walderwyss rechtsanwälte

VERWALTUNGSRAT IN DER PRAXIS – RECHTLICHE ANFORDERUNGEN

Walder Wyss **2015**

PD Dr. iur. Urs Schenker

Seefeldstrasse 123
8034 Zürich
Schweiz

Tel. +41 58 658 55 31
Fax +41 58 658 59 59

Der Verwaltungsrat ist in den letzten Jahren in das Zentrum der Corporate Governance-Diskussion gerückt. Von wirtschaftstheoretischer, rechtlicher aber auch politischer Seite werden dabei immer höhere Anforderungen an den Verwaltungsrat gestellt, die häufig weit über das in der Praxis Machbare hinausgehen. Daher besteht heute oft ein "Expectation Gap" zwischen den Erwartungen von Stakeholdern und Publikum und der Leistung, die ein Verwaltungsrat in der beschränkten Zeit, die ihm für sein Mandat zur Verfügung steht, tatsächlich erbringen kann.

In diesem Umfeld stellt sich für Verwaltungsräte die Frage, welchen Verantwortungsbereich und welche Pflichten sie aus rechtlicher Sicht tatsächlich haben, und welchen Risiken sie sich in ihrer Funktion aussetzen. Diese Broschüre soll zu diesem Zweck die rechtlichen Regeln, die für die Verwaltungsratstätigkeit gelten, in geraffter Form darstellen und so den Verwaltungsräten helfen, sich im komplexen rechtlichen Umfeld richtig zu verhalten.

Weitere Informationen über die speziellen Pflichten von Verwaltungsräten kotierter Gesellschaften und die Anwendung der Vergütungsverordnung finden sich in der Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschaften".

Inhaltsverzeichnis

A. RECHTLICHE GRUNDLAGEN DER VERWALTUNGSRATSTÄTIGKEIT ... 6

1. Gesetzesrecht ... 6
1.1 Aktienrecht ... 6
1.2 Weitere Erlasse ... 6
1.3 Regeln für kotierte Unternehmen ... 7
2. Soft Law – Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance ... 8
3. Statuten und Reglemente ... 9
4. Die Tätigkeit des Verwaltungsrates im rechtlichen Spannungsfeld ... 10

B. FUNKTION, KOMPETENZEN UND PFLICHTEN DES VERWALTUNGSRATES IN DER GESELLSCHAFT ... 12

1. Die Position des Verwaltungsrates in der Gesellschaft ... 12
1.1 Der Verwaltungsrat als oberstes Exekutivorgan ... 12
1.2 Die Ausgestaltung des Verwaltungsrates als Geschäftsführungsorgan oder Aufsichtsorgan ... 12
1.3 Zwischenlösungen zwischen Führungs- und Aufsichtsorgan ... 15
2. Die grundlegenden Pflichten des Verwaltungsrates ... 18
2.1 Die Treuepflicht ... 18
2.2 Sorgfaltspflicht ... 20
2.3 Die Gleichbehandlungspflicht ... 21
3. Die unübertragbaren Befugnisse des Verwaltungsrates ... 22
3.1 Führung auf strategischer Ebene – die "Oberleitung" der Gesellschaft ... 22
3.2 Festlegung der Grundzüge der Unternehmensorganisation ... 24
3.3 Ausgestaltung von Rechnungswesen, Finanzkontrolle und Finanzplanung ... 24
3.4 Aufsicht über die Geschäftsleitung ... 25
3.5 Die Erstellung des Geschäftsberichts und die Einberufung der Generalversammlung 26
3.6 Pflichten bei Unterbilanz und Überschuldung ... 26
4. Aufsicht, internes Kontrollsystem und Compliance ... 28
4.1 Ganzheitliches Verständnis von Aufsichts-, Kontroll- und Compliance-Systeme ... 28
4.2 Pflicht des Verwaltungsrates zur Schaffung der notwendigen Systeme ... 29
4.3 Aufsicht ... 30
4.4 Aufsicht im Buchhaltungsbereich: Internes Kontrollsystem (IKS) ... 31
4.5 Compliance ... 33
4.6 Vorgehen bei Rechtsverletzungen von Mitarbeitern ... 38
4.7 Das Gesamtkonzept von Aufsicht und Compliance ... 42
5. Risikomanagement ... 44
5.1 Pflichten des Verwaltungsrates beim Risikomanagement ... 44
5.2 Welchen Risiken muss der Verwaltungsrat Rechnung tragen? ... 45
5.3 Der Risikomanagementprozess ... 46
5.4 Praktische Ansätze zur Umsetzung des Risikomanagementprozesses ... 47
6. Die Rolle des Verwaltungsrates bei einer Krise des Unternehmens ... 50
6.1 Die Pflicht, die Existenz der Gesellschaft zu erhalten ... 51
6.2 Die unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates in der Krisensituation ... 51
6.3 Die Pflichten des Verwaltungsrates bei Unterbilanz und Überschuldung ... 53
6.4 Rechtliche Rahmenbedingungen in der Unternehmenskrise: Anfechtungsklagen, Verantwortlichkeitsklagen, strafrechtliche Bestimmungen ... 60
6.5 Erhöhte Beanspruchung des Verwaltungsrates ... 61

C. ORGANISATION DES VERWALTUNGSRATES ... 63

1. Zusammensetzung des Verwaltungsrates, Beginn und Beendigung des Mandats 63
1.1 Die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder ... 63
1.2 Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates ... 63
1.3 Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder ... 65
2. Ende der Verwaltungsratsposition ... 66

2.1 Ende der Amtsperiode 66
3. Honorar des Verwaltungsrates, Vereinbarungen über die Verwaltungsratstätigkeit 70
3.1 Die Regelung bei kotierten Gesellschaften 70
3.2 Die Entschädigung des Verwaltungsrates 72
3.3 Festlegung und Höhe der Gesamtentschädigung 73
3.4 Offenlegung der Entschädigung 75
3.5 Vereinbarungen über die Tätigkeit als Verwaltungsrat 76
4. Die interne Organisation des Verwaltungsrates 79
4.1 Funktionen einzelner Verwaltungsratsmitglieder 80
4.2 Ausschüsse des Verwaltungsrates 85
4.3 Organisationsreglement 96
5. Das Verfahren des Verwaltungsrates: Sitzungen, Beschlussfassung, Protokoll und Verfahrensrechte der Mitglieder 99
5.1 Sitzungen 99
5.2 Beschlussfassung 101
5.3 Protokoll 103
5.4 Interessenkonflikte 104
5.5 Die Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrates in Bezug auf Sitzungen und Willensbildung des Verwaltungsrates 106

D. VERWALTUNGSRAT UND REVISIONSSTELLE 108

1. Die Art der Revision 108
1.1 Ordentliche Revision 108
1.2 Eingeschränkte Revision 110
1.3 Verzicht auf Revision 112
2. Verhältnis zwischen Revisionsstelle und Verwaltungsrat 112
2.1 Verantwortung des Verwaltungsrates für das Rechnungswesen 112
2.2 Wahl der Revisionsart 113

E. DIE HAFTUNGSRISIKEN DES VERWALTUNGSRATES 114

1. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit 114
1.1 Die Voraussetzungen der Haftung 114
1.2 Haftung für Pflichtverletzung und nicht für den Erfolg 116
1.3 Der Schutz des Ermessungsspielraums des Verwaltungsrates "Business Judgement Rule" 117
1.4 Die Klageberechtigten: Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger 119
1.5 Die Haftungsklagen in der Praxis 120
1.6 Vermeidung der Haftung 120
2. Die zivil- und strafrechtliche Haftung des Verwaltungsrates für strafbare Handlungen von Mitarbeitern 122
2.1 Zivilrechtliche Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung 122
2.2 Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung 124
3. Haftung des Unternehmens für Straftaten von Mitarbeitern 128
3.1 Alleinverantwortung des Täters bei Taten ohne funktionalen Zusammenhang mit der Tätigkeit für das Unternehmen 128
3.2 Mitverantwortung des Unternehmens bei Straftaten in funktionalem Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens 129
4. Haftung des Verwaltungsrates im Steuer- und Sozialversicherungsbereich 133
4.1 Ertragssteuer 133
4.2 Verrechnungssteuer 134
4.3 Mehrwertsteuer 134
4.4 AHV 134

F. STRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNG DES VERWALTUNGSRATES FÜR EIGENES HANDELN SOWIE FÜR HANDELN VON MITARBEITERN 136

1. Strafrechtliche Verantwortung des Verwaltungsrates für eigenes Handeln 136

G. DIENSTLEISTUNGEN VON WALDER WYSS..... 139

ABKÜRZUNGEN:

BEHG	Börsengesetz
Code of Best Practice	Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance
IKS	Internes Kontrollsystem
OR	Obligationenrecht (Gesetzesstand 1. Januar 2008)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SIX	SIX Swiss Exchange
StGB	Strafgesetzbuch
VegüV	Vergütungsverordnung

A. RECHTLICHE GRUNDLAGEN DER VERWALTUNGSRATSTÄTIGKEIT

Folgende Rechtsquellen gestalten die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Verwaltungsrat:

- *Gesetzesrecht: Neben dem Aktienrecht (OR) hat der Verwaltungsrat auch noch verschiedene andere gesetzliche Regeln zu beachten, die für seine Tätigkeit direkt relevant sind. Diese ergeben sich vor allem aus dem Steuer- und Sozialversicherungsrecht, dem Strafrecht sowie aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.*
- *"Soft Law", wie insbesondere der "Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance", hat zwar keine gesetzliche Geltung, setzt aber Standards für die Verwaltungsratstätigkeit. Diese Standards haben aber erhebliche rechtliche Auswirkungen auf die Position des Verwaltungsrates, da die Gerichte bei der Definition der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates auf diese Standards abstellen.*
- *Gesellschaftsautonome Rechtsetzung: Statuten und Reglemente stellen die Rahmenbedingungen dar, die sich die Gesellschaft bzw. der Verwaltungsrat selbst innerhalb der gesetzlichen Grundlagen geben. Damit kann die Gesellschaft selbst Position und Tätigkeit des Verwaltungsrates strukturieren.*

1. Gesetzesrecht

1.1 Aktienrecht

Die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates werden primär durch das Aktienrecht[1] geregelt, wobei sich die Art. 707 bis 726 OR direkt auf Organisation und Tätigkeit des Verwaltungsrates beziehen[2].

1.2 Weitere Erlasse

Daneben enthalten aber auch andere Erlasse Bestimmungen, die sich direkt auf die Verwaltungsratstätigkeit auswirken und bei der Verwaltungsratstätigkeit als Rahmenbedingungen beachtet werden müssen:

---

1 Art. 620 OR ff.

2 Anhang I.

1.2.1 Strafrecht

Wie hinten in Ziff. F dargestellt, sind heute strafrechtliche Normen für den Verwaltungsrat von wesentlicher Bedeutung. Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden nicht nur dann persönlich zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen, wenn sie selbst ein Delikt begangen haben, sondern können auch dann bestraft werden, wenn Arbeitnehmer der Gesellschaft Straftatbestände verwirklicht haben, weil der Verwaltungsrat nicht seiner Pflicht nachgekommen ist, für die Durchsetzung der betreffenden Rechtsnormen im Unternehmen zu sorgen. Überdies kann auch die Gesellschaft selbst unter gewissen Umständen bei schweren Straftaten von für sie handelnden Personen mit einer strafrechtlichen Busse belegt werden[3].

1.2.2 Steuerecht / Sozialversicherungsrecht

Das Steuer- und Sozialversicherungsrecht enthält, wie in Ziff. E.4 hinten im Einzelnen dargestellt, verschiedene Bestimmungen, die zur persönlichen Haftung der Verwaltungsratsmitglieder führen können. Der Verwaltungsrat muss daher seinen Pflichten in diesen Bereichen starke Aufmerksamkeit schenken.

1.2.3 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Das Konkursrecht enthält Bestimmungen, die gerade in finanziellen Krisensituationen zu beachten sind. Vor allem die in Ziff. B.6.4 hinten dargestellten Anfechtungsklagen können dabei den Handlungsspielraum des Verwaltungsrates stark einschränken und sind dementsprechend in diesen Situationen zu beachten.

1.2.4 Weitere für das Unternehmen relevante Vorschriften

Neben diesen auf die Verwaltungsratstätigkeit direkt anwendbaren Bestimmungen gibt es eine Vielzahl von rechtlichen Vorschriften, die auf das einzelne Unternehmen anwendbar sind und sich indirekt auf die Verwaltungsratstätigkeit auswirken wie z.B. Umweltschutzvorschriften, Arbeitsschutzvorschriften oder auch Bestimmungen über Produkte und Dienstleistungen, die von der betreffenden Gesellschaft hergestellt bzw. erbracht werden. Wie weiter hinten dargestellt[4], hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR die Pflicht, die mit der Geschäftsführung betrauten Personen auch im Hinblick auf die Befolgung der auf das Unternehmen anwendbaren Gesetze zu überwachen. Damit beeinflussen die entsprechenden Rechtsvorschriften die Aufsichtspflicht des Verwaltungsrates und die Sorgfalt, die er bei dieser Tätigkeit anwenden muss.

1.3 Regeln für kotierte Unternehmen

Kotierte Unternehmen sind einem weiteren Kreis von Regeln unterworfen, deren Anwendung auf der Tatsache der Kotierung basiert. Auf diese Gesellschaften sind insbesondere die Vorschriften den Börsenrechtes und des Kotierungsreglements anwendbar, aus denen sich verschiedene rechtliche Pflichten für den Verwaltungsrat ergeben:

– ***Börsengesetz***

---

3 Dazu Ziff. E.3.

4 Dazu Ziff. B.B.3.4.1 f.

Das Börsengesetz enthält Bestimmungen über die Meldepflicht beim Beteiligungserwerb und das Verhalten einer Gesellschaft bei Übernahmen, aus denen sich direkte Handlungspflichten für den Verwaltungsrat ergeben. So ist der Verwaltungsrat dafür verantwortlich, dass die Gesellschaft der Börse eine Mitteilung macht, wenn die Beteiligung eines Aktionärs bestimmte Grenzwerte überschreitet und die Gesellschaft vom betreffenden Aktionär eine entsprechende Meldung erhält. Bei einem öffentlichen Angebot hat der Verwaltungsrat ebenfalls verschiedene börsenrechtliche Pflichten und muss insbesondere zuhanden der Aktionäre einen Bericht verfassen, in dem er zu diesem Angebot Stellung nimmt[5].

– ***Kotierungsreglement***

Das Kotierungsreglement der SIX enthält verschiedene Bestimmungen über die Informationen, die eine Gesellschaft veröffentlichen muss[6]. Mit diesen Bestimmungen wird ebenfalls der Verwaltungsrat direkt in die Pflicht genommen, da er für die Informationstätigkeit der Gesellschaft verantwortlich ist. Das Kotierungsreglement der SIX zwingt Gesellschaften aber auch dazu, bestimmte Rechnungslegungsstandards (IFRS, US GAAP oder Swiss GAAP FER) anzuwenden. Da der Verwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR für die Ausgestaltung des Rechnungswesens verantwortlich ist, hat er selbst die Pflicht, für Anwendung und Durchsetzung der entsprechenden Standards zu sorgen.

– ***Vergütungsverordnung***

Die Vergütungsverordnung enthält Bestimmungen über die Festsetzung der Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bei kotierten Gesellschaften sowie die Offenlegung dieser Entschädigungen[7]. Diese Bestimmungen sind zwar nur auf kotierte Gesellschaften anwendbar, beeinflussen aber doch auch stark die Diskussion zwischen Organen und Aktionären nicht kotierter Gesellschaften, da sie zum Teil die Haltung, welche die Aktionäre bei diesen Gesellschaften haben, beeinflussen.

Aus den Bestimmungen des Börsengesetzes, der Vergütungsverordnung sowie des Kotierungsreglements und der Spezialbestimmungen des Obligationenrechts, die sich auf kotierte Gesellschaften beziehen[8], hat sich ein eigentliches "Spezialgesellschaftsrecht" für kotierte Gesellschaften ergeben, welches die Bestimmungen des Obligationsrechts ergänzt und von den Verwaltungsräten kotierter Gesellschaften entsprechend beachtet werden muss. Diese zusätzlichen regulatorischen Pflichten führen dazu, dass die Tätigkeit des Verwaltungsrates bei Publikumsgesellschaften im Allgemeinen wesentlich komplexer ist als bei nicht kotierten Gesellschaften.

2. Soft Law – Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

Das Gesetzesrecht wird zum Teil durch "Soft Law" ergänzt; bei dieser Kategorie von Regeln handelt es sich nicht um vom Gesetzgeber erlassene Vorschriften, sondern um Stan-

---

5 Dazu im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschaften".

6 Regelpublizität, Ad-Hoc-Publizität, Bekanntgabe von Management-Transaktionen etc. Dazu im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschaften".

7 Dazu im Einzelnen Walder Wyss Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschaften".

8 Z.B. die Bestimmungen über die Vinkulierung kotierter Namenaktien in Art. 685d OR etc.

dards, die von privaten Organisationen für die Tätigkeit des Verwaltungsrates definiert worden sind. Das bekannteste und in der Schweiz wichtigste Beispiel derartiger Standards ist der von Economiesuisse in Absprache mit weiteren Verbänden und der SIX ausgearbeitete *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* (im Folgenden: "Code of Best Practice")[9]. Obwohl die Regeln des Code of Best Practice über Gestaltung und Tätigkeit der Organe einer Aktiengesellschaft letztlich nur eine Meinungsäusserung einer privaten Organisation darstellen, beeinflusst dieses Regelwerk nicht nur die Erwartungen, welche die Aktionäre gegenüber dem Verwaltungsrat haben: Darüber hinaus beeinflusst der Code of Best Practice auch sehr stark den Massstab, den die Gerichte bei der Beurteilung der Sorgfaltspflicht von Verwaltungsräten anwenden. Aufgrund der breiten Abstützung, die der Code of Best Practice bei Wirtschaft und Verbänden geniesst[10], gehen die Gerichte davon aus, dass der Code of Best Practice einen allgemein anerkannten Standard wiedergibt, dessen Einhaltung von allen Verwaltungsräten erwartet werden kann.

Würde der Code of Best Practice allerdings unbesehen für sämtliche Gesellschaften als Massstab verwendet, so würde dies über dessen Ziele hinausgehen. Der Code of Best Practice wurde primär für Publikumsgesellschaften geschaffen[11]. Kleinere und mittlere Unternehmen sind mangels Ressourcen meist gar nicht in der Lage, die Regeln des Swiss Code of Best Practice vollumfänglich in die Tat umzusetzen. Die geringere Komplexität von kleineren Gesellschaften ermöglicht es aber, auch mit einfacheren Mitteln und Strukturen als im Code of Best Practice vorgesehen eine für die Führung der Gesellschaft geeignete Corporate Governance zu realisieren. Da die Grundkonzepte des Code of Best Practice aber eine allgemeine Bedeutung haben, werden sie die Massstäbe, die an die Tätigkeit der Organe von kleineren und mittleren Unternehmen gelegt werden, mindestens indirekt beeinflussen. Daher müssen sich auch die Organe von derartigen Gesellschaften mit den Grundgedanken des Code of Best Practice auseinandersetzen.

3. Statuten und Reglemente

Statuten und Reglemente sind die internen Rechtsetzungsinstrumente der Aktiengesellschaft, mit denen die Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates bestimmt. Die Statuten, welche die Grundlage der internen Regelung darstellen, werden gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR von der Generalversammlung erlassen, während die Reglemente, welche die Details der internen Organisation regeln, vom Verwaltungsrat beschlossen werden[12].

---

9 Anhang II.

10 Bisher haben folgende Organisationen Unterstützungserklärungen abgegeben: ASIP, Schweizerischer Pensionskassenverband, ETHOS – Scienceindustries, Schweizerische Bankiervereinigung, Swipra, Schweizerische Vereinigung für Finanzanalyse und Vermögensverwaltung, Schweizerischer Arbeitgeberverband, Schweizerischer Gewerbeverband, Schweizerischer Versicherungsverband, Swiss MEM, Treuhandkammer, Vereinbarung der privaten Aktiengesellschaften, Swissholdings.

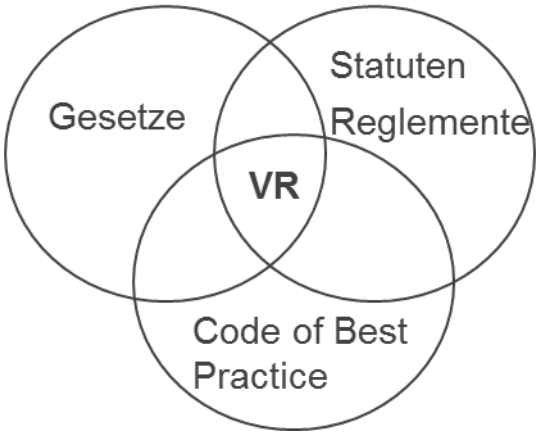
11 Gemäss Ziff. 3 des Vorwortes richtet sich der Code of Best Practice an Publikumsgesellschaften und soll zusätzlich als Leitidee für die Gestaltung von nicht kotierten, aber volkswirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften und Organisationen dienen.

12 Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. C.4.3 hinten.

Für den Verwaltungsrat sind nicht nur die von der Generalversammlung erlassenen Statuten massgebend, sondern auch die Reglemente, die er selbst erlassen hat. Bis zu einem formellen Beschluss über die Änderung eines Reglements bleibt der Verwaltungsrat an die von ihm selbst erlassenen Reglemente, wie insbesondere das Organisationsreglement gebunden. Aufgrund dieser Bindungswirkung sollte der Verwaltungsrat sowohl Statuten wie auch Reglemente periodisch überprüfen und gegebenenfalls der Entwicklung der Gesellschaft oder neuen Gegebenheiten anpassen, indem er selbst ein Reglement revidiert oder der Generalversammlung einen entsprechenden Antrag auf Statutenänderung stellt. Die Praxis zeigt, dass sich die Tätigkeit der Organe manchmal sehr weit von bestehenden Reglementen und zum Teil auch von den statutarischen Grundlagen entfernt, wenn sich die Verhältnisse bei der Gesellschaft ändern. Zu derartigen Situationen kann es gerade dann kommen, wenn eine Gesellschaft stark wächst oder Umstrukturierungen vornimmt. Selbst wenn es in einer bestimmten Situation gute Gründe dafür gibt, dass der Verwaltungsrat in seiner Tätigkeit von den existierenden Statuten und Reglementen abweicht, kann ein derartiges Verhalten für die Verwaltungsratsmitglieder sehr unangenehme Folgen haben, da ihre Pflichterfüllung an den formell gültigen Statuten und Reglementen und nicht an der Praxis und den wirtschaftlichen Erfordernissen der Gesellschaft gemessen wird.

4. Die Tätigkeit des Verwaltungsrates im rechtlichen Spannungsfeld

Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft muss sich im Klaren sein, dass er sich in einem stark rechtlich geprägten Umfeld bewegt und ihm daraus Pflichten erwachsen, die er nicht vernachlässigen darf. Graphisch kann die Position des Verwaltungsrates im Sinne der oben dargestellten Rechtskreise wie folgt dargestellt werden:



Diese "Verrechtlichung" der Verwaltungsratstätigkeit nimmt insbesondere bei kotierten Gesellschaften ausgeprägte Züge an. Bei kotierten Gesellschaften muss sich der Verwaltungsrat in diesem Bereich nicht nur mit sehr detaillierten Regeln auseinandersetzen, sondern auch über seine Tätigkeit transparent rapportieren, wobei seine Berichterstattung

auch von der SIX überwacht wird[13]. In diesem Umfeld wird die juristische Begleitung durch einen internen oder externen Juristen praktisch zur Notwendigkeit, wenn der Verwaltungsrat nicht selbst über die entsprechenden juristischen Kenntnisse verfügt.

13 Dazu im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschafter".

B. FUNKTION, KOMPETENZEN UND PFLICHTEN DES VERWALTUNGSRATES IN DER GESELLSCHAFT

1. Die Position des Verwaltungsrates in der Gesellschaft

- *Der Verwaltungsrat ist oberstes Exekutivorgan der Aktiengesellschaft und hat neben der Generalversammlung aufgrund seiner unentziehbaren gesetzlichen Kompetenzen (Oberleitung und Oberaufsicht der Gesellschaft etc.) einen eigenständigen Kompetenzbereich.*
- *Der Verwaltungsrat ist grundsätzlich Geschäftsführungsorgan, kann sich aber durch Delegation seiner Geschäftsführungsfunktion auf eine Aufsichtsfunktion zurückziehen, wobei auch Zwischenformen möglich sind (Vorbehalt der Genehmigung durch VR für wichtige Geschäfte oder Wahrnehmung der Geschäftsführungsfunktionen durch Mitglieder des Verwaltungsrates).*
- *Eine moderne Corporate Governance mit Trennung von Aufsichts- und Geschäftsführungsfunktionen ist letztlich nur möglich, wenn der Verwaltungsrat sich auf die strategischen Fragestellungen und die Überwachung der Geschäftsleitung konzentriert. Führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft selbst, so fehlt der Gesellschaft dagegen ein Aufsichtsorgan. Soweit die Geschäftsleitung von Mitgliedern des Verwaltungsrates wahrgenommen wird – insbesondere bei Personalunion von Präsident des Verwaltungsrates und Vorsitzender der Geschäftsleitung – fällt es dem Verwaltungsrat schwer, seine Aufsichtsfunktion wahrzunehmen, weshalb es sich in derartigen Fällen empfiehlt, den Verwaltungsrat durch einen "Lead Director" und durch ein unabhängiges Audit und Compensation Committee zu stärken.*

1.1 Der Verwaltungsrat als oberstes Exekutivorgan

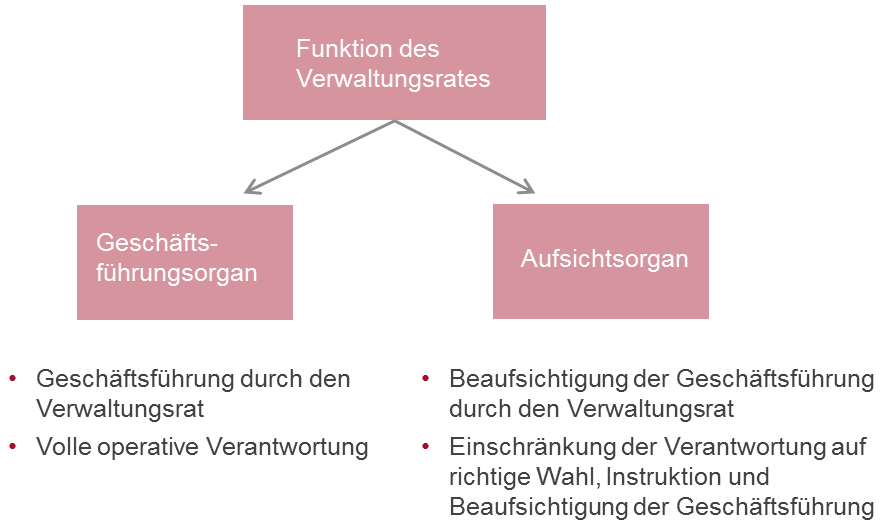
Der Verwaltungsrat führt gemäss Art. 716 OR die Geschäfte der Gesellschaft und kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten in die Kompetenz der Generalversammlung fallen.

Da die Generalversammlung den Verwaltungsrat wählt und auch abberufen kann, wird sie in Art. 698 Abs. 1 OR als "oberstes Organ der Aktiengesellschaft" bezeichnet. Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 716a OR aber bestimmte Kernkompetenzen, welche die Generalversammlung dem Verwaltungsrat nicht entziehen kann. Zu diesen Kernkompetenzen gehören insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens sowie die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen[14]. Damit hat der Verwaltungsrat einen eigenständigen Funktionsbereich, der als "Exekutivfunktion" bezeichnet werden kann und der selbständig neben dem Kompetenzbereich der Generalversammlung steht.

1.2 Die Ausgestaltung des Verwaltungsrates als Geschäftsführungsorgan oder Aufsichtsorgan

[14] Zu diesen unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates Ziff. B.3 unten.

Der Verwaltungsrat ist grundsätzlich ein Geschäftsführungsorgan. Gemäss Art. 716 Abs. 2 OR führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft. Diese Bestimmung erlaubt dem Verwaltungsrat aber auch die Geschäftsführung auf Dritte (Direktoren) oder auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierte) zu übertragen. Damit kann in einer Gesellschaft der Verwaltungsrat entweder die Position eines Geschäftsführungs- oder eines Aufsichtsorgans einnehmen:



1.2.1 Der Verwaltungsrat als Geschäftsführungsorgan

In sehr vielen kleineren und auch mittleren Gesellschaften führt der Verwaltungsrat die Geschäfte selbst. In diesem Fall fehlt der Aktiengesellschaft ein Aufsichtsorgan:

– ***Keine Aufsicht durch die Revisionsstelle***

Wenn der Verwaltungsrat die Geschäfte selbst führt, kann die Rolle des Aufsichtsorgans nicht von der Revisionsstelle übernommen werden, da diese keine Aufsichtsfunktion hat, sondern gemäss Art. 728a ff. OR nur die Jahresrechnung sowie den Gewinnverteilungsvorschlag des Verwaltungsrates und die Existenz eines internen Kontrollsystems zu überprüfen hat. In Art. 728a Abs. 3 OR ist sogar ausdrücklich festgehalten, dass die Geschäftsführung des Verwaltungsrates nicht Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle ist[15].

– ***Keine Aufsicht durch Generalversammlung und Aktionäre***

Bei der direkten Leitung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat kann aber auch die Generalversammlung nicht die Rolle eines Aufsichtsorgans *übernehmen*, da die Aktionäre keinerlei Instrumente haben, um die Geschäftstätigkeit zu beaufsichtigen. Die Aktionäre erhalten gemäss Art. 696 OR zwar jährlich die Jahresrechnung und den Jahresbericht der Gesellschaft. Wenn Jahresbericht und Jahresrechnung nach den Minimalvorschriften des Obligationenrechtes erstellt werden, enthalten diese Dokumente

---

15 Die analoge Bestimmung findet sich auch in Art. 729a Abs. 3 OR für die eingeschränkte Revision.

jedoch zu wenig Informationen, um die Tätigkeit des Verwaltungsrates tatsächlich beurteilen zu können. Selbst wenn die Jahresrechnung durch Anwendung von IFRS oder ähnlichen Standards aussagekräftiger ist, ermöglicht sie den Aktionären im Rahmen der Generalversammlung aber doch keine echte Aufsichtsfunktion, da Jahresrechnung und Jahresbericht erst einige Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres veröffentlich werden und deshalb einen bereits vergangenen Zustand und nicht die laufende Tätigkeit des Verwaltungsrates widerspiegeln.

Auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Aktionärs gemäss Art. 697 OR sowie das Sonderprüfungsrecht gemäss Art. 697a OR ermöglichen keine echte Aufsicht, da diese Rechte erst mit grosser zeitlicher Verzögerung ausgeübt werden können; das Aufsichts- und Einsichtsrecht kann nur in der Generalversammlung ausgeübt werden, die gemäss Art. 699 OR bis zu sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres stattfinden kann. Eine Sonderprüfung kann ebenfalls erst an der Generalversammlung verlangt werden und muss allenfalls nachher noch gerichtlich durchgesetzt werden. Diese Instrumente dienen daher typischerweise auch nicht der Aufsicht, sondern der Vorbereitung von Verantwortlichkeitsklagen, d.h. der prozessualen Aufarbeitung eines bereits eingetretenen Schadens und nicht der Korrektur einer verfehlten Geschäftspolitik.

Der Umstand, dass jegliche Aufsicht der Geschäftsführung fehlt, wenn der Verwaltungsrat diese selbst wahrnimmt, führt dazu, dass derartige Strukturen nur sinnvoll sind, wenn Aktionäre und Verwaltungsrat weitgehend identisch sind, da dann letztlich der Aktionär als Verwaltungsrat und Geschäftsführer in Eigenverantwortung handelt und keine Interessenkonflikte bestehen, die eine Aufsicht über den Verwaltungsrat im Interesse der Aktionäre notwendig machen. Diese Ausgestaltung des Verwaltungsrates als Geschäftsführungsorgan ist aber auch bei Tochtergesellschaften im Konzernverhältnis sinnvoll, da die Aufsicht dort durch die Organe der Muttergesellschaft sichergestellt wird.

Die direkte Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat ist im Übrigen auch nur sinnvoll, wenn der gesamte Verwaltungsrat vollamtlich für die Gesellschaft tätig ist; nebenamtlich im Verwaltungsrat tätigen Mitgliedern kann normalerweise eine direkte Geschäftsführungsverantwortung nicht zugemutet werden, da sie diese in der eingeschränkten Zeit nicht wahrnehmen können. Sind in einem Verwaltungsrat einerseits Personen tätig, die im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung die Geschäfte führen, und anderseits Personen, die nebenamtlich tätig sind, so muss letztlich die in Ziff. B.1.3.2 hinten dargestellte Mischform gewählt werden, bei der die nebenamtlich tätigen Mitglieder eine reine Aufsichtsfunktion übernehmen.

1.2.2 Der Verwaltungsrat als Aufsichtsorgan

Wenn die Aktionäre einer Gesellschaft selbst nicht mehr in der Geschäftsleitung tätig sind, entsteht ein Bedürfnis nach einem Organ, das im Interesse der Aktionäre die Geschäftsführung der Gesellschaft beaufsichtigt. Daher ist der Verwaltungsrat heute bei den meisten grösseren Gesellschaften nicht mehr operatives Führungsorgan, sondern Aufsichtsorgan, das diese Aufsichtsfunktion im Interesse der Aktionäre wahrnimmt.

Voraussetzung für die Ausgestaltung des Verwaltungsrates als Aufsichtsorgan ist, dass die Statuten dem Verwaltungsrat erlauben, die Geschäftsführungskompetenz an ein Geschäftsführungsorgan zu übertragen. Ist diese Voraussetzung gegeben, kann der Verwal-

tungsrat gemäss Art. 716b OR die Geschäftsführung ganz oder teilweise an einzelne Mitglieder (Delegierte) oder auch Dritte (Direktoren)[16] übertragen. Basis der Übertragung der Geschäftsführungsfunktion ist gemäss Art. 716b OR ein Organisationsreglement, in dem Aufgaben und Kompetenzen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung definiert werden und auch die Berichterstattung der Geschäftsleitung an den Verwaltungsrat geregelt wird[17].

Durch die Delegation der Geschäftsleitung wird der Verwaltungsrat zum Aufsichtsorgan, da er die Führung der Geschäfte nicht mehr selbst wahrnimmt, sondern die von ihm eingesetzte Geschäftsleitung überwacht. Eine derartige Konzentration des Verwaltungsrates auf eine Oberleitungs- und Aufsichtsfunktion entspricht den Grundsätzen einer modernen Corporate Governance, da auf diese Weise "checks and balances" zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat verwirklicht werden können, die es erlauben, Fehlentwicklungen in der Geschäftsführung zu korrigieren. Der Code of Best Practice sieht deshalb auch vor, dass sich der Verwaltungsrat grundsätzlich auf Oberleitungs- und Aufsichtsfunktionen beschränken und die eigentliche Geschäftsführungsfunktion an unterstellte Organe delegieren soll[18]. Wie in Ziff. B.4 hinten zu zeigen ist, kann sich der Verwaltungsrat jedoch auch bei der Delegation der Geschäftsführungsfunktion an ein Geschäftsleitungs-organ nicht auf eine reine Aufsichtsfunktion zurückziehen; nach schweizerischem Recht bleibt der Verwaltungsrat – als oberstes Exekutivorgan - immer für bestimmte fundamentale Geschäftsleitungsentscheide verantwortlich.

Die Delegation der Geschäftsleitungsfunktion an eine Geschäftsleitung führt nicht nur zur Trennung von Aufsichts- und Geschäftsleitungsfunktion, sondern auch zu einer Einschränkung des Haftungsrisikos des Verwaltungsrates: Gemäss Art. 754 Abs. 2 OR haftet der Verwaltungsrat, der die Geschäftsführungsfunktion delegiert hat, nicht mehr für Probleme der Geschäftsführung, sofern er nachweisen kann, dass er die Geschäftsführungsorgane sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat[19]. Die Konzentration des Verwaltungsrates auf eine Aufsichtsfunktion ist deshalb in der Praxis Voraussetzung dafür, dass Personen in den Verwaltungsrat aufgenommen werden können, die nicht vollamtlich für das Unternehmen tätig sind, da diese schon aufgrund ihres beschränkten zeitlichen Engagements nicht die Verantwortung für die Geschäftsführung tragen können.

1.3 Zwischenlösungen zwischen Führungs- und Aufsichtsorgan

Da der Verwaltungsrat einer schweizerischen Gesellschaft sowohl als Geschäftsleitungswie auch als Aufsichtsorgan ausgestaltet werden kann, sind auch Zwischenlösungen zwischen diesen beiden Funktionen möglich – der Verwaltungsrat kann sich als Gesamtorgan gewisse Geschäftsleitungsentscheide vorbehalten; es ist aber auch möglich, dass einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates die gesamte Geschäftsleitungsfunktion übernehmen.

---

16 Im Folgenden werden Delegierte und Direktoren gesamthaft als Geschäftsleitung bezeichnet.

17 Dazu Ziff. C.4.3 hinten.

18 Ziff. 9 des Code of Best Practice.

19 Dazu Ziff. E.1.6.1 hinten.

1.3.1 Genehmigungsvorbehalt für wesentliche Entscheide

Der Verwaltungsrat kann Lösungen vorsehen, die zwischen der direkten Geschäftsführung und der reinen Aufsichtsfunktion liegen, indem er nur Teile der Geschäftsführung an die Geschäftsleitung delegiert und sich selbst wesentliche Geschäftsführungsentscheide vorbehält. Der Genehmigungsvorbehalt für wesentliche Entscheide ist in der Praxis sehr häufig und dient letztlich auch der Aufsicht, da die Geschäftsleitung die betreffenden Geschäfte dem Verwaltungsrat mit einem begründeten Antrag vorlegen muss und der Verwaltungsrat damit die Tätigkeit der Geschäftsleitung im konkreten Fall überprüfen und bei wichtigen Entscheiden auch korrigierend eingreifen kann, indem er einen Antrag der Geschäftsleitung ablehnt.

Die entsprechende Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsführung muss in das Organisationsreglement aufgenommen und so ausgestaltet werden, dass tatsächlich nur Geschäfte von grosser Bedeutung unter den Genehmigungsvorbehalt fallen, so dass die Führung des normalen täglichen Geschäftes nicht behindert und der Verwaltungsrat auch nicht überlastet wird.

1.3.2 Delegation der Geschäftsführungskompetenz an ein Mitglied des Verwaltungsrates (Delegierter/Geschäftsführungsausschuss)

Eine Mischung von Geschäftsführung und Aufsicht liegt aber auch immer dann vor, wenn die Geschäftsführung nicht an Direktoren delegiert wird, die ausserhalb des Verwaltungsrates stehen, sondern an ein oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierter bzw. Geschäftsführungsausschuss).

Bei dieser Gestaltung des Verwaltungsrates gehören dem Verwaltungsrat geschäftsführende und nicht geschäftsführende Mitglieder an, was dazu führt, dass der Verwaltungsrat die Tätigkeit seiner eigenen Mitglieder überwachen muss. Gerade wenn der Delegierte innerhalb des Verwaltungsrates eine starke Stellung hat, weil er gleichzeitig auch noch Präsident des Verwaltungsrates ist oder wenn mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates als Geschäftsführungsausschuss die Geschäftsführung übernehmen und so innerhalb des Verwaltungsrates eine starke Fraktion bilden, wird es für die übrigen Verwaltungsratsmitglieder allerdings sehr schwierig, ihre Aufsichtsfunktion in überzeugender Weise wahrzunehmen. Aufgrund der starken Stellung der Geschäftsleitung im Verwaltungsrat und vor allem auch aufgrund ihres Informationsvorsprungs, fällt es den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrates in derartigen Situationen erfahrungsgemäss sehr schwer, sich bei Meinungsverschiedenheiten der Geschäftsleitung entgegenzustellen oder auch nur schon fundierte Kritik an der Geschäftsleitung zu üben.

Um auch bei der Präsenz von Geschäftsleitungsmitgliedern im Verwaltungsrat die Aufsichtsfunktion des Verwaltungsrates sicherzustellen, sieht Ziff. 12 des Code of Best Practice vor, dass eine Mehrheit des Verwaltungsrates aus Mitgliedern bestehen soll, die von der Geschäftsleitung unabhängig sind. Überdies empfiehlt es sich auch – wie in Ziff. 22 des Code of Best Practice vorgesehen – für Aufgaben, bei denen sich wesentliche Interessenkonflikte zeigen können, Ausschüsse zu bilden, die sich aus Verwaltungsräten zusammensetzen, die von der Geschäftsleitung unabhängig sind. So empfiehlt es sich bei einer derartigen Konstellation, ein Audit Committee zu bilden, das v.a. in finanzieller

Hinsicht die Aufsichtsfunktion gegenüber der Geschäftsleitung wahrnimmt[20], ein Compensation Committee zu gründen, das die Entschädigung der Geschäftsleitung bestimmt[21] sowie ein Nomination Committee einzusetzen, das die Nachfolge in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung plant[22].

Bei Personalunion von Verwaltungsratspräsidenten und Delegierten sollte immer ein nicht der Geschäftsleitung angehörendes erfahrenes Verwaltungsratsmitglied die Rolle eines "Lead Directors" einnehmen, um ein Gegengewicht zum Verwaltungsratspräsidenten/Delegierten zu bilden[23].

---

20 Vgl. dazu Ziff. C.4.2.3.4 hinten.

21 Vgl. dazu Ziff. C.4.2.3.5 hinten.

22 Vgl. dazu Ziff. C.4.2.3.6 hinten.

23 Vgl. zur Funktion des Lead Directors Ziff. C.4.1.5 hinten.

2. Die grundlegenden Pflichten des Verwaltungsrates

Die grundlegenden Pflichten des Verwaltungsrates werden durch Art. 717 OR definiert

- *Treuepflicht*: Der Verwaltungsrat hat in seiner Funktion allein die Interessen der Gesellschaft zu wahren und muss Interessen Dritter sowie auch eigene Interessen den Interessen der Gesellschaft unterordnen. Aus der Verpflichtung des Verwaltungsrates, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, ergibt sich, dass er eine Geheimhaltungspflicht bezüglich Geschäftsgeheimnissen hat, Insiderwissen nicht zum eigenen Vorteil ausnützen darf, keine Konkurrenztätigkeit entfalten darf und mit der Gesellschaft auch keine Geschäfte abschliessen darf, die für die Gesellschaft nachteilig sind.
- *Sorgfaltspflicht*: Der Verwaltungsrat hat seine Aufgaben mit der für die Verwaltungsratstätigkeit objektiv erforderlichen Sorgfalt zu erfüllen; Zeitmangel und persönliches Unvermögen mildern den Massstab der erforderlichen Sorgfalt und die Verantwortung des Verwaltungsrates daher nicht. Fehlen dem Verwaltungsrat in einem speziellen Fall die notwendigen Fachkenntnisse, so sind Spezialisten beizuziehen.
- *Gleichbehandlungspflicht*: Der Verwaltungsrat hat alle Aktionäre gleich zu behandeln. Er darf nicht einzelne Aktionäre durch den Abschluss günstiger Geschäfte bevorzugen und darf auch nicht einzelne Aktionäre in der Vermittlung von Informationen bevorteilen.

Die grundlegenden Pflichten des Verwaltungsrates werden in Art. 717 OR festgehalten; nach dieser Bestimmung haben die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren und die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Im Einzelnen gestalten sich diese Pflichten wie folgt:

2.1 Die Treuepflicht

Die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und zu fördern, ist die primäre Pflicht des Verwaltungsrates. Mit der Annahme des Mandats erklärt sich jedes Mitglied bereit, in seiner Organfunktion nur die Interessen des Unternehmens zu wahren und andere Interessen, wie insbesondere auch eigene Interessen, diesem Ziel unterzuordnen.

Die Orientierung am Gesellschaftsinteresse ist letztlich der Massstab für die gesamte Tätigkeit des Verwaltungsrates, d.h. bei allen Entscheiden, die der Verwaltungsrat fällt, muss dieses Interesse im Vordergrund stehen. Die Richtschnur für die Bestimmung des Gesellschaftsinteresses ist dabei nicht das kurzfristige finanzielle Interesse der Aktionäre, sondern die langfristige und nachhaltige Steigerung des Unternehmenswertes zugunsten aller Stakeholder.

Im Einzelnen hat die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft in der Praxis folgende Konsequenzen:

2.1.1 Selbstkontrahieren

Ein Verwaltungsrat darf die Gesellschaft nicht dadurch schädigen, dass er selbst mit der Gesellschaft Rechtsbeziehungen eingeht, die zwar für ihn günstig, für die Gesellschaft aber ungünstig sind. Sofern Rechtsgeschäfte mit einem Verwaltungsrat abgeschlossen werden, müssen diese – wie in Ziff. 17 des Code of Best Practice festgehalten[24] – zu Drittbedingungen, d.h. "at arm's length", abgeschlossen werden. Das Gleiche gilt auch für Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und Personen, die einem Verwaltungsrat nahe stehen[25]. Wie hinten in Ziff. C.4.4.1 dargestellt, muss deshalb ein Verwaltungsratsmitglied bei Entscheiden des Verwaltungsrates, die ihn selbst oder ihm nahestehende Personen betreffen, in den Ausstand treten.

Ein Verwaltungsrat sollte vermeiden, Verträge, welche die Gesellschaft mit ihm abschliesst, namens der Gesellschaft selbst zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung durch andere Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung bringt auch zum Ausdruck, dass der betreffende Verwaltungsrat den Entscheidungsprozess, der zum Abschluss des Vertrages mit ihm geführt hat, nicht beeinflusst hat.

Verträge, die ein Verwaltungsrat einerseits als Zeichnungsberechtigter der Gesellschaft und andererseits in seiner Funktion als Privatperson und Gegenpartei mit sich selbst abschliesst, sind grundsätzlich unzulässig und ungültig. Sie sind nur zulässig, wenn der Gesellschaft durch die betreffende Transaktion kein Nachteil entstehen kann, weil sie zu einem leicht feststellbaren und allgemein gültigen Marktpreis abgeschlossen wurde[26]. Um bei derartigen Situationen für die Beteiligten Klarheit zu schaffen und um zu sicherzustellen, dass die Vertragsbedingungen auch später überprüft und nachvollzogen werden können, sieht Art. 718b OR vor, dass Verträge, die ein Verwaltungsrat mit sich selber abschliesst, von vornherein nur gültig sind, wenn sie schriftlich abgefasst werden[27].

2.1.2 Konkurrenztätigkeit

Der Verwaltungsrat darf nicht eine Tätigkeit aufnehmen, die das Unternehmen direkt konkurrenziert, da er in diesem Fall in einem unauflöslichen Interessengegensatz zur Gesellschaft steht. Eine Ausnahme gilt selbstverständlich dort, wo die Generalversammlung selbst in Kenntnis der Konkurrenztätigkeit eine Person in den Verwaltungsrat wählt, weil im konkreten Fall die Erfahrung des betreffenden Verwaltungsratsmitglieds für die Aktionäre wichtiger ist als die Probleme, die möglicherweise aus der Konkurrenztätigkeit entstehen können[28]. In diesem Fall kann die entsprechende Konkurrenztätigkeit fortgesetzt werden, da die Generalversammlung den Interessengegensatz zwar erkannt, aber offen-

---

24 Vgl. dazu Ziff. C.4.4.2 hinten.

25 Natürliche Personen, die mit dem betreffenden Verwaltungsrat verwandt sind, sowie juristische Personen und Personengesellschaften, an denen der betreffende Verwaltungsrat beteiligt ist, etc.

26 Als Marktpreise gelten auch die gegenüber Dritten verwendeten Verkaufspreise der Gesellschaft, d.h. der Verwaltungsrat kann daher immer gültig die Produkte der Gesellschaft zu diesen Preisen erwerben.

27 Von diesem Schriftlichkeitsgebot sind nur Verträge, bei denen die Leistungen der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000.-- nicht übersteigen, ausgenommen.

28 Derartige Konstellationen sollten allerdings grundsätzlich vermieden werden, da sich das betreffende Verwaltungsratsmitglied strukturell immer in einem Interessenkonflikt befindet; vgl. Ziff. 17 Code of Best Practice.

sichtlich nicht als entscheidend betrachtet hat[29]. Auch in diesem Falle muss der betreffende Verwaltungsrat die Ausstandsregeln beachten und die Geschäftsgeheimnisse, die er in seiner Funktion als Verwaltungsrat erhalten hat, nicht für sein eigenes Unternehmen verwenden – ein Gebot, das sich in der Praxis allerdings oft schwer umsetzen lässt.

2.1.3 Geheimhaltungspflicht

Der Verwaltungsrat hat aufgrund der Pflicht, die Interessen des Unternehmens zu wahren, auch die Pflicht, Geschäftsgeheimnisse, d.h. Tatsachen, die nicht allgemein bekannt sind und an deren Geheimhaltung das Unternehmen ein Interesse hat, geheim zu halten.

Die Geheimhaltungspflicht verbietet es auch den Mitgliedern des Verwaltungsrates, Geschäftsgeheimnisse zum eigenen Vorteil auszunützen, indem sie z.B. Möglichkeiten für günstige Geschäfte, die im Verwaltungsrat besprochen worden sind, selber wahrnehmen.

Unzulässig ist es auch, Informationen über das Unternehmen für den Handel mit Aktien auszunützen. Dieses zivilrechtliche Verbot geht weiter als das strafrechtliche Verbot des Insiderhandels gemäss Art. 40 BEHG, das sich allein auf kotierte Gesellschaften bezieht.

Auch bei einer nicht kotierten Gesellschaft darf ein Verwaltungsrat die Kenntnis über einen sehr guten Jahresabschluss, der den Aktionären noch nicht mitgeteilt worden ist, nicht dazu ausnützen, um von den ahnungslosen Aktionären Aktien zu kaufen; dies würde nicht nur die Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen und seinen Aktionären verletzen, sondern auch das Gleichbehandlungsgebot, da der betreffende Verwaltungsrat sich selbst einen Vorteil zukommen liesse, den andere Aktionäre nicht haben.

2.2 Sorgfaltspflicht

Der Verwaltungsrat hat seine Aufgaben gemäss Art. 717 OR "mit aller Sorgfalt" wahrzunehmen. Der Massstab, nach dem sich die vom Verwaltungsrat anzuwendende Sorgfalt bemisst, stellt nach der Rechtsprechung nicht auf die individuellen Eigenschaften des betreffenden Verwaltungsrates ab, sondern wurde vom Bundesgericht objektiv definiert; der Verwaltungsrat muss die Sorgfalt aufwenden, die von einer ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation als Verwaltungsrat verlangt werden darf. Daher führen Unvermögen, mangelnde Zeit oder fehlende Fachkenntnis nicht zu einem tieferen Massstab der Sorgfalt. Bei Personen, die nicht über die notwendigen Kenntnisse oder die notwendige Zeit verfügen, um ihre Pflichten als Verwaltungsratsmitglieder wahrzunehmen, liegt letztlich bereits bei der Annahme des Mandats ein "Übernahmeverschulden" vor, weil sie mit der Übernahme des Mandats eine Aufgabe übernommen haben, die sie gar nicht erfüllen können.

