

SwissBoardForum 4 | 2023

Stefanie Meier-Gubser / Dezember 2023

Aus Bundeshaus und Bundesgericht

RECHTLICHE NEUERUNGEN UND AKTUALITÄTEN Neuerungen auf politischer und gesetzgeberischer Ebene beeinflussen die Arbeit von Verwaltungsräten ebenso wie Entwicklungen in der Rechtsprechung. Eine Auswahl an für Verwaltungsräte relevanten politischen und rechtlichen Aktualitäten.

Mit den erklärten Zielen, die Corporate Governance und die Aktionärsrechte zu stärken sowie die Generalversammlung zu modernisieren, ist am 1. Januar 2023 das neue Aktienrecht in Kraft getreten. Es hat für Verwaltungsräte und Gesellschaften aller Rechtsformen zahlreiche Neuerungen und Anpassungen gebracht.¹ Etwas später im Jahr - am 1. September 2023 – ist dann das neue Datenschutzgesetz in Kraft getreten. Neben Vorschriften zur Datenbearbeitung und Datensicherheit enthält es Informations-, Auskunfts- und Governance-Pflichten für natürliche und juristische Personen, die Datenbearbeiten. Weitere Gesetzesänderungen, die Einfluss auf die VR-Arbeit haben können, sind in Planung oder stehen vor der Inkraftsetzung. So sollen beispielsweise mit dem neuen Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen (TJPG) unter anderem Unternehmen verstärkt zur Identifikation, Überprüfung und Meldung von wirtschaftlich berechtigten Personen und treuhänderische Organmitglieder verpflichtet, ein zentrales Register der wirtschaftlich berechtigten Personen geschaffen und die Geldwäschereivorschriften ausgedehnt und verschärft werden. Und schliesslich hat die jüngere Rechtsprechung verschiedene Urteile gefällt, in denen es um Aktionärsrechte und Verwaltungsratspflichten ging. Die nachfolgende Auswahl an rechtlichen Neuerungen und Aktualitäten soll Verwaltungsräten einen Überblick für ihre VR-Arbeit verschaffen.

Neue Gesetzesvorschriften

Revidiertes Stiftungsrecht ab 2024

Am 1. Januar 2024 tritt das revidierte, gelockerte Stiftungsrecht in Kraft. Es enthält namentlich folgende Neuerungen und Klarstellungen: Der Stifter kann in der Stiftungsurkunde neu nicht nur einen Änderungsvorbehalt bezüglich Zwecks, sondern auch bezüglich Organisation anbringen und so nach mindestens zehn Jahren bei der Stiftungsaufsichtsbehörde einen Antrag auf Änderung des Stiftungszwecks oder der Stiftungsorganisation stellen.²

¹ vgl. dazu etwa SwissBoardForum Fachbeiträge zur VR-Praxis 1/2022 (Generalversammlung im neuen Aktienrecht) 2/2022 Aktionärsrechte im neuen Aktienrecht, 3/2022 (Neues Aktienrecht: statutarischer Anpassungsbedarf), 4/2022 (Checkliste neues Aktienrecht), 1/2023 (Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung)

² Art. 86a nZGB)

Zudem sind unwesentliche Änderungen der Stiftungskurkunde möglich, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt erscheinen³ und keine Rechte Dritter beeinträchtigt werden.⁴ Änderungen der Stiftungsurkunde, die die zuständige Stiftungsaufsicht verfügt, müssen nicht öffentlich beurkundet werden.⁵ Und neu werden das Verfahren der Stiftungsaufsichtsbeschwerde und die zur Beschwerde berechtigten Personen geregelt.

