www.jusletter.ch

Pascal Zysset

2012 – Das Ende des fiduziarischen Verwaltungsrats?

Seit längerem wird heftig über die Aktienrechtsrevision im Allgemeinen und insbesondere auch über die Abzocker-Initiative debattiert. Nur eine untergeordnete Bedeutung spielte bisher die konzernrechtliche Thematik. Gerade im Bereich fiduziarischer Verwaltungsräte wird diese einschneidende Änderungen in der Praxis mit sich bringen – die Schweiz ist drauf und dran, ein etabliertes konzernrechtliches Führungsinstrument zu verbieten. Der Autor legt die Auswirkungen der Initiative betreffend dieses Problemfelds dar, stellt rechtsvergleichende Überlegungen an und zeigt Fragestellungen in der Umsetzung auf.

Rechtsgebiet(e): Aktienrecht; Bankrecht; Rechtsvergleichung; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Pascal Zysset, 2012 – Das Ende des fiduziarischen Verwaltungsrats?, in: Jusletter 24. Oktober 2011

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77 Editions Weblaw

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Der fiduziarische Verwaltungsrat nach geltendem Schweizer Aktienrecht
III. Rechtsvergleichung
1. Grundlegendes zur Rechtsvergleichung
2. Deutschland
a) Gegenstand des Vergleichs
b) Vorstand
c) Aufsichtsrat
d) Beschränkung von Mehrfachmandaten
e) Weitere Beschränkungen
f) Zusammenfassung
3. Frankreich
a) Gegenstand des Vergleichs
b) Société anonyme
c) Société par actions simplifiée
d) Beschränkung von Mehrfachmandaten
e) Weitere Beschränkungen
f) Zusammenfassung
4. Vereinigtes Königreich
a) Wesen des common law
b) Gegenstand des Vergleichs
c) Board of directors
d) Beschränkungen
f) Zusammenfassung
5. Zwischenfazit
IV. Der fiduziarische Verwaltungsrat gemäss Abzocker-Initiative
1. Problematik
2. Durchsetzungsmöglichkeiten im Privatrecht
a) Gesetzliche Umsetzung
b) Beweislast
c) Behandlung des betreffenden Vertrages
3. Durchsetzungsmöglichkeiten im Strafrecht
4. Exkurs: Durchsetzungsmöglichkeiten bei börsenkotierten Banken
V. Fazit
Literaturverzeichnis
Materialien

I. Einleitung

[Rz 1] Das mesoamerikanische indigene Volk der Maya bediente sich eines Kalenders, dessen Zeitrechnung erheblich von derjenigen der übrigen Welt abwich.[1] Er endet am 21. Dezember 2012,[2] weshalb von verschiedenen Kreisen der Weltuntergang für dieses Datum prophezeit wird. Zu diesem Anlass hat in den USA ein Privatunternehmen bereits begonnen, die ersten Schutzbunker zu bauen.[3]

[Rz 2] Gut 9'500km weiter nordöstlich des Ursprungs dieses Kalenders wird immer noch über die sog. «Abzocker-Initiative»[4] debattiert. Neben politisch und emotional hochstehenden Diskussionen[5] gibt es dabei auch reichlich Zündstoff für juristische Probleme. Am 2. April 2008 wurde die genannte Initiative eingereicht. Zwischenzeitlich stand zur Debatte, Initiant Thomas Minder würde die Initiative bei einer entsprechenden Überarbeitung des Entwurfs zur Aktienrechtsrevision zurückziehen.[6] Der entsprechende Antrag scheiterte aber im Nationalrat in der Frühlingssession 2010.[7] In der letztjährigen Sommersession stimmte der Stände- wie auch der Nationalrat einer Verlängerung der Behandlungsfrist um ein Jahr (Art. 105 Abs. 1 ParlG) zu.[8] Da auch in dieser Zeit zwischen den Räten – vor allem aufgrund der aufgekommenen Frage einer Bonussteuer in einem indirekten Gegenvorschlag[9] – keine Einigung erzielt werden konnte, wurde die Frist in der diesjährigen Sommersession ein zweites (und somit letztes[10]) Mal verlängert.[11] Somit bleibt dem Parlament bis zum 26. August 2012 Zeit, einen überarbeiteten Gegenvorschlag zu präsentieren. Das bedeutet auch, dass mit einer Abstimmung gegen Ende 2012 zu rechnen ist. Diese Feststellung lässt nun ein temporales Zusammentreffen mit der zu Beginn erwähnten Thematik aufkommen: Was hat der Maya-Kalender mit dem Volksentscheid über die Abzocker-Initiative zu tun? Wie in Kapitel IV zu sehen sein wird, ergeben sich einschneidende Auswirkungen für den fiduziarischen Verwaltungsrat. Im Vorfeld sollen aber einige Erläuterungen zu diesem Modell nach geltendem Recht erfolgen (Kapitel II), mit einer Gegenüberstellung weiterer Rechtsordnungen in einem rechtsvergleichenden Teil (Kapitel III). Abgerundet wird diese Abhandlung mit einem Fazit (Kapitel V).

[Rz 3] Der Unterzeichner will im vorliegenden Aufsatz keine politische Stellung beziehen, sondern lediglich aufzeigen, welche Probleme – in casu in konzernrechtlicher Hinsicht – sich bei einer Annahme der Vorlage in der Praxis stellen werden. In stilistischem Zusammenhang wird zur Förderung der Lesbarkeit konsekutiv nur die grammatikalisch männliche

---

1 Für weitere Hinweise Aimi, Maya und Azteken, 107 und Aveni, The end of time, 69, 72 f. und 75 f.

2 Aimi, Maya und Azteken, a.a.O. Es wird in diesem Zusammenhang auch immer wieder der 23. Dezember 2012 ins Spiel gebracht. Die Unterschiede rühren daher, dass je nach Gegenüberstellung des Maya-Kalenders mit dem heute bei uns geltenden das eine oder andere Datum massgebend ist, zu alldem Aveni, The end of time, 1.

3 Andres Wysling, Bereitmachen zum Weltuntergang. US-Unternehmer baut Schutzräume für die angekündigte Katastrophe, NZZ Online vom 29. April 2010.

4 Vgl. zum Initiativtext Zusatzbotschaft Aktienrecht, 304 f. und Rz. 59. Kunz Peter V., Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, Bern 2011, 193 spricht im Zusammenhang mit dem zeitlichen Aspekt der Revision von einem «politischen Trauerspiel».

5 AB 2010 N vom 11. und 17. März 2010, 328 ff., 336 ff. und 435 ff.; AB 2009 S vom 9. und 11. Juni 2009, 601 ff. und 719.

6 Dazu NZZ Online vom 10. Februar 2010: Minder spannt mit der SVP zusammen. Rigide Aktienrechtsreform als Bedingung für den Rückzug der «Abzocker»-Initiative.

7 AB 2010 N vom 11. März 2010, 333.

8 AB 2010 S vom 1. Juni 2010, 396; AB 2010 N vom 2. Juni 2010, 723.

9 Vgl. nur die Beratungen im Ständerat am 12. September 2011, dazu NZZ Online vom 12. September 2011: Der Ständerat bleibt bei der Bonussteuer. Klares Ja beim indirekten Gegenvorschlag zur Abzocker-Initiative.

10 Da es hier um die Differenzbereinigung geht, kann Art. 105 Abs. 1bis ParlG zur Hilfe genommen werden.

11 AB 2011 N vom 1. Juni 2011, 876; AB 2011 S vom 7. Juni 2011, 467.

Form verwendet, obwohl natürlich immer Personen beider Geschlechter gemeint sind.

II. Der fiduziarische Verwaltungsrat nach geltendem Schweizer Aktienrecht

[Rz 4] War nach früherer Auffassung noch umstritten, inwieweit dieses vom Gesetz nicht ausdrücklich (vgl. nur Art. 707 Abs. 3 OR) geregelte Institut gültig abgeschlossen werden kann,[12] so wird dessen Validität heute doch weitgehend anerkannt.[13] Selbstredend findet die Zulässigkeit ihre Schranken in Art. 717 OR.[14]

[Rz 5] Der fiduziarische Verwaltungsrat[15] wird mit «Scylla und Charybdis» in Verbindung gebracht.[16] Auch wenn nicht die griechische Mythologie, sondern eine andere Hochkultur den Anstoss zu diesem Aufsatz gegeben hat, ist diesem Vergleich zu folgen. Es ist von einem Dreiparteienverhältnis auszugehen. Dabei ist der fiduziarische Verwaltungsrat im Konzernverhältnis[17] als formelles Organ[18] der abhängigen Gesellschaft einerseits in einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung mit ebendieser AG und andererseits besteht eine vertragliche Obligation (pactum fiduciae)[19] mit dem herrschenden Unternehmen. Es kann zudem vorkommen, dass der fiduziarische Verwaltungsrat als Doppelorgan zweier Gesellschaften auftritt.[20]

[Rz 6] Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR hat ein Verwaltungsrat eine Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft, in welcher er als Organ auftritt. Diese Pflichten sind solange lediglich als «Scylla» zu betrachten, als sich die Interessen des herrschenden Unternehmens als Treugeber mit den gesetzlichen Verpflichtungen des fiduziarischen Verwaltungsrats als Treunehmers decken oder zumindest vereinbaren lassen. «Charybdis» tritt dabei erst hinzu, wenn ein sog. Interessenkonflikt[21] entsteht. Stellvertretend für diese Gefahren droht zur einen Seite die sofortige Abberufung durch den Auftraggeber (Art. 404 Abs. 1 OR)[22] und zur anderen, durch die Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR), die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 Abs. 1 OR.[23]

---

[12] Vgl. nur Homburger, Zürcher Kommentar, N 921 ff. zu Art. 717 OR.

[13] Mutmasslicher Begründer dieser Auffassung ist Gautschi, Fiduziarische Rechtsverhältnisse, 303 f. Ihm folgend die neue Lehre um Bazzani, Schadloshaltung, 9 f.; Böckli, Aktienrecht, § 13 N 619; von Büren, Konzern, 172 f.; Hänni, Fiduciary Duty, 271 und Lazopoulos, Interessenkonflikte, 73 f. und 78; vgl. auch Urteil BGer 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003, E. 6; Rizvi, Kompetenzen, N 476; Roth Pellanda, Organisation, N 330.

[14] Bazzani, Schadloshaltung, 11 f.; Lips-Rauber, Rechtsbeziehung, 57; vgl. auch Druey, Organisationsnetzwerke, 133.

[15] Die Terminologie ist in der Lehre z. T. uneinheitlich. Es taucht auch der Begriff des abhängigen Verwaltungsrats auf, der wiederum teilweise als Synonym für den fiduziarischen Verwaltungsrat gebraucht wird, nach einer weiteren Auffassung aber auch eine andere Bedeutung erlangen kann. Eine Übersicht dazu bei Lips-Rauber, Rechtsbeziehung, 10 f. oder Sommer, Treuepflicht, 233.

[16] So von Büren, Konzern, 171.

[17] Es gibt weitere Gründe für den Auftritt eines fiduziarischen Verwaltungsrats, wie etwa solche des Domizils (Art. 718 Abs. 3 OR) oder der Anonymität des Fiduzianten, von Büren, Konzern, 173 Fn. 563; Lazopoulos, Interessenkonflikte, 15; Watter/Roth Pellanda, Basler Kommentar, N 3 zu Art. 716a OR.

[18] Zu diesem Begriff Bärtschi, Verantwortlichkeit, 99, 100 und 106; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 19 N 17; Ruedin, Droit des sociétés, N 714; Schiltknecht, Arbeitnehmer, 129; Vetter, Organbegriff, 18; vgl. auch von Büren, Konzern, 170; Peter/Cavadini, Commentaire Romand, N 21 und N 24 zu Art. 707 OR; Sommer, Treuepflicht, 29; Wernli, Basler Kommentar, N 40 zu Art. 707 OR.

[19] Dabei handelt es sich um ein Auftrags-, Arbeitsvertrags- oder Aktionärbindungsvertragsverhältnis, Bazzani, Schadloshaltung, 13, 18 und 23; Lips-Rauber, Rechtsbeziehung, 33 ff.; Roth Pellanda, Organisation, N 330; Watter /Roth Pellanda, a. a. O.; vgl. auch Vögeli/Geiger, Verwaltungsräte, 76; teilweise a. M. Lazopoulos, Interessenkonflikte, 27 ff., der auch rein gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnisse als genügende Grundlage erachtet. Die durch dieses Verhältnis begründete Weisungsgebundenheit muss eine rechtliche sein und ist somit abzugrenzen von der rein faktischen, wo gerade kein pactum fiduciae vorliegt, dazu Sommer, Treuepflicht, 244 f.

[20] Bärtschi, Verantwortlichkeit, 265; Bazzani, Schadloshaltung, 24 f.; von Büren, Konzern, 169 ff.; Lazopoulos, Interessenkonflikte, 28 und 198; Sommer, Treuepflicht, 317. In diesem Zusammenhang wird die Problematik des Selbstkontrahierens und des Insichgeschäfts aktuell, Wernli, Basler Kommentar, N 43 zu Art. 707 OR m. w. H. Im Konzernverhältnis ist dabei beachtenswert, dass eine stillschweigende Ermächtigung dieser grundsätzlich verbotenen Geschäfte angenommen wird, Escher Arnold et al., ZR 1978, Entscheid 44, 126–129, 128; bestätigt in BGE 127 III 332 E. 2c S. 336; vgl. auch Brand Patric Alessander, Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, in: Jusletter 22. August 2011, Rz. 94 Fn. 219 m. w. H.; Kissling, Mehrfachverwaltungsrat, N 225; einschränkend Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 30 N 127 (Ausnahme soll nur bei vollständiger Beherrschung einschlägig sein). Dies hat insbesondere im Zivilprozess Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast. Es ist davon auszugehen, dass durch die Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung eine natürliche Vermutung (praesumptio hominis, vgl. dazu Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, N 759; Guyan Peter, Art. 150–159 und 169–176 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 13 zu Art. 157 ZPO; Leu, DIKE-Komm-ZPO, N 120 ff. zu Art. 154 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 18 N 57) geschaffen wird. Die prozessrechtlichen Auswirkungen gehen diesfalls allerdings nur bis zur Beweiswürdigung und lassen die Annahme einer Beweislastumkehr nicht zu (Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, N 760; Leu, DIKE-Komm-ZPO, N 121 zu Art. 154 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 18 N 60).

[21] Dazu Bärtschi, Verantwortlichkeit, 264; de Capitani, Verwaltungsrat, 348; Forstmoser, Integration, 391 f.; Homburger, Zürcher Kommentar, N 938 zu Art. 717 OR; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 24 N 51; Sommer, Treuepflicht, 246 f.; Vetter, Organbegriff, 205; Vögeli/Geiger, Verwaltungsräte, 77 f.; vgl. auch Abegglen, Bankkonzern, 670; Forstmoser, Verwaltungsratsmitglied, 19.

[22] Gesellschaftsrechtlich kann dabei eine Abberufung nur durch einen Entscheid der Generalversammlung herbeigeführt werden (Art. 705 Abs. 1 OR), von Büren, Konzern, 170. In einem Konzernverhältnis mit Mehrheitsbeteiligung am abhängigen Unternehmen kann dieser aber eine lediglich formelle Schranke beigemessen werden.

[23] Vgl. Abegglen, Bankkonzern, 669; Bärtschi, Verantwortlichkeit, 106 und 264; de Capitani, Verwaltungsrat, a. a. O.; Gautschi, Fiduziarische Rechtsverhältnisse, 303; Homburger, Zürcher Kommentar, N 928 zu Art. 717 OR m. w. H.; Kunz, Minderheitenschutz, § 14 N 78; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 24 N 50; Peter/Cavadini, Commentaire Romand,

[Rz 7] Nun fragt sich der kritische Leser zu Recht, warum denn in der Konzernpraxis, trotz einer juristisch derart kritischen Lage, das Modell des fiduziarischen Verwaltungsrats in dieser Häufigkeit auftritt.[24] Zur Begründung ist an der Wurzel, nämlich beim Konzernbegriff (Art. 663e Abs. 1 OR in initio),[25] anzusetzen. Demnach muss die geforderte Beherrschung durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise erfolgen. Letzteres kann nach h. L. durch Stimmenmehrheit im Verwaltungsrat, Beherrschung durch die Geschäftsleitung, vertragliche Abrede oder wirtschaftliche Abhängigkeit des herrschenden vom abhängigen Unternehmen erreicht werden.[26] Häufig tauchen diese Varianten auch in Verbindung miteinander auf.[27] Vorliegend interessiert der nach schweizerischer Konzernstrategie allgegenwärtige Fall[28] der Stimmenmehrheit im Verwaltungsrat. Hier versucht das potentiell herrschende Unternehmen durch Einsitz eines weisungsgebundenen Vertreters im Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens auf die strategisch wichtigen Entscheide (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) dieses Einfluss zu nehmen.[29] Der Grund, weshalb sich das herrschende Unternehmen dabei einer natürlichen Person bedienen muss, liegt in Art. 707 Abs. 3 OR, welcher einer juristischen Person die Wahl in den Verwaltungsrat verbietet.[30] Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine solche[31] Beherrschung einer Gesellschaft ohne ein Zurückgreifen auf das Modell des fiduziarischen Verwaltungsrats nicht möglich ist.

III. Rechtsvergleichung

1. Grundlegendes zur Rechtsvergleichung

[Rz 8] Nicht zuletzt durch die zunehmende Globalisierung[32] sind heute rechtsvergleichende Überlegungen unerlässlich.[33] Gerade im Gesellschaftsrecht, welches sich in einem ausgeprägten internationalen Umfeld vorfindet, drängt sich ein Blick über das nationale Recht hinaus auf; dies sowohl bei der Rechtssetzung sowie auch der Rechtsanwendung.[34] Vorliegend beschränkt sich der Autor mit der Auseinandersetzung ausländischen Rechts für die Rechtssetzung. Aspekte der Rechtsvergleichung in der Rechtsanwendung können vorliegend für das Aktienrecht de lege ferenda noch nicht Thema sein, da abgewartet werden muss, wie die allenfalls angenommene Initiative umgesetzt wird. Je nach Regelung wird es dann gar nicht nötig sein, auf die Rechtsvergleichung in der Rechtsanwendung zurück zu greifen.[35] Im Rahmen der Rechtssetzung geht es darum, sich durch die einheimische Regelung einen Standortvorteil zu verschaffen[36] oder – gewissermassen als Kehrseite der Medaille – einen allfälligen Standortnachteil zu vermeiden.[37] In der Schweiz ist dieses Denken gerade für einen auch zukünftig attraktiven Finanzplatz erstrebenswert.[38]

N 24 f. zu Art. 707 OR; Rizvi, Kompetenzen, N 477; Sommer, Treuepflicht, 231 und 321; Vetter, Organbegriff, 205 f.; Vischer, Schadloshaltungsklauseln, 491; Vischer/Borsari, Sorgfalts- und Treuepflicht, Verantwortlichkeit eines fiduziarischen Verwaltungsratsmitglieds, GesKR 2008, 378–381, 380; Wernli, Basler Kommentar, N 37 zu Art. 707 OR. Wenn man beachtet, dass der Geldfluss im Konzern immer nach oben hin zum herrschenden Unternehmen zeigen sollte – die Publikumsaktionäre dort wollen aufgrund ihrer Dividende einen möglichst hohen Gewinn ausweisen – ist in praxi recht bald ein Interessenkonflikt entstanden, von Büren, Konzern, 159; Handschin, Konzern, 93. Absicherung davon verspricht nur eine 100%-Beteiligung, da dadurch die Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage vermieden werden kann, Bärtschi, Verantwortlichkeit, 268; Forstmoser, Integration, 392; Forstmoser, Verwaltungsratsmitglied, 26; Kissling, Mehrfachverwaltungsrat, N 421; vgl. auch Abegglen, Bankkonzern, 671; Druey, Organisationsnetzwerke, 135; Forstmoser, Corporate Governance, 163 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 N 167; Hänni, Fiduciary Duty, 67 f.; Kunz, Minderheitenschutz, § 14 N 19; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 24 N 52; Roth Pellanda, Organisation, N 366. Die Gesellschaft als einzig aktivlegitimierte Partei (vgl. Art. 756 Abs. 1 OR) wird in diesem Falle eine Klageerhebung unterlassen, da nämlich der gesamte Verwaltungsrat weisungsgebunden ist. Heikel für den weisungsgebundenen Verwaltungsrat wird es dabei nur im Falle eines Konkurses, da die Klageerhebungsmöglichkeit diesfalls auf die Konkursmasse (Art. 757 Abs. 1 OR) und allenfalls die Gläubiger (Art. 757 Abs. 2 OR) erweitert wird.

24 Von Büren, Konzern, 171 geht gar davon aus, dass der fiduziarische Verwaltungsrat dem Inventar jedes Konzerns zugehörig ist; ähnlich Roth Pellanda, Organisation, N 364 und Sommer, Treuepflicht, 303.

25 Diese Bestimmung wird de lege ferenda in Art. 963 eOR zu finden sein, vgl. Entwurf Aktienrecht, 1800. Die Revision des Rechnungslegungsrechts ist im Übrigen politisch weit weniger umstritten und wurde den anderen Themen der Aktienrechtsrevision zeitlich vorgezogen, vgl. Zysset, Bonuszahlungen, Rz. 123.

26 Von Büren, Aktienrecht, N 1557 ff.; von Büren, Konzern, 79 ff.; Kunz, Minderheitenschutz, § 14 N 11 f.; vgl. auch Forstmoser, Integration, 388 f.

27 Von Büren, Aktienrecht, N 1562.

28 Anders etwa in Deutschland, wo etliche vertraglich beherrschte Konzerne anzutreffen sind, vgl. von Büren, Aktienrecht, N 1559; Handschin, Konzern, 130.

29 Kissling, Mehrfachverwaltungsrat, N 13 ff. spricht von einer Netzwerkfunktion.

30 Vgl. auch Bazzani, Schadloshaltung, 6; Beyeler, Konzernleitung, 84; von Büren, Konzern, 79; Druey/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 13 N 33; Hänni, Fiduciary Duty, 67; Vetter, Organbegriff, 195 f. und 204; Wernli, Basler Kommentar, N 32 zu Art. 707 OR.

31 Gemeint ist eine Beherrschung durch direktes Eingreifen auf operativer Ebene.

32 Vgl. dazu Kunz, Einführung, 45 f.; ders., Instrumente, 33 und 40; vgl. auch Rusch, Rechtsvergleichung, N 1.

33 Kunz, Einführung, 37; ders., Minderheitenschutz, § 1 N 309 a. E.

34 Kunz, Einführung, 40; Ruedin, Droit des sociétés, N 164; vgl. auch Kunz, Instrumente, 35. Dem Begleitbericht zum Vorentwurf des Aktienrechts ist zu entnehmen, dass der Rechtsvergleichung in diesem Gebiet erhebliche Bedeutung beigemessen wird, vgl. Kunz, Einführung, 45.

35 So werden rechtsvergleichende Aspekte in der Rechtsanwendung gebraucht um die inländischen Auslegungsinstrumente zu ergänzen oder zusätzlich zu veri- bzw. falsifizieren, Kunz, Einführung, 43.

36 Kunz, Einführung, 46; ders., Instrumente, 41 und 48; Rusch, Rechtsvergleichung, N 6 und 11.

37 Als Vergleichsbasis (Stand 10. Dezember 2010) ist vom weltweit siebtwichtigsten Finanzplatz auszugehen, Aussenpolitischer Bericht, 1116.

38 Vgl. Aussenpolitischer Bericht, 1127 ff.

[Rz 9] Umschrieben nach der Funktionalität[39] soll in diesem Kapitel eruiert werden, ob und wie ein herrschendes Unternehmen via ein Exekutivorgan[40] des abhängigen Unternehmens eine Leitung[41] durchsetzen kann. Diese Fragestellung impliziert auch, dass vorliegend nur Aspekte der Mikrovergleichung[42] Thema sind.

[Rz 10] Die Auswahl der hier für einen Rechtsvergleich behandelten Länder kommt nicht von ungefähr, gehören doch gerade die Deutsche Börse in Frankfurt und die London Stock Exchange (LSE) zu den weltweit bedeutendsten Handelsplätzen.[43] Die Bourse de Paris ist überdies durch den Zusammenschluss mit den Börsen von Amsterdam, Lissabon und Brüssel zur Euronext mit Sitz in Frankreichs Hauptstadt zur grössten europäischen Börse herangewachsen.[44] Zudem wird mit dem deutschen, französischen und britischen Vergleich je eine Rechtsordnung des germanischen,[45] angloamerikanischen[46] und romanischen Rechtskreises[47] näher behandelt.[48]

2. Deutschland

a) Gegenstand des Vergleichs

[Rz 11] Bei unserem nördlichen Nachbarn gelangt das sog. dualistische System – im Gegensatz zum monistischen der Schweiz[49] – zur Anwendung.[50] Auf der einen Seite ist der Vorstand (§§ 76 ff. AktG) zu erwähnen, der die eigentliche Geschäftsführung besorgt und dem die Vertretung nach aussen obliegt, während der Aufsichtsrat (§§ 95 ff. AktG) zur Bestellung und Überwachung des Vorstands kompetent ist.[51] Fraglich ist nun, welches dieser Organe im Rahmen einer rechtsvergleichenden Studie herangezogen werden muss[52] oder ob allenfalls gar beide für die Untersuchung als Grundlage dienen müssen. Hier könnte argumentiert werden, dass der Vorstand des AktG weitgehend der Geschäftsleitung des Schweizer Aktienrechts entspricht.[53] Da die Beherrschung im Konzern durch Entsendung von Geschäftsleitungsmitgliedern ins abhängige Unternehmen weder Gegenstand dieses Beitrags, noch Thema der Abzocker-Initiative[54] ist, könnte eine Abhandlung der Entsendung von Vorständen in Tochtergesellschaften ausgeklammert werden. Diese Logik würde allerdings ausser Acht lassen, dass erstens aufgrund von Art. 716a OR nicht alle Kompetenzen vom Verwaltungsrat an die Geschäftsleitung delegiert werden können[55] – der Katalog der unübertragbaren Aufgaben nach Schweizer Aktienrecht ist dabei weiter gezogen als jener in § 111 AktG (Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats).[56] Auch die Verantwortlichkeit durch die fehlende Organstellung der Geschäftsleitung – vom Spezialfall der Qualifikation als faktisches Organ abgesehen – ist anders gelagert als beim deutschen Vorstand (§ 93 AktG). Aus diesen Gründen drängt sich eine Auseinandersetzung mit beiden Organen auf.[57]

b) Vorstand

[Rz 12] § 76 Abs. 3 AktG bestimmt, dass Mitglieder des Vorstands natürliche Personen sein müssen. Juristische Personen sind demgegenüber von einer Mitgliedschaft ausgeschlossen.[58] Betreffend die Konzernrechtssituation muss im

[39] Vgl. dazu Ebert, Rechtsvergleichung, 26 ff.; Kunz, Einführung, 48; Rusch, Rechtsvergleichung, N 15; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 33.

[40] Zu diesem Begriff Forstmoser, Integration, 389 und Sommer, Treuepflicht, 27 (die Geschäftsleitung wird vorliegend ausgeblendet).

[41] In diesem Zusammenhang kann ausser Acht gelassen werden, ob im entsprechenden Staat das Leitungs- oder das Kontrollprinzip zur Anwendung gelangt.

[42] Zu diesem Begriff Kunz, Einführung, 48; Rusch, Rechtsvergleichung, N 13; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 4 f. Demnach geht es vorliegend um ein gezieltes Rechtsproblem (den fiduziarischen Verwaltungsrat), ohne dass etwa allgemeine Methoden des Umgangs mit dem Rechtsstoff behandelt werden.

[43] Vgl. Anfang dieses Jahres wurde zudem bekannt, dass sich die Deutsche Börse und die NYSE Euronext auf eine Fusion einigen konnten, vgl. NZZ Online vom 15. Februar 2011: Deutsche und New Yorker Börse schliessen sich zusammen.

[44] Die Euronext hatte bereits mit der New York Stock Exchange (NYSE) fusioniert, vgl. NZZ Online vom 2. Juni 2006: Erste trans-atlantische Börse. New Yorker Börse und Euronext einigen sich auf Fusion; NZZ Online vom 15. Februar 2011: Die NYSE Euronext.

[45] Vgl. Ebert, Rechtsvergleichung, 57 ff.

[46] Vgl. Ebert, Rechtsvergleichung, 68 ff.

[47] Vgl. Ebert, Rechtsvergleichung, 45 ff.

[48] Diese gehören im Übrigen zu den sog. «Mutterrechtsordnungen» ihrer Rechtskreise, Ebert, Rechtsvergleichung, 23; Kunz, Einführung, 49; vgl. auch Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 40 f.; kritisch Rusch, Rechtsvergleichung, N 22. Erwähnenswert ist auch, dass sich sowohl die Botschaft zum Aktienrecht 1983, 756 ff. und jene zum BEHG im Jahre 1993, 1433 ff. bereits mit rechtsvergleichenden Überlegungen zu den hier beschriebenen Nationen auseinandersetzten.

[49] Dieses monistische System ist allerdings geprägt von stark dualistischen Elementen, vgl. dazu eingehend Böckli, Aktienrecht, § 13 N 948 ff.; Bühler, Corporate Governance, N 451 f.

[50] Vgl. nur Böckli, Aktienrecht, § 13 N 536, 896 f. und 927 ff.; Vetter, Organbegriff, 55; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 25 N 10.

[51] Müller/König, GmbH und AG, 82; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 25 N 11 f.

[52] Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die Tatsache, dass die Mitgliedschaft im einen Organ jene im anderen ausschliesst gemäss § 105 AktG.

[53] Böckli, Aktienrecht, § 13 N 535 f.

[54] Geschäftsleitungsmitglieder sind gerade nicht wie von der Initiative geforderte (formelle) Organmitglieder, vgl. dazu Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 349.

[55] Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 16 N 405.

[56] Müller/König, GmbH und AG, 83 vergleichen denn auch den Aufsichtsrat mit den non-managing directors im monistischen System.

[57] Theissen Manuel René, Der Konzern. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung, 2. Aufl., Stuttgart 2000, 134 ff. spricht von aufsichts- und geschäftsführungsorientierten Verflechtungen.

[58] Mertens/Cahn, Kölner Kommentar, N 114 zu § 76 AktG; Seibt, Kommentar Aktiengesetz, N 24 zu § 76 AktG.

deutschen Recht gemäss § 18 AktG danach unterschieden werden, ob ein Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) besteht, ob eine Eingliederung stattfand (§ 319 AktG) oder aber ein faktischer Konzern (§ 18 Abs. 1 AktG) vorliegt.[59] Nur im dritten Fall hat er in eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG), ansonsten er nach den Vorschriften aus § 308 Abs. 2 AktG die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen hat.[60] Nach § 309 Abs. 2 AktG macht sich dann der gesetzliche Vertreter des herrschenden Unternehmens gegenüber dem abhängigen verantwortlich, wenn er in Verletzung seiner Sorgfalt gemäss Abs. 1 einen Schaden verursacht. Dies ist dogmatisch gesehen insoweit ein interessanter Ansatz, weil nicht die Partei des Beherrschungsvertrags selber – das herrschende Unternehmen – haftbar wird, sondern aufgrund einer aktienrechtlichen Bestimmung der gesetzliche Vertreter desselben.[61] Zusätzlich zur Verantwortlichkeit dieser Vertreter bestimmt § 310 Abs. 1 AktG, dass sich auch die Vorstandsmitglieder[62] des abhängigen Unternehmens als Gesamtschuldner[63] zu ersteren verantwortlich machen, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt haben. Ausgeschlossen ist das Greifen auf diese Vorstandsmitglieder allerdings, wenn sie lediglich die Weisungen nach § 308 Abs. 2 AktG befolgt haben (§ 310 Abs. 3 AktG). Der Anwendungsbereich von § 310 AktG beschränkt sich infolgedessen im Wesentlichen auf die Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch die sorgfaltswidrige Befolgung unzulässiger, von § 308 Abs. 2 AktG nicht mehr gedeckten Weisungen der Erteiler.[64] Auf prozessrechtlicher Ebene erwähnenswert ist dabei die Umkehr der Beweislast (§ 310 Abs. 1 Satz 2 AktG). Diese Folge ist allerdings in der Lehre umstritten, spricht sich § 310 Abs. 3 AktG i. V. m. § 308 Abs. 2 AktG doch gerade für eine Vermutung der Befolgungspflicht einer erteilten Weisung aus.[65]

[Rz 13] Das deutsche Recht setzt also beim Beherrschungsvertrag an einem anderen Punkt an als das schweizerische: Es ist zwar immer noch die natürliche Person haftbar, aber nicht mehr (nur) die im abhängigen Unternehmen entsandte, sondern die im herrschenden handelnde. Was bleibt ist die Haftbarkeit des fiduziarisch entsandten Vorstands für gewisse schwerwiegende Pflichtverletzungen.

[Rz 14] Die Eingliederung kann erfolgen, wenn sich entweder alle Aktien (§ 319 Abs. 1 AktG) oder aber 95% (§ 320 Abs. 1 AktG) in der Hand des herrschenden Unternehmens befinden.[66] Dabei sind die ausgeschiedenen Aktionäre mit einer Abfindung in Form von eigenen Aktien des herrschenden Unternehmens zu vertrösten (§ 230b Abs. 1 AktG). Dieses Konzept ist vergleichbar mit dem schweizerischen «squeeze out» nach Art. 33 BEHG.

[Rz 15] Da bei der Eingliederung keine Minderheitsaktionäre mehr vorhanden sind, ist in § 323 Abs. 1 AktG ein umfassendes Weisungsrecht der Hauptgesellschaft (als herrschendes Unternehmen) gegenüber dem Vorstand des eingegliederten, abhängigen Unternehmens vorgesehen.[67] Einzig sitten- und rechtswidrige, sowie bewusst sinnlose Schädigungen der eingegliederten Gesellschaft, die auch den weisungserteilenden Unternehmen nicht zum Vorteil gereichen, sind unzulässig.[68] § 323 Abs. 2 AktG bestimmt, dass auch hier § 308 Abs. 2 Satz 1 und § 310 AktG gelten sollen. Betreffend die Haftung des Vorstands der abhängigen Gesellschaft ist insofern auf die oben gemachten Ausführungen zum Vorstand beim Vorliegen eines Beherrschungsvertrags zu verweisen. Es kann insofern festgehalten werden, dass bei Betrachtung der vorliegenden Fragestellung der Haftung des Vorstands die Eingliederung analog derjenigen Situation mit einem Beherrschungsvertrag gehandhabt wird, mit dem Unterschied der erweiterten Weisungskompetenz des herrschenden Unternehmens.

[Rz 16] Anders als bei den soeben erwähnten Konzernierungsformen des deutschen Aktienrechts besteht beim faktischen Konzern kein Weisungsrecht gegenüber einem abhängigen Unternehmen.[69] § 311 AktG bestimmt, dass ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen darf, einem abhängigen ein nachteiliges Rechtsgeschäft aufzubürden oder Massnahmen zu seinem Nachteil zu treffen, sofern letzterer nicht nach Massgabe von § 311

[59] Emmerich Volker/Habersack Mathias, Konzernrecht, 9. Aufl., München 2008, § 24 N 1; Seibt, Kommentar Aktiengesetz, N 17 zu § 76 AktG. Diese drei Konzerntypen bilden dabei «einen strikten numerus clausus der Konzernierungsformen», Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 8 zu § 311 AktG.

[60] Emmerich, Konzernrecht-Kommentar, N 22 zu § 308 AktG; Mertens/Cahn, Kölner Kommentar, N 68 zu § 76 AktG; Seibt, Kommentar Aktiengesetz, a. a. O. Noch weiter geht § 323 Abs. 1 AktG für eingegliederte – also 100% abhängige (vgl. § 319 Abs. 1 AktG) – Gesellschaften.

[61] Emmerich, Konzernrecht-Kommentar, N 1 zu § 309 AktG. Eine Freistellung von dieser Verpflichtung seitens des herrschenden Unternehmens könnte dann indessen inter partes mit den gesetzlichen Vertretern vereinbart werden, Emmerich, Konzernrecht-Kommentar, N 6 zu § 309 AktG.

[62] Der Aufsichtsrat wird von derselben Rechtsfolge umfasst.

[63] Zu diesem Begriff § 421 BGB: «Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.» Dies entspricht also der schweizerischen Solidarhaftung.

[64] Emmerich, Konzernrecht-Kommentar, N 7 zu § 310 AktG; vgl. auch Altmeppen, Münchener Kommentar, N 19 zu § 310 AktG.

[65] Zu dieser Kontroverse Altmeppen, Münchener Kommentar, N 22 ff. zu § 310 AktG; Emmerich, Konzernrecht-Kommentar, N 15 ff. zu § 310 AktG.

[66] Vgl. Grunewald, Münchener Kommentar, N 5 zu Vor § 319 AktG.

[67] Grunewald, Münchener Kommentar, N 1 zu § 323 AktG; Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 3 zu § 319 AktG.

[68] Grunewald, Münchener Kommentar, N 5 zu § 323 AktG; Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 2 zu § 323 AktG.

[69] Altmeppen, Münchener Kommentar, N 4 zu Vor § 311 AktG; Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 10 zu § 311 AktG.

Abs. 2 AktG ausgeglichen wird.[70] Eine Weisungsmöglichkeit an den Vorstand des abhängigen Unternehmens ist also nur bedingt zuzusprechen.[71] Prozessual erwähnenswert sind dabei die Beweiserleichterungen hinsichtlich dieser Weisungserteilung («veranlassen»), welche im Falle des Vorstands-Doppelmandats bis zu einer unwiderlegbaren Vermutung gereichen.[72] Diese Feststellungen haben zur Folge, dass der Vorstand des abhängigen Unternehmens (aktienrechtlich) nicht dazu verpflichtet ist, die Weisungen des herrschenden Unternehmens entgegen den Interessen der eigenen Gesellschaft zu befolgen und – sozusagen als Kehrseite der Medaille – uneingeschränkt den Sorgfaltspflichten nach § 93 AktG untersteht.[73] Betreffend die ins abhängige Unternehmen entsandten Vertreter greift die persönliche, solidarisch neben diejenige für das herrschende Unternehmen tretende Haftung nach § 317 Abs. 3 AktG allerdings nur im Falle eines Doppelvorstands (d. h. eine natürliche Person, die sowohl im herrschenden wie im abhängigen Unternehmen diese Organstellung inne hat).[74] Nicht zum Kreis des Vorstands des herrschenden Unternehmens gehörende Vertreter haften aber allenfalls nach § 117 Abs. 2 AktG.[75]

[Rz 17] Es kann im Rahmen eines Zwischenfazits festgehalten werden, dass beim faktischen Konzern eine persönliche Haftung des weisungsgebundenen Vorstands im abhängigen Unternehmen aus § 317 Abs. 3 AktG, resp. § 117 Abs. 2 AktG besteht. Diese wird lediglich durch die Solidarhaftung der weisungserteilenden Stelle (§ 317 Abs. 1 AktG, resp. § 117 Abs. 1 AktG) abgeschwächt. Mit anderen Worten kann das deutsche System neben dem schweizerisch geltenden wiedererkannt werden, da beiderorts bei guter Bonität des herrschenden Unternehmens die Gefahr für den fiduziarischen Verwaltungsrat, belangt zu werden, kleiner wird.

c) Aufsichtsrat

[Rz 18] Auch beim Aufsichtsrat bestimmt das Gesetz (§ 100 Abs. 1 Satz 1 AktG), dass nur natürliche Personen als ein solches Organ in Frage kommen. Damit sind juristische Personen eo ipso von einer solchen Funktion ausgeschlossen.[76] Wie beim Vorstand ist auch hier eine Aufspaltung in die Trias des deutschen Konzernrechts (Beherrschungsvertrag, Eingliederung, faktischer Konzern) für eine sorgfältige Abhandlung nicht zu unterlassen. Aus § 308 Abs. 1 AktG folgt implizit, dass der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens bei einem Beherrschungsvertrag die Weisungen des herrschenden nicht befolgen muss.[77] Gleichzeitig bestimmt Abs. 3 Satz 1 des genannten Paragraphen, dass in einem solchen Fall und bei einem Geschäft im Aufgabenbereich des Aufsichtsrats sich der Vorstand des abhängigen Unternehmens nicht über diese Kompetenzordnung hinwegsetzen kann. Diese Regelung verhindert aber eine einheitliche Leitung im Konzern nur auf den ersten Blick; § 308 Abs. 3 AktG sieht nämlich nur eine Art Informationsmechanismus vor.[78] In einem zweiten Schritt, bei Wiederholung der Weisung, kann der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens einer Durchsetzung nämlich nichts mehr entgegensetzen. Mit einer solchen Kodifikation wird einer Praxisrelevanz für die Bestimmung von fiduziarischen Aufsichtsräten im abhängigen Unternehmen natürlich der Wind aus den Segeln genommen, wenn nicht gar davon gesprochen werden kann, – um bei der Seglersprache zu bleiben – dass Flaute herrscht. Es erübrigen sich deshalb weitere Ausführungen hinsichtlich des Aufsichtsrats bei einem Beherrschungsvertrag.

[Rz 19] § 323 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechend gelten für eingegliederte Gesellschaften die Vorschriften zum fiduziarischen Aufsichtsrat, insbesondere § 308 Abs. 3 AktG, sinngemäss. Somit kann auf die oben genannten Ausführungen verwiesen werden.

[Rz 20] Wenn keine Eingliederung besteht und auch kein Beherrschungsvertrag vorliegt, bietet sich eine Kontrolle über Aufsichtsräte des abhängigen Unternehmens geradezu an.[79] Durch dieses Vorgehen kann, praktisch betrachtet, aber kein (direkter) Eingriff in Tagesgeschäfte vorgenommen werden, was eine rein faktische Schranke hinsichtlich der Durchsetzung der Leitung innerhalb des faktischen Konzerns bedeutet.[80] Der fiduziarisch tätige Aufsichtsrat darf im abhängigen Unternehmen die Interessen des herrschenden soweit geltend machen, als ersterem keine Nachteile daraus erwachsen (§ 111 Abs. 5 AktG i. V. m. § 311 Abs. 1 AktG).[81] Bei einem nachteiligen Geschäft droht den im abhängigen Unternehmen handelnden fiduziarischen Aufsichtsräten eine Haftung als Gesamtschuldner (Solidarhaftung) neben dem

[70] Vgl. dazu eingehend Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 22 zu § 311 AktG. Laut Gesetzeswortlaut von § 311 Abs. 1 AktG ist diese Bestimmung im Vergleich zum Beherrschungsvertrag und zur Eingliederung subsidiär, Altmeppen, Münchener Kommentar, N 70 zu § 311 AktG; Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 15 zu § 311 AktG.

[71] Vgl. auch Altmeppen, Münchener Kommentar, N 4 zu Vor § 311 AktG.

[72] Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 32 ff. (insb. N 35) zu § 311 AktG.

[73] Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 78 und N 80 zu § 311 AktG.

[74] Vgl. Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 22 f. zu § 317 AktG. Kritisch zur praktischen Bedeutung des § 317 AktG Böckli, Aktienrecht, § 11 N 79.

[75] Altmeppen, Münchener Kommentar, N 99 und 101 zu § 317 AktG; Habersack, Konzernrecht-Kommentar, a. a. O. Diese Haftung ist allerdings auf zwei Seiten hin gegenüber jener aus Art. 317 AktG eingeschränkt: Erstens muss eine Pflichtverletzung vorliegen und zweitens gilt eine solidarische Verantwortlichkeit zusammen mit dem Weisungserteilenden und dem den Vorteil Erlangenden (§ 117 Abs. 3 AktG).

[76] Habersack Mathias, §§ 95–116 AktG, in: Goethe Wulf/Habersack Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2. §§ 76–117. MibestG (DrittelbG, 3. Aufl., München 2008, N 8 zu § 100 AktG.

[77] Emmerich, Konzernrecht-Kommentar, N 42 zu § 308 AktG.

[78] Vgl. auch Emmerich, Konzernrecht-Kommentar, N 70 zu § 308 AktG.

[79] Vgl. Altmeppen, Münchener Kommentar, N 109 und 410 zu § 311 AktG.

[80] Vgl. auch Altmeppen, Münchener Kommentar, N 111 zu § 311 AktG.

[81] Altmeppen, Münchener Kommentar, N 411 zu § 311 AktG; Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 81 zu § 311 AktG.

herrschenden Unternehmen, falls sie sich als gesetzliche Vertreter des letzteren konzipiert haben (§ 317 Abs. 3 AktG). Aufsichtsräte gelten aber gerade nicht als solche.[82] Somit bleibt der Spezialfall, bei dem der fiduziarische Aufsichtsrat gleichzeitig Vorstand des herrschenden Unternehmens ist, was in der Praxis aber wohl regelmässig vorkommen dürfte.[83] Ist dies nicht einschlägig, haftet lediglich das herrschende Unternehmen für nachteilige Geschäfte,[84] es sei denn, der Tatbestand des § 117 AktG sei erfüllt.[85]

[Rz 21] Im Hinblick auf einen Rechtsvergleich mit der Eidgenossenschaft ist vorliegend vor allem auf die Ausführungen zum faktischen Konzern abzustellen,[86] da bei uns Vertragskonzerne praktisch kaum vorkommen.[87] 100%-abhängige Unternehmen auf der anderen Seite hingegen haben sich mit der deutschen Eingliederung zu vergleichen.[88]

d) Beschränkung von Mehrfachmandaten

[Rz 22] § 100 Abs. 2 Ziff. 2 AktG verbietet, dass ein gesetzlicher Vertreter eines abhängigen Unternehmens gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied des herrschenden Unternehmens ist. Der Grund hierfür ist in der einer solchen Konstellation immanenten Abhängigkeit des Aufsichtsrats zu finden.[89]

[Rz 23] Angesprochen ist hierbei die sog. Doppelorganschaft. Wird trotzdem ein solcher Vertreter in diese Funktion gewählt, sieht § 250 Abs. 1 Ziff. 4 AktG Nichtigkeit vor. Keine entsprechende Beschränkung ist für Vorstandsmitglieder des herrschenden Unternehmens zu finden.[90] Unter die gesetzlichen Vertreter im oben genannten Sinn sind nur Vorstands-, nicht aber Aufsichtsratsmitglieder des abhängigen Unternehmens zu subsumieren.[91] Auf das monistische System übertragen bedeutet dies,[92] dass nur die geschäftsführenden Direktoren, nicht aber nicht-geschäftsführende Board-Mitglieder vom Verbot erfasst werden.[93] Fraglich und hier nicht genannt werden geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder. In sinngemässer Anwendung vorheriger Ausführungen haben diese wohl als mitumfasst zu gelten.

[Rz 24] Die in dieser Bestimmung genannte Beschränkung von Mehrfachmandaten ist nicht direkt auf die Regulierung der fiduziarischen Aufsichtsräte ausgerichtet. In der Praxis sind Doppelorganschaften allerdings häufig anzutreffen, was den Schluss zulässt, dass aus diesem Standpunkt die zwei genannten Modelle zusammenfallen können und somit trotzdem von einer indirekten oder für fiduziarische Verwaltungsräte zumindest zu beachtenden Einschränkung ausgegangen werden kann. Allerdings wird in konzernspezifischen Sachverhalten meist die Idee sein, dass das executive board-Mitglied aus dem Vorstand des herrschenden Unternehmens Einsitz im abhängigen Unternehmen zu dessen Kontrolle nimmt. Die beschränkte Mehrfachmandatschaft hingegen wirkt sich vielmehr in Holdingstrukturen aus, bei denen die Konzernleitung sinngemäss im abhängigen Unternehmen sitzt und ihre geschäftsführenden Organe die Strategie der Holding bestimmen lassen will. Pragmatisch betrachtet schränkt somit dieses Verbot die Konstellation des fiduziarisch tätigen Aufsichtsratsmitglieds nicht ein.

e) Weitere Beschränkungen

[Rz 25] Die oben erwähnten, aus konzernrechtlicher Sicht relevanten Beschränkungen müssen insbesondere noch durch § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG ergänzt werden. Angesprochen ist die sog. Überkreuzverflechtung.[94] Demnach darf nicht Mitglied sein, wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört.

[Rz 26] Weitere Einschränkungen in der Bildung des fiduziarischen Aufsichtsrats ergeben sich etwa in Höchstzahlsvorschriften (§ 95 AktG),[95] oder aus Spezialgesetz (§ 100 Abs. 3 AktG). Aus Sicht des fiduziarischen Vorstands sind hierbei der Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs,[96] eine Straftat nach §§ 283-283d des Deutschen Strafgesetzbuchs fünf Jahre ab Rechtskraft des

---

82 Dazu Altmeppen, Münchener Kommentar, N 103 zu § 317 AktG; Habersack, Konzernrecht-Kommentar, N 23 zu § 317 AktG.

83 Vgl. nur Habersack, Münchener Kommentar, N 26 zu § 100 AktG.

84 Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und andere Angestellte haften dabei also nicht nach § 317 AktG, zu alldem Altmeppen, Münchener Kommentar, N 101 zu § 317 AktG.

85 Diesfalls käme es wiederum zu einer Solidarhaftung mit dem herrschenden Unternehmen.

86 Dieser entspricht der international betrachteten Auffassung des «Konzerns schlechthin», vgl. Böckli, Aktienrecht, § 11 N 45.

87 Böckli, Aktienrecht, § 11 N 145 f.

88 Die Eingliederung wird als «die engste überhaupt denkbare Verbindung zweier Gesellschaften zu einer wirtschaftlichen Einheit unter Aufrechterhaltung der juristischen Persönlichkeit» verstanden, Böckli, Aktienrecht, § 11 N 51.

89 Habersack, Münchener Kommentar, N 24 zu § 100 AktG.

90 Persönliche Beschränkungen ergeben sich aber aus § 76 Abs. 3 Satz 2 AktG. Es geht hierbei unter anderem um strafrechtlich verfolgte Delikte und gerichtliche Verbote.

91 Drygala, Schmidt/Lutter-Kommentar, N 9 zu § 100 AktG; Habersack, Münchener Kommentar, N 25 f. zu § 100 AktG.

92 Im Übrigen werden ausländische Gesellschaften vom Verbot ebenfalls erfasst, Drygala, Schmidt/Lutter-Kommentar, N 9 zu § 100 AktG.

93 Habersack, Münchener Kommentar, a. a. O.

94 Vgl. dazu Habersack, Münchener Kommentar, N 27 ff. zu § 100 AktG. Diese Problematik kann sich auch ohne dualistisches System ergeben, Habersack, Münchener Kommentar, N 29 zu § 100 AktG; Zysset, Bonuszahlungen, N 41.

95 Die Rede ist von drei Mitgliedern, wobei die Satzung – diese entspricht den schweizerischen Gesellschaftsstatuten – eine bestimmte und durch drei teilbare höhere Zahl festlegen kann (§ 95 Abs. 1 AktG). Keine Rolle dürfte letzteres in der Praxis von 100%-Konzernen spielen, da ohnehin nur pro Forma ein Aufsichtsrat im abhängigen Unternehmen bestellt wird und dieser dann in aller Regel der minimalen vorgeschriebenen Anzahl entsprechen wird.

96 Dieser gilt im Übrigen auch für Aufsichtsräte, vgl. § 100 Abs. 1 Satz 2 AktG.

Urteils und ein gerichtliches oder behördlich gefälltes Verbot zu nennen (§ 76 Abs. 3 AktG). All diese Bestimmungen, wie auch die Unvereinbarkeit von Vorstand und Aufsichtsrat in derselben Gesellschaft (§ 105 Abs. 1 AktG) stellen allerdings nur allgemeingültige Schranken in Aktiengesellschaften – ohne spezifisch für die im vorliegenden Aufsatz gewidmete Problematik relevant zu sein – dar. Indirekt und in einem weiteren Sinne müssen aber auch sie bei der Durchsetzung der Leitung im Konzern Beachtung finden.

[Rz 27] Hinsichtlich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer muss auf die entsprechenden Bestimmungen des MitbestG und des DrittelbG verwiesen werden (§ 96 Abs. 1 AktG). Nach § 1 Abs. 1 MitbestG müssen Aktiengesellschaften mit mehr als 2'000 Arbeitnehmern die besonderen Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (§ 7 MitbestG) befolgen. In Konzernen gilt dabei eine konsolidierte Betrachtungsweise (§ 5 MitbestG).[97] Für Unternehmen mit mehr als 500, aber weniger als 2'000 Arbeitnehmern ist das DrittelbG einschlägig (§ 1 DrittelbG). Für eingegliederte und mit Beherrschungsverträgen ausgestattete Konzerne gilt ebenfalls die konsolidierte Betrachtungsweise hinsichtlich der Anzahl Arbeitnehmer (§ 2 DrittelbG). Nicht erfasst von einer solchen konsolidierten Interpretation sind faktische Konzerne.[98] Für die Unternehmen, die unter ebendiesen Geltungsbereich fallen, muss der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen (§ 4 Abs. 1 DrittelbG).[99] Die genannten Arbeitnehmerbestimmungen können – zusammenfassend ausgedrückt – für grössere Konzerne einschneidende Wirkungen bei der Durchsetzung der einheitlichen Leitung haben. Nicht vergessen werden darf auch, dass diese Vertreter nicht einmal Aktionärseigenschaft aufweisen müssen.

f) Zusammenfassung

[Rz 28] Bei einem aktienrechtlichen Vergleich Schweiz-Deutschland ist der Systemunterschied monistisch-dualistisch zu beachten, der sich trotz schweizerischer Annäherung an eine solche Trennung der Exekutive in der Aktiengesellschaft durchschlägt. Da ohnehin keine Kongruenz des schweizerischen Verwaltungsrats mit dem einen oder anderen deutschen Organ erkennbar ist, muss sowohl mit dem Vorstand wie auch dem Aufsichtsrat verglichen werden. Der nur durch natürliche Personen besetzbare Vorstand ist bei einer Konzernierung durch Beherrschungsvertrag gegenüber dem herrschenden Unternehmen zwar weisungsgebunden, macht sich aber trotzdem haftbar bei Verletzung seiner Pflichten. Stark relativiert resp. abgeschwächt wird dieses Risiko durch die zusätzlich vorgesehene solidarische Haftung der weisungsgebundenen Vertreter im herrschenden Unternehmen und die weitere Schranke, wonach bei Befolgung der Weisungen nur in schwerwiegenden Pflichtverletzungen auf den fiduziarisch tätigen Vorstand gegriffen werden kann. Noch weiter geht die Form der Eingliederung. Dort ist ein umfassendes Weisungsrecht vorgesehen. Ansonsten ist die Situation deckungsgleich mit jener beim Beherrschungsvertrag. Kein Weisungsrecht besteht beim faktischen Konzern. Wenn ein fiduziarischer Vorstand trotzdem die Weisungen befolgt, so haftet er für jegliche Pflichtverletzung. Allerdings tritt auch hier die solidarische Belangbarkeit zum Vorschein, die eine gewisse Erleichterung verspricht.

[Rz 29] Auch der Aufsichtsrat sieht eine Organbesetzung nur für natürliche Personen vor. Bei einem Beherrschungsvertrag oder der Eingliederung eignen sich fiduziarische Aufsichtsräte allerdings nicht resp. sind zur Durchsetzung einer einheitlichen Leitung gar nicht erforderlich, da sich mit einem kurzen (formellen) Umweg diese ohnehin «ausschalten» lassen. Beim faktischen Konzern ist eine Durchsetzung der Leitung für andere als Tagesgeschäfte via Aufsichtsrat empfehlenswert. Das Risiko besteht hier für das fiduziarisch entsandte Organmitglied in einer Solidarhaftung mit dem herrschenden Unternehmen. Personell darf ein gesetzlicher Vertreter des abhängigen Unternehmens nicht in die Funktion des Aufsichtsrats gewählt werden.

3. Frankreich

a) Gegenstand des Vergleichs

[Rz 30] Die im französischen Recht zu vergleichende société anonyme (SA) sieht wahlweise eine monistische (art. L225-17 ff. Code de commerce [C.com.]) oder dualistische Struktur (art. L225-57 ff. C.com.) des hiesigen Verwaltungsrats vor.[100] Für eine Gegenüberstellung mit dem Schweizer Recht ist als Pendant ausschliesslich das monistische System zu betrachten.

[Rz 31] Der Vergleich darf sich allerdings nicht auf die SA beschränken. Die Mitte der Neunzigerjahre speziell für Konzerngesellschaften geschaffene Möglichkeit der Gesellschaftsform société par actions simplifiée (art. L227-1 ff. C.com.)[101] ist ebenfalls in die hier dargelegten Überlegungen mit einzubeziehen.

b) Société anonyme

[Rz 32] Art. L225-20 C.com. bestimmt ausdrücklich, dass eine personne morale[102] als Verwaltungsratsmitglied gewählt werden kann. Dabei muss diese juristische Person – in

[97] Vgl. Gach, Münchener Kommentar, N 22 zu § 5 MitbestG.

[98] Vgl. Gach, Münchener Kommentar, N 13 zu § 2 DrittelbG.

[99] Vgl. Mayson/French/Ryan, Company Law, 425.

[100] Vgl. Dondero, Droit des sociétés, N 741 ff.; Peter, Sociétés par actions simplifiée, 122; Vetter, Organbegriff, 59; Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 169 f.; Vidal, Droit des sociétés, N 1011; Wernli, Basler Kommentar, N 46 zu Art. 707 OR.

[101] Vgl. dazu Wernli, Basler Kommentar, N 46a zu Art. 707 OR.

[102] Entspricht dem Ausdruck der juristischen Person, vgl. nur Peter, Société par actions simplifiée, 123; Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 190.

unserem Fall ein herrschendes Unternehmen – einen dauernden Vertreter («représentant permanent») ernennen,[103] der dann denselben Rechten und Pflichten wie eine natürliche Person als Mitglied untersteht. Dieser Vertreter unterliegt seinerseits aber denselben Rechten und Pflichten wie übrige, nicht weisungsgebundene conseils d'administration (art. L225-20 al. 1 phrase 2 C.com.).[104] Es ist im Schadensfall von einer solidarischen Haftung (responsabilité solidaire) des herrschenden Unternehmens und seinem Vertreter auszugehen. Die rechtliche Grundlage dieser Haftung ist in art. L225-251 al. 1 C.com. zu finden. Über die Art der Weisungserteilung hingegen wurde nichts kodifiziert. Art. L225-20 al. 2 C.com. sieht lediglich vor, dass im Falle einer Abberufung durch das herrschende Unternehmen letzteres gehalten ist, einen Ersatz zu bestimmen.

[Rz 33] Diese liberale französische Auffassung entspricht wohl jener Lösung, die in der Schweiz bei Löschen des Mittelteils von Art. 707 Abs. 3 OR («so ist sie [die beteiligte juristische Person] als solche nicht als Mitglied des Verwaltungsrates wählbar») gelten würde. Vom Gesetz her ist aber auch im französischen droit de la société anonyme das Dilemma des fiduziarischen Verwaltungsrats nicht vollends aus der Welt geschafft. Die Realität, wonach vermutungsweise[105] eine Gesellschaft solventer als ein – noch so gut bezahlter – Verwaltungsrat ist,[106] stellt eine Gegenrelativierung dar.

c) Société par actions simplifiée

[Rz 34] Gerade weil die Gesellschaftsform der société par actions simplifiée im Hinblick auf Konzern- und Holdingstrukturen eingeführt wurde,[107] ist eine Behandlung in einem rechtsvergleichenden Teil mit der Schweizer Aktiengesellschaft unerlässlich, auch wenn hierzulande vergebens nach einer parallelen Struktur gesucht wird. Trotz beschriebener Orientierung dieser modifizierten Form der société anonyme[108] ist jedoch Zurückhaltung in der vorliegenden Berücksichtigung geboten, da diese Gesellschaftsform – anders als die Ausrichtung der Abzocker-Initiative – gerade nicht börsenkotiert sein darf (art. L227-2 C.com.).[109]

[Rz 35] Die société par actions simplifiée verlangt als Exekutivorgan lediglich den Präsidenten (art. L227-6 al. 1 C.com.). Es bleibt ihr jedoch frei, statutarisch ein Verwaltungsratsgremium vorzusehen (vgl. nur art. L227-5 C.com.).[110] Art. L227-7 C.com. sieht die Möglichkeit vor, dass auch hier eine juristische Person zum Verwaltungsratspräsidenten gewählt werden kann. Dasselbe gilt für die statutarisch vorgesehenen Verwaltungsratsmitglieder.[111] Wiederum ist aber erforderlich, dass eine natürliche Person diese personne morale vertritt.[112] Betreffend die Verantwortlichkeit eines solchen Präsidenten verweist das Recht der société par actions simplifiée auf dasjenige der société anonyme (art. L227-8 C.com.). Dabei untersteht der Vertreter als natürliche Person wiederum einer solidarischen Haftung mit der vertretenen Gesellschaft (art. L227-7 C.com.).[113] Es ist auf die Rechtslage des conseil d'administration als juristische Person bei der société anonyme zu verweisen. Die im Grundkonzept als liberal ausgestaltete Gesellschaftsform ist also hinsichtlich fiduziarischer Exekutivmitglieder nicht konzernfreundlicher als die «grosse Schwester» société anonyme.

d) Beschränkung von Mehrfachmandaten

[Rz 36] Für natürliche Personen im Verwaltungsrat der société anonyme gilt eine Beschränkung von fünf «mandats d'administrateur de société anonyme» (art. L225-21 al. 1 C.com.). Allerdings gibt sich dieser Absatz der Bestimmung eine erste Restriktion, indem nur Mandate von Gesellschaften mit Sitz in Frankreich mitgezählt werden sollen. Eine zweite, für diesen Vergleich bedeutsame Ausnahme besteht

[103] Einschränkend bleibt gemäss gerichtlicher Praxis zu konstatieren, dass dieser Vertreter kein bisheriges Verwaltungsratsmandat ebendieser Gesellschaft innehaben darf, dazu Charvériat/Couret/Zabala, Sociétés Commerciales, N 39804; Mestre/Velardocchio, Lamy Sociétés Commerciales, N 3427; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 597; Vidal, Droit des sociétés, N 1013.

[104] Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 11 N 91; Charvériat/Couret/Zabala, Sociétés Commerciales, N 39802 und N 39860; Merle, Droit commercial, N 376; Mestre/Velardocchio, Lamy Sociétés Commerciales, N 3430; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 597. Es droht also etwa eine Haftung aus art. L225–251 al. 1 C.com. Ebenfalls erwähnt wird bei Charvériat/Couret/Zabala, Sociétés Commerciales, a. a. O. die Verantwortung aus Auftragsrecht (art. 1992 Code Civil [C.civ.]).

[105] Dieser Ausdruck ist vorliegend nicht in einem zivilprozessual-technischen Sinne zu verstehen.

[106] Es wird bei dieser Aussage von einer börsenkotierten Gesellschaft ausgegangen, die in der Regel über der gesetzlich vorgegebenen Mindestkapitalisierung von EUR 225'000.– (nach art. L224–2 al. 1 C.com.) liegen dürfte, was wiederum einer erhöhten Liquidität entgegen kommt. Hervorzuheben sei an dieser Stelle die hohe Mindestkapitalhürde für Publikumsgesellschaften im Vergleich zur schweizerischen Regelung (CHF 100'000.– nach Art. 621 OR; auch für börsenkotierte Aktiengesellschaften). Da die gesetzliche Regelung aufgrund der Kotierungsreglemente – die SIX fordert in Art. 15 Abs. 1 KR ein Eigenkapital von CHF 25 Mio. und die BX in Art. 5.4 KR ein solches von CHF 2 Mio. – aber in der Praxis keine Massgeblichkeit beansprucht, erscheint die französische Bestimmung als tief angesetzt.

[107] Dazu Peter, Société par actions simplifiée, 29; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 814; vgl. auch Dondero, Droit des sociétés, N 906; Merle, Droit commercial, N 595–1.

[108] Vgl. Dondero, Droit des sociétés, N 908; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 816 mit Hinweis auf art. L227–1 al. 3 C.com.; Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 205.

[109] Vgl. Peter, Société par actions simplifiée, 29; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 816; Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtchaftsrecht, 205; Vidal, Droit des sociétés, N 1219.

[110] Dondero, Droit des sociétés, N 933; Merle, Droit commercial, N 595–7; Peter, Société par actions simplifiée, 129; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 821.

[111] Charvériat/Couret/Zabala, Sociétés Commerciales, N 60330; Peter, Société par actions simplifiée, 131.

[112] Peter, Société par actions simplifiée, a. a. O.

[113] Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 822.

nach art. L225-21 al. 2 C.com. für Konzerngesellschaften. Verwiesen wird dabei zur Definition des Konzerns auf die Bestimmungen zur konsolidierten Jahresrechnung in art. L233-16 C.com.[114] Somit werden Mehrfachmandate innerhalb von Konzernstrukturen nicht beschränkt.[115] Der Vertreter der juristischen Person als Verwaltungsrat auf der anderen Seite wird – im Gegensatz zum früheren Recht – nun auch mitgezählt, obwohl formell die Gesellschaft Organstellung inne hat.[116] Insoweit stellt diese Norm eine Einschränkung in quantitativer Hinsicht für fiduziarische Verwaltungsräte einer französischen société anonyme dar.[117]

[Rz 37] Bei der société par actions simplifiée hingegen sind keine entsprechenden Beschränkungen zu verzeichnen, da der Organisation grösstmöglichste Freiheit überlassen werden soll.[118]

e) Weitere Beschränkungen

[Rz 38] Art. L225-17 al. 1 C.com. verlangt eine Mindestanzahl von drei Verwaltungsratsmitgliedern in der société anonyme.[119] Sowohl altersmässige Einschränkungen (art. L225-19 al. 2 C.com.), wie auch solche hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Funktion (z. B. gewisse von der Regierung beauftragte Personen, vgl. art. LO145 al. 1 Code électroral) beeinflussen zusätzlich den Handlungsspielraum der Gesellschaft.[120]

[Rz 39] Es ist vorgesehen, dass das Strafgericht anstelle von Gefängnisstrafen (art. 131-6 numéro 15 Code pénal [C.pén.]) oder ergänzend zu einer Strafe (art. 131-27 C.pén.) ein Verbot, Verwaltungsratsmandate auszuüben, aussprechen kann.[121]

[Rz 40] Wenn der Arbeitnehmervertretung eine Mindestbeteiligung von drei Prozent am Aktienkapital der société zukommt, so besteht laut art. L225-23 al. 1 C.com die Pflicht zur Entsendung eines Vertreters im Verwaltungsrat, der zwingend aus ihren Reihen stammen muss (art. L225-28 al. 2 C.com.).[122] Diese Bestimmung ist allerdings nur begrenzt auf Konzerne anwendbar, da dort in der Regel kaum eine Minderheitsbeteiligung von drei Prozent, die dann auch noch gerade von Arbeitnehmern wahrgenommen wird, erreicht wird.

[Rz 41] Alle in diesem Kapitel erwähnten Restriktionen betreffen wiederum[123] nicht rein konzernspezifische Sachverhalte.

f) Zusammenfassung

[Rz 42] In einen Vergleich einzubeziehen ist die société anonyme mit einer monistischen Struktur des Verwaltungsrats. Es ist möglich, eine juristische Person in den Verwaltungsrat zu wählen, dies ohne Voraussetzung, mindestens eine natürliche neben dieser aufzuweisen.[124] Allerdings haftet der natürliche Vertreter dieser personne morale solidarisch mit. De iure und insbesondere de facto ist von einer der schweizerischen Lösung verwandten Konstellation auszugehen.

4. Vereinigtes Königreich

a) Wesen des common law

[Rz 43] Das Vereinigte Königreich (United Kingdom; UK) als dritte hier zu vergleichende Rechtsordnung unterscheidet sich nun grundsätzlich von der hierzulande, wie auch in Deutschland oder Frankreich herrschenden Civil-law-Auffassung:

> «Am Anfang steht der Fall. Der neuste Fall gibt das Recht wieder. Er ist grundsätzlich nie falsch. Er interpretiert ältere Fälle und Gesetze authentisch. Der Weg zum englischen Recht führt also über Fälle.»[125]

[Rz 44] Das Gesellschaftsrecht nimmt hierbei zwar eine spezielle Stellung ein, weil durch die Companies Acts (CA) 1985, 1989, 2004 und 2006 das von den Richtern zuvor gesprochene Fallrecht weitgehend kodifiziert wurde.[126] Trotzdem werden nach wie vor bestehende Lücken durch case law gefüllt.[127] Diese Art von Rechtsanwendung hat insbesondere auch Auswirkungen auf die Auslegung, indem dem grammatikalischen Element eine für Schweizer Juristen ungleich grössere Bedeutung zukommt.[128]

---

[114] Von der Gesetzessystematik her ist dies zu vergleichen mit Art. 663e OR.

[115] Ein Doppelmandat innerhalb des Konzerns wird also im Rahmen von art. L225–21 al. 2 C.com. z. B. nur einmal gezählt, vgl. Merle, Droit commercial, N 378; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 602. Die Aussage von Dondero, Droit des sociétés, N 754 ist unter diesem Licht kritisch zu betrachten: Es wird gerade nicht verhindert, dass in grossen Gesellschaften immer dieselben Personen «am Steuer sitzen», zumindest nicht, wenn so die Unabhängigkeit nicht mehr gewährleistet und somit ohnehin ein Konzern i. S. v. art. L233–16 II vorliegt. Diese Passage hat aber insofern ihre Berechtigung, als man beachtet, dass es einen Bereich gibt, der zwar noch nicht als Konzern angeschaut wird, aber bereits erste Zweifel an einer (völligen) Unabhängigkeit erweckt. Ohne Einwände zuzustimmen ist diesem Autor aber darin, dass so Interessenkonflikte verhindert werden sollen (und können).

[116] Merle, Droit commercial. a. a. O.; vgl. auch Dondero, Droit des sociétés, N 755.

[117] Da fiduziarische Verwaltungsräte häufig operativ («executive») tätig sein dürften, ist in einer pragmatischen Sicht fraglich, inwieweit von der Arbeitsbelastung her überhaupt weitere (Executive-)Mandate möglich sind.

[118] Peter, Société par actions simplifiée, 129 und 132; Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 821 ff.

[119] In abhängigen Unternehmen kaum von Relevanz sein dürfte die Obergrenze von 18 Mitgliedern (art. L225–17 al. 1 phrase 2 C.com.).

[120] Vgl. Merle, Droit commercial, N 379; Pfeifer, Kapitalgesellschaften, N 601 ff.

[121] Merle, Droit commercial, N 379.

[122] Vgl. Pfeifer, Kapitalgesellschaften in Frankreich, N 607 f.

[123] Vgl. Rz. 26.

[124] Vgl. Rz. 46.

[125] Triebel et al., Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, N 6.

[126] Vgl. Schuberth, Konzernrelevante Regelungen, 11; Triebel et al., Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, N 25 und 35. Die Aussage von Böckli, Aktienrecht, § 11 N 100, der von einer bisherigen Enthaltung der Kodifizierung spricht, ist unter diesem Aspekt kritisch zu würdigen.

[127] Triebel et al., Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, N 25.

[128] Triebel et al., Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, N 37.

b) Gegenstand des Vergleichs

[Rz 45] Das UK law kennt das monistische System für die Exekutive einer Gesellschaft (Section 154 ff. CA 2006).[129] Durch diese Ähnlichkeit mit der schweizerischen Auffassung erübrigt sich eine Auseinandersetzung, welche Organe nun für einen Vergleich heranzuziehen sind. Um eine der kotierten Schweizer Aktiengesellschaft nahe kommende Gesellschaftsform zu wählen, muss mit der englischen company limited by shares (Section 3 (1) CA 2006) in der Form einer public company verglichen werden.[130] Diese tritt in der Öffentlichkeit mit der Firma public limited company (p. l. c.) auf (Section 58 (1) CA 2006).

c) Board of directors

[Rz 46] Gemäss Section 155 (1) CA 2006 muss eine company mindestens einen board member aufweisen, der eine natürliche Person ist.[131] E contrario ist es möglich, dass die anderen Verwaltungsmitglieder sich aus juristischen Personen zusammensetzen (sog. «corporate director»).[132] Diese Regelung ist vergleichbar mit jener im französischen Recht. Allerdings gilt dies in einer eingeschränkten Form, da eine ausschliesslich aus einer juristischen Person zusammengesetzte company gerade nicht erlaubt ist. Eine Ausnahme dazu ist in Section 155 (2) CA 2006 für eine Einmanngesellschaft vorgesehen. Da diese aber nur im Falle eines Alleinaktionärs im Sinne einer natürlichen Person gilt, ist sie für – wie vorliegende – konzernrelevante Sachverhalte unbeachtlich. Auch hier muss wiederum ein Vertreter als natürliche Person handeln.[133]

[Rz 47] Ein Mitglied des board darf «das Gesellschaftsinteresse nicht unter Berufung auf ein übergeordnetes Konzerninteresse opfern».[134] Wie im Schweizer Recht droht bei Nichtbeachtung ein Rückgriff auf das entsprechende Mitglied.[135]

[Rz 48] Es kann sich auch der Vertreter des corporate director haftbar machen, nämlich im Einzelfall als faktisches Organ (sog. «de facto director») oder als shadow director.[136] Der shadow director wird in Sector 251 (1) CA 2006 folgendermassen definiert:

> In the Companies Acts «shadow director», in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions **the directors of a company are accustomed to act.**[137]

[Rz 49] Es handelt sich also um eine formell nicht gewählte weisungsgebende Person.[138] Der Unterschied zum de facto director ist für den Schweizer Juristen insofern nur schwer verständlich, als nach UK-Ansicht danach unterschieden wird, ob die fragliche Person die Handlung selber durchführt (Qualifikation als de facto director) oder nur die Weisung dazu gibt (Qualifikation als shadow director).[139]

[Rz 50] Mit diesen Ausführungen ist der Autor mitten im Bereich der Problematik des fiduziarischen Verwaltungsrats angelangt, ist es doch gerade das herrschende Unternehmen, das durch die Weisungserteilung regelmässig die Voraussetzungen des shadow director erfüllt.[140] Es gibt hinsichtlich des Pflichtenheftes allerdings einige Einschränkungen für das herrschende Unternehmen in Section 251 (3) CA 2006:[141]

> A body corporate is not to be regarded as a shadow director of any of its subsidiary companies for the purposes of
>
> Chapter 2 (general duties of directors),
>
> Chapter 4 (transactions requiring members' approval), or
>
> Chapter 6 (contract with sole member who is also a director),
>
> by reason only that the directors of the subsidiary are accustomed to act in accordance with its directions or instructions.

[Rz 51] Weiter zu betrachten ist die Frage der Haftung bei einer Pflichtverletzung der Verwaltungsräte im abhängigen Unternehmen bei folgender Spezialkonstellation: Das herrschende Unternehmen schickt eine vorgesehene natürliche Person in das board des abhängigen und wählt sich

---

[129] Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 13 N 940; Mayson/French/Ryan, Company Law, 425; Triebel et al., Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, N 564 und 714.

[130] Hierbei ist ein gewichtiger Unterschied zur private company, dass diese ihr Kapital öffentlich beschafft, Mayson/French/Ryan, Company Law, 58 f.; Triebel et al., Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, N 586.

[131] Bei Verletzung dieser Bestimmung kann das übriggebliebene board-Mitglied nicht handeln, Griffiths/Worthington, Company Directors, N 6.04; Mayson/French/ Ryan, Company Law, 431, alle mit Hinweis auf den Fall Re Alma Spinning Co, Bottomley's Case (1880) 16 ChD 681. Eine Ausnahme soll dabei der Gutglaubensschutz Dritter darstellen, Griffiths/Worthington, Company Directors, N 6.05.

[132] Vgl. dazu Güthoff, Gesellschaftsrecht in Grossbritannien, 39; Mayson/French/Ryan, Company Law, 430; Prentice, Companies Act 2006, N 1.9.

[133] Mayson/French/Ryan, Company Law, 431.

[134] Schuberth, Konzernrelevante Regelungen, 117 f. mit Hinweis auf den Fall Scottish Co-Operation Wholesale Society Ltd. vs. Meyer.

[135] Schuberth, Konzernrelevante Regelungen, 118; vgl. auch Güthoff, Gesellschaftsrecht in Grossbritannien, 42.

[136] Mayson/French/Ryan, Company Law, a. a. O. Im Übrigen droht dem Handelnden im herrschenden Unternehmen hinsichtlich dieser Grundlage dasselbe Ungemach.

[137] Hervorhebungen hinzugefügt.

[138] Vgl. auch Mayson/French/Ryan, Company Law, 430.

[139] Mayson/French/Ryan, Company Law, 430 mit Hinweis auf den Fall Re Mea Corporation Ltd (2006) EW HC 1846 (Ch), (2007) 1 BCLC 618; vgl. auch Prentice, Companies Act 2006, N 3.14 («a shadow director who does not directly deal»).

[140] Goodison, Company Directors, N 3.26. Allerdings muss festgehalten werden, dass neben dem herrschenden Unternehmen als shadow director nicht dessen board-Mitglieder ipso facto auch als solche zu qualifizieren sind, Goodison, Company Directors, N 3.26 Fn 36 mit Hinweis auf den Fall Re Hydrodam (Corby) Ltd (1994) 2 BCLC 180, 184 a–b.

[141] Vgl. auch Goodison, Company Directors, a. a. O.

gleichzeitig selber zum director, handelnd durch einen Vertreter. Davon ausgehend, dass sich der Vertreter selber nicht als de facto- oder shadow director konzipiert hat, ist dieser aus dem Schneider. Die dahinter stehende resp. als juristische Person in das board gewählte company haftet dagegen aus Pflichtverletzung. Zusätzlich dürfte aber auch die natürliche Person persönlich haften. Fraglich ist, ob auch hier die weisungserteilende Gesellschaft hinter diesem fiduziarischen Verwaltungsrat belangt werden kann. Grundsätzlich ist dies mit Section 260 (5) b CA 2006 zu bejahen. In praktischer Hinsicht dürften aber das eingeschränkte Pflichtenheft wie auch die Hürden zur Qualifikation als shadow director ausschlaggebend dafür sein, dass trotzdem nur auf den fiduziarischen Verwaltungsrat losgegangen wird.[142]

d) Beschränkungen

[Rz 52] Einzige, nicht konzernspezifische, aber von Konzerngesellschaften trotzdem zu beachtende und die Wahl des board einschränkende Vorschrift im CA 2006 ist in Section 157 (1) zu finden, wonach ein Mitglied nicht unter 16 Jahren alt sein darf.[143] Zudem sind im Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA) Sachverhalte wie beispielsweise anhaltende Verstösse gegen Gesellschaftsrecht (Sector 3) oder begangenen Betrug bei Liquidation der Gesellschaft (Sector 4) als Hindernisse der Konzipierung als board ersichtlich. Diese Disqualifikationen müssen von einem Gericht ausgesprochen werden (Sector 1 CDDA 1986).[144]

f) Zusammenfassung

[Rz 53] Das board ist mit juristischen Personen besetzbar. Allerdings muss jedes Gremium immer noch ein natürliches Mitglied umfassen, das persönlich verantwortlich ist.[145] Zwar wird in den meisten Sachverhalten auch das herrschende Unternehmen die haftungsbegründenden Tatbestände erfüllen. Trotzdem ist in dieser Konzeption in jedem Konzern das Dilemma des fiduziarischen Verwaltungsrats erkennbar.

5. Zwischenfazit

[Rz 54] Der Botschaft zum FusG war folgendes Statement zu entnehmen:

> «Auf Grund der internationalen Vernetzung der schweizerischen Wirtschaft empfiehlt es sich, das Gesellschaftsrecht unabhängig von einem Beitritt zur Europäischen Union mit dem Recht unserer Nachbarstaaten zu harmonisieren.»[146]

[Rz 55] Nach diesem Grundsatz vorgegangen müsste auch das zukünftige Aktienrecht, das insbesondere in gewissen Teilen stark von der Abzocker-Initiative beeinflusst wird, immer im Lichte und Hinblick auf Regelungen unserer Nachbarstaaten weiterentwickelt werden. Insgesamt hat die Schweiz bereits heute eine eher restriktive resp. für den fiduziarischen Verwaltungsrat strenge Lösung. Relativiert wird diese allerdings durch das Konzept des faktischen Organs. So sind Fälle zu verzeichnen,[147] bei welchen sich das herrschende Unternehmen solidarisch haftbar macht mit dem fiduziarischen Verwaltungsrat als natürliche Person. Interessanterweise kommt man dadurch zum Schluss, dass das Schweizer System nach heutiger Konzeption sehr dem der verglichenen Länder ähnelt. Im Resultat sind ähnliche Haftungsergebnisse zu verzeichnen, obwohl die Ansätze grundlegend divergierend sind: Auf der einen Seite ist Deutschland, das die Entsendung eines fiduziarischen Verwaltungsrats lediglich als natürliche Person kennt. Es macht deren Nachteile aber durch eine umfassende Konzernrechtskodifikation mit entsprechenden Haftungsbeschränkungstatbeständen wett. Blendet man dort den hierzulande unbedeutenden Vertragskonzern aus («Beherrschungsvertrag»), so bleiben die Eingliederung – in Relation zu setzen mit der schweizerischen 100%-Abhängigkeit – und der faktische Konzern. Erstere ist dem fiduziarischen Verwaltungsrat wesentlich freundlicher gesinnt als die schweizerische Lösung, während beim faktischen Konzern die Situation mit derjenigen bei Vorliegen der faktischen Organschaft vergleichbar erscheint.

[Rz 56] M. E. der sympathischste und sogleich revolutionärste Ansatz ist der französische. Danach kann das herrschende Unternehmen selber im Verwaltungsrat Einsitz nehmen.[148]

---

[142] Vgl. Hannigan Brenda, Chapters 4 and 5, in: Hannigan Brenda/Prentice Dan (Editors), The Companies Act 2006 – A Commentary, 2nd Edition, London 2009, N 5.23.

[143] Die Maximalaltersvorschrift von 70 Jahren wurde 2007 aufgehoben, Griffiths/Worthington, Company Directors, N 6.15.

[144] Vgl. auch Griffiths/Worthington, Company Directors, N 6.16.

[145] Vgl. Goodison, Company Directors, N 3.02.

[146] Botschaft FusG, 4515 m. w. H.

[147] Unter gewissen Voraussetzungen haftet das herrschende Unternehmen als Fiduziant dem abhängigen als faktisches Organ nach Art. 754 Abs. 1 OR, ausführlich dazu Lips-Rauber, Rechtsbeziehung, 144 f.; vgl. auch BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528 f.; 128 III 92 E. 3a S. 93 f.; 128 III 29 E. 3c S. 33; Schiltknecht, Arbeitnehmer, 129 ff.; Sommer, Treuepflicht, 245; Widmer/Gericke/Waller, Basler Kommentar, N 5 ff. zu Art. 754 OR. Die Haftung des Fiduzianten ist insofern interessant, als dass er, wenn die jeweiligen Voraussetzungen eintreten, solidarisch mit dem fiduziarischen Verwaltungsrat haftet (Art. 759 Abs. 1 OR), Bazzani, Schadloshaltung, 53; vgl. auch Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel, § 36 N 106 ff.; Widmer/Gericke/Waller, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 759 OR. Nach Art. 759 Abs. 3 OR hat der fiduziarische Verwaltungsrat sodann intern eine Regressmöglichkeit. Das Rückgriffsrecht ist dann zu reduzieren oder gar zu versagen, wenn der fiduziarische Verwaltungsrat die Rechtswidrigkeit der erteilten Weisung erkannt hat und trotzdem sein Widersetzungsrecht nicht ausübte, Bazzani, Schadloshaltung, 17 f. und 55 f.; Lips-Rauber, Rechtsbeziehung, 149.

[148] Die Schweiz ist weit entfernt von einem solchen Konzept, soll doch gemäss Abzocker-Initiative die Bestimmung von Art. 95 Abs. 3 lit. b Satz 2 eBV eingeführt werden, wonach die Führung nicht an eine juristische Person delegiert werden kann. Nicht ersichtlich ist, warum eine bereits gesetzlich in Art. 707 Abs. 3 OR vorgesehene Bestimmung noch in die BV aufgenommen werden soll. Trotzdem dürfte dies einer liberalen Lösung

Dieses Konzept hätte aber zu Ende gedacht werden dürfen, was bedeuten würde, dass eine gesellschaftsrechtliche Haftung des Vertreters völlig entfiele. Gegen eine solche Lösung sprechen wohl einerseits befürchtete Gläubigerschädigungen wie auch zu viel Macht eines solchen Vertreters. Ersterem Punkt könnte aber wiederum entgegnet werden, dass bei wirklich grossen Schäden die zusätzliche Schuldnerstellung des Vertreters nur ein Tropfen auf den heissen Stein bedeuten dürfte. Gegen eine Übermacht kann zudem als rein pragmatische Lösung entgegengehalten werden, dass sich ein fiduziarischer Verwaltungsrat auch ohne gesellschaftsrechtliche Haftung nicht jedwelche Fehler leisten darf. Ansonsten wird er nämlich – ähnlich einem herkömmlichen Auftrag- oder Arbeitnehmer – sofort ausgewechselt. Das letzte Wort in diesem Sinne wird also immer dem herrschenden Unternehmen zuzusprechen sein. Jedenfalls ist auch hier im Resultat der Vertreter der juristischen Person persönlicher Solidarhafter mit dieser.

[Rz 57] Das Vereinigte Königreich schliesslich greift grundsätzlich ein zu Ende gedachtes französisches System auf. Das Zurückschrecken besteht hier in der Einschränkung, dass in jedem Verwaltungsratsgremium – auch bei Konzernen – mindestens eine Person als persönlich haftendes Subjekt sitzen muss. Letzteres Konzept erinnert stark an die geltende schweizerische Regelung.

[Rz 58] Auffallend ist, dass in keinem der verglichenen Länder ein Verbot des fiduziarisch tätigen Verwaltungsrats vorherrscht. Die Schweiz würde diesbezüglich einen Alleingang beschreiten. Dieses Vorgehen wäre als diametral dem oben erwähnten Statement der Botschaft zum FusG entgegenstehend zu qualifizieren.

IV. Der fiduziarische Verwaltungsrat gemäss Abzocker-Initiative

1. Problematik

[Rz 59] In den Medien sowie der Bundesversammlung wird hinsichtlich der Abzocker-Initiative v. a. der Kompetenzaufteilung zwischen GV und VR, der Vertretung des Aktionärs an der GV, dem Verbot von Abgangs- und Entschädigungen im Voraus sowie dem zwingenden Statuteninhalt Bedeutung zugemessen.[149] M. E. zu Unrecht kaum angesprochen bleiben dabei der letzte Satzteil vom Art. 95 Abs. 3 lit. b Satz 1 eBV sowie der zweite Satz desselben:[150]

> [3] Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen:
>
> a.[…]
>
> b.Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und –verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.

[Rz 60] Diese Normen enthalten bisher im OR nicht vorkommende Bestimmungen[151] über den fiduziarischen Verwaltungsrat. Nach ersterem sollen die Organmitglieder keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe erhalten.[152] Auf diese Formulierung ist näher einzugehen. Dabei müssen zu Beginn die genannten Verträge definiert werden. Keine Probleme bietet der Wortlaut beim Arbeitsvertrag, da dieser in derselben Terminologie in Art. 319 ff. OR vorgesehen ist. Anders sieht es beim Beratervertrag aus, der bisher – soweit ersichtlich – in keinem Schweizer Gesetz erwähnt wird. Wird dadurch ein neuer Innominatkontrakt geschaffen, oder ist vielmehr von einer anderen Bezeichnung eines im OR genannten Nominatvertrags die Rede?

[Rz 61] In den Materialien zur Abzocker-Initiative wird hierzu nichts erwähnt. Einem Beratervertrag könnte m. E. folgender Inhalt zugrunde liegen: Der Berater erteilt einem Rechtssubjekt Rat und Empfehlung hinsichtlich eines zum Voraus bestimmten Aufgaben- und Problembereichs. Als Gegenleistung dafür entsteht ein Anspruch auf Entgelt.[153] Nach dem Wortlaut der Initiative sollen die Organmitglieder keinen solchen Beratervertrag mehr «erhalten» dürfen (Art. 95 Abs. 3 lit. b Satz 1 eBV). Es könnte mit dieser Umschreibung die falsche Schlussfolgerung gezogen werden, das herrschende Unternehmen berate den Entsandten, wobei dieser dem ersteren ein Entgelt schulde. Auch könnte man sich überlegen, ob durch die Wahl des Tätigkeitsworts «erhalten» nicht von einem Suboordinationsverhältnis ausgegangen werden kann. Dies hätte wiederum zur Folge, dass vom erstgenannten Arbeitsvertrag die Rede ist. Bei all diesen Mutmassungen um den Begriff des Beratervertrags im Schweizer Recht

---

zusätzlich den Weg versperren.

149 Kritische Würdigung einiger Bestimmungen bei Zysset, Bonuszahlungen, N 116 ff.

150 Interessanterweise wird in der Stellungnahme des Bundesrats zur parlamentarischen Initiative, 8327 zwar bedauert, dass das Verhältnis Aktienrecht – Arbeitsrecht in den Beratungen um einen Gegenentwurf zu wenig Bedeutung beigemessen werde, ohne dabei die m. E. noch viel einschneidenderen Auswirkungen der Initiative selber auf das Konzernrecht zu erwähnen.

151 Vgl. dazu nur Kunz, Swiss Corporate Governance, 112.

152 Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass so die Auszahlung von «übermässigen» Vergütungen an Verwaltungsräte via abhängige Unternehmen verhindert werden soll, Erläuterungen zum Initiativtext, 3 Ziff. 5 lit. f.

153 Fehlt ein solches, ist ein Rechtsbindungswille und somit ein Vertragsverhältnis zu verneinen, Weber, Basler Kommentar, N 18 zu Art. 394 OR.

muss doch statuiert werden, dass wohl nichts anderes als ein Auftragsverhältnis (Art. 394 ff. OR) erfasst werden wollte, bei welchem die zugrunde liegende Dienstleistung in der Wahrung und Umsetzung der Interessen[154] des herrschenden Unternehmens im abhängigen liegt. Dieses Tätigwerden wird dabei wohl ausschliesslich ein Honorar als Gegenleistung aufweisen.[155] Trotzdem muss festgehalten werden, dass in diesem Punkt der Initiative einmal mehr[156] eine unglückliche Terminologie gewählt wurde. Mit Blick auf die rechtliche Konstruktion des fiduziarischen Verwaltungsrats im Konzernverhältnis lässt sich sagen, dass beide möglichen Grundverhältnisse (Auftrag und Arbeitsvertrag) betroffen sind.[157]

[Rz 62] Fraglich ist nun, welche Organmitglieder angesprochen sind. Systematisch gesehen werden im Einleitungssatz zu Art. 95 Abs. 3 eBV im In- und Ausland kotierte Schweizer Aktiengesellschaften angesprochen. Dabei muss beachtet werden, dass abhängige Unternehmen kaum an der Börse kotiert werden, da aus Sicht des Konzerns Minderheitsaktionäre aufgrund der Schutzbestimmungen für dieselben ohnehin unerwünscht sind und aus Sicht des Anlegers ein Aktienkauf einer bereits abhängigen Gesellschaft nicht interessant ist.[158] Wirtschaftlich sinnvoll wäre eine solche Akquisition lediglich, wenn daraus lukrative Dividenden erreicht werden können. Auch dies bleibt dem Aktionär eines abhängigen Unternehmens meist verwehrt, fliessen doch die Gewinne im Konzern regelmässig «nach oben» zum herrschenden Unternehmen.[159] Es kommt hinzu, dass eine Aufrechterhaltung der Kotierung nicht zu vernachlässigende Kosten nach sich zieht. Somit wird es in der Praxis kaum je vorkommen, dass eine abhängige Aktiengesellschaft börsenkotiert ist. Mit anderen Worten – um zur angesprochenen Problematik zurück zu kommen – wäre bei einer systematischen Interpretation des Art. 95 Abs. 3 eBV lediglich der Verwaltungsrat des herrschenden Unternehmens betroffen. Damit wäre die Bestimmung so zu verstehen, dass dieser Verwaltungsrat in keiner vertraglichen Beziehung zum abhängigen Unternehmen stehen darf. Es wäre deshalb nicht vom oben beschriebenen[160] konventionellen Modell des fiduziarischen Verwaltungsrats, wo umgekehrt gerade die herrschende Gesellschaft einen Vertrag mit einem Organmitglied der abhängigen unterhält, auszugehen. Diese Konstellation wäre in der Praxis vielmehr als Holding[161] zu beschreiben.[162] In diesem Fall wäre es denkbar, dass die Konzernleitung in einer abhängigen Gesellschaft sitzt und somit einige ihrer Leute mittels eines solchen Vertrag delegieren würde, die Holding als Verwaltungsrat zu führen. Es ist allerdings nicht ersichtlich, welche Probleme mit der Regulierung eines solchen Tatbestandes gelöst werden sollten.[163] Ein solches gewissermassen von unten geführtes herrschendes Unternehmen wird nämlich praktisch keine grossen Wellen hinsichtlich eines Interessenkonflikts schlagen, da der beschriebene Zweck dieser Gesellschaft ohnehin ausschliesslich im Halten der Beteiligungen gilt.

[Rz 63] Würde allerdings von einer anderen, teleologischen Interpretation ausgegangen, so müssten die in Art. 95 Abs. 3 eBV genannten Organmitglieder auf Organe des abhängigen Unternehmens bezogen werden. Das wäre folglich der klassische Fall des fiduziarisch tätigen Verwaltungsrats. Dieser Fall ist – betrachtet man die juristische Problematik dahinter – nun auch regelungsbedürftig.[164] Im Ergebnis und mit Blick auf den Zweck, den die Abzocker-Initiative verfolgt,[165] ist davon auszugehen, dass diese zweitgenannte Auslegung gemeint war:[166] Organmitglieder sollen keine Verträge mit herrschen-

[154] Vgl. dazu Fellmann Walter, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. 4/2/4, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1992, N 105 zu Art. 394 OR; Weber, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 394 OR.

[155] Beim Eingehen solcher Risiken wird wohl kaum jemand gefunden werden, der die Tätigkeit als fiduziarischer Verwaltungsrat als Gefälligkeit ausführt. Im Gegenteil werden i. d. R. noch Sicherheiten wie die Schadloshaltung (sog. «hold harmless-clause») und der Abschluss einer Versicherung gefordert werden, von Büren, Konzern, 172; Forstmoser, Integration, 400; Rizvi, Kompetenzen, N 477; Roth Pellanda, Organisation, N 339; Vischer, Schadloshaltungsklauseln, 492; Vögeli/Geiger, Verwaltungsräte, 79 f. Schiltknecht, Arbeitnehmer, 57 ff und 164 tritt im Falle eines Arbeitsverhältnisses sogar für einen obligatorischen Versicherungsschutz ein. Eingehend zur Schadloshaltung Bazzani in der zitierten Dissertation.

[156] Vgl. nur Zysset, Bonuszahlungen, N 117 zum Begriff des Firmenkaufes.

[157] Der Aktionärbindungsvertrag ist m. E. nicht auf die in Art. 663e OR genannte Beherrschung durch eine herrschende Gesellschaft zugeschnitten.

[158] Vgl. Bühler, Regulierung, N 391; von Büren, Konzern, 330; Forstmoser, Corporate Governance, 156.

[159] Vgl. von Büren, Konzern, 159; Handschin, Konzern, 93.

[160] Vgl. Rz. 5.

[161] Der einzige Zweck einer Holding besteht im Halten von Beteiligungen auf Dauer (Art. 671 Abs. 4 OR), Beyeler, Konzernleitung, 20 f. («weiter Holdingbegriff»); von Büren, Konzern, 16 f.; Zweifel Martin, Holdinggesellschaft im Konzern (Diss. Zürich), Zürich 1973, 45; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, § 1 N 44; ähnlich Baudenbacher Carl, Art. 552–556, 594–597, 620–625, 772–775 und 828–831 OR in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, N 25 zu Vor Art. 620 OR.

[162] Entgegen der Auffassung von Handschin, Abzocker-Initiative, 25 ist denn diese Konstellation nicht gesucht, sondern gewissermassen als «tägliche Holdingrealität» zu umschreiben.

[163] Handschin, Abzocker-Initiative, 25 wirft die Frage der Vorgehensweise in diesem Fall ebenfalls auf.

[164] Bei Betrachtung der Intensitätsdifferenzierung einer Regulierung (dazu Bühler, Regulierung, N 67) ist allerdings mehr als fraglich, ob nicht die Kirche im Dorf stehen gelassen werden sollte.

[165] Die Initiative bezweckt eine Verbesserung der Corporate Governance, Zusatzbotschaft Aktienrecht, 300. Interessenkonflikte, wie solche bei der Konstellation des fiduziarischen Verwaltungsrats, sind nicht im Sinne letzterer, Bühler, Regulierung, N 364 f.; vgl. auch Kunz, Swiss Corporate Governance, 112.

[166] Bei Betrachtung der Einleitungsworte zum Initiativtext («In Konzernverhältnissen dürfen Organmitglieder nicht bei mehreren Konzernunternehmen gleichzeitig als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Beraterinnen und Berater tätig sein.», Zusatzbotschaft Aktienrecht, 300) könnte allerdings gar darauf geschlossen werden, dass beide genannten

den, börsenkotierten Aktiengesellschaften unterhalten und dadurch weisungsgebunden sein. Dies kann nichts anderes als ein künftiges Verbot von fiduziarischen Verwaltungsräten in Konzernen mit börsenkotierten herrschenden Unternehmen bedeuten. Dies stünde allerdings in einem potentiellen Widerspruch mit dem geltenden Art. 707 Abs. 3 OR, der explizit erwähnt, dass die juristische Person oder Handelsgesellschaft als Aktionär Vertreter in den Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens[167] wählen kann.[168] Es kann aus dem Grunde nur von einem möglichen Konflikt ausgegangen werden, weil Art. 707 Abs. 3 OR so ausgelegt werden kann, dass herrschende Aktiengesellschaften weiterhin natürliche Personen in den Verwaltungsrat der abhängigen wählen können. Dies müsste allerdings mit der Einschränkung gelten, keine Weisungen mehr zu erteilen, da bei solchen sofort der Abschluss eines Berater- oder Arbeitsvertrags suggeriert würde.[169] In einem solchen Fall würde allerdings dem Begriff des Vertreters jegliche Bedeutung aberkannt.[170]

[Rz 64] Präzisiert werden muss, dass die Abzocker-Initiative nicht generell von einem Verbot des fiduziarischen Verwaltungsrats ausgeht, sondern den Anwendungsbereich auf die Weisungserteilung innerhalb des Konzerns («von einer anderen Gesellschaft der Gruppe», Art. 95 Abs. 3 lit. b eBV) beschränkt. Mit anderen Worten bleibt es aussenstehenden Dritten, seien dies juristische oder natürliche Personen, wie auch nicht unter den Konzernbegriff fallenden Aktionären weiterhin möglich, fiduziarische Verwaltungsräte zu entsenden.[171] Wenn nachfolgend vom Verbot des fiduziarischen Verwaltungsrats gesprochen wird, dann sei diese genannte Aussage vorbehalten.

[Rz 65] Aus den genannten Gründen kann auch bei einer Annahme der Initiative mit einem Beibehalt des Art. 707 Abs. 3 OR gerechnet werden. In diesem Kontext zu sehen ist auch der 2. Satz des Art. 95 Abs. 3 lit. b eBV, wonach die Führung der Gesellschaft nicht an eine juristische Person delegiert werden kann. Jedenfalls soll mit dieser Bestimmung nach der hier vertretenen Meinung lediglich der geltende Art. 707 Abs. 3 OR untermauert werden. Gleichzeitig würde dies die Vision[172] eines Einsitzes der herrschenden Gesellschaft selber im Verwaltungsrat der abhängigen Unternehmens – nota bene eine Lösung, die etliche Probleme im Zusammenhang mit dem fiduziarischen Verwaltungsrat und von Haftungsfragen im Konzernrecht allgemein eliminieren würde[173] – bis auf Weiteres ad acta legen.

[Rz 66] Vom Konzept her setzt die Bestimmung aus Art. 95 Abs. 3 lit. b eBV beim künftig geltenden Control-Prinzip an. So soll bereits der Abschluss eines solchen Berater- oder Arbeitsvertrags verboten sein. Nach geltendem Recht liesse die Vereinbarung allein noch nicht auf einen Konzern schliessen (Art. 663e Abs. 1 OR).[174] Dieses Prinzip hat auch im Fall des fiduziarischen Verwaltungsrats Beweiserleichterungen zur Folge. Es müsste nicht noch eine praktisch nicht beweisbare Weisungserteilung dargelegt werden, sondern das einfache Vorliegen eines Kontrakts würde ausreichen. Problematisch wäre diese Konstellation allerdings dann, wenn die Bestimmungen der Abzocker-Initiative vor der Aktienrechtsrevision in Kraft treten würden, da in diesem Fall möglicherweise per definitionem Nicht-Konzerne (noch nach Art. 663e OR) eine speziell auf Konzernverhältnisse zugeschnittene Norm zu beachten hätten. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass die hier thematisierte Initiative bei einer Annahme in die Aktienrechtsrevision eingearbeitet wird. Im Interesse für ein einheitliches und konsistentes Aktienrecht wäre dies denn auch zu begrüssen.

2. Durchsetzungsmöglichkeiten im Privatrecht

a) Gesetzliche Umsetzung

[Rz 67] Es stellt sich die Frage, wie eine solche Verfassungsbestimmung denn im Gesetz umgesetzt werden könnte. Angesprochen wird bei der Abzocker-Initiative wohl primär eine Umsetzung im Aktienrecht.[175] M. E. bestünde die Möglichkeit,

Konstellationen erfasst sein sollen.

[167] An dieser Stelle muss im Lichte von Art. 663e Abs. 1 OR präzisiert werden, dass hier von der Konstellation einer tatsächlichen Leitungsausübung ausgegangen wird.

[168] Lips-Rauber, Rechtsbeziehung, 20 grenzt den Vertreter nach Art. 707 Abs. 3 OR begrifflich vom fiduziarischen Verwaltungsrat ab. A. M. Lazopoulos, 12 f., der den Vertreter als Unterart des fiduziarischen Verwaltungsrats anschaut. Im Übrigen weisen Peter/Cavadini, Commentaire Romand, N 17 zu Art. 707 OR darauf hin, dass der Begriff des Vertreters aus Art. 707 Abs. 3 OR ohnehin nicht in einem technischen Sinne, d. h. nach Art. 32 OR, zu verstehen ist.

[169] Wie unter Fn. 155 bemerkt, kann nicht von einem Gefälligkeitsverhältnis ausgegangen werden.

[170] Wohl a. M. Lips-Rauber, Rechtsbeziehung, 20, die nur dann von einem Vertreter i. S. v. Art. 707 Abs. 3 OR spricht, wenn gerade keine fiduziarische Abrede bezüglich der Mandatsausübung getroffen wurde. Dieser Fall wird m. E. in der Konzernpraxis so selten vorkommen wie die gerichtliche Genehmigung einer Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR. Es ist zwar durchaus denkbar, dass das herrschende Unternehmen an der GV konzernfremde Dritte in den Verwaltungsrat seines abhängigen Unternehmens wählt – z. B. aufgrund des Know-Hows kann dies sogar Sinn machen, Forstmoser, Corporate Governance, 167. Da bei einer solchen Konstellation gerade ein externer Dritter beigezogen wird, kann dieser aber nicht als Vertreter bezeichnet werden.

[171] Für 100% abhängige Unternehmen bleibt diese Aussage Theorie.

[172] Die Idee wird im Anschluss an rechtsvergleichende Überlegungen (v. a. mit französischem Gesellschaftsrecht) von Berner Professoren aufgegriffen, vgl. von Büren Roland/Kunz Peter V., Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht – Vernehmlassung der Universität Bern, 16, abrufbar unter ‹http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/vernehmlassung/universitaeten.pdf›; Kunz Peter V., Aktienrechtsrevision 20xx, in: Jusletter 2. Februar 2009, N 149.

[173] Vgl. Rz. 32 ff. und Rz. 46.

[174] Dazu eingehend Beyeler, Konzernleitung, 113 ff.

[175] Mangels eines spezifisch normierten Konzernrechts fällt eine dortige

Art. 707 OR mit einem neuen Abs. 4 zu ergänzen. Als Folge einer Verletzung dieser Bestimmung müsste eine Nichtigkeitsklage von Verwaltungsratsbeschlüssen geprüft werden (Art. 714 OR i. V. m. Art. 706b OR).[176] Als unvorteilhaft bei der Umsetzung erweist sich hier der Umstand, dass Verwaltungsratsbeschlüsse nicht angefochten werden können.[177] Ob ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, erscheint zumindest fraglich. Die Nichtigkeit wird «nur im äussersten Fall und mit grösster Zurückhaltung bei Vorliegen schwerwiegender und dauerhafter Verstösse gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht oder gegen die strukturwesentlichen Normen und fundamentale Ordnung des Aktienrechts»[178] anzunehmen sein. Eine verbotene Wahl eines fiduziarischen Verwaltungsrats würde zwar einen Verstoss gegen zwingendes Recht darstellen. Fraglich und dabei abzuwarten wäre die Praxis der Gerichte, ob ein solches Verbot auch im öffentlichen Interesse erlassen wurde und ob eine Nichtigkeit einer geforderten restriktiven Anwendung standhalten würde. Die Umsetzung dieser Initiative würde m. E. aber auf keinen Fall strukturwesentliche Normen und die fundamentale Ordnung des Aktienrechts tangieren. Auch ein Blick auf die speziellen Nichtigkeitsgründe (Art. 714 i. V. m. Art. 706b OR)[179] macht deutlich, dass sich vorliegender Fall nur schwerlich in eine hier aufgelistete Kategorie einordnen liesse. Immerhin wären bei dieser Lösung auch Gläubiger zur Klage auf Feststellung der Nichtigkeit aktivlegitimiert.[180] Bei einer Gutheissung der Nichtigkeitsklage träten die Rechtsfolgen von Art. 20 OR ein.[181]

[Rz 68] Fraglich und in der Literatur nicht ersichtlich ist aber die Frage, ob Art. 707 OR auch als Grundlage für die Organhaftung nach Art. 754 Abs. 1 OR dienen könnte. In der Abzocker-Initiative sind nun aber ohnehin Strafbestimmungen vorgesehen (Art. 95 Abs. 3 lit. d eBV). Deshalb wird auf diesem Wege die Basis für eine Pflichtverletzung im Tatbestand der Verantwortlichkeitsklage geschaffen, da «irgendeine durch Gesetz oder Statuten aufgestellte aktienrechtliche Organpflicht, möge sie nun die Gesellschaft, den Aktionär oder den Gläubiger schützen, verletzt»[182] sein muss.[183] Aufgrund dieser Erwägungen erscheint auch eine direkte Berufung auf einen allfälligen Art. 707 Abs. 4 eOR als möglich. Dies gilt umso mehr, als nach systematischer Stellung dieser Artikel genauso unter das Kapitel «B. Der Verwaltungsrat» (Art. 707–726 OR) fällt, wie die gebräuchlichste Pflichtverletzungsgrundlage in Art. 717 OR.[184]

[Rz 69] Eine weitere Möglichkeit wäre allenfalls die Normierung unter Art. 717 OR in einem neu einzufügenden Abs. 3.[185] Eine Verletzung dieser Norm würde dann die Grundlage der Widerrechtlichkeit aus Art. 754 OR indizieren.[186] Problema-

Zuordnung ausser Betracht. Die Initiative selber spricht ganz allgemein von einer Regelung im Gesetz. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde es allerdings für nötig befunden, die Initiative mit der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts zu koppeln. Zudem bestätigen die De-lege-ferenda-Bestimmungen beider Entwürfe eines indirekten Gegenvorschlags (Zusatzbotschaft Aktienrecht, 343 ff. und die neue Version der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, abrufbar unter ‹http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100443›) die erwähnte Aussage.

[176] Der Beschluss im herrschenden Unternehmen, einen Vertreter in den Verwaltungsrat des abhängigen zu schicken, wird aufgrund von Art. 716 Abs. 2 OR wohl meist vom Verwaltungsrat der herrschenden Gesellschaft ausgehen. Auch im Falle einer Übertragung der Geschäftsführung gemäss Statuten und Organisationsreglement (Art. 716 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 716b Abs. 1 OR) würde eine Haftung für die gebotene Sorgfalt in Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der Delegationsempfänger weiter bestehen. Eine Ausnahme soll nur gelten, wenn die Konzernleitung von der Holdingfunktion getrennt wird und in ein selbständiges Unternehmen eingegliedert wird. In diesem Fall ist es ein eigentlich abhängiges Unternehmen – das faktisch aber den Konzern beherrscht (vgl. zu alldem von Büren, Konzern, 50 f.) – welches einen fiduziarischen Verwaltungsrat in ein weiteres abhängiges Unternehmen entsendet.

[177] BGE 109 II 239 E. 3b S. 243 f.; 91 II 298 E. 5 S. 303; 76 II 51 E. 2 und 3 S. 61 ff.; Peter/ Cavadini, Commentaire Romand, N 2 zu Art. 714 OR; Wernli, Basler Kommentar, N 3 zu Art. 714 OR.

[178] Homburger, Zürcher Kommentar, N 346 zu Art. 714 OR; Wernli, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 714 OR m. w. H.; vgl. auch Kunz, Klagen, 43; Peter/Cavadini, Commentaire Romand, N 12 zu Art. 714 OR.

[179] Dazu Wernli, Basler Kommentar, N 15 ff. zu Art. 714 OR.

[180] Böckli, Aktienrecht, § 16 N 156; Druey/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 12 N 72; Dubs Dieter/Truffer Roland, Art. 698–706b, 804–808c und 816 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, N 5 f. zu Art. 706b OR; Peter/Cavadini, Commentaire Romand, N 4 zu Art. 706b OR m. w. H.; Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, N 294. Die Feststellungsklage müsste gegebenenfalls einer Leistungsklage (also z. B. Art. 754 OR, dazu nur Kunz, Klagen, 105) weichen, wobei inzident die Nichtigkeit von Amtes wegen (vgl. BGE 100 II 384 E. 1 S. 387) festgestellt würde, vgl. BGE 135 III 378 E. 2.2 S. 380; 119 II 368 E. 2a S. 370; Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, N 668; Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung. Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 2 zu Art. 88 ZPO; Oberhammer Paul, Art. 84–90 und 236–242 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 17 f. zu Art. 88 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 14 N 25. Heikel ist hier die Aussage von Wernli, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 714 OR, wonach – wenn die Nichtigkeit nicht gegeben sei – den Aktionären als Rechtsbehelf gegen rechtswidrige Verwaltungsratsbeschlüsse die Einleitung einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat bliebe. In diesem Fall müsste, streng prozessrechtlich genommen, Art. 754 Abs. 1 OR als Leistungsklage vorgehen (so BGE 100 II 384 E. 2a S. 389; a. M. Kunz, Klagen, 111; Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, N 332.

[181] Wernli, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 714 OR; vgl. auch Huguenin, Basler Kommentar, N 15 ff. zu Art. 19/20 OR.

[182] Widmer/Gericke/Waller, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 754 OR mit Verweis auf BGE 110 II 391 E. 2 S. 394.

[183] Eine Konstellation unmittelbarer Schädigung aufgrund des Beizugs eines fiduziarischen Verwaltungsrats ist anhand der Auflistung bei Widmer/Gericke/Waller, Basler Kommentar, N 24 zu Art. 754 OR nicht ersichtlich.

[184] Dazu sogleich Rz. 69.

[185] Zu beachten in diesem Zusammenhang ist aber, dass die h. L. Art. 717 OR weniger «als selbständige Verhaltens- und Schutznorm» und vielmehr «als Modalität und Mindeststandard für die Art der Erfüllung spezifischer Aufgaben» versteht, Böckli, Aktienrecht, § 18 N 380; vgl. Widmer/Gericke/Waller, Basler Kommentar, N 26 zu Art. 754 OR.

[186] Vgl. statt aller Sommer, Treuepflicht, 329; Widmer/Gericke/Waller, Basler

tisch an diesem Punkt wäre – wie so oft in der Praxis – der Nachweis des Schadens. In casu ist sogar nicht nur von Beweisschwierigkeiten alleine die Rede, sondern überhaupt fraglich, ob solche Weisungen Schaden verursachen. Betroffen ist dabei nicht nur die Frage der adäquaten Kausalität, sondern bereits diejenige nach der Conditio-sine-qua-non-Formel. In den meisten Fällen der Praxis ist davon auszugehen, dass im Gegenteil sogar ein positiver Saldo resultiert.[187] Einen weiteren Knackpunkt hiernach stellt die Aktivlegitimation dar. Gemäss Art. 756 OR sind ausser Konkurs nur die AG selber, handelnd durch den Verwaltungsrat oder allenfalls durch GV-Beschluss,[188] oder der einzelne Aktionär aktivlegitimiert. Unzufriedene Gläubiger kommen erst im Konkurs und auch in diesem Fall lediglich nach Verzicht der Konkursverwaltung zum Zuge (Art. 757 Abs. 2 OR). Weiter müsste abgeklärt werden, ob der Verwaltungsrat des herrschenden Unternehmens durch die Entsendung passivlegitimiert ist. Als Alternative käme in Frage, dass dem fiduziarischen Verwaltungsrat als Organ des abhängigen Unternehmen und Gegenpartei des Vertrags selber Passivlegitimation zukommt. Mangels einer gesetzlichen Regelung in einer Umsetzung auf Stufe OR ist m. E. die Lösung darin zu finden, dass beide eine Pflichtverletzung[189] begehen und belangt werden können. Auch sind im Falle einer 100%-Beteiligung so durch die Aktionäre des herrschenden Unternehmens immer noch potentielle Kläger vorhanden (die Struktur im abhängigen Unternehmen spielt dann keine Rolle). Dazu kommt der rein wirtschaftlich-praktische Gesichtspunkt, dass eine Mehrheit von Verwaltungsräten solventer als ein einzelnes Mitglied ist.

[Rz 70] Soweit ersichtlich nicht diskutiert, aber m. E. aufgrund des Geltungsbereiches der Abzocker-Initiative ebenfalls denkbar, wäre eine Aufnahme von Verbotsbestimmungen zum fiduziarischen Verwaltungsrat im BEHG. Da der Anknüpfungspunkt des BEHG aber in Schweizer Börsen (Art. 3 Abs. 3 BEHG), einer Kotierung an denselben (Art. 20 Abs. 1 BEHG) oder Schweizer Effektenhändlern (Art. 10 Abs. 4 BEHG) besteht,[190] ist es nach dem Territorialitätsprinzip nicht möglich, wie von der Abzocker-Initiative gefordert (Art. 95 Abs. 3 Einleitungssatz eBV) auch im Ausland kotierte Schweizer Aktiengesellschaften zu umfassen.[191] Zudem müssten ausländische, an Schweizer Börsen kotierte Aktiengesellschaften, die von der Abzocker-Initiative nicht erfasst werden sollen, vom Anwendungsbereich ausgenommen werden. Ansonsten müsste in diesem Modell aber nicht eine Klage seitens der AG selber oder von Gläubigern abgewartet werden. Die betreffende kotierte AG könnte nach dem Muster von Art. 20 Abs. 4bis BEHG auch seitens der FINMA[192] in ein Verfahren zur Stimmrechtssuspendierung gezogen werden.[193] Art. 20 Abs. 4 BEHG zum Vorbild nehmend, könnten zur Ahndungsverstärkung zudem die Börsen selber verpflichtet werden, ihre begründete Annahme des Vorliegens eines Kontraktes über ein treuhänderisches Verwaltungsratsmandat der FINMA zu melden. Eine solche (zeitlich befristete) Enthebung des Stimmrechts hätte in der Praxis für Konzerne weitreichende Folgen. Das Funktionieren des betreffenden abhängigen Unternehmens würde nämlich gelähmt oder im Falle von Minderheitsaktionären würde die Beherrschung in die Hände dieser gelegt. Allerdings ist auch hier zu beachten,[194] dass in praxi kaum abhängige Unternehmen an der Börse kotiert werden. Somit erweist sich dieser Ansatz als nicht praktikabel.

[Rz 71] Im Rahmen eines Zwischenfazits ist festzuhalten, dass die verschiedenen Umsetzungsansätze auch an unterschiedlichen Punkten keimen. So werden bei der Variante von Art. 717 Abs. 3 eOR i. V. m. Art. 754 Abs. 1 OR nur die Folgen einer Verletzung des Entsendungsverbots fiduziarischer Verwaltungsräte bekämpft, während diejenige

Kommentar, N 26 zu Art. 754 OR.

187 Dazu etwa von Büren, Konzern, 34 f., der von einer Optimierung der Wirkung eingesetzter Mittel und einer Gewinnoptimierung durch Kostensenkung durch die Konzipierung eines Konzerns ausgeht.

188 Zum GV-Beschluss für die Erhebung der Verantwortlichkeitsklage Handschin Lukas, Der KMU-Konzern. Grundlagen und Besonderheiten, GesKR 2008, 314–330, 322.

189 Nach der Schutznormtheorie (dazu BGE 125 III 86 E. 3b S. 89; 122 III 176 E. 7b S. 192; vgl. auch Berger, Schuldrecht, N 1835; Schwenzer, OR AT, N 50.19 ff.; Widmer/Gericke/Waller, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 754 OR) sollte ein Verstoss gegen das Verbot der Entsendung fiduziarischer Verwaltungsräte im Konzern ausreichen. Begründet werden kann diese Aussage damit, dass an diese Theorie keine hohen Anforderungen gestellt werden, dazu Böckli, Aktienrecht, § 18 N 378. Wie in Rz. 88 ausführlich besprochen, kann ein solches Verbot zwar kaum unter den Gläubigerschutz eingereiht werden, anders als im Bankrecht genügt aber im Aktienrecht auch ein Aktionärsschutz als Zielsetzung, vgl. nur Böckli, Aktienrecht, a. a. O. Nach der hier vertretenen Meinung kann die fragliche Bestimmung der Abzocker-Initiative zumindest als dem erweiterten Kreis des Minderheitsaktionärsschutzes angehörig bezeichnet werden.

190 Vgl. auch Watter Rolf, Art. 1, 5, 6, 17 BEHG und Art. 24–28 FINMAG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz. Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2011, N 20 zu Art. 1 BEHG.

191 Daran ändert auch die Möglichkeit der Amtshilfe (Art. 38 BEHG) nichts, da deren Gegenstand sich wieder auf Tätigkeiten von Schweizer Börsen und Effektenhändlern bezieht, vgl. Schaad Hans-Peter, Art. 37–38a BEHG und Art. 15, 23, 42, 43 FINMAG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz. Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2011, N 39a zu Art. 38 BEHG.

192 Die grundsätzliche Aufsichtszuständigkeit der FINMA im Bereich des Börsengesetztes ergibt sich aus Art. 1 lit. e FINMAG. Da es sich hier nicht um ein Übernahmeszenario handelt, bleibt die Aktivlegitimation bei der FINMA und geht nicht auf die UEK über, Kunz, Stimmrechtssuspendierungsklage, 288 und Weber Rolf H., Art. 20, 21, 41 und 51 BEHG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz. Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2011, N 202 zu Art. 20 BEHG e contrario.

193 Die FINMA ist im erwähnten Szenario allerdings nicht zur Einreichung einer Klage verpflichtet und dies auch dann nicht, wenn von einer Meldepflichtverletzung ausgegangen wird, Kunz, Stimmrechtssuspendierungsklage, a. a. O.

194 Vgl. auch Rz. 62.

von Art. 707 Abs. 4 eOR i. V. m. Art. 714 und Art. 706b OR bereits im Ursprung beim Entscheid des Verwaltungsrats im herrschenden Unternehmen ansetzen will. Letztlich sind diese Unterscheidungen aber doch vielmehr Theorie. Dies, weil man zum einen grundsätzlich auch die Verletzung einer Bestimmung von Art. 717 OR in die Prüfung einer Nichtigkeitsklage einbeziehen kann[195] und zum anderen letztere – wie aufgezeigt – wohl ohnehin nicht greifen wird. In beiden Ansätzen wird aber eine Verantwortlichkeitsklage möglich und hinsichtlich des Tatbestands der Pflichtwidrigkeit – nicht aber des Schadens oder der Kausalität – erfolgsversprechend sein. Eine Lösung nach BEHG, die aber kaum den Anforderungen an die Praktikabilität genügen könnte, hätte schliesslich neben einer Sanktionierung von zivilrechtlicher auch eine solche von öffentlichrechtlicher Seite zur Folge.

b) Beweislast

[Rz 72] Beim Handeln eines Verwaltungsratsmitglieds zum Vorteil eines potentiell herrschenden Unternehmens kann nicht per se von einem fiduziarischen Verwaltungsrat ausgegangen werden, da ev. das fragliche Geschäft auch im Interesse des abhängigen und somit von Art. 717 Abs. 1 OR gedeckt ist.[196]

[Rz 73] Aus diesen Gründen kann auch nicht mit einer Vermutung gearbeitet werden. Ansonsten müsste wohl die Konzernbildung generell verboten werden. Die herrschende Gesellschaft dürfte dann nämlich bei jeder kritischen Transaktion den Beweis erbringen, dass in concreto keine Weisungen erteilt wurden, sondern der nicht treuhänderisch tätige Verwaltungsrat aus freier Überzeugung das fragliche Rechtsgeschäft abgeschlossen hat.

[Rz 74] Auf der anderen Seite könnte für die klagende Partei (oder je nach Ausgestaltung der Abzocker-Initiative auch die betreffende Aufsichtsbehörde) praktisch schwierig sein, das Vorhandensein eines solchen Berater- oder Arbeitsvertrags zu beweisen, da dieser für Aktionäre und Dritte[197] nicht offengelegt werden muss.[198] Erschwerend tritt hinzu, dass für beide Vertragsarten – den Auftrag und den Arbeitsvertrag – gesetzlich keine Form vorgeschrieben ist.[199] Eine praktische Relativierung erfolgt aus dem Umstand, dass solche fiduziarischen Verwaltungsräte meist schadlos gehalten werden müssen[200] und/oder eine Versicherung[201] abgeschlossen wird. Dazu drängt sich wiederum die Schriftlichkeit auf. Im Einzelnen gäbe es also bei der praktischen Umsetzung dieser Initiativbestimmung noch einige Hindernisse zu überwinden. Jedenfalls wird es in der Praxis kaum möglich sein, das Vorliegen eines Vertrags zu beweisen, wenn betreffend die Beweismittel nicht auf eine Weisungserteilung zurückgegriffen werden kann.[202] Etwas anders gelagert wäre der Spezialfall, bei welchem der fiduziarische Verwaltungsrat bereits im herrschenden Unternehmen (z. B. als Doppelorgan) tätig ist. In letzterer Variante müsste wohl gar von einer natürlichen Vermutung eines bestehenden Kontrakts ausgegangen werden.

c) Behandlung des betreffenden Vertrages

[Rz 75] In vertragsrechtlicher Hinsicht stellt sich mithin die Frage, wie ein entstandener Konsens auf Eingehung eines treuhänderischen Verwaltungsratsmandates trotz Verbot behandelt werden soll. Es sind dabei grundsätzlich drei Stufen denkbar: (Teil-)Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Gültigkeit des Vertrages.[203] In jedem Fall müsste zu Beginn kontrolliert werden, ob nicht bereits die Gesetzesbestimmung selber (implizit) die Rechtsfolge bestimmt. Eine Teilnichtigkeit ist in einem so gelagerten Fall, wo der Hauptzweck des Vertrages in einer Geltendmachung der Interessen des herrschenden

---

195 Sommer, Treuepflicht, 329 ff. erwähnt diese Möglichkeit zwar nicht, stellt aber einleitend klar («insbesondere»), dass es sich lediglich um eine beispielhafte Aufzählung handelt.

196 Beispiel für ein solches Rechtsgeschäft: Die A AG ist wirtschaftlich abhängig von der B AG (z. B. weil sich die A AG auf die Produktion von Spezialteilen, welche nur für eine Produkt X der B AG eingesetzt werden kann, fokussiert). Nun beschliesst der Verwaltungsrat der A AG aufgrund des Konkurrenzdrucks seitens Dritter, künftig günstiger zu liefern.

197 Auszugehen ist aufgrund der Anforderungen an ein Klageinteresse von Gläubigern der entsprechenden AG.

198 Im Gegensatz zum geltenden Art. 663b^{bis} OR verlangt Art. 731c Abs. 2 Ziff. 2 eOR, dass künftig im Vergütungsreglement die Grundlagen der Vergütungen an Verwaltungsräte genannt werden. So wäre via Bestimmungen über die Transparenz von Verwaltungsratshonoraren theoretisch auch ein Beweisproblem im Rahmen von fiduziarischen Verwaltungsräten gelöst. Hier stellt sich aber folgendes Problem: Der Gesetzeswortlaut verlangt nur eine globale, alle Verwaltungsräte umfassende Transparenz, vgl. dazu Zusatzbotschaft Aktienrecht, 322. Auch würde diese Regelung nur für kotierte Gesellschaften (Art. 731c Abs. 1 eOR) gelten, wobei abhängige Unternehmen in der Realität kaum einen Börsengang wagen. Zum anderen haben – abgesehen von Doppelorganschaften – die fiduziarischen Verwaltungsräte des abhängigen Unternehmens im herrschenden keine Organstellung inne. Somit würde sich auch mit dem bundesrätlichen (Zusatz-) Entwurf für ein neues Aktienrecht in diesem Bereich nichts ändern.

199 Die gesetzliche Grundlage für den Arbeitsvertrag findet sich in Art. 320 Abs. 1 OR. Mangels einer speziellen Regelung stützt sich die Formfreiheit beim Auftrag auf Art. 11 Abs. 1 OR.

200 Dazu eingehend Bazzani, Schadloshaltung, 59 ff.; vgl. auch Beyeler, Konzernleitung, 85 f.

201 Z. B. eine sog. «D&O-Versicherung» (Directors and Officers liability insurance).

202 Daran wird auch der Konzernbegriff de lege ferenda (Art. 963 Abs. 1 eOR) nichts ändern. Hierbei ist die beweisrechtliche Problematik des Vorliegens einer vertraglichen Beziehung zwischen einem herrschenden Unternehmen und einem potentiellen fiduziarischen Verwaltungsrat von jener des Konzernbegriffs zu unterscheiden.

203 Vgl. Art. 15.102 Abs. 2 Principles of European Contract Law: «Where the mandatory rule does not expressely prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may declared to have full effect, to have some effects, to have no effect, or to be subject to modification.» Huguenin, Basler Kommentar, N 52 zu Art. 19/20 OR spricht in diesem Zusammenhang von «einer weit verstandenen Nichtigkeit». Die Möglichkeit einer Modifikation (Vertragsergänzung) wird vorliegend in die Kategorie Teilnichtigkeit eingeordnet.

Unternehmens im abhängigen gerade nicht erlaubt sein soll, kaum vorstellbar. Einzig im Spezialfall der Doppelorganschaft könnte – falls das Verhältnis des Mitglieds zum herrschenden Unternehmen im selben oder in einem gekoppelten[204] Vertrag mit demjenigen zum abhängigen Unternehmen geregelt wurde – eine Nichtigkeit nur des einen (i. d. R. des letzteren) angenommen werden.

[Rz 76] Anfechtbarkeit, resp. einseitige Unverbindlichkeit, wendet das Bundesgericht[205] nur im Rahmen von Art. 27 ZGB an. Auch bei Gebrauch eines flexiblen Nichtigkeitsbegriffs,[206] der mithin auch im Rahmen von Art. 20 OR eine einseitige Unverbindlichkeit vorsieht, würde sich wohl an der absoluten und beidseitigen Nichtigkeit nichts ändern. Ein Verbot des Vertragsschlusses von Verwaltungsräten mit anderen Konzernunternehmen will gerade nicht nur einer Vertragspartei Schutz gebühren. Man könnte sich zwar fragen, ob der fiduziarische Verwaltungsrat durch das «Scylla-und-Charybdis-Problem» nicht schutzbedürftig erscheint. Der Sinn und Zweck dieser Regelung im Rahmen der Abzocker-Initiative lässt dies verneinen. Es ist vielmehr anzunehmen, dass ein Aktionärs- und Gläubigerschutz – diese sind mithin Subjekte ausserhalb der Vertragsparteien – betrieben wird.

[Rz 77] Eine Lockerung der starren Nichtigkeitsfolge kann aber immerhin im Grundsatz, wonach Dauerschuldverhältnisse ex nunc aufgelöst werden sollen,[207] erblickt werden. Bei einem fiduziarischen Verwaltungsratsmandat bedeutete dies, dass eine Auflösung nur für die Zukunft nach Auslösung der Nichtigkeit – z. B. nach Gutheissen eines gerichtlichen Feststellungsanspruchs – in Frage kommt.[208] Immerhin blieben aufgrund des Rückwirkungsverbots[209] bestehende fiduziarische Abreden mit Verwaltungsratsmitgliedern innerhalb eines Konzerns gültig.

[Rz 78] Dogmatisch interessant ist ein Vergleich der Nichtigkeitsgründe in Art. 714 i. V. m. Art. 706b OR mit jenen in Art. 20 OR. Hier fällt auf, dass im Aktienrecht sehr viel höhere Ansprüche an die Nichtigkeit gestellt werden.[210] Braucht es bei Art. 714 OR einen schwerwiegenden und dauerhaften Verstoss gegen zwingendes, im öffentlichen Interesse aufgestelltes Recht,[211] so wird bei Art. 20 OR lediglich ein Widerspruch des Inhalts gegen eine zwingende Norm schweizerischen Rechts verlangt.[212] Somit kann es vorkommen, dass aktienrechtlich ein Verwaltungsratsbeschluss zwar als gültig befunden, das diesem zugrundeliegende pactum fiduciae aber als nichtig qualifiziert wird. Da eine Diskrepanz von Vertrags- und Aktienrecht möglichst vermieden werden sollte und Art. 20 OR auch als im Aktienrecht massgebend betrachtet wird,[213] muss eine Nichtigkeit des betreffenden Kontrakts restriktiv gehandhabt werden.[214]

3. Durchsetzungsmöglichkeiten im Strafrecht

[Rz 79] Auch im Strafrecht müssten bei der Umsetzung noch einige Hürden genommen werden.[215] So wäre auf formellrechtlicher Seite die sachliche Zuständigkeit abzuklären. Kompetent ist ein erstinstanzliches Gericht nach Art. 13 lit. b StPO. Betreffend die Organisation der Gerichte bleiben die Kantone aber weiterhin frei (Art. 123 Abs. 2 BV, Art. 14 StPO). Der Kanton Bern sieht beispielsweise in den Art. 63 ff. GSOG-BE[216] ein Wirtschaftsstrafgericht vor, welches gemäss Art. 55 EG ZSJ-BE[217] in Wirtschaftsstraffällen amten soll. Letztere liegen dann vor, wenn kumulativ der Schwerpunkt der Strafsache im Vermögensstrafrecht, in der Urkundenfälschung oder in der Geldwäscherei liegt (Art. 55 Abs. 1 lit. a EG ZSJ-BE), ein Bedürfnis nach besonderen wirtschaftlichen Kenntnissen des Gerichts besteht (Art. 55 Abs. 1 lit. b EG ZSJ-BE) und eine grosse Zahl schriftlicher Beweise erforderlich ist (Art. 55 Abs. 1 lit. c EG ZSJ-BE). Die Formulierung des Einleitungssatzes zu Art. 95 Abs. 3 eBV («Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung») deutet auf eine Unterordnung in das Vermögensstrafrecht hin. Auch das Erfordernis einer grossen Anzahl schriftlicher Beweismittel scheint erfüllt. Dies, weil es wohl schwierig sein wird, Berater- und Arbeitsverträge als Beweisgegenstände sicherzustellen, da gerade Schriftlichkeit hierbei kein Formerfordernis ist.[218] Somit müssten zum Beweis

[204] Vgl. dazu Amstutz Marc/Schluep Walter, Einl. vor Art. 184 ff. OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 8 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

[205] BGE 129 III 209 E. 2.2 und 2.3 S. 213 ff.

[206] Dazu Huguenin, Basler Kommentar, N 55 zu Art. 19/20 OR.

[207] Huguenin, Basler Kommentar, N 57 zu Art. 19/20 OR; Kramer Ernst A., Art. 19–22 OR, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1/2/1a, Inhalt des Vertrages umfassend die Artikel 19–22 OR, Bern 1991, N 313 zu Art. 19/20 OR. Explizit für den Arbeitsvertrag: Art. 320 Abs. 3 OR.

[208] Der Verwaltungsrat müsste also das bis zu diesem Zeitpunkt bezogene Honorar nicht zurückgewähren.

[209] Vgl. dazu Huguenin, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 19/20 OR.

[210] Vgl. auch Druey/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 12 N 73; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 25 N 86.

[211] Dazu Rz. 67.

[212] BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442; 134 III 52 E. 1.1 S. 54; 119 II 222 E. 2 S. 224; 117 II 286 E. 4a S. 287; 114 II 279 E. 2a S. 280; vgl. Huguenin, Basler Kommentar, N 15 zu Art. 19/20 OR; Schwenzer, OR AT, N 32.05.

[213] Dazu Homburger, Zürcher Kommentar, N 349 zu Art. 714 OR m. w. H.

[214] Im Ergebnis ebenso Homburger, Zürcher Kommentar, N 346 zu Art. 714 OR m. w. H.

[215] Gänzlich gegen die Einführung von strafrechtlichen Normen zur Verhinderung von Vergütungsexzessen – hier im Zusammenhang dem Gegenvorschlag – der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur parlamentarischen Initiative, 8328.

[216] Gesetz vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft, BSG 161.1.

[217] Einführungsgesetz vom 11. Juni 2009 zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, BSG 271.1.

[218] Vgl. Rz. 74.

des Vorliegens eines solchen Kontrakts wohl etliche andere Dokumente eingereicht werden. Als fraglich erscheint aber, ob die dritte Tatbestandsvoraussetzung der besonderen wirtschaftlichen Kenntnisse erfüllt ist, da es lediglich darum geht, ein Vertragsverhältnis festzustellen. Hierbei wird die Praxis der Gerichte und der Staatsanwaltschaft abzuwarten sein.

[Rz 80] Ebenfalls interessant sein wird der Aspekt, ob die Taten nach Art. 95 Abs. 3 eBV in ihrer gesetzlichen Umsetzung als Strafantrags- oder als Offizialdelikte ausgestaltet werden. Im ersteren Fall würde dies erheblich weniger weitreichende Folgen in der Praxis zur Folge haben, da wohl nur noch Aktiengesellschaften mit Minderheitsbeteiligten – Aktionäre des herrschenden Unternehmens können kaum als Verletzte i. S. v. Art. 30 Abs. 1 StGB gelten[219] – mit einem Strafverfahren rechnen müssten. Angesichts der vergleichsweise hohen Strafandrohung und der Tatsache, dass im Vermögensstrafrecht meist nur Delikte zum Nachteil von Angehörigen oder Familiengenossen ein Antragserfordernis aufweisen,[220] muss aber damit gerechnet werden, dass ein Verstoss eine Verfolgung von Amtes wegen zur Folge haben wird.[221]

[Rz 81] Das nächste und wohl bedeutendste Problem des Verstosses gegen ein Verbot der Entsendung fiduziarischer Verwaltungsräte im Einzelnen und der Abzocker-Initiative generell ist das Strafmass. Es sei hier insbesondere darauf hingewiesen, dass Widerhandlungen mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren *und* einer Geldstrafe von bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft werden sollen (Art. 95 Abs. 3 lit. d eBV). Es handelt sich mithin um eine zwingende Freiheitsstrafe. Eine solche kommt sonst nur im Zusammenhang mit Tötungs- und schweren Vermögensdelikten zur Anwendung.[222] Diese übermässige Strafandrohung wird denn von den genannten Autoren zu Recht heftig kritisiert.

[Rz 82] Problematisch erscheint m. E. auch das einseitige Abstellen der Initiative auf die Jahresvergütungen. Das Schweizer Strafzumessungssystem stellt in Art. 34 Abs. 2 StGB bereits auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit insgesamt, beinhaltend neben dem Einkommen auch das Vermögen, den Lebensaufwand, die Familien- und Unterstützungspflichten, sowie andere ausserordentliche Belastungen[223] ab.

[Rz 83] Handschin[224] weist des Weiteren auf die Konfrontation der Initiative mit dem Bestimmtheitsgebot (nulla poena sine lege) in beispielhafter Aufzählung der Pensionskasse hin.[225] Durch die eingangs erwähnten definitorischen Fehltritte[226] kann diese Thematik auch auf die diesem Beitrag zugrundeliegende Bestimmung ausgedehnt werden.

4. Exkurs: Durchsetzungsmöglichkeiten bei börsenkotierten Banken

[Rz 84] Die Banken (Art. 1 Abs. 1 BankG i. V. m. Art. 2a BankV) besitzen innerhalb der börsenkotierten Aktiengesellschaften deshalb eine Sonderstellung, weil sie neben unzähligen Selbstregulierungserlassen[227] auch unter die Anwendungsbereiche des BankG, der BankV und der ERV fallen.[228] Abzockereithematisch gesehen ist dieser Wirtschaftszweig auch erwähnenswert, weil er seit einiger Zeit häufig als Subjekt der zu hohen Management- und Verwaltungsratsentschädigungen gesehen wurde.[229]

[Rz 85] In diesem Zusammenhang ist einleitend zu klären, inwieweit das Aktienrecht neben der lex specialis BankG überhaupt Geltung erlangen kann. Das positive Recht behält in Art. 16 Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln XXIV–XXXIII OR explizit die Anwendung des BankG vor. Das Bundesgericht will für Bankaktiengesellschaften die OR-Bestimmungen nur dann anwendbar sehen, wenn es um im BankG und seinen Verordnungen nicht geregelte Sachverhalte geht.[230] Bei einem aktienrechtlich geregelten Verbot des fiduziarischen Verwaltungsrats ist aufgrund fehlender Normkonkurrenz – eine Anpassung des BankG in Folge der Initiative, soweit ersichtlich, ausgeschlossen – nicht die Frage der formellen, sondern nur der materiellen bankengesetzlichen Spezialität zu überprüfen.[231] Da es bei dieser Prüfung

[219] Das Bundesgericht hat in BGE 118 IV 209 E. 3b S. 212 zwar seine ursprünglich strenge Praxis gelockert und präzisiert, dass ausserhalb von höchstpersönlichen Rechtsgütern – z. B. also beim Vermögen – auch anderen Personen als den Trägern des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes die Legitimation zum Stellen eines Antrags zukommt, vgl. auch Riedo Christof, Art. 30–33 und Art. 55a StGB, in: Basler Kommentar zum Strafrecht I. Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007, N 6b ff. zu Art. 30 StGB. Weiterhin gefordert ist aber ein rechtlich geschütztes Interesse, vgl. auch BGE 121 IV 258 E. 2b S. 260.

[220] Vgl. nur Art. 137 Ziff. 2 StGB, Art. 138 Ziff. 1 Abs. 4 StGB, Art. 139 Ziff. 4 StGB, Art. 143 Abs. 2 StGB.

[221] Böckli, Doktor, 40 und Handschin, Abzocker-Initiative, 25 sprechen die Möglichkeit einer Ausgestaltung als Antragsdelikt nicht an. Sie gehen aber wohl implizit vom selben Ergebnis aus.

[222] Böckli, Doktor, a. a. O.; Handschin, Abzocker-Initiative, a. a. O.

[223] Vgl. zu alldem nur Dolge Annette, Art. 34–36 StGB, in: Basler Kommentar zum Strafrecht I. Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel 2007, N 45 ff. zu Art. 34 StGB.

[224] Handschin Abzocker-Initiative, 25.

[225] In eine ähnliche Richtung Zusatzbotschaft Aktienrecht, 334.

[226] Vgl. dazu Rz. 60.

[227] Vgl. nur schon die unzähligen von der FINMA anerkannten Selbstregulierungserlasse der Schweizerischen Bankiervereinigung, FINMA-RS 08/10, 4.

[228] Vgl. dazu Emmenegger/Geiger, Bank-Aktiengesellschaften, N 5; Wegmüller Michael, Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates. Unter Berücksichtigung der Verhältnisse in Deutschland und England (Diss. Bern = ASR Heft 746), Bern 2008, 170.

[229] Vgl. etwa NZZ Online vom 13. Dezember 2009: Goldene Käfige bei UBS; NZZ Online vom 18. Oktober 2008: Riesenärger über Boni-Politik der UBS.

[230] BGE 97 II 403 E. 1b S. 408 m. w. H.

[231] Eingehend zu diesen Begriffen Emmenegger/Geiger, Bank-Aktiengesellschaften, N 9 ff.

um die inhaltliche Wechselwirkung zwischen Rechtsnormen geht,[232] ist ein bankrechtliches Pendant zum Verbot des fiduziarischen Verwaltungsrat gemäss Abzocker-Initiative ausfindig zu machen.[233] Ausgangspunkt für die konkrete Fragestellung bildet Art. 6 Abs. 3 BankV, der eine Deklarationspflicht für fiduziarische qualifizierte Aktionäre gegenüber der FINMA statuiert. Dabei ist auffällig, dass einerseits diese Pflicht nicht explizit den Verwaltungsräten auferlegt wird, man sich also fragen kann, ob im Sinne eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers[234] bewusst darauf verzichtet werden wollte. Zum anderen ist merklich, dass die FINMA durch diese Bestimmung Informationen hinsichtlich der Gewährsprüfung[235] sammeln will, ohne aber ein Verbot der treuhänderisch gehaltenen Aktien anzuordnen. Im Vordergrund dieser Bestimmung steht somit die Transparenz, damit die FINMA über die Bewilligung (vgl. Art. 3 BankG) entscheiden kann. Mit einer teleologischen Auslegung kann also davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber nicht implizit von einer abschliessenden Regelung des Bankenrechts ausgegangen ist. Weder Art. 6 Abs. 3 BankV noch irgendeine andere bankenrechtliche Norm äussern sich zur Zulässigkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats. Bei einer nachträglichen planwidrigen Unvollständigkeit entstanden aus dem Umstand, «dass das eigentlich schutzintensivere Gesetzeswerk (Bankengesetz) durch asynchrone Entwicklungsschübe hinter das allgemeine Gesetz (Aktienrecht) zurückfällt[236]», erfolgt eine Ausfüllung durch analoge Anwendung des aktienrechtlichen Teiltatbestands.[237] Somit wird klar, dass die nachfolgenden Ausführungen zu bankenrechtlichen Spezialerlassen als Ergänzung zu den bereits erwähnten aktienrechtlichen Feststellungen zu erblicken sind. Das Bankenrecht ist in seinem Anwendungsbereich zudem anhand und mit Blick auf revidiertes Aktienrecht zu interpretieren.

[Rz 86] In dieselbe Richtung zielen die Überlegungen der FINMA in ihrem Rundschreiben 08/24 («Überwachung und interne Kontrolle Banken»). Dort werden u. a. verschiedene Pflichten betreffend die Unabhängigkeit eines Bankverwaltungsrats festgehalten.[238] Diese von der FINMA angewendete Auslegung wurde erlassen mit dem Hintergrund, dass Interessenskonflikte des Verwaltungsrats mit dem Institut möglichst vermieden werden können.[239] Dabei werden die Kriterien aufgeführt, wann ein Verwaltungsrat als unabhängig gelten kann.[240] Das fiduziarisch tätige Mitglied genügt diesen Anforderungen gerade nicht.[241] Eine gewisse Flexibilität bringt die FINMA aber trotzdem entgegen, indem nur mindestens ein Drittel der Mitglieder den Unabhängigkeitsvorschriften genügen müssen, mit der zusätzlichen Möglichkeit des «comply or explain».[242] All diese hier aufgeführten Unabhängigkeitsanforderungen an den Bankverwaltungsrat sollen aber laut dem einleitend zum Rundschreiben genannten Geltungsbereich gerade keine Anwendung finden auf die Organe von direkt oder indirekt gehaltenen Tochterbanken. Die FINMA trägt damit der Konzernrealität Rechnung und erachtet diese Konstellation aufsichtsrechtlich als zulässig. Summa summarum wird davon ausgegangen, dass ein fiduziarischer Verwaltungsrat per se noch kein Bankenrecht verletzt.

[Rz 87] Der in Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG genannte Gewährsartikel verbietet rechts- und sittenwidrige Geschäfte.[243] In diesem Fall ist unbeachtlich, dass der fiduziarische Verwaltungsrat, wie oben aufgezeigt,[244] aufsichtsrechtlich eigentlich unproblematisch ist, da bei Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine Verletzung gerade dadurch impliziert werden kann, dass eine Vorschrift ausserhalb des Aufsichtsrechts verletzt wird.[245] Allerdings soll nicht generell die Verletzung irgendwelcher Normen einen Verstoss gegen Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG bedeuten, sondern nur derjenigen, die «sich im Rahmen der Schutzzwecke des BankG [...] bewegen».[246] Ausserhalb dieses Bereichs soll eine Zuwiderhandlung gegen eine Rechtsvorschrift weiter dann relevant sein, «wenn sie entweder die Gesinnung des Täters mit Blick auf die Befolgung der Schutzgedanken des BankG generell in Frage stellt, oder aber auch, wenn das Fehlverhalten eines Angestellten seine Eignung für eine spezifische Funktion innerhalb der Bank ausschliesst».[247] Es kann also davon ausgegangen werden, dass auch ein Fehlverhalten ausserhalb der eigentlichen Banktätigkeit genügen kann.[248] Es muss allerdings der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden.[249]

---

[232] Emmenegger/Geiger, Bank-Aktiengesellschaften, N 13.

[233] Wird im Bankrecht hingegen kein vergleichbarer Sachverhalt geregelt, so ist eine echte Lücke (zu diesem Begriff Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 271 ff. zu Art. 1 ZGB; kritisch Honsell, Basler Kommentar, N 30 zu Art. 1 ZGB) nicht möglich und das Aktienrecht kann ungehindert Geltung erlangen.

[234] BGE 136 V 161 E. 6.2.2 S. 169; 135 III 385 E. 2.1 S. 286; 134 V 182 E. 4.1 S. 185; 134 V 131 E. 5.2 S. 134 f; 134 V 15 E. 2.3.1 S. 16; vgl. auch Berger, Schuldrecht, N 140; Honsell, Basler Kommentar, N 31 ff. zu Art. 1 ZGB; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 255 zu Art. 1 ZGB.

[235] Vgl. dazu systematisch Art. 6 Abs. 1 BankV.

[236] Hier geht ja die Regelung des fiduziarischen Rechtsverhältnisses viel weiter als in der BankV ersichtlich war.

[237] Emmenegger/Geiger, Bank-Aktiengesellschaften, N 16.

[238] FINMA-RS 08/24, N 18 ff.

[239] FINMA-RS 08/24, N 18.

[240] FINMA-RS 08/24, N 20 ff.

[241] Der fiduziarisch tätige Verwaltungsrat im Konzern vertritt einen in FINMA-RS 08/24, N 24 genannten qualifiziert Beteiligten, nämlich das herrschende Unternehmen.

[242] FINMA-RS 08/24, N 19.

[243] BGE 111 Ib 126 E. 2a S. 127; 108 Ib 186 E. 5b S. 193; vgl. auch von Büren, Verantwortlichkeit, 78; Winzeler, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 3 BankG; Zobl/Kramer, Kapitalmarktrecht, N 622.

[244] Vgl. Rz. 86.

[245] Insofern ist dieser Artikel als unselbständiger zu betrachten.

[246] Kleiner et al., Kommentar Bankengesetz, N 192 zu Art. 3 BankG.

[247] Kleiner et al., Kommentar Bankengesetz, a. a. O.

[248] BGE 108 Ib 196 E. 2b/aa S. 201.

[249] Kleiner et al., Kommentar Bankengesetz, a. a. O. Nobel, Finanzmarktrecht,

[Rz 88] Das BankG bezweckt einen Gläubiger- wie auch einen Funktionsschutz.[250] Dass mit einem Verbot fiduziarischer Bankverwaltungsräte ein Gläubigerschutz betrieben werden soll[251] ist nicht ersichtlich, hat ein solches Verbot doch eine Lähmung der Durchsetzung der geforderten einheitlichen Leitung in einem Konzern zur Folge. Dies kann sich u. U. sogar kontraproduktiv auswirken. Schon eher käme ein Funktionsschutz in Frage, da dort u. a. auch systemische Finanzkrisen verursacht durch den Bankenapparat[252] vermieden werden sollen.[253] Das Verbot des fiduziarischen Verwaltungsrats soll im Rahmen der Abzocker-Initiative, welche ihrerseits im Hauptzweck darauf abzielt, Verwaltungsrats- und Managersaläre einzuschränken,[254] eingeführt werden. Da letztere von verschiedenen Seiten zum mutmasslichen Sündenbock der vergangenen, resp. noch immer anhaltenden[255] Wirtschaftskrise erklärt wurden,[256] läge ein Funktionsschutz auf der Hand. Auch hier kann inhaltlich in Frage gestellt werden, inwieweit diese Initiative überhaupt geeignet ist, diesen vom BankG bezweckten Funktionsschutz zu verwirklichen. Es kann somit wohl kaum von einer direkten Unterstellung des fraglichen Verbots in den Schutzbereich des BankG ausgegangen werden. Diese erstrebte Regulierung könnte aber allenfalls durch das Infragestellen der generellen Gesinnung eines solchen Bankverwaltungsrats – er würde immerhin ein aktienrechtliches (resp. je nach Modell börsenrechtliches) Verbot verletzen – der erweiterten Schutzsphäre des Bankenrechts zugeordnet werden. So sagt denn eine Verletzung des Verbots, als fiduziarischer Verwaltungsrat in einem abhängigen Unternehmen tätig zu werden, noch nichts über dessen Banktätigkeit im herrschenden Unternehmen aus. Das Bundesgericht betrachtet dabei Organschaften in Drittgesellschaften als dem erweiterten Schutzbereich zugehörig und verlangt, dass die fragliche Tätigkeit der «Bank selbst durch sie in keiner Weise tangiert würde.»[257] M. E. ist aus diesen Erwägungen herauszulesen, dass ein Konzernverhältnis,[258] bei dem wirtschaftlich das herrschende Bankunternehmen (indirekt) sehr wohl tangiert wird, nicht erfasst werden soll.[259] Bei einer anderen Auslegung wäre die Zugehörigkeit immer noch heikel. Es soll gerade nicht jegliches strafrechtliche Verhalten[260] unter dem Titel von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG relevant sein.[261] Damit ein fiduziarischer Bankverwaltungsrat gegen den Gewährsartikel verstossen würde, müsste in diesem Falle deshalb die Verhältnismässigkeit[262] geprüft werden.[263] Dabei wäre die Frage zu beantworten, ob ein Gewährsbrief[264] mit dem für den Handelnden damit begründeten faktischen Berufsverbot[265] in einem angemessenen Verhältnis zu seiner Tat, der Annahme eines fiduziarischen Verwaltungsratsmandats, steht. Die Fragen der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit sind m. E. Hürden, die sich für das fragliche Verbot in diesem Zusammenhang als zu hoch erweisen würden.[266]

§ 8 N 84 plädiert für eine Beachtung der Verfahrensrechte und sieht den Verhältnismässigkeitsgrundsatz als weniger problematisch an. Die umfassende Frage des Verfahrensrechts im Rahmen eines Gewährsbriefs ist vorliegend nicht Thema. Im Zusammenhang mit einem neuen Verbot von fiduziarischen Verwaltungsräten ist die materielle Frage der Verhältnismässigkeit von grösserer Bedeutung.

250 Aellen, Gewähr, 86 f.; Bahar/Stupp, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 1 BankG; Kleiner et al., Kommentar Bankengesetz, N 16 f. zu Art. 1 BankG; Zobl/Kramer, Kapitalmarktrecht, N 25 ff.; Zulauf, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz, N 19 ff.; vgl. auch Bühler, Regulierung, N 36; Emmenegger, Bankorganisationsrecht, 135 ff. und 138 ff.

251 Bei diesem soll der Kreditor vor einem allfälligen Bankkonkurs geschützt werden, Bahar/Stupp, Basler Kommentar, a. a. O., m. w. H.

252 Emmenegger, Bankorganisationsrecht, 142.

253 Bahar/Stupp, Basler Kommentar, a. a. O., m. w. H.

254 Vgl. nur Zusatzbotschaft Aktienrecht, 300.

255 Es ist nur eine Problemverlagerung von den Privaten zu den Staaten selber zu verzeichnen.

256 Vgl. dazu nur Emmenegger Susan/Kurzbein Regula, Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, GesKR 2010, 462–475, 463, 465 und 474.

257 BGE 108 Ib 196 E. 2b/aa S. 201

258 Das BankG geht von der Terminologie der «Finanzgruppe» aus (Art. 3c BankG).

259 Vgl. den analogen Fall der Retrozessionsproblematik, wo Konzerngesellschaften ebenfalls nicht als Dritte qualifiziert werden sollen, Abegglen, Bankkonzern, 678.

260 Die Abzocker-Initiative sieht, wie erwähnt, in Art. 95 Abs. 3 eBV gerade auch spezifische strafrechtliche Normen vor.

261 Aellen, Gewähr, 172; Kleiner et al., Kommentar Bankengesetz, a. a. O.

262 Diese ist nach öffentlich-rechtlichen Prinzipien in Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit zu unterteilen, vgl. dazu nur die jüngsten Urteile BGE 136 I 87 E. 3.2 S. 92; 136 I 29 E. 4.2 S. 36; 136 I 17 E. 4.4 S. 26; 136 I 1 E. 5.4.1 S. 14.

263 A. M. Aellen, Gewähr, 178, der nicht auf die Verhältnismässigkeit i. S. einer Abwägung der verletzten Norm mit den Folgen aus Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG abstellen will, sondern – gewissermassen isoliert betrachtet – nur die Schwere der Straftat berücksichtigt.

264 Bei diesem wird noch kein Gewährsverfahren eröffnet. Die FINMA gibt hierbei erst bekannt, es stehe ein solches beim Antritt einer Gewährsposition in absehbarer Zeit im Raum, Zulauf/Wyss/Roth, Finanzmarktenforcement, 96 und 99. Allgemein zum Gewährsbrief von Büren, Verantwortlichkeit, 91 f.; Nobel, Finanzmarktrecht, § 8 N 83; Winzeler, Basler Kommentar, N 19 ff. zu Art. 3 BankG; vgl. auch die Erläuterungen der FINMA selbst: ‹http://www.finma.ch/d/sanktionen/gewaehrserfordernis-watchlist/Seiten/gewaehrsbrief.aspx›.

265 Kleiner et al., Kommentar Bankengesetz, N 192 und N 247 zu Art. 3 BankG; vgl. auch Nobel, Finanzmarktrecht, § 8 N 83. Aellen, Gewähr, 243 relativiert aber, dass eine Tätigkeit in einer untergeordneten Stellung (und damit in einem vom Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG nicht erfassten Sachverhalt) weiterhin möglich bleibe. Er geht insofern von einem partiellen faktischen Berufsverbot aus. Vgl. auch Winzeler, Basler Kommentar, N 22 zu Art. 3 BankG, der von einem «partiellen und potenziellen Berufsverbot» spricht. Kritisch zur Bezeichnung als faktisches Berufsverbot generell Zulauf/Wyss/ Roth, Finanzmarktenforcement, 99. Ein faktisches Berufsverbot verneinend zudem das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid B-1360/2009 vom 11. Mai 2010, E. 3.5; vgl. zu diesem Entscheid Peyer, Entwicklungen, 811.

266 Wird die Verhältnismässigkeit für die Erstellung eines Gewährsbriefes nicht eingehalten, so ist auch die diesem Verfahren unmittelbar vorangehende Aufnahme in die Watchliste (dazu eingehend Zulauf/Wyss/Roth, Finanzmarktenforcement, 95 f.; vgl. auch die Erläuterungen der FINMA

[Rz 89] Vom persönlichen Anwendungsbereich des Gewährsartikels (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) werden die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen erfasst. Dabei sind es häufig die Genannten, die als fiduziarischer Verwaltungsrat Einsitz im abhängigen Bankunternehmen fassen.[267] Bei einer Annahme eines solchen Mandates, resp. Arbeitsvertrages liefen diese dann – falls die erwähnten Voraussetzungen der Zugehörigkeit zum erweiterten Schutzbereich und der Verhältnismässigkeit bejaht würden – Gefahr, seitens der FINMA in ein Gewährsverfahren einbezogen zu werden. Ein solches wird von der Bank im Sinne einer weiteren Tätigkeit – bei Nichtbeachtung droht der Bank als Gruppe[268] der Bewilligungsentzug,[269] welcher mit einschneidenden Folgen bis hin zur Auflösung (Art. 23^{quinquies} BankG) verbunden wäre – vehement umgesetzt. Dabei folgen in der Regel die entsprechenden Massnahmen im Sinne von Entlassungen der fehlbaren Gewährsträger.[270] Mit dem Inkrafttreten des FINMAG wurde neu auch die Möglichkeit geschaffen, nicht nur ein (rechtsstaatlich problematisches) faktisches Berufsverbot, sondern auch ein formelles gemäss Art. 33 FINMAG zu erlassen.[271] Dessen Abs. 1 fordert allerdings eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen. Das bedeutet, dass – a minore ad maius – bei einer Verletzung des Verbots fiduziarischer Verwaltungsräte somit eine Anwendung praktisch ausgeschlossen wäre.[272]

[Rz 90] Es werden im Rahmen des «Fit-and-proper-Tests»[273] nicht nur die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen als Individuen unter die Lupe genommen, sondern es wird die Gewährsträgerschaft auf die Bank als Institut erweitert.[274] Abzockereispezifisch ausgedrückt bedeutet dies, dass auch ein herrschendes Bankunternehmen gegen den Gewährsartikel verstossen kann, wenn mit dem fiduziarischen Verwaltungsrat eine kontraktuelle Bindung eingegangen wird und die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG als erfüllt zu erachten sind.

[Rz 91] Nun ist bei Finanzgruppen (Art. 3c Abs. 1 BankG)[275] zu beachten, dass diese von der FINMA als wirtschaftliche Einheit betrachtet und konsolidiert überwacht werden (Art. 3d BankG). Die konsolidierte Überwachung steht der Anwendung des Verbots nicht entgegen, da sich diese nur hinsichtlich der Aufsicht[276] Folgen nach sich zieht. Sie sagt aber nichts darüber aus, dass konzerninterne und von Gesetzes wegen verbotene Geschäfte nicht mehr zu betrachten seien. Im Übrigen hat die genannte Norm auch keine Auswirkungen auf die juristische Selbständigkeit der Bankgesellschaften in einem Konzern, da die aufsichtsrechtlich geregelte konsolidierte Betrachtungsweise nur punktuell, namentlich in finanziellen Belangen, ihre Anwendung findet.[277] Zwar ist anerkannt, dass öffentliches Recht durchaus zur Konkretisierung privatrechtlicher Normen aufgegriffen werden kann,[278] doch bestünde im Falle eines Verbots dieser Konstellation des Verwaltungsrats kein Raum dazu. Konsequenzen können aber im Bereich eines allfälligen Bewilligungsentzugs erwartet werden. Ebenfalls niederschlagen könnte sich die konsolidierte Betrachtungsweise bei den Mitgliedern der Konzernleitung: Unter den erwähnten Voraussetzungen könnten neben dem fiduziarischen Verwaltungsrat und der Bankgesellschaft selber auch diese aufgrund von Art. 3f Abs. 1 BankG vom Gewährsverfahren erfasst werden bei einer Entsendung eines solchen Vertreters in die abhängige Gesellschaft. Dies resultiert aber nicht daraus, dass diese für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der abhängigen Unternehmen zu sorgen haben.[279] Sie rührt daher, dass sie selber die Entsendung – sei es direkt oder via Delegation (Art. 716b OR) – veranlasst haben.

[Rz 92] Eine Annahme der Abzocker-Initiative könnte auch Änderungen in der Interpretation des Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG zur Folge haben. Diese Norm besagt, dass qualifiziert Beteiligte ihren Einfluss nicht zum Nachteil einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit missbrauchen dürfen. Dabei sollen insbesondere die Kapitalverflechtung und potentielle Interessenkonflikte ins Visier genommen werden.[280] Da im

dazu: ‹http://www.finma.ch/d/sanktionen/gewaehrserfordernis-watchlist/Seiten/watchlist.aspx›) zu unterlassen. Der Grund ist darin zu finden, dass eine Nichtkommunikation eines solchen Eintrags den Erwartungen an ein transparentes und faires Vorgehen zuwiderlaufen würde, Zulauf/Wyss/Roth, Finanzmarktenforcement, 101.

267 Forstmoser, Integration, 389; vgl. auch von Büren, Konzern, 169.

268 Dies ist die Folge der in Art. 3d Abs. 1 BankG vorgesehenen konsolidierten Aufsicht.

269 Aellen, Gewähr, 245 f. weist darauf hin, dass ein ernsthaftes In-Frage-Kommen eines solchen nur bei kleinen Instituten zu bejahen ist.

270 Vgl. dazu Nobel, Finanzmarktrecht, § 8 N 84.

271 Nobel, Finanzmarktrecht, § 8 N 85; vgl. auch von Büren, Verantwortlichkeit, 92; Peyer, Entwicklungen, 810.

272 Entgegen dem Gesetzeswortlaut könnten aber auch ausserhalb von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, also z. B. im Rahmen einer OR- oder StGB-Regelung, schwere Verstösse relevant im Rahmen von Art. 33 FINMAG sein, Hsu Peter Ch./Bahar Rashid/Flühmann Daniel, Art. 33 FINMAG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz. Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2011, N 15 zu Art. 33 FINMAG.

273 Dies ist die internationale Bezeichnung des Gewährsartikels, dazu Nobel, Finanzmarktrecht, § 8 N 82.

274 BGE 111 Ib 126 E. 2a S. 127 f.; Nobel, Finanzmarktrecht, § 8 N 83; Winzeler, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 3 BankG; Zulauf, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz, N 117; Zulauf/Wyss/Roth, Finanzmarktenforcement, 95.

275 Die «Finanzgruppe» ist der früheren Terminologie der EBK vom «Bankkonzern» gleichzusetzen, Abegglen, Bankkonzern, 672.

276 Vgl. Maurenbrecher, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 3f BankG, der aufzeigt, dass z. B. auf Sanktionsebene konsolidiert betrachtet wird.

277 Abegglen, Bankkonzern, 675.

278 Abegglen, Bankkonzern, 676 f.; vgl. auch Honsell, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 1 ZGB, der beim systematischen Element auf den inneren Zusammenhang, mithin auf eine widerspruchsfreie Einheit *aller* Rechtsinstitute und Rechtsregeln abstellt (Hervorhebung hinzugefügt).

279 Vgl. dazu Maurenbrecher, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 3f BankG.

280 Zusatzbotschaft II EWR-Recht, 700.

Konzernverhältnis in aller Regel die vom Gesetz geforderte 10%-Grenze des Kapitals oder der Stimmen überschritten wird, müsste zu einer Verletzung des Gewährleistungserfordernisses qualifiziert Beteiligter noch der zweite Tatbestand (Schaden) einschlägig sein. Dabei kann nicht auf die Praxis zu Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG verwiesen werden, da dort strengere Anforderungen an die Gewähr gestellt werden.[281] Dementsprechend, und weil mit der Entsendung eines fiduziarischen Verwaltungsrats nicht per se ein Schaden erwartet werden kann, wird die Praxis in casu kaum eine Verletzung des Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG annehmen.

[Rz 93] Seit Anfang 2009 besteht aber die Befugnis der FINMA zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG) als neues Aufsichtsinstrument.[282] Da hier – im Gegensatz zu Art. 32–34 FINMAG – nicht eine «schwere» Verletzung vorliegen muss, kann erwartet werden, dass auch ausserhalb eines Gewährsverfahrens aber in den Schranken verwaltungsrechtlicher Grundsätze, insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips,[283] Möglichkeiten zur Durchsetzung eines allfälligen Verbotes der «Abzocker-Initiative» ergriffen werden.

[Rz 94] Für Verantwortlichkeitsansprüche verweist Art. 39 Abs. 1 BankG auf Art. 754 OR. Im Übrigen decken sich die in Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG genannten Gewährspersonen mit den geschäftsführenden Organpersonen (Art. 39 Abs. 1 BankG) und den passivlegitimierten Verwaltungsräten in Art. 754 OR.[284] Aus diesem Grund kann Art. 39 Abs. 1 BankG als das zivilrechtliche Pendant zu Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG betrachtet werden.

V. Fazit

[Rz 95] Eine genaue Darstellung des fiduziarischen Verwaltungsrats de lege ferenda wird erst bei einer allfälligen Annahme der Initiative anhand der Redaktion des Gesetzestextes im Anschluss daran präsentiert werden können. Dieser Text – einer nicht exakten Wissenschaft immanent[285] – wird dann seinerseits durch Lehre und Rechtsprechung ausgelegt werden müssen. Trotzdem scheint m. E. eine Auseinandersetzung bereits im Vorfeld betreffend das Abstimmungsverhalten und einer späteren Ausformulierung auf Gesetzesstufe – angenommen es bestehe dann ein gewisses Ermessen des Gesetzgebers – angebracht.

[Rz 96] Es ist zugegebenermassen in räumlicher Hinsicht übertrieben, von einem «*Welt*untergang für Konzerne» zu sprechen, da die Abzocker-Initiative lediglich für die Schweiz Geltung beanspruchen würde. Trotzdem ist nicht zu übersehen, dass ein solcher Alleingang der Schweiz[286] – sollte er, wie das Initiativkomitee vorbringt,[287] noch so vorbildlich sein – einen nicht zu unterschätzenden Standortnachteil mit sich bringen kann. Wurden dessen Auswirkungen bedacht?

[Rz 97] Ein Fragezeichen ist insbesondere für 100% abhängige Unternehmen – mithin ein angestrebtes Ziel der meisten Konzerne – zu setzen. Wie soll hier noch die in Art. 663e Abs. 1 OR erwähnte einheitliche Leitung durchgesetzt werden können? Der Erstantwortende würde diese Frage wohl damit zu lösen versuchen, dass er angibt, es sei weiterhin eine Leitung via Beteiligung, andere personelle Verflechtung als über den Verwaltungsrat oder wirtschaftliche Abhängigkeit möglich. Die Fantasievolle würde wohl gar den Vertragskonzern nennen. Schnell wird aber den meisten klar sein, dass eine Einflussnahme gerade auf die in Art. 716a Abs. 1 OR genannten Tatbestände ohne fiduziarische Verwaltungsräte praktisch ausgeschlossen ist. Zurück zur 100%-Abhängigkeit: Wer ist hier schützenswert? Die Minderheitsaktionäre sind es mangels Vorhandensein nicht. Hinsichtlich der Gläubiger muss zum einen hinterfragt werden, ob ihnen de lege lata denn wirklich zu wenig rechtliche Behelfe zustehen und zum anderen, ob der Ansatzpunkt bei der einheitlichen Leitung der richtige ist.[288]

[Rz 98] Aber nicht nur in ökonomisch-rechtlicher Sicht wäre eine solche Bestimmung fragwürdig, sondern auch rechtsdogmatisch gesehen. Eine Konzernrechtskodifikation für spezifische Sachverhalte – also über ein heute herrschendes Minimum[289] hinaus – ohne die daraus folgenden Probleme zu regeln («wie soll ein Konzern noch geleitet werden?»), birgt denn auch erhebliche Gefahren. Es müsste in diesem Fall ernsthaft überlegt werden, ob für ein kodifiziertes Schweizer Konzernrecht nicht die Zeit gekommen wäre.[290]

[Rz 99] Wenn nicht das gesamte Gesellschaftsrecht, so müssten jedenfalls die schweizerischen Konzernrechtsbücher

[281] Zuberbühler Daniel, Revision des Bankengesetzes vom 18. März 1994 und der Bankenverordnung, in: Nobel Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 3/1994, Bern 1995, 12–36, 21; Zulauf, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz, N 111.

[282] Genau genommen existierte dieses Instrument bereits vor Inkrafttreten des FINMAG am 1. Januar 2009, war allerdings in den finanzmarktrechtlichen Spezialgesetzen geregelt, Roth Pellanda, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 31 FINMAG m. w. H.

[283] Vgl. Roth Pellanda, Basler Kommentar, N 10 ff. zu Art. 31 FINMAG.

[284] Bertschinger Urs, Art. 38 und 39 BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005, N 7 zu Art. 39 BankG; Vetter, Organbegriff, 53 f.

[285] Vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 132 ff. zu Art. 1 ZGB; von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band mit den Registern zu beiden Bänden, 3. Aufl., Zürich 1979, 285.

[286] Vgl. Rz. 58.

[287] Seitens dieses wird v. a. das Argument der Verbesserung der Corporate Governance gebracht, vgl. nur Zusatzbotschaft Aktienrecht, 308.

[288] Dabei bietet auch das Control-Prinzip, das zukünftig durch Art. 963 eOR eingeführt werden soll, keine Hilfe.

[289] Vgl. nur den Begriff des Konzerns in Art. 663e Abs. 1 OR.

[290] Vgl. dazu auch Kunz Peter V., Status Quo der «grossen Aktienrechtsrevision». Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, 125–167, 158.

umgeschrieben werden und sich einer Totalrevision unterziehen: künftig – bei Annahme der Initiative – gibt es keine Konzernierung via Einsitz im Verwaltungsrat mehr. Zweifelsohne würde sich die Praxis auch in diesem Fall Schlupflöcher suchen. Denkbar sind etwa vermehrt herrschende Unternehmen in anderer Form als einer Aktiengesellschaft. Diese Aussage ist allerdings mit Zurückhaltung zu betrachten. Zum einen kommen kaum andere Gesellschaftsformen für eine Börsenkotierung in Frage[291] und zum anderen müsste abgewartet werden, ob nicht die den Gesetzestext ausarbeitende Behörde – in der Regel das Bundesamt für Justiz (Art. 6 Abs. 1 lit. c sowie Art. 7 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 OV-EJPD)[292] – einer solchen Lösung durch ein gesellschaftsformübergreifendes Verbot einer Entsendung von fiduziarischen Exekutivmitgliedern zuvor kommen wird. Verbleibt man bei der Form der Aktiengesellschaft, so sind auch hier Alternativlösungen denkbar. Da nur börsenkotierte Gesellschaften erfasst werden sollen, wäre auch eine Umgehung dieses Verbots auf Ebene des gewählten Marktes für den Handel der Aktien möglich. Denkbar wäre somit, dass heute börsenkotierte Konzerngesellschaften inskünftig Formen wie «Over the Counter»[293] wählen werden.

[Rz 100] Ohne Umgehungsmöglichkeiten – also bei Wegfallen eines der wichtigsten Mittel zur Durchsetzung der einheitlichen Leitung nach Art. 663e Abs. 1 OR resp. Art. 963 Abs. 1 eOR – wäre bei Annahme der Abzocker-Initiative in der Konzernrechtspraxis wohl v. a. eine Leitung via Beteiligung erstrebenswert. Der Fokus könnte sich dabei vorgängig auf einen Übernahmekampf gemäss BEHG und UEV richten. Zurückhaltung geboten ist bei der praktischen Durchsetzbarkeit. Mit Minderheitsaktionären[294] kann kaum in regelmässigen Abständen eine GV abgehalten werden und auch in rechtlicher Hinsicht wird durch Art. 716a OR – eine vorgängige statutarische Kompetenzerweiterung (Art. 716 Abs. 1 OR) vorausgesetzt – immer noch eine Grenze gesetzt. Als fragwürdig bezeichnet werden muss im Übrigen im Zusammenhang mit dem System der AG, wonach der VR die Geschäftsführung besorgt (Art. 716 Abs. 2 OR), ob die GV als statutengebendes Organ (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR) für Aufgaben der Geschäftsführung zuständig sein soll.[295]

[Rz 101] Nicht zu übersehen ist, dass wir mit einer entsprechenden Regelung direkt auf eine Inländerdiskriminierung zusteuern, da ausländische an Schweizer Börsen kotierte Unternehmen weiterhin fiduziarische Verwaltungsräte entsenden können (und werden, da – zumindest bei den hier betrachteten Ländern – die Möglichkeit dazu besteht). Abzuwarten bleibt, ob sich dies auch indirekt auf den Wert der kotierten Effekten auswirken wird. Der hier vermittelte «Maya-prediction-effect» betreffend die Konzernrealität sollte zumindest in die Diskussionen um ein künftiges Aktienrecht einbezogen werden. Ansonsten wird in naher Zukunft, anlehnend an die Maya-Kultur, nur noch der Rückgriff auf einen Schamanen[296] weiter helfen.

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Aufsatz ist der 18. Oktober 2011. Abegglen Sandro, Der Bankkonzern in der Schnittmenge von Privat- und Aufsichtsrecht; zugleich zur Rechenschafts- und Ablieferungspflicht bei bankkonzerninternen Vergütungen, in: Kunz Peter V. et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 657-690. Aellen Marcel Livio, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes (Diss. Bern = Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 123), Bern 1990. Aimi Antonio, Maya und Azteken, Berlin 2009. Altmeppen Holger, §§ 291–303 AktG, in: Goette Wulf/Habersack Mathias/Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5. §§ 278–328. SpruchG. ÖGesAusG – Österreichisches Konzernrecht, 3. Aufl., München 2010. Aveni Anthony F., The end of time: the Maya mystery of 2012, Boulder (Colorado) 2009. Bahar Rashid/Stupp Eric, Art. 1, 1bis, 53, 56 BankG, Schlussbestimmungen 1971, 1999 und 2003, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005. Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht (Diss. Zürich = SSHW Bd. 210), Zürich 2001. Bazzani Claudio, Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder (Diss. Luzern = LBR Bd. 15), Zürich/Basel/Genf 2007. Berger Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008. Berger Bernhard/Güngerich Andreas, Zivilprozessrecht. Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes (in Weiterführung des von Franz Kellerhals begründeten Werkes), Bern 2008. Beyeler Karin, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht (Diss. Zürich = SSHW Bd. 234), Zürich/Basel/Genf 2004. Böckli Peter, Doktor Eisenbart als Gesetzgeber? Die Initiative «Minder» und der Gegenvorschlag des Bundesrates zu den Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, in: Trigo Trindade Rita/Peter Henry/Bonet Christian (Hrsg.), Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Economie Environnement Ethique. De la responsabilité sociale et sociétale, Genève/Zurich/Bâle 2009, 29–42. - Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009. Bühler Christoph B., Regulierung im Bereich der

[291] Zobl/Kramer, Kapitalmarktrecht, N 195 m. w. H.

[292] Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD), SR 172.213.1.

[293] Dies bezeichnet den ausserbörslichen Handel.

[294] Zumindest bei 100% abhängigen Unternehmen kann durch das Institut der Universalversammlung (Art. 701 OR) auch zukünftig ausserhalb von Art. 716a OR eine Leitung durchgesetzt werden.

[295] Zu dieser Problematik im Rahmen von Entschädigungsfragen, Zysset, Bonuszahlungen, N 47 m. w. H.

[296] Vgl. dazu Aimi, Maya und Azteken, 90.

Corporate Governance (Habil. Zürich), Zürich/St. Gallen 2009. von Büren Roland, 4. und 9.–11. Kapitel, in: von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H. (Hrsg.), Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007. - Der Konzern, in: von Büren Roland et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005. - Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats von Banken, in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 63–96. de Capitani Werner, Der delegierte Verwaltungsrat, SJZ 90 (1994), 347–350. Charvériat Anne/Couret Alain/Zabala Bruno, Mémento Pratique Francis Lefebvre: Sociétés Commerciales – 2011, 42e éd., Levallois 2010. Dondero Bruno, Droit des sociétés, Paris 2009. Druey Jean Nicolas, Organisationsnetzwerke: Die «schwebende» Rechtsform, in: Amstutz Marc (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft. Netzwerke als Rechtsproblem, Symposien zum schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2004, 123–149. Druey Jean Nicolas/Glanzmann Lukas, §§ 7–15, 21, in: Druey Jean Nicolas (Hrsg.), Gesellschafts- und Handelsrecht. Systematische Darstellung mit Einschluss des Rechts für börsenkotierte Gesellschaften und des Wertpapierrechts, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010. Drygala Tim, §§ 41, 95–116 AktG, in: Schmidt Karsten/Lutter Marcus (Hrsg.), Kommentar AktG, Band 1, 2. Aufl., Köln 2010. Ebert Kurt Hanns, Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen, Bern 1978. Emmenegger Susan, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe. Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern 2004. Emmenegger Susan/Geiger Hansueli, Bank-Aktiengesellschaften. Statuten und Reglemente mit Mustern, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Bd. 18, Zürich 2004. Emmerich Volker, §§ 15–310 AktG und 328 AktG, §§ 1–17 SpruchG, in: Emmerich Volker/Habersack Mathias (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., München 2010. Forstmoser Peter, Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in: Amstutz Marc (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft. Netzwerke als Rechtsproblem, Symposien zum schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2004, 151–174. - Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerntochtergesellschaft, in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 5–42. - Horizontale Integration im Konzern, in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/ Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, 383–400. Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996. Gach Bernt, MitbestG und DrittelbG, in: Goette Wulf/Habersack Mathias/Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2. §§ 76–117. MitbestG. DrittelbG, 3. Aufl., München 2008. Gautschi Georg, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45 (1949), 301–304. Goodison Adam, Chapters 1–3, in: Mortimore QC Simon (Editor), Company Directors. Duties, Liabilities, and Remedies, Oxford 2009. Griffiths QC Martin/Worthington Sarah, Chapter 6, in: Mortimore QC Simon (Editor), Company Directors. Duties, Liabilities, and Remedies, Oxford 2009. Grunewald Barbara, §§ 319–328 AktG, in: Goette Wulf/Habersack Mathias/Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5. §§ 278–328. SpruchG. ÖGesAusG – Österreichisches Konzernrecht, 3. Aufl., München 2010. Güthoff Julia, Gesellschaftsrecht in Grossbritannien. Eine Einführung in vergleichenden Tabellen, 2. Aufl., München 1997. Habersack Mathias, Vor § 311–§ 327f AktG, in: Emmerich Volker/Habersack Mathias (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., München 2010. Handschin Lukas, «Abzocker-Initiative» ist rechtlich fragwürdig, Finanz und Wirtschaft vom 12. Mai 2010, 25. - Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht (Habil. Basel), Zürich 1994. Hänni Lucas, Fiduciary Duty of a Shareholder's Representative in the Board of Directors of a Swiss Listed Company, GesKR 2011, 66–72. Homburger Eric, Der Verwaltungsrat. Art. 707–726 OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bd. V/5b, Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1997. Honsell Heinrich, Art. 1–4 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010. Huguenin Claire, Art. 19–21 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007. Kissling Mischa, Der Mehrfachverwaltungsrat. Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts (Diss. Zürich = SSHW Bd. 250), Zürich/Basel/Genf 2006. Kleiner Beat et al., Art. 3–3quater BankG, in: Zobl Dieter et al. (Hrsg.), Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno (Begründer), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 18. Aufl., Zürich 2009. Kunz Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht. Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen (Habil. Bern), Bern 2001. - Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Bd. 12, Zürich 1997. - Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsengesetz. Eine neue Sanktion bei Meldepflichtverletzungen mit grossem Drohpotenzial, SZW 3/2008, 280–298. - Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz. Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen «notwendigem Übel» sowie «Königsdisziplin», recht 2006, 37–54. - Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), 31–82. - Swiss Corporate Governance – an Overview, in: Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé/Swiss Reports Presented at the XVIIIth International Congress of Comparative Law, Berne 2010, 99–134. Lazopoulos Michael, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates

(Diss. Zürich = SSHW Bd. 237), Zürich/Basel/Genf 2004. Leu Christian, Art. 344–347 ZPO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011. Lips-Rauber Christina, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten (Diss. Zürich = SSHW Bd. 241), Zürich 2005. Maurenbrecher Benedikt, Art. 3b–h BankG und Schlussbestimmungen 2004, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005. Mayson Stephen W./French Derek/Ryan Christopher L., Company Law, 26th Edition, Oxford 2009. Meier-Hayoz Arthur, Art. 1 und Art. 4 ZGB, in: Becker Hermann (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Einleitung und Personenrecht, Bd. I/1, Einleitung umfassend die Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962. Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10. Aufl., Bern 2007. Merle Philippe, Droit commercial. Sociétés commerciales, 13e éd., Paris 2009. Mertens Hans-Joachim/Cahn Andreas, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, in: Zöllner Wolfgang/Noack Ulrich (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Bd. 2/1. §§ 76–94 AktG, 3. Aufl., Köln 2010. Mestre Jacques/Velardocchio Dominique, Lamy Sociétés Commerciales, éd. 2011, Rueil-Malmaison 2011. Müller Roland/König Patrick, GmbH und AG in der Schweiz, in Deutschland und Österreich. Gesellschaftsrecht, Corporate Governance und Statistik, Zürich/St. Gallen 2011. Nobel Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010. Peter Henry/Cavadini-Birchler Francesca, Art. 698–725 und 726–731b OR, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc (Hrsg.), Commentaire Romand sur le Code des obligations II. Code des obligations art. 530–1186, Loi sur les bourses art. 22–33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion, Bâle 2008. Peter Johann-Volker, Société par actions simplifiée (S. A. S.) Die Vereinfachte Aktiengesellschaft in Frankreich, eine Rechtsform für die Kooperation von Unternehmen, Schriften zum Arbeitsrecht und zum Wirtschaftsrecht, Bd. 8, Frankfurt am Main et al. 1999. Peyer Martin, Entwicklungen im Finanzmarktaufsichtsrecht. Die Praxis der FINMA und der Gerichte (März 2010 bis März 2011), AJP 2011, 800–822. Pfeifer Markus, Das Recht der Kapitalgesellschaften in Frankreich, Berlin 2009. Prentice Dan, Chapters 1–3, in: Hannigan Brenda/Prentice Dan (Editors), The Companies Act 2006 – A Commentary, 2nd Edition, London 2009. Riemer Hans Michael, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümergemeinschaft). Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998. Rizvi Salim, Die Kompetenzen der Generalversammlung im Spannungsverhältnis zu den Kompetenzen des Verwaltungsrats (Diss. Zürich), Bern 2011. Roth Pellanda Katja, Art. 31 und 35 BEHG, Art. 30, 31 und 37 FINMAG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz. Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2011. - Organisation des Verwaltungsrates. Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit (Diss. Zürich = SSHW Bd. 268), Zürich/St. Gallen 2007. Ruedin Roland, Droit des sociétés, 2e éd., Berne 2007. Rusch Arnold F., Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter 13. Februar 2006. Schiltknecht Reto, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften (Diss. Bern = ASR Heft 592), Bern 1997. Schuberth Ernst-Markus, Konzernrelevante Regelungen im Britischen Recht. Ein Beispiel für die Bewältigung konzernrechtlicher Fragestellungen durch Regeln des allgemeinen Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Insolvenzrechts, Schriftenreihe Europäisches Wirtschaftsrecht Bd. 10, München 1997. Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009. Seibt Christoph H., §§ 23–26, 76–89, 179–181, in: Schmidt Karsten/Lutter Marcus (Hrsg.), Kommentar Aktiengesetz, I. Band. §§ 1–149, Köln 2008. Sommer Christa Alexandra, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR (Diss. Zürich = SSHW Bd. 298), Zürich 2010. Sonnenberger Hans Jürgen/Dammann Reinhard, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2008. Staehelin Adrian/Staehelin Daniel/Grolimund Pascal, Zivilprozessrecht. Nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2008. Triebel Volker et al., Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1995. Vetter Meinrad, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR (Diss. St. Gallen = SSHW Bd. 261), Zürich/St. Gallen 2007. Vidal Dominique, Droit des sociétés, 3e éd., Paris 2001. Vischer Markus, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, 491–498. Vögeli Eduard/Geiger Roman, Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften im Konzern. Zentrales Legal Management und Corporate Governance, SJZ 102 (2006), 73–81. Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, Art. 716–717, 718b, 809–813 und 897 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008. Weber Rolf H., Art. 394–406, 407–411 und 419–424 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007. Wernli Martin, Art. 707–715a, 762–763, 894–896 und 926 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008. Widmer Peter/Gericke Dieter/Waller Stefan, Art. 754–761, 827 und 916–920 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II. Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008. Windbichler Christine, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl., München 2009. Winzeler Christoph, Art. 3, 37h und 37i BankG, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005. Zobl Dieter/Kramer Stefan,

Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004. Zulauf Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR NF 113/1994, 359–535. Zulauf Urs/Wyss David/Roth Daniel, Finanzmarktenforcement. Eingreifende Verwaltungsverfahren der Eidg. Bankenkommission zur Durchsetzung des Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen- und Geldwäschereigesetzes und Ausblick auf das Finanzmarktaufsichtsgesetz, Bern 2008. Zweigert Konrad/Kötz Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1986. Zysset Pascal, Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte, in: Jusletter 19. April 2010.

Materialien

Amtliches Bulletin des Nationalrats, Sommersession 2011, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 1. Juni 2011, AB 2011 N, 873–876. Amtliches Bulletin des Nationalrats, Sommersession 2010, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 2. Juni 2010, AB 2010 N, 718–723. Amtliches Bulletin des Nationalrats, Frühjahrssession 2010, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 11. und 17. März 2010, AB 2010 N, 328–333, 336–357 und 435–476. Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2011, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 7. Juni 2011, AB 2011 S, 465–467. Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2010, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 1. Juni 2010, AB 2010 S, 392–396. Amtliches Bulletin des Ständerats, Sommersession 2009, Geschäft 08.080: Gegen die Abzockerei. Volksinitiative. OR. Änderung, 9. und 11. Juni 2009, AB 2009 S, 601–625 und 719. Aussenpolitischer Bericht 2010 des Bundesrats vom 10. Dezember 2010, BBl 2011 Nr. 5, 1013–1316. Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, abrufbar unter ‹http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/vn-ber-d.pdf›. Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 35, 520–837. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 27, 745–997. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 17, 1369–1462. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 Nr. 33, 4337–4530. Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und [Zusatzbotschaft] zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBl 2009 Nr. 2, 299–340. Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei». Erläuterungen zum Initiativtext vom Januar 2010, abrufbar unter . Entwurf 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, 1751–1818. Parlamentarische Initiative. Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei». Bericht vom 25. Oktober 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates. Stellungnahme des Bundesrates vom 17. November 2010, BBl 2010, 8323–8332. Rundschreiben 2008/10 der FINMA: Selbstregulierung als Mindeststandard. Von der Eidg. Finanzmarktaufsicht als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung, abrufbar unter ‹http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-10.pdf›. Rundschreiben 2008/24 der FINMA: Überwachung und interne Kontrolle Banken, abrufbar unter ‹http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24.pdf›.

Pascal Zysset, MLaw, absolviert seine Ausbildung zum Rechtsanwalt und ist dabei als Substitut bei Kellerhals Anwälte in Bern tätig.

Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. Peter V. Kunz, LL.M., Rechtsanwalt für seine Unterstützung bei der Publikation dieses Beitrags. Durch ihre Inputs zum vorliegenden Ergebnis beigetragen haben die Herren Patric Alessander Brand, Dr. Sébastien Gobat und Christophe Scheidegger, alle MLaw.

---

* * *