

Dr. iur. Christa-Maria Harder Schuler, Rechtsanwältin

Corporate Governance in nicht kотиerten Aktiengesellschaften

Gesellschafts- und schuldrechtliche Ausgestaltung
von KMU

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XLV
Vorbemerkungen	1
1. Kapitel: Grundlagen	3
§ 1. Ursprünge, Begriff und Gegenstand der Corporate Governance	3
I. Kurze Historie der Corporate Governance in der Schweiz	3
II. Begriff und Gegenstand der Corporate Governance	4
III. «Principal and agent»-Theorie – Versuche einer Systematisierung der Corporate Governance	5
IV. Kernthemen der Corporate Governance im Allgemeinen	7
1. Ausgestaltung der Führungsebene der Gesellschaft.....	7
2. Ausgestaltung des Verhältnisses der Aktionäre zur Gesellschaft	7
3. Transparenz	9
V. Kernthemen der Corporate Governance in nicht kotierten Gesellschaften im Besonderen	9
1. Ausgestaltung des Verhältnisses der Aktionäre untereinander – Minderheitenschutz.....	10
2. Ausgestaltung der Führungsebene der Gesellschaft.....	11
3. Interne Transparenz	11
4. Ausgestaltung der Vermögensrechte der Aktionäre.....	11
VI. Beweggründe für die Beachtung der Grundsätze guter Corporate Governance auch in nicht kotierten Aktiengesellschaften.....	12
§ 2. Rechtsgrundlagen und Regelwerke	13
I. Obligationenrecht.....	13
1. Grundkonzeption des Aktienrechts: Von der «Einheit des Aktienrechts» zur «Stammregelung mit Differenzierungen».....	13
2. Corporate-Governance-Bestimmungen im Obligationenrecht und in anderen bundesrechtlichen Erlassen	14
3. Corporate-Governance-relevante aktienrechtliche Prinzipien.....	17
a. Kapitalbezogenheit und Anonymität	17
aa. Grundsatz	17

	ab. Abweichungen	19
	b. Gleichbehandlungspflicht.....	19
	c. Sachlichkeitsgebot, Pflicht zur schonenden Rechtsausübung und Rechtsmissbrauchsverbot	20
II.	«Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» (SCBP).....	21
	1. Entstehung	21
	2. Selbstregulierung/Soft law.....	22
	3. Best Practice	23
	4. Regelungsgegenstand	24
	5. Umsetzung des SCBP	24
III.	«Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance» (RLCG 2002 resp. 2009).....	25
	1. Entstehung	25
	2. Anwendungsbereich und Regelungsgegenstand	26
	3. Umsetzung der RLCG 2002	27
IV.	Anwendung von Normen des SCBP oder der RLCG 2002 resp. 2009 auf nicht kotierte Gesellschaften.....	28
V.	Leitfaden «Familie: Unternehmen: Umfeld – Governance für Familienunternehmen: Wie man das gesunde Wachstum der Familienwerte steuert».....	29
VI.	Best Practice im KMU (BP-KMU).....	30
§ 3.	Nicht kotierte Aktiengesellschaften, deren Eigenheiten und spezifische Problemstellungen	31
I.	Publikumsgesellschaften und private Gesellschaften.....	31
	1. Leitbild des Gesetzgebers	31
	2. Mögliche Formen von Aktiengesellschaften und Verbreitung	32
	3. Besonderheiten privater Aktiengesellschaften.....	33
II.	Die Einpersonen-AG.....	34
	1. Entstehung	34
	2. Arten.....	34
	3. Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	35
	4. Spezifische Problemstellungen	36
III.	Die Zweipersonen-AG	37
	1. Arten.....	37
	2. Entstehung	37
	3. Spezifische Problemstellungen	38
	a. Minderheitenschutz in der nicht-paritätischen Zweipersonen-AG	38