Neues Aktienrecht: Erste Erfahrungen und Übergangsfrist

Zahlreiche Bestimmungen des neuen Aktienrechts sind automatisch am 1. Januar 2023 in Kraft getreten – so zum Beispiel die explizite Pflicht des Verwaltungsrats die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und im Fall einer drohenden Zahlungsunfähigkeit, eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung Massnahmen zu ergreifen.⁶ Andere bedürfen der Schaffung einer statutarischen Grundlage – so zum Beispiel die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung, die Einführung eines Kapitalbands oder eines Schiedsgerichts. Viele Gesellschaften haben ihre Statuten überprüft und bereits angepasst. Die Übergangsfrist für die Anpassung von dem neuen Aktienrecht zuwiderlaufenden Regelungen läuft noch bis am 31. Dezember 2024. Bis dahin müssen die Gesellschaften ihre Statuten, Reglemente und Verträge, die mit dem neuen Aktienrecht nicht vereinbar sind, anpassen. Die Generalversammlung 2024 ist folglich die letzte ordentliche Gelegenheit, nötige Statutenänderungen vorzunehmen und öffentlich beurkunden zu lassen.⁷

Neues Datenschutzgesetz: Neue Informations-, Auskunfts- und Governance-Pflichten

Das Datenschutzgesetz verpflichtet natürliche und juristische Personen, die Personendaten bearbeiten (Verantwortliche), zur Einhaltung von Datenbearbeitungsgrundsätzen und der Datensicherheit. Daten müssen unter anderem rechtmässig bearbeitet werden, die Bearbeitung muss nach Treu und Glaube erfolgen und verhältnismässig sein, Daten dürfen nur zu einem bestimmten Zweck und für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft und nur so bearbeitet werden, dass es mit diesem Zweck vereinbar ist. Schliesslich müssen Personendaten, sobald sie zum Bearbeitungszweck nicht mehr erforderlich sind, vernichtet oder anonymisiert werden. Die Datenbearbeitung ist technisch und organisatorisch so auszugestalten, dass die Datenschutzvorschriften eingehalten werden («privacy by design and default»). Und schliesslich muss mit geeigneten technischen und organisatorischen Massnahmen die Datensicherheit gewährleistet werden. Ziel ist die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit, Integrität und Nachvollziehbarkeit der Datenbearbeitung.

Den Verantwortlich treffen zahlreiche weitere Pflichten. So muss jeder Verantwortliche die betroffenen Personen angemessen über die Beschaffung von Personendaten informieren⁸ und ihr auf Verlangen diejenigen Informationen mitteilen, die erforderlich sind, damit die betroffene Person ihre Datenschutzrechte geltend machen kann⁹. Dieser Informations- und Auskunftspflicht wird regelmässig in einer Datenschutzerklärung nachgekommen. Beauftragte der Verantwortliche einen Dritten mit der Datenbearbeitung (Auftragsbearbeiter), muss er mit ihm einen entsprechenden Vertrag schliessen und sich insbesondere vergewissern, dass der Auftragsbearbeiter in der Lage ist, die Datensicherheit zu gewährleisten.¹⁰

³ Bisher: triftige sachliche Gründe

⁴ Art. 86b nZGB

⁵ Art. 86c nZGB

⁶ Art. 725 ff. OR

⁷ zum statutarischen Anpassungsbedarf vgl. SwissBoardForum Fachbeitrag 3/2022

⁸ Art. 19 DSG

⁹ Art. 25 DSG

¹⁰ Art. 9 DSG

Schliesslich müssen Verantwortliche und Auftragsbearbeiter ein Datenbearbeitungsverzeichnis führen, das gewisse Mindestinformationen enthält,¹¹ es sei denn, das Unternehmen habe weniger als 250 Mitarbeitende und die Datenbearbeitung bringe nur ein geringes Risiko mit sich. Verletzungen der Datensicherheit, die voraussichtlich zu einem hohen Risiko für die Persönlichkeit der betroffenen Person führen, müssen dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten so rasch als möglich gemeldet werden.¹² Die Verletzung bestimmter Pflichten kann zu einer Busse von bis zu CHF 250'000 führen.

Gesetzesvorlagen und politische Vorstösse

Unternehmensnachfolge im Erbrecht

Der am 1. Januar 2023 in Kraft getretene erste Teil des neuen Erbrechts hat namentlich die Pflichtteile reduziert¹³ und führt damit zu einer höheren freien Quote¹⁴ und zu mehr Freiheiten bei der Nachlassplanung und der familieninternen Unternehmensnachfolge.

Zusätzlich soll nun in einer zweiten Etappe die Unternehmensnachfolge an sich erleichtert werden. Der Entwurf und die Botschaft des Bundesrats sind seit dem 10. Juni 2022 im Parlament.¹⁵ Gemäss der Vorlage ist geplant, dass, wenn die Erbschaft ein Unternehmen oder Beteiligungen an einem Unternehmen umfasst, jeder Erbe verlangen kann, dass ihm das Unternehmen oder die Beteiligungen integral zugewiesen werden, sofern der Erblasser nichts verfügt hat. Zudem kann ein Erbe, dem ein Unternehmen oder Beteiligungen zugeteilt wurden, gegenüber den Miterben einen Zahlungsaufschub von höchstens zehn Jahren geltend machen, wenn ihn die Bezahlung der Forderungen von Miterben in ernsthafte Schwierigkeiten bringen würde. Die Vorschläge des Bundesrats sind im Parlament umstritten. Das Geschäft war in der Herbstsession 2023 im Nationalrat als Zweitrat und befindet sich nun in der ständerätlichen Kommission für Rechtsfragen (RK-SR).

Gesetz über die Transparenz juristischer Personen

Bis am 30. November 2023 lief das Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen (Gesetz über die Transparenz juristischer Personen, TJPG).¹⁶ Der geplante TJPG will insbesondere die Pflichten der Unternehmen regeln resp. einführen zur Identifikation, Überprüfung und Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen und für treuhänderisch tätige Verwaltungsratsmitglieder, Geschäftsführerinnen, Aktionäre sowie Gesellschafterinnen und ein Register der wirtschaftlich berechtigten Personen einführen.¹⁷

Das neue Gesetz soll für Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften, Investmentgesellschaften mit variablem¹⁸ und festem¹⁹ Kapital, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, Vereine mit Eintragungspflicht im Handelsregister und Stiftungen und bestimmte Rechtseinheiten nach ausländischem Recht gelten.²⁰

¹¹ Art. 12 DSG

¹² Art. 24 DSG

¹³ Pflichtteil Nachkommen und Ehepartner: je ein Viertel des Nachlasses

¹⁴ Hälfte des Nachlasses

¹⁵ Geschäft Nr. 22.049

¹⁶ https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/81/cons_1

¹⁷ Art. 1 Abs. 2 VE-TJPG

¹⁸ SICAV

¹⁹ SICAF

²⁰ Art. 2 VE-TJPG

Die Unternehmen sollen verpflichtet sein, aktiv ihre wirtschaftlich berechtigten Personen festzustellen und Informationen wie Name und Vorname, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Adresse und Wohnsitzstaat und die erforderlichen Informationen über die Art und den Umfang der ausgeübten Kontrolle zu beschaffen.²¹ Sie müssen die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person überprüfen und die Informationen auf dem neuesten Stand halten und die entsprechenden Belege verlangen.²²

Der Vorentwurf des TJPG sieht vor, dass neben den bestehenden Registern ein zentrales elektronisches Register der wirtschaftlich berechtigten Personen und eine entsprechende neue Behörde geschaffen werden, an das die Unternehmen ihre wirtschaftlich berechtigten Personen melden müssen.²³ Behörden wie Kontrollstellen, Strafbehörden, GwG-Meldestelle, Aufsichtsbehörden, Steuerbehörden, Nachrichtendienst, Statistikbehörden, Vergabestellen, Grundbuchämter, Finanzhilfebehörden, das Staatssekretariat für Wirtschaft haben einen Onlinezugang zu den Daten des Registers. Ebenso sollen Finanzintermediäre, Berater, Anwältinnen und andere Behörden einen Zugang haben.²⁴

