

# **Entwicklung und Bedeutung der Corporate Governance**

*Prof. Dr.iur. Roland Müller*

*Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht  
sowie Luftrecht an der Universität St.Gallen*

*Rechtsanwalt, Staad/SG*

*Stand 14.9.2008*

**INHALTSVERZEICHNIS**

Inhaltsverzeichnis.....	I
Literaturverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis.....	III
I. Ursprung und Bedeutung des Begriffs Corporate Governance.....	1
1. Einfluss der Aktionäre auf ihre Gesellschaft.....	1
2. Entstehung des Begriffs Corporate Governance.....	1
3. Bedeutung des Begriffs Corporate Governance .....	1
4. Doppelte Funktion der Corporate Governance.....	3
II. Entwicklung der Corporate Governance.....	4
1. Entwicklung des Cadbury Report und des Combined Code in Grossbritannien.....	4
2. Die nachfolgende internationale Entwicklung der Corporate Governance .....	5
3. Die Entwicklung der Corporate Governance in der Schweiz.....	6
4. Die Entwicklung der Corporate Governance in der OECD.....	7
III. Bedeutung der Corporate Governance .....	9
1. Allgemeine Bedeutung der Corporate Governance.....	9
a) Empfehlungen bezüglich Aktionären und Führungsspitze.....	9
b) Comply or Explain .....	9
2. Besondere Bedeutung der Corporate Governance für das Schweizer Aktienrecht .....	10
a) Gewaltentrennung als Forderung der Corporate Governance .....	10
b) Die unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates .....	15
c) Transparenzvorschriften für kotierte Aktiengesellschaften.....	15
3. Besondere Bedeutung der Corporate Governance für KMU.....	17
a) Überblick über die Bereiche der besonderen Bedeutung für KMU .....	17
b) Festlegung der Organisation.....	17
c) Finanzplanung und Finanzkontrolle .....	18
d) Empfehlungen nach dem Analysebericht zur Corporate Governance.....	20
4. Übrige Auswirkungen der Corporate Governance .....	20
a) Auswirkungen auf die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft .....	20
b) Auswirkungen auf eine allfällige Zertifizierung .....	22
c) Auswirkungen auf einen allfälligen Unternehmensverkauf .....	23
d) Auswirkungen auf Verantwortlichkeitsprozesse .....	23
IV. Zusammenfassung.....	25

**LITERATURVERZEICHNIS**

- BERSET MARIE-FRANCE, L'administrateur non directeur de la société anonyme en droit suisse et américain, Diss. Neuenburg 1988.
- BÖCKLI PETER, CORPORATE GOVERNANCE: The Cadbury Report and the Swiss Board Concept of 1991, in: SZW 68 (1996) 149 ff. (zit. Böckli, Cadbury Report).
- ders.*, Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten "Hampel", "Viénot" und "OECD" sowie dem deutschen "KonTraG", in: SZW 71 (1999) 1 ff. (zit. Böckli, Corporate Governance).
- ders.*, Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, in: ST 74 (2000) 133 ff. (zit. Böckli, Schnellstrassen und Holzwege).
- ders.*, Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, in: ZBJV 138 (2002) 709 ff. (zit. Böckli, Revisionsfelder).
- ders.*, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- BÖCKLI PETER/HUGUENIN CLAIRE/DESSEMONTET FRANÇOIS, Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, SZA Bd. 21, Zürich 2004.
- BÜHLER PETER/SCHWEIZER MARKUS, Was bedeutet der Sarbanes-Oxley Act für die Swiss Corporate Governance, in: ST 76 (2002) 997 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: von Büren Roland/Hausheer Heinz/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 69 ff. (zit. Druey, Outsider).
- HOFSTETTER KARL, Corporate Governance in der Schweiz - Bericht im Zusammenhang mit den Arbeiten der Expertengruppe, Zürich 2002 (zit. Hofstetter, Corporate Governance Bericht).
- ders.*, Erkenntnisse aus der Corporate Governance-Diskussion in der Schweiz, in: ST 76 (2002) 975 ff. (zit. Hofstetter, Erkenntnisse).
- MÜLLER ROLAND, Corporate Governance und KMU, in: Vater/Bender/Hildenbrand (Hrsg.) Corporate Governance, Bern/Stuttgart/Wien 2004 (zit. Müller, Corporate Governance).
- ders.*, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005 (zit. Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer).
- NOBEL PETER, Corporate Governance - Der Brückenschlag vom Aktionariat zum Verwaltungsrat zum Management, in: INDEX 3/98 (1998), 8 ff. (zit. Nobel, Brückenschlag).
- ders.*, Corporate Governance - Möglichkeiten und Schranken gesellschaftsrechtlicher Gestaltung, in: ST 69 (1995) 1057 ff. (zit. Nobel, Corporate Governance).
- ders.*, Grundsätze der OECD zu Corporate Governance, in: SZW 71 (1999) 244 ff. (zit. Nobel, Grundsätze der OECD).
- PAULSEN TERJE/MEIERHOFER PETER, Vom Sklaven zum Aufseher der eigenen Risiken, in: ST 78 (2004) 1066 ff.
- PIC JEAN-JACQUES, A glance at Corporate Governance around the world, Paris 1997.
- RHOADS CHRISTOPHER, OECD pushes Global Guidelines for Governance of Corporations, in: The Wall Street Journal Europe vom 12. Januar 2004, Nr. 239, A2.

SANWALD RETO, Aktuelle parlamentarische Vorstösse im Bereich des Gesellschaftsrechts, in REPRAX 3/01 (2001) 26 ff.

VON DER CRONE CASPAR/ROTH KATJA, Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, in: AJP 2/03 (2003) 131 ff.

WALDBURGER MARTIN, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, SSPHW Bd. 66, Diss. St.Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2002.

WOLFERS ARNOLD, Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft, ZBR Bd. 66, Zürich 1917.

ZEHNDER EGON P., Corporate Governance in den USA, in: NZZ vom 23./24.10.1999, Nr.247, S. 29 (zit. Zehnder, Corporate Governance in den USA).

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
CEO	Chief Executive Officer (Geschäftsführer)
Diss.	Dissertation
eidg.	eidgenössisch(e)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
FN	Fussnote
GL	Geschäftsleitung
GV	Delegiertenversammlung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
KonTraG	[Deutsches] Bundesgesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (Bundesgesetzblatt I/1998, 786 ff.)
N	Note
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OR	Obligationenrecht
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SSPHW	St.Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht (Bern/Stuttgart/Wien)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
SZA	Schriften zum neuen Aktienrecht bzw. Schriften zum Aktienrecht (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich, vor 1990: SAG)
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

# I. Ursprung und Bedeutung des Begriffs Corporate Governance

## 1. Einfluss der Aktionäre auf ihre Gesellschaft

Es gehört zum Wesen einer Aktiengesellschaft, dass sich eine Vielzahl von natürlichen Personen über den Erwerb von Aktien zu Miteigentümern der juristischen Person machen können. Je mehr verschiedene Aktionäre es gibt, je breiter also das Aktienkapital gestreut ist, umso geringer wird der Einfluss des einzelnen Aktionärs. Umgekehrt steigen die Unabhängigkeit und damit die Möglichkeit zum Machtmissbrauch des Verwaltungsrats als oberster Unternehmensleitung. Diese Relation von Aktionär und Unternehmensleitung war zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine unabänderliche Rechtstatsache: "Les actionnaires n'exercent en fait qu'un pouvoir théorique; le pouvoir réel appartient aux dirigeants de la société."<sup>1</sup>

Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts schlossen sich Aktionäre zusammen, um ihren Einfluss auf die Aktiengesellschaft zu erhöhen. Meist stand dabei jedoch nur eine Erhöhung der Dividenden im Vordergrund. Eine Systemverbesserung im Sinne einer effizienteren Kontrolle und Organisation der Unternehmensleitung wurde kaum gefordert. Es erstaunt daher kaum, dass damals der Begriff "Corporate Governance" noch nirgends vorkam. Statt dessen stellte der deutsche Bankier Carl Fürstenberg markant fest: "Aktionäre sind dumm und frech; dumm, weil sie Aktien kaufen, und frech, weil sie dazu noch eine Dividende verlangen."<sup>2</sup>

## 2. Entstehung des Begriffs Corporate Governance

Die Corporate Governance-Debatte hatte ihren Ausgangspunkt im sog. "agency-problem" der 30er Jahre des letzten Jahrhunderts. Bereits damals erkannte man das Auseinanderklaffen der Interessen von Aktionären ("principals") und Unternehmensleitung ("agents") und suchte nach effizienten Kontroll- und Leitungsmöglichkeiten. Dazu erschien 1932 in New York das Buch von Adolf A. Berle und Gardiner C. Means: "The modern Corporation and Private Property".

Das eigentliche Schlagwort "Corporate Governance" erschien erstmals 1976 in einem Buch von Courtney C. Brown, "Putting the Corporate Board to Work", in New York. Der richtungweisende "Cadbury Report" von Sir Adrian Cadbury mit dem beigefügten "Code of Best Practice" wurde aber erst 1992 in London veröffentlicht. Heute ist der Begriff Corporate Governance im Zusammenhang mit verschiedenen Unternehmensskandalen nicht nur bei Aktionären, sondern auch bei Journalisten und Juristen zu einem schillernden Schlagwort geworden.<sup>3</sup> Entsprechend vielfältig sind die zu Grunde gelegten Begriffsbestimmungen.

## 3. Bedeutung des Begriffs Corporate Governance

Der Begriff "Corporate Governance" lässt sich nicht auf Deutsch übersetzen. Er enthält einerseits das griechische Wort "kybernetes" für Steuermann in seiner latinisierten Form "Gubernator", was englisch "Governor" und den Sammelbegriff "Governance" ergeben hat, und andererseits das lateinische Wort "corpus" für Körper bzw. "corporatio" für Körperschaft.<sup>4</sup> Basiert man auf dem eigentlichen Wortstamm, so gelangt man also zur Bedeutung "körperschaftliche Steue-

---

<sup>1</sup> RIPERT/DURAND/ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Bd. I, 4. Aufl. Paris 1959, No. 908 (zit. nach BÖCKLI *Schweizer Aktienrecht*, 1751).

<sup>2</sup> Vgl. BÖCKLI, *Aktienrecht*, Rz. 1 zu § 14 und die dort zit. Literatur.

<sup>3</sup> NOBEL, *Brückenschlag*, 8; SANWALD, 32; HOFSTETTER, *Erkenntnisse*, 975, mit Hinweis auf Vorkommnisse bei Swissair, Kuoni und ABB.

<sup>4</sup> BÖCKLI, *Aktienrecht*, Rz. 22 zu §14.

rung" oder "Leitung einer Körperschaft bzw. Gesellschaft" oder mit anderen Worten kurz: "Unternehmensführung und -kontrolle".

In der Regel bezeichnet Corporate Governance das System der Leitung und der Überwachung von Gesellschaften<sup>5</sup> oder mit anderen Worten der Unternehmensführung und -kontrolle<sup>6</sup>. Tatsächlich versteht jedoch fast jeder unter "Corporate Governance" etwas anderes,<sup>7</sup> "und die englischsprachigen Definitionen<sup>8</sup> sind nach wie vor von einer geradezu entwaffnenden Unschärfe".<sup>9</sup> Letztlich geht es um nicht mehr und nicht weniger als die Problematik von Macht und Kontrolle in komplexen Organisationen.<sup>10</sup> BÖCKLI hat in diesem Sinne die zwei massgebenden Elemente der Corporate Governance wie folgt treffend zusammengefasst:<sup>11</sup>



- Es geht um die Balance im inneren Dreieck zwischen der Führungsfunktion des Managements, der Oberleitungs- und Überwachungsfunktion des Board of Directors bzw. Verwaltungsrats und der Prüfungsfunktion der Revisoren, aber auch und vor allem um die zweckmässige Zusammensetzung und Strukturierung des Verwaltungsrats als Gremium.
- Die Corporate Governance befasst sich gleichzeitig mit dem Kräftegleichgewicht im äusseren Dreieck zwischen dem Unternehmen, dem Kapitalmarkt und den weiteren Anspruchsgruppen.

<sup>5</sup> Massgebend dafür CADBURY REPORT, Ziff. 2.5: "Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies." Ebenso Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, KOM (2003) 284 vom 21.5.2003, S. 12.

<sup>6</sup> NOBEL, Grundsätze der OECD, 244.

<sup>7</sup> Z.B. ZEHNDER, Corporate Governance in den USA, 29: "Der Begriff Corporate Governance ist heute fester Bestandteil modernen Managements und bezeichnet das Zusammenspiel aus Gesetzen, Verordnungen und freiwilligen Praktiken im Privatsektor, die es ermöglichen, ein Unternehmen verantwortungsbewusst und effizient zu führen." BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, 19, halten einleitend fest: "Mit Corporate Governance werden jene Steuerungsmechanismen anvisiert, die innerhalb von Aktiengesellschaften ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle sowie die Transparenz anstreben und die Rolle der Aktionäre als Träger des Kapitalrisikos stärken." Weitere Definitionen finden sich bei WUNDERER, VR-Präsident, 12 f.

<sup>8</sup> So z.B. OECD Principles, 2: "One key element in improving economic efficiency is corporate governance, which involves a set of relationships between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined."

<sup>9</sup> BÖCKLI, Corporate Governance, 2.

<sup>10</sup> BÖCKLI, Revisionsfelder, 755, m.w.H. auf den historischen Hintergrund der Corporate Governance.

<sup>11</sup> BÖCKLI, Cadbury Report, 133 f., mit ausführlichen Literaturhinweisen.

Im Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (kurz Swiss Code) wird Corporate Governance einleitend wie folgt als Leitidee bezeichnet: 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 anstrebt.

#### 4. Doppelte Funktion der Corporate Governance

Bereits aus der wörtlichen Übersetzung ergibt sich, dass Corporate Governance sowohl als Führung gegen innen wie auch als Leitung von aussen verstanden werden kann. Nicht nur die Sicht des Verwaltungsrates bezüglich der internen Organisation, sondern auch die Sicht des Aktionärs bezüglich externer Unternehmenskontrolle kommt also in der Corporate Governance zum Ausdruck. Sie hat deshalb auch klar zwei unterschiedliche Funktionen.

<b>Corporate Governance</b>	
<b>Im Sinne einer Organisationsregelung</b>	<b>Im Sinne einer Organisationsbeziehung</b>
Spitzenverfassung der Unternehmensführung, d.h. sachgerechte Festlegung der Aufgaben und die zweckmässige Strukturierung bzw. Zusammensetzung der obersten Leitungsorgane	Verhältnis der obersten Leitungsorgane zu den Aktionären und zu den unternehmensrelevanten Anspruchsgruppen (Shareholder Value und Stakeholder Value)

In einzelnen Grossunternehmen gibt es heute neben den traditionellen Ausschüssen (Audit Committee, Remuneration Committee, Nomination Committee) bereits ein spezielles Corporate Governance Committee.<sup>12</sup> Die Corporate Governance ist jedoch kein Allerheilmittel für den Verwaltungsrat, sondern vielmehr eine Empfehlung zur Verbesserung der Führungsstruktur. Selbst bei Berücksichtigung all dieser Empfehlungen ist das Vertrauensverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsführung weiterhin von grosser Bedeutung. Damit steht der Verwaltungsrat immer noch vor der grundsätzlichen Frage, ob er nur als Kontrollrat oder aber als Gestaltungsrat mit operativem Einfluss tätig sein soll.

<sup>12</sup> Daneben sind selbstverständlich noch weitere Committees möglich, so z.B. bei der SR Technics ein "Business and Safety Risk Management Committee."

## II. Entwicklung der Corporate Governance

### 1. Entwicklung des Cadbury Report und des Combined Code in Grossbritannien

Die ersten weiter verbreiteten Publikationen auf dem Gebiet der Corporate Governance stammen aus dem Jahr 1985, doch der eigentliche Durchbruch kam erst 1992 mit der Veröffentlichung des "Cadbury Report" in Grossbritannien.<sup>13</sup> Es folgten drei weitere englische Berichte, der Greenbury Report (1995), der Hampel Report (1998)<sup>14</sup> und der Turnbull Report (1999).<sup>15</sup> Im "Combined Code" wurden die wichtigsten Regelungen 1999 zusammengefasst.<sup>16</sup> Seit dem 1. Januar 2000 müssen sich alle an der Londoner Börse kotierten Gesellschaften an die Regelungen des Combined Code halten.<sup>17</sup> In Ziff. 4.1 des Combined Code wird zur Effizienz des Verwaltungsrats empfohlen: "..., this means a board made up of a combination of executive directors, with their intimate knowledge of the business, and of outside, non-executive directors, who can bring a broader view to the company's activities, ..." Es wird demnach zwischen inside und outside directors oder gleichbedeutend zwischen executive und non-executive directors unterschieden. Die inside oder executive directors können dabei mit Verwaltungsräten gleichgesetzt werden, welche als Arbeitnehmer eine organabhängige Tätigkeit im Unternehmen leisten.

Basierend auf dem Cadbury Report veröffentlichte im Juni 1998 das Hampel Committee ihren Bericht zur Corporate Governance unter der Bezeichnung "Combined Code". Die darin enthaltenen Empfehlungen zu den Aufgaben und zur Stellung der non-executive directors sowie zum Audit Committee wurden überarbeitet und im Juli 2003 erschien der Combined Code in einer neuen Fassung. Unter Ziff. A.1 wird als selbstverständlich vorausgesetzt, dass ein Verwaltungsrat nach dem monistischen System (unitary board) aus executive und non-executive directors zusammengesetzt ist. In welchem Verhältnis die Anzahl dieser VR-Mitglieder sein sollte, wird im Combined Code nicht vorgegeben. In Ziff. A.3 wird lediglich empfohlen, dass von beiden Arten je eine starke Präsenz vorhanden sein sollte. Dafür wird in Ziff. A.3.1 eine neue Kategorie der independent non-executive directors eingeführt. Danach gilt ein Verwaltungsrat nicht mehr als unabhängig, wenn er:

- in den letzten 5 Jahren Arbeitnehmer der Gesellschaft oder des Konzerns war
- in den letzten 3 Jahren eine massgebende Geschäftsbeziehung zur Gesellschaft hatte, entweder direkt in eigener Person oder indirekt als Partner, Aktionär, Verwaltungsrat oder leitender Arbeitnehmer einer Körperschaft
- enge familiäre Beziehungen zu einem Berater, Verwaltungsrat oder leitenden Arbeitnehmer der Gesellschaft hat
- einen massgebenden Aktionär vertritt
- mehr als 9 Jahre seit der ersten Wahl dem Verwaltungsrat angehört.

---

<sup>13</sup> Vgl. BÖCKLI, Revisionsfelder, 755; BÖCKLI, C"orporate Governance, 3; HOFSTETTER, Corporate Governance Bericht, 4.

<sup>14</sup> Dazu ausführlich BÖCKLI, Corporate Governance, 10 ff., mit dem Ergebnis: "Ein grosser Teil der Hampel-Prinzipien, wohl 70% bis 90% je nach Fall, ist aufgrund von empirischen Nachprüfungen in den grösseren Schweizer Gesellschaften durchaus bereits verwirklicht oder steht mitten im Prozess der Einführung.

<sup>15</sup> Vgl. BÖCKLI, Revisionsfelder, 760, m.w.H. und genauen Quellenangaben.

<sup>16</sup> The COMBINED CODE - Principles of Good Governance and of Best Practice, verfasst vom Committee of Corporate Governance, London Stock Exchange 1999. Die aktuelle Fassung datiert vom Juli 2003.

<sup>17</sup> BÖCKLI, Schnellstrassen und Holzwege, 138.

Diese Unabhängigkeitsvorschriften sind überaus streng. Dennoch wird in Ziff. A.3.2 für grössere Gesellschaften empfohlen, dass mindestens die Hälfte der Verwaltungsratsmitglieder (exklusive VR-Präsident) unabhängig in diesem Sinne sein sollte.

## 2. Die nachfolgende internationale Entwicklung der Corporate Governance

Parallel zu den Codes in England erschien 1998 in Frankreich der Viénot-Bericht.<sup>18</sup> In Deutschland wurde im selben Jahr ein neues Bundesgesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich in Kraft gesetzt.<sup>19</sup> 1999 publizierte schliesslich auch die OECD ihre ersten Grundsätze zur Corporate Governance.<sup>20</sup> Zahlreiche weitere Kodizes und Gesetze im Zusammenhang mit Corporate Governance sind zwischenzeitlich entstanden,<sup>21</sup> zuletzt in kürzester Zeit der Sarbanes-Oxley Act.<sup>22</sup>

Es ist offensichtlich, dass die Corporate Governance-Debatte eine internationale juristische Diskussion geworden ist.<sup>23</sup> Heute existieren weltweit über 120 verschiedenen Codes for Corporate Governance. Diese können über die Homepage des European Corporate Governance Institute ([www.ecgi.org/codes/all\\_codes.htm](http://www.ecgi.org/codes/all_codes.htm)) problemlos in der jeweils aktuellsten Version heruntergeladen werden.

Im Überblick lässt sich die internationale Entwicklung der Corporate Governance chronologisch wie folgt zusammenfassen.<sup>24</sup>

- Amendments to the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations (1991)
- Cadbury Report (1992) und Hampel Report (1998)
- Rapports Viénot (1995/99)
- OECD Principles of Corporate Governance (1998 und 2004)
- Turnbull Report (1999)
- Combined Code London Stock Exchange (1998/2003)
- Baums-Bericht (2001)
- Winter-Bericht (2002)
- Deutscher Corporate Governance Kodex, DCGK (2002/03)
- Richtlinie SWX betr. Informationen zur Corporate Governance, RLCG (2002)
- Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, SCBP (2002)
- Sarbanes-Oxley Act vom 30. Juli 2002
- NYSE's Listed Company Manual (2003)

---

<sup>18</sup> VIÉNOT RAPPORT, Le Conseil d'administration des sociétés cotées, Rapport du groupe de travail institué par l'Association française des Entreprises et le Conseil national du patronat français, Paris 1998; vgl. BÖCKLI, Corporate Governance, 5 f.

<sup>19</sup> Bundesgesetz vom 27.4.1998, Bundesgesetzblatt I/1998, 786 ff. (das sog. KonTraG).

<sup>20</sup> Zu den Vorarbeiten vgl. BÖCKLI, Corporate Governance, 8 f.

<sup>21</sup> Einen historischen Überblick zur Entstehung der zahlreichen Normen und Kodizes liefern BÜHLER/SCHWEIZER, 998, in Abbildung 1.

<sup>22</sup> Im März 2002 bestand in den USA erst ein Zehn-Punkte-Plan, doch bereits am 30.7.2002 wurde der Sarbanes-Oxley Act in Kraft gesetzt (vgl. VON DER CRONE/ROTH, 131, m.w.H.).

<sup>23</sup> NOBEL, Corporate Governance, 1060.

<sup>24</sup> In Anlehnung an BÖCKLI, Aktienrecht, 1750.

- Higgs Report und Smith Report (2003)
- EG-Aktionsplan Gesellschaftsrecht (2003)
- Amendments to the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations (2004)

### 3. Die Entwicklung der Corporate Governance in der Schweiz

In der Schweiz wurden zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit der Corporate Governance schon sehr früh, nämlich bereits mit dem Entwurf des Bundesrates zur Revision des Aktienrechts von 1983 zur Diskussion gestellt.<sup>25</sup> Mit dem Katalog der unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrats in Art. 716a OR konnten die wichtigsten Grundsätze dann im Gesetz implementiert werden. Nach Auffassung von BÖCKLI ist es daher möglich, die Erkenntnisse der internationalen Corporate Governance-Debatte bruchlos ins Schweizer Recht einzuordnen.<sup>26</sup> Dennoch wurde sogar mit einem parlamentarischen Vorstoss versucht, die Corporate Governance nochmals speziell im Aktienrecht zu regeln.<sup>27</sup>

In Absprache mit zahlreichen Wirtschaftsverbänden und Gesellschaften, deren Aktien bereits an der SWX kotiert waren, erteilte die *economiesuisse* am 27. März 2001 der "Expertengruppe Corporate Governance" den Auftrag, die Ausarbeitung und Reaktion der Texte für einen Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance vorzunehmen.<sup>28</sup> Zu dieser Expertengruppe gehörten:

- Prof. Dr. Peter Böckli, Rechtsanwalt, u.a. VR bei Nestlé und UBS
- Prof. Dr. Karl Hofstetter, Berater der Schindler Holding, Autor des Analyseberichtes
- Dr. Thomas Hodler, Generalsekretär Swiss Re
- Dr. Richard T. Meier, Projektleiter Corporate Governance SWX Swiss Exchange
- Christian Stiefel, Fürsprecher, Sekretär Industrie-Holding
- Thomas Pletscher, GL-Mitglied *economiesuisse*

Das Resultat intensiver Diskussionen dieser Expertengruppe wurde im September 2001 von KARL HOFSTETTER in seinem Bericht "Corporate Governance in der Schweiz" zusammengefasst.<sup>29</sup> Im Verlauf der Recherchen zu diesem Expertenbericht zeigte sich ein Handlungsbedarf für Best-Practice-Empfehlungen, welche die besonderen Gegebenheiten der schweizerischen Unternehmenslandschaft berücksichtigen. Daraus entstand der von PETER BÖCKLI redigierte und von der Expertengruppe überarbeitete so genannte "Swiss Code of Best Practice" vom März 2002.<sup>30</sup> Die Schweizer Börse (SWX) entschied sich ihrerseits, eine Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance zu erlassen. Auf diesen drei Säulen (Expertenbericht, Swiss Code of Best Practice und Transparenz-Richtlinie) basiert die aktuelle Schweizer Corporate Governance.<sup>31</sup>

Der ausgearbeitete Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP), oder kurz genannt "Swiss Code", wurde im Frühling 2002 vom Vorstand der *economiesuisse* genehmigt

---

<sup>25</sup> Vgl. BÖCKLI, Schnellstrassen und Holzwege, 134.

<sup>26</sup> BÖCKLI, Schnellstrassen und Holzwege, 134.

<sup>27</sup> Motion FELIX WALKER, Corporate Governance in der Aktiengesellschaft, vom 20.6.2001 (NR Nr. 01.3329); vgl. dazu Sanwald, 33 f.

<sup>28</sup> SANWALD, 33.

<sup>29</sup> Vgl. BÜHLER/SCHWEIZER, 999.

<sup>30</sup> HOFSTETTER, Corporate Governance Bericht, 3; vgl. BÜHLER/SCHWEIZER, 999.

<sup>31</sup> HOFSTETTER, Neue Schweizer Corporate Governance, 12.

und gilt seit dem 1. Juli 2002. Da der Swiss Code im Gegensatz zur erwähnten SWX-Richtlinie nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, enthält er nur Empfehlungen, die nicht mit gesetzlichen Sanktionen durchgesetzt werden können. Dennoch sind diese Richtlinien auch für nicht börsennotierte Gesellschaften von grosser Bedeutung, wie nachstehend noch gezeigt wird.

Der Swiss Code of Best Practice gibt insbesondere bezüglich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung konkrete Vorgaben zu folgenden Bereichen:

<b>Regelungen des Swiss Code of Best Practice zu VR und GL</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aufgaben des Verwaltungsrats</li> <li>• Zusammensetzung</li> <li>• Arbeitsweise und Vorsitz des Verwaltungsrats</li> <li>• Umgang mit Interessenkonflikten und Wissensvorsprüngen</li> <li>• Präsident von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Personalunion und Doppelspitze</li> <li>• Internes Kontrollsystem, Umgang mit Risiken und Compliance</li> <li>• Ausschüsse des Verwaltungsrats</li> <li>• Besondere Verhältnisse</li> </ul>

#### **4. Die Entwicklung der Corporate Governance in der OECD**

Im April 1998 erarbeitete die OECD ihre ersten Principles of Corporate Governance, welche von einer "Ad Hoc Task Force on Corporate Governance" in Paris unter amerikanischem Vorsitz ausgearbeitet wurden. Die Grundsätze der OECD zur Corporate Governance wurden 1999 offiziell publiziert.<sup>32</sup> Diese Grundsätze konzentrieren sich schwerpunktmässig auf diejenigen Corporate Governance-Probleme, die durch die Trennung zwischen Kapitaleigentum und Kontrolle bedingt sind.<sup>33</sup>

Auch diese Grundsätze lassen eine flexible Gestaltung des Gesellschaftsrechts zu. Insbesondere wird nicht nur das dualistische System, sondern auch das Board-System zugelassen.

<b>Regelungen der OECD Principles of Corporate Governance</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• The rights of shareholders</li> <li>• The equitable treatment of shareholders</li> <li>• The role of stakeholders in corporate governance</li> <li>• Disclosure and transparency</li> <li>• The responsibilities of the board</li> </ul>

<sup>32</sup> OECD Principles of Corporate Governance vom 16.4.1999, SG/CG (99) 5; die englische Version ist in Kurzform publiziert bei NOBEL, Grundsätze der OECD, 245 ff.

<sup>33</sup> NOBEL, Grundsätze der OECD, 244.

Die OECD-Prinzipien können von Aktionären oder Gerichten gegenüber dem Verwaltungsrat einer schweizerischen Aktiengesellschaft nicht direkt mittels Sanktionen durchgesetzt werden. Doch ihre Bedeutung ist ebenso wie diejenige der Richtlinien des Swiss Code of Best Practice nicht zu unterschätzen.

Im ersten Teil der OECD-Grundsätze wird im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats empfohlen: "Boards should consider assigning a sufficient number of non-executive board members capable of exercising independent judgement to tasks where there is a potential for conflict of interest."<sup>34</sup> Nach den Grundsätzen der OECD zur Corporate Governance ist demnach ein monistisches System bzw. ein Board-System nach dem angelsächsischen Vorbild durchaus möglich. Demzufolge wird zwischen "executive board members" und "non-executive board members" unterschieden. Es soll eine genügende Anzahl von nicht operativ tätigen VR-Mitgliedern vorgesehen werden, welche in keinem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen. Damit soll eine objektive Entscheidung des Verwaltungsrats bei allfälligen Interessenkonflikten gewährleistet werden.

Im Januar 2004 publizierte die OECD den Entwurf von revidierten Grundsätzen zur Corporate Governance.<sup>35</sup> Insbesondere der Parmalat-Zusammenbruch hatte die OECD veranlasst, ihre Anstrengungen zur Einführung von globalen Empfehlungen zur Corporate Governance zu intensivieren.<sup>36</sup> Von besonderem Interesse sind die erweiterten Empfehlungen im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Informationen über die Gesellschaft und deren Management. Während in den Grundsätzen von 1999 lediglich allgemeine Angaben zu den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung vorgegeben wurden,<sup>37</sup> sind nun zusätzliche Angaben über die Qualifikation, das Auswahlverfahren, Funktionen in anderen Gesellschaften und Begründung der Unabhängigkeit zur Gesellschaft empfohlen.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> OECD Principles, 1999, Part One V. E. 1. , S. 9.

<sup>35</sup> OECD Principles of Corporate Governance vom 12.1.2004, DAF/CA/CG(2003)11/REV1.

<sup>36</sup> RHOADS, A2, mit dem Hinweis, dass Parmalat als Schulbuchfall für Corporate Governance dienen könne.

<sup>37</sup> OECD Principles, 1999, Part One IV. A. 4, S. 8.

<sup>38</sup> OECD Principles, 2004, Part One IV. A. 4, S. 10.

### III. Bedeutung der Corporate Governance

#### 1. Allgemeine Bedeutung der Corporate Governance

##### a) Empfehlungen bezüglich Aktionären und Führungsspitze

Die Codes for Corporate Governance enthalten ihrer Zielsetzung entsprechend stets zahlreiche Empfehlungen im Zusammenhang mit den Aktionären.<sup>39</sup> Daneben ist jedoch i.d.R. auch ein spezieller Teil im Zusammenhang mit der Führungsspitze vorhanden.<sup>40</sup> Hier finden sich meistens direkte und indirekte Grundsätze zur besonderen Situation eines Verwaltungsrats als Arbeitnehmer. Diese Grundsätze sind teilweise sehr unterschiedlich formuliert. Dennoch können zwei Hauptgruppen von Empfehlungen ausgemacht werden, die von BÖCKLI wie folgt umschrieben werden:<sup>41</sup>

- Bewusste Zuordnung von Leitungs- und Kontrollaufgaben innerhalb des Verwaltungsrates: Zuteilung von Sonderaufgaben an nicht-exekutive Ausschüsse (d.h. aussen stehende und wenn möglich unabhängige Verwaltungsratsmitglieder). Das führt zur Definition des "nicht-exekutiven" und des "unabhängigen" Verwaltungsrates.
- Checks and Balances an der Unternehmensspitze: Entweder Trennung der Funktion des Vorsitzes von der Geschäftsleitung und Verwaltungsrat oder aber ein "Lead Director" als Gegengewicht und als Ansprechpartner der aussen stehenden Verwaltungsratsmitglieder.

##### b) Comply or Explain

Die Codes for Corporate Governance enthalten zum grössten Teil keine absolut zwingenden Vorschriften. Vielmehr sind Abweichungen von den Empfehlungen durchaus möglich, doch muss dann eine Begründung für diese Abweichung gegeben werden, ganz im Sinne eines "comply or explain".<sup>42</sup> Mit dieser Begründung ist es aber noch nicht getan. Das betroffene Unternehmen hat vielmehr drei Dinge zu tun:<sup>43</sup>

Die Corporate Governance zielt wenn immer möglich darauf ab, Gestaltungsideen, Vorschläge und Strukturempfehlungen vorzugeben, aber jedem Unternehmen eine doppelte Freiheit zu lassen: eine alternative, vielleicht sogar innovative und bessere Lösung zu wählen, oder sogar sich von der einzelnen Idee ganz zu distanzieren, d.h. "not to comply". Dabei aber hat es dann nicht sein Bewenden, vielmehr ist das Unternehmen aufgefordert, drei Dinge zu tun:

- Es soll zuerst einmal erklären, warum es der allgemeinen Empfehlung, die im System des "soft law" natürlich auf einem gewissen Konsens der Betroffenen beruht und innerhalb einer mittleren Bandbreite der allgemeinen Erfahrungen liegt, nicht folgen will.
- Es soll zweitens erklären, welche Lösung es an deren Stelle gewählt hat (oder, im Falle der "grossen Weigerung", warum es eine Lösung überhaupt nicht für erforderlich hält).

---

<sup>39</sup> Swiss Code: Teil I; Combined Code: Section 2; OECD Principles: Section I.

<sup>40</sup> Swiss Code: Teil II; Combined Code: Section 1A; OECD Principles: Section V.

<sup>41</sup> BÖCKLI, Revisionsfelder, 763.

<sup>42</sup> Vgl. Ziff. 7 der Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance der SWX Swiss Exchange.

<sup>43</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 14 zu §14.

- Es soll schliesslich erklären, dass es sich an die von ihm gewählte und beschriebene Lösung auch wirklich hält.

## 2. Besondere Bedeutung der Corporate Governance für das Schweizer Aktienrecht

### a) Gewaltentrennung als Forderung der Corporate Governance

In der Botschaft zum Aktienrecht<sup>44</sup> wurde 1983 explizit auf das Spannungsfeld zwischen den anerkannten Forderungen nach Gewaltenteilung in der Aktiengesellschaft und den gegebenen Verhältnissen in der Praxis eingegangen:

"Seit der letzten grossen Aktienrechtsrevision im Jahre 1936 hat sich in Anlehnung an Artikel 717 Absatz 2 OR eine Aufteilung der Exekutivfunktionen in Geschäftsleitung und Verwaltungsrat vollzogen, dies vor allem bei Grossgesellschaften. Es stellt sich die Frage, ob die Schweiz die Entwicklung des Auslandes mitmachen und das Aufsichtsratssystem einführen soll. ... Gegen die Einführung eines solchen Dualismus spricht einmal die Tatsache, dass sich unser jetziges System mit seiner Flexibilität bewährt hat. ... Zudem weicht das Aufsichtsratssystem, insbesondere dasjenige Deutschlands, viel stärker von den Grundgedanken unseres Aktienrechts ab, als man gemeinhin annimmt. ... Eine solche Organisationsform entspricht nicht den Auffassungen in unserem Lande und bliebe weithin unverstanden. Das geltende System ist deshalb beizubehalten."

Aus heutiger Sicht ist zu bezweifeln, ob ein Aufsichtsratssystem tatsächlich unverstanden bliebe. Insbesondere der Fall Swissair hat gezeigt, dass die Aktionäre gerade in Krisensituationen eine wirkungsvolle Aufsicht fordern.<sup>45</sup> Letztlich bleibt somit die Flexibilität der einzige Grund für einen Systembruch in Form der Delegationsmöglichkeit an einzelne Verwaltungsratsmitglieder. Damit ist der Gesetzgeber bewusst die Gefahr eingegangen, dass es bei geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern zu einer Machtballung und gleichzeitig auch zu einer Erschwerung der Oberaufsicht kommt. Dazu wird in der Botschaft zum Aktienrecht ganz offen festgestellt: "Die geschäftsführenden Verwaltungsräte beaufsichtigen sich selber."<sup>46</sup>

Das schweizerische Aktienrecht zeichnet sich u.a. tatsächlich durch eine grosse Flexibilität aus. Die meisten Vorschriften gelten sowohl für Kleingesellschaften wie auch für Publikumsgesellschaften. Wie lange dieser Zustand vor dem wachsenden Druck der EU-Regelungen allerdings noch bestehen bleiben kann, ist fraglich. Auch dieser Tatsache war man sich bei der Revision des Aktienrechtes durchaus bewusst. Bei den Zielen der Revision wurde deshalb keine EU-Kompatibilität vorgegeben; statt dessen heisst es lediglich, sie solle "die Aktiengesellschaft den Anforderungen der Zeit anpassen und ihre Ausgestaltung den Aktienrechtsordnungen in den Nachbarstaaten und in der Europäischen Gemeinschaft ein gutes Stück näher bringen."<sup>47</sup>

Angesichts dieser Ausführungen stellt sich die Frage, warum in der Schweiz letztlich wirklich auf die Einführung des Dualismus verzichtet wurde. Die Antwort liegt in der Macht des Faktischen. Dies wird auch in der Botschaft zum Aktienrecht an anderer Stelle nicht verschwiegen:<sup>48</sup>

"Die Gewaltentrennung zwischen Verwaltung und Geschäftsleitung hat sich bei vielen Grossgesellschaften durchgesetzt. In der Westschweiz kommt es auch bei grösseren Gesellschaften jedoch häufig vor, dass der Hauptaktionär gleichzeitig Verwaltungsratspräsi-

<sup>44</sup> Botschaft zum Aktienrecht, 96 f.

<sup>45</sup> Vgl. den Bericht zur Generalversammlung der SAir-Group in der NZZ vom 26.4.01, Nr. 96, S. 21, an der die Aktionäre eine Sonderprüfung verlangten.

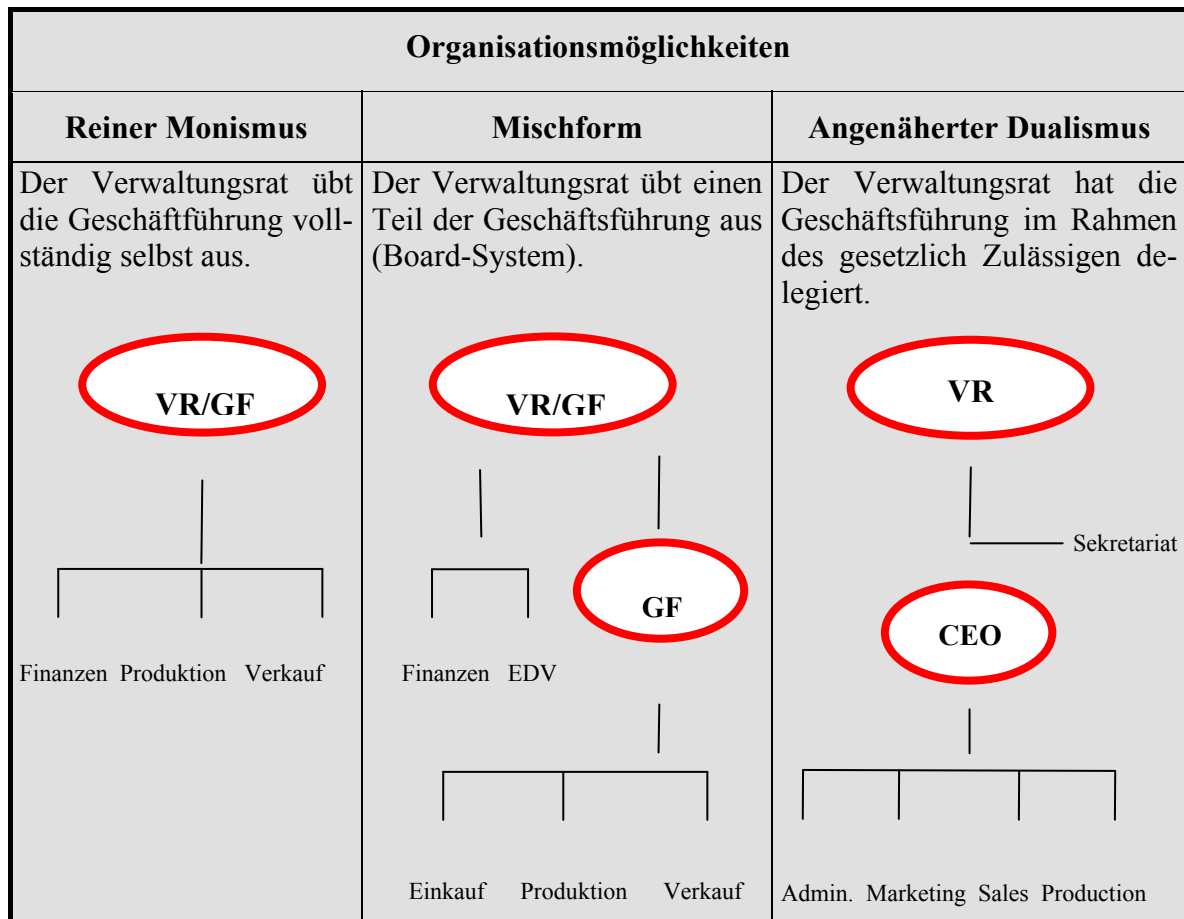
<sup>46</sup> Botschaft zum Aktienrecht, 180.

<sup>47</sup> Botschaft zum Aktienrecht, 23.

<sup>48</sup> Botschaft zum Aktienrecht, 180.

dent und Leiter der Geschäftsführungsstelle ist. Ein Verzicht auf die heute bestehende Flexibilität würde zudem für die grosse Zahl kleinerer Gesellschaften einen unnötigen Organisationszwang bringen. Auf die Forderung einer rigorosen Trennung wird deshalb verzichtet. Dafür unterliegen Verwaltungsratsdelegierte einer besonders strengen Haftung: Sie haften sowohl als Geschäftsführer wie auch als Verwaltungsratsmitglied."

Das schweizerische Aktienrecht ermöglicht jeder Gesellschaft, ihre Organisationsstruktur und damit auch die Corporate Governance flexibel zu gestalten.<sup>49</sup> Ohne besondere Delegation ist der Verwaltungsrat nicht nur Aufsichtsorgan sondern gleichzeitig auch Geschäftsführungsorgan.



Damit stellt sich die Frage, ob aus Sicht einer effizienten Corporate Governance eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer untersagt werden soll oder nicht. Die Fälle einer untergeordneten Arbeitstätigkeit ohne Geschäftsführungsfunktionen werden dabei bewusst ausgenommen, wodurch die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat hier unberücksichtigt bleiben. Letztlich geht es somit um die Frage, ob der Verwaltungsrat nur aus unabhängigen Mitgliedern zusammengesetzt sein soll oder ob einige von ihnen im Rahmen eines Arbeitsvertrages auch in der Geschäftsführung Einsitz nehmen sollen. Eine Rechtsvergleichung ist in diesem Punkt wenig hilfreich, da die spezifischen Gesetzesvorschriften zu sehr voneinander abweichen und insbesondere die Bestimmungen zur Information der Aktionäre völlig unter-

<sup>49</sup> Zu Recht stellen deshalb BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, 19, in ihrem Expertenbericht fest, dass der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft eine Reihe von Fragen zu prüfen habe, bevor er die Grundsätze der Corporate Governance für die Gesellschaft festlegen könne; insbesondere die Zulassung oder Ablehnung der Personalunion von VR-Präsident und CEO sowie die Anzahl von unabhängigen VR-Mitgliedern sei vorab zu regeln.

schiedlich sind.<sup>50</sup>

Als Vorteile einer Doppelstellung für ein Verwaltungsratsmitglied können angeführt werden:

- hohe Detailkenntnisse in technischen und geschäftlichen Belangen<sup>51</sup>
- aktuelle und direkte Information durch die Geschäftsführungsfunktion<sup>52</sup>
- vielfältige Möglichkeiten zur eigenen Motivation über Erfolgsbeteiligung
- Absicherung in arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht

Als Nachteile einer Doppelstellung für ein Verwaltungsratsmitglied sind zu erwähnen:

- Abhängigkeit und damit eingeschränkte Objektivität<sup>53</sup>
- Gefahr der Verfolgung von Eigeninteressen<sup>54</sup>
- Informationsdefizit der übrigen Verwaltungsräte und damit allenfalls vermehrt Meinungsdivergenzen
- erschwerte Kontrolle kann zu Spannungen im Verwaltungsrat führen

Diese Auflistung zeigt, dass ein Verwaltungsrat, welcher nur aus geschäftsführenden Mitgliedern zusammengesetzt ist, wohl nur für kleine Gesellschaften geeignet ist, in denen die Hauptaktionäre gleichzeitig Verwaltungsräte sind. Doch bei grösseren Gesellschaften und insbesondere auch bei Familiengesellschaften mit Aktionären, die nicht mehr selbst in der Geschäftsführung tätig sind, kann eine Aufteilung des Verwaltungsrats durchaus zweckmässig sein.<sup>55</sup> Um die Aufsicht über die Geschäftsführung in allen Situationen durchsetzen zu können, sollte allerdings die Gruppe der outside directors grösser sein als jene der inside directors. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die nicht der Geschäftsführung angehörenden Verwaltungsratsmitglieder nur noch zu Statisten degradiert werden, welche die Entscheidungen der Geschäftsführung hinzunehmen haben.

Die Personalunion von VR-Präsident und Geschäftsführer bzw. CEO ist in der Schweiz vor allem bei kleineren Unternehmen mit geringem Personalbestand oder mit einem Umsatz von unter CHF 2 Mio. pro Jahr weit verbreitet (im Durchschnitt aller Branchen rund 57%).<sup>56</sup> Es wäre deshalb praxisfremd, wenn man die Personalunion ohne weitere Massnahmen verbieten wollte. Andererseits ist eine derartige Funktionenkumulation unter dem Aspekt der Corporate Governance problematisch. Es verwundert daher nicht, dass Personalunionen beim Management von Aktiengesellschaft in den Medien seit langer Zeit immer wieder kritisiert werden.

Bereits am 13. Oktober 1910 wurden in der NZZ<sup>57</sup> die Zustände bei der Aktiengesellschaft Arnold B. Heine & Co., Arbon, kritisiert. Es sei kein normales Verhältnis, wenn der Direktor im

---

<sup>50</sup> RUIGROK, 24, empfiehlt deshalb den schweizerischen Gesellschaften anders als den amerikanischen eine strikte Trennung von VR-Präsident und CEO, denn in den USA würden die Vorschriften zur Offenlegung einen viel höheren Druck auf die Unternehmensspitze ausüben und damit die Aufsicht verbessern.

<sup>51</sup> Vgl. BERSET, 141.

<sup>52</sup> Gemäss DRUEY, Outsider, 75 f., liegt dagegen die manifeste Schwäche des reinen Outsidermodells in der gewöhnlich schlechten Information der Verwaltungsratsmitglieder.

<sup>53</sup> Von BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 956 zu § 13, auch als "Betriebsblindheit" bezeichnet.

<sup>54</sup> Diese Gefahr sieht WALDBURGER, 220.

<sup>55</sup> Unterschieden wird dabei in "inside directors" und "outside directors"; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 956 zu § 13.

<sup>56</sup> BDO VISURA, Studie 2002, 21, wobei nicht angegeben wird, ob diese Prozentzahl nur auf Verwaltungsräten mit mehreren Mitgliedern basiert. Rund 45% aller AG in der Schweiz haben einen Verwaltungsrat mit nur einem einzigen Mitglied (MÜLLER, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 103).

<sup>57</sup> NZZ vom 13.10.1910, Nr. 282 (zitiert nach WOLFERS, 63).

Verwaltungsrat sitze und zugleich Präsident des Aufsichtsrates sei, der über ihm stehen soll. Dazu schrieb WOLFERS im Jahre 1917: "Wo daher, wie es häufig geschieht, der Verwaltungsratspräsident zugleich Delegierter oder gar Direktor ist, da ist faktisch alle Macht in einer Hand konzentriert. Eine Wirksamkeit eines Rates gegen den Willen eines solchen Präsidenten ist fast undenkbar, wenn er von letzterem einberufen, präsidiert und im höchsten Grade beeinflusst zu werden vermag. Hier ist eine Einzelperson so unbeschränkt in der Herrschaft, dass alle Einrichtungen des Aktienrechts zum Schutz vor der Willkür des Einzelleiters zu einer Farce herabsinken."<sup>58</sup>

Mit der Sensibilisierung der Aktionäre für Belange der Corporate Governance hat die Diskussion um die Zulässigkeit und Zweckmässigkeit einer Personalunion von VR-Präsident und CEO stark zugenommen. Insbesondere bei schlechten Geschäftsabschlüssen wird die Organisationsstruktur kritisch hinterfragt. Geradezu klassische Beispiele sind die Berichterstattungen über die schlechten Ergebnisse von Schweizer Finanzkonzernen. So wurde zur Aufgabe des Doppelmandates von Rolf Hüppi als VR-Präsident und CEO der Zurich Financial Services Group im Februar 2002 bemerkt: "Bis er sich dazu durchgerungen hat, brauchte es monatelangen Druck der Finanzmärkte. Zu Recht, fiel doch der Alleinherrscher auf mit Schönfärberei und irrationaler, intransparenter Informationspolitik."<sup>59</sup> Bereits im März 2002 folgte eine ähnliche Kommentierung des VR-Präsidenten und CEO Lukas Mühlemann im Zusammenhang mit seiner Präsentation des Geschäftsberichtes der CS Group: "Mühlemann bleibt im Sattel - Festhalten am Doppelmandat trotz eines Jahres voller Pleiten, Pech und Pannen."<sup>60</sup>

1997 publizierte Spencer Stuart die Ergebnisse einer vergleichenden Studie zur Corporate Governance, in der u.a. folgende interessante Auflistung gemacht wurde:<sup>61</sup>

#### Personelle Trennung VR-Präsident/CEO im internationalen Vergleich

Land	Gesellschafts-system	Trennung VRP/CEO	Nicht exekutive VR-Mitglieder	Arbeitnehmer-vertretung
Österreich	100% Monismus	Hoch	75%	Nein
Belgien	100% Monismus	Hoch	78%	-
Brasilien	100% Monismus	Tief	60%	Nein
Canada	100% Monismus	66%	80%	Nein
Frankreich I	80% Monismus	0%	82%	Ja
Frankreich II	20% Dualismus	100%	92%	Ja
Deutschland	100% Dualismus	100%	100%	Ja
Italien	100% Monismus	100%	73%	Nein
Japan	100% Monismus	100%	5%	Nein
Holland	100% Dualismus	100%	100%	Nein
Süd Afrika	100% Monismus	50%	60%	-
Spanien	100% Monismus	37%	71%	Nein
Schweden	100% Monismus	Hoch	85%	Ja
Schweiz	100% Monismus	63%	89%	Nein
England	100% Monismus	90%	50%	Nein
USA	100% Monismus	15%	77%	Nein

Quelle: Spencer Stuart 1997

<sup>58</sup> WOLFERS, 63.

<sup>59</sup> St.Galler Tagblatt vom 26.2.2002, S. 13.

<sup>60</sup> St.Galler Tagblatt vom 13.3.2002, S. 13.

<sup>61</sup> PIC, 18.

Im Bericht zur Corporate Governance wird bezüglich der Trennung von VR-Präsident und CEO zur Rechtslage einleitend klargestellt, dass nach dem Board-System des schweizerischen Aktienrechts gemäss Art. 716a OR eine Trennung von Überwachung und Geschäftsleitung zwar erlaubt, aber im Gegensatz zum deutschen Recht nicht zwingend vorgeschrieben ist. Entsprechend unterschiedlich sei die Praxis in schweizerischen Gesellschaften. Im Zeitpunkt der Berichtsverfassung 2002 bestand eine Personalunion von VR-Präsident und CEO bei Roche, Novartis, CS Group und Zurich Financial Services.<sup>62</sup> Nach einem Vergleich mit den Regelungen in Grossbritannien, in den USA und in Deutschland werden folgende Diskussionspunkte angeführt:<sup>63</sup>

- Eine saubere Trennung der Funktionen des Verwaltungsrates und der operativen Geschäftsleitung ist zu begrüssen. Dadurch kann die unabhängige Aufsicht gestärkt und die Transparenz der Verantwortlichkeiten verbessert werden.
- Eine Personalunion hat auch Vorteile. Die Informations- und Entscheidungswege können verkürzt werden, Machtkämpfe werden unwahrscheinlicher und die Entscheidungsfindung wird erleichtert.
- Eine starre Regel empfiehlt sich nicht. Das Trennungsprinzip könnte als Grundsatz empfohlen werden, doch müsste die Personalunion möglich bleiben.

Entsprechend den Ergebnissen der Expertengruppe<sup>64</sup> wird im Swiss Code dem Verwaltungsrat die Entscheidung über Personalunion oder Doppelspitze freigestellt mit folgender Einschränkung: "Entschliesst sich der Verwaltungsrat aus unternehmensspezifischen Gründen oder weil die Konstellation der verfügbaren Spitzenkräfte es nahe legt, zur Personalunion, so sorgt er für adäquate Kontrollmechanismen."<sup>65</sup> Zur Erfüllung dieser Aufgabe kann der Verwaltungsrat ein nicht exekutives, erfahrenes Mitglied bestimmen (lead director). Dieses ist befugt, wenn nötig selbständig eine Sitzung des Verwaltungsrates einzuberufen und zu leiten.<sup>66</sup>

Im Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts wird ein neuer Art. 716b OR vorgeschlagen, wonach der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, die zu erweiterten Angaben im Geschäftsbericht verpflichtet ist, u.a. einen Grundsatzbeschluss zu fassen hat bezüglich Zusammensetzung des Verwaltungsrates und Vereinigung oder Trennung des Vorsitzes von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.<sup>67</sup> Damit würden die entsprechenden Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance bezüglich Personalunion ohne Änderung in das Obligationenrecht übernommen. Zusätzlich wird jedoch in Abs. 4 des neuen Artikels vorgeschrieben: "Der Verwaltungsrat begründet seinen Entscheid zu jedem der fünf Gegenstände des Grundsatzbeschlusses." KMU haben diese Angaben nicht zu machen. Wann die KMU-Schwelle überschritten ist, wurde im Expertenbericht<sup>68</sup> konkretisiert. Nach den ab 1. Januar 2008 gültigen Vorschriften bezüglich Revision wird die Unter-

---

<sup>62</sup> Vgl. HOFSTETTER, Corporate Governance Bericht, 36.

<sup>63</sup> HOFSTETTER, Corporate Governance Bericht, 37.

<sup>64</sup> HOFSTETTER, Erkenntnisse, 978, bezeichnet die Diskussionen um diesen Punkt als eigentlichen "Glaubenskrieg".

<sup>65</sup> Eine Aufzählung möglicher Kontrollinstrumente (Control Self Assessment) findet sich bei PAULSEN/MEIERHOFER, 1066 f.

<sup>66</sup> Swiss Code Ziff. 18.

<sup>67</sup> Vgl. BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET, 228.

<sup>68</sup> Böckli Peter/Huguenin Claire/Dessemontet François, Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, SZA Bd. 21, Zürich 2004, 17. Konkret wurden damals noch CHF 30 Mio. Bilanzsumme, CHF 60 Mio. Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen als Schwellenwerte vorgegeben.

scheidung in Bedeutende Gesellschaften einerseits und KMU andererseits danach vorgenommen, ob mindestens zwei der folgenden drei Kriterien während zwei aufeinander folgenden Jahren erreicht werden:

- Bilanzsumme von CHF 30 Mio.
- Umsatzerlös von CHF 60 Mio.
- 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt

*b) Die unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates*

Art. 716a Abs. 1 OR enthält eine abschliessende Liste von unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, die vom Verwaltungsrat als Gesamtorgan zu erfüllen sind. Diese Aufgaben können vom Verwaltungsrat weder an einzelne Mitglieder noch an Dritte delegierte werden. Zudem dürfen diese Aufgaben dem Verwaltungsrat auch nicht durch die Generalversammlung entzogen oder an diese "rückdelegiert" werden. Man spricht deshalb von unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, die sich mit folgenden Stichworten umschreiben lassen:

<b>Zwingende Aufgaben des Verwaltungsrates nach Art. 716a OR</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Oberleitung der Gesellschaft und Erteilung der nötigen Weisungen</li><li>• Festlegung der Organisation</li><li>• Finanzverantwortung</li><li>• Bestellung und Beaufsichtigung der Geschäftsführung</li><li>• Erstellung von Geschäftsbericht sowie Vorbereitung von Generalversammlung und Ausführung ihrer Beschlüsse</li><li>• Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung</li></ul>

Obwohl es sich um Aufgaben handelt, die zwingend vom Verwaltungsrat wahrgenommen werden müssen, ist es dem Verwaltungsrat gestattet, die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften einzelnen Mitgliedern oder Ausschüssen zu übertragen. Der Verwaltungsrat hat bei einer derartigen internen Zuweisung der genannten Aufgaben für eine ausreichende Berichterstattung an sämtliche Mitglieder zu sorgen. Die eigentliche Beschlussfassung und damit auch die Verantwortung für die in Art. 716a OR genannten Aufgaben muss jedoch beim Gesamtverwaltungsrat verbleiben.

*c) Transparenzvorschriften für kotierte Aktiengesellschaften*

Während im Obligationenrecht keine Bestimmung enthalten ist, welche eine zusätzliche gesetzliche Regelung bezüglich Corporate Governance zulassen würde, ist im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG, Börsengesetz) in Art. 8 ausdrücklich vorgesehen, dass die Börse ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel erlässt. Dieses Reglement soll Vorschriften über die Handelbarkeit der Effekten enthalten und festlegen, welche Informationen für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und der Qualität des Emittenten durch die Anleger nötig sind. Dabei soll den international anerkannten Standards Rechnung getragen werden. Schliesslich wird in Art. 8 BEHG festgehalten, dass die Börse nur dann einer Gesellschaft die Zulassung erteilen darf, wenn die Bedingungen des Reglements erfüllt sind.

Gestützt auf das Börsengesetz hat die Schweizerische Zulassungsstelle 1996 das Kotierungsreglement erlassen. In Art. 3 dieses Reglements behält sich die Zulassungsstelle das Recht vor,

zur Ausführung einzelner Bestimmungen des Kotierungsreglements Richtlinien zu erlassen. Parallel zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance hat die SWX Swiss Exchange deshalb die SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance erarbeitet. Sie ist am 1. Juli 2002 in Kraft getreten und gilt ausschliesslich für Gesellschaften, deren Aktien an der SWX gelistet sind. Erfüllt eine Gesellschaft diese Informationspflichten nicht, so wird sie nicht zum Handel an der SWX zugelassen bzw. vom Handel ausgeschlossen. Es besteht somit eine direkte und vor allem harte Sanktionsmöglichkeit.

Nach der SWX-Richtlinie haben die an der Schweizer Börse kotierten Gesellschaften folgende Angaben zur Corporate Governance zu machen:

<b>Angaben zur Corporate Governance nach der SWX-Richtlinie</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Konzernstruktur und Aktionariat</li><li>• Kapitalstruktur</li><li>• Verwaltungsrat</li><li>• Geschäftsleitung</li><li>• Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen</li><li>• Mitwirkungsrechte der Aktionäre</li><li>• Kontrollwechsel und Abwehrmassnahmen</li><li>• Revisionsstelle</li><li>• Informationspolitik</li></ul>

Insbesondere die Vorschriften zur Offenlegung der Entschädigungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung haben zu heftigen Diskussionen geführt. Konkret muss nach Ziff. 5.2. der SWX-Richtlinie nun Folgendes bezüglich der Entschädigungen an amtierende Organmitglieder ausgewiesen werden:

5.2.1	Summe aller Entschädigungen, namentlich Honorare, Saläre, Gutschriften, Bonifikationen und Sachleistungen ..., die während des Berichtsjahres vom Emittenten oder einer Konzerngesellschaft ausgerichtet wurden und direkt oder indirekt den Mitgliedern des Verwaltungsrats und/oder der Geschäftsleitung zugute kommen; ...
5.2.2	Die Summe ist je gesamthaft auszuweisen für: <ul style="list-style-type: none"><li>a die Gesamtheit der exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats und der Mitglieder der Geschäftsleitung einerseits;</li><li>b die Gesamtheit der nichtexekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats andererseits.</li></ul>
5.2.3	Separat auszuweisen sind zusätzliche Abgangsentschädigungen an oben genannte Personen, die im Berichtsjahr ihre Organfunktionen beendeten.

Mit diesen Vorschriften hätte beispielsweise früher erkannt werden können, dass Percy Barne-

vik als VR-Präsident und CEO der ABB Ltd. ein Pensionskassen-Guthaben von CHF 148 Mio. von der Gesellschaft bezog. Angesichts dieser Informationspflichten verwundert auch nicht, dass Dr. Daniel L. Vasella bereits jetzt als VR-Präsident und Delegierter der Novartis AG bekannt gibt, dass er ein jährliches Einkommen von rund CHF 20 Mio. bezieht.

### 3. Besondere Bedeutung der Corporate Governance für KMU

#### a) Überblick über die Bereiche der besonderen Bedeutung für KMU

Wird ein Unternehmen nicht konsequent geführt und kontrolliert, so wird es wohl kaum über Jahre hinaus erfolgreich sein. Eine effiziente Corporate Governance hat deshalb auch für mittelständische Unternehmen vorab in folgenden Bereichen eine wichtige Bedeutung:<sup>69</sup>

- Oberleitung der Gesellschaft und Erteilung der dazu notwendigen Weisungen
- Festlegung der Organisation, insbesondere bezüglich Zuteilung der Aufgaben und Kompetenzen
- Finanzplanung und Finanzkontrolle

Die Empfehlungen bezüglich Corporate Governance im Aussenverhältnis, also die Organisationsbeziehungen zu den Aktionären und zu den unternehmensrelevanten Anspruchsgruppen (Shareholder Value und Stakeholder Value) sind jedoch ebenfalls von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Deshalb sind auch die entsprechenden Angaben im Geschäftsbericht bzw. an der Generalversammlung genau zu prüfen. Stichwortartig können zur Bedeutung dieser Punkte folgende Ausführungen gemacht werden:

- Die Kreditwürdigkeit und damit verbunden die Höhe der zu zahlenden Kreditzinsen wird auch bei mittelständischen Unternehmen durch die Corporate Governance über das Rating der Banken direkt beeinflusst.
- Lieferanten und Kunden werden bei ihren Beziehungen zu mittelständischen Unternehmen vermehrt prüfen, ob die Vertragspartner durch eine effiziente Corporate Governance Gewähr für eine langfristige Beziehung bieten.
- Beim Verkauf eines mittelständischen Unternehmens wird im Rahmen der Due Dilligence auch die Corporate Governance geprüft und damit wird sie zu einem wichtigen Faktor für die Ermittlung des Kaufpreises.
- Bei Verantwortlichkeitsprozessen wird zukünftig unter dem Titel "Verschulden" auch bei Organen von mittelständischen Unternehmen mitberücksichtigt werden, ob den Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice Rechnung getragen wurde.
- Schliesslich ist damit zu rechnen, dass unser Aktienrecht, soweit es für mittelständische Unternehmen anwendbar ist, bezüglich Corporate Governance geändert bzw. verschärft wird. Immerhin waren Ende 2002 im Parlament 25 entsprechende Vorstösse hängig und Prof. Peter Böckli wurde von Bundesrätin Ruth Metzler angeblich bereits beauftragt, entsprechende Änderungsvorschläge auszuarbeiten.

#### b) Festlegung der Organisation

Auch ein chaotisch organisiertes Unternehmen kann unter Umständen rentabel sein. Doch in der Regel führt eine klare und den spezifischen Anforderungen des Unternehmens angepasste

---

<sup>69</sup> Zur verkannten Funktion der Corporate Governance in KMU vgl. MÜLLER, Corporate Governance, 39 ff.

Organisation zu besseren Resultaten. Nicht zuletzt deshalb schreibt Art. 716a Abs. 2 OR vor, dass der Verwaltungsrat nicht nur allgemein für die Oberleitung der Gesellschaft, sondern auch konkret für die Festlegung der Organisation zuständig ist.

Legt der Verwaltungsrat keine konkrete Organisation fest, oder begnügt er sich mit der Bestimmung von operativen Prozessen und sachlichen Zuständigkeiten, so sind die Mitglieder des Verwaltungsrates gemäss Art. 716b Abs. 3 OR gleichzeitig auch Geschäftsführer mit entsprechenden Verantwortlichkeiten. Soll die Geschäftsführung ganz oder teilweise delegiert werden, so sind dazu kumulativ drei Voraussetzungen zu erfüllen:

<b>Voraussetzungen zur Delegation der Geschäftsführung</b>	
1.	Ermächtigung in den Statuten
2.	Erlass eines Organisationsreglements
3.	Delegationsbeschluss des Verwaltungsrates

Der Swiss Code of Best Practice empfiehlt, dass die Mehrheit der VR-Mitglieder nicht exekutiv sein sollte. In kleinen Gesellschaften, insbesondere in Familiengesellschaften und Start-up-Unternehmen ist jedoch oftmals nur eine monistische Organisation möglich, da die Finanzmittel nicht ausreichen und fähige Verwaltungsräte nur schwer für solche Gesellschaften zu finden sind.

Eine Delegation der Geschäftsführung führt zu übersichtlichen Haftungsverhältnissen und erleichtert eine vom Tagesgeschäft losgelöste Strategiefindung bzw. Strategieüberprüfung. Die personelle Trennung von VR-Präsident und CEO ist deshalb zu empfehlen. Daher schreibt der Swiss Code of Best Practice in Ziff. 18 vor, dass im gegenteiligen Fall einer Personalunion "adäquate Kontrollmechanismen" vom Verwaltungsrat einzusetzen sind.

In Krisensituationen, insbesondere bei einem Versagen des CEO, wird der Verwaltungsrat unabhängig von der ursprünglich festgelegten Organisationsstruktur unter Umständen geneigt sein, mindestens einen Teil der Geschäftsführung zeitweise wieder zu übernehmen; dadurch werden aber die früheren Haftungsbegrenzungen der Delegation allenfalls teilweise aufgehoben.

Ein CEO hat in der Regel einen grossen Wissensvorsprung gegenüber den Verwaltungsräten. Harmonisieren VR-Präsident bzw. VR-Delegierter und CEO nicht, so kann der Verwaltungsrat bei einer weitgehend dualistischen Struktur bisweilen seine zwingenden Aufgaben nur noch mit viel Mühe wahrnehmen. In solchen Fällen ist der Verwaltungsrat auf ein interne Revision bzw. ein eigenes Kontrollsystem angewiesen, um die erforderlichen Informationen zu erhalten.

### *c) Finanzplanung und Finanzkontrolle*

Bereits nach den geltenden Vorschriften des Aktienrechts hat der Verwaltungsrat nicht nur dafür zu sorgen, dass ein funktionierendes Rechnungswesen besteht und die Buchhaltungsvorschriften eingehalten werden. Vielmehr hat er auch eine genügend weit reichende Finanzplanung und eine effiziente Finanzkontrolle einzurichten. Zur Erfüllung dieser Aufgabe muss jedes Verwaltungsratsmitglied zumindest in der Lage sein, Bilanzen und Erfolgsrechnungen zu verstehen.

Corporate Governance verlangt auch bei mittelständischen Gesellschaften eine effiziente Fi-

nanzkontrolle. Dazu gehört insbesondere die permanente Nachführung eines genügend lange vorausschauenden Liquiditätsplan. In der Praxis hat sich ein rollender 12-Monats-Liquiditätsplan als zweckmässig erwiesen.

Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen wie z.B. Kapitalerhöhung, Kapitalschnitt (Kapitalherabsetzung und evtl. anschliessende Kapitalerhöhung), Verzicht auf bereits beschlossene aber noch nicht ausgerichtete Dividenden oder Aktionärsdarlehen mit Rangrücktritt (keine eigentliche Sanierung, aber Aufschub).

Liegen noch keine Überschuldung und noch keine Illiquidität vor, so kann der Verwaltungsrat versuchen, mit einschneidenden Massnahmen weitere Verluste zu verhindern, bis sich der Geschäftsgang wieder normalisiert hat und die Liquidität sichergestellt ist. Dazu kommen folgende Massnahmen in Frage:

- Sistierung sämtlicher nicht dringend notwendiger Investitionen
- Zahlungen bzw. Zahlungsaufträge nur noch mit Zustimmung bzw. Unterschrift eines Verwaltungsrates
- Personaleinstellung nur noch mit Zustimmung bzw. Unterschrift eines Verwaltungsrates
- Überprüfung aller Arbeitsstellen auf Auslastung und evtl. vorübergehender Personalabbau
- Kündigung aller nicht betriebsnotwendigen Verträge (Abonnements, Werbung, Wartung etc.) unter Berücksichtigung der Konsequenzen (z.B. Art. 418u OR bei einem Agenturvertrag)
- Realisierung nicht betriebsnotwendiger Aktiven
- Verbesserung der Debitorenbewirtschaftung
- Salärverhandlung mit leitenden Angestellten und evtl. Vereinbarung einer Übergangslösung
- Sale and Lease Back von Mobilien und Immobilien
- Beizug externer Berater auf Provisionsbasis (z.B. zur Optimierung von Versicherung, Steuern, Materialaufwand, etc.)

Meistens zeigen die Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität erst nach einer gewissen Zeit Wirkung. Insbesondere Sale and Lease back Transaktionen erfordern oft mehr Zeit als geplant. Bis dahin müssen die vorhandenen Mittel nach einer klaren Prioritätenliste verwendet werden. Dabei sind Konflikte vorprogrammiert. Zum Beispiel kann die Pflicht der Gesellschaft, als Arbeitgeberin BVG-Beiträge der Arbeitnehmer an die zuständige Vorsorgeeinrichtung weiterzuleiten, mit der Pflicht kollidieren, in einer Notsituation alles zur Erhaltung eines Betriebes Notwendige vorzukehren. Da der Verwaltungsrat persönlich für die Sozialversicherungsbeiträge einzustehen hat (Art. 52 AHVG und Art. 76 BVG), lautet die Empfehlung aus Sicht der Haftungsprävention, solche Forderungen vorrangig zu begleichen.

<b>Prioritätenliste zur Mittelverwendung</b>	
1.	Sozialversicherungsbeiträge
2.	Steuern und Gebühren
3.	Versicherungen
4.	Strom- und Telefonrechnungen
5.	Löhne
6.	Miete

*d) Empfehlungen nach dem Analysebericht zur Corporate Governance*

Sehr interessant und auch für mittelständische Gesellschaften hilfreich sind die Empfehlungen im Bericht von Prof. Dr. Karl Hofstetter zur Corporate Governance in der Schweiz:

<b>Empfehlungen zur Corporate Governance von Prof. Hofstetter</b>	
➤	In der Generalversammlung sollten nie Globalabstimmungen bei VR-Wahlen durchgeführt werden, bei der Déchargeerteilung, nur wenn kein Aktionär opponiert.
➤	Die gesetzliche Amtsdauer sollte nicht verkürzt werden.
➤	Die Unternehmensstrategie kann und soll vom Verwaltungsrat nur in Zusammenarbeit mit der Geschäftsleitung festgelegt werden.
➤	Der Verwaltungsrat sollte mindestens sechsmal im Jahr tagen.
➤	Externe Beratungs-Unterstützung sollte nur der Verwaltungsrat als Ganzes, nicht aber einzelne VR-Mitglieder beiziehen können.
➤	Abgangsentschädigungen sollen nicht mehr als eine Jahresentschädigung ausmachen.

#### **4. Übrige Auswirkungen der Corporate Governance**

*a) Auswirkungen auf die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft*

1975 haben die Länder der Zehnergruppe (G 10) den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht gegründet. Auf Grund seiner Vorschläge wurde 1988 die internationale Konvergenz der Eigenkapitalbemessung und Eigenkapitalanforderung für Banken herausgegeben. Diese Anforderungen wurden bekannt unter der Kurzbezeichnung "Basel I". Im Jahr 2002 folgte der "New Basel Capital Accord" unter der Kurzbezeichnung "Basel II". Dieser richtet sich nicht mehr nur an die Banken selbst, sondern auch an die Kreditnehmer und dabei insbesondere an die mittelständischen Unternehmen. Bis im Jahr 2005 soll Basel II in der Schweiz umgesetzt sein und auf 1.1.2006 in Kraft treten. Spätestens ab dann wird das Rating eines mittelständischen Unter-

nehmens als Kreditnehmer bei einer Bank eine zentrale Rolle bezüglich Kreditmöglichkeit und Kreditkonditionen spielen.

Bei der Festlegung des Ratings nach Basel II werden nicht nur Kredit- und Marktrisiken erfasst, sondern auch "operationelle Risiken", also insbesondere solche aus unzulänglichen internen Abläufen, mangelnder Personalqualität und Systemfehlern. Um solche Risiken erfassen und beurteilen zu können, werden die Banken auf Informationen angewiesen sein, wie sie bereits heute teilweise von der SWX-Richtlinie zur Corporate Governance verlangt werden. Je besser die Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice in einer Gesellschaft umgesetzt werden, umso besser wird das Rating bei der Bank ausfallen. Derzeit sind folgende Ratingangaben üblich:

<b>Interne Raiting-Systeme im Vergleich</b>	
<b>Risikoklassen</b>	<b>Moody's Rating</b>
<p><b><i>Geringes Risiko:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- R1</li> <li>- R2</li> <li>- R3</li> </ul> <p><b><i>Mittleres Risiko:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- R4</li> <li>- R5</li> </ul> <p><b><i>Hohes Risiko:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- R6/R7</li> <li>- R 8</li> </ul>	<p><b><i>Geringes Risiko:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- AAA</li> <li>- Aa1, Aa2, Aa3</li> <li>- A1, A2, A3</li> </ul> <p><b><i>Mittleres Risiko:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Baa1, Baa2, Baa3</li> <li>- Ba1, Ba2, Ba3</li> </ul> <p><b><i>Hohes Risiko:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- B1, B2, B3</li> <li>- Caa, Ca, C</li> </ul>

Die Kreditwürdigkeit wird nach Kriterien zu Management und Unternehmung (Soft Factors) beurteilt und die Kreditfähigkeit nach finanzwirtschaftlichen Faktoren (Hard Factors). Die Informationsbedürfnisse einer Bank nach Basel II können damit im Hinblick auf die Corporate Governance wie folgt dargestellt werden:

<b>Informationsbedürfnisse der Banken zum Rating nach Basel II</b>	
<b>Management und Unternehmen</b>	<b>Finanzwirtschaftliche Faktoren</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gesellschaftsübersicht</li> <li>- Organisation / Organigramm</li> <li>- Strategie</li> <li>- Zusammensetzung VR und GL</li> <li>- Produkte / Dienstleistungen</li> <li>- Marktstellung</li> <li>- Abhängigkeiten</li> <li>- Technologie / Kostenstruktur</li> <li>- Revisionsstelle</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ertragslage</li> <li>- Kapitalstruktur</li> <li>- Kommentar zur Jahresrechnung</li> <li>- gegenwärtiger Geschäftsgang</li> <li>- künftiger Geschäftsgang</li> <li>- Kreditzweck</li> <li>- Kredittragbarkeit</li> <li>- Kreditrückführung</li> </ul>

*b) Auswirkungen auf eine allfällige Zertifizierung*

Im Zusammenhang mit der ISO-Zertifizierung hat sich gezeigt, dass zahlreiche Grossabnehmer eine derartige Zertifizierung von ihren Lieferanten verlangen, um ihrerseits besser bei den Kunden dazustehen. In analoger Weise werden voraussichtlich auch die Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice zu einer indirekten Sanktionsmöglichkeit gegen mittelständische Unternehmen führen. Dieser Druck wird verstärkt durch die bereits bestehende Möglichkeit, den Verwaltungsrat selbst durch die SQS zertifizieren zu lassen. Verliehen wird dabei das Label "Best Board Practice". Der erste derart zertifizierte Verwaltungsrat ist derjenige der Verkehrsbetriebe Luzern. Für eine SQS-Zertifizierung des Verwaltungsrates werden folgende Bereiche untersucht:

1. Kenndaten des Unternehmens
2. Normative Funktionen
  - a) Statuten
  - b) Handelsregister-Auszug
  - c) Organisationsreglement
  - d) GV-Administration
  - e) Aktienbuch
3. Strategische Funktion
  - a) Strategie
  - b) Struktur
  - c) Kultur
4. Finanzwirtschaftliche Funktion
  - a) Ausgestaltung des Rechnungswesens
  - b) Finanzkontrolle
  - c) Finanzplanung
5. Personelle Funktion
  - a) Profile
  - b) Zusammensetzung
  - c) Rekrutierungsprozess
  - d) Evaluation
  - e) Honorierung
  - f) Förderung und Weiterbildung
6. Führungsmässige Funktion
  - a) Risiko- und Krisenmanagement
  - b) VR-Präsident
  - c) Sitzungsmanagement
  - d) Power Sharing
  - e) Ausschüsse
  - f) Ernennung, Kontrolle und Abberufung
7. Kommunikative Funktion
  - a) Kommunikationskonzept
  - b) Geschäftsbericht

Bereits heute wählen nicht nur Grossunternehmen sondern auch anspruchsvolle Kunden ihre Lieferanten nicht mehr nur nach der Produktqualität und dem Preis aus. Lieferbereitschaft und Kontinuität in der Geschäftsbeziehung spielen gerade in unserer hektischen Wirtschaftswelt eine immer grössere Rolle. Vorerst genügt es noch, wenn ein minimaler Geschäftsbericht neben

dem umfangreichen Produktprospekt abgegeben wird. Doch bald schon werden wohl Informationen abgegeben werden müssen, wie sie auch von börsenkotierten Gesellschaften jederzeit über Internet abgerufen werden können. Jene mittelständischen Gesellschaften, die zukünftig nicht nur gegenüber Banken, sondern auch gegenüber Kunden und Lieferanten kompetent und transparent Auskunft im Zusammenhang der Corporate Governance geben, werden einen Wettbewerbsvorteil erlangen.

Verschiedene Gesellschaften haben bereits heute neben einem wissenschaftlichen Beirat auch einen Kundenrat etabliert, um allen Bedürfnissen der Kunden Rechnung zu tragen. Es ist erstaunlich, in welchem Umfang bereits heute die Kunden Informationen zum Thema Corporate Governance bei einer Gesellschaft verlangen, auch wenn dieser Begriff oftmals gar nicht verwendet wird.

### *c) Auswirkungen auf einen allfälligen Unternehmensverkauf*

Wollen die Eigentümer eines mittelständischen Unternehmens eine Beteiligung abgeben oder sogar ihre gesamten Gesellschaftsanteile verkaufen, so wird vor dem Vertragsabschluss durch einen seriösen Käufer mit Sicherheit eine so genannte Due Diligence verlangt. Dabei werden alle für den Kauf relevanten Daten eingesehen und geprüft. Ein wichtiger Bestandteil einer derartigen Prüfung sind die Angaben zur Corporate Governance. Im Hinblick auf die Fortführung der Gesellschaft werden dabei analog den Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice insbesondere folgende Angaben zur Corporate Governance verlangt:

- Bei jedem nicht der Geschäftsleitung angehörenden Verwaltungsrat ist anzugeben, ob eine geschäftliche Beziehung zur Gesellschaft besteht und wie diese aufgelöst werden kann.
- Die interne Organisation ist ebenso klarzustellen, wie die Grundzüge der Kompetenzregelung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.
- Die Information- und Kontrollinstrumente gegenüber der Geschäftsleitung sind konkret anzugeben; die aktuellen Ergebnisse der internen Revision, des Risikomanagementsystems oder zumindest des Management Informationssystems (MIS) werden verlangt und auf ihre Effizienz bzw. Genauigkeit überprüft.
- Besonders genau sind die Entschädigungen an VR und GL anzugeben, um einerseits die Ertragslage der Gesellschaft zu objektivieren und andererseits die noch offenen Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber den Organen und der Pensionskasse zu ermitteln. Auch allfällige Aktienoptionen der Mitarbeiter sind offen zu legen.
- Darlehen an Organe und Aktionäre mit Angabe der Zinsverpflichtung und Bonität.

Nur wenn in einer Gesellschaft die Empfehlungen des Swiss Code of Practice bereits weitgehend umgesetzt sind, wird es ohne grösseren Aufwand gelingen, diesen Informationsansprüchen zu genügen und damit eine Kaufpreisminderung zu verhindern.

### *d) Auswirkungen auf Verantwortlichkeitsprozesse*

Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance fordert heute von den Verwaltungsräten nicht nur ein verstärktes Engagement zu Gunsten der Aktiengesellschaft, sondern auch eine sorgfältigere Ausübung ihres Mandates. Fällt die Gesellschaft in eine Krise oder geraten Aktionäre bzw. Gläubiger zu Verlust, so wird sehr rasch der Ruf nach einer Verantwortlichkeitsklage laut. Ein bekanntes Beispiel dafür ist die Swissair, bei der am Anfang der Liquiditätskrise eine Sonderprüfung gefordert wurde. Als dann die Nachlassstundung Realität war, hat der Bund im November 2001 CHF 2,7 Mio. für die Durchführung der Sonderprüfung und die Abklärung der Verantwortlichkeit bereitgestellt. Die ersten Verantwortlichkeitsklagen wurden

zwischenzeitlich vom Nachlassverwalter eingereicht. Parallel dazu wurden Strafverfahren gegen die ehemaligen Verwaltungsräte der SAir Group eingeleitet. Verantwortlichkeitsprozesse gegen Verwaltungsräte sind deshalb ein aktuelles Thema und werden es zukünftig noch vermehrt sein. Allerdings sind solche Prozesse finanziell und personell sehr aufwändig, weshalb sie in der Regel auch über fünf Jahre dauern.<sup>70</sup>

Die Verantwortlichkeitsansprüche werden meistens auf die privatrechtliche Haftungsnorm von Art. 754 OR gestützt. Tatsächlich kann ein Verwaltungsrat für seine Handlungen oder Unterlassungen jedoch auch basierend auf andere Normen zur Verantwortung gezogen werden, insbesondere nach öffentlichrechtlichen Vorschriften. Das Risiko von Verantwortlichkeitsprozessen ist deshalb nicht nur durch die Aktienrechtsrevision von 1992 gestiegen, sondern auch durch die Sensibilisierung der Konkurs-, Sozialversicherungs-, Steuer- und Strafbehörden im Zusammenhang mit der Diskussion um die Corporate Governance. Ein ebenfalls bekanntes Beispiel dafür ist der Canyoning Prozess zur Wildwassertragödie vom 27.7.1999. Die drei Verwaltungsräte der Firma Adventure World wurden wegen fahrlässiger Tötung zu je 5 Monaten Gefängnis bedingt sowie zu Bussen von je CHF 7'500.-- verurteilt. Zur Begründung seines Urteils wies der Richter darauf hin, dass die Sicherheit bei einem Unternehmen wie Adventure World eindeutig "Chefsache" sei. Deshalb wurden die Verwaltungsräte schärfer sanktioniert, als die leitenden Arbeitnehmer.

Am deutlichsten manifestiert sich das Risiko von Verantwortlichkeitsprozessen im Zusammenhang mit nicht geleisteten Sozialversicherungsbeiträgen. Gestützt auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (Art. 52 AHVG) wurden im Kanton St. Gallen 1999 insgesamt 52 Schadenersatzklagen gegen Verwaltungsräte beim Versicherungsgericht erhoben. Im Kanton Zürich gingen im gleichen Jahr insgesamt 96 Klagen gestützt auf das AHVG ein.

Bei der Betrachtung der Gerichtsstatistiken ist zu berücksichtigen, dass Auseinandersetzungen über Verantwortlichkeitsfragen nur teilweise in der Öffentlichkeit bekannt werden, da sie häufig aussergerichtlich oder vor einem Schiedsgericht erledigt werden. In den genannten Zahlen sind zudem diejenigen Fälle nicht enthalten, in welchen die Verwaltungsräte nach Erhalt einer Zahlungsaufforderung die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge selbst bezahlt und damit ein Verantwortlichkeitsverfahren vermieden haben.

---

<sup>70</sup> Zur besonderen Verhandlungs- und Prozessführung bei solchen Verantwortlichkeitsklagen vgl. MÜLLER, unsorgfältige Führung, 851 ff.

#### IV. Zusammenfassung

Corporate Governance ist heute ein schillerndes Modewort. Tatsächlich bedeutet es in seinem Ursprung nichts anderes als Unternehmensführung und -kontrolle. Damit ist klar, dass Corporate Governance nicht erst seit 1992 mit der Publikation des Cadbury Reports und der Revision des Aktienrechts von Bedeutung ist. Neu ist lediglich das Bewusstsein, dass eine Aktiengesellschaft nicht nur im Innenverhältnis bezüglich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung aktiv geführt und kontrolliert werden muss, sondern auch im Aussenverhältnis bezüglich Aktionären und Anspruchsgruppen.

Corporate Governance ist nicht nur etwas für börsennotierte Grossgesellschaften. Auch wenn der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance vorwiegend auf solche Gesellschaften ausgerichtet wurde und die SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance nur gegenüber börsennotierten Gesellschaften mit Sanktionen durchsetzbar ist, so heisst dies noch nicht, dass diese Regelungen keinen Einfluss auf mittelständische Unternehmen haben. Solche Empfehlungen haben trotz ihrer mangelnden direkten Durchsetzbarkeit bereits heute ohne weitere Änderung des Aktienrechts in folgenden Bereichen einen massgebenden Einfluss:

##### **Bedeutung der Corporate Governance für mittelständische Unternehmen**

- Oberleitung der Gesellschaft
- Festlegung der Organisation
- Finanzplanung und Finanzkontrolle
- Kreditwürdigkeit der Gesellschaft
- Beziehungen zu Lieferanten und Kunden
- Due Diligence bei Beteiligung oder Verkauf
- Verantwortlichkeitsprozesse

Abschliessend ist festzustellen, dass auch eine effiziente Corporate Governance den langfristigen Erfolg bei einem mittelständischen Unternehmen nur wesentlich begünstigen aber nicht garantieren kann!