Roland Müller

Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer

Schulthess §

Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer

Roland Müller
PD Dr. iur., Rechtsanwalt

Schulthess § 2005

Bibliografische Information ‹Der Deutschen Bibliothek›
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über ‹http://dnb.ddb.de› abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005
ISBN 3 7255 4930 3

www.schulthess.com

Vorwort

Das Grundverhältnis zwischen einem Verwaltungsratsmitglied und der Aktiengesellschaft ist weder ein einfacher Auftrag noch ein Arbeitsvertrag oder Innominatkontrakt, sondern ein organschaftliches Verhältnis mit gesellschaftsrechtlicher und schuldrechtlicher Komponente. Doch der herrschende Druck zur Professionalisierung der Gesellschaftsleitung führt zu einer derartigen Intensivierung der Verwaltungsratstätigkeit, dass insbesondere bei Verwaltungsräten mit Zusatzfunktionen häufig eine dem Arbeitsverhältnis ähnliche Situation entsteht. Speziell bei den über 9'000 VR-Delegierten, die ihre Funktion mehrheitlich hauptberuflich ausüben, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit, den Voraussetzungen und den Konsequenzen eines zusätzlichen arbeitsvertraglichen Verhältnisses zur Gesellschaft.

Mit einer Rechtstatsachenforschung zur formellen und materiellen Gestaltung der Delegiertenfunktion in den schweizerischen Aktiengesellschaften wurde die Grundlage für eine Analyse der Doppelstellung als Mitglied des Verwaltungsrats einerseits und als Arbeitnehmer der Gesellschaft andererseits geschaffen. Die resultierenden Konsequenzen einer derartigen Doppelstellung sind überraschend vielfältig und für die Betroffenen unter Umständen sehr gravierend. Mit konkreten Klauseln für Statuten, Organisationsreglemente und Verträge werden deshalb Lösungen zur Verkleinerung dieses Konfliktpotentials aufgezeigt. Dass ein Lösungsbedarf besteht, haben aktuelle Probleme mit angestellten Verwaltungsratsmitgliedern in bekannten schweizerischen Aktiengesellschaften gezeigt. Regelungen und Empfehlungen zur Corporate Governance können diese Probleme nur teilweise lösen.

Unsere Wirtschaft ist auf qualifizierte und engagierte Verwaltungsräte angewiesen. Die Übernahme von arbeitsintensiven Verwaltungsratsmandaten und Zusatzfunktionen darf durch normative Rahmenbedingungen nicht unnötig erschwert werden. Eine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen einem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft sollte ohne negative Auswirkungen für die Betroffenen möglich sein. Durch individuelle vertragliche Regelungen und Ergänzungen des Organisationsregelments lassen sich die rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einem solchen Arbeitsverhältnis klären. Gleichzeitig kann mit derartigen Massnahmen die Corporate Governance verbessert werden, ohne dass zusätzliche gesetzliche Vorschriften erlassen werden müssen. «Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer» ist deshalb nicht nur ein rechtlich interessantes Phänomen, sondern auch eine wirtschaftlich sinnvolle Thematik.

Staad, im Januar 2005 Roland Müller

Inhaltsübersicht

Vorwort		V
Inhaltsübersicht		VII
Inhaltsverzeichnis		IX
Literaturverzeichnis		XXIII
Materialienverzeichnis		XLI
Abkürzungsverzeichnis		XLIII
Tabellenverzeichnis		IL
Abbildungsverzeichnis		LI
TEIL 1	**Einleitung und Grundlagen**	1
§ 1	Problematik einer Doppelstellung	3
§ 2	Entstehung einer Doppelstellung	19
§ 3	Rechtsverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft	40
TEIL 2	**Rechtstatsachen**	83
§ 4	Basisdaten	85
§ 5	Umfrage bei den VR-Delegierten	110
TEIL 3	**Voraussetzungen und Zulässigkeit einer Doppelstellung**	161
§ 6	Voraussetzungen einer Doppelstellung	163
§ 7	Zulässigkeit einer Doppelstellung	203
TEIL 4	**Konsequenzen einer Doppelstellung**	257
§ 8	Allgemeine obligationenrechtliche Konsequenzen	259
§ 9	Arbeitsrechtliche Konsequenzen	268
§ 10	Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen	320
§ 11	Versicherungsrechtliche Konsequenzen	365
§ 12	Steuerrechtliche Konsequenzen	409
§ 13	Betreibungs- und Konkursrechtliche Konsequenzen	428
§ 14	Strafrechtliche Konsequenzen	455
§ 15	Prozessrechtliche Konsequenzen	463

TEIL 5 Zusammenfassung und Empfehlungen 471
§ 16 Zusammenfassung der Ergebnisse 473
§ 17 Empfehlungen zur Konfliktvermeidung 487

Anhang 1: Fragebogen zur Delegiertenbefragung 506
Anhang 2: Rohdaten der Umfrage 509
Anhang 3: Muster für Bestimmungen in den Statuten 512
Anhang 4: Muster für Bestimmungen im Organisationsreglement 515
Anhang 5: Muster für Bestimmungen in Verträgen 518

Judikaturregister 523
Sachregister 527

Inhaltsverzeichnis

TEIL 1 Einleitung und Grundlagen 1

§ 1 Problematik einer Doppelstellung 3

I. Umstrittene Zulässigkeit trotz Praxisrelevanz 3

II. Argumente für und gegen eine Doppelstellung 9

III. Latentes Konfliktpotential 13

§ 2 Entstehung einer Doppelstellung 19

I. Überblick über die Entstehungsmöglichkeiten 19
1. Personen mit einer Doppelstellung 19
2. Bewusste und unbewusste Entstehung 20

II. Entstehung einer Doppelstellung aus einer Organfunktion 23
1. Abgrenzungen 23
2. Beispiele 25

III. Entstehung einer Doppelstellung aus einer Arbeitnehmerfunktion 26
1. Abgrenzungen 26
2. Beispiele 28
3. Spezialfall des ausgeliehenen Arbeitnehmers 29
4. Spezialfall des gewählten Arbeitnehmervertreters 30

IV. Entstehung einer Doppelstellung ohne vorbestandene Funktion 33
1. Abgrenzungen 33
2. Anstellung mit der Pflicht zur Übernahme eines VR-Mandates 34
3. Wahl mit der Pflicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages 37

§ 3 Rechtsverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft 40

I. Überblick über die möglichen Rechtstheorien 40

II. Lehre und Rechtsprechung zur Qualifikation des VR-Mandates 44
1. Unterschiedliche Beurteilungen in der Literatur 44
2. Unterschiedliche Beurteilungen in der Judikatur 50

III. Besonderheiten eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses 53
1. Entstehung eines Rechtsverhältnisses ohne Mitwirkung der Gesellschaft 53
   a) Überblick 53
   b) Die Einsetzung der obersten Organe einer Gesellschaft 53
   c) Entstehung eines Rechtsverhältnisses durch faktische Organschaft 55
   d) Entstehung eines Rechtsverhältnisses durch Abordnung einer Körperschaft 57
2. Vertretung der Gesellschaft beim Zustandekommen des Rechtsgeschäfts 57

3. Beendigung des Rechtsverhältnisses zur Gesellschaft 60
4. Gesellschaftsrechtliches Verhältnis ohne vertragliche Grundlage 61

IV. Beurteilung der möglichen Rechtstheorien 62
1. Theorie eines eigenständigen Vertragsverhältnisses 62
a) Reines Auftragsverhältnis 62
b) Reiner Arbeitsvertrag 64
c) Reiner Innominatvertrag 65
2. Theorie eines organschaftlichen Rechtsverhältnisses 66
3. Sonderstellung des VR-Delegierten und des VR-Präsidenten 70
a) Bedeutung für die Beurteilung der Theorien über das Rechtsverhältnis 70
b) Begriff des VR-Delegierten 70
c) Sonderstellung des VR-Delegierten 73
d) Sonderstellung des VR-Präsidenten 77
e) Zwischenergebnis für die Rechtstatsachenforschung 78
4. Sonderstellung der Vertreter einer Körperschaft des öffentlichen Rechts 79
5. Zusammenfassung und Ergebnis 80

Teil 2 Rechtstatsachen 83

§ 4 Basisdaten 85

I. Datenquellen 85
1. Verzeichnis der Verwaltungsräte 85
2. Daten des Bundesamtes für Statistik 85
3. Umfrage der BDO Visura 86
4. Selektierte Daten des Orell Füssli Verlages 87

II. Verwaltungsräte, Beschäftigte und Unternehmen 88
1. Aktiengesellschaften und Verwaltungsräte 88
2. Verwaltungsräte und Beschäftigte 90

III. Entschädigung der Verwaltungsräte 93
1. Problematik der Angaben 93
2. Ergebnisse der Studie durch die BDO Visura 95
3. Angaben in der HandelsZeitung 96

IV. Verwaltungsräte mit Zusatzfunktionen 99
1. Eintragungsfähige Zusatzfunktionen 99
2. Anzahl Verwaltungsräte mit Zusatzfunktionen 101
a) Datenermittlung und Übersicht 101
b) Zusatzfunktion VR-Präsident 103
c) Funktion als VR-Delegierter 103
d) Zusatzfunktionen mit vermuteter Arbeitnehmerstellung 107

§ 5 Umfrage bei den VR-Delegierten 110

I. Zielsetzung und Vorgehensweise 110

1. Thesen und resultierende Fragen 110
2. Datenselektion 112
3. Pretest 113
4. Durchführung der Umfrage 114
II. Ergebnisse früherer Umfragen 115
III. Ergebnisse der eigenen Umfrage 119
1. Allgemeine Auswertung 119
a) Rücklauf und Qualität der Antworten 119
b) Bemerkungen auf den retournierten Fragebogen 120
c) Interesse an der Auswertung 122
2. Auswertung der von den Antworten betroffenen Gesellschaften 122
a) Beschäftigungsgrösse der Gesellschaften nach Sprachregionen 122
b) Stellung der Gesellschaften nach Sprachregionen 124
c) Gleichzeitige Auswertung nach Beschäftigungsgrösse und Stellung 125
3. Auswertung in Bezug auf das Rechtsverhältnis zur Gesellschaft 126
a) Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Sprachregionen 126
b) Verhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Beschäftigungsgrösse 128
c) Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach ihrer Stellung 130
d) Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Zusatzfunktionen 131
e) Formelle Gestaltung eines allfälligen Arbeitsvertrages 133
4. Auswertung in Bezug auf Weisungen und Aufwand 135
a) Weisungen für die Funktionsausübung 135
b) Zeitaufwand für die Funktionsausübung 139
5. Auswertung nach den Regelungen für VR-Delegierte 142
a) Regelungsort 142
b) Spezielle Regelungen 147
c) Entschädigungen oder Vorsorgeleistungen 150
d) Rücktrittsmöglichkeit 153
6. Zusammenfassung der Auswertung 155

Teil 3 Voraussetzungen und Zulässigkeit einer Doppelstellung 161

§ 6 Voraussetzungen einer Doppelstellung 163
I. Stellung als Verwaltungsrat 163
1. Voraussetzungen beim ordnungsgemäss bestellten Verwaltungsrat 163

a) Wahl durch die Generalversammlung 163
b) Abordnung durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts 164
c) Mandatsannahme 165
d) Aktionärseigenschaft 166
aa) Voraussetzung der Aktionärseigenschaft nach geltendem Recht 166
bb) Keine Voraussetzung der Aktionärseigenschaft nach zukünftigem Recht 170
e) Eintragung im Handelsregister 171
2. Voraussetzungen beim faktischen Verwaltungsrat 171
3. Voraussetzungen beim Suppleanten 174
II. Stellung als Arbeitnehmer 175
1. Voraussetzungen beim ordentlichen Arbeitsverhältnis 175
a) Gesetzliche Regelung 175
b) Arbeitsleistung 177
c) Unterordnung und Weisungsgebundenheit 178
aa) Typisches Element des Arbeitsvertrages 178
bb) Weisungsgebundenheit 180
cc) Delegation des Weisungsrechts 182
dd) Weisungsgebundenheit im Verhältnis zur Art der Tätigkeit 184
ee) Umfang der Weisungsgebundenheit 189
d) Dauerschuldverhältnis 190
e) Entgeltlichkeit 191
2. Voraussetzungen beim faktischen Arbeitsverhältnis 191
III. Doppelstellung bei der gleichen Gesellschaft 194
1. Kumulative Erfüllung der Voraussetzungen 194
2. Unmöglichkeit der Doppelstellung bei einer Einmann-Aktiengesellschaft 195
a) Klare Unmöglichkeit bei einer organabhängigen Tätigkeit 195
b) Ausnahmefall bei einer Doppelstellung mit organunabhängiger Tätigkeit 197
3. Doppelstellung bei einer Gesellschaft mit nur einem einzigen Verwaltungsrat 198
a) Differenzierung von Einmann-Aktiengesellschaft und Einzelverwaltungsrat 198
b) Grundsätzliche Unmöglichkeit bei organabhängiger Tätigkeit 199
c) Ausnahmsweise Möglichkeit bei organunabhängiger Tätigkeit 199
d) Sonderfall der Doppelstellung bei reduzierter Verwaltungsratsanzahl 200

§ 7	**Zulässigkeit einer Doppelstellung**	203
I.	Literaturübersicht	203
	1. Verneinung der Zulässigkeit einer Doppelstellung	203
	2. Befürwortung der Zulässigkeit einer Doppelstellung	205
II.	Judikaturübersicht	211
	1. Verneinung der Zulässigkeit einer Doppelstellung	211
	2. Befürwortung der Zulässigkeit einer Doppelstellung	212
	3. Aktueller Stand der Judikatur	219
III.	Gesetzliche Regelung in der Schweiz	221
	1. Die Vorschriften im Obligationenrecht	221
	a) Kein Verbot eines Arbeitsvertrages für Mitglieder des Verwaltungsrats	221
	b) Arbeitsvertrag beim Präsidenten des Verwaltungsrats	221
	c) Arbeitsvertrag beim Delegierten des Verwaltungsrats	223
	d) Arbeitsvertrag beim Sekretär des Verwaltungsrats	224
	2. Die Vorschriften in Spezialgesetzen	225
	a) Überblick	225
	b) Bankengesetz und Bankenverordnung	225
IV.	Verwaltungsrat und Aufsichtsrat nach deutschem Recht	227
V.	Regelung in der Societas Europaea	228
	1. Die Bedeutung der Societas Europaea	228
	2. Die Organisationsstruktur der Societas Europaea	229
	a) Wahlmöglichkeit zwischen dualistischem und monistischem System	229
	b) Das dualistische System der Societas Europaea	230
	c) Das monistische System der Societas Europaea	231
	3. Die Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer	232
	a) Zielsetzungen der Richtlinie	232
	b) Beteiligung der Arbeitnehmer bei der Gesellschaftsgründung	233
	c) Beteiligung der Arbeitnehmer bei der Gesellschaftsleitung	234
	4. Erkenntnisse aus den Regelungen zur Societas Europaea	235
	5. Vorschriften der Europäischen Union	236
VI.	Zulässigkeit unter dem Aspekt der Corporate Governance	236
	1. Begriff und Bedeutung der Corporate Governance	236
	a) Begriff der Corporate Governance	236
	b) Internationale Entwicklung der Corporate Governance	238
	c) Bedeutung der Corporate Governance	239
	2. Relevante Regelungen zur Corporate Governance	240
	a) Swiss Code of Best Practice	240
	b) Grundsätze der OECD zur Corporate Governance	243
	c) Combined Code	245

3. Personalunion von Verwaltungsratspräsident und Geschäftführer 247
a) Gewaltentrennung als Forderung der Corporate Governance 247
b) Verbreitung in der Praxis trotz Medienkritik 250
c) Aspekt des «nexus of contracts» 253
d) Aspekt der faktisch unkontrollierbaren Machtfülle 254
e) Empfehlungen im Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 255

TEIL 4 Konsequenzen einer Doppelstellung 257

§ 8 Allgemeine Obligationenrechtliche Konsequenzen 259
I. Vertretungsbefugnis im Allgemeinen 259
1. Gesetzliche Regelung 259
2. Probleme bei Doppelstellung mit beschränkter Vertretungsbefugnis 260
II. Zeichnungsberechtigung im Besonderen 262
1. Gesetzliche Regelung 262
2. Handelsregistereintrag bei Doppelstellung 262
a) Beschränkte Eintragungsmöglichkeit 262
b) Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 264
c) Aktuelle Eintragungspraxis der Handelsregisterämter 265

§ 9 Arbeitsrechtliche Konsequenzen 268
I. Entlöhnung 268
1. Kumulation von Lohn- und Honoraranspruch 268
a) Grundsätzlicher Anspruch auf Lohn und Verwaltungsratshonorar 268
b) Lohnanspruch bei organunabhängiger Tätigkeit 270
c) Lohnanspruch bei organabhängiger Tätigkeit 271
d) Selbständige oder unselbständige Tätigkeit 274
2. Erfolgsbeteiligung statt Tantiemen 275
3. Verwaltungsrathonorar als Lohnbestandteil 276
a) Zulässigkeit 276
b) Problematik 276
c) Lohnfortzahlung bei Annahmeverzug des Arbeitgebers 277
II. Treue- und Fürsorgepflichten 279
1. Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers 279
2. Arbeitszeugnis 280
III. Konkurrenzverbot 281
1. Unterschiedliche Konkurrenzverbote im Gesellschaftsrecht und im Arbeitsrecht 281

2. Konkurrenzverbot im Gesellschaftsrecht 281
a) Gesetzliche Grundlage des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbots 281
b) Umfang und Durchsetzung des gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbots 282
3. Konkurrenzverbot im Arbeitsrecht 285
a) Gesetzliche Grundlage des arbeitsrechtlichen Konkurrenverbots 285
b) Umfang und Durchsetzung des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots 287
c) Wegfall des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots 288
4. Kumulation von gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten 289
a) Grundsatz der Trennung nach dem anwendbarem Rechtsverhältnis 289
b) Übergreifende Konsequenzen eines Konkurrenzverbots bei Doppelstellung 290

IV. Streikrecht 291
1. Rechtsgrundlagen des Streikrechts 291
a) Verfassungsrechtliche Grundlage 291
b) Gesetzliche Grundlage 291
2. Die Treuepflicht als Grenze des Streikrechts 292

V. Vertragsbeendigung 294
1. Einfluss einer Organstellung auf die freie Kündigungsmöglichkeit 294
2. Verfahrensfragen bei der Vertragsbeendigung 296
3. Varianten der Vertragsbeendigung 296
a) Kündigung des Arbeitsvertrages ohne Abwahl als Verwaltungsrat 296
b) Beendigung der Verwaltungsratsfunktion ohne Kündigung des Arbeitsvertrages 297
aa) Abwahl durch die Generalversammlung 297
bb) Rücktritt des Verwaltungsrats 299
cc) Spezialfall der Enthebung von Zusatzfunktionen 300
4. Kündigungsschutz für den gewählten Arbeitnehmer-Verwaltungsrat 301
5. Abgangsentschädigung 303
a) Begriffsproblematik und Bedeutung 303
b) Gesetzliche Regelung 304
c) Statutarische und organisatorische Regelung 306
d) Vertragliche Regelung 308

VI. Haftung aus arbeitsrechtlicher Sicht 310
1. Überblick 310
2. Haftung gegenüber der Gesellschaft als Arbeitgeberin 311

3. Haftung gegenüber Dritten 313
a) Haftung für Schäden aus Vertrag 313
b) Haftung für Schäden aus unerlaubter Handlung 314
aa) Haftung der Gesellschaft für ihren Verwaltungsrat 314
bb) Persönliche Haftung des Arbeitnehmers 314

VII. Arbeitsrechtliche Bewilligungen 314
1. Aufenthaltsbewilligung für die Arbeitstätigkeit 314
2. Notwendigkeit der Arbeitsbewilligung für eine Erwerbstätigkeit 316
3. Erleichterung durch das Abkommen über die Freizügigkeit 316
4. Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung 317

§ 10 Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen 320

I. Organisation des Verwaltungsrats 320
1. Organisationsreglement 320
a) Bedeutung des Organisationsreglements im Haftpflichtfall 320
b) Zulässigkeit von vertragsrechtlichen Bestimmungen 321
c) Beispiele von vertragsrechtlichen Bestimmungen 322
2. Gleichbehandlungsanspruch 323
a) Funktionell-organisatorischer Anspruch in Teilbereichen 323
b) Eintragung bzw. Löschung im Handelsregister 324
c) Sitzungsteilnahme und Stimmrecht 324
d) Informationsrecht 325
e) Recht auf Entlastungsabstimmung 326
f) Rücktrittsrecht 327
aa) Rücktritt von der Grundfunktion als Verwaltungsrat 327
bb) Rücktritt von der Zusatzfunktion als VR-Delegierter 328
g) Entschädigungsanspruch 330

II. Verantwortlichkeit 331
1. Haftungsreduktion durch Delegation 331
a) Gesetzliche Grundlage 331
b) Haftung des VR-Delegierten 333
c) Haftungsverschärfung durch Doppelstellung 334
2. Haftung für Hilfspersonen 335
a) Gesetzliche Grundlage 335
b) Einsetzung von Hilfspersonen für organabhängige Tätigkeiten 336
c) Einsetzung von Hilfspersonen für organunabhängige Tätigkeiten 338
3. Verantwortlichkeitsklagen 339
a) Gesetzliche Grundlage für Verantwortlichkeitsklagen 339
b) Gerichtsstand bei Verantwortlichkeitsklagen 339

c) Beweislast bei Verantwortlichkeitsklagen 341
d) Schaden als Voraussetzung einer Verantwortlichkeitsklage 343
e) Pflichtverletzung als Voraussetzung einer Verantwortlichkeitsklage 344
f) Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung 346
g) Verschulden als Voraussetzung einer Verantwortlichkeitsklage 347
4. Entlastungsbeschluss 349
a) Unklare Wirkungen des Entlastungsbeschlusses 349
b) Personelle Wirkungen des Entlastungsbeschlusses 350
c) Sachliche Wirkungen des Entlastungsbeschlusses 353
d) Zeitliche Wirkungen des Entlastungsbeschlusses 355
e) Auslegung nach dem Vertauensprinzip 355
f) Konsequenzen einer Verweigerung des Entlastungsbeschlusses 356
5. Spezialfall der Abordnung durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts 357
III. Frist- und Formerfordernisse 358
1. Keine direkten Konsequenzen bezüglich Frist- und Formerfordernissen 358
2. Frist- und Formvorschriften im Zusammenhang mit Generalversammlungen 358
IV. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen bei Fusionen und Spaltungen 361
1. Konsequenzen der Doppelstellung bei einer Fusion 361
a) Regelung im Fusionsgesetz 361
b) Verwaltungsrat der übernehmenden und Arbeitnehmer der übernommenen AG 362
aa) Entstehung einer Doppelstellung 362
bb) Alleiniger Verwaltungsrat der übernehmenden Gesellschaft 363
2. Konsequenzen der Doppelstellung bei einer Spaltung 364

§ 11 Versicherungsrechtliche Konsequenzen 365

I. Haftpflichtversicherung 365
1. Versicherungsmöglichkeiten 365
a) Überblick 365
b) Versicherungen für Verwaltungsräte 366
c) Versicherungen für Arbeitnehmer 368
d) Versicherungen für Verwaltungsräte als Arbeitnehmer 369
2. Versicherungsregress 370

II.	Sozialversicherung	374
	1. Konsequenzen einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit	374
	a) Unterschiedlicher Versicherungsschutz	374
	b) Beurteilung und Bindungswirkung	375
	c) Qualifikation der Verwaltungsratstätigkeit	375
	2. Alters- und Hinterlassenenversicherung	377
	a) Personeller Geltungsbereich	377
	b) Materieller Geltungsbereich	377
	c) Umfang der Verantwortlichkeit	377
	d) Dauer der Verantwortlichkeit	380
	3. Berufliche Vorsorge	382
	4. Unfallversicherung	385
	a) Gesetzliche Regelung	385
	b) Problematische Abgrenzungen in der Praxis	386
	c) Verantwortlichkeit	387
	5. Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung	388
	a) Entstehung und Überblick	388
	b) Arbeitslosenentschädigung	389
	aa) Kein gesetzlicher Ausschluss bei einer Doppelstellung	389
	bb) Einfluss einer massgebenden Aktionärsstellung	393
	c) Kurzarbeitsentschädigung	397
	d) Schlechtwetterentschädigung	400
	e) Insolvenzentschädigung	401
	aa) Gesetzliche Regelung der Insolvenzentschädigung	401
	bb) Allgemeine Voraussetzungen für einen Insolvenzentschädigungsanspruch	402
	cc) Entwicklung der Rechtsprechung zur Insolvenzentschädigung	403
	dd) Verhältnis der Insolvenzentschädigung zum Konkursprivileg	405
	ee) Begrenzung der Insolvenzentschädigung	406
	f) Zusammenfassung	406
§ 12	**Steuerrechtliche Konsequenzen**	409
I.	Überblick	409
	1. Vielfache Konsequenzen bezüglich Besteuerung und Haftungsrisiken für Steuern	409
	2. Spezielle steuerrechtliche Betrachtungsweise	409
II.	Besteuerung der Einkommensquellen	410
	1. Örtliche Zuständigkeit für die Besteuerung	410
	2. Einkommensbesteuerung durch den Bund	412
	3. Ertragsbesteuerung durch den Bund	413
	4. Steuerrechtliche Behandlung von D&O-Versicherungen	416
	5. Mehrwertsteuer	416

III.	Haftung für Steuerschulden der Gesellschaft	418
	1. Übersicht	418
	2. Solidarität und Rückgriff	418
	3. Verrechnungssteuergesetz	420
	4. Direkte Bundessteuer	423
	5. Mehrwertsteuer	424
	6. Übrige Steuern	426
IV.	Zusammenfassung der steuerrechtlichen Konsequenzen	427
	1. Besteuerung der Einkommensquellen	427
	2. Haftung für Steuerschulden der Gesellschaft	427
§ 13	**Betreibungs- und Konkursrechtliche Konsequenzen**	428
I.	Betreibungsrechtliche Konsequenzen	428
	1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit im Betreibungsrecht	428
	a) Sachliche Zuständigkeit	428
	b) Örtliche Zuständigkeit	428
	2. Legitimation zur Erhebung des Rechtsvorschlags	430
II.	Konkursprivileg für Lohnforderungen eines Verwaltungsrats	430
	1. Gesetzliche Regelung	430
	2. Ablehnung des Konkursprivilegs für Führungskräfte durch die Lehre	432
	3. Rechtsprechung zum Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer	434
	a) Rechtsprechung des Kantons Zürich	434
	b) Rechtsprechung des Kantons Bern	435
	c) Rechtsprechung des Kantons Freiburg	435
	d) Rechtsprechung des Kantons Waadt	436
	e) Rechtsprechung des Bundesgerichtes	437
	f) Zusammenfassung der Rechtsprechung	439
	4. Auslegung des Gesetzes bezüglich Anwendbarkeit des Konkursprivilegs	439
	a) Gesetzestext	439
	b) Systematik	441
	aa) Systematik innerhalb des SchKG	441
	bb) Systematik ausserhalb des SchKG	443
	c) Historisches Element	444
	d) Teleologisches Element	446
	aa) Massgebende Materialien	446
	bb) Vernehmlassung zum Vorentwurf	447
	cc) Botschaft des Bundesrates	448
	dd) Debatte im National- und Ständerat	449
	ee) Spätere Feststellungen des Gesetzgebers	450
	e) Ergebnis der Gesetzesauslegung	451
	5. Zusammenfassung und Vorschlag für Gesetzesrevision	452

§ 14	**Strafrechtliche Konsequenzen**	455
I.	Überblick	455
	1. Strafbarkeit und Strafzumessung	455
	2. Strafbarkeit der Aktiengesellschaft	455
	3. Strafbarkeit des Verwaltungsrats	456
	4. Strafbarkeit des Arbeitnehmers	458
II.	Strafzumessung	459
	1. Qualitative Betrachtung	459
	2. Quantitative Betrachtung	461
§ 15	**Prozessrechtliche Konsequenzen**	463
I.	Prozessuale Zuständigkeit	463
	1. Örtliche Zuständigkeit	463
	2. Sachliche Zuständigkeit	465
	3. Schiedsgericht	467
II.	Anwendbares Recht	468
TEIL 5	**Zusammenfassung und Empfehlungen**	471
§ 16	**Zusammenfassung der Ergebnisse**	473
I.	Druck zur Professionalisierung und grosses Konfliktpotential	473
II.	Vielseitige Entstehungsmöglichkeiten einer Doppelstellung	474
III.	Rechtsverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft	475
IV.	Rechtstatsachenforschung zur Doppelstellung	476
V.	Voraussetzungen und Zulässigkeit einer Doppelstellung	478
VI.	Konsequenzen einer Doppelstellung	480
	1. Arbeitsrechtliche Konsequenzen	480
	2. Gesellschaftsrechtliche Konsequenzen	481
	3. Versicherungsrechtliche Konsequenzen	482
	4. Steuerrechtliche Konsequenzen	484
	5. Konkursrechtliche Konsequenzen	484
	6. Strafrechtliche Konsequenzen	485
	7. Prozessrechtliche Konsequenzen	485
§ 17	**Empfehlungen zur Konfliktvermeidung**	487
I.	Allgemeine Empfehlungen	487
	1. Bestehende gesetzliche Möglichkeiten ausnützen	487
	2. Differenzierung nach Art der Kapitalbeschaffung	488
	3. Klare Regelungen treffen	489
II.	Regelung in den Statuten	491
	1. Bestimmungen zur Organisation	491
	2. Bestimmungen zur Entschädigung	495
	3. Bestimmungen zur Vermeidung von Insichgeschäften	497

III.	Regelung im Organisationsreglement	498
	1. Bestimmungen zur Festlegung der Rechtsverhältnisse zum Verwaltungsrat	498
	2. Bestimmungen zur Ausgestaltung von vertraglichen Regelungen	499
IV.	Regelung in Verträgen	500
	1. Bestimmungen im Arbeitsvertrag	500
	2. Bestimmungen im Mandatsvertrag	502
	3. Bestimmungen im Aktionärbindungsvertrag	503
Anhang 1	**Fragebogen zur Delegiertenbefragung**	506
Anhang 2	**Rohdaten der Delegiertenbefragung**	509
Anhang 3	**Muster für Bestimmungen in den Statuten**	512
A.3.1	Klausel für die Durchsetzung der Unabhängigkeit von Verwaltungsräten	565
A.3.2	Klausel für die Annäherung an das dualistische System	512
A.3.3	Klausel für die Wahl des VR-Präsidenten mit GF-Funktion durch die GV	512
A.3.4	Klausel für die Durchsetzung der Weisungsfreiheit	513
A.3.5	Klausel für die Einsetzung eines paritätischen Verwaltungsrats	513
A.3.6	Klausel für die Begrenzung von VR-Bezügen durch die Generalversammlung	513
A.3.7	Klausel für einen Aktionärsausschuss zur Festlegung der VR-Bezüge	514
A.3.8	Klausel für Aktionärszustimmung zu Arbeitsverträgen über drei Jahren	514
A.3.9	Klausel für den Vorsitz in der Generalversammlung	514
Anhang 4	**Muster für Bestimmungen im Organisationsreglement**	515
A.4.1	Klausel für die Änderung und Offenlegung des Organisationsreglements	515
A.4.2	Klausel für die Regelung von VR-Honorar und Lohn	515
A.4.3	Klausel für die Einsetzung eines Delegierten im Anstellungsverhältnis	515
A.4.4	Klausel für die Regelung von Arbeitsverhältnissen mit Mitgliedern des VR	516
A.4.5	Klausel für die Regelung von Rücktritt und Kündigung bei VR-Mitgliedern	516
A.4.6	Klausel für ein Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafe	516
A.4.7	Klausel für Verträge zwischen der Gesellschaft und ihren Vertretern	517

Anhang 5 Muster für Bestimmungen in Verträgen 518
A.5.1 Klauseln in Arbeitsverträgen 518
a) Annahme einer Wahl als Verwaltungsrat 518
b) Konsequenzen eines Rücktritts als Verwaltungsrat 518
c) Schadenersatzansprüche bei einem vorzeitigen Rücktritt als Verwaltungsrat 518
d) Konsequenzen einer Abwahl des Arbeitnehmers als Verwaltungsrat 519
e) Konsequenzen einer Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer. 519
f) Konsequenzen einer Kündigung des Arbeitsvertrages durch die Arbeitgeberin 519
g) Versicherungsschutz 520
A.5.2 Klauseln in Mandatsverträgen 520
a) Treuhänderische Aktie als Verwaltungsrat 520
b) Enthaftungserklärung für die Funktion als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer 520
A.5.3 Klauseln in Aktionärbindungsverträgen 521
a) Anrecht auf Einsitz im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung 521
b) Vorgaben für Arbeitsverträge von VR-Mitgliedern 521

Judikaturregister 523

Sachregister 527

Literaturverzeichnis

ACOCELLA DOMENICO, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1–87, Basel/Genf/München, 1998 (zit. Acocella, SchKG-Kommentar).

AEPLI VICTOR, Zur Entschädigung des Verwaltungsrates, in: SZW 5 (2002) 269 ff.

AMMONN KURT, in: Dallèves/Kleiner/Krauskopf et al., Festschrift 100 Jahre SchKG, Vom Wildwuchs der Konkursprivilegien, Zürich 1989.

AMONN KURT/GASSER DOMINIK, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003.

ANGST PAUL, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1–87, Basel/Genf/München, 1998 (zit. Angst, SchKG-Kommentar).

BADDELEY MARGARETA, Le privilège du salarié dans l'exécution forcée de l'employeur, in: Foëx Bénédict/Thévenoz Luc (Hrsg.), Insolvence, désendettement et redressement, Basel/Genf/München 2000.

BALSIGER CHRISTOPH K., Die Abgangsentschädigung (Art. 339b–d OR), Diss. Zürich, Zürich 1995.

BANDLE DANIEL, L'Assurance D&O, Analyse de l'assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparée aux solutions en droits français et anglais, Diss. Lausanne, Lausanne 1999.

BARBEY ANDRÉ, La décharge en droit Suisse, Diss. Genf, Genf 1949.

BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, SSHW Bd. 210, Diss. Zürich, Zürich 2001.

BDO VISURA, Wieviel verdienen Verwaltungsräte? Zürich, Ausgaben 1999 und 2002.

BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: AJP 7/98 (1998) 1286 ff. (zit. Bertschinger, Verantwortlichkeitsrecht).

– Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit. Bertschinger, Arbeitsteilung).

– Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, in: AJP 8/01 (2001) 901 ff. (zit. Bertschinger, Ausgewählte Fragen).

– Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Schweizer R.J./Burkert H./Gasser U. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002 (zit. Bertschinger, Zuständigkeit der GV).

BENZ ULRICH, Aktienbuch und Aktionärswechsel, Diss. Zürich, Zürich 1981.

BERSET MARIE-FRANCE, L'administrateur non directeur de la société anonyme en droit suisse et américain, Diss. Neuenburg. Neuenburg 1988.

BESSENICH BALTHASAR, Zum Erfordernis der Aktionärseigenschaft der Vertreter einer juristischen Person im Verwaltungsrat (Art. 707 Abs. 3 OR), in: AJP 4/95 (1995) 455 ff. (zit. Bessenich, Aktionärseigenschaft).

– in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1–87, Basel/Genf/München, 1998 (zit. Bessenich, SchKG-Kommentar).

Beyeler Karin, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, SSHW Bd. 234, Zürich 2004

Biland Thomas A., Die Rolle des Verwaltungsrats im Prozess der strategischen Unternehmensführung, Diss. St. Gallen, Baden 1989.

Böckli Peter, Corporate Governance: The Cadbury Report and the Swiss Board Concept of 1991, in: SZW 68 (1996) 149 ff. (zit. Böckli, Cadbury Report).

– Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten «Hampel», «Viénot» und «OECD» sowie dem deutschen «KonTraG», in: SZW 71 (1999) 1 ff. (zit. Böckli, Corporate Governance).

– Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, in: ST 74 (2000) 133 ff. (zit. Böckli, Schnellstrassen und Holzwege).

– Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, SZA Bd. 7, Zürich 1994 (zit. Böckli, Kernkompetenzen).

– Haftung des Verwaltungsrates für Steuern, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, SSHWR Bd. 87, Zürich 1986, 87 ff. (zit. Böckli, Haftung).

– Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, in: SZW 65 (1993) 262 ff. (zit. Böckli, Neuerungen).

– Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, in: ZBJV 138 (2002) 709 ff. (zit. Böckli, Revisionsfelder).

– Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004 (zit. Böckli, Aktienrecht).

– Zum Börsengesetz von 1995: neue Rechtsinstitute und neue Probleme, in: BJM 1998, 225 ff. (zit. Böckli, Börsengesetz).

Böckli Peter/Huguenin Claire/Dessemontet François, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, SZA Bd. 21, Zürich 2004.

Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 1976–2000.

Böhi Reto, Der unterschiedliche Einkommensbegriff im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht und seine Auswirkungen auf die Beitragserhebung, Diss. Bern, Bern 2001.

Bleicher Knut, Organisation: Strategien – Strukturen – Kulturen, 2. Aufl., Wiesbaden 1991.

Bleicher Knut/Leberl Diethard/Paul Herbert, Unternehmungsverfassung und Spitzenorganisation – Führung und Überwachung von Aktiengesellschaften im internationalen Vergleich, Wiesbaden 1989.

Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Bohny Peter, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, SSHW Bd. 123, Diss. Basel, Zürich 1989.

Bollier Gertrud E., Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, 8. Aufl., Wädenswil 2003.

Bösiger Markus, Bedeutung und Grenzen des Aktionärbindungsvertrages bei personenbezogenen Aktiengesellschaften, in: REPRAX 1/03 (2003) 1 ff.

BRAND JÜRG/BÜHLMANN JÖRG, MWST und Verwaltungsratshonorare, in: Anwaltsrevue 9/99 (1999) 37, Basel 1999.

BRAND DANIEL/DÜRR LUCIUS/GUTKNECHT BRUNO et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Hrsg.; Schweizerischer Gewerbeverband, Muri/Bern 1991.

BRECHBÜHL BEAT, Goldene Fallschirme oder silberne Brücken?, in: SJZ 100 (2004) 32 ff.

BRENDER THOMAS, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, Diss. Zürich, Zürich 1976.

BRÖNNIMANN FRANZ K., Der Arbeitgeber im Konkurs, Diss. Basel 1982.

BRÜHWILER JÜRG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, hrsg. vom Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996.

BRUNI GUGLIELMO, Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, in: BJM 1982, 281 ff.

BRUNNER ALEXANDER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001 (zit. Brunner, GestG-Kommentar).

BUCHER EUGEN, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–10 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 *(zit. Bucher, Basler Kommentar)*.

– Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I Personenrecht, 2. Abt. Die natürlichen Personen, 1. Teilbd. Art. 11–26 ZGB, Bern 1976 (zit. Bucher, Berner Kommentar).

– Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht).

BUCHMANN PETER, Organisation der Verwaltungsräte in 20 der grössten Aktiengesellschaften in der Schweiz, SIBWF Bd. 17, Diss. Zürich, Bern 1976.

BÜHLER PETER/SCHWEIZER MARKUS, Was bedeutet der Sarbanes-Oxley Act für die Swiss Corporate Governance), in: ST 76 (2002) 997 ff.

BÜRGI ALEXANDER C./VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung für AHV-Beiträge, in: SZW 6 (2002) 348 ff.

BÜRGI WOLFHART F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilbd. V 5, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–738 OR, Zürich 1969 (zit. Bürgi, Zürcher Kommentar).

BUSCH IRENE, Die Übertragung der Geschäftsführung auf den Delegierten des Verwaltungsrats; in: Schluep Walter R./Isler Peter R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, FS Forstmoser, Zürich 1993, 69 ff.

CADBURY ADRIAN (Chairman of the committee), Report of the committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992 (zit. Cadbury Report).

CLAVADETSCHER DIEGO/GLAUSER PIERRE-MARIE/SCHAFROTH GERHARD, Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel/Genf/München 2000.

COMETTA FLAVIO, Note sulla responsabilità ex art. 52 LAVS dell'amministrazione di una società anonima, in: Rivista di diritto amministrativo Ticinese, Agno 1987, 231 ff.

COTTI LUKAS, Das vertragliche Konkurrenzverbot, AJSUF Bd. 207, Diss. Freiburg, Freiburg 2001.

COUCHEPIN RENÉ, Eintragung von Titeln und Funktionsbezeichnungen in das Handelsregister, in: SAG 41 (1969) 36 f. (zit. Couchepin, Eintragung).

– Les pouvoirs de l'administrateur/directeur, in: SAG 39 (1967) 21 ff. (zit. Couchepin, Les pouvoirs).

CURTI ARTHUR, Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz, Berlin 1930.

DASSER FELIX, in: Müller Thomas/Wirth Markus, Kommentar zum Schweizerischen Gerichtstandsgesetz, Zürich 2001 (zit. Dasser, GestG-Kommentar).

DIEKMANN ANDREAS, Empirische Sozialforschung, 9. Aufl., Hamburg 2002.

DIEZI ALFRED, Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SSHW Bd. 62, Zürich 1982.

DILLER MARTIN, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, Rechtsfragen der Wirtschaft Heft 5, Köln 1994.

DITESHEIM ROLF, La représentation de la société anonyme par ses organes ordinaires, fondés de procuration et mandataires commerciaux, ASR Bd. 647, Bern 2001.

DREIFUSS ERIC L./LEBRECHT ANDRÉ E., in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 698–706b, 1. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1994 (zit. Dreifuss/Lebrecht, alte Aufl. Basler Kommentar).

DUBS DIETER/TRUFFER ROLAND, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 698–706b und 808–810 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (zit. Dubs/Truffer, Basler Kommentar).

DRUEY JEAN NICOLAS, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: von Büren Roland/Hausheer Heinz/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 69 ff. (zit. Druey, Outsider).

– Organ und Organisation – Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in: SAG 53 (1981) 77 ff. (zit. Druey, Organ und Organisation).

– Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, SZA Bd. 13, Zürich 1998 (zit. Druey, Stimmbindung).

DUC JEAN-LOUIS/SUBILIA OLIVIER, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998.

DÜGGELIN HANS, Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG, STRK Bd. 19, Zürich 1977.

ECKERT MARTIN, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 927–943 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (zit. Eckert, Basler Kommentar).

EHRAT FELIX R., Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, in: AJP 6/92 (1992) 789 ff.

EIGENMANN ERNST J., Das Reglement der Aktiengesellschaft, Zürich 1952.

EMMEL FRANK, Verwaltungsrat mit Arbeitsvertrag?, in: NZZ vom 9.5.2001, Nr. 106 (2001) 85, Zürich 2001.

EPPER MARTIN, in: Baker & M^{c}Kenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz – Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Bern 2003.

ERNY DOMINIK, Oberleitung und Oberaufsicht, Führung und Überwachung mittlerer Aktiengesellschaften aus der Sicht des Verwaltungsrats, Diss. Zürich, Zürich 2000.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., Le contrat de travail, Lausanne 2001.

FELBER MARKUS, Bundesgerichtsentscheide – Die vollständigen NZZ-Berichte zu publizierten und unpublizierten Urteilen 1995/1996/1997, Zürich 1996/1997/1998 (zit. Felber, Bundesgerichtsentscheide).

FELBER RICHARD, Die Direktion der Aktiengesellschaft, Zürich 1949 (zit. Felber, Direktion).

FELDER SILVAN, Verwaltungsrat und Corporate Governance, in: ST 76 (2002) 1007 ff.

FELLMANN WALTER, Abgrenzung der Dienstleistungsverträge zum Arbeitsvertrag und zur Erbringung von Leistungen als Organ einer Gesellschaft, in: AJP 2/97 (1997) 172 ff.

FORNITO ROBERTO, Beweisverbote im Schweizerischen Strafprozess, Diss. St. Gallen, St. Gallen 2000.

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987 (zit. Forstmoser, aktienrechtliche Verantwortlichkeit).

– Die Verantwortlichkeit der Organe, in: ST 65 (1991) 536 ff. (zit. Forstmoser, Verantwortlichkeit der Organe).

– Ethik und Integrität sind Teil des Geschäftsvermögens, in: Schweizer Arbeitgeber vom 21.6.2001, Nr. 13/01, 576 ff. (zit. Forstmoser, Round-table).

– Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, SZA 11, Zürich 1997, 85 ff. (zit. Forstmoser, Meinungsäusserungsrechte).

– Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, SZA 2, Zürich 1992 (zit. Forstmoser, Organisationsreglement).

– Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: SJZ 78 (1982) 369 ff. (zit. Forstmoser, Solidarität).

FORSTMOSER PETER/FORRER FIONA, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht – Handelsgesellschaften und Genossenschaften – und im Wertpapierrecht, in: SJZ 97 (2001) Nr. 21, 488 ff.

FORSTMOSER PETER/JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär, SZA Heft 15, Zürich 2000.

FORSTMOSER PETER/HÉRITIER LACHAT ANNE, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht, SJK Ersatzkarte, Genf 1993.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

FORSTMOSER PETER/UNTERSANDER OLIVER, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, in: SJZ 95 (1999) 470 ff.

FREI WALTER, Die Verantwortung des Verwaltungsrates im Steuerrecht, in: ZStP 4/98 (1998) 263 ff.

FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS-ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 1993.

FUNK FRITZ, Kommentar des Obligationenrechts, Zweiter Band, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1984.

GEHRER CAROLE, Abwehrmassnahmen bei unfreundlichen Übernahmeversuchen, in: ST 5/02 (2002) 479 ff.

GEISER THOMAS, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, ASR Heft 481, Diss. Basel, Bern 1983 (zit. Geiser, Treuepflicht).

– Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 95 (1999) 324 ff. (zit. Geiser, Entwicklungen im Arbeitsrecht).

GEISER THOMAS/HÄFLIGER BENEDICT, Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 99 (2003) 349 ff.

GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER, Arbeitsverhältnisse im Konzern, in ZBJV 139 (2003) 757 ff.

GERHARDS GERHARD, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. III, Bern 1992.

GERMANIER MARC, Die vermögensrechtliche Stellung der Verwaltungsratsmitglieder und Direktoren in den schweizerischen Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen 1954.

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, Lausanne 2001.

GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Die Zweckentfremdung von Arbeitnehmerbeiträgen in der Sozialversicherung, in: AJP 8/03 (2003) 909 ff.

GLAUS BRUNO U., Unternehmungsüberwachung durch schweizerische Verwaltungsräte, Diss. St. Gallen 1980.

GOMEZ PETER, Corporate Governance und glaubwürdige Führung, in: SBR, 2002, 6 ff.

GRAF STEFAN/HENNEBERGER FRED/SCHMID HANS, Flexibilisierung der Arbeit, Bern/Stuttgart/Wien 2000.

GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers, Diss. Zürich, Zürich 1982.

GROSS CHRISTOPHE, Die Haftpflichtversicherung, Zürich 1993.

GROSSEN DIETER W./DE PALÉZIEUX CLAIRE, Abkommen über die Freizügigkeit, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz – EG, Zürich 2002.

GRÜNINGER HAROLD, Steuerrechtlicher Entwicklungen, in: SZW 73 (2001) 37 ff.

GUHL THEO/DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, §§ 59–89, 9. Aufl., Zürich 2000.

GUHL THEO/KOLLER ALFRED, Das Schweizerische Obligationenrecht, §§ 1–47, 9. Aufl., Zürich 2000.

HARTMANN JÜRG E., Der herausgeforderte Verwaltungsrat, in: NZZ vom 30.5.1995, Nr. 123, S. 30 (zit. Hartmann, Verwaltungsrat).

HARTMANN RUDOLF, Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern, Lachen 1944 (zit. Hartmann, Organbegriff).

HÄUSERMANN HANS, Wachsende Bedeutung von Management auf Zeit, in: NZZ vom 9.6.1998, Nr. 130, S. 81.

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999.

HELBLING CARL, Personalvorsorge und BVG, 7. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2000.

HEINI ANTON, Das Schweizerische Vereinsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1988.

HENN GÜNTER, Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl., Heidelberg 1998.

HERFS-RÖTTGEN EBBA, Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: NZA Heft8/2001 424 ff. (zit. Herfs-Roettgen, Arbeitnehmerbeteiligung)

– Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: NZA Heft 7/2002358 ff. (zit. Herfs-Roettgen, Probleme)

HILB MARTIN, Einwände gegen die Amerikanisierung der Gehälter, in: Personalwirtschaft, Sonderheft 9/2000 24 ff. (zit. Hilb, Einwände).

– Integriertes Management des Verwaltungsrats, in: Jean-Paul Thommen (Hrsg.), Management-Kompetenz, Zürich 1995 (zit. Hilb, Integriertes Management).

– Transnationales Management der Human-Ressourcen, 2. Aufl., Neuwied 2002 (zit. Hilb, Transnationales Management).

HILB MARTIN/MÜLLER ROLAND/WEHRLI HANS PETER, Verwaltungsratspraxis [Medienpaket], Zürich 2003.

HOFER HERMANN, Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates, Diss. Bern, Zürich 1944.

HOFFMANN DIETRICH/PREU PETER, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., München 2003.

HOFSTETTER KARL, Corporate Governance in der Schweiz – Bericht im Zusammenhang mit den Arbeiten der Expertengruppe, Zürich 2002 (zit. Hofstetter, Corporate Governance Bericht).

– Erkenntnisse aus der Corporate Governance-Diskussion in der Schweiz, in: ST 76 (2002) 975 ff. (zit. Hofstetter, Erkenntnisse).

– Neue Schweizer Corporate Governance bietet Gestaltungsspielraum, in: Ernst & Young (Hrsg.), Praxis Special – Corporate Governance, Zürich 2002 (zit. Hofstetter, Neue Schweizer Corporate Governance).

HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, Interkantonales Steuerecht, 4. Aufl., Bern 2000.

HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2001.

HOMBURGER ERIC, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Das Obligationenrecht, Teilbd. V 5b Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997 (zit. Homburger, Zürcher Kommentar).

HOMMELHOFF PETER, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Die Aktiengesellschaft 46 (2001) 279 ff.

HOMMELHOFF PETER/TEICHMANN CHRISTOPH, Die Europäische Aktiengesellschaft – das Flaggschiff läuft vom Stapel, in: SZW 74 (2002) 1 ff.

HONSELL HEINRICH, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. Aufl., Basel 2002 (zit. Honsell, Basler Kommentar).

– Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003 (zit. Honsell, Obligationenrecht).

HÜFFER UWE, Aktiengesetz, 5. Aufl., München 2002.

HUG WALTHER, Die Einwirkung von Schuldbetreibung und Konkurs auf das Dienstverhältnis, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944, St. Gallen 1944.

HUMBERT DENIS, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Winterthur 1991.

HUNGERBÜHLER IVO W., Der Verwaltungsratspräsident, SSHW Bd. 219, Diss. Zürich 2003.

HÜTTE KLAUS, Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, in: AJP 11/98 (1998) 1294 ff.