Im Rahmen des heutigen komplexen Wirtschaftslebens wird aber auch ein erfahrener Verwaltungsrat häufig mit Fragen konfrontiert, die über seine Kenntnisse und seinen Erfahrungshorizont hinausgehen. Schwierige Steuerfragen von grosser finanzieller Bedeutung, Unternehmenskäufe oder Fragen im Zusammenhang mit der richtigen Finanzierung komplexer Transaktionen können über die Kenntnisse und Erfahrungen der einzelnen

---

[29] Derartige Konstellationen gibt es traditionell in der Elektrizitätswirtschaft, wo die einzelnen Unternehmen historisch immer wieder gleichzeitig Konkurrenten und Kooperationspartner sind und deshalb bei Gemeinschaftsunternehmen immer wieder Konkurrenten im Verwaltungsrat Einsitz nehmen.

Verwaltungsratsmitglieder hinausgehen. In derartigen Fällen kann sich der einzelnen Verwaltungsrat grundsätzlich auf die Erfahrungen und Kenntnisse anderer Mitglieder, welche in diesen Bereichen versiert sind, verlassen. Wenn aber kein Mitglied des Verwaltungsrates über die zur Beurteilung der Situation notwendigen Kenntnisse verfügt, können die Verwaltungsratsmitglieder ihrer Sorgfaltspflicht nur nachkommen, wenn der Verwaltungsrat aussenstehende Experten beizieht, um sich auf diese Weise die notwendigen Kenntnisse und Entscheidungsgrundlagen zu beschaffen. Ziff. 15 des Code of Best Practice sieht deshalb auch vor, dass der Verwaltungsrat bei wichtigen Geschäften auf Kosten der Gesellschaft eine unabhängige Beratung durch aussenstehende Sachverständige in Anspruch nehmen kann.

2.3 Die Gleichbehandlungspflicht

Der Verwaltungsrat hat die Aktionäre gemäss Art. 717 Abs. 2 OR "unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln". Daher darf er vor allem nicht einzelne Aktionäre gegenüber anderen in finanzieller Hinsicht bevorzugen, indem er diesen verdeckte geldwerte Leistungen zukommen lässt[30]. Das Gleichbehandlungsgebot ist aber auch bei der Anwendung einer statutarischen Vinkulierungs- oder einer Stimmrechtsbeschränkungsklausel zu beachten; der Verwaltungsrat muss derartige Bestimmungen auf alle Aktionäre in gleicher Weise anwenden und darf einzelnen Aktionären nur dann eine Ausnahme von diesen Beschränkungen gewähren, wenn dies im Interesse der Gesellschaft unerlässlich ist[31].

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt aber auch bei der Information der Aktionäre zur Anwendung. Der Verwaltungsrat muss alle Aktionäre gleichzeitig informieren und mit den gleichen Informationen versorgen. Die Vorzugsbehandlung einzelner Aktionäre ist nur dann zulässig, wenn diese mit dem Interesse des Unternehmens gerechtfertigt werden kann. Eine derartige Situation liegt beispielsweise vor, wenn der betreffende Aktionär eine Transaktion mit dem Unternehmen plant, die nach Abschätzung des Verwaltungsrates im Interesse des Unternehmens liegt, und ihm im Rahmen der Vorbereitung dieser Transaktion bestimmte Informationen über das Unternehmen offengelegt werden müssen, die anderen Aktionären nicht bekannt sind. Bei kotierten Gesellschaften ist die Gleichbehandlung in Bezug auf die Information durch Art. 53 des Kotierungsreglements der SIX (Ad hoc-Publizität) sichergestellt. Diese Bestimmung verbietet die Bevorzugung einzelner Aktionäre und verlangt die Verbreitung von wesentlichen Informationen über Medien, die allen Marktteilnehmern zugänglich sind[32].

---

30 Zahlungen von übersetzten Salären und Dienstleistungshonoraren, Abschluss von Verträgen, die von Marktbedingungen abweichen etc.

31 Eine Ausnahme von einer prozentualen Eintragungsgrenze kann z.B. mit dem Interesse des Unternehmens gerechtfertigt werden, wenn ein Aktionär gegen Sacheinlage ein eigenes Unternehmen einbringt und es dabei zur Bedingung macht, dass er ein seinem Beitrag entsprechendes Stimmrecht hat; die Frage, ob Aktionäre den Verwaltungsrat unterstützen oder nicht, ist dagegen kein sachliches Kriterium, um Ausnahmen zu gewähren.

32 Vgl. dazu Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschaften".

3. Die unübertragbaren Befugnisse des Verwaltungsrates

Auch wenn der Verwaltungsrat die Geschäftsführungsfunktion an ein Geschäftsleitungsorgan (Direktor oder Delegierter) überträgt, bleiben ihm wesentliche Kompetenzen, für deren Erfüllung er zwingend verantwortlich bleibt:

- *Festlegung der Strategie und Erteilung von Weisungen an die Geschäftsleitung zur Umsetzung der Strategie;*
- *Festlegung der Organisation und Bestimmung der obersten Führungsebene;*
- *Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung;*
- *Aufsicht über die mit der Geschäftsleitung betrauten Personen;*
- *Erstellung des Geschäftsberichts und Einberufung der Generalversammlung;*
- *Einberufung einer Generalversammlung, sofern weniger als 50% des Aktien- und Partizipationsscheinkapitals sowie der gesetzlichen Reserven gedeckt sind;*
- *Konkursanmeldung bei Überschuldung.*

Damit behält der Verwaltungsrat auch bei grundsätzlicher Delegation der Geschäftsführungsfunktion wesentliche Geschäftsführungskompetenzen und kann nie zum reinen Aufsichtsorgan werden.

Delegiert der Verwaltungsrat die Geschäftsführungsfunktion nicht an ein Geschäftsleitungsorgan, so bleibt er für sämtliche Aspekte der Geschäftsführung selbst direkt verantwortlich. Der Verwaltungsrat hat in dieser Situation sämtliche Anordnungen zu treffen, die für die operative Führung des Unternehmens notwendig sind, und er ist auch für die gesamte Tätigkeit des Unternehmens verantwortlich[33].

Selbst wenn der Verwaltungsrat die Geschäftsführungsfunktion auf ein Geschäftsleitungsorgan (Delegierte oder Direktoren) überträgt, kann er sich aber im schweizerischen Recht nicht auf eine reine Aufsichtsfunktion[34] zurückziehen: Er bleibt als oberstes Exekutivorgan immer in den Geschäftsführungsprozess integriert und nimmt in diesem Bereich – mindestens auf strategischer Ebene – wesentliche Funktionen wahr.

Gemäss Art. 716a OR hat der Verwaltungsrat diverse unentziehbare und unübertragbare Kompetenzen, die ihm auch bei einer vollständigen Delegation der Geschäftsführungsfunktion an ein Geschäftsleitungsorgan verbleiben und die wesentlich über die reine Aufsicht hinausgehen:

3.1 Führung auf strategischer Ebene – die "Oberleitung" der Gesellschaft

Der Verwaltungsrat muss gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR die "Oberleitung" der Gesellschaft wahrnehmen. Zu diesem Bereich gehört die Festlegung der Strategie des Un-

---

[33] Diese Verantwortung trägt der Verwaltungsrat auch, wenn er zwar die Geschäftsführungsfunktion an ein Geschäftsleitungsorgan delegiert, diese Delegation aber mangels statutarischer Grundlage oder mangels Erlass eines Organisationsreglements nicht gültig ist.

[34] Damit unterscheidet sich der Schweizer Verwaltungsrat fundamental vom deutschen Aufsichtsrat, der eine reine Aufsichtsfunktion hat.

ternehmens und die Erteilung der Weisungen an die Geschäftsleitung, die notwendig sind, um die Strategie umzusetzen. Aufgrund dieser Kompetenz nimmt der Verwaltungsrat auch bei einer Delegation der Geschäftsführungsfunktion zwingend die oberste Leitungsfunktion auf strategischer Ebene wahr, muss allerdings nicht in die Umsetzung der Strategie und in das operative Tagesgeschäft eingreifen.

Der Verwaltungsrat muss nicht nur die Strategie des Unternehmens festlegen, sondern auch darauf achten, dass die Strategie auf die Mittel des Unternehmens abgestimmt ist. Damit trägt der Verwaltungsrat die Verantwortung dafür, dass keine Strategien verfolgt werden, die vom Unternehmen nicht finanziert oder mangels personeller Ressourcen nicht umgesetzt werden können. Die Frage, ob bestimmte Strategien überhaupt finanziert werden können, wird gerade in Jahren des Wachstums und der Hochkonjunktur häufig vernachlässigt, weil Unternehmen in diesen Situationen oft davon ausgehen, dass sich die notwendigen Investitionen während der Umsetzung der Wachstumsstrategie ohne weiteres durch die Aufnahme von neuem Eigen- oder Fremdkapital finanzieren lassen. Unternehmen, die eine Strategie verfolgen, deren Finanzierung im Zeitpunkt des entsprechenden Beschlusses noch nicht gesichert ist, gehen hohe Risiken ein: Muss die entsprechende Strategie später geändert werden, weil die Finanzierung unmöglich ist, erweisen sich die früheren Aufwendungen zur Umsetzung dieser Strategie meist als nutzlos und müssen entsprechend abgeschrieben werden, was zu massiven Verlusten führt. Stimmt ein Verwaltungsrat die Strategie des Unternehmens nicht auf dessen finanzielle und personelle Ressourcen ab, so verletzt er eine wesentliche Sorgfaltspflicht, was in krassen Fällen auch zur persönlichen Haftung führen kann.

Auch wenn der Verwaltungsrat eine Strategie nicht selbst entwickelt, sondern diese von der Geschäftsleitung entwickeln lässt und die Strategie nach entsprechender Prüfung nur genehmigt, ist er für die von ihm auf diese Weise festgelegte Strategie verantwortlich. Gerade in den Fällen, in denen die Strategie von der Geschäftsleitung entwickelt und dem Verwaltungsrat zur Genehmigung vorgelegt wird, muss der Verwaltungsrat analysieren, ob die Strategie tatsächlich mit den Mitteln der Gesellschaft umgesetzt werden kann. Diese kritische Überprüfung der von der Geschäftsleitung entwickelten Strategie auf ihre Realisierbarkeit ist häufig ein ganz wesentlicher Beitrag des Verwaltungsrates zur Strategieentwicklung des Unternehmens, da der Verwaltungsrat mit der notwendigen Distanz zum operativen Geschäft ein Gegengewicht zur Geschäftsleitung bilden kann, der diese Distanz manchmal fehlt und die auch der Gefahr ausgesetzt ist, im Glauben an die eigene Stärke, Risiken zu vernachlässigen.

3.2 Festlegung der Grundzüge der Unternehmensorganisation

Der Verwaltungsrat muss gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR die Grundzüge der Organisation des Unternehmens festlegen. Er legt dabei insbesondere fest, wie die von ihm geschaffene Geschäftsleitung organisiert ist, welche Hierarchiestufen existieren und nach welchen Grundkriterien die Führungsorganisation gegliedert ist (geographische Gliederung, Spartengliederung, Matrixorganisation etc.). Der Verwaltungsrat kann sich dabei allerdings auf die Grundprinzipien der Organisation beschränken und es der Geschäftsleitung überlassen, die Einzelheiten der Organisation zu regeln und die vom Verwaltungsrat definierten Grundprinzipien in den einzelnen Länderorganisationen oder Divisionen umzusetzen.

Der Verwaltungsrat bestimmt gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR auch die mit der Geschäftsführung betrauten Personen direkt, d.h. er wählt die ihm nachgeordnete erste Führungsebene des Unternehmens, wobei ihm auch das Recht zukommt, diese Personen abzuberufen.

Die Wahl der Personen, an die der Verwaltungsrat die Geschäftsführungskompetenz überträgt, ist eine der zentralen Aufgaben eines Verwaltungsrates, der sich auf eine Aufsichtsfunktion beschränkt. Er kann sich letztlich nur dann von der direkten Verantwortung für die operative Geschäftstätigkeit zurückziehen und auf Aufsichtsaufgaben konzentrieren, wenn er die betroffenen Personen sorgfältig ausgewählt und sich durch entsprechende Abklärungen auch davon überzeugt hat, dass diese für die Geschäftsführungsfunktion geeignet sind. Zeigt sich später, dass diese Personen in ihrer Aufgabe versagen, so darf der Verwaltungsrat die Geschäftsleitungsfunktion nicht mehr an die betreffenden Personen delegieren, sondern muss diese abberufen bzw. durch andere, geeignete Personen ersetzen; unterlässt der Verwaltungsrat diese Massnahme, so handelt er unsorgfältig. Dies kann sogar zur persönlichen Haftung führen, wenn ein für seine Tätigkeit gänzlich ungeeignetes Geschäftsleitungsmitglied mangels Abberufung weiteren Schaden verursacht.

3.3 Ausgestaltung von Rechnungswesen, Finanzkontrolle und Finanzplanung

Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR obliegt dem Verwaltungsrat die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung. Er ist aufgrund dieser Bestimmung zwar nicht für die Führung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung selbst verantwortlich, er muss aber die organisatorischen Anordnungen treffen, die zur Einrichtung eines dem Unternehmen angemessenen Rechnungswesens einschliesslich Finanzkontrolle[35] und Finanzplanung notwendig sind.

Der Verwaltungsrat trägt damit direkt einen grossen Teil der Finanzverantwortung, da organisatorische Mängel in diesem Bereich bzw. das Fehlen der für die Führung notwendigen Instrumente direkt dem Verwaltungsrat angelastet werden können. Der Umstand, dass der Verwaltungsrat die Organisationsverantwortung für das Rechnungswesen trägt, führt auch dazu, dass der Verwaltungsrat für die eigene Informationsbeschaffung verantwortlich ist. Erhält er von der Geschäftsleitung bzw. vom Rechnungswesen der Gesell-

---

[35] Vgl. zum Kontroll- und Aufsichtssystem Ziff. B.4 hinten.

schaft nicht diejenigen Informationen, die seiner Meinung nach für die Wahrnehmung seiner Aufgaben notwendig sind, so hat er selber durch entsprechende Weisungen und organisatorische Anordnungen dafür zu sorgen, dass er die benötigten Informationen erhält.

3.4 Aufsicht über die Geschäftsleitung

3.4.1 Überwachung der Geschäftsleitung

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR die "Oberaufsicht" über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen. Er muss in diesem Sinne überwachen, ob die Geschäftsleitung tatsächlich die vom Verwaltungsrat festgelegte Strategie verfolgt und ob das Unternehmen die in der Finanzplanung vorgegebenen Ziele erfüllt. Der Verwaltungsrat lässt sich dabei zweckmässigerweise durch ein Management Reporting System sowie durch mündliche und schriftliche Mitteilungen der Geschäftsleitung über diese Punkte informieren[36]. Es obliegt dabei dem Verwaltungsrat, die Regeln über die Informationsvermittlung festzulegen, d.h. zu definieren, welche Informationen an den Verwaltungsrat weiterzuleiten sind, und Frequenz sowie Inhalt regelmässiger Rapporte festzulegen. Der Geschäftsleitung kommt dabei gegenüber dem Verwaltungsrat kein eigener "Geheimbereich" zu; die Geschäftsleitung ist verpflichtet, gegenüber dem Verwaltungsrat sämtliche angeforderten Informationen offenzulegen.

Im Zentrum von Aufsicht und Kontrolle stehen die Finanzen der Gesellschaft, da die periodischen Abschlüsse den Zustand des Unternehmens widerspiegeln und sich darin Probleme und ungünstige Entwicklungstendenzen häufig früh erkennen lassen. Der Verwaltungsrat darf sich gerade in diesem Bereich aber nicht auf die passive Entgegennahme des von der Geschäftsleitung aufbereiteten Zahlenmaterials beschränken, sondern sollte insbesondere folgende Schritte einleiten[37]:

- Der Verwaltungsrat muss Einzelrechnung, Konzernrechnung sowie Zwischenabschlüsse kritisch durchgehen und diese mit dem Finanzchef sowie der externen und – soweit diese existiert – der internen Revision besprechen;
- Der Verwaltungsrat muss periodisch die Effizienz seiner Aufsichts- und Kontrollinstrumente beurteilen, um bei Mängeln entsprechende Verbesserungen oder Korrekturen anzubringen. Er muss dabei insbesondere sicherstellen, dass das Unternehmen ein geeignetes internes Kontrollsystem (IKS) aufweist, um die Qualität des Rechnungswesens sicherzustellen.
- Der Verwaltungsrat muss sich ein Bild von der Wirksamkeit der externen und internen Revision machen sowie Leistung, Honorar und Unabhängigkeit der externen Revision kritisch betrachten, um die Qualität des ihm unterbreiteten Zahlenmaterials beurteilen zu können.

Unabhängig von der Frage, ob der Verwaltungsrat gesamthaft die finanziellen Aspekte der Aufsichtsfunktion ausübt oder auf ein Audit Committee übertragen hat, ist eine Aufsicht nur möglich, wenn der Verwaltungsrat über die für Aufsicht und Kontrolle notwen-

---

36 Zu Prozessen und Systemen, die der Bewältigung dieser Aufgabe dienen, vgl. Ziff. B.4.3.1 hinten.

37 Vgl. dazu auch Ziff. 24 des Code of Best Practice.

digen Instrumente verfügt. Wie hinten in Ziff. B.4.2 gezeigt wird, hat der Verwaltungsrat letztlich aber selbst dafür zu sorgen, dass im Unternehmen derartige Instrumente geschaffen werden und dazu die entsprechenden organisatorischen Anordnungen treffen.

3.4.2 Compliance und Revision

Im Rahmen seiner Aufsichtspflicht muss der Verwaltungsrat aber auch dafür sorgen, dass die Geschäftsleitung die anwendbaren Gesetze, Statuten und Reglemente befolgt. Gerade bei grösseren Unternehmen genügt es in diesem Bereich nicht, dass sich der Verwaltungsrat einfach über die Einhaltung der für das Unternehmen relevanten Normen orientieren lässt. Wie in Ziff. 21 des Code of Best Practice vorgesehen, sollte der Verwaltungsrat Massnahmen zur Einhaltung der anwendbaren Normen treffen und zu diesem Zweck ein Compliance System einrichten bzw. einen Compliance-Beauftragten bestimmen[38].

Bei grösseren Unternehmen, deren komplexe Verhältnisse es dem Verwaltungsrat nicht mehr erlauben, mit einfachen Mitteln die Überwachung sicherzustellen, sollte der Verwaltungsrat im Sinne von Art. 19 des Code of Best Practice auch ein internes Revisorat einrichten, das allfällig auftretenden Problemen nachgehen kann[39]. Ein derartiges internes Revisorat ist insbesondere dann notwendig, wenn aufgrund der Komplexität des Unternehmens Regelverstösse für lange Zeit unentdeckt bleiben bzw. – wie gerade bei Banken und anderen Finanzinstituten – Regelverstösse oder Probleme bei Geschäftsprozessen zu grossen Schäden führen können.

3.5 Die Erstellung des Geschäftsberichts und die Einberufung der Generalversammlung

Der Verwaltungsrat hat die Pflicht, alljährlich den Geschäftsbericht zu erstellen, der gemäss Art. 662 OR aus Jahresbericht und Jahresrechnung bestehen muss. Auch wenn die Geschäftsleitung diese Berichte vorbereitet und für die Erstellung häufig auch noch Dritte zugezogen werden, trägt letztlich allein der Verwaltungsrat die Verantwortung für Inhalt und Publikation des Geschäftsberichts. Deshalb empfiehlt es sich, dass der Verwaltungsrat nicht nur festlegt, in welchem zeitlichen Rhythmus der Geschäftsbericht vorbereitet und erstellt wird, sondern vor der Veröffentlichung den Inhalt noch einmal selbst kritisch hinterfragt.

Dem Verwaltungsrat obliegt auch die Einberufung und Vorbereitung der Generalversammlung, die normalerweise vom Präsidenten des Verwaltungsrates geleitet wird.

3.6 Pflichten bei Unterbilanz und Überschuldung

Gemäss Art. 716a Abs.1 Ziff. 7 und Art. 725 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat eine Generalversammlung einberufen und dieser Sanierungsmassnahmen beantragen, wenn die Aktiven der Gesellschaft zwar das gesamte Fremdkapital, aber weniger als 50% des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven decken. Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR hat der Verwaltungsrat den Konkurs der Gesellschaft einzuleiten, wenn die Gesellschaft überschuldet ist, d.h. ihre Aktiven das Fremdkapital nicht mehr decken. Diese in der Kri-

---

[38] Dazu Ziff. B.4.5 f. hinten.

[39] Vgl. dazu Ziff. B.4.3.2 bzw. B.4.7 hinten.

sensituation sehr wichtigen Pflichten werden in Ziff. B.6.3 f. hinten im Einzelnen behandelt.

4. Aufsicht, internes Kontrollsystem und Compliance

Der Verwaltungsrat hat die Aufgabe, die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu beaufsichtigen, und muss im Rahmen seiner Aufsicht auch dafür sorgen, dass diese sich an seine Weisungen sowie an die auf das Unternehmen anwendbaren Rechtsvorschriften halten (Compliance).

Der Verwaltungsrat muss Aufsicht und Compliance als integriertes System der Beaufsichtigung und Kontrolle sehen und dieses so einrichten, dass die einzelnen Bereiche ineinander übergehen und sich unterstützen. Zu diesem System gehören:

- *Reporting und Management Information System: der Verwaltungsrat muss zeitnah über den Geschäftsgang des Unternehmens orientiert werden, damit er feststellen kann, ob sich dieses im Rahmen der von ihm gesetzten Ziele entwickelt und ob das Management die vom Verwaltungsrat bestimmte Strategie verfolgt und das Budget einhält.*
- *Internes Kontrollsystem: Der Verwaltungsrat muss die Qualität des Rechnungswesens durch die Einrichtung eines internen Kontrollsystems sichern, das durch organisatorische Massnahmen und Kontrollen die Gefahr von Fehlbuchungen und Manipulationen verhindert.*
- *Interne Revision: Kommt es im Unternehmen zu Problemen, muss der Verwaltungsrat diese untersuchen können; bei grossen Unternehmen ist ein internes Revisorat notwendig, bei mittleren und kleinen Unternehmen kann auch die Buchhaltung oder ein externer Treuhänder im Einzelfall beauftragt werden. Ein internes Revisorat kann den Verwaltungsrat auch durch die periodische Kontrolle von "schadensgeneigten" Bereichen unterstützen.*
- *Compliance-Organisation: Der Verwaltungsrat muss sicherstellen, dass die für das Unternehmen wesentlichen Rechtsvorschriften tatsächlich eingehalten werden. Dazu ist es notwendig, einen Code of Conduct und weitere Weisungen zu erlassen, entsprechende Schulungen durchzuführen, aber auch Kontrollen anzuordnen. Die Durchsetzung der Compliance ist wesentlich, um die straf- und zivilrechtliche Haftung des Verwaltungsrates selbst abzuwenden.*
- *Verstossen Mitarbeiter gegen interne Weisungen oder Rechtsvorschriften, so muss das Unternehmen reagieren; der Sachverhalt muss untersucht werden, gegenüber dem fehlbaren Mitarbeiter müssen geeignete Massnahmen ergriffen werden (Kündigung, Bonuskürzung, Verwarnung) und es müssen Vorkehrungen getroffen werden, die eine Wiederholung verhindern.*

Der Verwaltungsrat muss im Rahmen von Aufsicht und Compliance nicht selbst alle Einzelaufgaben erfüllen; er ist aber dafür verantwortlich, dass das Unternehmen Systeme aufweist, die diese Funktionen erfüllen. Überdies muss er sich um diejenigen Einzelfälle direkt kümmern, welche das Verhalten der Geschäftsleitung betreffen oder beim Unternehmen zu einer existentiellen Gefährdung führen.

4.1 Ganzheitliches Verständnis von Aufsichts-, Kontroll- und Compliance-Systeme

Der Gesetzgeber verlangt vom Verwaltungsrat, der die Geschäftsführung an ein Geschäftsleitungsorgan delegiert, dass er die mit der Geschäftsleitung betrauten Personen beaufsichtigt. Mit dieser Aufsicht eng verwandt ist die Pflicht des Verwaltungsrates, ein internes Kontrollsystem einzuführen und aufrechtzuerhalten, um sicherzustellen, dass die Geschäftsvorgänge der Gesellschaft in Buchhaltung und Abschlüssen richtig dargestellt werden. Zusätzlich verlangt der Gesetzgeber vom Verwaltungsrat aber auch , dass er dafür sorgt, dass Geschäftsleitung und die weiteren im Unternehmen tätigen Personen die Rechtsvorschriften, die für das Unternehmen wesentlich sind, einhalten (Compliance).

Der Verwaltungsrat sollte Aufsicht, internes Kontrollsystem und Compliance nicht als separate Aspekte seiner Tätigkeit betrachten, sondern die Instrumente für Aufsicht, Kontrolle und Compliance in einem integrierten Führungssystem zusammenfassen, das ihm erlaubt, Probleme im Unternehmen zu verhindern oder so früh zu erkennen, dass es ihm und der Geschäftsleitung möglich ist, das Unternehmen optimal auf die entsprechenden Herausforderungen auszurichten.

Aufsicht, interne Kontrolle und Compliance sollten aber nicht zu Pflichtübungen verkommen[40], welche die Tätigkeit des Verwaltungsrates mit administrativer Tätigkeit belastet; bei richtiger Umsetzung dieser Systeme und Instrumente stellen diese gesamthaft ein sehr wichtiges Führungsinstrument des Verwaltungsrates dar, die nicht nur die Führung des Unternehmens verbessern, sondern auch die Qualität der Entscheide des Verwaltungsrates selbst erhöhen, da er seine Entscheide auf bessere Daten und auf eine klare Risikoeinschätzung abstützen kann.

4.2 Pflicht des Verwaltungsrates zur Schaffung der notwendigen Systeme

Um sicherzustellen, dass der Verwaltungsrat seinen Verpflichtungen betreffend Aufsicht von Geschäftsleitung, internem Kontrollsystem und Compliance nachkommen kann, hat der Verwaltungsrat selbst die Pflicht, die notwendigen Systeme und Instrumente zu schaffen, die ihm eine effiziente Erfüllung seiner Aufgabe ermöglichen. Diese Pflicht wird auch von Ziff. 20 des Code of Best Practice bestätigt, die vorsieht, dass der Verwaltungsrat die notwendigen Kontrollsysteme einrichten muss, um die Geschäftstätigkeiten zu kontrollieren und insbesondere auch finanzielle und operative Risiken zu identifizieren.

Der Verwaltungsrat muss allerdings Aufsichts-, Kontroll- und Compliance-Systeme nicht im Detail ausarbeiten oder sogar selbst umsetzen, sondern kann zu diesem Zweck die entsprechenden Weisungen der Geschäftsleitung erteilen.

Da es der Verwaltungsrat aufgrund seiner umfassenden Kompetenz selbst in der Hand hat, die für Aufsicht, Kontrolle und Compliance notwendigen Führungsinstrumente zu schaffen, kann er sich in einem späteren Verantwortlichkeitsverfahren nicht auf den Standpunkt stellen, dass er keine Möglichkeit zur Kontrolle und Aufsicht hatte und auch die Risiken des Unternehmens nicht beurteilen konnte, weil die entsprechenden Instrumente und Systeme des Unternehmens ungenügend waren. In einem derartigen Fall hat der Verwaltungsrat selbst die Pflicht, die notwendigen Systeme zu schaffen.

---

[40] Wie z.B. die monatliche Abzeichnung eines "Compliance- und Kontroll-Reports".

4.3 Aufsicht

Delegiert der Verwaltungsrat die Geschäftsführungsfunktion an ein Geschäftsleitungsorgan, so wird die vorne in Ziff. B.3.4 dargestellte Beaufsichtigung der Geschäftsleitung zur wichtigsten Aufgabe des Verwaltungsrates.

Im Rahmen einer modernen Corporate Governance sollte der Verwaltungsrat die folgenden Kontroll- und Aufsichtsinstrumente schaffen, um sich ein zuverlässiges Bild über den Zustand des Unternehmens und die Tätigkeit der Geschäftsleitung zu machen.

4.3.1 Reporting und Management Information System

Der Verwaltungsrat hat dafür zu sorgen, dass ein Reporting und Management Information System eingerichtet wird, das es ihm erlaubt, die Entwicklung der Geschäftstätigkeit zu beurteilen, so dass er Fehlentwicklungen frühzeitig erkennen und korrigieren kann.

Ein solches Reporting und Management Information System muss so aufgebaut werden, dass die für die Diagnose der Geschäftsentwicklung wesentlichen Informationen zeitnah erfasst und für den Verwaltungsrat aufgearbeitet werden. Bei der Ausgestaltung eines Reporting Systems ist dem zeitlichen Aspekt grosse Bedeutung einzuräumen; entscheidend ist oft weniger die absolute Genauigkeit der Zahlen, sondern dass sie eine zeitnahe Beurteilung des Geschäfts ermöglichen. Daher sollte, wenn immer möglich, ein monatliches Reporting vorgesehen werden, das die für das Unternehmen wesentlichen Kennzahlen innert weniger Tage nach Abschluss des betreffenden Monats in konziser Form wiedergibt.

Welche Kennzahlen im konkreten Fall wesentlich sind, kann nicht in einer für alle Unternehmen gültigen Form definiert werden. Letztlich hängt es sehr stark von der Grösse, der Geschäftstätigkeit und der Ausrichtung eines Unternehmens sowie von seiner Risikolage ab, welche Zahlen für die Beurteilung des Unternehmens massgeblich sind. Bei Produktions- und Handelsgesellschaften handelt es sich dabei meistens um Kennzahlen zu Liquidität, Umsatz, Auftragsbestand und operativem Gewinn (EBIDTA).

Zu diesen Grundkennzahlen kommen – je nach Geschäftstätigkeit und Risikolage des betreffenden Unternehmens – weitere Kennzahlen wie beispielsweise Debitorenbestand, Marktpreise von Rohmaterialien und Fertigprodukten etc. Wesentlich ist aber auch, dass die reine Zahlendarstellung durch einen Kommentar der Geschäftsleitung ergänzt wird, in dem insbesondere diejenigen Ereignisse dargestellt werden, die in den Zahlen noch keinen Niederschlag gefunden haben.

4.3.2 Interne Revision

Ziff. 20 des Code of Best Practice sieht vor, dass eine Gesellschaft ein internes Revisorat zu errichten hat, um Problemfälle und Risikogebiete zu überprüfen. Für eine detaillierte Aufsicht über die Geschäftstätigkeit ist es daher ideal, wenn eine unabhängige interne Revisionsstelle geschaffen wird, die auf Weisung des Verwaltungsrates Schwerpunktabklärungen macht und Problemgebiete analysiert. Ein derart ausgebautes und fachkundig besetztes internes Revisorat ermöglicht es dem Verwaltungsrat, nicht nur Problemfälle abzuklären, die sich im Reporting zeigen, sondern hat auch eine stark präventive Wir-

kung, da die Möglichkeit der Kontrolle durch ein internes Revisorat allein schon viele Mitarbeiter davon abhält, rechtlich oder ethisch fragwürdige Praktiken zu entfalten.

Ein derartiger vollständiger Ausbau der internen Kontrollfunktion ist allerdings nur bei grösseren Unternehmen möglich; kleine und mittlere Unternehmen werden sich damit begnügen müssen, dass der Verwaltungsrat einem Controller oder Buchhalter Kontroll- oder Prüfungsaufträge erteilen und direkt mit diesen Personen in Kontakt treten kann, wenn er spezifische Sachverhalte abklären will. Auch eine derartige, reduzierte Form der internen Kontrolle ist aber sehr nützlich, da sie es dem Verwaltungsrat ermöglicht, direkt mit Personen zu arbeiten, die oft ein sehr klares Problembewusstsein haben und deren Kenntnisse für die Aufsichtsaufgaben des Verwaltungsrates wesentlich sein können. Muss der Verwaltungsrat bei einer Gesellschaft aufgrund von Hinweisen auf Probleme eine Untersuchung machen, sind im Unternehmen selbst aber keine dafür geeigneten Personen vorhanden, so kann der Verwaltungsrat die Arbeiten, die für die genaue Abklärung des Problems und der damit verbundenen Risiken notwendig sind, auch externen Dritten wie z.B. einer Revisionsgesellschaft oder einen Treuhänder übertragen.

4.4 Aufsicht im Buchhaltungsbereich: Internes Kontrollsystem (IKS)

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR verlangt vom Verwaltungsrat, dass er bei der Ausgestaltung des Rechnungswesens auch eine Finanzkontrolle vorsieht, um die Qualität des Rechnungswesens sicherzustellen. Gemäss Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR muss die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision auch die Existenz eines derartigen Kontrollsystems überprüfen. Der Umstand, dass bei der eingeschränkten Revision gemäss Art. 729a OR das interne Kontrollsystem nicht geprüft werden muss, bedeutet nicht, dass bei den betreffenden Gesellschaften kein internes Kontrollsystem vorhanden sein muss; die Pflicht zur Einführung eines internen Kontrollsystems ergibt sich direkt aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR; der Verzicht auf die Revision des internen Kontrollsystems ist nur darauf zurückzuführen, dass bei der eingeschränkten Revision bewusst gewisse Bereiche nicht geprüft werden, die bei der ordentlichen Revision untersucht werden. Er bedeutet aber nicht, dass die Gesellschaft selbst auf das interne Kontrollsystem verzichten darf.

Das interne Kontrollsystem ist gemäss dem Verständnis des Gesetzgebers auf den Bereich der Rechnungslegung beschränkt und dient zur Qualitätssicherung des Rechnungswesens. In der Praxis haben sich die folgenden Kernelemente des internen Kontrollsystems ausgebildet:

4.4.1 Organisation der Kontrolle

Der Verwaltungsrat muss im Organisationsreglement Verantwortlichkeiten und Kompetenzen bezüglich der Kontrolle regeln und dabei insbesondere festhalten, für welchen Bereich die Geschäftsleitung verantwortlich ist. Typischerweise wird dabei festgehalten, dass grundsätzlich die Geschäftsleitung für die Detailplanung und Umsetzung der Kontrolle verantwortlich ist und dem Verwaltungsrat periodisch über die Umsetzung der Massnahmen und allfällig auftretende Probleme zu rapportieren hat.

4.4.2 Kompetenzregelung und organisatorische Massnahmen bei Verbuchung und Zahlungsverkehr

Die Kompetenzregelungen in der Buchhaltung und die Unterschriftenregelung für Zahlungsverkehr müssen so gestaltet werden, dass Manipulationen soweit wie möglich ausgeschlossen sind. Dabei sollte vor allem das Vier-Augen-Prinzip möglichst lückenlos verwirklicht werden, da dieses erfahrungsgemäss bereits einen grossen Teil der möglichen Fehler und Manipulationen verhindert. Wesentlich ist aber auch der Systemschutz durch personelle Trennung von Transaktionen und Verbuchungen sowie durch die restriktive Eingabeberechtigung bei EDV-Systemen.

4.4.3 Kontrollmassnahmen

Zur Qualitätssicherung und Kontrolle sollte der regelmässige Vergleich von Kontoauszügen und Verbuchungen sowie die Überprüfung der Einhaltung des Bewilligungs- bzw. Entscheidungsverfahrens vorgesehen werden. Meist ist es nicht möglich, eine lückenlose Kontrolle bzw. Überprüfung vorzusehen. Die Erfahrung zeigt aber, dass Stichproben bereits zu einer Qualitätssicherung führen und Manipulationen verhindern.

4.4.4 Dokumentation

Das interne Kontrollsystem muss so dokumentiert sein, dass organisatorische Massnahmen und Kontrollvorgänge für Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und für alle mit der Umsetzung betrauten Personen nachvollziehbar sind. Auf diese Weise kann auch sichergestellt werden, dass die Revisionsstelle die Existenz des internen Kontrollsystems in einfacher Weise durch Kontrolle der entsprechenden Dokumentation feststellen und so auch den entsprechenden Bericht abgeben kann.

4.4.5 Gesamtsicht und Organisation des IKS

Das interne Kontrollsystem dient nicht nur zur Qualitätssicherung bezüglich des Rechnungswesens, sondern stellt auch die Erfüllung der gesetzlichen Bestimmungen, d.h. die Compliance, in diesem Bereich sicher. Graphisch lassen sich die Vorgänge im Rahmen des internen Kontrollsystems wie folgt darstellen:

4.5 Compliance

4.5.1 Compliance als Aufgabe des Verwaltungsrates

Unternehmen bewegen sich heute in einem Umfeld, das von verschiedenen rechtlichen Regeln normiert wird. Verstösse gegen derartige Regeln wie z.B. gegen Geldwäschereivorschriften, gegen Kartellgesetze oder gegen Vorschriften zur Herstellung von Pharmaprodukten können – je nach Ausrichtung des Unternehmens – zu existenziellen Problemen führen. Im Rahmen seiner Aufsichtspflicht hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR daher die geschäftsführenden Organe insbesondere auch in Bezug auf die Einhaltung von Gesetzen und weiteren staatlichen Normen zu beaufsichtigen. Diese Pflicht wird auch in Ziff. 21 des Code of Best Practice betont, da diese Bestimmung Massnahmen zur Einhaltung anwendbarer Normen verlangt.

4.5.2 Die konkrete Ausgestaltung des Compliance Systems

Welche Normen für ein Unternehmen von wesentlicher Bedeutung sind und deshalb im Rahmen der internen Compliance durchgesetzt werden müssen, hängt sehr stark von der Art der Unternehmenstätigkeit ab: Banken, Versicherungsgesellschaften oder Pharmaunternehmen unterstehen zum Teil völlig anderen Regelwerken als Maschinenbau- oder Handelsfirmen, weshalb der Kreis der Normen, die im Rahmen von Compliance Programmen durchgesetzt werden müssen, für jedes Unternehmen individuell definiert werden muss.

Die konkrete Ausgestaltung der Compliance Aufgaben hängt neben der Tätigkeit des Unternehmens natürlich auch von dessen Grösse und Komplexität ab. Der Verwaltungsrat kann seine Aufsichtspflicht in optimaler Weise erfüllen, indem er einen hauptamtlichen Compliance-Beauftragten bestimmt oder sogar eine Compliance-Abteilung schafft, die den betreffenden Organen und Mitarbeitern der Gesellschaft die anwendbaren Normen im Rahmen einer zielgerichteten Ausbildung und durch Weisungen näherbringt, zusammen mit dem internen Revisorat die Einhaltung der anwendbaren Normen überwacht und auch als Anlaufstelle bei Problemfällen dient. Bei kleineren Unternehmen, die sich keinen hauptamtlichen Compliance-Beauftragten leisten können, kann diese Aufgabe der Controlling- oder Buchhaltungsabteilung auch einer Führungskraft mit juristischer Grundausbildung übertragen werden, die diese Aufgabe neben ihrer Haupttätigkeit wahrnimmt. Die Compliance-Aufgabe kann natürlich auch durch Outsourcing gelöst werden, wenn ein Unternehmen im Zusammenhang mit neuen Gesetzen oder neuer Verwaltungspraxis ein punktuelles Compliance-Bedürfnis hat.

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Compliance-Funktion muss aber sichergestellt werden, dass die mit dieser Aufgabe betrauten Personen einen direkten Zugang zum Verwaltungsrat haben, damit der Verwaltungsrat auch tatsächlich über auftretende Probleme informiert wird. Untersteht der Compliance-Bereich dagegen ausschliesslich der Geschäftsleitung und rapportiert nur an diese, so können die Compliance-Anstrengungen des Verwaltungsrates im Bereich der Geschäftsleitung selbst nicht greifen.

4.5.3 Instrumente der Compliance

Welche Instrumente ein Unternehmen für die Umsetzung der Compliance einsetzt, hängt von der Ausrichtung des Unternehmens, den spezifischen Regeln, die für das Unternehmen relevant sind, und auch von der Grösse des Unternehmens ab. Daher unterscheiden sich die Instrumente, welche einzelne Unternehmen zur Umsetzung ihrer Compliance-Aufgaben einsetzen. Die folgenden Instrumente werden aber praktisch in jedem Compliance System eingesetzt:

4.5.3.1 Code of Conduct und spezifische Weisungen

Ein Compliance-System basiert auf Regeln, die von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung in Form von Weisungen erlassen werden und für Organe und Mitarbeiter verbindlich sind. Diese Regeln müssen die Rechtsvorschriften und ethischen Normen wiedergeben, die für das Unternehmen wesentlich sind. Je nach Ausrichtung des Unternehmens kann es sich hierbei um sehr unterschiedliche Regeln handeln. Für ein Pharmaunternehmen sind andere Regeln relevant als für eine Maschinenfabrik oder einen Finanzdienstleister. Die Erfahrung zeigt allerdings, dass für praktisch alle Branchen die Vermeidung von Kartellrechtsverstössen und das Verbot von Bestechungshandlungen wesentlich sind, da diese Tatbestände zu hohen Strafen und Schäden für das Unternehmen selbst führen können.

Entscheidend ist, dass die für die Mitarbeiter geltenden Regeln einfach formuliert sind, so dass die Mitarbeiter verstehen, was von ihnen erwartet wird. Ist ein Regelwerk zu kompliziert, so ist es schwierig, die entsprechenden Regeln durchzusetzen. Wenn die betreffenden Regeln zu komplex sind, können sich Mitarbeiter in subordinierten Positionen bei einer Verletzung darauf berufen, dass sie schlicht nicht verstehen konnten, wie sie sich zu verhalten hatten bzw. dass die relevanten Verhaltensregeln in der Fülle der Informationen untergingen und deshalb gar nicht erkennbar waren. Es empfiehlt sich daher, die für Compliance massgebenden Normen wie folgt zu strukturieren:

- ***Code of Conduct: fundamentale Regeln für alle Mitarbeiter***

  In einem Code of Conduct werden die fundamentalen rechtlichen und ethischen Regeln festgehalten, die für alle Mitarbeiter unabhängig von ihrer Funktion gelten. Dies umfasst normalerweise Regeln zur Vermeidung von Bestechungshandlungen und ähnlichen Tatbeständen sowie von Kartellrechtsverstössen. Je nach Branche können zum Teil auch noch weitere fundamentale Regeln in den Code of Conduct aufgenommen werden[41]. Es ist wichtig, dass diese zentralen Normen in möglichst klarer und einfacher Weise dargestellt werden und auch anhand von Beispielen erläutert wird, wie diese Regeln in der Praxis umgesetzt werden. Die Erfahrung zeigt, dass bei einer derartigen Darstellung und bei einer Beschränkung auf wesentliche Regeln tatsächlich alle Mitarbeiter erreicht werden können.

- ***Detaillierte Weisungen für spezifische Funktionen im Unternehmen***

  Die weiteren Regeln, die für die Unternehmenstätigkeit wesentlich sind, aber nicht alle Mitarbeiter in gleicher Weise betreffen, sondern nur für bestimmte Funktionen An-

---

[41] Einhaltung des Berufsgeheimnisses bei Revisionsgesellschaften und Anwaltsfirmen, Einhaltung des Bankgeheimnisses bei Banken etc.

wendung finden[42], sollten in Weisungen dargestellt werden, die nur den betroffenen Mitarbeitern abgegeben werden[43]. Bei diesen oft sehr fachspezifischen Weisungen sollte darauf geachtet werden, dass sie für die betroffenen Mitarbeiter verständlich sind und auf ihren Ausbildungsstand abgestimmt sind.

4.5.3.2 Schulung

Da die blosse Bekanntgabe von Regeln nicht genügt, um deren Anwendung sicherzustellen, müssen die Mitarbeiter geschult werden, d.h. der Inhalt der vom Unternehmen erlassenen Regeln muss ihnen stufengerecht erklärt werden. Schulung hat aber über die Bekanntmachung der anwendbaren Regeln hinaus auch noch eine zusätzliche Bedeutung: Ein Unternehmen zeigt durch die Durchführung von Schulungen, dass es hinter den betreffenden Regeln steht und den Willen hat, diese durchzusetzen. Schulung unterstreicht deshalb die Bedeutung der vom Unternehmen erlassenen Regeln.

4.5.3.3 Auskunftsstelle für Anfragen

Auch wenn Regeln klar formuliert sind und im Rahmen der Schulung erklärt werden, gibt es immer Zweifelsfälle, in denen Mitarbeiter unsicher sind, was für sie gilt. In diesen Fällen müssen sie die Möglichkeit haben, eine kompetente Person anzufragen, um in diesen Punkten Klarheit zu schaffen. Das Mindestmass an Compliance-Organisation, die auch ein kleines Unternehmen realisieren kann, liegt darin, einen Compliance-Beauftragten zu bestimmen, der Fragen entgegennehmen und beantworten kann. Dies gibt allen Beteiligten die notwendige Sicherheit im Umgang mit Zweifelsfällen.

4.5.3.4 Anlaufstelle für Verdachtsfälle (Whistleblowing)

Den Mitarbeitern sollte auch die Möglichkeit gegeben werden, Verstösse oder Verdachtsmomente einer Stelle im Unternehmen mitzuteilen, ohne dass für sie ein Nachteil entsteht, falls ihr Verdacht unbegründet war. Es geht nicht darum, ein Klima der gegenseitigen Bespitzelung einzuführen; es geht darum Offenheit zu fördern und sicherzustellen, dass Informationen über deliktisches Verhalten tatsächlich Geschäftsleitung und gegebenenfalls auch den Verwaltungsrat erreichen. Allzu oft zeigt sich nämlich bei der Aufklärung von Delikten in einem Unternehmen, dass verschiedene Personen relativ früh Verdachtsmomente beobachtet haben, aber nicht den Mut hatten, dies übergeordneten Stellen mitzuteilen. Durch eine klare "Whistleblowing-Politik", die es ermöglicht, einem Compliance-Beauftragten oder einer externen Stelle Beobachtungen mitzuteilen, ohne negative Reaktionen befürchten zu müssen, ist es möglich, Fehlentwicklungen und Delikte früh zu erfassen. Daher sollte jedes Unternehmen in seiner Compliance-Organisation eine derartige Anlaufstelle vorsehen.

4.5.3.5 Organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen

---

[42] Sicherheitsvorschriften für Produktion von Pharmazeutika, Sicherheitsvorschriften für die Bedienung von Maschinen, Umweltschutzvorschriften für Lagerung und Umgang mit Abfällen etc.

[43] Mit der funktionsspezifischen Verteilung derartiger Weisungen wird sichergestellt, dass die für einen Mitarbeiter wesentlichen Weisungen nicht in einer Fülle von allgemeinen verteilten Weisungen untergehen.

Die Prozesse im Unternehmen müssen so strukturiert werden, dass Straftaten von vornherein erschwert werden.

Zentral für die richtige Gestaltung der Prozesse ist dabei die Kontrolle der Zahlungsflüsse. Zahlungsvorgänge müssen so strukturiert werden, dass nicht eine einzige Person für Genehmigung, Auslösung und Verbuchung zuständig ist, sondern dass mindestens eine zweite Person der Zahlung zustimmen muss und die Buchhaltungsabteilung bei der Verbuchung den Beleg unabhängig kontrolliert[44]. Ebenso wichtig ist, dass bei Verpflichtungsgeschäften das Erfordernis der Zweitunterschrift konsequent durchgesetzt wird. Die Erfahrung zeigt, dass über 80% aller Delikthandlungen vermieden werden können, wenn Zahlungsflüsse und Zweitunterschriften konsequent durchgesetzt werden.

Eine weitere organisatorische Massnahme, die Delikte verhindern kann, ist die Teambildung bei der Betreuung von Kunden und Lieferanten – wenn mehrere Personen mit einem Kunden oder Lieferanten Kontakt haben, kommt es automatisch zu weniger Korruptionsfällen, da sich eine Gegenpartei bei einer Mehrheit von Kontaktpersonen kaum je getraut, Bestechungszahlungen zu verlangen oder zu offerieren – normalerweise überwachen sich die Teammitglieder in einer derartigen Situation gegenseitig, so dass das Risiko der Entdeckung bei einem Bestechungsversuch für alle Beteiligten zu gross wird. In ähnlicher Weise wirkt auch eine konsequente Ferienregelung – wenn Personen abwesend sind und in dieser Zeit ihre Post und E-Mail-Korrespondenz von einem Stellvertreter bearbeitet wird, so werden Probleme häufig aufgedeckt.

Zu den organisatorischen Massnahmen gehört auch, dass Compliance-Beauftragte sowie Anlaufstellen für Verdachtsmeldungen tatsächlich unabhängig sind und auch einen direkten Zugang zu CEO und Verwaltungsratspräsidenten haben, um Missstände zu melden. Sind dagegen Personen, die mit der Durchsetzung interner Regeln betraut sind, Managern unterstellt, die ein direktes Interesse an den Geschäften und Geschäftspartnern haben, die von den betreffenden Problemen berührt sind, so können diese Kontrollorgane ihre Funktion im Rahmen der Compliance nicht überzeugend ausüben – sie werden gerade dann, wenn ernste Problem auftreten, von ihren Vorgesetzten zurückgebunden und können dementsprechend nicht für die Durchsetzung der massgeblichen internen Regeln sorgen.

4.5.3.6 Kontrolle

In Risikobereichen des Unternehmens sollten regelmässig Kontrollen durchgeführt werden, um sicherzustellen, dass die internen Regeln tatsächlich eingehalten werden. Bei grösseren Unternehmen, die einen Compliance-Beauftragten mit Vollzeitpensum oder sogar ein internes Revisorat haben, können derartige Kontrollen von diesen durchgeführt werden, in kleineren Unternehmen kann auch die Finanzabteilung Kontrollen durchführten.

Welche Risikobereiche konkret kontrolliert werden müssen, hängt von der Geschäftstätigkeit der betreffenden Gesellschaft ab. Fast bei allen Unternehmen lohnt es sich aber, periodisch zu überprüfen, ob die organisatorischen Anordnungen betreffend Auslösung von Zahlungen und Eingehen von Verpflichtungen tatsächlich eingehalten werden. Auch

---

[44] Hier überschneiden sich die Compliance-Massnahmen mit dem internen Kontrollsystem zur Qualitätssicherung der Buchhaltung; die entsprechenden Massnahmen dienen beiden Zwecken.

im Einkauf sollte überprüft werden, ob tatsächlich Einkaufsverfahren verwendet werden, die zu einem Marktpreis führen, während bei der Beziehung zum Kunden die kundenbezogenen Spesen und Ausgaben geprüft werden sollten.

