

Informationsschreiben an KMU

Vom Protokollieren

Grundsätzliches

Rechtliche Vorgänge müssen im Streitfall bewiesen werden. Dieser Beweis wird unter anderem erbracht durch schriftliche Dokumente, insbesondere Protokolle. Für die Praxis stellt sich dabei das Problem, was genau zu protokollieren ist und welche Detaillierung ein Protokoll aufweisen sollte. Dies gilt nicht nur für Generalversammlungs- und Verwaltungsratsprotokolle von Aktiengesellschaften, sondern auch für Protokolle der übrigen Kapitalgesellschaften sowie generell für rechtsrelevante Protokolle. Aus diesem Grund skizziert das vorliegende Informationsschreiben, welchen Detaillierungsgrad Protokolle haben sollen und stellt eine Checkliste für die wesentlichen Inhalte eines Protokolls zur Verfügung.

GV-Protokolle bei der AG

Das Gesetz verlangt, dass der Ablauf einer Generalversammlung protokolliert wird. Es gehört zu den Pflichten des Verwaltungsrates, die Führung des Protokolls anlässlich der Generalversammlung sicherzustellen. Der Protokollführer wird dabei vom Vorsitzenden bestimmt und braucht nicht Aktionär zu sein, es kann namentlich ein Angestellter der Gesellschaft oder ein Dritter sein (so Dreifuss/Lebrecht, KSP Basel 1994, N. 26 zu Art. 702 OR). Generell wird unterschieden zwischen einem *Beschlussprotokoll* und einem *Verhandlungsprotokoll*: das Protokoll der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft ist ein *Beschlussprotokoll*, welches im Wesentlichen die Anträge und die Ergebnisse der Abstimmungen und Wahlen wiedergibt. Das Stimmenverhältnis und die Feststellung des Ergebnisses wird vorgängig zur Protokollierung durch den Vorsitzenden festgestellt. Die Debatten sind, da es sich um ein Beschlussprotokoll handelt, *nicht zu protokollieren*, es sei denn, dies werde durch die Statuten angeordnet oder von Aktionären verlangt. In streitigen Verhältnissen oder bei streitigen Trak-

tanden ist ein ausführlicheres Protokoll mit detaillierten Angaben zu empfehlen, welche den Beweiswert des Protokolls erhöhen (etwa durch Beigabe der Stimmzettel, vgl. Dreifuss/Lebrecht, a.a.O., N. 26 zu Art. 702 OR).

Vom Inhalt eines GV-Protokolls

Das Protokoll der Generalversammlung ist als solches zu kennzeichnen, hat den Namen der Gesellschaft, Ort und Datum der Versammlung zu enthalten und ist vom Vorsitzenden und Protokollführer zu unterzeichnen. Das Gesetz enthält detaillierte Vorschriften darüber, was als gesetzlich vorgeschriebenes Minimum zu gelten hat (Art. 702 Ab. 2 OR). Dazu sind zu zählen:

- Detaillierte Angaben über die Ausübung der institutionellen Stimmrechtsvertretung;
- Das Ergebnis der Wahlen und Abstimmungen;
- Begehren um Auskunft von Aktionären (und Partizipanten, soweit statutarisch vorgesehen) und die darauf erteilten Antworten;
- Zu Protokoll gegebene Erklärungen von Aktionären.

Die Vorschriften über den Minimalinhalt des Protokolls sind zwingend, können aber durch die Statuten ergänzt werden. Zweckmässig ist das Festhalten durch den Protokollführer, dass die Formalitäten der Einberufung alle eingehalten worden, keine Traktandierungsbegehren eingegangen und dass in der Generalversammlung keine eigenen Aktien, auch nicht solche, die Tochtergesellschaften gehören, vertreten worden sind, und schliesslich, dass beim Entlastungsbeschluss all jene, die in irgend einer Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, das Stimmrecht nicht ausgeübt haben (so Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A. Zürich 1996, RZ 1318).

Frist und weitere Behandlung

Das Gesetz enthält keine Frist für die Erstellung des Protokolls und damit für den Beginn der Einsichtnahme. Es fehlt im Gesetz der Hinweis, das Protokoll über die Beschlüsse müsse "unverzüglich" erstellt werden, weshalb in der Praxis manchmal Verschleppungen über Monate, ja bis in den Einberufungszeitraum der nächstfolgenden Generalversammlung festzustellen sind (so Böckli, a.a.O., RZ 1319a). Die Lehre nennt für die Erstellung und Bereinigung des Protokoll einen Zeitraum von 20 Tagen nach der Versammlung (so v. a. Böckli, a.a.O.). Anschliessend haben die Aktionäre ein *Recht auf Einsicht in das Protokoll*, einen Anspruch auf Aushändigung einer vollen Kopie haben sie allerdings nicht. Immerhin muss auf Ersuchen hin der Wortlaut jener Teile des Protokolls in beglaubigter Abschrift ausgehändigt werden, die Grundlage einer Klage sein könnten (so Böckli, a.a.O., RZ 1319).

Der Vorsitzende einer Generalversammlung kann die Verwendung von Tonbandgeräten zur Aufnahme der Verhandlung anordnen oder zulassen. Die Verwendung eines Tonbandes muss dabei bekanntgegeben werden, um einen Verstoß gegen Strafbestimmungen (Art. 179^{bis} StGB) auszuschliessen. Sollte der Hinweis vergessen gehen, bewirkt die unerlaubte Benutzung aber nicht die Anfechtbarkeit der Beschlüsse der Generalversammlung. Es besteht keine gesetzliche Pflicht oder ein Recht, über die Genehmigung des GV-Protokolls abzustimmen. Oft wird das Protokoll allerdings in der nächsten Generalversammlung formell genehmigt, was die Beweiskraft des Protokolls erhöhen mag (so ausdrücklich Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 220). Das Protokoll kann jedoch jederzeit ergänzt oder berichtigt werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit bleibt den Aktionären in jedem Fall vorbehalten, selbst wenn eine Amtsperson mit der Protokollführung betraut wurde. Schliesslich sind die Protokolle der Generalversammlung *aufzubewahren*. Umstritten ist, ob die in Art. 962 OR vorgesehene Zehnjahresfrist sinngemäss Anwendung findet oder ob die Aufbewahrungspflicht bis zur Löschung der Gesellschaft dauert. Die wohl herrschende Lehre nimmt an, dass die zehnjährige Aufbewahrung eines Protokolls genügt. In der Praxis empfiehlt sich jedoch, sämtliche Generalversammlungsprotokolle aufzubewahren, um sie insbesondere in einem Prozess greifbar zu haben.

Verwaltungsratsprotokolle

Das Protokoll des Verwaltungsrates ist das "Gedächtnis" der Gesellschaft und dient zum Nachweis über die Beschlüsse und Verhandlungen des Verwaltungsrates. Gegenüber den abwesenden Verwaltungsratsmitgliedern erfüllt es eine Aufklärungs- und Kontrollfunktion und ist für die Beurteilung der ordnungs- und pflichtgemässen Geschäftsführung im Verantwortlichkeitsfall innerhalb des Verwaltungsrates und gegenüber Aktionären und Gläubigern von grundlegender Bedeutung (so Wernli, KSP, Basel 1994, N. 25 zu Art. 713 OR). Die Führung des Protokolls ist zusammenfassend eine bedeutsame Aufgabe und darf in ihrer Wichtigkeit nicht unterschätzt werden, zumal sie auch die Kontrolle gefasster Beschlüsse sowie insbesondere deren Vollzug ermöglichen und einen entscheidenden Beitrag zur Klärung von Schuld- bzw. Ausschlussfragen bezüglich Verantwortlichkeitsansprüchen liefern können. Aus diesem Grund besteht ein *grundlegender Unterschied zum GV-Protokoll*: in das Protokoll aufgenommen werden Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrates. Mit andern Worten sind auch abweichende Meinungen, Proteste und dergleichen zu protokollieren.

Der Verwaltungsrat ist als Kollegium zur sorgfältigen und wahrheitsgetreuen Protokollierung verpflichtet und dafür verantwortlich. Über die Verhandlungen und Beschlüsse des Verwaltungsrates ist daher ein Protokoll zu führen, das vom Vorsitzenden und vom Sekretär zu unterzeichnen ist. Obwohl heute keine ausdrückliche Pflicht zur Protokollführung im Einmannverwaltungsrat mehr besteht, ergibt sich aus der Funktion und dem Zweck des Protokolls, insbesondere im Hinblick auf seine Beweisfunktion im Verantwortlichkeitsfall, dass auch der Einmannverwaltungsrat ein Protokoll über seine Beschlüsse zu führen hat (so statt vieler Wernli, a.a.O., RZ 29 zu Art. 713 OR).