HUTTERLI CLAUS, Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, SSR Heft 17, 3. Aufl., Diss. Zürich, Bern 1984.

JAEGER CARL, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 1911.

JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 1–158, 4. Aufl., Zürich 1997.

– Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159–292, 4. Aufl., Zürich 1999.

JERMINI DAVIDE, in: Baker & M^{c}Kenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz – Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Bern 2003.

JOHANSSON BJORN, Neue Impulse durch branchenfremde Manager, in: NZZ vom 8.3.1994, Nr. 56, S. 36.

JÖSLER MAJA DOMENICA, Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Bamberg 1998.

KAHIL-WOLFF BETTINA, Remarques sur l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur, in: HAVE 4/03 (2003) 301 ff.

KAISER JOB NOËLLE, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001 (zit. Kaiser Job, GestG-Kommentar).

KAMMERER ADRIAN, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats, SSHW Bd. 180, Zürich 1997.

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, Zürich 2003.

KILLIAS LAURENT, in: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, Schiedsgerichtsvereinbarungen im nationalen und internationalen Arbeitsverhältnis, Tagesdokumentation vom 14. November 2003, St. Gallen 2003.

KOCH JÖRG, Marktforschung – Begriffe und Methoden; München/Wien 1996.

KOFMEL EHRENZELLER SABINE, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1–87, Basel/Genf/München, 1998 (zit. Kofmel Ehrenzeller, SchKG-Kommentar).

KOLB ALFRED, Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich, Andelfingen 1935.

KOLLER ALFRED, Empfangstheorie und «Ferien-Kündigung», in: ZBJV 135 (1999) 136 ff. (zit. Koller, Empfangstheorie).

KOLLER THOMAS, Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung, in: SJZ 92 (1996) 409 ff. (zit. Koller, Organisationshaftung).

– Die Besteuerung der geldwerten Leistungen einer AG an die Aktionäre im Lichte der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Recht 2 (1984) 22 ff. (zit. Koller, Besteuerung).

KRAMER ERNST A., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI Allgemeine Einführung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Bern 1980 (zit. Kramer, Berner Kommentar).

KRAMPF MICHAEL, Lohnprivileg des Arbeitnehmers im Konkurs, in: NZZ vom 9.12.2003, Nr. 286, S. 27.

KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat: Art. 707–727, 754 OR und Spezialgesetze, Bern 2001 (zit. Krneta, Praxiskommentar).

– Der Rechtsanwalt als Verwaltungsrat, in: SJZ 97 (2001) 289 ff. (zit. Krneta, Rechtsanwalt).

KREUSCH REINHARD, Die arbeitsrechtliche Stellung der Verwaltungsorganmitglieder juristischer Personen in Deutschland und der Schweiz, Diss. Basel, Basel 1976.

KÜNG JOSEPH, Unlösbare Konflikte für den Verwaltungsrat einer Konzerntochter? in: Anwaltsrevue 10/2004, 384 f.

KÜHN RICHARD/FANKHAUSER KATHRIN, Marktforschung, Bern/Stuttgart/Wien 1996.

KUHN RENÉ/KOLLER GERHARD L. (Hrsg.), Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, inkl. 117. Aktualisierung, Zürich 2000.

KUNZ PETER V., Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, in: AJP 8/01 (2001) 883 ff. (zit. Kunz, Informationsrecht).

– Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, SZA Bd. 12, Zürich 1997 (zit. Kunz, Klagen).

KUZMIC KRISTINA, Haftung aus Konzernvertrauen, SSHW Bd. 187, Diss. Zürich, Zürich 1998.

LAMBERT CLAUDE, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft, ASR 535, Diss. Zürich, Bern 1992.

LATTMANN MASSIMO S., Ein Markt für Verwaltungsräte? in: NZZ vom 22.2.1993, Nr. 43, S. 21.

LAUTERBACHER THIERRY, Verantwortlichkeit und Versicherung, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003.

LOCHER PETER, Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil : Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht, Loseblattwerk, Basel, Stand 1999 (zit. Locher, Doppelbesteuerungspraxis).

– Einführung in das interkantonale Steuerrecht, 2. Aufl., Bern 2003 (zit. Locher, Einführung in das interkantonale Steuerrecht).

– Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Band 9, I. Teil, Therwil/Basel 2001 (zit. Locher, Kommentar zum DBG).

LORANDI FRANCO, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, in: SJZ 96 (2000) 150 ff. (zit. Lorandi, Arbeitsverträge)

– Konkursprivilegien und Sozialversicherungsrecht, in: AJP 3/02 (2002) 263 ff. (zit. Lorandi, Konkursprivilegien)

MAURER GUSTAV, Die Strafzumessung im schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Zürich, Zürich 1945.

MEIER ISAAK, Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 271 ff. (zit. Meier, Schiedsgerichtsbarkeit).

MEIER KURT, Lohnforderungen im Arbeitgeber-Konkurs, in: Plädoyer 2/98 39ff. (zit. Meier, Lohnforderungen).

MEIER ROBERT, Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1994 (zit. Meier, Aktiengesellschaft).

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004.

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Einführung in das neue Fusionsgesetz, in: AJP 5/02 (2002) 514 ff. (zit. Meier- Schatz, Einführung FusG).

– Meldepflichten und Übernahmeangebote: Gedanken zu den neuen Ausführungsverordnungen, in: AJP 1/98 (1998) 48 ff. (zit. Meier-Schatz, Meldepflichten)

– Über die Zusammenarbeit des Verwaltungsrats mit der Generalversammlung, ST 10/ 1995 823 ff. (zit. Meier-Schatz, Zusammenarbeit).

MERZ HANS, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I Einleitung und Personenrecht, Art. 2 ZGB, Bern 1962 (zit. Merz, Berner Kommentar).

MEYER KURT, Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrats nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1946.

METZLER LUKAS/SCHMUKI MARKUS, Die Aktionärseigenschaft des VR-Mitglieds – zur Bedeutung von Qualifikationsaktien in der Praxis, in: AJP 2/04 (2004) 169 ff.

MONTAVON PASCAL, Droit Suisse de la SA, Band II, Lausanne 1997.

MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999 (zit. Müller J.P., Grundrechte).

MÜLLER OTTO HEINRICH, Haftpflichtversicherung, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. Müller O., Haftpflichtversicherung).

MÜLLER ROLAND, Betriebliches Disziplinarwesen, SSA Heft 21, Diss. Zürich, Bern 1983 (zit. Müller, Disziplinarwesen).

– Der Aktionärbindungsvertrag, in: Der Treuhandexperte 1/98 (1998) 4 ff. (zit. Müller, Aktionärbindungsvertrag).

– Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht, in: ArbR 1997 67 ff., Bern 1997 (zit. Müller, Arbeitsrecht).

– Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, in: AJP 12/01 (2001) 1367 ff. (zit. Müller, arbeitsrechtliche Stellung).

– Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in: SJZ 100 (2004) 553 ff. (zit. Müller, Konkursprivileg)

– Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates, in: ST 69 (1995) S. 807 ff. (zit. Müller, Rechte und Pflichten).

– Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, in: Schaden-Haftung-Versicherung, hrsg. von Peter Münch/Thomas Geiser, Basel/Genf/München 1999, § 17 S. 825 ff. (zit. Müller, unsorgfältige Führung).

MÜLLER ROLAND A., Arbeitsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2001 (zit. Müller R. A., Arbeitsgesetz).

– Die Arbeitnehmervertretung, SSA Heft 43, Bern 1999 (zit. Müller R. A., Arbeitnehmervertretung).

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1999.

MÜLLER THOMAS, Die solidarische Mithaftung im Bundessteuerrecht, Diss. Bern, Bern 1999 (zit. Müller T., solidarische Mithaftung).

MÜNCH PETER, Von der Kündigung und ihren Wirkungen, in: Stellenwechsel und Entlassung, Band II der Handbücher für die Anwaltspraxis, § 1 S. 1 ff., Basel und Frankfurt a.M. 1997.

NIENSTEDT THOMAS, Haftungsrechtliche Sanktionen bei der Annahme und Zahlung von Schmiergeldern, Diss. Freiburg im Breisgau, Berlin 1996.

NIGGLI ADRIAN, Die Aufsicht über die Verwaltung der Aktiengesellschaft im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1981.

NOBEL PETER, Aktienrechtliche Entscheide, 2. Aufl., Bern 1991 (zit. Nobel, Aktienrechtliche Entscheide).

– Corporate Governance – Der Brückenschlag vom Aktionariat zum Verwaltungsrat zum Management, in: INDEX 3/98 (1998), 8 ff. (zit. Nobel, Brückenschlag).
– Corporate Governance – Möglichkeiten und Schranken gesellschaftsrechtlicher Gestaltung, in: ST 69 (1995) 1057 ff. (zit. Nobel, Corporate Governance).
– Der Eintrag im Aktienbuch als Legitimationsmittel gegenüber der Gesellschaft, in: SZW 65 (1993) 123 ff. (zit. Nobel, Eintrag im Aktienbuch).
– Europäisierung des Aktienrechtes, Diss. Zürich, Diessenhofen 1974 (zit. Nobel, Europäisierung).
– Grundsätze der OECD zu Corporate Governance, in: SZW 71 (1999) 244 ff. (zit. Nobel, Grundsätze der OECD).
– Klare Aufgaben für den Verwaltungsrat, in: ST 65 (1991) 531 ff. (zit. Nobel, Klare Aufgaben).
– Le rôle du président du conseil, in: SZW 76 (2004) 19 ff. (zit. Nobel, Rolle des VR-Präsidenten).
– Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004 (zit. Nobel, Finanzmarktrecht).

NORDMANN PHILIPPE, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss. Basel, Basel und Frankfurt am Main 1998.

NUSSBAUMER THOMAS, Die Haftung des Verwaltungsrats nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96 (1996) 1071 ff.

OERTLE MARKUS, Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht, Diss. Zürich, Richterswil 1996

OERTLE MATTHIAS/DU PASQUIER SHELBY, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 683–688 und 789–792 OR, 2. Aufl., Basel 2002 (zit. Oertle/du Pasquier, Basler Kommentar).

PAULSEN TERJE/MEIERHOFER PETER, Vom Sklaven zum Aufseher der eigenen Risiken, in: ST 78 (2004) 1066 ff.

PEDRAZZINI MARIO M./PEDRAZZINI FEDERICO A., Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002.

PETER HANSJÖRG, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 88–220, Basel/Genf/München 1998 (zit. Peter, SchKG-Kommentar).

PIC JEAN-JACQUES, A glance at Corporate Governance around the world, Paris 1997.

PICENONI RENO, Der Entlastungsbeschluss (Décharge), Diss. Zürich, Aarau 1945.

PLÜSS ADRIAN, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich, SSHW Bd. 130, Zürich 1990 (zit. Plüss, Rechtsstellung).

– Zur Rechtsstellung des «Konzernführers», in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, hrsg. von W. R. Schluep und P. R. Isler, Zürich 1993 (zit. Plüss, Konzernführer).

PORTMANN WOLFGANG, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000.

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2004.

POTTHOFF ERICH/TRESCHLER KARL, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl., Stuttgart 2003.

PROCACCIA URIEL, The Corporate Code as a Standard Form Contract: General Theoretical Remarks and Implications for German Law, in: ZUG 19 (1990) 169 ff.

PULVER MARTIN J., Fussangeln für Verwaltungsräte – Das eigene Unternehmen als Selbstbedienungsladen, in: NZZ vom 15.7.2000, Nr. 163, S. 21.

REBSAMEN KARL, Die Aktiengesellschaft nach neuem Recht in der Handelsregisterpraxis, Basel 1992.

REETZ PETER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001 (zit. Reetz, GestG-Kommentar).

REHBINDER MANFRED, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Bern 1985 und 1992 (zit. Rehbinder, Berner Kommentar).

– Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002 (zit. Rehbinder, Arbeitsrecht).

REHBINDER MANFRED/PORTMANN WOLFGANG, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 319–362 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zit. Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar).

REICHEL ALEXANDER, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Zürich 1901.

REINERT PETER, in: Baker & M^{c}Kenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz – Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Bern 2003.

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998.

RHOADS CHRISTOPHER, OECD pushes Global Guidelines for Governance of Corporations, in: The Wall Street Journal Europe vom 12. Januar 2004, Nr. 239, A2.

RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003 (zit. Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG).

– Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999 (zit. Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz).

RICKENBACH MATTHIAS W., Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich, Bern 2000.

ROBERTO VITO, Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Festschrift für Manfred Rehbinder, Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Bern 2002 (zit. Roberto, Haftung).

– Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. Roberto, Haftpflichtrecht).

RUFFNER MARKUS, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000.

RUIGROK WINFRIED, Corporate Governance in Switzerland: The case for further reforms, in: SBR 2002, 22 ff.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA/USINGER-EGGER PATRICIA, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, in: Murer/Stauffer (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Zürich 2003.

SANWALD RETO, Aktuelle parlamentarische Vorstösse im Bereich des Gesellschaftsrechts, in REPRAX 3/01 (2001) 26 ff.

SCHÄRER HEINZ, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe, Diss. Freiburg, Freiburg 1981.

SCHILTKNECHT RETO, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, ASR Heft 592, Bern 1997.

SCHMID ERNST F., in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1–87, Basel/Genf/München, 1998 (zit. Schmid, SchKG-Kommentar).

SCHÖNENBERGER WILHELM, Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1945.

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1a, Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973 (zit. Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar).

SCHOTT ANSGAR, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, ZSP Bd. 178, Diss. Zürich, Zürich 2002.

SCHULTHESS BERNHARD, Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1967.

SCHUCANY EMIL, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960.

SCHWARZ GERHARD, Filz, Kontrolle und Verantwortung, in: NZZ vom 24.3.2001, Nr. 70, S. 21 (zit. Schwarz, Filz).

– Wo bleibt der Aufstand der Aktionäre, in: NZZ vom 2.3.2002, Nr. 52, S. 21 (zit. Schwarz, Aufstand).

SCHWEINGRUBER EDWIN, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1976 (zit. Schweingruber, Arbeitsvertrag).

SCHWEINGRUBER PASCAL, Die Versicherung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit in der Schweiz, Zürich 1997 (zit. Schweingruber, Versicherung).

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Bern 2003.

SIEGMUND LUDWIG, Handbuch für die Schweizerischen Handelsregisterführer, Basel 1892.

SIEGWART ALFRED, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659), Zürich 1945 (zit. Siegwart, Zürcher Kommentar).

SOMMER UELI, Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungsrats- und anderen Organverträgen, in: AJP 9/04 (2004) 1059 ff.

SPENCER STUART MANAGEMENT CONSULTANTS, Verwaltungsräte in der Schweiz – Aufgaben und Anforderungen, Zürich/Genf 1983.

STAEHELIN ADRIAN/VISCHER FRANK, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Zürich 1996 (zit. Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar).

STAEHELIN DANIEL, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. Aufl., Basel 2002 (zit. Staehelin, Basler Kommentar).

STÄHELIN SALOME, Das Streikrecht in unerlässlichen Diensten, BSR Bd. 58, Diss. Basel, Basel 2001 (zit. Stähelin, Streikrecht).

STAMM MARIE-LOUISE, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, BSR Heft 109, Diss. Basel, Basel und Stuttgart 1977.

STÄMPFLI MICHAEL, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, ASR Heft 533, Diss. Bern, Bern 1991.

STAUFFER HANS-ULRICH, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 1998 (zit. Stauffer, Rechtsprechung).

– Die Arbeitslosenversicherung, Zürich 1984 (zit. Stauffer, Arbeitslosenversicherung).

STEINER ERNST, Die Vertretung des Gemeinderates im Verwaltungsrat einer AG, in: SAG 20, 143 ff.

STOCKAR CONRAD, Die Solidarhaftung des Verwaltungsrates bei der Verrechnungssteuer, in: ST 1990, 325 ff.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Streikrecht in der Schweiz, in: BJM 1997, 169 ff. (zit. Stöckli, Streikrecht).

– Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, SSA Heft 32, Bern 1990 (zit. Stöckli, Gesamtarbeitsvertrag).

– Ein verfassungsmässiges Rechte auf Streik?, in: NZZ vom 4.2.1998, Nr. 30, 15 (zit. Stöckli, verfassungsmässiges Recht).

– Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Das Obligationenrecht, 2. Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilbd./3. Abschn. Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356–360 OR, Bern 1999 (zit. Stöckli, Berner Kommentar).

– Rechtsfragen der Mehrfachbeschäftigung des Arbeitnehmers, in: SJZ 87 (1991) 254 ff. (zit. Stöckli, Mehrfachbeschäftigung).

STÖCKLI KURT, Die Lohnforderung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, in: ST 68 (1994) 604 f. (zit. Stöckli K., Lohnforderung).

STRATENWERTH GÜNTHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1996.

STREIFF ULLIN, Besondere Fälle der Haftung des Arbeitnehmers, in: AJP 7/97 (1997) 796 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992.

STREIFF ULLIN/PELLEGRINI BRUNO/VON KAENEL ADRIAN, Vertragsvorlagen, 3. Aufl., Zürich 1999.

STUDER CHRISTOPH, Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1995.

Syz Carole, Faktisches Vertragsverhältnis, ZSP Heft 84, Zürich 1991.

Theisen Manuel R./Wenz M., Die Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart 2002.

Thoma Georg F./Leuering Dieter, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, in: NJW 20 (2002) 1449 ff.

Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich1997.

Trigo Trindade Rita, Le conseil d'administration de la société anonyme, Diss. Genf, Basel 1996.

Trottmann Markus, Können die Statuten einer Aktiengesellschaft vorsehen, dass sich ein Verwaltungsrat bei der Beschlussfassung des Rates durch ein anderes Ratsmitglied vertreten lassen kann? In: Jahrbuch des Handelsregisters 1993, Zürich 1993, S. 51 ff.

Troxler Dieter M., Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Arbeitsrecht in der Praxis Band 5, Diss. Basel, Zürich 1993.

Vallender Klaus A., in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2002.

Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1994 (zit. Vischer, Arbeitsvertrag).

Vischer Markus, Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, in: AJP 5/03 (2003) 491 ff. (zit. Vischer, Schadloshaltungsklauseln).

Vock Dominik, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001 (zit. Vock, GestG-Kommentar).

Vogel Hans-Albrecht, Die Familienkapitalgesellschaften – Typologische Grundlegung und Probleme in der Rechtspraxis, Diss. Zürich, Zürich 1974.

Vogel Oscar/Spühler Karl, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001.

Vollmar Jürg, Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrats an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Diss. Bern, Lenzburg 1986.

von Büren Roland, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, in: ZBJV 131 (1995) 57 ff. (zit. von Büren, Erfahrungen).

– Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, Basel 1997 (zit. von Büren, Schweizerisches Privatrecht).

von Büren Roland/Bähler Thomas, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, in: Recht 1996 17 ff.

von der Crone Caspar/Kessler Franz J., Die Leitung der Generalversammlung, SZW 76 (2004) 2 ff.

von der Crone Caspar/Roth Katja, Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, in: AJP 2/03 (2003) 131 ff.

von Moos-Busch Irene, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrats, Diss. Zürich 1995 (zit. von Moos-Busch, Organisationsreglement).

– Die Übertragung der Geschäftsführung auf den Delegierten des Verwaltungsrats, in: Schluep W.R./Isler P.R. (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht – Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993 (zit. von Moos-Busch Irene, Übertragung der Geschäftsführung).

VON SALIS ULYSSES, Die Gestaltung des Stimm- und des Vertretungsrechts im schweizerischen Aktienrecht, SSHWR Bd. 174, Zürich 1996.

VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970.

WALDBURGER MARTIN, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, SSPHW Bd. 66, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2002.

WALSH MARK/THESING THOMAS, Die exterritoriale Anwendung der US-Standards zu Corporate Governance in Europa, in: SWZ 75 (2003) 84 ff.

WANDER JEAN, Die Organe der Aktiengesellschaft und ihr gegenseitiges Verhältnis nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht, Diss. Bern, Bern 1958

WATTER ROLF, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 716–724 und 726–731a OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (zit. Watter, Basler Kommentar).

– Unternehmensübernahmen, Zürich 1990 (zit. Watter, Unternehmensübernahmen).

WATTER ROLF/DUBS DIETER, Der Déchargebeschluss, in: AJP 8/01 (2001) 908 ff.

WEBER MARTIN, Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation – Zulässigkeit – Schranken, Diss. Zürich 1994 (zit. Weber, Vertretung).

WEBER ULRICH, Der Anstellungsvertrag des Managers, Wien 1991 (zit. Weber, Anstellungsvertrag).

WEIDMANN HEINZ/GROSSMANN BENNO/ZIGERLIG RAINER, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 6. Aufl., Muri-Bern 1999.

WEISS GOTTFRIED, Zum Schweizerischen Aktienrecht, ASR Heft 385, Bern 1968.

WERNLI MARTIN, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 707–715a und 762–763 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (zit. Wernli, Basler Kommentar).

WIDMER DIETER, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 2001.

WIDMER PETER/BANZ OLIVER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 754–760, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (zit. Widmer/Banz, Basler Kommentar).

WILLIAMSON OLIVER E., Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, Unternehmen, Märkte, Kooperationen, (aus dem Amerikanischen übersetzt von Monika Streissler), Tübingen 1990.

WINTERTHUR/ELVIA/VAUDOISE, Die Berufshaftpflicht des Rechtsanwalts, SAV Bd. 10, Zürich 1992.

WOLFERS ARNOLD, Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft, ZBR Bd. 66, Zürich 1917.

WÜRSCH DANIEL, Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft, Diss. Zürich, Zürich 1989.

WYLER RÉMY, Droit du travail, Bern 2002.

WUNDERER FELIX ROLF, Der Verwaltungsrats-Präsident, SSHW Bd. 163, Zürich 1995 (zit. Wunderer, VR-Präsident).

WUNDERER ROLF, Führung und Zusammenarbeit, 5. Aufl., Neuwied 2003 (zit. Wunderer, Führung).

ZEHNDER EGON P., «Corporate Governance» darf kein Papiertiger sein, in: NZZ vom 7./8.6.1997, Nr. 129, S. 29 (zit. Zehnder, Papiertiger).

– Corporate Governance in den USA, in: NZZ vom 23./24.10.1999, Nr.247, S. 29 (zit. Zehnder, Corporate Governance in den USA).

ZIMMERMANN HARRY, Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, Zürich 1946.

ZINDEL GAUDENZ G./ISLER PETER R./HONEGGER PETER C./BENZ ULRICH, Statuten nach neuem Aktienrecht, SZA Bd. 1, Zürich 1992.

ZOSS MARIE-GISÈLE, La résiliation abusive du contrat de travail, Diss. Lausanne, Lausanne 1997.

Materialienverzeichnis

Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Beilage zum Entwurf vom Dezember 1919, Bern 1920 (zit. Bericht I).

Bericht II über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Beilage zum zweiten Entwurf vom Dezember 1923, Bern 1920 (zit. Bericht II).

Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl. 1928 I 205 ff. (zit. Botschaft zur Revision OR, Seitenangaben nach dem Sonderdruck 28.2284).

Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung vom 16. August 1950, BBl. 1950 II 525 ff. (zit. Botschaft zur Änderung des SchKG, Seitenangaben nach dem Sonderdruck 91.034).

Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 30. September 1960, BBl. 1960 II 909 ff. (zit. Botschaft zum Arbeitsgesetz, Seitenangaben nach dem Sonderdruck 60.8113).

Botschaft des Bundesrates über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titel^{bis} des Obligationenrechts vom 25. August 1967, BBl. 1967 II 241 ff. (zit. Botschaft zum Arbeitsvertrag, Seitenangaben nach dem Sonderdruck 67.9765).

Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag vom 22. August 1973, BBl. 1973 II 237 ff. (zit. Botschaft zur Mitbestimmungsinitiative, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates betreffend Änderung der Bundesverfassung für eine Neukonzeption der Arbeitslosenversicherung vom 3. September 1975, BBl. 1975 IIa 1557 ff. (zit. Botschaft zur Neukonzeption der Arbeitslosenversicherung, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 2. Juli 1980, BBl. 1980 III 489 ff. (zit. Botschaft zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl. 1983 II 745 ff. (zit. Botschaft zum Aktienrecht, Seitenangaben nach dem Sonderdruck 83.015).

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl. 1984 II 551 ff. (zit. Botschaft zur Kündigungsschutz-Initiative, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991, BBl. 1991 III 1 ff. (zit. Botschaft zur Änderung des SchKG, Seitenangaben nach dem Sonderdruck 91.034).

Botschaft des Bundesrates zur zweiten Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG) vom 29. November 1993, BBl. 1994 I 340 ff. (zit. Botschaft zur Revision des AVIG, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl. 1997 I 7 ff. (zit. Botschaft zur Bundesverfassung, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl. 1999 6128 ff. (zit. Botschaft zu sektoriellen Abkommen, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 29. Dezember 2001, BBl. 2002 3148 ff. (zit. Botschaft zur Revision des GmbH-Rechts, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Botschaft des Bundesrates betreffend die Internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus und zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge sowie die Änderung des Strafgesetzbuches und die Anpassung weiterer Bundesgesetze vom 26. Juni 2003, BBl. 2003 5390 ff. (zit. Botschaft zur Bekämpfung des Terrorismus, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Vorlage an das Schweizerische Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1919 (zit. Entwurf I).

Entwurf II eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Vorlage an das Schweizerische Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1923 (zit. Entwurf II).

Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision des Titel 28 des schweizerischen Obligationenrechts mit Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts, Vorlage an das Schweizerische Justiz- und Polizeidepartement, BBl. 2002 3265 ff. (zit. Entwurf GmbH-Revision, Seitenangaben nach dem Bundesblatt).

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Vorentwurf zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Bern 1984 (zit. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens SchKG).

Abkürzungsverzeichnis

a.	alt / frühere Fassung eines Gesetzes oder einer Verordnung
a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Brüssel)
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
AFV-EBK	VO der EBK zur Verordnung über die Anlagefonds (SR 951.311.1)
AG	Aktiengesellschaft
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AHVV	VO über die Alters – und Hinterlassenenversicherung (SR 831.101)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
AJSUV	Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg (Feiburg)
AlVG	BG über die Arbeitslosenversicherung (SR 837.1; aufgehoben durch AVIG)
Amtl.	Amtlich(es)
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20)
Anm.	Anmerkung
aOR	BG betreffend die Ergänzung des Zivilgesetzbuches, 5.Teil: Obligationenrecht, vom 7. Juli 1911
AppGer.	Appellationsgericht
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Zürich)
ArG	BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
ArGV 1	VO 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Zürich; bis Ende 2000: Mitteilungsblatt des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Bern)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
aStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch in der früher geltenden Fassung
ATSG	BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungs-Bedingungen
AVG	BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11)
AVIG	BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (SR 837.0)

AVIV	VO über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (SR 837.2)
AVV	VO über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.111)
BankG	BG über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BankV	VO über die Banken und Sparkassen (SR 952.02)
BAWI	Bundesamt für Aussenwirtschaft (seit 1.7.1999 seco)
BAZL	Bundesamt für Zivilluftfahrt
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
Bd.	Band
betr.	betreffend
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.1)
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (Lausanne)
BGer.	Bundesgericht
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (ab 1.1.1998 BWA und seit 1.7.1999 seco)
BJM	Basler juristische Mitteilungen (Basel)
BSR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel und Stuttgart)
Bull.	Bulletin
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVV2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.441.1)
BWA	Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit (seit 1.7.1999 seco)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.	contra / gegen
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
D&O	Director's & Officer's [Liability Insurance]
DBG	BG über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
EBK	Eidg. Bankenkommission
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EHRA	Eidg. Amt für das Handelsregister
Eidg.	Eidgenössisch

Erw.	Erwägung
et al.	et alii/und weitere
EU	Europäische Union
ev.	eventuell
EVED	Eidgenössisches Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
Extr.	Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal et de décisions du Conseil d'Etat du Canton de Fribourg (Fribourg)
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FusG	BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (SR 221.301)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
Ges.	Gesellschaft
GestG	BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
GF	Geschäftsführer
GL	Geschäftsleitung
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
GVP-AR	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis (Herisau)
GVP-SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen)
GVP-ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kt. Zug (Zug)
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HfdA	Handbücher für die Anwaltspraxis (Basel/Genf/München)
HR	Handelsregister
HRegV	Handelsregisterverordnung (SR 221.411)
hrsg.	herausgegeben
HTL	Höhere Technische Lehranstalt (Ingenieurschule)
HWP	Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer
i.d.R.	in der Regel
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht (SR 291)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Jg.	Jahrgang

INDEX	Fachmagazin Betriebswirtschaft (Basel)
Kap.	Kapitel
KMU	Klein- und Mittelunternehmen
KonTraG	[Deutsches] Bundesgesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (Bundesgesetzblatt I/1998, 786 ff.)
KR	Kotierungsreglement der Schweizer Börse
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (SR 279)
Kt.	Kanton
LAVS	LF sull'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti (SR 831.10)
LF	Legge federale
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
LSJ	La Semaine Juridique (Paris)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
mdl.	mündlich
Mte.	Monate
MWST	Mehrwertsteuer
MWSTG	BG über die Mehrwertsteuer (SR 641.20)
MWSTV	VO über die Mehrwertsteuer (SR 641.201)
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt)
nom.	nominal
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
od.	oder
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OGH	Obergerichtshof
OR	Obligationenrecht (SR 220)
Org.	Organisation(en)
PDG	Président-Directeur Général
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RDAT	Rivista di diritto amministrativo e tributario Ticinese (Agno)
RdW	Recht der Wirtschaft (Wien)
Regl.	Reglement
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Zürich)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence (Porrentruy)
RLCG	Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance

Rz.	Randziffer
S.	Seite
SA	Société anonyme
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft – Zeitschrift für Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsfragen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Zürich, ab 1990: SZW)
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung durch das Bundesamt für Statistik
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBR	Student Business Review (St. Gallen)
SCBP	Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
schr.	schriftlich
SE	Societas Europaea (Europäische Gesellschaft)
SEC	Securities Exchange Commission
seco	Staatssekretariat für Wirtschaft (seit 1.7.1999 aus Zusammenlegung von BWA und BAWI)
SEGA	Schweizerische Effektengiro-Zentrale
Semjud	La Semaine Judiciaire (Genf)
SE-VO	EG-Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Abl. Nr. L 294 vom 10.11.2001 S. 1 ff.)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt (Bern)
SIBWF	Schriftenreihe des Instituts für betriebswirtschaftliche Forschung an der Universität Zürich (Zürich)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	so genannt
SP	Sozialistische Partei der Schweiz
SR	Systematische Rechtssammlung
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SSPHW	St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht (Bern/Stuttgart/Wien)
SSR	Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht (Bern)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StE	Der Steuerentscheid (Basel)
StG	BG über die Stempelabgaben (SR 641.10)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StR	Ständerat
StHG	BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14)

STRK	Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt in Luzern
SVP	Schweizerische Volkspartei
SWX	Swiss Exchange/Schweizer Börse
SZA	Schriften zum neuen Aktienrecht bzw. Schriften zum Aktienrecht (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich, vor 1990: SAG)
TCA TI	Tribunale cantonale delle assicurazioni del Cantone Ticino
TUG	BG über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (SR 784.11)
u.a.	unter anderem
UEK	Übernahmekommission
UEV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote (SR 954.195.1)
u.U.	unter Umständen
UV	Unfallversicherung
UVG	BG über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	VO über die Unfallversicherung (SR 832.202)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VEA	Verordnung über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern (SR 142.211)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOSE	Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Nr. 14886/00)
VR	Verwaltungsrat
VStG	BG über die Verrechnungssteuer (SR 642.21)
VVG	BG über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1)
VZAS	Verordnung über die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt (SR 142.261)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
zit.	zitiert
ZUG	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Berlin)
ZSP	Zürcher Studien zum Privatrecht (Zürich)
ZStP	Zürcher Steuerpraxis (Zürich)

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Anzahl AG und VR 1989 bis 2003	88
Tabelle 2:	Anzahl Beschäftigte, Arbeitsstätten und Unternehmen 1991, 1995 und 1998	90
Tabelle 3:	Verhältnis Anzahl AG zu Unternehmen und VR zu Beschäftigten 1991–1998	91
Tabelle 4:	Durchschnittliches VR-Honorar per 1999 und 2002 nach Funktion	95
Tabelle 5:	Zeichnungsberechtigung der VR-Delegierten in allen AG per 2000	99
Tabelle 6:	Im Handelsregister per 2000 eingetragene VR-Zusatzfunktionen	100
Tabelle 7:	Anzahl AG und Funktionsträger 1998–2000	101
Tabelle 8:	VR-Delegierte im Jahre 2000 nach Sprachregionen	104
Tabelle 9:	Anzahl VR-Delegierte pro Gesellschaft im Jahre 2000	105
Tabelle 10:	Anzahl Mandate pro VR-Delegiertem im Jahre 2000	106
Tabelle 11:	Verteilung der VR-Delegierten im Jahre 2000 nach Geschlecht	106
Tabelle 12:	Arbeitnehmerähnliche Zusatzfunktionen bei VR-Delegierten gemäss HR-Eintrag	107
Tabelle 13:	Anteil der VR-Delegierten mit Arbeitnehmerfunktion gemäss HR-Eintrag	108
Tabelle 14:	Umfragerücklauf nach Sprachregionen	120
Tabelle 15:	Grösse der Gesellschaften mit VR-Delegierten nach Sprachregionen	123
Tabelle 16:	Stellung der Gesellschaften mit VR-Delegierten nach Sprachregionen	124
Tabelle 17:	Verteilung der VR-Delegierten nach Grösse und Stellung der Unternehmen	125
Tabelle 18:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Sprachregionen	127
Tabelle 19:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Beschäftigungsgrösse	129
Tabelle 20:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten nach Stellung der Gesellschaft	130
Tabelle 21:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Zusatzfunktionen	132
Tabelle 22:	Formelle Gestaltung des Arbeitsvertrages mit den VR-Delegierten	134

Tabelle 23: Weisungen an die VR-Delegierten nach Sprachregionen 135
Tabelle 24: Weisungen an die VR-Delegierten nach Verhältnis zur Gesellschaft 137
Tabelle 25: Zeitaufwand für die Funktionsausübung nach Rechtsverhältnis 140
Tabelle 26: Zeitaufwand für die Funktionsausübung nach Gesellschaftsgrösse 141
Tabelle 27: Regelungsort der Delegiertenfunktion nach Sprachregionen 143
Tabelle 28: Regelungsort der Delegiertenfunktion nach Stellung der Gesellschaft 145
Tabelle 29: Regelungsort der Delegiertenfunktion nach Beschäftigungsgrösse 146
Tabelle 30: Spezialregelungen nach Beschäftigungsgrösse 148
Tabelle 31: Spezialregelungen nach Verhältnis zur Gesellschaft 149
Tabelle 32: Entschädigungen oder Vorsorgeleistungen zu Gunsten der VR-Delegierten 151
Tabelle 33: Rücktrittsmöglichkeiten nach dem Verhältnis zur Gesellschaft 153
Tabelle 34: Personelle Trennung VR-Präsident/CEO im internationalen Vergleich 252
Tabelle 35: VR-Delegierte mit geschäftsführender Zusatzfunktion 1984–2000 266
Tabelle 36: Unterstellung einer VR-Tätigkeit unter das BVG-Obligatorium 385
Tabelle 37: Konsequenzen bezüglich Arbeitslosen- und Insolvenzentschädigung 407
Tabelle 38: Zulässigkeit einer Doppelstellung als VR und Arbeitnehmer 479

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Varianten zur Anstellung leitender Arbeitnehmer als VR im Konzern	12
Abbildung 2:	Theorien zum Rechtsverhältnis zwischen angestelltem VR und AG	43
Abbildung 3:	Bundesgerichtliche Auffassung der Rechtsverhältnisse VR zu AG	69
Abbildung 4:	Rechtsverhältnisse beim VR-Delegierten mit eigener Beratungsgesellschaft	74
Abbildung 5:	Entwicklung der Anzahl AG und VR 1989 bis 2003	89
Abbildung 6:	Verhältnis Anzahl AG zu Unternehmen und VR zu Beschäftigten 1991–1998	92
Abbildung 7:	Zusammensetzung der Verwaltungsräte im Jahre 2000 nach Funktion	103
Abbildung 8:	Verteilung der VR-Delegierten im Jahre 2000 nach Sprachregionen	105
Abbildung 9:	Häufigkeit von VR-Delegierten nach Sprachregionen und Grösse	123
Abbildung 10:	Stellung der Gesellschaften mit VR-Delegierten	125
Abbildung 11:	VR-Delegierte nach Beschäftigungsgrösse und Stellung der Unternehmen	126
Abbildung 12:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Sprachregionen	128
Abbildung 13:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Grösse	129
Abbildung 14:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten nach Stellung der Gesellschaft	131
Abbildung 15:	Rechtsverhältnis der VR-Delegierten zur Gesellschaft nach Zusatzfunktion	133
Abbildung 16:	Ausgestaltung des Arbeitsvertrages nach Beschäftigungsgrösse	134
Abbildung 17:	Weisungen an die VR-Delegierten nach Sprachregionen	136
Abbildung 18:	Weisungen an die VR-Delegierten nach Verhältnis zur Gesellschaft	137
Abbildung 19:	Zeitaufwand für Funktionsausübung nach Rechtsverhältnis	140
Abbildung 20:	Zeitaufwand für Funktionsausübung nach Beschäftigungsgrösse	142

Abbildung 21: Regelungsort der Delegiertenfunktion nach Sprachregionen 144
Abbildung 22: Regelungsort nach Beschäftigungsgrösse in Prozenten 147
Abbildung 23: Spezialregelungen nach Beschäftigungsgrösse in Prozenten 149
Abbildung 24: Spezialregelungen nach Verhältnis zur Gesellschaft in Prozenten 150
Abbildung 25: Entschädigungsformen nach Verhältnis zur Gesellschaft in Prozenten 152
Abbildung 26: Rücktrittsmöglichkeiten nach Verhältnis zur Gesellschaft in Prozenten 154
Abbildung 27: Versicherungsregress bei einer Doppelstellung des Arbeitnehmers 373
Abbildung 28: Verpflichtungswirkung eines Aktionärbindungsvertrages 504

TEIL 1
Einleitung und Grundlagen

§ 1 Problematik einer Doppelstellung

I. Umstrittene Zulässigkeit trotz Praxisrelevanz

Der Verwaltungsrat[1] einer schweizerischen Aktiengesellschaft ist als oberstes Exekutivorgan ausgestaltet, welches unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu erfüllen hat. Dem Verwaltungsrat obliegen nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen. Diese Direktionsgewalt wird in der Lehre als ein Merkmal für die Arbeitgeberstellung aufgefasst.[2] Eine Doppelstellung[3] als Verwaltungsrat und Arbeitneh-

[1] Sowohl in der Botschaft zum Aktienrecht von 1983 (z.B. Ziff. 215.3 auf S. 98) als auch im geltenden Aktienrecht von 1991 (z.B. Art. 715a Abs. 6 OR) wird der Begriff «Verwaltungsrat» bzw. «Verwaltungsräte» vereinzelt nicht nur für die Gesamtheit dieses Gesellschaftsorgans sondern auch für das einzelne Mitglied bzw. die einzelnen Mitglieder verwendet. In der französischen Terminologie des «conseil d'administration» besteht kein Zweifel an der doppelten Bedeutung (vgl. TRIGO TRINDADE, 11). Auch in Gesetzeserlassen zu anderen Rechtsbereichen wird von einer doppelten Bedeutung ausgegangen (z.B. Art. 67 Abs. 1 lit. r. AFV-EBK). In der herrschenden Lehre wird der Begriff «Verwaltungsrat» ebenfalls gelegentlich im doppelten Sinne gebraucht (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, insbesondere Rz. 1 und 32 zu § 13; explizit FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 19 N 6 Fn. 1). Das Bundesgericht hat diesen Begriff stets im doppelten Sinne aufgefasst (so z.B. bereits in BGE 28 II 106 oder im neueren BGE 128 III 129). Bei der Kommentierung von besonderen Sachverhalten wie z.B. stiller Verwaltungsrat, verdeckter oder faktischer Verwaltungsrat, abhängiger und fiduziarischer Verwaltungsrat ist eine einseitige Begriffsauffassung unmöglich (vgl. HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Rz. 129 ff. zu Art. 707 OR; WERNLI, Basler Kommentar, im Titel vor Rz. 26 zu Art. 707 OR; KRNETA, Praxiskommentar, Rz. 307 ff.). Um bei den Zitaten von Literatur- und Judikaturstellen eine Verwirrung zu vermeiden, wird auch in diesem Werk beim Begriff «Verwaltungsrat» von der zweifachen Bedeutung ausgegangen und nur wo nötig eine Präzisierung vorgenommen. Dies entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch in der Schweiz, wonach die doppelsinnige Verwendung des Wortes «Rat» auch in anderem Zusammenhang vorkommt (ebenso schon KOLB, 1). Schliesslich umfasst der Begriff «Verwaltungsrat» sowohl männliche als auch weibliche Personen.

[2] Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 14 zu Art. 319 OR und ders. Arbeitsrecht, Rz. 21; dieser funktionelle Arbeitgeberbegriff wird vom Bundesgericht als dogmatisch fremd bzw. entbehrlich abgelehnt (Urteil 4C.158/2002 vom 20.8.2002, Erw. 2.3) und konsequenterweise eine Delegation des Weisungsrechts als zulässig erachtet (dazu hinten TEIL 3 § 6 II. 1. c) auf S. 178 ff.). Wie der Entscheid des AppGer. Basel-Stadt vom 21.10.1977 (BJM 1978 S. 285; JAR 1980 S. 115 zeigt, kann ein Arbeitnehmer u.U. gegenüber Dritten gleichzeitig Arbeitgeber sein. Zusammenfassend stellt REHBINDER, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 319 OR, fest: «Leitende Angestellte, Filialleiter und dergleichen sind also keine Arbeitgeber, wohl dagegen geschäftsführende Organe juristischer Personen.» Damit gilt der Verwaltungsrat nicht als vertraglicher, sondern als organschaftlicher Vertreter der Arbeitgeberin mit entsprechenden Kompetenzen vor Arbeitsgericht (MÜLLER, Arbeitsrecht, 72).

[3] Eine «Doppelstellung» als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer wird nachstehend nur dann als gegeben erachtet, wenn das organschaftliche und das arbeitsrechtliche Verhältnis rechtsgültig

mer[4] in der gleichen Gesellschaft scheint deshalb zum vornherein rechtlich fragwürdig.[5] Von verschiedenen Seiten wurde die Zulässigkeit einer solchen Konstellation sogar abgelehnt.[6] Trotzdem besteht in der Praxis ein spürbarer Druck zur Professionalisierung der Verwaltungsratstätigkeit[7], was eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer geradezu herausfordert. Aus einer solchen Konstellation ergeben sich für den Betroffenen und die Gesellschaft zahlreiche und zum Teil gravierende Konsequenzen in verschiedenen Rechtsgebieten. Diese Konsequenzen theoretisch zu untersuchen und parallel dazu die praktische Bedeutung einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer zu erforschen, sind primäre Zielsetzungen der vorliegenden Arbeit. Mit den gewonnenen Erkenntnissen soll anschliessend versucht werden, direkt umsetzbare Lösungsvorschläge zur Reduzierung des Konfliktpotentials aufzuzeigen. Im Hinblick auf die Praxisrelevanz wurde dabei auf einen eigenständigen Teil Rechtsvergleichung verzichtet; statt dessen wurden die relevanten Regelungen der Societas Europaea[8] sowie

zur selben Zeit und zur gleichen Gesellschaft bestehen. In diesem Sinne wird der Begriff Doppelstellung erstmals verwendet von HOFER, 37. Unter dem Begriff «Arbeitnehmer-Verwaltungsrat» ist dagegen nach SCHILTKNECHT, 3, ein bei einer Konzerngesellschaft oder Konzernobergesellschaft angestellter Arbeitnehmer zu verstehen, der dem Verwaltungsrat einer oder mehrerer Konzerngesellschaften angehört.

4 Zum Begriff Arbeitnehmer vgl. hinten TEIL 3 § 6 II. 1. a) auf S. 175.

5 Deshalb auch ein Fragezeichen hinter dem Titel «Verwaltungsrat mit Arbeitsvertrag?», Artikel von EMMEL in NZZ vom 9.5.2001, Nr. 106, S. 85.

6 So z.B. noch 1982 BRÖNNIMANN, 79 ff., bezüglich der Funktion eines VR-Delegierten, was der aktuellen Praxis völlig widerspricht (73,2% aller VR-Delegierten haben einen mündlichen oder schriftlichen Arbeitsvertrag, vgl. Tabelle 18 auf S. 127). Eine Literaturübersicht zur Zulässigkeit der Doppelstellung findet sich hinten unter TEIL 3 § 7 I. auf S. 203 ff. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist schwankend; in BGE 121 I 259 Erw. 3. a) wurde die generelle Möglichkeit eines Arbeitsvertrages zwischen der Gesellschaft und einem Verwaltungsratsmitglied mangels Subordination sogar ausdrücklich abgelehnt (vgl. dazu die Judikaturübersicht hinten unter TEIL 1 § 3 II. 2. auf S. 211 ff.).

7 Ebenso BILAND, 41; ZEHNDER, Papiertiger, 29, fordert u.a. mehr zeitliches Engagement (20 bis 30 Tage für VR-Mitglieder und 40 bis 60 Tage für VR-Präsidenten); LATTMANN, 21, ist überzeugt, dass hauptberufliche Verwaltungsräte auch bei kleinen und mittleren Firmen eine wichtige Rolle übernehmen könnten; für SCHWARZ, Filz, 21, zeigt der Fall Swissair, dass sich VR-Mandate nicht «mit links» wahrnehmen lassen, vielmehr verlangen sie «Engagement, Professionalität und Sorgfalt»; zum selben Beispiel GOMEZ, 9, mit der These, dass neben Leadership und Verantwortungsbewusstsein auch die Professionalität zu einer glaubwürdigen Führung gehört; nach RUFFNER, 190, dient der Einsitz von unabhängigen professionellen Verwaltungsratsmitgliedern als «Kontroll- und Informationsintermediäre» in der Regel den Interessen aller Aktionäre. Nicht nur der Verwaltungsrat selbst, sondern auch seine Kontrolle soll professionalisiert werden, so z.B. BÖCKLI, Cadbury Report, 158: «The pressure of institutional shareholders for a more professional Corporate Governance will continue to be felt»; ebenso BLEICHER, 19: «Der Verwaltungs- und der Aufsichtsrat bleibt hinter der professionellen Entwicklung der Führung zurück.» Ganz allgemein stellt WUNDERER, VR-Präsident, 2 f., fest, dass eine wesentliche Forderung aus der Corporate Governance Diskussion «ein intensiveres und professionelleres Engagement des Verwaltungsrats» ist.

8 Vgl. hinten TEIL 3 § 7 V. auf S. 228 ff.

die Empfehlungen der für die Schweiz massgebenden Codes for Corporate Governance[9] berücksichtigt. Schliesslich sind bei der Beurteilung möglicher Konsequenzen jene Rechtsgebiete weggelassen worden, welche in der Praxis keine Bedeutung haben.

Nachfolgend werden zur Verdeutlichung der Problematik drei gerichtlich beurteilte Fälle vorgestellt, in denen eine Doppelstellung entscheidende Konsequenzen hatte.

– Ein erstes Beispiel für die Praxisrelevanz und das Konfliktpotential einer Doppelstellung von Verwaltungsratsmitglied und Arbeitnehmer liefert BGE 102 V 223. In diesem Entscheid standen drei Brüder im Mittelpunkt, die gemeinsam eine Aktiengesellschaft gegründet hatten. Jeder der Brüder war zugleich Verwaltungsratsmitglied und Arbeitnehmer der Gesellschaft, doch gehörten sie unterschiedlichen Arbeitslosenversicherungskassen an. Nachdem ursprünglich alle drei Brüder problemlos von den Kassen aufgenommen worden waren, wurden zwei von ihnen rückwirkend wieder aus der Mitgliedschaft entlassen mit der Begründung, sie könnten als Verwaltungsräte einer Familien-Aktiengesellschaft nicht gleichzeitig Arbeitnehmer sein. Das Bundesgericht schützte diesen Ausschluss. Es sei wohl möglich, dass der einzelne der drei Verwaltungsräte von den beiden andern überstimmt werde; das mache ihn aber noch nicht zu einem Unterstellten. De lege ferenda sei zu prüfen, ob nicht auch Selbständigerwerbende als versicherungsfähig anzuerkennen seien.
– Ein weiteres, geradezu klassisches Beispiel für die Praxisrelevanz findet sich im unveröffentlichten Entscheid des Bundesgerichtes 4C.376/2002 vom 20. März 2003. Hier waren die beiden Aktionäre A. und B. ursprünglich Eigentümer von je 50% des Aktienkapitals der Y. AG.[10] Der Aktionär A. war nicht nur einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident sondern auch Geschäftsführer der Y. AG mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag. Im Gegensatz zum vorstehend erwähnten Entscheid wurde hier der Arbeitsvertrag bzw. das Subordinationsverhältnis des A. weder vom Kantonsgericht St.Gallen als Vorinstanz noch vom Bundesgericht als Berufungsinstanz in Frage gestellt. Im September 1997 veräusserte A. 26% und B. 50% des Aktienkapitals der Y. AG an die X. AG, welche damit die Stellung der Hauptaktionärin einnahm. Es wurde ein neuer Verwaltungsratspräsident bestimmt, doch blieb A. weiterhin einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates und Geschäftsführer mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag. Nachdem das Arbeitsverhältnis

[9] Vgl. hinten TEIL 3 § 7 VI. 2. auf S. 240 ff.
[10] Eine graphische Darstellung der Ausgangslage dieses Falles findet sich hinten in Abbildung 28 auf S. 504.

durch die Y. AG zu Unrecht fristlos aufgelöst worden war, schloss A. mit der Y. AG einen Vergleich über CHF 47'500.– per saldo aller Ansprüche. Auch bezüglich dieses Vergleiches hatte weder das Kantonsgericht St.Gallen noch das Bundesgericht irgendwelche Einwendungen. Doch damit war der Fall noch nicht erledigt! Im Aktienkaufvertrag zwischen A. und der X. AG war unter dem Titel «Vertragsgrundlagen» vereinbart worden, dass der Verkäufer und Verwaltungsrat A. einen Anstellungsvertrag für fünf Jahre von der Y. AG erhalte, welcher seinen früheren Anstellungsbedingungen mindestens entspräche. Gestützt auf diese Vertragsklausel klagte A. nun gegen die X. AG als Käuferin auf Bezahlung einer Summe von CHF 500'000.– nebst Zins wegen nicht erfüllter Vertragsverpflichtung. Das Bundesgericht schützte diese Klage vollumfänglich. Zur Begründung wurde angeführt, nicht die Y. AG sondern die X. AG sei Vertragspartnerin des Aktienverkaufes gewesen, weshalb sich letztere selbst verpflichtet habe und zwar im Sinne einer Garantie gemäss Art. 111 OR. Dieses Bundesgerichtsurteil zeigt, dass rechtswirksam vereinbart werden kann, einem Verwaltungsratsmitglied einen Arbeitsvertrag einzuräumen, auch wenn dieser einzelzeichnungsberechtigt ist und 26% des Aktienkapitals der Gesellschaft hält.

– Als letztes Beispiel für die Problematik einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer sei auf den Bundesgerichtsentscheid 4C.258/2003 vom 9. Januar 2004[11] veröffentlicht unter BGE 130 III 213 verwiesen.[12] Der Verwaltungsrat und Geschäftsführer A. der Konzerngesellschaft B. AG veranlasste die Ausstellung einer Gutschrift zu Gunsten einer Schwestergesellschaft und zu Lasten der B. AG. Hintergrund der Gutschrift war ein Holzgeschäft, welches über die Gesellschaft der Ehefrau von A. abgewickelt worden war. Wegen der verbuchten Gutschrift wurde A. von der B. AG fristlos entlassen und zudem auf Schadenersatz verklagt. Das Bundesgericht stellte unter Hinweis auf BGE 128 III 129 Erw. 1.a) einleitend fest, dass im Einzelfall zu prüfen sei, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis zu einem Verwaltungsrat bestehen könne. Entscheidend dafür sei das Abhängigkeitsverhältnis bzw. die Weisungsgebundenheit. Dies wurde im vorliegenden Fall vorausgesetzt, weshalb A. sowohl die Treuepflicht als Arbeitnehmer nach Art. 321a OR wie auch jene als Verwaltungsrat bzw. Direktionsmitglied nach Art. 717 OR zu beachten hatte. In einem obiter dictum stellte das Bundesgericht dazu fest, dass die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in der Regel weiter gehe als jene des Arbeitnehmers. In Erw.

[11] Vgl. die Kommentierungen durch MARKUS FELBER in SJZ 100 (2004) 215, durch PETER FORSTMOSER/PATRIK R. PEYER in SJZ 100 (2004) 518 und durch JOSEPH KÜNG in der Anwalts Revue 10/2004 384 f. sowie die ausführliche Entgegnung von SOMMER, 1059 ff.

[12] Ausführlich kommentiert durch KARIN EUGSTER und HANS CASPAR von der Crone in SZW 6/2004, 434 ff, sowie durch URS BERTSCHINGER in AJP 11/2004, 1426 ff.; eine Entgegnung auf die bundesgerichtliche Absage an das Konzerninteresse erfolgte durch SOMMER, 1059 ff.

2.2.1. des angeführten Entscheides wurde weiter ausgeführt, dass die arbeitsvertragliche Treuepflicht den Arbeitnehmer zur Wahrung der Interessen des gesamten Konzerns verpflichte; umgekehrt müssten die Auswirkungen einer Handlung jedoch ebenfalls aus Sicht des Konzerns beurteilt werden. A. hatte mit der beanstandeten Gutschrift zwar seine Arbeitgeberin, die B. AG, geschädigt, jedoch zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft, so dass konsolidiert kein Schaden entstanden sei. Als Zwischenergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass wohl keine Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht vorliege, doch könne diese Frage offen bleiben. Die Klage der B. AG gegen A. wurde aus einem anderen Grund geschützt. Nach Ansicht des Bundesgerichtes hatte A. durch das Ausstellen der Gutschrift seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber der B. AG verletzt. Ob diese Gesellschaft einen Rückvergütungsanspruch gegenüber ihrer Schwestergesellschaft habe, sei zweifelhaft. A. treffe deshalb ein Verschulden und er hafte nach Art. 754 OR für den entstandenen Schaden. In salomonischer Weise erklärte das Bundesgericht abschliessend die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt und schützte in der Folge die Widerklage von A. gegen die B. AG. Wäre A. nur Arbeitnehmer gewesen, dann wäre er nicht zu Schadenersatz verurteilt worden. Wäre A. nur Mitglied des Verwaltungsrates ohne zusätzliche Stellung als Arbeitnehmer gewesen, dann hätte er keinen Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung gehabt. Erst die Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer führte zur Gutheissung der Klage und der Widerklage!

Diese drei Beispiele belegen bereits eindrücklich die Problematik einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer. Erschwerend kommt hinzu, dass eine Doppelstellung in der Praxis nicht nur bewusst, sondern auch unbewusst entstehen kann.[13] Der betroffene Verwaltungsrat weiss zwar, welche Tätigkeit bzw. Funktion er bei der Gesellschaft ausüben soll und was von Seiten der AG von ihm verlangt wird, doch ist er sich nicht bewusst, dass die Rechtsbeziehung zur Gesellschaft damit letztlich als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann. Das unbewusste Entstehen einer Doppelstellung soll deshalb genauso untersucht werden wie die häufigeren Fälle der bewussten Doppelstellung, bei denen ein Verwaltungsrat ausdrücklich[14] einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abschliesst.[15]

[13] Selbst in den vorhandenen Mustern von Organisationsreglementen (vgl. FORSTMOSER, Organisationsreglement, 58, und MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 508 f.) fehlt eine Regelung der vertraglichen Ausgestaltung des rechtlichen Verhältnisses zum VR-Delegierten bei vollständiger Delegation der Geschäftsführung; es verwundert daher nicht, dass es in der Praxis zu unbewussten Doppelstellungen kommt.

[14] Darunter ist entweder ein separater schriftlicher Arbeitsvertrag oder mindestens das Festhalten der genauen Eckdaten des Arbeitsvertrages im Protokoll einer VR-Sitzung zu verstehen.

[15] Beispiele zur Entstehung einer bewussten oder unbewussten Doppelstellung werden hinten unter TEIL 1 § 2 I. 2. auf S. 20 ff. präsentiert.

Die Feststellung einer rechtlich relevanten Doppelfunktion ist oftmals schwierig, selbst bei einer Personalunion von VR-Präsident, VR-Delegiertem und CEO. Dies verunsichert gelegentlich sogar erfahrene Journalisten, weshalb sie Schwierigkeiten in der korrekten Bezeichnung von solchen Funktionsträgern haben. Vielfach wird dann nicht mehr vom obersten Management oder Verwaltungsrat, sondern nur noch von der obersten Führungsspitze des Unternehmens gesprochen.[16]

Die feste Entschädigung eines Verwaltungsrates wird nach Art. 7 lit. h. AHVV[17] als unselbständiges Erwerbseinkommen qualifiziert,[18] doch kann ein Verwaltungsratsmandat deswegen nicht einfach einem Arbeitsvertrag gleichgesetzt werden.[19] Die meisten Verwaltungsräte üben ihre organschaftliche Funktion nur im Nebenamt aus[20] und gehen daneben einer anderen, hauptberuflichen Tätigkeit nach.[21] Solange die Arbeitstätigkeit nicht bei der gleichen Gesellschaft ausgeübt wird, mit der ein organschaftliches Verhältnis besteht, kann nicht von einer Doppelstellung im eigentlichen Rechtssinne gesprochen werden.[22] Von besonderem Interesse sind hier nur jene Konstellationen, in denen sowohl das organschaftliche wie auch das arbeitsvertragliche Verhältnis zur gleichen Gesellschaft bestehen. Dabei ist zu prüfen, ob diese Doppelstellung als einheitliches Vertragsverhältnis oder als klar trennbares, doppeltes Vertragsverhältnis zu qualifizieren ist und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

16 Ein Beispiel dafür ist die Berichterstattung über die ehemalige Führungsstruktur bei Kuoni in der NZZ vom 27.4.1999, Nr. 96, S. 27, nachdem Daniel Affolter in Personalunion das Amt des VR-Präsidenten, des VR-Delegierten (anstelle von Richard Gullotti) und des CEO der Unternehmensgruppe übernahm.

17 Nach dieser Bestimmung gelten Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an Verwaltungsräte als Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit. Indirekt wird damit der Verwaltungsrat, zumindest was die Sozialabgabepflicht betrifft, von Gesetzes wegen als Arbeitnehmer behandelt.

18 Zu den sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer ausführlich hinten TEIL 4 § 11 II. auf S. 374 ff.

19 Dazu ausführlich hinten TEIL 1 § 3 auf S. 40 ff.

20 Vgl. Studie BUCHMANN, 38 f. Anders die VR-Delegierten von Unternehmen mit über 9 Beschäftigten (vgl. Tabelle 26 auf S. 141. Nach der Studie von BDO VISURA, Ausgabe 2002, S. 19, werden bei mittelständischen Unternehmen durchschnittlich nur 4,5 VR-Sitzungen pro Jahr abgehalten.

21 Eine Nebenbeschäftigung auf arbeitsvertraglicher Basis ist auch dann zulässig, wenn die Haupttätigkeit im Rahmen eines Vollzeit-Arbeitsvertrages ausgeübt wird, sofern die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers dadurch nicht beeinträchtigt wird; anstrengende Freizeitbeschäftigungen und nichtberufliche Nebenbeschäftigungen z.B. wegen familieninterner Rollenverteilung können u.U. viel eher an den Kräften des Arbeitnehmers nagen (vgl. STÖCKLI, Mehrfachbeschäftigung, 259).

22 Sonst hätte jede Person mit verschiedenen Rechtsbeziehungen zu zwei Gesellschaften eine «Doppelstellung» inne. SCHILTKNECHT, 1, bezeichnet im Gegensatz dazu bereits jedes kumulative organschaftliche und arbeitsrechtliche Verhältnis eines Arbeitnehmers im Konzern als «Doppelstellung», unabhängig davon, ob diese Rechtsverhältnisse zur gleichen Konzerngesellschaft bestehen oder nicht.

Eine Doppelstellung im hier verstandenen Sinne liegt dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer eines privatwirtschaftlichen Unternehmens oder einer staatlichen Institution[23] als Verwaltungsrat bei einer anderen Gesellschaft tätig ist. In solchen Fällen spricht man entweder vom abhängigen bzw. fiduziarischen Verwaltungsrat oder aber vom entsandten Verwaltungsrat.[24] In Konzernverhältnissen sind häufig Arbeitnehmer-Verwaltungsräte anzutreffen, welche i.d.R. von der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft entsandt werden; doch auch bei diesen liegt keine echte Doppelstellung vor, da die Rechtsverhältnisse zu verschiedenen Gesellschaften bestehen.[25]

II. Argumente für und gegen eine Doppelstellung

Gemäss Art. 716 Abs. 2 OR führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Dieser geschäftsführende Verwaltungsrat findet sich in der Praxis jedoch nur (und auch dort nicht ausnahmslos) bei kleineren Gesellschaften.[26] Die Mehrheit der Verwaltungsräte versteht sich als blosses Aufsichtsorgan.[27] Um dennoch die zwingenden gesetzlichen Aufgaben nach Art. 716a OR erfüllen zu können, werden häufig VR-Delegierte[28] oder VR-Ausschüsse eingesetzt. Diese erbringen ein grosses zeitliches Engagement bis hin zum Vollamt, so dass für sie eine soziale Absicherung in Form

[23] Gemäss Art. 707 Abs. 3 OR können juristische Personen keinen Einsitz in einen Verwaltungsrat nehmen, statt dessen müssen sie natürliche Personen als Vertreter entsenden; bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften entsendet deshalb das Gemeinwesen die entsprechenden Verwaltungsräte nach Art. 762 OR (vgl. STÄMPFLI, 21 und 89 f.).

[24] In Grosskonzernen ist das Entsenden von leitenden Arbeitnehmern in den Verwaltungsrat von Tochtergesellschaften ein echtes Bedürfnis, um eine einheitliche Leitung im Konzern sicherzustellen (vgl. SCHILTKNECHT, 20).

[25] Die besondere Situation von Arbeitnehmer-Verwaltungsräten wird ausführlich von SCHILTKNECHT erörtert, der nicht nur die vertikale Entsendung (Muttergesellschaft an Tochtergesellschaft) sondern auch die horizontale Entsendung (Schwestergesellschaft an Schwestergesellschaft) untersucht. SCHILTKNECHT, 3 und 18, spricht auch in solchen Fällen von einer Doppelstellung; die hier interessierende besondere Situation eines Verwaltungsrats, der ausserhalb jeder Konzernstruktur einen Arbeitsvertrag mit der eigenen Gesellschaft hat, wird von Schiltknecht nicht analysiert.

[26] HARTMANN, Verwaltungsrat, 30.

[27] Vgl. BILAND, 278: «Die strategische Ausrichtung des Verwaltungsrats ist in der Mehrzahl der Unternehmen ungenügend.»

[28] Genaue Angaben zur Anzahl der in der Schweiz eingesetzten VR-Delegierten finden sich hinten im TEIL 2 § 4 IV. 2. c) auf S. 103 ff.

eines Arbeitsvertrages wünschbar oder sogar notwendig wird.[29] Auch Turnaround-Manager können ihre anspruchsvolle Aufgabe in bestimmten Situationen nur dann effizient erfüllen, wenn sie nicht nur als CEO umfangreiche Entscheidungskompetenzen, sondern darüber hinaus auch noch einen Sitz im Verwaltungsrat erhalten.[30]

Am 21. März 1976 lehnten Volk und Stände sowohl die Initiative «über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen in Betrieb, Unternehmen und Verwaltung»[31] als auch den Gegenvorschlag des Parlamentes[32] mit grossem Mehr ab. Hinter dieser Initiative stand das Postulat, die Verwaltungsräte aller grösseren Aktiengesellschaften (ab 500 Arbeitnehmer) paritätisch aus Vertretern der Aktionäre und der Mitarbeiter zusammenzusetzen.[33] Der Wunsch aus Gewerkschaftskreisen nach einer Doppelstellung für Mitarbeiter als Verwaltungsräte und Arbeitnehmer war offensichtlich.[34] Aber auch aus Sicht der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger kann eine Doppelstellung durchaus wünschbar sein, wenn mehr Engagement vom Verwaltungsrat gefordert wird. Mit der Anstellung von vollamtlichen Verwaltungsräten kann zumindest die zeitliche Präsenz gewährleistet werden.[35] Allenfalls kann sogar die fachliche Kompetenz durch eine arbeitsvertragliche Pflicht zur Weiterbildung verbessert werden.

Gegen eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer spricht die gesetzliche Forderung nach einer normativen und betriebswirtschaftlichen Beaufsichtigung der Geschäftsführung.[36] Verschiedentlich wurde schon gefordert, eine

[29] Hofer, 36 f., stellt bereits 1944 fest: «Die wichtige Stellung des Delegierten beansprucht gewöhnlich seine ganze Arbeitskraft für den Dienst des Unternehmens und nötigt ihn, einen Anstellungsvertrag mit fixer Besoldung einzugehen.»

[30] Diese These vertritt Johansson, 36.

[31] Der genaue Wortlaut des Volksbegehrens findet sich in der Botschaft zur Mitbestimmungsinitiative, 238.

[32] Bundesbeschluss betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag vom 4. Oktober 1974 in BBl. 1974 II 886 f.

[33] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel , § 3 N 73.

[34] Nobel, Europäisierung, 191, bezeichnet es als «Kunstfehler der Gewerkschaften», die nach der damaligen Verfassung bereits bestehende Möglichkeit zum Erlass einer Mitbestimmungsordnung übersehen zu haben.

[35] Ob die VR-Tätigkeit dadurch auch qualitativ verbessert wird, ist fraglich. Umgekehrt lässt sich nämlich eine wachsende Bedeutung von Management auf Zeit feststellen; konkret sind Topmanager nicht mehr im Arbeitsverhältnis, sondern im Auftragsverhältnis tätig und können damit auch kurzfristig ersetzt werden (vgl. Häusermann, 81, der davon ausgeht, dass die Einsatzdauer eines Managers auf Zeit im Durchschnitt lediglich rund zwei Jahre betrage).

[36] Gemäss Art. 716a Ziff. 5 OR; vgl. Böckli, Aktienrecht, Rz. 374 zu § 13; Schwarz, Filz, 21, stellt dazu fest: «Sich selbst zu beaufsichtigen, ist nicht nur unsinnig, es ist unmöglich.» Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein Kollegium grundsätzlich durchaus seine eigenen Mitglieder beaufsichtigen kann (ebenso Wolfers, 103).

Doppelfunktion als Verwaltungsrat und Geschäftsführer zu verbieten.[37] Wird der Verwaltungsrat von der Geschäftsführung personell getrennt, so sind die Voraussetzungen für eine wirksame Überwachung im Sinne einer effizienten Corporate Governance grundsätzlich gegeben.[38] Es ist deshalb verständlich, dass bei Banken und Sparkassen dieses angenäherte dualistische System gesetzlich eingeführt wurde.[39] Doch bei den übrigen Aktiengesellschaften wurde eine entsprechende Gesetzesbestimmung schon während den Vorarbeiten abgelehnt.[40] Die positiven und negativen Aspekte einer Doppelstellung des Verwaltungsrates als Arbeitnehmer können nicht generell beurteilt werden, vielmehr ist auf den individuellen Fall, die Grösse der Gesellschaft und ihre interne Organisation abzustellen. In diesem Sinne wird auch bei der Europäischen Aktiengesellschaft freigestellt, ob in den Statuten ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan (dualistisches System) oder nur ein Verwaltungsorgan (monistisches System) festgelegt wird.[41]

In Konzernen bedient sich die Konzernführung gerne und häufig leitender Arbeitnehmer[42], um Verwaltungsratspositionen bei Konzerngesellschaften zu besetzen.[43] Damit erscheint eine Doppelstellung des Verwaltungsrates in solchen Fällen auf den ersten Blick sogar als notwendig. Tatsächlich können die als Verwaltungsräte eingesetzten Arbeitnehmer jedoch in einem Arbeitsverhältnis zur Management-

37 So u.a. von MANFRED TIMMERMANN in einem Interview zur Frage, was er von der Doppelfunktion von Lukas Mühlemann und Rolf Hüppi als Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer halte (in: Der Beobachter 25/2001, 35).

38 Allerdings genügt dies allein noch nicht. Dazu eingehend hinten unter TEIL 3 § 7 VI. auf S. 236 f.

39 Nach Art. 8 Abs. 2 BankV darf kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs einer Bank der Geschäftsführung angehören.

40 Konkret war dies die Arbeitsgruppe von Greyerz, welche ein derartiges strenges Trennsystem ablehnte (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 9 zu § 13), obwohl HARTMANN, Organbegriff, 38, bereits 1944 geltend machte, die Ausgestaltung des Verwaltungsrats als rein beratende und beaufsichtigende Instanz entspreche einem «Erfordernis der Praxis».

41 Art. 38 lit. b) VOSE; vgl. dazu die Kommentierung bei HOMMELHOFF, 282 f.; zur Organisationsstruktur der Societas Europaea ausführlich hinten TEIL 3 § 7 V. 2. auf S. 229 ff.

42 In der Botschaft zum Arbeitsvertrag, 31, wurde festgestellt, dass die Unterscheidung nach Angestellten und anderen Arbeitnehmern nicht aufrechterhalten werden kann. Seit 1972 gibt es deshalb im Arbeitsvertragsrecht keine Angestellten mehr (zum gesetzgeberischen Versehen in den Art. 862 und 863 OR vgl. hinten TEIL 4 § 13 II. 4. a) auf S. 440. Im Folgenden wird konsequenterweise nicht von «leitenden Angestellten», sondern von «leitenden Arbeitnehmern» gesprochen, obwohl sich in der Praxis die frühere Bezeichnung noch weitgehend erhalten hat (vgl. STREIFF/VON KAENEL, N 6 zu Art. 321c OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 137 und 174; JAR 2001, S. 156 und 174). Was unter einer «höheren leitenden Tätigkeit» zu verstehen ist, wird in Art. 9 ArGV 1 bestimmt. Gemäss Art. 3 lit. d ArG i.V.m. Art. 9 ArGV 1 übt derjenige Arbeitnehmer eine leitende Tätigkeit aus, welcher aufgrund seiner Stellung und Verantwortung über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt und damit den Geschäftsgang einer Unternehmung massgeblich beeinflussen kann.

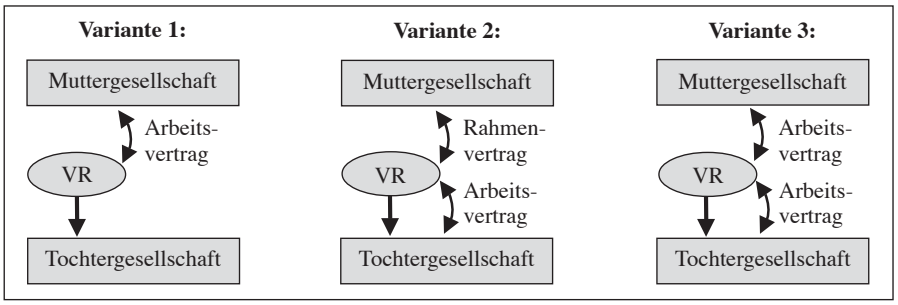
43 PLÜSS, Konzernführer, 147; SCHILTKNECHT, 19.

gesellschaft oder zur Konzernobergesellschaft stehen, ohne dass noch zusätzlich ein Arbeitsvertrag mit jener Tochtergesellschaft notwendig wäre, bei welcher sie das Verwaltungsratsmandat ausüben. Das Bundesgericht hatte im Jahre 2002 Gelegenheit, im Rahmen eines arbeitsrechtlichen Entscheides[44] zu den in der Praxis vorkommenden Anstellungsvarianten in einem Konzern Stellung zu nehmen. Dabei wurden drei Möglichkeiten als zulässig erachtet:

– ein einziger Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft
– ein Arbeitsvertrag mit der Tochtergesellschaft und gleichzeitig ein Rahmenvertrag mit der Muttergesellschaft
– je einen Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft

Nicht berücksichtigt wurde vom Bundesgericht die Möglichkeit einer zwischengeschalteten Managementgesellschaft, durch welche die Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften bezüglich ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmer ebenfalls angestellt werden können. Graphisch lassen sich die vom Bundesgericht als zulässig erachteten drei Anstellungsvarianten wie folgt darstellen:

Abbildung 1: Varianten zur Anstellung leitender Arbeitnehmer als VR im Konzern



Quelle: Eigene Darstellung der möglichen Vertragsbeziehungen im Konzern

Eine personelle Trennung gemäss Variante 1 in Abbildung 1 ist in Konzernen möglich, ohne dass dadurch eine faktische Organschaft bei der Muttergesellschaft entsteht. Dies hat das Bundesgericht in BGE 117 II 570 ff.[45] ausdrücklich anerkannt. In jenem Fall war die Verantwortlichkeit von drei leitenden Arbeitnehmern einer Holdinggesellschaft zu beurteilen. Diese waren zwar nicht als Verwaltungs-

[44] Urteil 4C.158/2002 vom 20.8.2002, Erw. 3.1.2.
[45] Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1991 i.S. Christoph N. gegen W., G. und K.

räte der Holdinggesellschaft eingetragen, doch machten die Kläger geltend, es sei eine faktische Organschaft bei der Muttergesellschaft gegeben.[46] Zur Begründung wurde u.a. darauf hingewiesen, die drei Beklagten seien offiziell Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften, so dass eine Organschaft in der Holding zu vermuten sei.[47] Geltend gemacht wurde somit eine Doppelstellung der Beklagten als Arbeitnehmer der Konzernobergesellschaft und als faktische Verwaltungsräte derselben. Doch das Bundesgericht liess sich von dieser angeblichen Doppelstellung nicht beirren und hat die Frage der faktischen Organschaft in der Holding völlig unabhängig beurteilt und letztlich auch verneint. Eine Notwendigkeit zur Doppelstellung von Verwaltungsratsmitgliedern als Arbeitnehmer ist deshalb auch bei Konzerngesellschaften nicht gegeben.[48]

III. Latentes Konfliktpotential

Die Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer birgt sowohl aus rechtlicher als auch aus unternehmenspolitischer Sicht ein erhebliches Konfliktpotential. In rechtlicher Hinsicht ist vorab festzustellen, dass die Abgrenzung von organschaftlicher zu arbeitsvertraglicher Gesellschaftsbeziehung in den meisten Fällen schwierig ist,[49] weshalb stets eine individuelle Prüfung des einzelnen Falles erfolgen muss.[50] Doch sind auch dann die rechtlichen Konsequenzen noch kompliziert,

[46] Die Geltendmachung der faktischen Organschaft in einem Verantwortlichkeitsprozess kann u.U. Erfolg haben, wie BGE 128 III 92 zeigt.

[47] Bei einem entsprechenden Mandatsvertrag mit Weisungsgebundenheit wäre eine faktische Organschaft allenfalls vorhanden gewesen (vgl. VON BÜREN, Erfahrungen, 87).

[48] Bei Einmann-AG ist die Notwendigkeit gar nicht zu prüfen, da hier mangels Unterordnungsverhältnis und fehlender Weisungsgebundenheit grundsätzlich gar kein Arbeitsvertrag des Verwaltungsrats zur Gesellschaft bestehen kann (vgl. dazu hinten TEIL 3 § 6 III. 2. auf S. 195 ff.).

[49] HOFER, 37, spricht deshalb von einer «eigenartigen Doppelstellung» bei einem VR-Delegierten mit gleichzeitigem Arbeitsvertrag. Der gleiche Sachverhalt kann in verschiedenen Rechtsgebieten sogar unterschiedlich qualifiziert werden, so insbesondere im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht (vgl. dazu BGE 95 I 21 Erw. 5.b); in Bezug auf den Konzernführer stellt PLÜSS, Konzernführer, 148, im gleichen Sinne fest, dass die verbundenen Funktionen (Verwaltungsratsmandate und Topmanagement-Positionen) in einem Grenzbereich liegen, in welchem sich die vertraglichen Beziehungen zwischen Gesellschaft und Funktionär zu organschaftlichen wandeln. Nur wenn der Verwaltungsrat in der gleichen Gesellschaft eine völlig untergeordnete Arbeitnehmerfunktion ausübt, ist eine klare Abgrenzung einfach, doch sind solche Fälle in der Praxis selten.

