

Beste Verwaltungsrats-Praxis
Seminar für angehende und erfahrene Verwaltungsräte
18. Oktober 2011 in Luzern

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

Verwaltungsratstätigkeiten in einem zunehmend komplexeren legalen Umfeld

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.
ordentlicher Professor für nationales und internationales Wirtschaftsrecht
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Bern

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

- I. Einleitung**
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Gesetzliche Grundlagen
 - 3. VR-Mitgliedschaft
 - II. Rechte des VR-Mitglieds – Auswahl**
 - 1. Information
 - 2. Vergütung
 - 3. Entlastung bzw. Décharge
 - III. Pflichten des VR-Mitglieds – Auswahl**
 - 1. Sorgfaltspflicht
 - 2. Treuepflicht
 - 3. Weitere Pflichten
 - 4. Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung
 - 5. Konzernsituationen
 - IV. Klagemöglichkeiten**
 - 1. Übersicht
 - 2. Verantwortlichkeitsklage
 - V. Schlussbetrachtungen**
-

I. Einleitung

1. Vorbemerkungen

1.1 Umfragen

- Praktiker oder Theoretiker?
- Juristen oder Nicht-Juristen? KMU- oder sonstiger Bezug?

1.2 PVK und VR-Themen

- Praktiker (z.B. VR-Mandate)
- Forscher (von der Dissertation bis zur Habilitation)
- Buch-Tipp: „*Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht*“
- www.iwr.unibe.ch

1.3 Schwerpunkte des Referats

- *Tour d'Horizon*
 - Rechte + Pflichten
 - (nicht-juristische!) Tipps – zur Diskussion gestellt...
-

I. Einleitung

2. Gesetzliche Grundlagen

2.1 Abhängigkeit von konkreter Gesellschaft

- Beispiele: *Banken-Branche* + Pharma-Branche
- hier nicht zu vertiefen, sondern eher „Allgemeiner Teil“ für VR..!

2.2 Private Aktiengesellschaften

- *Obligationenrecht* (OR)
- Handelsregisterverordnung (HRegV)

2.3 Publikumsgesellschaften (= Kotierung SIX/BX)

- OR + HRegV – aber zusätzlich:
- *Börsenrecht* (BEHG; BEHV; BEHV-FINMA; UEV; R-UEK)
- div. Selbstregulierungen (z.B. 2 x KR + SCBP/Economiesuisse)

I. Einleitung

2. Gesetzliche Grundlagen

2.4 Zur sog. „grossen“ Aktienrechtsrevision

- nach wie vor: Unklarheiten zum *weiteren Ablauf...*
- vorgezogene „Zwischenrevision“ ...
- *KMU-Situation*: Belastung wird steigen (v.a. Rechnungslegung)
- Fokus des (medialen) Interesses: Vergütungs-Thematik...
- ... und sog. „*Abzocker*“-Initiative
- ... und sog. „*1 : 12*“-Initiative

- zahlreiche grössere/kleinere *Änderungen für VR*:
unerlässlich, dass Sie am Ball bleiben..!
Beispiel – künftig wird auch Liquidität ein Thema von Art. 725 OR

I. Einleitung

3. VR-Mitgliedschaft

3.1 Wahl in VR

- *ein oder mehrere* Mitglieder (OR 707 I)
- ausschliesslich *natürliche* Personen (OR 707 III)
- 2009: es braucht keine Aktionärseigenschaft (mehr)!
- Verzicht auf *Nationalitäts-* oder *Wohnsitzerfordernisse*
- *VR-Proporz* gewisser Aktionärsgruppen (OR 709 I)

3.2 Amtsdauer und Wiederwahl

- Wahl auf *3 Jahre* oder länger, jedoch max. 6 Jahre (OR 710 I)
- *Wiederwahl* ist möglich (OR 710 II)
- separates Thema: *Mandats- bzw. Arbeitsverhältnis* (z.B. Haftung)

3.3 Organisation

- VR bezeichnet den *Präsidenten* (OR 712 I)
- Ausnahme: statutarische GV-Kompetenz (OR 712 II)

I. Einleitung

3. VR-Mitgliedschaft

3.4 Beschlussfassung

- Mehrheit der *abgegebenen* Stimmen entscheidet (OR 713 I)
- *Stichentscheid* des Vorsitzenden (OR 713 I)
- Möglichkeit der *schriftlichen* Beschlussfassung bei Zustimmung aller anwesenden Mitglieder (OR 713 II)
- kein gesetzliches Präsenzquorum; statutarisch oder durch das Organisationsreglement festsetzbar

3.5 Delegation = Haftungsbeschränkung...

- Übertragung auf einzelne *VR-Mitglieder* (Delegierte) oder auf *Dritte* (Direktoren) (OR 718 II)
- Vorbehalt: ein VR-Mitglied bleibt zur Vertretung befugt (OR 718 III)
- Vertretung durch mindestens eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz (OR 718 IV)

II. Rechte des VR-Mitglieds – Auswahl

1. Information

1.1 Recht auf Auskunft

- Recht auf *Auskunft* in allen Angelegenheiten der AG (OR 715a I)
- *ausserhalb* der Sitzungen: Anspruch auf Auskunft über den Geschäftsgang sowie (mit Zustimmung VRP) über einzelne Geschäfte der AG (OR 715a III)

1.2 Recht auf Einsicht

- Möglichkeit der *Einsicht* in die Bücher und Akten der AG
- Voraussetzung: Zustimmung des Präsidenten bzw. des VR als Gremium (OR 715a IV und V)

1.3 Recht auf Einberufung

- Recht jedes VR-Mitglieds auf unverzügliche *Einberufung* einer Sitzung (OR 715)
-

II. Rechte des VR-Mitglieds – Auswahl

2. Vergütung

2.1 Problembereiche (v.a. Publikums-AG)

- *Transparenz*: ehemals Selbstregulierung
- *Kompetenz*: VR oder GV? Verbindlich oder konsultativ?
- *Inhaltskontrolle..?* Kein Thema in der Schweiz

2.2 Vorstösse

- *Volksinitiative* „gegen die Abzockerei“...
- *Volksinitiative* „1:12“ der JuSo
- Aktualität der sog. „grossen“ Aktienrechtsrevision

2.3 Privatgesellschaften

- Transparenz – ev. durch OR-Revision
 - Kompetenz: VR bzw. Mandats-/Arbeitsvertrag
-

II. Rechte des VR-Mitglieds – Auswahl

3. Entlastung bzw. Décharge

3.1 Allgemeines

- *Anspruch* auf Entlastung...
- ... durch die *GV*
- kein „Persilschein“ – nur *offengelegte* Tatsachen

3.2 Wirkung

- *Ausschluss* der Verantwortlichkeitsklage: AG (ja) + zustimmende Aktionäre (ja) + Gläubiger (nein)

3.3 Verweigerung

- Psychologie: als „*Demonstration*“ der Aktionäre bzw. der AG
- Klagemöglichkeit gegen VR aus Schädigung der Gesellschaft bleibt erhalten – Stichwort: *Arbonia Forster AG (AFG)*
- Sonderfall: *UBS AG*...

III. Pflichten des VR-Mitglieds

1. Sorgfaltspflicht

1.1 Grundsatz

- Aufgaben mit aller Sorgfalt nachkommen (OR 717 I)
- sog. *objektivierter* Sorgfaltsmassstab
- Person (z.B. Ausbildung) kann nur *verschärfen*, *nicht entlasten*

1.2 Umfang

- Sorgfalt bei Mandatsübernahme (z.B. Fachkenntnisse)
- Sorgfalt bei der Mandatsausübung
- Gefahrenquelle = sog. *Übernahmeverschulden...*

III. Pflichten des VR-Mitglieds

2. Treuepflicht

2.1 Grundsatz

- Interessen der *Gesellschaft* haben Priorität (OR 717 I)

2.2 Interessenkonflikt

- Gesellschaftsinteressen vs. persönliche Interessen
- *Insichgeschäfte*: Selbstkontrahieren/Doppelvertretung (OR 718b)
 - Gültigkeitsvoraussetzung: *schriftliche* Vertragsabfassung
 - Ausnahme: Vertragsleistung < CHF 1'000.--

2.3 Ausstandspflicht

- keine gesetzliche Regelung; aber in Statuten oder Organisationsreglement festzusetzen
- Ausstandspflicht bei *intensivem Interessenkonflikt* oder bei Pflichtenkollision sinnvoll

III. Pflichten des VR-Mitglieds

3. Weitere Pflichten

3.1 Verschwiegenheitspflicht

- umfasst *sämtliche Geheimnisse*, welche das VR-Mitglied im Rahmen seiner Amtstätigkeit erhält (OR 717 I)
- Geheimnis = relativ unbekannte Tatsache

3.2 Gleichbehandlungspflicht

- sog. *relative Gleichbehandlung* aller Aktionäre (OR 717 II)
- sachliche Gründe als Rechtfertigung der Ungleichbehandlung..?

3.3 Auskunftspflicht

- in VR-Sitzungen: Verpflichtung der einzelnen VR-Mitglieder zur Auskunft (OR 715a I)

3.4 Pflicht zur Gewinnstrebigkeit

- Bemühungen, den Wert der AG und damit den Wert der Aktien *nachhaltig zu maximieren* (OR 717 I)

III. Pflichten des VR-Mitglieds

4. Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung

4.1 Kapitalverlust

- *Hälfte* des Nennkapitals (v.a. AK) sowie der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt
- Pflichten: sofortige Einberufung einer *a.o. GV* sowie Beantragung von *Sanierungsmassnahmen* (OR 725 I) = *Aktionärsschutz*

4.2 Überschuldung

- *Nennkapital* sowie die *gesetzlichen Reserven* nicht mehr gedeckt, d.h. Aktiven decken nicht (mehr) Fremdkapital
- Pflicht: „Bilanz deponieren“ (OR 725 II), d.h. Richter benachrichtigen = *Gläubigerschutz*
- Vorbehalt 1: Gläubiger treten im Ausmass der Unterdeckung hinter alle anderen AG-Gläubiger zurück (OR 725 II: sog. *Rangrücktritt*)
- Vorbehalt 2: sog. *Konkursaufschub*

III. Pflichten des VR-Mitglieds

5. Konzernsituationen

5.1 Ausgangssituation

- Was ist ein sog. *Konzern*? „Mütter“ und „Töchter“...
- ... *Filialen* sind keine Tochtergesellschaften

5.2 VR-Mitglieder in abhängigen Gesellschaften

- Interessenkonflikt bzw. „Sandwich“-Stellung
- sog. *doppelter Pflichtenexus* des VR-Mitglieds
- Risiken = freie Aktionäre + Gläubiger
- Risikominimierung = Mandatsvertrag („hold harmless“)
- Risikoausschluss = keine „geteilte“ Loyalität...

IV. Klagemöglichkeiten

1. Übersicht

- *Verantwortlichkeitsklage* gegen AG-Organe
Leistungsklage
- *Nichtigkeitsklage* gegen VR-Beschlüsse
Feststellungsklage
- *Anfechtungsklage* gegen VR-Beschlüsse?
Nein...
- *Auflösungsklage* gegen AG
Gestaltungsklage z.B. bei permanenter „Unterdrückung“
- Exkurs: *Strafanzeigen* (z.B. ungetreue Geschäftsbesorgung)

IV. Klagemöglichkeiten

2. Verantwortlichkeitsklage

- *Aktivlegitimation*
AG + Aktionär + Gläubiger (in Konkurs)
- *Passivlegitimation*
formelle Organe + materielle Organe
- *Schutzmechanismen* – Beispiele:
 - * sog. business judgment rule
 - * Delegation („curae in eligendo, in instruendo, in custodiendo“)
- *Voraussetzungen*
Schaden + Pflichtwidrigkeit + Kausalität + Verschulden

V. Schlussbetrachtungen

1. Grundfragen für VR-Mitglieder

- Wieso will ich VR-Mitglied werden?
Freundschaftsdienst, Vergütung, Prestige, Networking, neue Branche = neue Erfahrungen, persönliche Herausforderung, Klientenpflege, Reisen, „Ehe- oder Familienpflicht“ etc.
- Wie verhält es sich mit meinen Fähigkeiten?
Branchen(un)erfahrenheit, Menschenkenntnisse, Sozialkompetenz, strategische Fähigkeiten, juristisches/ökonomisches Wissen, „Freigeist v. Pedant“, Rückgrat etc.
- Wie stehe es um meine Zeit und Musse?
Vielzahl von anderen VR-Mandaten, Anspannungen in Beruf und in Familie, VR-Sitzungen im Ausland bzw. nicht in der Nähe, Synergiemöglichkeiten, Sitzungsvorbereitung etc.
- Wie muss der VR strukturiert sein?
Zahl der VR-Mitglieder, Kompetenzverteilung zwischen VR-Mitgliedern, Funktion im VR, Delegation, Anzahl der VR-Sitzungen, VR-Ausschüsse etc.

Schlussbetrachtungen

2. Grundfragen für Aktiengesellschaften

- Wie steht es um die AG?
Start up- oder etabliertes Unternehmen, Turnaround-Situation, One man-Show, strategische Neuorientierung, Expansionsplanung, Konkursnähe, Nachfolgefragen, Konzern etc.
- Wie verhält es sich mit der „Chemie“ im VR?
Einzel-VR (bisher), Kreis von Freunden, Ehepartner und Familienmitglieder im VR, „Männer und Frauen“, Kritikfähigkeit und Kritikfreudigkeit etc.
- Wieso braucht es ein (weiteres) VR-Mitglied?
Wunsch nach Advocatus Diaboli, legale Erfordernisse, Business Angel bzw. „Götti“, Know how-Erweiterung, Figure Heads aus Politik und Wirtschaft, Sounding Board etc.
- Weshalb braucht es gerade dieses VR-Mitglied?
Vertrauensverhältnis, Freundschaft, Prestige, spezifische Know how-Erweiterung, Akquisitionspotential etc.

Schlussbetrachtungen

3. Idealbesetzung für VR

- *Fähigkeiten* und *Zeit* und *Rückgrat* sind unerlässlich
- *Komplementarität* bei Fähigkeiten in Ordnung – aber in jedem Fall:
Branchenkenntnisse + Jus-/BWL-Kenntnisse
- *Sozialkompetenz* ist wünschbar
- *Doppelperspektive* bei *jedem* VR-Mitglied erscheint notwendig:
Unternehmenserfolg + Haftungsvermeidungs-Strategien

Schlussbetrachtungen

4. Haftungsvermeidungs-Strategien

- Common Sense als Anfang und nicht als Ende, d.h. es braucht einen *qualifizierten gesunden Menschenverstand...*
- *Delegation* im VR beschränkt die Haftung („*curae*“)
- *Formalien* sind ernst zu nehmen (z.B. betreffend GV oder Protokolle)
- *D&O-Versicherung* (allenfalls) angebracht
- *Interessenkonflikte* vermeiden (z.B. Ausstand oder Rücktritt)
- *Revisionsstelle* wählen, d.h. kein „Opting-out“
- keine „geteilte“ Loyalität bei *Konzernverhältnissen*

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch