



Rolf Watter / Katja Roth Pellanda*

Geplante Neuerungen betreffend die Organisation des Verwaltungsrates



Inhaltsübersicht

- I. Worum geht es?
- II. Wählbarkeit in den Verwaltungsrat
 1. Vorbemerkung
 2. Vertretung einer juristischen Person im Verwaltungsrat einer Drittgesellschaft
 - 2.1 Kein Anspruch der juristischen Person auf Einsitznahme
 - 2.2 Pflicht zur Offenlegung des Vertretungsverhältnisses
 - 2.3 Informationsrecht der vertretenen juristischen Person
 3. Keine gesetzliche Regelung der Wählbarkeitsvoraussetzungen
- III. Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates
- IV. Genehmigungsvorbehalt zu Gunsten der Generalversammlung
- V. Festlegung der inneren Organisation
- VI. Umgang mit Interessenkonflikten
 1. Vorbemerkung
 2. Informationspflicht und zu ergreifende Massnahmen
 3. Sonderfall: «Interlocking directors»

I. Worum geht es?

Hauptziel der geplanten Revision des Aktienrechtes ist die Verbesserung der Corporate Governance¹, wobei der Fokus auf dem funktionalen Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft liegt und die Prinzipal-Agenten-Problematik² angegan-

gen werden soll. Im Bereich der Organisation des VR wird dieses Ziel u.a. mit einer Kompetenzerweiterung zu Gunsten der GV (s. Kapitel IV), der Einführung einer jährlichen (Wieder-)Wahl der VR-Mitglieder (s. Kapitel III) sowie der gesetzlichen Normierung des «richtigen» Umgangs mit Interessenkonflikten im VR (s. Kapitel VI) angestrebt. Nachfolgend werden diese geplanten Neuerungen dargelegt und einer kritischen Beurteilung unterzogen.³

II. Wählbarkeit in den Verwaltungsrat

1. Vorbemerkung

Seit mit der Revision des Rechts der GmbH die Voraussetzung der Aktionärseseigenschaft für VR-Mitglieder aufgehoben wurde⁴, behandelt Art. 707 OR neben der Regel, dass der VR aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen kann und diese natürliche Personen sein müssen, lediglich die Vertretung juristischer Personen im VR. Bei den nun geplanten Änderungen dieser Bestimmung handelt es sich gemäss der Botschaft einzig um redaktionelle Anpassungen, welche der Klarstellung dienen und *keine Auswirkungen auf den materiellen Gehalt dieser Norm* haben sollen.⁵ Da sich aber im Zusammenhang mit der Vertretung juristischer Personen im VR mehrere interessante Fragen stellen – insbesondere auch weil in der Botschaft die Ansicht vertreten wird, dass ein solches *VR-Mitglied die vertretene ju-*

* Prof. Dr. iur. Rolf Watter, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich; Dr. iur. Katja Roth Pellanda, Rechtsanwältin, Bär & Karrer AG, Zürich.

¹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1606 f.

² Ausgangspunkt dieser Thematik ist die mit der Aggregation von Kapitalbeträgen einhergehende Kollektivierung der Eigentümerstellung (Prinzipale), welche eine Delegation der Unternehmensleitung in die Hände weniger Personen (Agenten) bedingt, denen Entscheidungs-, Ausführungs- und Verfügungsgewalt zukommt, während die Eigentümer Risikoträger bleiben. Durch diese Trennung von Macht und Risiko entsteht die Gefahr einer Divergenz der Interessen von Aktionären, VR und allfälliger Geschäftsleitung (GL), welche aufgrund des Informationsgefälles dazu führen kann, dass die Agenten die entstehenden Handlungsspielräume opportunistisch zur Verfolgung eigener Zwecke nützen (ausführlich KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates – Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und

Verantwortlichkeit, Diss. Zürich/St. Gallen 2007 [= SSHW 268], N 76 ff.).

³ Im Schrifttum wird diesen Änderungen mehrheitlich skeptisch begegnet, s. PETER BÖCKLI, Nachbesserung und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008), 359, 363; Economiesuisse, Organisationsfreiheit der Unternehmen im Lichte der Aktienrechtsrevision, Dossierpolitik, 18. August 2008, Nr. 14, 7 (verfügbar unter http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/dosspol_CorpGov_20080818.pdf).

⁴ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3228 f.

⁵ Botschaft (FN 1), 1685.

ristische Person über die Arbeit des VR informieren darf (s. dazu Kapitel II.2.3) – wird nachfolgend dennoch auf diese Änderungen eingegangen.

2. Vertretung einer juristischen Person im Verwaltungsrat einer Drittgesellschaft

2.1 Kein Anspruch der juristischen Person auf Einsitznahme

Juristische Personen und Handelsgesellschaften können nicht in den VR einer Aktiengesellschaft gewählt werden⁶, was eine Einschränkung der in Art. 53 ZGB statuierten allgemeinen Rechtsfähigkeit der juristischen Person bedeutet. Gründe dafür sind insbesondere die Ermöglichung einer rationellen Organisation des Gremiums VR sowie eine eindeutige Festlegung der (persönlichen) Verantwortlichkeiten der VR-Mitglieder.⁷

An Stelle der juristischen Person können nach Art. 707 Abs. 3 OR natürliche Personen als ihre Vertreter in den VR gewählt werden, denen sämtliche Rechte und Pflichten eines gewöhnlichen Mitgliedes zukommen. Bereits aus der Formulierung der Gesetzesbestimmung («können») ergibt sich, dass die juristische Person keinen Anspruch auf einen Vertreter im VR besitzt, sondern entweder selbst über die für eine Wahl genügende Anzahl an Stimmen verfügen oder entsprechende Absprachen mit anderen Aktionären bzw. deren Unterstützung haben muss, damit ihr Vertreter tatsächlich gewählt wird. Insofern liegt ein massgeblicher Unterschied zum Vertreter einer Aktionärskategorie nach Art. 709 Abs. 1 OR vor, denn in diesem Fall haben die Aktionäre verschiedener Kategorien⁸ einen gesetzlichen Anspruch auf Vertretung im VR⁹; entsprechend wird ihnen auch

dann ein Sitz im VR garantiert, wenn sie ihren Vertreter aufgrund der Stimmenverhältnisse gar nicht durchsetzen könnten. Vom Vertreter einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Art. 762 Abs. 1 OR unterscheidet sich der Vertreter einer juristischen Person insofern, als letzterer von der GV gewählt werden muss und auch nur ihr das Abberufungsrecht zusteht¹⁰: Beendet die juristische Person ihre Rechtsbeziehung zu ihrem Vertreter im VR oder wünscht sie einen anderen Vertreter, so bleibt dies grundsätzlich ohne Einfluss auf dessen Mandat als VR. Ebenso wenig ändert sich etwas, wenn die juristische Person ihre Aktionärsstellung bei der Gesellschaft verliert. Die juristische Person kann aber ihren Vertreter vertraglich verpflichten, beim Eintritt gewisser Umstände oder auf ihr entsprechendes Begehren sein Mandat niederzulegen; auch hier gilt aber der Vorrang der gesellschaftsrechtlichen Pflichten und damit der Treuepflicht des VR gegenüber der Gesellschaft und das Verbot eines Rücktrittes zur Unzeit. Denkbar ist überdies der Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages (s. auch Kapitel II.3) zwischen der juristischen Person und anderen Aktionären, in welchem sich letztere einerseits verpflichten, den von der juristischen Person vorgeschlagenen Vertreter zu wählen, und andererseits, den Vertreter auf Wunsch der juristischen Person unter gewissen Umständen abzurufen. Ein solcher Vertrag besitzt jedoch keine gesellschaftsrechtliche Wirkung und bindet somit die Gesellschaft nicht.

Hält man sich nun vor Augen, dass juristische Personen weder einen unmittelbaren Anspruch auf Vertretung im VR besitzen noch ihren Vertreter im VR selbst abberufen können, so stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit von Art. 707 Abs. 2 E-OR. Der ursprüngliche Grund für diese Bestimmung lag in der Befreiung vom Erfordernis der Qualifikationsakte, welches mit der Revision des GmbH-Rechts aufgehoben wurde.¹¹ Angesichts der Tatsache, dass das positive Wählbarkeitserfordernis der natürlichen Person neu in Art. 707 Abs. 1 E-OR geregelt werden soll, könnte u.E. auf eine gesetzliche Erwähnung des Vertreters der juristischen Person und damit auf Art. 707 Abs. 2 E-OR verzichtet werden, falls die Meinung nicht die ist, dass ein solcher Vertreter einer anderen Art von Geheimhaltungs- und Treuepflicht untersteht als ein gewöhnliches VR-Mitglied (dazu Kapitel II.2.3).

⁶ Eine formelle Organstellung der juristischen Person in einer anderen Gesellschaft ist damit nicht möglich; bei entsprechender Einflussnahme über ihren Vertreter bzw. auf die VR-Mitglieder kann die juristische Person aber faktisches Organ sein und als solches einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen und für ihr Verhalten bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zur Rechenschaft gezogen werden.

⁷ In der (älteren) Lehre wird in diesem Zusammenhang auch häufig damit argumentiert, dass bei der Zulassung einer juristischen Person als Mitglied unklar sei, welches Organ der juristischen Person (GV, Mitglied des VR oder der GL) als Vertreter fungieren soll und darf (FRITZ VON STEIGER, Zur Wählbarkeit von juristischen Personen in den Verwaltungsrat einer AG, SAG 5 [1932/33], 109 ff.).

⁸ Die Aktien verschiedener Kategorien müssen sich in der durch sie erlangten Rechtsstellung, namentlich bezüglich des Stimmrechts und der vermögensrechtlichen Ansprüche, unterscheiden (BGE 120 II 47 E. 2c); d.h. Art. 709 Abs. 1 OR ist im Falle von Vorzugsaktien und/oder Stimmrechtsaktien anwendbar, nicht aber dann, wenn eine Gesellschaft Inhaber- und Namenaktien besitzt oder über Partizipanten verfügt (vgl. ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich 2007, 28).

⁹ Gemäss Art. 709 Abs. 1 OR ist den einzelnen Aktionärskategorien durch die Statuten die Wahl wenigstens eines Vertreters in den VR zu sichern, wobei den Aktionären ein verbindliches Vorschlagsrecht an die GV zukommt und letztere die Wahl der vor-

geschlagenen Person nur aus wichtigem Grund verweigern darf (BGE 66 II 43 E. 6; BGE 107 II 179 E. 3).

¹⁰ Sehen die Statuten ein Ernennungsrecht für VR-Mitglieder zu Gunsten einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft vor, so kommt dieser – in Abweichung von Art. 705 Abs. 1 OR – das alleinige Abberufungsrecht des von ihr abgeordneten VR-Mitgliedes zu. Der GV steht einzig das Recht zu, bei Vorliegen wichtiger Gründe die Abberufung des Vertreters durch das Gemeinwesen zu verlangen (BSK OR II-WERNLI, Art. 762 N 16).

¹¹ Vgl. FN 4.

2.2 Pflicht zur Offenlegung des Vertretungsverhältnisses

Im Zusammenhang mit der Vertretung einer juristischen Person im VR einer Drittgesellschaft stellt sich die Frage, ob ein Vertretungsverhältnis der GV oder den anderen Mitgliedern im VR offen zu legen ist; dies jedenfalls dann, wenn aus dieser «Vertreterstellung» etwas abgeleitet werden soll (dazu Kapitel II.2.3).

Aus Art. 707 OR ergibt sich sowohl in der heute geltenden als auch in der geplanten Fassung keine Pflicht zur Offenlegung. Aktionäre haben im Rahmen der Beschlussfassung über einen Antrag jedoch ein Recht auf Erhalt der hierfür notwendigen Informationen¹²; denkbar ist ausserdem, dass die Aktionäre im Rahmen ihres Auskunftsrechts *anlässlich der GV* personenbezogene Informationen über die VR-Mitglieder verlangen¹³. In letzterem Fall richtet sich der Informationsanspruch jedoch nicht gegen die künftigen, sondern gegen die bereits gewählten VR-Mitglieder, welche u.U. aber gar keine Kenntnis über ein allfälliges Vertretungsverhältnis haben. Eine Offenlegung *anlässlich der GV* sollte u.E. dann zwingend sein, wenn das VR-Mitglied andere Rechte und Pflichten innehaben soll als ein «normales» VR-Mitglied (dazu Kapitel II.2.3).

