

## Rechenschaft und Transparenz als zentraler Teil der Governance oder als Selbstzweck?

Von Prof. Dr. Lukas Handschin\*

*The title of the essay is: "Accountability and Transparency as a function of governance or a function which ends in themselves?" Without transparency good corporate governance is not possible, since only informed decisions are dutiful decisions. Both, the general assembly of shareholders and the board must make decisions which are only possible if transparency is given. For example, for most resolutions which relate to equity, the general assembly is competent. In this situation, a correct decision is only possible, if the general assembly is informed. However, the shareholders (other than the board members) are not required to respect the business secrets. The level of transparency is therefore different for the board members and the general assembly. The board members have access to all information,*

*whereby the information rights of the shareholders are restricted. Accountability can be divided into preventive and repressive accountability. The preventive accountability has a prophylactic function. The board member as agent is informed and thus able to make dutiful decisions. The repressive accountability has the function to support the principal in a liability action against the agents/board members. The repressive accountability has also a preventive function. Legal assumptions support the claimant if the board has not established the required transparency. Accountability and transparency are certainly not functions which end in themselves, but remain imperative for a functioning corporate governance.*

### Inhaltsübersicht

- I. Rechenschaft
  1. Begriffliches
  2. Principal-Agent-Betrachtung
  3. Principal: Sicher jeder Aktionär, auch Gläubiger?
  4. Agent
  5. Rechenschaftspflicht
  6. Präventive und repressive Rechenschaft
- II. Transparenz
  1. Grundlagen
  2. Äussere Transparenz
  3. Innere Transparenz
  4. Berechtigte und Verpflichtete
- III. (Corporate) Governance
  1. Zum Begriff der Corporate Governance
  2. System der (körperschaftlichen) Willensbildung/Steuerung und Überwachung
  3. Überwachung/Rechenschaft als zentraler Teil der Governance
- IV. Fazit

### I. Rechenschaft

#### 1. Begriffliches

Der Begriff der Rechenschaft leitet sich aus dem mitteldeutschen *rechenschaft* ab, was so viel wie (Geld-) berechnung bedeutet, es besteht also schon sprachlich ein Bezug zwischen Rechenschaft und Rechnungslegung. Deutlicher ist dieser Bezug in der englischen Sprache. Im Englischen wird die Rechenschaft als *accountability* bezeichnet, woraus ein Bezug zwischen der Rechenschaft (*accountability*) und der Buchführung (*accounting*) erkennbar wird.

#### 2. Principal-Agent-Betrachtung

Nach der Principal-Agent-Betrachtung ist der Aktionär ähnlich einem Auftraggeber und der Verwaltungsrat wie ein Beauftragter zu behandeln.<sup>1</sup> Der Auftraggeber (Principal) «beauftragt» den Beauftragten (Agent). So gesehen «arbeiten» die Organe der Gesellschaft mit dem Geld der Gesellschafter, ähnlich dem Beauftragten, der für seinen Auftraggeber ein Geschäft besorgt. Diese Betrachtung hat für das Schweizer Aktienrecht jedoch keine normative Bedeutung, da sich

\* Ich danke Herrn Luca Kenel für dessen Mitwirkung bei der Verfassung dieses Aufsatzes.

<sup>1</sup> Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4, Rz. 2; von Büren/Stoffel/Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, Rz. 810.

die Rechte und Pflichten der Aktionäre bzw. der Verwaltungsräte nicht aus einer Analogie zum Auftragsrecht, sondern direkt aus den Bestimmungen zum Aktienrecht ergeben. (Im Unterschied dazu kommt der Principal-Agent-Betrachtung im amerikanischen Gesellschaftsrecht rechtsgestaltende Funktion zu. Bundesstaaten sind zuständig für die Regelung des Aktienrechts;<sup>2</sup> eine Rechtsvereinheitlichung ist nur durch rechtsgestaltende Prinzipien möglich).

Die Principal-Agent-Betrachtung dient aber der Veranschaulichung des Kräfteverhältnisses zwischen den Aktionären und dem Verwaltungsrat. Zentrales Problem bei der Regelung dieses Verhältnisses ist der Umgang mit den Informationsunterschieden zwischen den Aktionären als Principals und dem Verwaltungsrat als Agent. In vielen Aktiengesellschaften ist die Zahl der Aktionäre zu gross, als dass diese der Geheimhaltungspflicht unterstellt werden könnten, woraus sich der Informationsunterschied zwischen Aktionären und Verwaltungsrat zwingend ergibt.<sup>3</sup> Folglich legt Art. 680 OR fest, dass die Aktionäre nur den gezeichneten Betrag liberieren müssen; zusätzlichen Pflichten, wie Geheimhaltungspflichten, unterliegen sie nicht. Die Aktionäre, die als «Principals» (d.h. Auftraggeber) das Management als ihre «Agents» (d.h. Beauftragten) einsetzen und die Geschäfte führen lassen, sind zu weit vom Unternehmen entfernt und zu stark zersplittert, um die natürliche Aufsichtsfunktion des Eigentümers noch wahrnehmen zu können.<sup>4</sup>

Die Rechte der Aktionäre knüpfen an ihren Kapitaleinsatz an, sie ergeben sich aus dem Umstand, dass der Aktionär das mit der Aktiengesellschaft verbundene Risiko mitträgt: Die Aktionäre stellen der Gesellschaft ihr Eigenkapital zur Verfügung. Neben den Aktionären gibt es noch andere Akteure, sogenannte Stakeholder, die gewisse Risiken der Gesellschaft tragen. So bringen die Arbeitnehmer ihre Arbeitskraft in die Gesellschaft ein; sie verlieren ihre Stelle, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird. Die Gläubiger tragen das Risiko, dass ihre Forderungen im Falle eines Konkurses nicht erfüllt werden.<sup>5</sup> Das Gemeinwesen hat ein Interesse am Weiterbestand des Unternehmens aus strukturpolitischen und fiskalischen Überlegungen, und es hat weiter ein Interesse daran, dass die Gesellschaft die Umwelt nicht verschmutzt. Der Bezug auf ein so verstandenes Stakeholderinteresse beschreibt eine Selbstverständlichkeit, die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften entspricht auch dem Gesellschaftsinteresse, dem die Gesellschaft und damit auch der Verwaltungsrat verpflichtet sind. Auch die Berücksichtigung des Wohls der Arbeitnehmer und gute Kontakte zum Gemeinwesen sind meistens im Gesellschaftsinteresse, ohne dass eine Bemühung eines Stakeholderinteresses nötig wäre.<sup>6</sup>

### 3. Principal: Sicher jeder Aktionär, auch Gläubiger?

Jeder Aktionär ist Principal, auch wenn er keine Möglichkeit hat, den Agent zu kontrollieren. Auch der Minderheitsaktionär ist Principal.<sup>7</sup> Der nicht kontrollierende Principal übt seine Kontrolle innerhalb der gesellschaftsinternen Willensbildung zusammen mit den anderen Principals aus. Die Rechenschaftspflicht gegenüber der Minderheit ergibt sich aus der Qualifikation der Informationsrechte als Schutzrechte, die

<sup>2</sup> *Bungert*, in: *Assmann/Bungert*, US-HGW, 9, Rz. 15; *Hanno Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2013, Rz. 216; *Stefan Hasenböhler*, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Diss. Basel 2003, S. 6; *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 245.

<sup>3</sup> *Von der Crone* (Fn. 1), § 4, Rz. 2; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12, Rz. 155; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16, Rz. 198.

<sup>4</sup> *Böckli* (Fn. 3), § 14, Rz. 18; diese Trennung zwischen Kapitaleigentum und Kontrolle bildete dann auch den Schwerpunkt der ersten Grundsätze zur Corporate Governance der OECD aus dem Jahre 1999; *OECD Principles of Corporate Governance* vom 16. April 1999, SG/CG (99), 5; vgl. auch *Roland Müller*, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005, S. 243 und *Peter Nobel*, Grundsätze der OECD zu Corporate Governance, SZW 1999, 244.

<sup>5</sup> *Dieter Gericke/Olivier Baum*, Corporate Governance: Wer ist Governor?, SZW 2014, 355.

<sup>6</sup> *Böckli* (Fn. 3), § 14, Rz. 35 f., wonach der SCBP bewusst nur auf die Aktionärsinteressen ausgerichtet ist, weil eine konsequent nachhaltig, im Interesse der Aktionäre ausgeübte Führungstätigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit auch den Interessen der anderen Anspruchsgruppen diene.

<sup>7</sup> *Von der Crone* (Fn. 1), § 8, Rz. 70; *Böckli* (Fn. 3), § 1, Rz. 124 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 3), § 16, Rz. 260.

nicht von der Höhe des Kapitaleinsatzes abhängig sind.<sup>8</sup>

Um die Frage zu beantworten, ob auch ein Gläubiger zum Principal werden kann, ist die unterschiedliche Interessenlage zwischen den Gläubigern und den Aktionären zu betrachten. Im Normalfall trägt der Gläubiger nicht das Gesellschaftsrisiko; er leistet an die Gesellschaft und erhält dafür eine Forderung. Der Bestand der Forderung hängt in der Regel nicht vom Erfolg der Gesellschaft ab. Anders ist die Lage, wenn die Überschuldung der Gesellschaft droht. In dieser Situation besteht die Gefahr, dass die Aktiven nicht für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ausreichen. Die Gläubiger werden in dieser Situation zu Eigenkapitalgebern, finanzieren dann die Gesellschaft und werden zu Principals. Wenn die Forderungen der Gläubiger nicht mehr durch Aktiven gedeckt sind, haben sie umfassende Informationsrechte. Diese Informationsrechte bestehen auch, ohne dass es zu einem Konkurs kommt, denn der Forderungsverzicht ist freiwillig und der Gläubiger kann den Forderungsverzicht von der Gewährung umfassender Informationsrechte abhängig machen. Im Konkurs haben die Gläubiger die gleichen Informationsrechte wie die Aktionäre.<sup>9</sup> Die Gläubiger werden zu Principals, wenn sie zu Eigenkapitalgebern werden. Die Kapitalschutzvorschriften haben auch den Zweck, den «Principal wider Willen» zu verhindern.

#### 4. Agent

Agent ist sicher der Verwaltungsrat. Es stellt sich die Frage, ob darüberhinaus Personen Agent sein können, die nicht dem Verwaltungsrat angehören. Auch Organe im verantwortlichen Sinn sind Agents. Der verantwortlichen Organbegriff umschreibt diejenigen Personen, welche aufgrund von besonderen Verantwortlichkeitsbestimmungen für Pflichtverletzungen bei der Wahrnehmung von Ge-

schaftsführungsaufgaben individuell haftbar sein können.<sup>10</sup> Eine ähnliche funktionale Definition verwendet das FusG, das vom «obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan» spricht.

#### 5. Rechenschaftspflicht

Im Auftragsrecht beinhaltet die Rechenschaftsablegung neben der Abrechnungspflicht auch die Pflicht des Beauftragten, den Auftraggeber über die Geschäftsführung (aktiv) zu benachrichtigen und ihm (passiv) Auskunft zu erteilen.<sup>11</sup> Wie der Beauftragte seinem Auftraggeber Rechenschaft schuldet, müssen auch die Organe der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern Rechenschaft ablegen.<sup>12</sup> Folglich ist der Agent gegenüber dem Principal rechenschaftspflichtig. Im Auftragsrecht soll die Rechenschaftspflicht dem Auftraggeber ermöglichen, die Ausführung des Auftrags zu kontrollieren, insbesondere ihm die im Hinblick auf weitere Weisungen, einen Widerruf des Auftrags oder allfällige Schadenersatzansprüche notwendigen Informationen zu verschaffen.<sup>13</sup> Das Mandat des Verwaltungsrates wird nicht durch einzelne Weisungen, sondern durch gesetzliche Kompetenzzuweisungen definiert.<sup>14</sup> Die Verantwortlichkeitsvorschriften schützen auch Dritte (Gläubiger); daher können die Beteiligten die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrats nicht frei abändern.<sup>15</sup>

Auch hier dient die Rechenschaftspflicht der Kontrolle von Verwaltungsrat und Geschäftsführung

<sup>8</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 3, Rz. 28; Böckli (Fn. 3), § 1, Rz. 124 ff.

<sup>9</sup> Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, Rz. 121; Florian Zihler, veb.ch Praxiskommentar, Art. 958e OR N 19, 24, 26; Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, Rz. 361; vgl. zu Art. 697h Abs. 2 aOR: Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 220; BGE 137 III 255, E. 4.1.2 f.

<sup>10</sup> Meinrad Vetter, Der verantwortlichen Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen 2007, S. 3 ff.; Michael Wyttenbach, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Diss. Basel 2012, S. 18 ff.

<sup>11</sup> BSK OR I-Weber, Art. 400 N 2; Claire Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, Rz. 3275; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, S. 332; Jörg Schmid/Hubert Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 1912.

<sup>12</sup> Handschin (Fn. 9), Rz. 16; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 15.

<sup>13</sup> BSK OR I-Weber, Art. 400 N 3; BK-Fellmann, N 14 f. zu Art. 400 OR; Huguenin (Fn. 11), Rz. 3276.

<sup>14</sup> Hans Caspar von der Crone/Thomas Steininger, Corporate Governance – Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane, Aktionärsrechte und Stimmrechtsvertretung, ST 2010/3, 86; von der Crone (Fn. 1), Rz. 3 f.; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 282.

<sup>15</sup> Lukas Handschin/Beat Jucker, Sorgfalt, Pflichtwidrigkeit und Verschulden im auftrags-, arbeits- und aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich 2014, S. 327 f.

als «Beauftragte» (Agents) durch die Aktionäre als «Auftraggeber» (Principals). Die Rechenschaftsablegung muss dem Beauftragten nach diesem Grundsatz zumutbar sein, wobei sich die Zumutbarkeit aus einer Abwägung der gegenseitigen Interessen ergibt.<sup>16</sup> In dieser Abwägung liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Rechenschaft im Auftragsrecht und dem Aktienrecht. Im Auftragsrecht steht das Geheimhaltungsinteresse des Beauftragten nicht vor dem Informationsbedürfnis des Auftraggebers.<sup>17</sup> Die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft gehen den Informationsbedürfnissen der Aktionäre im Zweifel vor.<sup>18</sup>

## 6. Präventive und repressive Rechenschaft

Die Rechenschaft hat sowohl präventive wie auch repressive Funktion. Präventive Rechenschaft soll Fehlentwicklungen verhindern. Dazu gehören die Informationsrechte des Principals. Demgegenüber soll die repressive Rechenschaft auf Fehlentwicklungen reagieren, worunter die Klagerechte des Principals, insb. die Verantwortlichkeitsklage, einzuordnen sind. Zwischen diesen Funktionen besteht ein enger Bezug, da der drohenden Repression eine präventive Wirkung zukommt.

## II. Transparenz

### 1. Grundlagen

«Sunlight is said to be the best of disinfectants».<sup>19</sup> Im Bereich der Transparenz wird zwischen der äusseren und der inneren Transparenz unterschieden. Bezogen auf die Principal-Agent-Betrachtung betrifft die äussere Transparenz die Informationspflichten des Agent gegenüber dem Principal. Die innere Transparenz umfasst die Pflicht des Agent, sich informiert zu halten, und sein Recht auf Zugang zu den für ihn wesentlichen Informationen, um sorgfältige Entscheidungen treffen zu können. Böckli bezeichnet die

Transparenz neben den Leitlinien für das Verhalten der Unternehmensspitze und den Strukturempfehlungen, welche primär die Ausschüsse des Verwaltungsrates betreffen, als das vielleicht sogar wichtigste Element der Corporate Governance.<sup>20</sup>

Weiter kann zwischen der institutionellen und der situativen Transparenz unterschieden werden. Die institutionelle Transparenz umfasst die Rechnungslegung, den Jahresbericht und die finanziellen Führungs- und Informationssysteme des Verwaltungsrates. Mit der situativen Transparenz werden die Informationsrechte des Aktionärs bzw. des Verwaltungsrates umschrieben. Situativ ist diese Transparenz, weil sie von Fall zu Fall beansprucht wird und sich nicht aus einer Struktur ergibt.

### 2. Äussere Transparenz

Die äussere Transparenz berechtigt den Principal vom Agent die für ihn wesentlichen Informationen herauszuverlangen. Der Aktionär kann die Richtigkeit geschäftspolitischer Entscheide nur dann überprüfen, wenn neben der finanziellen Situation und dem Geschäftsverlauf auch generelle Überlegungen etwa zur Unternehmensstrategie offengelegt werden. Transparenz in diesen Bereichen ist eine notwendige Voraussetzung, um mögliche Fehlentwicklungen frühzeitig erkennen zu können.<sup>21</sup>

Principal sind grundsätzlich die Aktionäre, die nach Art. 680 Abs. 1 OR keiner Treuepflicht unterliegen.<sup>22</sup> Aus diesem Grund ist die äussere Transparenz verglichen mit der inneren Transparenz stark eingeschränkt; die fehlende Treuepflicht führt dazu, dass es im Gesellschaftsinteresse liegen kann, eine Information nicht im Rahmen der äusseren Transparenz mitzuteilen.

Grundsätzlich sind nur die Gesellschafter, also Eigenkapitalgeber, zur äusseren Transparenz berechtigt. Wie aufgezeigt, können im Falle einer Überschuldung aber auch die Gläubiger gegen ihren Willen in die Finanzierung der Gesellschaft einbezogen

<sup>16</sup> KUKO OR-Schaller, Art. 400 N 3; BGE 139 III 49, E. 4.1.3; BK-Fellmann, N 79 zu Art. 400 OR.

<sup>17</sup> BK-Fellmann, N 87 zu Art. 400 OR; BSK OR I-Weber, Art. 400 N 5.

<sup>18</sup> Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 155; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 198; von der Crone (Fn. 1), § 8, Rz. 71.

<sup>19</sup> Louis Brandeis, Other people's money and how the Bankers use it, New York 1913, S. 93; BSK BEHG-Watter, Art. 1 N 10.

<sup>20</sup> Böckli (Fn. 3), § 14, Rz. 9 f., 37.

<sup>21</sup> Christa-Maria Harder Schuler, Corporate Governance in nicht kotierten Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2013, S. 9; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 152 f.; von der Crone (Fn. 1), § 8, Rz. 65 f.

<sup>22</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 198; Marc Bauen/Robert Bernet, Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich 2007, Rz. 287; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 155.

werden. Damit erhalten sie die Stellung eines Principals und sind im Ergebnis im Überschuldungs- und Konkursfall in Bezug auf die äussere Transparenz den Aktionären gleichzustellen.

Weiter sind sämtliche Unternehmen verpflichtet, auch gegenüber ihren Gläubigern Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung oder den Revisionsbericht zu gewähren, wenn diese ein schutzwürdiges Interesse nachweisen (Art. 958e Abs. 2 OR).<sup>23</sup> Dieses schutzwürdige Interesse<sup>24</sup> kann sich grundsätzlich nur auf eine mögliche Überbewertung von Aktiven beziehen. Daraus wird ersichtlich, dass Gläubiger auch schon vor dem Konkurs der Gesellschaft Einsichtsrechte haben können. Es kann deshalb kein konkreter Zeitpunkt festgestellt werden, ab dem die Gläubiger in Bezug auf die Informationsrechte den Principals gleichgestellt werden; dieser Übergang ist vielmehr fließend.

Das BEHG weitet für börsenkotierte Gesellschaften den Kreis der zur Transparenz Berechtigten aus. Börsenkotierte Gesellschaften müssen ihre Jahresrechnung publizieren; für nicht-börsenkotierte gibt es diese Pflicht nur in Ausnahmefällen.<sup>25</sup> Die Tatsache, dass bei börsenkotierten Gesellschaften alle (auch die Gläubiger) Anspruch auf Transparenz haben, dient aber nicht dem Schutz der Gläubiger, sondern dem Schutz der potenziellen Aktionäre. Bei einem ausserbörslichen Kauf kennt der Käufer den Verkäufer und kann den Vertragsschluss von der Gewährung von zusätzlichen Informationen abhängig machen. Bei einem Verkauf an der Börse ist das nicht der Fall und die Informationssymmetrie kann nur halbwegs hergestellt werden, wenn der erwerbende Aktionär Zugang zu den gleichen Informationen hat wie der Verkäufer. Der Börsenwert ist nur ein objektiver Wert, wenn Verkäufer und Käufer das gleiche Wissen haben. Das BEHG bezweckt auch, dem Anleger Transparenz und Gleichbehandlung zu sichern.<sup>26</sup> Ziel ist es,

das Informationsungleichgewicht zwischen den einzelnen Akteuren im Finanzmarkt abzubauen und die Anleger durch die Garantie von Transparenz und Gleichbehandlung zu schützen; auch den potenziellen zukünftigen Aktionären ist Transparenz geschuldet.<sup>27</sup>

### 3. Innere Transparenz

Die innere Transparenz ist eine Voraussetzung für pflichtgemässes Handeln seitens des Agent. Den Verwaltungsrat trifft unter anderem die Pflicht, für eine zweckmässige Organisation zu sorgen, die Strategie festzulegen und deren operative Umsetzung sicherzustellen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR).<sup>28</sup> Die unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrats nennen in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Finanzkontrolle und -planung und stellen direkt den Bezug zur inneren Transparenz her.

Um diese Aufgaben pflichtgemäss erfüllen zu können, muss der Verwaltungsrat über die wesentlichen Informationen über das Unternehmen und das Marktumfeld verfügen.<sup>29</sup> So stellt die nicht informierte Willensbildung durch den Agent eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit die Grundlage für eine Verantwortlichkeit dar, was gegenüber dem Principal ausgeschlossen ist. Nur wenn der Principal auch Agent ist, also faktisches Organ, dann treffen ihn diese Pflichten. Daraus ergibt sich, dass die innere Transparenz weiter gehen muss als die äussere Transparenz.

### 4. Berechtigte und Verpflichtete

#### a) Berechtigte: Aktionäre (Principal)

Die Principals (d.h. die Aktionäre und ausnahmsweise auch die Gläubiger) sind im Rahmen der äusseren Transparenz die Berechtigten. Die Informationsrechte sind von einem Konflikt zweier konträrer Interessen geprägt: Dem legitimen Informationsinteresse der Aktionäre steht ein ebenso begründetes Geheim-

<sup>23</sup> Handschin (Fn. 9), Rz. 360; CHK OR-Lipp, ErgBd, Art. 958e N 8.

<sup>24</sup> Zu den Anforderungen an das schutzwürdige Interesse CHK OR-Lipp, ErgBd, Art. 958e N 9; Handschin (Fn. 9), Rz. 361.

<sup>25</sup> Handschin (Fn. 9), Rz. 360 f.; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 220.

<sup>26</sup> BSK BEHG-Watter, Art. 1 N 9; Hans Caspar von der Crone, Übernahmerechtliche Grundsätze: Transparenz, Gleichbehandlung und Lauterkeit, in: Schweizerische Übernahmekommission (Hrsg.), Schweizerisches Übernahmerecht in der Praxis, Zürich 2005, S. 1; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 191.

<sup>27</sup> Rolf H. Weber, OFK-BEHG, Art. 8 N 3; von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 1), Rz. 843.

<sup>28</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 140; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 306; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 414 ff.

<sup>29</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 128; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 165.

haltungsinteresse der Gesellschaft gegenüber.<sup>30</sup> Art. 696–697h OR sehen dazu ein dreistufiges Informationskonzept vor, welches versucht, diesen Zielkonflikt zu lösen. Durch Art. 696 OR wird die AG verpflichtet, den Jahresbericht von sich aus zur Verfügung zu stellen (institutionelle Transparenz). Art. 697 OR gibt dem Aktionär das Recht, sich aufgrund eigener Initiative weitere Informationen zu beschaffen (situative Transparenz). Schliesslich wird mit dem Institut des Sonderprüfers (Art. 697a ff. OR) versucht, den Konflikt zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen durch die Zwischenschaltung eines Dritten zu überbrücken.<sup>31</sup> Die Principals sind nur Berechtigte, nicht Verpflichtete.

#### b) Berechtigte und Verpflichtete: Verwaltungsrat (Agent)

Die formellen und faktischen Organe der Gesellschaft sind als Agent im Bereich der äusseren Transparenz die Verpflichteten, während sie zur inneren Transparenz sowohl berechtigt wie auch verpflichtet sind.<sup>32</sup> Den Mitgliedern des Verwaltungsrates stehen umfassende Informationsrechte und -pflichten gegenüber der Gesellschaft zu.<sup>33</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrates unterstehen im Gegensatz zu den Aktionären einer Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft<sup>34</sup> und haben entsprechend weitgehende Rechte auf Auskunft und Einsicht (Art. 715a OR). Das Gesetz differenziert zwischen Auskunft und Einsicht und danach, ob der Anspruch in oder ausserhalb einer Sitzung geltend gemacht wird.<sup>35</sup> Diese Regeln entspringen aber rein praktischen Überlegungen und ändern nichts am Grundsatz, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrates gemäss Art. 715a Abs. 1 OR uneingeschränkter Anspruch auf Auskunft über alle Aspekte

des Unternehmens hat.<sup>36</sup> Dieser Anspruch besteht uneingeschränkt, wenn sachliche Gründe für das Auskunftsbegehren geltend gemacht werden können. Hat der Verwaltungsratspräsident dieses abgewiesen, so hat der Gesamtverwaltungsrat dem Begehren bei Vorliegen von sachlichen Gründen stattzugeben, ansonsten das betreffende Verwaltungsratsmitglied seinen Anspruch vor Gericht durchsetzen kann.<sup>37</sup>

Gleiches gilt für das Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher und die Akten. Auch hier hat der Verwaltungsrat dem Einsichtsbegehren stattzugeben, wenn der Ersuchende zeigen kann, dass die Einsicht für die Erfüllung seiner Aufgabe notwendig ist (Art. 715a Abs. 4 OR), und auch hier ist eine gerichtliche Durchsetzung dieses Rechts möglich.<sup>38</sup> Besondere Bedeutung erhalten diese Ansprüche bei Kategorienvertretern im Verwaltungsrat (Art. 709 OR), welche aufgrund ihrer besonderen Stellung als Minderheitenvertreter ein erhöhtes Interesse an der Durchsetzung ihrer Auskunfts- und Einsichtsrechte haben können. In diesem Zusammenhang ist auch der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Ein ungleicher Zugang zu Informationen muss durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt sein.<sup>39</sup>

Es ist zu unterscheiden zwischen der institutionellen und der situativen Transparenz. Situativ hat jedes Verwaltungsratsmitglied Anspruch auf Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft.<sup>40</sup> Die institutionelle Transparenz umfasst demgegenüber insb. die Buchhaltung und die Finanzkontrolle. Dabei ist zu beachten, dass die OR-Bilanz als Grundlage der institutionellen Transparenz nicht genügt. Die im Gegensatz zum Swiss GAAP FER und IFRS bestehenden Möglichkeiten, beispielsweise stille Reserven zu bilden, zu saldieren und zu verrechnen, machen zusätzliche institutionelle Mechanismen notwendig.

<sup>30</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 8, Rz. 68; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 155; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 189.

<sup>31</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 190; dazu Böckli (Fn. 3), § 16, Rz. 97.

<sup>32</sup> Von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 1), Rz. 621; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 168.

<sup>33</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 471; Bauen/Bernet (Fn. 22), Rz. 474; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 165 ff.

<sup>34</sup> Von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 1), Rz. 677; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 596 ff.; Bauen/Bernet (Fn. 22), Rz. 481; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 240.

<sup>35</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 128; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 197b ff.

<sup>36</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 128; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 166; Bauen/Bernet (Fn. 22), Rz. 474.

<sup>37</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 130; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 152; a.M. von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 1), Rz. 624, wonach gegen den Entscheid des Gesamtverwaltungsrates kein Rechtsmittel besteht.

<sup>38</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 131; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 152.

<sup>39</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 133; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 176.

<sup>40</sup> Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 166; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 128; Bauen/Bernet (Fn. 22), Rz. 474.

### III. (Corporate) Governance

#### 1. Zum Begriff der Corporate Governance

Nach Peter Böckli enthält der Begriff der «Corporate Governance» im Kern das griechische Wort «kybernetes» für Steuermann (in seiner latinisierten Form «Gubernator»), was englisch «Governor» und den Sammelbegriff «Governance» ergeben hat; dazu kommt das lateinische Wort «corpus» für Körper, daraus «corporatio» für Körperschaft.<sup>41</sup> Wörtlich genau bedeutet Corporate Governance folglich «korperschaftliche Steuerung». Der in der Schweiz relevante Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance definiert den Begriff in der Präambel wie folgt: «Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.»<sup>42</sup> Die Definition des Swiss Code of Best Practice beschreibt auch qualitative Kriterien («nachhaltiges Unternehmensinteresse»), was eigentlich nicht zum Begriff der Corporate Governance gehört.

#### 2. System der (korperschaftlichen) Willensbildung/Steuerung und Überwachung

##### a) Ausgangslage

Corporate Governance umfasst das ganze System der (korperschaftlichen) Willensbildung/Steuerung.<sup>43</sup> Sowohl die Generalversammlung wie auch der Verwaltungsrat sind in beide Funktionen (d.h. Willensbildung/Steuerung und Überwachung) der Corporate Governance eingebunden. Auch der Generalversammlung kommt durch ihre Kompetenzen, das Eigenkapital und die Statuten festzulegen, eine gewisse Leitungsfunktion zu.<sup>44</sup> Durch die Möglichkeit, dem Verwaltungsrat die Décharge zu erteilen oder diesen abzuwählen, hat sie auch eine überwachende Funktion.

Dem Verwaltungsrat steht nach Art. 716a OR die Oberleitung der Gesellschaft zu, worunter neben der finanziellen Führung und der Festlegung der Strategie auch die Überwachung der Geschäftsleitung fällt.<sup>45</sup> Als Teilgehalt der Rechenschaft wird auch die Überwachung von der Corporate Governance erfasst.

##### b) Äussere Transparenz ist notwendig für eine funktionierende Corporate Governance

Die Willensbildung des Aktionärs im Rahmen der GV bedingt äussere Transparenz. Die GV entscheidet über die Festsetzung und Änderung der Statuten, die Kapitalstruktur, die Gewinnverwendung und die Zusammensetzung und Abberufung der Organe.<sup>46</sup> Durch ihre Kompetenz, statutarisch den Zweck der Gesellschaft vorzugeben, kann die GV materielle Geschäftsführungsentscheide an sich ziehen, die bei einer umfassenderen Zweckumschreibung dem Verwaltungsrat vorbehalten wären. Zusätzlich bringt die Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung des Verwaltungsrates ohne Begründung (Art. 705 OR) eine Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung mit sich. Die in Art. 698 Abs. 2 OR genannten Befugnisse der Generalversammlung können in Normgebungs-, Verwaltungs- und Aufsichtsfunktionen zusammengefasst werden. Der Aktionär kann die Richtigkeit der Entscheidungen des Verwaltungsrates nur überprüfen, wenn ihm die dazu notwendigen Informationen vorliegen.<sup>47</sup> Dabei stehen den Informationsansprüchen der Aktionäre die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft gegenüber. Aufgrund der fehlenden Treuepflicht des Aktionärs kommt es dadurch zu einer starken Einschränkung der äusseren Transparenz.<sup>48</sup> Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn die Gesellschaft in Konkurs fällt. Mit dem Konkurs entfällt das Fortführungsinteresse, die Gesellschaft verfolgt nur noch das Liquidationsinteresse. Fortführungsbezogene Geheimhaltungsinteressen bestehen nicht mehr, daher besteht auch im Rahmen der äusseren Transparenz ein Recht auf umfassende Akteneinsicht. Dieses Recht steht auch den Gläubigern zu, da sie durch den Kon-

<sup>41</sup> Böckli (Fn. 3), § 14, Rz. 22.

<sup>42</sup> Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Präambel, S. 6.

<sup>43</sup> Vgl. Böckli (Fn. 3), § 14, Rz. 32 ff.

<sup>44</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 5, Rz. 1 f.; Bauen/Bernet (Fn. 22), Rz. 397; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 15.

<sup>45</sup> Von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 1), Rz. 655; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 306; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 142.

<sup>46</sup> BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 698 N 8; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 15; von der Crone (Fn. 1), § 5, Rz. 5.

<sup>47</sup> Harder Schuler (Fn. 21), S. 9; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 152 f.; von der Crone (Fn. 1), § 8, Rz. 65 f.

<sup>48</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 198; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 155.

kurs gegen ihren Willen in die Finanzierung der Gesellschaft mit einbezogen werden.

### c) Innere Transparenz ist notwendig für eine funktionierende Corporate Governance

Innere Transparenz ist eine notwendige Voraussetzung, um pflichtgemäss handeln zu können. Das Recht des Verwaltungsrates auf Information begründet umgekehrt auch eine Pflicht, sich diese Informationen zu verschaffen, da sich seine Haftung nach dem Wissen richtet, das er bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte haben sollen.<sup>49</sup> Die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrates begründen ein erhöhtes Informationsbedürfnis, weshalb es bei der inneren Transparenz zu keiner Einschränkung kommen darf. Dementsprechend stehen den Mitgliedern des Verwaltungsrates umfassende Informationsrechte zu.<sup>50</sup>

## 3. Überwachung/Rechenschaft als zentraler Teil der Governance

### a) Ausgangslage

Die Überwachung und die Rechenschaft bilden zusammen die zweite Funktion der Corporate Governance. Die Überwachung beschreibt ein Vorgehen, welches darauf gerichtet ist, Abweichungen zwischen dem Ist-Zustand und dem Soll-Zustand festzustellen.<sup>51</sup> Die Rechenschaft dient der Fehlerentdeckung und Fehlervermeidung sowie Erlangung von Informationen mit dem Ziel, zukünftige Fehler zu vermeiden (präventive Rechenschaft) resp. bereits begangene Fehler zu sanktionieren (repressive Rechenschaft). Wie folgend aufgezeigt, sind beide Organe (Verwaltungsrat und GV) neben ihren Leitungsfunktionen auch in die Überwachung eingebunden.

### b) Überwachende Funktion der Generalversammlung

Die überwachende Funktion der GV ergibt sich aus Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2–5 OR und umfasst die Wahlen, die Abberufungen, die Déchargeerteilung und die Genehmigung des Jahresberichts und der Jahresrechnung.<sup>52</sup> Die Möglichkeit der Abberufung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6, Art. 705 OR) ermöglicht eine wirksame Überwachung des Verwaltungsrates, da durch sie Fehlverhalten verhindert und sanktioniert werden kann. Die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates fällt zwingend in die Kompetenz der GV; das schweizerische Aktienrecht kennt keine Kooptation.<sup>53</sup>

Die Décharge gilt als negative Schuldanerkennung,<sup>54</sup> welche Ansprüche aus mittelbaren Schädigungen aus bekannten Geschäftsvorfällen aus der fraglichen Geschäftsperiode ausschliesst. Die Ansprüche aus unmittelbaren Schädigungen durch Handlungen der formellen und faktischen Organe bleiben von der Décharge jedoch unberührt.<sup>55</sup>

### c) Überwachende Funktion des Verwaltungsrates

Die Überwachungsfunktion des Verwaltungsrates besteht primär in seiner Pflicht, die Geschäftsführung zu überwachen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Dabei geht es um die Feststellung etwaiger Abweichungen der operativen Führung von der durch den Verwaltungsrat festgelegten Strategie.<sup>56</sup> In den Bereichen, in denen der Verwaltungsrat die operative Geschäftsführung an einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder an Dritte überträgt, muss er diese überwachen, um seiner *cura in custodiendo* nachzukommen.<sup>57</sup> Bei der Oberaufsicht handelt es sich um eine kontinuierliche Aufgabe des Verwaltungsrates, wobei es aber nicht darum geht, sämtliche Einzelhandlungen der Geschäftsleitung nachzuprüfen. Vielmehr hat der Verwaltungsrat sicherzustellen, dass er über die Tätigkeiten der Geschäftsleitung informiert bleibt, um ge-

<sup>49</sup> Von Büren/Stoffel/Weber (Fn. 1), Rz. 621; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 163.

<sup>50</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 3), § 16, Rz. 471; Bauen/Bernet (Fn. 22), Rz. 474; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 165 ff.

<sup>51</sup> Walther Busse von Colbe/Adolf G. Coenenberg/Peter Kajüter/Ulrich Linnhoff/Bernhard Pellens, Betriebswirtschaft für Führungskräfte: Eine Einführung für Ingenieure, Naturwissenschaftler, Juristen und Geisteswissenschaftler, 4. Aufl., Stuttgart 2011, S. 472.

<sup>52</sup> BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 698 N 8, 14; von der Crone (Fn. 1), § 5, Rz. 5; Böckli (Fn. 3), § 12, Rz. 15 ff.

<sup>53</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 61; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 302a.

<sup>54</sup> BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 698 N 24.

<sup>55</sup> BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 698 N 24; Böckli (Fn. 3), § 18, Rz. 452; von der Crone (Fn. 1), § 5, Rz. 35 f.

<sup>56</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 3, 24; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 142.

<sup>57</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 23; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 144.

gebenenfalls einschreiten zu können.<sup>58</sup> In einer gut funktionierenden Zusammenarbeit respektiert der Verwaltungsrat den Ermessensspielraum der Geschäftsleitung und wird erst einschreiten, wenn diese einen klar unzweckmässigen Entscheid trifft.<sup>59</sup> Zusätzlich gehört neben der sachlichen Überwachung auch die personelle Überwachung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen.<sup>60</sup> Allgemeiner verpflichtet Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR den Verwaltungsrat zur Zielfestsetzung im Rahmen des statutarischen Zwecks und zur Kontrolle der Zielkonformität der Handlungen der Geschäftsleitung, was ebenfalls eine Überwachungsfunktion darstellt.<sup>61</sup> Zusätzlich hat der Verwaltungsrat nicht nur die Umsetzung der von ihm festgelegten Strategie zu überwachen, sondern ist ebenfalls verpflichtet, die eigene Strategie regelmässig selber zu überprüfen, insbesondere in Krisensituationen. Dabei hat er sich zu fragen, ob die Strategie überhaupt noch im Gesellschaftsinteresse liegt und ob dieses mit den der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Mitteln noch erreicht werden kann.<sup>62</sup> Die Organisationspflicht nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR ist ein bedeutender Anwendungsbereich der Corporate Governance und auch hier trifft den Verwaltungsrat die Pflicht, die Eignung der eigenen Organisation für die aktuellen Verhältnisse periodisch zu überprüfen.<sup>63</sup> Die wohl bedeutendste Überwachungsfunktion des Verwaltungsrates ergibt sich aus seiner Finanzverantwortung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR). So hat er sicherzustellen, dass eine geeignete Kontrollorganisation besteht und Manipulationen des Zahlenwerks durch ein IKS verhindert werden.<sup>64</sup>

#### d) Rechenschaft setzt Transparenz voraus

Die Rechnungslegung bezweckt auch die Rechenschaftsablegung durch ein Zahlenwerk und die Dokumentation.<sup>65</sup> Die Leistung des Managements und der Gesellschaft und die Vorgänge im Unternehmen sollen retrospektiv beurteilt und dokumentiert werden können. Die Transparenz ist nicht nur Voraussetzung für pflichtgemässe Entscheide, sondern auch für die Rechenschaft, also die Rechenschaftspflicht des Verwaltungsrats gegenüber dem Principal.

#### e) Überwachung durch den Principal im Besonderen

Überwachung oder präventive Rechenschaft soll Fehlentwicklungen verhindern. Dazu dienen neben anderen Überwachungskompetenzen der GV insbesondere die Informationsrechte des Principals und die Déchargeerteilung. Transparenz begünstigt damit das pflichtgemässe Verhalten des Agent/Verwaltungsrates (präventive Rechenschaft). Ein Beispiel: Die Rechnungslegung nach OR ist intransparenter als nach IFRS, denn nach OR sind Gruppenbewertungen teilweise zulässig, welche nach IFRS ausgeschlossen sind. Dank Gruppenbewertung können Fehler des Managements verschleiert werden, da der Erfolg durch diese besser dargestellt werden kann. Nach IFRS ist das nicht möglich, was Fehler des Verwaltungsrats besser erkennbar macht und damit eine stärkere abschreckende Wirkung entfaltet. Während die OR-Rechnungslegung «vorsichtige Bewertungen» fördert, führen die IFRS zu einem vorsichtigeren Verhalten des Verwaltungsrats, einer verstärkten präventiven Rechenschaft.

Demgegenüber soll die repressive Rechenschaft auf bereits erfolgte Fehlentwicklungen reagieren. Dazu gehören die Klagerechte des Principals, insbesondere die Verantwortlichkeitsklage. Die Verantwortlichkeitsklage setzt Transparenz voraus, denn ohne entsprechende Informationen ist es schwierig, einen Verantwortlichkeitsanspruch zu substantiieren. Unterlässt es der Verwaltungsrat, transparente Verhältnisse zu schaffen, z.B. indem er eine unstrukturierte oder unvollständige Buchführung zur Beurteilung einer möglichen Konkursverschleppung vorlegt, begründet das eine natürliche Vermutung, dass es zu Pflichtverletzungen durch den Verwaltungsrat gekommen ist.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 26; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 303a.

<sup>59</sup> Von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 156.

<sup>60</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 25; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 313.

<sup>61</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 4; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 142; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 306.

<sup>62</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 5a; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 143.

<sup>63</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 12, 14; von der Crone (Fn. 1), § 4, Rz. 145.

<sup>64</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 17; Böckli (Fn. 3), § 13, Rz. 346 ff.

<sup>65</sup> Handschin (Fn. 9), Rz. 16.

<sup>66</sup> Beat Jucker, Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Basel 2015, Rz. 584 ff.

#### IV. Fazit

Rechenschaft und Transparenz stehen in einem direkten Bezug zur Corporate Governance. Ohne Transparenz ist eine gute Unternehmenssteuerung (Corporate Governance) nicht möglich, denn nur informierte Entscheide sind «pflichtgemässe» Entscheide. Die Rechenschaft kann unterteilt werden in die präventive und die repressive Rechenschaft, wobei beide Transparenz voraussetzen. Bei der präventiven Rechenschaft

hat die Transparenz eine vorbeugende Funktion; der Agent wird durch die Transparenz zu pflichtgemäßem Handeln veranlasst. Bei der repressiven Rechenschaft hat die Transparenz die Funktion, den Principal bei der Verantwortlichkeitsklage zu unterstützen. Dazu gehören auch Vermutungen für die Fälle, in denen es der Verwaltungsrat unterlässt, die erforderliche Transparenz herzustellen. Somit stellen Rechenschaft und Transparenz zentrale Teile der Corporate Governance dar.