

Der fiduziarische Verwaltungsrat

Die nachfolgenden Ausführungen wurden durch zwei kürzlich erschienene *Dissertationen* angeregt: Michael Lazopoulos, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Dissertation Zürich 2004; Christina Lips-Rauber, *Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten*, Dissertation Zürich 2005.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Rechtsanwalt
Partner, Kendris private AG

Der fiduziarische Verwaltungsrat ist eine Figur, welche in der Praxis häufig vorkommt und nicht mehr wegzudenken ist. Diese Figur entspricht zwar nicht dem Grundmodell, von welchem das Gesetz bei der Regelung des Verwaltungsrats ausgeht, sie hat aber – trotz einzelnen anders lautenden Stimmen in der Literatur – durchaus *Platz im gesetzlichen Rahmen*. Unbefriedigend ist, dass sich das Bundesgericht bis heute nicht zu dieser Figur äussern konnte und die kantonale Gerichtspraxis noch dünn gesät und älteren Datums ist (ZR 58 [1959] 70).

Aufgeweichtes Nationalitätsprinzip

Es gibt viele Gründe, einen Treuhänder damit zu beauftragen, in einem Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen. In der Vergangenheit gaben häufig die

Nationalitäts- und Wohnsitzvorschriften des Art. 708 OR Anlass für die Bestellung solcher Verwaltungsräte. Art. 708 Abs. 1 OR lautet: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen mehrheitlich Personen sein, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen.» Der Abschluss der Bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (1999) hat das Nationalitätsprinzip allerdings aufgeweicht. Seit dem Inkrafttreten der Bilateralen Verträge am 1. Juni 2002 werden Bürger der (alten) EU und der EFTA den Schweizer Bürgern gleichgestellt (vgl. Kreisschreiben des Eidgenössischen Handelsregisteramtes vom 25. Juli 2003, Ziff. 5). Es wird damit gerechnet, dass auch die Wohnsitzpflicht für Verwaltungsräte gelegentlich noch fallen wird.

Gründe für die Einsetzung fiduziarischer Verwaltungsräte

Auch wenn diese formellen Bestimmungen einmal aufgehoben sind, wird es weiterhin gute *Gründe* für die Einsetzung von fiduziarischen Verwaltungsräten geben; diese reichen von persönlichen (Unternehmensnachfolgeplanung, Publizität) über ökonomische (Konkurrenz, Steuern) bis zu technischen Gründen (Devisenbestimmungen). Besonders häufig werden fiduziarische Verwaltungsräte von Alleinaktionären bzw. Konzernen eingesetzt. Für diese Verhältnisse gelten besondere Regeln.

Der fiduziarische Verwaltungsrat tritt mit seiner Wahl in eine Beziehung zur Gesellschaft, welche in erster Linie vom Aktienrecht bestimmt wird, während die Beziehung zum Fiduzianten sowohl vertraglicher (Auftrag) als

auch gesellschaftsrechtlicher Natur (zugleich Organ der Fiduziantin) sein kann. Als Organ der Gesellschaft hat der Verwaltungsrat die Interessen der Gesellschaft zu wahren, als Beauftragter des Fiduzianten hat er (zugleich) nach dessen Interessen und Weisungen tätig zu werden. Dies wird regelmässig zu *Interessenkonflikten* führen. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang aber, dass Interessenkonflikte bei jedem Verwaltungsrat auftreten können.

Potentielle Interessenkonflikte

Es gibt keine konkreten gesetzlichen Regeln, wie ein Verwaltungsrat mit sich widersprechenden Interessen umzugehen hat. Deshalb stellt man auf die *Regeln* ab, welche *von der Lehre entwickelt* worden sind. Die wichtigste lautet, dass der fiduziarische Verwaltungsrat immer die Pflichten gegenüber seiner Gesellschaft wahren muss und diese den Weisungen des Fiduzianten vorgehen. Da der Ermessensspielraum des Verwaltungsrats sehr gross ist, besteht durchaus Platz für solche Weisungen. Wenn auch dem «Weisungsrecht» eine gewisse Skepsis entgegengebracht wird, ist es doch zumindest für den Fall des Alleinaktionärs/Konzerns unbestritten (die Zuteilung von sog. Pflichtaktien an die Verwaltungsräte gemäss Art. 707 Abs. 1 OR ändert übrigens nichts an einem Alleinaktionariat).

Die *Grenzen des Ermessens* eines Verwaltungsrats sind im Einzelfall zu definieren, und zwar gestützt auf die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, die guten Sitten und die Statuten sowie Reglemente. Zu ermitteln ist insbesondere das Gesellschaftsinteresse, wobei der in den Statuten festgehaltene Zweck der Gesellschaft von

zentraler Bedeutung ist. In Konzernverhältnissen dürfen darüber hinaus die Interessen des Konzerns berücksichtigt werden.

Ausstand und Ausschuss

Potentielle bzw. latente Interessenkonflikte sind noch kein Grund für den fiduziarischen Verwaltungsrat, besondere Massnahmen zu ergreifen. Bei *akuten Interessenkonflikten* wird er dagegen aktiv werden müssen. Neben einer materiellen Überprüfung («Deal-ing-at-arm's-length»-Prinzip oder Fairness Opinion) und/oder einer prozeduralen Kontrolle (durch die übrigen, unbefangenen Verwaltungsräte bzw. die Generalversammlung) wird er gegebenenfalls in den Ausstand treten (bei der Beratung und/oder bei der Beschlussfassung).

