

## **Arbeitsgruppe**

Prof. Dr. Peter Böckli

Prof. Dr. Claire Huguenin

Prof. Dr. François Dessemontet

# **Zwischenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance»: Offenlegung von Organentschädigungen und Organkrediten**

**25. März 2003**

## **1. Ausgangslage und Fragestellung**

Am 9. Mai 2001 reichte Nationalrat *Pierre Chiffelle* eine Parlamentarische Initiative betreffend Transparenz bei börsenkotierten Unternehmen ein (01.424 n). Diese verlangt, dass das Obligationenrecht neu den börsenkotierten Aktiengesellschaften die Pflicht auferlegen soll, die an ihren Verwaltungsrat ausgerichteten Entschädigungen sowie die von seinen Mitgliedern gehaltenen Beteiligungen an der Gesellschaft gesamthaft im Anhang zur Jahresrechnung aufzuführen.

Der Nationalrat leistete der Initiative Chiffelle Folge, indem er die nationalrätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) am 11. März 2002 mit der Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesvorschlags betraute. Am 28. Oktober 2002 erteilte die WAK-N Herrn Prof. Max Boemle den Auftrag, einen solchen Vorschlag auszuarbeiten. Dabei richtete sie folgende Fragen an ihn:

1. Soll die Transparenz der Entschädigungen gesamthaft oder individuell angewendet werden?
2. Sind die Mitglieder der Generaldirektion davon auch betroffen? Falls ja, welche?
3. Ist es, was die Elemente der Offenlegung der Entschädigungen betrifft, angebracht auch noch andere Gegenstände transparent zu machen, die nicht durch die Richtlinien der Schweizer Börse SWX geregelt sind?
4. Muss im Gesetz eine Prüfung durch eine externe Revisionsgesellschaft bezüglich der Offenlegung der Entschädigungen vorgesehen werden? Sind Durchsetzungsprobleme zu befürchten? Welches wären denkbare Sanktionen?

Beinahe im gleichen Zeitraum wurde auch das *Bundesamt für Justiz* tätig: Um verschiedenen parlamentarischen Vorstössen im Bereich von Corporate Governance zu entsprechen, setzte es eine dreiköpfige Arbeitsgruppe ein, welche bis 30. September 2003 die Frage beantworten sollte, ob das schweizerische Aktienrecht die Forderungen von Corporate Governance bereits angemessen umsetze oder ob Handlungsbedarf bestehe. Die Arbeitsgruppe setzt sich aus den Professoren Peter Böckli (Vorsitz), Basel, Claire Huguenin, Zürich und François Dessemontet, Lausanne, zusammen.

Am 26. September 2002 ersuchte der Präsident der WAK-N das Bundesamt für Justiz darum zu prüfen, ob die Arbeitsgruppe nicht bereits Ende März 2003 einen Zwischenbericht über die Frage nach der Offenlegung von Entschädigungen vorlegen könne, welche börsenkotierte Gesellschaften an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ausrichten. Im Oktober 2002 informierte das Bundesamt für Justiz die WAK-N darüber, dass die Arbeitsgruppe dazu bereit sei, sich in einem Zwischenbericht zum Transparenzgebot, das sie in ihrem Schlussbericht als Teil einer viel weiter gespannten Fragestellung zu behandeln hat, vorweg zu äussern und einen entsprechenden Regelungsvorschlag zu unterbreiten.

Um der Einheit der Materie willen befasst sich die Arbeitsgruppe Böckli/Huguenin/-Dessemontet im vorliegenden Zwischenbericht sowohl mit der Offenlegung in börsenkotierten als auch, über «Chiffelle» hinaus, in nicht kotierten Aktiengesellschaften (persönlicher Anwendungsbereich des Transparenzgebots). Sie äussert sich ebenfalls zur Frage, welche Informationen publik zu machen sind und insbesondere, ob auch *andere* Leistungen als «Entschädigungen» im engeren Sinne von der Offenlegungspflicht erfasst werden sollten, namentlich Organkredite und der Bestand von Aktien oder anderen Beteiligungsrechten der Gesellschaft (sachlicher Anwendungsbereich des Transparenzgebots). Dabei geht es auch darum zu prüfen, ob der Detaillierungsgrad der offen zu legenden Informationen nach Massgabe des Kriteriums «Verwaltungsratsmitglied» oder «Geschäftsleitungsmitglied» abzustufen ist. Die beiden letzten Elemente sind zwar in der Pa Iv Chiffelle nicht erwähnt, ergeben sich aber aus dem Wortlaut des Mandates, welches die WAK-N Herrn Prof. Max Boemle erteilt hat.

Zur weiter gehenden Frage, ob eine Offenlegung für *andere Gesellschaftsformen* bzw. juristische Personen angezeigt ist, wird die Arbeitsgruppe in ihrem Schlussbericht vom 30. September 2003 Stellung nehmen.

## **2. Regelungsansätze ausserhalb des Aktienrechts**

Als Nationalrat Chiffelle im Mai 2001 die bereits erwähnte Parlamentarische Initiative betreffend Transparenz einreichte, enthielten weder das Börsengesetz von 1995 (BEHG; SR 954.1) noch das gestützt auf dieses im Jahre 1996 erlassene Kotierungsreglement der schweizerischen Börse (SWX) eine konkrete Pflicht zur Offenlegung von an Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder ausgerichteten Entschädigungen. Das gleiche galt für andere Leistungen, welche die Gesellschaft der obersten Unternehmensebene vertraglich gewährte, sowie für Beteiligungen, welche diese an der Gesellschaft hatten oder erwarben bzw. veräusserte (unter Vorbehalt von Art. 20 BEHG), und für Organkredite, d.h. die Gewährung von Darlehen und andere Bevorschussungen zulasten der Gesellschaftskasse an Mitglieder von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung.

Art. 8 Abs. 2 BEHG verlangt indessen generell, dass die Börse in ihrem Reglement in Übereinstimmung mit international anerkannten Standards (Art. 8 Abs. 3 BEHG) festzulegen hat, welche Informationen für die Anleger nötig sind, um sowohl die Eigenschaften der Effekten als auch die Qualität des Emittenten beurteilen zu können. Auf Veranlassung der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) und gestützt auf die Selbstregulierungskompetenz (Art. 3 BEHG) war denn auch die Effektenbörse der Schweiz, die SWX Swiss Exchange, bereits in jener Zeit damit befasst, zwecks Förderung der Transparenz eine sog. Corporate Governance-Richtlinie mit einem detaillierten Anhang (RLCG) zu erarbeiten. Die RLCG wurde am 17. April 2002 verabschiedet und, nach ihrer Genehmigung durch die EBK gestützt auf Art. 4 Abs. 2 BEHG, am 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt. Die ihr unterstellten, also börsenkotierten Gesellschaften haben sie erstmals im Geschäftsbericht zu beachten, welcher das Geschäftsjahr 2002 betrifft.

Während für alle anderen Kapitel (Kapitel 1-4 und 6-9) der Grundsatz gilt, dass eine Regel entweder zu befolgen oder aber ein Abweichen von ihr zu begründen, sind die in Kapitel 5 zusammengefassten Normen über die Transparenz von Entschädigungen, Beteiligungen und Orgendarlehen zwingend zu beachten. Das Transparenzgebot betrifft sowohl die Mitglieder des Verwaltungsrats als auch jene der Geschäftsleitung (d.h. gemäss Art. 716b OR die mit der Geschäftsleitung betrauten Personen, die dem Verwaltungsrat unmittelbar unterstehen, aber ihm nicht selbst angehören).

Im Einzelnen sind zusammenfassend folgende Angaben zu machen:

- die von der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft direkt oder indirekt an den Verwaltungsrat und/oder die Geschäftsleitung ausgerichteten Entschädigungen (Honorare, Saläre, Gutschriften, Bonifikationen und Sachleistungen), wobei bezüglich des Verwaltungsrats erstens zwischen exekutiven und nicht exekutiven Mitgliedern zu unterscheiden und zweitens die höchste erfolgte Gesamtentschädigung (ohne Namensnennung) gesondert auszuweisen ist;
- die dem Verwaltungsrat, der Geschäftsleitung sowie diesen nahe stehenden Personen im Berichtsjahr zugeteilten Aktien und Optionen sowie die von diesen Personen gehaltenen Beteiligungen an der Gesellschaft, wobei wiederum zwischen exekutiven und nicht exekutiven Mitgliedern zu differenzieren ist;
- zusätzliche Honorare und Vergütungen, welche Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung bzw. diesen nahe stehende Personen der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft in Rechnung stellen, sofern diese Summe die Hälfte der ordentlichen Entschädigungssumme der betreffenden Organperson erreicht oder überschreitet;

- Gesamtbetrag und Konditionen der Sicherheiten und der noch nicht zurückgezahlten Darlehen, Vorschüsse oder Kredite, welche die Gesellschaft oder eine Konzerngesellschaft den Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder diesen nahestehende Personen gewährte.

Ebenfalls im Jahr 2001 – und in Koordination mit der damals entstehenden RLCG – beauftragte Economiesuisse auf der Basis einer breiten Zustimmung eine Expertengruppe damit, Empfehlungen für einen Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance zu erarbeiten. Der «Swiss Code» vom 25. März 2002 wurde von praktisch allen Schweizer Wirtschaftsverbänden und Pensionskassen genehmigt. Er gilt wie die RLCG seit dem 1.7.2002, freilich als blosser Empfehlung. Das Ziel bestand darin, «einen gemeinsamen Kern der verschiedenartigen Bemühungen um eine Verbesserung von Corporate Governance-Aspekten in der Schweiz herauszuarbeiten» (vgl. Einleitung zum «Swiss Code»).

Adressaten des «Swiss Code» sind in erster Linie die schweizerischen Publikumsgesellschaften. Auch nicht börsenkotierte, volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften oder Organisationen sollen dem Code jedoch «zweckmässige Leitideen» entnehmen können.

Während der «Swiss Code» lediglich Empfehlungen enthält, ist Kapitel 5 der RLCG über Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen wie gesagt zwingend: Die SWX hat Verfahrensvorschriften aufgestellt, deren Nichteinhaltung sanktioniert werden kann. Adressaten der Sanktionierungsmöglichkeiten sind aber lediglich die Unternehmen, also nicht die für sie handelnden natürlichen Personen. Heinrich Henckel, derzeitiger Direktor der Zulassungsstelle, erklärte gegenüber der WAK-N, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für wirkungsvolle (direkte) Sanktionen fehlt und dass überdies die Tätigkeit der Revisionsstellen von der Zulassungsstelle nicht überprüft werden könne.

Aufgrund erster Erfahrungen, die man unterdessen im In- und Ausland mit dem Transparenzgebot sammeln konnte, gelangte man allmählich zur Einsicht, dass zugunsten der Anleger mehr Voraussetzungen erfüllt sein müssen, als die RLCG oder die Initiative Chiffelle (welche übrigens lediglich zwei der gemäss RLGC erforderlichen Angaben einer Offenlegungspflicht unterstellen will) es vorschreiben. Nun hat die RLCG zwar einen *grossen Schritt* in Richtung einer bisher in der Schweiz in dieser Art gänzlich unbekanntem Transparenz getan; das internationale Niveau ist aber noch nicht ganz erreicht. So verlangt die RLCG weder, dass die Schweizer Publikumsgesellschaften die Bezüge aller Verwaltungsratsmitglieder einzeln ausweisen, noch schreibt sie vor, dass die Entschädigung des bestverdienenden Geschäftsleitungsmitgliedes gesondert anzugeben ist. Dazu kommt, dass die RLGC sich nur an die börsenkotierten Gesellschaften richtet. Zudem besteht gerade im Bereich der Organentschädigungen und -kredite ein Wertungswiderspruch. Weil hier ein ganz besonders gewichtiges

Transparenzinteresse besteht, ist das entsprechende Kapitel 5 der RLCG als zwingend erklärt worden, aber es fehlt der Börse an einem hinreichenden Sanktionssystem.

Ein Blick auf die umliegenden Rechts- und Wirtschaftsordnungen zeigt, dass generell eine Tendenz zu einer detaillierteren Offenlegung hin auszumachen ist. So enthält etwa das französische Handelsgesetzbuch seit dem 15. Mai 2001 entsprechende Bestimmungen. Das gleiche gilt für den seit dem Jahr 2000 geltenden Teil B des britischen «Combined Code» (London Stock Exchange Listing Requirements). Und schliesslich sind auch der Deutsche Corporate Governance Kodex vom 26. Februar 2002 sowie § 285 HGB und § 161 AktG zu nennen.

### **3. Gründe für die Einführung eines aktienrechtlichen Transparenzgebots im Bereich der Organentschädigungen und -kredite**

Der «Swiss Code» definiert Corporate Governance als „die Gesamtheit der auf das Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben“. Die Idee von Corporate Governance besteht darin, das Pflichtenheft von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung wirkungsvoller zu strukturieren und seine Erfüllung transparent und damit überprüfbar zu machen. Die Schweizer Begriffsbestimmung hat – im Gegensatz zur deutschen – besonderes Gewicht auf die Transparenz gelegt; diese erscheint auf gleicher Stufe wie das ausgewogene Verhältnis von Führung und Kontrolle.

#### **3.1 Offenlegung aus dem Blickwinkel der Rechenschaftspflicht**

Eine Anpassung des Aktienrechts an die wichtigsten Corporate Governance-Grundsätze, die nicht bereits in der geltenden Fassung des Gesetzes verwirklicht sind, ist nach Ansicht der Arbeitsgruppe aus folgenden Gründen angezeigt: Die oberste Unternehmensebene, also Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, kann man in einem weiteren Sinne auch als Beauftragte der Aktionäre ansehen (Art. 394 OR). Auftraggeber haben das zentrale Recht, sich über die Aktivitäten ihrer Beauftragten informieren zu lassen (Art. 400 OR). Wäre dem nicht so, hätten die Auftraggeber gar keine Möglichkeit, sich ein Bild darüber zu machen, ob die Beauftragten ihre Aufgaben sorgfältig ausführen und ob sie mit den anvertrauten Ressourcen effizient und zielstrebig umgehen (Art. 398/400 OR). Ohne Information ist mit anderen Worten keine wirksame Kontrolle möglich. Das Aktienrecht verwirklicht den Rechenschaftsbericht der Beauftragten durch die Jahresrechnung (Art. 662 ff. OR) und den verbalen Jahresbericht (Art. 663d OR).

Problematisch ist nun, dass die Aktionäre – jedenfalls nach dem Aktienrecht – das Zahlenwerk und die weiteren Ausführungen zur Rechenschaft nur einmal jährlich und lediglich in gesetzlich genau limitierten Punkten erhalten. Sie stehen überdies in der Regel weder miteinander in engerem Kontakt, noch befinden sie sich im Allgemeinen in sachlicher, räumlicher oder auch zeitlicher Nähe zu den unternehmerischen Entscheidungsträgern bzw. Entscheidungen.

Der Grundgedanke, dass die heute geltende Rechenschaft mangelhaft ist, bestätigt sich auch dann, wenn man das zwischen Gesellschaft und Organ geknüpfte Band gesellschaftsrechtlich versteht: Das Organverhältnis gemäss Art. 698 ff. OR ist nämlich in vielerlei Hinsicht ähnlich strukturiert wie ein Mandatsverhältnis. So wie ein Auftraggeber seinen Beauftragten aussucht, wählt auch die Generalversammlung die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Die Wahl verpflichtet sodann den Verwaltungsrat als Leitungs- und Aufsichtsorgan zum gleichen Grad an Sorgfalt, wie wenn zwischen ihm und der Gesellschaft ein Mandatsvertrag abgeschlossen worden wäre (Art. 717 und 754 OR). Die Treuepflicht gilt wie in einem Auftragsverhältnis (Art. 717 Abs. 1 OR). Und so wie der Auftraggeber den Auftrag jederzeit auch ohne wichtigen Grund widerrufen kann (Art. 404 OR), kann auch die Generalversammlung ein Mitglied des Verwaltungsrats jederzeit ohne wichtige Gründe abberufen (Art. 705 Abs. 1 OR).

Verwandt ist schliesslich auch die Rechenschaftspflicht, wenn auch nach geltendem Recht gesellschaftsrechtlich etwas weniger weit gehend als beim Mandat (Art. 400 OR). Der Verwaltungsrat muss den Aktionären periodisch Bericht über seine Aktivitäten erstatten (Art. 696 Abs. 1 OR). Der Bericht umfasst die wichtigen Ereignisse des Geschäftsverlaufs, die wirtschaftliche und finanzielle Lage im verbalen Jahresbericht (Art. 663d OR) und den finanziellen Jahresbericht bzw. Konzernabschluss als Zahlenwerk (Art. 662 OR). Im Geschäftsbericht fehlt indessen eine ganz wesentliche Information, welche ein Auftraggeber selbstverständlich hat oder jederzeit von seinem Beauftragten verlangen könnte (Art. 400 OR): Der Geschäftsbericht enthält zwar den gesamten Personalaufwand (Art. 663 Abs. 3 OR), aber keinerlei Angaben darüber, was die oberste Exekutive die Aktionäre im Rechnungsjahr gekostet hat. Das Bestehen einer so zentralen Lücke ist überraschend; man muss sich fragen, warum die Forderung nach Kostentransparenz nicht schon früher nachdrücklich gestellt worden ist. Während etwa das deutsche Recht bereits seit 1965 (§ 160 Abs. 3 Ziff. 8 des Aktiengesetzes) die Offenlegung der Gesamtbezüge von Vorstand und Aufsichtsrat verlangt, war auch in den Diskussionen um die schweizerische Aktienrechtsreform von 1958 bis 1991 davon, soweit ersichtlich, nicht die Rede. Die Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BBl 1983 II 745 ff.) greift dieses Thema gar nicht auf.

Eine der möglichen Antworten darauf liegt im steuerrechtlichen Bereich: Prinzipiell sieht das Aktienrecht nämlich seit jeher vor, dass die Aktionäre an der Generalversammlung Beschluss über die *Tantièmen* der Verwaltungsratsmitglieder fassen (Art. 627 Ziff. 2, 677 ff. und vor allem 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Erfolgt die Entschädigung – wie noch bis vor zehn bis zwanzig Jahren weithin üblich – durch eine Tantième, so verschafft der entsprechende Beschluss den Aktionären automatisch Kenntnis davon, was der Verwaltungsrat die Gesellschaft kostet. Der Umfang einer derartigen Entschädigung hängt überdies vom Unternehmenserfolg ab; bei Verlusten (und selbst bei geringen Gewinnen, wenn die Aktionäre nicht mehr als 5% Dividende bekommen) gibt es von Gesetzes wegen auch keine Tantièmen (Art. 677 OR).

Da Tantièmen als «Gewinnanteil» gelten und demzufolge steuerlich nicht abgezogen werden können, begann man nach anderen, steuerlich vorteilhafteren Entschädigungsformen Ausschau zu halten. Angesichts der steigenden Lasten der Kriegsjahre (Wehrsteuer, Kriegsgewinnsteuer etc.) gingen die Verwaltungsräte allmählich dazu über, das heute geltende Regime einzuführen: Danach wird eine «*feste Entschädigung*» festgelegt, als Aufwandposten behandelt und von den Steuern abgezogen. Diesem steuerlichen Vorteil steht allerdings der gesellschaftsrechtliche Nachteil gegenüber, dass für diese Festlegung nicht mehr die Generalversammlung, sondern der Verwaltungsrat selbst zuständig ist. Die Transparenz ging verloren.

Unterdessen hat man eingesehen, dass das System der vom Verwaltungsrat für sich selbst festgesetzten festen Entschädigung nicht nur die Transparenz (in der Form der Kostenklarheit) aufhebt, sondern auch den innergesellschaftlichen Entscheidungsprozess mit seiner vom Gesetz fein austarierten Gewaltenteilung ausschaltet. Die Aktionäre sprechen bei der Kostengutsprache nicht mehr mit, und der Verwaltungsrat kann nun auch dann, wenn die Aktionäre weniger als 5% Dividende erhalten oder dividendenlos bleiben (oder gar einen Bilanzverlust hinnehmen müssen) weiterhin die von ihm festgelegte Entschädigung beziehen oder diese sogar erhöhen. Der Verwaltungsrat muss die Aktionäre weder über die Voraussetzungen noch über Modalitäten und Höhe seiner festen Bezüge informieren.

### **3.2 Selbstkontrahieren des Verwaltungsrates**

Die Tatsache, dass Verwaltungsräte heute in der Regel selber über ihre Entschädigungen befinden, ist rechtlich und funktional auch unter dem Aspekt des *Selbstkontrahierens* kritisch (sog. self-dealing oder Insichgeschäft). Repräsentiert nämlich der eine Vertragspartner gleichzeitig die Gegenseite, so ist das nicht nur unter dem Gesichtspunkt der innergesellschaftlichen Gewaltenteilung problematisch, sondern es entsteht auch ein kaum auflösbarer Interessenkonflikt: Es ist unmöglich, dass jemand zwei einander entgegengesetzte Positionen mit dem gleichen Nachdruck und dem

gleichen Engagement vertreten kann. Die Mitglieder eines Verwaltungsrates, die im Namen der Gesellschaft mit sich selber Verträge abschliessen bzw. sich selbst zulasten der Gesellschaftskasse Entschädigungen zusprechen, befinden sich in genau dieser Situation: Sie sind Personen, welche befugt sind, für die Gesellschaft zu handeln und sich auch verpflichtet haben, deren Interessen zu wahren (also zur Schonung des Gesellschaftsvermögens im Zweifelsfall tendenziell eher tiefe Entschädigungen auszurichten). Sie stehen aber gleichzeitig auf der anderen Seite des Rechtsgeschäfts und sind als Leistungsempfänger prinzipiell und verständlicherweise an einer hohen Entschädigung interessiert.

Das Problem des Kontrahierens mit sich selber besteht im Übrigen nicht nur bei den Entschädigungen, sondern grundsätzlich bei *allen Leistungen*, welche eine Gesellschaft ihren Organen gewährt (Organverträge wie Darlehen, Bürgschaften, Stundung, Forderungsverzicht zu Gunsten von Mitgliedern oder Organen etc.). Auf den Grund der Leistung kommt es nicht an: Gleichgültig, worin die Leistung besteht und wie sie umschrieben ist, muss es als rechtlich bedenklich angesehen werden, wenn ein für die Gesellschaft handelndes Organ sie einem Mitglied oder allen Mitgliedern desselben Organs verspricht.

Laut Bundesgericht ist ein Inschlaggeschäft grundsätzlich unwirksam, sofern es nicht zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen oder von einem anderen unabhängigen, allenfalls höherrangigen Organ genehmigt wird. Da diese Genehmigung aber auch *stillschweigend* erfolgen kann, gebietet die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Ergebnis der Flut von teilweise gesellschaftsschädlichen Inschlaggeschäften, die täglich in Unternehmen abgeschlossen werden, kaum Einhalt. Nicht nur die beiden Vorbehalte der bundesgerichtlichen Praxis («Üblichkeit oder Genehmigung») erweisen sich in der Praxis als wenig wirksam; auch die aktienrechtlichen Sanktionen greifen nicht oder nicht genug. Zwar enthält das Aktienrecht eine spezifische aktienrechtliche Rückerstattungsklage bei offensichtlichem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung (Art. 678 OR). Der Aktionär kann diese aber nur wirkungsvoll einsetzen, wenn er über diese Vorkommnisse auch informiert wird, d.h. wenn bei den Entschädigungen und anderen zu Gunsten der Organe geschlossenen Verträgen Transparenz besteht. Nach geltendem Recht legt die Gesellschaft die den Organmitgliedern gewährten Kredite aus Gesellschaftsmitteln nur offen, wenn der Darlehensnehmer eine Beteiligung von 20% an der Gesellschaft hält (Art. 662a Abs. 4 OR), d.h. praktisch ein «Grossaktionär» ist.



### **3.3 Aktienbesitz der Organe**

Eine weitere Frage ist, ob ein Organ auch seine *Aktien* oder anderen Beteiligungsrechte an der Gesellschaft und allfällige Optionen darauf offenzulegen hat. Abgesehen von der heute noch verlangten einzigen Pflichtaktie (Art. 707 Abs. 1 Satz 2 OR) ist die Aktionärs-eigenschaft grundsätzlich losgelöst von der Organeigenschaft zu betrachten. Mit der Wahl hat die Gesellschafterstellung eines Mitglieds des Verwaltungsrates grundsätzlich nichts zu tun; das Aktienrecht folgt dem Drittorganschaftsprinzip. In der Botschaft des Bundesrates zur Revision des GmbH-Rechtes vom 19. Dezember 2002 (BBl 2001, 3148 ff.) wird denn auch in dem die Aktiengesellschaft betreffenden Teil die völlige Abschaffung des Erfordernisses der Aktionärs-eigenschaft vorgeschlagen (Art. 707 E-OR).

Im Regelfall stellen sich bei Beteiligungen die typischen Risiken des In-sich-Geschäfts nicht ein (ausgenommen sind etwa jene Fälle, in denen der Verwaltungsrat zurückgekaufte Aktien an die Verwaltungsratsmitglieder veräussert etc.). Auch steht fest, dass es grundsätzlich zu begrüssen ist, wenn die Organmitglieder das unternehmerische Risiko auch als Beteiligte direkt mitzutragen bereit sind. Dennoch haben die Aktionäre nach Auffassung der Arbeitsgruppe unter dem Gesichtspunkt der Corporate Governance-Grundsätze ein berechtigtes Interesse zu erfahren, ob und wie stark sich Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder an der Gesellschaft beteiligt haben. Weiter ist es für sie auch wichtig zu wissen, ob die Organmitglieder ihre Beteiligung im Geschäftsjahr aufgestockt oder abgebaut haben, ferner wie sich die Beteiligungsverhältnisse der Organe im Vergleich zu einander gestalten und ob sich unter den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern auch bedeutende Aktionäre finden (im Sinne von Art. 663c OR solche mit 5% oder mehr der Stimmrechte) oder ob sie zusammen gar die Mehrheit der Aktien halten. Diese Überlegungen zeigen, dass es nicht genügt, die Gesamtbeteiligung des Verwaltungsrats anzugeben. Es ist vielmehr notwendig, die Beteiligungen bzw. Optionen auf solche individuell, also für jedes Mitglied des Verwaltungsrates gesondert auszuweisen.

### **3.4 Nahe stehende Personen**

Um Umgehungen der Offenlegungspflicht zu verhindern, sprechen im Übrigen gute Gründe dafür, den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern nahe stehende Personen in das Transparenzgebot mit einzubeziehen. Nach dem Kommentar der SWX Swiss Exchange zu Kapitel 5 RLCG, der sich auf Art. 678 OR bezieht, sind nahe stehende Personen «Drittpersonen, die Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedern aufgrund enger persönlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Bindung verbunden sind. Der Begriff der nahe stehenden Person ist somit sehr weit zu fassen. Ein Indiz für das Nahestehen kann sein, dass die betreffende Leistung gegenüber einer unabhängigen Drittperson nicht oder nicht in dieser Art erbracht worden wäre (vgl. zu

diesem Thema auch Swiss GAAP FER 15 und IAS 24). Nahe stehende Personen sind beispielsweise ein beauftragter Anwalt bzw. ein beauftragtes Anwaltsbüro, der Ehepartner, juristische Personen, die vom Verwaltungsrat oder einzelnen Verwaltungsräten kontrolliert werden etc.»

Diese Begriffsbestimmung dürfte den Kern dessen treffen, was heute nicht nur in der Schweiz, sondern auch im Ausland unter «nahe stehenden Personen» verstanden wird.

## **4. Das aktienrechtliche Transparenzgebot im Einzelnen**

### **4.1 Überblick**

Aus den oben dargelegten Gründen ist die Arbeitsgruppe der Auffassung, dass die Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder für jenen Bereich, in dem sie den Aktionären aus ihrer mandatsähnlichen Stellung heraus Rechenschaft schulden, offenlegungspflichtig sein sollen. Die Transparenz ist zunächst notwendig, um den Aktionären Kenntnis davon zu geben, was die Funktionen «Verwaltungsrat» und «Geschäftsleitung» die Gesellschaft während des Berichtsjahres gekostet haben. Die Offenlegung ist aber, was den Verwaltungsrat betrifft, auch rechtlich erforderlich zur Legitimierung der im Selbstkontrahieren zu Lasten der Gesellschaftskasse festgelegten Leistungen an die Verwaltungsratsmitglieder.

Als Ort der Offenlegung bietet sich der «*Anhang*» an, der einen integrierenden Bestandteil der Jahresrechnung darstellt (Art. 663b OR). Finden sich die Angaben zu Organentschädigungen und -krediten im «Anhang», so ergibt sich ohne weiteres, dass sie auf Übereinstimmung mit dem Gesetz, insbesondere Richtigkeit und Vollständigkeit, durch die Revisionsstelle zu prüfen sind (Art. 728 Abs. 1 OR). Denn der Anhang ist Gegenstand der Abschlussprüfung (Art. 728 und Art. 662 Abs. 2 OR). Die Arbeitsgruppe schlägt vor, Art. 663b OR entsprechend zu ergänzen (*Beilage* zu diesem Zwischenbericht).

### **4.2 Sachlicher Anwendungsbereich**

Die Offenlegungspflicht umfasst zunächst alle Leistungen, welche die Gesellschaft oder eine Konzerngesellschaft den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern oder einer diesen nahe stehenden Personen, während oder anlässlich der Beendigung ihrer Amtszeit, direkt oder indirekt vertraglich gewährt (Organentschädigungen, Orgendarlehen etc.). Eingeschlossen sind sodann auch die Beteiligungsrechte an der Gesellschaft und Optionen darauf, welche diese oder diesen nahe stehende Personen an der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft haben.

Grundsätzlich soll es keine Rolle spielen, ob der Bezüger Organmitglied oder lediglich eine diesem *nahe stehende* Person ist. Rechtlich bedeutet dies, dass die Bezüge einer nahe stehenden Person, falls die sachliche Qualifikation der Leistung als Organentschädigung oder Organkredit gegeben ist, dem Organmitglied, dem die Person nahe steht, zugerechnet wird. Ohne diese Regelung, welche auch in der SWX-Richtlinie vom 17. April 2002 gilt, ist Umgehungsversuchen jeder Art von Beginn an Tür und Tor geöffnet. Unerheblich soll auch sein, ob der Leistungsempfänger Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung ist.

Hingegen ist nach Auffassung der Arbeitsgruppe bezüglich des *Detaillierungsgrades* der Angaben zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung wie folgt zu differenzieren:

4.2.1 Beim *Verwaltungsrat* sind neben der Gesamtsumme nach Auffassung der Arbeitsgruppe auch die individuellen Bezüge der einzelnen Mitglieder offenzulegen. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass das aktienrechtliche Gewaltenteilungsprinzip und der schuldrechtliche Interessenausgleich wegen des «self-dealings» (der Verwaltungsrat legt selbst die Entschädigungen fest, die an seine eigenen Mitglieder fliessen) nicht spielen können. Es braucht darum einen Mechanismus, der den Aktionären durch Transparenz die Möglichkeit verschafft, die Selbstbezüge der Mitglieder des Verwaltungsrates auf Üblichkeit zu prüfen bzw. diese nach Kenntnisnahme mindestens stillschweigend zu genehmigen. Dies ist eine Lösung, die ersatzweise dafür sorgen kann, was eigentlich das Ziel aller rechtlichen Vorkehrungen zur Bewältigung des Phänomens des «self-dealings» ist: Durch Transparenz und Üblichkeitskriterien oder Genehmigung für ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu sorgen. Das Transparenzgebot fördert auch die Selbstdisziplinierung: Von vornherein wissen die Organmitglieder um die Publizität ihrer Bezüge im mandatsähnlichen Bereich. Sollte schliesslich ausnahmsweise trotz dieses Wissens gegen das in Art. 678 OR formulierte Gebot, wonach Leistung und Gegenleistung bei Organverträgen nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander stehen dürfen, verstossen werden, so erhalten die Aktionäre via Offenlegung von diesem Verhalten Kenntnis. In der Folge liegt es bei den Aktionären, ob sie gegen dieses Vorgehen einschreiten wollen. Sie müssen dazu nicht zuerst eine Sonderprüfung gemäss Art. 697a ff. OR einleiten – ein zeitraubendes und selten zum Ziel führendes Verfahren.

Die Arbeitsgruppe hat sich dazu entschieden, sich durch ein wesentliches Gegenargument gegen die Offenlegung von Organentschädigungen – in den USA habe die Bekanntgabe der Bezüge zu deren *Steigerung*, keineswegs zu deren *Mässigung* geführt – nicht aufhalten zu lassen. Falls die erwähnte Beobachtung überhaupt zutrifft – sie ist nicht erwiesen –, müsste die Frage nach

der Kausalität geprüft werden: Ist es die Offenlegung, die das Phänomen einer sog. «Aufwärtsspirale» auslöst? Oder steckt dahinter nicht eher, unberührt von der Frage der Offenlegung als solchen, ein kartellähnliches Verhalten der Interessierten bzw. ein mangelhaftes Funktionieren des Marktes für Manager? Zudem gibt die Arbeitsgruppe zu diesem äusserst kontroversen Thema folgendes zu bedenken: Gesetzt der Fall, die so oft erwähnte «Aufwärtsspirale» sei eine Tatsache – ist es dann wirklich angebracht anzunehmen, auf dem Finanz- und Werkplatz Schweiz würde sich der Aufwärtstrend dadurch abbremsen und verhindern lassen, dass man die Organentschädigungen *geheim* hält? Die Arbeitsgruppe neigt auf Grund ihrer Überlegungen eher zur Annahme, dass eine Offenlegung der Organentschädigungen auf längere Sicht *mehr* Kräfte zur Abbremsung der «Aufwärtsspirale» frei legt als eine Geheimhaltungspolitik.

- 4.2.2 *Geschäftsleitungsmitglieder* sind im Prinzip gleich zu behandeln wie die Verwaltungsratsmitglieder. Der Verwaltungsrat ist befugt (Art. 716b OR) die Geschäftsführung unter Vorbehalt von Art. 716a Abs. 1 OR an eine (ihm direkt unterstellte) Geschäftsleitung zu delegieren. Aus der Sicht des Aktionärs, der ein Recht darauf haben soll, zu erfahren, was ihn die Funktion der Verwaltung der Gesellschaft kostet, macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Verwaltungskosten an der Gesellschaftsspitze von einem Verwaltungsrat oder einer Geschäftsleitung verursacht werden. Aus diesem Grund sind für die Geschäftsleitung gesamthaft auch sämtliche bereits genannten Entschädigungen, anderweitig von der Gesellschaft gewährten vertraglichen Leistungen wie Darlehen etc. sowie Beteiligungen und Optionen auf Beteiligungen offenzulegen.

Indessen soll, was die einzelnen Mitglieder der Geschäftsleitung betrifft, die Offenlegung individueller Bezüge auf das am besten entschädigte Mitglied der Geschäftsleitung beschränkt werden. Die unterschiedliche Behandlung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat ihren Grund darin, dass mit Bezug auf die Organentschädigungen (und auch Organkredite) der Geschäftsleitung das Problem des «self-dealing» nicht besteht. Nicht die Geschäftsleitung, sondern der Verwaltungsrat ist es, welcher die Geschäftsleitungsmitglieder ernennt und sie gegebenenfalls wieder abberuft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Er ist es auch, der ihnen gegenüber weisungsberechtigt ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) und der die hierarchische Position und die Kompetenzen in der Gesellschaft bestimmt (Art. 716b Abs. 2 OR). Und schliesslich legt er die Gehälter fest. Da der Verwaltungsrat bei diesen Aktivitäten nicht im typischen Interessenkonflikt des Selbstkontrahierens befangen ist, genügt es für die Aktionäre grundsätzlich, darüber informiert zu werden, auf welche *Gesamtkosten* ihn die vom Verwaltungsrat eingesetzte Geschäftsleitung zu stehen kommen.

Nachdem nun aber die Entschädigung des *bestverdienenden* Mitgliedes des Verwaltungsrates offen zu legen ist, erweist es sich als unumgänglich, auch diejenige des bestverdienenden Mitglieds der Geschäftsleitung anzugeben. Gerade in einem System der «Doppelspitze», welches dadurch gekennzeichnet ist, dass der Verwaltungsratspräsident nicht gleichzeitig an der Spitze der Geschäftsleitung steht, ist die Entschädigung des Präsidenten der Geschäftsleitung in den meisten Fällen höher oder sogar erheblich höher als jene des Verwaltungsratspräsidenten. Mit der Regel, dass das Gehalt auch des bestverdienenden Geschäftsleitungsmitgliedes offenzulegen ist, wird verhindert, dass jemand in der Geschäftsleitung statt im Verwaltungsrat den Vorsitz übernimmt, um sich der Kostentransparenz zu entziehen.

Hier sei noch folgendes angefügt: Die Untersuchungen der Arbeitsgruppe haben unter anderem ergeben, dass einzelne grosse Publikumsgesellschaften bereits im Jahr 2003 dazu übergegangen sind, die Gehälter aller ihrer Geschäftsleitungsmitglieder je einzeln auszuweisen. In einzelnen Ländern ist der Einzelausweis auf der Stufe Geschäftsleitung bereits Pflicht. Diese Praxis – so die entsprechenden Gesellschaften – habe bisher zu keinen nennenswerten Nachteilen geführt. Da indessen die Direktorengehälter je nach Kontinent, Land, ausgeübter Funktion und Wirtschaftszweig von sehr unterschiedlicher Höhe sind, sieht die Arbeitsgruppe in dieser ersten Phase ausdrücklich davon ab, eine Gesetzesvorschrift vorzuschlagen, die das Deklarieren der einzelnen Gehälter für zwingend erklärt. Vielmehr soll es zunächst den Gesellschaften selber überlassen werden, wie detailliert sie die einzelnen Bezüge auf der Stufe Geschäftsleitung – zusätzlich zur höchsten Entschädigung – ausweisen wollen.

### **4.3 Zweiteilung des persönlichen Anwendungsbereichs**

- 4.3.1 Die soeben analysierten rechtlichen Gründe, welche für die Transparenz der Leitungskosten an der Spitze der Gesellschaft sprechen, gelten grundsätzlich in gleicher Weise für die börsenkotierten wie für die nicht kotierten Gesellschaften. In beiden Fällen findet sowohl der Grundsatz der Rechenschaft über die Kosten der Funktion als solchen als auch das Prinzip der Legitimierung der im «self-dealing» festgelegten Organentschädigungen bzw. Organkredite in gleicher Weise Anwendung. Die Arbeitsgruppe ist deshalb zum Schluss gelangt, dass die im Aktienrecht zu verankernden Corporate Governance-Grundsätze, insbesondere das Transparenzgebot, nicht nur für die börsenkotierten, sondern auch für die *nicht kotierten Gesellschaften* im schweizerischen Obligationenrecht zu verankern sind. Die Arbeitsgruppe möchte indessen die Transparenz auf diejenigen unter ihnen einschränken, die als *wirtschaftlich bedeutungsvoll* einzuschätzen sind.

Die börsenkotierten Gesellschaften sind, wie schon erwähnt, dem Transparenzgebot der RLCG unterstellt. Dieses ist im Bereich der Organentschädigungen und -kredite sogar zwingend. Die RLCG geht zwar inhaltlich in einigen Punkten weiter, in anderen wichtigen Belangen bleibt sie dagegen weit hinter dem Regelungsvorschlag der Arbeitsgruppe zurück. Dies spricht dafür, dass die Minimalvorschriften des Gesetzes auch für kotierte Gesellschaften gelten sollten. Dazu kommt, dass die Sanktionsmöglichkeiten der RLCG ungenügend sind. Es ist problematisch, es bei Normen bewenden zu lassen, die trotz ihrer zentralen Bedeutung für Unternehmen und Anleger letztlich nicht wirkungsvoll durchgesetzt werden können. Es entstünde zudem auch ein Gleichbehandlungsproblem gegenüber den nicht kotierten Gesellschaften, wenn diese einem in Inhalt teilweise und in der Durchsetzung insgesamt strengeren Regime unterstellt würden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die RLCG ein Produkt der Selbstregulierung und rechtsstaatlich im Grundansatz nur teilweise legitimiert ist. Der wesentliche Teil der Zulassungsstelle SWX besteht aus hohen Unternehmungsfunktionären, d.h. unmittelbaren Normadressaten der Offenlegung. Die Genehmigung durch die EBK nach Art. 4 Abs. 2 BEHG hat die Legitimation indessen wesentlich erhöht. Schliesslich ist auch abzulehnen, dass allfällige Änderungen im Kernbereich des Transparenzgebots betreffend Organentschädigungen und -kredite unterschiedliche Verfahren durchlaufen müssten, je nachdem, ob es um börsenkotierte oder nicht kotierte Gesellschaften geht.

- 4.3.2 Die neuen Vorschriften sollen nach Auffassung der Arbeitsgruppe indessen nicht für alle, sondern nur für jene nicht kotierten Gesellschaften gelten, welche *volkswirtschaftlich bedeutungsvoll* sind. Für die Definition einer möglichen Eingriffsschwelle bieten sich grundsätzlich die bereits heute in Art. 727b Abs. Ziff. 3 OR festgelegten Grössenkriterien an. Diese beziehen sich zwar sachlich auf das Erfordernis, einen besonders befähigten Revisor einzusetzen. Sie beruhen aber ebenfalls auf dem Grundgedanken, nicht alle, sondern nur mindestens «mittelgrosse» Unternehmen bestimmten Pflichten zu unterstellen.

Die im Gesetz neu zu verankernden Corporate Governance-Regeln sind nach dem von der Arbeitsgruppe erarbeiteten Konzept nur zu beachten, wenn in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren das Kriterium eines bedeutenden Arbeitgebers einerseits und eine der *zwei* finanziellen Grössenkriterien überschritten werden:

- 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt **und**
- Bilanzsumme von 20 Millionen Franken **oder** Umsatzerlös von 40 Millionen Franken.

In doppelter Hinsicht ist in diesem Vorschlag eine *Änderung* gegenüber den Kriterien des Art. 727b OR enthalten:

a) Die Offenlegung der Organentschädigungen und -kredite wird auf jene nicht kotierten Gesellschaften begrenzt, die *unternehmerisch* tätig sind, d.h. unter systematischem Einsatz von Kapital und Arbeit am Wirtschaftsgeschehen als Anbieter teilnehmen. Die Abgrenzung geschieht durch das Kriterium der 200 Vollzeitstellen, in Abweichung von dem, was im System der «zwei von drei Grössen» des Art. 727b OR gilt. Offenlegungspflichtig sind, mit anderen Worten, jene und nur jene nicht kotierten Aktiengesellschaften, die (stets in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren) *200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt* haben. Alle Holdinggesellschaften (ausser die allergrössten mit einem Stab von 200 Personen und die Konzernobergesellschaften, siehe Bst. b hiernach), Immobiliengesellschaften, Besitzgesellschaften, Verwaltungs- und Sitzgesellschaften, aber auch alle unternehmerischen Gesellschaften mit weniger als 200 Vollzeitstellen – in der Schweiz immer noch die zahlenmässig weit überwiegende Mehrheit – sind durch dieses Kriterium von der Offenlegungspflicht für Organentschädigungen und Organkredite freigestellt.

b) Umgekehrt ist eine *konsolidierte Betrachtungsweise* unumgänglich. Würde nur auf die Einzelgesellschaft abgestellt, so könnte mittels Vorschaltung einer Holdinggesellschaft die Kontrolle durch die Aktionäre in den meisten Fällen vereitelt werden. Die Holdinggesellschaft müsste dann nichts offen legen, weil sie das Kriterium der 200 Vollzeitstellen nicht erfüllt, und die Offenlegung selbst jener Tochtergesellschaften, die 200 Vollzeitstellen haben, würde im Inneren des Konzerns stecken bleiben. Die gewählte Umschreibung des Konzerns lehnt sich so eng wie möglich an Art. 663e Abs. 1 OR an.

4.3.3 Daraus ergibt sich der Vorschlag der Arbeitsgruppe. Eine nicht kotierte Aktiengesellschaft ist danach im Ergebnis offenlegungspflichtig, wenn sie unternehmerisch tätig und *sowohl* hinsichtlich der Vollzeitstellen *als auch* der *Finanzkennzahlen* «wirtschaftlich mittelgross» ist, d.h. einerseits 200 Vollzeitstellen hat, andererseits entweder einen Umsatz von 40 Mio. Franken *oder* eine Bilanzsumme von CHF 20 Mio. hat.

Die Arbeitsgruppe behält sich vor, zu gegebenem Zeitpunkt zu prüfen, ob trotz allem auch *kleinere* Unternehmen dem Transparenzgebot hinsichtlich der Organentschädigungen und -kredite zu unterstellen wären. Einen entsprechenden Vorschlag wird sie gegebenenfalls in ihrem Schlussbericht vom 30. September 2003 unterbreiten.

#### 4.4 Sanktionen: Folgen der Verletzung des Transparenzgebots

Regelt man das *Transparenzgebot* betreffend die Organentschädigungen und -kredite im Aktienrecht, so ist ein Verstoss dagegen als *Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht* anzusehen. Das aktienrechtliche Sanktionssystem beruht auf mehreren Pfeilern:

- 4.4.1 **Prüfung durch die Revisionsgesellschaft:** Obwohl die Prüfung durch einen aussenstehenden, unabhängigen Revisor (Art. 727 ff OR) nicht schon selbst eine «Sanktion» im üblichen Sinne ist, bedeutet dieser Vorgang doch eine in der Praxis meistens sehr wirksame Verstärkung der Durchsetzung aktienrechtlicher Vorschriften im Bereich der Abschlussprüfung. Die Revisionsstelle hat die Übereinstimmung der Jahresrechnung mit dem Gesetz zu prüfen, und bei einer Feststellung von Verstössen gegen das Gesetz den Verwaltungsrat, in wichtigen Fällen die Generalversammlung zu benachrichtigen (Art. 728 und 729b OR). Dadurch ist die Revision im ganzen Bereich der Rechenschaft über die Unternehmenszahlen eine wichtige Vorstufe zur Sanktion – und zwar sowohl die interne (durch einen gesetzestreuen Verwaltungsrat selbst), wie die externe (durch die ihre Rechte wahrnehmenden Aktionäre). In dieses System ist die Offenlegung von Organentschädigungen und -krediten ohne weiteres eingebettet, wenn die Bestimmungen in den Artikel über den «Anhang» eingefügt werden. In der Tat sagt Art. 662 Abs. 2 OR: «Die Jahresrechnung besteht aus der Erfolgsrechnung, der Bilanz und dem Anhang».
- 4.4.2 **Interne Sanktionen durch den Verwaltungsrat:** Die seit ca. 2001 aufgetretenen unerfreulichen Ereignisse in der Schweiz und in der internationalen Unternehmenswelt dürfen den Blick auf die Tatsache nicht trüben, dass eine grosse Mehrzahl aller Verwaltungsräte sich um eine Einhaltung der Gesetze und anderen anwendbaren Normen bemüht hat und auch weiterhin bemüht. Das Dutzend Fälle, in denen Verwaltungsräte das nicht getan haben, beherrschen die Diskussion, aber die unzähligen Male, in denen Verwaltungsräte ihrer Aufsichts- und Eingriffspflicht nachgekommen sind, bleiben unbekannt. Der Verwaltungsrat ist im Schweizer Sanktionssystem von zentraler Bedeutung, wie sich aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR (Oberaufsicht) im allgemeinen und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR (Abberufungsrecht) und Art. 726 OR (Suspendierungsbefugnis) im Besonderen ergibt. Der Verwaltungsrat kann ein pflichtwidrig handelndes Geschäftsleitungsmitglied absetzen oder auch ein eigenes Mitglied aus einem Ausschuss abberufen. Selbst wenn die Generalversammlung direkt den Verwaltungsratspräsidenten gewählt hat, kann er diesen ferner vorläufig seines Amtes entheben (Art. 726 OR) und sofort eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen.



- 4.4.3 **Informationsrechte der Aktionäre:** Die Aktionäre können die Zahlen nur dann kritisch würdigen und informierte *Ergänzungs- und Vertiefungsfragen* stellen, wenn die Offenlegung von Organentschädigungen und Organkrediten einmal eingeführt ist. Ohne ein bestimmtes Vorwissen sind die Aktionäre nicht in der Lage, gezielte Fragen zu stellen. Art. 697 OR («*Recht auf Auskunft und Einsicht*») wird damit in seiner Substanz erheblich gestärkt und erhält in der Praxis grössere Bedeutung. Die Aktionäre können sodann eine *Untersuchung* einleiten (Art. 731 Abs.2 OR) oder eine *Sonderprüfung* durchführen lassen (Art. 697a ff. OR).
- 4.4.4 **Sanktionierung durch die Aktionäre:** *Wahrnehmung ihrer Stimmberechtigung.* Die Aktionäre können ihrer Meinung, dass ein Mitglied oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates ihren Pflichten nicht nachgekommen sind, schon *vor* der Generalversammlung durch die Ausübung des *Traktandierungsrechtes* (Art. 699 Abs. 3 OR) ein starkes Echo verschaffen. Sie haben zudem das *Antragsrecht*; die Anträge aus dem Kreis der Aktionäre sind gemäss Art. 700 Abs. 2 OR mit der Einberufung allen Aktionären zur Kenntnis zu bringen. Auf dieser Grundlage können die Aktionäre in der Generalversammlung durch Ausübung des Stimmrechts fehlbare Verwaltungsratsmitglieder nicht mehr wieder wählen bzw. abberufen oder ihnen die *Décharge* verweigern. Die Verweigerung der *Décharge* ist über ihre unmittelbare rechtliche Wirkung hinaus (Art. 758 OR) eine in der Praxis als Misstrauensvotum aufzufassende Sanktion mit starker psychologischer Wirkung, nicht nur auf die betroffene Person oder Personen selbst, sondern auch auf deren Standing im Unternehmen und auf die Reputation des Unternehmens als Ganzem.
- 4.4.5 **Klagerechte der Aktionäre:** Die Aktionäre können schliesslich ihr Klagerecht ausüben und sowohl Verwaltungsrats- wie auch Geschäftsleitungsmitglieder einklagen:
- indem sie die *Verantwortlichkeitsklage* erheben, wenn die pflichtwidrige Handlung zu einem Schaden geführt hat (Art. 754/756 OR);
  - indem sie die *Rückerstattungsklage* ergreifen, wenn ein Organ oder eine einem solchen nahestehende Person Leistungen bezogen hat, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen (Art. 678 OR);
  - indem sie die *Nichtigkeitsklage* gegen einen Verwaltungsratsbeschluss einleiten (Art. 714 OR).

- 4.4.6 ***Strafgesetzbuch:*** Das Strafrecht verbietet überdies bestimmte aktienrechtlich relevante Handlungen, wie zum Beispiel die *ungetreue Geschäftsbesorgung* (Art. 158 StGB) und *unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe* (Art. 152 StGB).

## 5. Ergebnis und Ausblick

Die Arbeitsgruppe kommt aus den angegebenen Gründen zu folgenden *Antworten* auf die gestellten Fragen, wobei sie ihren Schlussbericht vom 30. September 2003 ausdrücklich vorbehält:

- zu *Frage 1:* Die Entschädigungen, welche eine kotierte Aktiengesellschaft an die Mitglieder ihres *Verwaltungsrates* ausrichtet, müssen jährlich offen gelegt werden. Die Offenlegung hat für die Verwaltungsratsmitglieder gesamthaft und individuell zu erfolgen.
- zu *Frage 2:* Hinsichtlich der Entschädigungen an die *Geschäftsleitung*, d.h. die nicht dem Verwaltungsrat angehörenden Personen, die ihm gemäss Art. 716b Abs. 2 OR unmittelbar unterstellt sind, muss die Offenlegung den Gesamtbetrag einerseits und den Betrag des Mitgliedes mit der höchsten Entschädigung andererseits umfassen. Das Gesetz sollte im Bereich der Geschäftsleitung nicht eine weiter gehende Offenlegung der individuellen Bezüge vorschreiben.
- zu *Frage 3:* Die Vorschriften des Obligationenrechtes über die Offenlegung sollten im Anwendungsbereich und inhaltlich über den Anhang zur Corporate Governance-Richtlinie der SWX Swiss Exchange vom 17. April 2002 (RLCG) *hinaus gehen:*
- a) Was den *Anwendungsbereich* betrifft, sollte die Offenlegungspflicht im Obligationenrecht nicht nur kotierte Gesellschaften, sondern auch die wirtschaftlich bedeutenden, unternehmerisch tätigen *nicht kotierten* Aktiengesellschaften erfassen, ob sie nun als Einzelgesellschaft oder im Konzern (d.h. kombiniert mit den unter ihrer Leitung stehenden anderen Gesellschaften) tätig sind;
  - b) Was den *Inhalt* betrifft, sollte die Offenlegung nicht nur Organentschädigungen jeder Art umfassen, sondern auch die im Geschäftsjahr gewährten *Organkredite*, den *Bestand* (per Bilanzstichtag) an Aktien oder anderen Beteiligungsrechten der Gesellschaft, Optionen auf solche und die insgesamt ausstehenden Organkredite.

zu Frage 4: Die *Angaben* über Organentschädigungen und -kredite sollten in Art. 663b OR («*Anhang*») eingefügt werden. Sie unterstehen damit von selbst der Prüfung der Revisionsstelle, und zwar nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe stets einem Revisionsorgan mit *besonderer Befähigung* im Sinne von Art. 727b OR.

Das gesetzliche *Sanktionssystem* vermag nach Auffassung der Arbeitsgruppe zur Durchsetzung der Transparenz im Allgemeinen zu genügen (Prüfung durch besonders befähigte Revisoren; Eingriffspflicht des Verwaltungsrates selbst; Informationsrechte der Aktionäre; Stimmrechtsausübung durch die Aktionäre in der Generalversammlung mit vorausgehendem Traktandierungs- bzw. Antragsrecht und evtl. Sonderprüfung; Klagerechte der Aktionäre). Verbesserungswürdig ist die *Rückerstattungsklage* des Art. 678 OR; die Arbeitsgruppe gedenkt zu diesen und weiteren Punkten des Aktienrechtes unter Corporate Governance-Gesichtspunkten in ihrem Schlussbericht am 30. September 2003 weitere Vorschläge vorzulegen.

Die Arbeitsgruppe hat diesen Zwischenbericht in ihrer Sitzung vom 25. März 2003 einstimmig genehmigt.

Basel/Zürich/Lausanne, den 25. März 2003

## **Art. 663b, Abs. 2 bis 8 (neu)**

<sup>1</sup>Der Anhang enthält folgende Angaben:

[...]

<sup>2</sup>Der Anhang muss weitere Angaben für das Geschäftsjahr und das Vorjahr enthalten, sofern die Gesellschaft, unter Einschluss der Unternehmen, die sie unter ihrer einheitlichen Leitung zusammengefasst hat (Konzerngesellschaften), in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren:

- a. über 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt verfügt; und
- b. eine Bilanzsumme von 20 Millionen Franken oder einen Umsatzerlös von 40 Millionen Franken überschreitet.

<sup>3</sup>Diese Angaben umfassen die Leistungen, welche den Mitgliedern des Verwaltungsrates und Dritten, an die er die Geschäftsführung ganz oder zum Teil übertragen hat (Geschäftsleitung), oder ihnen nahe stehenden Personen durch die Gesellschaft oder eine Konzerngesellschaft direkt oder indirekt gewährt wurden.

<sup>4</sup>Als Leistungen gelten insbesondere:

- a. Honorare, Löhne und Anteile am Geschäftsergebnis;
- b. Bonifikationen;
- c. Gutschriften;
- d. Sachleistungen;
- e. Zuteilung von Beteiligungsrechten der Gesellschaft oder von Konzerngesellschaften und Optionen auf solche Rechte;
- f. Abgangsentschädigungen;
- g. Tantiemen;
- h. Bürgschaften und die Gewährung anderer Sicherheiten;
- i. Schulderlass oder Teilverzicht.

<sup>5</sup>Der Anhang gibt dabei an:

- a. den Gesamtbetrag für den Verwaltungsrat und den auf jedes einzelne Mitglied entfallenden Betrag;
- b. den Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und den höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrag.

<sup>6</sup>Der Anhang enthält zum Bilanzstichtag auch Angaben, die in gleicher Weise zu gliedern sind, hinsichtlich der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie ihnen nahe stehenden Personen über

- a. die von ihnen gehaltenen Beteiligungsrechte der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft und Optionen auf solche Rechte;
- b. die ihnen von der Gesellschaften oder einer Konzerngesellschaft gewährten Darlehen und andere Kredite.

<sup>7</sup>Der Anhang enthält die entsprechenden Angaben auch für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, die während der zwei vorausgehenden Geschäftsjahre ihr Amt beendet haben.

<sup>8</sup>Sind die Beteiligungsrechte der Gesellschaft an der Börse kotiert, so bleiben weiter gehende Anforderungen der börsenrechtlichen Bestimmungen vorbehalten.