	b. Beschluss(un)fähigkeit der Generalversammlung in der paritätischen Zweipersonen-AG	39
	c. Lösungsansätze	39
	d. Beschluss(un)fähigkeit des Zweipersonen-Verwaltungsrates.....	40
IV.	Die Familien-AG	41
	1. Die Familiengesellschaft im Allgemeinen	41
	2. Die Familien-AG im Besonderen	41
	a. Entstehung.....	42
	b. Überwiegend verwandtschaftliche oder freundschaftliche Bindung unter den Gesellschaftern.....	42
	c. Beschränkte, in der Regel konstante Anzahl von Gesellschaftern	43
	d. Häufig schlanke Gesellschaftsstruktur.....	43
	e. Personalistische Ausgestaltung.....	44
	f. Prägung der Gesellschaft durch die Familie.....	44
V.	Private Aktiengesellschaften mit Konzernstrukturen	45
	1. Begriff des Konzerns	45
	a. Rechtlich selbständige Konzerngesellschaften	45
	b. Einheitliche wirtschaftliche Leitung.....	46
	2. Begriff der Holding	47
	3. Beweggründe für die Konzernbildung bei privaten Aktiengesellschaften im Allgemeinen sowie bei Familiengesellschaften im Besonderen.....	48
	a. Betriebswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Beweggründe.....	48
	b. Risikobeschränkung	48
	c. Gesellschaftsrechtliche Beweggründe	48
	d. Steuerliche Beweggründe.....	49
	e. Überlegungen im Hinblick auf die Unternehmensnachfolge.....	50
VI.	Beweggründe für die Gründung privater Aktiengesellschaften	51
	1. Risikobeschränkung.....	51
	a. Grundsatz der Risikobeschränkung	52
	b. Durchgriff zufolge Missbräuchlichkeit.....	52
	ba. Arten	53
	bb. Anwendungsfälle	54
	c. Haftungssituation in Konzernverhältnissen im Besonderen	54
	2. Trennung von Privat- und Geschäftsvermögen.....	55
	3. Nachfolgeregelung.....	56
	4. Unternehmensverkauf.....	57
	5. Flexibilität des schweizerischen Aktienrechts	57
	6. Firmenfreiheit	58

7.	Möglichkeiten der Erschliessung von Eigen- und Fremdkapital.....	58
a.	Eigenkapital.....	59
b.	Fremdkapital.....	59
8.	Steuerliche Vor- und Nachteile.....	59
9.	Unternehmensstrukturierung – Beziehung zu anderen Unternehmen	61
VII.	Exkurs: KMU.....	61
1.	Definitionen.....	61
a.	Allgemein	61
b.	Gesetzliche Definitionen	62
c.	Regulatorische Definitionen	63
d.	Fazit.....	63
2.	Bedeutung der KMU.....	63
2. Kapitel:	Gesellschafts- und vertragsrechtliche Ausgestaltung nicht kotierter Aktiengesellschaften	65
	Vorbemerkungen zu den einschlägigen privatautonomen Grundlagen nicht kotierter Aktiengesellschaften	65
§ 4.	Statutarische Ausgestaltungsmöglichkeiten der Kapitalstruktur	66
I.	Flexible Kapitalstruktur	66
II.	Verbriefung der Mitgliedschaftsrechte.....	67
III.	Beteiligungsarten	68
1.	Inhaberaktien	68
2.	Namenaktien.....	69
a.	Gewöhnliche Namenaktien.....	69
b.	Rektaktien.....	69
c.	Vinkulierte Namenaktien.....	69
ca.	Allgemeines	69
cb.	Gesetzliche und statutarische Vinkulierung	70
cc.	Ursprüngliche und nachträgliche Vinkulierung	70
cd.	Entscheidungskompetenz.....	71
ce.	Statutarische Vinkulierungsgründe	72
d.	Stimmrechtsaktien	80
da.	Begriff, Inhalt und Voraussetzungen.....	80
db.	Einführung und Abschaffung von Stimmrechtsaktien	80
dc.	Problematik von Stimmrechtsaktien	82
dd.	Schranken der Privilegierung.....	83
de.	Funktion/Anwendungsfälle.....	84
df.	Kautelen.....	84
dg.	Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat	86

