

LUKAS HANDSCHIN

Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung¹

| Inhaltsübersicht | Seite |
|--|-------|
| I. Grundlagen | 169 |
| II. Inhaltskontrolle? | 170 |
| III. Umstände des Zustandekommens | 171 |
| 1. Fragestellung | 171 |
| 2. Vorliegen eines Interessenkonflikts | 171 |
| IV. Auswirkung des Interessenkonflikts auf das Verhalten des Verwaltungsrats | 172 |
| 1. Keine Stimmabgabe | 172 |
| 2. Mitwirkung an der Meinungsbildung? | 172 |
| 3. Pflicht zur Offenlegung des Interessenkonflikts in jedem Fall? | 173 |
| V. Mitwirkung an Entscheiden trotz formalem Interessenkonflikt? | 174 |
| 1. Problem im Konzern | 174 |
| 2. Kein Interessenkonflikt bei Interessenidentität | 175 |
| 3. Grenzen der Synchronisierung der Interessen | 176 |
| VI. Die Feststellung des Interessenkonflikts | 176 |
| 1. Fragestellung | 176 |
| 2. Vertragliche Pflicht zur Wahrung Interessen Dritter | 176 |
| 3. Faktische Abhängigkeitsverhältnisse | 177 |
| 4. Blosser «Interessenberührung» | 178 |
| VII. Überwindung des Interessenkonfliktes bei faktischer Entscheidungsunmöglichkeit | 178 |
| VIII. Vermeidung von Interessenkonflikten | 179 |
| 1. Latente Interessenkonflikte bei der Wahl externer Verwaltungsräte | 179 |
| 2. Vermeidung des Interessenkonflikts durch Vermeidung der Wahl von Personen, die gleichzeitig Geschäftspartner sind | 180 |
| IX. Zusammenfassung | 181 |

I. Grundlagen

Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat zur Treue gegenüber seinem Unternehmen verpflichtet. Er hat stets die Interessen des Unternehmens zu wahren und zu

¹ Nach Abschluss des Manuskriptes erhielt der Autor die Publikation: PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, Festschrift für Hermann Schulin, Basel 2002, 10 ff., die sich zum gleichen Thema äussert. Dem Autor verbleibt die Genugtuung, ein Thema gewählt zu haben, das den Jubilar interessiert.

verfolgen. Tut er es nicht, wird er verantwortlich. Insofern werden die Pflichten der Verwaltungsrates durch die gesetzliche Bestimmungen über die Verantwortlichkeit konkretisiert.

Als unbestimmter Rechtsbegriff bietet der Begriff Treuepflicht keine klare Richtlinie für das Verhalten des Verwaltungsrates. Der Begriff ist tatsächlich so allgemein gefasst und fassbar, dass er oft nicht wie eine Norm erscheint, die zu befolgen ist, sondern eher wie ein gutgemeinter Vorsatz.

Trotz der grossen Schwierigkeiten, die darin bestehen, das Verhalten eines einzelnen Verwaltungsrates unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht zu analysieren und zu prüfen, gibt es klare Pflichten und Vorschriften in diesem Zusammenhang. Eine rechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema ist also notwendig.

Die Treuepflicht gegenüber seiner Gesellschaft prägt den Verwaltungsrat in seinem gesamten wirtschaftlichen Handeln, innerhalb und ausserhalb der Gesellschaft. Sie ist beispielsweise für die Frage entscheidend, ob der Verwaltungsrat konkurrenzierend zu seiner Gesellschaft tätig werden darf, ob er einer bestimmten politischen Partei (deren politischen Ziele z.B. zu einer Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit seiner Gesellschaft führen würden) beitreten darf, womöglich sogar ob er sein Freizeitverhalten anzupassen hat, sofern dieses von der Öffentlichkeit zur Kenntnis genommen wird. Von direkter gesellschafts- und organisationsrechtlichen Relevanz ist die Treuepflicht des Verwaltungsrates allerdings in erster Linie bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung im Rahmen des Verwaltungsrates.

Methodisch kann ein Verwaltungsratsentscheid auf zwei Arten beurteilt werden: Er kann inhaltlich oder hinsichtlich der Umstände seines Zustandekommens überprüft werden.

II. Inhaltskontrolle?

Wird bei der Überprüfung eines Entscheides des Verwaltungsrates lediglich auf den Inhalt abgestellt, sind Entscheide bei denen der Verwaltungsrat seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft nicht verletzt, nicht zu beanstanden, unabhängig davon, wie der Entscheid entstanden ist. Dieser Weg führt bei einem unbestimmten Rechtsbegriff wie demjenigen der Treuepflicht kaum zu brauchbaren Kriterien. Die Schlussfolgerung und die Umsetzung derselben leiden unter der Offenheit des Begriffes und es ist kaum möglich, nachvollziehbare klar auf bestimmte Sachverhalte anwendbare Normen zu definieren. Eine inhaltliche Überprüfung ist allenfalls denkbar im Rahmen einer nachträglichen Beurteilung eines bestimmten Verhaltens durch einen Richter; als Verhaltensregel im Vorfeld eines Entscheides taugt sie wenig. Wer sicher gehen will, keinen Fehler zu machen, muss sich ausserhalb des breiten Bandes bewe-

gen, das sich durch die Offenheit des Begriffes ergibt. Dies mit der praktischen Folge, dass nur Entscheide, die in jedem Fall keine Verletzung der Treuepflicht darstellen, gefällt werden. Die Folge sind mutlose und zurückhaltende Entscheide.

III. Umstände des Zustandekommens

1. Fragestellung

Die Umsetzung des allgemeinen Begriffes der Treuepflicht des Verwaltungsrates in nachvollziehbare und bestimmbare Verhaltensnormen führt richtigerweise nicht über eine inhaltliche Überprüfung der Entscheide, sondern über eine Analyse der Struktur, in der diese Entscheide zustande kommen. Verletzt ein Entscheid diese Strukturen liegt in ihm ein Verstoß gegen die Treuepflicht des Verwaltungsrates, völlig unabhängig vom Inhalt des Entscheides.

Es ist zu prüfen, bei welchen objektiven Voraussetzungen ein Entscheid einen Verstoß gegen die Treuepflicht des Verwaltungsrates darstellt, und unter welchen objektiven Umständen die Gefahr besteht, dass der Verwaltungsrat seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft bzw. seine Pflicht verletzt, die Interessen der Gesellschaft zu wahren.

2. Vorliegen eines Interessenkonflikts

Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Verwaltungsrat in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt mehrere Interessen vertritt. Neben den Interessen der Gesellschaft, zu deren Wahrung er verpflichtet ist, vertritt er seine eigenen Interessen oder die eines anderen; wir sprechen von Drittinteressen. Soweit diese anderen Interessen sich unmittelbar wirtschaftlich auf den Verwaltungsrat auswirken oder die Drittinteressen Gegenstand weiterer Interessenwahrungspflichten darstellen, liegt ein Interessenkonflikt vor. Berührt ein Entscheid mehrere nicht gleich gerichtete Interessen, denen der Verwaltungsrat verpflichtet ist, darf der Verwaltungsrat nicht massgebend am Entscheid mitwirken². Sein Mitwirkungsverbot betrifft grundsätzlich nicht nur

² PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, Festschrift für Hermann Schulin, Basel 2002, 16 ff. (zit. Interessenkonflikt); PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, N 1642 ff.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 289, allerdings mit strengen Anforderungen an das Vorliegen eines Interessenkonflikts; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ANTON K. SCHNYDER/CATHERINE CHRISTEN, Aktienrecht,

die Stimmabgabe, sondern auch die Verhandlungsführung und die Einflussnahme auf den Entscheid³.

IV. Auswirkung des Interessenkonflikts auf das Verhalten des Verwaltungsrats

1. Keine Stimmabgabe

Der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt darf beim entsprechenden Beschluss nicht mitstimmen. Diese Schlussfolgerung ist klar und unbestritten⁴.

2. Mitwirkung an der Meinungsbildung?

Es stellt sich die Frage, ob der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt nur an der Stimmabgabe nicht mitwirken darf, oder dies auch für die verwaltungsratsinternen Meinungsbildung gilt. Der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt, der seine Stimme nicht abgibt, aber argumentativ auf die Entscheidungsfindung einwirkt, beeinflusst den Gesellschaftsentscheid möglicherweise gleichermassen, wie wenn er eine Stimme abgeben würde. Die Frage stellt sich insbesondere dort, wo der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt diesen gegenüber seinen Verwaltungsratskollegen nicht offen legt, am Meinungsbildungsprozess teilnimmt und dann ohne die Gründe dafür zu nennen, sich der Stimmabgabe enthält.

Zürich 2000, N 630 sowie a.M. HANS CASPAR VON DER CRONE, Interessenkonflikte im Verwaltungsrat, in SZW, 1/95, 7, der an diese Situation die Vermutung der Pflichtwidrigkeit knüpft, aber eine inhaltliche Überprüfung des Entscheides zulässt.

³ Vgl. «Swiss Code of best Practice», Ziff. 16: «Jedes Mitglied von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat seine persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft möglichst vermieden werden. Tritt ein Interessenkonflikt auf, so benachrichtigt das betroffene Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung den Verwaltungsratspräsidenten. Der Präsident bzw. Vizepräsident beantragt einen der Intensität des Interessengegensatzes entsprechenden Entscheid des Verwaltungsrates; dieser beschliesst unter Ausstand des Betroffenen. Wer der Gesellschaft entgegenstehende Interessen hat oder solche Interessen für Dritte vertreten muss, tritt bei der Willensbildung in den Ausstand. Eine Person, die in einem dauernden Interessenkonflikt steht, kann dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nicht angehören. Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Organmitgliedern oder ihnen nahe stehenden Personen unterstehen dem Grundsatz des Abschlusses zu Drittbedingungen; sie werden unter Ausstand der Betroffenen genehmigt. Nötigenfalls ist eine neutrale Begutachtung anzuordnen».

⁴ Statt vieler: PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikt, 17.

Der Verwaltungsrat, der am Meinungsbildungsprozess im Hinblick auf einen Entscheid mitwirkt, bei dem ein Interessenkonflikt vorliegt, ist verpflichtet, diesen Interessenkonflikt offen zu legen und zwar bevor die Diskussion eingesetzt hat⁵. Die Offenlegung des Interessenskonfliktes gibt den Mitverwaltungsräten die Möglichkeit, Diskussionsbeiträge und Argumente richtig zu würdigen. Aufgrund der Qualifikationen, die das Amt des Verwaltungsrates verlangt, darf davon ausgegangen werden, dass die anderen Verwaltungsräte in der Lage sind, Diskussionsbeiträge im Lichte des Interessenskonfliktes richtig zu beurteilen. Selbstverständlich können die übrigen Verwaltungsräte den Verwaltungsrat, der sich im Interessenkonflikt befindet, aus Gründen der Geheimhaltung jederzeit veranlassen, am Meinungsbildungsprozess nicht weiter teilzunehmen und den Raum zu verlassen⁶.

Verwaltungsräte, die verschiedenen wirtschaftlichen Interessen verpflichtet sind, können also an einem Entscheid im Rahmen einer Diskussion mitwirken, wenn sie die Interessenlagen offengelegt haben und wenn die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates nicht einen Ausschluss verlangen. In keinem Fall dürfen die Verwaltungsräte bei der Stimmabgabe mitwirken.

3. Pflicht zur Offenlegung des Interessenkonflikts in jedem Fall?

Es ist denkbar, dass ein Verwaltungsrat sich in einem Interessenkonflikt befindet, diesen aber nicht offen legen will oder darf, zum Beispiel, weil er mit der Offenlegung dieses Interessenskonfliktes ein Amts- oder Berufsgeheimnis verletzen würde⁷. Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates verstärkt sich in dieser Situation fast unerträglich. Er muss sich möglicherweise für eine Pflichtverletzung entscheiden, – die Unterlassung der Offenlegung oder den Geheimnisverrat. Die Frage kann sich insbesondere bei Rechtsanwälten stellen, die feststellen müssen, dass sich zwischen ihrem Unternehmen und einem ihrer Klienten eine Rechtsbeziehung anbahnt.

Der Grund dafür, die Offenlegung von Interessenkonflikten zu verlangen, wurde darin erkannt, dass die übrigen Verwaltungsräte in der Lage sein müssen, das Verhalten des Verwaltungsrats im Interessenkonflikt richtig zu beurteilen. Sie müssen erkennen können, ob der gutgemeinte Rat des Kollegen im Interesse der Gesellschaft erfolgt oder in einem Drittinteresse. Aus dieser Zielsetzung könnte geschlossen werden, dass der Verwaltungsrat, der sich an der Meinungsbildung nicht beteiligt – we-

⁵ PETER BÖCKLI, N 1645e.

⁶ Ähnlich PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikt, 19, PETER BÖCKLI, N 1645e.

⁷ Die in PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikt, 18 postulierte Offenlegungspflicht der Interessenkonflikte besteht also nicht uneingeschränkt.

der im Rahmen der Diskussionen im Verwaltungsrat noch im Rahmen der Diskussion unter den Verwaltungsräten – den Interessenkonflikt auch nicht offen legen muss, weil er sich nicht auswirkt. Die Auffassung verkennt, dass die Offenlegung des Interessenkonfliktes nicht nur sicherstellen soll, dass Verwaltungsräte im Interessenkonflikt nicht an Entscheiden mitwirken. Es geht auch darum, dass die Gesellschaft die Geheimhaltung von Informationen und Verhandlungen verfügen kann⁸ und der Verwaltungsrat als Ganzes darüber entscheiden können muss, ob er eine Person als Mitverwaltungsrat wünscht, die bestimmten Drittinteressen verpflichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn sich diese Person von allen Entscheiden fernhält, in denen der Interessenkonflikt vorliegt.

Richtigerweise muss der Verwaltungsrat den Interessenkonflikt daher in jedem Fall offen legen, es sei denn, dass er ihn beseitigt, indem er entweder vom Verwaltungsrat zurücktritt oder indem er sich dem Drittinteressen lossagt. Eine Ausnahme ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn der Interessenkonflikt eine einmalige Situation betrifft, in der die übrigen Verwaltungsratsmitglieder auch in Kenntnis des Interessenkonfliktes keine Massnahmen ergreifen würden. Es kann sich auch unternehmensintern eine Praxis gebildet haben, die für den Verwaltungsrat, der den Interessenkonflikt nicht offen legen will, als Richtschnur dienen kann. Haben die übrigen Verwaltungsräte in vergleichbaren Fällen, in denen ein Verwaltungsrat einen einzelnen Interessenkonflikt angemeldet hat, auf Massnahmen verzichtet, darf der Verwaltungsrat im nicht kommunizierten Interessenkonflikt davon ausgehen, dass diese Politik auch in seinem Fall angewendet werden würde. Er darf sich ohne Mitteilung des Interessenkonfliktes aus der Entscheidungsfindung fernhalten.

V. Mitwirkung an Entscheiden trotz formalem Interessenkonflikt?

1. Problem im Konzern

Die Vorschriften, die sich aus der Treuepflicht im Interessenkonflikt ergeben, führen in kleinen Gesellschaften mit einem einheitlichen Aktionariat und in Gesellschaften, die Teil eines Konzerns sind, zu einem kaum praktikablen Ergebnis. Die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaft, die beispielsweise von der Mutter in diese «delegiert» werden, müssten sich gerade dann der Stimme enthalten, wenn es darum geht,

⁸ Zum Beispiel durch Abdeckung relevanter Passagen in Sitzungsprotokollen, PETER BÖCKLI, N 1645e.

ihre Funktion – nämlich die Durchsetzung des Konzerninteresses innerhalb der Tochtergesellschaft – richtig wahrzunehmen.

2. Kein Interessenkonflikt bei Interessenidentität

Bei Konzerngesellschaften und bei Gesellschaften, die durch einen kontrollierenden Aktionär beherrscht werden, ist zu differenzieren. Soweit zwischen dem Unternehmen und dem beherrschenden Aktionär eine Interessenidentität besteht, gibt es keinen materiellen, sondern nur einen formalen Interessenkonflikt. Entscheide dieser Verwaltungsräte sind nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt im Verhältnis zwischen der Tochter- und der Konzernobergesellschaft.

Das Gesellschaftsinteresse besteht regelmässig aus zwei Elementen, dem Gesellschaftszweck und der Pflicht ihn zu verfolgen, sowie – zweitens – der Rechtsordnung und der Pflicht sie zu befolgen⁹. Soweit sich das Gesellschaftsinteresse aus dem Gesellschaftszweck ergibt, ist eine Synchronisierung der Interessen möglich und die Verfolgung des Konzerninteresses ist nicht mehr die Verfolgung eines Drittinteresses. Das Konzerninteresse entspricht in diesem Fall dem Gesellschaftsinteresse mit der Folge, dass der Verwaltungsrat dieses nicht nur verfolgen darf, sondern verfolgen muss. Die Synchronisierung der Interessenlagen kann gestützt auf eine spezielle Konzernzweckklausel erfolgen oder sie darf bei 100%-igen Tochtergesellschaften, die für Dritte als Teil des Konzerns erkennbar sind, angenommen werden. Ob der beherrschende Aktionär eine Aktiengesellschaft ist, oder eine natürliche Person, die für Dritte sichtbar die Gesellschaft beherrscht, spielt keine Rolle.

Wirtschaftliche Interessenlagen, die durch eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Zweckänderung der Gesellschaft zum Gesellschaftsinteresse werden, sind keine Drittinteressen mehr. Ihre Verfolgung durch einen Verwaltungsrat führt nicht zu einem Interessenkonflikt.

Konzernsynchronisierungsklauseln in Gesellschaften, die nicht zu 100% einheitlich beherrscht werden und als Teil des Konzerns für Dritte erkennbar sind, sind allerdings die Ausnahme. Praktisch bedeutet dies, dass in diesen anderen abhängigen Gesellschaften in Bezug auf die Mitwirkung von Verwaltungsräten, die auch Drittinteressen vertreten, das gleiche gilt, wie in einer konzernfreien Gesellschaft. Der Verwaltungsrat darf am entsprechenden Entscheid nicht mitwirken.

⁹ Zum Ganzen im Konzern: LUKAS HANDSCHIN, der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, insbesondere 94 ff. JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich, 1999, 107; ROLAND VON BÜREN, der Konzern, SPR VIII/6, 86 ff.

3. Grenzen der Synchronisierung der Interessen

Die Synchronisierung der Interessen ist nicht grenzenlos möglich. Neben dem Gesellschaftszweck wird das Gesellschaftsinteresse auch durch die Rechtsordnung bestimmt. Diese definiert in jedem Fall die Grenzen. Zu beachten sind insbesondere Vorschriften, welche die Beziehung zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft zwingend regeln, beispielsweise die Vorschriften über das Verbot der Einlagenrückgewähr, etc.¹⁰. Soweit es also um die Frage geht, ob eine finanzielle Leistung von der Tochter- an die Muttergesellschaft erfolgen darf, liegt in jedem Fall ein Interessenkonflikt vor, denn diese Frage beantwortet sich nicht gestützt auf den Gesellschaftszweck, sondern gestützt auf die Rechtsordnung. An diesem Entscheid darf der Verwaltungsrat, der auch dem Interessen des Aktionärs verpflichtet ist, nicht mitwirken. Vermeiden kann der Verwaltungsrat den Interessenkonflikt durch eine strikte Beachtung des *«at arm's length»*-Prinzips, das ihn verpflichtet, Verträge zu Drittbedingungen abzuschliessen¹¹.

VI. Die Feststellung des Interessenkonflikts

1. Fragestellung

In vielen Fällen sind die Interessenbindungen eines Verwaltungsrates offensichtlich und unbestritten. Denkbar ist aber auch, dass die Interessenbindung eines Verwaltungsrates uneinheitlich beurteilt wird. Beispielsweise stellt sich der betroffene Verwaltungsrat auf den Standpunkt, einer gewissen wirtschaftlichen Interessenbindung nicht zu unterliegen und als Folge dessen frei zu sein, am entsprechenden Entscheid mitzuwirken. Es stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien eine wirtschaftliche Interessenbindung eines Verwaltungsrates zu beurteilen ist.

2. Vertragliche Pflicht zur Wahrung Interessen Dritter

Von einem Interessenkonflikt ist sicherlich dann auszugehen, wenn sich der Verwaltungsrat in irgend einer vertraglichen oder gesetzlichen Beziehung wie beispielweise in einem Arbeitsvertrag zu den Exponenten des entsprechenden Interesses befindet.

¹⁰ ROLAND VON BÜREN, der Konzern, SPR VIII/6, 89.

¹¹ Auch PETER FÖRSTMOSER, Interessenkonflikt, 18.

Das gilt sicher dann, wenn der Verwaltungsrat sich vertraglich verpflichtet hat, die Interessen seines Prinzipals zu verfolgen. Richtigerweise besteht ein Interessenkonflikt auch bereits dann, wenn der Verwaltungsrat zum Prinzipal in einem Vertragsverhältnis steht, das eine Interessenwahrungspflicht nicht ausdrücklich vorsieht, aber sich durch die Art und Intensität der Vertragsbeziehung ergibt. In diesen Fällen liegt ein direkter Interessenkonflikt vor, denn der Verwaltungsrat ist gegenläufigen Interessen verpflichtet, in dem Sinne, dass die Verfolgung des einen Interesses reziprok die anderen Interessen schädigt¹².

3. Faktische Abhängigkeitsverhältnisse

3.1 Fragestellung

Viel schwieriger ist die Feststellung der Abhängigkeitsverhältnisse, die nicht durch eine Vertragsbeziehung begründet sind. Es geht hier um faktische Abhängigkeitsverhältnisse. In erster Linie ist bei diesen ausservertraglichen faktischen Abhängigkeitsverhältnissen an die Möglichkeit zu denken, einen bestimmten Verwaltungsrat jederzeit abzuwählen und durch diese Abwahlmöglichkeit Einfluss auf sein Verhalten als Verwaltungsrat auszuüben. Dies kann, muss aber nicht zu einem Interessenkonflikt führen.

3.2 Wirtschaftliche Abhängigkeit vom Amt

Die Abwahlmöglichkeit kann unter zwei Voraussetzungen zu einer Interessenbindung des Verwaltungsrates führen. Zum einen ist denkbar, dass der entsprechende Verwaltungsrat wirtschaftlich an das Mandat und die Gesellschaft gebunden ist. Eine Abwahl wäre für ihn mit schweren wirtschaftlichen Einbussen verbunden. Dabei ist nicht nur das Verwaltungsratshonorar beachtlich, sondern das wirtschaftliche Gesamtvolumen der kommerziellen Beziehung zwischen dem Verwaltungsrat und der Gesellschaft. Beachtlich sind also auch Honorare, die sich aus weiteren Auftrags- oder Lieferverhältnissen ergeben.

Die Bestimmung eines Schwellenwertes für die Annahme einer wirtschaftlichen Abhängigkeit ist nicht einfach. Richtigerweise darf die Schwelle nicht zu hoch, im existenziellen Bereich angesetzt werden. Vielmehr muss es genügen, dass der Mandatsverlust zu einer Vermögenseinbusse führt, was immer dann der Fall ist, wenn die gefährdete Geschäftsbeziehung nicht ohne weiteres ersetzt werden kann. Fehlt es an

¹² PETER BÖCKLI, N 1641c.

dieser wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Amt, führt die Abwahlmöglichkeit eines Verwaltungsrats in der Regel nicht zu einem Interessenkonflikt.

4. Blosser «Interessenberührung»

Kein Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Verwaltungsrat von einem Beschluss zwar berührt ist, aber keine finanziellen Eigeninteressen betroffen sind oder gesetzliche oder vertragliche Interessenwahrungspflichten verletzt würden, wenn er den Interessen der Gesellschaft folgt¹³.

VII. Überwindung des Interessenkonfliktes bei faktischer Entscheidungsunmöglichkeit

Die Beachtung der Vorschriften über den Interessenkonflikt können dazu führen, dass bestimmte Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und bestimmenden Aktionären nicht eingegangen werden können. Diese Situation kann dazu führen, dass im Gesellschaftsinteresse notwendige Entscheide nicht stattfinden. Zu denken ist beispielsweise an Vertragsschlüsse mit kontrollierenden Aktionären, die nicht *at arm's length* erfolgen oder an die Führung von Prozessen gegen dominierende Aktionäre, die im Gesellschaftsinteresse notwendig sind, z.B. Verantwortlichkeitsprozesse oder Verfahren bei ungerechtfertigten Gewinnentnahmen. Ein anderes gesellschaftsinternes Organ, das an Stelle des Verwaltungsrates treten kann, gibt es nicht; insbesondere kann diese Funktion nicht durch die Generalversammlung wahrgenommen werden. Zum einen gibt es zwischen dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung in diesen Fragen keine parallele Zuständigkeit¹⁴. Dazu kommt, dass die Mehrheitsverhältnisse in diesen Fragen in beiden Gremien oft die gleichen sind, so dass die Qualität des Beschlusses aus der Sichtweise der Interessenwahrungspflicht zu Gunsten der Gesellschaft nicht verbessert wird.

Tatsächlich sieht das Gesetz bei der strukturellen Handlungsunfähigkeit einer juristischen Person nicht einen Beschluss der Generalversammlung vor, sondern dass der

¹³ Vgl. dazu PETER BÖCKLI, N 1641a; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 289.

¹⁴ PETER BÖCKLI, N 1645a.

Gesellschaft im Umfang ihrer strukturellen Handlungsfähigkeit einen Beistand gemäss Art. 393 Ziff. 4 ZGB ernannt werden kann¹⁵.

Die Tatsache, dass das Gesetz ein strukturiertes Verfahren zur Überwindung der Entscheidungsunfähigkeit zur Verfügung stellt zeigt, dass das Gesetz Situationen anerkennt, in denen eine Aktiengesellschaft trotz formaler Bestellung der Organe entscheidungsunfähig ist. Das Verfahren zur Wiederherstellung der Entscheidungsfähigkeit ist allerdings kompliziert und der im Rahmen dieses Verfahrens ernannte Beistand wird in vielen Fällen aufgrund seiner Sachkenntnis nicht ohne weiteres in der Lage sein, einen richtigen Entscheid zu fällen. Für die Gesellschaft belastend ist im Rahmen des Verfahrens der Beistandernennung nicht nur die Tatsache, dass der Beistand an Stelle des Verwaltungsrates entscheidet. Das Verfahren, welches zur Bestellung eines Beistandes führt, kann Jahre dauern und lähmt die Gesellschaft. Ein Verwaltungsrat, der erkennt, dass er selber gestützt auf Interessenkonflikte nicht zum Entscheid fähig ist, ist daher im Interesse der Gesellschaft verpflichtet, alles zu unternehmen, um den Zeitraum der Entscheidungsunfähigkeit zu verkürzen, wozu auch gehören kann, selber die Ernennung eines Beistandes durch die zuständige Behörde oder den Richter zu beantragen.

Die Situation, in der die Gesellschaft nicht mehr zum Entscheid fähig ist und durch einen Beistand entschieden werden muss, belastet die Gesellschaft. Auch aus diesem Grund ist es wichtig, dass der Verwaltungsrat dergestalt bestellt wird, dass solche Situationen möglichst selten vorkommen und die absolute Ausnahme bleiben.

VIII. Vermeidung von Interessenkonflikten

1. Latente Interessenkonflikte bei der Wahl externer Verwaltungsräte

Der externe Verwaltungsrat ist nicht ausschliesslich für eine Gesellschaft tätig, sondern übt das Verwaltungsratsmandat als externe Persönlichkeit aus. Der Verwaltungsrat hat oder vertritt neben seiner wirtschaftlichen Existenz als Verwaltungsrat der Gesellschaft noch andere wirtschaftliche Interessen. Sobald eine dieser zusätzlichen Interessenssphären, denen der Verwaltungsrat verpflichtet ist, mit dem Interesse der Gesellschaft in Konflikt gerät, befindet sich der Verwaltungsrat in einem Interessenkonflikt und darf am entsprechenden Entscheid der Gesellschaft nicht mitwirken. Die Ge-

¹⁵ Vgl. zum ganzen ausführlich: ISO SCHUMACHER-BAUER, Beistandschaft in der AG, Diss. Zürich, 1981.

fahr des Interessenkonflikts ist zwangsläufig beim externen Verwaltungsrat grösser, da dieser mehrere wirtschaftliche Interessen vertritt. Der Vorteil eines externen Verwaltungsrates, der vor allem in der verbesserten Kontrolle des Managements¹⁶, im Erwerb von Know-How¹⁷ und darin gesehen wird, dass das beschränkte Reservoir an geeigneten Persönlichkeiten den Beizug externer Personen bedingt¹⁸ wird mit dem Risiko bezahlt, dass Situationen eintreten können, in denen sich der externe Verwaltungsrat in einem Interessenkonflikt befindet und am Entscheid nicht mitwirken und seine Funktion nicht ausüben kann.

2. Vermeidung des Interessenkonflikts durch Vermeidung der Wahl von Personen, die gleichzeitig Geschäftspartner sind

Die Gefahr des einzelfallbezogenen Wegfalls einzelner Verwaltungsräte im Entscheidungsprozess kann durch eine sorgfältige Auswahl externer Verwaltungsräte limitiert werden. Wichtig ist, Personen zu bestimmen, deren weitere wirtschaftliche Interessen möglichst wenig Berührungspunkte zur Geschäftstätigkeit der Gesellschaft aufweisen¹⁹. Wenn eine Gesellschaft einen Bankenvertreter im Verwaltungsrat wünscht, um sich das Know-How dieser Person zu sichern, dann ist dies mit Vorteil nicht eine Person, die auch der Hausbank gegenüber verpflichtet ist²⁰. Ansonsten fällt im Krisenfall, wenn die Bank die Kredite der Gesellschaft kündigt und die Gesellschaftsgläubiger über Abtretungen notifiziert und im Verwaltungsrat über allfällige Massnahmen gegenüber der Bank gesprochen werden muss, nicht nur das Stimmrecht des Verwaltungsrats weg, sondern auch die Expertise, für welche die Person in den Verwaltungsrat gewählt worden war.

Die strukturelle Minimierung der Interessenkonflikte ist eine Pflicht des Verwaltungsrates. Wer sich in ein Amt wählen lässt, im Wissen, dass er die ihm zugedachte Funktion wegen Interessenkonflikte nicht wahrnehmen kann, darf das Mandat nicht übernehmen. Er kann verantwortlich werden, wenn die Gesellschaft wegen seiner Ausstandspflicht in einer schwierigen Situation nicht zum Entscheid fähig ist.

¹⁶ Swiss Code of best Practice, Ziff. 12: «Eine Mehrheit besteht in der Regel aus Mitgliedern, die im Unternehmen keine OPERATIVEN Führungsaufgaben erfüllen (nicht exekutive Mitglieder)».

¹⁷ Swiss Code of best Practice, Ziff. 12: «(...) und so gross, dass seine Mitglieder Erfahrung und Wissen aus verschiedenen Bereichen ins Gremium einbringen».

¹⁸ PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, Festschrift für Hermann Schulin, Basel 2002, 10.

¹⁹ Auch PETER BÖCKLI, N 1645d.

²⁰ Im Ergebnis auch PETER BÖCKLI, N 1644, der beim Bankdirektor im Verwaltungsrat einen Ausstandsgrund in allen Geschäften mit der Gesellschaft erkennt. Vgl. auch WERNER DE CAPITANI, Der delegierte Verwaltungsrat, SJZ 90, 349.

Verwaltungsräte sind verpflichtet, alle auch potentiellen Interessenkonflikte offen zu legen²¹. Dies gilt auch nach der Wahl bei veränderten Verhältnissen, damit die Gesellschaft erkennen kann, ob der Sachverstand des Verwaltungsrates der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung steht.

3.4 Prävention des Interessenkonflikts durch Vermeidung der Wahl von externen Personen?

Das Postulat, dieser Situation dadurch aus dem Weg zu gehen, indem externe Personen nicht mehr in den Verwaltungsrat gewählt werden, oder für das Amt des Verwaltungsrates ein ähnliches Konkurrenzverbot vorzusehen, wie dies das Arbeitsrecht für Arbeitnehmer kennt, ist nicht gerechtfertigt. Durch eine besonnene Zuwahl von externen Verwaltungsräten können die Nachteile reduziert werden.

Dazu kommt, dass ein völliges Ausschalten des Interessenkonfliktes auch bei demjenigen Verwaltungsrat nicht möglich ist, der neben den Gesellschaftsinteressen keine wirtschaftlichen Drittinteressen wahrnimmt. Jeder Verwaltungsrat vertritt mindestens ein weiteres wirtschaftliches Interesse, nämlich das seiner eigenen Person. Das eigene wirtschaftliche Interesse kommt spätestens dann zum Ausdruck, wenn es darum geht, die Beziehung zwischen dem Verwaltungsrat und seinen einzelnen Mitgliedern, insbesondere die Frage der Honorierung, zu regeln.

IX. Zusammenfassung

1. Ob ein Entscheid eines Verwaltungsrats eine Treuepflichtverletzung darstellt, kann verlässlich und voraussehbar nur anhand der Art des Zustandekommens festgestellt werden. Ein Verwaltungsrat, der an einem Entscheid mitwirkt und sich dabei in einem Interessenkonflikt befindet, verletzt seine Treuepflicht.
2. Der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt darf in keinem Fall sein Stimmrecht ausüben. Er ist verpflichtet, den Interessenkonflikt offenzulegen, darf aber an der internen Meinungsbildung mitwirken, sofern er nicht aus Geheimhaltungsgründen ausgeschlossen wird.
3. Im formalen Interessenkonflikt darf ein Verwaltungsrat nur mitwirken, wenn zwischen den Interessen, denen der Verwaltungsrat verpflichtet ist, eine Interes-

²¹ PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, Festschrift für Hermann Schulin, Basel 2002, 18.

senidentität besteht. Dass kann namentlich bei Konzerngesellschaften der Fall sein, solange die Vertragsbeziehungen at arms length erfolgen.

4. Einem Interessenkonflikt unterliegt der Verwaltungsrat immer, wenn er vertraglich oder gesetzlich Drittinteressen verpflichtet ist. Die Drohung mit der Abwahl führt nur dann zu einer Abhängigkeit gegenüber dem Hauptaktionär, wenn der betroffene Verwaltungsrat wirtschaftlich vom Amt abhängig ist.
5. Der Verwaltungsrat im Interessenkonflikt kann seine Funktion im Interesse der Gesellschaft nicht richtig ausüben. Es ist anzustreben, nur Personen als Verwaltungsrat zu wählen, deren andere wirtschaftliche Interessen möglichst wenig Berührungspunkte zum Geschäftsfeld der Gesellschaft aufweisen. Eine Person, die sich als Verwaltungsrat wählen lässt, im Wissen, dass sie die ihr zuge dachte Funktion wegen Interessenkonflikten nicht wahrnehmen kann, kann verantwortlich werden.