

Rechtsprechung

Roger Groner*

Treuepflicht im Konzern

BGE 130 III 213

I. Urteil

A. Sachverhalt

A war Geschäftsführer mit Kollektivunterschrift der Holz-AG mit Sitz in der Schweiz. Sein Monatslohn betrug CHF 19 200. Die Holz-AG war Teil eines im Holzhandel tätigen Konzerns.

Im Herbst 1994 kontaktierte eine deutsche Holzhändlerin, eine bestehende Kundin der Holz-AG, Geschäftsführer A im Hinblick auf den Verkauf von Schnittholz. A vermittelte als Käuferin eine Schwestergesellschaft der Holz-AG, die englische Wood-Ltd.

Die deutsche Holzhändlerin wollte (aus unbekanntem Gründen) nicht als Verkäuferin auftreten. Somit musste ein Zwischenhändler gefunden werden. Der Einsatz als Zwischenhändler versprach eine Bruttomarge von 3,5 Prozent ohne Risiko. Bei der Holz-AG existierte eine Weisung, wonach nur Geschäfte mit einer Bruttomarge von mindestens 10 Prozent abgeschlossen werden sollten. In dessen verfügte der Geschäftsführer aus geschäftspolitischen Gründen über eine Ermessensfreiheit, auch Geschäfte mit kleineren Bruttomargen abzuschliessen. Diese Möglichkeit nutzte der Geschäftsführer in der Vergangenheit auch.

Der Geschäftsführer vermittelte eine von seiner Ehefrau beherrschte Gesellschaft als Zwischenhändlerin. Diese kaufte das Schnittholz und verkaufte es sogleich an die Wood-Ltd. Die von A.s Ehefrau beherrschte Gesellschaft machte dabei einen Gewinn von DEM 10 000.

Die Käuferin Wood-Ltd. musste wegen schlechter Marktentwicklung beim Verkauf des Schnittholzes einen Verlust von FF 226 000 in Kauf nehmen. Die Wood-Ltd. ersuchte den Geschäftsführer A, mit der Verkäuferin über eine Verlustbeteiligung zu sprechen. Geschäftsführer A lehnte dies ab. Stattdessen belastete er den Verlust seiner Holz-AG, indem er der Schwestergesellschaft Wood-Ltd. eine Gutschrift, d.h. eine Forderung, im Betrag von FF 226 000 einräumte. Gutschriften wurden sonst nur erteilt, wenn Reklamationen auf Grund von Fehlmengen oder Qualitätsmängeln vorlagen.

Geschäftsführer A informierte weder den Verwaltungsrat der Holz-AG noch die Konzernleitung über die Gutschrift. Stattdessen ordnete der Geschäftsführer die Gutschrift vier Verträgen zwischen der Holz-AG und der Wood Ltd. zu, die mit dem fraglichen Holzgeschäft nichts zu tun hatten.

Im Januar 1998 entdeckten die weiteren Organe der Holz-AG die Belastung von FF 226 000 und entliessen den Geschäftsführer zwei Tage später fristlos, nach kurzer Abklärung des Sachverhalts.

Die Holz-AG klagte darauf A auf Bezahlung von Schadenersatz in Höhe von FF 226 000 ein, während A widerklageweise entgangenen Lohn sowie eine Entschädigung nach Art. 337c OR wegen ungerechtfertigter Entlassung verlangte. Das Kantonsgericht und das Obergericht des Kantons Zug hiessen die Schadenersatzklage gut. Das Obergericht stellte gleichzeitig fest, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt war. Geschäftsführer A erhob Berufung ans Bundesgericht.

B. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Treuepflicht im Konzern

[2.1 Ausführungen dazu, dass das Anstellungsverhältnis eines Gesellschaftsorgans aus einem arbeits- und einem gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis besteht.]

2.2 Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die dem Beklagten vorgeworfene Handlung zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft erfolgt ist. Es fragt sich damit, ob im Konzern die Treuepflicht gegenüber der einzelnen Konzerngesellschaft oder gegenüber dem Konzern als Ganzem besteht. Auch diesbezüglich ist zwischen dem Arbeitsverhältnis und der Organstellung zu differenzieren.

2.2.1 Ebenfalls im Konzern besteht in aller Regel das Arbeitsverhältnis nur mit einer Gesellschaft. Die Besonderheit des Konzerns besteht aber gerade darin, dass mehrere juristisch selbstständige Gesellschaften unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst werden (Art. 663e Abs. 1 OR). Von daher fragt es sich, ob die arbeitsvertragsrechtliche Treuepflicht bloss gegenüber jener Gesellschaft besteht, die vertraglich als Arbeitgeberin auftritt, oder gegenüber dem ganzen Konzern. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nur die Vertragspartnerin aus der Treuepflicht berechtigt ist (*Thomas Geiser*, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers, Diss. Basel 1982, 77). Teilweise wird in der Lehre allerdings die Meinung vertreten, dass im Konzern gestützt auf die wirtschaftliche Verbundenheit eine erweiterte Treuepflicht zu Gunsten anderer Konzernunternehmen bestehen kann (*Druey/Vogel*, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 274; *Aleldus Gerard Bosman*, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, 203 f.). In diese Richtung gehen ferner vereinzelte Entscheide kantonaler Gerichte (Urteil des Gewerbegerichts Zürich vom 26. März 1968, ZR 68 [1969] Nr. 86 E. A/4.). Wohl ist auch nach dieser Meinung nur der rechtliche Arbeitgeber aus der Treuepflicht berechtigt. Diese umfasse aber zusätzlich die Wahrung der Interessen der mit der Arbeitgeberin verbundenen Konzerngesellschaften, weil diese wegen der wirtschaftlichen Verbundenheit stets zu-

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich. Der Autor kann unter roger.groner@gronerlaw.ch kontaktiert werden.

gleich solche der Arbeitgeberin seien (im Zusammenhang mit dem Konkurrenzverbot vgl. *Rehbinder*, a.a.O., N. 4 zu Art. 340a OR und im Zusammenhang mit Art. 159 StGB: BGE 109 IV 111). Dabei ist nach dieser Meinung im Einzelfall zu bestimmen, wie weit sich die Konzernverbundenheit tatsächlich auf das konkrete Arbeitsverhältnis und die daraus fließende Treuepflicht auswirkt (*Druey/Vogel*, a.a.O., 276). Soweit die arbeitsvertragliche Treuepflicht den Arbeitnehmer zur Wahrung der Interessen des gesamten Konzerns (oder wenigstens weiterer Gesellschaften) verpflichtet, kann eine Verletzung der Treuepflicht konsequenterweise nicht in der blossen Schädigung der eigenen Arbeitgeberin liegen, wenn die entsprechende Handlung im übergeordneten Konzerninteresse erfolgt ist. Wird eine konzernweite Treuepflicht bejaht, hat dies zur Folge, dass dem Arbeitnehmer nur eine Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, wenn er mit seiner Handlung oder Unterlassung die übergeordneten Interessen des Konzerns als wirtschaftliche Einheit verletzt hat.

Mit der vorliegend streitigen Handlung hat der Beklagte zwar zweifellos seine Arbeitgeberin geschädigt. Er hat diese Handlung indessen zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft vorgenommen. Von daher ist in keiner Weise ersichtlich, inwiefern er das übergeordnete Konzerninteresse verletzt haben könnte. Werden die durch die Treuepflicht geschützten Interessen konzernweit definiert, fehlt es somit an der für eine Haftung notwendigen Vertragsverletzung. Wie es sich damit verhält, kann indessen offen bleiben, weil der Beklagte jedenfalls als Organ der Gesellschaft haftet.

2.2.2 Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Geschäftsinteresse ausrichten und eigene Interessen gegebenenfalls zurückstellen. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat der betroffene Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden (Urteil vom 14. Dezember 1999, a.a.O., E. 2a). Im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten hat das Bundesgericht festgehalten, dass strenge Massstäbe anzulegen sind, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handelt (BGE 113 II 52 E. 3a S. 57).

Vorliegend ist die Klägerin durch die zu Gunsten der Konzernschwester erfolgte Gutschrift geschädigt worden. Ob sie einen Rückvergütungsanspruch gegenüber der Begünstigten hat, ist zweifelhaft. Der Beklagte hat insoweit offensichtlich und für ihn erkennbar nicht im Interesse jener Gesellschaft gehandelt, deren Organ er ist. Er hat insoweit seine Treuepflicht gegenüber der Klägerin schuldhaft verletzt. Die Voraussetzungen seiner Haftung nach Art. 754 OR sind damit erfüllt. Nach dem Ausgeführten wäre der Beklagte als Organ der Klägerin von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren, und die vom Beklagten vorgenommene Handlung ist unter grundsätzlicher Verletzung dieser Pflicht erfolgt.

2.3 Im Quantitativen ist der Schaden nicht bestritten. Soweit der Beklagte geltend macht, die Konzernverbun-

denheit habe zur Folge, dass gar kein Schaden entstanden sei, übersieht er, dass – wie dargelegt – für die Organhaftung nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abgestellt werden darf und nicht auf jene des ganzen Konzerns. Entsprechend fragt sich auch nur, ob der einzelnen Gesellschaft ein Schaden entstanden ist oder nicht. Dass möglicherweise die Klägerin auch eine Schadenersatz- oder Bereicherungsforderung gegenüber ihrer Konzernschwester bzw. deren Geschäftsführer hat, muss dabei unbeachtet bleiben. Der Beklagte hätte es in der Hand gehabt, die Ausrichtung des Schadenersatzes von der Abtretung allfälliger Ansprüche der Geschädigten gegenüber weiteren Personen abhängig zu machen. In diesem Sinne ist auch der Hinweis im angefochtenen Entscheid auf die unterlassene Streitverkündung zu verstehen.

Die Berufung erweist sich somit als unbegründet, soweit der Beklagte sich gegen die Zusprechung von Schadenersatz wendet.

2. Fristlose Entlassung

...

3.1 Nach Art 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 S. 381 f., 715 E. 4.4 S. 725, je mit Hinweisen).

Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird vorausgesetzt, dass sie tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 129 III 380 E. 2.1 mit Hinweisen).

3.2 Die Vorinstanz verneinte, dass in der Vermittlung des Abschlusses des Holzverkaufs an die Wood-Ltd. über die F. AG [die Gesellschaft der Ehefrau] eine Pflichtverletzung liege. Das Urteil ist insoweit unangefochten geblieben, weshalb darauf nicht zurückzukommen ist. Vorstehend ist zudem offen gelassen worden, ob in der Veranlassung der Gutschrift zu Lasten der Klägerin und zu

Gunsten der Wood-Ltd. eine Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht liegt. Auch für die Beurteilung, ob die fristlose Entlassung zulässig war, braucht diese Frage nicht näher geklärt zu werden. So kann dem Beklagten insoweit jedenfalls nur eine leichte Treuepflichtverletzung vorgeworfen werden, in der nur dann ein Grund für eine fristlose Entlassung liegen kann, wenn der Arbeitnehmer vorher abgemahnt worden ist, was hier nicht der Fall ist.

Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, dass im vorliegenden Konzern Umbuchungen von einer Gesellschaft auf eine andere üblich waren. Aus dem Urteil geht aber auch nicht hervor, dass eine Weisung bestanden hätte, solche Buchungen zu unterlassen, oder gar der Beklagte wegen entsprechender Vorkommnisse verwarnt worden wäre. Auch soweit die Klägerin geltend macht, der Beklagte sei für solche Buchungen überhaupt nicht zuständig gewesen und habe diese dementsprechend vertuschen wollen oder dass er daraus einen persönlichen Vorteil gezogen habe, fehlt es an jeglichen entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz. Die Beweislast für den wichtigen Grund trägt aber die ihn geltend machende Arbeitgeberin (BGE 128 III 271 E. 2a/aa).

3.3 Die Gutschrift als solche kann unter den vorinstanzlich festgestellten Umständen nicht als genügend schwerer Vorfall angesehen werden, um ohne vorgängige Abmahnung und ohne Wiederholung eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Dem Beklagten steht somit der Lohn während der Kündigungsfrist (Art. 337c Abs. 1 und 2 OR) sowie eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu. [...]

II. Übersicht

Gegenstand des Urteils ist die arbeitsvertragliche und die aktienrechtliche Treuepflicht. Das Bundesgericht hat im Rahmen der Organhaftung nach Art. 754 OR festgestellt, dass ein Organ einer Konzerngesellschaft seine (aktienrechtliche) Treuepflicht ausschliesslich «seiner» Gesellschaft schuldet. Ist dies korrekt?

Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage ist eine ökonomische Analyse der Rechtsform «Aktiengesellschaft» (unten Ziff. III) und der Treuepflicht (Ziff. IV). Gestützt darauf folgt eine Beurteilung der bundesgerichtlichen Erwägungen zur aktienrechtlichen Treuepflicht im Konzern (Ziff. V) und zur fristlosen Kündigung (Ziff. VI). Schliesslich werden die Konsequenzen des Bundesgerichtsentscheids dargestellt (Ziff. VII).

