

Umsetzung einer praktischen Corporate Governance für KMU



Michael Walther, lic. iur. HSG/CEMS MiM, Rechtsanwalt, ist Managing Partner der GHR Rechtsanwälte AG, Bern, Muri und Zürich (www.ghr.ch), einer national und international tätigen Wirtschafts- und Steueranwaltskanzlei. Michael Walther berät Unternehmerinnen und Unternehmer sowie ihre Unternehmen im Bereich des Gesellschaftsrechts, der Family und Corporate Governance, der Nachfolgeplanung, der Finanzierung sowie der Steuern. Er ist als

Verfasser von Publikationen und als Referent von Fachvorträgen in den genannten Bereichen tätig.

Der Autor dankt RA Marco Fusi, M.A. HSG sowie Jasmin Eicher, BLaw, beide GHR Rechtsanwälte AG, für ihre wertvolle Mitarbeit.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	206
2.	Corporate Governance im Allgemeinen	207
2.1	Grundsätzliches.....	207
2.2	Rahmenbedingung.....	208
2.2.1	Schweizer Modell.....	208
2.2.2	Aktienrechtliche Bestimmungen.....	208
2.2.3	Börsenrechtliche Bestimmungen.....	209
2.2.4	Corporate-Governance-Codes.....	209
2.2.4.1	Im Allgemeinen.....	209
2.2.4.2	Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.....	210
2.2.4.3	Best Practice – Empfehlungen für KMU.....	211
3.	Corporate Governance für KMU	212
3.1	Besonderheiten.....	212
3.2	Ziele.....	213
4.	Sicherstellung professioneller Unternehmensführung	213
4.1	Corporate Governance in der Unternehmensführung.....	213
4.2	Corporate-Governance-Pflichten des Verwaltungsrats.....	214
4.2.1	Organisation der Unternehmensleitung.....	214
4.2.2	Arbeitsweise des Verwaltungsrats.....	215
4.2.3	Rechte und Pflichten in Bezug auf die Kontrolle.....	216
4.2.4	Aufgaben im Zusammenhang mit der Generalversammlung.....	217
4.2.5	Auskunfts- und Einsichtsrechte der Verwaltungsratsmitglieder.....	218
4.3	Zusammensetzung des Verwaltungsrats.....	219
4.4	Verhältnis Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.....	220
4.5	Unterstützung durch Führungsinstrumente.....	221
5.	Verhältnis zwischen Unternehmensleitung und Unternehmenseigentümer	222
5.1	Corporate Governance bei Unternehmenseigentümern.....	222
5.2	Beteiligung und Ausschüttung.....	222
5.3	Rechte der Unternehmenseigentümer.....	223
5.3.1	Informations- und Kontrollrechte.....	223
5.3.2	Mitwirkungsrechte.....	224
5.3.3	Bezugsrechte.....	225
5.3.4	Klagerechte.....	226
5.4	Möglichkeiten zur Verschiebung von Stimmverhältnissen.....	226
5.5	Verkaufsmöglichkeit für Unternehmer- und Anlegeraktionäre.....	227

6. Fazit	228
Abkürzungen	229
Literatur und Materialien	230

1. Einleitung

In Zeiten der zunehmenden Transparenz und Regulierung hat sich die Corporate Governance zu einem international bedeutenden Thema für Wirtschaft und Politik entwickelt. Die Grundsätze der Corporate Governance waren ursprünglich vor allem dazu gedacht, das Management der Publikumsgesellschaften zu verbessern. Die zunehmende Machtverschiebung von den Aktionären zum Management von Publikumsgesellschaften war ausschlaggebend für die wachsende Bedeutung der Corporate Governance. Weltweit akzentuiert wurde diese Diskussion durch den Bankrott von Enron im Jahr 2001 und dem darauf folgenden Konkurs der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Arthur Andersen. In der Schweiz hat die Debatte der gegensätzlichen Interessen der Unternehmenseigentümer und Unternehmensleitung durch den Konkurs der Swissair im Jahr 2001 Auftrieb erhalten.

Corporate Governance dient als Oberbegriff für diverse Aspekte der Unternehmensführung und -kontrolle. Dabei geht es einerseits um das Kräftegleichgewicht innerhalb der Gesellschaft zwischen Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Revision im Sinne einer *Organisationsregelung*; andererseits um die Beziehungen der Gesellschaft zu den verschiedenen Anspruchsgruppen im Sinne einer *Organisationsbeziehung*.

Corporate Governance wird in Klein- und Mittelunternehmen (KMU) oft als wichtiges Instrument zur Regelung von Machtpositionen in Grossunternehmen oder als Regelwerk für Publikumsgesellschaften abgetan. Deswegen wurde für die Einführung einer Corporate Governance in KMU in der Vergangenheit weder eine Notwendigkeit noch eine Funktion gesehen.

Dies hat sich in den letzten Jahren markant geändert: Aufgrund von immer grösseren Schwierigkeiten bei der Nachfolgeplanung oder der Fremdfinanzierung ist die Corporate-Governance-Diskussion im Zusammenhang mit KMU wieder stärker in den Fokus gerückt. Dabei wurde erkannt, dass eine gute Corporate Governance auch für KMU ein hilfreiches Instrument sein kann, um diesen Problemen entgegenzuwirken. Offensichtlich ist aber, dass die Umsetzung einer Corporate Governance bei KMU verhältnismässig und pragmatisch erfolgen muss.

In diesem Artikel sollen mögliche Ansatzpunkte für die Umsetzung einer praktischen Corporate Governance für KMU aufgezeigt werden.

2. Corporate Governance im Allgemeinen

2.1 Grundsätzliches

Eine einheitliche Definition von Corporate Governance gibt es nicht. Grundsätzlich geht es um die Frage des effektiven Führens und der Aufsicht von Unternehmen. Durch eine wirksame Corporate Governance soll im Wesentlichen eine Balance der inneren und äusseren Kräfte der Gesellschaft erzielt werden:¹

- (i) Bei der *Balance im Innenverhältnis* des Unternehmens geht es um die Kräfte zwischen der Oberleitungs- und Überwachungsfunktion sowie der Zusammensetzung des Verwaltungsrats, der Führungsfunktion der Geschäftsleitung und der Prüfungsfunktion der Revisoren (*interne Corporate Governance*).
- (ii) Die *Balance in der Aussenbeziehung* des Unternehmens betrifft die Kräfte zwischen dem Unternehmen, ihren Eigentümern (Kapitalmarkt) und den übrigen Anspruchsgruppen (*externe Corporate Governance*).

Dabei ist eine funktionierende interne Corporate Governance eine zwingende Voraussetzung, um ein Gleichgewicht der externen Corporate Governance zu erzielen.²

Zur Umsetzung einer funktionierenden Corporate Governance innerhalb eines Unternehmens ist einerseits das Ziel der unternehmerischen Tätigkeit sowie andererseits die massgeblichen Kräfte und Interessen im (internen Corporate Governance) und am (externen Corporate Governance) Unternehmen zu beachten.

1 Böckli (2009), § 14 Rz. 31 ff.

2 Böckli (2009), § 14 Rz. 31 ff.

2.2 Rahmenbedingung

2.2.1 Schweizer Modell

In der Schweiz wurde für das regulatorische Modell der Corporate Governance eine Kombination zwischen *Rahmengesetzbestimmungen* im Aktienrecht³ und Börsenrecht sowie *Selbstregulierungsbestimmungen* aufgrund von Richtlinien und Codes gewählt. Dies ist ein flexibles und zeitgemässes Modell, da der Gesetzgebungsprozess im Corporate-Governance-Bereich einem hohen Zeitdruck ausgesetzt ist. Wichtig dabei ist, dass die Corporate-Governance-Regelungen auch künftig übersichtlich und praxisnah umsetzbar bleiben.

2.2.2 Aktienrechtliche Bestimmungen

Eine Verpflichtung zur allgemeinen Einführung einer Corporate Governance für Unternehmen findet sich im schweizerischen Aktienrecht grundsätzlich nicht. Das schweizerische Aktienrecht enthält indes bereits wesentliche *Grundentscheidungen* sowie *Rahmenbedingungen* zur Corporate Governance, welche von Unternehmen zu beachten sind:

- (i) Das Schweizer Aktienrecht hat die *Kompetenzverteilung* zwischen Eigentümer (Generalversammlung) und Unternehmensleitung (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) klar definiert, indem es den beiden Gesellschaftsorganen unübertragbare Kernkompetenzen⁴ zugeteilt hat.
- (ii) Die geltende *Sorgfalts- und Treuepflicht* des Verwaltungsrats⁵ beinhaltet letztlich die Pflicht, Grundsätze einer zeitgemässen und auf die konkreten Verhältnisse angepassten Corporate Governance umzusetzen.⁶
- (iii) *Transparenzanforderungen* bei Publikumsgesellschaften zur relativ detaillierten Offenlegung der Vergütung, der Beteiligungsrechte sowie Wandel- und Optionsrechte der Leitungsorgane geben dem Aktionariat heute schon ein umfassendes Einsichtsrecht.⁷

3 In der Folge werden einzig die Bestimmungen des Aktienrechts näher untersucht. Analoge Bestimmungen bzw. Verweise auf das Aktienrecht finden sich in den Regelungen für die GmbH und Genossenschaft im OR.

4 Art. 698, Art. 716, Art. 716a und Art. 716b OR.

5 Art. 717 Abs. 1 OR.

6 Krneta (2005), N 1174 ff.

7 Art. 663b^{bis} OR; Art. 663c Abs. 1 und 3 OR.

- (iv) *Formvorschriften* bei Verträgen zwischen Gesellschaften mit Personen, welche als Vertreter auch die Gesellschaft verpflichten, dienen einer erhöhten Transparenz.⁸

2.2.3 Börsenrechtliche Bestimmungen

Ausserhalb des Aktienrechts werden Börsen durch das per 1. Januar 2016 in Kraft getretene Finanzmarktinfrastrukturgesetz ermächtigt und verpflichtet, die Zulassung von Effekten zum Handel zu regeln.⁹ Die Börsen haben im Rahmen dieser Kompetenz Anforderungen zur Corporate Governance ihrer Teilnehmer erlassen.¹⁰

2.2.4 Corporate-Governance-Codes

2.2.4.1 Im Allgemeinen

Die Regeln der Corporate Governance sind zahlreich und werden ständig weiterentwickelt, wie die Zahl der in der Schweiz und weltweit bestehenden Leitlinien oder Empfehlungen (sog. Corporate-Governance-Codes) belegt. Grundsätzlich basieren die Corporate-Governance-Codes auf *neun Grundprinzipien*, welche sich von den *Global Governance Principles*¹¹ vom *International Corporate Governance Network (ICGN)*¹² ableiten lassen:¹³

1. Das vorrangige Ziel der Gesellschaft sollte darin bestehen, die Rendite (*Return-on-Investment ROI*) ihrer Aktionäre zu optimieren.
2. Die Gesellschaften sollten Informationen exakt, angemessen und zeitgerecht bekannt geben, sodass die Investoren bezüglich des Kaufs und Verkaufs von Aktien aufgeklärte Entscheidungen treffen können.
3. Die Stammaktien von Gesellschaften sollten zu einer Stimme pro Aktie berechtigen.

8 Schriftlichkeitserfordernis gemäss Art. 718b OR. Dieses Erfordernis gilt nicht für Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1000.– nicht übersteigt.

9 Art. 35 FinfraG; bis zum 31.12.2015 geregelt in Art. 8 Abs. 1 BEHG.

10 So z.B. die SIX Swiss Exchange AG im Rahmen ihrer Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance der SIX vom 1.9.2014.

11 International Corporate Governance Network (ICGN), *Global Governance Principles*, abrufbar unter <https://www.icgn.org/policy> (Stand: 12.1.2016).

12 Das International Corporate Governance Network (ICGN) ist eine weltweit tätige Nonprofit-Organisation, welche internationale Grundsätze zur Corporate Governance ausarbeitet. Weiterführende Informationen sind abrufbar unter <https://www.icgn.org> (Stand: 12.1.2016).

13 In Anlehnung an die Zusammenfassung auf dem KMU-Portal der Schweizerischen Eidgenossenschaft, abrufbar unter <http://www.kmu.admin.ch/aktuell/00513/04230/04275/index.html?lang=de> (Stand: 12.1.2016).

4. Der Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat als Gremium und jedes seiner Mitglieder als Individuum sollten vor der Gesamtheit der Aktionäre haftbar sein.
5. Die Vergütungen der Verwaltungsräte von Gesellschaften oder der Mitglieder des Aufsichtsrates und der operativen Geschäftsführung sollten an den Interessen der Aktionäre ausgerichtet werden.
6. Umfangreiche strategische Veränderungen in einer Gesellschaft sollten nicht ohne das vorherige Einverständnis der Aktionäre erfolgen.
7. Die Corporate Governance sollte sich über längere Sicht auf die Optimierung der Rendite aus den operativen Geschäften der Gesellschaft konzentrieren.
8. Die Gesellschaften haben sämtliche anzuwendenden Gesetze der Amtsbezirke, in denen sie tätig sind, einzuhalten.
9. Die Corporate Governance sollte dort, wo es sie gibt, pragmatisch umgesetzt werden. Dort, wo sie fehlt, sollten sich die Investoren darum bemühen, sie zu entwickeln.

2.2.4.2 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

Die Economiesuisse hat im Jahr 2002 erstmals den Swiss Code of Best Practice for *Corporate Governance* herausgegeben.¹⁴ Beim Swiss Code handelt es sich um Gestaltungsempfehlungen, welche rechtlich nicht verbindlich sind, aber aufgrund des Aufzeigens von praxisnahen Lösungswegen im Markt auf grosse Akzeptanz stossen. Dabei hat die Economiesuisse die neuen Grundprinzipien der ICGN berücksichtigt, ist aber in einzelnen Punkten davon abgewichen.¹⁵ Seit seiner Einführung im Jahr 2002 hat der Swiss Code die Corporate Governance in der Schweiz massgeblich geprägt.

Die erste Ausgabe des Swiss Code hatte im Wesentlichen die *Verteidigung der Aktionärsrechte* zum Gegenstand. Die jüngste Ausgabe, welche im November 2014 erschienen ist, legt aufgrund der durch die Minder-

14 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance der Economiesuisse (Herausgabe: Juli 2002; aktualisiert 2007 und 2014), abrufbar unter http://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/downloads/swisscode_d_20140926.pdf (Stand: 12.1.2016).

15 So z.B. im Grundprinzip Nr. 3: Gemäss dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (vgl. hiervor FN 14) sind immer noch verschiedene Aktienkategorien mit unterschiedlichen Stimmrechten möglich.

Initiative angepassten Bundesverfassung¹⁶ den Schwerpunkt auf die *nachhaltige Entwicklung von Unternehmen*.¹⁷

Die vom Swiss Code abgedeckten Bereiche folgen dem geltenden Aktienrecht. Sie konkretisieren dabei bereits vorgezeichnete Grundsatzbestimmungen und unterbreiten den Führungsorganen Gestaltungsvorschläge zur Nutzung ihres gesetzlichen Handlungsspielraums.¹⁸

Der Swiss Code richtet sich grundsätzlich an *Publikumsgesellschaften* und hat zum Ziel, *Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle auf der obersten Unternehmensebene* zu schaffen. Dabei dient die Ausrichtung stets dem Aktionärsinteresse.

2.2.4.3 Best Practice – Empfehlungen für KMU

Um den spezifischen Corporate-Governance-Bedürfnissen von KMU in der Schweiz Rechnung zu tragen, wurden die sogenannten *Best Practice im KMU (BP-KMU) – Empfehlungen zur Führung und Aufsicht von kleinen und mittleren Unternehmen* entwickelt und publiziert.¹⁹ Diese Best-Practice-Empfehlungen beruhen auf dem Prinzip der Selbstregulierung und wurden bewusst kurz und einfach gehalten. Die Empfehlungen werden dabei in vier Dimensionen gegliedert:

1. *Situative Dimension*: Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des KMU
2. *Strategische Dimension*: Zielgerichtete Führung im KMU
3. *Integrative Dimension*: Effiziente Verwaltungsrats- und Geschäftsführungsteams im KMU
4. *Kontroll-Dimension*: Wirksame Aufsicht im KMU.

Auch bei diesen Best-Practice-Empfehlungen handelt es sich um reine Handlungsempfehlungen, welche rechtlich nicht verbindlich sind.

¹⁶ Art. 95 Abs. 3 BV.

¹⁷ Vorwort zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (vgl. hiavor FN 14).

¹⁸ Forstmoser Peter, Corporate Governance, Regeln guter Unternehmensführung in der Schweiz, Zürich 2002, abrufbar unter <http://www.forstmoser.ch/publications/articles/2002-cg-nkf.pdf> (Stand: 12.1.2016), S. 49.

¹⁹ Best Practice im KMU (BP-KMU) – Empfehlungen zur Führung und Aufsicht von kleinen und mittleren Unternehmen, herausgegeben durch das IFPM-HSG Center for Corporate Governance der Universität St. Gallen, abrufbar unter www.kmu.admin.ch/publikationen (Stand: 12.1.2016).

3. Corporate Governance für KMU

3.1 Besonderheiten

Bei vielen KMU ist die Trennung von Eigentum und Kontrolle schwierig, da oft der Eigentümer direkt als operativer Unternehmer tätig ist. Es ist aber gerade in diesen Fällen zentral, dass die Aufgaben und Rollen der Organe – Unternehmenseigentümer (Aktionariat) und Unternehmensleitung (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) – klar voneinander abgegrenzt werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das Unternehmen in einen rein operativen Modus verfällt und strategische Diskussionen, wie z.B. hinsichtlich der strategischen Ausrichtung oder der Nachfolge des Unternehmens, vernachlässigt werden.

Bei KMU ist die Entwicklung der Corporate Governance regelmässig noch nicht so weit fortgeschritten. Dies hat folgende Hauptgründe:

- (i) *Auf der Ebene Unternehmensleitung: Professionelle Geschäftsleitung und fehlende Unabhängigkeit des Verwaltungsrats*
- (ii) *Auf der Ebene der Unternehmenseigentümer: Machtkonzentration bei der Geschäftsleitung und den Unternehmeraktionären,²⁰ Gefahr der Benachteiligung der Anlegeraktionäre.²¹*

In der Regel arbeitet die Geschäftsleitung auf operativer Ebene sehr professionell. Demgegenüber setzt sich der Verwaltungsrat in den meisten Fällen einerseits aus den Mitgliedern der Geschäftsleitung und andererseits aus anderen Mitgliedern – bspw. die Familie der Geschäftsleitung – zusammen. Der Verwaltungsrat gleicht somit teilweise mehr einem Familientreffen als einem professionell arbeitenden Organ. Aus diesem Grund findet eine Machtverschiebung zugunsten der Geschäftsleitung statt. Durch die persönliche Bindung zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung oder gar durch Personalunion ist der Verwaltungsrat nicht unabhängig und es wird oft schwierig, heikle Themen anzusprechen. Folglich kann der Verwaltungsrat seine Aufgabe als Aufsichts- und Kontrollorgan nicht genügend wahrnehmen.

20 Unternehmeraktionäre wird in der Folge für Mitglieder der Geschäftsleitung verwendet, welche zugleich auch Aktionäre des Unternehmens sind.

21 Anlegeraktionäre wird in der Folge für reine Aktionäre des Unternehmens verwendet, welche sonst keine Funktion in der Geschäftsleitung haben.

Sofern neben den Unternehmeraktionären auch Anlegeraktionäre am Unternehmen beteiligt sind, kann aufgrund des Wissensvorsprungs der Unternehmeraktionäre durch ihren Einsitz in der Geschäftsleitung eine Machtkonzentration zum Nachteil der Anlegeraktionäre entstehen. Zudem befinden sich die Unternehmeraktionäre, welche einen nachhaltigen Erhalt und Erfolg des Unternehmens erreichen und die Anlegeraktionäre, welche eine kurzfristige Rendite erzielen wollen, regelmässig in einem Interessenkonflikt. Dieses Problem kann sich akzentuieren, wenn die Anlegeraktionäre eine Mehrheitsbeteiligung am Unternehmen halten. Bei Anlegeraktionären, welche Minderheitsbeteiligungen halten, fehlt aufgrund des in der Regel nicht vorhandenen Marktes für ihre Beteiligung am KMU eine Exitmöglichkeit zur Veräusserung derselben.

3.2 Ziele

Aufgrund der besonderen Situation bei KMU ist die *Sicherstellung einer professionellen Unternehmensführung* angesichts oft schwacher interner und externer Kontrollen zentral. Der Verwaltungsrat muss seine Aufgabe als Aufsichts- und Kontrollorgan wahrnehmen können.

Sofern Unternehmer- und Anlegeraktionäre bestehen, muss das *Verhältnis zwischen der Unternehmensleitung und den Unternehmenseigentümern* mit Themen wie Transparenz, Mitspracherechte und Exitmöglichkeiten sowie das *Verhältnis zwischen den Unternehmenseigentümern selber* geklärt und institutionalisiert werden.

Im Folgenden sollen diese Oberziele im Rahmen der Umsetzung einer pragmatischen Corporate Governance für KMU aufgezeigt werden.

4. Sicherstellung professioneller Unternehmensführung

4.1 Corporate Governance in der Unternehmensführung

Bei der internen Corporate Governance handelt es sich – wie bereits ausgeführt – um die Gesamtheit der am Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausge-

wogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben. Dem Verwaltungsrat obliegt die *Oberleitung der Gesellschaft*.²² Eine gute Corporate Governance hängt demnach massgeblich davon ab, wie der Verwaltungsrat organisiert ist, welche Aufgaben er wahrnimmt und wie er diese ausführt. Die Corporate Governance hat im Grundsatz zum Ziel, dass Effizienz, Transparenz und klare Verantwortlichkeiten gesichert und im Interesse des Unternehmens gefördert werden.²³

4.2 Corporate-Governance-Pflichten des Verwaltungsrats

4.2.1 Organisation der Unternehmensleitung

Um effizient handeln zu können, braucht es eine gut strukturierte Organisation, welche an die individuellen Gegebenheiten anzupassen ist. Dabei kann u.a. auf die Grösse und die Tätigkeit der Gesellschaft Bezug genommen werden.²⁴ Diese *Organisation ist eine Pflicht des Verwaltungsrats*.²⁵ Grundsätzlich ist es schon bei mittelgrossen Unternehmen angezeigt, dass die laufenden Geschäfte an eine *Geschäftsleitung delegiert* werden. Dadurch wird der Gesellschaft in Bezug auf die täglich zu erledigenden Geschäfte eine gewisse Schnelligkeit und Flexibilität verliehen, was zu einer Effizienzsteigerung führt.²⁶ Der Gesamtverwaltungsrat bleibt zuständig für strategische Vorgaben, die Genehmigung der Unternehmensstrategie sowie die Kontrolle der korrekten Umsetzung. Weiter stellt sich die Frage, ob der CEO – der Vorsitzende der Geschäftsleitung – und der Präsident des Verwaltungsrats ein und dieselbe Person sein können (*sog. Doppelmandat*). Ein Problem könnte insbesondere dahingehend bestehen, als ein in die Geschäftsführung involvierter CEO nicht mehr die Unabhängigkeit mitbringt, die ein Verwaltungsrat noch haben sollte. Als mögliche Lösung könnte man einen externen unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten bestimmen, den CEO aber dennoch in den Verwaltungs-

22 Art. 716a Abs. 1 OR.

23 Vgl. zum Ganzen Bättig Kurt, KMU gewinnen dank Good Corporate Governance, abrufbar unter http://www.baettig.ch/fileadmin/user_upload/Files/Dokumente/KMUgewinnen.pdf (Stand: 12.1.2016), S. 2.

