

ROLAND MÜLLER

LORENZ LIPP

ADRIAN PLÜSS

FABIAN AKERET

BEFÄHIGUNG DES VERWALTUNGSRATS

Unmittelbare und mittelbare Anforderungen an die Befähigung des VR-Mitglieds

In den vergangenen 20 Jahren ist der VR in den Mittelpunkt der Corporate-Governance-Diskussion gerückt. Dadurch haben sich die Anforderungen an dessen Befähigung aus ökonomischer, rechtlicher und politischer Sicht erhöht.

1. EINLEITUNG

1.1 Problemstellung. Der Verwaltungsrat (VR) steht heute zunehmend in einem Spannungsfeld zwischen den Erwartungen der Stakeholder, beschränkter Zeit und Information und letztlich den unmittelbaren und mittelbaren Anforderungen, die sich an dessen Befähigung stellen [1]. Um die komplexen Aufgaben eines modernen Governance-, Risk- und Compliance-Systems (GRC) im Unternehmen zu erfüllen, muss der VR heute nicht nur die formell zwingenden gesetzlichen und statutarischen Vorgaben einhalten, sondern auch die persönliche Befähigung mitbringen, welche das entsprechende Unternehmen erfordert. Zwar hat sich der Katalog der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben in Art. 716a OR seit der letzten Aktienrechtsrevision 1992 formell nicht geändert, aber die Rechtsprechung, neue Regularien (z. B. bezüglich Geldwäscherei oder Datenschutz) sowie diverse Empfehlungen zur Corporate Governance haben die Anforderungen an den VR erhöht. Insbesondere die Pflicht zur Oberleitung wurde mit zusätzlichen Aufgaben in den Bereichen Risk Management, IKS und Compliance konkretisiert bzw. erweitert. Eine Verletzung dieser Pflichten kann zu zivilrechtlicher und/oder strafrechtlicher Haftung führen.

Das Bundesgericht definiert das pflichtwidrige Verhalten in konstanter Praxis negativ als jeden Verstoss gegen Normen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen [2]. Pflichtwidrig ist daher nicht nur die Verletzung gesetzlicher Bestimmungen, sondern auch ein Verstoss gegen statutarische oder reglementarische Pflichten [3]. Zur Beurteilung unternehmerischer Entscheide mit latenten Risiken hat sich in den vergangenen Jahren die Business Judgement Rule

durchgesetzt [4]. Dabei wird in erster Linie die Anwendung von Sorgfalt im Entscheidungsverfahren des VR untersucht. Damit soll sichergestellt werden, dass die VR-Mitglieder die Risiken ihres unternehmerischen Handelns hinreichend sorgfältig abschätzen [5].

1.2 Befähigung und Anforderungsprofil. Es stellt sich die grundsätzliche Frage, welche Fähigkeiten das VR-Mitglied mitbringen muss, um seine Funktion und seine Pflichten in der entsprechenden Gesellschaft gesetzeskonform – was nicht unbedingt «optimal» bedeutet – ausüben zu können und damit den spezifischen Anforderungen zu genügen. Die Beantwortung dieser Frage hängt von verschiedenen Faktoren ab; relevant sind dabei insbesondere folgende Punkte:

- a) das konkrete Geschäftsmodell der Gesellschaft;
- b) die interne Organisation (konkrete Zuständigkeits- und Delegationsregelungen im Organisationsreglement und Funktionendiagramm);
- c) die Zusammensetzung und Arbeitsweise des VR und seiner Ausschüsse; sowie
- d) die allfällige Zusammenarbeit mit externen Dienstleistern.

Im Zusammenhang mit diesen variablen Voraussetzungen stellen sich unterschiedliche Anforderungen an ein VR-Mitglied, die einerseits zwingend durch das Gesetz vorgegeben [6], andererseits auf Stufe der Statuten und schlussendlich auf Stufe der Reglemente (z. B. im Organisationsreglement) weiter verfeinert werden. Dementsprechend sind auch die Rechtsfolgen unterschiedlich, wenn neue Mitglieder in



ROLAND MÜLLER,
PROF. DR. IUR.,
RECHTSANWALT UND
NOTAR,
TITULARPROF. HSG /
UNIVERSITÄT BERN,
KONSULENT
ME ADVOCAT AG



LORENZ LIPP,
LIC. OEC. HSG,
DIPL. WIRTSCHAFTSPRÜFER

den VR gewählt werden, welche dieses Anforderungsprofil nicht erfüllen:

- a) Wird eine gesetzliche Wahlvorschrift (natürliche Person, Handlungsfähigkeit) verletzt, ist die Wahl gestützt auf Art. 706 b Ziff. 3 OR nichtig.
- b) Wird eine statutarische Wahlvorschrift verletzt, ist die Wahl gestützt auf Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR während zwei Monaten seit der Beschlussfassung anfechtbar (Art. 706 a OR).
- c) Wird eine reglementarische Wahlvorschrift verletzt (wenn solche Vorschriften wie oben nicht in den Statuten, sondern im Organisationsreglement enthalten sind), ist die Wahl trotzdem gültig [7].

2. UNMITTELBARE GESETZLICHE ANFORDERUNGEN

2.1 Natürliche Person, Aktionärseigenschaft und Wohnsitzerfordernis. Jedes Mitglied des VR muss von Gesetzes wegen (Art. 707 Abs. 3 OR) eine natürliche Person sein. Dies betont den höchstpersönlichen Charakter des VR-Mandats und die erhöhte persönliche Verantwortlichkeit der VR-Mitglieder [8]. Weiter schreibt Art. 707 OR keine weiteren Voraussetzungen an die Wählbarkeit eines VR-Mitglieds vor. Insbesondere wird die Aktionärseigenschaft nicht mehr verlangt [9], wobei es zulässig ist, in den Statuten die Aktionärseigenschaft für VR-Mitglieder vorzuschreiben. Aus grundsätzlichen Überlegungen ist es durchaus erwünscht, wenn jedes VR-Mitglied eine seinen finanziellen Verhältnissen entsprechende Beteiligung an der von ihm mitgeleiteten Gesellschaft erwirbt [10]. Daher wird in der Praxis in grossen und kotierten Gesellschaften oft ein Teil des VR-Honorars in Aktien oder Aktienoptionen ausgerichtet [11]. Im Rahmen der Revision des Aktienrechts im Jahr 2005 wurden neben der Aktionärseigenschaft auch Art. 708 OR aufgehoben und auf das Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernis verzichtet. Allerdings ist es auch hier zulässig, in den Statuten Anforderungen an den Wohnsitz der VR-Mitglieder aufzustellen, solange diese nicht diskriminierend sind [12]. Von Gesetzes wegen wird aber verlangt, dass die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden kann, die ihren Wohnsitz in der Schweiz hat. Dies kann gemäss Art. 718 Abs. 4 OR ein Mitglied des VR oder ein Direktor mit Zugang zum Aktienbuch sein [13]. Allerdings wird in Abs. 3 des gleichen Artikels zusätzlich vorausgesetzt, dass mindestens ein Mitglied des VR zur Vertretung befugt und dementsprechend einzelzeichnungsberechtigt ist, oder wenn Kollektivunterschrift zu zweien gilt, zweizeichnungsberechtigte Organpersonen mit Wohnsitz in der Schweiz zur Vertretung befugt sind [14].

2.2 Urteils- und Handlungsfähigkeit sowie Unabhängigkeit. Von der Lehre unbestritten ist, dass nur eine *urteilsfähige* Person als Mitglied in den VR gewählt werden kann, was jedoch das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt [15]. Aus den in Art. 716 a OR aufgelisteten unübertragbaren Aufgaben des VR ergibt sich jedoch indirekt eine zwingende entsprechende Notwendigkeit [16]. Zu Beginn eines VR-Mandats steht das Kriterium der Urteilsfähigkeit denn auch in den wenigsten Fällen zur Diskussion, wohl aber im Rahmen der Beendigung des VR-Mandats [17].

Umstritten ist demgegenüber die Frage, ob der VR auch *handlungsfähig* – also urteilsfähig und mündig, bzw. volljährig – sein muss. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und bestrittener Lehre stellt die Handlungsfähigkeit keine zwingende Voraussetzung dar [18]. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die sich daran anschliessende Lehrmeinung sind abzulehnen. Das Argument für die gegenteilige Ansicht, ein nur beschränkt handlungsfähiges VR-Mitglied verpflichte die Gesellschaft und nicht sich selbst, ist begriffsjuristisch und verfehlt. Gegen die Wählbarkeit einer lediglich beschränkt handlungsfähigen Person spricht die praktische Untauglichkeit, da der beschränkt Handlungsfähige bei der Mandatsannahme und bei der Demission sowie je nach Umständen auch für diverse Rechtsgeschäfte von der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters abhängig wäre. Ohne Genehmigung dieser Rechtsgeschäfte durch den gesetzlichen Vertreter wäre ein beschränkt handlungsfähiges VR-Mitglied nicht von der organschaftlichen Verantwortlichkeit betroffen, was hinsichtlich des Gläubigerschutzes unhaltbar ist [19]. Als Wählbarkeitsvoraussetzung ist deswegen von der vollen Handlungsfähigkeit auszugehen.

Wenig geregelt im Schweizer Aktienrecht ist die *Unabhängigkeit* des VR [20]. Lediglich in einer Bestimmung – und auch nur indirekt – wird dieses wichtige Thema angesprochen: Aus Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1 OR folgt indirekt, dass der VR von der Revisionsstelle unabhängig sein muss [21]. Dieses Manko in der Gesetzgebung wurde in der Folge durch Regelungen in den Statuten sowie durch Corporate-Governance-Bestimmungen zu füllen versucht (dazu ausführlich nachstehend Ziff. 3.2.7).

Letztlich ist ein VR-Mitglied nur dann unabhängig, wenn er intellektuell, erfahrungsmässig sowie fachlich die zentralen Fragen zu den zu fällenden Geschäftsentscheiden eigenständig beurteilen kann, ohne dabei unter massgeblichem internem oder externem Einfluss [22] zu stehen [23]. Hierzu bedarf es einer ausreichenden Versorgung mit relevanten In-



ADRIAN PLÜSS,
DR. IUR., MBA, TEP,
RECHTSANWALT,
STEUERBERATER,
PARTNER,
LANTER ANWÄLTE,



FABIAN AKERET,
M.A. HSG IN
LAW & ECONOMICS,
DOKTORAND HSG,
AUDITOR,
KREISGERICHT SEE-GASTER

formationen und die Möglichkeit externe Experten beizuziehen [24].

3. MITTELBARE ANFORDERUNGEN AN DIE BEFÄHIGUNG

3.1 Statutarische Anforderungen in der Praxis. Die gesetzlichen Mindestanforderungen für ein VR-Mandat setzen lediglich einen groben Rahmen an die Befähigung eines VR. Durch statutarische Bestimmungen kann festgelegt werden, welche zusätzlichen Voraussetzungen ein VR-Mitglied erfüllen muss [25]. Grenzen solcher statutarischer Bestimmungen bilden die allgemeinen Grundsätze des Aktienrechts, wie der Persönlichkeitsschutz, das Gleichbehandlungsprinzip, Verbot des Rechtsmissbrauchs, Erfordernis der Sachlichkeit und der Grundsatz schonender Rechtsausübung [26]. Demgegenüber besteht die Möglichkeit, eine *Geschlechterquote* in den Statuten zu verankern. Zusätzliche Voraussetzungen an VR-Mitglieder werden auch von Aufsichtsbehörden bei Unternehmen verlangt, die einem besonderen Bewilligungsregime unterstehen [27]. In Analogie können entsprechende Anforderungen in die Statuten von nicht beaufsichtigten Gesellschaften übernommen werden. So ist es zulässig, in den Statuten die Aktionärs-eigenschaft für VR-Mitglieder vorzuschreiben [28]. Häufig wird in den Statuten auch eine *Altersgrenze* von 70 Jahren festgelegt [29]. Hinsichtlich der *maximalen Anzahl an VR-Mandaten* enthält das Schweizer Aktienrecht – im Gegensatz etwa zum deutschen und zum österreichischen Recht – keine Bestimmung [30]. Die Frage ist bei nicht kotierten Gesellschaften der Gestaltungsautonomie der einzelnen Gesellschaften überlassen und wird in der Praxis üblicherweise in den Statuten geregelt [31].

Bei kotierten Gesellschaften schreibt Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VegüV vor, dass die Statuten zwingend die Anzahl der zulässigen Tätigkeiten der Mitglieder des VR vorgeben müssen. Der formalisierte Zwang einer *Amtszeitbeschränkung* – in der Praxis teilweise für eine Dauer von 12 oder 16 Jahren vorgesehen – zur jeweiligen Auffrischung im VR funktioniert in der Praxis nur begrenzt, denn unfähige VR-Mitglieder verbleiben dadurch z. T. länger im VR als nötig, wogegen fähige VR-Mitglieder, die weiterhin wertvolle Beiträge leisten könnten, aufgrund der Amtszeitbeschränkung frühzeitig ausscheiden [32]. Andererseits ist es aus praktischer Hinsicht illusorisch, wenn man davon ausgeht, dass eine fortlaufende Erneuerung des VR automatisch von der Generalversammlung vorgenommen wird, insbesondere nicht bei grösseren und börsenkotierten Gesellschaften. Um die Flexibilität im Interesse der Gesellschaft aufrechtzuerhalten, empfiehlt es sich eine allfällige Amtszeitbeschränkung nicht in den Statuten, sondern im Organisationsreglement zu bestimmen und dadurch dem VR die Möglichkeit zur Bestimmung von Ausnahmen einzuräumen [33]. Eine gute Durchmischung des VR in Sachen Amtsjahre ist aus praktischer Sicht von Vorteil [34].

3.2 Persönliche Anforderungen an VR-Mitglieder durch Rechtsprechung und Lehre

3.2.1 Allgemeines. Der Gesetzgeber hat angesichts der sehr unterschiedlichen Ausgestaltung der einzelnen Aktiengesell-

schaften [35] nur wenige Anforderungen an die Befähigung zur Ausübung des VR-Mandates festgelegt. Auch wenn im Gesetz keine zusätzlichen Anforderungen an die persönliche Befähigung (insbesondere keine Fachkenntnisse, kein spezial- und branchenspezifisches Wissen) aufgeführt sind, geschweige denn eine behördliche Zulassung – wie bei den Revisoren – verlangt wird, ist stets zu beachten, dass Unkenntnis und Unfähigkeit keine Entlastungsgründe darstellen [36]. Aus der Liste der unübertragbaren und nicht delegierbaren Aufgaben des VR gemäss Art. 716 a OR ergeben sich dennoch eine Reihe von Anforderungen, denen jedes VR-Mitglied genügen muss, um seine Verantwortung wahrzunehmen. Gerichtspraxis und Lehre gehen davon aus, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung und ein Verschulden vorliegen, wenn eine Person ein VR-Mandat übernimmt, obwohl sie diese Funktion aufgrund von Unkenntnis oder Unfähigkeit nicht gewissenhaft erfüllen kann [37]. Die mangelhaften Kenntnisse selbst führen zwar noch zu keiner Haftung. Eine solche entsteht erst dann, wenn die Unfähigkeit zu einem Nichterfüllen einer spezifischen Aufgabe führt, die adäquat kausal einen Schaden zur Folge hat [38]. Zurecht werden daher in der Literatur persönliche Anforderungskriterien an die Befähigung aufgestellt, die mittelbar auf die Wählbarkeit eines VR-Mitglieds wirken. Die Anforderungen an die persönliche Befähigung eines VR-Mitglieds hängen in der Praxis von den Charakteristiken der entsprechenden Gesellschaft ab und können dementsprechend stark variieren.

3.2.2 Grundkenntnisse der Rechnungslegung. Weil der VR nach Art. 716 a OR die Verantwortung dafür trägt, dass der Jahresabschluss mit den anwendbaren Grundsätzen über die Rechnungslegung übereinstimmt und im Falle einer drohenden oder bereits existierenden Überschuldung die gesetzlich zwingenden Massnahmen gemäss Art. 725 OR eingeleitet werden, muss er diese Grundsätze kennen [39]. Es ginge allerdings zu weit, von allen Mitgliedern des VR Financial Literacy [40] verlangen zu wollen, dennoch sollte jedes Mitglied im VR eine Vorstufe dazu erlangen [41]. Wer ein VR-Mandat annimmt, muss eine Bilanz, eine Erfolgsrechnung und die Berichte der Revisionsstelle in den Zusammenhängen verstehen können und in der Lage sein, konkrete Schlüsse daraus zu ziehen [42].

Diese Grundkenntnisse sind auch verlangt, weil der VR im Rahmen der Oberleitung und Oberaufsicht der Gesellschaft sich ein Bild von der Unabhängigkeit und Qualität der externen Revisionsstelle sowie dem Ablauf der Revision zu machen hat.

3.2.3 Grundkenntnisse der rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge. Aus der vom Bundesgericht aufgestellten Rechtsprechung [43], dass Unkenntnis und Unfähigkeit gegenüber Verantwortlichkeitsansprüchen seitens der Aktionäre oder Gläubiger keinen Entlastungsgrund darstellen, folgt, dass jedes Mitglied des VR ausreichend Grundkenntnisse über rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge haben muss. Dies erlaubt ein Business Judgement und vor allem hilft es dabei, die eigenen Grenzen zu erkennen und notfalls Rat einzuholen [44]. Deswegen müssen VR-Mitglieder zumindest all-

gemeine Erfahrungen im Wirtschaftsleben haben und über gewisse grundlegende betriebswirtschaftliche Kenntnisse verfügen sowie in der Lage sein, die ihnen zukommenden Informationen zu verstehen, zu beurteilen und entsprechende Handlungen einzuleiten [45].

3.2.4 Unternehmerisches Denken und Handeln. Eine der wichtigsten Aufgaben des VR als Gremium ist die strategische Führung des Unternehmens. Entsprechend muss sich der VR aus Personen zusammensetzen, die – aufgrund ihrer bisherigen beruflichen Tätigkeit – damit vertraut sind, durch rasche und klare Entscheide effektiv zu führen, kontrolliert Risiken einzugehen und bestehende Zustände, wenn nötig, in Frage zu stellen [46]. Dubs wünscht sich Mitglieder, die dank grossem Wissen, Können und viel Erfahrung in der Lage sind, durch geschickte Fragen kritische Themen aufzudecken sowie mit sachkompetenten Voten den Entscheidungsprozess zu beeinflussen [47].

3.2.5 Teamfähigkeit. Nicht die Leistung des einzelnen Mitglieds, vielmehr diejenige des VR als Team ist entscheidend und damit die richtige Zusammensetzung des VR. Nur wenn alle Mitglieder des VR bei den Beratungen auch einander zuhören und Konflikte zu lösen vermögen, besteht die Aussicht, dass der VR erfolgreich im Interesse der Gesellschaft handelt [48].

3.2.6 Bereitschaft zur persönlichen Mitwirkung. Ein mittelbares Anforderungskriterium ergibt sich auch aus der Tatsache, dass die Ausübung der Funktionen eines VR im Bereich der unübertragbaren Aufgaben gemäss Art. 716 a OR *höchstpersönlicher Natur* ist. Ein VR-Mitglied muss – nach einer ihm zugestehenden Anlaufzeit – in der Lage sein, an der Oberleitung persönlich mitzuwirken, sich über die Probleme und Lösungen im Bereich von Organisation und Finanzen ein eigenes Urteil zu bilden und in der Auswahl und in der Oberaufsicht der Geschäftsleitung mitzumachen [49].

3.2.7 Unabhängigkeit, Integrität und die Treuepflicht. Nur ein VR-Mitglied, das sich gegenüber keinen gesellschaftsexternen und -internen Personen verpflichtet fühlt, ist in der Lage, unabhängig und eigenständig zu entscheiden und primär das Gesellschaftsinteresse zu wahren. Weil die Unabhängigkeit des VR-Mitglieds im Gesetz nur wenig geregelt ist, haben Richtlinien zur Corporate Governance diesen wichtigen Grundsatz zu konkretisieren und zu schliessen versucht.

Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCPB) fordert, dass eine Mehrheit des VR aus Mitgliedern bestehen soll [50], die im Sinne von Ziff. 14 SCPB unabhängig sind. Als unabhängig gelten VR-Mitglieder, wenn sie nicht exekutiv tätig sind und der Geschäftsleitung nie oder vor mehr als drei Jahren angehört haben sowie keine oder relativ geringfügige Geschäftsbeziehungen zur Gesellschaft pflegen. Bei kreuzweiser Einsitznahme in Verwaltungsräten gilt es die Unabhängigkeit im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Ferner ist es der einzelnen Gesellschaft überlassen, weitere Kriterien der Unabhängigkeit in institutioneller, finanzieller oder persönlicher Hinsicht in den Statuten festzule-

gen [51]. Entsprechend kann ein VR-Mitglied auch Mandate anderer Gesellschaften innehaben und/oder an solchen beteiligt sein; bei Konkurrenzunternehmen besteht jedoch ein latenter Interessenkonflikt [52]. Im Speziellen verlangt Ziff. 3.1 des Anhangs der Corporate Governance Richtlinie der Six (RLCG), dass nicht exekutive VR-Mitglieder offenlegen, ob sie unabhängig sind [53].

Eine Ausnahme ist das VR-Mitglied, das aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Weisungsrechte [54] handelt. Jedoch müssen auch Mitglieder mit beschränkter Unabhängigkeit – insbesondere Geschäftsleitungsmitglieder, die Einsitz in den VR nehmen [55] – stets dahingehend handeln, dass sie die Treuepflicht [56] gegenüber der Gesellschaft nicht verletzen [57]. Die Treuepflicht des VR-Mitglieds konkretisiert sich namentlich im:

- a) Vorrang des Gesellschaftsinteresses gegenüber den persönlichen Interessen [58];
- b) Beachten formeller Anforderungen und der pflichtgemässen Ermessensausübung beim Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung;
- c) Konkurrenzverbot [59];
- d) Verbot von Insidergeschäften/Ausnutzen eines Wissensvorsprungs;
- e) sorgfältigen Umgang mit Interessenkonflikten und dem Beachten der Ausstandspflicht bei Interessenkonflikten.

Von den Mitgliedern des VR kann nicht verlangt werden, dass sie «ähnlich wie Richter» vollständig desinteressiert sind und dies bei jeder Abstimmung zu bestätigen hätten [60]. Eine blosser Interessenberührung eigener Interessen genügt demnach nicht zum Erlöschen des gesetzlich verliehenen Stimmrechts, sondern führt allenfalls zu einer Offenlegungspflicht [61]. Sinnvollerweise wird im Rahmen der Statuten und des Organisationsreglements eine Konkretisierung und Abgrenzung der Treuepflicht im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR vorgenommen.

Sind die VR-Mitglieder gleichzeitig die wesentlichen Aktionäre, dürfen sie sich jedoch, ohne ihre Treuepflicht zu verletzen, in ihrer Eigenschaft als Aktionäre gegen eine Übernahmeofferte entscheiden, ohne dafür verantwortlich zu werden. Denn das Bundesgericht hat erklärt, dass die Mitglieder der Verwaltung ihr Stimmrecht nicht schon dann missbräuchlich ausüben, wenn sie allenfalls ihre eigenen Interessen jenen der Gesellschaft oder einer Minderheit von Aktionären voranstellen (BGE 100 II 389). Es ging dabei um ihre Handlungsweise als Aktionäre und nicht als Mitglieder des VR. Den Aktionär trifft keine Treuepflicht (BGE 105 II 128).

Das VR-Mitglied sollte zudem weitgehend finanziell unabhängig und nicht auf das Honorar des entsprechenden Mandats angewiesen sein. Das VR-Mitglied muss sodann integer sein. Nur jemand mit entsprechenden moralischen Qualitäten und dem Bestreben, im Interesse des Unternehmens zu handeln, kann seinen Pflichten gegenüber der Gesellschaft gerecht werden [62].

Die Unabhängigkeit des VR von der Geschäftsleitung gilt es besonders zu betonen. Die Einsitznahme von Geschäftsleitungsmitgliedern in den VR ist daher umstritten. Der Entscheid muss im Einzelfall sorgfältig abgewogen werden.

3.2.8 *Fachkompetenz*. Obwohl die herrschende Lehre davon ausgeht, dass das einzelne VR-Mitglied über keine spezifischen Fachkenntnisse verfügen müsse, sondern eher Generalist sein soll [63], wird demgegenüber in der Praxis bei der Besetzung des VR des Öfteren berücksichtigt, dass ausreichende Fachkompetenz im Sinne von Branchen- und Spezialkenntnissen vertreten ist [64]. Generell ist es wünschenswert, dass neben Branchenspezialisten ein VR-Mitglied mit Fachkenntnissen im Finanz- und Rechnungswesen sowie ein VR-Mitglied mit spezifischen Rechtskenntnissen Einsitz hat. Ebenso ist es angesichts der aktuellen technologischen Entwicklung ratsam, eine Person mit Digitalisierungskenntnissen in den VR zu wählen. Das Erfordernis nach ausreichender Fachkompetenz der VR-Mitglieder ergibt sich einerseits aus dem Katalog der unübertragbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR und andererseits aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass Unkenntnis oder Unfähigkeit gegenüber Verantwortlichkeitsansprüchen der Aktionäre oder Gläubiger keinen Entlastungsgrund darstellen. Ausreichend Fachkompetenz erlaubt es dem VR ein *Business Judgement* zu bilden, seiner Verantwortung gerecht zu werden und vor allem Situationen zu erkennen, bei denen es zusätzlichen Rat bedarf [65].

4. ANFORDERUNGEN AN DAS GREMIUM UND DIE AUSSCHÜSSE

4.1 Anforderungsprofil und Zusammensetzung. Um sicherzustellen, dass die nötige Fachkompetenz im VR vertreten ist, empfiehlt es sich, dass die amtierenden VR-Mitglieder ein systematisches Anforderungsprofil ausarbeiten, das in regelmässigen Zeitabständen hinterfragt und überarbeitet wird, um allfälligen internen und externen Veränderungen rechtzeitig und mit den richtigen Massnahmen zu begegnen [66]. Falls eine VR-Evaluation Mängel in der Zusammensetzung des VR ergibt, müssen entsprechende Änderungen oder Ergänzungen im Anforderungsprofil und letztlich auch im VR vorgenommen werden. Am Beginn der Suche nach einem neuen VR-Mitglied muss eine Selbstbeurteilung der bisherigen VR-Mitglieder stehen: Welche Spezialkenntnisse sind im VR vertreten? Welche fehlen? Wo zeichnen sich in naher Zukunft Lücken ab? Welche Charaktertypen stellen die bisherigen VR-Mitglieder dar? Welche Teamrolle soll ein neues VR-Mitglied übernehmen [67]? Je nach Art der Gesellschaft und gewähltem VR-Typus fällt die Bestimmung der optimalen Zusammensetzung unterschiedlich aus. Es zeigt sich, dass es schwieriger ist, mit einer kleinen Anzahl an VR-Mitgliedern die heutzutage weit gefassten Anforderungen an einen VR als Gremium zu erfüllen.

4.2 Anzahl VR-Mitglieder. Von Gesetzes wegen ist grundsätzlich nur ein einziges VR-Mitglied vorgeschrieben, wobei der Ein-Mann-VR generell die Ausnahme bleiben sollte [68].

Da jede Gesellschaft spezifische Anforderungen an das oberste Führungsgremium hat, gibt es keine Idealzahl an VR-Mitgliedern. Sinnvoll ist es grundsätzlich, eine ungerade Anzahl zu wählen, um Pattsituationen zu vermeiden [69]. Statutenbestimmungen enthalten oft Mindest- und Maximalzahlen für den VR [70]. Wird die Mindestzahl unter-

schritten, hat dies in der Regel keine rechtlichen Folgen und löst kein Tätigwerden der Handelsregisterbehörden aus [71]. Werden überzählige VR-Mitglieder gewählt, sind die Wahlbeschlüsse schwebend unwirksam, jedoch keineswegs nichtig [72].

4.3 Anforderungen an Ausschussmitglieder. Die Fülle von Aufgaben, welche der VR als Gremium zu bewältigen hat, zwingt oft zur Bestellung von VR-Ausschüssen. Werden sinnvollerweise einem solchen VR-Ausschuss keine Entscheidungskompetenzen zugewiesen, sondern hat er nur vorbereitende Funktion, können auch Personen als Ausschussmitglieder bestellt werden, die nicht Mitglied des VR sind [73]. Auf diese Weise kann z. B. das fehlende HR-Fachwissen in einem Nominierungs- und Entschädigungsausschuss durch einen externen HR-Spezialisten eingebracht werden.

Der VR als Gremium muss die Anforderungen festlegen, welche er an die fachliche Qualifikation der einzelnen Mitglieder und die Vorsitzenden der Ausschüsse stellt. In der Regel entwickelt der Nominationsausschuss ein Anforderungs- und Besetzungsprofil für den VR und seine Ausschüsse. Die sorgfältige Besetzung- und langfristige Nachfolgeplanung ist Voraussetzung dafür, dass die qualifizierte Besetzung der Ausschüsse stets gewährleistet werden kann.

Wichtig ist die *Fachexpertise im Audit Committee (AC)*. Der SCBP empfiehlt – mindestens für alle börsenkotierten Unternehmen – die Bildung eines sogenannten Audit Committees/ Prüfungsausschusses [74]. Aus den Aufgaben des AC (Beurteilung der Wirksamkeit der externen Revision; der Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagements und der Einhaltung der Normen (Compliance); sowie der finanziellen Berichterstattung insgesamt) ergeben sich diesbezüglich erhöhte Anforderungen an die Mitglieder dieses VR Ausschusses.

Gemäss SCBP soll das AC sich aus lauter *nicht exekutiven* und *unabhängigen* Mitgliedern des VR zusammensetzen. Nebst den erhöhten Anforderungen an die Unabhängigkeit soll zudem die Mehrheit der Mitglieder des AC – darunter der Vorsitzende – zur effizienten und effektiven Erfüllung ihrer Aufgaben *Fachkenntnisse* und (nicht näher umschriebene) *Erfahrungen* in Rechnungslegung, Revision und interner Kontrolle aufweisen. Die vom SCBP verlangten Kenntnisse gehen über die allgemeinen Grundkenntnisse deutlich hinaus und verlangen persönliche Vertrautheit mit den Finanzierungstechniken und den anwendbaren Rechnungslegungsstandards [75]. In *komplexen Verhältnissen*, was bei börsenkotierten Unternehmen der Regelfall darstellen dürfte, sollte gemäss SCBP zudem mindestens ein AC-Mitglied *Finanzexperte* sein.

Der SCBP unterteilt damit die Mitglieder des AC nach fachlichen Anforderungen in solche mit allgemeinen Grundkenntnissen in Finanz und Rechnungslegung (siehe Ziffer 3.2.2), in solche mit Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen (*Financial Literate*) sowie in Finanzexperten (*Financial Expert*).

Als *Financial Literate* wird in der Regel bezeichnet, wer Bilanzen lesen und interpretieren kann sowie Kenntnisse in den

entsprechenden Rechnungslegungsstandards besitzt. Erwartet wird, dass die betreffende Person in der Lage sein sollte, den Finanzbericht mit all seinen Konsequenzen zu verstehen und zu beurteilen sowie kritische Fragen dazu zu stellen.

Vom *Finanzexperten* (*Financial Expert*) werden erhöhte Fachkenntnisse erwartet. Gemäss RAB wird als Finanzexperte eine Person verstanden, die folgende kumulative Voraussetzungen erfüllt:

- a) Verständnis der Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung und der Erstellung von Jahresrechnungen;
- b) Erfahrung in der Vorbereitung oder Prüfung von Jahresrechnungen ähnlicher Unternehmen und
- c) Erfahrungen mit internen Kontrollmechanismen.

Als Finanzexperte gilt, wer fachlich in der Lage ist mit dem CFO auf Augenhöhe zu diskutieren. Er besitzt Erfahrung in der praktischen Anwendung der Rechnungslegungsstandards, namentlich im Zusammenhang mit Schätzungen, Periodenabgrenzung und Rückstellungen für Abschlusszwecke und in internen Kontrollen des Rechnungswesens. Praktisch handelt es sich um einen amtierenden oder ehemaligen CEO, CFO oder dipl. Wirtschaftsprüfer.

Wo die Fachexpertise im VR fehlt und die Unternehmensleitung in Fragen des Finanz- und Rechnungswesens kompetenter ist als der VR, dürfte eine wirkungsvolle Kontrolle und Aufsicht über die GL durch den VR schwierig sein. Eine kompetente Kontrollfunktion im Finanzbereich dient dem Gleichgewicht aus Leitung und Kontrolle und liegt damit im ureigensten Interesse der Aktionäre. Auch die übrigen Mitglieder des VR sind gut beraten, das Audit Committee kompetent zu besetzen. Im Falle eines Fehlers haftet nämlich meist der gesamte VR solidarisch [76].

5. FAZIT

Vor dem Hintergrund, dass die Anforderungen an die Befähigung des VR-Mitglieds im Einzelfall aufgrund der spezifi-

schen Charakteristiken der jeweiligen Gesellschaft variieren, gilt es unterschiedliche unmittelbare gesetzliche und mittelbare Anforderungen zu beachten. Werden gesetzliche, statutarische oder reglementarische Vorschriften verletzt, führt dies zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, wie z. B. die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des entsprechenden Wahlbeschlusses oder zur Pflichtverletzung und damit zur Verantwortlichkeit des VR während oder nach Beendigung des Mandats.

Weil die *unmittelbaren* gesetzlichen Anforderungen an die Befähigung des VR sehr knapp gehalten sind, wird der grobe Rahmen der gesetzlichen Vorschriften in der Praxis durch *mittelbare* statutarische Anforderungen ergänzt, um den spezifischen Anforderungen des jeweiligen Mandats gerecht zu werden. Dabei werden in der Praxis häufig Bestimmungen über eine Altersgrenze, die maximale Anzahl an VR-Mitgliedern, eine Amtszeitbeschränkung und zum Teil auch eine Begrenzung der Mandatszahl in den Statuten und/oder Reglementen verabschiedet.

Die Lehre und Rechtsprechung sowie Empfehlungen zur Corporate Governance ergänzen und präzisieren die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen weiter. So muss ein VR-Mitglied über Grundkenntnisse der Rechnungslegung und die rechtlichen wie auch wirtschaftlichen Zusammenhänge verfügen, er soll teamfähig sein und das nötige Mass an unternehmerischem Denken und Handeln mitbringen; ebenso muss er bereit zum persönlichen Mitwirken sein, über den nötigen Grad an Unabhängigkeit und Integrität verfügen und schlussendlich die vorausgesetzte Fachkompetenz seines Anforderungsprofils erfüllen.

Als Gremium sollte der VR einerseits so klein sein, dass eine effiziente Meinungsbildung möglich ist, und andererseits so gross, dass ausreichend Erfahrung und Wissen aus den geschäftsrelevanten Bereichen im Gremium vertreten sind. ■

Anmerkungen: 1) So auch Schenker, U., VR in der Praxis – Rechtliche Anforderungen, Zürich 2015, S. 2. 2) Vgl. dazu BGer 4A.188/2008 vom 9. September 2008 E. 4.4. und E. 4.5. Dazu ausführlich Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Der Verwaltungsrat, 4. Auflage, Zürich 2014, S. 339; Böckli, P., Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 18, Rn. 378; Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A./Nobel, P., Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 37, Rn. 21 ff.; Krneta, G., Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Art. 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Auflage, Bern 2005, Rn. 2078 f. Vgl. zu den steigenden Anforderungen an den VR und die steigende Anzahl an Verantwortlichkeitsklagen die Ausführungen in: Akeret, F., Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, in: Müller, R., Geiser, T., Pärli, K. (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Zürich 2018, S. 18 ff. und S. 56 ff. 3) Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 339; Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P., Anm. 2, § 36, Rn. 70. 4) Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 4A.74/2012 vom 18. Juni 2012 die Business Judgment Rule trotz fehlender Gesetzesgrundlage für die Schweizer Rechtsordnung ausdrücklich als

anwendbar erklärt. Die Kriterien zum Einhalten der Business Judgment Rule bei unternehmerischen Entscheidungen sind, dass (1) die Entscheidung nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstösst; dass (2) die Entscheidung nicht im Widerspruch zum Gesellschaftszweck steht und im Gesellschaftsinteresse liegt; dass (3) die Entscheidung in einem ordnungsgemässen Verfahren zustande gekommen ist (Protokollierung der Beschlussfassung); dass (4) der VR die ausschlaggebenden Kriterien erkannt, sich die notwendige Information beschafft, darüber diskutiert und Alternativen erwogen hat (Protokollierung dieser Abläufe) und dass (5) der Entscheid sachlich vertretbar erscheint. 5) Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 339; Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 582 ff. und § 18 Rn. 402 ff.; ausführlich zum Thema: Gauch, S., Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, in: Müller, R., Geiser, T., Pärli, K. (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Zürich 2018. 6) Neben Art. 707 OR existieren verschiedene Voraussetzungen an die Wählbarkeit eines VR, die sich zum Teil aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (z. B. Art. 716 a OR), sowie aus besonderen Gesetzesbestimmungen (z. B.

Art. 23 BPG i. V. m. Art. 91 BPV) ergeben. 7) Seit dem Jahr 1950 ist höchststrichlerlich geklärt, dass VR-Beschlüsse nicht anfechtbar sind; Walter, M., Gedanken zum einstweiligen Rechtsschutz gegen pflichtwidriges Handeln von Verwaltungsräten, in: SZW 2018 S. 531 mit Verweis auf BGE 76 II 51 E. 2 und E. 3. 8) Wernli, M., Rizzi, M., Art. 707 OR, in: Honsell, H., Vogt, N., Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Auflage, Basel 2016, Rn. 15 m. w. H. Das ist keineswegs selbstverständlich; so können nach Art. 344 PGR in Liechtenstein auch juristische Personen in den VR gewählt werden. 9) Die entsprechende frühere Ordnungsvorschrift wurde im Rahmen der Revision des Aktienrechts im Jahr 2005 aufgehoben; vgl. dazu Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 32 ff.; Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 13 f. Nach Art. 702 a OR haben folgerichtig auch die Verwaltungsräte, die nicht Aktionäre sind, das Recht, an der Generalversammlung teilzunehmen und Anträge zu stellen, nicht aber das Recht, mitzustimmen, und auch keine anderen Mitwirkungsrechte wie etwa das Anfechtungsrecht (Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 34). 10) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 34. 11) Dies birgt allerdings das Risiko, dass ein

Verwässerungseffekt für die übrigen Aktionäre entsteht. Vgl. dazu Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 13; gleicher Meinung Amstutz, M., Macht und Ohnmacht des Aktionärs: Möglichkeiten und Grenzen der Corporate Governance bei der Wahrung der Aktionärsinteressen, Zürich 2007. 12) Unzulässig wäre beispielsweise eine statutarische Regelung, wonach nur die weiblichen, nicht aber die männlichen VR-Mitglieder ihren Wohnsitz in der Schweiz haben müssen. 13) Gemäss der Praxis des Kantons Zürich bedarf es nicht unbedingt eines VR oder Direktors mit Schweizer Wohnsitz zur Vertretung der Gesellschaft. Eine Person mit Zeichnungsberechtigung und Wohnsitz in der Schweiz reicht aus. 14) Dazu ausführlich Müller, R., Haftung für Unterschriften im Namen einer Gesellschaft, in: Kunz, P., Jörg, O., Harter, F. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 187 ff. 15) Krneta, G., Anm. 2, Rn. 31. Die Urteilsfähigkeit ist ein Element der Handlungsfähigkeit. Urteilsfähig ist nach Art. 16 ZGB jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geisteschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit fehlt, vernunftgemäss zu handeln. 16) Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 14. 17) Fällt die Urteilsfähigkeit eines VR weg, können die entsprechenden Rechte und Pflichten nicht mehr gehörig wahrgenommen werden. 18) Vgl. dazu BGE 84 II 684; in dem Sinne Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P., Anm. 2, § 27, Rn. 8; Bürgi, W., Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 OR und Art. 731 b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Auflage, Zürich 2018. Dagegen und für die Handlungsfähigkeit als gesetzliche Voraussetzung Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 36; Krneta, G., Anm. 2, Rn. 34; Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 14; Wernli, M., Rizzi, M., Anm. 8, Rn. 21 f. m. w. H. 19) Wernli, M., Rizzi, M., Anm. 8, Rn. 22. 20) In den Statuten können jedoch weitere Vorschriften bzgl. Unvereinbarkeit, Unabhängigkeit und Offenlegungspflicht verankert werden. 21) Bei fehlender Unabhängigkeit im Sinne von Art. 728 Abs. 2 Ziff. 1 OR kann der entsprechende Beschluss zur Wahl des VR-Mitglieds gestützt auf Art. 706 i. V. m. Art. 706 a Abs. 1 OR innert zwei Monaten nach der Generalversammlung gerichtlich angefochten werden. Unterlässt es der übrige VR, das Erfüllen dieser Unabhängigkeitsvoraussetzungen vor und auch nach der Wahl zu überprüfen, kann er für einen allfällig daraus entstehenden Schaden haftbar gemacht werden. Mehr dazu Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 15 ff. 22) Nicht abschliessende Auflistung von Einflussfaktoren, welche die Unabhängigkeit eines VR tangieren können: Zu enge Beziehungen mit der Revisionsstelle; aktuelle Geschäftsleitung; andere VR; bei Mandatsverträgen das Weisungsrecht des Mandanten; bedeutende Aktionäre, längere Amtsdauer, frühere Geschäftsleitungsmandate, Anzahl/Art weiterer VR-Mandate. 23) Mehr zum Thema «Unabhängigkeit des Verwaltungsrates» in Bühler, C., Burckhardt-Buchs, A., Die Unabhängigkeit des Verwaltungsrates, in: Expert Focus 2019/8, S. 584 ff. 24) Bühler, C., Burckhardt-Buchs, A., Anm. 23, S. 588. 25) So z. B. hinsichtlich Nationalität, fachlicher Qualifikation, Unabhängigkeit (Beschränkung Mandatsanzahl, Art der Mandate), Konkurrenzverbot, Höchst- oder Mindestalter, Amtszeitbeschränkung, Familienzugehörigkeit, Wohnsitz, Beruf, Absenz von offenen Betreibungen/Verlustscheinen, Absenz von Strafregistereinträgen und weitere persönliche Voraussetzungen. Vgl. dazu Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 43 ff.; Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 18; Wernli, M., Rizzi, M., Anm. 8, Rn. 30. 26) Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P., Anm. 2, § 27, Rn. 14; Krneta, G., Anm. 2,

Rn. 60; Wernli, M., Rizzi, M., Anm. 8, Rn. 30. Zulässig sind Vorschriften über die Religions-, Berufs- oder Parteizugehörigkeit. Vgl. dazu Krneta, G., Anm. 2, Rn. 72. Unzulässig sind Vorschriften bzgl. Hautfarbe oder Geschlecht. Vgl. dazu Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 18. 27) Bspw. Banken, Effektenhändler, Finanzintermediäre Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, wonach eine Bankenbewilligung u. a. nur dann an eine Gesellschaft erteilt wird, wenn die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Fit and Proper Request). Die Vorlage eines Betreibungs- und Zentralregisterauszugs ist deshalb in solchen Fällen zwingend notwendig. 28) Dabei kann die früher übliche Formulierung in den Statuten verwendet werden: «Der Verwaltungsrat besteht aus einem oder mehreren Mitgliedern, welche Aktionäre sein müssen.» 29) Die Zweckmässigkeit einer solchen Regelung ist fraglich; zum Teil sehen die Statuten deshalb vor, dass in Ausnahmefällen die Möglichkeit besteht, dass die Generalversammlung über die Altersgrenze hinaus eine Wiederwahl auf ein Jahr vornehmen kann. Vgl. zur Altersbeschränkung Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 43; Wernli, M., Rizzi, M., Anm. 8, Rn. 31. Weiter ausführend Krneta, G., Anm. 2, Rn. 61 ff. 30) Ebenso verzichtet der Swiss Code of Best Practice auf eine solche Beschränkung. 31) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 45; Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P., Anm. 2, § 27, Rn. 13; Krneta, G., Anm. 2, Rn. 72; Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 18; Wernli, M., Rizzi, M., Anm. 8, Rn. 31. 32) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 44; Wernli, M., Rizzi, M., Anm. 8, Rn. 31. 33) Krneta, G., Anm. 2, Rn. 71. Somit ist es einfacher, VR-Mitglieder, welche eine gewisse Altersgrenze überschreiten zum Rücktritt zu bewegen. 34) Forstmoser, P., Organisation und Organisationsreglement der AG, Zürich 2011, § 9, Rn. 16 und Fn. 20. 35) Grösse, Branche, Eigentümerstruktur, Geschäftsmodell, Organisationsform usw. 36) BGE 97 II 403 E. 5 b; Bertschinger, U., Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, Rn. 165 und Rn. 488 m. w. H. 37) BGE 122 III 300 E. 3; Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 44 und Krneta, G., Anm. 2, Rn. 56 ff. jeweils m. w. H. 38) BGE 97 II 403 E. 5 b; Krneta, G., Anm. 2, Rn. 57; Watter, R., Pellanda, K., Art. 717 OR, in: Honsell, H., Vogt, N., Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Auflage, Basel 2016, Rn. 4. 39) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 39. 40) Vertrautheit mit dem Finanz- und Rechnungswesen. 41) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 39. 42) Gleicher Meinung Krneta, G., Anm. 2, Rn. 54. 43) BGE 97 II 403 E. 5 b; BGE 122 III 200 E. 3. 44) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 40. 45) Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P., Anm. 2, § 28, Rn. 19; Krneta, G., Anm. 2, Rn. 53. 46) Krneta, G., Anm. 2, Rn. 101. 47) Dubs, R., Verwaltungsratssitzungen – Analyse, Beurteilung, Verbesserungen in: Die Unternehmung, Schweiz. Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, Bern 1993, Ziff. 2.4. 48) Krneta, G., Anm. 2, Rn. 100. 49) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 41. 50) Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP), Ziff. 12, 2014. 51) Der SCBP schränkt den Begriff der Unabhängigkeit eines VR im Gegensatz zu den Anforderungen ausländischer Kodizes weniger stark ein. 52) Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 16. 53) Vgl. dazu auch Art. 14 SCBP, Anm. 50. Wenn sich eine Gesellschaft nicht an diese Offenlegungspflicht hält, muss sie im Rahmen des Comply-or-Explain-Grundsatzes eine Erklärung abgeben. 54) Unter anderem gemäss Art. 707 Abs. 3 OR und Art. 709 OR oder bei Mandatsverträgen in Konzernverhältnissen. 55) Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 11 ff. und 82 f.

stellen fest, dass die Vorteile einer Einsitznahme eines GL-Mitglieds im VR deren Nachteile überwiegen. Der Entscheid muss jedoch im Einzelfall sorgfältig geprüft werden und hängt von der Loyalität und Integrität des betroffenen GL-Mitglieds ab. 56) Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des VR ihre Aufgabe mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Vgl. hierzu die weiteren Ausführungen in Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 596 ff. 57) Krneta, G., Anm. 2, Rn. 110. 58) Das ist nicht im Sinne eines kategorischen Vorrangs zu verstehen. Das VR-Mitglied ist im Falle eines persönlichen Interessenkonflikts nicht verpflichtet, seine Stimme im Interesse der Gesellschaft abzugeben, sondern muss in den Ausstand treten. 59) Vgl. dazu Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 280; Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 611. 60) So aber Waldburger, M., Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Diss. St. Gallen 2002, S. 131 ff.; zit. in Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 634 a), Fn. 1644. 61) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 634; gl. M. Krneta, G., Anm. 2, Rn. 1857; a. M. Waldburger, M., Anm. 60, S. 132 ff. 62) Krneta, G., Anm. 2, Rn. 112. 63) Bertschinger, U., Anm. 36, Rn. 239; Forstmoser, P., Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, S. 354. Vgl. dazu auch Staehelin, T., Sarasin, C., Gesteigerte Anforderungen und gemilderte Solidarität, in: von Büren, R., (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998. 64) Die ausreichend vertretene Fachkompetenz ist auf der Stufe der Geschäftsleitung von besonderer Bedeutung. Infolgedessen ist aber auch ein ausreichendes Mass an Fachkompetenz auf Stufe des VR wichtig, damit dieser seiner Aufsichtspflicht gemäss Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 5 OR nachkommen kann. Vgl. dazu Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 8, S. 26 und S. 77 f.; Krneta, G., Anm. 2, Rn. 118 ff., Volonté, C., Regulation and Evolution of Boards of Directors in Switzerland over 30 Years, in: Expert Focus 2019/9, S. 62 ff. Das Bundesgericht geht von einer Verletzung der Sorgfaltspflicht aus, wenn der VR ein Mandat annimmt, obwohl er weiss, dass er diesbezüglich nicht über die nötigen Kompetenzen verfügt. Vgl. dazu BGE 122 III 200 E. 3. 65) Böckli, P., Anm. 2, § 13, Rn. 40. 66) Für weitere Ausführungen und eine Mustervorlage eines systematischen Anforderungsprofils vgl. Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 7 und S. 772. 67) Vgl. hierzu die zur Beantwortung dieser Fragen unterstützende Matrix, in: Müller, R., Lipp, L., Plüss, A., Anm. 2, S. 8. 68) Art. 707 Abs. 1 OR. Lediglich bei Banken sind gemäss Art. 11 Abs. 1 BankV mindestens drei VR-Mitglieder erforderlich. 69) Vgl. Böckli, P., Anm. 2, § 13 Rn. 20; Krneta, G., Anm. 2, Rn. 28. Im BP-KMU werden deshalb drei Mitglieder für kleine, fünf Mitglieder für mittlere und sieben Mitglieder für grosse Gesellschaften empfohlen. 70) Bspw. «Der VR besteht aus drei bis fünf Mitgliedern.» 71) Es sei denn, die Gesellschaft verfügt nicht mehr über genügend Vertretungsberechtigte oder der letzte VR sei weggefallen. Vgl. dazu auch Böckli, P., Anm. 2, § 13 Rn. 94; Forstmoser, P., Meier-Hayoz, A., Nobel, P., Anm. 2, § 27, Rn. 64; Krneta, G., Anm. 2, Rn. 332. 72) In der Praxis weisen die Handelsregisterämter solche Anmeldungen zurück, sodass entweder der Wahlbeschluss rückgängig gemacht oder die Statutenbestimmung geändert werden muss. Vgl. dazu Böckli, P., Anm. 2, § 13 Rn. 97. 73) Vgl. dazu ausführlich Müller, R., HR-Committees: Bedeutung von Nominierungs- und Entschädigungsausschüssen auf Stufe Verwaltungsrat, in: AJP 3/2013, S. 315 ff. 74) Ziff. 23 und 24 SCBP, Anm. 50. 75) Böckli, P., Anm. 2, § 13, RZ 18, Anm. 45. 76) Leibfried, P., Roffler, M., Blindflug im Verwaltungsrat, in: Neue Zürcher Zeitung vom 27. November 2008.