[50] Insbesondere sind die Statuten, das Organisationsreglement und die individuellen Vereinbarungen zu prüfen; fehlt es an klaren Regelungen, so können u.U. die Protokolle der VR-Sitzungen Klarheit schaffen.

da ein Ereignis unterschiedliche Auswirkungen haben kann. Dies zeigt sich vor allem bei der Auflösung eines bestehenden Rechtsverhältnisses. Die Abwahl eines VR-Delegierten durch die Generalversammlung beendet sein allfälliges Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft nicht automatisch. Und umgekehrt kann die Funktionskündigung des VR-Delegierten gegenüber dem Gesamtverwaltungsrat nicht einfach als Rücktritt vom Verwaltungsratsmandat verstanden werden.[51]

Sowohl juristisch als auch ethisch problematisch sind Versuche von Verwaltungsräten, ihre mögliche Abwahl mit einem Arbeitsvertrag zu verhindern oder zumindest finanziell zu versüssen.[52] Tatsächlich kann jedes Mitglied des Verwaltungsrates jederzeit von der Generalversammlung abberufen werden.[53] Dieses Recht kann auch nicht durch eine Konventionalstrafe eingeschränkt werden.[54]

Aus unternehmenspolitischer Sicht besteht die Gefahr einer mangelhaften Oberaufsicht über die Geschäftsführung, wenn diese im Verwaltungsrat Einsitz hat und sich damit selbst kontrollieren sollte.[55] Dieses Konfliktpotential ist besonders akut bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, in denen Grossaktionäre fehlen.[56] Richtlinien zur Corporate Governance, wie der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance oder die SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance vom 1. Juli 2002,[57] sind in solchen Gesellschaften zweckmässig; doch auch sie vermögen das Konfliktpotential letztlich nicht zu beseitigen.

[51] Unter Bezugnahme auf BGE 128 III 129 (vgl. dazu hinten TEIL 4 § 9 V. 1. auf S. 294 f.) wurde deshalb vom Centre Patronal, Bern, in der Mitteilung Nr. 43 vom Juli 2002 darauf aufmerksam gemacht, dass ein Auseinanderhalten von Organstellung einerseits und Arbeitsverhältnis andererseits insofern von Bedeutung sei, «als beispielsweise hinsichtlich der Anstellung und der Kündigung für das gesellschafts- und das arbeitsrechtliche Verhältnis unterschiedliche Regeln gelten»; vgl. hinten TEIL 4 § 10 I. 2. f.) auf S. 327 ff.

[52] Zur Problematik von Abgangsentschädigungen insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften vgl. hinten TEIL 4 § 9 V. 5. auf S. 302 ff.

[53] Vgl. hinten TEIL 1 § 3 III. 3. auf S. 60 f.

[54] Das höchstpersönliche Recht zur Annahme oder Ablehnung der Wahl würde dadurch rechtswidrig eingeschränkt; dazu ausführlich hinten TEIL 1 § 2 IV. 2. auf S. 34.

[55] Damit ist das latente Konfliktpotential auch unter dem Blickwinkel der Corporate Governance zu beurteilen; vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen bei Erny, 94 ff.

[56] Pointiert schreibt Christoph Blocher in seiner Albisgüetli-Rede 2002, Zürich 2002, auf S. 13 dazu: «Der Einfluss der Eigentümer solcher Gebilde ist so verzettelt, dass der Schutz ihres Eigentums, die Überwachung der Führungselite, die als Treuhänder dieses Eigentum vermehren und verwalten sollte, unmöglich geworden ist. Diese Tendenz wird verstärkt durch raffinierte Regeln über die Zusammensetzung von Verwaltungsräten, mit denen sich diese faktisch selber überwachen, selber entschädigen, privilegieren und belohnen.» Die Aussage wird relativiert durch die Tatsache, dass der am 10.12.2003 zum Bundesrat gewählte Christoph Blocher bis im Jahre 1998 als nebenamtlicher VR-Präsident der Pharma Vision ein VR-Honorar in Höhe von CHF 3,2 Mio. pro Jahr bezog (vgl. Werner Vontobel im Cash vom 23.3.2001, Nr. 12, S. 1).

[57] Dazu ausführlich hinten TEIL 3 § 7 VI. 2. a) auf S. 240 ff.

Bei der Festsetzung von VR-Honoraren und Management-Entschädigungen werden die für Aktionäre und Dritte noch akzeptablen Grenzen leider immer wieder durchbrochen.[58] Bei einigen grösseren Gesellschaften wurde deshalb ein spezielles «Remuneration Committee» oder ein «Compensation Committee» gebildet, um die heikle Aufgabe der Entschädigungsfestsetzung zu übernehmen.[59] Damit ist wohl sichergestellt, dass die VR-Bezüge legal sind, doch heisst dies nicht, dass sie aus ethischer Sicht auch legitim sind.

Es ist eine Tatsache, dass Entschädigungen von Topmanagern in den letzten Jahren teilweise übermässig angestiegen sind und wohl noch weiter ansteigen werden.[60] Damit stellt sich die Frage nach der Gerechtigkeit des Lohnes[61] und der ethischen Verantwortung derjenigen, welche den Lohn festlegen. Soll der Verwaltungsrat nicht in eigener Kompetenz über die Höhe seiner Honorare entscheiden können, so sind entsprechende statutarische Schranken zu errichten.[62] Die wesentlichen Faktoren zur Festlegung des VR-Honorars sind heute wissenschaftlich exakt

[58] Vgl. dazu den krassen Fall in BGE 105 II 114 ff. i.S. Togal AG gegen Schmidt, was letztlich zur Auflösung der Gesellschaft führte (eingehende Erörterung hinten unter TEIL 3 § 7 II. 2. auf S. 212).

[59] So z.B. bei der Swisscom AG im Jahre 2001 zur Festlegung von Grundlohn und Bonus des GL-Vorsitzenden Jens Alder (je CHF 600'000.– gemäss SonntagsBlick vom 3.2.2002, S. 18 und SonntagsZeitung vom 3.6.2001, S. 6); dieser CEO präsidiert gleichzeitig die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften Swisscom Mobile AG und Swisscom Network Services Rechte AG. Auch bei der ehemaligen Swissair legte im Falle des VR-Präsidenten und CEO Mario Corti das Remuneration Committee die Salärvorauszahlung von brutto CHF 13,2 Mio. fest (Finanz und Wirtschaft vom 16.2.2002, Nr. 13, S. 31).

[60] So HILB, Einwände, 24, mit Bezug auf transatlantische Grossfusionen: «Da die honorierungsmässig problemloseste Variante, alle (auch die europäischen) Vorstände steuer- und wohnsitzmässig in der USA anzusiedeln, selten gewählt wird, und die Variante, Konzern-Vorstände nach amerikanischen Massstäben zu honorieren, bevorzugt wird, ergibt sich die Gefahr, dass die Gesamthonorierungspakete der CEO's in vielen internationalen Unternehmen in Europa (durch die Executive Search Consultants gefördert) in den nächsten Jahren überdurchschnittlich steigen werden.» Gleichzeitig verweist HILB, a.a.O., darauf, dass bereits 1998 Charles B. Wong von Computer Associates ein Jahreseinkommen von USD 670 Mio. bezog und Walt Disney ein solches von USD 575 Mio.

[61] WUNDERER, Führung, 411, definiert sieben Gerechtigkeitsdimensionen der Vergütung:
1. Anforderungs-/Qualifikationsgerechtigkeit
2. Verhaltens-/Motivationsgerechtigkeit
3. Leistungs-/Ergebnisgerechtigkeit
4. Erfolgsgerechtigkeit der Unternehmung
5. Marktgerechtigkeit
6. Sozialgerechtigkeit
7. demographische/kulturelle Gerechtigkeit.
HILB, Integriertes Management, 250 f., entwickelt ein «Magisches Dreieck der Honorargerechtigkeit für Verwaltungsräte» bestehend aus VR-interne Honorargerechtigkeit, VR-externe Honorargerechtigkeit und Unternehmenserfolgsgerechtigkeit des VR-Honorars.

[62] Vgl. dazu ausführlich hinten TEIL 5 § 17 II. 2. auf S. 495 und die Musterklauseln im Anhang A.3.6 und A.3.7 auf S. 514.

definiert;[63] auch die administrativen Hilfsmittel zur Bestimmung einer angemessenen Entlöhnung für die leitenden Arbeitnehmer sind ausführlich publiziert.[64] In der Praxis ist aber dennoch festzustellen, dass viele Verwaltungsratsgremien überfordert sind, wenn es um die Honorierung eines Delegierten oder CEO aus dem eigenen Kreis geht.[65]

Werden Vertreter der zweiten Führungsebene in den Verwaltungsrat gewählt, ohne dass die oberste Geschäftsleitung in diesem Gremium vertreten ist, so besteht sogar die Gefahr einer Führungsunfähigkeit, indem Geschäftsleitungsentscheide von der zweiten Führungsebene über den Verwaltungsrat widerrufen werden.[66]

Im Zusammenhang mit der Doppelstellung eines Verwaltungsrates entstehen gemäss den publizierten Gerichtsentscheiden hauptsächlich in folgenden Bereichen direkte gerichtliche Auseinandersetzungen:

– Forderungsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Entschädigung[67]

[63] Vgl. die Zusammenfassung bei Hilb, Integriertes Management, 250 ff., und Böckli, Aktienrecht, Rz. 240 zu § 13, welcher gestützt auf den Greenbury Report (Directors' Remuneration, London 1995, 13 ff.) folgende vier Elemente als bestimmend vorgibt:
1 die persönliche Leistung wie Zeitaufwand und geistiger Input
2. die Stellung innerhalb des Verwaltungsrates in Form von Zusatzfunktionen oder Sonderaufgaben
3. die Tragung einer summenmässig unbeschränkten persönlichen und solidarischen Haftung sowie die Verknüpfung des eigenen Rufs mit dem der Gesellschaft
4. die Opportunitätskosten wie Erfüllung der Treuepflicht und Verzicht auf konkurrenzierende Tätigkeit.

[64] Besonders hilfreich und verständlich Hilb, Transnationales Management, 225 ff.

[65] Ein besonders eindrückliches Beispiel dafür ist der 5-Jahres-Vertrag von Mario Corti als VR-Präsident und CEO der SAir Group: noch vor seinem Amtsantritt im März 2001 liess er sich fünf Jahresgehälter in Höhe von brutto CHF 13,2 Mio. auszahlen (SonntagsZeitung vom 27.1.2002, S. 69; Präzisierung in der Finanz und Wirtschaft vom 16.2.2002, Nr. 13, S. 31). Mario Corti habe die Bedingungen seiner Anstellung offenbar gleich selbst diktiert; selbst den damaligen VR-Mitgliedern bleibe nach eigenen Angaben schleierhaft, wie und worüber genau verhandelt wurde (SonntagsBlick vom 3.2.2002, S. 16). Die Salärsumme bezeichnet Headhunter Sandro Gianella als «marktüblich», die Vorauszahlung als nicht «normal», aber für ein «Himmelfahrtskommando» als verständlich (Tages-Anzeiger vom 29.1.2002, S. 27). Im Vergleich zu den CHF 5–7 Mio., die Rolf Hüppi als Konzernchef und Verwaltungsratspräsident der Zürich Versicherungsgruppe verdient (SonntagsZeitung vom 3.2.2002, S. 62), kann die Entlöhnung von Mario Corti durchaus als marktkonform bezeichnet werden.

[66] Mit dieser Begründung und aus eigener Erfahrung rät Krneta, Praxiskommentar, Rz. 89, dringend von einer Doppelstellung als Verwaltungsratsmitglied und Angestelltem des Unternehmens ab.

[67] Solche finanziellen Streitigkeiten sind bei den über 200'000 Verwaltungsräten wohl kaum vermeidbar; als illustratives Beispiel sei auf den Entscheid des Bundesgerichtes vom 17.5.1949 i.S. Girod c. Barberot (BGE 75 II 149 ff.) verwiesen.

– Rekurse gegen Verfügungen von Sozialversicherungsbehörden[68]
– Beschwerden gegen Verfügungen des Handelsregisters[69]
– Konkursstreitigkeiten im Zusammenhang mit privilegierten Forderungen[70]
– Verantwortlichkeitsprozesse im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen[71]

Die Konflikte sind auch für Rechtstheoretiker oftmals nur schwer vorhersehbar. So musste sich das Bundesgericht bereits 1941[72] damit auseinandersetzen, ob die Unterschriftsberechtigung eines Prokuristen weiterhin im Handelsregister eingetragen bleiben darf, wenn dieser Arbeitnehmer noch zusätzlich als Verwaltungsrat der gleichen Gesellschaft gewählt wird, in der neuen Funktion aber keine Unterschriftsberechtigung erhält.[73] Und im bereits erwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 12. Dezember 1991[74] war die Frage zu entscheiden, ob nicht schon ein Arbeitsvertrag mit der Konzernobergesellschaft und ein gleichzeitiges VR-Mandat mit einer Tochtergesellschaft zu einer faktischen Organschaft bei der Holdinggesellschaft führen.

Ein besonders problematischer Konfliktpunkt ist die Verantwortlichkeitsklage. Gerät eine Gesellschaft ernsthaft in die Verlustzone, so werden die Handlungen ihres Verwaltungsrates und Managements verständlicherweise sehr genau überprüft. War ein Mitglied des Verwaltungsrates gleichzeitig auch noch Mitglied der Geschäftsleitung, so ist er allfälligen Vorwürfen der Aktionäre verstärkt ausgesetzt. Dies hat der Untergang der SAir-Group bzw. der Swissair im Jahre 2001 schonungslos offen gelegt. Als Konsequenz schrieb der Wirtschaftsredaktor der NZZ: «Auch in den grösseren Schweizer Unternehmen sollte die um sich greifende, aus Ländern wie den USA oder Frankreich importierte Unsitte einer Personalunion zwischen CEO und Verwaltungsratspräsident – abgesehen von Krisen – schleunigst wieder aufgegeben werden.»[75]

Um möglichst viele Konfliktfälle zu berücksichtigen, werden die rechtlichen Konsequenzen aus einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer hinten

[68] Insbesondere im Zusammenhang mit der Haftung für ausstehende AHV-Beiträge (vgl. dazu TEIL 4 § 11 II. 2.auf S. 377 ff.), aber auch bezüglich Arbeitslosen- und Insolvenzentschädigung (vgl. dazu TEIL 4 § 11 II.5. auf S. 388 ff. und in der Übersicht von Tabelle 37 auf S. 407).
[69] Zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bzgl. Handelsregistereintragung s. hinten TEIL 4 § 8 II. 2. b) auf S. 263 ff.
[70] Insbesondere wegen Ablehnung des Lohnprivilegs für Verwaltungsräte; vgl. dazu ausführlich die Rechtsprechung hinten im TEIL 4 § 13 II. 3. auf S. 434 ff.
[71] Auf die Verantwortlichkeit wird im TEIL 4 § 10 II. auf S. 331 ff. detailliert eingegangen.
[72] BGE 67 I 342 ff.
[73] Zu dieser Problematik ausführlich hinten TEIL 4 § 8 II. 2. auf S. 262 ff.
[74] BGE 117 II 570.
[75] Schwarz, Filz, 21; auf die Problematik einer Personalunion wird hinten im TEIL 3 § 7 VI. 3. auf S. 247 ff. ausführlich eingegangen.

im TEIL 4 separat nach Rechtsgebieten analysiert. Die Grundlage dafür bilden die Erkenntnisse aus der Rechtstatsachenforschung und die zugänglichen Gerichtsentscheide.

§ 2 Entstehung einer Doppelstellung

I. Überblick über die Entstehungsmöglichkeiten

1. Personen mit einer Doppelstellung

Ausgehend von der Person, welche in eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer gelangt, können folgende vier Varianten unterschieden werden, aus denen heraus eine Doppelstellung entstehen kann. Dabei wird immer vorausgesetzt, dass die angesprochenen Rechtsbeziehungen zur gleichen Gesellschaft bestehen.

1. Verwaltungsrat

Ein ordnungsgemäss gewählter und als solcher tätiger Verwaltungsrat erhält einen Arbeitsvertrag oder zumindest eine arbeitnehmerähnliche Stellung.[1]

2. Arbeitnehmer

Ein ordnungsgemäss vertraglich verpflichteter Arbeitnehmer wird als Verwaltungsrat gewählt oder nimmt die Funktion eines faktischen Verwaltungsrates[2] wahr.

3. Aktionär

Ein Aktionär wird zum offiziellen oder zum faktischen Verwaltungsrat und übernimmt gleichzeitig eine Arbeitnehmerfunktion.

4. Dritter

Ein unbeteiligter Dritter wird gleichzeitig Verwaltungsrat und Arbeitnehmer; eine Untervariante dieser Konstellation ist gegeben, wenn die Übernahme des Verwaltungsratsmandates bereits im Arbeitsvertrag vorgesehen wird.[3]

[1] Dieser Fall ist von demjenigen eines Aktionärs zu unterscheiden, da in Konzernen die Ordnungsvorschrift der Aktionärseigenschaft nach Art. 707 Abs. 1 OR oftmals missachtet wird und im Zusammenhang mit der Revision des GmbH-Rechts diese Voraussetzung voraussichtlich ohnehin aufgehoben wird (vgl. hinten TEIL 3 § 6 I. 1. d) auf S. 166 ff.).

[2] Zum Begriff und zu den Voraussetzungen eines faktischen Verwaltungsrats s. hinten TEIL 3 § 6 I. 2. auf S. 171 ff.

[3] Diese Variante ist von den Übrigen zu unterscheiden, da nach dem Entwurf des Bundesrates vom 19.12.2001 zur Revision des GmbH-Rechts und der damit verbundenen Anpassung des

2. Bewusste und unbewusste Entstehung

Es mag auf den ersten Blick erstaunen, doch es kann nicht nur bewusst, sondern auch unbewusst zu einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer kommen. Eine bewusste Doppelstellung ist in folgenden vier Fällen gegeben:

– Ein Arbeitnehmer, der bereits in einem klaren Arbeitsverhältnis zu seiner Gesellschaft als Arbeitgeberin steht, wird neu in den Verwaltungsrat dieser Gesellschaft gewählt[4] und nimmt diese Wahl bewusst an.

– Ein Verwaltungsrat schliesst unabhängig von seinem bereits bestehenden Verwaltungsratsmandat bewusst mit der gleichen Gesellschaft einen Arbeitsvertrag ab.[5]

– Im Arbeitsvertrag wird bewusst vereinbart, dass der Arbeitnehmer gleichzeitig die Stellung eines Verwaltungsrates bei der Gesellschaft einnehmen bzw. eine entsprechende Wahl annehmen wird.[6]

– Bei der Wahl oder bei der anschliessenden Konstituierung des Verwaltungsrates wird bestimmt, dass der betroffene Verwaltungsrat gleichzeitig in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht.[7]

Zu einer unbewussten Doppelstellung kann es dagegen beispielsweise in folgenden Fällen kommen:

– Ein leitender Arbeitnehmer in einer Familienaktiengesellschaft wird stets beratend zu den Verwaltungsratssitzungen beigezogen. Nach dem Tode des Firmengründers nehmen dessen Nachkommen Einsitz im Verwaltungsrat, ohne sich jedoch operativ um das Unternehmen zu kümmern. Der leitende Arbeit-

Aktienrechts (BBl. 2001 3265 ff.) vorgesehen ist, die Aktionärsvoraussetzung für den Verwaltungsrat in Art. 707 OR aufzuheben (vgl. hinten TEIL 3 § 6 I. 1. d) bb) auf S. 170 f.).

[4] Dabei spielt es keine Rolle, auf welcher Hierarchiestufe im Unternehmen der Arbeitnehmer steht. Im nicht amtlich publizierten Entscheid des Bundesgerichtes C 278/99 vom 6.7.2002 war der Fall eines Bauingenieurs zu beurteilen, welcher nach 8 Jahren Arbeitstätigkeit zusätzlich in den Verwaltungsrat gewählt wurde. Bei paritätisch ausgestalteten Verwaltungsräten werden i.d.R. Arbeitnehmervertreter ohne besondere akademische oder kaufmännische Ausbildung gewählt.

[5] Dabei muss es sich keineswegs um eine leitende Arbeitnehmerfunktion handeln. Hat der entsprechende Verwaltungsrat fachliche und zeitliche Kapazitäten, die vom Unternehmen dringend gebraucht werden, so ist ein zusätzlicher Arbeitsvertrag allenfalls auch für eine Tätigkeit auf unterer Stufe zweckmässig.

[6] Dies ist vor allem bei Konzernverhältnissen häufig, wenn der Betroffene nicht nur Angestellter der Managementgesellschaft im Konzern, sondern auch Mitglied in deren Verwaltungsrat sein soll. Eine entsprechende Musterklausel für einen Arbeitsvertrag findet sich hinten im Anhang A.5.1.a) auf S. 519.

[7] Dieser Fall tritt insbesondere bei der Wahl zum hauptamtlichen VR-Präsidenten oder VR-Delegierten ein, bei dem die Begründung eines separaten Arbeitsvertrages grundsätzlich mit der Wahlannahme verbunden ist.

nehmer wirkt jetzt an den Verwaltungsratssitzungen nicht mehr nur beratend, sondern auch entscheidungsmässig mit und wird letztlich unbewusst zum faktischen Verwaltungsrat.[8]

– Eine einfache Gesellschaft, bestehend aus fünf gleichermassen mitarbeitenden Gesellschaftern, wird aus steuerlichen und haftpflichtrechtlichen Überlegungen in eine Aktiengesellschaft umgewandelt; dabei erhalten drei der Gesellschafter einen Sitz im Verwaltungsrat. In der Folge üben diese Gesellschafter ihre Tätigkeit im Unternehmen unverändert aus, ohne sich Gedanken über einen allfälligen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft zu machen.

– Ein ordnungsgemäss gewählter und eingetragener Verwaltungsrat übernimmt vorerst die Funktion des Vizepräsidenten und später noch jene des VR-Delegierten. Der Zeitaufwand für diese Zusatzfunktionen wird immer grösser, bis der VR-Delegierte schliesslich eine Vollzeittätigkeit bei der Gesellschaft ausübt. Der Gesamtverwaltungsrat erteilt dem VR-Delegierten Weisungen für seine Tätigkeit und genehmigt Spesenersatz sowie Ferien; dennoch trifft der Gesamtverwaltungsrat niemals konkrete arbeitsvertragliche Regelungen.[9]

– Ein Prokurist mit Einzelprokura übt geschäftsführende Funktionen im Lohn- und Abrechnungswesen aus. Bereits während seiner Beschäftigungsdauer ohne eine Doppelstellung als Verwaltungsrat fehlen der Gesellschaft zeitweise genügend liquide Mittel, um die Beitragsforderungen der Ausgleichskasse zu erfüllen. Nachdem der Prokurist in den Verwaltungsrat gewählt wurde, kann die Gesellschaft ihre Zahlungsverpflichtungen endgültig nicht mehr erfüllen und über das Unternehmen wird der Konkurs eröffnet. Für die ausstehenden Forderungen der Ausgleichskasse haftet der Arbeitnehmer mit Doppelstellung als Verwaltungsrat sowohl für die Zeit nach seiner Wahl als auch auf Grund einer faktischen Organstellung für die Zeit vor seiner Wahl.[10]

– In einem Konzern ist ein Mitglied des Holding-Verwaltungsrates gleichzeitig CEO einer Tochtergesellschaft. Weil das Arbeitsverhältnis nicht zur gleichen Gesellschaft besteht wie das Verwaltungsratsmandat, besteht ursprünglich keine Doppelstellung im hier verstandenen Sinne. Im Zuge einer Umstrukturie-

[8] Nur die Erbringung von Beratungsleistungen gegenüber dem Verwaltungsrat führt noch nicht zu einer faktischen Organschaft (vgl. BGE 117 II 570 ff. und hinten TEIL 3 § 6 I. 2. auf S. 171 ff.). Die Gefahr der faktischen Organschaft sieht PLÜSS, Konzernführer, 153 Fn. 15, vor allem beim Konzernführer; im Hinblick auf BGE 128 III 92 ist diese Ansicht zweifellos richtig (vgl. Kommentar in der NZZ vom 29.1.2002, Nr. 23, S. 23).

[9] Wenn ein solcher VR-Delegierter von seiner Funktion zurücktritt, noch bevor er sich des zusätzlichen Arbeitsverhältnisses bewusst wurde, so kommt es zu einer weiteren unbewussten Änderung der Rechtsverhältnisse (vgl. den Entscheid des Tessiner Versicherungsgerichtes vom 21.9.1992, TCA TI Nr. 31–33/90, in: RDAT I-1993, S. 215 ff.).

[10] Unveröffentlichter Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichtes H 442/00 vom 31.8.2001 Erw. 3.

rung wird die Tochtergesellschaft zufolge Fusion im Sinne von Art. 748 OR durch die Muttergesellschaft übernommen. Dabei wird der Arbeitsvertrag des CEO trotz entstandener Doppelstellung unverändert weitergeführt.[11]

Beim ersten dieser Fälle resultiert die unbewusste Doppelstellung aus einer nicht gewollten oder nicht erkannten Stellung als Verwaltungsrat. Bei den nächsten zwei Fällen wird dagegen der unbewusste Abschluss eines Arbeitsvertrages vorausgesetzt. Dabei stellt sich die Grundsatzfrage, ob ein Arbeitsvertrag überhaupt unbewusst abgeschlossen werden kann. Nach Art. 1 Abs. 1 OR braucht es bekanntlich zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien. Insofern ist ein unbewusster Vertragsabschluss nicht möglich. Das Unbewusstsein bezieht sich jedoch nicht auf den Vertragsabschluss, sondern auf die Vertragsqualifikation. Die Gesellschaft offeriert eine Entschädigung für eine bestimmte Tätigkeit und der Verwaltungsrat akzeptiert diese Offerte. Damit kommt es zum Vertragsabschluss, auch wenn sich die Parteien über die rechtliche Qualifikation ihres Verhaltens gar nicht unterhalten haben oder sich dessen nicht bewusst waren. Wie die Parteien den Vertrag qualifizieren, spielt nach dem Grundsatz «falsa demonstratio non nocet» keine Rolle. Die Konstruktion eines faktischen Arbeitsverhältnisses[12] kommt nicht zur Anwendung, da keine Ungültigkeit des Arbeitsvertrages im Sinne von Art. 320 Abs. 3 OR vorliegt. Auch eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ist ausgeschlossen, da die Parteien sich über die Art und den Umfang der Vertragsleistungen ohne Irrtum geeinigt haben.

Gemäss Art. 8 ZGB hat ein Mitglied des Verwaltungsrates das Vorhandensein eines Arbeitsvertrages zu beweisen, wenn daraus zu seinen Gunsten Rechte abgeleitet werden sollen. Dies kann z.B. bei der Geltendmachung des Konkursprivilegs für Lohnforderungen notwendig werden.[13] Ein solcher Nachweis wird beim bewusst abgeschlossenen Arbeitsvertrag zweifellos leichter zu erbringen sein, als bei einem unbewusst entstandenen Arbeitsverhältnis.[14]

Der Fall des ordnungsgemäss gewählten Verwaltungsrates, der später mit steigender Intensität die hauptamtliche Funktion eines Delegierten[15] ausübt, ist von besonderem Interesse. Vor allem in grösseren Gesellschaften ist vielfach ein voll-

[11] Zu den Konsequenzen einer Fusion auf das Arbeitsverhältnis von leitenden Arbeitnehmern vgl. hinten TEIL 4 § 10 IV. 1 auf S. 361 ff.
[12] Vgl. dazu REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 84 ff.; hinten TEIL 3 § 6 II. 2. auf S. 191 ff.
[13] Vgl. dazu den Fall in ZR 77 (1978) Nr. 25, S. 51 ff., bei dem kein Arbeitsvertrag nachgewiesen werden konnte.
[14] Zu den Voraussetzungen des erforderlichen Nachweises vgl. MÜLLER, Konkursprivileg, 561.
[15] Zum Begriff des VR-Delegierten vgl. hinten TEIL 1 § 3 IV. 3. auf S. 70 ff.

amtlicher Delegierter des Verwaltungsrates anzutreffen.[16] Die Einführung dieses Vollamtes kann stufenweise erfolgen, so dass sich die Parteien u.U. des Überganges zu einem eigentlichen Arbeitsvertrag gar nicht bewusst sind und deshalb auch keine zusätzlichen Abmachungen treffen.[17] Die Folge davon sind latente Konfliktsituationen. Die durchgeführte Rechtstatsachenforschung hat u.a. auch diese besondere Problematik aufgezeigt.[18]

II. Entstehung einer Doppelstellung aus einer Organfunktion

1. Abgrenzungen

Die Stellung als Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft begründet wohl eine Organschaft, jedoch für sich alleine noch kein Arbeitsverhältnis im rechtlichen Sinne zur Gesellschaft.[19] Wird ein zusätzlicher Arbeitsvertrag geschlossen, so stellt sich unweigerlich die Frage, ob Personen mit einer derartigen Doppelstellung stets als leitende Arbeitnehmer zu bezeichnen sind.[20] Gemäss Art. 9 ArGV 1 übt eine «höhere leitende Tätigkeit» i.S.v. Art. 3 lit. b ArG aus, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.»[21] Nach dieser Legaldefinition übt ein Verwaltungsratsmitglied unbestreitbar eine höhere leitende Tätigkeit auf Zeit aus. Nur wenn er diese Tätigkeit

[16] Während der VR-Präsident bei einem mehrköpfigen Verwaltungsrat gemäss Art. 712 Abs. 1 OR zwingend bestimmt werden muss, ist die Ernennung eines VR-Delegierten fakultativ. So waren Mitte 2000 in der Schweiz 89'576 AG mit einem VR-Präsidenten und 12'475 AG mit mind. einem VR-Delegierten eingetragen (vgl. hinten Tabelle 7 auf S. 101).

[17] Eine solche Konstellation ist auch in anderen Lebenslagen möglich; dies zeigt BGE 115 V 55, in dem einer vom Pferd gebissenen Reitschülerin letztlich eine Arbeitnehmerstellung zuerkannt wurde, obwohl vor dem Unfall weder die Reitschülerin noch der Betreiber des Reitstalles von einem Arbeitsvertrag gesprochen hatten.

[18] Die Ergebnisse dieser Rechtstatsachenforschung finden sich hinten im TEIL 2 § 5 III. auf S. 119 ff.

[19] Ebenso Hutterli, 40, mit dem Hinweis, dass diese Organschaft nur die rein gesellschaftsrechtliche Stellung im Aufbau der juristischen Person bilde; dazu eingehend hinten TEIL 1 § 3 IV. 1. b) auf S. 64 f.

[20] Hutterli, 18.

[21] Die ArGV 1 gibt gegenüber der früheren VO 1 zum ArG (am 10.5.2000 aufgehoben) zwei neue Kriterien vor: die Stellung des Betroffenen und die Möglichkeit zur Beeinflussung von Entscheiden in wichtigen Angelegenheiten.

auch noch gegen Entgelt und in einem Subordinationsverhältnis ausübt, sind die übrigen Voraussetzungen für einen Status als Arbeitnehmer erfüllt.[22]

HUTTERLI[23] gelangt nach eingehender Prüfung zusammenfassend zum Ergebnis, dass die Exekutivorgane einer juristischen Person jedoch dann vom Kreis der leitenden Arbeitnehmer auszunehmen seien, wenn sie weisungsunabhängig seien. Da die Weisungsabhängigkeit jedoch ein wesentliches Merkmal des Arbeitsvertrages ist, kann ein Verwaltungsrat umgekehrt nur dann einen zusätzlichen Arbeitnehmerstatus haben, wenn er in irgendeiner Form bezüglich seiner Tätigkeit als Arbeitnehmer weisungsabhängig ist.[24] Dies ist beim alleinigen Verwaltungsrat grundsätzlich nicht möglich. Selbst wenn der alleinige Verwaltungsrat bezüglich seiner Arbeitnehmer-Tätigkeit organisatorisch einem Abteilungsleiter unterstellt wäre, so bliebe ihm doch als Verwaltungsrat die oberste Weisungsgewalt erhalten. Die für ein Arbeitsverhältnis im rechtlichen Sinne erforderliche Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordination) fehlt damit i.d.R. weiterhin.[25] Führt man diese Überlegungen konsequent fort, so ergibt sich Folgendes:

– Ein leitender Arbeitnehmer[26] ist ein Arbeitnehmer, der unternehmerische Entscheidungen selbständig vorbereiten oder ausführen kann. Dazu muss der Arbeitnehmer nicht Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft sein.
– Als Arbeitnehmer muss auch der leitende Arbeitnehmer weisungsgebunden sein; ein weisungsunabhängiger Verwaltungsrat kann deshalb nicht Arbeitnehmer und somit auch nicht leitender Arbeitnehmer sein.[27]
– Ein Verwaltungsrat wird nur dann zum leitenden Arbeitnehmer, wenn er sich tatsächlich in ein arbeitsvertragliches Verhältnis und damit insbesondere in eine Subordination zur Gesellschaft begibt; die blosse Übernahme von entsprechenden Funktionen genügt nicht.

[22] Zu den Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages im Detail vgl. hinten TEIL 3 § 6 II. 1. auf S. 175 ff.
[23] HUTTERLI, 114.
[24] Diese rechtlich einwandfreie Feststellung (vgl. dazu hinten die Ausführungen zur Unterordnung als Voraussetzung für einen Arbeitsvertrag unter TEIL 3 § 6 II. 1. c) auf S. 178 ff.) steht jedoch im klaren Widerspruch zu den Ergebnissen der Rechtstatsachenforschung, wonach zahlreiche Delegierte trotz mündlichem oder schriftlichem Arbeitsvertrag keine Weisungen für ihre Tätigkeit erhalten (vgl. dazu hinten TEIL 2 § 5 III. 4. a) auf S. 119 ff.).
[25] Auf die Doppelstellung bei einer Gesellschaft mit nur einem einzigen Verwaltungsrat wird hinten unter TEIL 3 § 6 III. 3. auf S. 198 ff. ausführlich eingegangen.
[26] Zum Begriff des leitenden Arbeitnehmers vgl. vorne Fn. 42 auf S. 11.
[27] Dies ist insbesondere bei der Einmann-AG unmöglich; vgl. dazu ausführlich hinten TEIL 3 § 6 III. 2. auf S. 195 ff.

2. Beispiele

Die folgenden drei Beispiele aus der Praxis[28] veranschaulichen, wie aus einer Funktion als Verwaltungsrat eine Doppelstellung entstehen kann. Gleichzeitig zeigen sie aber auch, dass dadurch Konfliktsituationen entstehen können.

Beispiel 1:

Der Geschäftsführer einer Druckerei erkrankte plötzlich derart schwer, dass für mindestens acht Monate ein Ersatz gefunden werden musste. Die Hauptaktionärin und VR-Präsidentin wandte sich hilfesuchend an die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates. Nach kurzen Verhandlungen erklärte sich ein Verwaltungsrat bereit, gegen entsprechende Entlöhnung als VR-Delegierter die Geschäftsführung zu übernehmen, bis der eigentliche Geschäftsführer wieder einsatzbereit sei. Mit dieser Lösung konnten die Änderungen im Handelsregister und bei den Banken auf ein Minimum beschränkt werden. Probleme entstanden lediglich im Zusammenhang mit einem Kooperationsvertrag, der mit einem Papierlieferanten abgeschlossen war. Darin wurde als Kontaktperson ausdrücklich der Geschäftsführer bezeichnet. Schliesslich akzeptierte der Vertragspartner aber auch den neuen Delegierten als Ersatz.

Beispiel 2:

Ein Konzern kaufte eine weitere Gesellschaft. Ein Mitglied der Konzernleitung wurde als VR-Delegierter der neuen Tochtergesellschaft eingesetzt; das Präsidium des Verwaltungsrates wurde einem externen Rechtsanwalt übertragen. Im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss der Gesellschaft tauchte die Frage auf, ob der VR-Delegierte Anspruch auf ein VR-Honorar und/oder einen Lohn habe. Schliesslich wurde im Verwaltungsrat der Holdinggesellschaft entschieden, dem VR-Delegierten neben dem VR-Honorar auch noch einen Lohn von der Tochtergesellschaft auszuzahlen. Gleichzeitig reduzierte jedoch die Holdinggesellschaft im gleichen Umfange ihre Lohnzahlung an das betreffende Mitglied der Konzernleitung. Der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft fasste weisungsgemäss den gleichen Beschluss und die Lohnabrechnungen wurden nachträglich ausgestellt.

Beispiel 3:

Schon kurz nach der Gründung einer Softwaregesellschaft wurde der bereits als Verwaltungsrat eingetragene Hauptaktionär zum Delegierten bestimmt. Gleichzeitig übernahm er auch die Geschäftsführung, welche vorher vom ge-

[28] Nach Rücksprache mit den Betroffenen wurde bewusst auf eine Namensnennung verzichtet.

samten Verwaltungsrat ausgeübt worden war. In der Folge bezog der Delegierte nie ein VR-Honorar, jedoch stets ein Geschäftsführergehalt. Als sich die Gesellschaft erfolgreich entwickelt hatte und ein Finanzinvestor daran Interesse zeigte, wurde zum ersten Mal ein Arbeitsvertrag für den Delegierten ausgearbeitet. Zudem wurde beschlossen, ihm ab sofort auch ein VR-Honorar auszuzahlen. Damit sollten die finanziellen Ansprüche des Delegierten auch im Falle einer Übernahme oder eines Going Public gewahrt bleiben.

III. Entstehung einer Doppelstellung aus einer Arbeitnehmerfunktion

1. Abgrenzungen

Bei den Ausführungen zur Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass ein Mitglied des Verwaltungsrates zur selben Zeit ein organschaftliches und ein arbeitsvertragliches Verhältnis zur gleichen Gesellschaft hat. Diese Ausgangslage ist nicht gegeben, wenn die Arbeitstätigkeit zwar zu Gunsten der gleichen Gesellschaft erfolgt, der Arbeitsvertrag aber rechtlich mit einer anderen Gesellschaft besteht. Diese Abgrenzung ist in der Praxis gelegentlich weniger einfach, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Insbesondere im Konzernverbund ist die Frage, wer letztlich Arbeitgeber ist, u.U. schwierig zu beantworten, obwohl sie sehr zentral ist.[29]

Um zu beurteilen, ob in Konzernverhältnissen rechtlich eine Arbeitnehmerstellung bei jener Gesellschaft besteht, in deren Verwaltungsrat der Arbeitnehmer Einsitz nimmt, müssen vorab die konkreten mit dem Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarungen analysiert werden.[30] Problematisch ist die Situation beispielsweise dann, wenn im Ingress des Arbeitsvertrages die Holdinggesellschaft als Arbeitgeberin aufgeführt ist, aber unten bei den Unterschriften ausdrücklich die Tochtergesellschaft als Verpflichtete angeführt wird. In vielen Fällen stimmt der ursprünglich abgeschlossene Arbeitsvertrag nicht mehr mit der tatsächlichen Wirklichkeit überein, weil Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns stattgefunden haben. Zu berücksichtigen ist auch, dass ein Arbeitnehmer u.U. sogar zeitgleich mit mehre-

[29] Vgl. GEISER/UHLIG, 764 f. Bereits die Abbildung 1 vorne auf S. 12 zeigt, dass es verschiedene Möglichkeiten zur Anstellung leitender Arbeitnehmer im Konzern gibt. Die Begriffsbestimmung in Art. 11 ATSG vermag hier nicht weiterzuhelfen, da im Konzern verschiedene Gesellschaften Arbeitnehmer beschäftigen.

[30] GEISER/UHLIG, 767.

ren Konzerngesellschaften einen Arbeitsvertrag abschliessen kann.[31] In der Regel werden solche Verträge aufeinander Bezug nehmen, selbst wenn die einzelnen Verträge unterschiedliche Tätigkeiten regeln.[32] Damit die hinten im TEIL 4 aufgezeigten Konsequenzen auftreten, ist grundsätzlich auch bei Konzernverhältnissen eine direkte Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer bei der gleichen Gesellschaft notwendig. Daran ändert auch eine allfällige Delegation des Weisungsrechts nichts.[33] Es stellt sich lediglich die Frage, ob über den Umweg des Durchgriffs[34] im Konzern allenfalls Konsequenzen aus einer indirekten Doppelstellung entstehen können.

Mit dem Durchgriff soll die rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der separaten Rechtspersönlichkeit sanktioniert werden; dazu werden Gesellschaften im Konzernverbund fiktiv als rechtliche Einheit behandelt.[35] Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung strenge Voraussetzungen an den Durchgriff geknüpft.[36] Dennoch ist es denkbar, dass auch im Zusammenhang mit einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer der Durchgriff in einem Konzern zur Anwendung gelangen kann. Insbesondere im Zusammenhang mit Forderungen, welche Arbeitnehmervertreter in paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsräten betreffen, könnten Gerichte zur Auffassung gelangen, dass die Anwendung des Durchgriffs angebracht sei.

Die Rechtsprechung hat den Durchgriff zur Sanktionierung des Rechtsmissbrauchs bei Konzernverhältnissen entwickelt. Konsequenterweise sollten die Gerichte dann aber auch umgekehrt berücksichtigen, dass i.d.R. die tatsächliche Unternehmensleitung in einem Konzernverbund von der formellen Eigenständigkeit der Gesellschaft abweicht. Um diesen Gedankengang zu verdeutlichen, wird nachstehend ein Beispiel mit einem paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft in einem Konzern angeführt.

> Ein langjähriger Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft in einem Konzern wird von der Belegschaft als Arbeitnehmervertreter in den Verwaltungsrat dieser

[31] Dazu ausführlich GEISER/UHLIG, 774 ff.
[32] GEISER/UHLIG, 776.
[33] Vgl. dazu hinten TEIL 3 § 6 II. 1. c) cc) auf S. 182 f.
[34] Dabei haftet die beherrschende Gesellschaft für die Tochtergesellschaft (Durchgriff im weiteren Sinne) bzw. es wird von der Selbständigkeit der juristischen Person auf den Konzern abstrahiert (Durchgriff im engeren Sinne), wobei auch ein umgekehrter Durchgriff (von der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft) oder ein Querdurchgriff (zwischen Schwestergesellschaften) möglich ist (vgl. GEISER/UHLIG, 790; KUZMIC, 117 ff.; MERZ, Berner Kommentar, N 290 zu Art. 2 ZGB).
[35] KUZMIC, 249; vgl. Besprechung des Wibru-Swissair-Falles (BGE 120 II 331) durch JEAN NICOLAS DRUEY, in: SZW 67 (1995) 93 ff., mit einer klaren Abgrenzung von Konzernvertrauen und Durchgriff auf S. 96.
[36] GEISER/UHLIG, 790, mit Auflistung der relevanten BGE.

Gesellschaft gewählt. Als Konsequenz daraus verliert nicht nur er selbst, sondern auch seine im gleichen Betrieb mitarbeitende Ehefrau den Anspruch auf Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung.[37]

Wird die Rechtsidee des Durchgriffs in analoger Weise als eigentliche «Loslösung» von der Einzelgesellschaft auf diesen Fall angewendet, so muss man dem betroffenen Arbeitnehmervertreter und seiner Ehefrau konsequenterweise entgegen den gesetzlichen Bestimmungen doch die Ansprüche auf Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung zugestehen. Voraussetzung dafür ist, dass weder der Arbeitnehmervertreter noch seine Ehefrau wirklich massgebenden Einfluss auf die Entscheidungen in der Tochtergesellschaft nehmen können, da diese im Konzernverbund von der Muttergesellschaft gesteuert werden. Damit erscheint aber auch eine Berufung der Behörden auf die formell rechtlich bestehende Doppelstellung als rechtsmissbräuchlich.

2. Beispiele

Auch für die Entstehung einer Doppelstellung aus einer Arbeitnehmerfunktion lassen sich zahlreiche konkrete Beispiele aus der Praxis anfügen. Um den Überblick zu gewinnen, genügen jedoch die nachstehenden drei konkreten Beispiele.

Beispiel 1:

Eine schweizerische Aktiengesellschaft der Verpackungsindustrie wurde von einem ausländischen Mischkonzern übernommen. Gleichzeitig traten die bisherigen Mitglieder des Verwaltungsrates zurück. Der neue Verwaltungsrat sollte nur noch aus dem ausländischen Chef der Konzernsparte Verpackung und einem schweizerischen Berater bestehen, um möglichst geringe Administrationskosten zu verursachen. Wegen der Nationalitäts- und Wohnsitzbestimmung gemäss Art. 708 Abs. 1 OR musste der schweizerische Direktor jedoch noch Einsitz in den Verwaltungsrat nehmen. Die zur Amtsausübung notwendige Aktie wurde ihm treuhänderisch übertragen.

Beispiel 2:

Im Rahmen ihrer Expansionspolitik übernahm ein Familienunternehmen aus der Bürstenbranche die Produktionsgesellschaft eines Konkurrenten. Der dort engagierte Direktor war zweifelsfrei ein wichtiger Faktor zur erfolgreichen Weiterführung des Produktionsbetriebes. Um ihn für seine Aufgabe zu moti-

[37] Zur Begründung vgl. hinten die ausführliche Darstellung unter TEIL 4 § 11 II. 5 auf S. 388 ff. und insbesondere die Zusammenfassung auf S. 406 ff. bzw. Tabelle 37 auf S. 407.

vieren und die Zusammenarbeit mit den neuen Eigentümern zu fördern, wurde der Direktor nach der Übernahme als Mitglied des Verwaltungsrates gewählt. Der Arbeitsvertrag blieb unverändert, doch wurde dem Direktor auch hier treuhänderisch eine Aktie übertragen.

Beispiel 3:

Die schweizerische Tochtergesellschaft eines englischen Maschinenbau-Konzerns wurde in Krisenzeiten als Finanzpuffer missbraucht. Als der Konzern schliesslich nicht mehr in der Lage war, die offenen Forderungen aus Lieferungen der Tochtergesellschaft zu begleichen, entschloss sich deren Geschäftsführer zu einem Management-Buy-Out. Bei der Neubestellung des Verwaltungsrates liess er sich zum VR-Delegierten im Vollamt ernennen. Sein bisheriger Handelsregistereintrag als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift blieb davon unberührt.

3. Spezialfall des ausgeliehenen Arbeitnehmers

Beim Arbeitnehmer-Verleihvertrag verpflichtet sich die eine Vertragspartei (Verleiher), der anderen Partei (Entleiher) gegen Bezahlung eines Entgeltes die Arbeitsleistung eines Dritten (Arbeitnehmer) zu verschaffen.[38] Ein Arbeitsvertrag im Sinne des Obligationenrechtes besteht nur zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher, während zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher kein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird.[39] Im Gegensatz zum Auftrag oder Werkvertrag erhält der Entleiher jedoch ein Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer.[40]

SCHILTKNECHT[41] vertritt die Meinung, dass im Konzernverhältnis der Gesamtverwaltungsrat einer Tochtergesellschaft grundsätzlich kein Weisungsrecht gegenüber einem seiner Mitglieder habe, welches vom Konzern als VR-Vertreter abdelegiert worden sei.[42] Folglich könne in solchen Fällen auch niemals ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliegen. Immerhin gesteht SCHILTKNECHT aber zu,

[38] VISCHER, Arbeitsvertrag, 229; REHBINDER, Berner Kommentar N 56 ff. zu Art. 319 ff. OR, bezeichnet diesen Innominatkontrakt auch als Dienstverschaffungsvertrag, während SCHILTKNECHT, 32, vom Arbeitnehmerüberlassungsvertrag spricht.

[39] Vgl. VISCHER, Arbeitsvertrag, 233, mit dem Hinweis, dass aus dem Verleihvertrag jedoch «quasivertragliche Rechte und Pflichten» zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher entstehen würden.

[40] Vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, N 57 zu Art. 319 OR.

[41] SCHILTKNECHT, 33.

[42] Zur umgekehrten Frage, ob der herrschenden Gesellschaft ein Weisungsrecht gegenüber den Organen der abhängigen Gesellschaft zustehe vgl. BEYELER, 85 ff.

dass es in Ausnahmefällen doch zu einem Arbeitsvertrag der Tochtergesellschaft mit dem vom Konzern zur Verfügung gestellten Verwaltungsrat kommen könne, doch sei diese Konstellation von untergeordneter Bedeutung.[43]

Entgegen der Auffassung von SCHILTKNECHT ist es durchaus denkbar, dass eine Holdinggesellschaft ihrer Not leidenden Tochtergesellschaft dadurch Hilfe gewährt, dass aus der Managementgesellschaft ein Topmanager in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft delegiert wird, um dort die Funktion des VR-Delegierten auszuüben.[44] Dem Gesamtverwaltungsrat der Tochtergesellschaft kann dabei das Weisungsrecht gegenüber dem VR-Delegierten eingeräumt werden, so dass letztlich ein klassischer Verleihvertrag zwischen der Tochtergesellschaft und der Managementgesellschaft besteht. Diese Situation ist indessen für die vorliegende Arbeit nicht von Interesse, da eben gerade kein Arbeitsvertrag zwischen dem Delegierten und der Tochtergesellschaft besteht. Nur wenn dieses Verhältnis später in einen Arbeitsvertrag zur Tochtergesellschaft umgewandelt wird (unter gleichzeitiger Auflösung des Verleihvertrages mit der Managementgesellschaft des Konzerns) oder durch einen zusätzlichen, eigenständigen Arbeitsvertrag mit der Tochtergesellschaft bestärkt wird (Variante 3 der Abbildung 1 auf S. 12) so liegt wieder eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer bei der gleichen Gesellschaft vor.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der ausgeliehene Arbeitnehmer in rechtlich zulässiger Weise die Funktion eines Verwaltungsrates bei der entleihenden Gesellschaft ausüben darf. Eine Doppelstellung im hier verstandenen Sinne entsteht dadurch nicht. Der Arbeitsvertrag mit der verleihenden Gesellschaft bleibt auch dann bestehen, wenn dem Gesamtverwaltungsrat der entleihenden Gesellschaft das Weisungsrecht gegenüber dem ausgeliehenen Arbeitnehmer übertragen wird. Die im TEIL 4 aufgezeigten Konsequenzen einer Doppelstellung sind deshalb beim ausgeliehenen Arbeitnehmer nicht gegeben.

4. Spezialfall des gewählten Arbeitnehmervertreters

Gemäss der 1990 von STÖCKLI[45] publizierten Rechtstatsachenforschung wird in 2% aller GAV[46] das Recht von Arbeitnehmervertretern in den Leitungsgremien

[43] Vgl. SCHILTKNECHT, 33 Fn. 153.

[44] Eine solche Hilfeleistung erscheint sinnvoll, wenn die Tochtergesellschaft über zu wenig liquide Mittel verfügt, um kurzfristig ihr schwaches Management mit einem fest angestellten Topmanager zu ergänzen.