III. Ökonomische Betrachtung der Aktiengesellschaft

Nach Art. 620 Abs. 1 OR ist die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum Voraus bestimmtes Kapital (Aktienkapital) in Teilschritten (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen

haftet. Die gesetzliche Betrachtung reflektiert zwar gewisse Rechte und Pflichten der AG (eigene Rechtspersönlichkeit und Firma) und der Aktionäre (Ausschluss der persönlichen Haftung). Sie erklärt jedoch weder die Funktion der AG noch die Motive der Personen, die sich an ihr beteiligen.

Die AG ist keine reale Person. Bis jetzt hat noch niemand eine Aktiengesellschaft auf der Strasse herumlaufen sehen. Das bedeutet nicht, dass sie ohne rechtliche Relevanz ist. Die Aktiengesellschaft ist eine auf gesetzlicher Anordnung beruhende *Fiktion*. Es wird unwiderlegbar¹ vermutet, dass ein Rechtsteilnehmer, der mit einer AG in (rechtsgeschäftlichen oder ausservertraglichen) Kontakt tritt, es mit einer einzigen Person zu tun hat. Die Fiktion dient einerseits dem Publikum, das nicht die Bonität einer oder mehrerer natürlichen Personen prüfen muss. Andererseits dient die Fiktion den Personen, die an der AG beteiligt sind: Aktionäre, Gläubiger, Manager, Arbeitnehmer. Sie werden nicht persönlich Vertragspartei und haften dementsprechend auch nicht persönlich. Ausserdem können sie darauf zählen, dass ihr Beitrag an ein dauerhaftes Gebilde geleistet wird, nicht wie etwa bei einer einfachen Gesellschaft, die leicht auflösbar ist.

Tatsächlich ist die Fiktion AG ein *Netz von Vereinbarungen* zwischen allen Personen, die sich unter der Bezeichnung «Aktiengesellschaft» organisieren, um damit einen wirtschaftlichen Output zu erzeugen². Solche Personen sind *Kapitalgeber* (Aktionäre und Kreditgeber) und *Dienstleistungserbringer* (Manager, Verwaltungsratsmitglieder, Arbeitnehmer, Anwälte, Buchführer, Revisoren), aber auch Personen, die indirekt zur Produktion des Outputs beitragen: Vermieter von Geschäftsräumen, Lieferanten von Rohmaterial, Abnehmer und Kunden³.

Zur Illustration der «Vereinbarungen» ein Beispiel: Gründeraktionäre bilden bei der Gründung der AG eine einfache Gesellschaft⁴. Sie erklären vor dem Notar, eine AG mit den Statuten zu gründen, auf die sie sich geeinigt haben. Mit Gründung

¹ Mit Ausnahme des Durchgriffs.

² Michael C. Jensen/William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ. (1976) 305 ff., 310.

³ Das Bundesgericht verkannte das Wesen der Aktiengesellschaft, als es einen Fall zu beurteilen hatte, in dem die Geschäftsführerin und Alleinaktionärin der (formellen) Arbeitgeberin einer Arbeitnehmerin fristlos kündigte, die mit ihrem Ehemann ein sexuelles Verhältnis hatte (BGE 129 III 380). Das Bundesgericht stellte bei der Prüfung des «wichtigen Grundes» für die fristlose Kündigung fest, dass dieser Fall nicht gleich zu werten sei, wie wenn die Beziehung den Ehemann der Arbeitgeberin selber beträfe. Diese über-formelle Sicht ist falsch, weil ein «wichtiger Grund» die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen der kündenden Person zum Gegenstand hat, nicht die formelle Konstellation.

⁴ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1997 N 48; Lukas Handschin, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 2002 N 14 zu Art. 530 OR.

der AG ist der Zweck der einfachen Gesellschaft erreicht. Aus ökonomischer Sicht ist dies jedoch irrelevant. Zwischen den Aktionären besteht weiterhin eine «Vereinbarung». Mit Abschluss eines Aktionärbindungsvertrags regeln Aktionäre ihr Verhältnis expliziter und umfangreicher. Kommen später weitere Aktionäre hinzu, stimmen sie ebenfalls den Statuten zu. Statuten wirken in dieser Hinsicht wie Allgemeine Geschäftsbedingungen für Aktienkäufer⁵. Wird eine Frage von den Statuten oder vom Aktienrecht nicht geregelt, soll nach dem Willen der Aktionäre eine Mehrheit der Aktionäre entscheiden. Mit dem Eintritt in eine Aktiengesellschaft akzeptieren die Aktionäre diesen Grundsatz und anerkennen, dass die Mehrheit auch dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft⁶.

Weiter begründen Aktionäre und Geschäftsführer – aus ökonomischer Perspektive – eine «Vereinbarung». Die Aktionäre verpflichten sich zur Leistung einer Kapitaleinlage und die Geschäftsführer versprechen den Aktionären implizite, sich zu bemühen, diese renditeorientiert anzulegen und sich im Sinne der Statuten, des Aktienrechts und der GV-Beschlüsse und anderer interner Erlasse zu verhalten.

Was ist die *Rolle des Aktienrechts* in diesem Netz von Verträgen? Aktienrecht wirkt wie dispositives Vertragsrecht. Aktionäre, Geschäftsführer und die weiteren Beteiligten können nicht alle regelungsbedürftigen Fälle (in Aktionärbindungs-, Arbeits- und Kreditverträgen) abdecken. Genauso wenig können die Parteien eines Kaufvertrags alle Umstände vorhersehen und vertraglich regeln. Das Aktienrecht bietet ein Paket von Bestimmungen, die zur Anwendung gelangen, falls die Parteien nichts anderes vereinbaren.

Der Leser wird einwenden, viele aktienrechtliche Normen seien zwingender Natur. Das stimmt. Zwingendes Aktienrecht soll verhindern, dass die Kosten einer bestimmten Tätigkeit nicht von unbeteiligten Dritten getragen werden. Externalitäten sollen verhindert werden. Beispielsweise müssen die Aktionäre zwingend ein Kapital von CHF 100 000 aufbringen, damit nicht ausschliesslich Dritte – Kreditgeber, Lieferanten von Rohmaterial, Vermieter von Geschäftsräumen etc. – das Unternehmensrisiko tragen.

IV. Inhalt der Treuepflicht

A. Zwingende Natur der Treuepflicht

Auch die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR wird als *zwingend* erachtet⁷. Dies bedeutet, sie kann in den Statuten nicht ausgeschlossen werden. Unter Vorbehalt allgemeiner Bestimmungen, namentlich der Übervorteilungsbestimmung nach Art. 21 OR, kann sie dagegen zwischen informierten Parteien vertraglich modifiziert werden.

Die statutarisch nicht wegbedingbaren Sorgfalts- und Treuepflichten der Geschäftsführer bezwecken den Schutz der Aktionäre. Diese können sich darauf verlassen, dass die Interessen *aller* Aktionäre wahrgenommen werden⁸. Dadurch werden *Transaktionskosten* beim Abschluss der «Vereinbarungen» *reduziert*. Die zwingende Natur der Sorgfalts- und Treuepflicht verhindert, dass ein Investor, der Aktien einer spezifischen AG kaufen will, vorher die Statuten durchsehen muss, um sich zu vergewissern, dass diese elementaren Pflichten nicht wegbedungen wurden⁹. Aktien werden damit (und durch das zwingende Verbot, den Aktionären Pflichten aufzuerlegen¹⁰) erst handelbar. Grundlage eines jeden Börsenhandels ist somit die zwingende Natur der Sorgfalts- und Treuepflicht.

B. Sorgfalts- und Treuepflicht

Die *Sorgfaltspflicht* ist die Pflicht des Geschäftsführers, sich gemäss dem objektiven Leitbild eines aufmerksamen, informierten und gewinnstrebigen Geschäftsführers zu verhalten¹¹. Verfügt ein Geschäftsführer in einem Fachbereich über überdurchschnittliche Kenntnisse und ist dies der Gesellschaft bekannt, so ist für ihn in diesem Bereich ein höherer Massstab anzulegen¹². Die Sorgfaltspflicht ist auf Situationen anwendbar, bei denen der Entscheidende keinen Interessenkonflikt hat, d.h. bei gewöhnlichen Geschäftsentscheiden. Auf solche «uninteressierte Entscheide» ist die *Business Judgment Rule* anwendbar. Danach wird ein Geschäftsentscheid vermutungsweise sorgfältig getroffen, wenn sich der Geschäftsführer vollständig und zeitgerecht informiert hat und die formel-

⁸ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 28 Rz. 26.

⁹ Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, The Corporate Contract, 89 Colum. L. Rev. 1989 1416 ff., 1419.

¹⁰ Art. 680 Abs. 1 OR (vgl. BGE 97 II 298 «Wyss-Fux»).

¹¹ BGE 113 II 52, 56. Die in Frage stehenden Handlungen oder Unterlassungen sind auf Grund der Kenntnisse und Umstände zur Zeit ihrer Vornahme zu beurteilen. Es genügt nicht, wenn sie nachträglich, ex post, angesichts späterer Erkenntnisse als falsch erscheinen (ZR 101 Nr. 53 E. 2.4).

¹² BGE vom 19. Juni 2002, 4C.201/2001, E. 2.1.1.

⁵ Dies ist, wie gesagt, die ökonomische Perspektive. Juristisch gesehen bestehen zwischen Aktionären mangels eines Vertrags keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen. Auch das Verhältnis Aktionär-AG ist kein Vertragsverhältnis, sondern eine körperschaftliche Rechtsbeziehung (BGE 80 II 267, 269).

⁶ BGE 102 II 265, 269; BGE 95 II 163.

⁷ Christoph von Greyerz, Die Aktiengesellschaft, SPR VIII/2, Basel/Frankfurt a.M. 295.

len Anforderungen an die Entscheidung erfüllt sind (d.h. der Entscheid wurde korrekt traktandiert, genügend diskutiert und mit dem erforderlichen Quorum gefällt)¹³. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, verhält sich ein Geschäftsführer erst sorgfaltswidrig, wenn sich der Entscheid im Nachhinein als grob unrichtig erweist¹⁴. Mit der Business Judgment Rule soll verhindert werden, dass ein Geschäftsführer nur noch risikolose Geschäftsentscheide trifft, um persönlicher Haftung zu entgehen. Risikoaverses Verhalten ist einem diversifizierten Aktionär abträglich, da dadurch Geschäfte mit hohem Ertragspotenzial vermieden werden.

Unter *Treuepflicht* wird die Pflicht verstanden, sich bei Interessenkonflikten loyal zur Gesellschaft zu verhalten¹⁵. Der Geschäftsführer darf sich oder nahestehenden Dritten keine Vorteile einräumen, auf die sie keinen Anspruch haben¹⁶. Gerichte beurteilen Geschäfte, an denen der Entscheidungsträger oder ein ihm nahestehender Dritter ein Interesse hat, nach einem strengen Massstab, d.h. unter Abwägung aller Vor- und Nachteile¹⁷. Darüber tritt (nach dem Vorbild des amerikanischen Gesellschaftsrechts) eine Beweislastumkehr: der Entscheidungsträger muss die Fairness des Geschäfts nachweisen¹⁸.

C. Agency-Situationen

Treuepflichten sind weit verbreitet. Neben aktienrechtlichen Organen sind auch Arbeitnehmer (Art. 321a Abs. 1 OR)¹⁹, Beauftragte (Art. 398 Abs. 2 OR)²⁰, Mäkler²¹, Agenten eines Agenturvertrags²², die Leitung eines Anlagefonds (Art. 14 AFG)²³, Gesellschafter einer einfachen Gesell-

schaft und einer Kollektivgesellschaft (Art. 536 OR, Art. 557 Abs. 2 OR), Genossenschafter (Art. 866 OR)²⁴, die Leitungsorgane anderer juristischer Personen (wie Stiftungs-, Vereins-, Genossenschafts- und GmbH-Organe), Unternehmer eines Werkvertrags²⁵ sowie sogar Ehegatten²⁶ und Kantone²⁷ zur Treue verpflichtet.

Treuepflichten sind auf Situationen anwendbar, in denen eine Person (*principal*) einer anderen Person (*agent*) die Kontrolle über ein Aktivum einräumt und der *agent* sich im Interesse des *principals* verhalten soll. Solche *Agency*-Situationen entstehen, weil die Delegation von Entscheidungsbefugnissen an den *agent* auf Grund seiner Fachkenntnisse, Erfahrung und Spezialisierung effizient erscheint. Beispielsweise vertraut ein Klient die Prozessführung einem Anwalt an, weil dessen Know-how und Erfahrung höhere Erfolgchancen versprechen.

Die Interessenkonflikte könnten durch strenge Kontrolle seitens des *principals* gelöst werden. Eine solche Kontrolle ist jedoch kostspielig und aufwendig²⁸. Es braucht Spezialkenntnisse und Zeit, damit ein Klient die Tätigkeit seines Anwalts überprüfen kann. In dieser Situation dient die Treuepflicht (verbunden mit den Haftungsfolgen bei deren Verletzung) als disziplinierendes Mittel, damit der *agent* sich nicht auf Kosten seines *principals* bereichert²⁹.

