

Die „richtige“ Zusammensetzung des Verwaltungsrates

Rolf Watter/Katja Roth Pellanda

Inhalt

I. Einleitung	48
II. Gesetzliche und andere Vorschriften	51
1. Vorbemerkung	51
2. Vorgaben des Obligationenrechts	52
a) Direkte Vorgaben	52
aa) Aktionärseigenschaft	53
bb) Wohnsitz und Nationalität	56
b) Indirekte Vorgaben	57
c) Revisionsbestrebungen	58
3. Vorgaben des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance	60
III. Spezialfragen	63
1. Unabhängigkeit, nicht-exekutive Tätigkeit und Interessenkonflikte	63
a) Allgemeines	63
b) Definitionen	65
c) Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Gremiums?	68
d) Doppelspitze oder Personalunion?	70
e) Exkurs: Umgang mit (latenten) und sich manifestierten Interessenkonflikten	74
2. Fähigkeiten, Kenntnisse und Integrität	78
3. Nutzen von statutarischen Wahlstranken	82
a) Allgemeines	82
b) Eigene Beurteilung	83
IV. Mögliches Vorgehen, um eine „richtige“ Zusammensetzung zu erreichen	86
1. Allgemeines „Disclaimer“	86
2. Vorschlag für ein fünfstufiges Vorgehen	87
a) 1. Frage: Stellung des Präsidenten und Auswahl einer geeigneten Person	87
b) 2. Frage: Besetzung des Audit Committees, insbesondere dessen Vorsitzenden	90
c) 3. Frage: Ergänzung mit Mitgliedern mit konkreten Branchen- und Unternehmenskenntnissen	92
d) 4. Frage: Risikobegrenzung	93
e) 5. Frage: Persönliche Qualifikation	93
3. Persönliche Präferenz	94

I. Einleitung

Die vorliegend präsentierte Auseinandersetzung mit der Frage nach der „richtigen“ Zusammensetzung des Verwaltungsrates ist in *drei Teile* gegliedert: Zunächst sollen die *Anforderungen von Gesetz und „Soft Law“*¹, namentlich dem Swiss Code of Best Practices for Corporate Governance („SCBP“)², dargelegt werden, danach drei wesentliche *Spezialfragen* – Unabhängigkeit, Fähigkeiten und statutarische Wahlschranken – ausführlicher behandelt werden, um schliesslich darzustellen, wie die *Autoren* – hätten sie die Wahl – objektiv *vorgehen würden*, um den aus ihrer, rein subjektiven Sicht *besten Verwaltungsrat zusammenzusetzen*.

Sucht man – einmal losgelöst von gesetzlichen Vorgaben – nach einem (auch aus ökonomischer Sicht) richtigen Verwaltungsrat und lässt man sich dabei von den Vorgaben leiten, wie sie in *Presseerzeugnissen* geäussert werden, qualifizieren sich nur ganz wenige Personen für das *Amt eines Verwaltungsrates*, wird doch von einem solchen etwa gefordert,

- über die entsprechenden *Unternehmens- und Branchenkenntnisse* zu verfügen ...
- aber auch unabhängig zu sein und keine, nicht einmal potentielle Interessenkonflikte aufzuweisen (wobei übersehen wird, dass Unternehmens- und Branchenkenntnisse eigentlich nur im eigenen Unternehmen oder bei Konkurrenten erworben werden können, was zwangsläufig zu Interessenbindungen und Abhängigkeiten führt³);

¹ Dem Begriff „Soft Law“ wird ebenso wenig wie dem Begriff „Best Practice“ eine einheitliche Definition zugeordnet. Gemeinhin werden darunter normativ (noch) nicht verfestigte Richtlinien verstanden, die von den betroffenen privaten Rechtssubjekten ohne staatlichen Auftrag in einem Gebiet mit Regelungsbedürfnis festgesetzt und deren Verbindlichkeit für die Betroffenen vereinbart wird (siehe etwa BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 8 N 9, § 14 N 14; LANGHART ALBRECHT, Rahmengesetz und Selbstregulierung, Diss. Zürich 1993, 94, FN 379; EMCH Urs/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, N 282, 1203; vgl. auch GIGER GION, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 2003, 56). „Soft Law“ und „Best Practice“ stellen somit Anwendungsfälle der echten Selbstregulierung dar (ausführlich zur Selbstregulierung WÄTTER ROLF/DUBS DIETER, Bedeutung und Zukunft der Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, ST 79 [2005], 743 f.).

² Verfügbar unter www.economiesuisse.ch.

³ Ebenso JAEGER FRANZ/JAEGER STEFAN, Zwiespältige Ämterkumulation, NZZ vom 22. September 2005, Nr. 221, 27.

- möglichst *viel Zeit* für das Unternehmen zu haben⁴ ...
- aber im aktiven Berufsleben zu stehen (wenn möglich in einer Führungsposition) und gleichzeitig wenig zu kosten (wobei auch dann gegen hohe Entschädigungen polemisiert wird, wenn das Unternehmen sehr erfolgreich ist);
- *bei Erfolg* des Unternehmens *zurückzutreten* und allen Ruhm dem Vorsitzenden der Geschäftsleitung („CEO“) zu überlassen ...
- bei einem Misserfolg (unabhängig von einem persönlichen Verschulden) aber mit seiner Reputation und vielleicht gar mit dem persönlichen Vermögen für jeden Kursverlust gerade zu stehen – denn wer hat schon je einen Pressebericht gesehen, der dem Verwaltungsrat eines erfolgreichen Unternehmens auch nur geringen Tribut zollt? Geht es dem Unternehmen hingegen schlecht (meist unabhängig davon, ob dies auf unternehmerische Fehlentscheidungen oder auf die allgemeine Wirtschaftsentwicklung zurückzuführen ist), wird man sofort zum Mitglied eines „Versagerrates“ abgestempelt⁵.

Vom Verwaltungsrat als *Gremium* wird in der *Öffentlichkeit* teilweise *weiter gefordert*, dass

- in ihm alle *Stakeholders*⁶ (so zum Beispiel Arbeitnehmer⁷ und Konsumenten oder nach einer Fusion beide Fusionspartner gleichmässig) vertreten sind;

⁴ Vgl. hierzu AMSTUTZ MAX D., Doppelspitze oder Personalunion?, NZZ vom 22. September 2005, Nr. 221, 27.

⁵ Zur Reputation siehe ausführlich VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaften, ZSR 119 (2000), 2. Halbband, 239 ff.

⁶ Stakeholder ist, wer in irgendeiner Form als Anspruchsteller gegenüber der Gesellschaft auftritt (BÖCKLI PETER, Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, ST 74 [2000], 133 Anm. 7; VON DER CRONE [FN 5], 240 FN 3; GIGER [FN 1], 9 FN 29; LAZPOULOS MICHAEL, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004, 41). Neben den Aktionären, Arbeitnehmern und Kunden werden dazu auch die Gläubiger, Lieferanten sowie die Öffentlichkeit und der Staat gezählt.

⁷ Im Unterschied zu Deutschland, wo den Arbeitnehmern durch zwingende Mitbestimmungsregeln und einen Anspruch auf paritätische Vertretung im Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern institutionalisierte Mitwirkungsrechte zustehen (siehe LUTTER MARCUS/KRIEGER GERD, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Köln 2002, N 8; vgl. BÖCKLI [FN 1], § 13 N 930 ff.), fehlen in der Schweiz Bestimmungen zur Wahrung der Arbeitnehmerinteressen weitgehend (vgl. dazu die Übersicht bei FORSTMO-

- eine gewisse „gesellschaftliche“ *Vertretung* besteht (so etwa in früheren und teilweise noch heutigen Zusammensetzungen von Bankenverwaltungsräten, wo alles austariert war, bis zur konfessionellen Zugehörigkeit);
- gewisse *Quoten* respektiert werden (so etwa eine Mindestzahl an Frauen⁸ oder Ausländern, um die internationale Ausrichtung zu garantieren⁹);
- der *Grossaktionär* mindestens *einen Vertreter entsenden kann*^{10, 11};
- eine *Diversifikation* und *Komplementarität* der Fähigkeiten der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder besteht und *gruppenpsychologische Aspekte* (so genannte „soft factors“) ebenfalls beachtet werden¹².

Die *personelle Besetzung* stellt tatsächlich den wohl *kritischsten Punkt* für einen optimal funktionierenden und effizienten Verwaltungsrat dar. Die Organisation des Gremiums kann noch so durchdacht sein, letztlich sind es immer dessen Mitglieder und ihre Fähigkeiten (und Schwächen), welche – zusammen

8 SER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 3 N 69 ff.). Zum Arbeitnehmer als Stakeholder und dessen Risikoprofil siehe ausführlich VON DER CRONE HANS CASPAR/BEYELER KARIN/DEDEYAN DANIEL, Stakeholder im Aktienrecht, ZSR 122 (2003), 1. Halbband, 425 ff., 446 ff. sowie insbesondere 455 ff.

9 In Norwegen etwa trat am 1. Januar 2006 eine neue Bestimmung in Kraft, nach welcher börsnotierte Firmen zwei Jahre Zeit erhalten, um die Frauenquote in den Verwaltungsräten auf 40% zu erhöhen, ansonsten die Zwangsliquidation droht (vgl. JACQUEMART CHARLOTTE, Noch 962 Jahre bis zur Gleichstellung, NZZ vom Sonntag vom 8. Januar 2006, Nr. 2, 23 ff., insbesondere 25).

10 Vgl. hierzu hinten II.2.a)bb), II.2.c).

11 Diese Forderung ist an sich oft berechtigt – problematisch ist in aller Regel die Frage des Informationsflusses von diesem Vertreter an den Grossaktionär unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft und damit verbunden die Gleichbehandlungspflicht des Verwaltungsrates gegenüber allen Aktionären (zu den Grenzen des Informationsrechtes siehe WATTER ROLF, Informationsversorgung des Aktionärs, in: CHRISTOPH B. BÜHLER [Hrsg.], Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern 2003, 41 f.); vgl. auch RUFFNER MARKUS, Reformbedarf des Aktienrechts, SJZ 101 (2005), 256.

12 In diesem Zusammenhang ist auf den Mai 2005 von der Eidgenössischen Bankenkommission veröffentlichten Entwurf des Rundschriftens „Interne Überwachung und Kontrolle“ zu verweisen (verfügbar unter http://www.ebk.ch/d/archiv/2005/20050504/050504_02_d.pdf). Tritt dieses Rundschriftens in Kraft, so sollte der Verwaltungsrat von Instituten des Bank- und Finanzsektors mindestens zur Hälfte aus unabhängigen Mitgliedern bestehen (Rz 12 dieses Rundschriftens). Unabhängigkeit setzt dann unter anderem voraus, dass das Mitglied nicht massgeblicher Anteilseigner des fraglichen Instituts ist (> 10% des Gesellschaftskapitals) und auch keinen solchen vertritt (Rz 17 dieses Rundschriftens).

13 Vgl. hierzu hinten, III.2.

mit der Konzernleitung, falls diese dem Verwaltungsrat nicht angehört – die Entwicklung des Unternehmens am wesentlichsten beeinflussen.