3.	Vorzugsaktien	86
a.	Begriff, Inhalt und Arten	86
b.	Einführung und Abschaffung von Vorzugsaktien	87
c.	Problematik von Vorzugsaktien	88
d.	Funktion/Anwendungsfälle	89
e.	Kautelen	89
f.	Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat.....	90
4.	Partizipationsscheine	90
a.	Begriff und Inhalt	90
b.	Arten und wertpapierrechtliche Ausgestaltung.....	92
c.	Einführung und Abschaffung von Patizipationsscheinen	93
d.	Vertretung im Verwaltungsrat	94
e.	Funktion/Anwendungsfälle	94
5.	Genussscheine	95
a.	Begriff und Inhalt	95
b.	Wertpapierrechtliche Ausgestaltung.....	96
c.	Einführung von Genussscheinen	96
d.	Schutz der Genussscheininhaber resp. der Aktionäre und Partizipanten.....	96
e.	Funktion/Anwendungsfälle	97
IV.	Statutarische Erwerbsrechte an und Verfügungsbeschränkungen über Aktien	97
1.	Gegenstand und Arten	97
a.	Vorhandrechte	98
b.	Vorkaufsrechte	98
c.	Kaufs- und Rückkaufsrechte	99
d.	(Rück-)Verkaufsrechte	99
e.	Preisbestimmung	99
2.	Frage der Zulässigkeit statutarischer Verfügungsbeschränkungen nach geltendem Aktienrecht	100
V.	Statutarische Nutzniessungsbeschränkung.....	101
§ 5.	Schuldvertragliche Ausgestaltung	102
I.	Begriff und Parteien.....	103
II.	Inhalte	105
1.	Stimmrechtsvereinbarungen	106
2.	Erwerbsrechte und Verfügungsbeschränkungen.....	108
3.	Vermögensrechtliche Leistungspflichten.....	111
4.	Treue- und Mitwirkungspflichten	112
5.	Überbindungsklauseln	113
III.	Rechtsnatur und Form.....	113
1.	Rechtsnatur	113

	2. Form	115
IV.	Dauer und Beendigung	115
	1. Dauer	115
	a. Allgemeines.....	115
	b. Verbreitete Abreden betreffend die Dauer.....	117
	2. Beendigung.....	117
	a. Verträge auf bestimmte Dauer.....	118
	b. Verträge auf unbestimmte Dauer.....	118
	c. Tod einer Vertragspartei.....	119
	d. Auflösung der Aktiengesellschaft.....	120
V.	Mittel zur Sicherung der Realerfüllung schuldvertraglicher Vereinbarungen.....	121
VI.	Funktion/Anwendungsfälle.....	122
	1. Allgemeines.....	122
	2. Erwerbsrechte und Verfügungsbeschränkungen.....	122
	3. Stimmbindungsvereinbarungen	125
	4. Nachfolgeregelungen.....	126
§ 6. Organisation der Gesellschaft.....		126
I.	Generalversammlung.....	126
	1. Arten und Ort der Durchführung	128
	a. Universalversammlung.....	128
	b. Multilokale Generalversammlung	129
	c. Einsatz elektronischer Mittel, sog. Online- Generalversammlung und virtuelle Generalversammlung.....	129
	2. Einberufung der Generalversammlung, Traktandierung und Antragstellung, Auflage von Geschäfts- und Revisionsbericht.....	131
	a. Einberufung der Generalversammlung.....	131
	b. Traktandierungsrecht der Aktionäre	133
	c. Antragstellung	134
	d. Geschäfts- und Revisionsbericht	134
	e. Einberufungs-, Traktandierungs- und Antragsrecht nach der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts	134
	3. Informationserteilung in der Generalversammlung	135
	4. Exkurs: Informationsbeschaffung durch resp. Informationserteilung an die Aktionäre ausserhalb der Generalversammlung.....	137
	5. Kompetenzen.....	141
	a. Gesetzliche Generalversammlungskompetenzen.....	141
	b. Statutarische Ausweitung der Generalversammlungs- kompetenzen.....	141
	c. Konsultative Befragung der Generalversammlung.....	144

d.	Genehmigung durch die Generalversammlung.....	146
da.	Statutarischer Genehmigungsvorbehalt.....	146
db.	Interessenkonflikte zwischen Aktiengesellschaft und Verwaltungsräten	146
dc.	Fällung und Wirkungen eines Genehmigungsentscheids.....	147
dd.	Vorschlag für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts	148
de.	Fazit	148
e.	Kompetenzen im Bereich der Organisation des Verwaltungsrates	149
6.	Déchargerteilung im Besonderen.....	150
7.	Beschlussfassung	151
a.	Gesetzliche Regelung	151
b.	Arten und Funktionen statutarischer Quoren	152
ba.	Präsenz- und Stimmenquoren.....	152
bb.	Qualifizierte Mehrheitsquoren und Einstimmigkeitsvorschriften	152
bc.	Minderheitsquoren	155
c.	Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung	156
d.	Teilnahmeberechtigung, Stimm- und Wahlrechtsausübung	156
da.	Statutarische Vertretungsbeschränkungen.....	157
db.	Stimmrechtsbeschränkungen.....	160
dc.	Gesetzlicher Stimmrechtsausschluss.....	164
8.	Protokollierung der Generalversammlung	165
II.	Exkurs: Familien- resp. Gesellschaftsrat und -charta.....	166
1.	Institutionalisierte oder ad-hoc einberufene, gesellschaftsrechtlich informelle, aber durch einen formellen Rahmen geregelte Zusammenkünfte.....	166
2.	Gesellschafts- oder Familiencharta.....	166
3.	BP-KMU: Eignerstrategie und allenfalls Familienstrategie.....	167
4.	Leitfaden Familienunternehmen: Familienleitbild, Vermögensstrategie, Unternehmensleitbild und Unternehmensstrategie	167
5.	Stellungnahme	168
III.	Verwaltungsrat.....	168
1.	Wahl des Verwaltungsrates	168
a.	Wahlorgan	168
b.	Wahlmodus.....	169
c.	Annahmebedürftigkeit und Eintragung im Handelsregister.....	171

2.	Anforderungen an Verwaltungsratsmitglieder und Zusammensetzung des Verwaltungsrates	171
a.	Wählbarkeitsvoraussetzungen	171
b.	Persönliche Befähigung, Unabhängigkeit und zeitliche Verfügbarkeit	172
c.	Vertretung von Aktionärskategorien und -gruppen	176
d.	Statutarisch vorgesehene Minderheitenvertreter.....	177
e.	«Externe» Verwaltungsräte	178
3.	Exkurs: Fiduziarische Verwaltungsräte	179
4.	Besondere Konstellationen	182
a.	Der Verwaltungsrat einer Einpersonen-AG.....	182
b.	Der Verwaltungsrat in einer Zweipersonen-AG.....	183
c.	Der Verwaltungsrat in einer Familiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit anderweitig verbundenen Aktionären	183
d.	Der Verwaltungsrat einer Konzerntochtergesellschaft	184
5.	Grösse des Verwaltungsrates	185
6.	Nachfolgeplanung.....	186
7.	Amtsdauer und Beendigung des Verwaltungsratsmandats	187
a.	Amtsdauer	187
b.	Beendigung des Verwaltungsratsmandats	189
ba.	Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds	189
bb.	Rücktritt eines Verwaltungsratsmitglieds.....	191
c.	Löschung im Handelsregister	192
8.	Verwaltungsratssitzungen.....	193
a.	Einberufung.....	193
b.	Häufigkeit und Arten.....	194
c.	Teilnahme.....	195
d.	Leitung und Durchführung	197
e.	Protokoll.....	198
9.	Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung	199
a.	Beschlussfähigkeit.....	199
b.	Beschlussquoren.....	200
c.	Zirkulationsbeschluss	202
10.	Kompetenzen und Aufgaben des Verwaltungsrates.....	203
a.	Paritätsprinzip.....	203
b.	Geschäftsführung.....	204
c.	Gesamtgeschäftsführung und Delegation	204
d.	Unentziehbare und unübertragbare Aufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 OR.....	205
da.	Oberleitung der Gesellschaft.....	206
db.	Ernennung, Abberufung und Überwachung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen	206
dc.	Organisationsverantwortung	208
dd.	Finanzverantwortung	209