In das Protokoll aufzunehmen sind, wie bereits erwähnt, die *Verhandlungen* und *Beschlüsse* des Verwaltungsrates. Dabei ist es möglich, ein wörtliches Protokoll, ein Kurzprotokoll oder ein Verhandlungs-/Beschlussprotokoll zu fassen. Um dem Zweck der Protokollführung zu genügen, müssen mindestens folgende Angaben enthalten sein:

- Name der Gesellschaft;
- Art der Sitzung;
- Datum, Zeit und Ort der Sitzung;
- Anwesende und ihre Funktion;
- Traktanden;
- Verhandlungen und Beschlüsse;
- Unterschrift des Präsidenten und des Sekretärs.

In der Praxis hat sich zudem die Auflistung von Abwesenden, eventuell mit der Angabe "entschuldigt" bzw. "unentschuldigt" als vorteilhaft erwiesen (so Müller/Lipp/Plüss, *Der Verwaltungsrat*, 2. A. Zürich 1999, S. 159). Um den Überblick über die Vollständigkeit der Protokolle des Verwaltungsrates zu erleichtern, hat sich eine jahresweise Nummerierung sehr bewährt (z.B. Protokoll 03/2001). Bei der Kommentierung der Traktanden, Verhandlungen und Beschlüsse bewährt sich eine *Dreiteilung* (so Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 159 ff.): vorerst wird die Ausgangslage dargestellt, dann folgt ein allfälliger Diskussionsteil, wobei zumindest Art und Umfang der Diskussion in Kurzform wiederzugeben sind. In Bezug auf Kritiken oder Hinweise auf Risiken empfiehlt sich eine genaue Protokollierung mit Angabe der Namen der votierenden. Schliesslich sind die Beschlüsse bzw. Ergebnisse festzuhalten: dabei ist der Entscheid in der Sache möglich, aber auch der Beschluss, die ganze Angelegenheit zu vertagen oder vorerst weitere Abklärungen zu treffen, was ins Protokoll aufzunehmen ist. Zusätzlich kann eine separate Pendenzenliste geführt werden. Kommt es zu einem materiellen Beschluss, so ist das Stimmenverhältnis anzugeben, Stimmenthaltungen sind ebenfalls zu protokollieren.

Jeweils an der nächsten Sitzung sollte das Protokoll der letzten Sitzung des Verwaltungsrates besprochen und durch einen Beschluss genehmigt werden, wobei die kommentarlose Ablehnung nichts nützt, da die Ablehnungsgründe auf diese Weise nicht bekannt werden (so Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 161). Da das Protokoll interne Gesellschaftsangelegenheiten behandelt, ist es gegenüber Dritten geheim zu halten und an einem sicheren Ort aufzubewahren. Die Lehre hält dafür, dass das Protokoll der zehnjährigen Aufbewahrungspflicht ebenso unterliegt wie im Prozess der Editions- und Herausgabepflicht (vgl. Wernli, a.a.O., N. 36 zu Art. 713 OR).

Inbesondere zum Zirkulationsbeschluss

Der Zirkulationsbeschluss zeichnet sich dadurch aus, dass eine Beschlussfassung mög-

lich wird, ohne dass die Verwaltungsräte persönlich zu einer Sitzung zusammen kommen (und über die Verhandlungsgegenstände debattieren). Der Zirkulationsbeschluss ist in der Generalversammlung unzulässig, hingegen bei Verwaltungsratsentscheidungen ist er zugelassen und bietet sich vor allem in Routineangelegenheiten und Fällen an, bei denen eine erhöhte zeitliche Dringlichkeit besteht (so Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 161). Zur Zulässigkeit von Zirkulationsbeschlüssen ist nach Art. 713 Abs. 2 OR allerdings erforderlich, dass keiner der Verwaltungsräte eine mündliche Beratung verlangt; hingegen ist nicht erforderlich, dass alle Verwaltungsräte dem Beschluss zustimmen oder auch nur ihre Stimme abgeben. Ein Zirkulationsbeschluss ist stets anlässlich der nächsten Sitzung ins Protokoll aufzunehmen, damit festgestellt werden kann, dass keiner der Verwaltungsräte eine mündliche Beratung verlangt hatte, wobei gleichzeitig der gefällte Beschluss mit Angabe des Stimmenverhältnisses bekannt zu geben ist (so Müller/Lipp/Plüss, a.a.O., S. 161).

Andere Protokollierungen

Es soll hier nicht der Eindruck erweckt werden, nur in der Aktiengesellschaft würden diese Protokollregeln gelten: so sind diese auch in andern Gesellschaftsformen, namentlich der GmbH, von Bedeutung. Darüber hinaus sind auch etwa in Vereinen vergleichbare Regelungen festzustellen (vgl. für den Verein Riemer, BK, N. 46 zu Art. 69 ZGB, wonach beim Verein für Vorstandsbeschlüsse in der Regel ein blosses *Beschlussprotokoll* genügt). Vorliegend soll *exemplarisch für andere Rechtsbereiche* von der Protokollierung im Bauwesen, insbesondere im Rahmen von Bauabnahmen, sowie von Mietprotokollen die Rede sein.

Protokollierung bei Werkmängeln

Nach Abschluss eines Werkvertrages ist es üblich, dass auf Anzeige hin das Werk von der Bauleitung gemeinsam mit dem Unternehmer, oft auch unter Beizug des Bauherrn, innert Monatsfrist geprüft wird (wie dies namentlich die SIA-Norm 118 als Normalfall bezeichnet, vgl. Gauch, *Der Werkvertrag*, Zürich 1996, RZ 2605). Das Ergebnis der Prüfung wird regelmässig in einem beidseitig zu unterzeichnenden Protokoll festgehalten, zusammen mit dem Zeitpunkt des Prüfungsabschlusses (so Art. 158 Abs. 3 der SIA-Norm 118; vgl. Gauch, a.a.O., RZ 2611). Dieses beidseitig unterzeichnete Prüfungsprotokoll dient zur Sicherung des Beweises, welche Mängel vorgelegen haben und allenfalls vom Unternehmer anerkannt wurden.

Weil ein *Verzicht des Bauherrn auf die Geltendmachung von Mängeln* möglich ist, bestimmt die im Bauwesen häufig als Vertragsgrundlage bildende SIA-Norm 118: "Hat die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung (...) einen Mangel zwar erkannt, auf dessen Geltendmachung aber ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, so gilt das Werk (oder der Werkteil) für den Mangel, soweit er erkannt wurde, als genehmigt. Der betreffende Mangel hindert in keinem Falle, dass die Abnahme mit Abschluss der Prüfung eintritt; für ihn entfällt die Haftung des Unternehmers in dem Umfang, als der Mangel von der Bauleitung erkannt wurde". Sodann in Bezug auf die *Protokollführung*: "Stillschweigender Verzicht wird vermutet für erkannte Mängel, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll (...) nicht aufführt". Mit andern Worten: die Protokollierung eines (allenfalls auch nur behaupteten) Mangels hat grundlegende Bedeutung, wird darauf verzichtet, ist der (stillschweigend angenommene) Verzicht als verbindlich anzusehen. Findet sich hingegen ein Mangel in einem beidseitig unterzeichneten Prüfungsprotokoll aufgeführt, so spricht mangels gegenteiliger Angaben eine tatsächliche (natürliche) Vermutung dafür, dass er spätestens bei der Unterzeichnung des Protokolls gerügt wurde (so Gauch, a.a.O., RZ 2637).

Protokollierung im Mietrecht

Das geltende Mietrecht bestimmt in Art. 256a Abs. 1 OR, dass der Vermieter dem neuen Mieter auf dessen Verlangen bei der Übergabe der Sache das bei der Beendigung des vorangegangenen Mietverhältnisses erstellte

Rückgabeprotokoll vorzulegen hat, sofern ein solches erstellt wurde. Dieses Rückgabeprotokoll stellt dabei ein Verzeichnis der Mängel dar und soll Auskunft über den Zustand der Mietsache bei der Rückgabe an den Vermieter geben. Besondere Vorschriften über die Form des Protokolls bestehen nicht, es muss sich bei diesem bloss um eine wie auch immer geartete Zustandsaufzeichnung handeln, wobei diesem Erfordernis unter anderem auch Fotografien genügen können (so Higi, ZK, N. 17 zu Art. 256a OR). Weil der Vermieter bei der Rückgabe der Sache diese zu prüfen und allfällige Mängel dem Mieter unverzüglich anzuzeigen hat, stellt die Erstellung eines Rückgabeprotokolls eine Obliegenheit des Vermieters dar, wobei keine Pflicht des Vermieters besteht, ein derartiges Protokoll anzufertigen. Nimmt er diese Beweissicherungen indessen nicht an die Hand, kann er Rechte verlustig gehen.

Was bleibt?

Es ist im Rahmen von Rechtsvorgängen der Protokollierung die genügende Aufmerksamkeit zu schenken. Dies gilt insbesondere in überblickbaren Verhältnissen (Bsp. Aktiengesellschaften mit wenig Mitwirkenden), da die Protokollierung zu einem späteren Zeitpunkt – auch für Dritte – von entscheidender Bedeutung werden kann. Es empfiehlt sich daher, eher zu viel Geschriebenes zu produzieren, um nicht Rechte verlustig zu gehen.

Stand: Februar 2002