Im Falle des Alleinaktionärs/Konzerns sind prozedurale Kontrollen offensichtlich nicht angebracht. Das wichtigste Instrument ist sicher der Ausstand. Eine besondere (institutionalisierte) Form des Ausstands ist der Ausschuss, in welchem die von Interessenkonflikten betroffenen Personen nicht vertreten sind und an welchen bestimmte Geschäfte delegiert werden können. Besonders zu erwähnen ist, dass sich der fiduziarische Verwaltungsrat in erster Linie an den Gesellschaftsinteressen (gegebenenfalls Konzerninteressen) zu orientieren hat und nicht etwa an den Gläubigerinteressen, welche durch andere Bestimmungen bzw. Instrumente geschützt werden.

Doppelvertretungen

Wenn der fiduziarische Verwaltungsrat ein Rechtsgeschäft zwischen der Konzerngesellschaft und der herrschenden Gesellschaft in Personalunion abschliesst, liegt eine sog. *Doppelvertretung* vor. Derartige Geschäfte kommen häufig vor und sind geradezu typisch. Sie unterliegen an sich der üblichen Missbrauchsregelung, welche ihren Ursprung in der Gerichtspraxis zum Selbstkontrahieren hat (BGE 39 II 566). Um den Geschäftsverkehr nicht unnötig zu behindern, sieht das Bundesgericht für diese Fälle eine relativ grosszügige Regelung vor, indem eine Ermächtigung zu diesen Geschäften vermutet wird (BGE 127 III 336).

Das Rechtsverhältnis zwischen dem fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten (Auftraggeber) wird (direkt oder analog) vom *Auftragsrecht* geregelt. Während der Informationsfluss im Falle des Alleinaktionärs/Konzerns kaum zu Problemen führt, kann die Weiterleitung von Informationen in den übrigen Fällen wegen der Geheimhaltungspflicht problematisch sein.

Haftbarkeit,

Sorgfaltspflicht und Beweislast

Wenn der fiduziarische Verwaltungsrat entgegen einer Weisung handelt, muss er sich gegenüber dem Fiduzianten verantworten und haftet ihm (Art. 97 ff. OR). Dies gilt allerdings nur für zulässige Weisungen. Sobald eine *Weisung zweifelhaft* ist, kann man vom fiduziarischen Verwaltungsrat nicht mehr verlangen, dass er sie befolgt.

Wenn der fiduziarische Verwaltungsrat seine Sorgfaltspflicht verletzt, kann er *haftbar* gemacht werden (Art. 754 OR). In diesem Zusammenhang wird insbesondere über die Beweis-

lastverteilung diskutiert. Beim Vorliegen eines Interessenkonflikts muss damit gerechnet werden, dass die *Beweislast* (bezüglich der Pflichtverletzung und des Verschuldens) umgekehrt wird, der Verwaltungsrat also aufzeigen muss, mit welchen Massnahmen er dem Interessenkonflikt begegnet ist. Der fiduziarische Verwaltungsrat muss sich deshalb entsprechend vorbereiten. Im Falle des Alleinaktionärs/Konzerns sind Klagen meist auf die Gläubiger begrenzt, weil der Aktionär/Konzern sich entgegenhalten lassen muss, er habe in die Schädigung eingewilligt (*volenti non fit iniuria*).

Es ist üblich und häufig sogar unabdingbare Voraussetzung, dass der Fiduziant sich im Mandatsvertrag dazu verpflichtet, den fiduziarischen Verwaltungsrat vor allfälligen Schäden zu wahren bzw. ihn davon zu befreien («*Hold-harmless-Clause*»). Diese Klausel kann unterschiedlich ausgestaltet werden und recht weit gehen (ausgeschlossen bleibt jedenfalls immer die vorsätzliche Schädigung und das strafbare Handeln). ●

Fiduciary directors

Fiduciary directors are a common phenomenon in today's boardrooms. While they may not correspond to the model the legislator had in mind when the law regarding board of directorships was drawn up, fiduciary directors do have their rightful place within our legal framework.

There are many reasons to appoint a fiduciary to a board of directors. In the past, regulations regarding nationality and domicile were a frequent cause. However, since the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union came into force on 1 June 2002, citizens of the (old) EU and EFTA have been treated as equal with regard to nationality and board membership. But there are still numerous good reasons to appoint fiduciary directors. These range from personal reasons (succession planning, publicity) to economic (competition, taxes) to technical ones.

There are no concrete legal rules on how a fiduciary director must deal with potential conflicts of interest. Basically, however, he must first and foremost fulfil his duties towards the company which, as a rule, take precedence over instructions given by the principal. In urgent cases of conflicts of interest he might have to abstain (in discussion and/or decision making). One specific form of abstention are committees on which persons with a conflict of interest are not represented and to which certain matters are delegated.

If a fiduciary director acts contrary to instructions, he is legally responsible vis-à-vis the principal. He is, however, not bound to follow instructions deemed to be dubious. If a fiduciary director breaches his duties of diligence, he may become legally liable. In the case of conflicts of interest, the burden of proof may lie with the fiduciary director who may be asked to show which measures he had taken to deal with the conflict.

It is common and often even an inalienable requirement for the principal to protect and free the fiduciary director from potential damage in his contract. Such a "hold harmless clause" may be formulated in various forms. Wilful damage and punishable acts, however, are always excluded from such a clause.