II. Gesetzliche und andere Vorschriften

1. Vorbemerkung

Lange Zeit erfuhr der Grundsatz der *Privatautonomie*¹³ im Bereich der Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrates¹⁴ weder durch Gesetz, noch durch Vorgaben von Wissenschaft oder Praxis Einschränkungen. Aus Furcht vor einer Nichtkompatibilität detaillierter Vorgaben mit den ökonomischen Bedürfnissen galt das Ideal der möglichst weitgehenden Freiheit in der Ausgestaltung von Führungsgremien.¹⁵

Mit zunehmender *Verbreitung von Corporate Governance Theorien* haben Lehre und Schrifttum begonnen, sich mit den Fragen der „richtigen“ Zusammensetzung und Organisation der Führungsgremien von Unternehmen verstärkt auseinander zu setzen.¹⁶ Durch die in den Medien ausführlich diskutierten Skandale in grösseren Unternehmen traten diese Fragen auch ins Bewusstsein der breiten Öffentlichkeit und ins Zentrum der Diskussionen über die richtige Unternehmensführung.¹⁷ In einem ersten Schritt führte dies zu einer verstärkten Selbstregulierung, dies insbesondere um den Interessen (und dem Druck) der Anleger nachzukommen¹⁸ und letztlich dazu, dass sich der Gesetzgeber ge-

13 Zur Geltung des Grundsatzes der Privatautonomie im Gesellschaftsrecht siehe bereits KOLLER ARNOLD, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg 1967, 106 f. sowie etwa LAMBERT CLAUDE, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1992, 165.

14 Vgl. hierzu hinten, III.1.e).

15 Vgl. etwa NIGGLI ADRIAN, Die Aufsicht über die Verwaltung der AG im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1981, 26.

16 Siehe etwa BÖCKLI (FN 6), 141 f.

17 FORSTMOSER PETER, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, ST 76 (2002), 485; ABT HANSJÖRG, Auf der Suche nach einer neuen Balance der Macht, ST 69 (1995), 1024.

18 Prominenteste Beispiele sind die unter der Ägide der Economiesuisse sowie der Swiss Exchange in gegenseitiger Absprache entstandenen Regelwerke: Der am 1. Juli 2002 in Kraft getretene Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance („SCBP“; verfügbar unter www.economiesuisse.ch) sowie die zum gleichen Zeitpunkt erlassene Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance („RLCG“; verfügbar unter http://www.swx.com/download/admission/regulation/guidelines/swx_guideline_20020701-1_de.pdf).

zwungen sah, eine Aktualisierung und Erweiterung der eher marginalen gesetzlichen Vorgaben in diesem Bereich in Angriff zu nehmen. Mittlerweile wurde ein entsprechender Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsgesetzes veröffentlicht, der sich zur Zeit in der Vernehmlassung befindet.¹⁹

2. Vorgaben des Obligationenrechts

a) Direkte Vorgaben

Das heutige Obligationenrecht stellt wenige und unseres Erachtens nicht nur zweckmässige Anforderungen an die Zusammensetzung des Verwaltungsrates. Nach den direkten gesetzlichen Vorgaben müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates *natürliche Personen*²⁰ und *Aktionäre des entsprechenden Unternehmers* sowie zur *Mehrheit in der Schweiz wohnhafte Schweizer Bürger* sein. Darüber hinaus kennt das schweizerische Recht mit Ausnahme des Wahlschlusses der Revisoren in den von ihnen geprüften Gesellschaften²¹ keine Wählbarkeitsvoraussetzungen. Namentlich stellt das heutige Recht *keine qualitativen Anforderungen* an die Mitglieder des Verwaltungsrates²², dies im Gegensatz zu Art. 727a OR, der von der Revisionsstelle „Fähigkeit“ und zu Art. 727b OR, der „besondere fachliche Voraussetzungen“ verlangt²³. Das im internationalen Vergleich *strikte Verantwortlichkeitsrecht* stellt aber indirekt sicher, dass sich Personen, die für das Amt nicht genügen, einem erheblichen Haftungsrisiko mit entsprechendem Reputationsschaden²⁴ aussetzen und damit im Grundsatz davon abgehalten werden, sich zur Wahl zu stellen.²⁵

¹⁹ Vgl. hierzu hinten, II.2.c).

²⁰ Dies ergibt sich *e contrario* aus Art. 707 Abs. 3 OR, der festhält, dass an Stelle einer juristischen Person nur deren Vertreter als Mitglied in den Verwaltungsrat gewählt werden können.

²¹ Art. 727c Abs. 1 OR.

²² Siehe hierzu hinten, III.2.

²³ Im Schrifttum werden diese fachlichen Anforderungen an die Revisoren teilweise als zu vage umschrieben kritisiert (vgl. etwa BERTSCHINGER URS, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, ZSR 124 [2005], 2. Halbband, 571).

²⁴ Siehe zur Bedeutung der Reputation etwa von DER CRONE HANS CASPAR, Corporate Governance und Reputation, NZZ vom 27. Januar 2001, Nr. 22, 29.

²⁵ Vgl. zum so genannten Übernahmeverschulden den Aufsatz von PETER ISLER in diesem Band.

aa) Aktionärserschaft

Zunächst verlangt Art. 707 OR, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrates *Aktionär* der entsprechenden Gesellschaft ist, wobei unbestrittenermassen der Besitz einer Aktie (der so genannten Qualifikationsaktie)²⁶ ebenso wie deren treuhänderisches Halten²⁷ genügt, um dieses Erfordernis zu erfüllen.²⁸ Eine Ausnahme von der Pflicht zur Aktionärserschaft wird von Teilen der Lehre hingegen dann gemacht, wenn Vertreter von juristischen Personen als Mitglied in den Verwaltungsrat gewählt werden sollen.²⁹ Eben solches wird für die Vertreter öffentlicher Körperschaften³⁰ sowie für die Vertreter der Partizipanten (sofern die Statuten letzteren einen entsprechenden Anspruch gemäss Art. 656e OR einräumen)³¹ im Verwaltungsrat angenommen. Grund dafür ist einerseits die höchstpersönliche Natur des Verwaltungsmandates und damit die Unmöglichkeit der Wahrnehmung des Mandates durch die juristische Person oder die öffentliche Körperschaft selbst; andererseits aber auch die hinreichende Gewährleistung der durch die gesetzliche Bestimmung anvisierten Beziehung

²⁶ Bei Inhaberaktien wird von der Lehre teilweise deren Hinterlegung gefordert (vgl. MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLUSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1999, 32 m.w.H.).

²⁷ Vgl. MÜLLER ROLAND, Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates, ST 69 (1995), 808.

²⁸ Bis zur Aktienrechtsrevision von 1991 hatten die Mitglieder des Verwaltungsrates neben der Qualifikationsaktie noch so genannte Pflichtaktien zu erwerben, die der Sicherung allfälliger finanzieller Ansprüche der Gesellschaft, der Aktionäre und Gläubiger dienen sollten (siehe hierzu etwa SCHUCANY EMIL, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 709 aOR N 1 ff. sowie Art. 710 aOR N 1 ff.).

²⁹ WERNLI MARTIN, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 707 OR N 34; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 7), § 27 N 10; METZLER LUKAS/SCHMUCKI MARKUS, Die Aktionärserschaft des VR-Mitglieds – zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis, AJP 2004, 171; offen gelassen bei BÖCKLI (FN 1), § 13 N 35; anderer Meinung KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 40; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern: in Schweizerisches Privatrecht, Achter Band: Handelsrecht, Sechster Halbband, 2. Aufl., Basel 2005, 170; BESSENICH BALTHASAR, Zum Erfordernis der Aktionärserschaft der Vertreter einer juristischen Person im Verwaltungsrat (Art. 707 Abs. 3 OR), AJP 1995, 457 f.; MÜLLER ROLAND, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005, 169.

³⁰ Siehe etwa SCHMITT PETRA, Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Basel 1990, 24.

³¹ Siehe ausführlich HOMBURGER ERIC, in: PETER FORSTMOSER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, Teilband V 5b, Art. 707-726 OR, 2. Aufl., Zürich 1997, N 60.

zwischen Verwaltungsrat und Aktionariat bei Vertretern von juristischen Personen und öffentlichen Körperschaften³².

Grundgedanke dieser Vorschrift war wohl, durch die Aktionärsenschaft eine möglichst enge Verbindung der Interessen des Verwaltungsrates mit denjenigen der Aktionäre zu erreichen, dies als mögliches Mittel zur Überwindung des *Prinzipal-Agenten-Problems*³³: Die Rechtsform der Aktiengesellschaft ermöglicht die Aggregation von Kapitalbeiträgen verschiedener Investoren und damit die Bildung grosser wirtschaftlicher Unternehmen.³⁴ Gleichzeitig bedingt diese Kollektivierung der Eigentümerstellung (Prinzipale) bei zunehmender Unternehmensgrösse die Delegation der Unternehmensleitung in die Hände weniger (Agenten).³⁵ Letztere erhalten Entscheidungs-, Ausführungs- und Verfügungsgewalt während erstere Eigentümer und Risikoträger bleiben.³⁶ Durch diese Trennung von Macht und Risiko entsteht die Gefahr einer Divergenz der Interessen von Aktionären, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, welche aufgrund des Informationsgefälles und der damit einhergehenden unvollständigen Überwachungsmöglichkeiten dazu führen können, dass die Agenten die entstehen-

32 Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass der Vertreter einer juristischen Person nach Teilen der Lehre nicht zwingend ein Organ oder Angestellter derselben sein muss, sondern auch ein beliebiger Dritter sein kann (so etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 7], § 27 N 10; anderer Ansicht jedoch etwa METZLER/SCHMUCKI [FN 29], 171).

33 Die Prinzipal-Agenten-Theorie geht letztlich auf ADAM SMITH (The Wealth of Nations) zurück, der Nachlässigkeit und Verschwendung befürchtete, wenn eigentumslose Agenten in Kapitalgesellschaften die Geschäfte anderer Leute besorgten und wurde insbesondere durch BERLE/MEANS (vgl. BERLE ADAM/MEANS GARDINER C., The Modern Corporation and Private Property, New York 1932, 68) sowie JENSEN/MECKLING (vgl. JENSEN MICHAEL C./MECKLING WILLIAM H., Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics 3 [1976], 305 ff.) geprägt. Mit ihr fand eine systematische Auseinandersetzung mit der Problematik der Divergenz von Eigentum und Kontrolle statt. Durch die Corporate Governance-Bewegung hat die Prinzipal-Agenten-Theorie flächendeckende Verbreitung gefunden und grossen Einfluss auf die Gestaltung der Unternehmen und ihrer Führungsebene genommen.

34 Vgl. statt vieler BLEICHER KNUT/LEBERL DIETHARD/PAUL HERBERT, Unternehmensverfassung und Spitzenorganisation, Wiesbaden 1989, 41.

35 Vgl. etwa VON DER CRONE HANS CASPAR, Risiko und Corporate Governance, in: HANS CASPAR VON DER CRONE/PETER FORSTMOSER/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Rechtliche Aspekte des Aktien- und Kapitalmarktes, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 553 f.

36 Vgl. etwa RUFFNER MARKUS, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, 131 f.; VON DER CRONE HANS CASPAR, Freiheit und Verantwortung in der Corporate Governance, in: PETER FORSTMOSER/HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/DIETER ZOBL (Hrsg.), Corporate Governance, Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 2002, 70.

den Handlungsspielräume opportunistisch zur Verfolgung *eigener Ziele* nützen, welche nicht mit denjenigen der Prinzipale deckungsgleich sind.³⁷ Eine einzige – unter Umständen nur treuhänderisch gehaltene – Aktie kann aber von vornherein nie ein mögliches Mittel zur Überwindung dieser Problematik darstellen. Dafür wäre ein erheblicher Aktienanteil erforderlich.³⁸

Besitzt nun aber ein Mitglied des Verwaltungsrates einen *erheblichen Aktienanteil*, kann dies mit der ebenfalls erwünschten Unabhängigkeit³⁹ und Objektivität kollidieren, so etwa weil die Gefahr steigt, dass Massnahmen ergriffen werden, die den Aktienwert nur kurzfristig respektive in einem für den Verwaltungsrat opportunen Zeitpunkt erhöhen.⁴⁰ Da aber die Hauptpflicht des Verwaltungsrates darin besteht, den (langfristig betrachteten) Wert des Unternehmens zu steigern⁴¹, dürfte trotz dieser Gefahr zwecks Angleichung der Interessen der Aktionäre mit denjenigen der Mitglieder des Verwaltungsrates eine erhebliche *Aktienquote sinnvoll sein*, insbesondere wenn diese Aktien nicht (und auch nicht sofort nach Niederlegung des Amtes) veräussert werden dürfen.⁴² Eine solche hohe Beteiligung kann entweder dadurch erreicht werden, dass man den Verwaltungsrat bei Amtsantritt verpflichtet, eine gewisse Anzahl Aktien zu kaufen und ihm dafür vielleicht sogar ein Darlehen zur Verfügung stellt⁴³, oder die künftige Entlohnung wesentlich in (gesparten) Aktien ausrichtet.⁴⁴

37 Siehe etwa WOLF JOACHIM, Organisation, Management, Unternehmensführung, Wiesbaden 2003, 279.

38 Siehe ebenso BÖCKLI (FN 1), § 13 N 34.

39 Vgl. hierzu hinten, III.1.

40 Anderer Ansicht wohl SCHMID MARTIN/ZIMMERMANN HEINZ, Die zwei Seiten des Doppelmandates, NZZ vom 7. Juli 2005, Nr. 156, 27.

41 WATTER ROLF, in: HENNRICH HONSEL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 717 OR N 16.

42 Vgl. zum anderen Ansatz der Eidgenössischen Bankenkommision im Entwurf zum Rundschreiben „Interne Überwachung und Kontrolle“ (FN 11).

43 Wobei dies rechtlich nicht unproblematisch ist, speziell dann, wenn einzige Sicherheit für dieses Darlehen die Aktien der Gesellschaft sind, dies aufgrund des Art. 659 OR, der einen Erwerb von eigenen Aktien durch die Gesellschaft nur zulässt, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür notwendigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien zehn Prozent des Aktienkapitals nicht übersteigt.

44 Siehe hierzu den demnächst erscheinenden Artikel WATTER ROLF/MAZAR KARIM, Structure of executive compensation and conflicts of interests – Legal constraints and practical recommendations under Swiss law, in: RASHID BAHAR/LUC THÉVENOZ (Hrsg.), Conflicts of interest in financial markets and corporate governance, Zürich 2006 sowie LEU DANIEL, Variable

bb) Wohnsitz und Nationalität

Art. 708 OR verlangt, dass die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates⁴⁵ – abgesehen von gewissen Holdinggesellschaften⁴⁶ – Personen sind, die in der Schweiz *wohnhaft*⁴⁷ und *Schweizer Bürger* sind.⁴⁸

Ein *Festhalten* am Nationalitätserfordernis erschwert nicht nur die Wahl qualifizierter Personen in den Verwaltungsrat, sondern stellt darüber hinaus einen Standortnachteil der Schweiz im internationalen Wettbewerb um einen attraktiven Markt für Unternehmen dar.⁴⁹ Auch kann eine internationale Besetzung des Verwaltungsrates zu einer verstärkten Problembetrachtung aus verschiedenen Perspektiven führen und insbesondere bei international tätigen Unternehmen

⁴⁵ Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte, Diss. Zürich 2005, insbesondere 53 ff., 211 f.

⁴⁶ Dies gilt auch, wenn sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates Vertreter juristischer Personen gemäss Art. 708 OR sind (VON BÜREN [FN 29], 170).

⁴⁷ Nach herrschender Lehre fallen darunter nur Beteiligungs- und Kontrollgesellschaften; nicht aber reine Anlage- oder Investmentgesellschaften (vgl. KRNETA [FN 29], N 348; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 7], § 27 N 74; § 60 N 54). Massgebend ist dabei die effektive Tätigkeit, nicht der statutarische Zweck allein. Vorausgesetzt ist zudem, dass sich die Mehrheit der Unternehmen, an denen die Holdinggesellschaft beteiligt ist, tatsächlich im Ausland befindet (WERNLI [FN 29], Art. 708 OR N 16). Nach HOMBURGER soll die Ausnahmebestimmung allen Gesellschaften – unabhängig von einer Holdingstruktur und Beteiligungs- und Kontrollrechten – offen stehen, wenn sich deren Geschäfts- und Interessenschwerpunkt vornehmlich im Ausland befindet (HOMBURGER [FN 31], N 167).

⁴⁸ Überdies muss nach Art. 708 Abs. 2 OR wenigstens ein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigtes Verwaltungsratsmitglied in der Schweiz seinen Wohnsitz haben. Dadurch soll die Verfügbarkeit zeichnungsberechtigter Personen in der Schweiz und damit die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft sichergestellt werden (vgl. etwa KRNETA [FN 29], N 351). Ob diese Vorschrift angesichts der heutigen Entwicklungen im Bereich der Kommunikationstechnologie und Fortbewegungsmöglichkeiten noch notwendig und zweckmässig ist, sei dahingestellt.

⁴⁹ Sind diese Voraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt, muss der Handelsregisterführer die Eintragung des entsprechenden Verwaltungsrates ablehnen (Art. 76 Abs. 2 HRRegV) oder im zweiten Falle unter Ansetzung einer angemessenen Frist zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes von mindestens drei Monaten die Gesellschaft von Amtes wegen auflösen (Art. 86 Abs. 1 bis 3 HRRegV). Diese rigorose Vorschrift steht im Widerspruch zu Art. 625 Abs. 2 OR, welcher bei Fehlen der vorgeschriebenen Organe die Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger zur Auflösungsklage ermächtigt, sofern die Gesellschaft nicht binnen Frist den gesetzmässigen Zustand wieder herstellt (HOMBURGER [FN 31], N 172).

⁴⁹ Ausländische Konzerne sind oftmals daran interessiert, ihre eigenen Leute im Verwaltungsrat von allfälligen schweizerischen Tochtergesellschaften zu sehen – praktisch wird dies auch so gehandhabt, dass einfach eine noch grössere Zahl Schweizer Treuhänder in den Verwaltungsrat gewählt wird, die vertraglich zusichern, die Instruktionen der Konzernobergesellschaft zu befolgen.

von eminenter Bedeutung sein.⁵⁰ Unseres Erachtens völlig zu Recht wird deshalb das Nationalitätserfordernis von Praxis und Schrifttum als überholtes und zweckloses Relikt aus vergangenen Zeiten betrachtet.⁵¹

Seit Inkrafttreten des *Abkommens über die Freizügigkeit zwischen der Europäischen Gemeinschaft, ihren Mitgliedstaaten und der Schweiz* vom 21. Juni 1999⁵² sowie des *Abkommens zur Ergänzung des Gründungsvertrages der EFTA vom 21. Juni 2001*⁵³ gilt das Nationalitätserfordernis zumindest für EU- und EFTA-Bürger nicht mehr.⁵⁴ Auch für sie gilt hingegen weiterhin das Wohnsitzerfordernis.⁵⁵

b) Indirekte Vorgaben

Das schweizerische Aktienrecht kennt weder direkte Vorgaben zur fachlichen Kompetenz und Integrität noch zur Unabhängigkeit der Verwaltungsratsmitglieder. *Indirekt* erfordern aber die Art. 717 und 754 OR eine *Zusammensetzung* des Verwaltungsrates, die *sicherstellt, dass Risiken möglichst umfassend erkannt und geschäftliche Fehlentscheidungen vermieden* werden.⁵⁶ Da dem Verwaltungsrat zumeist ein Wahlvorschlagsrecht an die Generalversammlung

⁵⁰ So empfiehlt der SCBP in Ziffer 12 (4) bei Gesellschaften, deren Tätigkeit zu einem bedeutenden Teil im Ausland stattfindet, eine Besetzung des Verwaltungsrates mit Mitgliedern, die über eine langjährige internationale Erfahrung verfügen oder mit ausländischen Mitgliedern (vgl. etwa vorne, I.).

⁵¹ Die Vorschrift betreffend Wohnsitz und Nationalität wurde 1919 aufgrund der Erfahrungen mit der so genannten Feindgesetzgebung im Ersten Weltkrieg erlassen (siehe etwa BÜRGI WOLFHART F., in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: Art. 698-738, Zürich 1969, Art. 711a OR N 1 ff.).

⁵² Verfügbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c0_142_112_681.html. Im Zuge der EU-Osterweiterung tritt am 1. April 2006 das um diese neuen EU-Länder erweiterte Abkommen in Kraft.

⁵³ Verfügbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2001/5028.pdf>.

⁵⁴ Siehe hierzu das Kreisschreiben des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 25. Juli 2003 betreffend die Anforderungen an die Nationalität und den Wohnsitz im Gesellschaftsrecht (verfügbar unter <http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/ehra.Par.0008.File.tmp/OR708-d.pdf>).

⁵⁵ Dies ist allerdings umstritten, da es sich fragt, ob das Erfordernis des Wohnsitzes in der Schweiz unter dem Blickwinkel des Verbotes der indirekten Diskriminierung gegen die internationalen Abkommen verstösst.

⁵⁶ Ebenso VON DER CRONE HANS CASPAR, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), 1 f.

zustuft⁵⁷ und er damit über seine Zusammensetzung wenigstens mitbestimmen kann, hat er ein Interesse und auch die Möglichkeit, weitgehend selbst dafür zu sorgen, dass diejenigen Personen Einsitz im Verwaltungsrat nehmen werden, die über die notwendigen Qualifikationen verfügen.⁵⁸

Hingewiesen sei endlich auf Art. 709 OR, der die Vertretung von Aktionärskategorien sicherstellen will.

c) Revisionsbestrebungen

Im Rahmen der schon eingeleiteten Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird auch das Aktienrecht gewisse Anpassungen und Änderungen erfahren. So soll nun (1) die Notwendigkeit einer *Qualifikationsaktie abgeschaft*⁵⁹ und (2) *auf das Nationalitätserfordernis verzichtet* werden⁶⁰, eine zur Vertretung der Gesellschaft befugte Person (ein Mitglied des Verwaltungsrates oder ein Direktor) muss aber weiterhin ihren gesetzlichen Wohnsitz in der Schweiz haben⁶¹. Mit einem Inkrafttreten der geplanten Änderungen ist in der zweiten Jahreshälfte 2007 zu rechnen.

Etwas gleichzeitig mit den Anstrengungen der Wirtschaft, welche zum Erlass des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance führten, gab es verschiedene parlamentarische Vorstösse in den eidgenössischen Räten, welche eine Verbesserung der Schweizer Corporate Governance auf der Ebene der Gesetzgebung anstrebten.⁶² Neben der *Offenlegung der Entschädigungen für die*

⁵⁷ Vgl. etwa DUBS ROLF, Die Rolle des Verwaltungsrats-Präsidenten, in: SUSAN BILAND/MARIE LUISE HILBER (Hrsg.), Verwaltungsrat als Gestaltungsrat, Zürich 1998, 49.

⁵⁸ Ein solches Vorschlagsrecht ist durchaus sinnvoll, kann doch der Verwaltungsrat zumeist besser die für einen optimalen Beitrag erforderlichen Qualifikationen des neuen Mitglieds beurteilen.

⁵⁹ Vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechtes, BBl 2002, 3228 f. (verfügbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3148.pdf>). Zur Gewährleistung der Teilnahmerechtigung der Verwaltungsratsmitglieder an der Generalversammlung sieht der Gesetzesentwurf einen neuen Art. 702a VE OR vor (Gesetzesentwurf, 3289).

⁶⁰ Siehe hierzu den Gesetzesentwurf, BBl 2002, 3290 („Gesetzesentwurf“ verfügbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3265.pdf>).

⁶¹ Gesetzesentwurf, 3291; kritisch GLANZMANN LUKAS, Die kleine Revision des Aktienrechts, NZZ vom 24. Februar 2006, Nr. 46, 27.

⁶² Siehe hierzu die Liste der parlamentarischen Vorstösse des Bundesamtes für Justiz (verfügbar unter http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/parlamentarische_vorstoesse.html).

*Spitzenkräfte*⁶³ zielten diese Bemühungen auch auf die *Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrates* ab⁶⁴. Im Jahre 2002 hat das Bundesamt für Justiz die *Arbeitsgruppe „Corporate Governance“* damit beauftragt, das schweizerische Gesellschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Corporate Governance hin zu überprüfen und gegebenenfalls Gesetzesänderungen vorzuschlagen. Nach Vorliegen des entsprechenden Berichtes hat das *Bundesamt für Justiz* nun anfangs Dezember 2005 einen Vorentwurf⁶⁵ in die Vernehmlassung geschickt.⁶⁶ Dieser sieht im Bereich des Verwaltungsrates namentlich vor:

– Jährliche Neuwahl der Verwaltungsratsmitglieder, wobei die Mitglieder einzeln zu wählen sind und eine Wahl in corpore ausgeschlossen wird (Art. 710 Abs. 1 VE OR).⁶⁷

– Informationspflicht der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung im Falle von Interessenkonflikten gegenüber den Vorsitzenden sowie Pflicht des Verwaltungsrates, diesfalls die erforderlichen

⁶³ Nach den neuen Bestimmungen (der Gesetzesentwurf [BBl 2004, 4495 ff.] ist verfügbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/4495.pdf>) über deren Inkrafttreten der Bundesrat nach Ablauf der Referendumsfrist am 26. Januar 2006 entscheiden wird, sind bei börsenkotierten Aktiengesellschaften diejenigen Vergütungen offen zulegen, welche die Gesellschaft an die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung ausrichtet hat, sowie die Beteiligungen, welche diese Personen von der Gesellschaft erhalten haben. Anzugeben sind der Gesamtbetrag der Vergütungen, die individuellen Bezüge der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder und der höchste auf ein Mitglied der Geschäftsführung entfallende Betrag unter Namensnennung. Anzugeben sind ferner die Beteiligungen an der Gesellschaft für jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung.

⁶⁴ Der Bericht der Nationalratskommission für Rechtsfragen vom 11. Februar 2002 zur parlamentarischen Initiative von Fabio Abate ist verfügbar unter http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2001/d_bericht_n_k12_0_20010412_0_20020211.htm. Der parlamentarischen Initiative wurde am 10. März 2003 durch den Nationalrat Folge gegeben (siehe hierzu http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2001/d_gesch_20010412.htm).

⁶⁵ Verfügbar unter <http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitivefassung%2005.11.30%20V Variante%20EDA.pdf>.

⁶⁶ Siehe hierzu auch den Begleitbericht („Begleitbericht“) zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (verfügbar unter <http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20deffassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf>).

⁶⁷ Siehe Begleitbericht, 82 f.

Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft zu treffen (Art. 717a VE OR),⁶⁸

– Verträge zwischen der Gesellschaft und derjenigen Person, durch welche die Gesellschaft beim Vertragsschluss vertreten wird (sog. „In-sich-Geschäfte“) bedürfen der Schriftform, sofern es sich nicht um Verträge des laufenden Geschäfts handelt, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000.– nicht übersteigt (Art. 718b VE OR);

– Pflicht der Publikumsgesellschaften, bei einer Einsitznahme derselben Personen in mehreren Verwaltungsräten die gegenseitige Einflussnahme auf die Festsetzung ihrer Honorare auszuschliessen (Art. 707 Abs. 3 VE OR).⁶⁹

3. Vorgaben des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance enthält eine ganze Reihe von Empfehlungen betreffend die Zusammensetzung des Verwaltungsrates:

Zunächst verlangt Ziffer 12 (1) SCBP eine ausgewogene Zusammensetzung des Gremiums, wobei der Verwaltungsrat von der Grösse her gesehen so klein sein soll, dass eine effiziente Willensbildung möglich ist, und so gross, dass seine Mitglieder Erfahrung und Wissen aus verschiedenen Bereichen ins Gremium einbringen und die Funktionen von Leitung und Kontrolle unter sich (und gegebenenfalls auch durch die Bildung von Ausschüssen⁷⁰) verteilen können. Dabei soll die Grösse auf die Anforderungen des einzelnen Unternehmens abgestimmt werden.⁷¹ Immer sollte der Verwaltungsrat aber so gross sein, dass die Anzahl an Verwaltungsratsmitgliedern eine optimale Führung und Kontrolle ermöglicht.⁷² Unter dem Gesichtspunkt der Qualität der Entscheidungen erscheint ein grösseres Gremium als erstrebenswert⁷³, während Effektivitäts- und

⁶⁸ Siehe Begleitbericht, 19 f., 82.

⁶⁹ Siehe Begleitbericht, 19 f., 83.

⁷⁰ Siehe hierzu Ziffer 21 SCBP.

⁷¹ Ebenso KAMMERER ADRIAN, Die unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997, 26.

⁷² Abzulehnen ist damit grundsätzlich der Einpersonen-Verwaltungsrat (ähnlich BÖCKLI [FN 1], § 13 N 50, 469 f.).

⁷³ Jedes Mitglied des Verwaltungsrates bringt seine spezifischen Kenntnisse und Fähigkeiten ein, was einerseits zu mehr Information und besseren Lösungsansätzen und andererseits aber

Effizienzüberlegungen zur Bevorzugung kleinerer Gremien führen⁷⁴. Praktisch dürfte das bedeuten, dass meist zwischen *fünf bis acht*⁷⁵, je nach konkreter Situation auch *nur vier* oder aber *bis etwa zwölf Personen*⁷⁶ Einsitz in den Verwaltungsrat nehmen sollten.⁷⁷

In der Praxis geben die *Statuten* oft nur weite Umschreibungen (beispielsweise eine Minimalzahl von drei Personen) oder grosse Spannbreiten an, dies im Bemühen, insbesondere dann Flexibilität zu haben, wenn beispielsweise ein Mitglied überraschend ausfällt oder als Übergangslösung bereits ein neues Mitglied gewählt wird, obwohl das ausscheidende noch für ein Jahr im Amt verbleibt.⁷⁸

Betreffend die *persönlichen Fähigkeiten der Verwaltungsratsmitglieder* fordert Ziffer 12 (2) SCBP, dass Personen in den Verwaltungsrat gewählt werden, welche die erforderlichen Fähigkeiten haben, damit eine eigenständige Willensbildung im kritischen Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung gewährleistet

auch zu einer höheren Ausfallsicherheit und vermehrter Möglichkeit der Elimination von Fehlerquellen führen könnte (vgl. etwa HILL WILHELM, Sind grosse Verwaltungsräte effizient?, NZZ vom 9./10. April 1994, Nr. 82, 33).

⁷⁴ Ab einer gewissen Grösse wird jede Gruppe durch entstehende Reibungsverluste schwerfällig. Bei höherer Mitgliederzahl wird die Analyse schwieriger Probleme erschwert; einzelne Beiträge der Mitglieder gehen leichter unter; Entdeckungen benötigen erheblich mehr Zeit und es bilden sich zwangsläufig (ungewollte) Gruppierungen, die zu Machtverhältnissen innerhalb des Gremiums führen (vgl. HERMALIN BENJAMIN E./WEISBACH MICHAEL S., Boards of Directors as an Endogenously Determined Institution: A Survey of the Economic Literature, Economic Policy Review, April 2003, Volume 9, Number 1, 13; CHAGANTI RAJESWARAO S./MAHAJAN VIJAY/SHARMA SUBHASH, Corporate Board Size, Composition and Corporate Failures in Retailing Industry, 22 Journal of Management Studies [1985], 414).

⁷⁵ Vgl. etwa MALIK FREDMUND, Die Neue Corporate Governance, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2002, 195; LIPTON MARTIN/LORSCH JAY W., A Modest Proposal for Improved Corporate Governance, 48 Business Lawyer (1992-1993), 65, 67; BRÖNNIMANN THOMAS, Corporate Governance und die Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Bern 2003, 288.

⁷⁶ Als fraglich erweist sich damit die Grösse des Verwaltungsrates der SUVA – die allerdings keine Aktiengesellschaft, sondern eine selbständige Unternehmung öffentlichen Rechts ist – welcher über vierzig Mitglieder verfügt (siehe Seite 2 des Geschäftsberichtes des Jahres 2004; verfügbar unter <http://www.witsp1.suva.ch/sap/its/mimes/waswo/99/pdf/01278-04-d%20mit%20Finanzteil.pdf>).

⁷⁷ Vgl. die Spezialregelung im Bankrecht, welche, wenn der Geschäftszweck oder -umfang dies erfordert, ein Minimum von drei Verwaltungsratsmitgliedern vorschreibt (Art. 8 Abs. 1 der Verordnung über die Banken und Sparkassen [„BankV“]; verfügbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c952_02.html).

⁷⁸ Ob sich die Statuten überhaupt zur Grösse des Verwaltungsrates äussern müssen, ist in der Lehre umstritten (bejahend BÖCKLI [FN 1], § 13 N 50). Teilweise wird geltend gemacht, die Generalversammlung könne jeweils anlässlich der Wahl von neuem über die Grösse des Gremiums entscheiden (so etwa HOMBURGER [FN 31], N 554).

ist. Ziffer 12 (4) SCBP verlangt weiter für Unternehmen, deren Tätigkeit zu einem bedeutsamen Teil im Ausland stattfindet, eine Besetzung des Verwaltungsrates mit Mitgliedern, welche über eine langjährige internationale Erfahrung verfügen oder mit ausländischen Mitgliedern.⁷⁹

Strukturell wird in Ziffer 12 (3) SCBP endlich empfohlen, dass die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder *keine operativen Führungsaufgaben* im Unternehmen hat und in Ziffer 18 SCBP, dass der Verwaltungsrat festzulegen hat, ob er eine Personalunion oder Doppelspitze wählen möchte.⁸⁰ Ziffer 21 SCBP empfiehlt darüber hinaus die *Bildung von Ausschüssen*.

Weitere im vorliegenden Zusammenhang relevante Bestimmungen finden sich in Ziffer 13 SCBP betreffend die Notwendigkeit der *Nachfolgeplanung und Weiterbildung* im Verwaltungsrat, in Ziffer 16 SCBP betreffend den *Umgang mit Interessenkonflikten*⁸¹, und in Ziffer 22 SCBP, wo empfohlen wird, dass für bestimmte Ausschüsse⁸² die Mehrheit ihrer Mitglieder unabhängig sein soll⁸³.

Als privates Regelwerk besitzt der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance *keine rechtliche Verbindlichkeit*, was sich unter anderem auch im Fehlen eines direkten Durchsetzungsmechanismus äussert.⁸⁴ Er wendet sich – nach eigenem Bekenntnis – im Sinne von Empfehlungen an schweizerische Publikumsgesellschaften.⁸⁵ Mittlerweile hat er sich aber als Standard etabliert

⁷⁹ Vgl. hierzu vorne, I.

⁸⁰ Vgl. hierzu hinten, III.1.d).

⁸¹ Vgl. hierzu hinten, III.1.

⁸² Konkret gemäss Ziffer 23 SCBP der Prüfungsausschuss und gemäss Ziffer 25 SCBP der Entschädigungsausschuss.

⁸³ Vgl. zur Unabhängigkeit III.1. hinten.

⁸⁴ VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/MAROLDA MARTINEZ LARISSA, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, SJZ 100 (2004), 407.

⁸⁵ Siehe hierzu die Einleitung im SCBP, 6.

und wird von den Unternehmen (gleichgültig, ob Publikumsgesellschaften⁸⁶ oder Familienunternehmen⁸⁷) weitgehend umgesetzt.⁸⁸

III. Spezialfragen

1. Unabhängigkeit, nicht-exekutive Tätigkeit und Interessenkonflikte

a) Allgemeines

Immer mehr Regelwerke – wie etwa der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance – fordern zumindest für eine Mehrheit der Mitglieder, dass sie *nicht-exekutiv*⁸⁹, oder gar *vollkommen unabhängig* sind.⁹⁰

Zweck dieser Forderungen ist wohl ein dreifacher:

- nur nicht-exekutive Tätigkeit erlaubt überhaupt eine *Aufsicht über das Management* – erforderlich ist also eine Trennung der Funktionen⁹¹ – und diese Aufsicht soll nicht durch eine Abhängigkeit beeinträchtigt werden;
- damit teilweise verbunden, darf das Management nach dem Ende seiner Karriere nicht in den Verwaltungsrat „nachrücken“, da dann die Gefahr

⁸⁶

Siehe zur Umsetzung bei den kotierten Publikumsgesellschaften die jährlich erscheinende Studie der Anlagestiftung für nachhaltige Entwicklung „Ethos“ über die Umsetzung der Corporate Governance Richtlinien bei den 100 grössten börsenkotierten Schweizer Aktiengesellschaften. Die Studie des Jahres 2005 ist verfügbar unter <http://www.ethosfund.ch>.

⁸⁷

Siehe hierzu HOLENSTEIN STEFAN, Good Governance bei Familienunternehmen – Kontrollinstrumente sichern die Bodenhaftung, NZZ vom 28. Dezember 2004, Nr. 303, 25: „Die Regeln einer guten Corporate Governance gelten letztlich auch für nicht börsenkotierte Familienunternehmen. (...) Trotzdem haben sich, wie konkrete praktische Erfahrungen zeigen, auch Familienkonzerne, die dem Kapitalmarkt nur beschränkt zugänglich sind, den Anforderungen einer guten Corporate Governance zu unterziehen“.

⁸⁸

Vgl. auch NOBEL PETER, Corporate Governance und Aktienrecht, in: HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 325, 340.

⁸⁹

Ziffer 12 (3) SCBP.

⁹⁰

Unabhängigkeit wird im SCBP etwa für die Mehrheit der Mitglieder des Audit Committees und des Entschädigungsausschusses verlangt (vgl. Ziffer 22, 23 [1] und 25 [1] SCBP. Zu bankregulatorischen Bemühungen und Vorstellungen FN 11).

⁹¹

Siehe hierzu insbesondere III.1.d).

besteht, dass eigene Fehlleistungen aus früheren Jahren kaschiert werden könnten⁹²;

– die Ausübung des Verwaltungsratsmandates darf nicht durch *Eigen- oder Drittminteressen* behindert werden.

Die Gefahr eines Konfliktes mit *Eigeninteressen* kann etwa bestehen, wenn das Mitglied des Verwaltungsrates gleichzeitig Lieferant oder Abnehmer⁹³ ist, in einem konkurrierenden Unternehmen tätig⁹⁴ oder in finanzieller⁹⁵ oder reputationsmässiger Weise vom Unternehmen abhängig ist: Die Eigeninteressen können dann geschäftliche Entscheide mit beeinflussen und dazu führen, dass *suboptimale Lösungen* resultieren. Wo das Verwaltungsratsmitglied in direktem geschäftlichen Kontakt mit dem konkreten Unternehmen steht, besteht ferner die Gefahr, dass die Geschäfte *nicht zu marktüblichen, sondern zu anderen Konditionen* abgewickelt werden.⁹⁶

Eine potentielle *Konfliktsituation mit Drittminteressen*⁹⁷ besteht etwa im Falle von Vertretern nach Art. 707 Abs. 3, Art. 709 und Art. 726 Abs. 1 OR (so genannte „Diener zweier Herren“), bei Überkreuzverflechtungen (so genannte

⁹² Eine weitere Gefahr liegt darin, dass ein so zusammengesetzter (oder vom früheren Management dominierter) Verwaltungsrat gegenüber Änderungen und neuen Ideen generell skeptisch eingestellt sein wird.

⁹³ Vgl. etwa MONKS ROBERT A.G./MINOW NELL, *Corporate Governance*, 3. Aufl., Malden/Oxford/Carlton 2004, 227.

⁹⁴ Ausführlich FORSTMOSER PETER, *Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern*, in: NEDIM PETER VOGT/DIETER ZOBL (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil und das Ganze*, Basel 2002, 20 ff.

⁹⁵ Erhält etwa ein Mitglied des Verwaltungsrates umfangreiche Beratungsaufträge durch das Management, deren Höhe einen wesentlichen Teil seines Einkommens ausmachen, ist nicht anzunehmen, dass er dessen Leistung mit der nötigen Distanz beurteilt.

⁹⁶ Liegt dabei gar ein Selbst- oder Doppelkontrahieren des betroffenen Verwaltungsrates vor, ist das entsprechende Rechtsgeschäft grundsätzlich ungültig (BGE 127 III 333; siehe auch WATTER (FN 41), Art. 718a OR N 12 f.; HUGUENIN JACOBS CLAIRE, *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht*, Zürich 1994, 255 ff.; SCHOTT ANSGAR, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Diss. Zürich 2002, 34 ff.).

⁹⁷ Zum Konflikt mit Interessen der dem betroffenen Verwaltungsrat nahe stehenden Personen siehe ausführlich DAENIKER DANIEL, *Die zwei Hüte des Verwaltungsrates: Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen*, in: RUDOLF TSCHÄNI (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VII*, Zürich 2005, 117 ff.

„interlocking directors“⁹⁸ oder wenn Vertreter der Hausbank oder von Hauslieferanten im Verwaltungsrat des konkreten Unternehmens Einsitz nehmen.

Fraglich ist allerdings, ob die vorgenannten Problemkreise *nicht auch anders angegangen werden können*; denn wie zu zeigen sein wird, kann eine allzu rigorose Forderung nach Unabhängigkeit dazu führen, dass Personen mit den notwendigen Unternehmens- und Branchenkenntnissen⁹⁹ gar nicht in den Verwaltungsrat wählbar sind, was ebenso wie mangelnde Unabhängigkeit zu negativen Auswirkungen auf die Entscheidungen des Verwaltungsrates führen kann.

b) Definitionen

Nicht-exekutive Tätigkeit definiert sich so, dass das Tagesgeschäft (nach Art. 716b OR die „Geschäftsführung“) vom (Gesamt)Verwaltungsrat an ein Management delegiert wurde, das Teil des Verwaltungsrates sein, aber auch aus einer Geschäftsleitung (nach dem Gesetzestext „Dritte“) bestehen kann.¹⁰⁰ Schon von Gesetzes wegen (Art. 716a OR) muss der Verwaltungsrat gewisse Aufgaben von der Delegation ausnehmen, in der Praxis behält er sich oft auch die Beschlussfassung in zentralen Einzelgeschäften, wie etwa grösseren Investitionen, Aufnahme von Fremdkapital, Einleiten von grösseren Prozessen und dergleichen vor. Selbst wenn diese Liste vorbehaltener Entscheide umfangreich ist, gelten bei grundsätzlicher Delegation der Geschäftsführung diejenigen Mitglieder des Verwaltungsrates, die nicht Delegationsempfänger sind, als nicht-exekutiv.

Betreffend die *Unabhängigkeit* besteht ebenfalls keine gesetzliche Definition, das Schweizer Recht kennt keine Unvereinbarkeitsbestimmungen und damit auch keine normativen Bestimmungen zum Umgang mit Interessenkonflikten bei Verwaltungsräten¹⁰¹. Schrifttum und Lehre machen teilweise geltend, dass

⁹⁸ Solche liegen vor, wenn ein Verwaltungsratsmitglied gleichzeitig in der Geschäftsleitung einer anderen Gesellschaft Einsitz nimmt, in deren Verwaltungsrat ein Geschäftsleitungsmitglied der ersten genannten Gesellschaft bestellt ist (vgl. hierzu Ziffer 22 SCBP, der diesfalls eine sorgfältige Überprüfung der Unabhängigkeit empfiehlt, sowie Ziffer 3.3 RLCG, welche die Offenlegung solcher Verflechtungen bei kotierten Gesellschaften fordert).

⁹⁹ Siehe hierzu hinten, III.2.

¹⁰⁰ Statt vieler WATTER (FN 41), Art. 716b OR N 1 ff.

¹⁰¹ Siehe hierzu hinten, III.1.e).

sich eine allgemeine Verpflichtung zur Unabhängigkeit aus Art. 717 OR betreffend die Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates ergäbe.¹⁰²

Einzig aus Art. 727c Abs. 1 OR ergibt sich *e contrario*, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates sämtlicher Aktiengesellschaften nicht gleichzeitig Revisoren der konkreten Gesellschaft sein dürfen.^{103, 104} Im Rahmen der *Spezialgesetzgebung* verlangt Art. 8 Abs. 2 der Verordnung über die Banken und Sparkassen („BankV“)¹⁰⁵ für solche Institute ausdrücklich eine personelle Trennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung und Art. 13 Abs. 1 der am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen („AVO“)¹⁰⁶ verbietet bei solchen Unternehmen grundsätzlich die Personalunion zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten und dem Vorsitzenden der Geschäftsleitung.

Im Gegensatz dazu kennen die *ausländischen Rechtsordnungen* teilweise bereits seit geraumer Zeit entsprechende Vorschriften. So fordert in den USA etwa Section 301 (3) des Sarbanes-Oxley Act¹⁰⁷ von der Securities and Exchange Commission („SEC“), der amerikanischen Wertpapier- und Börsenaufsichtsbehörde, dass sie den einzelnen Börsen Regeln vorschreibt, die mindestens folgendes umfassen:

¹⁰² Vgl. Begleitbericht, 83.

¹⁰³ Siehe hierzu ausführlich HOMBURGER (FN 31), N 108 ff.; vgl. auch WATTER ROLF, Nicht exekutives Mitglied des Verwaltungsrates und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, in: RALF SCHWEIZER/HERBERT BURKERT/URS GASSER (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 659 ff.; BERTSCHINGER (FN 23), 574 ff.

¹⁰⁴ Gleichzeitig hält Art. 727c Abs. 1 OR fest, dass die Revisoren auch von einem Aktionär, der über die Stimmmehrheit in der konkreten Gesellschaft verfügt, unabhängig sein müssen und Satz 2 dieser Bestimmung präzisiert, dass Revisoren weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein dürfen (weil sie dann einem Weisungsrecht des Verwaltungsrates unterliegen würden) noch Arbeiten ausführen können, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind (vgl. zu letzterem WATTER [FN 41], Art. 727c OR N 4 ff. und 10 ff.; WATTER ROLF, Bemerkungen zu BGJ 129 III 129, AJP 2003, 850 f.; ROTH PELLANDA KATJA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung der Revisionsstelle, SZW 75 [2003], 289 f.).

¹⁰⁵ Verfügbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c952_02.html.

¹⁰⁶ Verfügbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/9/961.011.de.pdf>.

¹⁰⁷ Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Sarbanes-Oxley Act gemäss Section 302 (a) und (b) auch auf schweizerische Unternehmen, die in den USA zweitkотиert sind, Anwendung findet (siehe etwa VON DER CRONE HANS CASPAR/ROTH KATJA, Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, AJP 2003, 132).

„(3) INDEPENDENCE

“(A) IN GENERAL. – Each member of the audit committee of the issuer shall be a member of the board of directors of the issuer, and shall otherwise be independent.

“(B) CRITERIA. – In order to be considered to be independent for purposes of this paragraph, a member of an audit committee of an issuer may not, other than in his or her capacity as a member of the audit committee, the board of directors, or any other board committee –

“(i) accept any consulting, advisory, or other compensatory fee from the issuer; or

“(ii) be an affiliated person of the issuer or any subsidiary thereof.”¹⁰⁸

Die SEC kam dieser Aufforderung durch ihren Erlass Nummer 33-8220 „Standards Relating to Listed Company Audit Committees“¹⁰⁹ nach, der am 6. Mai 2003 in Kraft getreten ist. Darin wird unter anderem festgelegt, dass Mitglieder des Audit Committees nicht direkter oder indirekter „beneficial owner“ von mehr als 10% aller Aktien der fraglichen Publikumsgesellschaft sein dürfen, ansonsten sie vermutungsweise als so genannte „affiliated person“ gelten und nicht mehr als unabhängig betrachtet werden. Für die an der New York Stock Exchange kotierten Unternehmen gilt überdies seit dem 31. Dezember 2005 gemäss Section 303.A01 des NYSE Listed Company Manuals¹¹⁰, dass ihr Verwaltungsrat mehrheitlich aus so genannt „independent directors“ bestehen muss. „Independent director“ ist gemäss Section 303.A02 dieses Manuals, wer innerhalb der letzten drei Jahre keine direkte oder indirekte „material relationship“ mit der fraglichen Publikumsgesellschaft und ihren allfälligen Mutter- und Tochtergesellschaften hatte. Als Personen mit einer „material relationship“ werden etwa Abnehmer, Lieferanten, Bankiers, Anwälte und Wirtschaftsprüfer betrachtet, die geschäftliche Verbindungen zum Unternehmen haben oder aber auch Personen, die innerhalb der letzten drei Jahre vom betreffenden Unternehmen – aus welchen Rechtstiteln auch immer – mehr als USD 100'000 erhalten haben.

Angesichts der Unzahl an möglichen Konstellationen ist eine *allgemeingültige Definition der vollkommenen Unabhängigkeit kaum zu finden*. Es ist bei der Suche nach einer Umschreibung auch zu berücksichtigen, dass die Existenz von gewissen Eigeninteressen des Agenten sozusagen systemimmanent ist: So kann

108

Der Sarbanes-Oxley Act ist etwa verfügbar unter <http://news.findlaw.com>.

109

Verfügbar unter <http://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm>.

110

Verfügbar unter <http://www.nyse.com/frameset.html?displayPage=/listed/1022221393251.html>.

beispielsweise das (offensichtliche) Eigeninteresse, nicht mit dem persönlichen Vermögen für Fehlentwicklungen im Unternehmen zu haften, dazu führen, dass der Verwaltungsrat generell risikoärmere Geschäfte vorzieht, obwohl das Eingehen eines grösseren Risikos objektiv für die Aktionäre einen grösseren Wert generieren würde.¹¹¹ Generell kann unseres Erachtens einzig gesagt werden, dass diejenigen Personen nicht mehr als unabhängig gelten können, die sich in einem Interessenkonflikt befinden, wobei ein solcher anzunehmen ist, wenn eine Person mit der Wahrung fremder Interessen beauftragt wurde (wie eben ein Verwaltungsrat) und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen sie sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihr zur Wahrung übertragene Interessen (doppelter Pflichtenexus) begibt.¹¹²

c) Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Gremiums?

Nach den Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance hat die *Mehrheit* des Verwaltungsrates grundsätzlich *aus nicht-exekutiven Mitgliedern* zu bestehen.¹¹³ Dieser Empfehlung ist unseres Erachtens zu folgen: Bilden die exekutiven Mitglieder die Mehrheit im Verwaltungsrat, besteht die Gefahr, dass die nicht-exekutiven Mitglieder zu einem reinen Aushängeschild degradiert werden: Einerseits verfügen sie nicht über denselben Wissens- und Informationsstand, andererseits befinden sie sich bei der Beschlussfassung von vornherein in der Minderheit. Eine wirksame Kontrolle und Aufsicht der Geschäftsführung könnte so nicht gewährleistet werden.¹¹⁴ Zu beachten ist auch, dass sich eine Mehrheit nicht-exekutiver Mitglieder positiv auf die Legitimation der Entscheide des Gremiums insbesondere gegenüber den Aktionären auswirkt und damit zur Überwindung des Prinzipal-Agenten-Problems beiträgt.¹¹⁵

Über dieses Erfordernis einer Mehrheit an nicht-exekutiven Mitgliedern, besteht eine Tendenz, für diese nicht-exekutiven Mitglieder eine *vollkommene*

Unabhängigkeit zu verlangen (so genannte „independent outside directors“)¹¹⁶, was zur Folge hätte, dass sich die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder auch nicht in einem latenten Interessenkonflikt befinden dürfte.¹¹⁷ Dieses Erfordernis, das für eine Mehrheit oder gar alle Verwaltungsratsmitglieder gelten würde, ist unseres Erachtens abzulehnen. Dies insbesondere deshalb, weil nicht-exekutive Mitglieder mit den erforderlichen Unternehmens- und Branchenkenntnissen praktisch nur folgendermassen *rekrutiert* werden können:

- aus den „eigenen“ Reihen (beispielsweise der vormalige CEO);
- oder von der Konkurrenz, praktisch dann aber nur, nachdem der Kandidat dieses Unternehmen verlassen hat und auch das in aller Regel nur nach einer heute typischerweise vereinbarten Wartefrist (selten mag es möglich sein, ein aktives Kadermitglied aus der gleichen Branche, das aber in einem anderen geographischen Markt tätig ist, zu gewinnen, was aber wiederum den Nachteil haben kann, dass dieser andere Markt auch völlig anders gelagert sein kann);
- ganz selten aus Abnehmerkreisen.

Anders gesagt kann in der Praxis völlige Unabhängigkeit oft nur mit *Betriebsferne* „erkauf“ werden. Abzulehnen ist unseres Erachtens auch ein Unabhängigkeitserfordernis, das Aktienbesitz behindert und nun auch in der Schweiz für den Verwaltungsrat von Instituten des Bank- und Finanzsektors eingeführt werden soll.¹¹⁸

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass mit gewissen *Abhängigkeiten* recht *gut umgegangen werden kann*: Erteilt etwa nicht die Geschäftsleitung, sondern der Verwaltungsrat oder ein Komitee einen Beratungsauftrag an einen Verwaltungsratskollegen, bewirkt diese Tätigkeit keine Abhängigkeit von der Geschäftsleitung¹¹⁹ und eine Gefahr für eine Übervorteilung des Unternehmens entsteht dann auch nicht, wenn sich für die Tätigkeit ein Marktpreis

111 Solche Eigeninteressen können nur durch eine adäquate Entschädigung ausgeglichen werden (dazu WATTER/MAJZAR [FN 44]), nicht aber durch Unvereinbarkeitsbestimmungen.

112 Vgl. statt vieler LAZOPOULOS (FN 6), 37 m.w.H.

113 Ziffer 12 (3) SCBP.

114 Vgl. MALIK (FN 75), 202 f.

115 Vgl. hierzu vorne, II.2.a)aa).

116

Vgl. BEVELER KARIN, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 250.

117

Vgl. zu den verschiedenen Konfliktkonstellationen vorne, III.1.a)

118

Vgl. FN 11.

119

Anders, wenn das Management Aufträge vergeben kann. Vgl. hierzu auch WATTER (FN 103), 660.

bestimmen lässt.¹²⁰ Wo Eigeninteressen des Verwaltungsrates im Spiel sind oder er auch eine Funktion bei einem Dritten hat, kann mittels geeigneter Massnahmen oft auch Abhilfe geschaffen werden.¹²¹

Zusammengefasst können damit unseres Erachtens über die Mehrheit an nicht-exekutiven Mitgliedern hinausgehende Unabhängigkeitsanforderungen nur punktuell, etwa für die Zusammensetzung einzelner Committees¹²² gelten. Falsch wäre es, ein vollkommenes Unabhängigkeitserfordernis auf eine Mehrheit oder sogar auf alle Mitglieder des Verwaltungsrates auszuweiten.

d) *Doppelspitze oder Personalunion?*

Überlegungen zur Wünschbarkeit nicht-exekutiver Mitglieder werden an der Frage der Doppelspitze besonders hitzig und kontrovers diskutiert. Teilweise wird geltend gemacht, dass mit einer Personalunion zwischen dem Verwaltungsratspräsidenten und dem CEO grundsätzlich bessere Ergebnisse erreicht werden können als mit einer getrennten Besetzung dieser Funktionen.¹²³ Andere wiederum kritisieren diese Konstellation und verlangen insbesondere mit den Argumenten der „*check and balances*“, der „*restricting power*“ und dem „*Vier-Augen-Prinzip*“ insbesondere für Publikumsgesellschaften eine Doppelspitze.¹²⁴ Das schweizerische Recht sieht in Art. 716 Abs. 2 und Art. 716b Abs. 3 OR als dispositive Grundordnung das monistische System vor, indem es die Überwachungs- und Führungsfunktion einem einzigen Organ – dem Verwaltungsrat – als so genannter „Träger zweier Hüte“ zuweist. Einzig die Spezialgesetzgebung verbietet für Banken und Sparkassen¹²⁵ sowie Versicherungsunternehmen¹²⁶ die

120 Im Übrigen besteht Ziffer 5.7 RLCG eine Offenlegungspflicht für solche Honorare (vgl. hierzu zu auch FN 63 betreffend der in diesem Bereich geplanten Gesetzesänderung).

121 Vgl. hierzu hinten, III.1.e).

122 Insbesondere gilt dies für Committees, die wesentliche Aufgaben im Bereich der Führung und Kontrolle wahrnehmen, die eine explizite Verknüpfung mit der Geschäftsführung aufweisen, wie etwa der Revisionsausschuss sowie der Entscheidung- und Nominierungsausschuss (vgl. auch Ziffer 22 [1] SCBP).

123 So etwa VON DER CRONE HANS CASPAR, Strategische Leitung und Qualitätssicherung in der Aktiengesellschaft, *SIZ* 98 (2002), 8 ff.

124 Unter anderem NIGGLI (FN 15), 30 f.; KRNETA (FN 29), N 649 ff.; RICHTER RUDOLF/FURUBOTN EIRIK G., Neue Institutionenökonomie, 3. Aufl., Tübingen 2003, 43 f.; AMSTUTZ (FN 4), 27.

125 Siehe Art. 8 Abs. 2 BankV (verfügbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c952_02.html).

126 Siehe Art. 13 Abs. 1 AVO (verfügbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/9/961.011.de.pdf>).

personelle und funktionale Identität auf der Führungsebene. Auch wenn der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance mehr oder weniger neutral in dieser Frage bleibt, so legt die in Ziffer 18 (2) SCBP gewählte Formulierung, welche für den Fall der Personalunion die Etablierung entsprechender Kontrollmassnahmen empfiehlt, doch eher nahe, dass die Personalunion die Ausnahme und nicht die Regel sein sollte.

Versucht man nun die *Vor- und Nachteile* der jeweiligen Organisationsform aus einer objektiven und vom Einzelfall unabhängigen Sicht zu beurteilen, so kann grundsätzlich gesagt werden, dass die Personalunion den Vorteil einer direkten Führung¹²⁷ sowie einer gewissen Kontinuität und Stabilität¹²⁸ mit sich bringen wird. Ausserdem garantiert sie natürlich einen möglichst umfassenden Erfahrung- und Kenntnisstand des Verwaltungsratspräsidenten.¹²⁹ Man kann damit argumentieren, dass speziell für die dem Verwaltungsrat obliegende Pflicht zur strategischen Führung des Unternehmens die Personalunion eher vorteilhaft sei.¹³⁰ Die Kumulation der Funktionen in einer Person und die damit einhergehende Ballung von Macht und Wissen gefährdet jedoch die fast noch wichtigere Aufgabe der Aufsicht und Kontrolle durch den Verwaltungsrat: Eine fundierte Kritik an der Geschäftsführung seitens der „gewöhnlichen“ Verwaltungsratsmitglieder wird durch die Omnipotenz und den Informationsvorsprung des Verwaltungsratspräsidenten und gleichzeitigen CEO stark erschwert¹³¹. Im ungünstigsten Falle wird dies dazu führen, dass das Unternehmen weitgehend durch den Verwaltungsratspräsidenten alleine geführt wird, was höchste Anforderungen an dessen Fähigkeiten, Integrität und Persönlichkeit stellt.¹³²

127 Die mit einer direkten Führung verbundenen kurzen Entscheidungswege können sich vor allem bei Aufbau- oder Reorganisationsphasen sowie bei Unternehmenskrisen vorteilhaft auswirken.

128 Siehe insbesondere BÖCKLI PETER, Harte Stellen im Soft Law – Zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, *ST* 76 (2002), 989; VON DER CRONE HANS CASPAR, Wenn der Präsident auch CEO ist ..., *NZZ* vom 13. Oktober 2001, Nr. 238, 29.

129 TRIGO TRINDADE RITA, Le conseil d'administration de la société anonyme, *Diss. Genf* 1996, 66.

130 Anzumerken ist immerhin, dass die strategischen Entscheide praktisch immer in einer Zusammenarbeit zwischen Geschäftsleitung (welche die Alternativen auszuarbeiten hat) und Verwaltungsrat gefällt werden, was diesen Vorteil etwas relativiert.

131 Vgl. etwa KRNETA (FN 29), N 658; MONKS/MINOW (FN 93), 242, ferner NIGGLI (FN 15), 30 f.; WUNDERER FELIX, Der Verwaltungsrats-Präsident, *Diss. oec. St. Gallen*, Zürich 1995, 45 f.

132 Vgl. BÖCKLI (FN 1), § 13 N 552.

Ein nicht-exekutiver Verwaltungsratspräsident hat demgegenüber im Bereich der Kontrolle folgende Vorteile: Gestützt auf sein (allenfalls erst über Zeit erworbenes)¹³³ Fachwissen und seine externen Erfahrungen hat er die Möglichkeit die Entscheide der Geschäftsleitung unter neuen Gesichtspunkten (oder zumindest mit anderer Gewichtung)¹³⁴ kritisch zu hinterfragen und einer Kontrolle zugänglich zu machen¹³⁴, was die Verhinderung oder Elimination von Fehlern erlaubt.¹³⁵ Aber auch ein positiver Einfluss auf die strategische Führung des Unternehmens ist durchaus denkbar.¹³⁶ Vorteil für den Verwaltungsrat ist endlich, dass die Information durch den nicht-exekutiven Verwaltungsratspräsidenten insofern ausgewogener ist, als er nicht im Tagesgeschäft absorbiert ist und sich besser in den Wissensstand externer Verwaltungsratsmitglieder hineinversetzen kann. Verfügt andererseits der Verwaltungsratspräsident nicht über die nötigen Branchenkenntnisse und fehlt ihm dazu noch die Kenntnis des Marktes und der Unternehmensinterna, so wird er Schwierigkeiten haben, seiner Kontroll- und Führungsfunktion nachzukommen.¹³⁷ Nicht zu unterschätzen ist bei der Doppelspitze auch das erhöhte Konfliktrisiko auf der personellen Ebene, die sich durch das teilweise vergleichbare Machtpotential und die nicht immer sauber abgrenzbaren Kompetenzen ergeben können.¹³⁸ Eine getrennte Besetzung dieser beiden Funktionen hat endlich auch einen höheren finanziellen

¹³³ Praktisch dürfte der Verwaltungsratspräsident etwa drei bis fünf mal mehr Zeit für das Unternehmen aufwenden, als das „gewöhnliche“ Mitglied (was sich auch in der Entschädigung spiegelt) – er eignet sich deshalb Detailkenntnisse über das Unternehmen und den Markt, in dem dieses tätig ist, relativ schnell an.

¹³⁴ BAUMBERGER HANS ULRICH, Ansätze für einen wirkungsvolleren Verwaltungseinsatz in schweizerischen Aktiengesellschaften, in: KNUT BLEICHER/RALPH SCHMITZ-DRÄGER (Hrsg.), Unternehmerisches Handeln – Wege, Konzepte und Instrumente, Festschrift für Hans Siegwart, Bern 1990, 76 f.

¹³⁵ VON DER CRONE (FN 128), 29.

¹³⁶ So hat etwa bereits MACE im Jahre 1971 festgehalten: „The inputs of outside directors are valued by top managements, who had generally regarded the board members as additional windows to the outside world“ (MACE MYLES L., Directors: Myth and Reality, Boston 1971, 40). Unseres Erachtens kann sich ein Vorteil im strategischen Bereich insbesondere daraus ergeben, dass ein nicht-exekutiver Verwaltungsratspräsident den Kopf vom Tagesgeschäft freit hat und damit mehr Raum für das manchmal nötige „thinking outside of the box“ hat.

¹³⁷ Siehe ausführlich VON DER CRONE (FN 128), 29.

¹³⁸ BÖCKLI (FN 1), § 13 N 555; HILB MARTIN, Gezielte Gewinnung von Verwaltungsräten, in: HENDRIK VATER/CHRISTIAN BENDER/KATHARINA HILDENBRAND (Hrsg.), Corporate Governance – Herausforderungen an die Management-Kultur, Bern/Stuttgart/Wien 2004, 201.

Aufwand zur Folge, weshalb wohl bei kleineren und mittleren Unternehmen oftmals darauf verzichtet wird.¹³⁹

Zu beachten ist bei dieser Diskussion, dass es die *Aktionäre* aufgrund ihrer Zuständigkeit zur Wahl der Verwaltungsratsmitglieder¹⁴⁰ in der Hand haben, sich für die eine oder andere Form zu entscheiden: Entweder können sie nur Personen in den Verwaltungsrat wählen, die ihrem Bild eines Verwaltungsratspräsidenten entsprechen (beziehungsweise andere, die diesem Bild nicht mehr entsprechen, nach Art. 705 OR abwählen) oder sie können sich nach Art. 712 Abs. 2 OR gar die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten vorbehalten und so direkten Einfluss auf die Frage nehmen, ob der CEO auch als Präsident des Verwaltungsrates agieren soll.

Diese gesetzliche Ordnung in Rechnung stellend, aber auch den Umstand berücksichtigend, dass Aktionäre in dieser Frage von sich aus selten je eine Führungsrolle übernehmen, wäre de lege ferenda zu überlegen, ob nicht der Verwaltungsrat, der sich für die Personalmunion entscheidet, die Gründe für diesen Entscheid darzulegen hat, mithin sozusagen „beweispflichtig“ ist, dass diese Form in der betreffenden geschäftlichen Situation oder unter Berücksichtigung der personellen Konstellation im konkreten Fall die bessere Lösung darstellt.¹⁴¹

Es wäre in diesem Bild dann an den Aktionären, zu entscheiden, ob sie von dieser Erklärung überzeugt sind oder nicht. Diese Ansicht geht über die heutige Lage unter dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance hinaus (wäre aber weit weniger einschneidend als eine gesetzliche Regelung, wie die Führung zu organisieren ist), fordert dieser doch in Ziffer 18 keine Erklärung, sondern lediglich die Errichtung geeigneter Kontrollmassnahmen und schlägt als solche die Einsetzung eines so genannten „Lead directors“ vor, welcher zusätzliche Befugnisse, wie etwa das Recht zur selbständigen Einberufung und Leitung von Verwaltungsratsitzungen, und dem derselbe Informationszugang wie es das Gesetz für den Verwaltungsratspräsidenten vorsieht, gewährt werden

139

GIGER (FN 1), 344; HÜNGERBÜHLER IVO W., Der Verwaltungsratspräsident, Diss. Zürich 2003, 20.

140

In der Schweiz ist die so genannte Kooptation wie es sie etwa in Frankreich gibt (Art. 225-24 Code de commerce) unbekannt.

141

Ebenso BÖCKLI (FN 1), § 13 N 287; siehe auch den Vorschlag der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts (BÖCKLI PETER/HUGUENIN CLAIRE/DESSEMONTET FRANÇOIS, Expertenbericht der Arbeitsgruppe „Corporate Governance“ zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, 79 ff.).

sollte. Als weitere Kontrollmassnahme käme etwa die Bildung von Ausschüssen und deren Besetzung mit nicht-exekutiven Mitgliedern in Frage.¹⁴²

„Grundform“ sollte damit unseres Erachtens die Doppelspitze sein, dies im Wissen, dass sie im Einzelfall vielleicht nicht die beste Lösung ist, weswegen das Gesetz beide Möglichkeiten offen lassen sollte. In dieser Struktur führt der CEO das gesamte Geschäft nach innen und nach aussen, der Präsident des Verwaltungsrates führt den Verwaltungsrat, ist Garant für den richtigen Informationsfluss¹⁴³ und damit Hauptansprechpartner für den CEO; weiter agiert er dort als Coach für den CEO, wo dies als sinnvoll oder notwendig erscheint. Wo sich die Aktionäre für eine Doppelspitze entscheiden, ist es unseres Erachtens eine zweitrangige Frage, ob der CEO dem Verwaltungsrat angehören soll und damit zum Delegierten des Verwaltungsrates wird oder nicht.¹⁴⁴ So oder anders wird der Verwaltungsrat in aller Regel seine Sitzungen unter Anwesenheit des CEO abhalten, vereinzelt sich aber auch ohne diesen treffen, letzteres unabhängig davon, ob der CEO ein Mitglied des Gremiums ist oder nicht.

e) *Exkurs: Umgang mit (latenten) und sich manifestierten Interessenkonflikten*

Wie oben¹⁴⁵ festgehalten, kennt das schweizerische Recht weder Unvereinbarkeitsbestimmungen zur Vermeidung von latenten Interessenkonflikten, noch statuiert es Massnahmen zum richtigen Umgang mit sich manifestierten Konflikten. Die teils geforderte Zusammensetzung des Verwaltungsrates mit nur (vollkommen) unabhängigen Mitgliedern ist unseres Erachtens keine Lösung.¹⁴⁶ Im Zusammenhang mit der „richtigen“ Zusammensetzung des Verwaltungsrates

¹⁴² BÖCKLI (FN 1), § 13 N 557; WALDBURGER MARTIN, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Diss. St. Gallen 2002, 224.

