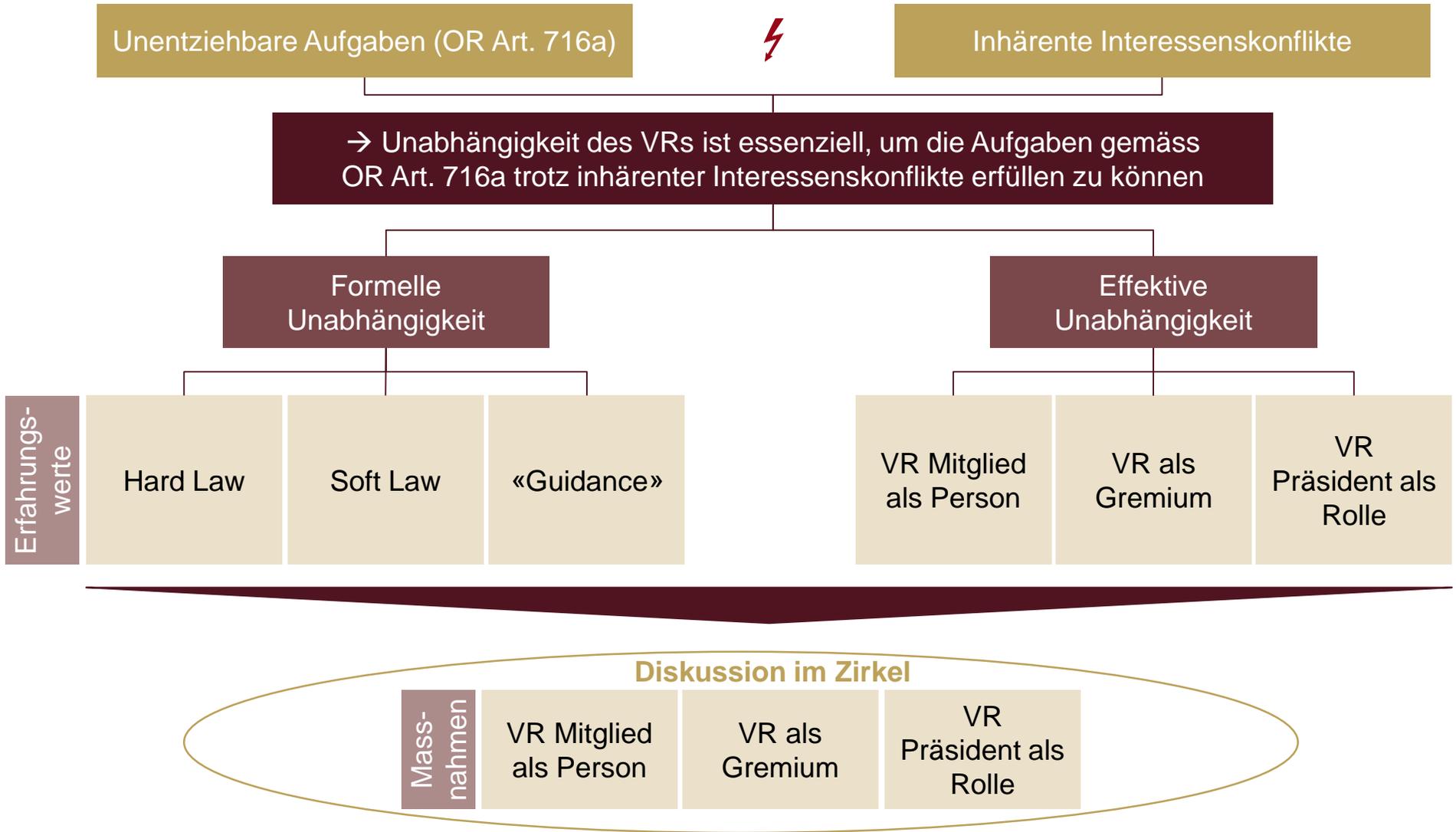


sig VR Zirkel: “VR und Unabhängigkeit”

Ines Pöschel, lic. iur., Kellerhals Carrard
Dr. Stephan Hostettler, HCM International Ltd.

12. April 2017

Gliederung des heutigen VR Zirkels zu «VR und Unabhängigkeit»



Formelle Unabhängigkeit (1/3)

Gesetz	<ul style="list-style-type: none">▪ OR Art. 717 Abs. 1: Sorgfalts- und Treuepflicht – damit wird nicht Unabhängigkeit per se stipuliert, sondern das Interesse des Unternehmens an die erste Stelle zu setzen; fremde Einflüsse sind der Unternehmenstreue unterzuordnen▪ OR Art. 717 Abs. 2: Gleichbehandlungspflicht für Aktionäre▪ E-OR Art. 717a: Soll regeln, was im Falle eines Interessenkonfliktes zu tun ist▪ StGB Art. 158: Ungetreue Geschäftsbesorgung, untermauert die Interessenwahrungspflicht strafrechtlich▪ FinfraG Art. 8 Abs. 2: Gewährleistung der unabh. Überwachung der Geschäftsleitung▪ BankG/BankV/FINMA-RS: Verbot gleichzeitiger VR- und GL-Ämter; 1/3 der Mitglieder muss die Unabhängigkeitskriterien erfüllen
Statuten, Organisations- reglement	<ul style="list-style-type: none">▪ Regeln über Zusammensetzung der Gremien, Entscheidungsfindung, Informationsfluss, Unabhängigkeitsanforderungen, Umgang mit Interessenkonflikten, «Self-Assessments», Vertraulichkeit etc.; Vergütung
Evt. vertragliche Bindung (Aktionärbindungs-, Arbeits- oder Mandatsvertrag)	<ul style="list-style-type: none">▪ Einfluss von vertraglichen Vereinbarungen (Weisungen, Vorgaben, Interessenvertretungen)

Formelle Unabhängigkeit (2/3)

- Sehr wenig Haftungsfälle wegen «ungenügender Unabhängigkeit» → Vermutung der Unsorgfalt (Bsp. im Konzernverhältnis: BGE 130 III 213 E. 2.2.2.)
- Wenn alle Mitglieder eines Organs im Interessenkonflikt sind, entsteht im Extremfall ein Organisationsmangel (Bsp. BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2., nicht aber zwingend im Fall von Doppelorganschaft, BGer 4A_522/2011 vom 13. Januar 2012)
- Wenig «Hard Law» für börsenkotierte Unternehmen, umso mehr Soft Law in Form von «Best Practice» sowie Guidance der Proxy Advisors (Soft Law)

Formelle Unabhängigkeit (3/3)

Soft Law

- G20/OECD-Grundsätze Corp.Gov., Abschn. VI Bst. E:
«Der Board sollte in der Lage sein, sich ein objektives, unabhängiges Urteil über Unternehmensangelegenheiten zu bilden.» «...an erster Stelle... Unabhängigkeit gegenüber der Geschäftsleitung ...»
- Swiss Code of Best Practice in Corp.Gov. Art. 14:
Unabhängig ist, wer nicht exekutiv ist und es auch in den letzten 3 Jahren nicht war und keine oder geringfügige geschäftliche Beziehungen mit der Gesellschaft hat.
 - VR und Nominationsausschuss: Mehrheit unabhängig (Art.12, 26)
 - Vergütungs-/Auditausschuss: Nur unabhängige Mitglieder (Art. 23, 25, 32)

«Guidance» (Proxy Advisors)

Schweiz:

- Ethos, RL 2017, Grundsätze S. 77:
«...Unabhängigkeit ist grundsätzlich eine Frage der Persönlichkeit und kann von aussen **oft nur schwer beurteilt** werden.» Auflistung von **14 (!) Kriterien**, die kumulativ erfüllt sein müssen, u.a. keine Vertretung Grossaktionär, keine Verwandtschaft, max. 12 Jahre Amtsdauer, keine zu hohe Vergütung, etc.
- zRating: Objektive und subjektive Unabhängigkeit (12 Kriterien)
- SWIPRA: Keine starren Richtlinien, Einzelfallbetrachtung

International:

- ISS Europe Summary Proxy Voting Guidelines 2016, 7/12:
Unterscheidung executive/non-executive und independent/non-independent, **17 (!) Kriterien**, u.a. Aktionär mit >10%, max. 12 Jahre Amtsdauer, no Overboarding
- GlassLewis:
Independent Director (no material, financial, familial or other current relationships with the company or other Board members 3 years back; no employment with the company 5 years back) – **Affiliate Director** (zus. 12 years service, excessive fees, 10% shareholder, family ties etc.) – **Inside Director** (all others)

Was ist effektive Unabhängigkeit?

- Unabhängigkeit geht über formelle Unabhängigkeit und «Ticking the Boxes» hinaus
- Unabhängigkeit ist eine Einstellung und die Bereitschaft, ehrlich und mutig genug zu sein, um unbequeme Fragen zu stellen
- Gleichzeitig steigen die gesellschaftlichen Erwartungen an den Verwaltungsrat:
 - Erhöhte **Verantwortung** – auch Stakeholdern gegenüber
 - **Zunehmende Komplexität** in einer vernetzten Welt
 - Weniger **Zeit** aufgrund weiterer Mandate, etc.
 - «**Information-Kill**» des Verwaltungsrats mit vielen statt den «richtigen» Informationen
- Effektive Unabhängigkeit kann in drei Ebenen angegangen werden:
 - **VR als Person**
 - **VR als Gremium**
 - **VR Präsident als Rolle**

Effektive Unabhängigkeit: VR Mitglied als Person

<p>Eintritt</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Unabhängige Kandidatur vs. private / berufliche Vernetzung? ▪ Geographische und erfahrungsbezogene Diversität? ▪ Zusammensetzung des Gremiums, Verhältnis zum Management? 	
<p>Austritt</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Rücktrittsmöglichkeit vs. problematischer Exit? ▪ Gesicht wahren (intern / extern)? 	
<p>Persönliche Interessenskonflikte</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ «Independence of mind» vs. eigene Agenda? ▪ Motivation zur VR Tätigkeit? 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Nebentätigkeiten / weitere Mandate? ▪ Finanzielle Unabhängigkeit? ▪ Zeitliche Verfügbarkeit?
<p>Kompetenzen</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beruflicher Hintergrund? ▪ Erfahrung als kritischer Denker / «Devil's Advocate»? 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Unabhängige Meinungsbildung? ▪ Offenheit für Weiterbildung / Trainings?



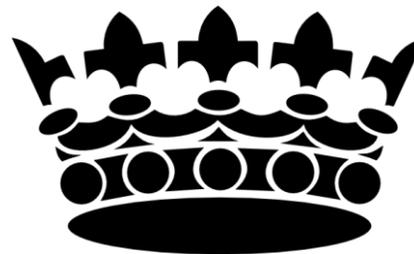
Effektive Unabhängigkeit: VR als Gremium

<p>Meinungsbildung</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Gefilterter Informationsfluss und / oder zu umfassende Informationen? ▪ Souveränes Budget?
<p>Autorität</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Tatsächliche vs. genutzte Autorität? ▪ Herausforderung des Managements? ▪ Umgang mit externem Druck von Stakeholdern?
<p>Sitzungskultur</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Offene, kritische Diskussion? ▪ Beobachtbares Verhalten? ▪ Zeit- / Ressourcenmanagement? ▪ VR Assessments / Massnahmen? ▪ Förderung von «Devil’s Advocates» / «Zustandsstörern»?
<p>Abstimmungen</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Abstimmungskultur? ▪ Akzeptanz unterschiedlicher Ergebnisse vs. «Drang zum Konsens»?



Effektive Unabhängigkeit: VR Präsident als Rolle

<p>Anforderungen an VR Präsidenten per se</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Höhere Anforderungen an Unabhängigkeit? ▪ «Self-Assessment» des VR Präsidenten?
<p>Sitzungsführung</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Einberufung privater Sitzungen (vor / nach Sitzung mit Management? Immer?) ▪ Aktives Einholen von Meinungen der Mitglieder? ▪ Agenda-Setting durch VR? ▪ Wahrnehmung der Autorität?
<p>Sitzungskultur</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Meinungsvorgabe durch VR Präsidenten («Ja-Sager»)? ▪ Informelle Kleingruppenabsprachen ausserhalb der VR / Komitee-Sitzungen? ▪ Aufgabenverteilung für Vorbereitung / Beitrag an VR Sitzungen?
<p>Verhältnis zum Management / Komitees</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beziehung zum CEO (Machtballung, «Best Buddy»)? ▪ Beeinflussung der Unabhängigkeit der VR Ausschüsse? Beisitz?



Im VR Zirkel vom 12. April diskutierte Themenfelder und mögliche Massnahmen

VR als Mitglied	VR als Gremium	VR Präsident als Rolle
Selektion auf Basis der jeweiligen Kompetenz inkl. persönlicher Beitrag / Self-Assessments	Saubere Protokollierung der Entscheidung inkl. einer qualitativen Wertung	Sollte Unabhängigkeit explizit definieren
Finanzielle, intellektuelle und soziale Unabhängigkeit	Nachfolgeplanung – zeitliche Planung, auch für Gremien und VRP	VR spricht mit seiner Meinung zuletzt – offene Diskussion unterstützen (jedoch nicht verstanden als reine Moderator-Rolle)
«Kein Mensch ist unabhängig» – aber man muss sich der eigenen Abhängigkeit bewusst sein, inkl. Identifikation mit dem Unternehmen	Vorabdefinition der geforderten Zusammensetzung auf Basis Kompetenzen etc.	Muss mit kritischen Stimmen und ggf. Nein-Stimmen umgehen können, sollte eine kritische Diskussion sogar fördern!
Skill-Set «Mut»	Kultur der «offenen Karten» inkl. Interimsfunktionen, Transaktionen, etc.	Private Sitzungen immer und immer gleich lang abhalten
Thema Unabhängigkeit konkret in VR bringen – Anlass kann als Door-Opener genutzt werden	Einholung von Drittmeinung(en), souveränes Budget diesbezüglich	Aufträge an VR Mitglieder zur Vorbereitung – Vorsicht vor zu viel Operationalisierung!
Sollte sich VOR der Wahl aktiv über die Firma informieren inkl. Entschädigung im Vergleich	Vorsicht bei Ausstand, kann das Problem der Informationsasymmetrie und Haftung verschärfen	VRP stösst Assessment an, ggf. schriftlich / im Team / als Interview
Zeit ggf. aufschreiben	Transparenz als zentrales Kriterium	Sachliche Kritik wird vom VRP von allen Mitgliedern verlangt
	Informationsfluss / Kommunikation an Geschäftsleitung	Aktives Einholen der jeweiligen Meinung
	Review der Organisationsreglemente / klare Regelung des Umgangs mit Interessenkonflikten	

Ihre Ansprechpartner:

Dr. Stephan Hostettler
Managing Partner
HCM International Ltd.

+41 44 560 33 01
+41 79 652 34 58
Stephan.Hostettler@hcm.com



Ines Pöschel, lic. iur.,
Partnerin
Kellerhals Carrard

+41 58 200 39 00
ines.poeschel@kellerhals-
carrard.ch

