

VR-Management: «Beste Verwaltungsrats-Praxis – Teil II»

KKL Luzern

Luzern: Dienstag, 9. Mai 2023

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Rechtliche Risiken für (KMU-)Verwaltungsratsmitglieder

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

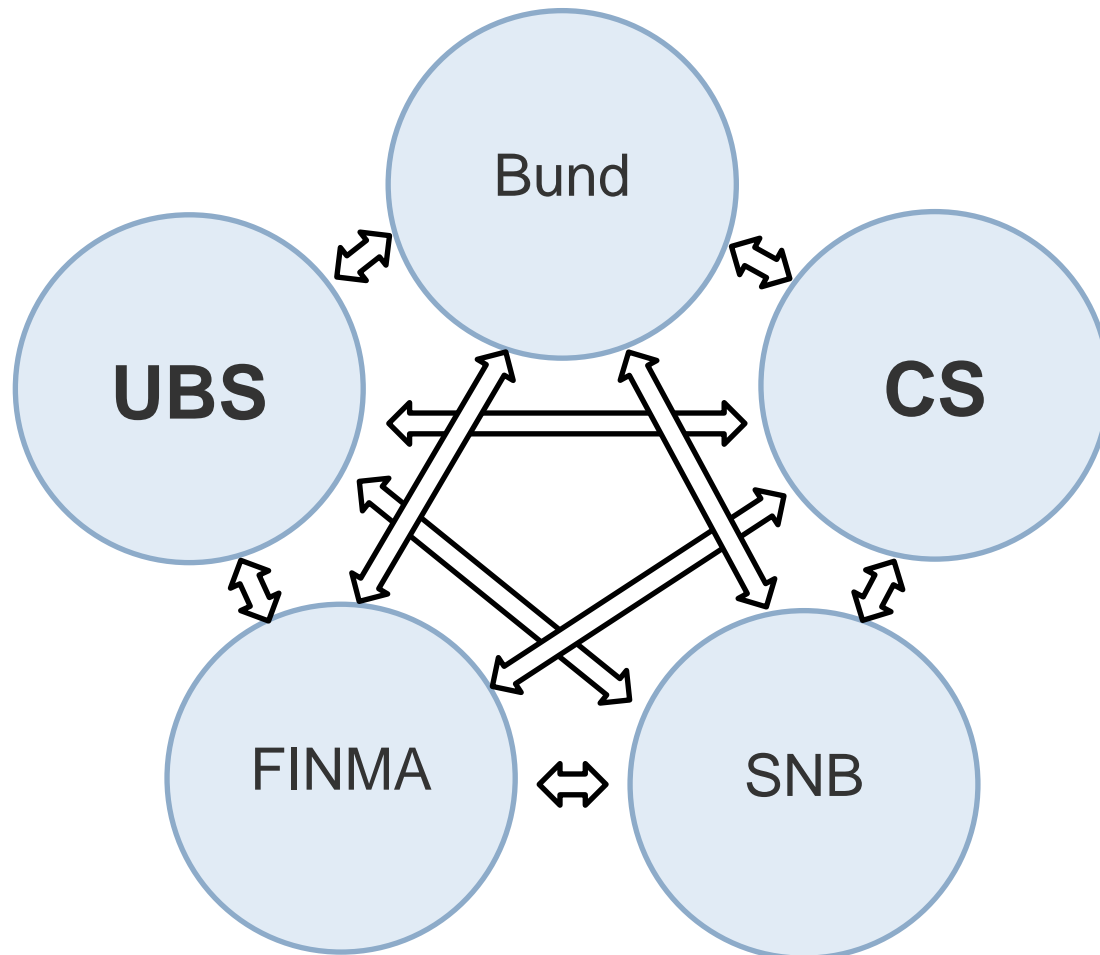
www.iwr.unibe.ch

Inhalt

- I. Vorbemerkungen
- II. Zusammensetzung(en) eines KMU-VR
- III. Pflichten und Risiken
- IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»
- V. Weitere VR-Risiken (ausserhalb des Aktienrechts)
- VI. Schlussbemerkungen



I. Vorbemerkungen



I. Vorbemerkungen

A. Statistisches zu Unternehmensformen

- **AG:** 235'163 – Fokus des Referats liegt auf AG
- **GmbH:** 244'864; zudem: **KIG/KmG** sowie **Einzelunternehmen**
- Schätzung: ca. **600'000 KMU**

B. Was ist ein KMU in rechtlicher Hinsicht?

- aktuelles **Fehlen** einer gesellschaftsrechtlichen Legaldefinition in Schweiz
- **Gesellschaftsform** der Unternehmung? **Ökonomische** Bedeutung?
- sog. **KMU-Statut:** z.B. Rechnungslegung + Revision + Art. 2 lit. e FusG:
- **Bilanzsumme:** CHF 20 Mio. + **Umsatz:** CHF 40 Mio. + **Vollzeitstellen:** 250

I. Vorbemerkungen

Restrukturierungsrecht (Art. 2 lit. e FusG)

Art. 2 **Begriffe**

In diesem Gesetz gelten als:

(...)

- e. *kleine und mittlere Unternehmen*: Gesellschaften, die keine Anleiheobligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen nicht in den zwei letzten dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahren überschreiten:
 1. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken,
 2. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken,
 - 3.⁶ 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt;

I. Vorbemerkungen

C. Literatur von PVK betreffend KMU o.Ä.

- Zum «Aktienrecht 4.0» (...), recht 39 (2021) 195 ff.
- Familienunternehmen in der Schweiz (...), EF 2018, 449 ff.
- Handbuch für den Verwaltungsrat – Ein Ratgeber für die KMU-Praxis (Zürich 2014)
- Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 86 (2014) 274 ff.
- Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht (...) (Bern 2008)



II. Zusammensetzung(en) eines KMU-VR

A. Was sind mögliche «Ziele» für VR (nebst «Legal-Kontrolle»)?

- Club von «Good Old Buddies»? «Wohlfühl»-Oase? Etc.
- **Pole:** VR auf «Konfrontationskurs» oder auf «Schmusekurs»
- zentral: *Personen* (im VR) + *Strukturen* (des VR)

B. Quantitative Aspekte

- ev. diktiert durch «Patron» (bzw. durch «Familie») bei **Familien-KMU**
- **Einpersonen-VR:** legal, selten sinnvoll
- wahrscheinliche «Ideal-Grösse» für KMU-VR: **3 – 7 VR-Mitglieder**
- **+7 VR-Mitglieder** bräuchte im Einzelfall gute Begründung

II. Zusammensetzung(en) eines KMU-VR

C. Qualitative Aspekte

- Vorgaben bei **PublAG**: z.B. «Gender»; bei **KMU**: Organisationsfreiheit
- Alter: Durchmischung sinnvoll (Erfahrungen, IT-Affinitäten etc.)
- Geschlecht: sinnvoll, aber sicherlich ohne «Quote»
- Fachkenntnisse: v.a. konkretes «Business» + Legal/Tax/Audit/BWL
- Charakter: «Querdenker», aber nicht Querulanten
- **Unabhängigkeit**: «Externe» zentral, gerade in Familienunternehmungen



III. Pflichten und Risiken

A. Rechtsgrundlage(n)

- Q: «**One Size fits All**»? A: «No»!
- legale «Ankerbestimmungen» im Aktienrecht: **Art. 717 f. OR**
- ev. Branchen-**Differenzierungen**

B. Ein «Dreigestirn» von VR-Pflichten

- **Sorgfaltspflicht**: Art. 717 Abs. 1 OR
- **Treuepflicht**: Art. 717 Abs. 1 OR
- **Gleichbehandlungspflicht**: Art. 717 Abs. 2 OR
- abgeleitete Pflichten für VR-Mitglieder: z.B. **Ausstand + Geheimhaltung**

III. Pflichten und Risiken

Pflichten des VR

- IV. Sorgfalts- und Treuepflicht
1. Im Allgemeinen⁵⁸³
- Art. 717**⁵⁸²
- ¹ Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.
- ² Sie haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.
2. Interessenkonflikte
- Art. 717a**⁵⁸⁴
- ¹ Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung informieren den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über sie betreffende Interessenkonflikte.
- ² Der Verwaltungsrat ergreift die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind.