Zudem ändert der Vorentwurf zum TJPG das Geldwäschereigesetz (GwG) ab und unterstellt auch Anwältinnen und Berater dem GwG. Als Berater soll dabei jede Person gelten, die berufsmässig Rechts- oder buchhalterische Beratung anbietet und für die Klienten ein Geschäft vorbereitet oder durchführt im Zusammenhang mit einem Grundstückskauf, Gründung und Errichtung einer Gesellschaft, Führung oder Verwaltung einer Gesellschaft, Organisation der Einlagen einer Gesellschaft oder dem Kauf/Verkauf einer Gesellschaft.²⁵ Sie sollen unter anderem bestimmten Sorgfalts-, Identifikations-, Dokumentations- und Meldepflichten unterstehen.

Einführung Freiwillige Rechtsform «Nachhaltiges Unternehmen»

Nationalrätin Sophie Michaud Gigon reichte am 28. September 2023 eine parlamentarische Initiative²⁶ ein, in der sie fordert, dass *«in das Rechnungslegungsrecht des Obligationenrechts [...] für Unternehmen die Rechtsform "Nachhaltiges Unternehmen" eingeführt»* werden soll. Gemäss parlamentarischer Initiative sollen sich solche Unternehmen freiwillig dazu verpflichten können, *«in ihren Statuten und in ihrer Strategie soziale und ökologische Themen aufzunehmen und Unternehmensführungsgrundsätze festzulegen, die im Einklang mit der Agenda 2030 für eine nachhaltige Entwicklung stehen, sowie allen Beteiligten Rechnung zu tragen»*. Das Geschäft befindet sich aktuell in der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-NR).

Arbeitslosenentschädigung für Unternehmerinnen und Unternehmer

Nationalrat Andri Silberschmidt reichte am 12. März 2020 die parlamentarische Initiative *«Unternehmerinnen und Unternehmer, welche Beiträge an die Arbeitslosenkasse bezahlen, sollen auch gegen Arbeitslosigkeit versichert sein»*²⁷ Die parlamentarische Initiative verlangt, dass das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) dahingehend anzupassen sei, *«als dass Unternehmerinnen und Unternehmer (arbeitgeberähnlichen Personen), die Beiträge in die Arbeitslosenversicherung (ALV) bezahlen müssen, im Falle einer Arbeitslosigkeit denselben (sofortigen) Entschädigungsanspruch haben wie alle anderen Angestellten einer Unternehmung.*

²¹ Art. 6 Abs. 1 VE-TJPG

²² Art. 6 Abs. 2 VE-TJPG

²³ Art. 18 Abs. 1 VE-TJPG

²⁴ Art. 28 VE-TJPG

²⁵ Art. 2 Abs. 1 Bst. c, 3^{bis} und 3^{ter} VE-GwG

²⁶ Pa.lv. 23.454

²⁷ Pa.lv. 20.406

Dasselbe soll für den Zugang zur Kurzarbeit gelten. Alternativ soll den arbeitgeberähnlichen Personen - analog den Selbständigerwerbenden einer Einzelfirma - die Wahlmöglichkeit gegeben werden, für sich auf ALV Beiträge und entsprechende Versicherungsleistungen zu verzichten.»

Die Kommissionen für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats (Erstrat) und des Ständerats (SGK-NR und SR) haben der parlamentarischen Initiative Folge gegeben, und die SGK-NR hat am 3. Juli 2023 einen Vorentwurf zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes mit zwei Varianten verabschiedet. Der Vorentwurf befand sich bis am 24. November 2023 in der Vernehmlassung. Die eingegangenen Vernehmlassungsantworten sind seit dem 5. Dezember 2023 aufgeschaltet.²⁸

Teilrevision des Kartellgesetzes

Der Bundesrat hat am 24. Mai 2023 mit dem Ziel der Verbesserung der Wirksamkeit des Kartellgesetzes und der Umsetzung dreier parlamentarischer Vorstösse²⁹ die Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes zuhanden des Parlaments verabschiedet.³⁰ Die Teilrevision will zudem die Zusammenschlusskontrolle modernisieren, das Kartellzivilrecht stärken und das Widerspruchsverfahren verbessern.

Die Stärkung des Kartellzivilrechts sieht insbesondere vor, dass zukünftig auch Konsumenten und die öffentliche Hand gestützt auf das Kartellrecht Klage einreichen können. Mit der Einführung von Ordnungsfristen für kartellrechtliche Verfahren und der Einführung einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verwahren vor der Wettbewerbskommission soll zudem insbesondere die Situation von KMU im kartellrechtlichen Verfahren verbessert werden.

Einführung des Trusts in die schweizerische Rechtsordnung

Nachdem das Vernehmlassungsverfahren zur Einführung eines Trusts in die Schweizerische Rechtsordnung keinen ausreichenden politischen Konsens für die Einführung eines Trusts nach Schweizer Recht zeigte und insbesondere die steuerrechtlichen Regelungen klar abgelehnt wurden, verzichtete der Bundesrat auf die Ausarbeitung einer Botschaft und beantragte dem Parlament in seinem Bericht vom 15. September 2023³¹ die Abschreibung einer entsprechenden Motion.³² Die Einführung eines Schweizer Trusts sei derzeit nicht mehrheitsfähig. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (RK-SR) unterstützte am 8. November 2023 den Antrag des Bundesrats und sprach sich anstatt der Weiterverfolgung der Idee eines Schweizer Trusts für eine Liberalisierung der Schweizer Familienstiftung aus und beantragte die Annahme der Motion von Ständerat Thierry Burkhart *«Die Schweizer Familienstiftung stärken. Verbot der Unterhaltsstiftung aufheben.»*³³

Anpassung Genossenschaftsrecht

Nationalrat Lars Guggisberg hatte am 17. Juni 2021 das Postulat *«Zeitgemässes und zukunftsfähiges Genossenschaftsrecht»*³⁴ eingereicht. Im Postulat wurde der Bundesrat gebeten, die Totalrevision des im Kern aus dem Jahr 1936 stammenden

²⁸ https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2023/56/cons_1

²⁹ Mo. 16.4094 Verbesserung der KMU in Wettbewerbsverfahren, Mo. 18.4282 Die Kartellrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeiten einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen, Mo. 21.4189 Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz

³⁰ Geschäft Nr. 23.047

³¹ Geschäft Nr. 23.065

³² Mo. 18.3383

³³ Mo. 22.4445

³⁴ Po. 21.3783

Genossenschaftsrechts zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten und insbesondere «darzulegen, welche genossenschaftsrechtlichen Elemente einer zwingenden Reform bedürfen, um die Rechtsform der Genossenschaft zeitgemäss und zukunftsfähig auszugestalten». Der Bundesrat beantragte am 18. August 2021 die Annahme des Postulats, und der Nationalrat nahm es am 2. März 2022 an.

In seinem am 8. Dezember 2023 veröffentlichten Bericht kam der Bundesrat dann zum Schluss, dass sich das geltende Genossenschaftsrecht grundsätzlich bewährt habe und nach wie vor den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedürfnissen entspreche. Der Bundesrat sieht keine Notwendigkeit für eine Totalrevision des Genossenschaftsrechts. Punktuelle Anpassungen schliesst er hingegen nicht aus.³⁵

Rechtsprechung

Keine Anwendung der Business Judgment Rule bei Kontroll- und Organisationsaufgaben³⁶

Gemäss der Business Judgment Rule auferlegen sich Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden mit Ermessenscharakter Zurückhaltung, sofern der Entscheid in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen ist.³⁷

Das Bundesgericht schützte – gestützt auf die verbindliche Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz (Schiedsgericht) - in einem Urteil vom 24. Mai 2023 die Auffassung der Vorinstanz, wonach Kontroll- und Organisationsaufgaben nicht vom Anwendungsbereich der Business Judgment Rule erfasst seien. Zu den Kontrollaufgaben des Verwaltungsrats gehört auch die Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften (konkret Swiss GAAP FER).

Konkret ging es um die Bildung und Auflösung von Rückstellungen, bei denen die Organe einer Aktiengesellschaft gemäss Vorinstanz «*bewusst eine Täuschung in Kauf genommen*» hatten und damit die «*Rechnungslegungsvorschriften vorsätzlich oder zumindest eventualvorsätzlich*» verletzt hatten.³⁸ Das Bundesgericht erachtete die Einschätzung der Vorinstanz, wonach die Business Judgment Rule bei der Beurteilung der Anwendung von Rechnungslegungsvorschriften nicht zur Anwendung komme, zumindest nicht als willkürlich.³⁹

Im Weiteren hielt das Bundesgericht fest, die Business Judgment Rule finde dann Anwendung, wenn es um die Beurteilung der Verantwortlichkeit von Organpersonen gehe, nicht aber (wie im konkreten Fall) um die Beurteilung, ob die Gesellschaft selbst sie betreffende Vorschriften (konkret Regularien der SIX Exchange Regulation AG).

Durchführung einer schriftlichen Generalversammlung, Wahrung der Aktionärsrechte⁴⁰

Der publizierte Entscheid des Bundesgerichts betraf die Verletzung des individuellen Antragsrechts der Aktionäre bei der Durchführung der Generalversammlung auf schriftlichem Weg nach der Covid-19-Verordnung 2.

³⁵ Bericht des Bundesrats: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/85052.pdf>

³⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 24. Mai 2023, 4A_63/2023

³⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 18. Juni 2012, 4A_74/2012, E. 5.1

³⁸ 4A_63/2023, E. 4.4.1

³⁹ 4A_63/2023, E. 4.4.3

⁴⁰ BGE 149 III 1

Die entsprechende Verordnung ist zwar nicht mehr in Kraft, die Erwägungen des Bundesgerichts sind aber dennoch von Bedeutung, weil die Generalversammlung unter dem neuen Aktienrecht auf schriftlichem Weg erfolgen kann, sofern nicht ein Aktionär die mündliche Beratung verlangt.⁴¹ Ebenso sind die Erwägungen für die neu mögliche Durchführung mit elektronischen Mitteln zu beachten.

Im konkreten Fall beantragte der Verwaltungsrat in der Einberufung der Generalversammlung die Änderung der Statuten und lud die Aktionäre ein mit «Ja», «Nein» oder «Enthaltung» über die Anträge des Verwaltungsrats abzustimmen. Vor Ablauf der gesetzten Frist zur Abstimmung, gelangte eine Aktionärin an den Verwaltungsrat und beantragte zuhanden der Generalversammlung die Verschiebung der Statutenrevision auf die nächste ordentliche Generalversammlung oder – sofern die Statutenrevision nicht verschoben werde – die Abweisung der Revision gewisser (bezeichneter) Artikel. Die Aktionärin begründete ihre Anträge insbesondere damit, dass noch Klärungsbedarf bestehe und die Statutenrevision von den Aktionären noch zu diskutieren sei.

Der Verwaltungsrat antwortete der Aktionärin, beim Verschiebungsantrag handle es sich um einen «Verfahrensantrag», der nicht in die Kompetenz der Aktionäre falle, weshalb er darüber nicht abstimmen lasse. Anlässlich der Generalversammlung in Abwesenheit der Aktionäre wurde die Zweckänderung der Statuten (aufgrund des erhöhten Quorums) abgelehnt, während die Revision der übrigen Statutenbestimmungen angenommen wurde.

Das Bundesgericht hielt fest, dass jedem einzelnen Aktionär – ungeachtet seiner Kapitalbeteiligung – das Recht zustehe, im Rahmen der traktandierten Geschäfte schriftlich oder mündlich vor oder mündlich an der Generalversammlung eigene Anträge oder Gegenanträge zu stellen. Diese Möglichkeit muss den Aktionären auch eingeräumt werden, wenn die Generalversammlung auf schriftlichem Weg (oder mit elektronischen Mitteln) durchgeführt wird. Das individuelle Antragsrecht darf nicht ausser Kraft gesetzt werden.

Das Bundesgericht hielt deshalb abschliessend fest, dass das Vorgehen des Verwaltungsrats, die Anträge der Aktionäre nicht zuzulassen nicht statthaft war,⁴² und dass der Beschluss über die Statutenänderung unter Missachtung des unentziehbaren Antragsrecht zustande gekommen sei. Die Nichtzulassung des Antrags führte gemäss Bundesgericht – vor allem auch vor dem Pandemieintergrund und der ausserordentlichen Lage - allerdings nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses der Generalversammlung, sondern bloss zu dessen Anfechtbarkeit.⁴³ Das Bundesgericht hob als Resultat seiner Erwägungen in Gutheissung der Anfechtung den Generalversammlungsbeschluss betreffend Statutenrevision rückwirkend auf.

Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen⁴⁴

Für die Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen gelten sinngemäss die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der Generalversammlung.⁴⁵ Nichtigkeit ist dann anzunehmen, wenn ein Beschluss schwerwiegend gegen zwingende und grundlegende Normen des Aktienrechts verstösst. Nichtig sind folglich insbesondere Verwaltungsratsbeschlüsse, die *«zwingend gewährte Individualrechte, namentlich die Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Verwaltungsratsmitglieder verletzen, insbesondere das Recht auf Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen»*.⁴⁶

⁴¹ Art. 701 Abs. 3 OR

⁴² BGE 149 III 1, E- 7.6

⁴³ BGE 149 III 1, E. 9.3

⁴⁴ Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. Februar 2023, BK 22 479 und BK 22 474

⁴⁵ Art. 714 OR

⁴⁶ BK 22 479 / BK 22 474, E. 6.4

Wird eine Verwaltungsratssitzung ohne wichtigen Grund (z.B. Interessenkollision) mangelhaft einberufen oder wird die Einberufung unterlassen und sind deshalb nicht alle Mitglieder des Verwaltungsrats anwesend, sind die Beschlüsse auf formellen Gründen nichtig.⁴⁷

Das Obergericht des Kantons Bern stellte fest, dass sämtliche an einer VR-Sitzung gefassten Beschlüsse nichtig waren, weil zwei Mitglieder des Verwaltungsrats nicht eingeladen wurden und die Einberufung daher formell ungültig war. Konkret ging es um den Entzug der Zeichnungsberechtigung eines nicht eingeladenen Mitglieds.

Der Beschluss über den Entzug der Zeichnungsberechtigung hatte folglich keine Gültigkeit und die erfolgte nicht rechtsgültig.

Haftung des Verwaltungsrats für nichtbezahlte Sozialversicherungsbeiträge⁴⁸

Das Bundesgericht hielt in einem sozialversicherungsrechtlichen Entscheid fest, dass die in der Praxis streng ausgelegte Haftung nach Art. 52 AHVG keine Kausalhaftung sei und die Nichtabrechnung oder Nichtbezahlen der Beiträge als solche nicht bereits mit einem haftungsbegründenden Verschulden gleichgesetzt werden könne. Dazu bedürfe es vielmehr zusätzlich eines Verschuldens in Form von Absicht oder grober Fahrlässigkeit.⁴⁹

Wenn bei ungenügender Liquidität gewisse Forderungen bezahlt werden und andere nicht, sei dieses Verhalten insbesondere auch im Rahmen der Organhaftung nicht als grobfahrlässig zu qualifizieren. Das Bundesgericht verweist aber auf seine Rechtsprechung und hält daran fest, dass es (allenfalls abgesehen von kurzfristigen Ausständen) allerdings grobfahrlässig sei, Löhne zu bezahlen, wenn die darauf geschuldeten AHV-Beiträge nicht gedeckt seien. Ein solches Verhalten sei den verantwortlichen Organen grundsätzlich als qualifiziertes Verschulden anzurechnen, weshalb sie voll schadenersatzpflichtig würden, sofern ihr Verhalten adäquat kausal für den eingetretenen Schaden sei.⁵⁰ Gemäss Bundesgericht handelt grobfahrlässig im Sinne von Art. 52 AHVG, wer als Mitglied des Verwaltungsrats seinen Pflichten gemäss Art. 716a OR nicht nachkommt. Das Bundesgericht sieht die Grobfahrlässigkeit insbesondere in der Verletzung der Wahrnehmung der Finanzkontrolle und der Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen.⁵¹ Vor diesem Hintergrund kann wohl auch die Verletzung der neu im Gesetz eingeführten Pflicht des Verwaltungsrats zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit⁵² zur Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG führen.

Im konkreten Fall hat sich das nicht exekutive Verwaltungsratsmitglied offenbar beim Geschäftsführer per E-Mail erkundigt, was das AHV-Thema mache, und teilte dem Geschäftsführer mit, als dieser nicht antwortete, es wolle auf die unbeantwortete Frage zurückkommen. Das Bundesgericht liess im fraglichen Urteil offen, ob sich aus dem Nachfragen des Verwaltungsrats bereits schliessen lasse, dass er von der mangelhaften Beitragserfüllung gewusst habe. Allerdings sagt es, er hätte sich so oder anders mit der Nichtbeantwortung der Frage nicht zufriedengeben dürfen und hätte – auch wenn er keine Verfügungsmacht über die Konten der Gesellschaft hatte – geeignete Massnahmen zur Sicherung der Beitragszahlungen ergreifen oder umgehend als Verwaltungsrat zurücktreten müssen.⁵³

⁴⁷ BK 22 479 / BK 22 474, a.a.O.

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 2. August 2023, 9C_333/2023

⁴⁹ 9C_333/2023, E. 4.1.1

⁵⁰ 9C_333/2023, E. 4.2.2

⁵¹ 9C_333/2023, E. 4.2.3

⁵² Art. 725 OR

⁵³ 9C_333/2023, E. 5.2

In einem früheren Urteil⁵⁴ ging das Bundesgericht noch weiter. Dort wies ein nicht geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsrats den Geschäftsführer an, den Beitragszahlungen erste Priorität einzuräumen. Aufgrund seiner kaufmännischen Unerfahrenheit erkannte der Verwaltungsrat nicht, dass die ihm vom Geschäftsführer vorgelegten Einzahlungsbelege nur der Nachweis blosser Akontozahlungen waren. Im Weiteren hatte dieser Verwaltungsrat im Rahmen von Verwaltungsratssitzungen jeweils beim Geschäftsführer nachgefragt und verliess sich auf die abgegebenen Zusagen der rechtskonformen Leistung der Sozialversicherungsbeiträge. Dies genügte dem Bundesgericht nicht und es führte aus, dass sich der Verwaltungsrat weder darauf hätte verlassen dürfen, dass ihm alle Belege vorgelegt wurden, noch dass die Zusagen anlässlich der Verwaltungsratssitzungen ausreichend waren. Es verlangte, dass der Verwaltungsrat mindestens Einsicht in die Geschäftsunterlagen hätte nehmen und diese sorgfältig prüfen müssen. Nötigenfalls hätte der Verwaltungsrat auch zusätzliche Auskünfte einholen oder eine sachverständige Person beiziehen müssen.⁵⁵

⁵⁴ 9C_289/2011

⁵⁵ 9C_289/2011, E. 5.1