4.5.4 Schnelle Reaktion bei Problemen

Tauchen Verdachtsmomente für deliktisches Verhalten auf, weil das Unternehmen Hinweise von Mitarbeitern oder von Dritten erhält oder weil den Kontrollorganen selbst Probleme auffallen, so muss eine schnelle und überzeugende Reaktion erfolgen. Nur eine Gesellschaft, die bei Regelverstössen schnell und konsequent reagiert, kann ihre internen Regeln tatsächlich durchsetzen und wirkt gegenüber den Mitarbeitern überzeugend. Die Durchsetzung der internen Regeln hat in diesem Sinne auch präventiven Charakter – sie hält Mitarbeiter von Delikten ab, da das Unternehmen klare Signale gegen deliktisches Handeln gesetzt hat. Reagiert ein Unternehmen nicht in dieser Weise, so verlieren die intern erlassenen Regeln an Durchsetzungskraft – die Unternehmensleitung ist nicht mehr überzeugend. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung setzen sich auch dem Vorwurf aus, dass sie strafrechtliche Handlungen nicht ernsthaft unterbinden, was, wie der betreffende Fall zeigt, zur Bestrafung führen kann[45].

Diese Compliance-Elemente müssen zu einem sinnvollen Compliance-System zusammengefügt werden, bei denen sich die einzelnen Massnahmen ergänzen und aufeinander abgestimmt sind. Die Abstimmung der einzelnen Elemente ist notwendig, denn Regelwerk, Schulung und Auskunft greifen ineinander über und bilden gemeinsam Basis für organisatorische Massnahmen und Kontrolle. Eine konsequente Reaktion auf Probleme unterstreicht die Ernsthaftigkeit der vom Unternehmen erlassenen Regeln.

4.5.5 Compliance ist eine Frage der Unternehmenskultur

4.5.5.1 Verwaltungsrat und Geschäftsleitung haben Vorbildfunktion

Regeln müssen nicht nur geschrieben, sondern in einer Organisation tatsächlich gelebt werden. Dazu gehört nicht nur die unten dargestellte Durchsetzung von Regeln, sondern auch die konsequente Umsetzung der internen Regeln auf Stufe von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung selbst – diese Personen haben im Unternehmen nicht nur eine Führungs-, sondern immer auch eine Vorbildfunktion.

Wenn ein Unternehmen eine strikte Antikorruptionspolitik hat, die alle Geschenke verbietet, so sollten auch die Leitungsorgane keine Geschenke und Einladungen zu teuren Anlässen annehmen. Die Ausrede, dass die Gegenpartei beleidigt ist, wenn derartige Zuwendungen nicht angenommen werden, und dass die Teilnahme an Anlässen das Geschäft fördert, ist schnell zur Hand. Ein derartiges Verhalten untergräbt aber den Glauben der Mitarbeiter in die Durchsetzung der internen Regeln gegen korruptes Verhalten und stellt auch die Autorität von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in Frage.

4.5.5.2 "Zero Tolerance Policy"

---

[45] BGE 96 IV 155.

Unternehmen sind gut beraten, wenn sie bezüglich Compliance eine "Zero Tolerance Policy" verfolgen, d.h. keine Grauzone schaffen, bei der Regeln "nur ein bisschen" gebogen werden können. Sobald im Unternehmen eine Grauzone entsteht, verlieren die Mitarbeiter die Orientierung und wissen nicht mehr, was erlaubt und was zulässig ist. Damit wird es auch sehr schwierig, gegen einen Mitarbeiter vorzugehen, der gegen Regeln verstösst. Es wird ihm immer möglich sein, auf Vorgänge zu verweisen, bei denen die Regeln offenbar nicht im vollen Umfang zur Anwendung kamen.

Eine Grauzone darf auch nicht dadurch entstehen, dass bei "schwierigen" oder "wichtigen" Geschäften plötzlich Praktiken toleriert werden, die nach den Regeln des Unternehmens eigentlich nicht zulässig sind. Auch in wirtschaftlich schwierigen Situationen darf ein Unternehmen nicht Bestechungen, Vorteilszuwendungen oder ähnliche Methoden verwenden, um einen wichtigen Auftrag zu sichern, da die straf- und zivilrechtlichen Folgen für das Unternehmen meistens wesentlicher schwerwiegender sind als der Verlust des betreffenden Auftrages.

4.5.5.3 Transparenz und Vertrauen

Ein Unternehmen hat bezüglich Compliance die besten Erfolge, wenn es ein Klima der Transparenz und des Vertrauens schafft. Transparenz bedeutet nicht nur, dass die Regeln, welche die Mitarbeiter befolgen müssen, klar sind, sondern auch dass Geschäftsvorgänge im Unternehmen so transparent sind, dass immer mehrere Personen an einem Vorgang beteiligt sind – erfahrungsgemäss verhindert dies schon einen grossen Teil möglicher Probleme.

Vertrauen bedeutet auch, dass Personen, die Probleme sehen, diese ohne Befürchtung repressiver Massnahmen den zuständigen Stellen melden können und dass diese Bedenken neutral abgeklärt werden. Wenn derartige Vorgänge routinemässig ablaufen, so entsteht ein Klima, in dem die meisten Probleme von vornherein vermieden werden können.

4.6 Vorgehen bei Rechtsverletzungen von Mitarbeitern

Die konsequente Ausübung der Aufsicht kann dazu führen, dass das Unternehmen Verstösse von Mitarbeitern gegen Weisungen oder gesetzliche Regelungen entdeckt. In derartigen Fällen muss der Verwaltungsrat sicherstellen, dass das Unternehmen richtig und schnell reagiert.

4.6.1 Die Verantwortung des Verwaltungsrates im Rahmen von Aufsicht und Compliance

Wenn ein Mitarbeiter das Gesetz verletzt, muss die Gesellschaft reagieren. Soweit ein Unternehmen eine unabhängige Compliance-Abteilung hat, wird die Reaktion allerdings in erster Linie von dieser ausgehen und nur bei sehr schweren Fällen zur Geschäftsleitung oder sogar zum Verwaltungsrat eskaliert – in mittleren und kleineren Gesellschaften stehen bei derartigen Problemen aber immer sehr rasch Verwaltungsrat und Geschäftsleitung im Zentrum, da sie die entsprechenden Entscheide treffen müssen.

Unabhängig von Grösse und Organisation des Unternehmens ist der Verwaltungsrat aber dafür verantwortlich, dass Rechtsverletzungen geahndet werden, um zu verhindern, dass diese zu einem Problem des Unternehmens werden oder sogar zur eigenen Strafbarkeit des Verwaltungsrates führen. Die Pflicht zur Verfolgung von Rechtsverletzungen ergibt

sich direkt aus der Verantwortung des Verwaltungsrates für Compliance und Aufsicht, da diese Tätigkeiten nur sinnvoll sind, wenn der Verwaltungsrat bei der Kenntnis von Problemen auch tatsächlich eingreift bzw. dafür sorgt, dass das Unternehmen eingreift und den massgebenden gesetzlichen Normen und Weisungen des Verwaltungsrates Nachachtung verschafft.

Während Verletzungen von internen Weisungen und Normen mit Disziplinarmassnahmen[46] und arbeitsrechtlichen Sanktionen[47] geahndet werden, sind bei Delikten von Mitarbeitern weitergehende Massnahmen notwendig.

4.6.2 Ziel der Reaktion: Schaden begrenzen und Distanz zum Straftäter schaffen

Eine Gesellschaft kann nicht passiv bleiben, wenn ein Mitarbeiter ein Delikt begeht – Verwaltungsrat und Geschäftsleitung müssen den rechtmässigen Zustand wieder herstellen und weiteren Schaden für das Unternehmen und die betroffenen Dritten verhindern. Dabei ist ein nüchternes Vorgehen gefordert: Weder Passivität noch Panik sind zielführend.

Das Vorgehen muss in verschiedenen Phasen ablaufen:

- Sachverhalt abklären;
- Konsequenzen gegenüber dem Mitarbeiter ziehen;
- Rechtsverhältnisse gegenüber Drittbetroffenen bereinigen;
- Lehren für die Zukunft formulieren.

Wichtiger Teil der Schadensbegrenzung ist es, zwischen dem Unternehmen bzw. seinen Leitungsorganen und dem fehlbaren Mitarbeiter Distanz zu schaffen – nach aussen wie innen muss klar werden: Nicht das Unternehmen und seine Leitungsorgane haben eine Straftat begangen, sondern ein einzelner Mitarbeiter. Diese Distanz kann am besten dann gefunden werden, wenn ein Unternehmen bereits vor der Tat Massnahmen zur Sicherstellung der Compliance umgesetzt hat. Wenn das Unternehmen darstellen kann, dass die Tat des betreffenden Mitarbeiters gegen den unternehmensinternen Code of Conduct bzw. interne Weisungen verstossen hat, so wird dem Publikum klar, dass das Unternehmen nicht hinter der betreffenden Tat steht.

Diese Distanz ist gerade bei regulierten Unternehmen, die bei Verstössen zum Teil massiv gebüsst werden, entscheidend. Ein Unternehmen, das im amerikanischen - oder EU-Umfeld tätig ist und einen Mitarbeiter hat, der eine Straftat begeht, muss zum Teil mit drakonischen Strafen rechnen, wenn die Behörden davon ausgehen, dass die Straftat von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat geduldet oder sogar stillschweigend gefördert worden ist, um die Gewinne zu erhöhen. Die Strafe ist wesentlich tiefer, wenn klar ist, dass es sich um einen Verstoss eines einzelnen Mitarbeiters handelt, der sich über interne Regeln hinweggesetzt hat, und dass das Unternehmen auch sofort nach Entdeckung der Straftat Sanktionen verhängt hat.

---

46 Verweis, Eintragung in Personalakten, Bonusabzug etc.

47 Ordentliche Kündigung bzw. in Extremfällen fristlose Kündigung.

4.6.3 Abklärung des Sachverhalts

Erster Schritt ist die sofortige Abklärung des Sachverhalts. Die Untersuchung kann wie folgt gestaltet werden:

– ***Interne Untersuchung durch das Unternehmen selbst***

Normalerweise werden Rechtsverstösse durch Mitarbeiter des betroffenen Unternehmens selbst untersucht. Bei grösseren Unternehmen erfolgt die Untersuchung durch das Revisionat oder den Compliance-Beauftragten; bei kleineren Unternehmen obliegt diese Aufgabe meist der Finanzabteilung oder dem internen Juristen. Bei der Organisation einer derartigen Untersuchung muss sichergestellt werden, dass diese durch Personen erfolgt, die neutral sind, d.h. die keinen direkten Berührungspunkt mit dem Täter haben und auf jeden Fall nicht dem Täter oder dessen direkten Vorgesetzten unterstellt sind.

– ***Untersuchung durch unabhängige Dritte***

Wenn Rechtsverstösse ein erhebliches Ausmass erreichen, weil grosse Beträge involviert sind, die Delikte sich über lange Zeit hinwegzogen oder aber eine grosse Anzahl Personen involviert sind, empfiehlt es sich, die Untersuchung des Vorfalles und die rechtliche Würdigung einem externen Spezialisten[48] zu übertragen. Dadurch wird nicht nur die Objektivität der Untersuchung sichergestellt, sondern auch ein Untersuchungsbericht erstellt, der allen Stakeholdern und gegebenenfalls auch den Medien gezeigt werden kann. Eine derartige externe Untersuchung ist auch dann notwendig, wenn Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung in den betreffenden Deliktsfall involviert sind – sei es, weil sie selbst mitgewirkt haben, sei es, weil sich die Frage der Aufsicht bzw. der Verletzung der Aufsichtspflicht stellt. Untersuchungen eines unabhängigen Dritten sind aber immer auch dann notwendig, wenn ein Unternehmen einer staatlichen Aufsicht untersteht, da es mit einer schnellen und lückenlosen Abklärung häufig weitere aufsichtsrechtliche Massnahmen vermeiden kann.

Ziel der Untersuchung muss es immer sein, Tathergang, Täter, mitverantwortliche Vorgesetzte und den Schaden beim Unternehmen sowie bei Dritten festzustellen. Diese Abklärung muss schnell erfolgen, da sonst keine zeitnahe Reaktion des Unternehmens möglich ist. Die Sachverhaltsaufklärung muss aber auch kompromisslos sein; es müssen auch die Fragen gestellt werden, bei denen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung die Antworten lieber nicht hören möchten. Nur wer den Sachverhalt restlos abklärt, kann auch eine nachhaltige Lösung finden. Passivität bei der Abklärung oder unvollständige Abklärungen hingegen führen dazu, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, welche die Abklärung angeordnet haben, unbewusst zu Mittätern werden – sie decken mit der unvollständigen Abklärung nämlich die Täter.

Der Täter muss im Rahmen der Abklärung auch befragt werden und muss das Recht haben, sich zu den erhobenen Vorwürfen zu äussern – auch in einem Unternehmen muss die Unschuldsvermutung gelten. Es ist dennoch möglich und häufig auch angezeigt, die verdächtigte Person während der Zeit der Untersuchung von ihrer Funktion zu suspendie-

---

48 Anwalt oder Revisionsgesellschaft.

ren, um zu vermeiden, dass sie die Straftat fortsetzt bzw. dass sie den Sachverhalt verändert oder Beweismittel beseitigt.

4.6.4 Konsequenzen gegenüber dem Mitarbeiter ziehen

Stellt ein Unternehmen fest, dass ein Mitarbeiter oder ein Organ tatsächlich strafrechtliche Handlungen begangen oder gegen die internen Compliance-Regeln verstossen hat, muss es daraus Konsequenzen ziehen und geeignete Sanktionen aussprechen. Diese können von einer Verwarnung über die Kürzung von Bonusanzahlungen bis zur fristlosen Entlassung reichen. Dabei müssen allerdings die arbeitsrechtlichen Vorschriften respektiert werden; eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 OR ist nur bei schweren Verstössen gegen interne Regeln sowie bei Verbrechen und Vergehen möglich. Bei Verstössen gegen interne Regeln, die nicht auf eine kriminelle Energie schliessen lassen, ist eine fristlose Entlassung dagegen nur möglich, wenn die betreffende Person vorher in Bezug auf einen Verstoss ähnlicher Art verwarnt worden ist. Ist im konkreten Fall eine ausserordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich, ist allerdings immer eine ordentliche Entlassung unter Beachtung der gesetzlichen bzw. allenfalls längeren vertraglichen Kündigungsfristen möglich.

Bei einem strafrechtlichen Delikt muss sich das Unternehmen auch überlegen, ob es eine Strafanzeige einreichen will. Häufig haben Unternehmungen in diesem Bereich Hemmungen, da sie glauben, dass eine Strafanzeige die Reputation des Unternehmens gefährdet. Meines Erachtens ist eine Strafanzeige aber in den meisten Fällen richtig; ein derartiges Vorgehen dokumentiert mit letzter Konsequenz die Distanz zwischen dem Unternehmen und dem fehlbaren Mitarbeiter. Überdies beweist es auch, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bei der Durchsetzung der anwendbaren Rechtsregeln kompromisslos sind, und wirkt für andere Mitarbeiter abschreckend.

4.6.5 Bereinigung von Rechtsverhältnissen mit Gegenparteien

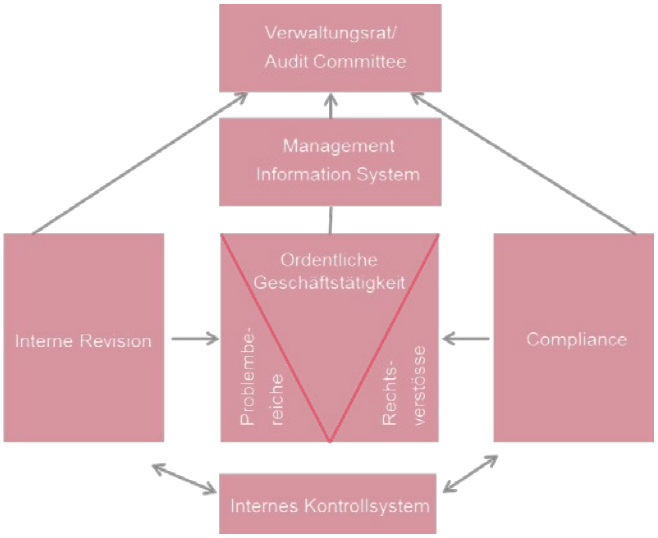
Wird durch die strafbare Handlung des Mitarbeiters nicht nur das Unternehmen geschädigt, sondern auch ein Dritter, wie dies beispielsweise bei einer Bestechung der Fall ist, wo der Geschäftspartner aufgrund der Bestechung ein Rechtsgeschäft zu für ihn ungünstigen Bedingungen abgeschlossen hat, muss das Verhältnis mit dem Dritten bereinigt werden. Die Erfahrung zeigt, dass es am besten ist, den betreffenden Geschäftspartner pro aktiv zu kontaktieren und mit diesem eine Lösung zu suchen. Ein derartiges Vorgehen ist im Allgemeinen wesentlich besser, als auf die Klage des Betroffenen zu warten, und kann es allenfalls sogar erlauben, die Geschäftsbeziehung fortzusetzen.

4.6.6 Lehren ziehen

Bei jedem Zwischenfall müssen sich die für die Compliance verantwortlichen Personen die Frage stellen, ob Das Compliance System tatsächlich genügt, um Probleme zu vermeiden. In diesem Sinne ist jede Rechtsverletzung eines Mitarbeiters auch Anstoss dazu, Compliance-Regeln und Überwachung des Compliance Systems kritisch zu hinterfragen und die notwendigen Verbesserungen vorzunehmen.

4.7 Das Gesamtkonzept von Aufsicht und Compliance

Die oben dargestellten Aufsichts- und Compliance-Massnahmen sind vom Verwaltungsrat als sinnvolles Gesamtsystem zu konzipieren, das in der Gesamtheit die wesentlichen Problembereiche des Unternehmens abdeckt. Graphisch lässt sich dieses Zusammenspiel wie folgt darstellen:



Das Reporting und Management Information System gibt dem Verwaltungsrat eine Übersicht über die finanzielle Entwicklung des Unternehmens. Auf diese Weise wird die Aufsicht über das laufende Geschäft und die Erfüllung der vom Verwaltungsrat vorgegebenen Ziele und Strategien sichergestellt. Das Reporting und Management Information System erlaubt dem Verwaltungsrat aber vor allem auch, unternehmerische Probleme und ihre Ursachen frühzeitig zu erkennen, so dass der Verwaltungsrat auch entsprechend reagieren und Massnahmen ergreifen kann.

Die interne Revision dient dagegen dazu, Probleme genauer abzuklären, die der Verwaltungsrat im Rahmen des normalen Reportings wahrnimmt, so dass der Verwaltungsrat seine Entscheide auf einer klaren Grundlage fassen kann. Die interne Revision dient aber auch dazu, "schadensgeneigte" Bereiche periodisch zu überprüfen, um so Probleme früh zu erkennen, so dass gezielt Gegenmassnahmen ergriffen werden können.

Compliance-Aktivitäten sollen die Rechtsverletzungen im Ansatz verhindern, so dass das Unternehmen gar nicht den betreffenden Gefahren und Problemen ausgesetzt ist.

Die oben genannten Elemente werden vom internen Kontrollsystem gestützt, als dieses die Qualität der Rechnungslegung sicherstellt, womit die übrigen Elemente von Aufsicht und Kontrolle auf einer gesicherten Basis aufsetzen können. Überdies dient das interne Kontrollsystem auch der Compliance, da unzulässige Zahlungen im Ansatz verhindert werden.

Alle diese Elemente der Aufsicht müssen im Rahmen des Verwaltungsrates bzw. des Audit Committee zu einem Gesamtbild zusammengesetzt werden.

5. Risikomanagement

- *Der Verwaltungsrat muss ein System zur Risikoerfassung und des Risikomanagements einrichten, damit Risiken im Unternehmen erkannt und richtig behandelt werden. Der Verwaltungsrat selber muss sich mit den Risiken auseinandersetzen, die für das Unternehmen von existentieller Bedeutung sind, sowie die Gesamtrisikolage des Unternehmens steuern bzw. der Risikofähigkeit der Gesellschaft anpassen.*
- *Diese Elemente der Risikosteuerung müssen zu einem sinnvollen Ganzen zusammengesetzt werden, das es ermöglicht, Risiken zu erkennen und, wo sie unvermeidbar sind, einzugrenzen. Die Ausgestaltung dieser Instrumente und die Intensität, mit der sie eingesetzt werden, hängt von der Komplexität, der Grösse und der Ausrichtung des Unternehmens ab.*

5.1 Pflichten des Verwaltungsrates beim Risikomanagement

5.1.1 Verantwortung des Verwaltungsrates für das System des Risikomanagements und für existenzielle Risiken

Die Pflicht des Verwaltungsrates zur Erfassung, Beurteilung und Bewältigung von geschäftlichen Risiken ergibt sich letztlich aus seiner Aufsichts- und Strategiekompetenz gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR, da die Bewältigung von Risiken Voraussetzung für die Entwicklung und Umsetzung der Unternehmensstrategie ist und auch ein wesentliches Element der Aufsicht über die Entwicklung des Geschäftes darstellt. In Art. 663b Ziff. 12 OR wird vom Verwaltungsrat daher auch ausdrücklich verlangt, dass er im Anhang zur Jahresrechnung Angaben über die Durchführung der Risikobeurteilung macht.

Der Verwaltungsrat muss sich selbstverständlich auf seiner Stufe nicht mit jedem Einzelrisiko beschäftigen; er ist im Rahmen des Risikomanagements aber dafür verantwortlich, dass das Unternehmen Systeme aufbaut, die zur Erfassung und Steuerung von Risiken taugen. Der Verwaltungsrat wird sich normalerweise nur soweit mit einzelnen Risiken auseinandersetzen, als diese die Existenz des Unternehmens bedrohen oder anderweitig strategische Bedeutung haben.

5.1.2 Verantwortung des Verwaltungsrates für die Gesamtrisikolage und die Abdeckung durch Eigenkapital

Neben der Verantwortung für das System des Risikomanagements muss der Verwaltungsrat auch das Gesamtrisiko des Unternehmens beachten[49]. Dabei muss er dafür sorgen, dass die gesamten, mit dem Unternehmen verbundenen Risiken die Risikofähigkeit des Unternehmens nicht überschreiten. Letztlich hat der Verwaltungsrat darauf zu achten, dass das Eigenkapital, das dem Unternehmen als Risikopuffer dient, genügend hoch ist, um die dem Unternehmen nach allen Optimierungsschritten verbleibenden Risiken abzu-

[49] "Value at Risk".

decken. Muss der Verwaltungsrat feststellen, dass das Gesamtrisiko vom vorhandenen Eigenkapital nicht abgedeckt werden kann, so muss er Massnahmen ergreifen, um die Risiken wieder auf ein für das Unternehmen tragbares Mass zu reduzieren, indem er z.B. auf risikoreiche Wachstumsstrategien, Tätigkeitsfelder oder Investitionen verzichtet.

5.2 Welchen Risiken muss der Verwaltungsrat Rechnung tragen?

Der Verwaltungsrat muss im Rahmen des Risikomanagements allen Risiken Rechnung tragen, welche sich auf die Ergebnisse oder die Eigenkapitalposition des Unternehmens in signifikanter Weise auswirken können. Dabei handelt es sich insbesondere um folgende Risiken:

- ***Risiken bezüglich der eigenen Strategie und der Umsetzung***

  In diesem Bereich stellt sich insbesondere die Frage, ob die eigene Strategie tatsächlich zielführend ist oder ob es Faktoren gibt, die dazu führen können, dass die angestrebte Ausrichtung nicht oder nur eingeschränkt profitabel ist. Neben den grundsätzlichen Risiken, die mit der Strategie verbunden sind, müssen aber auch Risiken betrachtet werden, die bei der Umsetzung der gewählten Strategie auftreten können; insbesondere können Umstrukturierungs- und Change-Prozesse zu Problemen führen, die für ein Unternehmen existenzbedrohend sind oder zumindest die Profitabilität stark vermindern.

- ***Operative Risiken***

  In der operativen Geschäftstätigkeit kann es zu einer Reihe von Risiken kommen, die intern bedingt sind (Fehlkalkulation, technologische Probleme, Beherrschung von Produktionsprozessen, Verlässlichkeit von Software etc.) oder externe Ursachen haben (Schwankungen im Bestellungseingang, Modeströmungen bei Produkten, Zahlungsunfähigkeit wichtiger Kunden etc.). Die operativen Risiken sind bei den einzelnen Unternehmen sehr unterschiedlich und hängen vom Businessmodell sowie auch von den betrieblichen Prozessen ab, weshalb praktisch jedes Unternehmen unterschiedliche Risikobereiche hat.

- ***Compliance und Rechnungswesen***

  In diesem Bereich kann es Risiken geben, wobei die oben dargestellten Compliance- und Aufsichtsmassnahmen sowie das interne Kontrollsystem diese Risiken bereits erheblich reduzieren. Der Verwaltungsrat muss daher vor allem die Wirksamkeit dieser Massnahmen und das nach diesen Massnahmen verbleibenden Restrisiko beurteilen.

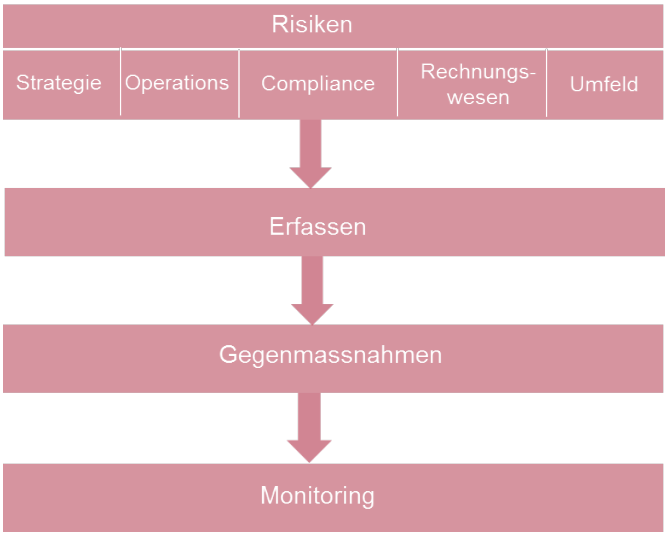
- ***Veränderungen im Umfeld des Unternehmens***

  Risiken können sich auch aus dem Umfeld des Unternehmens ergeben; diese können sich entweder im operativen Bereich zeigen, weil z.B. Konkurrenten Massnahmen ergreifen, die das Unternehmen schädigen können, oder weil z.B. eine Rezession zu geringerer Nachfrage und höheren Debitorenausfällen führt. Veränderungen des Umfeldes können sich aber auch im strategischen Bereich auswirken, weil Technologie oder Businessmodell der Gesellschaft durch neuere Entwicklungen oder strukturelle Änderungen von Nachfrage bzw. Angebot obsolet werden.

Ein Unternehmen und sein Verwaltungsrat können Risiken nicht völlig vermeiden. Risiken sind letztlich unabdingbarer Teil jeder unternehmerischen Tätigkeit, und die Bereitschaft, Risiken einzugehen bzw. Risiken zu tragen, ist häufig auch Basis des unternehmerischen Erfolgs. Der Verwaltungsrat muss aber dafür sorgen, dass die Risiken im Unternehmen erfasst werden. Auf dieser Basis können dann Massnahmen ergriffen werden, um die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung zu reduzieren oder um Risiken auf Dritte zu transferieren[50]. Die Wirksamkeit dieser Massnahmen und die Entwicklung der betreffenden Risiken müssen als Teil des Risikomanagementprozesses in einem konsequenten Monitoring laufend überprüft werden.

5.3 Der Risikomanagementprozess

In den oben dargestellten Risikobereichen muss ein strukturierter Managementprozess definiert werden, der es erlaubt, Risiken zu erfassen und Massnahmen zur Reduktion von Risiken umzusetzen. Dieser kann wie folgt dargestellt werden:



Der Risikomanagementprozess ist nicht allein Sache von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung, da Risiken auf jeder Stufe des Unternehmens entstehen und behandelt werden müssen; der Risikomanagementprozess muss vielmehr im gesamten Unternehmen umgesetzt werden.

---

50 Durch Versicherungsdeckung, Alternative Risk Transfer etc.

5.4 Praktische Ansätze zur Umsetzung des Risikomanagementprozesses

5.4.1 Risikomanagement

Das Risikomanagement muss auf allen Stufen der Unternehmensführung umgesetzt werden, die mit Risiken in Berührung kommen, und muss die Risiken steuern können. Die Instrumente, die eingesetzt werden, müssen deshalb auf unterschiedlichen Stufen des Unternehmens anwendbar sein: Risikoinventar. Wie oben dargestellt, beginnt der Risikomanagementprozess mit der Erfassung von Risiken. Ein guter Ansatz zur Erfassung von Risiken ist, dass Führungseinheiten des Unternehmens, d.h. Betriebe, Abteilungen, Divisionen, Länderorganisationen etc., die für sie relevanten Risiken periodisch erfassen, bewerten und auch die Wahrscheinlichkeit des Eintretens eruieren. Daraus können die betreffenden Führungseinheiten ein Risikoinventar erstellen, das nach quantitativer Grösse und Wahrscheinlichkeit des Risikos gegliedert ist.

Die Erfassung von Risiken in den einzelnen Führungseinheiten erfordert immer auch eine gewisse Fantasie bzw. die Anwendung von Szenario-Techniken ("was wenn…"), da die grössten Risiken ja häufig in den Bereichen auftreten, in denen man nicht mit Problemen rechnet bzw. in denen es seit längerer Zeit schon nicht mehr zu Problemen gekommen ist – ohne "out-of-the-box thinking" bleibt ein Risikoinventar unvollständig.

Risikoinventare sollten dann in der Reporting Line zusammengefasst bzw. mit höheren Schwellenwerten verdichtet werden. Diese Risikoinventare können hierarchisch bis zur Führungsstufe des Verwaltungsrates verdichtet werden, so dass die grössten Risiken vom Verwaltungsrat wahrgenommen werden.

5.4.2 Massnahmen zur Reduktion der Risiken

Ein Risikoinventar ist natürlich nur sinnvoll, wenn in diesem Dokument auch die Massnahmen definiert werden, die zur Senkung bzw. Bewältigung der betreffenden Risiken zur Anwendung kommen. Als Massnahmen kommen insbesondere in Frage:

- ***Sicherungsmassnahmen***

  Viele Risiken können durch interne Massnahmen beschränkt werden. Betriebsunfälle können durch die konsequente Umsetzung von Sicherheitsvorschriften reduziert bzw. vermieden werden, das Risiko von Rechtsverstössen kann durch Umsetzung der vorne dargestellten Compliance-Massnahmen eingegrenzt werden und verschiedene andere operative Risiken können durch die Optimierung interner Prozesse vermindert werden[51].

[51] Z.B. Verlustrisiken, die durch hohe Lagerbestände entstehen, können durch eine bessere Steuerung der Produktion und Just-in-Time-Systeme vermindert werden, Zins- und Währungsschwankungen durch währungskongruente Finanzierung bzw. Herstellung im betroffenen Währungsraum aufgefangen werden.

– ***Risk Transfer: Hedging/Versicherung***

Viele Risiken, die auf externe Einflüsse zurückgehen, können versichert werden[52]. Andere Risiken können durch Hedging-Strategien[53] aufgefangen werden. Massnahmen, mit denen das Risiko auf Dritte übertragen werden, führen allerdings immer zu Kosten, da in ökonomischer Sicht immer eine "Versicherungsprämie" für die Risikoübernahme bezahlt werden muss. Daher müssen die Kosten für den Risikotransfer immer mit dem tatsächlichen Risiko verglichen werden.

– ***Verzicht auf bestimmte Aktivitäten***

Die Risikoanalyse kann auch ergeben, dass die mit einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit verbundenen Risiken so gross sind, dass sie die Risikofähigkeit des Unternehmens überschreiten. Derartige Aktivitäten müssen eingestellt werden[54].

Durch die Verbindung von Risikoinventar und Massnahmenplan können Geschäftsleitung und Verwaltungsrat das Restrisiko beurteilen, das nach dem Einsatz der betreffenden Risikomanagementmassnahmen verbleibt. Bei diesen Massnahmen setzt dann natürlich auch das Monitoring ein, bei dem überprüft wird, inwieweit Massnahmen tatsächlich umgesetzt werden und das Risiko tatsächlich eingeschränkt wird.

5.4.3 Risikoabschätzung bei Entscheiden über Investitionen und Projekte

Wenn ein Unternehmen eine Investition macht oder ein neues Projekt beginnt, muss es die mit dem betreffenden Projekt verbundenen Risiken im Rahmen des Entscheidungsprozesses berücksichtigen. Daher sollten Investitions- und Projektanträge immer mit einer Risikoanalyse und der Aufstellung der betreffenden Risiken verbunden sein.

Gerade bei grossen Projekten, die für das Unternehmen eine strategische Bedeutung haben oder erhebliche Mittel binden, sind Risikoüberlegungen notwendig und erhöhen die Qualität des Entscheidungsprozesses erheblich. Dabei sollten nicht nur Risiken bei der Umsetzung der betreffenden Projekte betrachtet werden[55], sondern die betreffenden Risiken sollten auch in die Investitionsrechnung bzw. die Kosten-/Nutzen-Analyse einbezogen werden. Zu diesem Zweck ist es meist notwendig, im Sinne der Szenario-Technik einen Best-, einen Base- und einen Worst-Case bezüglich der Realisierung von Risiken zu erarbeiten. Dabei ist es wichtig, dass diese unterschiedlichen Entwicklungsoptionen nüchtern beurteilt werden. Die Erfahrung zeigt leider, dass die entsprechenden Szenarien aufgrund unseres natürlichen "Optimism Bias" häufig zu optimistisch sind; häufig werden Best-, Base- und Worst-Case zu positiv gesehen. Hier hilft nur eine Risikoanalyse durch Personen, die nicht direkt mit dem betreffenden Projekt verbunden sind. Eine "Best Practice" in diesem Gebiet ist die Beurteilung grosser Projekte durch ein Investment oder Project Committee, das sich aus Personen zusammensetzt, die nicht mit dem Projekt verbunden sind – bei grossen Projekten kann diese Funktion auch vom Verwaltungsrat

---

52 Elementarschäden, Haftpflichtansprüche Dritter etc.

53 Zins- und Währungsschwankungen.

54 Viele Banken haben z.B. die Betreuung von amerikanischen Kunden eingestellt, da die regulatorischen und steuerlichen Risiken, die mit derartigen Kunden verbunden sind, im Vergleich zum möglichen Ertrag zu gross sind.

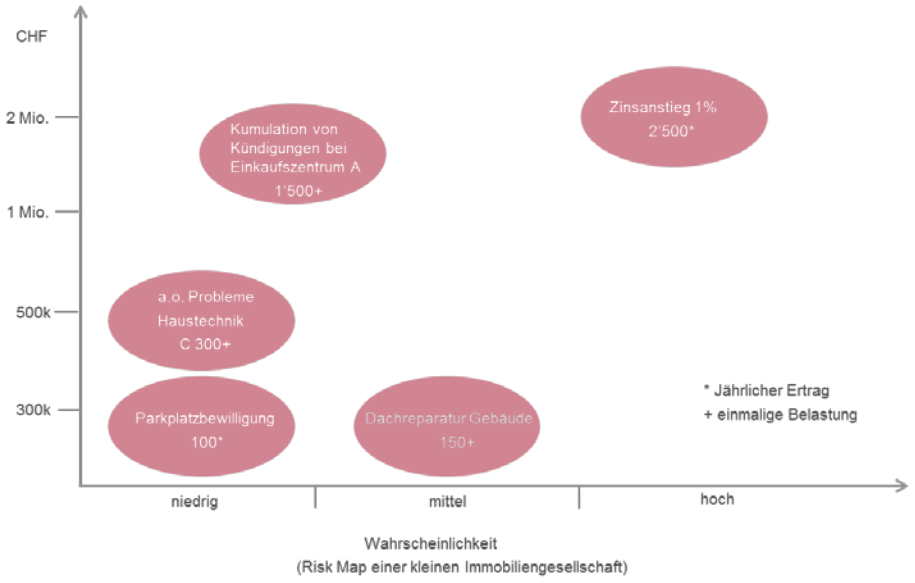
55 Technische Probleme, Kostenüberschneidungen, Probleme mit den involvierten dritten Parteien, rechtliche Fragen etc.

wahrgenommen werden, der eine gewisse Distanz zur operativen Führung hat und deshalb eine kritischere Beurteilung vornehmen kann.

Bei der projektbezogenen Risikobeurteilung ist wesentlich, dass die identifizierten Risiken nicht reine Theorie bleiben, sondern in der Beurteilung bzw. Bewertung des Projektes auch berücksichtigt werden und das Unternehmen die mit dem Projekt verbundenen Risiken von Anfang an richtig steuert bzw. auf Projekte verzichtet, wenn es die betreffenden Risiken nicht tragen kann.

5.4.4 Grafische Darstellung im Wolkenmodell

Um die im Unternehmen existierenden Risiken bewusst zu machen, ist es oft nützlich, die in den Risikoinventaren aufgeführten Risiken im Rahmen eines "Wolkenmodells" grafisch nach Grösse und Eintretenswahrscheinlichkeit darzustellen. Die Grösse der "Wolke" zeigt dabei den absoluten Wert des Risikos, d.h. das Produkt von Wahrscheinlichkeit und Höhe des Schadens. Eine derartige Grafik erleichtert es vor allem dem Verwaltungsrat, die für seine Stufe wesentlichen Risiken besser einzuschätzen.



6. Die Rolle des Verwaltungsrates bei einer Krise des Unternehmens[56]

- *Die Pflichten des Verwaltungsrates akzentuieren sich bei einer Krise des Unternehmens, da der Verwaltungsrat in einem derartigen Fall häufig Massnahmen auf strategischer Ebene einleiten und zum Teil auch Defizite der Geschäftsleitung kompensieren muss.*
- *Im Rahmen der Oberleitungspflicht muss der Verwaltungsrat selbst Sanierungsmassnahmen und -konzepte erarbeiten bzw. die entsprechenden Weisungen erlassen und auch die Umsetzung überwachen.*
- *Im Rahmen seiner Kompetenzen im Bereich des Rechnungswesens muss der Verwaltungsrat sicherstellen, dass er den Zustand des Unternehmens und insbesondere eine allfällige Überschuldung zeitnah erkennen kann; die Finanzplanung muss in den Dienst der Sanierungsplanung gestellt werden.*
- *Im Rahmen seiner Organisationskompetenz muss der Verwaltungsrat die Zweckmässigkeit der Organisation analysieren und auch die Besetzung der obersten Führungsebene kritisch überprüfen.*
- *In einer finanziellen Krise muss der Verwaltungsrat vor allem auch seine Pflichten bei Unterbilanz und Überschuldung beachten; decken die Aktiven zwar noch das Fremdkapital, aber weniger als 50% des Aktien- und Partizipationsscheinkapitals sowie der gesetzlichen Reserven, hat der Verwaltungsrat eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsvorschläge zu unterbreiten. Decken die Aktiven das Fremdkapital nicht mehr, so hat der Verwaltungsrat den Konkurs der Gesellschaft einzuleiten.*
- *Wenn sich der Verwaltungsrat um eine Sanierung bemüht, muss er sich zum Teil mit neuen rechtlichen Rahmenbedingungen auseinandersetzen, die seine Handlungsfähigkeit beschränken: Er muss insbesondere die Vorschriften über Anfechtungsklagen, Konkursdelikte und das Haftungsrisiko aus Verantwortlichkeitsklage bei Konkursverschleppung und Verminderung der Aktiven kennen.*
- *Krisen führen zu einer stärkeren Beanspruchung des Verwaltungsrates. Aufgrund seiner gesetzlichen Pflichten ist der Verwaltungsrat aber unabhängig von der Höhe des Honorars gezwungen, sich dem Problem der Gesellschaft anzunehmen, und muss sich die entsprechenden Zeitreserven schaffen; vernachlässigt der Verwaltungsrat in der Krise aus Zeitmangel oder fachlicher Überforderung die Gesellschaft, so erhöht dies sein Haftungsrisiko massiv.*

Die in Ziff. B.3 vorne dargestellten unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrates akzentuieren sich bei einer Krise des Unternehmens, d.h. wenn die positive Entwicklung oder sogar die Existenz des Unternehmens aufgrund externer oder interner Probleme in Frage gestellt sind. Krisen, d.h. Probleme, die das Unternehmen gefährden und die nicht auf rein operativer Ebene gelöst werden können, haben oft unterschiedliche Ursachen. Bei einer schlechten Konjunkturentwicklung stehen finanzielle Krisen im Vordergrund,

---

[56] Detaillierte Ausführungen zu den Aufgaben des Verwaltungsrates in einer Krisensituation, die Möglichkeit einer privatrechtlichen Sanierung sowie das Vorgehen in einem Nachlass bzw. Konkurs finden sich in der Walder Wyss-Broschüre "Sanierung und Restrukturierung von Unternehmen".

bei denen das Unternehmen aufgrund von Ertrags- oder Refinanzierungsproblemen nicht mehr über die finanziellen Ressourcen verfügt, die zu seiner Aufrechterhaltung oder Weiterentwicklung notwendig sind. Wenn die Geschäftsleitungsorgane aus irgendeinem Grund das Vertrauen des Verwaltungsrates oder des Kapitalmarktes bzw. der Geschäftsführung verloren haben, kann sich aber auch – zum Teil unabhängig vom finanziellen Zustand der Gesellschaft – eine Führungskrise entwickeln. Andere Unternehmen dagegen geraten in eine PR-Krise, weil geschäftlich z.T. unbedeutende Handlungen zu massiver Medienkritik und zu einem allgemeinen Vertrauensverlust führen.

Krisensituationen werden letztlich zum Prüfstein für den Verwaltungsrat und für die Corporate Governance, da der Verwaltungsrat in einer Krise wesentlich aktiver werden muss als in einer Normalsituation. Merkmal einer Krise ist ja gerade, dass die Geschäftsleitungsorgane die anstehenden Probleme selber nicht mehr bewältigen können, da strategische Entscheide notwendig sind oder – wie gerade bei Führungs- und PR-Krisen – die Geschäftsleitung selbst Teil des Problems ist. In einem derartigen Fall akzentuieren sich natürlich die Aufgaben des Verwaltungsrates, da er im Rahmen seiner strategischen Kompetenzen Lösungsansätze erarbeiten bzw. im Rahmen seiner Oberleitungs- und Oberaufsichtspflicht die Defizite der Geschäftsleitungsorgane kompensieren muss.

6.1 Die Pflicht, die Existenz der Gesellschaft zu erhalten

Gemäss Art. 717 OR hat der Verwaltungsrat die grundlegende Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren[57]. Dies verpflichtet ihn bei einer Krise insbesondere dazu, Massnahmen einzuleiten, um die Existenz der Gesellschaft zu erhalten, d.h. um die Liquidität sicherzustellen, die Ertragskraft durch Restrukturierungen zu stärken und auch das Eigenkapital wiederherzustellen.

Diese Verpflichtung, in einer Krise Sanierungsschritte einzuleiten, um das Unternehmen zu erhalten, tritt allerdings in den Hintergrund, wenn das Eigenkapital der Gesellschaft durch Verluste aufgezehrt ist, da in diesem Zeitpunkt gemäss Art. 725 OR das Interesse der Gläubiger an einer schnellen Konkursliquidation der Gesellschaft und der entsprechenden Begrenzung der Verluste in den Vordergrund tritt. Der Verwaltungsrat hat deshalb in dieser Situation die Pflicht, sofort den Konkurs einzuleiten[58]. Damit lässt sich die Zeit, in der der Verwaltungsrat für eine Sanierung zu sorgen hat, eingrenzen: Er hat diese Pflicht vom Zeitpunkt an, in dem er die Schwierigkeiten des Unternehmens erkennt oder erkennen müsste, bis zu dem Zeitpunkt, in dem er die Überschuldung feststellt bzw. bei einer normalen Sorgfalt feststellen müsste[59].

6.2 Die unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates in der Krisensituation

Die oben in Ziff. B.3 dargestellten unentziehbaren und unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrates akzentuieren sich in der Krisensituation stark, da der Verwaltungsrat gerade im Bereich dieser Pflichten gefordert wird:

---

57 Dazu im Einzelnen Ziff. B.2.1 vorne.

58 Im Einzelnen zu den Verpflichtungen des Verwaltungsrates bei einer Überschuldung Ziff. B.6.3.3 hinten.

59 Wie in Ziff. B.6.3.5 hinten dargestellt, hat der Verwaltungsrat in diesem Zeitpunkt allerdings noch eine kurze Zeitspanne zur Verfügung, um vor der Konkursanmeldung eine Sanierung einzuleiten, und kann anstelle der Konkursanmeldung auch noch im Rahmen des Nachlassverfahrens eine Sanierung herbeiführen.

6.2.1 Oberleitungs- und Oberaufsichtspflicht

In einer Krise des Unternehmens kann sich der Verwaltungsrat nicht mehr darauf beschränken, die Umsetzung der bestehenden Strategie zu überwachen, oder diese Strategie organisch weiterzuentwickeln. Er muss vielmehr selbst aktiv Massnahmen zur Bewältigung der Krise einleiten. Bei einer finanziellen Krise muss er insbesondere Massnahmen ergreifen, die der Erhaltung der Liquidität, der Wiedererlangung der Ertragskraft und, soweit dies notwendig ist, der Wiederherstellung des Eigenkapitals dienen.

Der Verwaltungsrat kann Konzepte zur Bewältigung einer Krise auch von Dritten oder von der Geschäftsleitung erarbeiten lassen, wobei die Erarbeitung durch die Geschäftsleitung allerdings oft nicht sinnvoll ist. Häufig ist die Geschäftsleitung ja selbst Teil des Problems bzw. hat das Unternehmen in die Krise geführt und hat daher häufig auch nicht genügend Distanz zur bisherigen Art der Geschäftsführung, um Erfolg versprechende Massnahmen zu entwickeln. In vielen Fällen ist es daher dem Verwaltungsrat bei der Entwicklung von Massnahmen nicht möglich, auf die Geschäftsleitung zurückzugreifen, so dass er entweder selber tätig werden oder einen Dritten beauftragen muss.

Ist das Konzept zur Krisenbewältigung festgelegt worden, so muss der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Aufsichtskompetenz die Umsetzung kontrollieren und – falls keine Fortschritte erzielt werden – selbst korrigierend eingreifen. Erfahrungsgemäss ist dies vor allem dann notwendig, wenn unpopuläre Massnahmen durchgeführt werden müssen, wie z.B. die Entlassung einer grossen Zahl von Mitarbeitern, oder wenn die Geschäftsleitung gezwungen wird, Tätigkeitsbereiche oder Projekte aufzugeben, welche sie selbst entwickelt hat.

Bei einer finanziellen Krise muss der Verwaltungsrat nicht nur Massnahmen zur Bekämpfung der Symptome anordnen, sondern auch die Übereinstimmung zwischen Strategie und verfügbaren Mitteln kritisch analysieren. Muss er dabei feststellen, dass die Ressourcen des Unternehmens zur Umsetzung der Strategie nicht genügen, so muss er die Strategie neu festlegen, was im Allgemeinen zu einer Redimensionierung des Geschäfts führt. Gerade derartige – zum Teil sehr schmerzhafte Schritte – müssen frühzeitig und konsequent eingeleitet werden, da häufig allein ein konsequenter Strategiewechsel das Überleben des Unternehmens sichern kann. In diesem Sinne muss sich der Verwaltungsrat bei einer Krise von früheren Vorstellungen und Visionen befreien und Strategien entwickeln, die den Umständen angepasst sind. Gerade die Fähigkeit, die Zeichen zu erkennen und Strategiewechsel frühzeitig einzuleiten, kennzeichnet einen guten Verwaltungsrat und bringt dem Unternehmen echten Mehrwert, da der Geschäftsleitung häufig die kritische Distanz zur eigenen Strategie fehlt und es ihr damit enorm schwer fällt, einen radikalen Wechsel zu vollziehen.

6.2.2 Festlegung der Organisation, Bestimmung der obersten Führungsebene

Auch diese Kompetenz des Verwaltungsrates hat im Falle einer Krise eine erhöhte Bedeutung. Bei einer Führungs- oder PR-Krise, in der die Geschäftsleitung Teil des Problems ist, muss der Verwaltungsrat die Konsequenzen ziehen und gegebenenfalls die Geschäftsleitung neu besetzen. Auch bei finanziellen Krisen muss der Verwaltungsrat die personelle Besetzung der Geschäftsleitung überprüfen, falls die Krise auf das Unvermö-

gen der Geschäftsleitung zurückzuführen ist oder die bestehende Geschäftsleitung unfähig ist, die zur Krisenbewältigung notwendigen harten Massnahmen durchzusetzen.

Wenn die Defizite der Geschäftsleitung sehr gross sind und die Zeit zum Ersatz nicht reicht, so muss der Verwaltungsrat in letzter Konsequenz die Delegation der Geschäftsführungsfunktion aufheben und selbst wieder die Geschäftsführung übernehmen, da die weitere Delegation der Geschäftsführungsfunktion bei grossen Führungsdefiziten der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates widerspricht. In der Praxis übernimmt der Verwaltungsrat in derartigen Situationen allerdings höchst selten kollektiv die Verantwortung für die Geschäftsführung, sondern wählt eines seiner Mitglieder interimistisch zum Delegierten, so dass dieses bis zur Wahl einer neuen Geschäftsleitung die Geschäftsführungsfunktion übernimmt.

In der Krisensituation muss der Verwaltungsrat aber auch analysieren, ob die für das Unternehmen gewählten Organisationsstrukturen zur Bewältigung der anstehenden Krise und zur Vermeidung zukünftiger Krisen geeignet sind. Zum Teil kommt es ja zu Krisen, weil Probleme, die zu Beginn noch zu bewältigen wären, wegen ungeeigneter Führungsstrukturen verschleppt werden und deshalb übermässige Dimensionen annehmen. Bei finanziellen Krisen muss sich der Verwaltungsrat häufig aber auch die Frage stellen, ob die Führungsorganisation nicht zu gross oder zu komplex ist und ob durch eine Straffung der Führungsorganisation Effizienzsteigerungen und Einsparungen erzielt werden können.

6.2.3 Rechnungswesen und Finanzplanung

In einer finanziellen Krisensituation muss der Verwaltungsrat gerade im Finanzbereich eine aktive Haltung einnehmen. Im Rahmen seiner Pflicht zur zweckmässigen Ausgestaltung des Rechnungswesens muss der Verwaltungsrat in der Krisensituation insbesondere sicherstellen, dass er die Informationen erhält, die notwendig sind, um die Situation der Gesellschaft und vor allem auch die Gefahr einer Überschuldung zu beurteilen. Da der Verwaltungsrat im Bereich der Organisation und des Rechnungswesens über umfassende Kompetenzen verfügt und daher auch die Möglichkeit hat, die Ressourcen des Rechnungswesens zur Abklärung einer allfälligen Überschuldung einzusetzen, kann er sich bei einer späteren Haftungsklage nicht darauf berufen, dass es ihm wegen Mängel des Rechnungswesen gar nicht möglich gewesen sei, die Überschuldung der Gesellschaft zu erkennen.

Im Bereich der Finanzplanung hat der Verwaltungsrat demgegenüber sicherzustellen, dass diese konsequent in den Dienst der Sanierungsziele gestellt wird und alle Möglichkeiten zur Wiederherstellung und Sicherung der Liquidität und des Eigenkapitals analysiert werden.

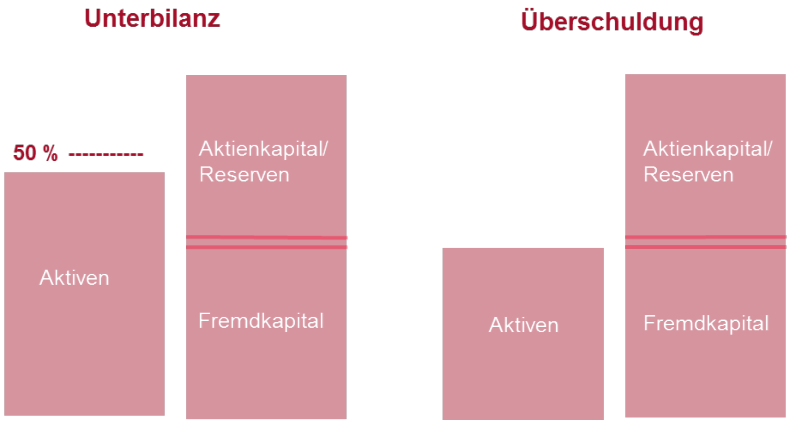
6.3 Die Pflichten des Verwaltungsrates bei Unterbilanz und Überschuldung

Das Obligationenrecht sieht für den Verwaltungsrat spezielle Pflichten vor, die an die Bilanzentwicklung der Gesellschaft anknüpfen: Weist die Gesellschaft eine Unterbilanz auf, bei der weniger als 50% des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven durch Aktiven gedeckt sind, so muss der Verwaltungsrat der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen vorschlagen; ist die Gesellschaft überschuldet, so muss der Verwaltungsrat dagegen den Konkurs beantragen oder ein Nachlassverfahren einleiten.

Während die Sanierungspflicht bei Unterbilanz ein rudimentäres Frühwarnsystem für den Verwaltungsrat und die Aktionäre darstellt, stellt die Pflicht zur Konkursanmeldung eine absolute Grenze für die Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrates dar. Wenn eine Aktiengesellschaft kein Eigenkapital mehr hat und damit die Deckung der Gläubiger akut gefährdet ist, so muss der Verwaltungsrat die Sanierungsbemühungen beenden und den Konkurs der Gesellschaft herbeiführen bzw. durch die Einleitung eines Nachlassverfahrens die Sanierung der Gesellschaft in die Hände der Gläubiger legen. Der Gesetzgeber hat diese Grenze für Sanierungsbemühungen vorgesehen, um zu vermeiden, dass durch weitere Sanierungsbemühungen das Haftungssubstrat der Gläubiger noch weiter vermindert wird.

6.3.1 Unterbilanz und Überschuldung

Eine Unterbilanz liegt vor, wenn die Aktiven einer Gesellschaft zwar noch das gesamte Fremdkapital decken, aber das Aktien- und Partizipationsscheinkapital der Gesellschaft und die in der Bilanz ausgewiesenen gesetzlichen Reserven nicht mehr vollständig gedeckt werden. Eine Überschuldung liegt dagegen vor, wenn die Aktiven nicht mehr das gesamte Fremdkapital decken.



6.3.2 Pflichten des Verwaltungsrates bei einer Unterbilanz

Sofern aufgrund der letzten Jahresrechnung weniger als 50% des Aktien- und Partizipationsscheinkapitals und der gesetzlichen Reserven durch die Aktiven gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 1 OR unverzüglich eine Generalversammlung einberufen, diese über die Sachlage orientieren und Sanierungsmassnahmen – wie z.B. die Herabsetzung und Wiedererhöhung des Kapitals – vorschlagen. Der Verwaltungsrat ist allerdings dann nicht verpflichtet, eine Generalversammlung einzuberufen, wenn die 50% Grenze zwar unterschritten wird, der Verwaltungsrat die Bilanzsituation aber selbst durch geeignete Massnahmen wie die Veräusserung von Aktiven über dem Buchwert oder die Aufwertung von Beteiligungen bzw. Liegenschaften im Sinne von Art. 670 OR korrigieren kann.

Obwohl der Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR allein an der letzten Jahresrechnung anknüpft, geht die aktienrechtliche Lehre heute davon aus, dass der Verwaltungsrat auch die

Pflicht hat, eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen, wenn eine Zwischenbilanz zeigt, dass weniger als 50% des Aktien- und Partizipationsscheinkapitals sowie der gesetzlichen Reserven durch die Aktiven der Gesellschaft gedeckt sind. Hat der Verwaltungsrat aufgrund betrieblicher Verluste oder einer Entwertung der Aktiven begründeten Anlass zur Befürchtung, dass eine derartige Unterbilanz vorliegen könnte, so muss er eine Zwischenbilanz erstellen, um abzuklären, ob tatsächlich weniger als 50% des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven gedeckt sind.

Liegt wegen Verlusten eine Unterbilanz vor, erreichen die Aktiven aber immerhin noch mehr als 50% des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven, so ist der Verwaltungsrat nicht verpflichtet, der Generalversammlung Massnahmen zur Bilanzsanierung vorzuschlagen. Aus seiner allgemeinen Verpflichtung, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, und auch aus der Verantwortung für die Finanzplanung der Gesellschaft[60] ergibt sich aber in einer derartigen Situation dennoch die Pflicht, Schritte zur Sanierung der Gesellschaft zu ergreifen bzw. durch geeignete betriebliche und organisatorische Massnahmen sicherzustellen, dass keine weitere negative Entwicklung eintritt.

6.3.3 Pflichten des Verwaltungsrates bei einer Überschuldung

Der Verwaltungsrat hat im Rahmen einer Überschuldung folgende Aufgaben:

– ***Erstellung einer Zwischenbilanz bei Überschuldungsgefahr***

  Hat der Verwaltungsrat Grund zur Annahme, dass die Gesellschaft überschuldet ist, d.h. dass die Aktiven der Gesellschaft das Fremdkapital nicht mehr decken, so muss er gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz erstellen und diese von einem zugelassenen Revisor prüfen lassen, um festzustellen, ob die Gesellschaft tatsächlich überschuldet ist. Der Verwaltungsrat darf sich aufgrund dieser Bestimmung nicht darauf beschränken, anhand des Jahresabschlusses zu überprüfen, ob eine Überschuldung vorliegt; er muss vielmehr auch schon bei Umständen, die während des Geschäftsjahres auf eine erhebliche Verschlechterung der Bilanzsituation hindeuten, reagieren und eine Zwischenbilanz erstellen. So sollte der Verwaltungsrat insbesondere bei einem anhaltenden Cash Drain, bei Preiszusammenbrüchen auf den für das Unternehmen wesentlichen Märkten oder bei einer wesentlichen Verschlechterung der Liquiditätsposition eine Zwischenbilanz erstellen.

– ***Erstellung der Zwischenbilanz zu Weiterführungswerten***

  Diese Zwischenbilanz wird grundsätzlich zu Fortführungswerten errichtet, d.h. zu den Werten, die den Aktiven und Passiven bei einer Fortführung des Unternehmens zukommen.

  Die Fortführungswerte für die Zwischenbilanz gemäss Art. 725 Abs. 2 OR werden grundsätzlich nach den gleichen Regeln ermittelt wie die handelsrechtlichen Bilanzwerte in der Jahresrechnung. Aktiven des betriebsnotwendigen Anlagevermögens einschliesslich der für das Unternehmen notwendigen Immaterialgüter können daher

---

[60] Vgl. dazu im Einzelnen Ziff. B.3.3 vorne.

zu Buchwerten abzüglich der altersbedingten Abschreibungen bilanziert werden[61]; nicht betriebsnotwendiges Anlagevermögen darf dagegen nur zu dem Wert, der bei einem Verkauf erzielt werden kann, aktiviert werden. Das Umlaufvermögen kann ebenfalls zu historischen Werten aufgeführt werden. Hierbei müssen allerdings Vorräte, die nicht mehr verarbeitet bzw. verkauft werden können und zu Liquidationswerten aufgeführt werden müssen, und Debitoren, die nicht mehr eingebracht werden können, abgeschrieben werden. In folgenden Punkten kann bei der Beurteilung der Überschuldung von den handelsrechtlichen Bilanzen bzw. vom Prinzip der Stetigkeit abgewichen werden[62]:

- Ist die Einstellung eines Teils der Aktivitäten geplant, so dürfen in diesem Bereich nur Veräusserungswerte berücksichtigt werden, wobei auch die mit der Schliessung verbundenen Kosten passiviert werden müssen. Damit ist es auch möglich, wertvolle Teile des Anlagevermögens zu Veräusserungswerten aufzuführen und allenfalls vorhandene stille Reserven zu aktivieren, wenn sich die Gesellschaft vor der Erstellung der Bilanz entscheidet, die betreffenden Aktiven zu verkaufen;
- Beteiligungen und Liegenschaften können m.E. zu Verkehrswerten eingesetzt werden, da diese Aktiven gemäss Art. 670 OR zum Zwecke der Bilanzsanierung bis zum Verkehrswert aufgewertet werden können;
- Betriebswirtschaftlich nicht notwendige Rückstellungen und übermässige Abschreibungen können aufgelöst werden.

Bei einer allfälligen Unterbewertung des Warenlagers kann m.E. eine Aufwertung vorgenommen werden, da diese stille Reserve durch die Verbuchung eines entsprechend tieferen Warenaufwandes in der Folgeperiode ohnehin aufgelöst werden könnte, was zu einer entsprechenden Erhöhung der Aktiven führen wird.

– ***Bilanz zu Veräusserungswerten bei Überschuldung nach Fortführungswerten***

Sollte sich in der zu Fortführungswerten erstellten Bilanz eine Überschuldung zeigen, so muss eine zweite Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten erstellt werden d.h. zu den Werten, die den Aktiven und Passiven zukommen, wenn die Unternehmenstätigkeit eingestellt wird und sämtliche Aktiven unverzüglich veräussert werden. Bei einer derartigen Bilanz zu Veräusserungswerten müssen aber auch die mit der Betriebsschliessung verbundenen Kosten (Lohnfortzahlung an die Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist, Schadenersatzzahlungen an Abnehmer und Lieferanten etc.) berücksichtigt werden.

– ***Zwischenbilanz ausschliesslich nach Liquidationswerten, wenn die Fortführung des Geschäftes nicht gesichert ist***

---

61 Eine ausserordentliche Abschreibung ("Impairment") ist allerdings notwendig, wenn der so errechnete Bilanzwert höher ist als die Erträge, die mit dem betreffenden Aktivum während seiner restlichen Verwendungszeit erzielt werden können.

62 Diese Abweichungen ergeben sich aus dem besonderen Zweck der Zwischenbilanz gemäss Art. 725 Abs. 2 OR: Sie dient nicht zur Messung des Erfolges des Unternehmens und muss daher nicht dem Grundsatz der Kontinuität gehorchen, sondern stellt einen Status über Aktiven und Passiven der Gesellschaft dar und muss diese deshalb möglichst wertgetreu abbilden.

Sofern eine Gesellschaft aufgrund von Liquiditätsmangel oder aus anderen Gründen ihr Geschäft nicht weiterführen kann, muss der Verwaltungsrat über die Frage der Überschuldung allein aufgrund der in der Bilanz aufgeführten Veräusserungswerten entscheiden, da die Voraussetzungen für eine Bilanz zu Fortführungswerten in diesem Fall nicht gegeben sind.

– ***Prüfung der Zwischenbilanzen durch die Revisionsstelle***

Der Verwaltungsrat muss die von der Gesellschaft erstellten Zwischenbilanzen der Revisionsgesellschaft vorlegen, damit diese überprüfen kann, ob tatsächlich eine Überschuldung vorliegt. In der Praxis werden derartige Prüfungen wesentlich schneller durchgeführt als die jährliche Revision, da die Revisionsstelle nicht feststellen muss, ob die Zwischenbilanz richtig ist, sondern nur, ob tatsächlich eine Überschuldung vorliegt. Daher kann sie ihre Revisionshandlungen auf die für die Überschuldung relevanten Positionen beschränken und muss auch keine weiteren Abklärungen machen, wenn sich aufgrund der Prüfung der zentralen Positionen zeigt, dass tatsächlich eine Überschuldung vorliegt.

– ***Konkursanmeldung bei Überschulden***

Zeigt sich nach der Erstellung dieser Zwischenbilanzen, dass das Fremdkapital weder bei einer Bewertung zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten gedeckt ist, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, beim zuständigen Gericht die Konkurseröffnung zu beantragen. Die Konkursanmeldung muss unverzüglich nach der Bestätigung der Überschuldung durch die Revisionsstelle beantragt werden. Wie in Ziff. 6.3.4 dargestellt, kann allerdings nach der Gerichtspraxis noch einige Wochen zugewartet werden, wenn der Verwaltungsrat in dieser Zeit einen Sanierungsplan verfolgt, der reelle Chancen auf Erfolg hat und eine Verschlechterung der Situation der Gläubiger vermeidet.

6.3.4 Versäumnisse des Verwaltungsrates im Bereich von Art. 725 OR

Sollte der Verwaltungsrat trotz Erkenntnis der Überschuldung kein Konkursverfahren einleiten bzw. die Konkursanmeldung über die unten erwähnte zeitliche Grenze hinaus verzögern oder trotz deutlichen Hinweisen auf eine mögliche Überschuldung keine Zwischenbilanz erstellen und deshalb eine Überschuldung nicht erkennen, so haften die Mitglieder des Verwaltungsrates gemäss Art. 754 OR persönlich für den gesamten Schaden, der den Gläubigern bzw. der Gesellschaft durch eine Verzögerung der Konkurseröffnung entsteht. Ein derartiger haftungsbegründender Schaden entsteht der Gesellschaft bzw. den Gläubigern, wenn infolge der Verzögerung des Konkurses der Betrag der Nettoaktiven vermindert wird, weil in dieser Zeit weitere operative Verluste entstehen, die Aktiven sich noch stärker entwerten oder aus den vorhandenen Aktiven Schulden zurückbezahlt werden, so dass bei den im Konkurs verbleibenden Gläubigern die Deckungsquote geringer wird.

Durch das mit Art. 725 Abs. 2 OR verbundene Haftungsrisiko gerät der Verwaltungsrat in eine sehr unangenehme Position, wenn sich die Möglichkeit einer Überschuldung zeigt oder eine Überschuldung sogar feststeht. Einerseits muss sich der Verwaltungsrat aufgrund seiner Pflicht, die Interessen des Unternehmens zu wahren, um eine Sanierung be-

mühen, andererseits kann er aber nur durch eine schnelle Konkurseröffnung eine persönliche Haftung vermeiden. Der Zeitdruck, der wegen der persönlichen Verantwortung auf dem Verwaltungsrat lastet, ist eines der grössten Probleme, wenn die Sanierungsbemühungen erst in einem Zeitpunkt einsetzen, in dem bereits eine Überschuldung droht oder sogar besteht. Dieser Zeitdruck verhindert häufig die seriöse Analyse des Unternehmens und der möglichen Vorgehensvarianten und schränkt auch die Möglichkeit zu Verhandlungen mit Gläubigern, Aktionären und weiteren interessierten Dritten stark ein. Ein Verwaltungsrat, der sich angesichts einer drohenden oder bereits eingetretenen Überschuldung um eine Sanierung bemüht und mit Gläubigern und Aktionären Verhandlungen führt, trägt immer das Risiko, dass er von den Gläubigern in Anspruch genommen wird, falls es später doch noch zu einem Konkurs kommt und ihm dann vorgeworfen werden kann, dass er den Konkurs nicht rasch genug eingeleitet hat. Letztlich kann dieses Risiko aber nur dadurch vermieden werden, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung aufgrund früher Signale im Ertrags- und Liquiditätsbereich Sanierungsbemühungen einleiten, bevor es zur Gefahr einer Überschuldung kommt[63].

6.3.5 Konkursaufschub oder Nachlassstundung für Sanierungsverhandlungen

Sofern eine Gesellschaft überschuldet ist, der Verwaltungsrat aber Möglichkeiten einer Sanierung sieht, so hat der Verwaltungsrat folgende Alternativen, bei denen er seiner Pflicht aus Art. 725 OR nachkommen und einen sofortigen Konkurs vermeiden kann:

– ***Aufschub der Konkursanmeldung in der Verantwortung des Verwaltungsrates***

  Der Verwaltungsrat hat nach der schweizerischen Gerichtspraxis die Möglichkeit, trotz der Überschuldung mit der Konkursanmeldung kurze Zeit zuzuwarten, wenn er sich in dieser Zeit um die Sanierung bemüht und auch reelle Sanierungsaussichten bestehen[64]. Damit stehen dem Verwaltungsrat allerdings höchstens einige Wochen oder Monate zur Verfügung[65]. Will ein Verwaltungsrat nach der Entdeckung einer Überschuldung diesen kurzen Zeitraum zur Suche einer Sanierungsmöglichkeit nützen, so muss er nicht nur rasch handeln, sondern auch durch geeignete Massnahmen verhindern, dass die Gläubiger durch eine Verzögerung des Konkurses geschädigt werden. Um eine derartige Schädigung zu verhindern, muss der Verwaltungsrat letztlich aber der Geschäftsleitung das Eingehen neuer Verpflichtungen, die Veräusserungen von Aktiven und die Zahlung konkursrechtlich nicht privilegierter Forderungen verbieten. Diese Massnahmen, die notwendig sind, um das Haftungsrisiko des Verwaltungsrates zu begrenzen, schränken den Bewegungsspielraum der Geschäftsleitung in der Führung des Unternehmens enorm ein und führen meistens auch dazu, dass die Probleme des Unternehmens bei den Geschäftspartnern bekannt werden.

---

63 Voraussetzung für eine derartige schnelle Reaktion ist letztlich ein ausgebautes Management Information System, das Probleme früh signalisiert (dazu Ziff. B.4.3.1 vorne).

64 Vgl. dazu BGE 116 II 533.

65 Die konkrete Zeit hängt stark von der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ab. Führt die laufende Tätigkeit der Gesellschaft nicht zu einer weiteren Schädigung der Gläubiger, da z.B. ein positiver Cash Flow erwirtschaftet wird (dies kann dann der Fall sein, wenn die Überschuldung aufgrund einer Abschreibung des Anlagevermögens eintritt), so steht mehr Zeit zur Verfügung als bei einer Gesellschaft, bei der sich durch laufenden Cash Drain das den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungssubstrat stetig verkleinert.

Bei dieser Verschiebung der Konkursanmeldung übernimmt der Verwaltungsrat ein relativ grosses Haftungsrisiko, da ihm bei Misslingen der Sanierung, d.h. später im Konkurs vorgeworfen werden kann, dass er seine Pflicht aus Art. 725 OR verletzt hat, weil die Sanierungschance bei objektiver Betrachtung nur sehr gering war und deshalb keinen Aufschub gerechtfertigt hat oder weil trotz der Bemühung des Verwaltungsrates das Haftungssubstrat in der Zeit des Aufschubs reduziert worden ist. Ein derartiger Aufschub der Konkursanmeldung sollte daher nur gemacht werden, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Sanierung sehr gross ist. Der Verwaltungsrat sollte dabei auch die Sanierungsfortschritte in den Sanierungsverhandlungen wie auch die Massnahmen, mit denen er die Schädigung der Gläubiger verhindert, detailliert dokumentieren, um sich bei späteren Angriffen verteidigen zu können.

– ***Konkursanmeldung mit Konkursaufschub***

Um Zeit für Sanierungsverhandlungen zu gewinnen, hat der Verwaltungsrat auch die Möglichkeit, den Konkurs anzumelden, gleichzeitig aber gemäss Art. 725a OR Konkursaufschub zu verlangen. Ein derartiger Konkursaufschub wird gewährt, wenn der Verwaltungsrat darlegt, dass Aussicht auf Sanierung besteht, und dem Richter insbesondere auch einen realistischen Sanierungsplan vorlegt[66].

Nimmt der Verwaltungsrat eine Konkursanmeldung vor und wird dem Richter gleichzeitig ein Gesuch um Konkursaufschub gestellt, ist er seiner Pflicht zur Konkursanmeldung nachgekommen, hat aber während der Zeit des Konkursaufschubs die Möglichkeit, eine Sanierung vorzubereiten und durchzuführen. Die Veröffentlichung des Konkursaufschubs im Schweizerischen Handelsamtsblatt wirkt sich aber meist sehr nachteilig auf die Sanierungsbemühungen aus. Diese Publikation führt normalerweise dazu, dass sich alle Geschäftspartner von der betroffenen Gesellschaft zurückziehen bzw. nur noch gegen Vorauszahlung Leistungen erbringen, da die finanziellen Schwierigkeiten mit der Publikation des Konkursaufschubs öffentlich bekannt werden und jeder Geschäftspartner, der noch Geschäfte abschliesst, mit einem Verlust rechnen muss. Um derartige Probleme zu vermeiden, kann der Richter allerdings auf eine Veröffentlichung des Konkursaufschubs verzichten, sofern dadurch die Interessen Dritter nicht gefährdet werden. Im Rahmen eines Konkursaufschubs wird vom Konkursrichter auch ein Sachwalter bestimmt, dessen Kompetenzen vom Richter festgelegt werden und sich meistens nach dem Vorbild des Sachwalters im Nachlassverfahren richten.

– ***Nachlassstundung***

Als Alternative zur Konkursanmeldung bzw. zum Konkursaufschub hat der Verwaltungsrat aber auch die Möglichkeit, eine Nachlassstundung zu beantragen und damit ein Nachlassverfahren einzuleiten. Wählt der Verwaltungsrat dieses Vorgehen, so hat er seine Pflichten aus Art. 725 OR grundsätzlich erfüllt; die Gesellschaft hat aber im Rahmen des Nachlassverfahrens doch die Möglichkeit, eine Sanierung durchzuführen; im Gegensatz zum Konkursaufschub entscheiden aber nicht der Verwaltungsrat

---

66 Die Praxis zum Konkursaufschub ist allerdings in den einzelnen Kantonen sehr unterschiedlich. Während in der Westschweiz ein Konkursaufschub relativ schnell gewährt wird, ist es sehr schwierig, in der Deutschschweiz einen derartigen Aufschub zu erreichen.

und die Aktionäre über die Sanierung, sondern die Gläubiger. Auch die Publikation der Nachlassstundung bzw. der provisorischen Nachlassstundung führt aber meist zu grossen Problemen im operativen Bereich, da sich aufgrund dieser Publikation Geschäftspartner zurückziehen bzw. alle Lieferanten auf vorgängiger Zahlung bestehen.

Immerhin ist es aber möglich, eine provisorische Nachlassstundung zu erreichen, die nicht publiziert wird, und später den Nachlass zu widerrufen, wenn in dieser Zeit die Bilanz der Gesellschaft vollständig saniert werden kann. Mit einem derartigen Vorgehen kann der Verwaltungsrat einerseits sich selber schützen, weil er seinen Pflichten aus Art. 725 OR nachgekommen ist, und andererseits aber trotzdem die Chance einer Sanierung für das Unternehmen wahren[67].

6.4 Rechtliche Rahmenbedingungen in der Unternehmenskrise: Anfechtungsklagen, Verantwortlichkeitsklagen, strafrechtliche Bestimmungen

Wenn eine finanzielle Krise eintritt, müssen sich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung dafür einsetzen, das Unternehmen zu sanieren und wieder auf eine gesunde Basis zu stellen. Die Organe müssen sich aber bewusst sein, dass ihre Handlungsfreiheit in der Krisensituation durch verschiedene gesetzliche Bestimmungen, die dem Schutze der Gläubiger dienen, eingeschränkt wird. Gelingt die geplante Sanierung nicht und wird am Ende tatsächlich ein Konkurs oder Nachlassverfahren notwendig, so können Handlungen, die Verwaltungsrat und Geschäftsleitung vor der Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens vorgenommen und die das Haftungssubstrat der Gläubiger verringert haben, zu rechtlichen Problemen führen. Derartige Handlungen können anfechtbar sein oder zur zivilrechtlichen sowie – in Extremfällen – auch zur strafrechtlichen Verantwortung der handelnden Organe führen. Bei der Einleitung und Durchführung einer Sanierung müssen sich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung dieser Grenzen bewusst sein und diese einhalten.

Der Verwaltungsrat, der an einer Sanierung arbeitet, muss sich deshalb mit – für den Verwaltungsrat normalerweise neuen – Rechtsfragen auseinandersetzen und insbesondere folgende Rechtsvorschriften beachten[68]:

– ***Anfechtungsklagen nach SchKG***

  Die in Art. 285 ff. SchKG festgehaltenen Anfechtungsklagen – Schenkungsanfechtung, Überschuldungsanfechtung und Absichtsanfechtung – können dazu führen, dass Handlungen, die in Sanierungsabsicht vorgenommen werden, wie insbesondere Debt/Asset Swaps, die Rückzahlung von einzelnen Gläubigern, die die Existenz des Unternehmens bedrohen, oder Notverkäufe von Aktiven später angefochten werden können.

– ***Konkursdelikte***

  Die in Art. 163 ff. StGB dargestellten Konkursdelikte, wie insbesondere die Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB), die Bevorzugung ei-

---

67 Zu diesem Vorgehen im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Sanierung und Restrukturierung von Unternehmen".

68 Zu den Einzelheiten über diese Rechtvorschriften kann auf die Walder Wyss-Broschüre "Sanierung von Aktiengesellschaften – Rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen" verwiesen werden.

nes Gläubigers (Art. 167 StGB), können ebenfalls zur Anwendung kommen, wenn der Verwaltungsrat im Bemühen, eine Sanierung herbeizuführen, Handlungen vornimmt, die einzelne Gläubiger schädigen oder die Konkursmasse vermindern.

– ***Verantwortlichkeitsklagen***

Verantwortlichkeitsklagen, die in Ziff. E.1 hinten behandelt werden, haben im Konkursfall nach fehlgeschlagenen Sanierungen eine sehr grosse Bedeutung. Insbesondere werden Gläubiger in einem solchen Fall in folgenden Bereichen Verantwortlichkeitsansprüche stellen:

- Die Gläubiger werden geltend machen, dass der Verwaltungsrat den Konkurs nicht rechtzeitig eingeleitet hat, sondern wegen unrealistischer Sanierungshoffnungen die Konkurseinleitung verschleppt hat;
- Sofern Sanierungsbemühungen dazu geführt haben, dass der Bestand an Nettoaktiven durch Debt/Asset Swaps, durch die Rückzahlung an einzelne Gläubiger oder durch Notverkäufe von Aktiven vermindert wurde, werden die Gläubiger geltend machen, dass der Verwaltungsrat mit diesen Handlungen seine Sorgfaltspflicht verletzt hat.

Während Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte bei einer Gesellschaft ausserhalb des Konkurses selten sind, sind Klagen nach einem Konkurs relativ häufig, wobei Hauptursache aller erfolgreichen Klagen die Konkursverzögerung durch den Verwaltungsrat ist. Daher muss der Verwaltungsrat seine Pflichten bezüglich der Konkursanmeldung sehr ernst nehmen.

Diese rechtlichen Rahmenbedingungen, die von den Rahmenbedingungen der normalen Geschäfts- bzw. Verwaltungsratstätigkeit abweichen, machen es normalerweise notwendig, für eine Krisensituation bzw. für die Planung und Durchführung einer Sanierung entsprechende Experten beizuziehen.

6.5 Erhöhte Beanspruchung des Verwaltungsrates

Die obigen Ausführungen zeigen, dass eine Krisensituation den Verwaltungsrat zu – gegenüber dem Normalfall – verstärkten Aktivitäten zwingt, was sich meist auch in einem stark erhöhten Sitzungsrhythmus niederschlägt. Der Verwaltungsrat kann sich dieser Pflicht zur verstärkten Aktivität nicht wegen Zeitmangels entziehen. Mit der Annahme eines Verwaltungsratsmandates übernimmt der Verwaltungsrat alle gesetzlich definierten Pflichten und verpflichtet sich, diese nach den Bedürfnissen des Unternehmens wahrzunehmen. Die Verpflichtungen des Verwaltungsrates richten sich daher nach den Erfordernissen der Gesellschaft – die in einer Krise zunehmen – und nicht nach den Möglichkeiten seiner einzelnen Mitglieder.

Aufgrund der oben dargestellten Rechtslage kann ein Verwaltungsratsmitglied bei einem späteren Verantwortlichkeitsverfahren nicht den Standpunkt einnehmen, dass er wegen anderen Beanspruchungen nicht genügend Zeit zur Bewältigung einer Krise hatte bzw. sein Honorar zu gering war, um eine entsprechende Tätigkeit zu rechtfertigen. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind derartige Argumente nicht tauglich, um eine Verantwor-

tung abzuwenden, da ein Verwaltungsrat, der ein Mandat annimmt, sich die notwendige Zeit nehmen und seine Pflichten unabhängig von der Höhe des Honorars erfüllen muss.

Ein Verwaltungsratsmitglied muss sich deshalb bereits bei Annahme des Mandats darüber im Klaren sein, dass seine zeitliche Beanspruchung im Falle einer Krise des Unternehmens massiv ansteigen kann und es ihm in einem derartigen Fall möglich sein muss, Zeitreserven für eine intensivere Beschäftigung mit der Gesellschaft freizumachen.

C. ORGANISATION DES VERWALTUNGSRATES

- *Der Verwaltungsrat sollte so viele Personen umfassen, wie notwendig sind, um die Aufgaben sinnvoll aufzuteilen und um die für das Unternehmen notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen aufzubringen. Gleichzeitig sollte er aber so klein sein, dass noch eine normale Willensbildung möglich ist. Je nach Grösse des Unternehmens ergibt sich damit eine Zahl von drei bis neun Verwaltungsräten.*
- *Sofern die Statuten keine andere Amtsperiode festlegt, wird der Verwaltungsrat von der Generalversammlung für eine Amtsdauer von drei Jahren gewählt. Die Generalversammlung kann den Verwaltungsrat aber jederzeit abberufen.*
- *Das Verwaltungsratsmandat endet mit Ablauf der Amtsdauer, bei Abberufung, Rücktritt oder Tod des Verwaltungsratsmitglieds. Beim Rücktritt hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass er vorgängig sämtliche im betreffenden Zeitpunkt aktuellen Pflichten erfüllt hat.*

1. Zusammensetzung des Verwaltungsrates, Beginn und Beendigung des Mandats

1.1 Die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder

Das Obligationenrecht enthält keine Bestimmungen über die Grösse des Verwaltungsrates[69]. Die Statuten können aber eine Mindestzahl an Verwaltungsräten festlegen und auch die Zahl nach oben begrenzen. Der Swiss Code of Best Practice hält in Ziff. 12 fest, dass der Verwaltungsrat einerseits so klein sein sollte, dass eine effiziente Meinungsbildung möglich ist, und andererseits aber so gross sein sollte, dass seine Mitglieder Erfahrung und Wissen aus verschiedenen Bereichen in das Gremium einbringen und die Funktionen des Verwaltungsrates unter sich verteilen können. Damit ist nach den Vorstellungen des Code of Best Practice die Grösse des Verwaltungsrates letztlich auf die individuellen Anforderungen des betreffenden Unternehmens, d.h. auf seine Grösse und Komplexität auszurichten, was im Allgemeinen zu Gremien in einer Grösse von drei bis neun Mitgliedern führen dürfte.

1.2 Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates

Der Code of Best Practice enthält in Ziff. 12 folgende Anregungen für die konkrete Zusammensetzung des Verwaltungsrates, die auch für kleinere Unternehmen sinnvoll sind, da sie im Wesentlichen die Grundsätze wiedergeben, die sich aufgrund der Funktion und Verantwortung des Verwaltungsrates ergeben:

- Alle Mitglieder sollten die erforderlichen Fähigkeiten haben, um eine eigenständige Willensbildung im kritischen Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung zu gewähr-

[69] Der Verwaltungsrat muss allerdings immer mindestens ein Mitglied aufweisen.

leisten (Ziff. 12 Abs. 3). Jedes einzelne Mitglied sollte daher Bildung und Erfahrung aufweisen, die es ihm ermöglichen, auf "Augenhöhe" mit der Geschäftsleitung zu sprechen, um sicherzustellen, dass der Verwaltungsrat auch ernst genommen wird. Dies erfordert von jedem einzelnen Mitglied, dass es das Geschäftsmodell und die hauptsächlichen Tätigkeitsbereiche des Unternehmens kennt und insoweit Grundkenntnisse über das Rechnungswesen hat und dass es das Reporting des Unternehmens versteht.

- Die Mitglieder sollten Erfahrungen und Wissen aus verschiedenen Bereichen ins Gremium einbringen, so dass sie gesamthaft über die Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, die für Verständnis und Führung des Unternehmens notwendig sind. Dies bedeutet, dass nicht jeder Verwaltungsrat alle Aspekte des Unternehmens[70] kennen muss, dass der Verwaltungsrat aber als Gremium dieses Wissen vereinigen sollte (Ziff. 12 Abs. 1).

- Der Verwaltungsrat sollte sich aus Personen mit unterschiedlichem Hintergrund und unterschiedlichen Erfahrungen und Ausbildungen zusammensetzen. Mit diesem Konzept der Diversität soll sichergestellt werden, dass im Verwaltungsrat tatsächlich unterschiedliche Meinungen, Ideen und Erfahrungen vertreten sind, so dass die Probleme, die an den Verwaltungsrat herangetragen werden, tatsächlich aus unterschiedlichen Blickwinkeln diskutiert werden können; ist der Verwaltungsrat dagegen aus Personen zusammengesetzt, welche gleiche Interessen vertreten und den gleichen bildungsmässigen Hintergrund haben, so ist die Gefahr gross, dass dem Verwaltungsrat wichtige Gesichtspunkte, die ausserhalb des Erfahrungshorizonts dieser Person liegen, entgehen.

- Dem Verwaltungsrat sollen männliche und weibliche Mitglieder angehören. Der Swiss Code of Best Practice sieht keine Geschlechterquote vor, wie dies vom Bundesrat im Vernehmlassungsentwurf zum neuen Aktienrecht vorgesehen wird, empfiehlt aber eine angemessene Vertretung von Frauen im Verwaltungsrat; dies ist nicht nur Teil der oben erwähnten Diversität, sondern trägt auch dazu bei, dass sich die Aktionärinnen im Gremium vertreten fühlen (Ziff. 12 Abs. 3).

Gesellschaften, die im Ausland tätig sind, sollten ausländische Verwaltungsratsmitglieder aufnehmen oder Personen, die längere Zeit international tätig waren, um diese Dimension der Unternehmenstätigkeit abzudecken. Ohne einen derartigen internationalen Hintergrund fällt es einem Verwaltungsrat schwer, die bei Schweizer Unternehmen unvermeidliche internationale Verflechtung kritisch zu beurteilen. Bereits bei der Wahl des Verwaltungsrates sollte auf potentielle Interessenkonflikte geachtet werden; Personen, die aufgrund ihrer übrigen Tätigkeit – wie z.B. einer leitenden Stellung bei einem Konkurrenzunternehmen – in einem dauernden Interessenkonflikt stehen, sollten weder zur Wahl vorgeschlagen werden, noch eine Wahl annehmen[71], da sie ihre Tätigkeit wegen der dauernden Ausstandspflichten[72] gar nicht ernsthaft ausüben können.

---

70 Finanz und Marketing, Produktentwicklung, internationale Expansion etc.

71 Vgl. Ziff. 17 Code of Best Practice.

72 Vgl. dazu Ziff. C.5.4.1 hinten.

Um dem Verwaltungsrat eine effiziente Überwachung der Gesellschaft zu ermöglichen, sieht Ziff. 12 Abs. 4 des Code of Best Practice vor, dass die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder unabhängig sein sollte, d.h. weder der Geschäftsführung angehören noch innerhalb der letzten drei Jahre angehört haben und auch nicht in einer direkten Geschäftsbeziehung zum Unternehmen stehen[73]. Dieser Gedanke sollte nicht nur in grossen Unternehmen verwirklicht werden, sondern auch in kleineren und mittleren Unternehmen, da sonst die Überwachungs- und Aufsichtsfunktion zur Illusion wird.

Während bis Ende 2007 die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates aus Personen bestehen musste, die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen, spielen Nationalität und Wohnsitz der Verwaltungsratsmitglieder ab 2008 keine Rolle mehr. Ein Verwaltungsrat kann sich deshalb auch ausschliesslich aus Ausländern mit Wohnsitz ausserhalb der Schweiz zusammensetzen. Immerhin muss aber gemäss Art. 718 Abs. 4 OR eine für die Gesellschaft unterschriftsberechtigte Person in der Schweiz ansässig sein; dabei kann es sich um ein Mitglied des Verwaltungsrates oder einen Direktor handeln.

1.3 Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder

Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR hat allein die Generalversammlung die Kompetenz zur Wahl des Verwaltungsrates. Beendet ein Verwaltungsratsmitglied sein Amt vor einer Generalversammlung durch Rücktritt oder Tod, so ist der Verwaltungsrat nicht befugt, sich selbst durch Zuwahl eines neuen Mitglieds zu ergänzen; selbst wenn die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder dadurch unter eine in den Statuten festgelegte Mindestzahl fällt, kann sich der Verwaltungsrat nicht aus eigener Kompetenz durch Kooptation ergänzen, sondern muss eine Generalversammlung einberufen, die den Verwaltungsrat durch Wahl ergänzt. Faktisch gilt im Verwaltungsrat aber häufig der Kooptationsgedanke, da der Verwaltungsrat selbst der Generalversammlung normalerweise neue Kandidaten vorschlägt und sich die Generalversammlung nur in relativ seltenen Fällen gegen die Anträge des Verwaltungsrates entscheidet. Der Code of Best Practice hat diesen Gedanken aufgenommen und verlangt deshalb in Ziff. 13, dass der Verwaltungsrat die Nachfolge aktiv plant und die Kriterien für die Auswahl zukünftiger Kandidaten festlegt.

Die Wahl des Verwaltungsrates ist ein Mehrheitsentscheid der Generalversammlung. Da das schweizerische Recht kein Proporzwahlsystem für Verwaltungsräte kennt, kann ein Aktionär, der an einer Generalversammlung mehr als 50% der Stimmen repräsentiert, die Wahl sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder bestimmen. Minderheitsaktionäre haben gemäss Art. 709 OR nur Anspruch auf eine Vertretung im Verwaltungsrat, wenn mehrere Kategorien von Aktien bestehen, die im Hinblick auf Stimm- oder Vermögensrechte rechtlich unterschiedlich ausgestaltet sind. In diesem Fall hat jede Kategorie Anspruch auf die Bestellung mindestens eines Vertreters. Dieser Vertreter muss von den berechtigten Aktionären in einer Vorversammlung bestimmt werden, worauf die Generalversammlung die so vorgeschlagene Person zu wählen hat; ein gegenteiliger Entscheid der Generalversammlung ist nur möglich, wenn wichtige Gründe gegen eine Wahl sprechen[74].

---

[73] Dienstleister (einschliesslich Treuhänder, Anwälte, die für das Unternehmen tätig sind) sowie Lieferanten; zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. Ziff. 14 des Code of Best Practice.

[74] Z.B. Vorschlag der Wahl eines Konkurrenten oder einer für Vermögensdelikte bestraften Person.

Sofern die Statuten keine andere Amtsperiode festlegen, werden die Mitglieder des Verwaltungsrates für eine Periode von drei Jahren gewählt, wobei eine Wiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer möglich ist. Die Statuten können diese Amtsperiode verkürzen oder aber auf maximal sechs Jahre verlängern. Art. 3 VegüV sieht für kotierte Gesellschaften allerdings eine Beschränkung der Amtszeit auf ein Jahr vor. Da diese Regel zwingend ist, kann die Amtszeit bei kotierten Gesellschaften nicht verlängert werden. Ziff. 13 des Code of Best Practice sieht ebenfalls eine Amtszeit von einem Jahr vor. Bei privat gehaltenen Gesellschaften ist es m.E. aber durchaus gerechtfertigt, eine längere Amtszeit vorzusehen und diese so zu staffeln, dass jedes Jahr ein Teil des Verwaltungsrates zur Neuwahl ansteht – auf diese Weise kann der Verwaltungsrat eine gewisse Kontinuität bei seinen Mitgliedern sicherstellen. Die Rechte der Aktionäre werden dadurch nicht beschränkt, da die Aktionäre gemäss Art. 705 OR den Verwaltungsrat jederzeit und unabhängig von der Amtsdauer abberufen können.

Nach der Wahl werden die neuen Verwaltungsratsmitglieder in das Handelsregister eingetragen, um die Organstellung gegenüber der Öffentlichkeit zu dokumentieren. Der Handelsregistereintrag hat allerdings nur deklaratorische Wirkung; die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates entstehen mit der Wahl und unabhängig von der späteren Eintragung im Handelsregister.

2. Ende der Verwaltungsratsposition

2.1 Ende der Amtsperiode

Normalerweise endet die Verwaltungsratsposition mit dem Ablauf der Amtsperiode, für die das betreffende Verwaltungsratsmitglied gewählt wurde. Wird das Verwaltungsratsmitglied nach Ablauf seiner Amtsperiode nicht wiedergewählt, so scheidet es daher mit Ablauf dieser Periode automatisch aus dem Verwaltungsrat aus. Der Begriff der Amtsperiode wird dabei allerdings nicht nach Jahren definiert, sondern dauert immer bis zu der im jeweiligen Jahr stattfindenden ordentlichen Generalversammlung, damit keine Lücke in der Besetzung des Verwaltungsrates entsteht, wenn eine Generalversammlung nicht genau ein Jahr nach der letzten stattfindet.

2.1.1 Abberufung

Obwohl die Generalversammlung die Mitglieder des Verwaltungsrates für eine bestimmte Amtsperiode wählt, kann sie das Mandat schon vor Ablauf dieser Frist beenden; gemäss Art. 705 OR ist die Generalversammlung berechtigt, die von ihr gewählten Verwaltungsräte jederzeit von ihrem Amt abzuberufen. Diese Abberufung ist ohne Grund möglich; die Aktionäre müssen weder den Antrag noch das Resultat der Abstimmung begründen oder rechtfertigen.

Damit ein Verwaltungsrat abgewählt werden kann, muss eine Generalversammlung einberufen und die Abwahl in der Einladung als Traktandum aufgeführt werden, da die Generalversammlung gemäss Art. 700 Abs. 3 OR nur über Verhandlungsgegenstände abstimmen kann, die in der Traktandenliste aufgeführt worden sind. Nach herrschender Praxis können die Aktionäre unter dem Traktandum "Wahlen" an der Generalversammlung keinen Antrag auf Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds stellen; dieser Punkt muss vielmehr separat traktandiert werden, da sich die Abberufung eines Verwaltungsrates fundamental von der Wahl neuer oder zusätzlicher Verwaltungsräte unterscheidet und damit vom Traktandum "Wahlen" nicht gedeckt wird.

Wenn der Antrag auf Abberufung eines Mitglieds nicht vom Verwaltungsrat selbst gestellt wird, kann gemäss Art. 699 OR ein Aktionär bzw. eine Gruppe von Aktionären, die mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. besitzt, verlangen, dass die Abberufung eines bestimmten Verwaltungsratsmitglieds an der nächsten Generalversammlung traktandiert wird. Soll für die Abwahl eines Verwaltungsrates eine ausserordentliche Generalversammlung durchgeführt werden, so sind 10% des Aktienkapitals notwendig, da gemäss Art. 699 OR ein Aktionär bzw. eine Aktionärsgruppe, die über 10% des Aktienkapitals verfügt, die Einberufung einer Generalversammlung verlangen kann.

Die Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds führt nicht automatisch zur Aufhebung der Verträge der Gesellschaft mit diesem Verwaltungsratsmitglied. Sofern mit dem Verwaltungsrat kein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, kann allerdings nur ein Auftrag im Sinne von Art. 394 OR vorliegen. Da dieser gemäss Art. 404 OR jederzeit beendet werden kann, wird dieser im Normalfall gleichzeitig mit der Abberufung beendet. Nur soweit ein Arbeitsvertrag zwischen dem betreffenden Verwaltungsrat und der Gesellschaft besteht[75], müssen die Kündigungsfristen für Arbeitsverträge beachtet und die entsprechenden Verträge weiter erfüllt werden, so dass insbesondere der Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bezahlt werden muss.

---

[75] Diese Situation tritt im Allgemeinen nur ein, wenn der betreffende Verwaltungsrat entweder als Geschäftsleitungsmitglied oder als Präsident des Verwaltungsrates vollamtlich oder im Rahmen eines Teilzeitpensums für die Gesellschaft arbeitet.

2.1.2 Rücktritt

Grundsätzlich kann ein Mitglied des Verwaltungsrates jederzeit von seinem Amt zurücktreten. Ein Rücktritt ist vor allem angezeigt, wenn ein Verwaltungsrat wegen gesundheitlicher Probleme oder einer plötzlichen anderweitigen beruflichen Überbeanspruchung nicht mehr fähig ist, seine Pflichten wahr zu nehmen[76]. Ein Rücktritt ist oft aber auch notwendig, wenn ein Verwaltungsrat sich mit der Tätigkeit des Unternehmens nicht mehr identifizieren kann, weil er z.B. der Ansicht ist, dass die eingeschlagene Strategie mit den vorhandenen Mitteln nicht erfolgreich verfolgt werden kann, oder aber weil der Verwaltungsrat trotz einer vorhandenen Überschuldung, eine Konkursanmeldung abgelehnt hat.

Problematisch ist der Rücktritt allerdings dann, wenn das Verwaltungsratsmitglied das Unternehmen in einer Krisensituation verlässt. Zwar ist auch in diesem Zeitpunkt ein Rücktritt grundsätzlich möglich, das betreffende Verwaltungsratsmitglied kommt aber allenfalls gerade wegen des Rücktritts seinen Pflichten nicht nach. Bestehen in einer finanziellen Krisensituation beispielsweise Anzeichen für eine Überschuldung, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 OR die Pflicht, die Frage der Überschuldung durch Erstellung einer Zwischenbilanz abzuklären und gegebenenfalls den Konkurs der Gesellschaft anzumelden. Tritt ein Verwaltungsratsmitglied in einer derartigen Situation zurück, ohne seinen Verpflichtungen aus Art. 725 OR nachzukommen, so liegt eine Pflichtverletzung vor, da die Pflicht zum Vorgehen gemäss Art. 725 OR noch vor dem Rücktritt entstanden ist. Ein Verwaltungsrat, der in einer Problemsituation zurücktreten will, sollte sich daher immer vergewissern, dass er seinen bis zum Termin des Rücktritts anstehenden Pflichten als Verwaltungsrat lückenlos nachgekommen ist, und gegebenenfalls den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern mitteilen, welche Schritte der Verwaltungsrat seiner Meinung nach unternehmen muss, um seine Pflichten zu erfüllen[77].

2.1.3 Handelsregistereintrag

Scheidet ein Verwaltungsratsmitglied aus dem Verwaltungsrat aus, so hat die Gesellschaft dies gemäss Art. 938b OR unverzüglich dem Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden. Das ausgeschiedene Verwaltungsratsmitglied kann gemäss Art. 938b Abs. 2 OR das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat aber auch selbst dem Handelsregister anmelden.

Der Handelsregistereintrag hat zwar auch bei der Beendigung des Mandats rein deklaratorische Wirkung, da das Mandat gesellschaftsintern bereits mit dem Rücktritt bzw. dem Abberufungsentscheid beendet ist. Dennoch empfiehlt es sich, dass das betreffende Verwaltungsratsmitglied für die rasche Löschung im Handelsregister sorgt, da sonst Gläubiger allenfalls geltend machen können, dass sie aufgrund des Handelsregistereintrages annehmen durften, dass die betreffende Person immer noch im Verwaltungsrat der Gesellschaft sei und sich um deren Angelegenheiten und Probleme kümmere. Daher sollte ein ausgeschiedenes Verwaltungsratsmitglied die oben erwähnte Möglichkeit zur selbständi-

---

[76] Verbleibt ein Mitglied des Verwaltungsrat in einer derartigen Situation weiterhin im Amt, so kann ihm mangelnde Sorgfalt vorgewiesen werden, da er dann nicht mehr die objektiv erforderliche Zeit für das Unternehmen aufwendet.

[77] Dieses Vorgehen ist vor allem dann angezeigt, wenn ein Verwaltungsrat wegen starker Meinungsdifferenzen über strategische Fragen oder die Finanzlage des Unternehmens zurücktritt; in diesem Falle sollte er die seiner Ansicht nach notwendigen Schritte noch einmal zuhanden des Verwaltungsrates formulieren.

gen Anmeldung des Ausscheidens wahrnehmen, falls die Gesellschaft das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat nicht selbst sofort meldet.

3. Honorar des Verwaltungsrates, Vereinbarungen über die Verwaltungsratstätigkeit

- *Das Honorar des Verwaltungsrates wird vom Verwaltungsrat selbst festgelegt, wobei dieser aber in pflichtgemässem Ermessen die Interessen des Unternehmens wahrnehmen muss. Die Interessenkonflikte bei der Entscheidung über das Honorar können durch ein Compensation Committee, das aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern besteht, gemildert werden.*
- *Bei kotierten Gesellschaften wird die Entschädigung des Verwaltungsrates durch die Vergütungsverordnung geregelt. Diese verlangt, dass die Bezüge von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in einem Vergütungsbericht detailliert offengelegt werden und die Generalversammlung über die Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung beschliesst. Überdies verbietet diese Verordnung auch gewisse Zahlungen, wie insbesondere Abgangsentschädigungen und Prämien für den Verkauf von Unternehmen. Diese Bestimmungen kommen für nicht kotierte Gesellschaften nicht zur Anwendung. Gerade die Vorschriften über Transparenz und die Mitsprache der Generalversammlung beeinflussen in der Praxis aber mehr und mehr auch nicht kotierte Gesellschaften.*
- *Die Entschädigung sollte markt- und leistungsgerecht sein. Sie sollte in nachvollziehbarer Weise vom nachhaltigen Erfolg des Unternehmens abhängen und, soweit Arbeitsverträge abgeschlossen werden, sollten diese weder aussergewöhnlich lange Kündigungsfristen noch übermässige Abgangsentschädigungen enthalten.*
- *Das Honorar wird häufig als Fixhonorar ausbezahlt, wobei allerdings auch Bonuszahlungen und Incentives (Options- und Beteiligungspläne) üblich sind. Das Honorar unterliegt den Sozialversicherungsabgaben.*
- *Die Gesellschaft kann mit den Verwaltungsräten Arbeitsverträge abschliessen, was üblich ist, wenn das Mandat einen grossen Teil der Arbeitskapazität beansprucht. Die im Vertrag vorgesehenen Kündigungsfristen gelten auch bei einer vorzeitigen Abberufung durch die Generalversammlung.*
- *Ein Verwaltungsrat kann auch mit Aktionären Verträge über die Ausübung seines Verwaltungsratsmandates abschliessen. Soweit diese gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Verwaltungsrates widersprechen, sind sie ungültig.*

3.1 Die Regelung bei kotierten Gesellschaften

Bei kotierten Gesellschaften wird die Entschädigung des Verwaltungsrates durch die Vergütungsverordnung (VegüV) geregelt[78].

Die Vergütungsverordnung beschränkt die absolute Höhe der Vergütung von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern nicht, regelt aber deren Bestimmung und verbietet einzelne Entschädigungskomponenten.

---

78 Im Detail Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellungen und Pflichten kotierter Gesellschaften".

Leistungsabhängige Vergütungen, d.h. Bonuszahlungen, dürfen nur ausgerichtet werden, wenn dies in den Statuten vorgesehen wird, wobei sich die betreffenden Vergütungen nach den statutarischen Bestimmungen richten müssen. Das Gleiche gilt für die Zuteilung von Beteiligungspapieren, Wandel- und Optionsrechten.

Der Verwaltungsrat muss den Aktionären jährlich einen Vergütungsbericht vorlegen, in dem sämtliche Vergütungen, die an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ausgerichtet werden, aufgeführt werden. Bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates sind die individuellen Beträge anzugeben, bei den Mitgliedern der Geschäftsleitung nur der Gesamtbetrag sowie der höchste individuelle Betrag. Als Vergütung gilt dabei jede geldwerte Leistung, welche die Gesellschaft den betreffenden Personen zukommen lässt (Salär- und Bonuszahlungen, Provisionen, Sachleistungen, Optionen, verbilligte Aktien etc.).

Die konkreten Zahlungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung müssen von der Generalversammlung genehmigt werden, wobei die Statuten die Art der Abstimmung festlegen. Die entsprechende Regelung muss eine jährliche Abstimmung vorsehen, die bindend ist, und jeweils für die Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gesondert erfolgt. In der Praxis hat sich heute eingebürgert, dass die Generalversammlung die Vergütung prospektiv festlegt. Sowohl Fix-Salär wie auch Boni werden von der Generalversammlung für das folgende Jahr bzw. Geschäftsjahr festgelegt, wobei für die Bonuszahlungen ein Maximalbudget beschlossen wird, in dessen Rahmen der Verwaltungsrat die konkreten Zahlungen festlegen kann. Bei einzelnen Gesellschaften werden die Bonuszahlungen aber auch nachträglich für das vergangene Geschäftsjahr festgelegt.

Lehnt die Generalversammlung die Auszahlung ab, so haben die betreffenden Personen keinen Anspruch auf eine Entschädigung. Der Verwaltungsrat kann aber eine neue Generalversammlung einberufen und dieser Anträge mit tieferen Beträgen vorlegen. Individuell können die betroffenen Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder bei einer Einstellung der Lohnzahlungen ihre Arbeitsverträge fristlos kündigen oder mindestens bis zur Wiederaufnahme der Zahlungen ihre Arbeit einstellen.

Die Vergütungsverordnung verbietet im Weiteren folgende Zahlungen:

- Abgangsentschädigen; die Abrechnung früher erworbener Ansprüche und Rechte (insbesondere Vested Options and Deferred Bonuses), die Zahlung des Salärs während der Kündigungsfrist und die Abgeltung von Beratungsdienstleistungen und eines Konkurrenzverbotes sind aber zulässig.
- Vorauszahlung des Lohns; die Zahlung einer Entschädigung für die Ansprüche, die eine Person aufgrund der Kündigung ihrer letzten Stelle verloren hat (Verlust von Deferred Bonuses und Non-vested Options) ist aber zulässig.
- Provisionen und Bonuszahlungen für den Kauf oder Verkauf von Unternehmen.
- Leistungen von Vergütungen, deren Auszahlungen nicht von der Generalversammlung genehmigt wurden.

Die Vergütungsverordnung findet auf nicht kotierte Unternehmen keine Anwendung. Bei diesen Gesellschaften können, wie im Folgenden dargestellt, die Verwaltungshonorare und Geschäftsleitungssaläre vom Verwaltungsrat festgelegt und auch Zahlungen gemacht werden, die bei kotierten Gesellschaften unzulässig wären. Nicht kotierte Ge-

sellschaften müssen den Aktionären auch die an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ausbezahlten Beträge nicht offenlegen. Die Vergütungsverordnung hat aber auch bei nicht kotierten Unternehmen indirekt Auswirkungen, da sie natürlich die Erwartungen der Aktionäre auch bei diesen Gesellschaften beeinflusst. Einzelne nicht kotierte Gesellschaften haben daher die Transparenz bezüglich der Verwaltungsratshonorare und Geschäftsleitungssaläre erhöht und zum Teil stimmen auch Generalversammlungen nicht kotierter Gesellschaften über diese Vergütungen ab.

3.2 Die Entschädigung des Verwaltungsrates

3.2.1 Die Formen der Entschädigung

Die Entschädigung des Verwaltungsrates kann sich aus verschiedenen Komponenten zusammensetzen:

3.2.2 Honorar

Heute ist in den meisten Gesellschaften ein Fixhonorar üblich, wobei dies bei börsenkotierten Gesellschaften allerdings zum Teil in Aktien oder auch in Optionen ausbezahlt wird. Zum Teil wird dieses Fixhonorar aber auch durch Bonuszahlungen ergänzt, die beim Verwaltungsrat – wie bei der Geschäftsleitung – vom Ergebnis abhängig sind.

3.2.3 Incentives/Optionsprogramme

Es ist grundsätzlich sinnvoll, den Verwaltungsrat in Incentive-Programme wie insbesondere Beteiligungs- oder Optionsprogramme einzubeziehen, um sicherzustellen, dass seine Interessen parallel zu den Interessen der Aktionäre verlaufen. Problematisch an derartigen Entschädigungsmodellen ist allerdings, dass der Verwaltungsrat in Anbetracht der finanziellen Incentives die kritische Distanz zum operativen Geschäft bzw. zur Geschäftsleitung verliert, die eigentlich die Basis für seine Aufsichtstätigkeit und auch für die kritische Beurteilung der Strategie des Unternehmens ist[79].

[79] Institutionelle Anleger verlangen daher bei kotierten Gesellschaften, dass die unabhängigen Verwaltungsräte nicht in Bonus- oder Optionsprogramme einbezogen werden.

3.2.4 Tantieme

Zum Teil wird vorgesehen, dass der Verwaltungsrat einen Anteil des Bilanzgewinns erhält. Eine derartige Zahlung muss allerdings von der Generalversammlung beschlossen werden und ist nur zulässig, wenn eine Dividende von mindestens 5% an die Aktionäre ausgeschüttet worden ist[80]. Diese Art von Zahlungen an den Verwaltungsrat ist allerdings heute äusserst selten, da die Zahlung einer Tantieme steuerlich als Gewinnverwendung gilt und deshalb – im Gegensatz zu Honorar, Spesen sowie Bonuszahlungen und Incentives – nicht als Aufwand verbucht werden kann.

3.2.5 Spesen

Selbst wenn das Organisationsreglement oder die Statuten keine Spesenvergütung vorsehen, hat der Verwaltungsrat – je nachdem, ob er unter einem Auftrags- oder Arbeitsvertragsverhältnis arbeitet – gemäss Art. 402 bzw. Art. 327a OR Anspruch auf Ersatz der notwendigen Spesen, wie insbesondere der Fahrtkosten zu Sitzungen. Um Missverständnisse über die Höhe der Spesenvergütungen zu vermeiden, empfiehlt es sich aber in der Praxis, entweder ein Reglement aufzustellen oder aber eine Spesenpauschale festzusetzen.

3.2.6 Sozialversicherungsbeiträge auf der Verwaltungsratsentschädigung

Die Tätigkeit als Verwaltungsrat wird von den Sozialversicherungsbehörden als unselbständige Tätigkeit erfasst[81]. Mit Ausnahme von ausgewiesenen Spesen unterliegen daher sämtliche Zahlungen der Gesellschaft an den Verwaltungsrat den Sozialversicherungsabzügen, die vom Unternehmen bei der Auszahlung abgezogen werden müssen.

3.3 Festlegung und Höhe der Gesamtentschädigung

3.3.1 Festlegung durch den Verwaltungsrat

Mit Ausnahme der Tantieme, die von der Generalversammlung beschlossen werden muss, wird die Entschädigung des Verwaltungsrates nicht kotierter Gesellschaften[82] vom Verwaltungsrat selbst festgelegt[83]. Der Verwaltungsrat ist bei der Festsetzung seiner Entschädigung allerdings nicht frei, sondern muss im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens handeln und die Interessen der Gesellschaft wahren[84]. Eine wichtige Leitlinie zur Festlegung der Entschädigung gibt dabei Ziff. 34 ff. des Code of Best Practice, da diese Bestimmung die Kriterien, die sich aufgrund der Pflicht zur Wahrung des Interesses der Gesellschaft ergeben, zusammenfasst. Diese Bestimmung sieht folgende Kriterien für die Bemessung vor:

---

80 Vgl. Art. 677 OR.

81 Dies gilt auch dann, wenn der betreffende Verwaltungsrat einer selbständigen Tätigkeit nachgeht (z.B. als Rechtsanwalt) und im Rahmen dieser Tätigkeit die Versicherungsbeiträge für seine übrigen Aktivitäten selbst abrechnet.

82 Vgl. Ziff. 35 Abs. 1 des Code of Best Practice.

83 Wie vorne in Ziff. C.3.1 dargestellt, werden diese Vergütungen bei kotierten Gesellschaften allerdings von der Generalversammlung festgelegt.

84 Vgl. Ziff. 33 Code of Best Practice.

- Die Entschädigung sollte markgerecht sein, d.h. sich an den Marktgepflogenheiten bzw. an den Zahlungen vergleichbarer Gesellschaften orientieren[85].
- Die Entschädigung sollte leistungsgerecht sein, d.h. die persönlichen Leistungen, die ein Mitglied aufgrund seiner Verwaltungsratsposition erbringen muss, und seinen Arbeitseinsatz berücksichtigen. Damit können je nach Funktion und Belastung an den Präsidenten, den Vizepräsidenten, den Delegierten und die Ausschussmitglieder auch unterschiedlich hohe Zahlungen gemacht werden. Auch Sonderleistungen, die ein Verwaltungsratsmitglied über seine normale Tätigkeit hinaus erbringt, wie z.B. die Abklärung bestimmter Sachverhalte oder die Begleitung eines bestimmten Projektes, können separat entgolten werden.
- Die Zahlung sollte nachvollziehbar vom nachhaltigen Erfolg des Unternehmens abhängig gemacht werden. Damit sollte die Gesamtentschädigung des Verwaltungsrates in einem vernünftigen Verhältnis zum Erfolg des Unternehmens stehen, d.h. Verwaltungsräte sollten am Erfolg wie auch am Misserfolg entsprechend partizipieren und nicht bei einem schlechten Jahresergebnis noch hohe Boni oder Incentive-Zahlungen erhalten.
- Soweit mit Verwaltungsratsmitgliedern wegen einer hauptamtlichen Tätigkeit Arbeitsverträge abgeschlossen werden, sollten diese Kündigungsregelungen enthalten, die marktüblich sind. Massstab ist dabei die in der Vergütungsverordnung vorgesehene Höchstdauer von 12 Monaten.

Um den latenten Interessenkonflikt für Verwaltungsräte zu entschärfen, sieht der Code of Best Practice in Ziff. 25 die Einsetzung eines Entschädigungsausschusses innerhalb des Verwaltungsrates vor. Dieser Entschädigungsausschuss soll sich aus nicht operativ tätigen und unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrates zusammensetzen[86] und dem Verwaltungsrat Vorschläge zur Entschädigung vorlegen. Durch die Unabhängigkeit der Mitglieder dieses Ausschusses soll sichergestellt werden, dass die hauptberuflich für das Unternehmen tätigen Verwaltungsratsmitglieder, wie insbesondere Präsident und Delegierter, nicht für sich selbst übermässige Bezüge festlegen.

3.3.2 Einbezug der Generalversammlung in den Entscheidungsprozess

Wie vorne dargestellt, entscheidet bei kotierten Gesellschaften die Generalversammlung über die Vergütung von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat. Gemäss Art. 18 VegüV ist diese Entscheidung für alle Beteiligten verbindlich. Auch bei nicht kotierten Gesellschaften hat die Generalversammlung heute eine stärkere Rolle bei der Festlegung der Vergütung – die Vergütungsverordnung bzw. die Minderinitiative haben auch bei nicht kotierten Gesellschaften zu einer entsprechenden Erwartungshaltung der Aktionäre geführt, der gerade privat gehaltene Gesellschaften mit breitem Aktionariat häufig nachkommen müssen. In der Praxis haben sich folgende Modelle entwickelt:

- ***Konsultativabstimmung über die im vergangenen Jahr ausgerichtete Vergütung***

---

85 Zu diesem Zweck kann die jährlich von der Schweizerischen Handelszeitung durchgeführte Erhebung über durchschnittliche Verwaltungsratshonorare wertvolle Dienste leisten.

86 Vgl. Ziff. C.4.2.3.5 hinten.

Zum Teil legen nicht kotierte Unternehmen die Vergütungen offen, die sie im vergangenen Geschäftsjahr Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ausbezahlt haben, und führen dann eine Konsultativabstimmung aus, bei der sich die Aktionäre zu diesen Zahlen äussern können. Lehnt die Generalversammlung die offengelegten Beträge ab, so hat dies keine rechtliche Bindungswirkung – die betreffenden Beträge sind ja bereits ausbezahlt worden und können nicht zurückgefordert werden. Ein derartiges Abstimmungsresultat hat aber faktisch Auswirkungen, da es das Verhalten des Verwaltungsrates bezüglich der zukünftigen Entschädigungen für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung beeinflussen wird. Wenn die Verwaltungsräte die Konsultativabstimmung gar nicht beachten und die von der Generalversammlung abgelehnten Praktiken weiter verfolgen, müssen sie ja spätestens an der nächsten Generalversammlung mit einer Abwahl rechnen.

– ***Bindende Abstimmung über Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungshonorare***
Zum Teil führen Gesellschaften auch bindende Abstimmungen über Verwaltungsratshonorare, seltener auch über Geschäftsleitungssaläre durch. Diese Abstimmungen beschränken die Entscheidungsfreiheit des Verwaltungsrates, da er sich an die Ergebnisse halten muss. Der Verwaltungsrat muss dementsprechend bei diesen Gesellschaften einen detaillierten Antrag bezüglich der von ihm geplanten Vergütungen stellen und diese auch begründen, um die Genehmigung der Generalversammlung zu erhalten.

3.4 Offenlegung der Entschädigung

3.4.1 Kotierte Gesellschaften

Bei kotierten Gesellschaften muss der Verwaltungsrat den Aktionären gemäss Art. 13 ff. VegüV jährlich einen Vergütungsbericht vorlegen, in dem sämtliche Vergütungen, die an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ausgerichtet werden, aufgeführt werden. Bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates sind die individuellen Beträge anzugeben, bei den Mitgliedern der Geschäftsleitung nur der Gesamtbetrag sowie der höchste individuelle Betrag. Als Vergütung gilt dabei jede geldwerte Leistung, welche die Gesellschaft den betreffenden Personen zukommen lässt (Salär- und Bonuszahlungen, Provisionen, Sachleistungen, Optionen, verbilligte Aktien, Einzahlungen in Pensionskassen etc.) [87].

[87] Dazu im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellungen und Pflichten kotierter Gesellschaften".

3.4.2 Privat gehaltene Gesellschaften

Privat gehaltene Gesellschaften müssen die Entschädigung, die sie an Verwaltungsräte und Geschäftsleitung bezahlen, im Geschäftsbericht nicht offenlegen. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass bei diesen Gesellschaften die Aktionäre selbst Einfluss auf die Gestaltung der Saläre nehmen können, da die Aktionäre bei derartigen Gesellschaften normalerweise der Gesellschaft und dem Verwaltungsrat wesentlich näherstehen als bei Publikumsgesellschaften. Diese Annahme trifft allerdings dann nicht zu, wenn das Aktionariat relativ gross ist und der Verwaltungsrat aus Mitgliedern besteht, die keine direkte Beziehung zu den Aktionären haben. In einer derartigen Situation sollte sich der Verwaltungsrat überlegen, ob er nicht freiwillig die Bezüge, in Analogie zur Regelung bei kotierten Gesellschaften, offenlegen will, um für die Aktionäre Transparenz zu schaffen und Gerüchten bzw. Vorwürfen vorzubeugen.

In der Praxis verlangen heute die Aktionäre auch bei nicht kotierten Gesellschaften weitgehende Transparenz bezüglich der Verwaltungsratshonorare und Geschäftsleitungssaläre, da sich ihre Erwartungen natürlich am Standard der kotierten Unternehmen orientieren und sie deshalb eine entsprechende Offenlegung verlangen. In der Praxis haben sich folgende Formen der Transparenz entwickelt:

– ***Vergütungsbericht***

  Einzelne Gesellschaften erstellen einen Vergütungsbericht,. der sich an Art. 13 ff. VegüV orientiert und damit die darin enthaltenen umfassenden Angaben macht. Zum Teil werden die Berichte allerdings auch etwas vereinfacht.

– ***Offenlegung im Geschäftsbericht***

  Einzelne Gesellschaften, die nicht alle für einen Vergütungsbericht notwendigen Angaben machen wollen, nehmen zum Teil auch einzelne Angaben über die Saläre in den Geschäftsbericht auf und zeigen dort beispielsweise die Gesamtbeträge, die sie Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auszahlen.

– ***Offenlegung an der Generalversammlung***

  Um schriftliche Unterlagen zu vermeiden, die auch zu Konkurrenten gelangen können, legen verschiedene Gesellschaften die Verwaltungsratshonorare und Geschäftsleitungssaläre nur mündlich an der Generalversammlung offen. Diese Art der Offenlegung wird vor allem von Familiengesellschaften bevorzugt.

3.5 Vereinbarungen über die Tätigkeit als Verwaltungsrat

3.5.1 Vereinbarungen mit der Gesellschaft über die Verwaltungsratstätigkeit

Wird bei der Wahl eines Verwaltungsratsmitglieds zwischen der Gesellschaft und dem neuen Verwaltungsratsmitglied nichts anderes vereinbart, so entsteht zwischen dem Verwaltungsrat und der Gesellschaft ein auftragsähnliches Verhältnis, dessen Rechte und Pflichten durch Gesetz, Statuten, Reglemente sowie durch die Beschlüsse des Verwal-

tungsrates selbst[88] bestimmt werden. Da ein Auftragsverhältnis gemäss Art. 404 OR jederzeit aufgelöst werden kann, ergeben sich für die Gesellschaft bei einer Abberufung oder einem Rücktritt keine Zahlungspflichten, die über Honorar und Spesenersatz bis zum Zeitpunkt der Abberufung oder des Rücktrittes hinausgehen.

Grundsätzlich ist es möglich – und bei Personen, die als Präsident oder Delegierte der Gesellschaft einen grossen Teil ihrer Arbeitszeit widmen auch üblich –, zwischen Gesellschaft und Verwaltungsratsmitglied einen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Obwohl die für Arbeitsverhältnisse gemäss Art. 319 ff. OR typische Subordination des Arbeitnehmers normalerweise fehlt – die betreffende Person ist selbst Mitglied des höchsten Exekutivorgans –, kommen die arbeitsrechtlichen Vorschriften über die Kündigung von Arbeitsverhältnissen zur Anwendung, wenn ein derartiger Vertrag abgeschlossen wird. Damit hat das entsprechende Verwaltungsratsmitglied bei einer Kündigung Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Lohns für die Kündigungsfrist und – sofern dies vereinbart wurde – auch Anspruch auf Abgangsentschädigung. Die Vereinbarung einer Kündigungsfrist hat aber nur finanzielle Konsequenzen. Sie hindert die Generalversammlung nicht an der Abwahl des betreffenden Verwaltungsratsmitglieds mit sofortiger Wirkung, da das Recht der Generalversammlung auf jederzeitige Abberufung des Verwaltungsrates gemäss Art. 705 OR nicht durch vertragliche Vereinbarungen eingeschränkt werden kann. Das betreffende Verwaltungsratsmitglied verliert mit der Abberufung seine gesellschaftsrechtliche Position, behält aber, sofern gleichzeitig eine Kündigung erfolgt, das Recht auf Lohnfortzahlung während der Kündigungsfrist. Dieses Recht würde nur dann dahinfallen, wenn das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen gekündigt werden kann, weil ein gravierendes Fehlverhalten des betreffenden Verwaltungsratsmitglieds vorliegt. Tritt ein mit einem Arbeitsvertrag dem Unternehmen verbundener Verwaltungsrat aus eigenem Antrieb aus dem Verwaltungsrat zurück, so führt dies grundsätzlich ebenfalls nicht zur Auflösung des betreffenden Arbeitsverhältnisses. Das Unternehmen hat aber die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses, wenn der betreffende Verwaltungsrat, ohne äussere Veranlassung[89] von seinem Mandat zurücktritt, da der betreffende Verwaltungsrat mit dem Rücktritt ja die Erfüllung seiner Arbeitspflicht verweigert.

3.5.2 Vereinbarungen mit Aktionären

Verwaltungsratsmitglieder, die für bestimmte Aktionäre tätig sind oder – im Rahmen von Konzernverhältnissen in Gruppenstrukturen eingebunden sind –, schliessen normalerweise mit dem betreffenden Aktionär bzw. mit dem Konzern eine Vereinbarung über ihre Verwaltungsratstätigkeit ab[90]. Diese Verträge geben dem betreffenden Aktionär häufig das Recht, dem Verwaltungsrat Weisungen zu erteilen sowie den Rücktritt zu verlangen, und definieren meist auch das Entgelt für die Verwaltungsratstätigkeit.

Derartige Vereinbarungen sind grundsätzlich gültig. Ihre Wirksamkeit wird aber dadurch eingeschränkt, dass sie zwingendem Gesellschaftsrecht nicht widersprechen dürfen. Da-

---

88 Z.B. gestaltet der Verwaltungsrat mit dem Beschluss über seine Entschädigung einen wesentlichen Teil des Verhältnisses zur Gesellschaft selber.

89 Gesundheitsprobleme, Aufforderung der Aktionäre etc.

90 Derartige Vereinbarungen werden selbstverständlich auch abgeschlossen, wenn ein Verwaltungsrat treuhänderisch tätig ist, wie z.B. Schweizer Staatsbürger, die sich ausländischen Konzernen für die Erfüllung der Nationalitätsvorschriften gemäss Art. 708 OR (welcher allerdings ab 1.1.2008 gestrichen wird) zur Verfügung stellen.

her dürfen Vereinbarungen mit den Aktionären den Verwaltungsrat nicht daran hindern, seinen gesetzlichen Pflichten nachzukommen und insbesondere die Interessen der Gesellschaft im Sinne vor Art. 717 OR zu wahren. Derartige Vereinbarungen zwischen einem Verwaltungsrat und einem Aktionär können deshalb auch anderen Aktionären oder Gläubigern im Rahmen von Verantwortlichkeitsklagen nicht entgegengehalten werden. Wenn die Voraussetzungen einer Haftung gegeben sind, haftet der betreffende Verwaltungsrat auch dann, wenn er aufgrund von Weisungen seines Auftraggebers handelte.

4. Die interne Organisation des Verwaltungsrates

- *Der Verwaltungsrat legt seine interne Organisation im Rahmen von Statuten und Gesetz selbst fest.*
- *In diesem Rahmen werden den Mitgliedern Einzelaufgaben zugeteilt:*
  - *Der Präsident des Verwaltungsrates ist für Einberufung, Vorbereitung und Leitung der Verwaltungsratssitzung verantwortlich, wobei er auch sicherstellen muss, dass die Verwaltungsräte, die für die Meinungsbildung notwendigen Informationen und Unterlagen von der Geschäftsleitung erhalten.*
  - *Wenn der Verwaltungsrat die Geschäftsführung an ein Mitglied delegiert, wird dieses Mitglied zum Delegierten und Vorsitzender der Geschäftsleitung.*
  - *Der Verwaltungsrat kann weitere Einzelaufgaben für Verwaltungsratsmitglieder definieren, wie insbesondere Vizepräsident, Lead Director, oder auch einzelnen Mitgliedern Aufgaben im Rahmen der Vorbereitung bestimmter Aufgaben des Verwaltungsrates auferlegen (Analyse des Jahresabschlusses, etc. oder der Begleitung bestimmter Projekte).*
  - *Der Sekretär – der nicht Mitglied des Verwaltungsrates sein muss – führt das Protokoll und unterstützt den Präsidenten bei der administrativen Vorbereitung der Verwaltungsratssitzung.*
- *Der Verwaltungsrat kann einzelne Aufgaben auch Ausschüssen übertragen:*
  - *Wenn der Verwaltungsrat die Geschäftsleitung mehreren Mitgliedern überträgt, so bilden diese den Geschäftsleitungsausschuss. Zum Teil übernimmt ein derartiger Ausschuss nicht die gesamte Geschäftsleitung, sondern nur die Genehmigung wesentlicher Geschäftsleitungsentscheide. Diese Delegation der Geschäftsleitungs- bzw. Genehmigungskompetenz entlastet den Verwaltungsrat von der Verantwortung für die operative Geschäftsleitung.*
  - *Der Verwaltungsrat kann Ausschüsse zur Vorbereitung seiner nicht delegierbaren Aufgaben bilden, wie insbesondere ein Audit Committee (Überprüfung der Revisionstätigkeit, Besprechung der Abschlüsse), ein Compensation Committee (Festlegung der Grundsätze für die Entschädigung von Konzernleitung und Verwaltungsrat, dieser Ausschuss ist für kotierte Gesellschaften obligatorisch und wird bei diesen von der Generalversammlung gewählt) und ein Nomination Committee (Nachfolgeplanung und Evaluation von zukünftigen Verwaltungsratsmitgliedern). Die Bildung dieser Ausschüsse enthebt den Verwaltungsrat nicht der Verantwortung für seine Aufgaben. Diese Committees dienen nur zur Vorbereitung der Sachgeschäfte, stellen aber sicher, dass der Verwaltungsrat als Gesamtgremium mit der notwendigen Sorgfalt vorgeht.*
- *Die Organisation des Verwaltungsrates, seine Kompetenzen und die Kompetenzabgrenzung zur Geschäftsleitung sowie das Verfahren des Verwaltungsrates werden in einem Organisationsreglement festgehalten, das Grundlage für die Tätigkeit des Verwaltungsrates bildet.*

Eine Aktiengesellschaft hat hinsichtlich der Gestaltung des Verwaltungsrates eine sehr weitgehende Organisationsautonomie, die sie durch entsprechende Gestaltung von Statu-

ten und Reglementen wahrnehmen kann. Auf dieser Basis kann die Organisation des Verwaltungsrates auch laufend den wandelnden Bedürfnissen des Unternehmens angepasst werden.

Im Rahmen von Statuten und Gesetz konstituiert sich der Verwaltungsrat selbst, d.h. er bestimmt selbst seine interne Organisation, indem er einzelnen Mitgliedern bestimmte Pflichten zuweist oder Ausschüsse bildet.

4.1 Funktionen einzelner Verwaltungsratsmitglieder

4.1.1 Der Präsident des Verwaltungsrates

Gemäss Art. 712 OR hat der Verwaltungsrat einen Präsidenten zu bestimmen, wobei die Statuten auch vorsehen können, dass der Präsident durch die Generalversammlung gewählt wird. Bei kotierten Gesellschaften muss der Präsident gemäss Art. 4 VegüV von der Generalversammlung gewählt werden. Sehen die Statuten die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten durch die Generalversammlung vor bzw. erfolgt diese aufgrund von Art. 4 VegüV durch die Generalversammlung und fällt der Verwaltungsratspräsident während seiner Amtsperiode aus, so kann der Verwaltungsrat allerdings einen Nachfolger bestimmen, der bis zur nächsten Generalversammlung als Präsident amtet[91].

4.1.2 Aufgaben des Präsidenten

Der Verwaltungsratspräsident leitet als Vorsitzender den Verwaltungsrat; er ist aber nicht Vorgesetzter der übrigen Verwaltungsratsmitglieder, sondern steht grundsätzlich auf gleicher hierarchischer Stufe, da der Verwaltungsrat ein Kollektivorgan ist, das durch Mehrheitsbeschluss entscheidet. Der Verwaltungsratspräsident hat aber verschiedene Aufgaben, die dazu führen, dass er normalerweise in einem Verwaltungsrat ein sehr starkes Gewicht hat:

- ***Einberufung von Verwaltungsratssitzungen***

  Dem Verwaltungsratspräsidenten obliegt es, die Sitzungen einzuberufen, wobei allerdings gemäss Art. 715 OR jedes Mitglied des Verwaltungsrates die Einberufung einer Sitzung beantragen kann.

- ***Aufstellung der Traktandenliste***

  Der Verwaltungsratspräsident stellt die Traktandenliste auf. In Analogie zu Art. 715 OR kann allerdings jedes Mitglied die Aufnahme eines Verhandlungsgegenstandes in die Traktandenliste verlangen.

- ***Verfahrensleitung***

  Der Verwaltungsratspräsident leitet das Verfahren in den Verwaltungsratssitzungen. Der Verwaltungsratspräsident hat allerdings nicht absolute Kontrolle über das Verfahren; falls die anderen Verwaltungsratsmitglieder andere Ansichten über das Verfahren haben[92], so können sie ihn überstimmen.

---

91 Dazu im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellungen und Pflichten kotierter Gesellschaften".

92 z.B. Abstimmungsmodus, Länge, Vertagung der Sitzung, Datum der nächsten Sitzung etc.

– ***Stichentscheid***

Der Verwaltungsratspräsident hat gemäss Art. 713 Abs. 1 OR den Stichentscheid, wenn es bei einer Abstimmung im Verwaltungsrat zu einer Patt-Situation kommt. Die Statuten oder das Organisationsreglement können allerdings vorsehen, dass dem Verwaltungsratspräsidenten kein Stichentscheid zukommt – derartige Bestimmungen finden sich vor allem bei Gesellschaften, bei denen zwei Aktionäre je 50% halten.

– ***Formelle Aufgaben***

Dem Verwaltungsratspräsidenten obliegt es, das Protokoll der Verwaltungsratssitzungen zusammen mit dem Sekretär zu unterzeichnen[93] und hat auch die Aufgabe, Handelsregisteranmeldungen zusammen mit einem zweiten Mitglied zu unterzeichnen[94].

Ziff. 16 des Code of Best Practice weist dem Verwaltungsratspräsidenten zusätzlich auch die Verantwortung für die Information des Verwaltungsrates zu[95]. Im Rahmen dieser Informationsverantwortung hat der Verwaltungsratspräsident zusammen mit der Geschäftsleitung für die rechtzeitige Information des Verwaltungsrates zu sorgen und ist dafür verantwortlich, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates sämtliche Informationen erhalten, die für die Willensbildung des Verwaltungsrates und die Überwachung der Gesellschaft notwendig sind. Die Verantwortung für die Informationsvermittlung verpflichtet den Verwaltungsratspräsidenten allerdings nicht dazu, selbst für Informationen zu sorgen; er kann von der Geschäftsleitung verlangen, dass sie die Informationen zusammenstellt und sie den Verwaltungsratsmitgliedern zustellt. Der Verwaltungsrat ist zu einem derartigen Vorgehen sogar verpflichtet, wenn er Anzeichen dafür hat, dass das Unternehmen Probleme hat, aber der Verwaltungsrat nicht darüber informiert wurde.

Die faktisch sehr starke Position des Verwaltungsratspräsidenten ergibt sich zu einem grossen Teil gerade aus dem Umstand, dass er durch die Informationsvermittlung den Informationsstand des Verwaltungsrates kontrolliert. Die Position des Verwaltungsratspräsidenten wird zudem auch dadurch verstärkt, dass er normalerweise ein grösseres und auch besser bezahltes Arbeitspensum als die anderen Verwaltungsratsmitglieder hat. Der Verwaltungsratspräsident setzt sich daher auch meistens als einziges Verwaltungsratsmitglied laufend mit dem Unternehmen auseinander und hat aufgrund seiner periodischen Kontakte mit der Geschäftsleitung sowie aufgrund der Vorbereitung von Sitzungen mit der Geschäftsleitung auch einen grossen Informationsvorsprung gegenüber den anderen Verwaltungsräten.

In Gesellschaften, in denen der Verwaltungsratspräsident nicht selbst in der Geschäftsleitung tätig ist, bildet er im allgemeinen ein Gegengewicht zur Geschäftsleitung bzw. zu

---

93 Art. 713 Abs. 3 OR.

94 Art. 22 Abs. 2 HRegV. Da die Handelsregisterämter auch die Unterzeichnung durch den Vizepräsidenten mit einem zweiten Mitglied akzeptieren, empfiehlt es sich, einen Vizepräsidenten zu bestimmen, um Handelsregisteranmeldungen auch dann vornehmen zu können, wenn der Präsident abwesend ist.

95 Diese Aufgabe ergibt sich meines Erachtens aber bereits aus der Kompetenz des Verwaltungsratspräsidenten zur Einberufung des Verwaltungsrates und zur Verfahrensleitung; Sitzungen können nur sinnvoll durchgeführt werden, wenn dem Verwaltungsrat gleichzeitig auch die für die Behandlung der Traktanden notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Damit hat der Verwaltungsratspräsident diese Aufgabe unabhängig von der Anwendung des Code of Best Practice inne.

einem im Verwaltungsrat tätigen Delegierten und nimmt daher faktisch auch eine verstärkte Aufsichtsfunktion wahr.

4.1.3 Präsident des Verwaltungsrates und Delegierter – Personalunion oder Doppelspitze

Ist der Verwaltungsratspräsident gleichzeitig als Delegierter des Verwaltungsrates Vorsitzender der Geschäftsleitung, so verändert dies die Gewichte innerhalb des Verwaltungsrates erheblich. Einerseits kann der Verwaltungsratspräsident in diesem Fall nicht mehr eine echte Aufsichtsfunktion gegenüber der Geschäftsleitung erfüllen, da er sich selbst beaufsichtigen müsste. Andererseits hat der Verwaltungsratspräsident bzw. Delegierte in diesem Falle kaum mehr ein Gegengewicht im Verwaltungsrat, da er beide wesentlichen Positionen – Leitung des Verwaltungsrates und Führung der Geschäftsleitung – in seiner Person vereint.

Ob bei einem Unternehmen eine Doppelspitze mit Verwaltungsratspräsident und CEO gewählt wird oder diese beiden Funktionen im Sinne einer Personalunion, bei der gleichen Person vereinigt werden, hängt sehr stark davon ab, wie das Element der Aufsicht und die Frage der Führungseffizienz gewichtet werden; für die Personalunion spricht häufig eine erhöhte Führungseffizienz, da der Verwaltungsratspräsident/Delegierte bei einer derartigen Konstellation ohne Reibungsverluste rasche Entscheide fällen kann, während das für die Aufsicht wesentliche Prinzip der Gewaltentrennung für eine Doppelspitze spricht.

Obwohl der Code of Best Practice in Ziff. 19 eine klare Präferenz für die Doppelspitze zeigt und sogar verlangt, dass der Verwaltungsrat auf diese Lösung hinwirkt, lässt er die Möglichkeit der Personalunion offen. Für diesen Fall verlangt der Code of Best Practice aber, dass der Verwaltungsrat für adäquate Kontrollmechanismen sorgt, um die gesetzliche Aufsichtsfunktion des Verwaltungsrates auch bei Vereinigung der Macht des Präsidenten und des Delegierten in einer Person sicherzustellen. Der Code of Best Practice sieht dabei insbesondere die Bestimmung eines Lead Directors vor, der gewisse Funktionen des Präsidenten übernehmen kann und damit ein gewisses Gegengewicht zum Verwaltungsratspräsidenten bzw. Delegierten bilden soll[96].

---

96 Vgl. dazu hinten Ziff. C.4.1.5 hinten.

4.1.4 Vizepräsident

Der Vizepräsident hat im Normalfall keinen eigenen Kompetenz- bzw. Aufgabenbereich. Er vertritt aber den Präsidenten, falls dieser verhindert ist oder zurückgetreten bzw. abberufen worden ist und noch kein neuer Präsident bestimmt worden ist. In diesen Fällen nimmt der Vizepräsident sämtliche Aufgaben des Präsidenten vor. Im Übrigen ist der Vizepräsident auch berechtigt, zusammen mit einem anderen Verwaltungsratsmitglied Handelsregisteranmeldungen zu unterzeichnen, was von Nutzen sein kann, wenn der Präsident abwesend ist, aber eine Eintragung – z.B. wegen Kündigung einer unterschriftsberechtigten Person – notwendig ist. Das Gesetz schreibt die Wahl eines Vizepräsidenten nicht vor. Die Bestimmung eines Mitgliedes zum Vizepräsidenten empfiehlt sich aber, da durch die Wahl eines Stellvertreters sichergestellt werden kann, dass der Verwaltungsrat auch handlungsfähig bleibt, wenn der Präsident aufgrund von Krankheit oder anderen Problemen diese Aufgaben temporär nicht wahrnehmen kann. Insbesondere wird dadurch sichergestellt, dass auch bei Verhinderung des Verwaltungsratspräsidenten weiterhin Verwaltungsratssitzungen einberufen und Traktandenlisten aufgestellt werden können.

4.1.5 Lead Director

Wie oben dargestellt, führt die Personalunion von Verwaltungsratspräsident und Geschäftsleitung zu erheblichen Problemen in der Aufsicht, da der Verwaltungsratspräsident in einem derartigen Fall seine eigene Geschäftsleitungsfunktion nicht beaufsichtigen kann und letztlich im Verwaltungsrat auch ein Gegenpol zur Geschäftsleitung bzw. zum Delegierten fehlt. In der Praxis hat sich für derartige Fälle das Instrument des "Lead Directors" entwickelt, der gewisse Funktionen des Präsidenten wahrnimmt und so die Aufsicht sicherstellen kann.

Der Code of Best Practice sieht in Ziff. 19 vor, dass der Lead Director ein erfahrenes Verwaltungsratsmitglied sein sollte, das keine operative Funktion im Unternehmen hat. Der Lead Director muss befugt sein, selbständig eine Sitzung des Verwaltungsrates einzuberufen und zu leiten, wenn dies zur Sicherstellung von Aufsicht und Kontrolle notwendig ist, d.h. wenn sich der Verwaltungsrat mit der Tätigkeit des Präsidenten selbst auseinandersetzen muss. Um den Informationsvorsprung des Präsidenten/Delegierten auszugleichen, muss der Lead Director auch das Recht haben, selbständig in die Akten der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und Auskünfte von den Mitgliedern der Geschäftsleitung einzuholen.

Das Instrument des Lead Directors hat sich in der Praxis bewährt, wobei die Umsetzung allerdings stark von der Persönlichkeit des Lead Directors abhängt; nur wenn eine starke Persönlichkeit diese Rolle einnimmt, die auch den Mut hat, dem Verwaltungsratspräsidenten zu widersprechen oder von ihm zusätzliche Informationen zu schwierigen Themen zu fordern, kann diese Funktion zu den gewünschten Ergebnissen führen.

4.1.6 Delegierter

Der Verwaltungsrat kann, wie vorne in Ziff. B.1 im Einzelnen dargestellt, entweder die operativen Geschäfte der Gesellschaft selbst führen oder aber die Geschäftsführung an ein Mitglied bzw. an Dritte delegieren. Wird die Geschäftsführung an ein Mitglied des Verwaltungsrates selbst delegiert, so wird dieser in der Praxis als "Delegierter" bezeichnet und nimmt die Funktion eines Vorsitzenden der Geschäftsleitung wahr. Dem Delegierten obliegt in dieser Funktion die Leitung der operativen Geschäfte unter Vorbehalt der Aufsichts- und Oberleitungskompetenzen des Verwaltungsrates[97].

Der Delegierte hat naturgemäss im Verwaltungsrat eine sehr starke Stellung, da er im Gegensatz zu den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern hauptberuflich für das Unternehmen tätig ist und normalerweise gegenüber den anderen Mitgliedern auch einen grossen Informationsvorsprung hat. In dieser Situation kommt dem Präsidenten des Verwaltungsrates eine sehr grosse Bedeutung zu, da er im Rahmen seiner Pflichten dafür zu sorgen hat, dass dem Verwaltungsrat genügend Informationen zukommen, um diesen Informationsvorsprung auszugleichen und dem Verwaltungsrat eine vernünftige Aufsichtstätigkeit zu ermöglichen. Ist der Delegierte in Personalunion gleichzeitig auch Präsident des Verwaltungsrates, so müssen der Lead Director bzw. die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates sicherstellen, dass der Delegierte bzw. Verwaltungsratspräsident auch in seiner Doppelfunktion seinen Informationspflichten nachkommt, was allenfalls schwierig ist, wenn die betreffenden Informationen für den Verwaltungsratspräsidenten/Delegierten persönlich problematisch sind.

Besonders problematisch für die übrigen Verwaltungsräte ist eine Konstellation, bei der nicht nur der Delegierte, sondern auch weitere Mitglieder der Unternehmensleitung im Verwaltungsrat Einsitz nehmen (CFO, COO etc.), die dem Delegierten als Vorsitzender der Geschäftsleitung hierarchisch unterstellt sind, da diese Mitglieder die Aufsichtspflichten des Verwaltungsrates gegenüber dem Delegierten aufgrund ihrer hierarchischen Unterstellung nicht wahrnehmen können und so das Gewicht des Delegierten im Verwaltungsrat entsprechend verstärken.

4.1.7 Weitere Einzelaufgaben für einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat kann seinen Mitgliedern weitere Einzelaufgaben übertragen, sei dies die Vorbereitung spezifizierter Traktanden, die Begleitung wichtiger Projekte des Unternehmens oder auch die Vornahme von Abklärungen im Bereich der unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates. So können, wie hinten in Ziff. C.4.2 ff. dargestellt, bei kleineren Gesellschaften insbesondere einzelne Verwaltungsräte die Aufgaben eines Audit, eines Compensation oder eines Nomination Committees übernehmen und die Beschlüsse des Verwaltungsrates in diesem Bereich vorbereiten.

4.1.8 Protokollführer/Sekretär

Gemäss Art. 712 OR hat der Verwaltungsrat einen Sekretär zu bestimmen, dem die Protokollführung obliegt. Dabei hat der Verwaltungsrat auch die Möglichkeit, eine Person zum Sekretär zu bestimmen, die nicht selbst Mitglied des Verwaltungsrates ist. Dies ist

---

97 Vgl. dazu Ziff. B.3 vorne.

im Allgemeinen zu empfehlen, da ein Verwaltungsratsmitglied, das selbst das Protokoll führt, nur in den seltensten Fällen in der Lage ist, gleichzeitig sinnvoll an der Diskussion teilzunehmen. Der Sekretär des Verwaltungsrates arbeitet meist eng mit dem Präsidenten zusammen und übernimmt die administrativen Aspekte in der Vorbereitung der Verwaltungsratssitzung, wie insbesondere die Zusammenstellung der für den Verwaltungsrat bestimmten Informationen. Der Sekretär des Verwaltungsrates wird damit zu einem wichtigen Element für das Funktionieren des Verwaltungsrates und kann bei richtiger Erfüllung seiner Aufgaben ganz wesentlich zum Funktionieren dieses Gremiums beitragen.

4.2 Ausschüsse des Verwaltungsrates

4.2.1 Die Bildung von Ausschüssen

Ausschüsse des Verwaltungsrates setzen sich aus Mitgliedern des Verwaltungsrates zusammen, die im Rahmen der Verwaltungsratstätigkeit gewisse Spezialaufgaben erfüllen. Derartige Ausschüsse werden vom Verwaltungsrat gebildet, der den Aufgabenkreis, die Mitglieder und den Vorsitzenden der betreffenden Ausschüsse bestimmt. Die Aufgabenkreise und Organisation ständiger Ausschüsse werden dabei im Organisationsreglement abgebildet; die Ausschüsse, die nur für eine bestimmte Aufgabe, wie z.B. die Begleitung eines grossen Projektes oder die Abklärung eines spezifischen Problems, gebildet werden, können dagegen auch mit einem einfachen Beschluss des Verwaltungsrates gebildet werden. Welche Ausschüsse bei einem konkreten Unternehmen geschaffen werden sollen, hängt primär von den Bedürfnissen des Unternehmens, aber auch von der Zusammensetzung des Verwaltungsrates ab.

Eine eigentliche Delegation von Aufgaben und Kompetenzen an Ausschüsse ist nur ausserhalb der vorne in Ziff. B.3 dargestellten, unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates möglich. Im Rahmen der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, wie insbesondere der Oberaufsicht über die Geschäftsleitung, der Festlegung der Strategie und der Verantwortung für das Rechnungswesen, kann der Verwaltungsrat nur die Vorbereitung von Entscheiden an Ausschüsse delegieren.

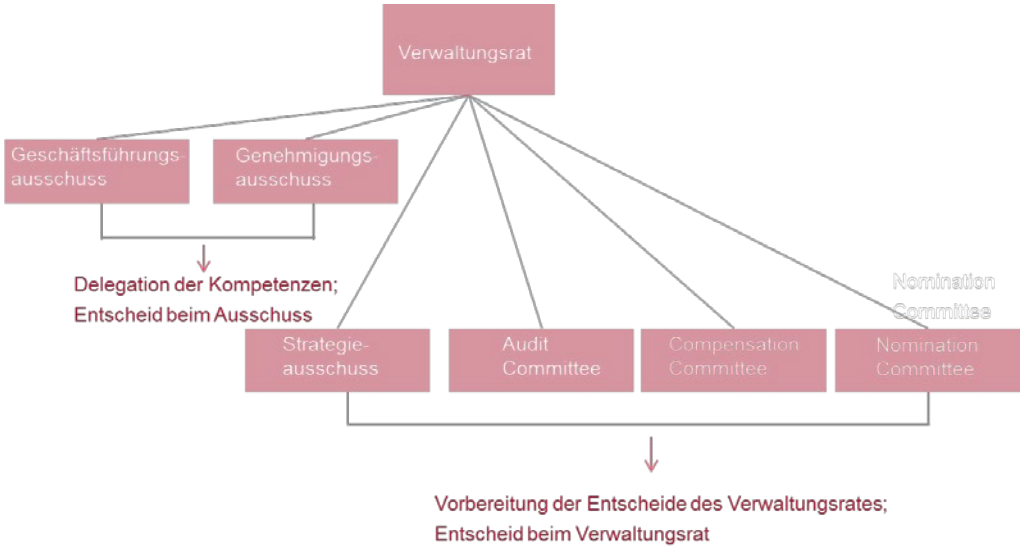
Im Sinne der oben dargestellten Grundsätze kann der Verwaltungsrat Geschäftsleitungsfunktionen oder die Genehmigung von Geschäftsleitungshandlungen an einzelne Ausschüsse delegieren, während Ausschüsse, die sich mit der Strategie des Unternehmens auseinandersetzen, die betreffenden Beschlüsse des Verwaltungsrates nur vorbereiten und diesem entsprechend Antrag stellen können, da die Festlegung der Strategie – im Gegensatz zur Geschäftsführung – eine unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrates darstellt. Auch die vom Code of Best Practice vorgesehenen Ausschüsse, d.h. das Audit Commitee, das Compensation Committee und das Nomination Committee, sind zum Teil im Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates tätig und haben deshalb meistens nur eine vorbereitende Funktion. Wie hinten in Ziff. 4.2.3.1 ff. dargestellt, können aber auch diesen Ausschüssen ausserhalb der unübertragbaren Kompetenzen einzelne Aufgaben zur Entscheidung übertragen werden.

In der Praxis haben aber auch die Ausschüsse, die nur eine vorbereitende Funktion haben, eine sehr starke Bedeutung und entscheiden faktisch durch die Antragsstellung selbst im

Bereich der nicht übertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates. Erfahrungsgemäss stellt sich der Verwaltungsrat nämlich kaum dem Antrag eines dieser Ausschüsse entgegen, da die übrigen Mitglieder weder die entsprechenden Informationen noch die Zeit für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Materie haben. Damit klaffen bei der Bildung von Ausschüssen häufig rechtliche Verantwortung und Kompetenz einerseits und faktische Entscheidungsgewalt andererseits auseinander; der Verwaltungsrat bleibt zwar, rechtlich betrachtet, für die betreffenden Fragen und Entscheide vollumfänglich verantwortlich, hat aber tatsächlich als Kollektivorgan in diesen Bereichen kaum mehr Einfluss. In einer derartigen Situation ist es wichtig, dass der Präsident des Verwaltungsrates dafür sorgt, dass auch die Mitglieder, die nicht einem dieser Ausschüsse angehören, über genügend Informationen verfügen, um die Anträge der Ausschüsse kritisch zu würdigen.

4.2.2 Vor- und Nachteile von Ausschüssen

Ein Verwaltungsrat, der die Möglichkeit zur Bildung von Ausschüssen vollumfänglich wahrnimmt, kann sich nach den oben dargestellten Grundsätzen z.B. wie folgt gestalten:



Ob eine derartige Verteilung der Aufgaben des Verwaltungsrates auf einzelne Ausschüsse wirklich sinnvoll ist, muss allerdings bei jeder einzelnen Gesellschaft kritisch hinterfragt werden. Die Bildung von Ausschüssen hat verschiedene Vorteile:

– ***Effizienzsteigerung bei der Arbeit des Verwaltungsrates***

  Der Verwaltungsrat kann seine Arbeitseffizienz natürlich steigern, indem er einzelne Aufgaben an Ausschüsse überträgt, die parallel arbeiten und so die personellen Kapazitäten des Verwaltungsrates besser ausnützen. Überdies ist es so auch möglich, die Mitglieder des Verwaltungsrates in den Bereichen einzusetzen, in dem sie Fachkenntnisse und Erfahrungen haben, so dass das Wissen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder besser ausgenützt werden kann.

– ***Die Vermeidung von Interessenkonflikten***

Durch die Bildung von Ausschüssen können auch Interessenkonflikte, die der Verwaltungsrat in seiner Gesamtbesetzung hat, vermieden werden, indem die betreffenden Ausschüsse nur aus von der Geschäftsleitung unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammengesetzt werden. Dies ist insbesondere beim Audit Committee, beim Compensation Committee oder beim Nomination Committee notwendig, wo im Sinne der Aufsicht eine Einmischung der Geschäftsleitung vermieden werden sollte. Gerade in der Unabhängigkeit dieser Ausschüsse von der Geschäftsleitung liegt die eigentliche Bedeutung von Ausschüssen für die Corporate Governance, da auf diese Weise eine glaubwürdige Aufsichtsfunktion des Verwaltungsrates sichergestellt werden kann.

Nachteil der Bildung von Ausschüssen ist, dass der Verwaltungsrat in dieser Weise aufgesplittert wird und faktisch nicht mehr als Kollektivorgan tätig ist, sondern in Teilorganen entscheidet. Der Umstand, dass auch Ausschüsse, die rechtlich betrachtet nur vorbereitende Funktion haben, faktisch meist Vorentscheide fällen, die im Gesamtverwaltungsrat nicht mehr umgestossen werden, führt dazu, dass Verwaltungsratsmitglieder, die wichtigen Ausschüssen nicht angehören, im Verwaltungsrat kaum mehr eine Bedeutung haben. Die Schaffung von Ausschüssen führt daher letztlich auch zu einer gewissen hierarchischen Gliederung des Verwaltungsrates, was der Funktion des Verwaltungsrates als Kollektivorgan nicht zuträglich ist. Die weitgehende Verwendung von Ausschüssen im Sinne der oben dargestellten Graphik hat letztlich in der Praxis den Effekt, dass der Verwaltungsrat als Gesamtorgan kaum mehr eine echte Funktion hat und dass die Personen, die den wichtigen Ausschüssen angehören, die Gesellschaft auf strategischer Ebene führen, während Verwaltungsratsmitglieder, die diesen Ausschüssen nicht angehören, keinerlei Einfluss mehr haben.

4.2.3 Die einzelnen Ausschüsse

In der Praxis finden sich die folgenden Ausschüsse:

4.2.3.1 Geschäftsführungsausschuss

Der Verwaltungsrat kann die Geschäftsführung nicht nur an ein einzelnes Mitglied delegieren, sondern auch an einen Ausschuss, in dem mehrere Mitglieder zusammen die Geschäftsführungsfunktion wahrnehmen[98]. Genau gleich wie beim Delegierten muss in diesen Fällen durch organisatorische Massnahmen sichergestellt werden, dass die übrigen Verwaltungsratsmitglieder ihren gesetzlichen Aufsichtspflichten trotz der Vertretung der Geschäftsleitung im Verwaltungsrat nachkommen können. Derartige Massnahmen sind natürlich besonders dann notwendig, wenn auch der Präsident des Verwaltungsrates dem geschäftsführenden Ausschuss angehört und der Ausschuss im Verwaltungsrat dadurch ein sehr starkes Gewicht hat.

4.2.3.2 Genehmigungsausschuss

In verschiedenen Unternehmen wird ein Ausschuss gebildet, der die Aufgabe hat, bestimmte wichtige Geschäfte des Unternehmens zu genehmigen[99]. Dieser Ausschuss nimmt letztlich eine Zwischenstellung zwischen Aufsicht und Geschäftsführung wahr, da er einerseits mit der Genehmigung von Geschäften materiell Geschäftsführungskompetenzen übernimmt, andererseits aber durch diesen Genehmigungsvorbehalt auch eine Aufsichtsfunktion ausübt – mit der Prüfung der Anträge nimmt der Verwaltungsrat ja bei diesen wesentlichen Geschäften auch eine Aufsichtsfunktion bezüglich der Vorbereitung wahr.

Die Einrichtung eines derartigen Ausschusses hat sich in der Praxis in vielen Unternehmen, die einen relativ grossen Verwaltungsrat aufweisen, sehr gut bewährt, da es einem Ausschuss mit wenigen Mitgliedern möglich ist, seine Sitzungen dem Führungs- und Entscheidungsrhythmus der Geschäftsführung anzupassen. Damit kann der Ausschuss die Aufsichts- und Kontrollkompetenz des Verwaltungsrates bei den zustimmungspflichtigen Geschäften ausüben, ohne dass durch die entsprechenden Zustimmungserfordernisse die Geschäftstätigkeit behindert wird. Je grösser die Kompetenzen des Genehmigungsausschusses sind, desto schwieriger wird allerdings auch die Position der übrigen Verwaltungsratsmitglieder; einerseits hat der Verwaltungsratsausschuss gegenüber den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern wegen des höheren Sitzungsrhythmuses und der Auseinandersetzung mit wichtigen Projekten der Gesellschaft einen grossen Informationsvorsprung, andererseits werden die übrigen Verwaltungsratsmitglieder aber auch häufig mit der Tatsache konfrontiert, dass der Ausschuss bereits in vielen wichtigen Fragen Entscheide gefasst hat, welche die Haltung des Gesamtverwaltungsrates bezüglich strategischer Fragen präjudizieren, da grosse Projekte natürlich oft eine strategische Bedeutung haben. Bei der Einrichtung eines derartigen Ausschusses sollte daher immer auf die genaue Kompetenzabgrenzung zwischen Ausschuss und Gesamtverwaltungsrat geachtet

---

98 Dieser Ausschuss wird meistens als "Geschäftsführungsausschuss" oder häufig einfach als "Ausschuss" bezeichnet.

99 Diese Art des Ausschusses wird in der Praxis zum Teil als Präsidialausschuss oder auch Genehmigungsausschuss bezeichnet, wobei aber auch dieser Ausschuss häufig einfach als "Ausschuss" bezeichnet wird.

und auch sichergestellt werden, dass die übrigen Verwaltungsratsmitglieder dennoch über genügend Informationen verfügen, um ihrer Aufgabe nachzukommen[100].

Da der Verwaltungsrat seine Geschäftsführungskompetenz – einschliesslich der Kompetenz zur Genehmigung wesentlicher Geschäftsführungsentscheide – gemäss Art. 716b OR gültig an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates bzw. an einen Ausschuss delegieren kann, führt die Einrichtung eines Geschäftsführungsausschusses oder eines Ausschusses mit Genehmigungsfunktion zu einer echten Kompetenzdelegation. Der Verwaltungsrat überträgt damit auch die entsprechende Verantwortung auf die Mitglieder des Ausschusses und ist gemäss Art. 754 Abs. 2 OR nur noch für die Auswahl, Instruktion und Überwachung der Ausschussmitglieder verantwortlich.

4.2.3.3 Strategieausschuss

Verschiedene Unternehmen haben einen Strategieausschuss gebildet, der im Dialog mit der Geschäftsleitung die Strategie des Unternehmens entwickelt. In der Praxis wird dieser Ausschuss auch häufig mit einem allfälligen Genehmigungsausschuss kombiniert, wodurch dieser Ausschuss natürlich innerhalb des Verwaltungsrates ein sehr starkes Gewicht erhält und die übrigen Verwaltungsratsmitglieder in den Hintergrund treten.

Da wie vorne in Ziff. B.3.2 dargestellt, die Festlegung der Unternehmensstrategie eine unentziehbare und unübertragbare Kompetenz des Verwaltungsrates darstellt, ist durch die Bildung eines Ausschusses keine echte Delegation möglich. Der Strategieausschuss kann deshalb die Strategie des Unternehmens letztlich nur evaluieren und dem Verwaltungsrat zum Beschluss vorlegen. In der Praxis hat allerdings die Vorarbeit des Strategieausschusses eine sehr starke Bedeutung; kaum je weicht ein Verwaltungsrat von den Anträgen eines Strategieausschusses ab, da den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern meist schon die fundierten Informationen fehlen, die zur Strategiebildung notwendig sind.

4.2.3.4 Audit Committee / Prüfungsausschuss

Wenn ein Unternehmen eine gewisse Grösse erreicht hat, ist es dem Verwaltungsrat oft nicht mehr möglich, sich mit allen Fragen der Kontrolle und Aufsicht im finanziellen Bereich auseinanderzusetzen. In einer derartigen Situation – und vor allem auch in Fällen, in denen Geschäftsleitungsmitglieder selbst Mitglieder des Verwaltungsrates sind – kann die effiziente Kontrolle und Aufsicht nur aufrechterhalten werden, wenn im Sinne von Ziff. 23 des Code of Best Practice ein Audit Committee geschaffen wird, das sich aus Verwaltungsratsmitgliedern zusammensetzt, die im Bereich Rechnungswesen fachkundig sind und selbst nicht der Geschäftsleitung angehören. Art. 24 des Code of Best Practice definiert den Wirkungs- und Aufgabenkreis des Audit Committees relativ breit:

- ***Überprüfung der Revisionsfunktionen***

  Das Audit Committee hat die Prüfungsprozesse der externen und internen Revision zu analysieren und sich ein Urteil über die Wirksamkeit von externer und interner Revision sowie über deren Zusammenwirken zu bilden. Diese Funktion ist äusserst wich-

---

[100] Die Feststellung, dass ein Ausschuss wesentlich effizienter funktioniert als der Gesamtverwaltungsrat sollte gerade bei Gesellschaften mit grossem Verwaltungsrat auch zur kritischen Überprüfung der Zahl der Verwaltungsräte Anlass geben; allenfalls ist dies ein Zeichen dafür, dass der Verwaltungsrat gesamthaft verkleinert werden sollte.

tig, da sich der Verwaltungsrat gerade in grösseren Gesellschaften sehr häufig auf das Urteil von externer und interner Revision abstützt, weil diese Revisionsorgane wesentlich mehr Zeit für die Prüfung des Rechnungswesens aufwenden als der Verwaltungsrat und entsprechend auch tiefer in die Materie eindringen. Um zu vermeiden, dass der Verwaltungsrat falsche Vorstellungen über die Arbeit der Revisionsorgane und die Qualität ihrer Feststellungen hat, muss sich das Audit Committee mit der Frage auseinandersetzen, wie tief die Analysen und Prüfungshandlungen der Prüfungsorgane tatsächlich gehen, welche Bereiche sie abdecken und wie zeitnah die entsprechenden Feststellungen sind. Diese Fragen sind eng mit dem Risikomanagement der Gesellschaft verbunden; je umfassender und sorgfältiger die Revisionsarbeit ist, desto geringer ist das Restrisiko, das die Gesellschaft im Bereich des Rechnungswesens trägt.

– ***Beurteilung des Risikomanagements und der unternehmensinternen Compliance***

Das Audit Committee sollte sich nach dem Code of Best Practice auch ein Bild über die Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagements und der Compliance[101] machen. Genau wie die Beurteilung der Revisionsprozesse ist auch die Analyse dieser Funktionen für den Verwaltungsrat von wesentlicher Bedeutung, da sich der Verwaltungsrat im Allgemeinen in seiner Beurteilung von Risikosituationen auf die Arbeit der im Unternehmen mit diesen Funktionen betrauten Personen verlässt. Auch hier muss das Audit Committee letztlich sicherstellen, dass die Erwartungen des Verwaltungsrates im Hinblick auf die Funktion dieser Prozesse erfüllt bzw. entsprechende Korrekturen vorgenommen werden, wenn dies nicht der Fall sein sollte.

– ***Analyse der finanziellen Berichterstattung***

Der Prüfungsausschuss sollte den Einzelabschluss, eine allfällige Konzernrechnung sowie die Zwischenabschlüsse kritisch analysieren und diese mit dem Finanzchef und dem Leiter der internen Revision sowie mit dem Leiter der externen Revision besprechen. Ziel ist es, durch die Besprechung im Audit Committee ein vertieftes Verständnis dieser Abschlüsse zu erreichen und Probleme frühzeitig aufzudecken. Die Erfahrung zeigt auch tatsächlich, dass eine kritische Analyse der finanziellen Berichterstattung Rückschlüsse auf negative Entwicklungen ermöglicht, die von der Geschäftsleitung nicht erkannt oder zwar erkannt, aber dem Verwaltungsrat nicht offengelegt werden. Gerade für diese vertiefte Analyse ist es aber notwendig, dass sich das Audit Committee genügend Zeit nimmt und auch über genügend Fachkompetenz verfügt, um tatsächlich seine Funktion wahrzunehmen. Zur Aufdeckung bestehender Risiken ist es dabei unabdingbar, dass der Ausschuss mit Vertretern der internen und externen Revision ohne Beisein des Finanzchefs oder anderer Geschäftsleitungsmitglieder spricht, um sicherzustellen, dass die Meinungsäusserungen der entsprechenden Personen nicht durch die anwesenden Geschäftsleitungsmitglieder verfälscht werden oder dass kritische Äusserungen nicht aus Furcht vor Repressionsmassnahmen unterlassen werden.

– ***Empfehlung an den Verwaltungsrat betreffend Abschlüsse***

---

[101] Vgl. zu diesen Funktionen Ziff. B.4 vorne.

Aufgrund seiner Abklärung muss das Audit Committee dem Verwaltungsrat eine Empfehlung darüber abgeben, ob Einzel- und Konzernabschluss der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt bzw. ob Zwischenabschlüsse veröffentlicht werden können. Kommt das Audit Committee zum Schluss, dass die Abschlüsse nicht genehmigt werden sollten, so hat es dem Verwaltungsrat nicht nur die Rückweisung der betreffenden Abschlüsse an die Geschäftsleitung zu beantragen, sondern sollte auch Korrekturmassnahmen vorschlagen, um sicherzustellen, dass der betreffende Abschluss nach der Rückweisung richtig erstellt wird.

– ***Verhältnis der Gesellschaft zur externen Revisionsstelle***

Das Verhältnis zwischen Geschäftsleitung und externer Revisionsstelle ist häufig problematisch: Einerseits handelt die Geschäftsleitung mit der Revisionsstelle das Honorar für die Revisionstätigkeit aus und vergibt allenfalls auch weitere lukrative Mandate; andererseits muss die Revisionsstelle die von der Geschäftsleitung aufgestellten Zahlen revidieren und tritt damit häufig in einen starken Interessensgegensatz zur Geschäftsleitung[102]. Diese partielle Abhängigkeit der Revisionsstelle von den Entscheiden der Geschäftsleitung kann dazu führen, dass die Revisionsstelle zu wenig kritisch gegenüber der Geschäftsleitung auftritt, um Probleme in der Honorierung zu vermeiden oder um sich Zusatzmandate zu sichern. Um derartige Probleme zu vermeiden, sieht der Swiss Code of Best Practice vor, dass das Audit Committee die Leistung der externen Revisionsstelle beurteilt und deren Honorar festlegt. Es obliegt auch dem Audit Committee, die Unabhängigkeit der Revisionsstelle zu überprüfen und abzuklären, ob sich aus allfälligen Beratungsmandaten, die die Revisionsstelle zusätzlich zu ihrer normalen Revisionstätigkeit ausübt, ein Konflikt mit der Revisionstätigkeit ergibt. Damit das Audit Committee diese Aufgabe wirklich wahrnehmen kann, muss es von Geschäftsleitung und Revisionsstelle verlangen, dass die gesamte Tätigkeit, die die Revisionsstelle und ihr nahe stehende Organisationen für die Gesellschaft ausüben, offengelegt wird. Dabei muss das Audit Committee gerade Mandate im Bereich der Unternehmensberatung, der Steuerberatung und der Abschlussgestaltung kritisch hinterfragen, da eine Revisionsstelle, die durch entsprechende Beratungsmandate direkt auf die Geschäftsführung bzw. die Gestaltung der finanziellen Berichterstattung Einfluss nimmt, im Normalfall bei ihren Prüfungshandlungen nicht mehr unabhängig sein kann; typischerweise wird der Revisor ja die Tätigkeit des Beraters aus der eigenen Organisation nicht desavouieren.

Die obige Aufzählung seiner Aufgaben zeigt die Bedeutung, die das Audit Committee im Rahmen der Aufsichtsfunktion des Verwaltungsrates hat: Es nimmt zentrale Aufsichtsfunktionen im Bereich der Finanzen wahr und bereitet so die Entscheidung des Verwaltungsrates über die jährliche finanzielle Berichterstattung vor. Gerade aufgrund dieser Funktion ist es unabdingbar, dass dem Audit Committee Persönlichkeiten angehören, die über entsprechende Fachkenntnisse im Bereich des Rechnungswesens bzw. der Revision verfügen und auch die notwendige Zeit zur Erfüllung Ihrer Aufgabe aufwenden können.

---

[102] Dieses Problem zeigt sich gerade bei Abschreibungen und Rückstellungen – bei diesen Punkten will die Geschäftsleitung ja häufig eine Verschlechterung des Gewinns vermeiden und stellt sich dementsprechend gegen derartige Forderungen der Revisionsstelle.

Bei der Gestaltung eines Audit Committee sollte darauf geachtet werden, dass das Audit Committee nicht Aufgaben übernimmt, die mit seiner Kerntätigkeit, der kritischen Überprüfung der Abschlüsse, in Konflikt steht. Es ist dementsprechend nicht sinnvoll, wenn das Audit Committee Investmentanträge an den Verwaltungsrat vorprüft oder sogar selbst genehmigt, da es nachher ja die entsprechenden Aktivierungen kritisch überprüfen muss und in seiner Entscheidung nicht mehr ganz frei ist, wenn es selber die betreffenden Investitionen genehmigt hat.

4.2.3.5 Compensation Committee / Entschädigungsausschuss

Die Festlegung der Honorare von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat ist gerade bei grösseren Unternehmen, die im internationalen Wettbewerb stehen, eine komplexe Aufgabe, die erhebliche Abklärungen erfordert. Überdies entstehen in diesem Bereich auch Interessenkonflikte, wenn Mitglieder der Geschäftsleitung selbst im Verwaltungsrat tätig sind, da sie dann letztlich selber über ihre eigene Entschädigung entscheiden. Deshalb empfiehlt der Code of Best Practice in Ziff. 25 für grössere Unternehmen die Schaffung eines Entschädigungsausschusses und normiert dessen Tätigkeit in Ziff. 33 f.

Aufgabe des Entschädigungsausschusses ist es, die Grundsätze für die Entschädigung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung zu erarbeiten und dem Verwaltungsrat zur Genehmigung zu unterbreiten. Da die Festlegung der Löhne für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nicht zu den gemäss Art. 716a OR unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates gehört, ist es möglich, dem Entschädigungsausschuss auch Entscheidkompetenzen zu übertragen.

Ziel des Entschädigungsausschusses muss es sein, Entschädigungsmodelle zu entwickeln, die einerseits eine leistungs- und marktgerechte Vergütung sicherstellen und andererseits die Interessen des Unternehmens wahren; das Compensation Committee soll aufgrund seiner Unabhängigkeit letztlich vor allem aber auch sicherstellen, dass es nicht zu "Selbstbedienungsfällen" kommen kann, bei denen sich Geschäftsleitung und Spitze des Verwaltungsrates in eigener Kompetenz Entschädigungen zusprechen, die sich nicht mehr durch Marktbedingungen und Leistungen rechtfertigen lassen.

Der Swiss Code of Best Practice fasst die Grundsätze für die Tätigkeit des Vergütungsausschusses und die Festsetzung der Entschädigung in Ziff. 34 ff. zusammen[103]:

- Die Entschädigungen müssen markt- und leistungsgerecht sein, so dass das Unternehmen in der Lage ist, Personen mit den notwendigen Fähigkeiten zu gewinnen und zu behalten.
- Die Entschädigung soll nachvollziehbar vom nachhaltigen Erfolg des Unternehmens abhängig sein und auch in einem vernünftigen Verhältnis zu den Leistungen der betreffenden Person stehen. Bei der Schaffung von speziellen Incentives, wie Gewinnbeteiligung, Provisionen oder Options- bzw. Beteiligungspläne, muss im Weiteren darauf geachtet werden, dass keine falschen Anreize entstehen. Deshalb sind vor allem Options- oder Gewinnbeteiligungsmodelle zu vermeiden, die Geschäftsleitung und Verwaltungsrat dazu verleiten, extreme Risikopositionen einzugehen, weil sie dank

---

[103] Obwohl der Vergütungsausschuss im Rahmen der Vergütungsverordnung eine wichtige Funktion hat, lässt Art. 7 der VegüV seine Tätigkeit weitgehend offen und überlässt die Konkretisierung dem Verwaltungsrat selbst.

dem betreffenden Options- bzw. Gewinnbeteiligungsmodell an einem hohen Gewinn überproportional partizipieren, ein allfälliger Verlust demgegenüber aber allein von den Aktionären getragen wird.

- Falls Optionspläne bestehen, müssen diese so gestaltet werden, dass für die Aktionäre ein möglichst geringer Verwässerungseffekt entsteht und die Ausübungsbedingungen nicht nachträglich zugunsten der Inhaber der Optionspläne geändert werden können. Gerade Anpassungen der Optionsbedingungen zugunsten der Optionsberechtigten haben in den letzten Jahren oft zu einer grossen Verärgerung der Aktionäre geführt; einzelne Unternehmen haben bei sinkenden Kursen einfach die Optionsbedingungen so angepasst, dass Verwaltungsrat und oberes Kader trotz Kursrückgang noch einen Gewinn erzielen konnten, obwohl die Aktionäre in der gleichen Zeit Verluste erlitten haben. Derartige Anpassungen sind schon deshalb zu vermeiden, weil sie nicht dem Grundkonzept von Optionsplänen entsprechen, durch die Optionszuteilung die Interessen von Aktionären und Geschäftsleitung bzw. Verwaltungsrat auf eine Linie zu bringen.
- Das Compensation Committee hat darauf zu achten, dass die Kündigungsregeln bei Arbeitsverträgen des Kaders marktüblich sind und nicht den Interessen des Unternehmens zuwiderlaufen. Dabei soll das Compensation Committee insbesondere vermeiden, dass mit Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern Abgangsentschädigungen oder übermässige Kündigungsfristen vereinbart werden. Während die Vergütungsverordnung bei kotierten Gesellschaften Abgangsentschädigungen überhaupt verbietet und die Kündigungsfrist auf höchstens 12 Monate beschränkt[104], sind längere Kündigungsfristen sowie Abgangsentschädigungen bei privatgehaltenen Gesellschaften möglich. Auch bei diesen Gesellschaften darf der Verwaltungsrat aber nur Leistungen vereinbaren und auszahlen, die im Interesse des Unternehmens liegen, d.h. längere Kündigungsfristen und Abgangsentschädigungen, kommen nur in Frage, wenn diese notwendig sind, um eine bestimmte für die Gesellschaft wertvolle Personen zu halten, und andere Lösungen nicht möglich sind[105].

Damit das Compensation Committee das Vertrauen der Anleger und Aktionäre in Verwaltungsrat und Management gewinnen kann, muss ein derartiges Komitee von Persönlichkeiten getragen werden, die der Aufgabe tatsächlich gewachsen sind und dem manchmal erheblichen Druck, "grosszügige" Lösungen zu finden, widerstehen können.

4.2.3.6 Nomination Committee / Nominierungsausschuss

Gemäss Ziff. 26 des Code of Best Practice hat das Nomination Committee die Aufgabe, Kriterien zur Wahl bzw. Wiederwahl von Verwaltungsratsmitgliedern festzulegen und die möglichen Kandidaten anhand dieser Kriterien zu evaluieren. Das Nomination Committee soll damit eine objektive Auswahl der Verwaltungsratsmitglieder gewährleisten

---

104 Dazu im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschaften".

105 Eine derartige Situation kann sich z.B. ergeben, wenn eine Gesellschaft ein Geschäftsleitungsmitglied im Hinblick auf einen geplanten Verkauf der Gesellschaft durch die Aktionäre halten will, bis der Verkauf vollzogen ist, gleichzeitig aber sicher ist, dass der Käufer auf die Dienste der betreffenden Person verzichtet. Ähnliche Bedürfnisse können sich auch ergeben, wenn ein CEO an seiner Position gehalten werden soll, bis ein familieninterner Nachfolger seine Position übernehmen kann.

und sicherstellen, dass auch die bereits im Verwaltungsrat tätigen Personen nach objektiven Kriterien evaluiert werden. Diese sehr schwierige Aufgabe, die im Extremfall dazu führen kann, einem Mitglied die Wiederwahl zu verweigern oder sogar einen Rücktritt nahezulegen, verlangt nicht nur grosse Erfahrung, sondern im Allgemeinen auch ein starkes Rückgrat. Die Solidarität und das Harmoniebedürfnis ist in einem Verwaltungsrat aufgrund seiner Funktion als Kollektivorgan erfahrungsgemäss relativ gross, weshalb es äusserst schwierig ist, einem Mitglied, das noch nicht die Altersgrenze erreicht hat und bei dem auch keine "absoluten" Verweigerungsgründe vorliegen[106], tatsächlich den Rücktritt oder den Verzicht auf die Wiederwahl nahezulegen, nur weil es zu passiv ist oder gewisse Spezialkenntnisse nicht besitzt.

Das Nomination Committee hat aber vor allem auch dann eine grosse Bedeutung, wenn die Geschäftsleitung im Verwaltungsrat vertreten ist. Durch die Optimierung des Auswahlprozesses für neue Verwaltungsratsmitglieder und einen von der Geschäftsleitung unabhängigen Ausschuss soll sichergestellt werden, dass der Verwaltungsrat nicht einfach mit Mitgliedern, die der Geschäftsleitung nahestehen, besetzt wird und so seine Fähigkeit zur Kritik verliert.

4.2.4 Die Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder

4.2.4.1 Das Unabhängigkeitserfordernis bei den einzelnen Ausschüssen

Die Frage, ob die Mitglieder eines Ausschusses unabhängig von der Geschäftsleitung sein müssen, muss für jeden Ausschuss unterschiedlich beantwortet werden; Ausschüsse, die eine starke Aufsichtsfunktion gegenüber der Geschäftsleitung haben, müssen von Geschäftsleitung und Tagesgeschäft unabhängig sein, da sie sonst ihre Aufgabe nicht wahrnehmen können. Bei anderen Ausschüssen dagegen stehen Fachkenntnis und Funktion im Vordergrund, weshalb in diesem Bereich die Unabhängigkeit nicht Voraussetzung für eine Mitgliedschaft im Ausschuss ist. Nach den oben dargestellten Grundsätzen präsentiert sich das Unabhängigkeitserfordernis bei den einzelnen Ausschüssen wie folgt:

- ***Geschäftsführungsausschuss***

  Die Mitglieder des Geschäftsführungsausschusses sind direkt in der Geschäftsführung tätig und sind daher per Definition nicht unabhängig - der Strategieausschuss ist nicht Teil der operativen Geschäftsführung, weshalb er auch mit unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern besetzt werden kann. Anderseits hat dieser Ausschuss aber auch keine Aufsichtsfunktion gegenüber der Geschäftsleitung, weshalb es nicht notwendig ist, diesen Ausschuss ausschliesslich mit unabhängigen Mitgliedern zu besetzen. Dies lässt beim Strategieausschuss die Möglichkeit einer Mischung von unabhängigen und mit dem Unternehmen enger verbundenen Verwaltungsratsmitgliedern zu, was bei einem derartigen Gremium die richtige Mischung von Kenntnissen und Erfahrungen ermöglicht: Bei der Strategieentwicklung braucht es einerseits die Erfahrung aus dem Unternehmen selbst, andererseits aber auch eine gewisse Distanz zum Unternehmen, um Unternehmen und Umfeld kritisch wahrzunehmen und Strategien zu entwickeln, die über die bisherige Tätigkeit des Unternehmens hinausgehen.

---

106 Z.B. Aufnahme einer neuen Tätigkeit für einen Konkurrenten oder Bestrafung wegen Vermögensdelikten etc.

– ***Audit Committee, Compensation Committee, Nomination Committee und Genehmigungsausschuss***

Bei diesen Ausschüssen drängt sich eine Umbesetzung mit unabhängigen Mitgliedern auf, da sie ihre Funktion letztlich nur dann glaubhaft wahrnehmen können, wenn sie nicht unter dem Einfluss der Geschäftsleitung stehen.

Für das Nomination Committee sieht der Code of Best Practice vor, dass die Mehrheit der Mitglieder von der Geschäftsleitung unabhängig sein muss. Beim Audit Committee und beim Compensation Committee müssen dagegen alle Mitglieder unabhängig sein.

Die Erfahrung zeigt, dass es auch beim Nomination Committee angezeigt ist, nur unabhängige Verwaltungsratsmitglieder aufzunehmen, da sonst die Geschäftsführung die Auswahl der Personen, die sie überwachen soll, beeinflussen kann.

4.2.4.2 Das Kriterium der Unabhängigkeit

Welche Kriterien ein Verwaltungsratsmitglied erfüllen muss, damit es als unabhängig betrachtet werden kann, wird in Ziff. 14 des Code of Best Practice näher definiert:

- Das Verwaltungsratsmitglied darf nicht der Geschäftsleitung angehören.
- Falls das Mitglied früher der Geschäftsleitung angehört hat, so muss es mindestens drei Jahre vor der Wahl in den betreffenden Ausschuss aus der Geschäftsleitung ausgeschieden sein.
- Das Ausschussmitglied darf nur "verhältnismässig geringfügige" geschäftliche Beziehungen zum Unternehmen haben; dies schliesst aus, dass das betreffende Ausschussmitglied neben seinem Verwaltungsratsmandat als Berater des Unternehmens tätig ist oder als Lieferant bzw. Kunde in einer Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmen steht. Unproblematisch sind allerdings Bagatellbeziehungen, bei denen das betreffende Ausschussmitglied, z.B. als Kunde der Gesellschaft, nur in geringfügigem Masse Waren und Dienstleistungen bezieht.

Die Frage der Unabhängigkeit ist in jedem Falle seriös zu prüfen, da die Glaubwürdigkeit eines Ausschusses ganz wesentlich von der Unabhängigkeit der einzelnen Mitglieder getragen wird. Haben die Aktionäre Zweifel an der Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder, so werden sie auch die Effizienz der Ausschüsse, die zur Vermeidung von Interessenkonflikten dienen, in Zweifel ziehen. Dies führt letztlich dazu, dass die betreffenden Ausschüsse ihre Ziele nicht mehr erreichen können.

4.2.5 Verzicht auf Ausschüsse

Die Vergütungsverordnung sieht bei kotierten Gesellschaften zwingend die Bildung eines Vergütungsausschusses vor, wobei die Mitglieder des Vergütungsausschusses gemäss Art. 7 VegüV von der Generalversammlung gewählt werden müssen, während die übrigen Ausschüsse ja vom Verwaltungsrat autonom bestimmt werden. Im Übrigen überlässt das Aktienrecht es aber dem Verwaltungsrat, Ausschüsse zu bilden oder darauf zu verzichten. Der Code of Best Practice sieht nur die Bildung der Ausschüsse vor, die für die Sicherung der Aufsicht notwendig sind. Er sieht deshalb nur die Bildung eines Audit

Committees, eines Compensation Committees und eines Nominating Committees vor, wobei Ziff. 27 des Code of Best Practice allerdings Vereinfachungen zulässt.

Auch nicht kotierte Unternehmen, die eine gewisse Grösse und Komplexität erreichen, sollten sich aber die Frage stellen, ob Ausschüsse nicht zu einer Verbesserung der Corporate Governance und zum Schutz der Aktionärsinteressen beitragen können. So kann es sich auch bei nicht kotierten Unternehmen aufgrund der Grösse des Unternehmens oder aufgrund möglicher Interessenkonflikte der Geschäftsleitung aufdrängen, ein Audit Committee oder ein Compensation Committee zu schaffen, um sicherzustellen, dass der Verwaltungsrat als Gesamtorgan tatsächlich die Interessen des Unternehmens wahrnehmen kann.

Verzichtet ein Unternehmen aber bewusst auf die Bildung von Ausschüssen, da der Verwaltungsrat zu klein ist, um Ausschüsse zu schaffen, so muss der Verwaltungsrat die Aufgaben, die an Ausschüsse übertragen werden können, selbst wahrnehmen. Der Verwaltungsrat sollte sich bei seiner Tätigkeit in diesen Bereichen daher an den Grundsätzen orientieren, die der Code of Best Practice für das Audit Committee bzw. das Compensation Committee definiert hat, da diese Pflichten letztlich auch den Standard der Sorgfalt definieren, die der Verwaltungsrat selbst in den betreffenden Bereichen aufzubringen hat.

4.2.6 Berichterstattung der Ausschüsse an den Verwaltungsrat

Sämtliche Ausschüsse müssen gemäss Art. 716a Abs. 2 OR dem Verwaltungsrat Bericht erstatten. Mindestens einmal pro Jahr sollten die Ausschüsse daher dem Gesamtverwaltungsrat einen Bericht über ihre Tätigkeit im abgelaufenen Jahr abgeben, so dass sich die übrigen Verwaltungsratsmitglieder vergewissern können, dass die betreffenden Ausschüsse tatsächlich ihren Aufgaben nachgekommen sind[107]. Zusätzlich sollten die einzelnen Ausschüsse den Gesamtverwaltungsrat aber auch sofort über wichtige Entwicklungen in ihrem Bereich orientieren, wenn diese Informationen für die Tätigkeit des Verwaltungsrates von wesentlicher Bedeutung sind. Stellt das Audit Committee z.B. beim Gespräch mit dem internen Revisor wesentliche Probleme, wie etwa eine Veruntreuung durch Geschäftsleitungsmitglieder oder die Gefahr einer Überschuldung, fest, so hat es den Verwaltungsrat sofort über dieses Problem zu orientieren, da diese Information für die Aufsichtstätigkeit des Gesamtverwaltungsrates wesentlich ist.

Die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder, die nicht den betreffenden Ausschüssen angehören, haben im Übrigen gemäss Art. 715a OR Anrecht darauf, dass ihnen die Ausschussmitglieder auf Anfrage hin über ihre Tätigkeit umfassend Auskunft erteilen, und sie können auch verlangen, dass ihnen die Protokolle der Ausschusssitzungen vorgelegt werden[108].

4.3 Organisationsreglement

Grundlage der Organisation des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sind die Statuten der Gesellschaft. Normalerweise enthalten die Statuten aber nur sehr wenige organisatorische Vorschriften und lassen so bewusst dem Verwaltungsrat die notwendige Fle-

---

107 Ziff. 22 Abs. 4 Code of Best Practice.

108 Vgl. Ziff. 715a Abs. 4 OR.

xibilität, um die richtige Organisationsstruktur des Unternehmens zu definieren und diese auch veränderten Umständen anzupassen.

Um Organisationsstrukturen in dem von Statuten und Gesetz vorgegebenen Rahmen zu definieren, erlässt der Verwaltungsrat gemäss Art. 716b OR ein Organisationsreglement. Ein derartiges Organisationsreglement enthält normalerweise die folgenden Punkte:

- Kompetenzen des Verwaltungsrates. Das Organisationsreglement sollte die dem Verwaltungsrat vorbehaltenen Entscheidungskompetenzen aufführen. Dabei werden normalerweise einerseits diejenigen Kompetenzen aufgeführt, die sich aus den unübertragbaren Befugnissen des Verwaltungsrates ergeben[109] und andererseits diejenigen Geschäftsleitungsentscheide, die dem Verwaltungsrat zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. Meistens handelt es sich dabei um wesentliche Investitionsentscheide, Unternehmenskäufe, Strukturänderungen und grundlegende Personalentscheide.
- Verfahrensvorschriften des Verwaltungsrates. In diesem Bereich werden Sitzungsrhythmus, Einberufung, Protokollführung und die Rechte der einzelnen Mitglieder auf Auskunft- und Akteneinsicht normiert.
- Funktion des Präsidenten. Die Funktion des Präsidenten wird in dem vorne in Ziff. C.4.1.1 dargestellten Rahmen definiert, wobei die meisten Gesellschaften starkes Gewicht auf die Vorbereitung der Verwaltungsratssitzungen und die Sicherstellung des Informationsflusses an die Verwaltungsratsmitglieder legen.
- Zusammensetzung und Aufgaben von Ausschüssen. Das Organisationsreglement sollte auch die Aufgaben und Zusammensetzung der Ausschüsse des Verwaltungsrates wie insbesondere des Audit Committees, des Compensation Committees sowie des Nomination Committees festlegen.
- Kompetenzen der Geschäftsleitung. Ferner sollte das Organisationsreglement auch die Kompetenzen der Geschäftsleitung festlegen, d.h. die Entscheide definieren, die von der Geschäftsleitung allein getroffen werden können bzw. Entscheide aufführen, für welche die Zustimmung des Verwaltungsrates notwendig ist. Nur eine klare Trennung dieser Kompetenzen ermöglicht ein konfliktfreies Zusammenspiel von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Da die Geschäftsleitung gemäss Obligationenrecht keinen unentziehbaren Kompetenzbereich hat, kann sich der Verwaltungsrat allerdings – letztlich durch eine Änderung des Organisationsreglements oder eine temporäre Aufhebung – immer über die Kompetenzen der Geschäftsleitung hinwegsetzen und sich die entsprechenden Entscheide selbst vorbehalten; ein zu häufiges oder grundloses Abweichen von der einmal festgehaltenen Kompetenzaufteilung ist aber im Allgemeinen für die Stabilität der Organisation schädlich, da ein derartiges Vorgehen nicht nur die Geschäftsleitung im Einzelfall demotiviert, sondern auch bezüglich weiterer Entscheide verunsichert und den Verwaltungsrat in eine operative Entscheidungsrolle drängt, die er meistens nicht sucht und in jedem Fall nicht suchen sollte.
- Reportingpflichten der Geschäftsleitung gegenüber dem Verwaltungsrat. Ein zentraler Teil des Organisationsreglements ist die Festlegung der Reportingpflichten, welche die Geschäftsleitung gegenüber dem Verwaltungsrat hat. Dabei werden normalerweise

[109] Dazu Ziff. B.3 vorne.

nicht nur die periodischen Reports normiert, sondern auch festgehalten, in welchen Fällen spontan Mitteilungen an den Verwaltungsrat zu machen sind. Diese Bestimmungen sind besonders für den Präsidenten wichtig, der auf dieser Grundlage den Informationsfluss an die Mitglieder des Verwaltungsrates sicherstellen kann.

5. Das Verfahren des Verwaltungsrates: Sitzungen, Beschlussfassung, Protokoll und Verfahrensrechte der Mitglieder

- *Der Verwaltungsrat hat so viele Sitzungen durchzuführen, wie für seine Tätigkeit notwendig sind. Diese werden vom Verwaltungsratspräsidenten einberufen, wobei dieser für die Erstellung der Traktandenliste und die Information des Verwaltungsrates verantwortlich ist. Die Mitglieder müssen persönlich an der Verwaltungsratssitzung teilnehmen. Eine Vertretung durch andere Mitglieder oder Dritte sowie schriftliche Stellungnahmen stellen keinen Ersatz für die persönliche Teilnahme dar.*
- *Die Beschlüsse des Verwaltungsrates werden mit relativer Mehrheit gefasst, wobei dem Verwaltungsratspräsidenten bei Patt-Situationen der Stichentscheid zukommt. Die Beschlüsse des Verwaltungsrates sind bei Statuten und Gesetzesverstössen nicht anfechtbar, verstossen sie jedoch gegen fundamentale Verfahrensprinzipien (keine Einladung der Mitglieder usw.), so sind sie nichtig.*
- *Berührt ein Beschluss die Interessen eines Verwaltungsratsmitglieds oder ihm nahestehender Personen, so hat dieses Mitglied den Interessenkonflikt offenzulegen und muss in den Ausstand treten, d.h. es darf weder an der Beratung noch an der Beschlussfassung teilnehmen.*
- *Über die Verwaltungsratssitzungen sind Protokolle zu führen, welche die Anträge, Beschlüsse und die wesentlichen Diskussionsgesichtspunkte wiedergeben; derartige detaillierte Protokolle sind wesentlich, um später die Sorgfalt des Verwaltungsrates nachweisen zu können.*
- *Die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrates haben ein Recht auf Teilnahme und Äusserung an den Verwaltungsratssitzungen und können von den mit der Geschäftsleitung betrauten Personen Auskünfte verlangen und auch in Akten Einsicht nehmen, soweit dies für die Ausübung ihrer Pflichten notwendig ist. Jedes Mitglied kann im Weiteren die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung verlangen.*

5.1 Sitzungen

5.1.1 Frequenz der Verwaltungsratssitzungen

Der Verwaltungsrat hat so viele Sitzungen durchzuführen, wie für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendig sind. Daher richtet sich der Sitzungsrhythmus letztlich nach den Bedürfnissen, der Grösse und der Komplexität der Gesellschaft. Während bei einem normalen Geschäftsgang ein Sitzungsrhythmus von vier bis sechs Sitzungen[110] pro Jahr ausreichend ist, müssen bei einer Krise des Unternehmens oder bei wichtigen strukturellen Veränderungen entsprechend häufiger Sitzungen durchgeführt werden.

5.1.2 Einberufung, Traktandenliste

---

110 Vgl. Ziff. 14 des Code of Best Practice.

Die Sitzungen des Verwaltungsrates werden durch den Präsidenten einberufen. Gemäss Art. 715 OR hat allerdings jedes Mitglied des Verwaltungsrates das Recht, beim Präsidenten die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung zu verlangen. Erhält der Präsident ein derartiges Gesuch, so muss er die Sitzung nach dem Gesetzestext unverzüglich, d.h. zum frühestmöglichen Zeitpunkt. einberufen.

Sofern in einer Gesellschaft ein "Lead Director"[111] bestimmt worden ist, so hat dieser das Recht, selbständig eine Sitzung einzuberufen und zu leiten, wenn dies nach seinem Ermessen notwendig ist. Das gleiche Recht kommt auch dem Vizepräsidenten zu, wenn der Verwaltungsratspräsident verhindert ist.

Mit der Einberufung der Verwaltungsratssitzung sollte eine Traktandenliste zugestellt werden, damit sich die Verwaltungsratsmitglieder ein Bild über die zu fassenden Beschlüsse machen und sich auch entsprechend vorbereiten können. Anders als bei der Generalversammlung, die gemäss Art. 700 Abs. 3 OR nur über Verhandlungsgegenstände abstimmen kann, die traktandiert worden sind, ist eine Traktandenliste im Verwaltungsrat nicht Voraussetzung für die Beschlussfassung. Ein Verwaltungsratsmitglied muss deshalb damit rechnen, dass – rein rechtlich betrachtet – auch Punkte zur Abstimmung kommen, die nicht auf einer Traktandenliste aufgeführt worden sind. Ein derartiges Verhalten entspricht aber nicht vernünftiger Corporate Governance und der Pflicht des Verwaltungsratspräsidenten, Sitzungen sorgfältig vorzubereiten, weshalb immer auf eine genaue Traktandenliste geachtet werden sollte. In vielen Gesellschaften sieht deshalb das Organisationsreglement auch vor, dass nur über Verhandlungsgegenstände abgestimmt werden kann, die auf der Traktandenliste aufgeführt wurden.

5.1.3 Teilnahme an Sitzungen

Die einzelnen Verwaltungsräte müssen persönlich an den Sitzungen teilnehmen. Es ist ihnen nicht möglich, sich durch Dritte oder andere Verwaltungsräte vertreten zu lassen. Da auch eine schriftliche Stimmabgabe zu einzelnen Traktanden nicht zulässig ist, haben letztlich nur Verwaltungsratsmitglieder, die anwesend sind, die Möglichkeit, mitzuentscheiden und ihre Stimme abzugeben. Das Erfordernis, dass Verwaltungsräte an der Verwaltungsratssitzung persönlich teilnehmen müssen, stellt sicher, dass der Verwaltungsrat die anstehenden Fragen tatsächlich diskutiert und jedes Mitglied seine Sichtweise einbringen kann. Immerhin ist aber eine schriftliche Abstimmung möglich, wenn keines der Mitglieder die mündliche Beratung verlangt[112].

Das Erfordernis, dass die Verwaltungsratsmitglieder an einer Sitzung persönlich anwesend sind, wird nicht nur durch die physische Zusammenkunft der Mitglieder erfüllt, sondern auch durch Telefonkonferenzen und Videokonferenzen. Auch wenn diese technischen Mittel nicht den gleichen Grad an Interaktion zulassen, erlauben sie den einzelnen Mitgliedern, Gedanken spontan auszutauschen, Meinungen einzubringen und vor der Ab-

---

111 Vgl. dazu Ziff. C.4.1.5 vorne.

112 "Zirkularbeschluss".

stimmung eine Diskussion zu führen, was für die Durchführung einer Verwaltungsratssitzung genügt[113].

5.1.4 Vorbereitung der Sitzung

Die Vorbereitung der Sitzung obliegt dem Präsidenten des Verwaltungsrates; er hat nicht nur die Sitzung unter Angabe der Traktanden anzuberaumen, sondern hat gemäss Ziff. 15 des Code of Best Practice zusammen mit der Geschäftsleitung auch dafür zu sorgen, dass die Verwaltungsratsmitglieder alle Informationen erhalten, die für die Willensbildung und Wahrnehmung der Überwachungsaufgaben notwendig sind. Nachdem in diesem Bereich häufig dadurch Probleme entstehen, dass Unterlagen zu spät zugestellt oder die Verwaltungsräte sogar erst an der Sitzung selbst mit wesentlichen Unterlagen und Informationen konfrontiert werden[114], verlangt der Code of Best Practice ausdrücklich, dass die entsprechenden Unterlagen übersichtlich aufzubereiten sind und – soweit möglich – rechtzeitig vor der Sitzung zugestellt werden. Ist es wegen der Dringlichkeit des Geschäfts oder der schnellen Entwicklung der Rahmenbedingungen nicht möglich, die Unterlagen vor der Sitzung zuzustellen, so müssen die Unterlagen vor Beginn der Beratung abgegeben werden, so dass die Verwaltungsräte vor der Beratung des betreffenden Traktandums ausreichend Zeit zum Studium der Unterlagern haben. Werden diese Regeln nicht eingehalten, so sollte der Verwaltungsrat konsequenterweise seine Sitzung abbrechen und vertagen, um sich vor Diskussion und Entscheid ein ausreichendes Urteil zu bilden. Andernfalls ist die Gefahr gross, dass mangels Kenntnis des Sachverhalts ein unsorgfältiger Entscheid gefällt wird[115].

5.2 Beschlussfassung

5.2.1 Voraussetzungen der Beschlussfassung

Voraussetzung für gültige Beschlussfassung ist, dass der Verwaltungsrat rechtsgültig eingeladen worden ist. Im Gegensatz zu den Regeln über die Generalversammlung sieht das Gesetz dagegen nicht vor, dass nur über traktandierte Verhandlungsgegenstände Beschluss gefasst werden kann. In den meisten Organisationsreglementen wird allerdings vorgesehen, dass nur über traktandierte Vorlagen Beschlüsse gefasst werden können, da die Bekanntgabe der Traktanden elementare Voraussetzung für die Vorbereitung einer Beschlussfassung ist. Sieht das Organisationsreglement keine Traktandierungspflicht vor, so müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates aber damit rechnen, dass sie mit Anträgen konfrontiert werden, die nicht traktandiert worden sind und über die sie dementsprechend vorgängig auch keine Unterlagen oder Informationen erhalten haben. In einem derartigen Fall kann der Verwaltungsrat aber immerhin mit Mehrheitsbeschluss entscheiden, auf die

---

113 Viele Gesellschaften stellen deshalb heute in ihren Organisationsreglementen auch die mit technischen Hilfsmitteln durchgeführten Sitzungen den physischen Sitzungen gleich.

114 Aus der Praxis sind die entsprechenden "Folienschlachten" bekannt.

115 In der Vergangenheit wurde gerade in diesem Bereich sehr viel "gesündigt". Gerade bei wichtigen und grossen Geschäften überraschten manchmal Geschäftsleitung und Verwaltungsratspräsident bzw. -ausschuss die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates ohne Vorwarnung an einer Sitzung und begründeten den mangelnden Einbezug des Verwaltungsrates mit der Notwendigkeit zur Geheimhaltung. In diesen Fällen braucht es entsprechend Rückgrat, um sich entsprechend gegenüber den zentralen Personen des Verwaltungsrates durchzusetzen und eine Vertagung des Entscheides bzw. genügende Vorbereitungszeit zu verlangen.

Vorlage trotz entsprechendem Antrag nicht einzutreten und die Beschlussfassung auf die nächste Sitzung zu vertagen.

Das Gesetz sieht auch kein Quorum für die Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrates vor; theoretisch ist der Verwaltungsrat damit beschlussfähig, wenn nur ein Mitglied an der Verwaltungsratssitzung erscheint. Die meisten Statuten und Organisationsreglemente sehen allerdings vor, dass mindestens die Hälfte der Verwaltungsräte an einer Sitzung teilnehmen muss, um zu vermeiden, dass wegen Verhinderung mehrerer Mitglieder Beschlüsse mit "Zufallsmehrheiten" gefasst werden. Bei Krankheit oder längerer Abwesenheit von mehreren Mitgliedern können derartige Vorschriften allerdings zur Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsrates führen. Um in derartigen Situationen die Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrates sicherzustellen, sollte das Organisationsreglement die Möglichkeit vorsehen, dass bei ungenügender Anwesenheit in kurzem Abstand eine zweite Verwaltungsratssitzung zu den gleichen Traktanden einberufen werden kann, bei der ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Verwaltungsratsmitglieder Beschluss gefasst wird.

5.2.2 Mehrheitsprinzip und Stichentscheid

Der Verwaltungsrat fasst seine Beschlüsse gemäss Art. 713 OR mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen[116]. Kommt es aufgrund der abgegebenen Stimmen zu einer Patt-Situation, hat der Verwaltungsratspräsident den Stichentscheid, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen.

Bei vielen schweizerischen Unternehmen herrscht allerdings eine sehr starke Konsenskultur, d.h. vom Verwaltungsrat werden einstimmige Entscheide erwartet. Dieser Zwang zur Einstimmigkeit hat leider zur Folge, dass entweder in jeder Situation nach Kompromissen gesucht wird oder aber kritische Mitglieder des Verwaltungsrates einem massiven Druck ausgesetzt werden, sich der Mehrheitsmeinung anzupassen. M.E. ist es zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung einer guten Diskussionskultur vernünftig, Gegenstimmen zu akzeptieren und auf Einstimmigkeit zu verzichten, da sonst ein Klima entsteht, in dem jeder Widerspruch und jede Gegenstimme in der Diskussion bereits als Problem betrachtet werden.

5.2.3 Nichtige Verwaltungsratsbeschlüsse

Während die Aktionäre gemäss Art. 706 OR Generalversammlungsbeschlüsse, die Statuten oder Gesetz verletzen, anfechten können, existiert bei Verwaltungsratsbeschlüssen kein Anfechtungsrecht. Weder Aktionäre noch Verwaltungsratsmitglieder haben die Möglichkeit, Verwaltungsratsbeschlüsse, die Gesetz, Statuten oder Reglement verletzen, anzufechten. Derartige Beschlüsse bleiben daher grundsätzlich gültig, können aber zur Haftung des Verwaltungsrates bzw. der Mitglieder, die den Beschluss gefasst haben, führen, falls der Gesellschaft oder den Aktionären dadurch ein Schaden entsteht.

Gemäss Art. 714 OR sind Beschlüsse, die qualifiziert falsch sind, weil sie gegen Grundregeln des Aktienrechts verstossen, nichtig, d.h. entfalten unabhängig von einer Anfech-

---

116 Damit hat die Abwesenheit einzelner Mitglieder oder die Stimmenthaltung nicht die Wirkung von "Nein"-Stimmen. Entscheidend ist allein das relative Mehr der abgegebenen Ja- bzw. Nein-Stimmen.

tung von vornherein keine Wirkung. In diesem Sinne sind insbesondere folgende Beschlüsse nichtig:

- Beschlüsse, die ohne ordnungsgemäss Einladung der Mitglieder gefasst werden;
- Beschlüsse, bei denen die Vorschriften über das Stimmrecht verletzt werden, indem die Stimmen einzelner Mitglieder nicht gezählt werden oder aber die Stimmabgabe schriftlich oder durch Vertretung vorgenommen wurde;
- Beschlüsse, die das Auskunfts- und Kontrollrecht der Verwaltungsratsmitglieder in Verletzung der gesetzlichen Vorschriften einschränken;
- Beschlüsse, in denen der Verwaltungsrat über die eigenen gesetzlichen Kompetenzen hinausgeht und in die zwingenden Kompetenzen der Generalversammlung eingreift.

5.3 Protokoll

Gemäss Art. 713 Abs. 3 OR ist bei Verwaltungsratssitzungen "über die Verhandlungen und Beschlüsse" ein Protokoll zu führen, das vom Vorsitzenden[117] der betreffenden Sitzung und vom Sekretär unterzeichnet wird. Entsprechend dem Gesetzestext genügt ein reines Beschlussprotokoll nicht. Es müssen zwar nicht alle einzelnen Voten und Meinungen wörtlich wiedergegeben werden, es ist aber notwendig, dass die wesentlichen in der Diskussion zum Ausdruck gebrachten Meinungen und Gesichtspunkte zusammengefasst sowie die Anträge und die Erklärungen, welche die Mitglieder ausdrücklich zu Protokoll geben, aufgeführt werden. Ziel des Protokolls muss es in diesem Sinne sein, dass die Meinungsbildung des Verwaltungsrates und die in diesem Rahmen vorgebrachten materiellen Argumente später anhand des Protokolls nachvollzogen werden können.

Ein sorgfältig abgefasstes Protokoll, das es möglich macht, die vom Verwaltungsrat betrachteten Argumente und den Prozess der Meinungsbildung nachzuvollziehen, kann für den Verwaltungsrat von grossem Nutzen sein, wenn seine Leistung später in wirtschaftlicher Hinsicht durch ein Nachfolgegremium beurteilt wird oder aber von einem Gericht im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses analysiert wird. Die Erfahrung zeigt, dass sich die Sorgfalt des Verwaltungsrates bei der Beschlussfassung in diesen Fällen letztlich nur durch möglichst vollständige und detaillierte Protokolle nachweisen lässt[118]. Bei Entscheiden des Verwaltungsrates sollten dabei immer die von ihm abgewogenen Argumente und Gegenargumente dargestellt werden, um zu belegen, dass der Verwaltungsrat nicht blindlings einem Antrag zugestimmt hat, sondern positive sowie negative Aspekte abgewogen hat. Aus dem gleichen Grund ist es auch wesentlich, dass dem Protokoll die dem Verwaltungsrat vor oder in der Sitzung abgegebenen Unterlagen beigelegt werden; gerade diese zeigen bei einer späteren Betrachtung der Verwaltungsratstätigkeit, dass die Entscheide des Verwaltungsrates auf einer sachlichen Basis beruhten und dass er auf Basis aller im damaligen Zeitpunkt vorhandenen Informationen entschieden hat, was nach der hinten dargelegten Praxis des Bundesgerichts zur "Business Judgement Rule" in den meisten Fällen genügt, um eine Haftung des Verwaltungsrates auszuschliessen.

---

117 Normalerweise wird dies der Präsident sein; falls die Sitzung wegen Verhinderung des Präsidenten von einem anderen Mitglied geleitet wird, hat dieses Mitglied das Protokoll zu unterzeichnen.

118 Vgl. dazu hinten Ziff. E.1.4.2 hinten.

5.4 Interessenkonflikte

5.4.1 Die Pflicht zum Ausstand

Gemäss Art. 717 OR haben die Mitglieder des Verwaltungsrates die Interessen der Gesellschaft "in guter Treuen" zu wahren. Wenn die eigenen Interessen durch Beschlüsse des Verwaltungsrates direkt betroffen sind, so ist es einem Verwaltungsratsmitglied letztlich aber nicht möglich, die Interessen der Gesellschaft adäquat zu wahren. Daher müssen Mitglieder in den Ausstand treten, wenn sie selbst oder ihnen nahestehende Personen durch einen Beschluss direkt betroffen sind.

Gemäss Ziff. 17 des Code of Best Practice hat das betroffene Mitglied den Verwaltungsratspräsidenten spontan auf den Interessenkonflikt aufmerksam zu machen. Sofern das betreffende Mitglied nach Bekanntgabe des Interessenkonflikts nicht selbst in den Ausstand tritt, hat der Verwaltungsrat in Abwägung der Sachlage darüber zu entscheiden. Muss ein Mitglied in den Ausstand treten, so genügt es nicht, dass es an der formellen Beschlussfassung nicht teilnimmt. Wie in Ziff. 17 des Code of Best Practice vorgesehen, muss das betreffende Verwaltungsratsmitglied bei der Beschlussfassung zwingend in den Ausstand treten. Häufig wird im Organisationsreglement allerdings auch vorgesehen, dass ein Verwaltungsratsmitglied, das von einem Interessenkonflikt betroffen ist, bereits bei der Diskussion die Sitzung verlässt, damit es die Meinungsbildung nicht beeinflussen kann. Ein derartiges Vorgehen ist m.E. besonders bei direkten Interessenkonflikten wie der Beschlussfassung über das Honorar des Präsidenten oder der Leistungsbeurteilung eines Delegierten angezeigt, da in der Praxis keine offene Aussprache und Meinungsbildung über derartige Themen möglich ist, wenn die betroffen Person selbst an der Besprechung des Taktandums teilnimmt. Sinnvoll kann es in diesen Situationen aber sein, dass das betreffende Mitglied zu Beginn der Behandlung des betreffenden Traktandums seine Position den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrates erklärt und dann für den weiteren Verlauf der Diskussion die Sitzung verlässt. Verwaltungsratsmitglieder, die sich in einem Interessenkonflikt befinden, sollten dieses Problem auch zum eigenen Schutz offenlegen und konsequenterweise in den Ausstand treten. Beschlüsse, die in Interessenkonfliktsituationen gefasst werden und später für die Gesellschaft zu einem Nachteil führen, werden von den Gerichten im Rahmen von Haftungsprozessen meist sehr kritisch beurteilt, da bei Interessenkonflikten die Business Judgement Rule, die nicht zur Anwendung kommt[119]. Die von einem Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitglieder sollten daher zum eigenen Schutz die Ausstandsregeln genau einhalten und darauf achten, dass ihr Ausstand auch im Protokoll festgehalten wird.

5.4.2 Die Sicherstellung von Drittbedingungen bei Geschäften mit nahestehenden Personen

Beschliesst der Verwaltungsrat über eine Transaktion mit einem Verwaltungsratsmitglied oder einer Person, die einem Verwaltungsratsmitglied nahesteht wie z.B. ein Unternehmen, das dem Hauptaktionär gehört, so kann dies für die Verwaltungsratsmitglieder zu Problemen führen. Die Gerichte gehen heute im Sinne einer "natürlichen Vermutung" geradezu routinegemäss davon aus, dass ein Verwaltungsratsmitglied bei einer Interessen-

---

[119] Dazu Ziff. E.1.3 hinten.

konfliktsituation seine eigenen Interessen bzw. die Interessen einer ihm nahestehenden Person den Interessen des Unternehmens vorzieht. Daher kommen die Gerichte sehr rasch zum Schluss, dass das Verwaltungsratsmitglied und allenfalls auch der Gesamtverwaltungsrat mit dem betreffenden Beschluss seine Pflichten aus Art. 717 OR verletzt hat, wenn die entsprechende Transaktion später zu einem Schaden für das Unternehmen führt[120]. Um derartige Probleme zu vermeiden, empfiehlt es sich, bei Interessenkonfliktsituationen bzw. Geschäften mit Verwaltungsratsmitgliedern oder den Verwaltungsratsmitgliedern nahestehenden Personen nicht nur die formellen Ausstandsregeln einzuhalten, sondern auch in materieller Hinsicht sicherzustellen, dass derartige Geschäfte tatsächlich zu Drittbedingungen ("at arm's length") abgeschlossen werden[121]. Da es später schwierig ist, nachzuvollziehen, wie die Drittbedingungen ermittelt worden sind, empfiehlt es sich, bei derartigen Geschäften die Preisbildung genau durch Preisvergleiche mit Dritten oder – wo dies nicht möglich ist – durch eine gutachterliche Bewertung zu dokumentieren.

---

120 Wie hinten in Ziff. E.1.3 dargestellt, kommt bei derartigen Interessenkonflikten die "Business Judgement Rule" nicht zur Anwendung, d.h. die Gerichte analysieren sehr genau, ob die Verwaltungsräte ihr Ermessen richtig ausgeübt haben, und greifen damit in den Ermessungsspielraum des Verwaltungsrates ein, den sie bei konfliktfreien Entscheidungen respektieren.

121 Vgl. Ziff. 16 des Code of Best Practice.

5.5 Die Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrates in Bezug auf Sitzungen und Willensbildung des Verwaltungsrates

5.5.1 Recht auf Teilnahme und Äusserung

Jedes von der Generalversammlung rechtsgültig gewählte Mitglied des Verwaltungsrates hat Anspruch darauf, zu den Sitzungen des Verwaltungsrates eingeladen zu werden, an diesen teilzunehmen und sich zu allen Verhandlungspunkten zu äussern. Dieses Recht gilt selbstverständlich nicht, wenn ein Mitglied von Beratung und Beschlussfassung aufgrund eines Interessenkonfliktes ausgeschlossen wird.

Bei schweren Verfehlungen eines Verwaltungsrates kann das betreffende Mitglied durch Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates bis zur nächsten Generalversammlung in seiner Funktion eingestellt werden und muss konsequenterweise auch nicht mehr zu Verwaltungsratssitzungen eingeladen werden. Da, wie oben dargestellt, Beschlüsse des Verwaltungsrates aber nichtig sind, wenn nicht alle Mitglieder ordnungsgemäss eingeladen worden sind, ist eine derartige Massnahme aber äusserst gefährlich, da sie – sofern sie nicht berechtigt ist – zur Nichtigkeit aller später gefällten Beschlüsse führt. Daher sollten einzelne Mitglieder nur in ganz klaren Fällen schwerer Verfehlungen (wie z.B. bei Bilanzfälschung, Veruntreuung oder ähnlichen Delikten) suspendiert werden. Überdies muss auch sofort eine Generalversammlung, die über die definitive Abberufung entscheiden muss, einberufen werden, da sonst der Verwaltungsrat mit der Suspendierung des betreffenden Verwaltungsratsmitglieds in die Kompetenzen der Generalversammlung zur Bestimmung des Verwaltungsrates eingreifen würde.

5.5.2 Recht auf Auskunft und Akteneinsicht

Jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied hat gemäss Art. 715 OR das Recht, Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, wobei während den Sitzungen alle Mitglieder des Verwaltungsrates sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet sind. Da der Verwaltungsrat eine Aufsichtspflicht über das gesamte Unternehmen hat, ist die Geschäftsleitung nicht berechtigt, Informationen gegenüber dem Verwaltungsrat zurückzuhalten, sie ist vielmehr verpflichtet, dem Verwaltungsrat über alle einzelnen Geschäfte vollumfänglich Auskunft zu erteilen. Auch ausserhalb der Verwaltungsratssitzung kann jedes Mitglied von den mit der Geschäftsleitung betrauten Personen, d.h. den Direktoren oder allfälligen Delegierten, Auskunft über den allgemeinen Geschäftsgang verlangen. Über einzelne Geschäfte können dagegen ausserhalb der Verwaltungsratssitzungen nur mit Ermächtigung des Verwaltungsratspräsidenten Auskünfte verlangt werden.

Gemäss Art. 715a Abs. 4 OR kann jedes Mitglied beim Verwaltungsratspräsidenten beantragen, dass ihm Bücher und Akten der Gesellschaft vorgelegt werden und ihm insbesondere auch Einblick in die Buchhaltung und Buchhaltungsunterlagen gewährt wird. Dieses Recht ist insoweit eingeschränkt, als es nur ausgeübt werden kann, "soweit es für die Erfüllung seiner Aufgabe" notwendig ist. Da die Aufgabe des Verwaltungsrates aber gemäss Art. 716a OR in der Aufsicht über die gesamte Geschäftsleitung besteht, sollte den Verwaltungsratsmitgliedern letztlich immer die notwendige Einsicht gewährt werden, wenn die Einsichtnahme der Aufsicht dient.

Verweigert der Präsident des Verwaltungsrates Auskunftserteilung oder die Akteneinsicht, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 715a Abs. 5 OR über den Antrag des betreffenden Mitglieds auf Auskunftserteilung bzw. Akteneinsicht abzustimmen. Eine Verweigerung ist aber für Verwaltungsratspräsident und Verwaltungsrat äusserst problematisch, da sie mit ihrem Entscheid letztlich die Aufsicht über die Geschäftsleitung verhindert und ihnen damit – falls später ein Schaden entsteht – Unsorgfalt in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben vorgeworfen werden kann. Einsichtsrecht und Auskunft sollten daher nur verweigert werden, wenn das betreffende Verwaltungsratsmitglied hinsichtlich der jeweiligen Information einen Interessenkonflikt hat und die Offenlegung daher die Gesellschaft schädigen könnte.

Das Recht des Verwaltungsrates auf Auskunftserteilung und Akteneinsicht ist nach der Bundesgerichtspraxis nicht einklagbar und bleibt damit bei einer harten Position des Verwaltungsrates leider "toter Buchstabe". Dem betreffenden Verwaltungsratsmitglied bleibt in einer derartigen Situation letztlich nichts anderes übrig, als die Angelegenheit in der Generalversammlung zur Sprache zu bringen, dort sein Auskunftsrecht als Aktionär auszuüben und – allenfalls im Verbund mit anderen Aktionären – eine Sonderprüfung zu verlangen.

5.5.3 Recht auf Einberufung einer Verwaltungsratssitzung

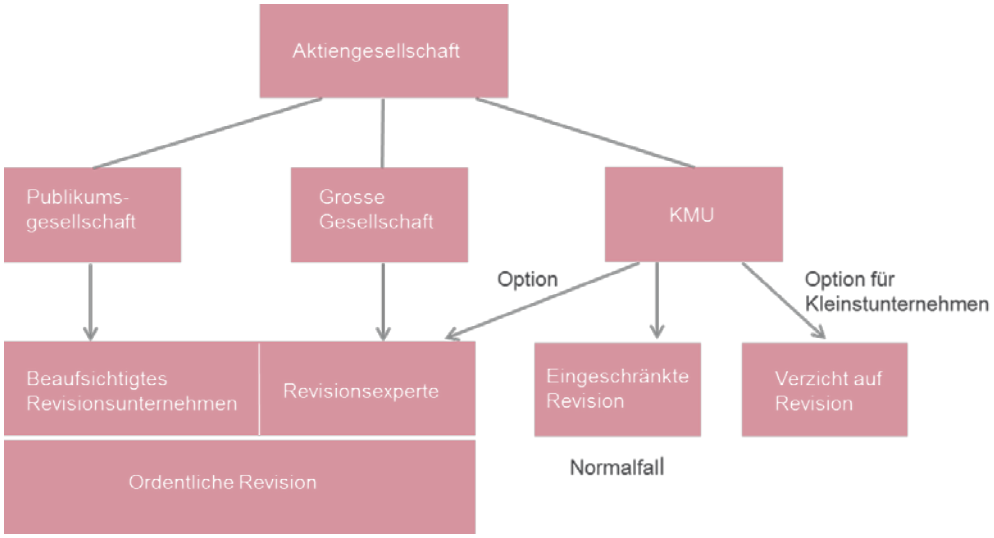
Jedes Verwaltungsratsmitglied hat gemäss Art. 715 OR das Recht, die Einberufung einer Verwaltungsratssitzung zu verlangen. Das entsprechende Gesuch ist an den Verwaltungsratspräsidenten zu richten, der die Pflicht hat, unverzüglich eine Verwaltungsratssitzung einzuberufen. Die Frist zur Einberufung hängt allerdings von den konkreten Umständen wie Dringlichkeit, Zusammensetzung und Grösse des Verwaltungsrates ab.

Der Verwaltungsrat, der die Einberufung einer Sitzung verlangt, hat zwar die Gründe für die Sitzung anzugeben, um so die Gestaltung der Traktandenliste zu ermöglichen. Der Verwaltungsratspräsident kann aber die Einberufung nicht ablehnen, weil ihm die Gründe als zu wenig wichtig erscheinen.

D. VERWALTUNGSRAT UND REVISIONSSTELLE

1. Die Art der Revision

Das Aktienrecht sieht je nach Grösse des Unternehmens verschiedene Formen der Revision vor und erlaubt bei sehr kleinen Gesellschaften sogar den Verzicht auf die Revision. Die verschiedenen Formen der Revision können wie folgt schematisch dargestellt werden:



Im Einzelnen gestaltet sich die Revision wie folgt:

1.1 Ordentliche Revision

1.1.1 Anwendungsbereich der ordentlichen Revision

Gemäss Art. 727 OR müssen die folgenden Gesellschaften eine ordentliche Revision durchführen, wobei sich die Pflicht zur ordentlichen Revision auch auf die Konzernrechnung erstreckt, soweit diese Gesellschaften zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung verpflichtet sind:

– ***Publikumsgesellschaften***

  Als Publikumsgesellschaften gelten Aktiengesellschaften, deren Aktien oder Partizipationsscheine an einer Börse kotiert sind und/oder die Anleihensobligationen ausgegeben haben. Zusätzlich sind auch Tochtergesellschaften von Aktiengesellschaften, die Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert oder eine Anleihensobligation ausgegeben haben, zur ordentlichen Revision verpflichtet, sofern diese Tochtergesellschaft mindestens 20% der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung der Muttergesellschaft beisteuern.

– ***Grosse Gesellschaften***

Als grosse Gesellschaften gelten alle Gesellschaften, die zwei der folgenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten:

- Eine Bilanzsumme von CHF 10 Mio.
- Umsatzerlös von CHF 20 Mio.
- 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Zusätzlich können auch Gesellschaften, welche die oben dargestellten Kriterien nicht erfüllen, durch eine entsprechende Statutenbestimmung oder auch durch einen Beschluss der Generalversammlung die ordentliche Revision vorsehen. Überdies muss eine ordentliche Revision auch durchgeführt werden, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen.

1.1.2 Die Tätigkeit der Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision

Gemäss Art. 728a OR muss die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision folgende Punkte prüfen:

– Übereinstimmung der Jahresrechnung bzw. der Konzernrechnung mit den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem Regelwerk, das die Gesellschaft für die Erstellung ihrer konsolidierten Rechnung gewählt hat;

– Übereinstimmung des Antrages des Verwaltungsrates betreffend Verwendung des Bilanzgewinnes mit Gesetz und Statuten;

– Existenz eines internen Kontrollsystems.

Bei der ordentlichen Revision muss die Revisionsstelle auf die bei der Gesellschaft vorhandenen Systeme, Dokumente und Informationen eingehen und auch externe Bestätigungen von Banken, Kunden, Lieferanten und Anwälten einholen, um Jahresabschluss und Buchhaltung zu prüfen. Die ordentliche Revision stellt in einem weiten Umfang eine Detailprüfung dar, wobei die Revisionsstelle gemäss Art. 728a Abs. 2 OR bei der Durchführung und der Festlegung des Umfangs der Prüfung das interne Kontrollsystem berücksichtigen muss. Dies erlaubt der Revisionsstelle, die Detailkontrollen in den Bereichen zu beschränken, wo aufgrund des internen Kontrollsystems der geprüften Gesellschaft Probleme weitgehend ausgeschlossen werden können.

Nach Abschluss der ordentlichen Revision erstattet die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat einen umfassenden Bericht mit Feststellungen über die Rechnungslegung, das interne Kontrollsystem sowie die Durchführung und das Ergebnis der Revision. Zusätzlich gibt die Revisionsstelle der Generalversammlung einen zusammenfassenden Bericht über das Ergebnis der Revision ab, der die Grundlage für den Entscheid über die Jahresrechnung bildet[122].

---

[122] Dies wird in der Praxis dann als "Revisionsbericht" bezeichnet.

Stellt die Revisionsstelle bei ihrer Tätigkeit Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement fest, so meldet sie dies primär dem Verwaltungsrat. Die Revisionsstelle muss allerdings auch die Generalversammlung über diese Verstösse informieren, wenn diese wesentlich sind d.h. die Position des einzelnen Aktionärs massgeblich beeinflussen oder wenn der Verwaltungsrat aufgrund der entsprechenden Anzeige der Revisionsstelle keine angemessenen Massnahmen ergriffen hat.

Stellt die Revisionsstelle bei ihrer Tätigkeit fest, dass die Gesellschaft überschuldet ist, so hat sie die Pflicht, den Verwaltungsrat entsprechend zu informieren. Zusätzlich hat sie gemäss Art. 728c bzw. 729c OR die Pflicht, selbst den Konkurs auszulösen, wenn der Verwaltungsrat nicht innert einer von der Revisionsstelle angesetzten Frist eine Sanierung nachweist oder selbst den Konkurs anmeldet.

1.1.3 Die Revisionsstelle für die ordentliche Revision

Publikumsgesellschaften müssen als Revisionsstelle ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen wählen. Alle übrigen Gesellschaften, die zur ordentlichen Revision verpflichtet sind oder sich freiwillig der amtlichen Revision unterstellen, müssen diese durch einen Revisionsexperten durchführen lassen.

Die Revisionsstelle, die eine ordentliche Revision vornimmt, muss von der geprüften Gesellschaft bzw. ihren Organen unabhängig sein, damit sie ihren Revisionsbericht aus einer neutralen und damit verlässlichen Sicht abgibt. Art. 728 OR stellt dabei strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit, mit denen sichergestellt wird, dass die Revisionsstelle auch nicht durch ihre geschäftlichen Beziehungen zur geprüften Gesellschaft an einem objektiven Urteil gehindert wird. So darf die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision insbesondere dem geprüften Unternehmen keine Dienstleistungen erbringen, die dazu führen könnten, dass die Revisionsstelle eigene Arbeiten prüfen müsste. Die Revisionsstelle darf deshalb weder die Buchhaltung der geprüften Gesellschaft führen, noch die Gesellschaft in diesem Bereich beraten oder anderweitig unterstützen.

1.2 Eingeschränkte Revision

Die eingeschränkte Revision entspricht dem international anerkannten Standard der *"Review"* bzw. der *"prüferischen Durchsicht"*. Sie stellt eine erleichterte Form der Revision dar und soll es kleineren Unternehmen ermöglichen, ohne massive Kosten eine Revision durchzuführen, die den Bedürfnissen dieser Unternehmen bzw. ihrer Aktionäre genügt.

1.2.1 Anwendungsbereich

Gemäss Art. 727a OR kommt die eingeschränkte Revision immer dann zur Anwendung, wenn eine Gesellschaft die oben dargestellten Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht erfüllt d.h. weder als Publikumsgesellschaft gilt, noch die Grössenkriterien von Art. 727 Abs. 2 OR erfüllt. Die eingeschränkte Revision kommt allerdings nicht zur Anwendung, wenn das betreffende Unternehmen durch eine entsprechende Statutenbestimmung oder einen Beschluss der Generalversammlung für eine ordentliche Revision optiert hat bzw. 10% der Aktionäre eine ordentlichen Revision verlangt haben (Ziff. D.1.1.1 vorne) oder wenn die betreffende Gesellschaft auf eine Revision gänzlich verzichtet hat (Ziff. D.1.3 hinten).

1.2.2 Tätigkeit der Revisionsstelle

Die Revisionstätigkeit der Revisionsstelle ist bei der eingeschränkten Revision gemäss Art. 729a OR gegenüber dem Umfang der ordentlichen Revision eingeschränkt. Die Revisionsstelle muss bei der eingeschränkten Revision nur die folgenden Punkte prüfen:

- Übereinstimmung der Jahresrechnung mit gesetzlichen Vorschriften und den Statuten;
- Übereinstimmung des Antrages des Verwaltungsrates betreffend Verwendung des Bilanzgewinnes mit Gesetz und Statuten.

Im Gegensatz zur ordentlichen Revision muss dementsprechend das interne Kontrollsystem nicht überprüft werden.

Die eingeschränkte Prüfung ist wesentlich weniger detailliert als die ordentliche Revision und beschränkt sich auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfung in Problembereichen.

Bei der eingeschränkten Prüfung wird auf den umfassenden Bericht an den Verwaltungsrat verzichtet, der bei der ordentlichen Prüfung abgegeben werden muss. Die Revisionsstelle teilt das Ergebnis ihrer Prüfung in einem zusammenfassenden Revisionsbericht an die Generalversammlung mit.

Auch bei der eingeschränkten Revision muss die Revisionsstelle beim Gericht den Konkurs beantragen, wenn sie bei ihrer Revision feststellt, dass die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und der Verwaltungsrat, weder eine Sanierung nachweisen kann, noch innert der von der Revisionsstelle angesetzten Frist selbst die Konkursanmeldung vornimmt. Das Gesetz sieht bei der eingeschränkten Revision dagegen keine Anzeigepflicht der Revisionsstelle an Verwaltungsrat oder Generalversammlung vor, wenn die Revisionsstelle Verstösse gegen Gesetz, Statuten oder Organisationsreglement feststellt. M.E. ergibt sich diese Pflicht bei der eingeschränkten Revision aber aus dem Auftragsrecht, das der Revisionstätigkeit zugrunde liegt. Da der Beauftragte im Rahmen eines Auftragsverhältnisses die Pflicht hat, die Interessen des Auftraggebers zu wahren, muss die Revisionsstelle auch bei der eingeschränkten Revision derartige Vorfälle dem Verwaltungsrat melden. Überdies muss die Revisionsstelle bei schweren Verstössen eine entsprechende Einschränkung im Revisionsbericht machen, sofern das ausgewiesene Ergebnis durch die betreffende Gesetzesverletzung beeinflusst wurde. Damit erstattet die Revi-

sionsstelle letztlich auch bei einer eingeschränkten Revision in schweren Delikten der Generalversammlung Meldung.

1.2.3 Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Auch bei der eingeschränkten Revision muss der Revisor grundsätzlich unabhängig sein. Die Unabhängigkeit ist aber insofern eingeschränkt, als die Mitwirkung bei der Buchführung und das Erbringen anderer Dienstleistungen für die zu prüfende Gesellschaft grundsätzlich zulässig sind. In derartigen Fällen muss die Revisionsstelle aber durch geeignete organisatorische Massnahmen verhindern, dass die Personen, welche die entsprechende Beratung vorgenommen haben, auch selbst die Prüfung durchführen.

1.3 Verzicht auf Revision

Soweit eine Gesellschaft höchstens zehn Vollzeitstellen im Jahr hat und nicht aufgrund der anderen massgebenden Kriterien[123] unter die ordentliche Revisionspflicht fällt, kann sie mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf eine Revision verzichten. Dies ermöglicht es Kleinstgesellschaften, die Revisionskosten zu sparen, erhöht aber die Verantwortung des Verwaltungsrates im Bereich des Rechnungswesens, da der Verwaltungsrat in diesen Fällen allein für die Kontrolle des Rechnungswesens verantwortlich ist.

2. Verhältnis zwischen Revisionsstelle und Verwaltungsrat

2.1 Verantwortung des Verwaltungsrates für das Rechnungswesen

Der Verwaltungsrat trägt – wie vorne in Ziff. B.3.3 dargestellt – die Verantwortung für das Rechnungswesen und muss auch die Jahresrechnung der Generalversammlung vorlegen. Der Verwaltungsrat ist daher für die Erstellung einer korrekten Jahresrechnung verantwortlich bzw. muss alle Systeme schaffen, die zur Erstellung einer inhaltlich richtigen Jahresrechnung notwendig sind. Die Verantwortung des Verwaltungsrates für die Jahresrechnung findet ihren Ausdruck auch darin, dass der Verwaltungsrat den Geschäftsbericht, der die Jahresrechnung enthält, unterzeichnet. Zusätzlich verlangen die Revisionsgesellschaften routinegemäss eine Vollständigkeitserklärung, in der der Verwaltungsrat bestätigt, dass die Jahresrechnung vollständig und richtig ist und dass sämtliche verbuchungspflichtigen Vorgänge auch richtig verbucht worden sind.

Die Tätigkeit der Revisionsstelle ist der Tätigkeit des Verwaltungsrates nachgelagert, da die Revisionsstelle nur die unter der Verantwortung des Verwaltungsrates erstellte Jahresrechnung überprüft, selbst aber keine Verantwortung für die Erstellung der Jahresrechnung übernimmt. Stellt sich später heraus, dass die Jahresrechnung unrichtig war, so stellt dies primär ein Problem des Verwaltungsrates dar, eine Verfehlung der Revisionsstelle liegt nur vor, wenn diese bei ihrer Revision den entsprechenden Fehler nicht bemerkt hat, obwohl sie diesen bei einer sorgfältigen Revision hätte bemerken müssen. Da der Verwaltungsrat primär für die Erstellung einer korrekten Jahresrechnung verantwortlich ist, kann er sich bei einem entsprechenden Fehler nicht dadurch entlasten, dass die Revisionsstelle diesen nicht bemerkt hat. Hat der Verwaltungsrat, z.B. eine notwendige Rückstellung nicht vorgenommen und deshalb nicht bemerkt, dass die Gesellschaft über-

---

123 Publikumsgesellschaft, Umsatz, Bilanzsumme, Vollzeitstellen.

schuldet war, so haftet der Verwaltungsrat daher auch dann für den durch die Konkursverzögerung eingetretenen Schaden, wenn die Revisionsstelle das Problem aufgrund einer unsorgfältigen Revision nicht aufgedeckt hat. Der Fehler der Revisionsstelle entlastet den Verwaltungsrat nicht, sondern führt nur zur solidarischen Haftung der Revisionsstelle gemeinsam mit dem Verwaltungsrat.

Auch wenn die Tätigkeit der Revisionsstelle dem Verwaltungsrat in rechtlicher Hinsicht nicht entlastet, hat sie in faktischer Hinsicht für die Risikosituation des Verwaltungsrates wesentliche Auswirkungen; je genauer die Revision ist, desto geringer sind die Risiken, die Verwaltungsrat und Gesellschaft in Bezug auf das Rechnungswesen tragen müssen, da eine tief greifende Revision die Wahrscheinlichkeit von Fehlern vermindert. Daher muss sich der Verwaltungsrat im Rahmen seines Risikomanagements[124] mit Art und Tiefe der Revision auseinandersetzen und muss auch bei der Besprechung der Jahresrechnung die Effizienz der Revision beurteilen.

2.2 Wahl der Revisionsart

Der Verwaltungsrat sollte die Art der Revision (ordentliche oder eingeschränkte Revision) bzw. die Möglichkeit des Verzichtes auf eine Revision im Lichte der Risikosituation des Unternehmens analysieren und auf dieser Basis den Aktionären Vorschläge für die Wahl der ordentlichen oder der eingeschränkten Revision machen. Bei den meisten Gesellschaften wird der Verwaltungsrat aufgrund einer Risikoanalyse zum Schluss kommen, dass die ordentliche Revision die richtige Lösung ist, da auf diese Weise die mit dem Rechnungswesen verbundenen Risiken erheblich reduziert werden können. Bei einfachen Verhältnissen kann eine Kosten- und Nutzenbeurteilung allerdings auch zur Feststellung führen, dass eine eingeschränkte Revision genügt. Dieser Schluss kann vor allem dann gezogen werden, wenn der Verwaltungsrat sich ausschliesslich aus im Geschäft tätigen Personen zusammensetzt und deshalb alle Mitglieder, die Geschäftstätigkeit und ihre finanziellen Auswirkungen genau kennen. Aus den gleichen Überlegungen kann auch bei sehr kleinen Gesellschaften auf die Revision gänzlich verzichtet werden, wenn Eigentümer, Geschäftsleitung und Verwaltungsrat identisch sind und aufgrund der übersichtlichen Verhältnisse bzw. ihrer eigenen Tätigkeit davon ausgehen können, dass es keine Fehler in der buchhalterischen Erfassung von Geschäftsvorfällen gibt.

In der Praxis wird die Wahl der Revisionsart bei vielen mittelgrossen Unternehmen allerdings stark von der Bank häufig beeinflusst, welche dem betreffenden Unternehmen Kredit gewährt, da die Banken als Voraussetzung für die Auszahlung bzw. Aufrechterhaltung von Krediten häufig die Durchführung einer ordentlichen Revision verlangen. Dies hat dazu geführt, dass viele mittlere Unternehmen eine ordentliche Revision durchführen, auch wenn dies gesetzlich nicht notwendig wäre.

---

[124] Ziff. B.5.4.1 vorne.

E. DIE HAFTUNGSRISIKEN DES VERWALTUNGSRATES

1. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit

- Verwaltungsräte haften für die negativen Folgen ihrer Tätigkeit, wenn die folgenden Voraussetzungen gegeben sind:
  - *Schaden;*
  - *Pflichtverletzung;*
  - *Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden;*
  - *Verschulden (leichte Fahrlässigkeit genügt bereits).*
- *Der Verwaltungsrat haftet damit für die Erfüllung seiner Pflichten, jedoch nicht für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens; dieses Unternehmensrisiko wird von Aktionären und Gläubigern getragen.*
- *Klageberechtigt sind Gesellschaft und Aktionäre sowie Gläubiger, wobei die Gläubiger aber nur im Konkurs der Gesellschaft klagen können. Während Klagen vor dem Konkurs sehr selten sind, sind Klagen der Gläubiger im Konkurs wesentlich häufiger.*
- *Die Praxis zeigt, dass vor allem Mängel in der Überwachung der Geschäftsleitung sowie die Verschleppung von Konkursen zur Haftung des Verwaltungsrates führen können. Bei unternehmerischen Fehlentscheiden (verfehlte Investition etc.) ist das Haftungsrisiko aber gering, da das Bundesgericht im Rahmen der "Business Judgement Rule" den Ermessungsspielraum des Verwaltungsrates respektiert, und auch bei Entscheidungen, die sich nachträglich als falsch erweisen, keine Haftung annimmt, wenn der Verwaltungsrat ohne Interessenkonflikte und nach sorgfältiger Analyse des relevanten Sachverhalts einen Entscheid getroffen hat.*
- *Die Haftung kann durch eine Delegation der Geschäftsleitungsfunktion eingeschränkt werden; bei gültiger Delegation haftet der Verwaltungsrat nicht mehr für Probleme der operativen Geschäftsleitung, sondern nur für Mängel in Auswahl Instruktion und Überwachung der Geschäftsleitungsmitglieder. Im Übrigen kann die Haftung nur durch sorgfältiges Vorgehen eingeschränkt bzw. vermieden werden. Im Weiteren ist es auch möglich, die Folgen einer Haftung durch Versicherung abzuwenden, wobei aber Versicherungen normalerweise aber Absicht und Grobfahrlässigkeit von der Deckung ausschliessen.*

1.1 Die Voraussetzungen der Haftung

Die Mitglieder des Verwaltungsrates haften gemäss Art. 754 OR der Gesellschaft wie auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Konkret müssen für die Haftung folgende Voraussetzungen erfüllt werden:

- ***Schaden***

Eine Haftung setzt zunächst einmal voraus, dass der Gesellschaft ein Schaden im Sinne einer Vermögensverminderung entstanden ist. Diese Vermögensverminderung kann entweder in der Verminderung der Aktiven oder einer Vermehrung der Passiven bestehen oder aber darin, dass der Gesellschaft ein Gewinn entgeht. Dieser Gesellschaftsschaden, der sich indirekt auch auf die Gläubiger (diese erhalten bei einem Konkurs allenfalls keine vollständige Zahlung) und auf die Aktionäre (der Wert der Aktien nimmt ab) auswirkt, ist vom direkten Schaden des Aktionärs oder Gläubigers zu unterscheiden; beim direkten Schaden wird nicht die Gesellschaft, sondern direkt ein Aktionär oder Gläubiger geschädigt, weil ein Verwaltungsrat Pflichten verletzt, die nicht die Interessen der Gesellschaft schützen, sondern allein die des Aktionärs[125]. Wie hinten in Abschnitt 1.2 gezeigt, ist die Unterscheidung zwischen direktem Aktionärs- bzw. Gläubigerschaden und Gesellschaftsschaden für die Klageberechtigung wesentlich; Aktionäre und Gläubiger können nur bei einer direkten Schädigung eigenständige Ansprüche geltend machen; bei einer Schädigung der Gesellschaft dagegen machen sie immer einen Anspruch der Gesellschaft geltend, weshalb die Zahlung in diesen Fällen grundsätzlich auch der Gesellschaft zukommt und nicht dem klagenden Aktionär bzw. Gläubiger.

– ***Pflichtverletzung***

Die Haftung basiert darauf, dass der Verwaltungsrat seine Pflicht verletzt, indem er beispielsweise seine Überwachungspflicht gegenüber der Geschäftsleitung nicht wahrnimmt oder trotz Überschuldung kein Konkursverfahren einleitet. Entscheidend ist dabei immer die Frage der Sorgfalt, mit der der Verwaltungsrat seine Pflichten gemäss Art. 717 OR erfüllen muss – wie vorne in Ziff. B.2.2 dargestellt, legt das Bundesgericht die Sorgfaltspflicht objektiv aus, d.h. verlangt von jedem Mitglied des Verwaltungsrates die Sorgfalt, die ein professioneller Verwaltungsrat in der gleichen Situation aufwenden würde. Da der Massstab für alle Verwaltungsräte der gleiche ist, beeinflussen individuelle Defizite betreffend Bildung und Erfahrung diesen Massstab nicht.

– ***Adäquater Kausalzusammenhang***

Zwischen der pflichtverletzenden Handlung und dem Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Die Pflichtverletzung muss daher nicht nur im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs Ursache des tatsächlich eingetretenen Schadens sein, sie muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung auch geeignet sein, einen Schaden von der Art des tatsächlich eingetretenen Schadens zu verursachen. Das Erfordernis der adäquaten Kausalität führt beispielsweise dazu, dass ein Verwaltungsrat, der trotz klarer Anzeichen einer Überschuldung das Konkursverfahren nicht einleitet, nicht für den gesamten Ausfall der Gläubiger haftet, sondern nur für den Teil des Ausfalles, der hätte vermieden werden können, wenn der Verwaltungsrat den Konkurs rechtzeitig eingeleitet hätte.

---

125 Ein Beispiel einer derartigen Schädigung kann die aktive Täuschung eines Gläubigers durch einen Verwaltungsrat sein, die diesen veranlasst, einer insolventen Gesellschaft Geld zu leihen. Gegenüber einem Aktionär kann die direkte Schädigung dagegen darin liegen, dass der Verwaltungsrat dem betreffenden Aktionär eine von der Generalversammlung beschlossene Dividende nicht auszahlt.

– ***Verschulden***

Der Verwaltungsrat haftet nur, wenn ihm ein Verschulden zur Last gelegt werden kann, d.h. wenn er seine Pflichtverletzung absichtlich begangen hat (Vorsatz) oder aber die Pflichtverletzung eine Folge mangelnder Sorgfalt war (Fahrlässigkeit). Auch bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit wird der oben erwähnte objektive Massstab angelegt, d.h. das Verwaltungsratsmitglied wird an der Sorgfalt gemessen, die ein professioneller Verwaltungsrat in der gleichen Situation aufbringen würde. Daher führen eigenes Unvermögen, mangelnde Zeit oder fehlende Fachkenntnisse auch unter dem Titel des Verschuldens nicht zu einer Entlastung des Verwaltungsrates, selbst wenn diese Probleme den Aktionären bei der Wahl bekannt waren. Wie vorne in Ziff. B.2.2 dargestellt, liegt in diesen Fällen ein "Übernahmeverschulden" vor, da das betreffende Verwaltungsratsmitglied ein Mandat angenommen hat, das es nicht erfüllen konnte.

1.2 Haftung für Pflichtverletzung und nicht für den Erfolg

Die oben dargestellten Voraussetzungen der Haftung zeigen, dass die Basis der Haftung immer eine Pflichtverletzung ist; ohne Pflichtverletzung kommt es dagegen nicht zur Haftung. Der Verwaltungsrat haftet daher zwar die für die Erfüllung seiner Pflichten, jedoch nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit oder gar den Erfolg des Unternehmens.

Es entspricht leider der wirtschaftlichen Realität, dass ein Unternehmen selbst dann, wenn seine Organe ihre Pflichten erfüllen und sorgfältig handeln, dem Risiko eines Misserfolges ausgesetzt ist und im Extremfall in Konkurs gehen kann. Für dieses Unternehmensrisiko kann der Verwaltungsrat nicht haftbar gemacht werden, dieses ist vielmehr von den Aktionären und – soweit die entsprechenden Verluste das Eigenkapital übersteigen – auch von den Gläubigern zu tragen.

Da auch bei sorgfältigen Entscheiden ein Schaden eintreten kann, kann aus der Tatsache, dass es aufgrund eines Entscheids des Verwaltungsrates beim Unternehmen zu einem Verlust gekommen ist oder sogar ein Konkurs eingetreten ist, nicht auf eine Verletzung der Sorgfaltspflicht oder eine andere Pflichtverletzung zurückgeschlossen werden kann. Die Frage der Pflichtverletzung muss vielmehr aufgrund der Handlungen des Verwaltungsrates analysiert werden.

1.3 Der Schutz des Ermessungsspielraums des Verwaltungsrates "Business Judgement Rule"

Das Bundesgericht beurteilt die Pflichtverletzung des Verwaltungsrates immer aufgrund der Tatsachen, die der Verwaltungsrat im Zeitpunkt, in dem er seinen Entscheid fällte, erkannte bzw. bei normaler Aufmerksamkeit hätte erkennen sollen. Gerade Sorgfaltspflichtverletzungen müssen immer im Kontext der Zeit, in dem ein Entscheid gefällt wurde, beurteilt werden – die "Ex post"-Beurteilung, bei der einige Jahre nach dem Entscheid aufgrund der eingetretenen negativen Entwicklung überlegt wird, wie der Verwaltungsrat einen besseren Entscheid hätte fällen können, ist nicht zulässig – entscheidend ist nicht, was Dritte zu einem späteren Zeitpunkt als richtig empfunden hätten, sondern immer nur, was für den Verwaltungsrat im Zeitpunkt, in dem er den Entscheid fällte, richtig bzw. vertretbar war.

Wenn der Verwaltungsrat einen Entscheid fällen muss, so hat er gerade bei rein kommerziellen Entscheiden meistens mehrere Möglichkeiten. Es liegt in seinem Ermessen, für welche der möglichen Lösungen er sich entscheidet. Das Bundesgericht respektiert im Sinne der "Business Judgement Rule" diesen Ermessungsspielraum des Verwaltungsrates. Wenn ein Verwaltungsrat ohne Interessenkonflikt und nach einer sorgfältigen Analyse des für ihn erkennbaren Sachverhalts einen Entscheid fällt, so geht das Bundesgericht davon aus, dass dieser Entscheid im Ermessensbereich des Verwaltungsrates liegt, und versucht nicht, sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens des Verwaltungsrates zu setzen. Auch wenn der betreffende Entscheid zu einem Schaden geführt hat, kommt es daher nicht zur Haftung des Verwaltungsrates. Es nützt dem Kläger daher in einem Prozess nichts, nachzuweisen, dass es bessere Lösungen als die vom Verwaltungsrat gewählte gegeben hätte und dass sich diese anderen Lösungen im Nachhinein als wesentlich besser entpuppt haben.

Die "Business Judgement Rule" greift aber in folgenden Situationen nicht:

- ***Interessenkonflikte***

  Wenn ein Verwaltungsrat aufgrund von Interessenkonflikten entscheidet – beispielsweise beim Abschluss von Verträgen mit Hauptaktionären und nahestehenden Personen, die für das Unternehmen ungünstig sind, so kommt die "Business Judgement Rule" nicht zur Anwendung; das Gericht wird vielmehr abklären, welche finanziellen Auswirkungen ein Vertrag gehabt hätte, der zu Drittbedingungen abgeschlossen wird, und betrachtet die Differenz als Schaden, der durch eine Verletzung der Treuepflicht entstanden ist.

- ***Ungenügende Sachverhaltsanalyse***

  Die "Business Judgement Rule" kommt ebenfalls nicht zur Anwendung, wenn der Verwaltungsrat den für den Entscheid massgebenden Sachverhalt nicht genügend analysiert. Das Bundesgericht stellt keine überzogenen Forderungen an die Abklärungspflicht; es anerkennt auch den Zeitdruck[126], der bei gewissen Entscheiden herrscht. Es verlangt aber, dass der Verwaltungsrat Vor- und Nachteile sowie die Auswirkungen

---

126 Der Zeitdruck muss allerdings objektiv sein und darf sich nicht einfach aus Euphorie oder Fehlbeurteilung der Situation ergeben.

des betreffenden Entscheids auf das Unternehmen und dessen Finanzen analysiert und dass er die Risiken abwägt, die mit dem Entscheid verbunden sind.

– ***Verstösse gegen geschäftliche Grundregeln – Entscheide ausserhalb des normalen Ermessensspielraums***

  Das Bundesgericht bringt die "Business Judgement Rule" auch nicht zur Anwendung, wenn der Verwaltungsrat Handlungen begeht, die nach den geschäftlichen Grundprinzipien von Vornherein unvernünftig sind; letztlich kommt die "Business Judgement Rule" bei diesen Fragen deshalb nicht zur Anwendung, weil sich derartige Entscheide von Vornherein ausserhalb des vertretbaren Ermessens des Verwaltungsrates bewegen. In der Praxis kommt dies vor allem zur Anwendung, wenn eine Gesellschaft, deren Zweck nicht in der Finanzierung anderer Unternehmen liegt, sehr grosse Darlehen gewährt, die dem Grundsatz widersprechen, dass Klumpenrisiken zu vermeiden sind. Die einzelnen Entscheide zeigen allerdings, dass in diesen Fällen letztlich wohl meistens auch ein Interessenkonflikt vorliegt, da derartige hohe Darlehen oft dem Hauptaktionär oder einer nahestehenden Gesellschaft gewährt werden. Schliesst der Verwaltungsrat allerdings mit Dritten derartige unvernünftige Geschäfte ab, so kommt es ebenfalls zur Haftung.

– ***Situationen ohne Ermessungsspielraum***

  Es gibt Entscheide, bei denen der Verwaltungsrat keinen Interessenspielraum hat. Dazu gehört die Verpflichtung zur Konkursanmeldung bei Überschuldung, aber auch die Erfüllung von Verpflichtungen im Rahmen der Geldwäscherei, die Erfüllung von börsenrechtlichen Pflichten, aber auch die Einreichung von Steuerformularen und weitere Pflichten im Zusammenhang mit Steuern und anderen öffentlichen Abgaben. Wenn der Verwaltungsrat in diesem Bereich die gesetzlichen Pflichten der Gesellschaft verletzt bzw. die Erfüllung dieser Pflichten nicht durchsetzt, so stellt sich die Frage der "Business Judgement Rule" nicht mehr, da der Verwaltungsrat gar nie ein Ermessen hatte, sondern schlicht für die Erfüllung der Pflichten der Gesellschaft besorgt sein musste.

Dies zeigt, dass die "Business Judgement Rule" den Verwaltungsrat zwar im Bereich der kommerziellen Entscheide schützt, dass der Verwaltungsrat aber nicht geschützt ist, wenn er seinen Ermessungsbereich überschreitet oder Ermessen beansprucht, wo es kein Ermessen gibt. Überdies ist der Verwaltungsrat auch nie geschützt, wenn er nicht im Interesse der Gesellschaft handelt, sondern sein Ermessen zu Gunsten von Drittpersonen ausübt.

1.4 Die Klageberechtigten: Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger

1.4.1 Klage vor dem Konkurs

Gemäss Art. 756 OR können die Gesellschaft selbst wie auch die einzelnen Aktionäre vor einem Konkurs gegen einen Verwaltungsrat Verantwortlichkeitsklage einleiten und Ansprüche im Sinne von Art. 754 OR geltend machen. Die Gläubiger können dagegen, solange die Gesellschaft nicht in Konkurs ist, keine Ansprüche erheben, da vor einem Konkurs davon auszugehen ist, dass sie vollständig bezahlt werden und sie deshalb keinen Schaden erleiden.

Die Klage der Gesellschaft selbst bzw. ihrer Aktionäre ausserhalb eines Konkurses ist bis heute aber weitgehend Theorie geblieben; soweit eine Gesellschaft nicht in ein Konkurs- oder Nachlassverfahren gerät, wird die Gesellschaft selbst – ausser bei strafbaren oder krass unsorgfältigen Handlungen eines einzelnen Verwaltungsrates – kaum je eine Klage gegen einzelne oder gar alle Verwaltungsräte anstrengen. Auch Klagen der Aktionäre sind in dieser Situation äusserst selten, da der einzelne Aktionär bei einer pflichtwidrigen Schädigung der Gesellschaft durch einen Verwaltungsrat nur eine Leistung an die Gesellschaft einklagen kann. Damit sind Erfolgschancen und Prozessrisiko für den Aktionär höchst ungünstig verteilt; er trägt das gesamte Prozesskostenrisiko, d.h. muss im Falle des Unterliegens Prozesskosten und Parteientschädigung[127] zahlen, erhält beim Prozessgewinn aber die eingeklagte Summe nicht, sondern hat – da die Zahlung an die Gesellschaft erfolgt – nur einen indirekten Vorteil, der auf seinen Anteil an der Gesellschaft beschränkt ist.

1.4.2 Klage im Konkurs

Gemäss Art. 757 OR können die Gläubiger im Konkurs sowie im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung (Liquidationsnachlass) eine Verantwortlichkeitsklage erheben. Zunächst steht allerdings die Klage nicht den einzelnen Gläubigern, sondern der Konkursmasse zu, weshalb der Konkursverwalter die entsprechenden Ansprüche namens der Gesellschaft geltend machen kann. Der Konkursverwalter tritt diese Klagerechte aber an die einzelnen Gläubiger ab, falls die Mittel der Konkursmasse nicht ausreichen, um den Prozess zu finanzieren oder der Konkursverwalter aus anderen Gründen zum Schluss kommt, dass eine Verfolgung der Verantwortlichkeitsansprüche durch die Masse nicht opportun ist. In diesem Fall können die einzelnen Gläubiger die Abtretung des Klagerechts verlangen und die Ansprüche zur primären Befriedigung ihrer eigenen Forderung verfolgen.

Klagen im Rahmen des Konkursverfahrens sind relativ häufig und werden in vielen Konkursverfahren mindestens vorsorglich als Aktiven in das Inventar aufgenommen.

---

[127] Gemäss Art. 756 Abs. 2 OR kann der Richter das Prozessrisiko immerhin insofern mildern, als er auch bei Unterliegen des Aktionärs der Gesellschaft einen Teil der Kosten auferlegen kann.

1.5 Die Haftungsklagen in der Praxis

Die Praxis zeigt, dass es trotz einer erheblichen Zahl von Konkursen doch bei einer relativ geringen Anzahl von Urteilen zu Verantwortlichkeitsansprüchen kommt. Dies hängt zum Teil damit zusammen, dass sich bei nüchterner Betrachtung der Sachlage häufig zeigt, dass der Verwaltungsrat zwar im Ergebnis falsche Entscheide gefällt, dabei aber keine rechtlichen Pflichten verletzt hat, und dass der Konkurs daher Folge des unternehmerischen Risikos und nicht einer Pflichtverletzung war. In vielen Fällen, in denen eine Klage angedroht oder angehoben wird, kommt es allerdings auch zum Vergleich, so dass einer relativ grossen Anzahl angedrohter und eingeleiteter Verfahren nur eine relativ geringe Zahl von Urteilen gegenübersteht.

Die Analyse der Urteile und auch die Angaben von Haftpflichtversicherungen zeigen, dass die Ursache einer Haftung meist bei der Verschleppung eines gemäss Art. 725 OR notwendigen Konkurses liegt. Wesentlich seltener dagegen sind Haftungsfälle wegen mangelnder Überwachung der Geschäftsleitung oder krass unsorgfältiger Sachentscheide.

1.6 Vermeidung der Haftung

Ein Verwaltungsrat kann die folgenden Massnahmen ergreifen, um eine Haftung einzuschränken bzw. abzuwenden:

1.6.1 Delegation der Geschäftsleitung

Delegiert der Verwaltungsrat die Geschäftsleitungsfunktion im Sinne von Art. 716b OR an ein Mitglied des Verwaltungsrates (Delegierter) oder Dritte (Direktoren) und wird diese Delegation gültig auf Statuten und Organisationsreglement abgestützt, so haftet der Verwaltungsrat gemäss Art. 754 Abs. 2 OR nicht direkt für einen Schaden, der durch mangelhafte Geschäftstätigkeit entsteht, sondern nur, wenn dieser Schaden auf mangelhafte Auswahl, Instruktion oder Überwachung der Geschäftsleitungsorgane zurückzuführen ist. Daher führt eine Delegation der Geschäftsführungskompetenz an ein Geschäftsleitungsorgan zu einer erheblichen Einschränkung des Haftungspotentials, da die Haftung für die operative Geschäftstätigkeit wegfällt, solange der Verwaltungsrat seiner Überwachungsaufgabe nachkommt.

1.6.2 Sorgfältiges Handeln, eigene Grenzen kennen, Dokumentation der Sorgfalt

Der Verwaltungsrat kann Haftung vermeiden, indem er seiner Pflicht zur sorgfältigen Tätigkeit nachkommt und bei der Überwachung der Geschäftsleitung, der Vorbereitung wesentlicher Entscheide, der Reaktion in Krisensituationen die objektiv notwendige Sorgfalt anwendet, d.h. sich mit den entsprechenden Fragen auseinandersetzt, Unterlagen von der Geschäftsleitung fordert und vor einem Entscheid die vorhandenen Daten und Unterlagen genau analysiert. Der einzelne Verwaltungsrat sollte aber gerade in diesem Bereich seine eigenen Grenzen kennen und respektieren; wenn es ihm für die Ausübung der Sorgfaltspflicht bzw. für seine Tätigkeit an den notwendigen Fachkenntnissen fehlt (z.B. bei der Beurteilung des Rückstellungsbedarfs für Prozesse oder für umweltrechtliche Störfälle), so sollte der Verwaltungsrat entsprechende Spezialisten beiziehen, um den Sorgfaltserfordernissen Rechnung zu tragen. Wesentlich ist auch, dass die Erfüllung der Sorgfaltspflicht dokumentiert wird: Durch entsprechend genaue und ausführliche Protokolle sowie

die Dokumentation aller Abklärungen im Zusammenhang mit Entscheiden muss dargestellt werden, dass der Verwaltungsrat tatsächlich sorgfältig gehandelt hat. In einem Verfahren, das oft mehrere Jahre später eingeleitet wird, sind diese Protokolle des Verwaltungsrates sowie die Beilagen meist die einzige Stütze für die Verteidigung des Verwaltungsrates.

1.6.3 Haftpflichtversicherung

Das Risiko einer Verwaltungsratshaftung ist grundsätzlich versicherbar, wobei allerdings nicht alle Versicherungsgesellschaften entsprechende Policen anbieten. Die Versicherungsdeckung umfasst normalerweise nicht nur die Zahlung der zu Recht geltend gemachten Ansprüche, sondern auch die Abwehrkosten unberechtigter Ansprüche, was die Situation des Verwaltungsrates bei derartigen Klagen enorm erleichtert. Die meisten Versicherungen schliessen allerdings eine Versicherungsdeckung bei grober Fahrlässigkeit und Absicht aus, so dass bei entsprechend schweren Verfehlungen keine Deckung besteht.

2. Die zivil- und strafrechtliche Haftung des Verwaltungsrates für strafbare Handlungen von Mitarbeitern

- *Die Mitglieder des Verwaltungsrates können zivilrechtlich gegenüber Aktionären und Gläubigern haften, wenn sie Straftaten dulden bzw. nicht verhindern und dies indirekt zu einer Schädigung der Gesellschaft bzw. von Aktionären und Gläubigern führt.*
- *Die Verwaltungsratsmitglieder können im Rahmen der strafrechtlichen "Geschäftsherrenhaftung" aber auch persönlich strafbar werden, wenn sie nicht die notwendigen und zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um Straftaten der Mitarbeiter zu verhindern; eine konsequente Umsetzung von Compliance-Massnahmen kann dementsprechend die Bestrafung des Verwaltungsrates verhindern.*

2.1 Zivilrechtliche Haftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Kommt es zu Delikten von Mitarbeitern so führt dies fast unweigerlich zur Schädigung des Unternehmens selber. Der Schaden tritt direkt beim Unternehmen ein, wenn sich eine Straftat gegen das Vermögen der Gesellschaft richtet, wie z.B. bei einer Veruntreuung von Mitteln, die dem Unternehmen gehören. Der Schaden kann aber auch indirekt eintreten, weil das Unternehmen bei einer gegen Dritte gerichtete Straftat entweder gemäss Art. 102 StGB eine Busse zahlen muss oder aber aufgrund der in Ziff. F.3 dargelegten Grundsätze dem Dritten gegenüber haftbar wird. Bei derartigen Schäden stellt sich die Frage der Haftung von Verwaltungsrat:

2.1.1 Haftung vom Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gemäss Art. 754 OR

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung haften gemäss Art. 754 OR der Gesellschaft für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen[128].

- Die Gerichte haben eine "strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung" entwickelt. Da der Verwaltungsrat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR die mit der Geschäftsführung betrauten Personen im Hinblick auf die Befolgung der auf die Gesellschaft anwendbaren Gesetze überwachen muss, wird angenommen, dass er betreffend die Verhinderung von Straftaten von Mitarbeitern eine Garantenpflicht hat. Dementsprechend werden Mitglieder des Verwaltungsrates im Sinne eines unechten Unterlassungsdeliktes mit den Mitarbeitern zusammen strafbar, wenn diese Straftaten begehen, die der Verwaltungsrat hätte verhindern müssen. Zu einer derartigen Haftung kann es z.B. kommen, wenn der Verwaltungsrat nicht ernsthafte Schritte unternimmt, um Bestechungsdelikte oder Verstösse gegen das Kriegsmaterialgesetz zu verhindern.

---

128 Dazu im Einzelnen Ziff. E.1 vorne.

– Zentrales Element der Haftung ist die Frage der Pflichtverletzung – Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sind nicht für jeden Schaden haftbar, den sie durch ihre Tätigkeit verursachen, sondern nur für Schäden, die auf eine Pflichtverletzung zurückzuführen sind.

2.1.2 Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Delikten von Mitarbeitern

Verwaltungsrat und Geschäftsleitung müssen die Interessen der Gesellschaft schützen. Der Verwaltungsrat muss gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR zu diesem Zweck die mit der Geschäftsführung betrauten Personen überwachen, wobei er gemäss Gesetzestext insbesondere die Einhaltung der auf die Gesellschaft anwendbaren Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen überwachen muss. Wenn der Verwaltungsrat die operative Geschäftsleitung nicht selber wahrnimmt, sondern diese gemäss Art. 716b OR an die Geschäftsleitung delegiert hat, übernimmt diese auch die Umsetzung der Überwachung, auf der Ebene der Mitarbeiter, die der Geschäftsleitung untergeordnet sind. Wie vorne dargestellt, ist es zur Erfüllung der Aufsichtspflicht notwendig, ein Compliance System einzurichten, das sicherstellt, dass Organe und Mitarbeiter die anwendbaren Rechtsregeln kennen, und dass diese unternehmensintern auch durchgesetzt werden. Dazu müssen Verwaltungsrat bzw. Geschäftsleitung Regeln und Weisungen[129] erlassen, Schulungen durchführen und die Einhaltung dieser Regeln mindestens in den Bereichen des Unternehmens, die besonderen Risiken ausgesetzt sind, periodisch überprüfen. Überdies müssen Vorgesetzte bei klaren Anzeichen einer Rechtsverletzung auch eingreifen und die Fortsetzung der deliktischen Handlung sowie eine Wiederholung verhindern.

Erfüllen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung diese Pflichten nicht und entsteht dadurch dem Unternehmen ein Schaden, so können sie von der Gesellschaft gemäss Art. 754 OR haftbar gemacht werden. Eine derartige Haftung ist insbesondere in folgenden Fällen möglich:

– ***Delikte, die sich direkt gegen das Unternehmen richten***
Bei Vermögensdelikten, die sich gegen das Unternehmen selbst richten, wie z.B. Veruntreuungen durch Mitarbeiter oder Organe, werden Verwaltungsrat und Geschäftsleitung haftbar, wenn sie keinerlei Systeme zur Sicherung vor unbefugter Verwendung von Geldern eingeführt haben. Hat der Verwaltungsrat dagegen bei der Einführung des internen Kontrollsystems (IKS) dafür gesorgt, dass Auslösung von Zahlungen und Verbuchung getrennt sind, so dass eine mehrstufige Kontrolle über alle Geldausgänge sichergestellt ist, und hat die Geschäftsleitung diese auch konsequent durchgesetzt, so kann es in diesem Bereich nicht zur Haftung kommen.

– ***Delikte gegenüber Dritten***
Die Gesellschaft wird auch dann geschädigt, wenn sich ein Delikt eines Organs oder Mitarbeiters gegen Dritte richtet, weil ein Mitarbeiter z.B. Beamte oder Entscheidungsträger von Privatunternehmen besticht, um Aufträge für das Unternehmen zu erhalten. Der Schaden entsteht in diesen Fällen dadurch, dass das Unternehmen dem Dritten gegenüber für den Schaden haftet, den dieser durch die betreffende Handlung

---

129 Code of Conduct, Compliance-Regeln.

erlitten hat. Dieser Schaden liegt im Allgemeinen darin, dass die betreffende Drittpartei Güter oder Dienstleistungen zu überhöhten Preisen eingekauft hat oder sogar Güter oder Dienstleistungen erworben hat, die bei nüchterner Betrachtung für den betreffenden Dritten nutzlos waren. Diese Haftung des Unternehmens kann dann als Schaden gegenüber Verwaltungsrat und Geschäftsleitung geltend gemacht werden, wenn sie keine Anstrengungen unternommen haben, um Bestechungen und ähnliche Delikte zu verhindern. Haben diese Organe dagegen ein Compliance-Programm eingerichtet, in dem die Mitarbeiter über die anwendbaren rechtlichen Bestimmungen orientiert werden, werden die Mitarbeiter geschult und wird durch Kontrollen sichergestellt, dass diese Regeln tatsächlich eingehalten werden, so können einzelne kriminelle Handlungen von Mitarbeitern nicht zu einer Haftung des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung führen.

– ***Bussen im Rahmen des Unternehmensstrafrechts***
  Wie oben dargestellt, kommt es gemäss Art. 102 StGB im Wesentlichen dann zu Bussen, wenn Organisationsfehler vorliegen; zur stellvertretenden Bestrafung des Unternehmens im Sinne von Art. 102 Abs. 1 StGB kommt es, wenn eine Tat eines Mitarbeiters bzw. Organs eines Unternehmens wegen mangelhafter Organisation keiner bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden kann. Zur Bestrafung des Unternehmens zusätzlich zum Mitarbeite gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB kommt es dagegen, wenn das Unternehmen keine genügenden Anstrengungen unternommen hat, um die in Art. 102 Abs. 2 StGB aufgeführten schweren Vergehen und Verbrechen zu verhindern. In beiden Fällen haben Verwaltungsrat bzw. Geschäftsleitung ihre Sorgfaltspflicht bezüglich Organisation des Unternehmens und auch bezüglich Aufsicht bzw. Compliance nicht erfüllt. Diese Pflichtverletzung kann dazu führen, dass sie dem Unternehmen gegenüber für die Busse haften, da die Zahlung der Busse zu einer Vermögensverminderung und damit zu einem Schaden beim Unternehmen führt.

2.2 Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung

Bei strafrechtlichem Verhalten von Mitarbeitern kann es, wie unten im Einzelnen dargestellt, zu einer strafrechtlichen Mitverantwortung der Vorgesetzten bis zur Stufe von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung kommen, wenn einerseits ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Straftat und der Tätigkeit der betreffenden Person für das Unternehmen besteht und andererseits der Vorgesetzte bzw. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung eine Pflicht hatte, diese Tat zu verhindern:

2.2.1 Tätigkeits- und Unterlassungsdelikte

Die meisten Delikte des Strafgesetzbuches und der übrigen strafrechtlichen Normen des Bundesrechtes sind als Tätigkeitsdelikte formuliert, d.h. der Tatbestand wird durch eine aktive Handlung einer Person erfüllt. Mit einer rein passiven Haltung können diese Delikte im Allgemeinen nicht erfüllt werden. Vorsätzliche Tötung und schwere Körperverletzung sind beispielsweise gemäss Art. 111 StGB bzw. Art. 122 StGB strafbar. Sieht ein Bergsteiger wie ein anderer, ihm unbekannter Bergsteiger in Not ist, kümmert sich aber nicht um diesen, so ist diese Unterlassung ethisch vorwerfbar, der betreffende Bergsteiger wird aber, selbst wenn der andere Bergsteiger stirbt oder schwere Erfrierungen erleidet,

weder aufgrund vorsätzlicher Tötung noch aufgrund einer schweren Körperverletzung bestraft.

Gemäss Art. 11 StGB können allerdings auch Tätigkeitsdelikte durch eine passive Haltung erfüllt werden, wenn eine Person die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtliche geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl sie aufgrund ihrer Rechtsstellung verpflichtet ist, einzugreifen und den Schaden zu verhindern. Eine derartige Verpflichtung kann sich aufgrund einer gesetzlichen Anordnung, eines Vertrages oder dadurch ergeben, dass die betreffende Person die Gefahr selbst geschaffen hat. Hat eine Person eine derartige Verpflichtung schützend einzugreifen, so wird sie in der strafrechtlichen Terminologie zum Garanten[130] und erfüllt den betreffenden strafrechtlichen Tatbestand dadurch, dass sie es unterlässt eine Schädigung zu verhindern, womit sie durch Unterlassung strafbar wird. Beim oben erwähnten passiven Verhalten käme es beispielsweise zu einer derartigen Haftung, wenn die Person, die sich passiv verhält, als Bergführer für den in Not geratenen Bergsteiger tätig ist und damit eine vertragliche Schutzpflicht übernommen hat.

2.2.2 Die Pflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gegenüber der Gesellschaft

Gemäss Art. 717 OR müssen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung die Interessen der Gesellschaft schützen. Für den Verwaltungsrat wird diese allgemeine Treue- und Interessenwahrungspflicht in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR noch dahingehend konkretisiert, dass der Verwaltungsrat die mit der Geschäftsführung betrauten Personen im Hinblick auf die Befolgung der auf die Gesellschaft anwendbaren Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen überwachen muss. Diese Überwachungspflicht trifft aufgrund der allgemeinen Treuepflicht gemäss Art. 717 OR aber auch die Geschäftsleitung bezüglich den ihr unterstellten Mitarbeitern.

Aus der allgemeinen Treupflicht sowie der Pflicht, für die Befolgung der auf die Gesellschaft anwendbaren Gesetze zu achten, kann eine Pflicht, für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung abgeleitet werden, die Gesellschaft vor Schäden zu schützen, die aus deliktischen Handlungen von Organen und Mitarbeitern ausgehen. Bei der Abwehr derartiger Gefahren müssen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gemäss Art. 717 OR sorgfältig vorgehen, wobei das Bundesgericht von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab ausgeht und verlangt, dass die betreffenden Personen die Sorgfalt aufwenden, welche professionell tätige Dritte in der gleichen Position anwenden würden. Dementsprechend müssen sich die Massnahmen, welche Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ergreifen, an allgemeinen Standards orientieren, die in der betreffenden Branche zur Anwendung kommen.

2.2.3 Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Aus der oben dargestellten Pflicht von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, die Interessen des Unternehmens zu wahren und dieses vor strafbaren Handlungen von Organen und Mitarbeitern zu schützen, ergibt sich eine Garantenpflicht im Sinne von Art. 11 StGB für Delikte, die von anderen Organen und Arbeitnehmern begangen werden. Diese grundsätzliche Garantenpflicht führt aber nicht dazu, dass Verwaltungsrat- bzw. Geschäftslei-

---

130 Sie haben dadurch in der strafrechtlichen Terminologie eine Garantenpflicht.

tungsmitglieder bei jeder strafbaren Handlung eines Mitarbeiters sofort zum Mittäter werden. Sofern Verwaltungsrat und Geschäftsleitung durch den Erlass von Weisungen und die Anordnung von Kontrollen die allgemein üblichen Massnahmen eingeführt haben, um eine Straftat zu verhindern, und auch aktiv eingreifen, wenn eine strafbare Handlung bekannt liegt, so sind sie ihrer Handlungspflicht nachgekommen und es kann ihnen gar keine strafbare Untätigkeit vorgeworfen werden. Erlässt der Verwaltungsrat eines Finanzdienstleisters z.B. die notwendigen Weisungen zur Durchsetzung der Bestimmungen gegen die Geldwäscherei und setzt diese auch mit geeigneten Kontrollen um, so kann dem Verwaltungsrat selbst kein strafrechtlicher relevanter Vorwurf gemacht werden, wenn ein Mitarbeiter im Einzelfall dennoch eine Straftat begeht.

Da Verbrechen und Vergehen im Bereich der Handlungen gegen das Vermögen Vorsatzdelikte sind, können sie auch nur dann als Unterlassungsdelikte im Sine von Art. 11 StGB bestraft werden, wenn die betreffende Person vorsätzlich untätig bleibt. Ein direkter Vorsatz ist gegeben, wenn das betreffende Verwaltungsrats- bzw. Geschäftsleitungsmitglied tatsächlich Kenntnis von einer Straftat hat und dennoch nicht eingreift, um eine Fortsetzung bzw. Wiederholung zu verhindern. Für eine vorsätzliche Begehung eines Delikts genügt aber auch Eventualvorsatz. Dieser liegt vor, wenn Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf Massnahmen zur Durchsetzung der anwendbaren Gesetze verzichten und damit bewusst in Kauf nehmen, dass Mitarbeiter gegen das anwendbare Recht verstossen, um ihre Budgetziele zu erreichen.

Dass die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung bzw. die Erfüllung von Straftatbeständen durch Untätigkeit nicht nur eine Figur der strafrechtlichen Theorie ist, zeigte sich in BGE 96 IV 155. Bei diesem Fall ging es um eine Schweizer Waffen- und Maschinenfabrik, bei der zwei Manager mit falschen Angaben Ausfuhrbewilligungen unter dem Kriegsmaterialgesetz erwirkt hatten, die betreffenden Güter dann aber nicht in die von ihnen angegebenen Länder, sondern in Krisengebieten lieferten, die nach schweizerischen Vorschriften nicht beliefert werden durften. Der CEO des Unternehmens wurde von diesen Managern an einer Sitzung über diesen Sachverhalt informiert. Er reagierte offensichtlich nur milde und sagte den beiden Herren, dass sie derartige Transaktionen, die das schweizerische Recht verletzen, unterlassen sollten. Die beiden Manager setzten ihre Tätigkeit jedoch fort. Dieses Verhalten wurde von den zuständigen Bundesbehörden aufgedeckt, worauf ein Strafverfahren gegen die beiden Manager und den CEO eingeleitet wurde. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der CEO aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen zur Durchsetzung der auf die Gesellschaft anwendbaren Gesetze eine Pflicht hatte, die ihm bekanntgewordenen strafbaren Handlungen zu verhindern und dass er deshalb eine strafrechtliche Garantenstellung hatte. Diese Pflicht zur Unterbindung einer Straftat hatte er nach der Ansicht des Bundesgerichts verletzt, weil er die Fortsetzung der strafbaren Handlungen nicht verhindert hatte. Das Bundesgericht betrachtete das in der Sitzung mit den Managern ausgesprochene Verbot als ungenügend. Es ging deshalb davon aus, dass ein "ernstlicher Wille" zur Unterbindung von Straftaten fehlte – das Bundesgericht stellte fest, dass der CEO die Durchsetzung seines Verbotes hätte überprüfen müssen. Daher wurde auch der CEO mit einer Strafe belegt. Dieses Urteil ist über 30 Jahre alt – die Standards, welche die Bundesanwaltschaft heute bei Verstössen gegen Spezialgesetze, aber auch gegen das Korruptionsstrafrecht anwendet, sind noch wesentlich strenger geworden. Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitern werden heute

dementsprechend auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, wenn sie sich bei Straftaten von Mitarbeitern passiv verhalten.

3. Haftung des Unternehmens für Straftaten von Mitarbeitern

- *Begeht ein Mitarbeiter im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen eine Straftat, so trifft die strafrechtliche Sanktion primär den betreffenden Mitarbeiter.*
- *Zusätzlich zum Mitarbeiter wird eine Gesellschaft mit einer Busse von bis zu CHF 5 Mio. bestraft, wenn sich ein Mitarbeiter des Unternehmens in funktionalem Zusammenhang mit seiner geschäftlichen Verrichtung an einer kriminellen Organisation beteiligt, die Normen gegen Finanzierung von Terrorismus und Geldwäscherei verletzt oder ein Bestechungsdelikt begeht.*
- *Im Weiteren kann ein Unternehmen für alle Verbrechen oder Vergehen, die Mitarbeiter in funktionalem Zusammenhang mit ihren geschäftlichen Verrichtungen begehen, mit einer Busse von bis zu CHF 5 Mio. bestraft werden, wenn diese Taten wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden.*
- *Wenn die Straftat in funktionalem Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens steht, so haftet das Unternehmen auf zivilrechtlicher Ebene für den Schaden, den der betreffende Mitarbeiter mit seiner Straftat verursacht hat. Dies kann auch zur Mithaftung des Verwaltungsrates führen, wenn er die Pflicht hatte, derartiges Verhalten zu unterbinden.*

Wenn ein Mitarbeiter im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen eine Straftat begeht, so stellt sich die Frage, ob er allein die Folgen dieser Tat zu tragen hat oder ob Gesellschaft, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für diese Tat ebenfalls eine Verantwortung tragen und deshalb einer zivil- oder sogar einer strafrechtlichen Haftung ausgesetzt sind.

Das schweizerische Strafrecht basiert grundsätzlich auf dem Prinzip der individuellen Verantwortung, d.h. die Person, die einen Straftatbestand erfüllt, wird bestraft und muss auf diese Weise die Verantwortung für ihre Handlung selbst übernehmen. Das Gleiche gilt auch für das schweizerische Zivilrecht: Begeht eine Person ein Delikt, so haftet sie persönlich für den Schaden, den sie durch diese widerrechtliche Tat Dritten verursacht hat.

3.1 Alleinverantwortung des Täters bei Taten ohne funktionalen Zusammenhang mit der Tätigkeit für das Unternehmen

Das Prinzip der individuellen zivil- und strafrechtlichen Verantwortung gilt auch, wenn eine Person als Organ oder Arbeitnehmer eines Unternehmens tätig ist. Wenn die betreffende widerrechtliche Handlung keinen funktionalen Zusammenhang mit der Tätigkeit für das Unternehmen hat, haftet nur der Täter selbst. Zu dieser Situation kommt es, wenn

die betreffende Person im Rahmen ihrer privaten Aktivitäten ein Delikt begeht[131]. Der Grundsatz der individuellen Verantwortung gilt aber auch dann, wenn ein Arbeitnehmer während der Zeit, in der er für das Unternehmen arbeitet, ein Delikt begeht, solange die strafbare Handlung keinen funktionalen Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Aufgaben für das Unternehmen hat, sondern nur bei Gelegenheit der beruflichen Tätigkeit erfolgt. Diese Situation ergibt sich beispielsweise, wenn ein Ärztevertreter eines Pharmaunternehmens die Besuche bei Ärzten und Kliniken benützt, um kleinere Diebstähle zu begehen oder betrügerische Finanzprodukte zu verkaufen.

3.2 Mitverantwortung des Unternehmens bei Straftaten in funktionalem Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens

Sobald aber die deliktischen Handlungen eines Organs oder Mitarbeiters im funktionalen Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für das Unternehmen stehen, führt dies zur zivilrechtlichen und zum Teil auch zur strafrechtlichen Haftung des Unternehmens und kann auch zur zivil- oder strafrechtlichen Verantwortung von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat führen. Zu dieser Situation kommt es dann, wenn der erwähnte Ärztevertreter bei seinen Verkaufsgesprächen potentielle Kunden über die Eigenschaften der angebotenen Produkte in arglistiger Weise täuscht, um sie zu einem Verkauf zu bewegen, oder aber Einkäufer von Spitälern besticht, um entsprechende Bestellungen zu erhalten. Im Einzelnen kommt es in folgenden Fällen zur Haftung des Unternehmens:

3.2.1 Zivilrechtliche Haftung der Gesellschaft für deliktisches Verhalten von Mitarbeitern und Organen

Die Mitarbeiter und Organe verpflichten eine Gesellschaft nicht nur durch den Abschluss von Rechtsgeschäften im Rahmen ihrer Vertretungsmacht, sondern auch durch deliktisches Handeln, sofern dieses in einem funktionalen Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben steht.

- ***Haftung für Delikte von Organen***
  Gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 722 OR haftet eine Aktiengesellschaft, wenn ihre Organe Dritte im Zusammenhang mit der Tätigkeit für das Unternehmen schädigen, d.h. deliktische Handlungen, zum Nachteil von Dritten begehen. Der Begriff des Organs wird dabei vom Bundesgericht sehr weit ausgelegt und umfasst nicht nur Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, sondern alle Personen, die massgeblich an der Willensbildung des Unternehmens und an der Realisierung der Pläne des Unternehmens mitwirken. Als Organe im Sinne von Art. 55 ZGB gelten daher alle leitenden Angestellten eines Unternehmens und zum Teil auch Spezialisten, die selbständig Aufgaben für das Unternehmen erfüllen.

- ***Haftung für Mitarbeiter***
  Gemäss Art. 55 OR haftet eine Gesellschaft aber auch für Delikte, die Mitarbeiter begehen, die nicht Organe sind, sofern ein funktionaler Zusammenhang mit ihrer Arbeit besteht. Im Gegensatz zur Haftung für Organe, bei der das Unternehmen keine Vertei-

---

131 Diese können von Geschwindigkeitsüberschreitungen mit dem privaten Fahrzeug bis zu Tötungsdelikten reichen.

digungsmittel hat, wenn das betreffende Organ tatsächlich deliktisch gehandelt hat, kann die Gesellschaft bei Mitarbeitern eine Haftung abwenden, wenn sie nachweist, dass sie die betreffenden Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat. Die Gerichte sind bei der Beurteilung dieser Verteidigungselemente allerdings äusserst streng. Sie schliessen eine Verteidigung gemäss Art. 55 OR immer aus, wenn ein Organisationsverschulden vorliegt, d.h. ein Unternehmen nicht in einer Weise organisiert ist, dass derartige Delikte unterbunden werden. Die Verteidigung nach Art. 55 OR ist daher nur möglich, wenn ein Unternehmen bei der Umsetzung seiner Compliance sehr konsequent ist und tatsächlich alle zumutbaren Anstrengungen unternimmt, um Delikte zu unterbinden.

Die zivilrechtliche Haftung für deliktisches Handeln von Organen und Mitarbeitern führt dazu, dass ein Unternehmen den betroffenen Parteien schadenersatzpflichtig wird. Im oben erwähnten Beispiel des Ärztebesuches bedeutet dies, dass es den betroffenen Spitälern bzw. Ärzten den Schaden, den sie durch den Kauf unnötiger Produkte oder die Verrechnung überhöhter Preise erlitten haben, ersetzen muss, sofern die Auflösung der betreffenden Verträge nicht bereits zur Beseitigung des Schadens geführt hat.

3.2.2 Strafrechtliche Haftung der Gesellschaft für deliktisches Verhalten von Mitarbeitern und Organen

Grundsätzlich richten sich Strafnormen immer gegen natürliche Personen, da das Strafrecht individuelle Normverletzungen durch natürliche Personen ahnden soll. Gemäss Art. 102 StGB ist es aber in gewissen Situationen möglich, dass auch eine juristische Person bestraft wird, wobei allerdings nur eine Busse ausgesprochen werden kann, weil die übrigen Sanktionen des Strafrechts nur bei natürlichen Personen greifen können.

Die Strafbarkeit des Unternehmens ist gemäss Art. 102 StGB in folgenden Fällen gegeben:

3.2.2.1 Bestrafung des Unternehmens zusätzlich zur Bestrafung des Mitarbeiters (Art. 102 Abs. 2 StGB)

Zusätzlich zum Mitarbeiter wird eine Gesellschaft gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB mit einer Busse von bis zu CHF 5 Mio. bestraft, wenn ein Mitarbeiter des Unternehmens in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszweckes eine Straftat nach Art. 260ter StGB (Unterstützung oder Beteiligung an einer kriminelle Organisation), Art. 260^{quinquies} StGB (Finanzierung des Terrorismus), Art. 305bis StGB (Geldwäscherei), Art. 322ter StGB (Bestechung schweizerischer Amtsträger), Art. 322^{quinquies} StGB (Vorteilsgewährung bei schweizerischen Beamten), Art. 322^{septies} Abs. 1 StGB (Bestechung ausländischer Beamter) oder Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG (Bestechung im privatwirtschaftlichen Bereich) begeht und das Unternehmen nicht nachweist, dass es alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern. Während die Unterstützung bzw. Beteiligung an einer kriminellen Organisation und die Finanzierung von Terrorismus bei "normalen" Unternehmen kaum denkbar ist, sondern auf eine kriminelle Organisation hinweist, sind Geldwäscherei und Bestechung auch bei "normalen" Gesellschaften möglich. Es ist in der Vergangenheit immer wieder vorgekommen, dass bei Unternehmen einzelne Mitarbeiter

bei ihrer geschäftlichen Tätigkeit Beamte oder Entscheidungsträger von Kunden bestochen haben, um – häufig in falsch verstandenem Ehrgeiz – die Umsätze des Unternehmens und damit auch den eigenen Bonus bzw. die eigene Reputation zu fördern. Zu Geldwäschereidelikten kommt es dagegen vor allem dann, wenn Mitarbeiter Kunden akquirieren, deren Mittel zweifelhafter Herkunft sind, der Mitarbeiter aber, um seine Ziele zu erreichen, die Herkunft nicht genau überprüft.

Hat ein Mitarbeiter eine der von Art. 102 Abs. 2 StGB erfassten Straftaten begangen, so hängt die Bestrafung des Unternehmens davon ab, ob es tatsächlich alle *"erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen"* zur Verhinderung der betreffenden Straftat getroffen hat. Das Gesetz konkretisiert diese für die Strafbarkeit zentrale Voraussetzung nicht. Da bei der Einführung von Art. 102 StGB den Unternehmen keine neuen Pflichten zur Vermeidung von Straftaten auferlegt werden sollten, muss bei der Auslegung dieses Begriffes auf die gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Organe abgestellt werden. Dies führt dazu, dass in diesem Bereich der gleiche Massstab gilt wie bei der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung bzw. der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe: Verwaltungsrat und Geschäftsleitung müssen im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht die bei vergleichbaren Unternehmen üblichen Massnahmen ergreifen, um Gesetzesverletzung zu vermeiden, d.h. sie müssen Weisungen zur Einhaltung der anwendbaren Gesetze erlassen, Schulungen durchführen und auch die Einhaltung dieser Regeln kontrollieren, und sie müssen auch eingreifen, wenn sie von einer strafbaren Tätigkeit erfahren, um eine Fortsetzung bzw. Wiederholung zu verhindern. Wenn Geschäftsleitung und Verwaltungsrat diese Pflichten wahrnehmen, so kann es nicht zur Bestrafung gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB kommen. Vernachlässigen sie diese Pflichten dagegen, so kann gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB eine Busse gegen das Unternehmen ausgesprochen werden.

3.2.2.2 Bestrafung des Unternehmens anstelle des strafbaren Mitarbeiters (Art. 102 Abs. 1 StGB)

Gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB kann ein Unternehmen für alle Verbrechen oder Vergehen, die Mitarbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen im Rahmen des Unternehmenszwecks begehen, bestraft werden, wenn diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürliche Person zugerechnet werden kann. In diesen Fällen tritt die Bestrafung des Unternehmens mit einer Busse in der Höhe von bis zu CHF 5 Mio. an die Stelle der Bestrafung einer natürlichen Person. Zu derartigen Fällen kann es insbesondere bei Körperverletzungen und Tötungen durch mangelhafte Produkte kommen, bei denen nicht mehr festgestellt werden kann, wer im Unternehmen für den Mangel verantwortlich war. Auch bei anderen Delikten ist aber eine derartige Konstellation denkbar. Wenn eine Zahlung an einen Beamten erfolgt, die als Vorteilszuwendung im Sinne von Art. $322^{quinquies}$ StGB betrachtet werden muss, kann beispielsweise unklar sein, wer die betreffende Zahlung autorisiert hat.

Wenn eine Straftat von einem Unternehmen ausgeht, so ist für die Strafbarkeit des Unternehmens entscheidend, ob das Unternehmen eine mangelhafte Organisation hatte, welche dann dazu führte, dass der Täter nicht identifiziert werden konnte. Nachdem das Strafgesetzbuch selbst keine Vorgaben über die zur Identifikation notwendigen Strukturen und Verfahren gibt, muss das in einer Branche übliche Vorgehen als Massstab dienen. Aufgrund der heute geltenden allgemeinen organisatorischen Standards dürfte eine

Organisation dann als mangelhaft betrachtet werden, wenn die Zuständigkeiten für die Auslösung von Zahlungen und die Unterzeichnung von Verträgen unklar ist, oder über Geschäftsvorfälle keine Belege aufbewahrt werden, so dass die Urheber einer Aktion bzw. Tat nicht mehr eruiert werden können.

3.2.2.3 Rückgriff auf Organe, welche die Organisationsmängel verursacht haben?

Die Bestrafung des Unternehmens basiert in beiden von Art. 102 StGB erfassten Fällen auf Mängeln von Organisation und Überwachung. Daher stellt sich nach einer entsprechenden Bestrafung der Gesellschaft auch die Frage, wer für die organisatorischen Mängel und den entsprechenden Schaden, den das Unternehmen in Form einer Busse erleidet, verantwortlich ist.

Primäre Verantwortung für die Organisation eines Unternehmens trägt der Verwaltungsrat, da dieser gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR für die Festlegung der Organisation verantwortlich ist. Hat der Verwaltungsrat die Geschäftsleitung delegiert, so beschränken sich seine Aufgaben bezüglich der Organisation allerdings auf die Festlegung der Grundzüge und nicht auf die detaillierte Ausgestaltung. Diese ist in einem derartigen Fall Sache der Geschäftsleitung. Liegt das Problem, das zur Bestrafung gemäss Art. 102 StGB führte, nicht in den Grundsätzen der Organisation, sondern in der richtigen Ausführung der Anordnungen des Verwaltungsrates, so kann sich für die Geschäftsleitung ein Haftungsrisiko ergeben. Zur Haftung der Geschäftsleitung kommt es beispielsweise bei einer Busse, die auf einen Bestechungsfall zurückzuführen ist, wenn der Verwaltungsrat einen Code of Conduct zur Verhinderung deliktischer Handlungen erlässt, die Geschäftsleitung aber entgegen den Anordnungen des Verwaltungsrates keine Schulungen durchführt oder die Einhaltung der erlassenen Regeln nicht kontrolliert. Umgekehrt wäre der Verwaltungsrat haftbar, wenn er darauf verzichtet hat, Weisungen zu erlassen.

4. Haftung des Verwaltungsrates im Steuer- und Sozialversicherungsbereich

- *Der Verwaltungsrat hat bezüglich Ertragssteuer, Verrechnungssteuer und Mehrwertsteuer keine persönliche Haftung für unbezahlte Steuerbeträge, er haftet jedoch bei einer Liquidation der Gesellschaft bis zur Höhe der Liquidationsausschüttung für diese Steuern, d.h. er muss sicherstellen, dass diese Steuern bezahlt werden, bevor Ausschüttungen vorgenommen werden.*
- *Der Verwaltungsrat haftet solidarisch neben der Gesellschaft für Straf- und Nachsteuern, wenn er im Namen der Gesellschaft steuerliche Vorschriften verletzt oder wenn er Dritte dazu anstiftet bzw. diesen Beihilfe leistet.*
- *Der Verwaltungsrat haftet, falls die Gesellschaft die AHV nicht bezahlt und er nicht nachweisen kann, dass er sich aktiv um die Zahlung der AHV bemüht hat.*

Personen, die in Verwaltungsräten tätig sind, stellen sich bei der Analyse ihrer Position häufig die Frage, welche persönlichen Pflichten sie in Bezug auf die Steuern der Gesellschaft haben. Bei dieser Frage überschneiden sich letztlich gesellschafts- und steuerrechtliche Fragen, da sich die Pflichten und Haftungsrisiken des Verwaltungsrates einerseits aus gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ergeben, andererseits aber auch aus steuerrechtlichen Bestimmungen:

4.1 Ertragssteuer

Der Verwaltungsrat hat keine steuerrechtliche Verantwortung für die Zahlung der Steuerschulden durch die Gesellschaft. Werden Steuern nicht bezahlt und gerät die Gesellschaft in Konkurs, ist der Staat aufgrund der Steuerforderungen ein normaler Drittklassgläubiger ohne Vorrechte. Der Staat kann aber wie jeder andere Gläubiger aufgrund von Art. 754 OR gegenüber dem Verwaltungsrat Haftungsansprüche stellen, falls im konkreten Fall derartige Ansprüche bestehen, weil der Verwaltungsrat die Gesellschaft vor dem Konkurs durch unsorgfältige Handlungen geschädigt hat. Tatsächlich gibt es einzelne Steuerverwaltungen, die bei hohen ungedeckten Steuern in Konkursfällen die Rechtslage systematisch analysieren und allein oder zusammen mit anderen Gläubigern Verwaltungsräte einklagen, um auf diese Weise einen Teil der Steuerforderung einzutreiben.

Die Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung haften aber gemäss Art. 177 Abs. 1 DBG und Art. 56 Abs. 3 StHG solidarisch mit der Gesellschaft zusammen für hinterzogene Steuerbeträge, wenn sie als Vertreter der Gesellschaft selbst den Steuerbehörden falsche Angaben gemacht haben oder wenn sie andere Personen, wie insbesondere Berater oder Angestellte der Gesellschaft, zu einem derartigen Verhalten angestiftet oder Beihilfe geleistet haben. Zusätzlich zur Solidarhaftung kann auch noch eine Busse verhängt werden, die zwischen CHF 10,000 und CHF 50,000 liegt.

Falls die Steuerpflicht einer juristischen Person aufgrund von Liquidation oder Sitzverlegung endet, so haften Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gemäss Art. 55 Abs. 1 DBG solidarisch für die geschuldeten Gewinnsteuern. Diese Haftung ist allerdings auf den Betrag des Liquidationsergebnisses bzw. im Falle der Sitzverlegung auf das Reinvermögen der Gesellschaft beschränkt. Mit dieser Haftung will der Gesetzgeber letztlich sicherstellen, dass die Organe der Gesellschaft den Liquidationsüberschuss nicht verteilen, bevor die gesamten Steuern bezahlt worden sind. Endet die Liquidation dagegen im Konkurs, da die Aktiven nicht ausreichen, um alle Passiven zu decken, trifft den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung keine Haftung, sofern nicht vorgängig Ausschüttungen an die Aktionäre vorgenommen wurden, die das Haftungssubstrat für die Steuerbehörden vermindert haben.

4.2 Verrechnungssteuer

Auch bei der Verrechnungssteuer hat der Verwaltungsrat keine direkte Haftung für die von der Gesellschaft geschuldeten Steuerbeträge. Er kann allerdings – genau wie bei den Gewinnsteuern – von der Steuerverwaltung aufgrund von Art. 754 OR zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn die Voraussetzungen einer Haftung gemäss Art. 754 OR gegeben sind.

Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a VStG haften die Liquidatoren bei der Liquidation aber für die Zahlung der Verrechnungssteuer bis zum Betrag des Liquidationsergebnisses. Mit dieser Haftung soll sichergestellt werden, dass keine Liquidationsausschüttungen erfolgen, ohne dass die Verrechnungssteuer abgeführt wird. Der Verwaltungsrat haftet gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b VStG bei der Sitzverlegung ins Ausland bis zum Reinvermögen der Gesellschaft. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung allerdings sehr weit ausgelegt und wendet sie heute auch an, wenn keine formelle Liquidation beschlossen wird, sondern der Verwaltungsrat auf andere Weise dem Aktionär oder einer dem Aktionär nahestehenden Person Aktiven zukommen lässt, indem er hohe verdeckte Ausschüttungen macht oder indem er Darlehen ohne Rückzahlungsaussicht zur Verfügung stellt; das Bundesgericht betrachtet diese Fälle als faktische Liquidation der Gesellschaft. Die Grenze zwischen einer "normalen" verdeckten Ausschüttung ohne Haftung des Verwaltungsrates und einer Ausschüttung, die als faktische Liquidation betrachtet wird und deshalb zur Haftung des Verwaltungsrates führt, ist dabei letztlich fliessend. In der Praxis versuchen die Steuerbehörden, die Liquidatorenhaftung des Verwaltungsrates immer dann geltend zu machen, wenn eine Gesellschaft in Konkurs geht und vorher eine Ausschüttung oder ein grösseres Darlehen an ihren Hauptaktionär gewährt hat.

4.3 Mehrwertsteuer

Auch im Bereich der Mehrwertsteuer hat der Verwaltungsrat keine direkte Haftung für die offenen Steuerbeträge. Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. c und d MWSTG haftet der Verwaltungsrat aber analog zu den Regelungen bei den Gewinnsteuern und der Verrechnungssteuer für die Mehrwertsteuer, wenn die Gesellschaft liquidiert wird oder die Gesellschaft ihren Sitz ins Ausland verlegt, wobei diese Mithaftung ebenfalls auf das Liquidationsergebnis bzw. im Falle der Sitzverlegung auf das Reinvermögen beschränkt ist.

4.4 AHV

Nach Art. 52 AHVG hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden verursacht, Schadenersatz zu leisten. Nach der Praxis des Bundesgerichts gilt bei der Aktiengesellschaften der Verwaltungsrat als Arbeitgeber und kann dementsprechend in Anspruch genommen werden. Das Bundesgericht hat dabei den Begriff der "Grobfahrlässigkeit" in massiver Weise ausgedehnt und sieht heute praktisch in jeder längerer Zahlungsverzögerung eine grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften. Nach der Praxis des Bundesgerichts kann der Verwaltungsrat seine Haftung auch nicht dadurch vermeiden, dass er die operative Geschäftstätigkeit an ein Geschäftsleitungsorgan delegiert und diesem eine generelle Weisung zur Zahlung der AHV-Beiträge gibt; es verlangt heute vielmehr, dass sich der Verwaltungsrat aktiv um die Zahlung kümmert d.h. diese entweder selbst einleitet oder die Weisung erteilt, eine bestimmte Zahlung vorzunehmen.

Die Analyse der Praxis zeigt, dass die Behörden und das Bundesgericht die Haftung des Verwaltungsrates für AHV-Beiträge nach den obigen Grundsätzen praktisch zu einer Kausalhaftung umgestaltet haben, so dass die Haftungsproblematik für AHV-Beiträge heute weit über die oben dargestellten Haftungsprobleme bei Steuern hinausgeht. Die Sozialversicherungsbehörden gehen bei Konkursen daher heute auch praktisch routinegemäss gegen die Verwaltungsratsmitglieder vor, wenn die Gesellschaft nicht alle vor dem Konkurs fällig gewordenen Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hat. Das Risiko einer Haftung für AHV-Beiträge wird aus rein praktischer Sicht aber immerhin dadurch entschärft, dass die Sozialversicherungsbeiträge in die zweite Konkursklasse fallen und dementsprechend gegenüber anderen Forderungen privilegiert sind. Da die Ausgleichskassen aufgrund dieser Privilegierung in Gesellschaftskonkursen weniger häufig zu Schaden kommen, ist auch das Risiko, als Verwaltungsratsmitglied zu haften, entsprechend geringer.

F. STRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNG DES VERWALTUNGSRATES FÜR EIGENES HANDELN SOWIE FÜR HANDELN VON MITARBEITERN

1. Strafrechtliche Verantwortung des Verwaltungsrates für eigenes Handeln

- *Soweit der Verwaltungsrat selbst strafrechtliche Handlungen begeht, wird er selbst bestraft; der Verwaltungsrat ist aufgrund seiner Tätigkeit einem erhöhten Risiko ausgesetzt, strafbare Handlungen zu begehen. Bei krassen Verletzungen der Sorgfalts- und Treuepflicht kann ihm ungetreue Geschäftsbesorgung vorgeworfen werden; im Zusammenhang mit einer finanziellen Krisensituation des Unternehmens können einzelne Handlungen, die zu einer Gläubigerbevorzugung oder einer Verminderung des Haftungssubstrats führen, als Konkursdelikte gewertet werden; falsche Aussagen über das Unternehmen gegenüber Dritten können den Tatbestand der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe erfüllen und inhaltlich unrichtige Bestätigungen und Protokolle können auch als Urkundenfälschung betrachtet werden. Der Verwaltungsrat muss sich bei seiner Tätigkeit diesen Gefahren bewusst sein und entsprechende Handlungen vermeiden.*
- *Die strafrechtliche Haftung führt normalerweise auch zu einer zivilrechtlichen Haftung gegenüber dem Unternehmen, falls dieses durch die betreffende Handlung geschädigt wird.*

Sofern ein Verwaltungsrat im Rahmen seiner Tätigkeit ein Delikt begeht, ist er persönlich dafür verantwortlich, was zu einer entsprechenden Bestrafung führt. Die Erfahrung zeigt, dass die Tätigkeit von Verwaltungsräten zu folgenden Delikten führen kann:

- ***Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 StGB)***
  Wenn ein Verwaltungsratsmitglied seine Pflichten zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht der Geschäftsführung in massiver Weise verletzt, kann dies zur Bestrafung gemäss Art. 158 StGB führen; die strafrechtliche Verantwortung greift aber nicht in jedem Fall der Unsorgfalt – die Praxis zeigt, dass letztlich nur ganz krasse Fälle der Pflichtverletzung zur Bestrafung führen. Der Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist dementsprechend wesentlich enger als der Bereich der zivilrechtlichen Haftung.

- ***Konkursdelikte (Art. 163 StGB)***
  Die Konkursdelikte, die in Art. 163 ff. StGB aufgeführt werden (Gläubigerbevorzugung, Misswirtschaft, Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung, betrügerischer Konkurs etc.) können auch von einem Verwaltungsrat begangen werden, der sich in einer Konkurssituation bzw. vor der Konkursanmeldung falsch verhält. Es ist deshalb wichtig, dass sich der Verwaltungsrat in einer finanziellen Krise an die rechtlichen Rahmenbedingungen hält und weder einzelne Gläubiger bevorzugt noch den Konkurs verschleppt oder Handlungen vornimmt, die zu einer Verminderung des Haftungssubstrats führen.

– ***Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe***
Gemäss Art. 152 StGB kann ein Verwaltungsrat, der in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Berichten bzw. in Vorlagen an die Gesellschafter oder Gläubiger unwahre oder unvollständige Angaben von erheblicher Bedeutung macht, bestraft werden, wenn diese unwahren Angaben einen Dritten zu einer schädigenden Vermögensverfügung veranlassen. Diese Bestimmung gilt für kotierte wie auch für nicht kotierte Gesellschaften und muss den Verwaltungsrat davon abhalten, unwahre Angaben zu machen.

Diese Bestimmung ist besonders dann für einen Verwaltungsrat kritisch, wenn sich das Unternehmen in einer schwierigen finanziellen Situation befindet, der Verwaltungsrat aber versucht, gegenüber Gläubigern und Aktionären die Situation zu verschleiern, um eine Vertrauenskrise zu verhindern.

– ***Börsendelikte (Art. 40 , 40a und 41 BEHG)***
Bei kotierten Gesellschaften setzt sich der Verwaltungsrat dem Risiko von Börsendelikten, wie insbesondere Insiderhandel, Manipulation und Meldepflichtverletzungen, aus. Die Vermeidung dieser Tatbestände, die zum Teil sehr technisch sind, setzt entsprechendes Wissen voraus, weshalb sich Verwaltungsratsmitglieder, die nicht selber über das entsprechende juristische Wissen verfügen, beraten lassen müssen[132].

– ***Urkundenfälschung***
Die Frage der Urkundenfälschung kann sich vor allem im Zusammenhang mit Protokollen und Bescheinigungen stellen, die ein Verwaltungsrat unterschreibt; inhaltliche Falschangaben und Rückdatierungen müssen daher vermieden werden.

– ***Steuerbetrug/Steuerhinterziehung***
Wie vorne dargestellt, kann die Mitwirkung des Verwaltungsrates an einer Steuerhinterziehung zur Bestrafung für Steuerhinterziehung und bei Verwendung gefälschter Urkunden zur Verurteilung für Steuerbetrug führen, was jeweils auch die Haftung für den hinterzogenen Steuerbetrag mit sich bringt.

Der Verwaltungsrat sollte sich bei seiner Tätigkeit bewusst sein, dass er sich tatsächlich verschiedenen strafrechtlichen Risiken aussetzt. Letztlich setzen strafrechtliche Sanktionen immer bei besonders krassen Pflichtverletzungen ein. Dementsprechend kann das Risiko der strafrechtlichen Verantwortung genau wie das Risiko der zivilrechtlichen Haftung durch konsequente Erfüllung der entsprechenden Pflichten vermieden werden.

Häufig wird die strafrechtliche Verfolgung im Konkursfall von Drittpersonen als Druckmittel eingesetzt, um zivilrechtlichen Ansprüchen Nachachtung zu verschaffen. Gerade in diesen Situationen ist es wichtig, dass der Verwaltungsrat über ausreichende schriftliche Unterlagen verfügt, um nachzuweisen, dass er sorgfältig gehandelt hat, so dass das Straf-

---

[132] Dazu im Einzelnen Walder Wyss-Broschüre "Rechtsstellung und Pflichten kotierter Gesellschaften".

verfahren noch im Ermittlungsstadium eingestellt und der betroffene Verwaltungsrat nicht längere Zeit belastet wird.

G. DIENSTLEISTUNGEN VON WALDER WYSS

Walder Wyss bietet umfassende gesellschaftsrechtliche Beratung an:

- Überprüfung von Organisationsstrukturen unter Corporate Governance-Gesichtspunkten; Abgleich mit dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

- Erarbeitung und Überarbeitung von Statuten und Organisationsreglementen sowie von Spezialreglementen für die einzelnen Ausschüsse: Audit Committee, Compensation Committee und Nomination Committee

- Beratung des Verwaltungsrates betreffend zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken und Strategien zur Reduktion des Haftungsrisikos

- Durchführung von Compliance Audits zur Feststellung von Schwachstellen, Entwicklung von Massnahmen zur Sicherstellung der Compliance aufgrund unserer Musterdokumente (Code of Conduct, Compliance Guidelines, Weisungen etc.)

- Einrichtung und Betrieb einer Compliance/Whistleblower Hotline

- Beratung des Verwaltungsrates in Krisensituationen bezüglich notwendiger Massnahmen; interne Untersuchung bei Compliance-Problemen, Sanierungsmassnahmen bei finanziellen Problemen

- Beratung betreffend Verantwortlichkeitsklagen und Problemen im Zusammenhang mit dem Unternehmenstrafrecht, Vertretung der Prozessparteien in derartigen Verfahren