¹⁴³ Dies in beide Richtungen, indem er dafür sorgt, dass die übrigen Verwaltungsratsmitglieder mit allen Informationen versehen werden, die es ihnen erlauben, ihre drei Hauptpflichten bei delegierter Geschäftsführung, nämlich die (Wieder)wahl der Geschäftsleitung, die Instruktion und die Überwachung wahrzunehmen, aber auch umgekehrt, indem der Präsident dafür sorgt, dass Instruktionen richtig an die Geschäftsleitung übermittelt werden (soweit die Geschäftsleitung nicht sowieso in der Verwaltungsratsitzung präsent ist).

¹⁴⁴ Vgl. die Spezialregelung im Bankenrecht, welche eine Einsitznahme der Geschäftsleitungsmitglieder im Verwaltungsrat untersagt (Art. 8 Abs. 2 BankV; verfügbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c952_02.html).

¹⁴⁵ Vgl. hierzu vorne, III.1.b).

¹⁴⁶ Vgl. hierzu vorne, III.1.c).

tes stellt sich deshalb auch die Frage nach dem „richtigen“ Umgang mit Interessenkonflikten.¹⁴⁷

Als *Massnahmen zur Konfliktvermeidung* steht unseres Erachtens nicht die Zusammensetzung, sondern die Organisation und damit die entsprechende Strukturierung des Gremiums¹⁴⁸ im Vordergrund. Ziel sollte dabei sein, die verschiedenen vom Verwaltungsrat wahrzunehmenden Aufgaben möglichst so unter die Mitglieder zu verteilen, dass Interessenkonflikte vermieden werden könnten. Mittel hierzu ist etwa die Bildung und entsprechende Besetzung von Ausschüssen.¹⁴⁹ Gesetzlich erwähnt ist lediglich die Bildung eines Ausschusses zur Wahrnehmung verwaltungsinterner Aufgaben im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Ausführung der Verwaltungsratsbeschlüsse sowie der Überwachung von Geschäften. Gesetzlich nicht normiert (aber damit natürlich nicht verboten) sind insbesondere Ausschüsse, denen mit den Aufgaben im gesetzlich zulässigen Rahmen auch die entsprechenden Entscheidbefugnisse übertragen werden.¹⁵⁰ Sollen mit einer Ausschussstruktur Interessenkonflikte vermieden

¹⁴⁷

In seiner neueren Rechtsprechung verlangt das Bundesgericht bei Gefahr eines Interessenkonfliktes die Ergreifung geeigneter Massnahmen durch den betroffenen Verwaltungsrat (Entscheid 4C./1998 vom 14. Dezember 1999; BGE 130 III 219).

¹⁴⁸

Umstritten ist in der Lehre, ob die Kompetenz zur Organisation des Verwaltungsrates unter Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR zu subsumieren ist und damit dem Verwaltungsrat zukommt (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 7], § 29 N 3, § 30 N 36, 65 f. [ablehnend aber NOBEL]; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ [FN 84], 405; KRNETA [FN 29], N 1207, 1220; HOMBURGER [FN 31], N 554; KAMMERER [FN 71], 147 f., 153 ff.; differenzierend BÖCKLI [FN 1], § 13 N 101 f.) oder ob sie unter Art. 712 OR fällt und die Generalversammlung mittels Erlass entsprechender statutarischer Bestimmungen den Verwaltungsrat in seiner diesbezüglichen Gestaltungsfreiheit einschränken könne (EHRAT FELIX, Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, AJP 1992, 791 FN 33; KUNZ RUDOLF, Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Diss. St. Gallen 2004, 113; WERNLI [FN 29], Art. 712 OR N 4). Unseres Erachtens ist der ersten Auffassung zu folgen. Dies aus mehreren Gründen: Einerseits entspricht es dem Paritätsprinzip, dass jedes Organ für seine innere Organisation selbst zuständig ist; andererseits ist nicht einzusehen, weshalb die Organisation des eigenen Gremiums nicht dem Verwaltungsrat selbst zustehen sollte, die Organisation des Unternehmens hingegen schon.

¹⁴⁹

Prüfungs-, Entschädigungs- sowie Nominierungsausschüsse werden heute durchaus als „state of the art“ betrachtet (siehe etwa TRIGO TRINDADE RITA, La répartition des tâches au sein du conseil d'administrations, SZW 76 [2004], 31 sowie WÜTHRICH KARL, Corporate Governance – Theorie und Praxis, ST 77 [2003], 712).

¹⁵⁰

Siehe hierzu etwa WATTER ROLF, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZACH/DIETER ZOBL (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 183 ff. Auch die Praxis der Übernahmekommission weist solchen Ausschüssen in gewissen Bereichen eine über das gesetzliche Mass hinausgehende Entscheidkompetenz zu (siehe etwa die Empfehlung i.S. ZKB Pharma Vision AG vom

oder zumindest eingegrenzt werden, kann eine solche Zuweisung von Aufgaben zur definitiven Erledigung eine adäquate Lösung sein, wobei es unseres Erachtens im Einzelfall sinnvoll sein kann, dem Gesamtgremium ein Veto- oder gar ein Attraktionsrecht zuzugestehen, das diesem erlaubt, einen Entscheid umzustossen oder von vornherein an sich zu ziehen. Neben der Vermeidung von Interessenkonflikten kommt solchen Ausschüssen überdies eine Spezialisierungs- und Rationalisierungsfunktion zu, indem sie die gesonderte Behandlung entscheidender Fragen in einem kleinen Kreis erlauben.¹⁵¹ Haben die Ausschüsse auch Entscheidungskompetenz in Teilbereichen, resultiert auch ein Gleichlauf von Behandlung, Entscheid und Verantwortung.¹⁵²

Im Falle des sich *manifestierten Interessenkonflikts* eines Verwaltungsrates verlangt eine Mehrheit der Lehre und Ziffer 16 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance zumindest die Anwendung eines objektiven Beurteilungsmassstabes¹⁵³ oder gar den Auszustand des betroffenen Verwaltungsratsmitgliedes sowohl bei der Beratung des fraglichen Geschäftes wie auch bei entsprechender Beschlussfassung.^{154 155} Das Bundesgericht sieht als mögliche Massnahme in solchen Fällen auch die Genehmigung der fraglichen Geschäfte durch ein über-¹⁵⁶ oder nebeingeordnetes Organ¹⁵⁷ vor.¹⁵⁸ Unseres Erachtens

11. Oktober 2004, Erw. 7.2.2.2 [verfügbar unter www.takeover.ch] sowie die Empfehlung i.S. Scintilla AG vom 30. Juni 2004, Erw. 6.2.2.3 [verfügbar unter www.takeover.ch].

151 Siehe etwa bereits HOLZACH CHRISTOPH, Der Ausschuss des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungs-internen Delegierungen, Diss. Basel 1960, 19, 39, sowie in neuerer Zeit VON DER CRONE HANS CASPAR, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: CHARLOTTE BAER (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern 2006, 82.

152 Die öfter anzutreffende Lösung, dass die Committees nur vorbereitend tätig sind, hat den Nachteil, dass das Gesamtgremium sich dann mit dem Problem kaum noch befasst, aber grundsätzlich dennoch haftbar bleibt (vgl. WATTER [FN 150], 190).

153 Dazu gehört etwa das Abstellen auf Markt- oder Börsenpreise, der Abschluss zu Drittbedingungen (das so genannte „Dealing at arm's length“) sowie das Einholen einer „Fairness Opinion“ bei einem Dritten (vgl. hierzu statt vieler BÖCKLI [FN 1], § 13 N 646).

154 Vgl. statt vieler KRNETA (FN 29), N 1896 ff. sowie HANDSCHIN LUKAS, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der geschäfts-internen Entscheidungsfindung, in: HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forsmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 172 ff.

155 Auch der Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (siehe hierzu vorne, II.2.c) sieht als taugliches Mittel zur Überwindung von Interessenkonflikten den Auszustand des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds vor (Art. 717a Abs. 3 VE OR; siehe auch Begleitbericht, 83).

156 BGE 127 III 335: „Wenn hingegen der Verwaltungsrat, der das Insigengeschäft abgeschlossen hat, das einzige Verwaltungsratsmitglied ist, steht kein nebeingeordnetes Organ zur Genehmi-

stellt der Auszustand des betroffenen Verwaltungsratsmitgliedes nicht immer eine geeignete Massnahme zur Überwindung eines sich manifestierten Interessenkonfliktes dar. Ist doch ein solcher Auszustand – insbesondere bei der Beschlussfassung – unvereinbar mit der Funktion des Verwaltungsrats als Organ kollektiver Entscheidung und solidarischer Verantwortung, dies insbesondere im Bereich der unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben.¹⁵⁹ Es kann nicht angehen, dass sich ein einzelner Verwaltungsrat, der betreffend des fraglichen Geschäftes Eigen- oder Drittinteressen hat, durch seinen Auszustand jeder Verantwortung entziehen kann. Unseres Erachtens könnte man hingegen eine doppelte Beschlussfassung mit und ohne Teilnahme des betroffenen Verwaltungsrates in Betracht ziehen.

Als *Beispiel* für diese Aussage diene etwa folgender (in der Praxis vorgekommener) Fall: Eine Gesellschaft erfährt, dass eine Konkurrentin eine Offerte an ihre Aktionäre unterbreiten will. Verwaltungsratspräsident und CEO erachten dies aus strategischen Gründen als sehr wünschbar, haben beide aber – aus früherer Zeit – Abgangsschädigungen zugesichert erhalten, falls ein Kontrollwechsel stattfindet und sie dadurch ihre Position verlieren. Diese Abgangsschädigungen stellen zweifelsohne ein Eigeninteresse an der Transaktion dar, das mit einem Auszustand theoretisch ausgeschaltet werden könnte.¹⁶⁰ Für die nicht-exekutiven Mitglieder (und auch die Aktionäre) wäre es aber unbefriedigend, wenn sich die beiden Personen, die den Markt und damit die Zukunftsaussichten des Unternehmens am besten kennen, mit einem Auszustand um Teilnahme an (und Verantwortung für) den für das Unternehmen zentralen Entscheid, ob man den Aktionären die Transaktion empfehlen will, drücken könnten. Genügend müsste es in solchen Konstellationen sein, wenn das Eigen-

157 gung zur Verfügung. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass als übergeordnetes Organ die Generalversammlung für die Genehmigung des Insigengeschäfts zuständig ist“.

158 BGE 127 III 332: „Jeder einzelne Verwaltungsrat ist nach Massgabe seiner Zeichnungsbezeichnung befugt, ein Rechtsgeschäft zu genehmigen, das ein anderer Verwaltungsrat mit sich selbst oder als Vertreter der Aktiengesellschaft und der Gegenpartei abgeschlossen hat“.

159 BGE 126 III 363; STUTZ BETTINA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 75 (2003), 102 ff.

160 Ähnlich VON DER CRONE HANS CASPAR (FN 56), 5; vgl. auch LAZOPoulos MICHAEL, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2006, 144 f.

Die Übernahmekommission verlangt denn auch einen Auszustand, erlaubt aber immerhin auch das Einholen einer Fairness Opinion zur Frage der Angemessenheit des Angebotes (siehe etwa Empfehlung i.S. Centerpulse AG vom 16. April 2003, Erw. 6.3; verfügbar unter www.takeover.ch).

