



MEMORANDUM

Der Beirat aus Sicht der Public Corporate Governance

Ergänzung zum Rechtsgutachten zur Motion 103 des Stadtrates «Überprüfung der Rechtsform der Aktiengesellschaften im städtischen Alleinbesitz»

zu Handen

Stadt Luzern, Finanzdirektion, Hirschengraben 17, 6002 Luzern

Prof. Dr. Roland Müller / Dr. Peter Kuratli / M.A. Isabel Wagner

17. Mai 2023

I. FRAGESTELLUNG

In Ergänzung des Rechtsgutachtens zur Motion 103 des Stadtrates Luzern betr. «Überprüfung der Rechtsformen der Aktiengesellschaften im städtischen Alleinbesitz» werden nachfolgend die Grundlagen zum gesellschaftsrechtlichen Instrument des Beirats dargelegt. Darauf aufbauend soll die Frage geklärt werden, ob der Einsitz von Mitgliedern des grossen Stadtrats der Stadt Luzern in einem entsprechenden Beirat im Hinblick auf deren Funktion als Oberaufsicht problematisch sein könnte.

II. RECHTLICHES

A. GRUNDLAGEN ZUM INSTRUMENT DES BEIRATS

1. Aufgaben und Kompetenzen von Beiräten

Bei einem «Beirat» handelt es sich um einen Sammelbegriff für ein freiwillig gebildetes Gremium, welches eine Vielzahl unterschiedlicher Aufgaben und Funktionen wahrnehmen kann.¹ Eine gesetzliche Definition des Beirats findet sich im Aktienrecht nicht.² Das Gesetz beschränkt sich vielmehr darauf, gewisse Vorgaben für börsenkotierten Gesellschaften vorzusehen (insbesondere im Zusammenhang mit der Vergütung der Beiratsmitglieder). Die feh-

¹ KAUFMANN, Funktionen und rechtliche Stellung von Beiräten auf strategischer Führungsebene, in: Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Band 17, S. 91.

² MÜLLER/PLÜSS/LIPP, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. A., S. 97.

lende gesetzliche Normierung hat den entscheidenden Vorteil, dass Unternehmen ein grosser Gestaltungsspielraum bei der Einsetzung eines Beirats zukommt und dieser nach den konkreten Bedürfnissen des Unternehmens flexibel ausgestaltet werden kann.

In der Regel besteht ein Beirat mehrheitlich aus unternehmensexternen Personen, wobei der Einsitz eines Verwaltungsratsmitglieds oder eines Mitglieds der Geschäftsleitung im Hinblick auf eine Bindegliedfunktion allenfalls sinnvoll sein kann. Welche Personen konkret in einem Beirat Einsitz nehmen sollten, hängt massgeblich vom festgelegten Aufgabenbereich des Beirats ab. Die Motive für die Implementierung eines Beirats sind dabei sehr vielfältig, und können beispielsweise im Wunsch nach externer Fachkompetenz und Erfahrung, nach Selbstdisziplinierung des Unternehmens (kritische Hinterfragung der Ideen und Ansichten der Unternehmensleitung), nach Professionalisierung und Versachlichung (Beratung ohne eigene Interessen) oder auch zur Netzwerk- und/oder Imageförderung liegen. Beiräte üben damit typischerweise konsultative Funktionen aus und stehen der obersten Führungsebene bei strategischen Entscheidungen beratend zur Seite. Darüber hinaus ist es auch möglich, Beiräten gewisse Geschäftsführungsfunktionen zu übertragen. Dies kann jedoch bisweilen aus haftungsrechtlicher Sicht problematisch sein, weshalb bei der Übertragung von Geschäftsführungsfunktionen besondere Vorsicht geboten ist (siehe nachfolgend Kap. II A 3).³