de.	Erstellung des Geschäftsberichts, Vorbereitung der Generalversammlung und Ausführung ihrer Beschlüsse.....	210
df.	Massnahmen im Falle von Unterdeckung und Überschuldung	211
dg.	Weitere unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen	211
e.	Vertretung.....	211
f.	Pflicht zur Überprüfung der Abgabe der Steuer- und Sozialforderungen	213
g.	Jährliches Self- (und allenfalls Geschäftsleitungs-) Assessment	215
11.	Organisation und Arbeitsweise des Verwaltungsrates	215
a.	Konstituierung	215
b.	Der Verwaltungsratspräsident	216
c.	Der Vizepräsident des Verwaltungsrates	218
d.	Der Sekretär des Verwaltungsrates.....	219
e.	Ausschüsse, resp. Sonderbeauftragte des Verwaltungsrates.....	221
ea.	Rechtsgrundlagen und Arten.....	221
eb.	Prüfungsausschuss oder -sonderbeauftragter	223
ec.	Entschädigungsausschuss oder -sonderbeauftragter.....	224
ed.	Nominierungsausschuss resp. -sonderbeauftragter.....	226
ee.	Geschäftsführender Ausschuss oder Exekutivausschuss.....	226
ef.	Vor- und Nachteile der Ausschussbildung resp. Sonderbeauftragung	227
f.	Delegation der Geschäftsführung	228
fa.	Übertragbarkeit der Aufgaben und statutarische Delegationsnorm	228
fb.	Erlass eines Organisationsreglements und Ausgestaltungsmöglichkeiten der Geschäftsleitung	230
fc.	Delegierter des Verwaltungsrates.....	230
fd.	«Cura in eligendo, instruendo et custodiendo»	231
fe.	Fazit	232
g.	Delegation der Vertretungsmacht	233
h.	Personalunion oder Doppelspitze?	234
ha.	Gesetzliche und regulatorische Grundlagen	234
hb.	Vor- und Nachteile von Personalunion und Doppelspitze	235
hc.	Überragende Bedeutung der Persönlichkeit(en).....	236
hd.	Fazit	237
i.	Organisationsreglement als formelle Basis.....	238
ia.	Inhalt, Form und Erlasspflicht.....	238
ib.	Offenlegung des Organisationsreglements.....	239

j.	Umgang mit Interessenkonflikten.....	240
ja.	Arten und Rechtsgrundlagen.....	240
jb.	Unvereinbarkeitsbestimmungen.....	242
jc.	Offenlegung	243
jd.	Einhaltung des Prinzips des «dealing at arm's length»	244
je.	Ausstand.....	245
jf.	Genehmigung des Geschäfts durch ein über- oder nebeneordnetes Organ.....	247
jg.	Bildung von permanenten oder ad-hoc-Ausschüssen.....	249
jh.	Rücktritt	249
ji.	Sachwalter.....	250
jj.	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit	250
12.	Exkurs: Zusammenfassende bzw. ergänzende Ausführungen zur Rechtsstellung des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds.....	251
a.	Treu- und Sorgfaltspflicht.....	251
aa.	Inhalt und Dauer der Treuepflicht.....	251
ab.	Rechtsnatur und statutarische, reglementarische oder vertragliche Konkretisierungen der Treuepflicht	252
ac.	Verbot der Konkurrenzierung im Besonderen.....	252
ad.	Inhalt und Dauer der Sorgfaltspflicht.....	254
ae.	Sorgfaltsmasstab.....	255
b.	Geheimhaltungs- und Schweigepflicht.....	257
c.	Entschädigung der Verwaltungsratsmitglieder	259
ca.	Tantieme und Honorar	259
cb.	Entschädigungshöhe.....	260
cc.	Festlegung durch die Generalversammlung	261
cd.	Festlegung durch den Verwaltungsrat.....	263
ce.	Transparenz gegenüber den Aktionären.....	264
cf.	Abgangsentschädigung im Besonderen.....	265
cg.	Rückerstattung übersetzter Entschädigungen.....	267
§ 7.	Revisionsstelle	267
I.	Eingeschränkte und ordentliche Revision, «Opting-up».....	267
II.	«Opting-out» und «opting-down».....	270
1.	Voraussetzungen eines «opting-out» und Beschlussorgan.....	270
2.	Problematik und mögliche Folgen eines «opting-out».....	271
3.	Voraussetzungen und Problematik eines «opting-down»	272
III.	Bedeutung der Revision für die Corporate Governance.....	272
§ 8.	Klagen	273
I.	Verantwortlichkeitsklage	273
1.	Verantwortliche Personen und Klagevoraussetzungen	273

2.	Haftungsbefreiende Wirkung einer Kompetenzdelegation	274
3.	Mehrheit von Ersatzpflichtigen.....	275
4.	Wirkungen einer Décharge-Erteilung	275
5.	Bedeutung unter Corporate-Governance-Aspekten	276
6.	Häufigkeit in der Schweiz.....	276
II.	Klage bei Mängeln in der Organisation	277
1.	Gesetzliche Regelung	277
2.	Bedeutung unter Corporate-Governance-Aspekten	278
III.	Rückerstattungsklage	278
1.	De lege lata	278
2.	De lege ferenda.....	279
IV.	Anfechtungsklage	280
1.	Allgemeine Anfechtungsklage.....	280
a.	Klagelegitimation, Anfechtungsgründe und Anfechtungsfrist	280
b.	Rechtsschutzinteresse und Prozessrisiken	281
c.	Nichtanfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen.....	282
2.	Stimmrechtsklage	282
V.	Nichtigkeitsklage	283
VI.	Auflösungsklage, Austritts- und Ausschlussrechte	284
1.	Auflösung der Gesellschaft.....	284
a.	Eintritt eines gesetzlichen oder statutarischen Auflösungsgrundes, Generalversammlungsbeschluss oder Auflösungsklage aus wichtigem Grund	284
b.	Interessenabwägung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und Anwendungsfälle.....	285
c.	Statutarische Änderung des Klagequorums und Einführung weiterer Auflösungsgründe.....	285
d.	Bedeutung der Auflösungsklage in privaten Gesellschaften im Besonderen.....	286
2.	Andere sachgemässe, den Beteiligten zumutbare Lösung	287
3.	Zulässigkeit einer «Kündigung» eines Aktionärs als statutarischer Auflösungsgrund?.....	288
VII.	Exkurs: Zulässigkeit statutarischer Austritts- und Ausschlussgründe?.....	289
1.	Statutarisches Austrittsrecht	289
2.	Statutarisches Ausschlussrecht	290
VIII.	Exkurs: Vertragliche Austritts- und Ausschlussrechte.....	291
	Schlussbetrachtungen.....	293