1 DiskE.

162 In diesem Sinne wohl auch Kübler, ZHR 167 (2003), 222, 231, der von der Bereitschaft spricht, „über Alternativen zu dem rigiden und unflexiblen System des geltenden Rechts nachzudenken“ sowie – im Hinblick darauf, dass die Bundesrepublik im Rahmen des SEEG der deutschen Wirtschaft künftig ein monistisches Leitungskonzept anbieten kann – von der „Chance, neue Lösungsansätze auf ihre Brauchbarkeit zu testen.“