

Vom Damoklesschwert über dem Schweizer Verwaltungsrat und was wirklich zählt

Michèle F. Sutter-Rüdisser

Artikel: Art 663b^{bis} OR, Art 663c Abs 3 OR, Art 715 OR, Art 716a OR, Art 754 OR

Literatur

Cicero, M. Tulli Ciceronis Tusculanarum disputationum liber quintus, 106-43 v. Chr., 61-62; *Forbes, Milliken*, Cognition and Corporate Governance: Understanding Boards of Directors as Strategic Decision-Making Groups, *Academy of Management Review*, 1999 (24), S 489-505; *Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel*, Schweizer Aktienrecht, 1996, § 29 Rdn. 10; *Forstmoser*, Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung? Das Schweizer Konzept, *ZGR*, 2003, 688-719. *Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Stämpfli, 2005, Rdn. 1486, S 304 und Rdn. 2065, S 467; *Mintzberg, Raisinghani, Théorêt*, The structure of “unstructured” decision processes, *Administrative Science Quarterly*, 1976 (21), S 246-275; *Rüdisser*, Boards of Directors at Work: An Integral Analysis of Nontransferable and Inalienable Duties under Swiss Company Law from an Economic Perspective, Dissertation, Universität St. Gallen, 2009, S 88, 118, 135. *Sutter-Rüdisser, Sutter*, Effektive Meinungsbildung im Board – Vom Reden, Diskutieren und Abstimmen, *Board*, 2014, 5, S 210.

Gliederung	Rz
I. Einleitung.....	1–3
II. Organisation des Schweizer Verwaltungsrats	4–23
A. Flexibilität in der Gestaltung	4–7
B. Aufgaben, Pflichten und Rechte	8–19
C. Zusammensetzung im Gremium.....	20–23
III. Was wirklich zählt.....	24–40
A. Gelebte Unabhängigkeit	24–28
B. Wahre Expertise.....	29–34
C. Persönliches Engagement.....	35–40
IV. Schlussbemerkungen: Taten statt Worte	41–44

I. Einleitung

Die Anekdote vom Damoklesschwert ist aus Ciceros *tusculanae disputationes* überliefert.¹ Die Legende beschreibt Damokles als einen Höfling des Tyrannen Dionysios, dessen Macht und Reichtum er stets beneidete. Durch zahlreiche Schmeicheleien lobte und pries Damokles die Vorzüge einer einflussreichen Position. Dionysios beschloss darauf, Damokles die Vergänglichkeit seiner Macht und seines Reichtums zu verdeutlichen und lud ihn zu einem Festmahl ein. Er erwieß Damokles die Ehre einen Platz an seiner Tafel einzunehmen. Zuvor liess er allerdings ein grosses Schwert über Damokles' Platz aufhängen, welches lediglich von einem Rosshaar gehalten wurde. Als Damokles das Schwert über seinem Kopf bemerkte, war es ihm unmöglich, den dargebotenen Luxus zu geniessen. Er bat schliesslich darum, auf die Annehmlichkeiten und die damit verbundene Bedrohung verzichten zu dürfen.

¹ Cicero, Tulli Ciceronis Tusculanarum disputationum liber quintus, XXI, S 61-62.

- 2 Ein Mitglied des Verwaltungsrats, und gleiches mag wohl auch für ein Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied gelten, steht heute einem ähnlichen Dilemma gegenüber: Die Macht zur Einflussnahme und Gestaltung, die Reputation sowie die Entschädigung stehen mitunter als positive Eigenschaften diametral den Risiken eines Mandats gegenüber. Zu letzteren gehören unter anderem der plötzliche Führungs- und Kontrollverlust, eine damit einhergehende Rufschädigung sowie die Verantwortung mit allen dazugehörigen persönlichen und finanziellen Konsequenzen. Der wesentliche Unterschied zwischen damals und heute besteht wohl darin, dass Damokles sich der drohenden Gefahr physisch bewusst war, indem er das grosse Schwert am seidenen Faden über seinem Platz an Dionysios' Tafel hängen sah. Ob sich die heutigen Verwaltungsräte dem Ausmass ihrer Verantwortung und der damit einhergehenden Risiken gleichermaßen bewusst sind, ist zu bezweifeln.
- 3 Das vorliegende Buchkapitel illustriert am Beispiel des Schweizer Verwaltungsrats, welche Herausforderungen es in der heutigen Zeit für ein anspruchsvolles Führungs- und Überwachungsorgan anzugehen gilt. Dazu werden in einem ersten Schritt die Charakteristika der schweizerischen Ordnung erläutert. Als dann wird auf die drei wesentlichen Elemente für eine erfolgreiche Verwaltungsratsarbeit eingegangen; gelebte Unabhängigkeit, wahre Expertise sowie persönliches Engagement. Das Kapitel schliesst mit Bemerkungen zu der heutigen Arbeit im Verwaltungsrat und würdigt diese anspruchsvolle Tätigkeit mit dem Appell, den Worten Taten folgen zu lassen.

II. Organisation des Schweizer Verwaltungsrats

A. Flexibilität in der Gestaltung

- 4 Unter dem Mantel der Aktiengesellschaft (Art 620 - 771 OR) sind in der Schweiz eine Vielfalt an Gesellschaftsgrössen vereint; vom kleinen Familienbetrieb bis hin zur börsenkotierten multinationalen tätigen Unternehmung (lediglich ca. 1% aller Aktiengesellschaften in der Schweiz beschäftigen über 250 Mitarbeitende). Die Aktiengesellschaft ist somit, nebst der einfachen Gesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die häufigste Rechtsform in der Schweiz. Gemäss der letzten Betriebszählung marktwirtschaftlicher Unternehmen nach Rechtsform gab es in der Schweiz insgesamt 86'965 Aktiengesellschaften.²
- 5 Im Unterschied zur GmbH (Art 772 - 827 OR), weist die Aktiengesellschaft *keine Personenbezogenheit* auf und gestaltet sich flexibler bei der Mittelbeschaffung. So lässt die Aktiengesellschaft u.a. eine reine finanzielle Beteiligung zu und ist damit, im Gegensatz zur GmbH, kapitalmarktfähig. Lange fristete die GmbH in der Schweiz, im Vergleich zur praxiserprobten Aktiengesellschaft, ein „Mauerblümchen“-Dasein.³ Erst seit der Aktienrechtsreform von 1992, wo strengere

² Schweizer Bundesamt für Statistik „Unternehmen – Indikatoren, Rechtsform“, Anzahl marktwirtschaftlicher Unternehmen nach Rechtsform, www.bfs.admin.ch, konsultiert im Oktober 2015.

³ *Forstmoser*, Das neue Recht der Schweizer GmbH, in: Kramer et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Bockli zum 70. Geburtstag, Zürich, 2006, S 541.

Anforderungen an die Aktiengesellschaft gestellt worden sind, erfreut sich die historisch vernachlässigte GmbH zunehmender Beliebtheit.

Die schweizerische Aktiengesellschaft gilt als „bonne à tout faire“⁴. Die Aktiengesellschaft in der Schweiz kann, zumindest was ihre innere Organisation betrifft, relativ flexibel gestaltet werden. Sie wird weder eindeutig dem monistischen Governance-System (unitary board) noch dem dualistischen Governance-System (two-tier board) zugeordnet. Als eigentliche „Mischform“ kann der Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft sowohl aus Vertretern der Unternehmensexekutive als auch aus nicht-exekutiven, Vertretern zusammengesetzt werden und nimmt in seiner Gesamtheit Führungs- und Überwachungsaufgaben wahr. Zahlreiche Verwaltungsräte in der Schweiz führen die Geschäfte ihrer Gesellschaft entsprechend aktiv mit (Art 716 Abs 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht); OR)). 6

Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats (Art 716a OR) gelten als jene Bestimmungen des aktienrechtlichen Obligationenrechts, welche die Gestaltungsfreiheit deutlich einschränken.⁵ Durch diese zwingende Zuordnung der Kompetenzen sorgt der Gesetzgeber dafür, dass der Verwaltungsrat als „Exekutive oder zumindest *Ober*-Exekutive nicht vollständig beseitigt werden kann“.⁶ Somit hat jedes der drei gesetzlich vorgeschriebenen Organe der schweizerischen Aktiengesellschaft (dies sind der Verwaltungsrat, die Generalversammlung und die Revisionsstelle), seinen eigenen unantastbaren Kompetenzbereich. 7

B. Aufgaben, Pflichten und Rechte

Die im Obligationenrecht verankerten unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gemäss Art 716a OR sind international wohl einzigartig. Der im Jahr 1992 eingeführte Gesetzesartikel enthält einen umfangreichen Pflichtenkatalog der sowohl strategische-, control- als auch institutionelle Aufgaben enthält. 8

Der Gesetzestext nennt ausdrücklich folgende sieben unübertragbare und unentziehbare Aufgaben (Art 716a Abs 1 OR): (i) Die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen; (ii) die Festlegung der Organisation; (iii) die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern dies für die Führung der Gesellschaft notwendig ist; (iv) die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung vertrauten Personen; (v) die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen; (vi) die Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die 9

⁴ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 29 Rdn. 10.

⁵ Weitere Ausführungen zu den „unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben“ gemäss Art 716a Abs 1 OR sind in diesem Kapitel unter B auf der Seite 4 zu finden.

⁶ Forstmoser, Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung? Das Schweizer Konzept, ZGR, 2003, Seite 700.

Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse und; (vii) die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.

- 10 Der Verwaltungsrat als gesamtes und jedes Mitglied einzeln ist verpflichtet, diese Aufgaben eigenständig wahrzunehmen. So dürfen diese Aufgaben einerseits nicht an die Geschäftsleitung oder Dritte delegiert werden; sie sind also „unübertragbar“. Andererseits dürfen sie dem Verwaltungsrat weder durch die Revisionsstelle noch durch die Generalversammlung entzogen werden; sie sind also „unentziehbar“. Wie vielfältig die Verantwortung des Verwaltungsrates der Schweizer Aktiengesellschaft ist, zeigt eine differenzierte Aufteilung dieser unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben nach Art 716a OR. Der Verwaltungsrat hat u.a. Kompetenzen und Pflichten im Bereich der Strategie, im Personalwesen, in der Organisation, bei den Finanzen, der Überwachung, der Compliance und dazu noch besondere institutionelle Aufgaben.⁷
- 11 Trotz dieser Pflichtfülle unterscheidet der Gesetzgeber nicht zwischen grossen, börsenkotierten und kleinen oder mittelständischen Aktiengesellschaften. Art 716a OR findet gleichwohl Anwendung für alle Arten von Aktiengesellschaften und verpflichtet somit alle Verwaltungsräte in der Schweiz gleichermassen. Hier gilt es im Speziellen zu beachten, dass nach Schweizer Rechtsprechung jedes Mitglied des Verwaltungsrates gegenüber den einzelnen Aktionären und grundsätzlich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für Schaden, der durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung seiner Pflichten als Gesamtes oder einzeln verursacht wird, persönlich und solidarisch haftbar ist (Art 754 OR). Dies unabhängig davon, welche Aufgaben die Mitglieder des Verwaltungsrats tatsächlich erfüllen.⁸
- 12 Obwohl die Business Judgment Rule nicht ausdrücklich im Schweizer Gesellschaftsrecht geregelt ist, hat das Bundesgericht diese als Grundsatz des Aktienrechts anerkannt.⁹ So sollen sich Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheidungen, die aufgrund von einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsgrundlage beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozessen gefällt worden sind, Zurückhaltung auferlegen.
- 13 Der Verwaltungsrat kann die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse sowie die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen (Art 716a Abs 2 OR). Diese Bestimmung dient insbesondere der Realität bei grösseren Gesellschaften, bei welchen die Komplexität eine Aufgabenteilung unabdingbar macht. Allerdings gilt anzumerken, dass trotz dieser eingeschränkten Delegationsbefugnis die Verantwortung für den Entscheid beim Gesamtverwaltungsrat und letztendlich bei jedem einzelnen Mitglied bleibt.¹⁰

⁷ Rüdisser, Boards of Directors at Work: An Integral Analysis of Nontransferable and Inalienable Duties under Swiss Company Law from an Economic Perspective, Dissertation, Universität St. Gallen, 2009, S 118.

⁸ Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Stämpfli, 2005, Rdn. 2065, S 467.

⁹ Bundesgerichtsurteil 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, siehe dazu auch Vogt, Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz des Schweizer Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, GesKR, 4, 2012.

¹⁰ Krneta, (ibid), Rdn. 1486, S 304.

Die Rechte des Schweizer Verwaltungsrats sind umfangreich ausgestaltet. Eines der wohl wichtigsten, leider meistens vernachlässigten und vergessenen Rechte eines jeden Mitglieds des Verwaltungsrats, ist das Recht zur Demission. Die Niederlegung des Mandats, bspw. bei wesentlichen unüberbrückbaren Differenzen im Gremium oder ungenügenden zeitlichen Kapazitäten, setzen allerdings nicht nur eine „Independence in Appearance“ sondern auch eine „Independence of Mind“ voraus.¹¹ 14

Jedes Mitglied des Verwaltungsrates kann jederzeit Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen (Art 715a Abs 1 OR). In den Sitzungen sind alle Mitglieder des Verwaltungsrats sowie die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zur Auskunft verpflichtet (Art 715a Abs 2 OR). Ausserhalb der Sitzungen kann jedes Verwaltungsratsmitglied Auskunft über den Geschäftsgang und, mit Ermächtigung des Präsidenten, auch über einzelne Geschäfte verlangen (Art 715a Abs 3 OR). Des Weiteren kann jedes Mitglied des Verwaltungsrates unter Angabe der Gründe die unverzügliche Einberufung einer Verwaltungsrats-sitzung einfordern (Art 715 OR).¹² 15

Das Recht auf Entschädigung ist in der Schweiz nicht ausdrücklich im Obligationenrecht verankert. Lehre und Rechtssprechung gehen jedoch davon aus, dass dem Verwaltungsratsmitglied eine angemessene Vergütung zusteht. Der Gesetzgeber hat das Vergütungsrecht wohl vorausgesetzt, was sich u.a. in den Art 663b^{bis} und 663c Abs 3 OR geregelten Offenlegungspflicht für die Vergütung der Verwaltungsratsmitglieder von Publikumsgesellschaften widerspiegelt. Auf Grund der allgemeinen Kompetenzvermutung zu Gunsten des Verwaltungsrats (Art 716 Abs 1 OR) kann der Verwaltungsrat selbst oder dessen Entschädigungsausschuss über die Vergütung des Verwaltungsrats beschliessen, wenn nicht die Statuten der Gesellschaft diese Kompetenz ausdrücklich der Generalversammlung zuweisen. 16

Am 3. März 2013 wurde in der Schweiz die Eidgenössische Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ mit einem Ja-Stimmenanteil von 67,9% angenommen, was weitreichende Konsequenzen für die Vergütungspolitik zahlreicher Aktiengesellschaften nach sich gezogen hat. Neu stimmt die Generalversammlung über die Gesamtsumme der Vergütung des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und eines eventuellen Beirats ab. Besonders Abgangs- oder ähnliche Entschädigungen sind verboten. Widerhandlungen gegen die neuen Bestimmungen haben zur Folge, dass widerrechtlich bezogene Vergütungen und Entschädigungen zurückgefordert werden können – und wohl auch müssen –, und werden mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren und Geldstrafen bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft. Die Ver- 17

¹¹ Weitere Ausführungen zur „Unabhängigkeit des Verwaltungsrats“ sind im nachfolgenden Kapitel unter A auf der Seite 5 zu finden.

¹² Die Generalversammlung wird in der Schweiz durch den Verwaltungsrat einberufen (Art 699 Abs 1 OR). Will oder kann der Verwaltungsrat die Generalversammlung nicht einberufen, kann dies nötigenfalls die Revisionsstelle tun (Art 699 Abs 1 OR). Die Einberufung einer Generalversammlung kann auch von einem oder mehreren Aktionären, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, verlangt werden (Art 699 Abs 3 OR). Beachtlich bei letzterem Recht ist, dass der Aktionär die Generalversammlung nicht selber einberufen kann, er hat mithin nur ein mittelbares Einberufungsrecht.

ordnung gegen übermässige Vergütung bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) hat ferner die Amtsdauer des Verwaltungsrats auf ein Jahr beschränkt. Die Generalversammlung wählt demnach nicht nur jedes Verwaltungsratsmitglied einzeln, sondern hat dieses jährlich wiederzuwählen, weil dessen Amtsdauer mit Abschluss der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet (Art 3 VegüV i.V.m. Art 710 OR).

- 18 Des Weiteren verpflichtet die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (RLCG) Publikumsgesellschaften folgende Angaben in ihren Geschäftsberichten offen zu legen: Einerseits den Inhalt und das Festsetzungsverfahren der Entschädigungen und der Beteiligungsprogramme, d.h. die Grundlagen und Elemente der Entschädigungen und der Beteiligungsprogramme für Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung des Emittenten sowie die Zuständigkeit und das Verfahren zu deren Festsetzung (Ziff. 5.1 RLCG) sowie andererseits die Transparenz der Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen von Emittenten mit Sitz im Ausland (Ziff. 5.2 RLCG).¹³
- 19 Für Schweizer Finanzinstitute regelt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) in ihrem Rundschreiben 2010/1 die „Mindeststandards für Vergütungssysteme“. Das Rundschreiben fokussiert insbesondere auf die in der Vergangenheit suboptimal ausgestalteten Anreizwirkungen gewisser Vergütungssysteme, welche Personen von Finanzinstituten dazu veranlasst haben, unangemessene Risiken einzugehen, gegen geltendes Recht oder erlassene Weisungen zu verstossen oder Vereinbarungen zu missachten. Um zukünftig Personen in Finanzinstituten zu veranlassen für den langfristigen Erfolg des Finanzinstituts einzustehen und damit dessen Stabilität zu fördern, erlässt das FINMA Rundschreiben zwingende Grundsätze für die Vergütungspolitik; so soll das Vergütungssystem bspw. einfach, transparent und umsetzbar ausgestaltet sowie langfristig ausgerichtet sein (RZ 23-26). Die Struktur und die Höhe der Gesamtvergütungen müssen mit der Risikopolitik des Finanzinstituts übereinstimmen und dessen Risikobewusstsein fördern (RZ 30-38) und die Vergütungen der Kontrollfunktionen dürfen keine Interessenkonflikte begründen (RZ 57-60). Der Verwaltungsrat, welcher für die Ausgestaltung und Umsetzung der Vergütungspolitik verantwortlich ist und ein Vergütungsreglement zu erlassen hat (RZ 16-22) hat jährlich im Rahmen der Berichterstattung über die Umsetzung der Vergütungspolitik zu informieren (RZ 61-71)

C. Zusammensetzung im Gremium

- 20 Der Verwaltungsrat soll nicht als gemütlicher und harmonischer Ort ausgestaltet werden. Vielmehr sollen mitunter ein herausfordernder Gedankenaustausch, eine konstruktive Debatte und eine kritische Reflexion stattfinden.¹⁴ Es ist empirisch nachgewiesen, dass die Zusammensetzung im Gremium ausschlaggebend

¹³ Emittenten, deren Gesellschaftssitz gemäss Art 3 Abs 2 nicht in der Schweiz ist und deren Effekten an der SIX Swiss Exchange, nicht aber im Heimatstaat kotiert sind, haben Art 663b^{bis} OR analog anzuwenden. SIX Exchange Regulation 07/09, Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (RLCG), S 3.

