

# VERWALTUNGSRATS-WORKSHOP

(Referat gehalten im Jahre 2003; es galt das gesprochene Wort)

Von Patrik A. Häberlin, Rechtsanwalt, Häberlin & Partners, Frauenfeld

## 1. Die Aktiengesellschaft

### - Aktionär und Generalversammlung

Aktionäre sind die Eigentümer der Aktiengesellschaft. Aktionäre können natürliche (auch handlungsunfähige) und juristische Personen, aber ebenso die nicht rechtsfähigen Handelsgesellschaften (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft) sein (BSK OR II-Baudenbacher, Art. 620 N. 6). Üblicherweise ist der Aktionär Träger eines spezifischen Interesses, weshalb teilweise von Aktionärskategorien gesprochen wird. Beispielhaft genannt werden können der Unternehmens-, Publikums-, Anlage-, Spekulations-, Gross- und Klein-, Mehrheits- oder Minderheits-, sowie Gründeraktionär.

Oberstes Organ der Aktiengesellschaft (AG) ist die Generalversammlung (GV) der Aktionäre. Darin bringen die Aktionäre ihren Willen zum Ausdruck (es erfolgt die interne Gesetzgebung über die Gesellschaft, erfolgen Wahlen, wird Aufsicht ausgeübt und in einem eng begrenzten Raum verwaltet (Legislative); (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 22 S. 191 f.).

### - Der Verwaltungsrat

Dem Verwaltungsrat (VR) als zweitem Organ obliegt gemäss Art. 716 Abs. 2 OR die Geschäftsführung der Gesellschaft (Exekutive). Von Gesetzes wegen ist grundsätzlich nur ein VR-Mitglied vorgeschrieben. Ein Gremium von 5 bis 7 Verwaltungsräten hat sich in der Praxis jedoch als effizient erwiesen (Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 1999, 2. A., S. 29).

### - Die Revisionsstelle

Die Revisionsstelle prüft als drittes Organ der Gesellschaft die finanziellen Verhältnisse, ob die Buchführung die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen (Art. 728 OR).

#### - **Die GL und die Mitarbeiter**

Auf Ermächtigung der GV (Organisationsreglement) kann sich der VR vom Alltagsgeschäft entlasten und sich auf seine Aufsichtsfunktion besser konzentrieren, wenn er eine Geschäftsleitung (GL) einsetzt, welche dann die Geschäftsführung wahrzunehmen hat.

Die Mitarbeiter schliesslich bilden üblicherweise das Rückgrat der Gesellschaft, denn die wenigsten Gesellschaften kommen ohne Mitarbeiter aus.

## **2. Die Rechte und Pflichten der Aktionäre**

### **a) Die Pflichten**

Es gibt nur eine Pflicht eines Aktionärs gegenüber der AG: Erfüllung der Beitragspflicht durch Liberierung der Aktie. Weitere Leistungspflicht besteht nicht (Art. 680 OR). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass dem Aktionär auch nicht auf statutarischer Grundlage über die Pflicht zur Liberierung hinausgehende weitere Pflichten auferlegt werden können (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 42 S. 537 N. 8). Deshalb kann unter Umständen die Vereinbarung eines sog. Aktionärsbindungsvertrages notwendig und sinnvoll werden (dazu nachfolgend).

### **b) Die Rechte**

Betrachtet man Inhalt und Funktion der Aktionärsrechte, so drängt sich eine Aufteilung in die folgenden Rechte auf, in:

- vermögensmässige Rechte;
- Rechte, welche nicht vermögensmässiger Natur sind, diese wiederum in
  - o Mitwirkungsrechte;

- Schutzrechte;
- eine Dritte Kategorie sind diejenigen Rechte, welche die Beibehaltung der Mitgliedschaftsquote gewährleisten sollen.

## ÜBERSICHT ÜBER DIE AKTIONÄRSRECHTE

Vermögensmässige Rechte	Nicht vermögensmässige Rechte		Rechte auf Beibehaltung der Beteiligungsquote
	Mitwirkungsrechte	Schutzrechte	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dividendenrecht (OR 660 I)</li> <li>- R. auf Liquidationserlös (OR 660 I)</li> <li>- Evtl. R. auf Bauzinsen (OR 676)</li> <li>- Evtl. R. auf Benutzung der Anlagen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Stimmrecht (OR 692)</li> <li>Damit verbundene Rechte:</li> <li>- R. zur Teilnahme an GV (OR 689, 689a)</li> <li>- R. auf Einladung und Bekanntgabe der Traktanden (OR 700)</li> <li>- Meinungsäusserungs- und Antragsrecht</li> <li>- Vertretungs-R. (OR 689 II, 689b-690)</li> <li>- R. auf Einsprache gegen unbefugte Teilnahme (OR 691)</li> <li>- R. auf Einsicht in das GV-Protokoll (OR 702 III)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. auf Bekanntgabe des Geschäftsberichts (OR 622, 696 I)</li> <li>- R. auf Sonderprüfung (OR 697a ff.)</li> <li>- R. auf Präsenz eines Revisors (OR 729c III)</li> <li>- R. auf Bekanntgabe der Organisation (OR 716b II)</li> <li>- R. zur Verantwortlichkeitsklage (OR 752 ff.)</li> <li>- R. auf Rückerstattung von Leistungen (OR 678)</li> <li>- R. auf Vertretung im VR (OR 709)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bezugsrecht (OR 652b, 656g)</li> <li>- Vorwegzeichnungsrecht (OR 653c)</li> </ul>

