

VR-Management: «Beste Verwaltungsrats-Praxis»
Kultur- und Kongresszentrum KKL
Luzern: Dienstag/Mittwoch, 3./4. Mai 2022

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Rechtliche Fallgruben für Verwaltungsratsmitglieder von KMU

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. Ausgewählte Verantwortlichkeiten
- IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»
- V. Einige VR-Risiken ausserhalb des Aktienrechts
- VI. Schlussbemerkungen



I. Vorbemerkungen

A. Statistisches

- **AG:** 229'736 – Fokus des Referats liegt auf AG
- **GmbH:** 231'250; zudem: **KIG/KmG** – **EU** sind keine Gesellschaften
- Schätzung: ca. **590'000 KMU**

B. Was ist überhaupt ein KMU?

- aktuelles **Fehlen** einer allgemeinen Legaldefinition im Gesellschaftsrecht
- **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.

- *Aktienrecht im Krisenmodus, FuW Nr. 32 (2022) 3*
- *Zum «Aktienrecht 4.0» (...), recht 39 (2021) 195 ff.*
- *Pattsituationen in schweizerischen AG, in: FS W. F. Ebke (Tübingen 2021) 553 ff.*
- *Generalversammlungen von AG (...), SZW 92 (2020) 297 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.
- **Extreme:** VR auf «Konfrontationskurs» oder auf «Schmusekurs»
- zentral: *Personen* (im VR) + *Strukturen* (des VR)

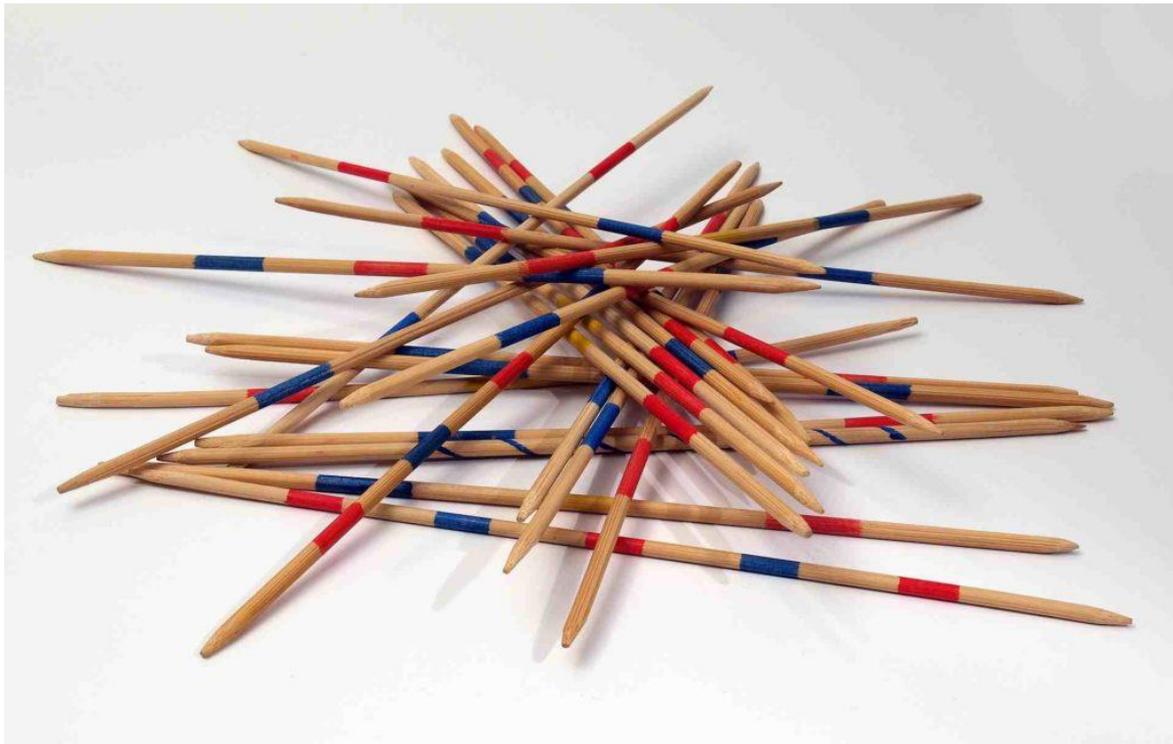
B. Quantitative Aspekte

- ev. diktiert durch «Familie» bei **Familien-KMU**
- **Einpersonen-VR** sind zwar legal, aber kaum jemals sinnvoll
- (vermutete) Ideal-Grösse: **3 – 7 VR-Mitglieder**
- **+7 VR-Mitglieder** bräuchte im Einzelfall gute Begründung

II. Zusammensetzung(en) eines KMU-VR

C. Qualitative Aspekte

- Vorgabe bei **Publikums-AG**: *Diversität*; re **KMU**: «ja, aber»:
- **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. Ausgewählte Verantwortlichkeiten

A. Rechtsgrundlage(n)

- Q: «**One Size fits All**»? A: «no»
- legale «Ankerbestimmung» im Aktienrecht = **Art. 717 OR**
- Branchen-**Differenzierungen**

B. Dreigestirn der 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. Ausgewählte Verantwortlichkeiten

Pflichten des VR heute (I/II)

Art. 717⁴⁹⁴

IV. Sorgfalts-
und Treuepflicht

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.

III. Ausgewählte Verantwortlichkeiten

Pflichten des VR «neu» (II/II)

Art. 717 Randtitel

IV. Sorgfalts-
und Treuepflicht
1. Im Allgemein-
nen

Art. 717a

2. Interessen-
konflikte

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.

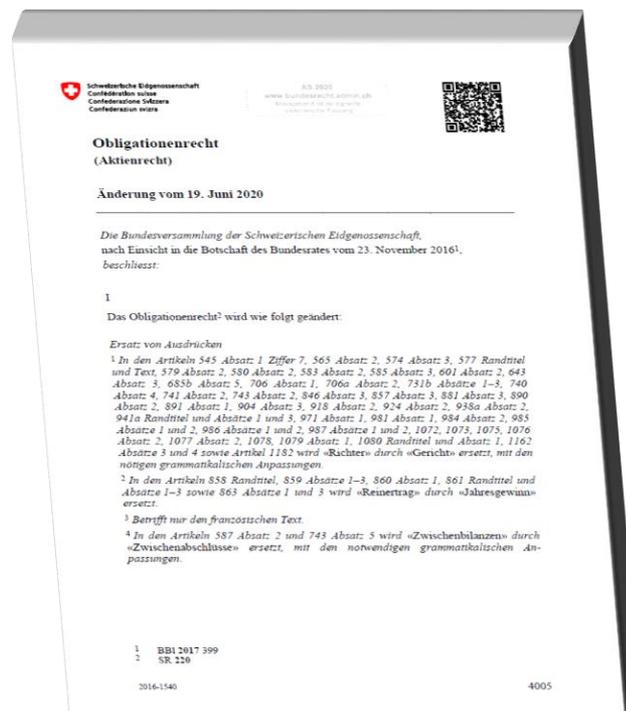
III. Ausgewählte Verantwortlichkeiten

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. Verteidigung(en) – nebst korrekter «Pflichterfüllung»

- sog. «**Business Judgment Rule**», aber: strenge **Anforderungen**
- struktureller Ansatz: spezifische **Delegation** im VR («VR-Delegierter»)
- **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**»
- ein **KMU-Statut** war auch jüngst kein legislatives Thema
- KMU werden oftmals **vernachlässigt**: Politik + Medien + Wissenschaft etc.

B. Neuerungen ohne spezifische Relevanz für KMU

- sog. **Kapitalband** (Art. 653s ff. nOR)
- **Sanierungen** (Art. 725 ff. nOR) – zentrale «Neuerung»: **Liquidität**
- Tagungsorten **im Ausland** (Art. 701b nOR)

IV. Änderungen durch das «Aktienrecht 4.0»

C. Neuerungen mit spezifischer Relevanz für KMU

➤ Digitalisierungen

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

➤ Zwischendividenden

Art. 675a nOR: Zulässigkeit bis anhin umstritten

➤ Universalversammlungen

Art. 701 nOR: schon bis anhin möglich, nunmehr auch Beschlüsse auf «schriftlichem Weg»

➤ Schiedsgerichtsbarkeit

Art. 697n nOR: 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.



V. Einige 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

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.

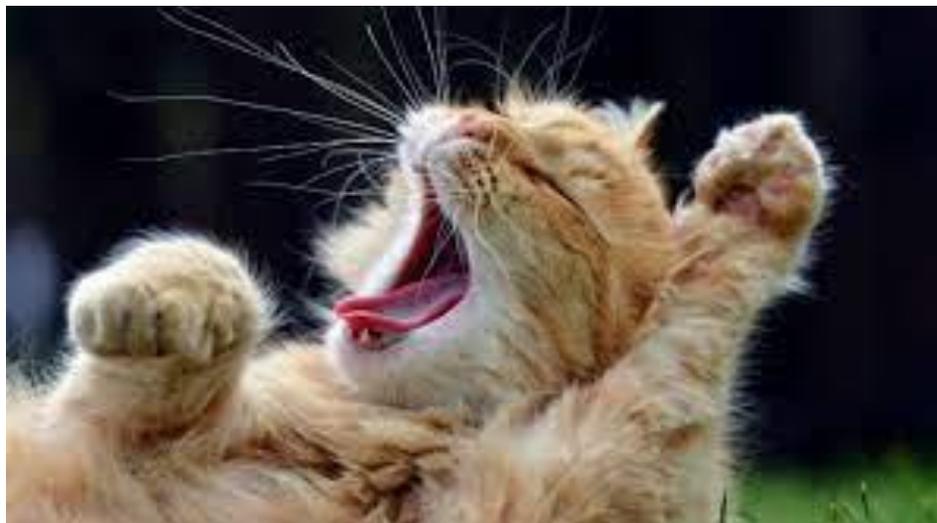
² Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch.²⁸⁰

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.



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. Publikums-AG als Modell für KMU?

Es gibt zwei «*Rechtsregimes*» für Publikums-AG und für private AG (z.B. KMU), insbesondere betreffend Aktionärspflichten; *VR-Pflichten verschärft* bei Publikums-AG, 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?

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**



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