¹⁴ Sutter-Rüdisser, Sutter, Effektive Meinungsbildung im Board – Vom Reden, Diskutieren und Abstimmen, Board, 2014, 5, S 210.

ist, um eine offene Diskussionen und Meinungsvielfalt in den Debatten zu ermöglichen sowie eine effektive Entscheidungsfindung zu gewährleisten.¹⁵

Leider zeigt sich in der Praxis vielfach ein anderes Bild. Wirklich tiefgreifende und rigorose Debatten finden oftmals keinen Platz in der Agenda. Ferner verfolgen die Verwaltungsratsmitglieder das Geschehen allzu häufig eher passiv. Des Weiteren erfolgt die Meinungsbildung oftmals intransparent; beispielsweise wenn diese politisch motiviert ist und den Zweck hat, das Verhalten der übrigen Mitglieder dahingehend zu steuern, dass die Beschlussfassung den persönlichen Vorteilen dient. Das wird häufig durch offline Lobbying, Kontrolle der Agenda, Zurückhaltung von Informationen, versteckte Koalitionsbildung und Kooptation versucht.¹⁶ 21

Es liegt demnach in der Verantwortung der Verwaltungsratspräsidentin, respektive des Verwaltungsratspräsidenten „ihr/sein Team“ zusammen zu setzen. Die Schwierigkeit besteht dabei darin, eine Balance zwischen kompatiblen und divergierenden Mentalitäten und Denkweisen zu finden. In der Schweiz hat die Diversität bislang in keiner Norm Verankerung gefunden.¹⁷ 22

Damit konstruktiver Raum für eine offene Diskussion zwischen den einzelnen Mitgliedern entstehen kann und Meinungsvielfalt gewährleistet ist, bedarf es bis zu einem gewissen Grad an divergierenden Ansichten. Ein durchwegs homogenes Gremium (d.h. in etwa gleiches Alter, ähnliche Werdegänge und Ausbildungen, einseitige Geschlechterverteilung und durchwegs gleiche Nationalitäten) wird der heutigen vorherrschenden Komplexität kaum mehr gerecht. 23

III. Was wirklich zählt

A. Gelebte Unabhängigkeit

Es gilt kritisch zu fragen, ob eine „echte“ Unabhängigkeit bei Verwaltungsratsmitgliedern überhaupt existiert. Die wohl ehrliche, allerdings unangenehme Antwort auf diese Frage lautet; wohl eher nicht. Sich für eine Unternehmung zu engagieren, wegweisende Entscheidungen mitzugestalten und diese zu fällen impliziert geradezu eine faktische Abhängigkeit – in welcher Art sich diese auch immer ausgestaltet. Eine „echte“ Unabhängigkeit kommt demnach einem intellektuellen Gedankenspiel wohl näher als der eigentlichen unternehmerischen Realität. 24

¹⁵ *Forbes, Milliken*, Cognition and Corporate Governance: Understanding Boards of Directors as Strategic Decision-Making Groups, *Academy of Management Review*, 1999 (24), S 489-505.

¹⁶ *Sutter-Rüdisser, Sutter* (ibid.), S 210.

¹⁷ Die Schweizer Bundesrätin Simonetta Sommaruga kämpfte vergeblich darum, eine Geschlechterquote von 30 Prozent in Publikumsgesellschaften im Rahmen der nächsten Aktienrechtsrevision verankern zu wollen. Bundesrat Johann Schneider-Ammann, welcher die Haltung des Wirtschaftsdachverbandes Economiesuisse vertrat, plädierte dafür, auf jede nicht zwingende Verschärfung des Firmenrechts zu verzichten und setzte sich mit dem Argument der Selbstregulierung durch. Ob sich die Schweizer Selbstregulierung hinsichtlich der Geschlechterquote erfolgreich zeigen wird, darf aus der Perspektive der vergangenen Jahre durchaus kritisch angezweifelt werden.

- 25 Grundsätzlich können zwei Arten von Unabhängigkeit unterschieden werden: Die so genannte „Independence of Appearance“ und die „Independence of Mind“.¹⁸ Erstere beinhaltet die Vermeidung von Tatsachen und Umständen, die so schwer ins Gewicht fallen, dass ein sachverständiger und informierter Dritter die Fähigkeit des Verwaltungsratsmitglieds zur objektiven Wahrnehmung seiner Aufgaben in Zweifel ziehen würde. In der „Independence of Mind“ hingegen liegt die eigentliche Krux; kann das Verwaltungsratsmitglied in objektiver und subjektiver Hinsicht seine Feststellungen unbeeinflusst von sachfremden Erwägungen und ohne Rücksichtnahme auf eigene Belange oder Interessen Dritter fällen?
- 26 Der Schweizer Gesetzgeber nennt keine expliziten Unabhängigkeitserfordernisse für die Mitglieder des Verwaltungsrats. Publikumsgesellschaften sind gewiss nach der Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance verpflichtet, weitere Tätigkeiten und Interessensverbindungen für jedes Mitglied des Verwaltungsrats offen zu legen.¹⁹ Diese beinhalten Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien bedeutender schweizerischer und ausländischer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts; dauernde Leitungs- und Beraterfunktionen für wichtige schweizerische und ausländische Interessengruppen sowie amtliche Funktionen und politische Ämter. Für jedes nicht-exekutives Mitglied des Verwaltungsrats sind ferner folgende Angaben zwingend aufzuführen: Ob es in den drei der Berichtsperiode vorangegangenen Geschäftsjahren der Geschäftsleitung des Emittenten oder einer Konzerngesellschaft des Emittenten angehörte und ob es mit dem Emittenten oder einer Konzerngesellschaft des Emittenten in wesentlichen geschäftlichen Beziehungen steht.
- 27 Wichtiger als lediglich den Offenlegungspflichten nachzukommen scheint jedoch, dass sich die Verwaltungsratsmitglieder ihrer Unabhängigkeitsgrenzen bewusst sind. Insbesondere nicht-exekutive Verwaltungsratsmitglieder stehen in der Pflicht, ihrer eigenen „gelebten“ Unabhängigkeit nachzukommen. Diese beinhaltet, dass sie sich periodisch mit gewichtigen Fragen zur Unabhängigkeit auseinandersetzen müssen und, sofern notwendig, geeignete Massnahmen ergreifen. Mögliche Fragen könnten lauten: Wem oder welcher Sache diene ich wirklich (bspw. gibt es eine ‚hidden agenda‘ die ich direkt oder indirekt mittrage oder unterstütze)? Wie gestalten sich derzeit meine persönlichen Beziehungen im Verwaltungsrat sowie meine dafür relevanten Netzwerke innerhalb und ausserhalb der Unternehmung? Kann ich jederzeit das Mandat niederlegen ohne Rücksichtnahme auf persönliche (bspw. Reputationsverlust, Aufkünden einer langjährigen Freundschaft) oder finanzielle Belange?
- 28 Nur wer sich diesen oder ähnlichen Fragen regelmässig gewissenhaft stellt, kann sich bewusst den Einflüssen, Bindungen und Rücksichten stellen und zwar gleichgültig, ob diese geschäftlicher-, finanzieller- oder persönlicher-Natur sind.

¹⁸ International Federations of Accountants (IFAQ), Code of Ethics, Section 8/8.3.

¹⁹ Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance. (Richtlinie Corporate Governance, RLCG), SIX Swiss Exchange, 2014, 3.1.c und 3.2, S 2.

B. Wahre Expertise

Wahre Expertise erfordert ein ständiges Lernen und ein „sich weiter bilden“. 29 Das Präsidium hat dafür zu sorgen, dass alle relevanten (Fach-)Kompetenzen im Gremium vertreten sind. Es kann und darf demnach nicht sein, dass beispielsweise ein Verwaltungsrat einer Spitalgesellschaft über keinen Mediziner in seinem Gremium verfügt. Andererseits muss nicht jedes Mitglied langjährige Industrienerfahrung mit sich bringen, um der Unternehmung einen wesentlichen Mehrwert zu stiften. Entscheidend ist auch hier einmal mehr die Diversität im kollektiven Denken. Ein reger Austausch unter Generationen verschiedenster (fachlicher) Herkunft, kann für den Entscheidungsfindungsprozess überaus bereichernd sein.

Zu wissen, *was* man nicht weiss und *woher* man dieses Wissen gegebenenfalls 30 erhalten kann, gilt als entscheidender komparativer Vorteil. Es kann demnach für den Verwaltungsrat von Vorteil sein, wenn bei spezifischen Themengebieten wo es die Entscheidungsfindung verlangt, interne und gegebenenfalls auch externe Experten den Sitzungen beizuziehen.

Ein iterativer gedanklicher Austausch verschiedener Perspektiven ist in jeder 31 Hinsicht förderlich. Dem Informationsvorsprung der Exekutive mit ihrem Insiderwissen über Kunden, Produkte und Dienstleistungen und der Situation auf den Märkten, kann die Nicht-Exekutive mit ihrer Distanz zum operativen Geschäft entgegen halten und so einer möglichen Betriebsblindheit vorbeugen und entsprechend neue Aspekte beleuchten. Dies setzt indes voraus, dass alle relevanten unternehmensinternen Informationen auch nicht-exekutiven Mitgliedern zur Verfügung stehen. Das Verwaltungsratsmitglied steht hier in der Pflicht, selber dafür besorgt zu sein, die für sie/ihn relevanten Informationen zu erhalten und sich nicht passiv damit Genüge zu tun, lediglich die von der Geschäftsleitung dargereichten Dokumente zu studieren.

Eine häufig zu wenig genutzte Möglichkeit von Verwaltungsräten, ihren Infor- 32 mationsstand zu verbessern, besteht mitunter darin, so genannte “face-to-face“-Kontakte herzustellen und regelmässig zu reaktivieren, um mit ausgewählten Stakeholdern, wie beispielsweise Kunden, Lieferanten und Mitarbeitenden, das persönliche Gespräch zu suchen.²⁰ Ein solcher Austausch ist vor allem hinsichtlich asymmetrischer Informationen²¹ von besonderem Wert. Die daraus resultierenden Erfahrungen können dem Gremium neue Impulse vermitteln, das Verständnis verbessern und alternative Lösungen zu laufenden Problemstellungen liefern.

Ein oftmals ausschlaggebender Faktor für die Meinungsbildung ist die Art und 33 Weise *wie* eine Angelegenheit im Gremium präsentiert wird.²² Lediglich ein informierter, wachsamer und unabhängiger Geist wird eine gewieft Präsentation von Fachspezialisten der Geschäftsleitung kritisch hinterfragen und sich bei Nicht-

²⁰ Sutter-Rüdisser; Sutter (ibid.), S 211.

²¹ Asymmetrische Informationen liegen vor, wenn ein Aspekt einer Interaktionssituation von einer Partei nicht beobachtbar ist. So z.B. in der Prinzipal-Agenten-Problematik, bei welcher Prinzipale (bspw. Eigentümer, Verwaltungsrat) und Agenten (bspw. Geschäftsleitung) unterschiedliche Interessen verfolgen können, um u.a. ihren persönlichen Nutzen zu maximieren.

²² Mintzberg, Raisinghani, Théorêt, The structure of “unstructured” decision processes, Administrative Science Quarterly, 1976 (21), S 246-275.

Verständnis getrauen, auch wiederholt nachzuhaken. Mitläufer hat es genug. Es mangelt an Personen mit Mut, die sich auch einmal getrauen hervor tun mit den Worten: „und ich verstehe es (immer) noch nicht“. Alsdann braucht es Rückgrat, um bei quasi vollendeten Tatsachen im geeinten Gremium, den finalen Entscheid nochmals hinaus schieben zu lassen.

- 34 An dieser Stelle sei ausdrücklich angemerkt, dass langwierigen und inhaltsarmen Präsentation freundlich, aber mit Nachdruck, Einhaltung geboten werden muss. Mitglieder des Verwaltungsrates, welche wiederholt unvorbereitet zu den Sitzungen erscheinen oder sich besonders durch ihren „Nicht-Beitrag und ausgedehntes Schweigen“ hervor tun, sind durch das Präsidium und ihre Kolleginnen und Kollegen freundlich, aber bestimmt zu rügen und gegebenenfalls durch neue Mitglieder zu ersetzen.

C. Persönliches Engagement

- 35 Jedes Verwaltungsratsmitglied trägt die Verantwortung für einen aktiven Beitrag zur Meinungsbildung im Gremium. Eine vornehme Zurückhaltung oder sogar passive Präsenz ist heutzutage nicht mehr angebracht und für eine effektive Unternehmensführung inakzeptabel. Persönliches Engagement ist Trumpf.²³ Dazu gehört auch, dass das einzelne Mitglied nicht nur regelmässig aktiv an den Sitzungen teilnimmt, sondern sich genügend Zeit für die individuelle Vor- und Nachbearbeitung nimmt. Das namentlich zur Vorbereitung wichtige Aktenstudium soll bei Bedarf durch eigene Recherchen und wenn notwendig, durch persönliche Gespräche innerhalb der Unternehmung ergänzt werden.
- 36 Die Bewältigung der Komplexität und Vielfalt der Aufgaben im Verwaltungsrat erfordert ein adäquates Engagement. Dies beinhaltet nicht nur die effektiv angewendete Zeit für ein Mandat sondern auch die persönliche Flexibilität und Verfügbarkeit in schwierigen Situationen. Demensprechend hat die Arbeitsintensität in den letzten Jahren erneut massiv zugenommen; und dies nicht nur bei Publikumsgesellschaften. So erstaunt es nicht, dass sich Prof. Dr. Peter Forstmoser bereits vor über 10 Jahren dafür ausgesprochen hat, dass „für die korrekte Erfüllung des Mandats bei einer grossen Publikumsgesellschaft [...] heute etwa ein Monat pro Jahr zu veranschlagen sein [dürfte].“²⁴
- 37 Die Zeit gilt wohl als *das* kommunistischste Gut auf Erden. Der Tag hat für jeden und jede 24 Stunden. Keine Minute mehr, keine Minute weniger. Auch nicht für jene Personen, welche Spitzenpositionen bekleiden. In den gängigen Corporate Governance-Diskussionen geht der Zeitaspekt leider oftmals vergessen. Mehrfachmandate sind nach wie vor häufig. So gibt es in der Schweiz vereinzelt Personen, welche über 200 Verwaltungsratsmandate innehaben.²⁵ Eventuelle weiterführende Geschäftstätigkeiten sind dabei noch nicht mitberücksichtigt. Diese so genannten Mehrfachmandate beschränken sich nicht nur auf kleinere und mittlere Aktiengesellschaften, sondern es gibt sie auch bei grösseren Publikumsgesellschaften.

²³ Sutter-Rüdisser, Sutter (ibid), S 211.

²⁴ Forstmoser (ibid), S 707.

²⁵ Verzeichnis der Schweizer Handelsregisterämter, www.handelsregister.ch.

Des Weiteren bestehen häufig Kreuzverflechtungen, das heisst Personen mit gegenseitigen Einsitznahmen in den Verwaltungsräten. Alleine die fünfzig höchstkapitalisierten Unternehmen des Schweizer Aktienmarktes verzeichnen über 50 solcher Kreuzverflechtungen.²⁶ Abgesehen von möglichen Interessenskonflikten und unter der Annahme, dass etwaige Synergieeffekte bei mehrfach ausgeführter Verwaltungsrats­tätigkeit limitiert sind, stellt sich unwillkürlich die Frage nach dem „richtigen Mass“ an Zeit, um der anspruchsvollen Verwaltungsrats­tätigkeit gerecht zu werden. 38

Eine Umfrage bei börsennotierten Unternehmen hat ergeben, dass Verwaltungsräte im Durchschnitt über 20 Arbeitstage für ein Verwaltungsratsmandat aufwenden.²⁷ Dabei existieren signifikante Unterschiede, sowohl zwischen einzelnen Mitgliedern, als auch zwischen den Funktionen, beispielsweise bei Verwaltungsratspräsidenten im Verhältnis zu Mitgliedern ohne Ausschussfunktion. Die durchschnittliche Sitzungsdauer im Gremium beträgt sechseinhalb Stunden, wobei jährlich im Durchschnitt insgesamt sieben Sitzungen durchgeführt werden. Nicht zu unterschätzen ist darüber hinaus die aufgewendete Zeit in den Ausschüssen und die Zeit für individuelle Vor- und Nachbearbeitung. Letztere schlägt durchschnittlich mit 80 Stunden zu Buche. In derselben Untersuchung gab es allerdings vereinzelt auch Ergebnisse, bei welchen Verwaltungsratsmitglieder für ihren Gesamtaufwand pro Mandat und Jahr weniger als 8 Stunden angegeben haben (!). 39

Diese Resultate zeigen auf, dass beachtliche Diskrepanzen hinsichtlich Zeit-Engagement für Verwaltungsratsmandate existieren; auch bei Publikumsgesellschaften. Dass aufgrund der aufgewendeten Zeit nicht unweigerlich auf Qualität und Professionalität geschlossen werden kann, versteht sich zwar von selbst. Nichtsdestotrotz scheint ein gewisses Mindestmass an Zeiteinsatz eine „conditio sine qua non“ für eine seriöse Verwaltungsrats­tätigkeit zu sein. Es gibt sie bereits, jene Verwaltungsräte, welche ihre Mitglieder im Sinne einer *Good Board Governance* zu einer Mindestanzahl an Arbeitstagen für das entsprechende Verwaltungsratsmandat verpflichten und damit die notwendige Mindestzeit zur ordentlichen Führung des jeweiligen Verwaltungsratsmandates vorgeben. Es stellt sich daher die Frage, ob eine „Praxis des Mindestzeiteinsatzes für die Verwaltungsrats­tätigkeit“ zukünftig verbreitet Anwendung finden wird, bevor der Gesetzgeber auch in dieser Hinsicht Handlungsbedarf erkennt. 40

IV. Schlussbemerkungen: Taten statt Worte

Ein Verwaltungsratsmandat gewissenhaft und mit vollem Engagement auszuüben ist eine überaus anspruchsvolle Tätigkeit. Fairerweise soll hier angemerkt werden, dass für jede erfolgreiche Tätigkeit auch ein Quäntchen Glück mitverantwortlich ist. Dies jedoch als Anlass zu nehmen, sich dem gewissenhaften Engagement zu entziehen, würde der Sache nicht gerecht. Insbesondere deshalb, weil die Mitglieder des Verwaltungsrats einen faktischen Informationsvorsprung gegenüber externen Steuerungs- und Kontrollfunktionen geniessen. Als so genannte 41

²⁶ Rüdisser (ibid), S 88.

²⁷ Rüdisser (ibid), S 135.

„Last Line of Defense“ beeinflusst der Verwaltungsrat das Geschehen für die unternehmerische Zukunft massgeblich mit.

- 42 Damokles hätte sein Glück buchstäblich herausgefordert, hätte er seinen Platz an Dionysios Tafel eingenommen. Vielleicht hätte auch das eine oder andere Verwaltungsratsmitglied einen differenzierteren Blick auf seine/ihre Aufgabe, wenn ein grosses Schwert über dem Konferenztisch des Verwaltungsrats hinge.
- 43 Es ist an der Zeit, die Bekenntnisse der weltweit umsichtig formulierten Corporate Governance Kodizes in die Tat umzusetzen. Im langfristigen Interesse aller Stakeholder einer Unternehmung sind beispielsweise jene Verwaltungsräte zeitnah auszuwechseln, welche Ihre Leistung nicht erbringen wollen und/oder können. Gefordert sind dabei in erster Linie die Verwaltungsratspräsidentinnen und Verwaltungsratspräsidenten, welche jene stets unvorbereiteten und passiven Mitglieder im Verwaltungsrat, freundlich aber bestimmt rügen und gegebenenfalls durch neue Mitglieder ersetzen.
- 44 Wünschenswert für jedes Gremium sind demzufolge Mitglieder, welche sowohl in objektiver und subjektiver Hinsicht ihre Feststellungen unbeeinflusst von sachfremden Erwägungen und ohne Rücksichtnahme auf eigene Belange oder Interessen Dritter treffen können; durch Integrität, gelebte Unabhängigkeit, persönliches Engagement, professionelle Skepsis, gegenüber sachlichen Argumenten zugänglich und bereit, ihre Meinung und ihren Entschluss gegebenenfalls zu überdenken.