

Beste Verwaltungsrats-Praxis  
7. Seminar für angehende und erfahrene Verwaltungsräte  
20./21. Oktober 2009 in Luzern

**u<sup>b</sup>**

---

**b**  
**UNIVERSITÄT**  
**BERN**

# Verwaltungsratsmitglieder – Rechte und Pflichten sowie Anforderungen

von

**Peter V. Kunz**

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht sowie Leiter des Departements für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern

kunz@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 Publikumsumfragen

- *Praktiker* oder *Theoretiker*?
- *Juristen* oder *Nicht-Juristen*? *KMU-Bezug*?
- *legales Grundinteresse vorhanden...*

### 1.2 PVK und VR-Themen

- *Praktiker*
- *Forscher*
- [www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)

### 1.3 Schwerpunkte des Referats

- *Tour d'Horizon*
  - *Rechte + Pflichten*
  - *mögliche Tipps – zur Diskussion gestellt...*
-

# I. Einleitung

---

## 2. Gesetzliche Grundlagen

### 2.1 Private Aktiengesellschaften

- *Obligationenrecht* (OR)
- Handelsregisterverordnung (HRegV)
- ev. Spezialerlasse (z.B. BankG)

### 2.2 Publikumsgesellschaften (= Kotierung SIX/BX)

- *Obligationenrecht* (OR)
- Handelsregisterverordnung (HRegV)
- *Börsenrecht* (BEHG; BEHV; BEHV-FINMA; UEV; R-UEK)
- Selbstregulierung (Kotierungsreglemente; weitere Reglemente und Richtlinien sowie Rundschreiben; SCBP/economiesuisse)
- ev. Spezialerlasse (z.B. BankG)

# 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)

### 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 des Präsidenten) über einzelne Geschäfte (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-Mitglied 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, nunmehr OR
- *Kompetenz*: VR oder GV? Verbindlich oder konsultativ?
- *Inhaltskontrolle..?*

#### 2.2 Vorstösse

- *Volksinitiative* „gegen die Abzockerei“...
- ...indirekter Gegenvorschlag: Aktienrechtsrevision („Lex Kunz“)
- *Volksinitiative* „1:12“ der JuSo

#### 2.3 Privatgesellschaften

- Aktualität der sog. „grossen“ Aktienrechtsrevision



## 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)*

## III. Pflichten des VR-Mitglieds

---

### 1. Sorgfaltspflicht

#### 1.1 Grundsatz

- Aufgaben mit aller Sorgfalt nachkommen (OR 717 I)
- sog. *objektivierter* Sorgfaltsmassstab

#### 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. Implemia/Laxey)

## 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“, Rückgrad 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 etc.
- Wie verhält es sich mit der „Chemie“ im VR?  
Einzel-VR (bisher), Kreis von Freunden, Ehepartner und Familienmitglieder im VR, Kritikfähigkeit und Kritikfreudigkeit etc.
- Wieso braucht es ein (weiteres) VR-Mitglied?  
Wunsch nach Adocatus 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 *Rückgrad* 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)
- *D&O-Versicherung* 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](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)