



Newsletter August 2017

INHALT

Der Sekretär im Verwaltungsrat	1
Bilanzdeponierung durch den Verwaltungsrat	2
Übermässige Bindung im Aktionärsbindungsvertrag (BGE 4A_45/2017)	3

GESELLSCHAFTSRECHT

Der Sekretär im Verwaltungsrat

Christoph Brügger, Notar und Betriebsökonom FH

Vom Protokollführer zum Berater – mit zunehmender Bedeutung von Corporate Governance haben sich Verständnis und Funktion des Sekretärs fundamental geändert. Versteht das Obligationenrecht den Sekretär des Verwaltungsrats noch als Schreiberkraft, hat sich dessen Rolle zum Manager entwickelt, welcher die Koordination zwischen Aktionären, Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und der Öffentlichkeit wahrnimmt, die Tätigkeit des Verwaltungsrats organisiert, koordiniert und administriert und dem Verwaltungsrat als juristisches Gewissen zur Seite steht.

Diese Herausforderungen sind nicht zuletzt auf die stetig zunehmende Regulierung und Internationalisierung

zurückzuführen, welche das Pflichtenheft und die Anforderungen des Sekretärs stetig erweitern. Das Verständnis von juristischen und betriebswirtschaftlichen Fragestellungen, insbesondere in den Bereichen der Compliance, des Risikomanagements und der Corporate Governance, werden ebenso vorausgesetzt wie die Fähigkeit zur administrativen und organisatorischen Führung des Sekretariats.

In seiner Funktion als Berater des Verwaltungsrats und als Bindeglied zu den Aktionären, der Geschäftsleitung und der Öffentlichkeit sind zudem die sozialen Kompetenzen von Bedeutung: Kommunikationsfähigkeit, Loyalität und Integrität, Leistungsbereitschaft und die Fähigkeit, auf ein Netzwerk zurückzugreifen, sind wesentliche Erfolgsgaranten.

Die Funktion des Sekretärs wird häufig unterschätzt oder auf die blosse Protokollierung der Verwaltungsratssitzungen beschränkt. Eine sorgfältige Auswahl bei der Besetzung trägt jedoch wesentlich zu einer effizienten und effektiven Tätigkeit des Verwaltungsrates bei. Selbstverständlich ist bei der Besetzung die Grösse und Tätigkeit des Unternehmens und die Zusammensetzung des Verwaltungsrats zu berücksichtigen. Es zahlt sich daher aus, die individuellen Bedürfnisse zu analysieren, für den Sekretär ein Stellenprofil zu erstellen und eine massgeschneiderte Lösung anzustreben.

Häusermann + Partner begleitet den Verwaltungsrat in der Analyse der Bedürfnisse und der Definition des Pflichtenheftes des Sekretärs und stellt dem Verwaltungsrat bei Bedarf einen Sekretär zur Verfügung. Daneben übernimmt Häusermann + Partner die Organisation und Führung des Sekretariats und entlastet das Gremium von administrativen Tätigkeiten.

www.haeusermann.ch

GESELLSCHAFTSRECHT

Bilanzdeponierung durch den Verwaltungsrat

Corina Berger, MLaw, Rechtsanwältin und Michael Hahn, MLaw

Bei Überschuldung einer Gesellschaft hat der Verwaltungsrat grundsätzlich das Gericht zu benachrichtigen (Bilanzdeponierung); private Sanierungsversuche ohne Insolvenzanzeige sind nur noch in engem Rahmen zulässig. Missachtet der Verwaltungsrat im Rahmen einer drohenden Überschuldung die gesetzlichen Vorschriften und Abläufe, wird er unter Umständen haftbar. Die nachfolgenden Verhaltensregeln zeigen auf, was es bei drohender Überschuldung einer Gesellschaft zu beachten gilt.

Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung muss eine Zwischenbilanz erstellt und einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (Überschuldung), so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Der Richter hat in diesem Fall den Konkurs resp. auf Gesuch hin bei gegebenen Voraussetzungen ein Nachlassverfahren zu eröffnen. Unterlässt der Verwaltungsrat die Benachrichtigung des Gerichts, wird er gegenüber der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern haftbar.

Sofern **konkrete Aussichten auf eine kurzfristige Sanierung** bestehen, kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf eine Benachrichtigung des Gerichts verzichtet werden. Diesbezüglich gilt es jedoch einige Konkretisierungen vorzunehmen:

1. Übersteigerte Erwartungen oder vage Hoffnungen rechtfertigen ein Verzicht auf die Benachrichtigung des Gerichts nicht.

2. Es muss Aussicht auf eine **kurzfristig realisierbare** Sanierung bestehen. Massgebend ist dabei, dass der Verwaltungsrat nicht untätig bleibt und in einer schwierigen finanziellen Lage diejenigen geeigneten Massnahmen einleitet, die vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden können.
3. Die vom Verwaltungsrat eingeleiteten Massnahmen müssen einer nachhaltigen Sanierung dienen. Die Massnahmen müssen geeignet sein, die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft herbeizuführen sowie deren Ertragskraft wiederherzustellen.
4. Das Zeitfenster in welchem der Verwaltungsrat Sanierungsmassnahmen einleiten kann, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf **vier bis sechs Wochen** begrenzt. Sofern sich während diesem Zeitraum die finanzielle Situation weiter verschlechtert, muss sofort das Gericht benachrichtigt werden.
5. Solche Sanierungsbemühungen bleiben gemäss Bundesgericht zulässig auch wenn sich die Sanierungsbemühungen als unfruchtbar erweisen.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass der Verwaltungsrat unter gewissen Umständen auch bei einer drohenden Überschuldung der Unternehmung von einer Benachrichtigung des Gerichts absehen kann. In der Lehre wird dem privaten Sanierungsversuch ohne Insolvenzanzeige bei Aussicht auf Erfolg teilweise gar den Vorrang zugesprochen und aus der Treuepflicht kann sich unter Umständen eine beschränkte Pflicht zur Sanierung ergeben. Die aktuelle Rechtsprechung, die dem Verwaltungsrat viel Eigenverantwortung und einen grossen Ermessensspielraum einräumt, ist begrüssenswert. Dies umso mehr, als durch private Sanierung die mit einer Bilanzdeponierung oder einem Gesuch um Nachlassstundung verbundene Publizität vermieden werden kann.

Häusermann + Partner unterstützt Sie gerne bei Fragen im Zusammenhang mit einer Unternehmenssanierung. www.haeusermann.ch

AKTIENRECHT

Übermässige Bindung im Aktionärbindungsvertrag (BGE 4A 45/2017)

Claude Monnier, Notar und Rechtsanwalt

Ein Aktionärbindungsvertrag, welcher seit rund 30 Jahren unkündbar gilt und eine Generation nach dessen Abschluss eine sinnvolle Nachfolgeregelung verhindert, stellt eine übermässige Bindung i.S. von Art. 27 ZGB dar.

Das Bundesgericht äussert sich in einem neuen amtlich publizierten Entscheid im Rahmen eines Aktionärbindungsvertrages zur Frage der übermässigen Bindung eines Vertrages. Eine solche kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht leichthin angenommen werden. Das Bundesgericht führt aus, dass bei einem Dauervertrag der keine Kündigungsmöglichkeit vorsieht, nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden ist, wann der Zeitpunkt gekommen ist, in dem das Vertragsverhältnis aufgelöst werden kann. Bei der Freiheit in der wirtschaftlichen Betätigung nimmt das Bundesgericht dabei nur zurückhaltend einen Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB an. Eine vertragliche Beschränkung ist dann übermässig, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefere, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebe oder in einem Masse einschränke, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet seien.

Im konkreten Fall erachtete das Bundesgericht einen Aktionärbindungsvertrag als übermässig bindend i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB. Es kam zum Schluss, dass die Ausgestaltung des bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils seit rund 30 Jahren bestehenden ABV eine erheblich einschneidende Einschränkung in der persönlichen Gestaltungsfreiheit des Beklagten bei der Nachfolgeregelung herbeigeführt habe. Der Aktionärbindungsvertrag schränke, eine Generation nach dessen Abschluss, die Freiheiten des Beklagten übermässig ein. Dem sei Rechnung zu tragen, indem der Vertrag zeitlich begrenzt wirke und mit Wirkung ex nunc dahinfalle.

Häusermann + Partner unterstützt Sie gerne bei der Ausarbeitung eines Aktionärbindungsvertrages und berät Sie gerne auch im Zusammenhang mit bestehenden Verträgen. www.haeusermann.ch