

VR-Management: «Beste Verwaltungsrats-Praxis»

KKL Luzern

Luzern: Dienstag, 14. Mai 2024

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Neues Aktienrecht: Erweiterung des Pflichtenhefts für 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. Schluss am Anfang: Verantwortlichkeit
- III. Direkte Pflichten bzw. Kernpflichten
- IV. Indirekte Pflichten durch «neues» Aktienrecht
- V. Spezifische VR-Pflichten
- VI. Schlussbemerkungen

I. Vorbemerkungen

A. Verwaltungsrat: (Berufs-) oder sonstiges Ziel?



I. Vorbemerkungen

A. Verwaltungsrat: (Berufs-) oder sonstiges Ziel?



I. Vorbemerkungen

B. VR-Pflichten = Risiko = persönliche Haftung



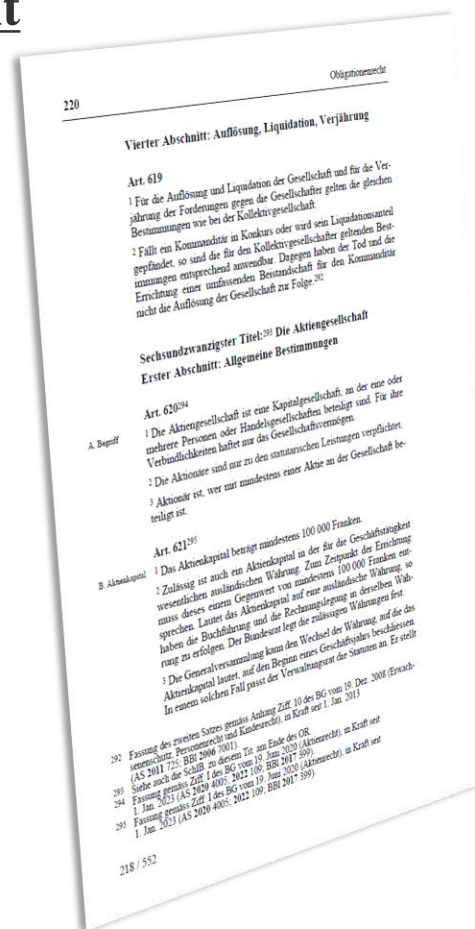
I. Vorbemerkungen

B. VR-Pflichten = Risiko = persönliche Haftung



I. Vorbemerkungen

C. Herausforderung: «neues» Aktienrecht



I. Vorbemerkungen

C. Herausforderung: «neues» Aktienrecht



II. Verantwortlichkeit



II. Verantwortlichkeit

A. Grundnorm: Art. 754 OR

Art. 754⁶⁴⁰

III. Haftung für
Verwaltung,
Geschäftsfüh-
rung und
Liquidation

¹ Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

² Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.

II. Verantwortlichkeit

B. Mögliche Kläger

- Es gibt **drei potentielle Kläger**: AG + Aktionäre + **Gläubiger** (Konkurs)
- **Beweisthemen** für Kläger: Schaden + Verschulden + Kausalzusammenhang...
- ... + Widerrechtlichkeit bzw. **Pflichtwidrigkeit** (= VR-Pflichten)

C. Mögliche Beklagte

- **formelle** Organe: v.a. **VR-Mitglieder**, GL-Mitglieder und **Revisionsstelle**
- **materielle** Organe: Berater, Hauptaktionär, Bank als Darlehensgeberin etc.

II. Verantwortlichkeit

D. Neuerungen

- neu: **GV-Beschluss** möglich für Verantwortlichkeitsklage (OR 756 II)
- neu: Klagerecht **nach Décharge** beträgt nunmehr **zwölf Monaten** (OR 758 II)
- neu: **Verjährung** erfolgt schon nach **drei Jahren** (OR 760 I)
- *unverändert*: VR-Verschulden liegt bereits vor bei **leichter Fahrlässigkeit**

III. Direkte Pflichten



III. Direkte Pflichten

A. Grundnorm: Art. 717 OR

Art. 717⁵⁸⁹

IV. Sorgfalts-
und Treuepflicht
1. Im Allgemein-
nen⁵⁹⁰

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. Direkte Pflichten

B. Dreigestirn der «traditionellen» VR-Pflichten

- Treuepflicht («AG-Interessen statt Ego-Interessen») – Beispiele:
Interessenkonflikte v. **VR-Ausstand** + Geheimhaltung + Sonderfall: **Konzern-Töchter**
- Sorgfaltspflicht – Beispiele:
zeitliche **Verfügbarkeit** + Kritik im VR + (Un-)Fähigkeiten: ev. **Übernahmeverschulden**
- Gleichbehandlungspflicht – Beispiel:
Problem in Praxis und Doktrin: Gibt es **Informationsprivilegien** für **Grossaktionäre**?

III. Direkte Pflichten

C. Neuerung: Art. 717a OR

Art. 717a⁵⁹¹

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.

IV. Indirekte Pflichten



IV. Indirekte Pflichten

A. Ausgewählte Neuerungen mit VR-Relevanz

➤ Tagungsort und Digitalisierung

VR entscheidet: OR 701a I; ev. mit GV: OR 701b I (Statuten); zudem: OR 701c ff.

➤ Informationsregime

Auskunft: OR 697 + Einsicht: OR 697a + Sonderuntersuchung: OR 697c ff.

➤ Währungswahl und Mindestnennwert

Währungen: CHF, GBP, EUR, USD, JPY (OR 621 II) + «grösser als null» (OR 622 IV)

➤ Kapitalband

OR 653s ff = GV-Ermächtigung an den VR (fünf Jahre, plus/minus 50% AK etc.)

➤ Zwischendividende

OR 675a = GV-Beschluss + Zwischenabschluss + Prüfung (mit Ausnahmen)

IV. Indirekte Pflichten

B. VR hat vermehrten «Lead» zu übernehmen

➤ **Kontakt mit Aktionariat**

VR hat **unübertragbare** Aufgaben, die «vorzubesprechen» sind (OR 716a): Strategie, Finanzen etc.

➤ **Vorbereitung der GV-Beschlüsse**

Statuten (z.B. Kapitalband oder Währung) + Zwischendividende etc.

➤ **GV-Vollzug oder VR-Autonomie**

Beispiel 1: virtuelle GV; Beispiel 2: Informationsregime gegenüber Aktionariat

V. Spezifische Pflichten



V. Spezifische Pflichten

A. Sanierungen: «Neuerung» re Liquidität

Art. 725⁶⁰³

VII. Drohende
Zahlungsunfähigkeit,
Kapitalverlust und
Überschuldung

1. Drohende
Zahlungs-
unfähigkeit

¹ Der Verwaltungsrat überwacht die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft.

² Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, so ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit. Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Er reicht nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung ein.

³ Der Verwaltungsrat handelt mit der gebotenen Eile.

V. *Spezifische Pflichten*

B. Sozialversicherungsabgaben

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

C. Strafrecht und Strafverfahren

- strafrechtliche **Organhaftung**: Art. 29 StGB
- Betrug: Art. 146 StGB
- **ungetreue Geschäftsbesorgung**: Art. 158 StGB («Spesenreiterei» etc.)

V. Spezifische Pflichten

B. Sozialversicherungsabgaben

Art. 52²⁹¹ 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.²⁹²

³ Der Schadenersatzanspruch verjährt nach den Bestimmungen des Obligationenrechts²⁹³ über die unerlaubten Handlungen.²⁹⁴

⁴ Die zuständige Ausgleichskasse macht den Schadenersatz durch Erlass einer Verfügung geltend.²⁹⁵

⁵ In Abweichung von Artikel 58 Absatz 1 ATSG²⁹⁶ 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. Spezifische Pflichten

C. Strafbarkeit

Ungetreue
Geschäfts-
besorgung

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 wird er mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.²¹⁴

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. *Gerichtspraxis: Business Judgment Rule*

Eine gute Verteidigung ist die richterliche ***Business Judgment Rule***: vgl. *Peter V. Kunz*, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 86 (2014) 274 ff.; die Gerichte «hinterfragen» einen Geschäftsentscheid im Prinzip nicht, wenn er «einwandfrei» gefasst wurde, also insbesondere auf einer ***angemessenen Informationsbasis*** sowie ***frei von Interessenkonflikten***.

2. *Privatautonome Sicherungen*

Der VR kann insofern «vorsorgen», dass eine ***Delegation*** vorgenommen wird (z.B. Delegierter des VR); dadurch wird das Pflichtenheft fokussiert auf die Sorgfalt bei der *Auswahl, Instruktion* und *Überwachung* (OR 754 II). ***D&O-Versicherungen*** können für die AG abgeschlossen werden – aber Vorsicht: Wurden die Prämien immer bezahlt? In einem ***Mandatsvertrag*** könnte/sollte eine *Freizeichnung* bzw. «*hold harmless*»- Klausel vereinbart werden.

3. *Und die beste Absicherung = Pflichten kennen + erfüllen...*

Fragen?

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

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

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch