



Corporate Newsletter Switzerland

Der Anwalt im Verwaltungsrat: Welche Fähigkeiten sind besonders gefragt?

(Von Hansjörg Stutzer*, Nachdruck des Artikels publiziert in Neue Zürcher Zeitung, 16. November 2006)

In der zweiten Hälfte 2007 wird das Revisionsaufsichtsgesetz eingeführt und das Aktienrecht angepasst. Dies hat zwei wichtige Implikationen: Zum Ersten entfällt damit das Erfordernis einer schweizerischen Mehrheit im Verwaltungsrat. Zum Zweiten stellt sich damit sofort die Frage, ob die Anwälte eine Pfründe verlieren, in diesem Gremium also nicht mehr gefragt sind. Der folgende Beitrag geht diesen Fragen nach. (Red.)

Im Markt für Verwaltungsräte und Treuhänder kommt es zu einer überfälligen Liberalisierung. Die für die zweite Hälfte 2007 vorgesehene Einführung des Revisionsaufsichtsgesetzes hat auch eine Anpassung im Aktienrecht zur Folge: Die bisher in Art. 708 OR geforderte schweizerische Mehrheit im Verwaltungsrat entfällt. Das ist zu begrüssen, hat doch damit das Aktionariat praktisch freie Wahl in der Zusammensetzung seines Verwaltungsrates (VR). Zugleich sind die Auswirkungen erheblich. Bis heute wird der mit der Gründung einer Aktiengesellschaft betraute Anwalt bei ausländischen Klienten gleichsam automatisch auch zum VR gewählt. In naher Zukunft wird diese Anwaltpfründe entfallen (vgl. Kasten). Der «nur» gestützt auf einen Mandatsvertrag tätige Anwalt im VR dürfte deshalb ausgedient haben. Der unternehmerisch engagierte Anwalt, der sich schon bis anhin nicht am Gängelband führen liess, wird an Bedeutung in diesem Gremium gewinnen.

Was ist fachlich gefragt?

Je nach Gesellschaftsart sind unterschiedliche Fachkompetenzen gefordert. In der Publikumsgesellschaft werden vor allem spezifische Rechtskenntnisse im Vordergrund stehen, da im sehr komplexen regulatorischen Umfeld für den VR oft spontane

Beurteilungen erforderlich sind (Ad-hoc-Publizität). Die seit 2003 vorgesehene Strafbarkeit der Unternehmen ruft ebenfalls nach spezifischen rechtlichen Kompetenzen.

In der KMU-Gesellschaft sind die Anforderungen an den Anwalt im VR breiter gefächert. Verlangt werden solides rechtliches Rüstzeug und insbesondere eine gute Selbsteinschätzung, wann rechtliche Spezialkompetenz von aussen zuzuziehen ist. Dem Anwalt im KMU-Verwaltungsrat können verschiedene Funktionen zukommen. Er kann die Position des «Generationenüberbrückers» übernehmen, dem Unternehmer als unabhängige Stimme, als «sounding-board» oder aber durch spezifische rechtliche Kompetenzen dienen. Besonders interessant sind indessen die Konstellationen des Anwalts im Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft und jene des Anwalts in der kriselnden Gesellschaft.

Für den Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft entfallen faktisch die meisten ihm in Art. 716 a OR unentziehbar und undelegierbar zugewiesenen Kompetenzen. Er sieht sich vielmehr in einer Überwachungsfunktion, indem er laufend «nur» noch zu überprüfen hat, ob die Konzernvorgaben dem regulatorischen und gesetzlichen Umfeld entsprechen. Allerdings hat das Bundesgericht eine wesentlich rigidere Optik. Im Entscheid 4 C. 258/2003 vom 9. Januar 2004 hat es den VR einer Konzerngesellschaft ausdrücklich darauf verpflichtet, nur die Interessen seiner Konzerntochter zu wahren, und damit ein übergeordnetes Konzerninteresse verneint. In diesem komplexen Umfeld riskiert der Anwalt, im VR bald zum Feind aller zu werden. Was nach einer einfachen internen Transaktion aussieht und deshalb keine rechtlichen Warnungen erwarten



lässt, ruft gemäss der strengen Praxis der Steuerverwaltungen oft nach grossen Vorbehalten.

Alles sauber protokollieren

Cash-Pooling, konzerninterne Darlehen mit aufgeschobenen Zinsverpflichtungen und langer Dauer, Management-Fees, Verpfändungen von Aktiven zugunsten der Muttergesellschaft und andere kreative Finanzierungsinstrumente stellen gefährliche Steuerfallen dar (so wieder bestätigt im Bundesgerichtsentscheid 2 A. 342/2005 vom 9. Mai 2006). Dem Anwalt kommt in dieser Überwachungsfunktion eine wichtige Stellung zu. Ab wann bedarf eine konzerninterne Transaktion der ausdrücklichen Zustimmung des VR? Welche Vorlagen darf der Verwaltungsrat hierzu fordern? Eine verbindliche Klärung dieser wichtigen Punkte vor Annahme des Mandats ist geboten. Bei der kriselnden Gesellschaft werden sich schon bald die Augen der übrigen Verwaltungsratsmitglieder auf den Anwalt richten und von ihm die Antwort erwarten, wann nun Überschuldungsanzeige einzureichen ist.

Der Unternehmer selber wird hier in der Regel risikoreicher entscheiden und deren Einreichung möglichst lange hinausschieben. Die Hoffnung stirbt bekanntlich zuletzt. Die Quittung erfolgt dann regelmässig später durch die Konkursverwaltung, welche anhand einer Rückwärtsrechnung nachweist, dass die Gesellschaft effektiv schon viel früher überschuldet war und der VR solidarisch für den dadurch eingetretenen Verspätungsschaden einzutreten hat. In dieser Situation ist vom Anwalt besondere Übersicht zu erwarten. Er tut gut daran, sorgsam darauf bedacht zu sein, dass alle entscheidungsrelevanten Tatsachen sauber protokolliert werden, damit auch im Nachhinein nachvollziehbar bleibt, von welchen Entscheidungsgrundlagen sich der Verwaltungsrat tragen liess. Rückgrat ist gefordert, wenn es den Unternehmer zu überzeugen gilt, dass das Ende gekommen ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, fristgerecht ihre Sozialabgaben zu leisten.

Die persönlichen Qualifikationen

Was sind nun die persönlichen Qualifikationen eines Anwalt im Verwaltungsrat? Zahlenfestigkeit, also die Fähigkeit, sich rasch einen Überblick über die

finanzielle Situation zu machen, muss vorausgesetzt werden. Von besonderem Gewicht ist jedoch die Unabhängigkeit des Anwaltes. Wie verhält es sich aber mit seiner Unabhängigkeit, wenn er für die Gesellschaft auch noch anwaltliche Mandate führt? Hier sind im Verwaltungsrat die nötigen Checks and Balances zu implementieren. Eine weitere wichtige Eigenschaft ist die Entscheidungsfähigkeit. Oft wird sie - zu Unrecht - dem Anwalt als ausschliesslichem Berater abgesprochen. Aber allein schon in der Stammdomäne, der Prozessführung nämlich, ist der sorgfältige Anwalt dauernd zu Entscheidungen gefordert, die er nicht delegieren kann (wie ist der Fall zu präsentieren?; welche Argumente werden in welcher Reihenfolge vorgetragen?). Aber auch die Tätigkeit als wirtschaftlicher Berater impliziert eine Vielzahl von Entscheidungen. Wem die Entscheidungsfreudigkeit fehlt, hat im VR grundsätzlich keinen Platz.

Ferner sollte der im VR gefragte Anwalt über ausgewiesene kommunikative Fähigkeiten verfügen. Spezielles Fingerspitzengefühl ist gefordert, wenn er zugezogen wird, um einen Generationenwechsel zu begleiten. Ebenso wichtig sind Konfliktfähigkeit und Krisenresistenz. Konflikte müssen offen ausgetragen werden. Und es ist vom Anwalt im Verwaltungsrat auch eine gewisse Robustheit zu erwarten. Nicht jeder Rückschlag darf schon zu Krisendiskussionen führen; ein Anwalt, der immer an der Notbremse herumspielt, lähmt dieses Gremium unnötig.

Wo aber bleibt die Branchenkompetenz? Sie ist nicht gefragt, denn diese Kompetenzen sind im Verwaltungsrat personell anderweitig abzusichern. Der Anwalt wird sich im Lauf seiner Verwaltungsrats-tätigkeit die erforderlichen Kenntnisse schon erwerben. Wesentlich ist in allen Fällen, dass vor Übertragung des Mandats zwischen Verwaltungsrat und Anwalt Klarheit besteht, mit welcher Erwartung das Mandat anvertraut wird. Wenn dies geklärt ist, soll es auch schriftlich festgehalten werden. Zu denken ist hier insbesondere an das Organisationsreglement. Dieses ist ebenso von Bedeutung, wenn es gilt, die Rahmenbedingungen der oben erwähnten kritischen konzerninternen Transaktionen zu definieren. - Besondere Fähigkeiten sind also beim Anwalt im Verwaltungsrat weiterhin gefragt, womit er, damit ausgestattet, weiterhin ein gesuchter Kandidat für dieses Gremium bleiben wird.



Der Markt für Verwaltungsräte

Gemäss Teledata/Orell-Füssli bestanden per 1. Juli 2006 insgesamt 333 069 Verwaltungs-ratsmandate, nämlich 81 917 Mandate als einziger Verwaltungsrat, 157 687 als Mitglied und 96 465 Präsidialmandate. Vom Total der Verwaltungsrats-mandate werden gerade 34 588 von Ausländern innegehalten, wobei erst noch praktisch die Hälfte dieser ausländischen Verwaltungsratsmandate durch Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz besetzt wurden. Dieser geringe Ausländeranteil überrascht doch ziemlich.*

* www.teledata.ch

16. November 2006

* Dr. Hansjörg Stutzer ist Partner bei Thouvenin Rechtsanwälte, Zürich, und hält verschiedene KMU-Verwaltungsratsmandate.

Beilage: Auszug NZZ vom 16. November 2006