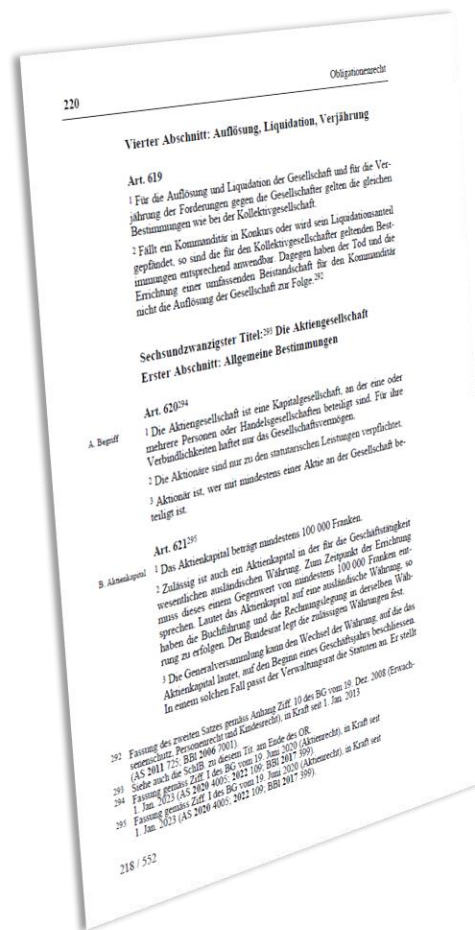
III. Pflichten und Risiken

C. Drohende aktienrechtliche VR-Risiken

- **Verantwortlichkeitsklagen** (Art. 754 ff. OR), v.a. durch Gläubiger
- **unbeschränkte** sowie **solidarische** Haftung **sämtlicher** VR-Mitglieder
- Vorsicht: bereits **leichte Fahrlässigkeit** reicht aus

D. Verteidigungsmöglichkeiten (nebst korrekter «Pflichterfüllung»)

- sog. **Business Judgment Rule**, aber: strenge Anforderungen
- struktureller Ansatz: «VR-Delegierter», d.h. spezifische **Delegation**
- **D&O-Versicherungen** auch bei KMU-VR sinnvoll
- **Mandatsverträge** gemäss Art. 394 ff. OR (z.B. «hold harmless»-Klauseln)



IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»

A. Aktienrechtsrevision per 1. Januar 2023

- Fokus seit 19. Jahrhundert waren/sind meist «**Gross-Unternehmen**»
- **KMU-Statut** war auch jüngst kein legislatives Thema
- KMU werden oft «**vernachlässigt**»: Politik + Medien + Wissenschaft etc.

B. Neuerungen ohne spezifische Relevanz für KMU

- Eigenkapital durch sog. **Kapitalband**: Art. 653s ff. OR
- **Sanierungen**: Art. 725 ff. OR – zentrale «Neuerung»: **Liquidität**
- Besonderheiten bei **GV** (Tagungsorte etc.): Art. 701a ff. OR

IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»

C. Neuerungen mit spezifischer Relevanz für KMU

➤ **Digitalisierungen**

Art. 701c ff. OR: «Verwendung elektronischer Mittel», z.B. «virtuelle GV» («Internet-GV»)

➤ **Zwischendividenden**

Art. 675a OR (vgl. Folie): Zulässigkeit bis anhin umstritten

➤ **Universalversammlungen**

Art. 701 OR (vgl. Folie): schon bisher, nunmehr auch Beschlüsse auf «schriftlichem Weg»

➤ **Schiedsgerichtsbarkeit**

Art. 697n OR (vgl. Folie): Zulässigkeit bis anhin umstritten

IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»

Zwischendividende

II. Zwischen- dividenden

Art. 675a¹⁴⁵

¹ Die Generalversammlung kann gestützt auf einen Zwischenabschluss die Ausrichtung einer Zwischendividende beschliessen.

² Die Revisionsstelle muss den Zwischenabschluss vor dem Beschluss der Generalversammlung prüfen. Keine Prüfung ist erforderlich, wenn die Gesellschaft ihre Jahresrechnung nicht durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen muss. Auf die Prüfung kann verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden.

³ Die Bestimmungen über die Dividenden finden Anwendung (Art. 660 Abs. 1 und 3, 661, 671–674, 675 Abs. 2, 677, 678, 731 sowie 958e).

IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»

Universalversammlung

Art. 701

5. Universal-
versammlung
und Zustimmung
zu einem Antrag

¹ Die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien können, falls kein Widerspruch erhoben wird, eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abhalten.

² In dieser Versammlung kann über alle in den Geschäftskreis der Generalversammlung fallenden Gegenstände gültig verhandelt und Beschluss gefasst werden, solange die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien daran teilnehmen.

³ Eine Generalversammlung kann ebenfalls ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Vorschriften abgehalten werden, wenn die Beschlüsse auf schriftlichem Weg auf Papier oder in elektronischer Form erfolgen, sofern nicht ein Aktionär oder dessen Vertreter die mündliche Beratung verlangt.

IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»

Schiedsgerichtsbarkeit

L. Schieds-
gericht

Art. 697n⁵¹¹

¹ Die Statuten können vorsehen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beurteilt werden. Wenn die Statuten es nicht anders bestimmen, bindet die Schiedsklausel die Gesellschaft, die Organe der Gesellschaft, die Mitglieder der Organe und die Aktionäre.

² Für das Verfahren vor dem Schiedsgericht gelten die Bestimmungen des 3. Teils der Zivilprozessordnung⁵¹²; das zwölfte Kapitel des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987⁵¹³ über das Internationale Privatrecht ist nicht anwendbar.

³ Die Statuten können die Einzelheiten regeln, insbesondere durch Verweisung auf eine Schiedsordnung. Sie stellen jedenfalls sicher, dass Personen, die von den Rechtswirkungen des Schiedsspruchs direkt betroffen sein können, über die Einleitung und die Beendigung des Verfahrens informiert werden und sich bei der Bestellung des Schiedsgerichts und als Intervenienten am Verfahren beteiligen können.

IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»

D. Sonderfall: Informationsrechte der Aktionäre

- **Konfliktsituationen mit VR wahrscheinlich**
Art. 697 ff. OR: VR v. Aktionäre, denn Informationsschuldner ist AG (vertreten durch VR)
- **Auskunftsrecht (Art. 697 OR)**
neu: Auskunft *ausserhalb* GV bei *privaten* AG (Art. 697 Abs. 2/Abs. 3 OR)
- **Einsichtsrecht (Art. 697b OR)**
neu: nicht mehr GV, nur VR; zudem: *min. Prozentbeteiligung* erforderlich
- **Recht zur Sonderuntersuchung (Art. 697c ff. OR)**
ungefähre Übereinstimmung mit der früheren «Sonderprüfung»; u.a. weiterhin *Subsidiarität*



V. Weitere Risiken (ausserhalb des Aktienrechts)

A. Sozialversicherungsrecht

- Beitragszahlungen: **Art. 52 AHVG**
- Kritik an *faktischer* «**Kausalhaftung**» der VR-Mitglieder
- hohe Praxisrelevanz

B. Strafrecht

- strafrechtliche **Organhaftung**: Art. 29 StGB
- Betrug: Art. 146 StGB
- **ungetreue Geschäftsbesorgung**: Art. 158 StGB

V. Weitere Risiken (ausserhalb des Aktienrechts)

Sozialversicherungsrecht

Art. 52²⁷⁹ Haftung

¹ Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen.

² Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch.²⁸⁰

³ Der Schadenersatzanspruch verjährt nach den Bestimmungen des Obligationenrechts²⁸¹ über die unerlaubten Handlungen.²⁸²

⁴ Die zuständige Ausgleichskasse macht den Schadenersatz durch Erlass einer Verfügung geltend.²⁸³

⁵ In Abweichung von Artikel 58 Absatz 1 ATSG²⁸⁴ ist für die Beschwerde das Versicherungsgericht des Kantons zuständig, in welchem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat.

⁶ Die Haftung nach Artikel 78 ATSG ist ausgeschlossen.

V. Weitere Risiken (ausserhalb des Aktienrechts)

Strafrecht

Ungetreue
Geschäftsbesor-
gung

Art. 158

1. Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt.

Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden.

2. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

3. Die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.



VI. Schlussbemerkungen

1. Lehren aus dem «Fall Vincenz» für (KMU-)VR?

(i) Die *VR-Qualität* ist stets entscheidend, d.h. «Amateure» stellen ein erhebliches Risiko dar, weil die Kontrolle mangelhaft sein kann; (ii) Vertrauen ist gut, aber *Kontrolle des CEO* ist besser; (iii) beim «Abzeichnen» von *Spesen* – als Beispiel – ist Sorgfalt zu wahren; (iv) in jedem Fall muss der VR darauf bedacht sein, dass allfällige *Interessenkonflikte* vermieden oder gelöst werden.

2. PubLAG als Modell für KMU?

Es gibt zwei «*Rechtsregimes*», nämlich PubLAG und private AG (z.B. KMU), insbesondere betreffend sog. Aktionärspflichten; *VR-Pflichten verschärft* bei PubLAG, rechtlich (Beispiele: Unternehmensübernahmen oder Offenlegungen/Transparenz) und faktisch; Es kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass *Gerichte* ebenfalls den *Massstab bei KMU-VR verschärfen*.

3. Motto für VR (im Allgemeinen): «Vorsicht statt Nachsicht»?

Die beste «Verteidigung» für VR – besser als die BJR etc. – ist die *Erfüllung der VR-Pflichten*; der VR sollte aber *im Zweifel* eher (zu) streng als (zu) nachsichtig agieren; VR haben Anspruch auf *Entschädigung*, doch im Vordergrund müssen in erster Linie (i) die Gesellschaftsinteressen, (ii) die Gesellschafterinteressen sowie (iii) die Gesellschaftsgläubigerinteressen stehen.

Fragen?



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3012 Bern
Tel.: +41 31 684 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch