swissVR Impuls III/2021
Dezember 2021

Impuls für Verwaltungsräte:

Umgang des Verwaltungsrats mit Interessenkonflikten

Vorwort

Unterschiedliche und entgegengesetzte Interessen gehören zu unserem gesellschaftlichen sowie wirtschaftlichen Alltag. Selbst in KMU, in welchen sich Eigentum und Geschäftsführung oftmals auf eine Person oder Familie konzentrieren, treten Interessenberührungen und -konflikte auf. Diese sind nicht per se verboten und können auch nicht gänzlich vermieden werden. Interessenkonflikte bergen aber die Gefahr, dass die Willensbildung innerhalb des Unternehmens verfälscht und die Gesellschaft geschädigt wird, weshalb sie korrekt und rechtzeitig erkannt, analysiert und angegangen werden müssen. Doch was heisst dies konkret?

Das aktuelle Recht macht dem Verwaltungsrat betreffend Interessenkonflikte nur indirekte Vorgaben. Mit der Revision des Aktienrechts, welche voraussichtlich im Jahr 2023 in Kraft tritt, werden Interessenkonflikte nun explizit im Gesetz angesprochen, wobei dem Verwaltungsrat ein grosser organisatorischer Freiraum zugestanden wird. Zentral ist, dass sich der Verwaltungsrat in einem ersten Schritt sinnvoll organisiert und strukturiert, damit Interessenkonflikte nach Möglichkeit vermieden werden. Treten trotzdem Interessenkonflikte auf, muss in einem zweiten Schritt korrekt mit ihnen umgegangen werden, wobei das entsprechende Vorgehen in einem Organisationsreglement festzuhalten ist.

Die folgenden Ausführungen und Empfehlungen sollen Verwaltungsräten dazu dienen, ihrer Verantwortung in Bezug auf (potenzielle) Interessenkonflikte nachzukommen. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die entsprechenden Pflichten des revidierten Aktienrechts gelegt.

Cornelia Ritz Bossicard
Präsidentin swissVR

Jörg Walther
Rechtsanwalt, MBA (Chicago)
Vorstandsmitglied swissVR

Dr. Josianne Magnin
Rechtsanwältin

Dieser swissVR Impuls wurde von swissVR zusammen mit Schärer Rechtsanwälte, Aarau (www.5001.ch) ausgearbeitet.

Autorenschaft:

Jörg Walther, lic.iur., MBA, Verwaltungsrat und Wirtschaftsanwalt, Vorstandsmitglied swissVR (joerg.walther@5001),

Dr. Josianne Magnin, Rechtsanwältin, Oberassistentin, Habilitandin und Lehrbeauftragte an der Universität Luzern (josianne.magnin@5001.ch),

Cornelia Ritz Bossicard, unabhängige Verwaltungsrätin, Präsidentin swissVR (cornelia.ritz@swissvr.ch)

Titelseite: stock.adobe.com/ Eakrin

Dieser Text soll betroffenen und interessierten Unternehmen, namentlich KMU, als mögliche Orientierungshilfe dienen. Er gibt die Erkenntnisse der Autoren wieder und beinhaltet weder die Meinung noch konkrete Empfehlungen der Vereinigung swissVR an ihre Mitglieder. Die Autoren, swissVR und Schärer Rechtsanwälte übernehmen keine Verantwortung, Garantie oder Haftung für die Korrektheit und Angemessenheit der Massnahmen und lehnen jede Haftung für allfällige direkte oder indirekte finanzielle oder sonstige Schäden ab, die sich ergeben, wenn eine Person aufgrund dieser Informationen eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

swissVR ist eine unabhängige Vereinigung für Verwaltungsratsmitglieder in der Schweiz, von Verwaltungsräten für Verwaltungsräte. Mit ihrem Angebot trägt swissVR zur Professionalisierung der Verwaltungsratstätigkeit bei, fördert den Erfahrungsaustausch unter Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräten von Unternehmen aller Branchen und bietet seinen über 1'000 Mitgliedern ein bedürfnisspezifisches Informations- und Weiterbildungsangebot. swissVR richtet sich exklusiv an Personen mit einem aktiven Verwaltungsratsmandat.

Für weitere Informationen zu swissVR und zur Mitgliedschaft: www.swissvr.ch

swissVR, Suurstoffi 1, 6343 Rotkreuz
info@swissvr.ch, +41 41 757 67 11

(Version 15. Dezember 2021)

Umgang des Verwaltungsrats mit Interessenkonflikten

Das geltende Recht gibt dem Verwaltungsrat nur indirekt eine Leitlinie vor, wie er mit Interessenkonflikten umzugehen hat. Die gesellschaftsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 OR) sowie unter Umständen arbeits- oder auftragsrechtliche Treuepflichten halten VR-Mitglieder nämlich zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen an. Mit der Aktienrechtsrevision, welche auch das Ziel verfolgt, die Corporate Governance zu verbessern, werden Interessenkonflikte nun erstmals im Gesetz explizit angesprochen und es wird ein «Modus Operandi» festgelegt. Die entsprechende Norm (Art. 717a OR) wurde im Gesetzgebungsprozess stark verschlankt. Damit soll gewährleistet werden, dass dem Verwaltungsrat in organisatorischer Hinsicht weiterhin ausreichend Flexibilität zukommt.

1. Kein absolutes Neutralitätserfordernis für Verwaltungsräte

Verwaltungsräte sind keine Richter oder Revisoren, welche im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit gänzlich neutral und "konfliktfrei" sein müssen. Gemäss Eugen Huber, dem Gründervater des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, gehört ein "**Widerstreit der Interessen**" in gewissem Umfang gar zur Konzeption des Verwaltungsrats: Verwaltungsräte tragen die unterschiedlichsten Hüte und sollen bei Beratungen und Beschlüssen verschiedene Sichtweisen und Meinungen einfliessen lassen, wobei diese auch auf gesellschafts-fremden Interessen basieren können. Das Gesetz sieht teilweise sogar selbst vor, dass Verwaltungsräte zur institutionellen Vertretung von Sonderinteressen, etwa jenen von Minderheits- oder Stammaktionären sowie Gemeinwesen, ins Gremium gewählt werden.

2. Arten von Interessenkonflikten

Solange die Sonderinteressen der Verwaltungsräte das Gesellschaftsinteresse lediglich berühren, diesem aber nicht entgegenstehen bzw. dieses nicht beeinträchtigen, liegt eine blosse "**Interessenberührung"** vor, gegen welche das Recht nicht einschreitet. Unter Umständen ist eine Offenlegung angezeigt. Massnahmen sind aber grundsätzlich erst erforderlich, wenn aus rechtlicher Sicht tatsächlich ein (potenzieller) Interessenkonflikt vorliegt.

Weder das (geltende oder künftige) Aktienrecht noch andere Bestimmungen, welche Interessenkonflikte adressieren, definieren, um was es sich dabei genau handelt. Mit Blick auf die Lehre kann dann von einem Interessenkonflikt gesprochen werden, wenn ein Verwaltungsrat in Bezug auf ein bestimmtes Thema **eigene Interessen hat oder Drittinteressen wahrt, welche den Gesellschaftsinteressen entgegenstehen**. Rechtlich problematisch ist dies erst, wenn der Interessenkonflikt genügend intensiv ist, sodass die unbefangene Stimmabgabe und damit die **unverfälschte Willensbildung** der Gesellschaft gefährdet wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Mitglied des VR unter Druck steht, einem Sonderinteresse (statt dem Gesellschaftsinteresse) Vorrang einzuräumen.

In Bezug auf die Frage, was das massgebende **Gesellschaftsinteresse** ist, gehen die Ansichten in Lehre und Rechtsprechung auseinander. Leitlinie ist der statutarische Zweck der Gesellschaft. Im Übrigen wird das Gesellschaftsinteresse aber sowohl von den Aktionärsinteressen (Shareholder) wie auch von Gläubiger- bzw. Drittinteressen (Stakeholder) beeinflusst; diese müssen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden.

Interessenkonflikte können im Einzelfall auftreten oder eine strukturelle Natur aufweisen, unterschiedlich intensiv sowie potenziell, latent oder gar schon akut sein. Die dahinterstehenden **Gründe** einzelner VR-Mitglieder sind vielfältig:

- **Eigene Interessen**: Solche sind insbesondere im Fall des Selbstkontrahierens relevant, wenn die Gesellschaft also mit einem VR-Mitglied oder einer von diesem allein oder gemeinsam mit Dritten kontrollierten juristischen Person einen Vertrag abschliesst (z.B. Auftrag/Werkvertrag zur Erbringung einer Leistung, Mietvertrag o.ä.). Verwaltungsratsentscheide können aber auch anderweitig direkte Auswirkungen auf einzelne Mitglieder haben (z.B. Entscheid betreffend Einleitung einer Untersuchung oder eines (Gerichts-)Verfahrens; Entscheide betreffend eine Gesellschaft, an welcher ein VR-Mitglied in einem gewissen Mindestumfang (mind. 5%) beteiligt ist).

- **Enge geschäftliche und/oder vertragliche Beziehungen zu Dritten und Mehrfachmandate**: Bei diesen Dritten kann es sich um Geschäftspartner (z.B. Kunden, Lieferanten oder Dienstleister wie Anwälte, Architekten, Ingenieure, Finanzberater, Treuhänder etc.), aber auch etwa Konkurrenten handeln, wobei letzteres problematischer ist. Solche vertraglichen Abhängigkeiten führen jedoch längst nicht immer zu einem Interessenkonflikt, sondern können gar Vorteile bringen. Ein klarer Interessenkonflikt liegt aber insbesondere bei eigentlichen Pflichtenkollisionen vor, wenn ein VR also vertraglich und/oder gesetzlich (und unter Sanktionsandrohung) verpflichtet ist, Drittinteressen zu vertreten. Das ist namentlich der Fall, wenn ein VR gleichzeitig Organ oder Arbeitnehmer eines Konkurrenten oder einer Vertragsgegenpartei ist und er beim Treffen von strategischen Entscheiden Informationen, welche ihm nur aufgrund dieser Vertragsbeziehung zustehen, verwerten oder sonst gegen seine (Treue-)Pflichten verstossen würde.
- **Enge private Beziehungen zu Dritten sowie ideologische oder moralische Abhängigkeit**: Auch ohne vertragliche oder gesetzliche Pflicht können die Interessen nahestehender Personen oder Organisationen die Willensbildung von Verwaltungsräten beeinflussen (z.B. Vertragsabschluss mit Familienmitgliedern).
- **Mangel an Zeit:** Wenn gesellschaftsinterne und -externe Tätigkeiten eines VR so arbeitsintensiv und zeitaufwändig sind, dass für die eigentliche VR-Tätigkeit nicht mehr ausreichend Ressourcen für eine sorgfältige Wahrnehmung der Aufgaben verbleiben, kann dies ebenfalls zu einem (allenfalls dauerhaften) Interessenkonflikt führen.

3. Rechtslage unter geltendem und künftigem Recht

Bereits heute werden Interessenkonflikte in der **Übernahmeverordnung** (Art. 32) sowie in Corporate Governance-Empfehlungen, so etwa dem **Swiss Code of Best Practice** der economiesuisse (Art. 17), an dem sich viele Unternehmen orientieren, ausdrücklich angesprochen. Letzterer sieht vor, dass ein von einem Interessenkonflikt betroffenes VR-Mitglied den Verwaltungsrats-Präsidenten (VRP) zu benachrichtigen hat, wonach dieser dem Gesamt-VR eine der Intensität des Interessenkonflikts entsprechende Massnahme beantragt. Der Gesamt-VR hat unter Ausstand des Betroffenen darüber zu beschliessen.

Das **geltende Aktienrecht** (wie auch das Auftrags- und Arbeitsrecht) regelt Interessenkonflikte hingegen nicht explizit – aber indirekt. Im Vordergrund steht Art. 717 OR, welcher verlangt, dass Verwaltungsräte ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Gesellschaftsinteressen in guten Treuen wahren. Diese Treuepflicht beinhaltet, dass eigene und Drittinteressen dem Gesellschaftsinteresse untergeordnet werden und das Verhalten einzig an den Interessen der Gesellschaft ausgerichtet wird.

Mit der **Aktienrechtsrevision** wird die allgemeine Treuepflicht nach Art. 717 OR konkretisiert und in Art. 717a OR der Umgang mit Interessenkonflikten explizit und verbindlich (wenn auch sehr rudimentär) geregelt. Demnach informieren VR-Mitglieder "den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über sie betreffende Interessenkonflikte" (Abs. 1), wobei der Verwaltungsrat "die Massnahmen (ergreift), die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind" (Abs. 2).

4. Sinnvolle Organisation des VR zur Vermeidung von Interessenkonflikten

In einem ersten Schritt sollte Interessenkonflikten durch eine sinnvolle Festlegung der Organisation und der Zusammensetzung des VR vorgebeugt werden. Die verschiedenen Aufgaben des VR sind so zu verteilen, dass Interessenkonflikte möglichst vermieden werden. Gewisse (Geschäftsführungs-) Aufgaben können auf einzelne Mitglieder oder Dritte (Geschäftsleitung) übertragen werden. Zumindest in grösseren Gremien kann es zudem sinnvoll sein, für bestimmte Aufgabenbereiche Ausschüsse zu bilden und diese mit "konfliktfreien" Mitgliedern zu besetzen. Beides ist im Organisationsreglement zu regeln.

5. Korrekter Umgang mit Interessenkonflikten, falls solche (trotzdem) auftreten

Interessenkonflikte lassen sich auch durch eine sinnvolle Organisation nicht immer vermeiden. Für diesen Fall ist der korrekte Umgang mit den Interessenkonflikten bereits im Voraus (in einem Organisationsreglement) zu regeln, wobei nachfolgende Schritte unterschieden werden müssen:

A) Offenlegung

Zentral im Umgang mit Interessenkonflikten ist eine **Kultur der Offenheit** und **Transparenz**, welche vom VRP geprägt und von allen Mitgliedern mitgetragen werden muss. Alle Umstände und Interessen, welche das Gesellschaftsinteresse (situativ oder strukturell) berühren, sollten offengelegt wer-

den. Dies betrifft grundsätzlich auch reine Interessenberührungen sowie potenzielle Interessenkonflikte – unabhängig von deren Intensität. Im Zweifel muss stets eine Offenlegung erfolgen.

Weder auf die Frage nach dem "**an wen**" noch auf jene nach dem "**wie**" die Offenlegung zu erfolgen hat, enthält das Gesetz eine Antwort. Der entsprechende Prozess ist im Organisationsreglement zu definieren, wobei dem VR weitgehender Freiraum zukommt:

- Grundsätzlich erscheint es sinnvoll, dass der VRP informiert werden muss, zumal dieser auch die VR-Sitzungen einberuft und leitet. Ist der VRP selbst betroffen, kann eine Information an den Vize-Präsidenten oder den Lead Independent Director, an den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses (Audit Committee) oder den Gesamt-VR vorgeschrieben werden.
- Aus Beweisgründen ist eine schriftliche Meldung (auch per eMail) oder zumindest eine Dokumentierung (VR-Protokoll / Bestätigungsschreiben) der mündlichen bzw. formlosen Information vorzusehen.

Klar ist der Gesetzeswortlaut hingegen in Bezug auf das "**wann**" und "**in welchem Umfang**":

- Unverzüglich (damit rechtzeitig Gegenmassnahmen getroffen werden können)
- und vollständig (also mit allen Tatsachen, welche für die Beurteilung des Sachverhalts und das Ergreifen von Massnahmen erforderlich sind).

B) Beurteilung

Einmal offengelegt, müssen die Tatsachen in Bezug auf Art und Intensität beurteilt und so festgestellt werden, ob tatsächlich ein relevanter und genügend intensiver Interessenkonflikt (und nicht bloss eine Interessenberührung) vorliegt. Das Organisationsreglement hat die **Zuständigkeit** (z.B. VRP/Vize-Präsident/Lead Independent Director/Ausschussvorsitzender/Gesamt-VR) für diese Analyse klar zu regeln.

Erfolgt die Offenlegung an den VRP, kann ihm die Kompetenz zugestanden werden, eine erste Triage vorzunehmen und auf eine Meldung von "eindeutig nicht relevanten" Interessenberührungen bzw. -konflikten an den Gesamt-VR zu verzichten. Alle anderen Interessenkonflikte sollte er in jedem Fall dem Gesamt-VR melden müssen, wobei er im Rahmen seiner Beurteilung bereits eine Einschätzung abgeben und allenfalls Antrag stellen kann, ob (und welcher) Handlungsbedarf besteht.

C) Ergreifen von Massnahmen

Ergibt die vorgenannte Beurteilung, dass tatsächlich ein rechtlich relevanter Interessenkonflikt vorliegt, ist der VR gemäss Gesetzeswortlaut verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, die zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen notwendig sind. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich dabei nicht um eine unübertragbare und unentziehbare Kompetenz des Gesamt-VR, weshalb dem VR bei der **Festlegung des Verfahrens und der Kompetenzen** (im Organisationsreglement) ein gewisser Freiraum zukommt.

In besonders dringenden Fällen, in klaren Fällen oder wenn die Information des Gesamt-VR sinnvolle Massnahmen vereiteln würde, kann dem VRP bzw. der zuständigen Ansprechperson die Kompetenz zugestanden werden, selbst Massnahmen zu ergreifen. In der Regel ist es aber angezeigt, dass der Gesamt-VR (oder allenfalls ein hierfür gebildeter Ausschuss) über allfällige Massnahmen entscheidet. Das betroffene Mitglied muss beim entsprechenden Beschluss in den Ausstand treten (und wird bei der Stimmenzählung als abwesend betrachtet).

Auch bei den **Massnahmen**, welche ergriffen werden, kommt dem VR weitgehender Freiraum zu. Es sind unterschiedliche Massnahmen auf verschiedenen Intensitätsstufen denkbar:

- **Verzicht** auf Massnahmen
- **Fairness Opinion / unabhängige Beratung / Markttest**: Etwa zur neutralen Beurteilung eines kritischen Geschäfts (betreffend Marktbedingungen).
- **Zweistufige Abstimmung**: Über eine Angelegenheit wird zuerst im Gesamt-VR und dann ohne die konfliktbetroffenen Mitglieder abgestimmt (oder umgekehrt), wobei der Entscheid nur als zustande gekommen gilt, wenn er in beiden Abstimmungen angenommen wurde.
- **Ausstand**: Eine zwingende Pflicht, in den Ausstand zu treten, besteht von Gesetzes wegen nicht. Dies ist auch nicht immer sinnvoll. Zum einen kann das Wissen des betroffenen VR-Mitglieds für die Willensbildung der Gesellschaft gerade wichtig sein. Zum andern würde es die Person je nach Konstellation von ihrer Verantwortlichkeit entlasten. Ein Ausstand ist aber etwa angebracht, wenn ein VR-Mitglied gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungsverpflichtungen wahren muss. Insbesondere dann, wenn das betroffene VR-Mitglied (als einziges) über das notwendige Sachwissen verfügt, kann es sinnvoll sein, es an der Beratung teilnehmen zu lassen,

anschliessend aber von der Beschlussfassung auszuschliessen.

- **Genehmigung durch neben-/übergeordnetes Organ**: Hierbei kann es sich um einen konfliktfreien Sonderausschuss handeln, dessen Bildung v.a. dann Sinn macht, wenn mehrere VR-Mitglieder von einem Interessenkonflikt betroffen sind oder ein solcher struktureller Natur vorliegt. Auch eine Konsultation der Generalversammlung kommt in Frage. Im Bereich der delegierbaren Aufgaben ist ferner ein Entscheid durch die Geschäftsleitung denkbar.
- **Ausschluss von allen Infos**: Hierbei handelt es sich um eine letzte Massnahme, welche nur dann in Frage kommt, wenn besonders intensive Interessenkonflikte vorliegen und das betroffene VR-Mitglied der Gesellschaft mit den Informationen schaden könnte.
- **Aufforderung zum Rücktritt**: Auch dies ist "ultima ratio" und steht grundsätzlich nur bei dauerhaften Interessenkonflikten (z.B. chronischem Zeitmangel, strukturellen Abhängigkeiten) zur Diskussion.

Es ist empfehlenswert, dass sowohl vorgenannte Beurteilung des (potenziellen) Interessenkonflikts wie auch die Diskussionen in Bezug auf die möglichen Handlungsoptionen sowie die schliesslich getroffenen konkreten Massnahmen etwa in einem VR-Protokoll adäquat dokumentiert werden.

6. Folgen bei einem rechtswidrigen Vorgehen

Hält sich ein VR nicht an seine vorgenannten Pflichten betreffend Umgang mit Interessenkonflikten, kann dies zu verschiedenen Rechtsfolgen führen:

- **Haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit:** Führt diese (absichtliche oder fahrlässige) Pflichtverletzung adäquat-kausal zu einem Schaden, können grundsätzlich sowohl die Gesellschaft wie auch die einzelnen Aktionäre gegen die verantwortlichen VR-Mitglieder auf Schadenersatz (mit Leistung an die Gesellschaft) klagen (Art. 754 ff. OR). Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft wären gar die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Schadenersatzzahlungen (an die Gesellschaft) zu verlangen (Art. 757 OR). Das Bundesgericht anerkennt in diesem Zusammenhang die Business Judgment Rule. Demnach haben sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, sofern diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind. Letzteres heisst aber auch, dass sie bei einem mangelhaften Umgang mit Interessenkonflikten einen strengeren Beurteilungsmassstab ansetzen. Dadurch wird das Haftungsrisiko erhöht.
- **Strafrechtliche Verantwortlichkeit**: Wird im Zusammenhang mit dem Interessenkonflikt bzw. dessen mangelhaftem Umgang das Gesellschaftsvermögen geschädigt, kommt ferner u.a. eine strafrechtliche Untersuchung und Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung in Frage (Art. 158 StGB). Diese kann mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (bzw. fünf Jahren bei Bereicherungsabsicht) oder Geldstrafe sanktioniert werden.
- **Nichtigkeit des VR-Beschlusses**: Die Frage, ob und wenn ja unter welchen Umständen ein mangelhafter Umgang mit Interessenkonflikten zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führt, wird von der Literatur unterschiedlich beurteilt. In der Regel wird keine Nichtigkeit vorliegen, zumal ein allfälliger Mangel durch Genehmigung des übrigen VR oder eines anderen Organs geheilt werden könnte.

7. Fazit und Handlungsempfehlung

Interessenkonflikte können nie gänzlich vermieden werden und gehören zum Alltag in jedem VR. Essentiell ist entsprechend der korrekte Umgang mit diesen:

Im **Organisationsreglement** der Gesellschaft ist der VR sinnvoll zu strukturieren und zu organisieren, damit Interessenkonflikte möglichst vermieden werden.

Zudem ist klar zu definieren, wer, was (auch Interessenberührungen oder nur klar definierte Interessenkonflikte?), an wen (VRP/Vize-Präsident/Ausschuss-Vorsitzender/Gesamt-VR?), wie (schriftlich / mündlich?), wann (unverzüglich) und in welchem Umfang (vollständig) offenzulegen hat.

Auch die in einem konkreten Fall erfolgende Beurteilung des Sachverhalts sowie das Ergreifen von Massnahmen ist insbesondere in Bezug auf die Kompetenzen und die in Frage kommenden Handlungen klar zu regeln und die konkrete Umsetzung in einem Einzelfall zu dokumentieren (Aufnahme in das **VR-Protokoll**).