24 Roland Müller, Rechte und Pflichten des Verwaltungsrats, ihre Bedeutung in der Praxis, abrufbar unter http://www.advocat.ch/fileadmin/user_upload/publikationen/roland_mueller/Rechte_und_Pflichten_des_Verwaltungsrates.pdf (Stand: 12.1.2016), S. 19 f.

25 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

26 Meier-Hayoz/Forstmoser (2012), S. 532.

rat wählen und bspw. als Vizepräsidenten ernennen.²⁷ Zudem sollte eine generelle personelle Trennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung mindestens bei der überwiegenden Zahl der Mitglieder angestrebt werden. Durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder wird der Verwaltungsrat seiner Funktion als unternehmensexternes Kontrollorgan gerecht.²⁸ Des Weiteren obliegt es dem Verwaltungsrat, die *Ausschüsse* angemessen zu bestellen. Losgelöst von der Grösse eines Unternehmens sollten in jedem Fall ein aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern bestehender Entschädigungsausschuss sowie auch ein Revisionsausschuss ernannt werden.²⁹

4.2.2 Arbeitsweise des Verwaltungsrats

Die Arbeitsweise ist dahingehend relevant, als die Effizienz einer Unternehmung gesteigert werden kann. Die Oberleitung der Gesellschaft kann nur erfolgreich ausgeführt werden, wenn die Arbeitsweise stimmt. Zudem ist auch innerhalb des Verwaltungsrats das Prinzip der Transparenz und der Bereitstellung von Information wichtig. Den *Sitzungen des Verwaltungsrats* kommt dabei eine erhebliche Bedeutung zu: Sie sind ein Instrument zur ordnungsgemässen Führung der Gesellschaft und dienen der Willensbildung, welche durch den Beschluss erfolgt.³⁰ Der Verwaltungsrat kann grundsätzlich in sämtlichen Angelegenheiten, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind, Beschluss fassen.³¹ Es besteht also eine *Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrats*. Aus diesem Grund ist es in der Praxis empfehlenswert, immer die Statuten zu konsultieren, damit der Verwaltungsrat exakt weiss, welche Aufgaben neben den gesetzlichen der Generalversammlung zugewiesen sind. Die Vorbereitung der Verwaltungsratssitzung gilt als wichtige Aufgabe des Verwaltungsratspräsidenten. Er hat u.a. die Traktanden zu bestimmen. Jedes Mitglied kann jederzeit vom Verwaltungsratspräsidenten die Einberufung einer Sitzung verlangen.³² Dadurch kann schneller und effizienter auf allfällig auftretende Probleme reagiert werden. Der *Sitzungsrhythmus* ist abhängig von

27 Forstmoser (2004), S. 490 f.

28 Vgl. hiernach Ziff. 4.3.

29 Forstmoser (2004), S. 491 FN 94.

30 Müller (2011), Einleitung und S. 45.

31 Art. 716 Abs. 1 OR.

32 Art. 715 OR.

der Grösse des Unternehmens, der Branche und der aktuellen Situation. Grundsätzlich empfiehlt es sich, mindestens einmal pro Quartal eine Verwaltungsratssitzung abzuhalten, um die relevanten Informationen an alle Verwaltungsratsmitglieder weitergeben zu können und eine Diskussionsplattform zu bieten. Das Teilnahmerecht ist notwendige Voraussetzung für das Stimmrecht, da dieses ansonsten obsolet würde. Letzterem kommt besondere Bedeutung zu, denn dadurch kann jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied auf den weiteren Gang der Gesellschaft Einfluss nehmen. An der Sitzung hat grundsätzlich jedes Mitglied eine Stimme, unabhängig davon, ob der Einzelne Aktien der Gesellschaft besitzt und in welchem Umfang. Das Abfassen des Sitzungsprotokolls ist sowohl Recht als auch Pflicht. Es kann in einem allfälligen Verantwortlichkeitsprozess dem Kläger oder aber auch dem beklagten Verwaltungsrat helfen.³³ Das Protokoll muss als Diskussionsprotokoll und nicht als – weniger umfangreiches – Beschlussprotokoll ausgestaltet sein. Gegenstand des Protokolls müssen neben den Beschlüssen zwingend auch die Verhandlungen sein, wobei den Protesten oder abweichenden Meinungen eine besondere Bedeutung zukommt. Es ist aber ausreichend, dass die Beiträge zusammengefasst wiedergegeben und die vorgebrachten Argumente und Gegenargumente erwähnt werden. Einziges Festhalten der Beschlüsse genügt demgegenüber nicht.³⁴ Dies ist insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Haftung der Verwaltungsratsmitglieder von Bedeutung: Im Protokoll wird nicht nur der Beschluss, sondern dessen Zustandekommen sowie die Diskussionen und Wortmeldungen festgehalten.

4.2.3 Rechte und Pflichten in Bezug auf die Kontrolle

Eine gut funktionierende *Kontrolltätigkeit* ist die Basis für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens.³⁵ Die Corporate Governance beinhaltet somit auch eine wirksame interne Kontrolle, um Missstände frühzeitig aufdecken zu können.³⁶ Einerseits obliegt dem Verwaltungsrat dabei die Pflicht, für die Einhaltung der geltenden Gesetze, Reglemente, Weisungen und ethischen Richtlinien (sog. Compliance) zu sorgen.³⁷ Besonders erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Verwaltungsrat

33 Vgl. zum ganzen Abschnitt Müller (vgl. hiervor FN 24), S. 1–9 und Müller (2011), S. 46–50.

34 Krneta (2005), N 833 ff.; Müller (2011), S. 52.

35 Krneta (2005), N 1126.

36 BP-KMU (vgl. hiervor FN 19), S. 9.

37 BP-KMU (vgl. hiervor FN 19), S. 5.

ein Aktienbuch und Verzeichnisse über gemeldete Inhaberaktien (Inhaberaktionärsverzeichnis) sowie über die an Namen- oder Inhaberaktien wirtschaftlich berechtigten Personen führen muss. Die an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen müssen offengelegt bzw. gemeldet werden, wenn durch den Erwerb der Namen- oder Inhaberaktien der Grenzwert von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschritten wird.³⁸ Durch diese dem Verwaltungsrat obliegende Pflicht zur Führung der Verzeichnisse und des Aktienbuchs wird die Kenntnis der Identität der Aktionäre gewährleistet. Andererseits muss der Verwaltungsrat ein internes Kontrollsystem (IKS) implementieren und pflegen.³⁹

4.2.4 Aufgaben im Zusammenhang mit der Generalversammlung

Als weitere sehr wichtige Aufgabe, welche insbesondere bei kleineren Unternehmungen auf den ersten Blick ein wenig übertrieben erscheint, ist die *Vorbereitung der Generalversammlung*. Dies insbesondere, weil es eine Vielzahl an gesetzlichen Vorschriften zu beachten gibt. Bei deren Nichtbeachtung sind die Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar oder sogar nichtig. Insbesondere folgende Handlungen müssen im Vorfeld einer Generalversammlung durchgeführt werden: Festlegung der Traktandenliste (in Wahljahren ist darauf zu achten, dass die Wahl nicht vergessen wird), Formulierung der Anträge zu den einzelnen Traktanden, Aufnahme der Aktionärsanträge, Bereitstellung der Unterlagen, welche am Sitz der Gesellschaft aufgelegt werden müssen, Versand der Einladung und der weiteren Dokumente, Einladung der Revisionsstelle, Beizug einer Urkundsperson bei geplanter Statutenänderung oder Liquidationsbeschluss, Festlegung der Formalitäten für die Überprüfung der Teilnahme- und Stimmberechtigung, Vorbereitung der Protokollführung und Stimmzählung sowie Versand von angeforderten Berichten. Zudem muss der Verwaltungsrat ein Protokoll der Generalversammlung führen.⁴⁰ Dabei handelt es sich um ein Beschlussprotokoll, worin einzig die Beschlüsse der Generalversammlung festzuhalten sind – im Gegensatz zum Protokoll der Verwaltungsratssitzung.⁴¹ Eine Ausnahme besteht bei den Erklärungen, die von den Aktionären formell zu Protokoll gege-

38 Art. 697j Abs. 1 OR.

39 Vgl. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR, welcher die Revisionsstelle bei einer ord. Revision verpflichtet zu prüfen, ob ein internes Kontrollsystem existiert.

40 Art. 699–702, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR.

41 Art. 702 Abs. 2 OR; Krmeta (2005), N 614.

ben werden.⁴² Diese Pflicht ist nicht zu unterschätzen, weil das Protokoll später nützlich sein kann, da es festhält, was beschlossen wurde. Das Protokoll sollte innert angemessener Frist abgefasst werden, damit Aktionäre, die eine Anfechtungsklage anvisieren, vor Anhebung der Klage Einsicht in dieses nehmen können. Das Generalversammlungsprotokoll dient somit in erster Linie den Aktionären und ihren Interessen, möglicherweise gegen einen Beschluss vorzugehen.⁴³

4.2.5 Auskunfts- und Einsichtsrechte der Verwaltungsratsmitglieder

Jedem Verwaltungsratsmitglied stehen *umfassende Auskunfts- und Einsichtsrechte* zu.⁴⁴ Diese sorgen dafür, dass den Verwaltungsratsmitgliedern einerseits die notwendige Information zukommt, um im Sinne der Gesellschaft zu handeln. Andererseits dienen sie auch der internen Kontrolle, insbesondere von unabhängigen und externen Verwaltungsratsmitgliedern. Die Möglichkeit der Einsichtnahme soll verhindern, dass Handlungen unternommen werden, die man nicht offenlegen möchte. Während einer Sitzung steht den Mitgliedern ein umfassendes Auskunftsrecht zu, ausserhalb der Sitzungen ist es auf den Geschäftsgang beschränkt.⁴⁵ Das Auskunftsrecht während der Verwaltungsratssitzung geht mit einer Auskunftspflicht seitens derjenigen Mitglieder, die Auskunft erteilen können, einher.⁴⁶ Das Einsichtsrecht geht insofern weniger weit, als letzteres beim Verwaltungspräsidenten beantragt werden muss und dieser dann entscheidet, ob einem Verwaltungsratsmitglied Einsicht gewährt wird.⁴⁷ Immerhin kann in einem Reglement (Organisationsreglement) das Einsichtsrecht erweitert werden.⁴⁸ Dies empfiehlt sich im Rahmen des Transparenzgebots der Corporate Governance, da nur mittels ausreichender Informationen auch eine gute Führung der Gesellschaft erreicht werden kann. Zudem unterstehen die Mitglieder des Verwaltungsrats einer Geheimhaltungspflicht, allfällige Geschäftsgeheimnisse stehen hier – im Gegensatz zur Einsichtnahme eines Aktionärs – nicht entgegen.⁴⁹

42 Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 OR; Krneta (2005), N 614.

43 Krneta (2005), N 616.

44 Art. 714a Abs. 1–4 OR.

45 Müller (vgl. hiervor FN 24), S. 7.

46 Art. 715a Abs. 2 OR.

47 Art. 715a Abs. 3 OR.

48 Art. 715a Abs. 6 OR.

49 Art. 717 OR; Müller (vgl. hiervor FN 24), S. 15.

4.3 Zusammensetzung des Verwaltungsrats

Dem Grundsatz nach sollte auch der Verwaltungsrat bei KMU nach den Kriterien, die der Swiss Code aufstellt, zusammengesetzt sein: Er sollte so klein wie möglich, aber so gross wie nötig sein.⁵⁰ So klein, dass eine Diskussion noch ohne Worterteilung möglich ist, so gross, dass erforderliches Wissen sichergestellt wird.⁵¹ Lediglich einen Verwaltungsrat zu haben, ist bei keiner Gesellschaft – auch nicht bei kleineren – empfehlenswert. Als Richtgrösse gelten drei Verwaltungsräte bei kleinen Unternehmen (bis 50 Mitarbeiter) und fünf bei grösseren (bis 100 Mitarbeiter).⁵² Zudem sollte ein Verwaltungsrat immer *unabhängig* und ausschliesslich dem *Unternehmensinteresse verpflichtet* sein.⁵³ Der Unabhängigkeit eines Verwaltungsrats kommt eine grosse Bedeutung zu. Der Verwaltungsrat kann dadurch seine Funktion als unabhängiges Führungsorgan wahrnehmen und für ein System von «*checks and balances*» sorgen, sowie eine unternehmensexterne Kontrolle gegenüber dem Geschäftsführer und der Unternehmensleitung durchführen. Zudem wird durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder ein Ausgleich zwischen allenfalls gegensätzlichen Interessen im Aktionariat auf der Ebene der Unternehmensleitung angestrebt.⁵⁴ Der Verwaltungsrat sollte aus diesem Grund ganz oder zu einem weit überwiegenden Teil aus unabhängigen Mitgliedern bestehen.⁵⁵ Das Gesetz stellt grundsätzlich keine Anforderungen an die Person eines Verwaltungsrats. Dennoch hat es sich in der Praxis bewährt, wenn der Verwaltungsrat auch einige persönliche Eigenschaften mitbringt. Der Verwaltungsrat sollte neben allgemeinen Kenntnissen der Unternehmensführung und Rechnungslegung auch für die Gesellschaft wesentliche *Spezialkenntnisse* oder *gewisse Branchenerfahrung* besitzen. Er sollte also über gewisse Fachkompetenz verfügen. Auch ein bereits bestehendes Beziehungsnetz zu verschiedenen Funktionären von Wirtschaft sowie Politik kann von Nutzen sein. Zudem ist eine gewisse zeitliche Verfügbarkeit eine notwendige Voraussetzung, da das Verwaltungsratsmandat immer auch Zeitaufwand beinhaltet. Für eine effiziente und effektive Un-

50 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance der Economiesuisse (vgl. hiervor FN 14), Ziff. 12.

51 Forstmoser (2004), S. 491 und FN 93.

52 BP-KMU (vgl. hiervor FN 19), S. 4.

53 Forstmoser (2004), S. 491; Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (vgl. hiervor FN 14), Ziff. 12.

54 Forstmoser (2004), S. 489.

55 Forstmoser (2004), S. 489 FN 82.

ternehmensführung sind diese Eigenschaften unabdingbar.⁵⁶ Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats kann entweder in den Statuten oder in einem Aktionärsbindungsvertrag verbindlich festgelegt werden.

Sofern Anlegeraktionäre an KMU beteiligt sind, gilt speziell zu beachten, dass auch diese im Verwaltungsrat vertreten sein sollten. Dadurch wird den Interessen der nicht in der Unternehmung selbst engagierten Kapitalgebern Rechnung getragen.⁵⁷ Weiter können auch Regelungen getroffen werden, dass Vertreter von Minderheits- sowie familienfremden Aktionären Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat haben. Dies wird insbesondere durch einen Aktionärsbindungsvertrag bewerkstelligt. Es besteht aber auch die Möglichkeit, unterschiedliche Aktienkategorien zu schaffen, wobei dann jede Aktienkategorie Anspruch auf die Wahl mindestens eines Vertreters in den Verwaltungsrat hat.⁵⁸

4.4 Verhältnis Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Falls gewisse Aufgaben einer Geschäftsleitung übertragen werden, ist ein Organisationsreglement unabdingbar. Darin sollten die Kompetenzverteilung und die Umschreibung der Aufgaben sowie die Zusammenarbeit geregelt werden. Zudem kann das Organisationsreglement auch gerade die Zeichnungsberechtigung der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung bezeichnen.⁵⁹ Wenn die Geschäftsführung insgesamt oder auch nur teilweise an die Geschäftsleitung delegiert wird, dann ist zwingend ein Organisationsreglement zu erstellen.⁶⁰ Dem Organisationsreglement kommt auch in Bezug auf die Haftung des Verwaltungsrats eine bedeutende Rolle zu: Ein vorhandenes Organisationsreglement führt zu einer Beschränkung der Haftung.⁶¹ Dieses dient somit der Sicherung klarer Verantwortlichkeiten.

56 Müller (vgl. hiervor FN 24), S. 14.

57 Forstmoser (2004), S. 488.

58 Art. 709 Abs. 1 OR.

59 BP-KMU (vgl. hiervor FN 19), S. 6.

60 Art. 716b OR.

61 Art. 754 Abs. 2 OR.

4.5 Unterstützung durch Führungsinstrumente

Einzig wenn der Verwaltungsrat frühzeitig über die von der Geschäftsleitung geplanten Massnahmen informiert wird, kann er seine Führungsaufgaben erfüllen. Zudem setzt ein Entscheid auch meistens einen Plan bzw. eine sorgfältige Planung voraus.⁶² Die Jahresplanung als ein Führungsinstrument ist somit eine wichtige und ernst zu nehmende Aufgabe des Verwaltungsrats. Ein weiteres Führungsinstrument ist das *Management-Informationssystem*. Dieses dient dem Verwaltungsrat einerseits dazu, von der Geschäftsleitung notwendige Informationen sowie Unterlagen für das Fällen wichtiger Entscheidungen zu erhalten und andererseits die Geschäftsleitung zu kontrollieren.⁶³ Die *Traktandenliste* wird in der Regel für einen effizienten Ablauf der Verwaltungsratssitzung mit der Einladung an die Verwaltungsratsmitglieder zugestellt. Dies sollte möglichst frühzeitig erfolgen, damit sich die übrigen Verwaltungsratsmitglieder auch seriös auf die Sitzung vorbereiten können. Die Standardtraktanden, welche u.a. die umfassende Berichterstattung über den Geschäftsgang und die finanzielle Lage, Überprüfung der Organisation, der Strategie und der Qualität der Geschäftsleitung enthalten, dienen dem Verwaltungsrat ebenfalls als wirksames Führungsinstrument.⁶⁴ An den Verwaltungsratssitzungen erfolgt somit zugleich auch eine Beurteilung der Leistung der Geschäftsleitung. Des Weiteren ist der Verwaltungsrat für die Festlegung der Zeichnungsberechtigung zuständig.⁶⁵

62 Krneta (2005), N 1126 f.

63 Müller/Lipp/Plüss (2014), S. 719 und S. 939.

64 Krneta (2005), N 744 ff.

65 BP-KMU (FN 19), S. 6.

5. Verhältnis zwischen Unternehmensleitung und Unternehmenseigentümer

5.1 Corporate Governance bei Unternehmenseigentümern

Corporate Governance beinhaltet zahlreiche Grundsätze, welche alle auf das Aktionärsinteresse ausgerichtet sind.⁶⁶ Diesen kommt eine entscheidende Bedeutung zu und die Corporate Governance sollte sich immer danach ausrichten. Die Aktionäre haben insbesondere das Recht auf eine faire Behandlung ihrer Beteiligung.⁶⁷ Zudem stehen ihnen von Gesetzes wegen Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- sowie Klagerechte zu, damit sie ihre Interessen wahrnehmen können.⁶⁸

Im Gegensatz zum Verwaltungsrat hat der Aktionär von Gesetzes wegen keine Pflichten, mit Ausnahme der Liberierungspflicht.⁶⁹ Insbesondere trifft den Aktionär keine Treuepflicht.⁷⁰ Somit müssen etwaige *Corporate-Governance-Pflichten des Aktionärs* im Rahmen eines *Aktionärbindungsvertrages* vereinbart werden.

5.2 Beteiligung und Ausschüttung

Aus Sicht des Aktionärs ist die Ermittlung des Unternehmensergebnisses nach dem Grundsatz «*true and fair view*» wichtig, denn ein Entscheid kann er nur dann fällen, wenn er richtig informiert wird.⁷¹ Dieser Grundsatz wird auch in den Regelungen der IFRS festgehalten.⁷² Im schweizerischen Recht wird der Grundsatz der formellen Wahrheit ausnahmslos verfolgt; der Grundsatz der materiellen Wahrheit wird demgegenüber durch den Grundsatz der Vorsicht eingeschränkt.⁷³ Für die Investoren ist ein korrektes Bild jedoch zentral, weshalb das Unternehmensergebnis nach dem Grundsatz der «*true and faire view*» ermittelt werden sollte. Leitlinien der Ausschüttungspolitik einer Gesellschaft können auch in

66 Bättig (vgl. hiervor FN 23), S. 2.

67 Vgl. hiernach Ziff. 5.3.3 Bezugsrechte.

68 Art. 696, 697, 754 und 755 OR.

69 Art. 680 Abs. 1 OR.

70 Meier-Hayoz/Forstmoser (2012), S. 477.

71 Meier-Hayoz/Forstmoser (2012), S. 228.

72 Neuhaus/Blättler (2012), Art. 959 OR N 30.

73 Neuhaus/Blättler (2012), Art. 959 OR N 13.

einem Aktionärsbindungsvertrag festgelegt werden. Der Aktionär hat zum Ziel, dass Gewinne auch effektiv ausgeschüttet werden. Dies kann vereitelt werden, wenn die Mehrheit der Aktionäre einer Ausschüttung nicht zustimmt.⁷⁴ Die Beteiligungen der Aktionäre können zudem unterschiedlich ausgestaltet werden, indem die Statuten Vorzugsaktien vorsehen.⁷⁵ Diese gewähren den Inhabern Vorrechte auf Ausschüttungen.⁷⁶ Das schweizerische Recht, welches Vorzugsaktien explizit vorsieht, steht in einem Spannungsverhältnis zur Verwirklichung des Corporate-Governance-Prinzips «*one share – one vote*». Dieses kann durch die rechtlichen Möglichkeiten, die in der Schweiz vorgesehen sind, nicht vollends durchgesetzt werden.

5.3 Rechte der Unternehmenseigentümer

5.3.1 Informations- und Kontrollrechte

Die Corporate Governance strebt u.a. eine bessere Kontrolle des Unternehmens an. Dieses Ziel kann v.a. durch eine *aktive und transparente Information* erreicht werden.⁷⁷ In diesem Sinne sind die Kontrollrechte der Aktionäre zu handhaben. Zudem erhält der Aktionär durch die Kontrolle Auskunft über den tatsächlichen Stand der Gesellschaft, was wiederum dazu beiträgt, dass er seine Interessen kundtun kann. Letzteres ist denn auch Voraussetzung für die Ausübungen seiner Aktionärsrechte.

Einerseits ist die Gesellschaft verpflichtet, den Aktionären den Geschäftsbericht bekannt zu geben.⁷⁸ Andererseits stehen den Aktionären gewisse Einsichts- und Auskunftsrechte zu.⁷⁹ Die Auskunfts- und Einsichtsrechte müssen nach dem Gebot der absoluten Gleichbehandlung gehandhabt werden, d.h. diese Rechte stehen allen Aktionären in gleicher Weise zu, unabhängig davon, wie hoch ihre Kapitalbeteiligung am Unternehmen ist.⁸⁰ Die Erteilung der Einsichtnahme hat sich stets am Sachlichkeitsgebot zu orientieren. Dieses besagt, dass die Mehrheit die

74 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

75 Art. 654, 655 OR.

76 Art. 655 Abs. 2 OR.

77 Bättig (vgl. hiervor FN 23), S. 2.

78 Art. 696 OR.

79 Art. 697 OR.

80 Meier-Hayoz/Forstmoser (2012), S. 455.

Interessen der Minderheit nicht ohne sachlichen Grund verletzen darf. Zudem muss stets jener Weg gewählt werden, der die Aktionärsinteresse am wenigsten beeinträchtigt.⁸¹ An der Generalversammlung kann der Aktionär vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Verweigert werden darf diese nur, wenn es für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen unabdingbar ist. Im Sinne einer guten Corporate Governance sollte eine Verweigerung möglichst vermieden und den Aktionären die Information, die sie verlangen, erteilt werden. Die Einsichtnahme ist lediglich möglich, wenn eine Ermächtigung der Generalversammlung oder ein Beschluss des Verwaltungsrats vorliegt.⁸² Da Aktionäre dem Unternehmen gegenüber nicht zur Treue verpflichtet sind, stehen der Auskunftserteilung oft Geschäftsgeheimnisse gegenüber.⁸³ Unterstellen sich die Aktionäre einer Schweigepflicht, steht der grosszügigen Auskunft und Einsicht nichts mehr im Wege. Dabei ist im Sinne der Gleichbehandlung stets zu beachten, dass diesen Aktionären gleiche Auskunft und Einsicht gewährt werden muss.⁸⁴ Grossaktionäre und institutionelle Anleger fordern oft, dass sie von der Gesellschaft laufend zusätzliche Informationen erhalten. Diese Forderung ist mit dem absoluten Gleichbehandlungsgebot grundsätzlich nicht vereinbar. Gleichbehandlung besteht aber immer nur bei gleichen Voraussetzungen, eine Abweichung vom absoluten Gleichbehandlungsgebot ist somit unter besonderen Umständen zulässig. Weitergehende Informationen können Grossaktionären unproblematisch erteilt werden, wenn diese auch den anderen Aktionären, die darum ersuchen, ohne weiteres erteilt würden. Privilegierte Information kann andererseits bspw. dadurch gerechtfertigt werden, dass ein Grossaktionär nicht in der Lage ist, sich leicht von seinem Aktienpaket zu trennen. Die Privilegierung ist v.a. dann gerechtfertigt, wenn er sich für eine gewisse Dauer verpflichtet hat, die Aktien zu halten.⁸⁵

5.3.2 Mitwirkungsrechte

Die Mitwirkungsrechte sind zentral für eine gute Corporate Governance, da sie dem Aktionär die Möglichkeit geben, sich in die Gesellschaft ein-

81 Meier-Hayoz/Forstmoser (2012), S. 457.

82 Art. 697 OR.

83 Liberierungspflicht als einzige Pflicht des Aktionärs, Art. 680 Abs. 1 OR.

84 Forstmoser (1997), S. 106.

85 Forstmoser (1997), S. 107.

zubringen und seine Interessen darzulegen. Zudem verhelfen sie dem Verwaltungsrat dazu, sich an den Aktionärsinteressen zu orientieren.

Jedem Aktionär steht das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung zu. Dadurch wird eine gewisse Einflussnahme auf die Beschlussfassung ermöglicht,⁸⁶ da jeder Aktionär ein Stimmrecht besitzt.⁸⁷ Eng verbunden mit dem Recht auf Teilnahme ist das Recht auf Einladung zur Generalversammlung. Die Einladung muss spätestens 20 Tage vor der Versammlung erfolgen⁸⁸ und gewährleisten, dass die Aktionäre tatsächlich teilnehmen können. Dies würde unter Umständen durch kurzfristige Einladung vereitelt. Die Einladung muss alle Traktanden mit den Anträgen des Verwaltungsrats oder der Aktionäre für die kommende Generalversammlung enthalten.⁸⁹ Das Ziel dieser Regelung ist, dass sich die Aktionäre auf die Generalversammlung vorbereiten und sich eine Meinung zu den zu besprechenden Traktanden bilden können. Während der Generalversammlung kann sich jeder Aktionär zu den traktandierten Themen äussern.⁹⁰ Grundsätzlich wird die Generalversammlung vom Verwaltungsrat einberufen. Bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen können aber auch die Aktionäre eine Generalversammlung verlangen sowie Traktanden stellen.⁹¹

5.3.3 Bezugsrechte

Corporate Governance bedeutet ganz allgemein auch den Umgang des Unternehmens mit seinen Aktionären.⁹² Dabei müssen folgende Grundsätze der aktienrechtlichen Mitgliedschaft beachtet werden: Gleichbehandlung, Sachlichkeit von Eingriffen in Aktionärsrechte und schonende Rechtsausübung.⁹³ Das Stimmrecht der Aktionäre ist zentral dafür, dass sie ihre Interessen einbringen können. Die Stimmkraft insbesondere bedeutet Einfluss auf die Gesellschaft, die Beteiligungsquote ist entschei-

86 Art. 689 und 703 OR.

87 Art. 692 OR.

88 Art. 700 Abs. 1 OR.

89 Art. 700 Abs. 2 OR.

90 Meier-Hayoz/Forstmoser (2012), S. 524.

91 Die Einberufung einer Generalversammlung kann auch von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden. Aktionäre, die Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio. vertreten, können die Traktandierung eines Verhandlungsgegenstandes verlangen (Art. 699 Abs. 3 OR).

92 Bättig (vgl. hiervor FN 23), S. 2.

93 Forstmoser (2004), S. 454 ff.

dend für die Rechte der Aktionäre. Die Stimmkraft sollte somit nie eingeschränkt werden. Um diese beizubehalten, ist das Bezugsrecht des Aktionärs vorgesehen.⁹⁴ Dieses gesteht jedem aktuellen Aktionär bei einer Kapitalerhöhung einen Anspruch auf die neuen Aktien im Umfang seiner bisherigen Beteiligung zu. Bei einer Kapitalerhöhung und der Ausgabe neuer Aktien muss also immer an die Bezugsrechte der bisherigen Aktionäre gedacht werden.⁹⁵

5.3.4 Klagerechte

Die Klagerechte sollen einzig als *ultima ratio* zum Zuge kommen. Sie tragen aber dennoch dazu bei, dass die gesetzlichen Regeln eingehalten werden. Einerseits sind Generalversammlungsbeschlüsse anfechtbar, sofern sie gegen Gesetz oder Statuten verstossen.⁹⁶ Somit verhelfen sie den Mitwirkungsrechten der Aktionäre zum Durchbruch, denn die gesetzlichen Regeln sollten zwingend beachtet werden. Dadurch kommt man dem Ziel einer guten Corporate Governance einen Schritt näher. Andererseits sieht das Gesetz Verantwortlichkeitsklagen gegen den Verwaltungsrat und gegen die Revisionsstelle vor.⁹⁷ Diese Klagen richten sich unmittelbar an den Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle und bewirken, dass der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle ihre Pflichten – welche auch im Hinblick auf eine gute Corporate Governance von Bedeutung sind – ernst nehmen, da sie eine direkte Haftung für Fehlverhalten treffen kann.

5.4 Möglichkeiten zur Verschiebung von Stimmverhältnissen

Grundsätzlich gilt das Mehrheitsprinzip, d.h. in der Generalversammlung wird ein Beschluss mit dem absoluten Mehr der vertretenen Stimmen gefällt.⁹⁸ Dabei bestimmt sich das Stimmrecht nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der einem Aktionär gehörenden Aktien.⁹⁹ Dieser «Macht» eines grossen Aktionärs kann durch die Einführung von Stimmrechtsaktien entgegengewirkt werden. Bei diesen entfällt auf jede Aktie

94 Art. 652b OR.

95 Meier-Hayoz/Forstmoser (2012), S. 485.

96 Art. 706 und 706a OR.

97 Art. 754 und 755 OR.

98 Art. 703 OR.

99 Art. 692 OR.

eine Stimme, unabhängig vom Nennwert.¹⁰⁰ Wenn eine Gesellschaft verschiedene Aktienkategorien bspw. in Bezug auf das Stimmrecht vorsieht, hat jede Gruppe Anspruch auf mindestens einen Vertreter im Verwaltungsrat.¹⁰¹ Dies führt dazu, dass im Verwaltungsrat die verschiedenen Gruppen und Interessen vertreten werden. Weiter wird das Mehrheitsprinzip auch durch gesetzlich¹⁰² oder statutarisch¹⁰³ vorgeschriebene qualifizierte Beschlussfassungsquoren durchbrochen.

5.5 Verkaufsmöglichkeit für Unternehmer- und Anlegeraktionäre

Aktien sind grundsätzlich übertragbar,¹⁰⁴ aber nicht kündbar.¹⁰⁵ Ein Anlegeraktionär (i.d.R. Minderheitsaktionär) eines KMU wird regelmässig Schwierigkeiten haben, effektiv einen Käufer für seine Aktien zu finden. Um *Verkaufsmöglichkeiten auch für Anlegeraktionäre* zu erleichtern, empfiehlt es sich, entsprechende Bestimmungen in einem Aktionärbindungsvertrag aufzunehmen. Zum Schutz des Anlegeraktionärs sollte auf jeden Fall auf ein Verkaufsverbot hinsichtlich seiner Beteiligung verzichtet werden. Ein Vorkaufsrecht kann vereinbart werden, um die Machtverhältnisse zu schützen und die Zusammensetzung des Aktionariats zu kontrollieren. Dabei hat der Unternehmeraktionär (i.d.R. Mehrheitsaktionär) ein Kaufrecht an den Aktien, sobald der gewillte Verkäufer einen Interessenten gefunden hat.¹⁰⁶ Entweder schuldet er den mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreis (sog. unlimitiertes Vorkaufsrecht) oder der Mehrheits- und der Minderheitsaktionär bestimmen den Preis zum Voraus im Vertrag (sog. limitiertes Vorkaufsrecht).¹⁰⁷ Ein Vorkaufsrecht kann demnach einerseits dazu dienen, den Unternehmer- bzw. Mehrheitsaktionären ein Erwerbsvorrecht einzuräumen und andererseits die bestehenden Machtverhältnisse zu erhalten. Als weiterer Schutzmechanismus für den Anlegeraktionär kann ein sog. Mitverkaufsrecht im Aktionärbindungsvertrag vereinbart werden. Hier hat der Minderheitsaktionär das

100 Art. 693 Abs. 1 OR.

101 Art. 709 Abs. 1 OR.

102 Art. 704 Abs. 1 OR.

103 Art. 704 Abs. 2 OR.

104 Art. 620 OR.

105 Böckli (2009), § 1 Rz. 13.

106 Forstmoser/Küchler (2015), Rz. 1178.

107 Forstmoser/Küchler (2015), Rz. 1186 ff.

Recht, im Falle des Verkaufs der Aktien durch den Unternehmeraktionär seine Aktienbeteiligung mitzuverkaufen.¹⁰⁸ Um dem Unternehmeraktionär strategische Flexibilität hinsichtlich seiner Beteiligung zu bieten, kann als Gegenstück zum Mitverkaufsrecht eine Mitverkaufspflicht vorgesehen werden. Gestützt darauf kann er vom Anlegeraktionär verlangen, bei einem entsprechenden Angebot eines Dritten seine Aktien ebenfalls mitzuverkaufen.¹⁰⁹ Die richtige Balance von Vorkaufsrechten sowie Mitverkaufsrechten und -pflichten in Aktionärbindungsverträgen dient einer effektiven Corporate Governance hinsichtlich der Zusammensetzung von Unternehmenseigentümern.

6. Fazit

Eine wirksame Corporate Governance für KMU ist zentral: Einerseits kann nur dadurch eine effektive Kontrolle gegenüber der Geschäftsleitung und den Unternehmens- bzw. Mehrheitsaktionären sichergestellt werden. Andererseits dient sie einer Professionalisierung der Unternehmensleitung. Aufgrund der erhöhten Transparenz gibt es mehr Rechtssicherheit und Fairness im Umgang mit Anleger- bzw. Minderheitsaktionären. Die Umsetzung einer Corporate Governance bei KMU beginnt im Strategieprozess, wird im Strategiepapier festgehalten und entsprechend in den Statuten, dem Organisationsreglement sowie dem Aktionärbindungsvertrag abgebildet. Führungsinstrumente und Checklisten dienen der einheitlichen Handhabung und sollten die Umsetzung der Corporate-Governance-Grundsätze für die Unternehmensleitung erleichtern. Am Schluss muss aber die Corporate Governance von der gesamten Unternehmensleitung sowie den Unternehmenseigentümern im tagtäglichen Austausch mit allen Anspruchsgruppen gelebt und gemeinsam weiterentwickelt werden.

108 Forstmoser/Küchler (2015), Rz. 1321.

109 Forstmoser/Küchler (2015), Rz. 1322.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BEHG	Börsengesetz
betr.	betreffend
BP-KMU	Best Practice in Klein- und Mittelunternehmen
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
CEO	Chief Executive Officer
d.h.	das heisst
Economiesuisse	Economiesuisse, Verband der Schweizer Unternehmen, Zürich
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende
FinfraG	Finanzmarktinfrastrukturgesetz
FN	Fussnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HSG	Hochschule St. Gallen
i.d.R.	in der Regel
IFPM-HSG	Institut für Führung und Personalmanagement der Universität St. Gallen
IFRS	International Financial Reporting Standards
IKS	Internes Kontrollsystem
inkl.	inklusive
KMU	Klein- und Mittelunternehmen
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht
ord.	ordentlich
Rz.	Randziffer
S.	Seite

SIX	SIX Swiss Exchange
sog.	sogenannte
Swiss Code	Swiss Code of Best Practices for Corporate Governance
u.a.	unter anderem
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Literatur und Materialien

Literatur

Böckli Peter (2009), Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.

Forstmoser Peter (2004), Corporate Governance – eine Aufgabe auch für KMU?, in: Von der Crone, Hans Caspar et al. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, S. 475–505.

Forstmoser Peter (1997), Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, Schriften zum neuen Aktienrecht 11, Zürich 1997. S. 85 ff.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel (2015), Aktionärsbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015.

Krneta Georg (2005), Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter (2012), Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, Bern 2012.

Müller Roland (2011), VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung, in: Schweizerische Juristen Zeitung SJZ 107/2011, S. 45–53.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian (2014), Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Neuhaus Markus R./Blättler Jörg (2012), Kommentar zu Art. 959 OR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012.

Materialien

BEHG – Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz) vom 24. März 1995 (Stand am 1. Januar 2016).

BV – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand: 18.04.2014).

FinfraG – Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz) vom 19. Juni 2015 (Stand am 1. Januar 2016).

OR – Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Januar 2016).