Nach der Wahl hat u.E. eine Offenlegung des Vertretungsverhältnisses (aber nur gegenüber dem VR) spätestens dann zu erfolgen, wenn ein sich manifestierter und nicht nur potentieller Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und denjenigen der Gesellschaft besteht, wobei sich die Offenlegungspflicht in solchen Fällen aus der in Art. 717 OR verankerten Treue- und Sorgfaltspflicht ergibt, wie dies auch in Ziff. 16 des Swiss Code of Best Practice empfohlen wird. Ebenso ist eine Offenlegung erforderlich, wenn der Vertreter als (verdeckter) fiduziarischer VR agiert (die GV also bei der Wahl den Betreffenden nicht als VR einer juristischen Person gewählt hat) und von der vertretenen juristischen Person Weisungen entgegen nimmt, was meist die Weitergabe von (nichtöffentlichen) Informationen der Gesellschaft voraussetzt und daher die Zustimmung des VR als Gremium erfordert.¹⁴

¹² So auch FORSTMOSER, welcher festhält, dass sich Aktionäre bei der Wahl eines neuen VR-Mitgliedes bewusst sein müssen, dass sie eine Person mandatieren, die auch Interessen wahrzunehmen hat, welche der eigenen Gesellschaft zuwiderlaufen könnten (PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Vogt/Zobl (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, 18).

¹³ A.M. zumindest bezüglich fiduziarischem VR CHRISTINA LIPSRABER, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss. Zürich 2005 (= SSW 241), 99.

¹⁴ Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA Art. 716a N 2.

2.3 Informationsrecht der vertretenen juristischen Person

Die Botschaft hält auf S. 1685 zur Frage eines Informationsanspruches der vertretenen juristischen Person gegenüber dem Vertreter und der Zulässigkeit einer solchen Information fest: «Aus diesem Vertretungsverhältnis ergibt sich, dass die Vertreterin oder der Vertreter die Auftraggeberin über die Arbeit des Verwaltungsrates informieren darf.»

Damit äussert sich der Bundesrat zu einer im Schrifttum zum heutigen Recht *höchst umstrittenen Thematik*¹⁵ und scheint eine Kontroverse entscheiden zu wollen, obwohl Art. 707 OR angeblich nur redaktionell angepasst werden soll; richtig ist allerdings, dass wenn Art. 707 Abs. 2 E-OR im Gesetz verbleibt, dieser Regelung wohl eine konkrete Bedeutung zuzuschreiben ist, denn sonst würde man sie besser streichen (s. Kapitel II.2.1 oben).

Offenbar geht der Bundesrat davon aus, dass eine juristische Person, die ein grösseres Aktienpaket hält, gegenüber einer Einzelperson mit gleichem Aktienanteil, die sich in den VR wählen lässt, nicht benachteiligt werden darf. Will man in diesem Bereich aber einen Gleichlauf erzielen, indem der juristischen Person ein Informationsrecht im gleichen Mass wie den VR-Mitgliedern zugestanden würde, so müsste als logisches Korrelat die *juristische Person auch ähnlichen Treuepflichten unterliegen* wie das einzelne VR-Mitglied: Sie wäre beispielsweise zur Geheimhaltung zu verpflichten und dürfte erhaltene Informationen auch nicht zum eigenen Vorteil nutzen, indem sie etwa geschäftliche Möglichkeiten, über die sie von ihrem Vertreter im VR der Gesellschaft erfährt, für sich usurpiert. Davon liest man in der Botschaft aber nichts (und erst recht nicht im vorgeschlagenen Gesetzestext).

Daraus folgt u.E., dass Art. 707 Abs. 2 E-OR *entweder zu streichen*, oder aber, falls man dem Vertreter das in der Botschaft erwähnte Informationsrecht zugestehen will, dies im *Gesetzestext aufzunehmen* und der vertretenen juristischen Person gleichzeitig eine *Treuepflicht aufzuerlegen* ist. Dies könnte natürlich nur für den deklarierten (und nicht für den *anlässlich der Wahl verdeckt* und fiduziarisch agierenden¹⁶) Vertreter gelten.

Will man diesen (neuen) Schritt hin zu einer Treuepflicht der vertretenen juristischen Person nicht gehen und am bisherigen Rechtszustand festhalten, müsste wohl (unter der Annahme, dass Abs. 2 nicht gestrichen wird) künftig Folgendes gelten: Einerseits kann ein Informationsrecht

¹⁵ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (FN 14), Art. 717 N 20 m.w.H.

¹⁶ S. zur Informationsweitergabe eines Anwaltes als fiduziarischer VR ausführlich ROLF WATTER/SABINA NÜESCH, Anwalt als Organ, in: Haftpflicht des Rechtsanwaltes, Zürich 2006, 33 ff., insb. 42 ff.

nur dann bestehen, wenn die juristische Person auch tatsächlich mittels Weisungen über ihren Vertreter Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft nehmen will (dann wird die juristische Person u.U. aber zum faktischen Organ¹⁷); sonst hat sich der Informationsanspruch der juristischen Person aus Gleichbehandlungsgründen auf diejenigen Auskünfte zu beschränken, welche jedem Aktionär zustehen. Andererseits muss es Geheimnisse geben, welche im Interesse der Gesellschaft oder Dritter¹⁸ in jedem Fall gewahrt bleiben müssen.¹⁹ Im heutigen Recht wird in Teilen der Lehre ein weitgehendes Informationsrecht postuliert, welches zumeist damit begründet wird, dass der VR der juristischen Person seinerseits einer Geheimhaltungspflicht untersteht,²⁰ was aber zu kurz greift, da es ja auch um das Verwenden der Information geht²¹. U.E. muss die Informationsdurchlässigkeit – mit Ausnahme von Konzernverhältnissen ohne Minderheitsaktionäre – ihre Grenzen haben²², ausser die juristische Person verpflichte sich vertraglich zur Geheimhaltung und zu einem Verwendungsverbot²³. Keine sinnvolle Lösung scheint uns ein System, in welchem zwar die Weitergabe von Informationen erlaubt wird, der Vertreter einer juristischen Person aber selber nicht alle Informationen erhält, da eine umfassende Information unabdingbare Voraussetzung der Entscheidung und Willensbildung für die Wahrnehmung der Aufgaben und damit auch für die solidarische Haftung der VR-Mitglieder ist. Es gilt der Grundsatz «*Boards need the right information in the right format at the right time*»²⁴. Entsprechend muss jedes VR-Mitglied grundsätzlich ein Recht haben, über sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft informiert zu werden, wobei ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht.²⁵ Korrelat hierzu ist die sich aus der Sorgfalts- und Treuepflicht

ergebende Geheimhaltungs- und Schweigepflicht der VR-Mitglieder²⁶, welche wiederum dazu führt, dass auch Vertreter einer juristischen Person die im Rahmen des VR-Mandates erhaltenen Informationen – entgegen der Aussage in der Botschaft – nicht ohne weiteres weitergeben dürfen. Eine andere Lösung ist nur bei Ausdehnung dieser Pflichten auf die vertretene juristische Person sachgerecht.