Obwohl das Gesetz keine Vorgaben zum Organisationsgrad eines Beirats macht, empfiehlt es sich, eine gewisse Institutionalisierung vorzusehen, da der Beirat seine Aufgaben nur dann wirksam wahrnehmen kann, wenn er sich mit den unternehmerischen Problemen laufend auseinandersetzt. Hierbei sollte auf eine zweckmässige Organisation betreffend Frequenz der Sitzungen, formale Einberufung und Traktandierung sowie Protokollführung geachtet werden.⁴ Ist das Unternehmen hingegen nur an einer vorübergehenden Beratung (z.B. für ein bestimmtes Problem) interessiert, so wäre zu prüfen, ob allenfalls ein anderes Instrument, wie der Beizug eines externen Beratungsunternehmens oder die Einsetzung eines Ausschusses etc., den Bedürfnissen der Gesellschaft besser gerecht werden kann.⁵

2. Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen zur Implementierung eines Beirats

Zur Implementierung eines Beirats sind – ausser bei börsenkotierten Gesellschaften – keine speziellen Bestimmungen in den Statuten erforderlich, wobei es dem Unternehmen aufgrund der auch im Aktienrecht geltenden Privatautonomie selbstredend freisteht, die Einsetzung eines Beirats in den Statuten selbst vorzusehen. Die Errichtung des Beirats kann folglich, solange es sich um ein reines Konsultativgremium handelt, entweder durch die Generalversammlung oder, was der häufigere Fall sein dürfte, direkt durch den Verwaltungsrat gestützt auf dessen Organisationskompetenz gemäss Art. 716 Abs. 1 Ziffer 2 OR erfolgen.⁶ Handelt es

³ BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. A., S. 1501; KAUFMANN, a.a.O., S. 44 ff. und S. 91.

⁴ KAUFMANN, a.a.O., S. 97.

⁵ Vgl. hierzu die Checkliste von MÜLLER im Anhang.

⁶ KAUFMANN, a.a.O., S. 35 ff.; BÖCKLI, a.a.O., S. 1501.

sich beim Beirat hingegen (auch) um ein Entscheidgremium, ist dieses als zusätzliches Organ in den Statuten vorzusehen und damit von der Generalversammlung zu bestellen. Es dürfen dabei jedoch keine Aufgaben übertragen werden, welche von Gesetzes wegen einem der anderen Organe zukommen.⁷ Unabhängig davon ist es auch möglich, die Einsetzung eines Beirats im Sinne eines allgemeinen unternehmerischen Ziels (z.B. zur Förderung von Nachhaltigkeitsbestrebungen) oder als Vorgabe zur Unternehmensführung (z.B. zum Zweck der Selbstkontrolle) in einer Eignerstrategie vorzusehen (vgl. Art. 6 Beteiligungsreglement, BR, sRSL 0.5.1.1.3).

Die Regelung des Beirats im Organisationsreglement und/oder in einem eigenen Reglement ist damit zwar grundsätzlich nicht zwingend,⁸ dennoch empfiehlt es sich in jedem Fall, die Rahmenbedingungen des Beirats reglementarisch festzuhalten. Die Einführung eines selbstständigen Reglements weist dabei viele Vorteile auf, wie beispielsweise die klare Umschreibung der Kompetenzen und Aufgaben, der Zusammensetzung, der Arbeitsweise, der Vergütung sowie der Sorgfaltspflichten des Beirats beziehungsweise von dessen Mitgliedern, was einerseits einer effizienten Aufgabenwahrnehmung dient und andererseits auch aus haftungsrechtlicher Sicht zu begrüssen ist (siehe sogleich).⁹

3. Haftungsrisiken von Beiräten

Art. 754 OR unterstellt sowohl die rechtmässig bestellten (z.B. Verwaltungsrat und Geschäftsführung) als auch die faktischen Organe, die mit der Geschäftsführung oder Liquidation befasst sind, der Haftung für den Schaden, den sie in schuldhafter Pflichtverletzung verursacht haben. Es haftet dabei nicht das Gremium, sondern stets die einzelne Person.¹⁰

Wird der Beirat folglich auf Grundlage einer entsprechenden Statutenbestimmung als eigenes Organ mit Entscheidkompetenz bestellt, untersteht er zweifellos dem Regime von Art. 754 OR. Hingegen kann auch ein als rein konsultativ angedachter Beirat unter die Verantwortlichkeit von Art. 754 OR fallen. Dann nämlich, wenn er im Sinne eines faktischen Organs nicht nur beratend, sondern auch entscheidend tätig wird.¹¹

Unter einem faktischen Organ werden nicht ordentlich gewählte Personen verstanden, die sich in die Führung der Geschäfte einschalten und sich dabei im Bereich der Geschäftsführung massgebend und in organotypischer Weise verhalten. Ebenso kann Personen im Hintergrund, die ähnlich auf die Willensbildung der Exekutive Einfluss nehmen, eine faktische Organschaft zukommen.¹² Nach der Definition des Bundesgerichts sind faktische Organe Personen, «die

⁷ MEIER-HYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., S. 519.

⁸ Ausgenommen sind Fälle, in welchen gestützt auf Art. 716b Abs. 1 OR Aufgaben der Geschäftsführung übertragen werden sollen, was im Organisationsreglement entsprechend vorzusehen ist.

⁹ Ein Musterreglement findet sich bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, a.a.O., Band II, S. 1089 ff. (vgl. Anhang).

¹⁰ BÖCKLI, a.a.O., S. 2279.

¹¹ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, a.a.O., Band I, S. 97.

¹² BÖCKLI, a.a.O., S. 2280.

tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen».¹³ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es in jedem Fall erforderlich (aber nicht ausreichend), dass die als faktisches Organ handelnde Person aufgrund ihrer effektiven Entscheidungsgewalt in der Lage ist, den durch die Pflichtverletzung eingetretenen Schaden zu verhindern.¹⁴ Die Grenze zur faktischen Organschaft wird überschritten, wenn die Kompetenzen «wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen und sich zu einer massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten». Sowohl natürliche als auch juristische Personen können auf die beschriebene Weise in die Führung einwirken und damit von der Organhaftung erfasst werden.¹⁵

Um eine Haftung von Beiratsmitgliedern zu vermeiden, ist es daher zu empfehlen, reglementarisch explizit festzuhalten, dass der Beirat nur beratend tätig ist und Beschlüsse des Beirats lediglich als Empfehlungen an den Verwaltungsrat zu qualifizieren sind.¹⁶ Darüber hinaus sollte eine ordnungsgemässe Protokollierung der Beiratssitzungen erfolgen, wobei darauf zu achten ist, dass an den entsprechenden Sitzungen keine Entscheide über die Geschäfte der Gesellschaft gefällt werden. Schliesslich sollten Beiratsmitglieder nicht zu Verwaltungsratsitzungen eingeladen werden. Hingegen kann es sinnvoll sein, dass Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung an den Sitzungen des Beirats teilnehmen (vgl. oben erwähnte Bindegliedfunktion).

4. Zwischenfazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Einsetzung eines Beirats eine gute Möglichkeit sein kann, um ein Unternehmen bei den verschiedensten Aufgaben zu unterstützen. Aufgrund der nur marginalen gesetzlichen Vorgaben profitieren Unternehmen dabei von einer hohen Flexibilität und können den Tätigkeitsbereich des Beirats auf ihre konkreten Bedürfnisse anpassen. Um ein wirksames und effizientes Tätigwerden des Beirats zu gewährleisten, empfiehlt es sich, die Aufgaben und Kompetenzen sowie die konkrete Arbeitsweise in einem eigenen Reglement festzuhalten. Weiter sollte darauf geachtet werden, dass der Beirat nur beratend und nicht entscheidend tätig wird, wenn eine Haftung nach Art. 754 OR vermieden werden soll.

¹³ BGE 107 II 349 E. 5a.

¹⁴ BGer 4A_268/2018 E. 5.

¹⁵ BÖCKLI, a.a.O., S. 2280.

¹⁶ KAUFMANN, a.a.O., S. 95.

B. ZUSAMMENSETZUNG DES BEIRATS AUS SICHT DER PUBLIC CORPORATE GOVERNANCE

1. Ausgangslage

Gemäss Art. 30 der Gemeindeordnung (GO, sRSL 0.1.1.1.1) übt der Grosse Stadtrat die Oberaufsicht über die Stadtverwaltung aus. Es stellt sich damit die Frage, ob der Einsitz eines Stadtrats im Beirat einer Aktiengesellschaft im städtischen Alleinbesitz allenfalls aus Sicht der Public Corporate Governance problematisch sein könnte.

Hierzu kann zunächst festgehalten werden, dass der Einsitz in einem Beirat für Mitglieder des Grossen Stadtrats zumindest nicht von vorneherein ausgeschlossen ist. Namentlich sieht weder das Gemeindegesetz (GG, SRL 150), noch die Gemeindeordnung (GO, sRSL 0.1.1.1.1) noch das Geschäftsreglement des Grossen Stadtrates (GeschRL, sRSL 0.3.1.1.1) eine entsprechende Unvereinbarkeit vor, welche eine Aufgabenübernahme in einem Beirat gesetzlich ausschliessen würde. Der Einsitz in einem Beirat erscheint deshalb insbesondere dann möglich und eher unproblematisch, wenn der Beirat lediglich im Sinne eines Expertengremiums beratend tätig ist und ihm keine Entscheidungsbefugnisse – weder statuarisch noch faktisch – eingeräumt werden. Dennoch kann es unter Umständen auch im Zusammenhang mit Beiratsmandaten zu Interessenskollisionen kommen, was es zu verhindern gilt (siehe sogleich).

Unabhängig davon ist zu bemerken, dass in jedem Einzelfall vorab geklärt werden sollte, welche fachlichen und persönlichen Anforderungen die Beiratsmitglieder jeweils mitbringen müssen, um den konkret umschriebenen Aufgabenbereich des Beirats optimal erfüllen zu können (z.B. Vorliegen bestimmter Fachexpertise). Der Einsitz eines bestimmten Mitglieds des grossen Stadtrats allein gestützt auf sein politisches Amt dürfte daher mit Blick auf die Grundkonzeption des Beirats als Expertengremium in der Regel wenig sinnvoll sein.

2. Vermeidung von Interessenskonflikten

Ist der Einsitz eines Mitglieds des grossen Stadtrats aufgrund seiner persönlichen und fachlichen Fähigkeiten in einem Beirat gewünscht, so muss sichergestellt werden, dass keine Interessenskonflikte bestehen bzw. entstehen. Hierfür ist es entscheidend, dass die Interessenbindungen offengelegt werden und die betroffenen Ratsmitglieder nach Bedarf in den Ausstand treten.

Gemäss Art. 43a Abs. 1 GeschRL hat jedes Ratsmitglied die Geschäftsleitung schriftlich zu informieren über: a) seine berufliche Tätigkeit (Arbeitgeber/in); b) Verwaltungsratsmandate; c) Organstellung in juristischen Personen (Vorstand in Vereinen und Genossenschaften, Stiftungsratsmandate usw.). Änderungen sind zu Beginn jedes Kalenderjahres anzugeben (Art. 43a Abs. 2 GeschRL). Hieraus folgt e contrario, dass der Einsitz in einem rein konsultativen Beirat grundsätzlich nicht offengelegt werden muss, da solchen Beiräten keine Organ-

stellung zukommt.¹⁷ Dies ist jedoch durchaus kritisch zu sehen, denn wie beschrieben, sind Unternehmen in der Aufgabenerteilung an Beiräte äusserst flexibel und die Grenzen zur faktischen Organschaft teilweise fließend. Im entsprechenden Offenlegungsartikel des Kantonsratsgesetzes ist sodann explizit die Offenlegung von Beiratsmandaten vorgeschrieben (§ 49a Abs. 1 lit. b KRG, SRL 30). Sollte daher die Implementierung von Beiräten, welche (zumindest teilweise) durch Mitglieder des Grossen Stadtrats besetzt werden sollen, tatsächlich in Erwägung gezogen werden, so wäre dringend zu empfehlen, die Offenlegungsbestimmung in Art. 43a Abs. 1 GeschRL dahingehend zu ergänzen.¹⁸ Umgekehrt ist auch aus Sicht der Aktiengesellschaft darauf zu achten, dass keine Personen in den Beirat gewählt werden, welche regelmässig einen potentiellen Interessenskonflikt aufweisen.

Liegt ein Interessenskonflikt vor, so hat die betroffene Person in den Ausstand zu treten (Art. 55 GO; Art. 42 GeschRL).

3. Zwischenfazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Einsitz von Mitgliedern des Grossen Stadtrates in einem Beirat in einer Aktiengesellschaft im städtischen Alleinbesitz zwar möglich, jedoch nicht zwingend sinnvoll ist. Verfügt ein Ratsmitglied hingegen über die gewünschten Fähigkeiten, so steht es grundsätzlich auch Ratsmitgliedern frei, ein entsprechendes Beiratsmandat anzunehmen. Dies ist umso unproblematischer, als sich der Beirat auf rein konsultative Aufgaben beschränkt. Allerdings ist aus Sicht einer «Good Governance» unabhängig vom konkreten Aufgabenbereich des Beirats zu empfehlen, das Mandat offenzulegen und so Interessenskonflikte von Vorneherein zu vermeiden.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Beiräte können in einem Unternehmen wertvolle Hilfsfunktionen wie beispielsweise Beratung oder Vernetzung wahrnehmen. Unternehmen profitieren dabei von einer grossen Gestaltungsfreiheit in Bezug auf die Aufgabenübertragung und Arbeitsweise des Beirats. Allerdings sollte dabei stets beachtet werden, dass dem Beirat keine Aufgaben zugeteilt werden, welche von Gesetzes wegen einem (anderen) Organ vorbehalten sind. Insbesondere aus haftungsrechtlicher Sicht ist es daher zu empfehlen, die Aufgaben und Kompetenzen klar abzugrenzen und in einem eigenen Reglement schriftlich festzuhalten. Hierbei können zudem Vorgaben zur Zusammensetzung sowie zur Arbeitsweise und zur Vergütung des Beirats geregelt werden. Neben der statutarischen und reglementarischen Normierung des Beirats ist es auch möglich, die Einsetzung eines Beirats als allgemeines unternehmerisches Ziel bzw. als Vorgabe zur Unter-

¹⁷ Wird der Beirat hingegen auf der Grundlage einer entsprechenden Statutenbestimmung als Organ konstituiert, haben die Beiratsmitglieder ihr Mandat gestützt auf Art. 43a Abs. 1 lit. c GeschRL offenzulegen.

¹⁸ Allgemein kann bemerkt werden, dass die Ergänzung von Art. 43a Abs. 1 GeschRL auch dann sinnvoll wäre, wenn auf die Einsetzung von Beiräten in Aktiengesellschaften im städtischen Alleinbesitz verzichtet wird, da eine Interessenskollision auch bei Beiräten privater Unternehmen auftreten kann.

nehmensführung in einer Eignerstrategie vorzusehen. Um eine Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR zu vermeiden, sollte sich der Beirat auf eine rein konsultative Funktion beschränken.

Aus Sicht der Public Corporate Governance kann festgestellt werden, dass Mitglieder des Grossen Stadtrates trotz ihrer Aufgabe der Oberaufsicht bei entsprechender Fachexpertise durchaus als Mitglieder für Beiräte in Aktiengesellschaften im städtischen Alleinbesitz in Frage kommen.¹⁹ Allerdings ist dringend zu empfehlen, Beiratsmandate offenzulegen, um Interessenskonflikte vermeiden zu können. Vor diesem Hintergrund sollte Art. 43a Abs. 1 GeschRL analog zur Regelung auf Kantonsratsebene (§ 49a Abs. 1 lit. b KRG) ergänzt werden. Damit ein Beirat auch tatsächlich wirkungsvoll tätig werden kann, sollte zudem in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die Einsetzung eines Beirats im jeweiligen Unternehmen sinnvoll ist und welchen Mehrwert dieser für die konkrete Gesellschaft erbringen kann. Hierfür ist es empfehlenswert, für jedes in Frage kommende Unternehmen die im Anhang beigelegte Checkliste durchzugehen, welche sich in der Praxis als gute Entscheidungshilfe bewährt hat.

Anhang

- Checkliste zur Implementierung eines Beirats (Anhang I)
- Musterreglement (Anhang II)

¹⁹ Als Beispiel für die erfolgreiche Implementierung eines Beirats kann der Beirat der Olma Messen St.Gallen genannt werden, welcher aus Expertinnen und Experten besteht und zur fachlichen Beratung der Olma Messen eingesetzt wird. Ebenso ist es möglich, einen Beirat zu einem bestimmten Thema einzusetzen, wie beispielsweise der Nachhaltigkeitsbeirat der Basellandschaftlichen Kantonalbank.