*Quelle: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 40 S. 486 N. 13*

### c) **Der Aktionärbindungsvertrag (ABV)**

#### - **Begriff und Ziele**

Bei einem ABV handelt es sich um einen Vertrag zwischen einem Aktionär und (einem) anderen Aktionär(en) oder mit Dritten, worin sie Absprachen hinsichtlich der Ausübung von Mitgliedschafts- bzw. Aktionärsrechten treffen können. Aktionärbindungsverträge wirken nur inter partes, unter den beteiligten Aktionären. Die Gesellschaft selbst ist nicht Partei (auch wenn sie von den Auswirkungen des Vertrages sehr stark betroffen sein kann). Aktienrechtliche Wirkung kommt diesen Verträgen nicht zu. Sie sind *das* Mittel, um die fehlende Personenbezogenheit der AG bei vielen kleinen und mittleren Gesellschaften, bei denen es auf die Persönlichkeit der Beteiligten ankommt, zu kompensieren (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 2 S. 20 f. N. 45 ff). Aktionärbindungsverträge können ein- oder zweiseitige Schuldverträge sein, aber sehr häufig Gesellschaftsverträge, insbesondere einfache Gesellschaften.

#### - **Inhalt von ABV's**

Darin können zusätzliche Leistungspflichten normiert werden, z.B. Nachschusspflichten, Dividendenabsprachen, Arbeitsleistungen, Unterlassungen, Übernahmrechte und vieles mehr. Praktisch stehen Abstimmungsvereinbarungen im Vordergrund (BSK OR II-Baudenbacher, Art. 620 N. 36). *Typischer* Inhalt sind etwa Stimmbindungen und Erwerbsberechtigungen, Vertretungsrechte im VR aber auch Treuepflichten und Konkurrenzverbote, Rechte und Pflichten zu Arbeitsleistungen bzw. zur Geschäftsführung, Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen und -rechte, Nachschuss- und Zuzahlungspflichten sowie die Pflicht, für Verbindlichkeiten der Gesellschaft eine persönliche Haftung zu übernehmen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 39 S. 447 N. 146).

#### - **Beispiel eines ABV's**

Vorab ist zu erwähnen, dass es allein angesichts des individuellen Zweckes des Aktionärbindungsvertrages nicht *den* Aktionärbindungsvertrag gibt, der für alle Verhältnisse geeignet ist. Vielmehr beeinflussen zahlreiche Faktoren den Inhalt eines Aktionärbindungsvertrages. Aktionärbindungsverträge können in der Praxis

sehr umfangreich ausfallen, bis das gesamte Vertragswerk den entsprechenden Bedürfnissen angepasst wird.

### 3. Der Verwaltungsrat

#### a) Rechte und Pflichten

##### - Die Rechte

Der VR ist bekanntlich als gesetzliches Organ der Gesellschaft mit deren Leitung beauftragt. Um diese Hauptaufgabe und weitere wichtige Aufgaben den gesetzlichen Erfordernissen entsprechend erfüllen zu können, sind dem VR verschiedene Rechte zugestanden worden. Diese sind mannigfaltiger Natur und werden nachfolgend wie folgt unterteilt (die angeführten Punkte repräsentieren nur die wichtigsten Rechte des VR; vgl. zum Ganzen: Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 85; zu erwähnen ist z.B. auch noch das Recht auf Entlastung [Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 28 S. 311 N. 135]).

##### a) *Einsichts- und Auskunftsrecht*

*In den Sitzungen* sind alle Mitglieder des VR sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet, sei es nun auf Anfrage seitens eines anderen VR, sei es aber auch auf Grund der sich bei einem VR selbst aufdrängenden Notwendigkeit, eine bestimmte Angelegenheit dem Gremium mitzuteilen (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 93).

Da es sich bei der Aufgabenerfüllung durch den Verwaltung um eine dauernde Pflicht handelt, muss auch *ausserhalb der Sitzungen* dem Informationsbedürfnis ausreichend Rechnung getragen werden. Nach Art. 715a Abs. 3 OR sind die Verwaltungsräte berechtigt, von den mit der Geschäftsführung betrauten Personen Auskunft über den Geschäftsgang einzuholen. Mit Ermächtigung des Präsidenten des VR können auch Informationen über einzelne Geschäfte verlangt werden (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 93 f.).

Sehr restriktiv geregelt ist das Einsichtsrecht der Verwaltungsräte in die Unterlagen des Rechnungswesens und weiterer Akten (Art. 715a Abs. 4 OR).

Diese Einschränkungen können selbstverständlich durch Regelungen oder Beschlüsse des VR ausdrücklich erweitert werden. Mit einem Beschluss des VR oder einem *Organisationsreglement* kann demnach festgelegt werden, dass alle VR-Mitglieder oder bestimmte Funktionsträger, z.B. der VR-delegierte, auch ausserhalb von Sitzungen ein umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht erhalten (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 95 f.).

**b) *Recht auf Sitzungseinberufung***

Es besteht *keine gesetzliche Regelung*, wann VR-Sitzungen einberufen werden müssen und welche Fristen dabei zu wahren sind. Lediglich Art. 715 OR schreibt vor, dass jedes Mitglied des VR unter Angabe der Gründe die unverzügliche Einberufung einer Sitzung vom Präsidenten verlangen kann. In einer *finanziell gesunden Gesellschaft* sind je nach Umfang und Risiko der Geschäftstätigkeit im Minimum *drei bis vier Sitzungen pro Jahr* notwendig, um eine ordnungsgemässe Geschäftsführung zu gewährleisten. Insbesondere *in Krisensituationen* (angespannte Liquidität, drohende Überschuldung, Produkthaftungen etc.) ist die *Sitzungshäufigkeit zu steigern*, um rasch und effizient reagieren zu können (zum Ganzen: Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 96 ff.).

**c) *Weisungsrecht***

Zwischen der Pflicht zur Oberleitung der Gesellschaft und dem Recht zur Erteilung von Weisungen besteht ein enger Zusammenhang. Das Weisungsrecht resultiert einerseits aus der *Organstellung des VR* und andererseits aus seiner Stellung als Vertreter der Gesellschaft im arbeitsvertraglichen Verhältnis zu Mitarbeitern. Das Weisungsrecht erstreckt sich nicht nur *vertikal*, sondern auch *horizontal*. Es gilt demnach sowohl nach unten gegenüber den Mitarbeitern als auch innerhalb des VR. Letzteres ergibt sich aus einem VR-Beschluss, mit dem ein einzelner VR oder einzelne VR verpflichtet werden. Ganz besonders wichtig ist das Weisungsrecht des VR bei erfolgter *Delegation der Geschäftsführung*. Das Verhältnis von Gesellschaft, vertreten durch den VR, und GL ist nämlich als Arbeitsvertrag zu qualifizieren. Gestützt auf Art. 321d OR ist der VR befugt, nicht nur der GL, sondern allen Arbeitnehmern der Gesellschaft Konkretisierungsweisungen und auch Verhaltensweisungen zu erteilen.

*Konkretisierungsweisungen* umfassen *Zielweisungen* und *Fachanweisungen*. Die zu verrichtende Arbeit wird durch sie genauer bestimmt. Der VR wird sich darauf beschränken, Konkretisierungsweisungen für die oberste Führungsstufe zu erlassen. Diese kann dann ihrerseits die notwendigen Konkretisierungsweisungen für die unteren Führungsstufen und Arbeitnehmer zu erlassen. *Verhaltensweisungen* regeln das Verhalten aller Arbeitnehmer im gesamten Betrieb oder in bestimmten Räumen. Im *Arbeitsvertragsrecht* gilt der *Grundsatz*, dass jede Weisung einer höheren Instanz derjenigen einer unteren vorgeht. Der VR kann daher grundsätzlich auch über die GL hinweg direkt Weisungen an Arbeitnehmer unterer Stufen erteilen. Diese direkten Weisungen gehen dann allfällig widersprechenden Weisungen der GL vor (zum Ganzen wiederum: Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 101 f.).

Aus der sog. Höchstpersönlichkeit des VR-Mandates leitet sich schliesslich umgekehrt die Unzulässigkeit der Weisungsgebundenheit eines VR ab (Urs Bertschinger, *Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, Zürich 1999, S. 90 N. 167).

#### **d)            *Recht auf Entschädigung***

Die Mitglieder des VR haben nach unbestrittener Lehre und Praxis ein Recht auf angemessene Vergütung ihrer Tätigkeit, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsieht. Dabei sind zwei Formen zu unterscheiden:

- *das feste - allenfalls erfolgsabhängige - Honorar*
- *die Gewinnbeteiligung, Tantieme*

Hinsichtlich des Honorars gibt es sehr viele Variationsmöglichkeiten der Bestimmung und der Höhe des Honorars. Enthalten die Statuten keine Kompetenzordnung, so entscheidet der VR selbst über die Entschädigung seiner Mitglieder. Bei der Tantieme handelt es sich um eine Entschädigung, die ausschliesslich aus dem Bilanzgewinn ausgeschüttet werden darf. Als Grundregel soll gelten, dass die Tantiemen nicht ungerechtfertigt sein dürfen und die Entschädigungen in einem gesunden Verhältnis zur Leistung des VR sowie zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen müssen, ansonsten sind sie allenfalls zurückzuerstatten (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 28 S. 310 N. 121 ff.).

**e) *Stimmrecht***

An den VR-Sitzungen hat jeder VR grundsätzlich nur eine einzige Stimme, unabhängig von seinem Aktienbesitz. Eine Ausnahme bildet der Stichentscheid des Vorsitzenden gemäss Art. 713 Abs. 1 OR, sofern die Statuten nichts Gegenteiliges bestimmen. Unzulässig ist die briefliche Stimmabgabe an den Präsidenten. Wenn schon auf schriftlichem Weg beschlossen werden soll, dann ordnungsgemäss in der Form des gesetzlich vorgesehenen Zirkulationsbeschlusses.

Die Beschlussfassung des VR geschieht nach Art. 713 Abs. 1 OR mit dem relativen Mehr, d.h. der Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen. Zeigt das Ergebnis Stimmgleichheit, so gilt nach veränderbarer Regel von Art. 713 Abs. 2 Satz 2 OR der Grundsatz, dass dem Vorsitzenden der Stichentscheid zukommt. Hat der VR mit statutarischer Ermächtigung die Geschäftsführung ganz oder zum Teil an Dritte übertragen, so hat er damit auch klar die Kompetenz zur Beschlussfassung delegiert; es verbleibt ihm nur noch die Pflicht zu Oberaufsicht und Kontrolle der Aufgabenerledigung durch die GL. Dies gilt auch für den Delegierten des VR (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 109 ff.).

**f) *Recht auf Anrufung des Richters***

Nach Art. 53 ZGB sind juristische Personen wie die Aktiengesellschaft aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht natürliche Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben. Die Gesellschaft kann somit klagen und verklagt werden. Da die Gesellschaft durch ihre Organe handelt, kommt das Klagerecht insbesondere dem VR und, sofern delegiert, im delegierten Bereich auch der GL zu (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 113 f.).

**g) *Recht auf Mandatsniederlegung***

Da sich das Mandatsverhältnis zur Hauptsache nach auftragsrechtlichen Regeln richtet, gelangt auch Art. 404 Abs. 1 OR zur Anwendung, wonach der Auftrag jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann. Erfolgt die Kündigung oder der Widerruf aber *zur Unzeit*, kann dies Schadenersatzfolgen zeitigen. Steht der VR zusätzlich in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft, hat er diesbezüglich selbst-

verständlich die vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfristen zu beachten.

- **Die Pflichten (ohne unübertragbare Pflichten)**

Der VR als Oberleitungsorgan hat eine Reihe von Aufgaben und Pflichten zu beachten. In diesem Bereich trägt er die *Verantwortung*. Um seine Verantwortung zu beschränken, besteht die Möglichkeit der *Delegation* von Entscheiden wie etwa der Rückdelegation bestimmter Entscheide an die GV. Dies ist jedoch selten und ohnehin nur bei denjenigen Pflichten möglich, welche nicht als unübertragbar und unentziehbar zu bezeichnen sind. Bei den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 OR kann zwar eine Delegation erfolgen. Der VR muss aber auch hier die Tätigkeit prüfen und die entsprechenden Beschlüsse fassen. Er kann die Verantwortung für allfällige Fehler nicht ablehnen, sondern ist grundsätzlich vollumfänglich dafür verantwortlich.

Alle Aufgaben, welche Art. 716a Abs. 1 OR nicht enthält, sind grundsätzlich einer Delegation zugänglich. Bedingt durch den Umstand, dass die Aufgaben des VR von äusserst vielfältiger Natur sind, bleibt trotz der offenen Formulierung des Art. 716a Abs. 1 OR ein weiter Spielraum für die Delegation zur Verfügung (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 121 f.).

## b) Arbeitsteilung bei Verwaltung und Geschäftsführung

### - Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben

Art. 716a OR bestimmt jenen Teil der Aufgaben und Pflichten des VR, den weder die GV statutarisch „nach oben“ an sich selber noch der VR „nach unten“ an die GL übertragen kann (BSK OR II-Watter, Art. 716a N. 1).

*Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des VR gehören die nachfolgenden (Art. 716a Abs. 1 OR):*

- a) die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziff. 1);
- b) die Festlegung der Organisation (Ziff. 2);
- c) die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist (Ziff. 3);
- d) die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen (Ziff. 4);
- e) die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Ziff. 5);
- f) die Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die Vorbereitung der GV und die Ausführung ihrer Beschlüsse (Ziff. 6);
- g) die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung (Ziff. 7).

---

#### Zu a) Die Oberleitung (Ziff. 1)

Oberleitung bedeutet erstens Entwicklung der *strategischen Ziele* der Gesellschaft, zweitens Festlegung der für die Zielerreichung notwendigen *Mittel* und drittens *Kontrolle* der Ausführungsorgane hinsichtlich der Zielverfolgung (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 122). Das

Gesetz erklärt nur die Oberleitung, nicht die Leitung schlechthin, als unübertragbar (BSK OR II-Watter, Art. 716a N. 4);

**Zu b) Die Festlegung der Organisation (Ziff. 2)**

Hierbei geht es vor allem um die *Zuteilung von Kompetenzen und Verantwortung*. Insbesondere zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten und Unklarheiten hinsichtlich der persönlichen Aufgabenbereiche ist es erforderlich, stellenbezogene Pflichtenhefte zu erarbeiten und Über- bzw. Unterordnungen festzulegen. Damit werden in aufbauorientierter Sicht die Grundlagen für eine effiziente Leistungserbringung bereitgestellt. Daneben sind aber auch in ablaufsorientierter Sicht Vorgaben aufzustellen, um sowohl die Produktions- als auch die Handlungs- und Entscheidungsprozesse optimal auszugestalten (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 123 f.). Eine der Organisationsfragen ist, ob die Gesellschaft sich in Tochtergesellschaften gliedern (Konzern) oder als Stammhaus mit Filialen gliedern soll. Eine andere Frage ist, wie gross die GL und der VR werden soll (BSK OR II-Watter, Art. 716a N. 4);

**Zu c) Die Finanzverantwortung (Ziff. 3)**

Mit der Oberleitungsaufgabe ist die Verantwortung für das *finanzielle Gleichgewicht* des Unternehmens eng verknüpft (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 125). Mit Fug und Recht kann heute davon ausgegangen werden, dass es eine Pflicht des VR ist, das Rechnungswesen so zu organisieren, dass zumindest vierteljährlich, wenn nicht monatlich innert vernünftiger Frist nach Periodenschluss zumindest Umsatzzahlen, vorzugsweise aber der Gewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (*EBITDA*), noch besser der *EBIT* oder gar Gewinnzahlen produziert werden, dies nebst anderen, teilweise branchenspezifischen Kennzahlen, wie etwa die Umsatzrentabilität (*ROS*), das Betriebsergebnis in % des betrieblich eingesetzten Kapitals (*ROA*) oder die Summe der Debitorenausstände und deren durchschnittliches Alter. Auch wird der VR typischerweise im Rahmen seiner Führungsverantwortung als Teil des Budgetprozesses

*Zielgrössen* für diese Zahlen definieren und dann einschreiten, wenn Abweichungen erkennen lassen, dass das Budget nicht erreicht werden kann. Schliesslich ist auch die Finanzkontrolle sicherzustellen. Zwar vom Gesetzgeber nicht als unentziehbar und unübertragbar bezeichnet, aber dennoch zumindest vom Verwaltungsrat nicht vernachlässigbar ist die *Finanzplanung*, welche weiter geht als die Budgetierung und vor allem das Vorhandensein genügender Liquidität sicherstellt (zum Ganzen: BSK OR II-Watter Art. 716a OR N. 11-14);

**Zu d) Die Bestimmung der GL und der Zeichnungsberechtigten (Ziff. 4)**

Hierbei geht es um Personalentscheide. Mit der Geschäftsführung ist das interne Leiten der Gesellschaft und mit der Vertretung das Handeln der Gesellschaft gegenüber Dritten gemeint (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 79 f.). Unübertragbar ist die Wahl der dem VR direkt unterstellten Mitglieder der GL. Die Besetzung der unteren Stellen kann an die GL übertragen werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann aber die *Bestimmung des Zeichnungsrechts* nicht delegiert werden.

**Zu e) Die Oberaufsicht über die Geschäftsführung (Ziff. 5)**

Wo die Geschäftsführung übertragen ist, muss der VR diese überwachen bzw. seiner *cura in custodiendo* (lat. für Sorgfalt bei der Überwachung) nachkommen. Die Überwachungspflicht erstreckt sich nicht nur auf die Einhaltung von Gesetzen, Statuten etc., sondern auch auf *betriebswirtschaftliche Aspekte*, indem die Zweckmässigkeit und Zielkonformität von Entscheiden und Abläufen zu überprüfen sind. Es geht nicht darum, dass der VR Einzelhandlungen überprüft. Er hat vielmehr durch ein *System von Berichterstattung*, ergänzt allenfalls durch ein *internes Kontrollsystem* (beispielsweise durch zeitnahe Finanzkennzahlen) sicherzustellen, dass er über die Tätigkeit der GL informiert bleibt, um gegebenenfalls und vor allem rechtzeitig einschreiten zu können. Ziel sollte es indessen sein, eine

Art *Frühwarnsystem* zu entwickeln (BSK OR II-Watter Art. 716a OR N. 19 ff.).

**Zu f) Geschäftsbericht und Vorbereitung der GV (Ziff. 6)**

Im Rahmen der Vorbereitung der ordentlichen GV hat der VR *namentlich* den Geschäftsbericht (Art. 662 OR) zu erstellen bzw. dessen Erstellung sicherzustellen. Des Weiteren hat er einen Dividendenbeschluss zu fassen, die Einladungen für die GV samt Traktandenliste vorzubereiten, die Eintrittskontrolle an der GV, die Protokollführung und Stimmzählung sicherzustellen (BSK OR II-Watter Art. 716a OR N. 22 ff.).

**Zu g) Die Benachrichtigung des Richters nach Art. 725 (Ziff. 7)**

Der entsprechende Beschluss obliegt dem Gesamt-VR, der damit für die Beachtung der Vorschriften von Art. 725 OR haftet.

**- Delegation an Hilfspersonen**

Hierbei existieren die beiden Möglichkeiten der Delegation an unternehmensinterne Hilfspersonen oder der Beizug von unternehmensexternen Hilfspersonen. Wer als VR an seine fachlichen Grenzen stösst, ist gehalten, einen Sachverständigen beizuziehen. Ist dieser im Unternehmen nicht verfügbar, drängt sich der Beizug eines unternehmensexternen Spezialisten auf (Urs Bertschinger, a.a.O., S. 112).

**- Arbeitsteilung im VR**

**a) Präsident des VR**

Die Wahl eines VR-Präsidenten ist in Art. 712 Abs. 1 OR zwingend vorgeschrieben. Gesetzlich sind dem VR-Präsidenten *folgende Aufgaben* zugewiesen:

- a) Der *Stichentscheid* in Pattsituationen im VR, sofern die Stauten nichts anderes vorsehen (Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR);

- b) Die Mitunterzeichnung des VR-Protokolls (Art. 713 Abs. 3 OR)
- c) Die Einberufung von Sitzungen des VR auf Antrag eines Mitgliedes (Art. 715 OR)
- d) Die Bewilligung von Gesuchen betreffend Auskunft und Einsichtnahme in Bücher und Akten (Art. 715a Abs. 4 OR);
- e) Die Mitwirkung bei den Handelsregisteranmeldungen, sofern diese Aufgabe nicht an den Stellvertreter des Präsidenten delegiert worden ist (Art. 22 Abs. 2 HRV).

Weitere Aufgaben können dem VR-Präsidenten auf Grund einer Statutenbestimmung oder eines Reglements übertragen werden oder ergeben sich aus seiner natürlichen Führungsposition im VR (BSK OR II-Wernli, Art. 712 N. 8).

#### **b) Delegierter des VR**

*Terminologisch* handelt es sich um einen Delegierten VR, wenn die Geschäftsführung einem Mitglied des VR übertragen wird.

*Formelle Voraussetzung* dafür ist eine statutarische Grundlage und ein Organisationsreglement (Art. 716b Abs. 1 OR).

*Materielle Wirkung:* Der VR-Delegierte ist als Geschäftsführer Organ der Gesellschaft. Er ist damit „ein anderes Organ“ im Sinne von Art. 754 Abs. 2 OR. Die delegierenden VR-Mitglieder können sich infolge Übertragung der Geschäftsführung an einen Delegierten auf Art. 754 Abs. 2 berufen und sich so vor einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortung besser schützen.

(Zum Ganzen: Urs Bertschinger, a.a.O., S. 118 ff.).

#### **c) VR-Ausschüsse**

Gemäss Art. 716a Abs. 2 OR kann die Vorbereitung und die Ausführung von

Beschlüssen des VR oder die Überwachung von Geschäften einem Ausschuss übertragen werden. Es ist für eine angemessene Berichterstattung an die übrigen Mitglieder des VR zu sorgen. Wo eine Aufgabe besondere Aufmerksamkeit verlangt, kann die Bildung eines Ausschusses Voraussetzung sorgfältigen Handelns des Gesamt-VR sein. Insbesondere lassen sich die folgenden Ausschüsse unterscheiden:

- das *Nomination Committee*, welches sich mit der Personalselektion für den VR und die GL befasst;
- das *Compensation Committee*, das sich mit der Gehaltspolitik der hohen Kaderleute beschäftigt und
- das *Audit Committee*, welches die Revisionsstelle zur Wahl vorschlägt und mit der RS zwecks besserer Unternehmenskontrolle intensiv zusammenarbeitet.

*Formelle Voraussetzung:* keine.

*Materielle Wirkung:* Im Bereich der unübertragbaren Aufgaben des VR erfolgt für Nichtausschussmitglieder nach mehrheitlicher Auffassung keine Reduktion der Haftung auf sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung.

#### - **Delegation an die GV**

Insbesondere in kleinen, personenbezogenen Aktiengesellschaften kann es einem praktischen Bedürfnis entsprechen, gewisse Geschäftsführungsentscheide durch die GV der Aktionäre fällen zu lassen (Urs Bertschinger, a.a.O., S. 130). Eine Rückdelegation kann sich im Falle substanzieller Entscheide, wie etwa bei risikoreichen Investitionen oder umfangreichen Immobiliengeschäften aufdrängen. Dadurch wird eine stärkere Überwachung des Unternehmensgeschehens durch die Aktionäre ermöglicht. Zu beachten ist nun aber, dass Beschränkungen der Kompetenz des VR nur möglich sind, sofern sie nicht in die gesetzlich umschriebenen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des VR eingreifen (Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 119).

#### - **Arbeitsteilung im Konzern**

Dritte im Sinne von Art. 716b Abs. 1 OR können natürliche und juristische Personen sein. Die Delegation von Geschäftsführungsaufgaben an Konzerngesellschaften ist deshalb zweifelsohne gesetzeskonform (Urs Bertschinger, a.a.O., S. 180 ff.).

**c) Das Organisationsreglement (OR 716a Ziff. 2)**

Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR ist der Verwaltungsrat zur Festlegung der Organisation verpflichtet. In einem Organisationsreglement sind sowohl die Regelungen hinsichtlich einer allfälligen Delegation der Geschäftsführung als auch jene in Bezug auf die Vertretungsbefugnisse festzulegen. Je nach den konkreten Verhältnissen der inneren Organisation sind im Organisationsreglement die Konstituierung, Beschlussfassung sowie die Aufgaben und Befugnisse von VR, Delegierter VR, Ausschüssen und dem Direktorium festzulegen. Vor allem geht es darum, die in aller Regel in den Statuten (zwecks Förderung der „Stabilität“ derselben) eher rudimentären Aussagen zu konkretisieren, operationalisieren und auf die jeweiligen Bedürfnisse der Gesellschaft auszurichten. Zur Übertragung der Geschäftsführung an einzelne VR-Mitglieder oder Dritte ist jedoch zwingend eine entsprechende statutarische Ermächtigung notwendig (Art. 716b Abs. 1 OR; Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 76 ff.).

**4. Verantwortlichkeit**

**a) Zivilrechtliche**

**- Voraussetzungen (gestützt auf Art. 754 OR)**

<i>i) Legitimation</i>	Anspruchsberechtigung in der Sache
<i>(1) Aktivlegitimation</i>	Gesellschaft, Aktionäre und Aktionärsgläubiger
<i>(2) Passivlegitimation</i>	Formelle und materielle Organe
<i>ii) Schaden</i>	Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem hypothetischen Stand, den sein Vermögen ohne die Pflichtverletzung hätte
<i>(1) Mittelbare Schädigung</i>	Schaden der Gesellschaft; mittelbar ist der Schaden nur dann, wenn der Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger nur deshalb einen Schaden erleidet, weil die Gesellschaft zu Schaden kommt; wenn der Schaden im Vermögen der

	Aktionäre oder Gläubiger einzig dadurch eintritt, dass das Vermögen der AG vermindert wurde <sup>1</sup> .
<b>(2) Unmittelbare Schädigung</b>	Eine unmittelbare oder direkte Schädigung des Aktionärs oder des Gläubigers liegt dann vor, wenn die Pflichtwidrigkeit des Organs jene in ihrem Vermögen schädigt, ohne gleichzeitig das Vermögen der AG zu schmälern <sup>2</sup> .
<b>iii) Pflichtverletzung/Widerrechtlichkeit</b>	Pflichtverletzung ist die besondere Form der Widerrechtlichkeit, die das Recht der Organverantwortlichkeit beherrscht. Sowohl der unmittelbare Schaden, wie auch der mittelbare Schaden ist reiner Vermögensschaden und ist nach der allgemein im Haftpflichtrecht gültigen Schutznormtheorie nur zu ersetzen, wenn die Schädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wurde, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll.
<b>iv) Verschulden</b>	Mitglieder des VR und der GL sowie die Liquidatoren haften für jedes Verschulden, d.h. auch für leichte Fahrlässigkeit. Dabei gilt ein objektiver Verschuldensmassstab.
<b>v) Adäquater Kausalzusammenhang</b>	Voraussetzung für eine Haftung ist, dass das widerrechtliche und schuldhafte Verhalten des Organs den Schaden verursacht hat.

Quelle: BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754, N. 3 ff.

- Beispielhafte Haftungsgründe

- *Entzug von Vermögen ohne entsprechende Gegenleistung, namentlich zu Gunsten von Aktionären*
- *ungenügende Sorgfalt in der Auswahl, Überwachung und Instruktion von Mitarbeitern und Organen*
- *ungenügende Sorgfalt in der Vermögensverwaltung*
- *ungenügende Sorgfalt bei der Durchsetzung der Liberierungsforderung*
- *ungenügende Kenntnisse, kein Beizug von Fachleuten*
- *ungenügende Sorgfalt im Zusammenhang mit der GV*
- *Missachtung der Buchführungspflichten*
- *Missachtung der Vorschriften bei Unterdeckung und Überschuldung*
- *übrige Sorgfaltspflichtverletzungen, z.B. Verpassen einer Prozessfrist*

Quelle: Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 224

<sup>1</sup> Werden Bestimmungen verletzt, die sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen, liegt nach neuerer Bundesgerichtsrechtsprechung (BGE 125 III 88) ein mittelbarer Schaden vor, welcher ausserhalb Konkurs durch die Gesellschaft, nach Konkurseröffnung jedoch durch die Gläubigergesamtheit geltend gemacht werden muss (BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N. 17)

<sup>2</sup> Ein unmittelbar Schaden liegt nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 125 III 88) vor, wenn das Verhalten eines Organs gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten i.S.v. Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet (BSK OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N. 17).

## b) Strafrechtliche

### - Aktive Beteiligung

*Eine Straftat wird gerade durch eine aktive Beteiligung eines Organs verursacht.*

### - Unterlassungen

*Ein Straftatbestand wird dadurch erfüllt, dass das Organ nicht handelt, obwohl es handeln müsste.*

### - Spezifische Tatbestände (Beispiele)

- *betrügerischer Konkurs*
- *Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung*
- *Misswirtschaft*
- *Unterlassung der Buchführung*
- *Bevorzugung eines Gläubigers*
- *Bestechung bei Zwangsvollstreckung*
- *Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte*
- *Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages*

## 5. Corporate Governance

### a) Begriff

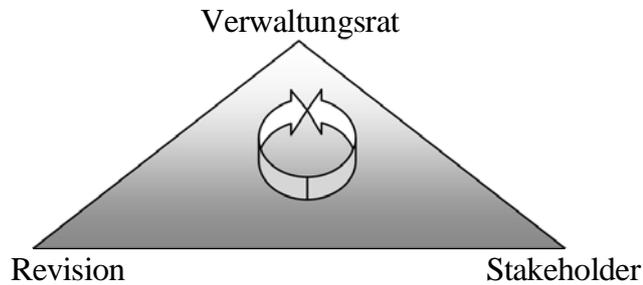
*Unter Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben<sup>3</sup>.*

### b) Inneres und äusseres Dreieck

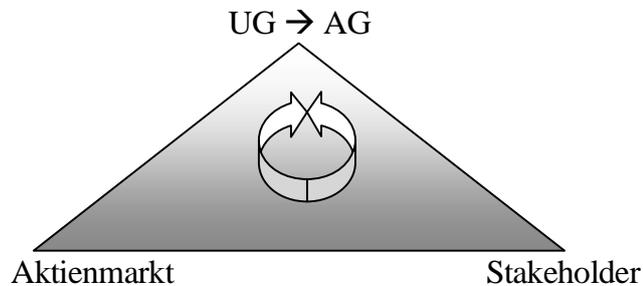
---

<sup>3</sup> **Quelle:** *Swiss code of best practice for corporate governance, S. 8*

INNERES DREIECK



ÄUSSERES DREIECK



## 6. Swiss Code of Best Practice

### a) Zielgruppe

Der Swiss Code of best practice for corporate governance („SCBP“) wurde von der economiesuisse am 25. März 2002 verabschiedet. Er hat keine Gesetzeskraft, sondern stellt sog. soft law dar, das sich im Sinne von Empfehlungen an die schweizerischen Publikumsgesellschaften wendet.

### b) Inhalt<sup>4</sup>

I Die Aktionäre 7

---

**Fundstelle:** <http://www.economiesuisse.ch/d/content.cfm?upid=4B42201A-1850-4309-A49B90A37CA04F7B&type=pdf&filetype=pdf>

<sup>4</sup> <http://www.economiesuisse.ch/d/content.cfm?upid=4B42201A-1850-4309-A49B90A37CA04F7B&type=pdf&filetype=pdf>

- II Verwaltungsrat und Geschäftsleitung 10
  - a Aufgaben des Verwaltungsrats 10
  - b Zusammensetzung 11
  - c Arbeitsweise und Vo sitz des Verwaltungsrats 11
  - d Umgang mit Interessenkonflikten und Wissensvorsprüngen 12
  - e Präsident von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung:  
Personalunion und Doppelspitze 13
  - f Internes Kontrollsystem, Umgang mit Risiken und Compliance 13
  - g Ausschüsse des Verwaltungsrats 14
  - h Besondere Verhältnisse 16
- III Die Revision 16
- IV Offenlegung 16

## **7. Corporate Governance Richtlinie**

Der Swiss Code of Best Practice wird im Bereich der Offenlegung ergänzt durch die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance der SWX Swiss Exchange, die am 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt wurde. Sie findet Anwendung für die an der SWX Swiss Exchange kotierten Gesellschaften mit Gesellschaftssitz in der Schweiz. Die Richtlinie hält die an der Swiss Exchange kotierten Gesellschaften dazu an, den Investoren bestimmte Schlüsselinformationen zur Corporate Governance in geeigneter Form zugänglich zu machen.