3. Keine gesetzliche Regelung der Wählbarkeitsvoraussetzungen

Neben Art. 707 OR enthält das Schweizer Recht – seit mit der Revision des Rechts der GmbH auch das Wohnsitz- und Nationalitätserfordernis abgeschafft worden ist – lediglich *eine weitere gesetzliche Wählbarkeitsvoraussetzung*: Aus Art. 728 OR ergibt sich nämlich e contrario, dass die Revisoren einer geprüften Gesellschaft von einer Wahl in den VR ausgeschlossen sind. Damit sind weder Wählbarkeitsvoraussetzungen zur Sicherung der fachlichen Qualität noch Unvereinbarkeitsbestimmungen zur Vermeidung von potentiellen Interessenkonflikten gesetzlich vorgesehen und dies soll sich auch nicht ändern.²⁷ Allerdings haben Institute des Bank- und Finanzsektors das *Rundschreiben «Überwachung und interne Kontrolle» der Eidg. Bankenkommission*²⁸ zu beachten, welches insb. im Bereich der Unabhängigkeit weitere Wählbarkeitsvoraussetzungen enthält, wobei aber der Grundsatz «*comply or explain*» gilt. Weitere Empfehlungen sind im *Swiss Code of Best Practice* enthalten, so etwa eine ausgewogene Zusammensetzung des VR (Ziff. 12.2 SCBP).

Vermehrt finden sich heute jedoch zusätzliche *gesellschaftsinterne Wählbarkeitsvoraussetzungen*, indem etwa in den Statuten²⁹ oder im Organisationsreglement Unabhängigkeitskriterien und fachliche Anforderungen an künftige VR-Mitglieder statuiert werden; weiter finden sich auch Alters- oder Amtsdauerbeschränkungen, welche einer Wiederwahl Schranken setzen. Setzt sich die Generalversammlung über solche (statutarische) Schranken hinweg, ist die entsprechende Wahl u.U. anfechtbar – sind die Grenzen jedoch nur im Organisationsreglement vorgesehen, ist lediglich die Kompetenz des VR eingeschränkt, den Betreffenden der GV zur (Wieder-)Wahl vorzuschlagen (Art. 700 Abs. 2 OR).

¹⁷ S. hierzu auch FN 6.

¹⁸ Sind Informationen aufgrund von Drittinteressen nicht preiszugeben, so wird auch von sog. absoluten Geschäftsgeheimnissen gesprochen (GEORG KRNETA, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2. Aufl., Bern 2005, N 1906).

¹⁹ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 28 N 52. Zu solchen Geheimnissen müssen wohl gesellschaftliche Opportunitäten (sog. «Corporate opportunities») gezählt werden, d.h. Geschäftsmöglichkeiten, die deshalb nicht weitergegeben werden können, weil die Gefahr besteht, dass sie vom Empfänger für sich wahrgenommen werden.

²⁰ KRNETA (FN 18), N 148 m.w.H.

²¹ Vgl. auch oben Kapitel II.2.2.

²² Ähnlich SIMON KÄCH, *Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich/Bamberg 2002, 123 ff.; MISCHA KISSLING, *Der Mehrfachverwaltungsrat*, Diss. Zürich 2006 (= SSHW 250), N 210.

²³ U.E. ist dies dann möglich, wenn ein VR-Mitglied anlässlich der GV als Vertreter einer juristischen Person gewählt wird.

²⁴ RAM CHARAN, *Boards that Deliver – Advancing Corporate Governance from Compliance to Competitive Advantage*, San Francisco 2005, 47.

²⁵ JEAN NICOLAS DRUEY, *Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes*, SZW 2/1993, 51; THOMAS CHRISTIAN BÄCHTOLD, *Die Information des Verwaltungsrates*, Diss. Bern 1997 (= ASR 601), 79 f.

²⁶ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (FN 14), Art. 717 N 20 f.

²⁷ Dies ist insofern als sinnvoll zu erachten, als das Anforderungsprofil von den konkreten Verhältnissen abhängig ist und eine übermässige gesetzliche Fixierung eine substantielle Zahl von Unternehmen daran hindern würde, die für sie optimale Lösung zu finden.

²⁸ Verfügbar unter http://www.ebk.ch/d/regulier/rundsch/2006/rs_0606_d.pdf.

²⁹ Ausführlich zur Bindungswirkung solcher Bestimmungen s. ROTH PELLANDA (FN 2), N 168 ff.

III. Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates

Problematisch ist u.E. die geplante Ersetzung der heute geltenden dispositiven dreijährigen Amtsperiode durch eine *zwingende jährliche Wiederwahl* der VR-Mitglieder (Art. 710 Abs. 1 E-OR). Der Bundesrat vertritt die Ansicht, dass mit dieser Änderung ein wichtiger Beitrag zur Verbesserung der Corporate Governance geleistet werde und begründet die Neuregelung mit der besseren Kontrolle des VR durch die Aktionäre.³⁰

Eine kurze Amtsperiode kann dann von *Vorteil* sein, wenn aufgrund der konkreten Umstände damit zu rechnen ist, dass Bedürfnisse entstehen können, die ein rasches Handeln erfordern, so etwa bei fiduziarischen VR-Mandaten oder wenn eine gegebene Konstellation das Entstehen von Konfliktsituationen generell begünstigt. Müsste man hier mittels eines Abberufungsverfahrens vorgehen, könnte dies mit (evtl. hohen) Entschädigungsansprüchen der betroffenen VR-Mitglieder und allenfalls auch Reputationsverlusten verbunden sein. Unzweifelhaft führt eine kurze Amtsperiode auch dazu, dass die Hemmschwelle zur Abwahl «unfähiger» Verwaltungsräte geringer ist.

Diesen wenigen Vorteilen stehen u.E. aber eine *Reihe von gewichtigen Nachteilen*³¹ gegenüber, welche gegen die zwingende Einführung der jährlichen (Wieder-)Wahl sprechen: Nicht nur besteht die Gefahr einer Verstärkung der institutionellen Abhängigkeit des (nebenamtlichen) VR von der (hauptberuflichen) Geschäftsleitung (GL), die sich nicht einer jährlichen Wiederwahl stellen muss, sondern – und dies ist vor allem für die Aktionäre wesentlich – eine Reduktion der Amtsperiode kann auch dazu führen, dass sich die VR-Mitglieder bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht auf die langfristigen, sondern auf die kurzfristigen Ziele konzentrieren.³² Weiter scheint der Bundesrat von der Vorstellung geleitet zu sein, dass primär die Aktionäre über die Zusammensetzung des VR entscheiden – in der Praxis relevant ist jedoch nicht der Wahlakt an der GV, sondern der Vorschlag des VR an die GV, der zumindest bei Gesellschaften mit zahlreichen Aktionären kaum je missachtet wird. Dem VR nun jedes Jahr die Möglichkeit zu geben, ein Mitglied, das beispielsweise durch zu kritische Fragen die Harmonie im Gremium stört, «entfernen» zu können, hiesse, der Corporate Governance einen Bärendienst zu erweisen.

Weitere Gründe gegen die Einführung einer zwingenden jährlichen Wiederwahl sind die notwendige Einarbeitungszeit des neu in das Gremium gewählten Mitgliedes, welche eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit nach nur einem Jahr verunmöglicht. Mit einer kurzen Amtsperiode wird zudem die Institutionalisierung eines Nachfolgesystems erschwert und die Kontinuität, Stabilität und das Know-how des Gremiums auf Spiel gesetzt, was wiederum negative Auswirkungen auf dessen Effektivität und Effizienz haben kann. Ebenso wird ein sog. «staggered board» verunmöglicht, welches nicht nur in Ziff. 13 SCBP empfohlen wird, sondern in Verbindung mit Stimmrechtsbeschränkungen und qualifizierten Quoren eine durchaus taugliche und berechtigte Abwehrmassnahme gegen unfreundliche Übernahmen sein kann.³³ Schliesslich besteht die Gefahr, dass VR-Mitglieder in Krisenzeiten die Gesellschaft als «sinkendes Schiff» verlassen, indem sie sich nach Ablauf der einjährigen Amtszeit einfach nicht mehr zur Wiederwahl stellen lassen; würde die Amtsperiode länger dauern, so wäre u.U. ein Rücktritt zur Unzeit anzunehmen.

Diese zahlreichen Nachteile sprechen u.E. gegen die zwingende jährliche (Wieder-)Wahl und grundsätzlich für die Beibehaltung der heutigen Lösung, wobei ein gesetzlicher Zwang zu einer Amtsperiode von drei Jahren durchaus erwägenswert ist.

Zu begrüssen ist die Implementierung einer *Pflicht zur Einzelwahl der VR-Mitglieder*, wobei zu fragen ist, ob dann nicht konsequenterweise auch die Möglichkeit einer Globalentlastung abgeschafft werden sollte (anders Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 E-OR).

IV. Genehmigungsvorbehalt zu Gunsten der Generalversammlung

Mit Art. 627 Ziff. 14 E-OR i.V.m. Art. 716b E-OR soll neu ein *Genehmigungsvorbehalt der GV für bestimmte Entscheide des VR* möglich werden, sofern eine entsprechende Klausel in die Statuten aufgenommen wird.³⁴ Die GV erhält damit die Kompetenz, gewisse Geschäfte an sich ziehen zu können, welche gemäss der gesetzlichen Grundordnung grundsätzlich im Kompetenzbereich des VR liegen.³⁵

³⁰ Botschaft (FN 1), 1612, 1685.

³¹ Vgl. auch PETER BÖCKLI, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, GesKR 1/2006, 23 f. sowie MICHEL JACCARD/THOMAS GOOSSENS, L'organisation, la transparence et la gestion des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration, in: Trigo Trindade et al. (Hrsg.), La révision du droit de la société anonyme, Lausanne 2008, 55 f.; ROTH PELLANDA (FN 2), N 398 ff.

³² Ebenso kritisch BÖCKLI (FN 3), 360 f.

³³ Ausführlich zu dieser Thematik LUCIAN ARYE BEBCHUK/JOHN C. COATES IV/GUHAN SUBRAMANIAN, The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence, and Policy, 54 Stanford Law Review 2002, 887 ff.

³⁴ S. zur Kompetenzordnung unter heutigem Recht DIETER DUBS, Die Abgrenzung der Beschlusskompetenz der Aktionäre von der Ausführung des Aktionärbeschlusses durch den Verwaltungsrat nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2008, 161 ff.

³⁵ Vgl. auch die Kommentierung zur ähnlichen Regelung für die GmbH in Art. 811 OR (WATTER/ROTH PELLANDA [FN 14], Art. 811 N 5 ff.).

Diese Kompetenzerweiterung zu Gunsten der GV ist mit einigen Problemen verbunden: Namentlich stellt sich die Frage, ob den Aktionären lediglich die Kompetenz zur Gutheissung oder Verwerfung des Antrages durch den VR zukommt, oder ob auch eine *materielle Ausgestaltung des Beschlussinhaltes* und damit des zu genehmigenden Geschäftes durch die Aktionäre möglich sein soll. Nach der Botschaft soll Ersteres gelten, womit den Aktionären faktisch nur ein *Vetorecht* zukommt³⁶; entsprechend besitzen sie auch kein Antragsrecht in diesem Bereich. Denkbar ist u.E. zumindest, dass der VR unter Berücksichtigung allfälliger Aktionärsvoten seinen ursprünglichen Entscheid noch während der GV abändert und den Aktionären gleich zur Genehmigung unterbreitet.³⁷