D. Ökonomische Analyse der Treuepflicht

Nach dem Wortlaut von Art. 717 Abs. 1 OR schuldet der Geschäftsführer die Treuepflicht «der Gesellschaft». Die Gesellschaft ist jedoch keine reale Person, sondern ein Netzwerk von Vereinbarungen zwischen realen («natürlichen») Personen. Nach Sinn und Zweck von Art. 717 OR ist die Treuepflicht den Aktionären geschuldet, da Verwaltungsrat und Geschäftsführung verpflichtet sind, den Unternehmenswert im Interesse der Aktionäre zu steigern³⁰.

¹³ BGE vom 13. August 2001, 4C.139/2001, E. 2.a.bb.

¹⁴ Andrea R. Grass, Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998 (SSHW 186) 147.

¹⁵ BGE 97 IV 10, 13; BGE 100 IV 108, 114.

¹⁶ BGE vom 14. Dezember 1999 (Pra 89 [2000], Nr. 50, 289).

¹⁷ BGE 113 II 52, 57.

¹⁸ Grass (Fn. 14) 158.

¹⁹ BGE 117 II 560: Treuepflichtverletzung durch Mitteilung des Entschlusses zum sofortigen Stellenwechsel kurz nach Beginn eines fest auf zwei Jahre abgeschlossenen Arbeitsvertrags.

²⁰ BGE 115 II 62, 65: Der Vermögensverwalter muss auf Grund seiner Treuepflicht den Kunden über die Risiken, Kosten und Erfolgchancen des Geschäfts informieren. Die Informationspflicht geht weiter, wenn die Vergütung des Vermögensverwalters aus einer reinen Erfolgsbeteiligung besteht (25% des Gewinns). Diesfalls hat der Vermögensverwalter einen Anreiz, möglichst risikoreiche Transaktionen zu tätigen, da er im Best-case-Szenario profitiert, aber im Worst-case-Szenario nichts verliert («heads-we-win, tail-customers-loose»-Situation). Mit anderen Worten führen seine Investitionen zu Externalitäten. Die Kosten werden ausschliesslich vom Auftraggeber getragen, nicht aber vom Beauftragten.

²¹ BGE 106 II 224, 225: Treuepflicht des Mäklers erstreckt sich nicht auf Bemühungen zur Erfüllung des vermittelten Vertrags; BGE 103 II 130.

²² Unveröffentlichter BGE vom 19. September 2003, 4C.216/2002: Verletzung der Treuepflicht, wenn ein Vermittlungsagent einer Versicherung diverse Mitarbeiter der Verkaufsorganisation abwirbt und einem anderen Versicherer zuführt.

²³ BGE 96 II 383: unentgeltliche Zuwendung an ein mit der Fondsleitung verbundenes Bauunternehmen verstösst gegen die (auf vertraglicher Grundlage basierende) Treuepflicht.

²⁴ BGE 101 II 125: Keine Treuepflichtverletzung durch den Genossenschafter einer Wohngenossenschaft, der nicht von einer grösseren in eine kleinere Wohnung wechselt, solange eine entsprechende statutarische Grundlage fehlt.

²⁵ BGE 93 II 272, 276: Der Unternehmer, der im Rahmen einer langjährigen Geschäftsbeziehung mit dem Besteller dessen Erfindung produziert, ist zur Geheimhaltung der ihm anvertrauten Konstruktionsidee verpflichtet.

²⁶ BGE 114 II 113.

²⁷ BGE 124 I 101, 106: Ein Kanton verletzt seine bundesstaatliche Treuepflicht, wenn er während der Anpassungsfrist eines neuen bundesstaatlichen Gesetzes (in casu das Steuerharmonisierungsgesetz) gezielt die kantonale Gesetzgebung ändert, die der neuen Bundesnorm widerspricht.

²⁸ Larry E. Ribstein, The Structure of the Fiduciary Relationship, Illinois Law and Economics Working Papers Series, Working Paper No. LE03-003, Januar 2003 8.

²⁹ Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge (Massachusetts) 1998 90; Robert H. Sitkoff, Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency, Journal of Corporation Law 2003, 565 ff., 572.

³⁰ BGE 100 II 384, 394, E. 4.

Charakteristisch für die «Vereinbarung» zwischen Aktionären und Geschäftsführung ist, dass die Pflichten des Geschäftsführers wegen der ständigen und wechselnden Herausforderungen des Geschäftsalltags nicht im Voraus detailliert festgelegt werden können. Die Treuepflicht ist eine Alternative zu spezifischen Versprechen des Geschäftsführers. Mit Übernahme der Treuepflicht verspricht der Geschäftsführer, sich bei Interessenkonflikten loyal zu verhalten, wobei das konkrete, spätere Verhalten einer Fall-zu-Fall-Beurteilung überlassen sein soll. Damit verpflichtet die Treuepflicht zu einem Verhalten, das Aktionäre und Geschäftsführer für den Fall von Interessenkonflikten ausgehandelt hätten, wenn sie darüber volle Kenntnis gehabt hätten.

Die Treuepflicht bedeutet nicht, dass der Geschäftsführer «alles unterlassen muss, was der Gesellschaft schaden könnte», wie zum Teil vertreten wird³¹. Würde die Treuepflicht so absolut aufgefasst, dürfte ein Manager keinen Lohn, geschweige denn eine erfolgsabhängige Vergütung verlangen. Mit solchen Ansprüchen schädigt er ja die Gesellschaft. Treuepflichten bedeuten nicht das Akzeptieren einer Märtyrer-ähnlichen Stellung. Eine solche steht auch nicht im Investoreninteresse. Eine (zu) absolut verstandene Treuepflicht führt zu Kosten. Kosten der Treuepflicht sind eine verringerte Risikobereitschaft der Geschäftsführer, Fehlurteile von Gerichten oder höhere Versicherungsprämien für Gesellschaftsorgane («D&O-Insurance»)³². Alle diese Kosten werden letztlich von Aktionären getragen.

Selbstverständlich kann nicht in jedem Gerichtsfall der Wille der Parteien eruiert werden, wie die Treuepflicht zu verstehen ist. Jedoch gibt es Anhaltspunkte, welchen Inhalt professionelle Investoren der Treuepflicht zukommen lassen. Beispielsweise sehen Joint-Venture-Verträge, auf deren Basis eine Aktiengesellschaft gegründet wird, häufig vor, dass ein Partner und dessen Vertreter im Verwaltungsrat keine die Gesellschaft konkurrenzierende Tätigkeit ausüben dürfen. Weiter dürfen Geschäfte, die im bestehenden Geschäftsfeld des Joint Ventures liegen, nicht durch Gesellschaftsorgane persönlich (oder durch den Joint-Venture-Partner) ausgebeutet werden. Als zulässig halten die Parteien dagegen oft fest, dass die Organe gewisse Geschäftsinformationen (Marktdaten, Absatzzahlen etc.) an Dritte oder den Joint-Venture-Partner weitergeben dürfen. Weiter sind Geschäfte zwischen der Joint-Venture-AG und dem Partner oder dessen Vertreter im Verwaltungsrat erlaubt, solange diese marktkonform sind.

Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass die Treuepflicht einen Kompromiss zwischen loyalen Verhalten zu den Aktionären und Durchsetzen eigener Interessen durch den Geschäftsführer darstellt. Die Treuepflicht entspricht dem, was vernünftige Aktionäre und Geschäftsführer vereinbart hätten, wenn sie den konkreten Interessenkonflikt gekannt hätten.

E. Treuepflicht in der Gerichtspraxis

Bei Geschäften, die sich *nicht* durch einen *Dritt- bzw. Marktvergleich* beurteilen lassen, ist die Praxis zurückhaltend bei der Beurteilung von Treuepflichtverletzungen. Dies zu Recht, weil Gerichte mangels vollständiger Informationen und Erfahrung schlecht geeignet sind, die Angemessenheit von Geschäftsentscheidungen zu beurteilen. So versties nach Auffassung des Zuger Obergerichts ein Verwaltungsrat und Geschäftsführer einer Gesellschaft, die mit Rohstoffen handelte, nicht gegen seine Treuepflicht, als er einen Abnehmer von seinem bevorstehenden Rücktritt orientierte. Die Abnehmerin kündigte darauf den Vertretungsvertrag mit der Rohstoffhändlerin und stellte den zurückgetretenen Verwaltungsrat ein halbes Jahr später ein³³. Treuepflicht bedeutet somit nicht, dass ein Geschäftsführer vorbehaltlos verpflichtet ist, die Interessen seiner Gesellschaft vor seine Karrierechance zu stellen.

Ebensowenig ist ein Geschäftsführer auf Grund der Treuepflicht verpflichtet, den Verwaltungsrat über Krankheiten zu informieren, solange Dritte dadurch nicht gefährdet werden³⁴.

Indessen existiert ein strenger Massstab bei Interessenkonflikten, die zu *nicht marktkonformen Resultaten* führen, wie etwa bei unentgeltlichen Vermögensverschiebungen zulasten der Gesellschaft. So verletzt ein einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat seine Treuepflicht, wenn er eine Marke, die im Markenregister auf den Namen der Gesellschaft eingetragen ist, unentgeltlich einem Bekannten überträgt³⁵. Gleich entschied das Bundesgericht, als ein Geschäftsführer das einzige Aktivum der Gesellschaft, einen Inhaberschuldbrief, unentgeltlich einem Aktionär übergab³⁶. Und schliesslich darf ein Verwaltungsrat nicht Kredite ohne angemessene Risikoprämie an Drittunternehmen einräumen, an denen einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder Aktionäre der eigenen Gesellschaft massgebend beteiligt sind³⁷.

³³ Wiedergegeben in BGE vom 9. Dezember 2002, 4C.179/2002.

³⁴ BGE vom 17. Oktober 2001, 4C.192/2001.

³⁵ BGE 100 IV 108, 114.

³⁶ BGE 97 IV 10.

³⁷ Obergericht des Kantons Solothurn vom 29. Juni 1994; SOG 1994 Nr. 8.

³¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 8) § 28 N 25.

³² Easterbrook/Fischel (Fn. 29) 93 ff.; Ribstein (Fn. 28) 28 ff.

V. Treuepflicht im Konzern

A. Interessenverfolgung im Konzern

Der Konzern zeichnet sich dadurch aus, dass eine Gruppe (rechtlich selbstständiger) Gesellschaften so geführt wird, als sei sie eine Einheit. Entscheide für jede Gesellschaft werden getroffen, um die *Profite der Muttergesellschaft* zu erhöhen, nicht diejenigen der einzelnen Konzerngesellschaften. Die Unterteilung in selbstständige Gesellschaften basieren auf steuerlichen Gründen oder zur Beschränkung der Haftung.

Wer die Form des Konzerns wählt, um die wirtschaftlichen Aktivitäten zu koordinieren, anerkennt jedoch auch, dass Aktionäre, Kreditgeber, Arbeitnehmer, Abnehmer, Lieferanten etc. mit juristisch selbstständigen Gesellschaften in Kontakt treten. Mithin «versprechen» die Geschäftsführer und Verwaltungsräte der Gruppengesellschaften, sich nach den Statuten der einzelnen Gesellschaften und nach den aktienrechtlichen Bestimmungen zu richten. Damit muss ein Geschäftsführer einer Gruppengesellschaft die *Interessen der Muttergesellschaft* verfolgen, indem er das Vermögen der Gruppengesellschaft steigert. Vorbehalten ist einzig, dass in der Gruppengesellschaft die gesetzlichen Vorschriften zur Kapitalerhaltung eingehalten werden. Dieser Vorbehalt ist Teil der Vereinbarung mit den Gläubigern der Gruppengesellschaft, namentlich mit den Kreditgebern.

B. Richterliche Ablehnung des Konzerninteresses

Das Bundesgericht lehnt im vorliegenden Entscheid eine «Konzernbetrachtung» bei der Beurteilung der Treuepflichtverletzung ab. Damit liegt er auf einer Linie bundesgerichtlicher Entscheide, die (zum Teil zu Recht) auf die Selbstständigkeit der juristischen Person abstellen³⁸. Kürzlich entschied das Bundesgericht beispielsweise, dass die Konzernleitung bei Fehlen einer ausdrücklichen Arbeitsvertragsbestimmung kein Weisungsrecht gegenüber Arbeitnehmern hat, die einzig mit der Tochtergesellschaft einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben³⁹.

Für die Frage, ob ein Geschäftsführer auch die Interessen der Muttergesellschaft verfolgen darf oder muss, kommt es darauf an, welche vernünftigen Erwartungen ein Geschäftsführer und sein Arbeitgeber (mithin die Aktionäre, denen er die Treue schuldet) in Bezug auf die Regelung von

Interessenkonflikten haben⁴⁰. Wie oben dargelegt, wird von einem Geschäftsführer einer Gruppengesellschaft erwartet, *den Wert der Konzernmutter* zu steigern. Normalerweise funktioniert dies, indem der Geschäftsführer den Wert der eigenen Gruppengesellschaft steigert und damit indirekt den Wert der Konzernmutter erhöht. Damit beinhaltet die Treuepflicht des Geschäftsführers einer Tochtergesellschaft auch den Schutz der Mutter. Diese Ansicht vertritt übrigens auch das Bundesgericht in einem Entscheid, in dem ein Geschäftsführer einer Konzerngesellschaft Geschäfte für sich selber abschloss, die eigentlich der Muttergesellschaft zustanden⁴¹. Nach Auffassung des Bundesgericht versties der Geschäftsführer damit gegen die Treuepflicht.

C. Verletzung der Treuepflicht

1. Persönliches Ausnutzen einer Geschäftsmöglichkeit

Hat Geschäftsführer A im vorliegenden Entscheid seine Treuepflicht verletzt? Es sind *zwei Geschäfte* zu unterscheiden. Erstens der Verkauf des Schnittholzes an die Wood-Ltd., zweitens die unentgeltliche Gewährung der Gutschriften an die Wood-Ltd. durch Geschäftsführer A.

Die erste Transaktion war durch einen *Interessenkonflikt* geprägt. A hatte ein persönliches Interesse, die Gesellschaft seiner Ehefrau als Zwischenhändlerin einzusetzen. Gleichzeitig hatte die Holz-AG ein erkennbares und berechtigtes Interesse daran, als Zwischenhändlerin zum Zug zu kommen. Denn der Verkauf des Schnittholzes lag im Geschäftsfeld der Holz-AG. Weiter verfügte die Holz-AG dank des bestehenden Kundenkontakts über eine berechnete Erwartung in den Geschäftsabschluss. Und schliesslich versprach die Transaktion einen Profit.

Bestehen profitable Möglichkeiten im Geschäftsfeld der Gesellschaft («*corporate opportunities*»), ist der Geschäftsführer verpflichtet, seine Gesellschaft über diese Möglichkeit zu informieren⁴². Er muss ihr Gelegenheit geben, das Geschäft abzuschliessen, bevor er selber (oder eine ihm nahe stehende Person) die Möglichkeit ausnutzt⁴³. Mithin versties A gegen seine Treuepflicht, indem er den Verwaltungsrat der Holz-AG nicht darüber informierte, dass sich durch den Einsatz als Zwischenhändler ein risikoloser Gewinn erzielen liess.

³⁸ Vgl. BGE 108 Ib 37, E. 4.c und BGE 110 Ib 127 (Pflicht des VR, die Geschäfte im Interesse der Konzerngesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns zu führen).

³⁹ BGE 4C.158/2002 vom 20. August 2002 (ARV 2003 24).

⁴⁰ So auch BGE 4C.158/2002 vom 20. August 2002 (ARV 2003 24).

⁴¹ BGE 109 IV 111.

⁴² Zum amerikanischen Recht: *Robert Charles Clark*, Corporate Law, Boston/Toronto 1986 225 ff.; *William Savitt*, A New Look at Corporate Opportunities, Columbia Law School, Working Paper No. 235, Spring 2002.

⁴³ BGE 109 IV 111.

Indessen existierte in der Holz-AG eine Weisung, wonach Geschäfte mit niedriger Gewinnmarge nicht abzuschliessen seien. Wenn mit der Weisung tatsächlich beabsichtigt wurde, entsprechende Geschäfte zu vermeiden, wurde die Treuepflicht nicht verletzt. Wie oben dargelegt, ist die Treuepflicht vertraglicher Natur und kann dementsprechend durch eine Weisung modifiziert werden. Allerdings folgten in der Vergangenheit die Geschäftsführer der Holz-AG der Weisung nicht, sondern schlossen regelmässig auch Geschäfte mit niedriger Marge ab, solange diese Erfolg versprechend waren. Damit liess die Weisung die Treuepflicht unberührt. A hätte den Verwaltungsrat der Holz-AG über die *corporate opportunity* informieren müssen.

2. Unentgeltliche Vermögensverschiebung

Die zweite Transaktion – die Einräumung von Guthriften (Forderungen gegenüber der Holz-AG) – war ebenfalls durch einen Interessenkonflikt geprägt. Auf der einen Seite hatte A ein persönliches Interesse, den Verlust aus dem Holzkauf durch die Wood-Ltd. zu verheimlichen. Dadurch konnte nämlich seine erste, interessenwidrige Transaktion verheimlicht werden. Auf der anderen Seite stand das Interesse der Holz-AG, in ihrem Vermögen geschützt zu werden. Auch in dieser Situation entschied sich A, seine persönlichen Interessen wahrzunehmen.

A.s Einwand, es handle sich bloss um einen konzerninternen Vermögenstransfer, ist irrelevant. Der Transfer von Geldern innerhalb eines Konzerns kann zu Steuereinsparungen führen. Die effiziente Allokation von Konzerngeldern hat somit einen Vermögenswert. Der Entscheid, wie konzernintern Vermögen verschoben wird, steht deshalb regelmässig der Konzernleitung zu. Indem A der Wood-Ltd. ungerechtfertigte Guthriften einräumte, setzte er sich über diese Kompetenzordnung hinweg und schädigte die Muttergesellschaft und seine Gesellschaft.

VI. Fristlose Kündigung

A. Agency-Kosten

Zutreffend stellt das Bundesgericht fest, dass das Rechtsverhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft aus zwei Teilen besteht: dem gesellschafts- und dem arbeitsrechtlichen Teil.

Auch das Arbeitsverhältnis ist durch ein *Agency-Problem* geprägt: der Arbeitnehmer soll im Interesse des Arbeitgebers tätig sein. Der Arbeitgeber delegiert dabei Entscheidungsbefugnisse, die der Arbeitnehmer zu seinem eigenen Vorteil

ausnutzen kann. Verhält sich der Arbeitnehmer rational, will er seinen Eigennutzen steigern. Dies könnte ihn zu «opportunistischem Verhalten» verleiten, d.h. zu ungerechtfertigtem Aneignen von Vorteilen⁴⁴. Das Bundesgericht ist sich dieses *Agency-Problems* bewusst. So stellte es fest, dass die Treuepflicht des Arbeitnehmers eine besondere Funktion hat, wenn der Arbeitnehmer über direkten Kundenkontakt verfügt und Forderungen des Arbeitgebers bei den Kunden einzuziehen hat⁴⁵. In dieser Situation sind die *Agency-Kosten* besonders hoch.

B. Wichtiger Grund

Ein Mittel zur Verringerung der *Agency-Kosten* ist die Möglichkeit der fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber. Eine fristlose Kündigung führt zum Verlust des Lohns während der Kündigungsfrist und (wichtiger) zu einem Reputationsverlust des Arbeitnehmers. Wird die fristlose Kündigung im Arbeitsmarkt bekannt, ist es für den Arbeitnehmer schwieriger, eine neue Stelle zu finden, was die Suchkosten erhöht. Die fristlose Kündigung ist damit ein *abschreckendes Instrument* gegenüber Arbeitnehmern, die ihre Treuepflicht verletzen.

Die disziplinierende Wirkung der fristlosen Kündigung wird verstärkt, je mehr unternehmensspezifische Kenntnisse der Arbeitnehmer in seinem Beruf gewonnen hat. Unternehmensspezifisch sind die Kenntnisse, die nur im Unternehmen des Arbeitgebers von Nutzen sind, z.B. Kenntnisse über den Betriebsablauf oder über das Bedienen einer komplizierten Maschine. Die Investitionen des Arbeitnehmers in diese Kenntnisse sind *sunk costs*, d.h. sie sind bei einem anderen Arbeitgeber nicht amortisierbar. Mit einer fristlosen Kündigung verliert der Arbeitnehmer diese Investitionen⁴⁶.

Zu Recht stellt die Gerichtspraxis deshalb hohe Anforderungen an den «wichtigen Grund», der nach Art. 337 Abs. 1 OR eine fristlose Kündigung rechtfertigen muss. So muss das Vertrauensverhältnis zerstört sein⁴⁷.

Soll die fristlose Kündigung als Disziplinierungsmittel aber ihre Funktion erfüllen, muss es weiterhin möglich sein, «schwarze Schafe» mittels fristloser Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis zu entlassen. Ansonsten entsteht nämlich ein «Zitronenmarkt». Als Zitronenmarkt gilt ein Markt, in

⁴⁴ Edward B. Rock/Michael L. Wachter, The Enforceability of Norms and the Employment Relationship, 144 U. Pa. L. Rev. 1996 1913 ff.

⁴⁵ BGE 101 Ia 545; vgl. auch BGE 116 II 151 (weniger strenge Treuepflicht in einem Fall ohne Kundenkontakt).

⁴⁶ Rock/Wachter (Fn. 44) 1920.

⁴⁷ Zuletzt BGE 130 III 28.

dem ein Käufer gute nicht von schlechten Produkten unterscheiden kann. Beispielsweise ist es im Autooccasionsmarkt schwierig, Autos ohne Unfall von reparierten Fahrzeugen zu unterscheiden. Als Folge davon macht ein vernünftiger Käufer einen Preisabschlag gegenüber allen Fahrzeugen. Dementsprechend werden sowohl Verkäufer unfallfreier Fahrzeuge als auch Verkäufer von Unfallfahrzeugen bestraft. Dies zieht Verkäufer schlechter Produkte an und verdrängt (wegen des Preisdiscounts) Verkäufer guter Produkte⁴⁸.

Genau gleich reagiert ein Arbeitgeber, der treuwidrig handelnde Arbeitnehmer nicht fristlos entlassen kann. Als Antwort auf das höhere Risiko, unproduktive und unehrliche Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist beschäftigen zu müssen, reduziert er generell den Lohn gegenüber allen Arbeitnehmern, da er nicht im Voraus weiss, wer die Treuepflicht verletzen wird. Zu hohe Anforderungen an die fristlose Kündigung bestrafen somit ehrliche Arbeitnehmer – nicht den Arbeitgeber!

In dieser Hinsicht ist der vorliegende Bundesgerichtsentscheid (aus ökonomischer Sicht) ineffizient. Ein Geschäftsführer, der – wie oben dargelegt – gleich in zweifacher Hinsicht gegen seine Treuepflicht verstösst, verursacht hohe *Agency*-Kosten und sollte raschmöglichst aus dem Arbeitsverhältnis entlassen werden. Dass das Bundesgericht die erste Treuepflichtverletzung nicht berücksichtigt, weil die untere Instanz sie (unbestritten) als zulässig erachtete, ist zwar aus prozessualen Gründen nachvollziehbar, hinterlässt aber einen schalen Beigeschmack.

Neben diesen ökonomischen Überlegungen ist die bundesgerichtliche Voraussetzung einer Abmahnung und einer weiteren Treuepflichtverletzung wenig überzeugend. Die Abmahnung ist vom Wortlaut von Art. 337 Abs. 1 OR nicht gedeckt. Danach genügt ein «wichtiger Grund» für eine fristlose Kündigung.

Und schliesslich ist dieser Bundesgerichtsentscheid nicht konform mit bisher ergangenen Entscheidungen, in denen das Bundesgericht zum Schluss kam, dass klare Verletzungen der Treuepflicht eine missbräuchliche Kündigung rechtferti-

gen, wie etwa Spesenabrechnungen, die bei der Lebensgefährtin entstanden sind⁴⁹, das Lächerlichmachen eines Vorgesetzten⁵⁰ oder das Initiieren von Kündigungen anderer Mitarbeiter im Hinblick auf deren Abwerbung⁵¹.

VII. Schlussfolgerungen

A. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen

Die Treuepflicht des Geschäftsführers einer Gruppengesellschaft gilt auch gegenüber der Muttergesellschaft. Die primäre Pflicht des Geschäftsführers besteht darin, das Vermögen der Muttergesellschaft zu steigern und die Kapitalerhaltungsvorschriften in Bezug auf seine Gruppengesellschaft einzuhalten. Damit sollten gruppeninterne Transaktionen, die eine Tochter vielleicht benachteiligen, aber dank Steuereinsparungen profitabel sind, weiterhin zulässig sein. Der Ermessensspielraum eines Geschäftsführers darf zugunsten der Mutter ausfallen.

Klar interessenwidrige Geschäfte sind unzulässig, solange der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft nicht zugestimmt hat (*volenti non fit iniuria*). Diese Kompetenz beruht auf dem Recht zur Konzernleitung (Art. 663e Abs. 1 OR).

B. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Die fristlose Kündigung ist ein kostengünstiges Mittel zur Abschreckung von opportunistischem Verhalten eines Arbeitnehmers. Zu hohe Anforderungen an eine fristlose Kündigung führen tendenziell zu einer Benachteiligung *aller Arbeitnehmer*, da Arbeitgeber die daraus resultierenden höheren Kosten durch einen generellen Lohnabschlag gegenüber allen Arbeitnehmern wettmachen. Der vorliegende Entscheid, der diese Auswirkungen übersieht, ist in dieser Hinsicht ineffizient.

⁴⁸ George A. Akerlof, The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84 (1970) 488 ff.; Easterbrook/Fischel (Fn. 29) 282.

⁴⁹ BGE vom 4. April 2003, 4C.357/2002, E. 4.3.

⁵⁰ BGE vom 18. Juli 2001, 4C.109/2001.

⁵¹ BGE 123 III 257, 260.