

# Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerntochtergesellschaft

Peter Forstmoser\*

## Inhalt

I.	Einleitung.....	6
II.	Das externe Verwaltungsratsmitglied – eine Figur mit vielen Facetten .....	8
	1. Das Gemeinsame: Position ausserhalb des Konzerns.....	8
	2. Vielfalt der Erscheinungsformen.....	10
	3. Das externe, aber nicht notwendig unabhängige Verwaltungsratsmitglied.....	10
	4. Das externe <i>und</i> unabhängige Verwaltungsratsmitglied.....	11
	5. Der Vertreter oder „Schutzpatron“ einer Minderheit.....	14
	6. Nachruf auf den „Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz“.....	17
III.	Haftungsrisiken des externen Verwaltungsratsmitglieds.....	18
	1. Anwendbarkeit des allgemeinen Verantwortlichkeitsrechts.....	18
	2. Das Konzernparadox als Stolperstein.....	21
	3. Der entscheidende Unterschied: Beherrschung der Tochtergesellschaft durch den Konzern zu 100% oder nur durch eine Mehrheitsbeteiligung .....	26
IV.	Vorkehren zur Minimierung des Haftungsrisikos.....	28
	1. Ehrliche Deklaration als Tochtergesellschaft.....	29
	2. Klärung der Position des externen Verwaltungsratsmitglieds .....	30
	3. Das „Spiel der AG“ spielen .....	32
	4. Die nötige Liquidität sicherstellen.....	33
	5. Die Interessen allfälliger Minderheitsaktionäre beachten.....	34
	6. Delegation des Delegierbaren.....	34
	7. Angemessene Informationsrechte sicherstellen.....	35
	8. Rechnungslegung nach anerkanntem Standard und sachkundige (ordentliche) Revision.....	35
	9. Recht auf Beizug von Fachleuten .....	36
	10. Besonderes Augenmerk auf öffentlich-rechtliche Abgaben und Beiträge.....	37
	11. Versicherungsschutz.....	39
	12. Der Rücktritt als <i>ultima ratio</i> .....	39

---

\* Herrn lic. iur. Marcel Kuchler, Rechtsanwalt, danke ich für tatkräftige Unterstützung bei den Recherchen und der Umsetzung der Rede in eine Schreibe.

V. Künftiges Recht und rechtspolitische Anliegen.....	39
1. Künftiges (und vor Kurzem revidiertes) Recht.....	40
2. Ein Desideratum für die Aktienrechtsreform.....	42

## I. Einleitung

Mit der Stellung externer Mitglieder des Verwaltungsrates einer Konzern-tochtergesellschaft hat sich der Verfasser vor knapp zehn Jahren schon einmal befasst.<sup>1</sup> Damals hielt er – im Anschluss an allgemeine Ausführungen zu den Verwaltungsratsmitgliedern einer Tochtergesellschaft – kurz und bündig fest:

„In einer komfortableren Position befindet sich das *konzernfreie Verwaltungsratsmitglied* einer Konzerntochtergesellschaft, da ihm die Gewissensbisse des Konzernvertreters erspart bleiben. Angemerkt sei nur, dass auch der konzernfreie Minderheitsvertreter sich an den Gesamtinteressen zu orientieren hat, da für *reine Interessenvertreter* im Verwaltungsrat einer AG kein Platz ist.“<sup>2</sup>

Das war's! Nach den wenigen Hinweisen, die sich ansonsten noch in der Literatur<sup>3</sup> finden, ist das externe Verwaltungsratsmitglied

<sup>1</sup> FORSTMOSER PETER, Haftung im Konzern, in: BAER (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 59, Bern 2000, 89 ff.

<sup>2</sup> A.a.O., 113 f.

<sup>3</sup> Das externe oder – wie es damals bezeichnet wurde – „konzernfreie“ Verwaltungsratsmitglied findet Erwähnung in verschiedenen Monographien zum Verwaltungsrat und zum Konzernrecht. Vgl. (in chronologischer Reihenfolge) ALBERS-SCHÖNBERG MAX, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980 (= SSW 44), 83 f.; VON PLANTA FLURIN, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988, 105 ff. und KAMMERER ADRIAN W., Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1997 (= SSW 180), 251 f.

- regelmässig vom Konzern im Eigeninteresse bestellt;<sup>4</sup>
- gelegentlich ein von der Obergesellschaft „aus psychologischen Überlegungen“ freiwillig gestellter Minderheitsvertreter;<sup>5</sup>
- in seltenen Fällen ein gewählter Vertreter der Minderheitsaktionäre;<sup>6</sup>
- in der Regel eine unabhängige Persönlichkeit<sup>7</sup> und ist es
- „faktisch einem schwächeren Interessenkonflikt ausgesetzt“ als andere Mitglieder<sup>8</sup> und deshalb – wie schon erwähnt – in einer komfortableren Lage<sup>9</sup>.

Damit scheint das Thema erschöpft. Mehr als zwei Seiten werden ihm – sieht man von allgemeinen Ausführungen zum fiduziarisch tätigen Verwaltungsratsmitglied ab<sup>10</sup> – in der Literatur nicht gewidmet.

Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Vernachlässigung der Thematik des externen Verwaltungsratsmitglieds jedoch als Irrtum: Der Begriff deckt nämlich ganz unterschiedliche Positionen mit unterschiedlichen Aufgaben, aber auch unterschiedlichen Haftungsrisiken ab.

<sup>4</sup> VON PLANTA (FN 3), 106 f.

<sup>5</sup> VON PLANTA (FN 3), 105 f.

<sup>6</sup> VON PLANTA (FN 3), 105; KAMMERER (FN 3), 251.

<sup>7</sup> VON PLANTA (FN 3), 106, wobei maliziös angefügt wird, „dass die ‘unabhängige Persönlichkeit’ häufig so unabhängig nicht ist“ (107); vgl. auch KAMMERER (FN 3), 251 f.

<sup>8</sup> ALBERS-SCHÖNBERG (FN 3), 84.

<sup>9</sup> FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 113 f.

<sup>10</sup> Das externe Mitglied kann, muss aber nicht fiduziarisch tätig sein, der fiduziarisch Tätige kann, muss aber nicht extern sein. Zum fiduziarischen Verwaltungsratsmitglied vgl. VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005, 169 ff.; DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 376 ff. (Kommentierung von BGE 112 V 1); FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 697 f.; FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 175 ff.; LAZOPOULOS MICHAEL, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004 (= SSW 237), 9 ff.; LIPS-RAUBER CHRISTINA, Die Rechtsbeziehung

Dem soll im Folgenden (Ziff. II. und III.) nachgegangen werden. Anschliessend wird eine Reihe von Ratschlägen zur Minderung der Haftungsrisiken vorgestellt (Ziff. IV.). Mit einem kurzen Blick in die Zukunft werden die Ausführungen abgeschlossen (Ziff. V.).

## II. Das externe Verwaltungsratsmitglied – eine Figur mit vielen Facetten

Externe – oder eben „konzernfreie“ – Verwaltungsratsmitglieder kommen in vielerlei Formen vor. Entsprechend unterschiedlich sind ihre spezifischen Aufgaben und die Erwartungen, die an sie gestellt werden.

### 1. Das Gemeinsame: Position ausserhalb des Konzerns

a) Einigkeit besteht darüber – dies ergibt sich schon aus der Definition –, dass das externe Verwaltungsratsmitglied *nicht in die Konzernorganisation eingebettet* sein soll. Was aber heisst das?

b) Je nach Fragestellung und Aufgabe wird die Antwort verschieden lauten.<sup>11</sup> Als gemeinsamer Nenner steht aber jedenfalls fest, dass ein externes Verwaltungsratsmitglied *keine Exekutivaufgaben in der Obergesellschaft oder einer Schwestergesellschaft ausüben* soll.<sup>12</sup>

---

zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Zürich 2005 (= SSHW 241), 10 ff.

<sup>11</sup> An den Minderheitsvertreter sind andere Anforderungen zu stellen als an den Hüter einer *good governance* aus aufsichtsrechtlicher Sicht, an diesen wiederum andere als an den von der Konzernmuttergesellschaft wegen seines besonderen Knowhows Entsandten.

<sup>12</sup> Entsprechend den Postulaten von *Best-Practice-Codices* und aufsichtsrechtlichen Anforderungen wird man nach dem Rücktritt aus einer Exekutivfunktion auch eine gewisse *Cooling-Off-Periode* verlangen müssen. Zu lange sollte diese freilich nicht sein, denn die aktuellen Kenntnisse und Erfahrungen aus einer Exekutivaufgabe können für die Überwachungs- und Beratungsfunktion eines Verwaltungsratsmitglieds besonders nützlich sein. Auch hier zeigt sich der in den letzten Jahren viel zu wenig beachtete Umstand, dass das „Zelebrieren“ einer (formellen) Unabhängigkeit oft auf Kosten von Fachkunde und Effizienz geht.

c) Wie steht es mit Personen, die im Konzern etwa in einem Stab oder einem Corporate Center *nicht-exekutive Funktionen* wahrnehmen?

KARL HOFSTETTER ist gewillt, solche nicht exekutiv tätigen Personen „aus *Corporate-Governance-Perspektive*“ externen Persönlichkeiten gleichzusetzen.<sup>13</sup> Dazu ist ein Fragezeichen angebracht: Externe Verwaltungsratsmitglieder sollen – welche Aufgaben ihnen im Einzelnen auch immer zugedacht sind – die *outside view* in den Verwaltungsrat einbringen. Falls dem externen Mitglied spezifische Überwachungsfunktionen zukommen, ist die Besetzung mit einem Stabsorgan der Muttergesellschaft ohnehin problematisch.

Das externe Verwaltungsratsmitglied sollte deshalb dadurch gekennzeichnet sein, dass es *in keiner arbeitsvertraglichen Beziehung* zu anderen Konzerngesellschaften, insbesondere nicht zur Konzernobergesellschaft steht. Dies dürfte auch der *best practice* entsprechen.

d) Hingegen ist im Grundsatz nichts einzuwenden gegen die Kombination mit einer nebenamtlichen *nicht-exekutiven Organfunktion* in einer anderen Konzerngesellschaft, insbesondere der Muttergesellschaft. So kann es Sinn machen, dass jemand externes Verwaltungsratsmitglied sowohl bei der Muttergesellschaft als auch bei einzelnen Tochtergesellschaften ist.

Freilich ist hier ein Vorbehalt anzubringen: Zum Pflichtenheft des externen Mitglieds eines Tochterverwaltungsrats gehört oft, dass es eine (*Rest-*)*Unabhängigkeit* gegenüber der Mutter sicherstellt,<sup>14</sup> im Interesse allfälliger Minderheitsaktionäre oder im Dienste einer *good governance*. In solchen Fällen ist auch die Kombination mehrerer nicht-exekutiver Organfunktionen im gleichen Konzern nicht angebracht.

---

<sup>13</sup> HOFSTETTER KARL, *Corporate Governance im Konzern*, in: VON DER CRONE et al. (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 301 ff., 323 f. (FN 89): „Als nicht-exekutiv können dagegen Angehörige des Mutterhauses ohne operative Funktionen gegenüber der Tochter angesehen werden, beispielsweise ... Stabsverantwortliche der Mutter“.

<sup>14</sup> Zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. ROTH PELLANDA KATJA, *Organisation des Verwaltungsrates*, Zürich 2007 (= SSHW 268), N 283 ff.

## 2. Vielfalt der Erscheinungsformen

Gemeinsam ist den externen Verwaltungsratsmitgliedern also das *Fehlen einer Exekutivfunktion im Konzern*. Im Übrigen können Stellung und Aufgaben – wie gesagt – sehr unterschiedlich sein:

- Das externe Verwaltungsratsmitglied kann, muss aber keineswegs unabhängig – gemeint als Unabhängigkeit vom Konzern – sein.
- Motiv zur Bestellung externer Verwaltungsratsmitglieder kann ebenso der Schutz einer gewissen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft wie deren konsequente Einbindung in den Konzern sein, sodann auch der Schutz allfälliger Minderheitsaktionäre.
- Das Mandat kann mit Substanz gefüllt, es kann aber auch als bloss formale Funktion verstanden werden, wobei das aus formalen Gründen zugewählte Verwaltungsratsmitglied in der Schweiz ein Auslaufmodell sein dürfte<sup>15</sup>.

Im Folgenden werden einige typische Ausprägungen vorgestellt, wobei sich diese in der Praxis allerdings oft nicht klar auseinanderhalten lassen:

### 3. Das externe, aber nicht notwendig unabhängige Verwaltungsratsmitglied

- a) Es gibt viele Gründe, weshalb ein Konzern ohne rechtliche Verpflichtung und ohne Druck von aussen externe Persönlichkeiten in Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften delegiert:<sup>16</sup>
- Die externe Persönlichkeit kann Wissen und Erfahrung einbringen, sie kann dem übrigen Verwaltungsrat aber auch als *sounding board* zur Verfügung stehen.
  - Sie kann sich mit ihren Beziehungen nützlich machen.
  - Oder es kann erwartet werden, dass ihre Reputation auf die Tochtergesellschaft und damit auch auf den Konzern ausstrahlt.

<sup>15</sup> Nachfolgend Ziff. 6.

<sup>16</sup> HOFSTETTER, Corporate Governance (FN 13), 315; VON PLANTA (FN 3), 106 f.; ROTH PELLANDA (FN 14), N 317 f.

- b) Solche Verwaltungsratsmitglieder sind oft *nicht oder nur in engen Grenzen unabhängig*. Sie können durch Mandatsverträge der Obergesellschaft bzw. dem Gesamtkonzern verpflichtet sein, bis hin zur rein fiduziarischen Tätigkeit.<sup>17</sup>

### 4. Das externe und unabhängige Verwaltungsratsmitglied

Auch unabhängige externe Verwaltungsratsmitglieder können vom Konzern aus eigenem Antrieb bestellt werden. Häufiger allerdings dürften externe Auflagen und rechtliche Erwägungen den Ausschlag geben:

- a) Nach dem Rundschreiben der FINMA zur Überwachung und internen Kontrolle bei Banken<sup>18</sup> sollte der Verwaltungsrat einer Bank „mindestens zu einem Drittel aus Mitgliedern bestehen, welche die Unabhängigkeitskriterien ... erfüllen“<sup>19</sup>. Diese unabhängigen Verwaltungsratsmitglieder werden insbesondere im *audit committee* eingesetzt, wo sie die Mehrheit der Mitglieder bilden müssen.<sup>20</sup> Besteht kein *audit committee*, sollen unabhängige Mitglieder dessen Funktionen erfüllen.<sup>21</sup>

Auf Tochterbanken finden die Unabhängigkeitsvorschriften dieses Rundschreibens zwar keine direkte Anwendung, doch wird auch für sie die Einrichtung eines *audit committee* empfohlen, auf welches die einschlägigen Bestimmungen des Rundschreibens<sup>22</sup> sinngemäss Anwendung finden sollen.<sup>23</sup>

Die minimalen Unabhängigkeitsanforderungen – die man, wenn nicht als verbindlich, so doch als *best practice* betrachten kann – werden im Rundschreiben wie folgt umschrieben:<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Vgl. die Literatur zum fiduziarischen Verwaltungsratsmitglied, vorne, FN 10.

<sup>18</sup> FINMA-Rundschreiben 2008/24 vom 20. November 2008 „Überwachung und interne Kontrolle Banken“.

<sup>19</sup> A.a.O., N 19.

<sup>20</sup> A.a.O., N 38.

<sup>21</sup> A.a.O., N 30.

<sup>22</sup> A.a.O., N 41-53.

<sup>23</sup> A.a.O., N 6.

<sup>24</sup> A.a.O., N 20-24.

- keine andere Funktion beim Bankinstitut, aktuell und während der letzten zwei Jahre;
- keine Tätigkeit als für das Institut verantwortlicher leitender Prüfer während der letzten zwei Jahre;
- keine geschäftliche Beziehung zum Institut, die zu einem Interessenkonflikt führen könnte; und
- keine Stellung als qualifizierter Beteiligter im Sinne des BankG bzw. des BEHG und keine Vertretung eines solchen.

Dazu kommt bei Konzerntochtergesellschaften wohl noch das *Fehlen einer Exekutivtätigkeit im Konzern*.<sup>25</sup>

b) Die (teilweise) Bestellung des Verwaltungsrates einer Tochtergesellschaft mit unabhängigen Mitgliedern kann auch im Sinne einer *good governance* und in Beachtung des dazu entwickelten *soft law* geboten sein.

So schlägt der *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*<sup>26</sup> – als prominentes Beispiel für die unzähligen *Governance-Codices* nationaler und internationaler Organisationen – zur Zusammensetzung des Verwaltungsrates vor:

„Eine Mehrheit besteht in der Regel aus Mitgliedern, die im Unternehmen keine operativen Führungsaufgaben erfüllen (nicht exekutive Mitglieder).“<sup>27</sup>

Darüber hinausgehend wird für gewisse Ausschüsse generell *Unabhängigkeit* der Mitglieder oder einer Mehrheit derselben verlangt:

<sup>25</sup> Dies deshalb, weil auch Personen, die insbesondere bei der Konzernmuttergesellschaft die einheitliche Leitung durchsetzen oder überwachen, als exekutiv anzusehen sind (HOFSTETTER, *Corporate Governance* [FN 13], 324 [FN 89]). Vgl. auch vorne, Ziff. 1.

<sup>26</sup> Economiesuisse (Hrsg.), *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, überarbeitete Fassung von 2007 inkl. Anhang „Empfehlungen zu den Entschädigungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung“, Zürich 2007.

<sup>27</sup> A.a.O., Ziff. 2.2, N 12, drittes Lemma.

„Für bestimmte Ausschüsse wird empfohlen, dass die Mehrheit ihrer Mitglieder unabhängig sein soll.“<sup>28</sup>

Spezifischer sodann: Der *Prüfungsausschuss* „setzt sich aus nicht exekutiven, vorzugsweise unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrates zusammen.“<sup>29</sup> Und für den *Entschädigungsausschuss* wird verlangt, dass ihm „ausschliesslich unabhängige Mitglieder des Verwaltungsrats“ angehören dürfen.<sup>30</sup>

Bekanntlich ist der *Swiss Code* auf Publikumsgesellschaften ausgerichtet.<sup>31</sup> Sind die Aktien einer Tochtergesellschaft kotiert – was äusserst selten der Fall sein dürfte –, ist der *Swiss Code* direkt anwendbar, allenfalls mit gewissen Vereinfachungen.<sup>32</sup> In allen übrigen Fällen mag man sich an die Anregung halten, dass

„[a]uch *nicht kotierte* volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften oder Organisationen ... dem ‘Swiss Code’ zweckmässige Leitideen entnehmen“ können.<sup>33</sup>

Dazu ist nun aber ein *Vorbehalt* anzubringen: Die Tochtergesellschaft ist in den Konzern eingebettet, und es können Elemente der unabhängigen Kontrolle, die sich aus *Best-Practice*-Überlegungen empfehlen, auch auf der Ebene der *Muttergesellschaft* angesiedelt sein oder durch eine *andere Konzerngesellschaft* erfüllt werden. Wird ein Konzern nach *business lines* und nicht nach rechtlichen Strukturen geführt<sup>34</sup> (und dies dürfte heute die Regel

<sup>28</sup> A.a.O., Ziff. 2.2, N 22, erstes Lemma, mit Präzisierung des Begriffs „unabhängig“.

<sup>29</sup> A.a.O., Ziff. 2.2, N 23, erstes Lemma.

<sup>30</sup> A.a.O., Anhang 1, N 2. Früher wurde lediglich eine „mehrheitliche“ Zusammensetzung aus nicht exekutiven und unabhängigen Mitgliedern verlangt (Ziff. 2.2, N 25, erstes Lemma). Zur Begründung dieser Verschärfung vgl. die Erläuterungen zum Anhang 1 (zu N 2).

<sup>31</sup> A.a.O., Ziff. 2.1, N 3.

<sup>32</sup> HOFSTETTER, *Corporate Governance* (FN 13), 321.

<sup>33</sup> *Swiss Code* (FN 26), Ziff. 2.1, N 3.

<sup>34</sup> Nachfolgend Ziff. IV.7.

sein), dann kann sich dies aufdrängen.<sup>35</sup> Auch eine Personalunion auf Mutter- und Tochterstufe kann sinnvoll sein.

c) Mit der Bestellung externer unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder wird die (relative) *Eigenständigkeit der Tochtergesellschaft* hervorgehoben. Dies kann aus geschäftspolitischen Gründen Sinn machen, aber auch aus *rechtlichen Erwägungen*:

Je stärker nämlich eine Tochtergesellschaft in den Konzern integriert ist, je weniger sie sich als eigene Rechtsperson profiliert, desto grösser ist das Risiko, dass die Muttergesellschaft als *faktisches Organ* der Tochtergesellschaft betrachtet<sup>36</sup> und gestützt darauf oder auf andere Konstruktionen (Stichwort etwa: „Durchgriff“) ins Recht gefasst wird. Die (teilweise) Bestellung des Tochterverwaltungsrates mit aussenstehenden unabhängigen Persönlichkeiten kann hier Gegensteuer geben.

Für die Bestückung des Verwaltungsrats von Tochtergesellschaften mit unabhängigen Aussenstehenden sprechen sodann alle Gründe, die vorne in Ziff. II.3. für aussenstehende Verwaltungsratsmitglieder allgemein genannt worden sind: Einbringen von Knowhow, kritisches Hinterfragen der internen Entscheidungen, Reputationsgewinn.

## 5. Der Vertreter oder „Schutzpatron“ einer Minderheit

Eine besondere Position hat das externe Verwaltungsratsmitglied, wenn an einer Tochtergesellschaft aussenstehende *Minderheitsaktionäre* beteiligt sind.<sup>37</sup> Denkbar sind verschiedene Konstellationen:

<sup>35</sup> HOFSTETTER, *Corporate Governance* (FN 13), 323 f., der für solche Fälle immerhin vorschlägt, „dass der Tochter-VR mehrheitlich aus Personen besteht, welche das Tochterunternehmen nicht operativ führen oder überwachen (nicht-exekutive Mitglieder)“. Vgl. auch Swiss Code (FN 26), Ziff. 2.2, N 12, drittes Lemma.

<sup>36</sup> FORSTMOSER, *Konzern* (FN 1), 128 f.; VOGEL ALEXANDER, *Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft*, Bern 1997, 207 f. und 389 ff. je m.H.; a.M. VON BÜREN (FN 10), 207 ff.

<sup>37</sup> ALBERS-SCHÖNBERG (FN 3), 83 f.; VON PLANTA (FN 3), 106; KAMMERER (FN 3), 251 f.

a) Die *Statuten* der Tochtergesellschaft können Minderheitsrechte vorsehen, worunter das Recht, ein Verwaltungsratsmitglied vorzuschlagen oder zu wählen.<sup>38</sup> Entsprechende Fälle sind dem Verfasser allerdings nicht bekannt.

b) Die Konzerntochtergesellschaft kann *mehrere Aktienkategorien* mit unterschiedlicher Rechtsstellung aufweisen, und aussenstehende Minderheitsaktionäre können als Inhaber einer Kategorie das Recht auf eine Vertretung im Verwaltungsrat haben.<sup>39</sup>

c) Fehlt es an einem statutarischen oder gesetzlichen Vertretungsrecht, dann gilt – wie in allen Aktiengesellschaften – für die Wahl des Verwaltungsrats das *Majorzprinzip*,<sup>40</sup> weshalb die Konzernobergesellschaft den Verwaltungsrat nach Belieben zusammensetzen kann.

*Doch kann es im Eigeninteresse des Konzerns liegen, eine angemessene unabhängige Minderheitsvertretung zu bestellen.* Dies ist der Reputation dienlich und kann auch helfen, Konflikte mit der Minderheit intern statt in der Öffentlichkeit zu lösen.

Besteht in einer Gesellschaft ein *substantielles* externes Aktionariat,<sup>41</sup> dann ist die angemessene Vertretung der Minderheit ein *Postulat guter Praxis*. So fordert PETER BÖCKLI kategorisch:

„Der Verwaltungsrat dieser Gesellschaft [d.h. einer Gesellschaft mit einem ins Gewicht fallenden aussenstehenden Aktionariat] darf sich – als ‚Summe‘ der Erkenntnisse aus der Diskussion um die ‚Corporate Governance‘ – mindestens nicht ausschliesslich aus Mitgliedern des Leitungsorgans der herrschenden Gesellschaft und sonst von dieser abhängigen Personen zusammensetzen. Die Zuwahl einer oder mehre-

<sup>38</sup> Art. 709 Abs. 2 OR.

<sup>39</sup> Art. 709 Abs. 1 OR. Die Gesetzesbestimmung verlangt die Konkretisierung in einer entsprechenden statutarischen Regelung, was in der Statutenpraxis aber meist ignoriert wird (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL [FN 10], § 27 N 82), wobei das Bundesgericht aus dem Gesetz selbst ein zwingendes Vorschlagsrecht ableitet, welches nur aus wichtigen Gründen übergangen werden darf (BGE 66 II 43 E. 6c; BÖCKLI PETER, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 68).

<sup>40</sup> Art. 703 OR.

<sup>41</sup> In der Praxis wird etwa die Schwelle von 20% genannt.

rer vom Hauptaktionär unabhängiger Personen ... ist unumgänglich.<sup>42</sup>

Nicht selten ist das Recht einer substantiellen Minderheit auf Vertretung auch *vertraglich zugesichert*, beispielsweise als Resultat einer Akquisition, bei der die Veräusserer als Minderheit im Aktionariat verbleiben.

d) Minderheitsvertreter sollen – das sagt schon ihr Name – die *Interessen der aussenstehenden Aktionäre* wahrnehmen, dies jedoch nicht unbeschränkt:

Es gilt nämlich auch für sie die generelle Pflicht aller Verwaltungsratsmitglieder, die „Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren“.<sup>43</sup> Die *Wahrung von Partikularinteressen* ist dem Minderheitsvertreter daher – analog dem von der Konzernobergesellschaft delegierten Verwaltungsratsmitglied – eigentlich nur im Rahmen des – freilich oft einen weiten Spielraum belassenden – pflichtgemäss ausgeübten *Ermessens statthaft*.<sup>44</sup>

Befindet sich das vom Konzern entsandte *abhängige* Verwaltungsratsmitglied in einem *doppelten Pflichtenexus* – Wahrung der Interessen der Tochtergesellschaft einerseits, derjenigen des Konzerns auf der anderen Seite –, dann befindet sich der *Minderheitsvertreter* (jedenfalls dann, wenn er vom Konzern bestellt worden ist) eigentlich in einer *dreifachen Pflicht*: Ausgehend vom Interesse der Tochtergesellschaft soll er die Interessen der Minderheit wahrnehmen, aber auch die Interessen des Konzerns nicht ausser Acht lassen. In der Praxis ergeben sich freilich nach der Erfahrung des Verfassers daraus seltener Konflikte als man bei dieser Zuspitzung potentieller Interessenkollisionen erwarten dürfte.

Unnötig zu betonen, dass der Minderheitsvertreter von Konzerns Gnaden in der Regel eine schwächere Position hat als der aufgrund einer statutarischen, gesetzlichen oder auch vertraglichen Basis bestellte Vertreter.

<sup>42</sup> BÖCKLI (FN 39), § 11 N 356.

<sup>43</sup> Art. 717 Abs. 1 OR.

<sup>44</sup> BEYELER KARIN, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Zürich 2004 (= SSHW 234), 52 f. und 87 ff.; FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 108; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 10), § 28 N 167 und 170; LAZOPOULOS (FN 10), 67 ff.; LIPS-RAUBER (FN 10), 52 ff. und 57 ff.; ROTH PELLANDA (FN 14), N 334; BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 OR, N 17a; BaK-WERNLI, Art. 709 OR, N 18.

## 6. Nachruf auf den „Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz“

Bis Ende 2007 waren externe Verwaltungsratsmitglieder in Schweizer Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne nicht selten eine Folge der damals noch geltenden, zwingenden Vorschrift, wonach

„[die] Mitglieder des Verwaltungsrates ... mehrheitlich Personen sein [müssen], die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen“.<sup>45</sup>

Per 1. Januar 2008 ist diese Bestimmung – endlich – ersatzlos weggefallen, und die aus Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernissen zugewählten „zumutbaren Schweizer“ gehören heute der Vergangenheit an. Solche Verwaltungsratsmitglieder wurden oft als notwendiges Übel betrachtet, und ihre Aufgabe bestand aus Konzernsicht nicht selten vor allem darin, möglichst wenig zu stören.<sup>46</sup>

Die als Strohmänner fungierenden Treuhänder und Anwälte betrachteten solche Mandate als leicht verdientes Geld, eine Annahme, die sich im Lichte der heute üblichen risikoadjustierten Betrachtungsweise freilich nicht selten als trügerisch erwiesen hat.

Die Aufgabe der zugewählten Schweizer konnte allerdings auch anders aussehen: Im Sinne eines teilweise unabhängigen externen Mitglieds des Verwaltungsrats konnten sie insbesondere die Kenntnis der Schweizer Rechtsordnung, Märkte und Gepflogenheiten einbringen.

\* \* \*

Aus den verschiedenen – zwar manchmal, aber keineswegs immer deckungsgleichen – Interessen der unterschiedlichen *stakeholder* können sich nicht nur heikle Entscheidungsfragen stellen, sondern auch Haftungsrisiken. Darauf ist im Folgenden einzutreten.

<sup>45</sup> Art. 708 Abs. 1 aOR. Zum Ganzen vgl. ROTH PELLANDA (FN 14), N 227 ff.

<sup>46</sup> Der Verfasser erinnert sich an ein Gespräch vor der geplanten Zuwahl in den Verwaltungsrat einer ausländisch beherrschten Tochtergesellschaft: Der Vertreter der Muttergesellschaft fragte ihn allen Ernstes, ob er auf der Durchführung von Sitzungen bestehen würde. Bisher seien immer nur Protokolle geschrieben worden.

### III. Haftungsrisiken des externen Verwaltungsratsmitglieds

#### 1. Anwendbarkeit des allgemeinen Verantwortlichkeitsrechts

a) Für das externe Verwaltungsratsmitglied gilt grundsätzlich das, was auch für alle anderen Verwaltungsratsmitglieder gilt: Nach Art. 717 Abs. 1 OR muss es seine

„Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.“

Dazu gehört insbesondere die Erfüllung der *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* gemäss Art. 716a Abs. 1 OR.

Bei Missachtung droht gemäss Art. 754 Abs. 1 OR eine *Ersatzpflicht*, und zwar grundsätzlich für jeden durch absichtliche oder auch nur fahrlässige Pflichtverletzung verursachten Schaden.

b) Daran ändert sich auch nichts, wenn das externe Mitglied *fiduziarisch* tätig und durch einen Mandatsvertrag an die Muttergesellschaft gebunden ist. Es ist völlig unbestritten, dass auch das treuhänderisch eingesetzte Verwaltungsratsmitglied *der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vollumfänglich untersteht* und dass diese Haftung nicht wegbedungen werden kann.<sup>47</sup> Das fiduziarisch tätige Verwaltungsratsmitglied befindet sich damit in einem Dilemma:

- Als von der Obergesellschaft „*beauftragt*“ ist es verpflichtet, „die ihm übertragenen Geschäfte ... vertragsgemäss zu besorgen“,<sup>48</sup> also die Interessen der Muttergesellschaft und des Konzerns zu vertreten.
- Zugleich kann es aber die Augen nicht vor dem zwingenden Gesetzesrecht verschliessen, weder vor der Pflicht, die Interessen der (eigenen!)

<sup>47</sup> ALBERS-SCHÖNBERG (FN 3), 84; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 10), N 315 und 697 m.H.; vgl. auch die Literatur vorne, FN 10.

<sup>48</sup> Art. 394 Abs. 1 OR.

Gesellschaft in guten Treuen zu wahren noch vor der Liste der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates.<sup>49</sup>

Wegleitend in diesem Konflikt ist – soweit ersichtlich – noch immer die bereits erwähnte Theorie des „*doppelten Pflichtenmexus*“: Zwar gehen die Pflichten gegenüber der eigenen Gesellschaft vor, doch dürfen Drittweisungen insoweit befolgt werden, als dies im Rahmen des oft weiten *freien Ermessensbereichs* eines Verwaltungsrates möglich ist. Eine Pflichtverletzung und damit eine allfällige persönliche Verantwortlichkeit stehen daher nur zur Diskussion, wenn bei *Interessenkollisionen* nicht dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang gegeben wird.<sup>50</sup>

Aus eigener Erfahrung ist aber anzumerken, dass sich der – theoretisch letztlich unlösbare – Konflikt zwischen den Interessen der Tochter- und denen der Muttergesellschaft bzw. des Konzerns in der Praxis nur selten in der ganzen Schärfe zeigt. In aller Regel haben Konzerne Freude an prosperierenden Töchtern, und wo externe Verwaltungsratsmitglieder berufen werden, besteht zumeist auch der Wille, der Tochtergesellschaft eine gewisse Selbständigkeit einzuräumen.

c) Gemildert wird das Risiko des treuhänderisch tätigen Verwaltungsratsmitglieds durch die *Verpflichtung der Muttergesellschaft zur Schadloshaltung*

<sup>49</sup> Zur Frage, ob diese Liste für Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften zu modifizieren ist, vgl. nachfolgend Ziff. 2.

<sup>50</sup> BÖCKLI PETER, Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, ZBJV 1993, 475 ff., 486; DE CAPITANI WERNER, Der delegierte Verwaltungsrat, SJZ 1994, 347 ff.; DRUEY JEAN NICOLAS, Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: DRUEY/BÖCKLI/NOBEL (Hrsg.), Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich 1998, 7 ff., 13 ff.; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 10), N 698; JÖRG FLORIAN S., Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: ARTER/JÖRG (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, 19 ff., 62 f.; KÄCH SIMON, Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Zürich 2001, 97 f.; LAZOPOULOS (FN 10), 67 ff.; LIPS-RAUBER (FN 10), 41 ff. Kritisch ist zu dieser Auffassung darauf hingewiesen worden, dass auch im Rahmen des Ermessens Entscheide im besten Gesellschaftsinteresse zu treffen sind, womit Drittinteressen eigentlich nur soweit befolgt werden dürften, „als das Gesellschaftsinteresse selbst den gleichen Entscheid fordert ...“ (so CAFLISCH SILVIO, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Winterthur 1961, 145). Vgl. auch die Literatur vorne, FN 44.



tung, die regelmässig das synallagmatische Gegenstück zur Weisungsbefolgungspflicht bildet. Zur Sinekure wird die Position der abhängigen Organperson trotzdem nicht:

- Schutz bietet das Recht auf Schadloshaltung nur, solange die *Muttergesellschaft zahlungsfähig* bleibt. Dass dafür auch bei hoch angesehenen und traditionsreichen Unternehmen keine Gewissheit besteht, haben die letzten Jahre gezeigt.
- Sodann ist trotz der Absicherung für den Katastrophenfall die emotional wie zeitlich grosse *Belastung durch einen Verantwortlichkeitsprozess* als Risiko nicht vom Tisch.

Nur am Rande sei erwähnt, dass dem fiduziarisch tätigen Verwaltungsratsmitglied einer Tochtergesellschaft neben dem *aktienrechtlichen* Haftungsrisiko auch ein *vertragliches* droht: die Haftung für Nicht- oder Schlechterfüllung des Mandatsvertrages.<sup>51</sup>

d) Das *unabhängige* externe Verwaltungsratsmitglied scheint es leichter zu haben: Es kann sich voll auf die Eigeninteressen der Tochtergesellschaft konzentrieren. Nur: Manchmal ist es gar nicht so leicht festzustellen, *worin dieses Eigeninteresse besteht*. Ein – gerade in jüngerer Zeit nicht selten anzutreffendes – Beispiel:<sup>52</sup>

Ein Konzern ist in Schieflage geraten. Sämtliche Tochtergesellschaften werden aufgefordert, ihre liquiden Mittel der Muttergesellschaft zu überlassen und diese allenfalls auch durch die Übernahme von Personal- oder Realsicherheiten zu stützen. Wie soll das Verwaltungsratsmitglied einer Tochtergesellschaft in einer solchen Konstellation zwischen Skylla und Charybdis navigieren?

- Gibt die Tochtergesellschaft ihr letztes Hemd für die (allenfalls ausländische) Muttergesellschaft und geht die Sache schief, dann werden die Gläubiger der Tochtergesellschaft – und allenfalls auch die Steuerbe-

<sup>51</sup> FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 108 f. (FN 68 und 69); dazu auch hinten bei FN 98.

<sup>52</sup> Vgl. auch DRUEY JEAN NICOLAS, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: BAER (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 59, Bern 2000, 1 ff., 19.

hörden – Ansprüche gegen die aus ihrer Sicht fehlbaren Organpersonen geltend machen.

- Weigert sich der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft, die Mutter zu stützen, kann dies den Zusammenbruch der Muttergesellschaft und den Untergang des ganzen Konzerns bedeuten, wodurch auch die Tochtergesellschaft in den Strudel gerissen würde.

Da ist guter Rat teuer!

e) In einer früheren Betrachtung<sup>53</sup> hat der Verfasser – im Einklang mit Hinweisen in der Judikatur – für Konzernverhältnisse eine Art „Saldomethode“ vertreten, wonach auch „die Vorteile aus der Dauerbeziehung [mit dem Konzern] als solcher zu berücksichtigen sind“<sup>54</sup>. Danach kann „der einzelne Vorgang für eine Tochter nachteilig sein, lässt sich aber als strategisches Kalkül innerhalb des ganzen Verhältnisses begründen, weil Kompensation erwartet werden kann ...“<sup>55</sup>.

Daran lässt sich grundsätzlich festhalten, doch ist ein *Caveat* anzubringen: Dass man im Allgemeinen korrekt und zum Vorteil der eigenen Gesellschaft gehandelt hat, lässt sich im Verantwortlichkeitsrecht nicht gegen spezifische Pflichtwidrigkeiten aufrechnen.

## 2. Das Konzernparadox als Stolperstein

a) Es ist unzählige Male betont worden: Das schweizerische Aktienrecht regelt nur einen *Teilbereich* des Konzernrechts, nämlich die Rechnungslegung. Im Übrigen – und insbesondere auch hinsichtlich der Position von Verwaltungsräten in Konzerntochtergesellschaften – schweigt sich das Gesetz aus. Daraus ergibt sich ein *Paradox*:<sup>56</sup>

<sup>53</sup> FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 103.

<sup>54</sup> So ZR 1999, Nr. 52, E. 1.4.3.

<sup>55</sup> ZR, a.a.O.

<sup>56</sup> BÖCKLI (FN 39), § 11 N 277 ff.; DERS., Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: BAER (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 59, Bern 2000, 35 ff., 47 ff.; DRUEY JEAN NICOLAS, Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: VON BÜREN (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997,

Das Gesetz definiert den Konzern als die Zusammenfassung „eine[r] oder mehrere[r] Gesellschaften unter einheitlicher Leitung“<sup>57</sup>, und es setzt damit zwangsläufig voraus, dass die Interessen einer Einzelgesellschaft denen des Konzerns als Ganzem untergeordnet werden.

Gleichzeitig aber verlangt der Gesetzgeber die Wahrung der Eigeninteressen einer jeden Gesellschaft und überträgt deren Verwaltungsrat eine Liste unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben. Nach einer Bestimmung, welche diese auf die Eigeninteressen ausgerichtete Selbstverantwortung im Konzerngefüge abschwächen oder relativieren würde, sucht man vergebens.

Der im Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft Tätige ist daher – so ROLAND VON BÜREN – ein „erbarmungswürdige[s] Geschöpf“: „Als Beauftragter des herrschenden Unternehmens hat er die Konzerninteressen im abhängigen Unternehmen zu vertreten, andererseits ist er als Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens verpflichtet, dessen Interessen zu wahren ...“<sup>58</sup> Dies gilt zumindest für das abhängige Verwaltungsratsmitglied.

b) Es hat nicht an Versuchen gefehlt, für diesen Konflikt eine nicht nur praktisch gangbare, sondern auch theoretisch überzeugende Lösung zu finden.<sup>59</sup> Argumentiert wird vor allem, die Liste unübertragbarer Aufgaben nach Art. 716a OR sei „auf die Konzernsituation nicht direkt übertragbar“<sup>60</sup>. Am überzeugendsten und eloquentesten wird diese Position zweifellos von PETER BÖCKLI vertreten.<sup>61</sup> Nach BÖCKLI

---

Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 75 ff.; FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 97; FORSTMOSER PETER, Horizontale Integration im Konzern, in: SCHWEIZER/BURKERT/GASSER (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 383 ff., 387.

<sup>57</sup> Art. 663e Abs. 1 OR.

<sup>58</sup> VON BÜREN (FN 10), 171 (speziell hinsichtlich des fiduziarisch Tätigen).

<sup>59</sup> VON BÜREN (FN 10), 58 ff.; DERS., Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, in: KRAMER/NOBEL/WALDBURGER (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 429 ff.; JÖRG (FN 50), 59 ff.

<sup>60</sup> DRUEY/VOGEL (FN 10), 379. Grundlegend hierzu BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 293 ff.

<sup>61</sup> BÖCKLI (FN 39), § 11 N 275 ff. und schon DERS., Konzernrecht (FN 56), 50 ff.

„tut [Art. 716a Abs. 1 OR] nur so, als sei er auf alle Verwaltungsräte aller Aktiengesellschaften direkt anwendbar.“<sup>62</sup>

Der Normtatbestand von Art. 716a OR sei aber

„auf eine Konzernuntergesellschaft überhaupt nicht zugeschnitten. Deshalb findet Art. 716a auf den Tatbestand einer in einen Konzern eingeordneten und damit der Oberleitung einer anderen Gesellschaft unterstellten Untergesellschaft nicht direkt Anwendung.“<sup>63</sup>

In einer kühnen *teleologischen Reduktion* wird daher der Anwendungsbereich von Art. 716a OR auf die eigenständige Gesellschaft reduziert und für den Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft eine massiv geschrumpfte Liste von Verantwortlichkeiten vorgestellt.<sup>64</sup>

c) So wünschbar das von BÖCKLI und anderen entwickelte Konzept ist, so fragwürdig erscheint nach wie vor seine Haltbarkeit unter geltendem Recht:<sup>65</sup>

– Es trifft zwar zu, dass der Gesetzgeber es bewusst abgelehnt hat, ausserhalb des Rechnungslegungsrechts spezifische Regeln für Konzerngesellschaften aufzustellen. Daraus ergibt sich aber m.E. nicht die Freiheit für die Lehre, solche Regeln in Abweichung vom gesetzlich verankerten zwingenden Aktienrecht zu schaffen. Diese Möglichkeit bestünde nur, wenn entweder das Schweigen des Gesetzes als planwidrige Unvollständigkeit, mithin als echte Lücke zu qualifizieren wäre, oder aber, wenn es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes handeln würde, und zwar qualifiziert in dem Sinne, dass der Gesetzgeber auf eine Regel bewusst verzichtet hat, weil er die Ordnung der Praxis überlassen wollte.<sup>66</sup> So ist es aber hinsichtlich des Konzernrechts gerade nicht. Vielmehr war der Gesetzgeber der Ansicht (und er ist es noch

---

<sup>62</sup> BÖCKLI (FN 39), § 11 N 290.

<sup>63</sup> A.a.O., mit Literaturhinweisen für und gegen diese Auffassung.

<sup>64</sup> A.a.O., § 11 N 294 ff.

<sup>65</sup> Zum Ganzen auch FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 95 ff.

<sup>66</sup> Grundlegend zur Gesetzesauslegung BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB, N 255 ff.; BaK-HONSELL, Art. 1 ZGB, N 16 f.; ZK-DÜRR, Art. 1 ZGB, N 351.

heute<sup>67</sup>), es erübrige sich ausserhalb der Rechnungslegung eine besondere Ordnung, weil die Konzernrealität auch mit den allgemeinen aktienrechtlichen Regeln erfasst werden könne.

- Daran ändert auch die Anerkennung der Konzernrealität in Art. 663e OR nichts: Diese Bestimmung enthält ausschliesslich Regeln für die Rechnungslegung und keinerlei Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber Konzerne mit Bezug auf die organisatorische Struktur und die Verantwortlichkeit von den allgemeinen aktienrechtlichen Anforderungen entbinden wollte. Das explizite Bekenntnis zur Einheit des Aktienrechts im Zuge der gesetzgeberischen Arbeiten<sup>68</sup> bekräftigt diesen Befund.

d) Wichtiger ist, dass das *Bundesgericht nicht gewillt* scheint, die Vorschläge für eine der besonderen Situation im Konzern angepasste Regelung abzusegnen, ganz im Gegenteil:

In BGE 130 III 213 war das Verhalten der *Organperson einer Tochtergesellschaft* zu beurteilen, die ohne Rechtsgrund eine Gutschrift zu Lasten der eigenen Gesellschaft veranlasst hatte. Das Besondere daran war, dass diese Gutschrift zu *Gunsten einer Schwestergesellschaft innerhalb des Konzerns* vorgenommen worden war. Konsolidiert, für den Konzern betrachtet lag also kein Schaden vor. Dennoch hat das Bundesgericht eine *Schadenersatzpflicht bejaht*.

Ausgehend von der Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR führt es aus:

„Vorliegend ist die Klägerin durch die zu Gunsten der Konzernschwester erfolgte Gutschrift geschädigt worden ... Der Beklagte hat insoweit offensichtlich und für ihn erkennbar nicht im Interesse jener Gesellschaft gehandelt, deren Organ er ist. Er hat insoweit seine

<sup>67</sup> Auch in der laufenden Aktienrechtsrevision wird der Konzern nur im Zusammenhang mit der Rechnungslegung diskutiert (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., *passim*).

<sup>68</sup> So etwa in der Botschaft zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 746, 772 und 776 f.; auch die Botschaft 2007 (FN 67) verabschiedet sich nicht ausdrücklich vom Prinzip der Einheit des Aktienrechts, sondern spricht vom „Modell einer *punktuellen, materiellen Differenzierung*“, wo sachliche Gründe unterschiedliche Regelungen geböten (1605 f.). Für die Organpflichten und die Organhaftung im Konzern aber ist keine solche Differenzierung vorgesehen!

Treuepflicht gegenüber der Klägerin schuldhaft verletzt. Die Voraussetzungen seiner Haftung nach Art. 754 OR sind damit erfüllt.

Nach dem Ausgeführten wäre der Beklagte als Organ der Klägerin von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, *allein* deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren, und die vom Beklagten vorgenommene Handlung ist unter grundsätzlicher Verletzung dieser Pflicht erfolgt.<sup>69</sup>

Nach Ansicht des Bundesgerichts steht fest, *dass* „für die Organhaftung *nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abgestellt werden darf* und nicht auf jene des ganzen Konzerns.“<sup>70</sup>

Das Gericht geht sogar noch einen Schritt weiter, wenn es – spezifisch für die Konzernsituation – an seine allgemeine Aussage erinnert,

„dass strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handelt ...“<sup>71</sup>

*Nicht toleranter*, sondern vielmehr *besonders streng* soll also das Verhalten von Organpersonen beurteilt werden, wenn es um die Beziehungen innerhalb des Konzerns geht. Man mag diese Position des Bundesgerichts mit gutem Grund als weltfremd kritisieren, ignorieren darf man sie bei einer Beurteilung der Haftungsrisiken sicher nicht.<sup>72</sup>

Eine Linderung ergibt sich in einer häufigen Konstellation freilich aus praktischen Gründen:

<sup>69</sup> BGE 130 III 213 E. 2.2.2 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>70</sup> A.a.O., E. 2.3 (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. dazu SOMMER UELI, Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungsrats- und anderen Organverträgen, Eine Entgegnung auf die bundesgerichtliche Absage an das Konzerninteresse in BGE 130 III 213, AJP 2004, 1059 ff., 1064 f.

<sup>71</sup> A.a.O., E. 2.2.2.

<sup>72</sup> Vgl. auch JÖRG (FN 50), 70 ff.

### 3. Der entscheidende Unterschied: Beherrschung der Tochtergesellschaft durch den Konzern zu 100% oder nur durch eine Mehrheitsbeteiligung

a) Auszugehen ist davon, dass die Verantwortlichkeitsklage zwar – in unterschiedlicher Ausgestaltung – sowohl der Gesellschaft selbst als auch ihren Aktionären und schliesslich den Gläubigern offen steht,<sup>73</sup> den Letzteren aber – vom seltenen Fall der direkten Gläubigerklage abgesehen – *nur im Falle des Konkurses der Gesellschaft*<sup>74</sup>.

Daraus ergibt sich als Konsequenz für die Praxis, dass im *zu 100% beherrschten Konzern* ein Risiko für das Verwaltungsratsmitglied letztlich nur im Fall der *Illiquidität oder der Überschuldung* besteht: Eine Klage der Weisungen erteilenden Obergesellschaft, aber auch die Klage der Gesellschaft selbst würden – als *venire contra factum proprium* – gegen Treu und Glauben verstossen.<sup>75, 76</sup>

Man kann noch weiter gehen und festhalten, dass dann, wenn keine Rechte von Drittaktionären zu berücksichtigen sind, die Konzernobergesellschaft als Alleinaktionärin ein *legitimes Interesse* an der Weisungsbefolgung hat, dessen Schranken nur durch das Interesse allfälliger Gläubiger an der Zahlungs-

<sup>73</sup> Art. 754 Abs. 1 und 756 f. OR.

<sup>74</sup> Art. 756 Abs. 1 und 757 Abs. 1 OR.

<sup>75</sup> Ähnlich BÖCKLI (FN 39), § 11 N 483a: „Hat der Alleinaktionär Weisungen erteilt, so kann er zudem nicht (und kann die Untergesellschaft nicht) den aus ihrer Befolgung entstandenen Schaden gegen [die Organe der Tochtergesellschaft] einklagen. Die Weisung als déchargeähnliche Einwilligung ist der Untergesellschaft zuzurechnen und schliesst ausser Konkurs eine Klage aus ...“ (m.H. auf einen Bundesgerichtsentscheid und Literatur). Vgl. auch HOFSTETTER KARL, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Konzern, in: WEBER/ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 1 ff., 12, wonach eine Klage der Muttergesellschaft gegen „strikt nach Weisungen der Konzernmutter“ handelnde Organe der Tochter „grundsätzlich rechtsmissbräuchlich“ wäre.

<sup>76</sup> Es sei denn, das Verwaltungsratsmitglied einer Tochtergesellschaft widersetze sich Weisungen der Muttergesellschaft, was zu Klagen aus dem Mandatsverhältnis führen kann (vgl. auch vorne, bei FN 51).

fähigkeit der Gesellschaft und durch die Einhaltung von zwingendem Recht und guten Sitten gesetzt sind.<sup>77</sup>

b) Präzisierend ist festzuhalten, dass vollständige Beherrschung durch den Konzern m.E. wirklich eine *Beherrschung zu 100%* – und kein Prozent weniger – meint. Dies ist deshalb zu betonen, weil BÖCKLI eine nicht „ins Gewicht fallende Minderheit aussenstehender Aktionäre“<sup>78</sup> vernachlässigen will, wobei „nicht ins Gewicht fallend“ eine Quote von unter 2% sein soll<sup>79</sup>. Das ist m.E. nicht richtig und auch nicht *per analogiam* aus dem Ausschlussrecht von Art. 33 BEHG herzuleiten: Vielmehr sieht das Börsengesetz das Ausschlussrecht gerade deshalb vor, weil die Gesellschaft sonst die Rechte der Minderheit – Gewinnstrebigkeit und ganz allgemein Führung der Tochtergesellschaft in ihrem Eigeninteresse – voll zu beachten hätte.<sup>80</sup>

Gerechtfertigt ist die vollumfängliche Beachtung des Minderheitenschutzes um so mehr, als sich die aussenstehenden Aktionäre im Konzern in einer „qualitativ schlechteren Stellung als die Minderheitsaktionäre einer unabhängigen Einzelgesellschaft“<sup>81</sup> befinden, da die Interessen der Muttergesellschaft aus Aktionärsicht durchaus „atypisch“ sein können und man daher nicht von der Vermutung ausgehen darf, dass das, was für den Hauptaktionär recht, auch für den Minderheitsaktionär billig ist.

<sup>77</sup> Entsprechende Vereinbarungen sind nach der Gerichtspraxis und der heute kaum mehr bestrittenen Lehre zulässig: ZR 1959, Nr. 70, E. 4-7, wo das Zürcher Obergericht erklärt hat, eine vertragliche Verpflichtung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, unter dem Vorbehalt zwingender gesetzlicher und statutarischer Vorschriften den Willen und die Weisungen des Alleinaktionärs zu befolgen, sei weder rechts- noch sittenwidrig (zu diesem Entscheid JÄGGI PETER, Ein Gerichtsurteil über den „abhängigen“ [fiduziarischen] Verwaltungsrat, SJZ 1960, 1 ff.). Die Rechtmässigkeit von Mandatsverträgen wird bestätigt durch das Zuger Kantonsgericht in GVP-ZG 1991/92 123-125 (zusammengefasst in SZW 1994, 299 [r129]). Vgl. auch BÖCKLI (FN 39), § 11 N 321a; VON BÜREN (FN 10), 172 f. m.H.; LIPS-RAUBER (FN 10), 41 ff.

<sup>78</sup> BÖCKLI (FN 39), § 11 N 349.

<sup>79</sup> A.a.O., § 11 N 395.

<sup>80</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1369 ff., 1419; BaK-RAMPINI/REITER, Art. 33 BEHG, N 2.

<sup>81</sup> BÖCKLI (FN 39), § 11 N 393.

*De lege ferenda* wäre – darin ist BÖCKLI zuzustimmen<sup>82</sup> – ein Ausschlussrecht entsprechend dem Börsen- oder gar dem Fusionsrecht<sup>83</sup> erwünscht.<sup>84</sup>

c) Was bleibt ist bei der zu 100% beherrschten Tochtergesellschaft der *Gläubigerschutz*: Externe Verwaltungsratsmitglieder können sich darauf beschränken, für die *Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft* zu sorgen, im vollen Bewusstsein darum, dass die gesetzliche Vorgabe der gewinnstrebigen Geschäftsführung und zwingendes Recht – allen voran die Liste der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 OR – verletzt sind, im Vertrauen aber auch darauf, dass die (einzige) Aktionärin mit diesem Vorgehen einverstanden ist und Gläubigern keinerlei Klagerechte zustehen, solange sie nicht zu Schaden kommen.

„Verantwortlichkeitsrechtlicher *Leitern* des Tochter-VR ist somit [in der zu 100% beherrschten Tochtergesellschaft] das *Gläubigerinteresse*.“<sup>85</sup>

Aus praktischer Sicht dürfte dieses Ergebnis dem von PETER BÖCKLI postulierten weitgehend entsprechen.

#### IV. Vorkehrungen zur Minimierung des Haftungsrisikos

Es ist verschiedentlich versucht worden, *Faustregeln* aufzustellen, deren Beachtung das Risiko einer persönlichen Haftung als Verwaltungsrat ausschliessen oder zumindest minimieren soll.<sup>86</sup> Solche allgemeinen Ratschläge sind auch für die Mitglieder der Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften nützlich. Sie sind zu ergänzen durch *konzernspezifische Hinweise*. Dabei gilt das Prinzip „*one size fits all*“ nur bedingt: Je nach Art der Tochtergesell-

<sup>82</sup> A.a.O., § 11 N 412.

<sup>83</sup> Art. 8 Abs. 2 i.V.m. 18 Abs. 5 FusG ermöglicht den Ausschluss einer Minderheit von bis zu 10%. Dazu etwa SANWALD RETO, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zürich 2009 (= SSHW 280), 449 ff. und 507 ff.

<sup>84</sup> A.A. SANWALD, (FN 83), 315 ff. (mit Verweis auf 250 f.).

<sup>85</sup> HOFSTETTER, Verantwortlichkeit (FN 75), 12.

<sup>86</sup> FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 10), N 1116 ff.; FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung, Zürich 2005, N 326 ff.; HOFSTETTER, Ver-

schaft und ihrer Einbettung in den Konzern und je nach Position und Funktion eines Verwaltungsratsmitglieds können andere Massnahmen im Vordergrund stehen. In diesem Sinne sind die folgenden Ratschläge zu verstehen, die – das sei freimütig zugestanden – manchmal leichter postuliert als umgesetzt sind.

#### 1. Ehrliche Deklaration als Tochtergesellschaft

a) Das offene *Deklarieren der Einbindung* der Tochtergesellschaft in einen Konzern reduziert die persönlichen Risiken der darin tätigen Organpersonen vor allem gegenüber dem Konzern selbst.

Nützlich ist dabei schon die *Kennzeichnung* der Tochtergesellschaft mit einer Firma, deren Kern mit der Firma der Obergesellschaft übereinstimmt: Die Muttergesellschaft bzw. der Konzern als Ganzes werden es sich aus Imagegründen kaum leisten können, eine nach ihnen benannte Tochtergesellschaft fallen zu lassen, es sei denn, sie befänden sich selber in einer existentiellen Krise.<sup>87</sup>

b) Gegenüber den *Gläubigern* und allfälligen *Minderheitsaktionären* lässt sich eine gewisse Risikobeschränkung sodann durch entsprechende *statutarische Bestimmungen* erreichen:

– Da einer AG jeder rechtlich erlaubte Zweck offen steht, kann einer Tochtergesellschaft statutarisch aufgetragen werden, *sich in den Dienst des Konzerns zu stellen* und für das Konzernganze Dienstleistungen zu erbringen.<sup>88</sup> Ist der Zweck entsprechend begrenzt, dann kann weder der Gesellschaft noch ihren Organen ein Vorwurf daraus erwachsen, dass

antwortlichkeit (FN 75), 19 f.; JÖRG (FN 50), 63 (und für den Umgang mit Konzernen im Allgemeinen, 116 f.).

<sup>87</sup> Dies ist das Wesen des vom Bundesgericht in BGE 116 Ib 331 E. 3a statuierten „*faktische[n] Beistandszwang[s]*“. Vgl. dazu BÖCKLI (FN 39), § 9 N 15; DRUEY/VOGEL (FN 10), 128 ff., FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 124 f.

<sup>88</sup> Eine solche Festschreibung auf Hilfsfunktionen im Rahmen des Konzerns und zugunsten konzernverbundener Gesellschaften findet sich nicht selten in den Statuten von Managementgesellschaften (vgl. dazu RUEPP RONALD U., Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft, Zürich 1994 [= SSHW 157], 5).

auf andere, vielleicht profitablere Aktivitäten zugunsten der Dienstleistungen für den Konzern verzichtet wird.

- Die Ausrichtung auf eine Tätigkeit zugunsten des Konzerns bedeutet für sich allein aber noch *keinen Verzicht auf Gewinnstrebigkeit*. Ein solcher ist – bei Zustimmung sämtlicher Aktionäre – möglich, muss aber *statutarisch verankert* sein.<sup>89</sup>

In Betracht kommen solche Zweckbegrenzungen wohl nur in der zu 100% beherrschten Konzerntochter: Eine Zweckänderung kann zwar – anders als der Verzicht auf Gewinnstreben – nach Gesetz grundsätzlich mit qualifiziertem Mehr beschlossen werden<sup>90</sup>, doch fragt es sich, ob in einer Fokussierung auf den Konzern nicht ein Verzicht auf ein gewinnoptimierendes Verhalten zu sehen ist, der ebenfalls der Einstimmigkeitsregel zu unterwerfen ist<sup>91</sup>.

Ein Allheilmittel sind Konzernklauseln auch deshalb nicht, weil die Gläubiger einer jeden Aktiengesellschaft – auch einer offen deklarierten Konzernhilfsgesellschaft – erwarten dürfen, dass die Organe für eine *gesunde finanzielle Basis* sorgen.<sup>92</sup>

## 2. Klärung der Position des externen Verwaltungsratsmitglieds

- a) An externe Verwaltungsratsmitglieder können – wie eingangs gezeigt – sehr unterschiedliche Erwartungen gestellt werden. Es empfiehlt sich, diese gegenüber der Konzernobergesellschaft klarzustellen.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> Art. 620 Abs. 3 *e contrario* und 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

<sup>90</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>91</sup> DRUEY (FN 52), 17, und FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 111 f., ferner HOFSTETTER, Verantwortlichkeit (FN 75), 13 f.

<sup>92</sup> DRUEY (FN 52), 17; FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 112.

<sup>93</sup> Eine Ausnahme besteht für den echten Minderheitsvertreter im Sinne von Art. 709 Abs. 1 und 2 OR.

- b) Dabei drängt sich eine *Formalisierung* auf:

- Beim *abhängigen* externen Verwaltungsratsmitglied einer zu 100% beherrschten Tochtergesellschaft kann sich ein Treuhandvertrag und damit die offene Qualifikation als *fiduziarische* Tätigkeit aufdrängen.<sup>94</sup>
- *Unabhängige* Verwaltungsratsmitglieder lassen sich nicht durch Mandatsverträge einbinden. Sie können sich aber gegenüber dem Konzern gewisse Rechte ausbedingen, etwa minimale Informationsrechte (auch im Hinblick auf die Lage des Konzerns)<sup>95</sup> oder ein Recht auf den Beizug externer Fachleute<sup>96</sup>.

Unter der Voraussetzung, dass sich ein externes Verwaltungsratsmitglied weisungsgemäss verhält, ist ein *Anspruch auf Schadloshaltung* bei allfälligen Ersatzansprüchen zu vereinbaren.<sup>97</sup>

Solche Freistellungsklauseln helfen freilich dann nicht, wenn der Mandatsvertrag nicht oder schlecht erfüllt wird.<sup>98</sup> Und von selbst versteht sich, dass die Verpflichtung zur Schadloshaltung nur solange hilft, als die Konzernobergesellschaft zahlungsfähig ist.

- c) In den nicht so seltenen Fällen von *Mehrfachmandaten* innerhalb desselben Konzerns kann es sich empfehlen, Grundsätze für das Verhalten bei

<sup>94</sup> Zur Zulässigkeit solcher Verträge vgl. vorne FN 77.

<sup>95</sup> Nachfolgend Ziff. 7.

<sup>96</sup> Nachfolgend Ziff. 9.

<sup>97</sup> Sog. *Hold-Harmless*-Klausel, wie sie in Treuhandverträgen üblich ist. Vgl. VON BÜREN (FN 10), 172; FORSTMOSER, Konzern (FN 1), 111 f.; HALLER MAX, Organhaftung und Versicherung, die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Zürich 2008 (= SSHW 270), N 651 ff.; LIPS-RAUBER (FN 10), 151 ff.; VISCHER MARKUS, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, 491 ff.

<sup>98</sup> Vgl. auch den Entscheid des Zuger Kantonsgerichts in GVP-ZG 1991/92 123-125 (zusammengefasst in SZW 1994, 299 [r129]), wo einem treuhänderisch tätigen Verwaltungsratsmitglied der Anspruch auf Vergütung und Auslagenersatz abgesprochen wurde, weil es sein Mandat nicht ausgeübt hatte.

konzerninternen Interessenkonflikten aufzustellen und entsprechende Prioritäten oder Enthaltungspflichten zu vereinbaren.<sup>99</sup>

### 3. Das „Spiel der AG“ spielen

Auch für die *Konzernochtergesellschaft* kann nicht genug betont werden, dass das „Spiel der AG“ konsequent zu spielen ist, will heissen: dass die *formellen Regeln des Aktienrechts ausnahmslos zu beachten* sind:

- Beschlüsse sind von den zuständigen Organen (Generalversammlung oder Verwaltungsrat) in der richtigen Form zu fassen, auch wenn der Inhalt von der Muttergesellschaft vorgegeben wird.<sup>100</sup>
- Verwaltungsratssitzungen (und auch die Generalversammlung) sind durchzuführen und dürfen nicht zur Protokollierung fiktiver Zusammenkünfte verkommen.
- Beschlüsse sind ordnungsgemäss zu protokollieren, und insbesondere sind auch abweichende Meinungen im Protokoll festzuhalten.
- Und nicht erst seit es im Kielwasser von *Sarbanes-Oxley* Mode geworden ist, gilt ganz allgemein, dass der Dokumentation hohe Beachtung zu schenken ist.

Soweit das „Spiel der AG“ auch materielle Aspekte beinhaltet – etwa die Einhaltung des *Arm's-Length-Prinzips* – kommt man freilich im Konzern nicht umhin, Kompromisse zu machen.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> FORSTMOSER PETER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: VOGT/ZOBL (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin*, Basel 2002, 9 ff.

<sup>100</sup> Dies dient auch der Muttergesellschaft bei ihrem Ziel, „einen Schutzschirm gegen den Haftungsdurchgriff aufzubauen“ (HOFSTETTER, *Corporate Governance* [FN 13], 314 f.).

<sup>101</sup> Wobei solche Kompromisse im Falle von Minderheitsbeteiligungen Aussenstehender besonders problematisch sind (vgl. nachfolgend Ziff. 5.).

### 4. Die nötige Liquidität sicherstellen

Es wurde erwähnt: Bei der zu 100% beherrschten Tochtergesellschaft droht den Mitgliedern des Verwaltungsrates – falls sie ihren Pflichten im Rahmen des Konzerns nachkommen – ein Risiko eigentlich nur von Seiten der Gläubiger, und dieses manifestiert sich nur im Konkurs (bzw. im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).<sup>102</sup> Daher ist unter allen Umständen darauf zu achten, dass die Gesellschaft *zahlungsfähig* bleibt, dass die erforderliche *Liquidität* vorhanden ist. Es ist hier bewusst von „Liquidität“ und nicht von „Vermeidung der Überschuldung“ die Rede: Mit einer blossen Forderung gegenüber anderen Konzerngesellschaften ist es nicht getan, auch wenn sie unter den Aktiven eingestellt werden kann. Dies verlangt grosse Vorsicht bei der konzerninternen Darlehensgewährung oder auch beim – an sich sinnvollen – *cash pooling*.<sup>103</sup>

Konkreter und umfassender definiert HOFSTETTER fünf Eckgrössen, die „in zumutbarer Form“ einzuhalten sind:<sup>104</sup>

- „1. Ein im Hinblick auf die Tätigkeiten der Tochter genügendes Eigenkapital;
2. eine genügende Liquidität bzw. der entsprechende Zugang zu den Liquiditätsreserven des Konzerns;
3. die Unterlassung von Transfergeschäften zu Ungunsten der Tochtergesellschaft;
4. die Verhinderung übermässiger finanzieller Risiken, einschliesslich Haftungsrisiken der Tochtergesellschaft;
5. die Aussicht auf diejenigen Erträge, welche notwendig scheinen, um die Tochtersonvenz zu erhalten.“

<sup>102</sup> Vorne, Ziff. III.3.

<sup>103</sup> Dazu JAGMETTI LUCA, *Cash Pooling im Konzern*, Zürich 2007 (= SSHW 267), *passim*; speziell im Hinblick auf die Verantwortlichkeit vgl. HOFSTETTER, *Verantwortlichkeit* (FN 75), 15.

<sup>104</sup> HOFSTETTER, *Corporate Governance* [FN 13], 317.

## 5. Die Interessen allfälliger Minderheitsaktionäre beachten

Neben den Gläubigern können allenfalls *Minderheitsaktionäre* Klagen anheben, theoretisch auch schon, solange die Gesellschaft aufrecht steht. Daher muss auf Minderheitsinteressen gebührend Rücksicht genommen werden.

Erweist es sich im Gesamtinteresse des Konzerns als zweckmässig, Interessen der Tochtergesellschaft (und damit auch ihrer Minderheitsaktionäre) hintan zu stellen, dann kann allenfalls eine Lösung dadurch gefunden werden, dass die Position der Minderheitsaktionäre im Hinblick auf ihre (pekuniären) Interessen vertraglich geregelt wird.<sup>105</sup> Sinnvoller ist es m.E. freilich, den Erwerb sämtlicher Aktien durch den Konzern anzustreben.<sup>106</sup>

## 6. Delegation des Delegierbaren

a) Die in Art. 716a Abs. 1 OR aufgeführten Pflichten gehen – wie erwähnt<sup>107</sup> – weit über das hinaus, was im Konzernverbund sinnvollerweise beim Verwaltungsrat von Tochtergesellschaften angesiedelt wird.

b) Um so mehr empfiehlt es sich, alles, was *nicht* zu den unübertragbaren Aufgaben zählt, zu delegieren. Eine Besonderheit liegt im Konzernverbund darin, dass eine Delegation nicht nur *nach unten*, zur Geschäftsleitung, sondern auch *nach oben*, zur Konzernobergesellschaft oder zu einer Managementgesellschaft möglich ist.<sup>108</sup>

<sup>105</sup> Im Ergebnis kann damit eine Regelung ähnlich derjenigen in einem deutschen Vertragskonzern erzielt werden: Gemäss § 304 des deutschen Aktiengesetzes sind im Rahmen von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen für die aussenstehenden Aktionäre angemessene Zahlungen als Ausgleich vorzusehen. Vgl. BÖCKLI (FN 39), § 11 N 59; VON BÜREN (FN 10), 300 f.; EMMERICH VOLKER/HABERSACK MATHIAS, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 5. Aufl., München 2008, § 304 AktG, N 1 ff. m.H.

<sup>106</sup> Vorne, Ziff. III.3.

<sup>107</sup> Vorne, Ziff. III.2.

<sup>108</sup> Gemäss Art. 716b Abs. 1 OR ist eine Übertragung nicht nur an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates möglich, sondern auch „an Dritte“, die nicht notwendigerweise der Gesellschaft angehören müssen, vgl. BÖCKLI (FN 39), § 13 N 558 f.; BaK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716b OR, N 12. „Dritte“ in diesem Sinn kann auch die Konzernobergesellschaft oder eine andere Konzerngesellschaft sein.

c) Nicht nur zum Zwecke der Risikobegrenzung, sondern auch als sinnvolles Mittel der Organisation kann die Bildung von *Ausschüssen* sinnvoll sein. Aus Gründen guter Governance sind sie allenfalls *de rigueur*.<sup>109</sup>

## 7. Angemessene Informationsrechte sicherstellen

a) Externe Verwaltungsratsmitglieder werden oft nur dürftig informiert.<sup>110</sup> Genügende Information ist aber unabdingbar nicht nur für die Erfüllung der verwaltungsrätlichen Pflichten, sondern auch für die Abschätzung aufkommender persönlicher Risiken.

b) Für den Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft kommt eine Erschwernis hinzu: Es ist in der Regel nicht so, dass im Konzern die Weisungs- und Rapportwege entlang der rechtlichen Struktur über den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft laufen würden. Vielmehr wird vom Zuständigen bei der Muttergesellschaft zum Verantwortlichen bei der Tochtergesellschaft kurzgeschlossen: Der CFO der Muttergesellschaft richtet sich an seinen Kollegen in der Tochtergesellschaft, der Forschungschef der Tochter rapportiert an den Forschungschef der Mutter.<sup>111</sup>

In solchen Fällen – wie gesagt den Regelfällen – sollte der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft wenigstens angemessen informiert werden, und es empfiehlt sich, dies – etwa im von der Muttergesellschaft abzusegnenden Organisationsreglement – explizit festzuhalten.

c) Zur angemessenen Information gehören bei der eingebundenen Gesellschaft auch Berichte über den *Stand des Konzerns* bzw. der Obergesellschaft.

## 8. Rechnungslegung nach anerkanntem Standard und sachkundige (ordentliche) Revision

a) Ein vorrangiges Informationsmittel ist die periodische Berichterstattung durch die *Rechnungslegung*. Nun ist freilich eine Rechnungslegung nach OR

<sup>109</sup> Vorne, Ziff. II.4.

<sup>110</sup> Eine Gesellschaft wollte gar vom Verfasser wissen, ob sie ihren externen Verwaltungsratsmitgliedern Zugang zu den Revisionsberichten geben müsse.

<sup>111</sup> BaK-WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 OR, N 47.



von beschränktem Aussagegehalt, da sie – weil weitgehend auf den Gläubigerschutz ausgerichtet – nicht dem Grundsatz der *true and fair view* bzw. der *fair presentation* verpflichtet ist. Zu fordern ist daher die Berichterstattung nach einem der *anerkannten Standards*. IFRS oder US GAAP muss es nicht sein (wird aber allenfalls vom Konzern vorgeschrieben), Swiss GAAP FER ist m.E. in den meisten Fällen angemessener.<sup>112</sup>

b) Das neue *Revisionsrecht* erlaubt bei Gesellschaften mit „nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt“ den Verzicht auf die Revision.<sup>113</sup> Darauf darf sich ein externes Verwaltungsratsmitglied keinesfalls einlassen. PFEIFER formuliert es drastisch:

„Ein Verwaltungsrat, der einem Opting-Out zustimmt, lässt es an der minimalsten Professionalität und der geringsten Vernunft fehlen.“<sup>114</sup>

Ganz im Gegenteil wird sich ein externes Verwaltungsratsmitglied sehr wohl überlegen müssen, ob es nicht – im Sinne eines Opting-Up – auf einer *ordentlichen Revision* bestehen soll, selbst wenn nach Gesetz die eingeschränkte Revision genügen würde.

## 9. Recht auf Beizug von Fachleuten

Üblich ist es mittlerweile, in Organisationsreglementen explizit vorzusehen, dass der Verwaltungsrat und seine Ausschüsse *externe Fachleute* beiziehen können.<sup>115</sup> Zumindest darauf sollte ein externes Verwaltungsratsmitglied bestehen. Komfortabler ist das – allenfalls im Mandatsvertrag auszuhandelnde – Recht, auch individuell, als *einzelnes Mitglied* fachkundigen Beistand anzufordern, wenn dies für eine sorgfältige Amtsführung geboten ist.

<sup>112</sup> Dass die Abstützung auf vom Obligationenrecht abweichende Standards verantwortungswirtschaftlich auch Fragen aufwirft, erwähnt PFEIFER MICHAEL, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, AJP 2009, 12 ff., 20.

<sup>113</sup> Art. 727a Abs. 2 OR.

<sup>114</sup> PFEIFER (FN 112), 21.

<sup>115</sup> Ein Recht, das diesen Gremien freilich ohnehin zukommt.

## 10. Besonderes Augenmerk auf öffentlich-rechtliche Abgaben und Beiträge

a) Bekanntlich haben das Eidgenössische Versicherungsgericht und nun die zuständige sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in einer aussergewöhnlich strengen Praxis aus der Haftung des Arbeitgebers für absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften eine Haftung der *Organpersonen* der arbeitgebenden AG gemacht, die einer *Kausalhaftung* nahe kommt.<sup>116</sup> Die wohl einhellige Lehre hat dies als weltfremd und unfair bezeichnet.<sup>117</sup> Die Kritik blieb ungehört und wird es wohl auch weiterhin bleiben. So führt das Bundesgericht in einem neueren Entscheid freimütig aus:

„Die in Art. 52 aAHVG erwähnte Grobfahrlässigkeit ist von der Rechtsprechung sehr breit zugelassen ... Nach der Praxis handelt jener Arbeitgeber grobfahrlässig, der nicht die Sorgfalt walten lässt, welche man in der Geschäftsführung im Allgemeinen von einem Arbeitgeber der gleichen Kategorie erwarten darf und muss.“<sup>118</sup>

Das steht zwar im Widerspruch zum Gesetz und ist sicher nicht, was Lehre und Praxis herkömmlich unter Grobfahrlässigkeit verstehen, aber es ist konstante Praxis des obersten Gerichts, kombiniert mit hohen Erwartungen an die „Arbeitgeber der gleichen Kategorie“:

„Im Falle einer Aktiengesellschaft gilt es prinzipiell, strenge Massstäbe an die Aufmerksamkeit der Gesellschaft als Arbeitgeberin hinsicht-

<sup>116</sup> Insbes. Art. 52 AHVG; BGE 132 III 523 (Pra 2007, Nr. 32) E. 4.5, 114 V 219 E. 3 (bestätigt in 129 V 11 E. 3); speziell für das fiduziarisch tätige Mitglied des Verwaltungsrates einer Tochtergesellschaft BGE 112 V 1. BÖCKLI (FN 39), § 13 N 572 f. und § 18 N 156a, spricht von einer eigentlichen „Garantenhaftung“. Vgl. zum Ganzen auch GRONER ROGER, Art. 52 AHVG – Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung, SZW 2006, 81 ff.; HÄRING DANIEL/HOCHSTRASSER CHRISTIAN, Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG: Faktische Organstellung und Grenzen der Haftung, GesKR 2009, 246 ff.; NUSSBAUMER THOMAS, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP 1996, 1071 ff.; REICHMUTH MARCO, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich 2008, insbes. 173 ff.

<sup>117</sup> So spezifisch für den Konzernkontext DRUEY/VOGEL (FN 10), 377 f.; allgemein etwa FORSTMOSER PETER/SCHOTT BERTRAND, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften) und im Wertpapierrecht, SJZ 2006, 482 ff., 484.