In sachlicher Hinsicht wird die Genehmigungskompetenz insofern eingeschränkt, als die *Entscheidung des VR nach Art. 716a Absatz 1 Ziff. 3–7 E-OR* nicht der Genehmigung der GV unterstellt werden können. An dieser Ausklammerung bleibt unklar, wieso der Gesetzesvorschlag Ziff. 1 und 2 der Bestimmung nicht erfasst, weshalb ein statutarischer Genehmigungsvorbehalt für die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen sowie die Festlegung der Organisation zulässig wäre, was wiederum die Frage aufwirft, was alles unter den Begriff «Oberleitung» zu subsumieren ist, denn dieser Begriff umfasst nach Teilen der heutigen Lehre und der Botschaft zur letzten Revision des Aktienrechts³⁸ die Hauptaufgaben des VR und die Ziff. 2–7 des Art. 716a OR stellen lediglich eine Konkretisierung derselben dar. Fraglich ist überdies, wie weit die Genehmigungskompetenz im Bereich der Festlegung der Organisation geht. Klar dürfte sein (und in diese Richtung tendiert auch der neue Art. 627 Ziff. 20 E-OR, welcher vorsieht, dass eine *Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften im Bereich der Beschlussfassung des VR* zu ihrer Verbindlichkeit in die Statuten aufzunehmen ist), dass sich die Aktionäre inskünftig bei Aufnahme einer entsprechenden Statutenbestimmung die Kompetenz zur *Genehmigung des Organisationsreglements* vorbehalten können.

Problematisch ist sodann, dass die Aktionäre zur Fällung eines fundierten Beschlusses die hierfür notwendigen Informationen benötigen; Art. 716b Abs. 2 E-OR sieht vor, dass der VR die *Aktionäre ausreichend zu informieren* hat. Da die Aktionäre keiner Treuepflicht unterstehen und entsprechend nicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet sind, können sie die erhaltene Information aber für eigene oder Drittzwecke

verwenden, was gegen die Interessen der Gesellschaft verstossen kann.³⁹ Dies haben die Aktionäre bei der Formulierung des Statutentextes in Rechnung zu stellen.

In der Botschaft wird festgehalten, dass einer Genehmigung durch die GV lediglich gesellschaftsinterne Wirkung zukommt.⁴⁰ Entsprechend ist davon auszugehen, dass ein statutarischer Genehmigungsvorbehalt *keine Auswirkung auf die Vertretungsmacht* des VR hat; einem gutgläubigen Dritten kann damit eine fehlende Zustimmung der GV nicht entgegen gehalten werden. Konkret heisst dies, dass einem Dritten die Unkenntnis, dass der VR zum Vertragsabschluss über ein Geschäft, welches den Aktionären vorzulegen ist, ohne Zustimmung der GV gar nicht kompetent ist, nicht vorgeworfen werden kann. Unkenntnis der Statuten kann dem Dritten nicht schaden und eine Pflicht, die Statuten zu konsultieren, kann nur bei ganz konkreten Verdachtsmomenten angenommen werden.⁴¹

Gemäss Art. 716b Abs. 3 E-OR hat eine Genehmigung durch die GV grundsätzlich keinen Einfluss auf die *Haftung des VR*; dies ist u.E. insofern sachgerecht, als nicht zustimmende Aktionäre und Gläubiger weiterhin eine Verantwortlichkeitsklage anheben können. Umgekehrt kann man einem VR, dessen Geschäft die GV abgelehnt hat, natürlich keinen Vorwurf mehr machen, er hätte handeln müssen (wobei sich in krassen Fällen aber fragt, ob ein solcher VR nicht zurücktreten müsste). Aktionären, welche «en connaissance de cause» dem Genehmigungsbeschluss zugestimmt haben, steht aber der Weg der Verantwortlichkeitsklage nicht mehr offen.⁴² Damit kommt dem GV-Beschluss ähnliche Wirkung wie einer Déchargeerteilung zu. Unklar bleibt im Moment, ob sich Aktionäre selbst aufgrund einer faktischen Organschaft haftbar machen können, wenn die Genehmigung einen Geschäftsführungsakt betrifft – u.E. ist das grundsätzlich möglich, auch wenn eine Klage (mit Ausnahme der Situation, in welcher es einen beherrschenden Grossaktionär gibt) in der Praxis aus prozessualer Sicht angesichts der fehlenden Protokollierungspflicht und damit der fehlenden Kenntnis des Abstimmungsverhaltens der Aktionäre eher schwierig durchsetzbar sein wird⁴³.

Angesichts der Tatsache, dass ein statutarischer Genehmigungsvorbehalt zu einer *wesentlichen Verzögerung*

³⁶ Botschaft (FN 1), 1686.

³⁷ Ebenso DIETER DUBS, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre, SZW 2/2008, 163.

³⁸ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, 177 (zitiert nach Sonderdruck); PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N 308.

³⁹ Damit liegt eine andere Situation vor als bei der GmbH, bei welcher die Anteilseigner von Gesetzes wegen der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft unterstehen (Art. 803 OR).

⁴⁰ Botschaft (FN 1), 1687.

⁴¹ Vgl. die Kommentierung zur ähnlichen Regelung bei der GmbH in Art. 811 OR (WATTER/ROTH PELLANDA [FN 14], Art. 811 N 10, 13).

⁴² In der Praxis dürfte es aber – mangels einer Protokollierungspflicht der Stimmverhältnisse – kaum möglich sein, einem Aktionär die Zustimmung zur Genehmigung nachweisen zu können.

⁴³ S. auch ROTH PELLANDA (FN 2), N 517.

zung der Aufgabenwahrnehmung durch den VR führen kann⁴⁴, ist dieses Instrument u.E. nur im Bereich wichtiger Grundsatzentscheide anzuwenden und insb. nicht auf Entscheide der täglichen Geschäftsführung auszuweiten.

V. Festlegung der inneren Organisation

Zu den geplanten Änderungen gehört auch eine *Neustrukturierung und materielle Ergänzung der Bestimmung über das Organisationsreglement* (Art. 716c E-OR); inskünftig sollen namentlich die innere Organisation und gegebenenfalls die Ausschüsse des VR sowie die Modalitäten der Berichterstattung und die wichtigen Geschäfte, die der Genehmigung durch den VR bedürfen, reglementarisch festgelegt werden.

Auch wenn diese Neuregelung grundsätzlich zu begrüßen ist, so stellt sich doch die Frage, ob der in Art. 716c Abs. 2 Ziff. 1 E-OR verwendete *Begriff der «inneren Organisation»* die früher im sog. Geschäftsreglement und heute in den meisten Organisationsreglementen enthaltenen eher verhaltenssteuernden Bestimmungen (z.B. Häufigkeit der VR-Sitzungen, Präsenz- und Beschlussquoten, etc.) ebenfalls umfasst oder sich tatsächlich – wie es durch die Marginale («Übertragung der Geschäftsführung») und die systematische Stellung der Bestimmung nahe gelegt wird – *nur auf die Abgrenzung der Kompetenzen im Rahmen der Geschäftsführung bezieht*. Unseres Erachtens sollte der VR dazu verpflichtet werden, seine innere Organisation unabhängig von einer allfälligen Delegation der Geschäftsführung schriftlich⁴⁵ festzulegen. Entsprechend würde sich der Informationsanspruch von Aktionären und Gläubigern nicht nur auf die Organisation der Geschäftsführung, sondern auf die Organisation des VR als Ganzes beziehen.

VI. Umgang mit Interessenkonflikten

1. Vorbemerkung

Das Schweizer Aktienrecht kannte vor 2007 *nur wenige Bestimmungen*⁴⁶, welche Interessenkonflikte⁴⁷ im VR thematisieren.⁴⁸ Bislang wurde in Konfliktsituationen von der Lehre die in Art. 717 OR verankerte Sorgfalts- und Treuepflicht sowie u.U. auch die arbeitsvertragliche Treuepflicht (Art. 321a OR) herbeigezogen, welche die VR-Mitglieder zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen verpflichten.⁴⁹ Mit der Revision des Rechts der GmbH wurde *Art. 718b OR* in Kraft gesetzt, nach welchem bei gewissen Konfliktsituationen die Schriftlichkeit zur Rechtsgültigkeit eines Geschäftes verlangt wird.⁵⁰ Darüber hinausgehend sollen nun mit Art. 717a E-OR weitere Pflichten bei Interessenkonflikten im VR und in der obersten GL normiert werden. In der Sache wird Ziff. 16 SCBP umgesetzt, womit es – wie nachfolgend dargelegt wird – nicht um die Implementierung materieller Regeln, sondern eher um die Festlegung eines *modus operandi* geht.

2. Informationspflicht und zu ergreifende Massnahmen

Befindet sich ein VR-Mitglied in einem Interessenkonflikt, so hat das betroffene Mitglied *unverzüglich und vollständig den Präsidenten*, oder sofern sich dieser selbst in einem Konflikt befindet, den stellvertretenden Präsidenten des VR über die Situation *zu informieren*. Weder der Gesetzesentwurf noch die Botschaft definieren den Begriff des Interessenkonfliktes; folglich ist unklar, ob ein potentieller Interessenkonflikt genügt oder erst ein sich manifestierter Interessenkonflikt die Offenlegungspflicht auszulösen vermag. Grundsätz-

⁴⁶ S. Art. 663^{bis}, Art. 663c Abs. 3 und Art. 727c Abs. 1 OR.

⁴⁷ Ausführlich zum Begriff «Interessenkonflikt» DANIEL DAENIKER, Die zwei Hüte des Verwaltungsrates: Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich 2005, 115 ff.; vgl. auch ROTH PELLANDA (FN 2), N 287 ff.

⁴⁸ In der Spezialgesetzgebung finden sich zudem ausdrückliche Bestimmungen zur Frage der Unabhängigkeit der VR-Mitglieder: So verlangt Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG i.V.m Art. 8 Abs. 2 BankV für Institute der Bank- und Finanzbranche ausdrücklich die personelle Trennung zwischen VR und GL. Eine ähnliche Regelung enthält zudem Art. 13 Abs. 1 AVO, welcher bei privaten Versicherungsunternehmen grundsätzlich eine Personalunion zwischen dem VR-Präsidenten und dem Vorsitzenden der GL verbietet. Weitere Bestimmungen zur Unabhängigkeit des VR enthält das Rundschreiben «Überwachung und interne Kontrolle» der Eidg. Bankenkommission, welches unter http://www.ebk.ch/d/regulier/rundsch/2006/rs_0606_d.pdf verfügbar ist.

⁴⁹ Vgl. etwa MICHAEL LAZOPOULOS, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2/2006, 143; INES PÖSCHEL/ROLF WATTER, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 11/2006, 817.

⁵⁰ Ausführlich hierzu WATTER/ROTH PELLANDA (FN 14), Art. 718b N 2 ff.

⁴⁴ Nicht nur vergeht einige Zeit bis letztlich eine ausserordentliche GV einberufen ist, sondern es ist überdies zu beachten, dass Beschlüsse der GV grundsätzlich während zweier Monate nach Art. 706 OR anfechtbar und somit bis zum Ablauf dieser Frist in der Schwebe sind (ebenso BÖCKLI [FN 3], 360).

⁴⁵ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht kürzlich festgehalten hat, dass eine wirksame Delegation der Geschäftsführung neben der statutarischen Ermächtigung auch ein formelles Organisationsreglement bzw. zumindest einen protokollierten Mehrheitsbeschluss des VR verlangt, der die materiellen Voraussetzungen von Art. 716b OR erfüllt (BGer 4A.501/2007 und 4A.502/2007 vom 22.2.2008; a.M. noch URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, 62 ff.; KRNETA [FN 18], N 2097).

lich besteht u.E. bereits bei Vorliegen einer blossen Interessenberührung eine Meldepflicht an den Präsidenten bzw. dessen Stellvertreter, während eine Information des Gremiums und das Ergreifen von Massnahmen erst dann erforderlich sind, wenn sich der Interessenkonflikt insofern manifestiert hat, als zwischen zwei Interessen, die ein VR- oder GL-Mitglied wahrnehmen möchte, ein unauflösbarer Widerspruch besteht (sog. doppelter Pflichtenexus), wobei diese Differenzierung im Einzelfall schwierig sein kann.

Ebenso wenig äussert sich der Entwurf zu den *möglichen Massnahmen*, mit welchen ein Interessenkonflikt überwunden werden kann. In der Botschaft wird der *Ausstand* des betroffenen VR- oder GL-Mitgliedes bei der Beschlussfassung und in gravierenden Fällen auch bei der Diskussion genannt.⁵¹ Demgegenüber steht u.E. die richtige Strukturierung des VR im Vordergrund, indem die verschiedenen vom VR wahrzunehmenden Aufgaben so verteilt werden, dass Interessenkonflikte vermieden werden können. Ein Mittel hierzu stellt etwa die Bildung und entsprechende Besetzung von Ausschüssen dar. Der in der Botschaft propagierte Ausstand des betroffenen VR-Mitgliedes (ebenso Ziff. 16 SCBP) ist überdies nicht immer zur Überwindung eines Interessenkonfliktes geeignet. Nicht nur ist eine solche Ausstandspflicht grundsätzlich unvereinbar mit der Funktion des VR als Organ kollektiver Entscheidung und solidarischer Verantwortung, sondern es kann zudem sein, dass der betroffene VR als einziges Mitglied des Gremiums über entscheidungsrelevante Informationen verfügt und damit u.U. gegen seine Sorgfaltpflicht von Art. 717 OR verstösst, wenn er bei Beratung (und Beschlussfassung) in den Ausstand treten würde.⁵² Auch kann es im Einzelfall stossend sein, wenn sich ein VR-Mitglied mittels eines Ausstandes um seine Verantwortung drücken und nicht mehr (Haupt-)Zielscheibe einer Verantwortlichkeitsklage sein kann. Als andere denkbare Massnahmen kommen u.E. die Anwendung eines objektiven Beurteilungsmassstabes, das Einholen einer Fairness Opinion, eine doppelte Beschlussfassung sowie die Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ in Frage.⁵³

Ein Verstoß gegen Art. 717a E-OR kann die *Verantwortlichkeit* des betroffenen VR-Mitgliedes nach sich ziehen, wobei dies auch für die anderen VR-Mitglieder oder das Gesamtgremium gilt, sofern dieses in Kennt-

nis der Konfliktsituation untätig geblieben ist.^{54,55} Die *Ungültigkeit eines* unter einem Interessenkonflikt abgeschlossenen *Rechtsgeschäftes* kommt nur dann in Betracht, wenn der Geschäftspartner jede Vorsicht ausser Acht lässt.⁵⁶ Bei einer konkurrenzierenden Tätigkeit eines VR-Mitgliedes kann die *Gesellschaft das betroffene Geschäft* unter Umständen gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR respektive in Analogie zu Art. 464 Abs. 2 OR *an sich ziehen und sich etwaige Vorteile aneignen*.⁵⁷

3. Sonderfall: «Interlocking directors»

Ist ein VR-Mitglied einer Gesellschaft gleichzeitig in der GL einer anderen Gesellschaft tätig, in deren VR ein GL-Mitglied der erstgenannten Gesellschaft bestellt ist, so liegt eine *Überkreuzverflechtung* vor.⁵⁸ Eine ähnliche Situation besteht, wenn bestimmte Personen kreuzweise gleichzeitig dem VR (oder der GL) mehrerer Unternehmen angehören.

Ein besonderer Fall stellt die *gegenseitige Einflussnahme bei der Festsetzung von Vergütungen* in solchen Konstellationen dar. Nach Art. 717b Abs. 1 E-OR muss bei börsenkotierten Gesellschaften eine solche Einflussnahme ausgeschlossen werden. Nach der Botschaft ist dabei die Art der Einflussnahme auf die Vergütung unbeachtlich.⁵⁹ Als mögliche Massnahme steht u.E. die *Bildung eines Vergütungsausschusses* im Vordergrund, in welchem das betroffene VR-Mitglied keinen Einsitz nehmen darf. Offen bleibt aber die Frage, ob sowohl die Entscheidungskompetenz bezüglich der Art und Höhe der einzelnen Vergütungen als auch die Ausgestaltung des Vergütungssystems überhaupt an einen Ausschuss delegiert werden kann, was ja notwendig wäre, wollte man den Einfluss vollkommen ausschliessen. Gegen die Delegationsmöglichkeit auch im Bereich des Vergütungssystems spricht, dass je nach dessen Ausgestaltung die Vergütungsempfänger andere strategische Ziele verfolgen werden, um eine maximale Entschädigung zu erhalten, womit diese Aufgabe eher unter Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR zu subsumieren und damit durch das Gesamtgremium wahrzunehmen ist.⁶⁰

⁵¹ Botschaft (FN 1), 1688.

⁵² Ausführlich ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, Die «richtige» Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Weber (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, Zürich 2005, 74 ff.; vgl. hierzu auch Bär & Karrer, *Vernehmlassung zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht* vom 31. Mai 2006, N 114 (verfügbar unter http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision/vernehmlassung.Par.0005.File.tmp/Weitere_05.pdf).

⁵³ Ausführlich ROTH PELLANDA (FN 2), N 342 ff.

⁵⁴ In der Praxis dürfte insb. die Kausalität zwischen Schädigung und Pflichtwidrigkeit zumeist nur schwer nachweisbar sein (vgl. MICHEL JACCARD/EROL BARUH, *L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA*, SZW 2/2008, 142).

⁵⁵ Botschaft (FN 1), 1688.

⁵⁶ Vgl. BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 18; weitergehend BÄRTSCHI, der sogar positive Kenntnis verlangt (HARALD BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Diss. Zürich 2001 [= SSHW 210], 261).

⁵⁷ Ebenso BÖCKLI (FN 38), § 13 N 600.

⁵⁸ Nach Ziff. 22.2 SCBP ist bei einer kreuzweisen Einsitznahme in Ausschüssen von VR die Unabhängigkeit im Einzelfall sorgfältig zu prüfen.

⁵⁹ Botschaft (FN 1), 1688.

⁶⁰ WATTER/ROTH PELLANDA (FN 14), Art. 716a N 47.

Gemäss Art. 717b Abs. 2 E-OR zieht eine Nichtbeachtung dieser Vorschrift die *Nichtigkeit solcher Beschlüsse* nach sich. Folge ist, dass entsprechende Vergütungen wegen *ungerechtfertigter Bereicherung* und bei Vorliegen eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nach Art. 678 OR zurückgefordert werden können.⁶¹

⁶¹ Botschaft (FN 1), 1689.