

RECHT § SICHER



rechts BUSINESS
COACHING
ADVOKATUR **kraft**

SICHERHEIT BEI RECHTSFRAGEN IM GESCHÄFTSALLTAG

... IN PERSONALFRAGEN

DIE FREISTELLUNG SEITE 3

... IN FÜHRUNGSFRAGEN

PROTOKOLL BITTE! SEITE 5

... IN SICHERHEITSFRAGEN

**DIE AUFBEWAHRUNG
PERSONENBEZOGENER
GESCHÄFTSAKTEN
(TEIL 1)** SEITE 8

... IN STEUERFRAGEN

**«FALSCHER» RECH-
NUNGSLEGUNG** SEITE 11



PROTOKOLL BITTE!

Nicht nur der materielle Inhalt von Gesellschaftsbeschlüssen, sondern auch deren ordnungsgemässe Protokollierung ist in der Praxis von grosser Relevanz. So lassen sich einerseits unnötige Haftungsrisiken vermeiden. Zum anderen erhalten Behörden, Gerichte, Banken und Vertragspartner, aber auch potenzielle Erwerber in einem späteren Verkaufsfall, die Einblick in bestimmte Protokolle haben, einen positiven Eindruck von einer gut geführten Firma. Dieser Beitrag zeigt auf, was im Zusammenhang mit Protokollen besonders zu beachten ist, und gibt praktische Tipps.

■ Von Dr. Robert Bernet und Dr. Peter Kühn

Gesellschaftsrechtliche Vorgaben

Ob Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrats (VR) einer Aktiengesellschaft (AG) (bzw. der Geschäftsführung einer GmbH) oder Beschlüsse der Generalversammlung (GV) der Aktionäre (bzw. GmbH-Gesellschafterversammlung), das Gesetz regelt die Protokollierung nur rudimentär. Auch in Statuten und Reglementen finden sich selten weitergehende Regelungen.

Die Erfahrung zeigt, dass die Protokollvorschriften vor allem in kleineren Firmen oft nur ungenügend eingehalten werden. Dabei gelten die gesetzlichen Vorgaben unabhängig von der Grösse der Gesellschaft oder ihrer Organe und für die gesamte Dauer ihrer rechtlichen Existenz, mithin von der Eintragung im Handelsregister (HR) bis zum Abschluss der Liquidation oder Erlöschen infolge Fusion.

WICHTIGER HINWEIS

Auch in vollständig kontrollierten Schweizer Tochtergesellschaften eines Konzerns (z.B. Ein-Aktionärs-AG) müssen die Protokolle geführt werden.

Beweisfunktion

Die gesellschaftsrechtlichen Protokolle sind reine Privaturkunden (Beweisurkunden). Sie unterliegen der freien Beweiswürdigung durch den Richter. Die formelle Korrektheit und Klarheit der Aufzeichnungen sowie die gültige Unterzeichnung spielen dabei eine grosse Rolle und stärken die Vermutung, dass sich die protokollierten

Vorgänge so wie dargestellt abgespielt haben.

Verantwortlichkeitsansprüche

Massgebliche Bedeutung erlangen die Protokolle bei der Geltendmachung von zivil- oder strafrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen, wenn dem VR unsorgfältige Geschäftsführung oder sonst pflichtwidriges Handeln vorgeworfen wird.

WICHTIGER HINWEIS

Das VR- oder ggf. GV-Protokoll kann dem VR-Mitglied im Verantwortlichkeitsprozess den Nachweis ermöglichen, er habe die erforderliche Sorgfalt gewahrt, oder dem Anspruch stellenden Aktionär (im Konkursfall auch dem Gläubiger oder in Strafverfahren der Staatsanwaltschaft) den Beweis des Gegenteils.

Verletzungen der Protokollierungspflicht stellen zwar eine Sorgfaltspflichtverletzung dar, führen aber kaum zu unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen. Eine Verantwortlichkeitsklage gegen den VR bleibt regelmässig schon mangels Nachweises eines kausalen Schadens erfolglos.

Eine inhaltliche Falschprotokollierung kann eine Urkundenfälschung darstellen, jedenfalls bei Protokollen, die HR-Eintragungen zugrunde liegen.

Schriftlichkeit

Protokolle sind schriftlich zu führen. Video-, Tonband- oder sonstige akus-

tische oder virtuelle Aufzeichnungen und Datenträger (z.B. CD, DVD, USB-Stick, Cloud) genügen mangels Unterschriftsmöglichkeit nicht (sondern können mangels allseitigen Einverständnisses unerlaubte oder strafbare Eingriffe in die Privatsphäre darstellen).

Für bestimmte VR- oder GV-Beschlüsse (z.B. Kapitalerhöhungen) schreibt das Gesetz die öffentliche Beurkundung durch einen Notar vor.

PRAXISTIPP

Auch «Sitzungen» unter Verwendung elektronischer Mittel (VR-Telefon- oder Videokonferenz oder virtuelle «Online-GV») müssen protokolliert werden.

VR-Protokoll

Über die Verhandlungen und Beschlüsse des VR ist ein Protokoll zu führen, das vom Vorsitzenden und vom Sekretär (früher: Protokollführer) unterzeichnet wird. Auf die handelsrechtliche Unterschriftsberechtigung kommt es dabei nicht an.

PRAXISTIPP

Auch im Ein-Personen-VR ist ein Protokoll über die Entschlüsse des VR mit kurzer Begründung zu führen. Die Unterschrift des Einzel-VR muss hier genügen.

Das Protokoll dient als Nachweis der Verhandlungen und Beschlüsse des



VR, ist allerdings – ebenso wenig wie die Unterzeichnung – keine Voraussetzung für deren Gültigkeit.

In mehrköpfigen VRs sollten der Vorsitzende und der Sekretär nicht personengleich sein. Der Sekretär muss nicht dem VR angehören, es kann z.B. ein Mitarbeiter aus der eigenen Rechtsabteilung oder ein Anwalt, Notar oder Treuhänder sein. Die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur sorgfältigen und wahrheitsgetreuen Protokollierung trifft jedoch stets den Gesamt-VR, nicht den Sekretär.

PRAXISTIPP



In mehrköpfigen VR sollte neben dem Vorsitzenden eine andere Person als Sekretär das VR-Protokoll mitunterschreiben.

Für GmbH-Geschäftsführer besteht von Gesetzes wegen keine Protokollie-

rungspflicht. Allerdings ist ein schriftliches Protokoll im Hinblick auf Haftungsfragen empfehlenswert.

Inhalt

Das VR-Protokoll enthält die Firma, Ort, Datum (ggf. auch Zeit, Dauer) der Beschlussfassung sowie die Präsenz und muss gültig unterschrieben sein (s.o.). Anders als das GV-Protokoll ist das VR-Protokoll kein reines Beschlussprotokoll, sondern ein Beratungsprotokoll. Der Verlauf der Diskussionen ist summarisch zusammenzufassen, wortwörtliche Protokollierung hingegen nicht erforderlich. Das Protokoll wird üblicherweise in der Gegenwartsform abgefasst.

PRAXISTIPP



Auf dem schriftlichen Weg oder in elektronischer Form (E-Mail, Fax) gefasste Zirkularbeschlüsse können in das nächste VR-Protokoll aufgenommen werden.

Genehmigung und Korrektur

Obwohl nicht zwingend erforderlich, legt oftmals der VR-Präsident das letzte Protokoll an der nächsten Sitzung dem VR zur Genehmigung vor. Werden Korrekturen gewünscht, sind diese in das Protokoll der neuen Sitzung aufzunehmen oder können – bei Ablehnung des Korrekturbegehrens – als Protokollerklärung berücksichtigt werden.

Einsichtsrecht des VR

Abwesende VR-Mitglieder können sich anhand des Protokolls über die Geschäfte informieren und die Arbeit des Gesamtgremiums und damit auch ihr eigenes Haftungsrisiko kontrollieren. Das Protokoll sollte allen VR-Mitgliedern nachträglich zugestellt werden.

PRAXISTIPP



VR-Mitglieder haben ein jederzeitiges Einsichtsrecht in die Protokolle des VR und allfälliger Ausschüsse.

GV-Protokoll

Sämtliche (ausser-)ordentlichen GVs (bzw. GmbH-Gesellschafterversammlungen) sind zu protokollieren.

WICHTIGER HINWEIS



Bei der GmbH können Gesellschafterbeschlüsse auch schriftlich auf dem Zirkularweg gefasst werden (anders als bei der GV der AG).

Die Protokollierungspflicht gilt auch, wenn es lediglich einen einzigen Aktionär gibt, sowie bei den in der Praxis häufigen Universalversammlungen, wenn sämtliche Aktionäre anwesend oder vertreten sind.

WICHTIGER HINWEIS



Die Universalversammlung gestattet die Abhaltung der GV ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Frist und Formvorschriften, dispensiert aber nicht von der Protokollierung.

Grundsätzlich sorgt der VR für die Führung des GV-Protokolls. Das GV-Protokoll wird in der Regel vom Vorsitzenden der GV und vom Protokollführer unterzeichnet, der weder Aktionär noch VR-Mitglied oder -Sekretär zu sein braucht und z.B. Arbeitnehmer der Gesellschaft oder ein externer Dritter sein kann.

Protokollfehler oder unterbliebene Protokollierung führen nicht zur Nichtigkeit der Beschlüsse und Wahlen der GV.

Inhalt

Das GV-Protokoll enthält (i) allgemeine Angaben wie Firma, Ort, Datum und Art der Versammlung, (ii) Präsenz und Vertretungsverhältnisse (einschliesslich allfällige Organ-, unabhängige Stimmrechts- und Depotvertreter), (iii) Beschlüsse und Wahlergebnisse, (iv) Auskunftsbegehren und erteilte Auskünfte sowie (v) Erklärungen «zu Protokoll».

PRAXISTIPP



Die für die Einleitung einer Sonderprüfung erforderliche vorgängige Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts durch den Aktionär kann mittels des GV-Protokolls nachgewiesen werden.

Protokollerklärungen können etwa den Einspruch eines Aktionärs gegen die Teilnahme unberechtigter Personen an der GV beinhalten, aber auch sonst für spätere Beschlussanfechtungen oder Verantwortlichkeitsklagen relevant sein.

Die an der GV geführten Debatten müssen – vorbehaltlich statutarischer Anforderungen oder Anordnung des Vorsitzenden – nicht protokolliert werden (reines Beschlussprotokoll).

Genehmigung und Korrektur

Von Gesetzes wegen sind GV-Protokolle nicht von der nächsten GV zu genehmigen, obschon dies mitunter als erstes Traktandum geschieht. Hierdurch kann sich die Beweiskraft des Protokolls erhöhen. Jedenfalls die Verlesung des Protokolls ist in der Praxis unüblich. Das GV-Protokoll kann vom VR jederzeit korrigiert oder ergänzt werden. Aktionäre können gleichwohl die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit eines GV-Protokolls nachweisen.

Einsichtsrecht der Aktionäre

Das GV-Protokoll kann von den Aktionären (und Partizipanten) jederzeit am Sitz der Gesellschaft persönlich eingesehen werden.

PRAXISTIPP



Eine Pflicht des VR zur Veröffentlichung oder Zustellung einer kostenlosen Kopie des GV-Protokolls an die Aktionäre besteht nach geltendem Recht nicht.

GV-Protokolle sind abgesehen von regulatorischen, steuerlichen Vorgaben oder HR-Anmeldungen nicht bei Behörden oder dem HR einzureichen.

Aufbewahrung

Protokolle sind Geschäftsbücher. Sie müssen sicher und vertraulich aufbewahrt werden. Elektronische Aufbewahrung ist möglich, wenn der Protokollinhalt authentisch bleibt und jederzeit wieder lesbar gemacht werden kann.

WICHTIGER HINWEIS



Die allgemeine Aufbewahrungsfrist für Protokolle beträgt zehn Jahre ab Ablauf des Geschäftsjahrs (für Steuerzwecke gelten teils längere Fristen).

Protokollauszüge

HR-Einträge und die ihnen zugrunde liegenden Belege (also auch die eingereichten VR- und GV-Protokolle) sind öffentlich.

PRAXISTIPP



Besteht die Gefahr, dass Geschäftsgeheimnisse oder sensitive Personendaten mitveröffentlicht würden, empfiehlt sich die Einreichung von lediglich Protokollauszügen als Belege für HR-Anmeldungen.

Solche Protokollauszüge sind vom Vorsitzenden des beschliessenden Organs und vom Protokollführer zu unterzeichnen. Ein Protokoll(-Auszug) des VR oder der GmbH-Gesellschafterversammlung ist entbehrlich, wenn die HR-Anmeldung von sämtlichen Mitgliedern dieses Organs unterzeichnet ist, womit ein Zirkularbeschluss vorliegt.

AUTOREN



Dr. Robert Bernet, LL.M. ist Rechtsanwalt, Partner und Co-Head des Corporate/M&A-Teams bei VISCHER.



Dr. Peter Kühn, LL.M. ist Rechtsanwalt und Counsel im Corporate/M&A-Team bei VISCHER.