<sup>118</sup> BGE 132 III 523 (Pra 2007, Nr. 32) E. 4.6.

lich der Befolgung der öffentlichrechtlichen Vorschriften über die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge anzulegen. Die gleichen Anforderungen drängen sich auch auf, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe der Arbeitgeberin einzuschätzen ...<sup>119</sup>

Daher bleibt dem externen Verwaltungsratsmitglied einer Konzerntochtergesellschaft nichts anderes übrig, als sich persönlich zu vergewissern, dass die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden,<sup>120, 121</sup> es sei denn, es handle sich – so allen Ernstes das Bundesgericht – um den „Sonderfall eines Grossunternehmens“<sup>122</sup>. Dieser Ratschlag ist jedenfalls dann unbedingt zu beherzigen, wenn sich eine Gesellschaft oder ihr Konzern in einer kritischen Lage befindet.

b) Für *Steuerschulden* besteht nach verschiedenen Bundesgesetzen in gewissen Fällen eine *solidarische Mithaftung* von Organpersonen, mithin eine Kausalhaftung.<sup>123</sup> Auch auf ihre Begleichung ist daher besonders zu achten,

<sup>119</sup> A.a.O., mit Hinweis auf einen weiteren Entscheid. – Milder gestimmt ist das Bundesgericht immerhin dann, wenn eine Organperson im Zuge eines zumindest nicht unrealistischen Versuchs, das Unternehmen zu retten, „zuerst die für dessen Überleben wesentlichen Forderungen der Arbeitnehmer und Lieferanten befriedigt, nicht aber gewisse Beitragsforderungen der Sozialversicherung“ (BGE 108 V 183 E. 2). Es kann dann ein Rechtfertigungs- oder zumindest Exkulpationsgrund vorliegen (a.a.O.; ähnlich BGer-Urteil 9C\_812/2007 vom 12. Dezember 2008, E. 3.2, wo freilich eine Exkulpation verneint wurde).

<sup>120</sup> Nach der Logik der Garantenhaftung geraten damit gerade die nicht exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrates in das „Fadenkreuz der Gerichtspraxis“ (BÖCKLI [FN 39], § 18 N 156a).

<sup>121</sup> Wasserdicht und praktikabel dürfte folgendes Vorgehen sein: In den Sitzungen des Verwaltungsrates wird das Thema „Sozialversicherungsbeiträge“ routinemässig traktandiert, und die Bezahlung wird dann aufgrund einer Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt festgestellt. Dies wird protokolliert.

<sup>122</sup> BGE 112 V 1 E. I.2b (unter Berufung auf BGE 103 V 120 E. 6, wo erklärt wird, es werde „einem Verwaltungsratspräsidenten einer Grossfirma nicht als grobfahrlässiges Verschulden angerechnet werden können, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft, sondern nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im Allgemeinen überprüft ... und daher beispielsweise nicht beachtet, dass in Einzelfällen die Abrechnung über Lohnbeiträge nicht erfolgt ist.“).

<sup>123</sup> Beispielsweise nach Art. 55 DBG und Art. 32 Abs. 1 MWStG

und es ist mehr zu tun, als nach gesundem Menschenverstand zu erwarten wäre.<sup>124</sup>

## 11. Versicherungsschutz

Durch Versicherungsdeckung – im Rahmen einer selbst abgeschlossenen Individualversicherung oder durch eine von der Gesellschaft oder ihrer Obergesellschaft bereitzustellende D&O-Versicherung – kann das persönliche Haftungsrisiko wirksam eingegrenzt, aber nicht gänzlich eliminiert werden.<sup>125</sup>

## 12. Der Rücktritt als *ultima ratio*

Zur Risikobegrenzung bleibt schliesslich als *ultima ratio* der Rücktritt. Er wird dem externen Verwaltungsratsmitglied leichter fallen als demjenigen, der im Konzern vollamtlich tätig ist.

Zwar ist es richtig, die Flinte nicht gleich ins Korn zu werfen. Solange man sich aktiv für die Behebung von Mängeln einsetzt, bleibt auch das Haftungsrisiko limitiert.<sup>126</sup> Sollten aber Unzulänglichkeiten trotz Anmahnung nicht behoben werden oder sollte man Geschäftspolitik oder Unternehmenskultur nicht mehr mittragen können, dann ist Loyalität fehl am Platz.

## V. Künftiges Recht und rechtspolitische Anliegen

Das schweizerische Aktienrecht ist in Bewegung. Eine kleine Revision ist im Huckepack-Verfahren vor kurzem zusammen mit der GmbH-Revision ver-

<sup>124</sup> Nach einigen Ordnungen können sich die Haftpflichtigen befreien, wenn ihnen der Nachweis gelingt, alles ihnen Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderungen getan (Art. 32 Abs. 3 MWStG) oder alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet zu haben (Art. 55 DBG).

<sup>125</sup> Vgl. dazu den Beitrag von LUTERBACHER THIERRY in diesem Band sowie HALLER (FN 97), *passim*.

<sup>126</sup> Erheblich bleibt aber die Gefahr, im Kreise der Schuldigen und Unschuldigen trotzdem eingeklagt zu werden, mit allen daraus folgenden Unannehmlichkeiten.

abschiedet und per 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt worden.<sup>127</sup> Die grosse Revision<sup>128</sup> wird zurzeit im Parlament beraten.

## 1. Künftiges (und vor Kurzem revidiertes) Recht

a) Grosse Veränderungen sind für den externen Verwaltungsrat einer Konzerntochtergesellschaft und sein Haftungsrisiko weder infolge der soeben in Kraft gesetzten kleinen noch aufgrund der bevorstehenden grossen Aktienrechtsreform zu erwarten.<sup>129</sup>

- Es wird weiterhin kein Konzernrecht geben.
- Art. 716a OR bleibt – wenn man von der Pflicht zum Erlass eines Vergütungsreglements und -berichts bei kotierten Gesellschaften absieht<sup>130</sup> – unverändert.
- Art. 754 OR – die Haftungsnorm für die Mitglieder des Verwaltungsrats – wird nicht angetastet.

b) Trotzdem werden *Verschärfungen* vorausgesagt, und dies wohl nicht zu Unrecht.<sup>131</sup>

- Durch die bereits erfolgte gesetzliche Verankerung einer Pflicht zur *Risikobeurteilung* wird zwar nichts Neues verlangt, aber die explizite Erwähnung im Gesetz – auch wenn der Eintritt durch die Hintertür

<sup>127</sup> FORSTMOSER PETER, Von der Schildkröte zum Hasen, Beschleunigung im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren, in: HOTZ/MATHIS (Hrsg.), Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, Zürich 2008, 161 ff., *passim*.

<sup>128</sup> Botschaft 2007 (FN 67) sowie Entwurf (BBl 2008, 1751 ff.).

<sup>129</sup> Zu den Auswirkungen der Aktienrechtsrevisionen auf die Haftung des Verwaltungsrates und seiner Mitglieder im Allgemeinen vgl. ausführlich PFEIFER (FN 112), *passim*.

<sup>130</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2a E-OR (nach dem Beschluss des Ständerates 2009).

<sup>131</sup> PFEIFER (FN 112), 15 m.H. auf verschiedene Autoren, welche in dieser Hinsicht keine Veränderungen festgestellt haben.

erfolgt ist<sup>132</sup> – könnte dazu führen, dass Gerichte darauf vermehrt ihr Augenmerk richten.<sup>133</sup>

- Dasselbe gilt für die Erwähnung des *internen Kontrollsystems*, die ebenfalls nicht an der Stelle erfolgt, an der sie systematisch zu erwarten wäre, nämlich bei den Pflichten des Verwaltungsrates, sondern bei den Anforderungen an den Bericht der Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision.<sup>134</sup>
- Die für die Zukunft vorgeschlagenen Verschärfungen der *Rechnungslegungsvorschriften* könnten erhöhte Anforderungen auch an den Verwaltungsrat stellen, erweiterte *Anzeigepflichten bei Kapitalverlust* ebenfalls.<sup>135</sup>
- PETER V. KUNZ erwartet eine Verschärfung der Haftungssituation fiduziarischer Verwaltungsratsmitglieder aufgrund der vorgeschlagenen *Verschiebung vom Leitungs- zum „Control“-Prinzip* im Konzernrecht.<sup>136</sup>
- Ein erhebliches Zusatzrisiko könnte sich vor allem aus der *Neuordnung der Solidarität* zwischen den Exekutivorganen einerseits und der Revisionsstelle auf der anderen Seite ergeben: Die vorgeschlagene Regelung könnte nicht selten über eine Einschränkung der Solidarität hinausgehen und die Haftung der Revisionsstelle ganz aufheben – mit der Folge, dass um so härter gegen die Exekutivorgane vorgegangen wird.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> Dadurch nämlich, dass in Art. 663b Ziff. 12 OR vorgeschrieben wird, im Anhang „Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung“ zu machen.

<sup>133</sup> VOGT HANS-UELI, Neue Haftungsrisiken für die Revisionsstelle aufgrund des neuen Revisionsrechts?, in: WEBER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, 111 ff., 118 ff. Für kleinere Unternehmen soll dieses Erfordernis im Rahmen der zurzeit beratenen Aktienrechtsrevision wieder aufgehoben werden (Botschaft 2007 [FN 67], 1717 f.).

<sup>134</sup> VOGT, a.a.O. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

<sup>135</sup> PFEIFER (FN 112), 20.

<sup>136</sup> KUNZ PETER V., Status Quo der „grossen Aktienrechtsrevision“, Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: KUNZ/JÖRG/ARTER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, 125 ff., 158 (FN 228).

<sup>137</sup> In Art. 759 Abs. 1<sup>bis</sup> E-OR wird vorgeschlagen, dass Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mit verursacht haben, nur bis zu dem Betrag haften, „für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten“. Im Verbund mit grober Fahrlässigkeit auf Seiten von Exekutivorganen

## 2. Ein Desideratum für die Aktienrechtsreform

Für die laufende Reform wird man sich damit abfinden müssen, dass – ob zu Recht oder zu Unrecht bleibe dahingestellt – ein umfassendes Konzernrecht nicht an die Hand genommen wird.

Aber vielleicht ist es nicht zu spät für einen Vorschlag zur punktuellen Erweiterung der konzernspezifischen Vorschriften:<sup>138</sup>

Es wurde – wie erwähnt – vielfach und zu Recht moniert, dass der Katalog der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates für die Konzerntochtergesellschaft nicht passt. Dass die in der Lehre vorgeschlagenen Lösungsversuche dem Praxistest standhalten, ist – wie ebenfalls gezeigt<sup>139</sup> – zweifelhaft.

Die Gelegenheit der Aktienrechtsreform sollte daher dazu genutzt werden, einen *besonderen Pflichtenkatalog für Verwaltungsräte von Konzernuntergesellschaften* gesetzlich festzuschreiben, als Spezialnorm zu Art. 716a OR und allenfalls verbunden mit flankierenden Massnahmen.

---

führt dies zu einer *Aufhebung und nicht zu einer Differenzierung* der Solidarität. Vgl. BÖCKLI (FN 39), § 18 N 519a ff.; PFEIFER (FN 112), 15 ff.; WATTER ROLF/GARBARSKI ANDREW M., La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme: changement de paradigme?, SZW 2009, 235 ff.; WIDMER DIETER/CAMPONOVO RICO A., Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, Ein Schritt in die richtige Richtung zur Lösung der Haftungsfrage, ST 2008, 110 ff.

<sup>138</sup> VON BÜREN (FN 10), 71 f., 88 ff. und 106 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 10), § 60 N 13 ff.

<sup>139</sup> Vorne, Ziff. III.2.



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

---

Herausgeber:  
Rolf H. Weber / Peter R. Isler

## Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V



Schulthess § 2010