[45] STÖCKLI, Gesamtarbeitsvertrag, 108.

[46] Untersucht wurden 264 Gesamtarbeitsverträge aus allen wichtigen Wirtschaftszweigen in der Schweiz (vgl. STÖCKLI, Gesamtarbeitsvertrag, 14 f.).

zugestanden. Dabei wird nirgends eine paritätische Vertretung vorgesehen.[47] Es fehlt eine analoge Untersuchung von Statutenbestimmungen in Aktiengesellschaften über die Vertretung von Arbeitnehmern in der Geschäftsleitung oder im Verwaltungsrat. Weder in der Literatur noch in der Judikatur konnten Hinweise auf solche Statutenbestimmungen gefunden werden. Dennoch gibt es in der Schweiz mehrere Aktiengesellschaften, bei denen Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat Einsitz nehmen dürfen und sogar einige wenige, bei denen der Verwaltungsrat paritätisch aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern zusammengesetzt ist. Die Gründe für die Einräumung einer solchen Arbeitnehmervertretung ohne statutarische Grundlage oder GAV sind vielfältig. In einigen Fällen konnte ein Management-Buy-Out nur mit Hilfe der Belegschaft realisiert werden, weshalb den Arbeitnehmern zum voraus eine paritätische Zusammensetzung des Verwaltungsrates zugesichert wurde. In anderen Fällen wurden die Mitarbeiter zur Steigerung der Motivation nicht nur am Kapital, sondern auch an der Unternehmensleitung beteiligt.

Als Beispiel für eine gesetzlich geregelte Arbeitnehmervertretung wird die privatisierte Swisscom genannt.[48] Gemäss Art. 9 Abs. 3 TUG ist dem Personal dieser Unternehmung eine angemessene Vertretung im Verwaltungsrat zu gewähren. In einer Pressemitteilung des EVED vom 29. September 1997 wurde darüber informiert, dass der Verwaltungsrat der Swisscom entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen neu zusammengesetzt worden sei. Das Personal werde nun durch zwei Mitglieder der Personalverbände vertreten, wobei die Schweizerische PTT-Vereinigung und der Schweizerische Verband des Christlichen PTT-Personals jeweils je einen Sitz einnehmen. In beiden Fällen handelt es sich beim sogenannten Arbeitnehmervertreter um einen Gewerkschaftssekretär und nicht um einen tatsächlichen Arbeitnehmer der Swisscom. Dennoch wurde von keiner Seite geltend gemacht, die gesetzliche Vorschrift der VR-Zusammensetzung sei nicht erfüllt. Die Swisscom kann darum wohl als Beispiel für eine Arbeitnehmervertretung, jedoch nicht als Beispiel für die Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer angeführt werden.

Ein über die Landesgrenzen hinaus bekanntes Beispiel für eine konsequente Mitarbeiterbeteiligung und einen paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsrat ist die Trisa Bürstenfabrik AG in Triengen/LU.[49] Seit 1972 erhält jeder der rund 560 Mitarbeiter dieses Industriebetriebes gratis eine Trisa-Aktie, die nicht weiter-

[47] STÖCKLI, Gesamtarbeitsvertrag, 111.

[48] Auf dieses Beispiel machte schon NOBEL, Grundsätze der OECD, 244, aufmerksam.

[49] An dieser Stelle sei dem VR-Präsidenten und gleichzeitigem VR-Delegierten Ernst Pfenniger für die bereitwillige Beantwortung aller relevanten Fragen im Zusammenhang mit der Unternehmensorganisation herzlich gedankt.

verkauft werden darf. Zudem können die neuen Mitarbeiter zu den gleichen Bedingungen wie die Altaktionäre an Aktienkapitalerhöhungen partizipieren. 85% der Mitarbeiter beteiligen sich mit eigenen Ersparnissen.[50] Insgesamt hält die Belegschaft 30% des Aktienkapitals.[51] Im Jahre 1973 wurde der Verwaltungsrat erstmals paritätisch zusammengesetzt. Seither können die Mitarbeiter drei von insgesamt sechs Verwaltungsräten stellen.[52] Dazu wird unter der Belegschaft vor der eigentlichen Generalversammlung eine schriftliche Abstimmung über allfällig notwendige Ersatzkandidaten durchgeführt. Jeder Mitarbeiter kann sich dabei selbst vorschlagen. Auf Grund der Ergebnisse dieser ersten Abstimmung bestimmt das aus Arbeitnehmern zusammengesetzte Wahlbüro je nach Stimmenverhältnissen und Anzahl der zu ersetzenden Arbeitnehmervertreter zwei bis fünf Vorschläge für eine zweite, schriftliche Abstimmung. Der Kandidat mit den meisten Stimmen aus dieser Abstimmung wird schliesslich der Generalversammlung zur Bestätigungswahl vorgeschlagen. Weder der Anspruch auf einen Mitarbeiter-Verwaltungsrat noch das Verfahren zur Kandidatenauswahl sind in den Statuten oder im Organisationsreglement der Trisa festgelegt.[53] Auch im Firmenvertrag der Trisa findet sich keine entsprechende Regelung. Vielmehr basiert alles auf betrieblicher Übung und gegenseitigem Vertrauen. Die als Verwaltungsrat gewählten Mitarbeiter erhalten für ihre Funktion zusätzlich zum arbeitsvertraglichen Lohn ein separates VR-Honorar. Dafür haften sie aber auch persönlich wie alle übrigen Verwaltungsräte. Es gibt keinen Mandatsvertrag mit einer besonderen Weisungsbefolgungspflicht oder einer Enthaftungsklausel.[54] Die für das VR-Mandat aufgewendete Zeit gilt als Arbeitszeit. Bei einer Pattsituation im Verwaltungsrat hat der von der Generalversammlung gewählte VR-Präsident den Stichentscheid. Nach seinen eigenen Angaben musste er jedoch davon bis heute noch nie Gebrauch machen.

Der als Verwaltungsrat gewählte Arbeitnehmervertreter ist in zwei Punkten ein Spezialfall. Zum einen resultiert seine Doppelstellung aus einem Anspruch der Belegschaft gegenüber der Gesellschaft. Dieser Anspruch kann ausdrücklich in den Gesellschaftsstatuten verankert werden[55] oder nur als betriebliche Übung bestehen. Zum andern untersteht der gewählte Mitarbeiter-Verwaltungsrat dem Kündigungsschutz von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR;[56] d.h. während der gesamten Dauer

[50] Aus der Jubiläumsbroschüre «111 years innovation Trisa of Switzerland», Triengen 1998, S. 5.
[51] Stand per 31.12.2004 bei einem Aktienkapital von insgesamt CHF 4,7 Mio., eingeteilt in 18'800 Namenaktien à nom. CHF 250.–.
[52] Vgl. entsprechende Firmenberichte in Organisator 7/8 2000, S. 8, und HandelsZeitung vom 29.9.1999, Nr. 39, S. 41.
[53] Dies wäre durchaus zulässig, vgl. dazu hinten TEIL 5 § 17 II. 1. auf S. 491 ff.
[54] Mandatsverträge mit entsprechenden Schadloshaltungsklauseln sind zulässig (vgl. Vischer, Schadloshaltungsklauseln, 491); vgl. das Muster hinten im Anhang A.5.2. b) auf S. 521.
[55] Eine Musterklausel ist hinten im Anhang A.3.5 auf S. 514 wiedergegeben.
[56] Dazu ausführlich hinten TEIL 4 § 9 V. 4. auf S. 301 ff.

seiner Angehörigkeit zu dieser betrieblichen Einrichtung kann ihm nicht gekündigt werden, ausser der Arbeitgeber könne beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte. Ansonsten resultieren aus der Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer auch beim gewählten Arbeitnehmervertreter grundsätzlich alle hinten im TEIL 4 aufgezeigten Konsequenzen. Ob es sich beim betroffenen Arbeitnehmervertreter um ein Kadermitglied oder um einen Mitarbeiter der untersten Organisationsstufe handelt, ist dabei irrelevant. Entscheidend ist im Hinblick auf das für ein Arbeitsverhältnis erforderliche Unterordnungsverhältnis, dass auch der Arbeitnehmervertreter trotz seiner Stellung als Verwaltungsrat genau gleich weisungsgebunden bleibt wie vor seiner Wahl. Ist der Arbeitnehmer direkt dem Verwaltungsrat unterstellt, so steht das Weisungsrecht dem Gesamtverwaltungsrat zu; eine Delegation an den VR-Präsidenten oder an den VR-Delegierten durch ein entsprechendes Organisationsreglement bzw. Funktionendiagramm ist dabei ebenfalls zulässig.

IV. Entstehung einer Doppelstellung ohne vorbestandene Funktion

1. Abgrenzungen

Es ist nicht nur theoretisch möglich, sondern in der Praxis auch tatsächlich zu beobachten, dass einer Person ohne vorbestandene Funktion gleichzeitig die Stellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer in der nämlichen Gesellschaft eingeräumt wird. Problematisch ist in dieser Konstellation die Gültigkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes. Kann in einem Arbeitsvertrag die Verpflichtung zur Übernahme eines Verwaltungsratsmandates statuiert werden? Oder umgekehrt, kann die Generalversammlung die Wahl eines Verwaltungsrates vom Eingehen eines Arbeitsvertrages abhängig machen? Auf diese Fragen wird nachstehend konkret eingegangen.

Die Entstehung einer Doppelstellung ohne vorbestandene Funktion ist abzugrenzen vom Fall eines vorbestandenen Auftragsverhältnisses. Dazu konnte das Bundesgericht bereits in BGE 105 V 113 am 27. August 1979 ausführlich Stellung nehmen. Zu beurteilen war die Qualifikation der Entschädigung eines Verwaltungsrates, der gleichzeitig auch als Rechtsanwalt für die Gesellschaft tätig war. Zwischen den Aktionären (einer Erbengemeinschaft) und dem betroffenen Verwaltungsratsmitglied bestand ein Mandatsvertrag, worin sich der Rechtsanwalt verpflichtete, das Mandat nach den Instruktionen der Erbengemeinschaft auszuüben. Die AHV sah in dieser Verpflichtung eine klare Unterordnung und qualifi-

zierte u.a. deshalb sämtliche Entschädigungen an dieses Verwaltungsratsmitglied als AHV-pflichtig im Sinne von Art. 7 lit. h AHVV. Das Bundesgericht hiess eine dagegen geführte Verwaltungsgerichtsbeschwerde gut und stellte fest, dass eine Doppelstellung als Verwaltungsrat und Rechtsanwalt im Auftragsverhältnis durchaus möglich sei, weshalb die AHV-Qualifikation entsprechend verschieden auszufallen habe. Zum Urteil beigetragen hat der Umstand, dass dieses Verwaltungsratsmitglied schon früher während rund zwanzig Jahren als Berater ohne Organfunktion für die Gesellschaft tätig war. Indirekt kann aus dem Urteil abgeleitet werden, dass ein vorbestandenes Auftragsverhältnis nicht dazu führen muss, dass der Auftragnehmer nach seiner Wahl in den VR nun plötzlich zwingend als Arbeitnehmer zu qualifizieren sei.[57]

2. Anstellung mit der Pflicht zur Übernahme eines VR-Mandates

In den Arbeitsverträgen mit leitenden Arbeitnehmern werden i.d.R. nicht nur die Tätigkeits- und Kompetenzbereiche, sondern auch die organisatorische Unterstellung und Verantwortlichkeit festgelegt.[58] Dies ist insbesondere bei Konzernverhältnissen notwendig. Dabei wird gelegentlich auch die organschaftliche Stellung des Arbeitnehmers vorgeschrieben.[59] Im Hinblick auf die grosse Verantwortung, welche ein Verwaltungsrat mit seinem Mandat übernimmt, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von solchen Klauseln.

Unproblematisch sind Klauseln, welche dem Arbeitnehmer das Recht einräumen, an den Sitzungen des Verwaltungsrates mit beratender Stimme teilzunehmen. Solche Bestimmungen finden sich häufig als Ergänzung in einem separaten Organisationsreglement bzw. Funktionendiagramm.[60] Weil damit dem Arbeitneh-

[57] Zu den Konsequenzen einer selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeit vgl. hinten TEIL 4 § 11 II. 1. auf S. 374 ff.

[58] So auch in der Vorlage 1 für einen Arbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmer in verantwortlicher Stellung bei STREIFF/PELLEGRINI/VON KAENEL, 145, und im Muster eines Arbeitsvertrages mit einem Personalchef bei KUHN/KOLLER, Teil C Kapitel 5.2, S. 1; a.M. noch HUTTERLI, 46 f., mit der Begründung, dieser Punkt werde vom Arbeitgeber oft bewusst übergangen, um Auseinandersetzungen mit bereits im Unternehmen tätigen Angestellten zu vermeiden; seit der Publikation 1984 hat diesbezüglich jedoch insofern ein Wandel stattgefunden, als sich ein Arbeitgeber heute i.d.R. des Konfliktpotentials bewusst ist, wenn er bezüglich der Unterstellung keine Abmachungen trifft.

[59] In diesem Sinne indirekt SCHILTKNECHT, 18; konkret bei WEBER, Anstellungsvertrag, 135, im Muster für einen deutschen Managervertrag: «Auf Wunsch der Unternehmensleitung wird Herr A. Aufgaben als Geschäftsführer, Mitglied des Verwaltungsrats bzw. Beirates oder vergleichbare Funktionen in verbundenen Unternehmen der Firma bzw. in Verbänden, Unternehmen oder sonstigen Institutionen übernehmen.»

[60] Vgl. die Musterklauseln bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 504.

mer nur ein Recht zur Sitzungsteilnahme, aber keine Verpflichtung zur Mitarbeit oder sogar zur Mitentscheidung im Verwaltungsrat auferlegt wird, ist dies kein Zwang zur faktischen Organschaft.

Rechtlich unbedenklich sind sodann Vertragsklauseln, die dem Arbeitnehmer garantieren, dass er selbst zur Wahl in den Verwaltungsrat vorgeschlagen wird[61] oder dass ein gewählter Arbeitnehmer in den paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsrat Einsitz nehmen kann.[62] Hier kann der betroffene Arbeitnehmer immer noch frei entscheiden, ob er eine allfällige Wahl annehmen will oder nicht.

Auf ihre Rechtswirksamkeit zu prüfen sind Klauseln, wonach ein Arbeitsvertrag erst Gültigkeit erlangt, wenn der Arbeitnehmer von der Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt wird. Nach Art. 151 Abs. 1 OR kann ein Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden, dass seine Verbindlichkeit vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird. Der bedingte Anspruch ist gemäss Art. 157 OR dann nichtig, wenn die Bedingung in der Absicht beigefügt wurde, eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung oder Unterlassung zu fördern. Grundsätzlich ist die Wahl in einen Verwaltungsrat weder widerrechtlich noch unsittlich; auch die Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer ist im Rahmen der aufgezeigten Grenzen zulässig.[63] Solange der Arbeitsvertrag keine Verpflichtung des Arbeitnehmers enthält, eine allfällige Wahl auch annehmen zu müssen, ist gegen eine Suspensivbedingung nichts einzuwenden. Mit Abschluss des Arbeitsvertrages erwirbt der Arbeitnehmer nur eine Anwartschaft auf eine Anstellung; erst mit der Wahl durch die Generalversammlung entsteht ein rechtsgültiger Anspruch. Wird der Kandidat nicht gewählt, so kommt der Arbeitsvertrag nicht zustande.[64] Nimmt der Kandidat jedoch schon vor der Wahl durch die Generalversammlung an den Sitzungen des Verwaltungsrates teil und trifft er dabei für die Gesellschaft massgebende Entscheidungen mit, so wird er allenfalls zum faktischen Organ.[65] Lassen die übrigen Verwaltungsräte trotz Nichtwahl weiterhin

[61] Eine einfache Formulierung findet sich im allgemeinen Mustervertrag für einen leitenden Angestellten bei KUHN/KOLLER, Teil C Kapitel 5.7, S. 2.; eine ausführliche Regelung findet sich hinten in der Musterklausel im Anhang A.5.1. a) auf S. 519.

[62] Solche Zusicherungen sollten jedoch statutarisch geregelt werden; vgl. die Musterklausel A.3.5 hinten auf S. 514 f.

[63] Vgl. die Ausführungen zu den Besonderheiten von Gesellschaften mit einem einzigen Verwaltungsrat hinten unter TEIL 3 § 6 III. 3. auf S. 198 ff.

[64] Dies im Unterschied zum bewilligungspflichtigen Rechtsgeschäft bei der Anstellung eines ausländischen Arbeitnehmers; dort ist der Arbeitsvertrag auch bei Verweigerung der Bewilligung gültig, berechtigt den Arbeitgeber aber zur fristlosen Vertragsauflösung (vgl. BGE 114 II 279 im Gegensatz zu BGE 105 II 312 und ZR 100 (2001) Nr. 67, S. 227 f.).

[65] Eingehender hinten TEIL 3 § 6 I. 2. auf S. 171 ff. Bereits eine länger dauernde Zuständigkeitsregel kann die organtypische Stellung bewirken (vgl. BGE 128 III 92).

ein Handeln des faktischen Organs zu, so ist dies als stillschweigende Zustimmung zum Arbeitsvertrag zu qualifizieren, weshalb der suspensiv bedingte Arbeitsvertrag in diesem Falle doch Rechtswirksamkeit erlangt.

Problematisch sind schliesslich Vertragsklauseln, welche den Arbeitnehmer zwingend verpflichten, zusätzlich zu seiner arbeitsrechtlichen Stellung im Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen und dort die gesellschaftsrechtliche Verantwortung mitzutragen. Da die Wahl des Verwaltungsrates gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung gehört,[66] könnte ein derartiger Arbeitsvertrag nur unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden, dass innerhalb einer bestimmten Frist rechtsgültig eine diesbezügliche Wahl erfolgt.[67] Selbst dann kann die Generalversammlung diesen Verwaltungsrat aber jederzeit ohne Grundangabe abwählen.[68] Umgekehrt kann auch der betreffende Verwaltungsrat jederzeit ohne Begründung von seinem VR-Mandat zurücktreten,[69] und zwar selbst dann, wenn er zusätzlich noch die Funktion eines VR-Delegierten ausübt.[70] Der Rücktritt ist wirksam, ohne Rücksicht darauf, ob er zur Unzeit oder sogar unter Missachtung eines Arbeitsvertrages erklärt worden ist.[71] Die Gesellschaft könnte in einem solchen Falle lediglich den ihr entstandenen unmittelbaren Schaden in Analogie zu Art. 404 Abs. 2 OR geltend machen.[72]

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass in einem Arbeitsvertrag grundsätzlich die Übernahme eines VR-Mandates vorgesehen werden kann. Dadurch wird aber die Generalversammlung weder zu einer Wahl noch zu einem zeitlich befristeten Abwahlverzicht verpflichtet. Auch der Arbeitnehmer selbst kann trotz des Arbeitsvertrages jederzeit als Verwaltungsrat zurücktreten, unabhängig von der arbeits-

[66] Unmissverständlich Böckli, Aktienrecht, Rz. 53 zu § 13: «Der Verwaltungsrat ist für die Wahl seiner Mitglieder schlechterdings nicht zuständig. Statutenbestimmungen, die so etwas vorsehen, sind und bleiben nichtig.»

[67] Dazu ausführlich die Empfehlungen zur Konfliktvermeidung am Schluss unter TEIL 5 § 17 IV. 1. auf S. 500 ff. mit einer Musterklausel im Anhang A.5.1. a) auf S. 519.

[68] Sofern es sich nicht um eine Universalversammlung handelt, ist dazu eine entsprechende Traktandierung nötig; vgl. Böckli, Aktienrecht, Rz. 62 f. zu § 13.

[69] Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 27 N 44; Homburger, Zürcher Kommentar, N 225 zu Art. 710 OR; Müller/Lipp/Plüss, 116; Krneta, Praxiskommentar, Rz. 428.

[70] Diese Tatsache scheint in der Praxis allerdings vielen VR-Delegierten nicht bewusst zu sein. Auf die entsprechende Frage in der eigenen Umfrage erklärten 27,1% aller VR-Delegierten mit einem ausschliesslich organschaftlichen Verhältnis zur Gesellschaft, eine bestimmte Kündigungsfrist einhalten zu müssen; bei den VR-Delegierten mit einem Arbeitsvertrag waren es sogar 62,6% (vgl. dazu hinten Tabelle 33 auf S. 153).

[71] Krneta, Praxiskommentar, Rz. 431.

[72] Z.B. Kosten zur Suche und Selektion dieses Verwaltungsrats oder Ausbildungskosten; vgl. Homburger, Züricher Kommentar, N 239 zu Art. 710 OR; Müller/Lipp/Plüss, 116 f.; Krneta, Praxiskommentar, Rz. 461; eine Musterklausel zur Regelung der Rücktrittskonsequenzen wird hinten im Anhang A.5.1. c) auf S. 519 f. vorgeschlagen.

vertraglichen Kündigungsfrist. Im Hinblick auf die möglichen Schadenersatzansprüche der Gesellschaft stellt sich damit nur noch die Frage, ob über den Umweg einer Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR allenfalls doch eine indirekte Pflicht zum Verbleib im Verwaltungsrat während einer gewissen Dauer (z.B. einer Amtsperiode) statuiert werden kann. Art. 163 Abs. 2 OR bestimmt, dass eine Konventionalstrafe nicht gefordert werden kann, wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll. Da die Wahlannahme ein höchstpersönliches Recht ist, käme eine entsprechende Annahmeverpflichtung einer übermässigen Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB gleich. Zudem steht jedem Mitglied eines Verwaltungsrates zwingend ein sofortiges Rücktrittsrecht zu, weshalb eine diesbezügliche Beschränkung widerrechtlich wäre. Folglich kann weder die Pflicht zur Wahlannahme noch die Pflicht zum Verbleib im Verwaltungsrat, und sei es auch nur für eine bestimmte Zeit, rechtswirksam durch eine Konventionalstrafe abgesichert werden. Nur der unmittelbare Schaden aus einer Verweigerung der Wahlannahme oder aus einem Mandatsrücktritt zur Unzeit kann von der Gesellschaft geltend gemacht werden. Um zumindest über diesen Punkt Klarheit zu erlangen, können im Arbeitsvertrag entsprechende Klauseln vereinbart werden.[73] Dabei ist folgendes zu beachten:

– Der Arbeitnehmer kann bereits mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages die Annahme einer allfälligen Wahl als Verwaltungsrat erklären; damit braucht er selbst nicht an der Generalversammlung anwesend zu sein, denn der Arbeitsvertrag gilt bereits als Ausweis für die Mandatsannahme gegenüber dem Handelsregisteramt.
– Die Wahlannahme kann nicht unwiderruflich erklärt werden, da sie ein höchstpersönliches Recht ist und im Hinblick auf Art. 27 ZGB jederzeit widerrufen werden kann. Für diesen Fall sollten die gleichen Schadenersatzansprüche wie für den Mandatsrücktritt zur Unzeit vorgesehen werden.

3. Wahl mit der Pflicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages

Nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR ist zwingend die Generalversammlung zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats zuständig. Weder im Gesetz selbst noch in der Botschaft zum Aktienrecht wird vorgeschrieben, dass diese Wahl vorbehaltlos erfolgen müsse. Es stellt sich deshalb die Frage, ob ein Verwaltungsrat allenfalls nur unter der aufschiebenden Bedingung gewählt werden kann, dass er einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abschliesse. Diese Fragestellung ist insbesondere dann

[73] Vgl. dazu die Musterklausel hinten im Anhang A.5.1 c) auf S. 519 f.

praxisrelevant, wenn in einer Gesellschaft die Geschäftsführung an einen vollamtlichen Delegierten des Verwaltungsrats übertragen werden soll.

In der Schweiz wurde die Aktiengesellschaft grundsätzlich nach dem System des Monismus strukturiert.[74] Der Verwaltungsrat führt nach Art. 716 Abs. 2 OR die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat; gleichzeitig ist der Verwaltungsrat aber auch für die Oberleitung der Gesellschaft und für die Oberaufsicht über die Geschäftsführung verantwortlich.[75] Dieses System hat sich grundsätzlich bewährt, zeichnet sich aber in der Praxis dadurch aus, dass die Geschäftsführung häufig delegiert wird.[76] Die derzeitige gesetzliche Regelung der Organe einer Aktiengesellschaft schliesst demnach die Wahl eines Verwaltungsrats mit der Pflicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht aus, sondern fördert sie.

Bei den VR-Delegierten ist häufig die Situation anzutreffen, dass sie ihre Funktion im Rahmen eines Arbeitsvertrages erfüllen und deshalb als Arbeitnehmer einen Lohn, jedoch kein zusätzliches Honorar als Verwaltungsrat erhalten.[77] Es verwundert daher nicht, dass solche Funktionsträger oftmals bereits vor ihrer Wahl in den Verwaltungsrat die wesentlichen Punkte des späteren Auftrages oder Arbeitsvertrages fixiert haben wollen. Andererseits kann die Gesellschaft ihrerseits ein Interesse daran haben, dass der VR-Delegierte nur unter Wahrung einer längeren, arbeitsrechtlichen Kündigungsfrist seinen Vertrag kündigen kann. Die Forderung nach einer Verpflichtung zum Abschluss eines Arbeitsvertrages ist deshalb aus der Sicht beider Parteien verständlich.

Während es der VR-Kandidat in der Hand hat, eine allfällige Wahl anzunehmen oder abzulehnen,[78] kann die Generalversammlung grundsätzlich nicht über die Bedingungen eines Vertrages mit dem zukünftigen Verwaltungsratsmitglied ent-

[74] So z.B. Böckli, Aktienrecht, Rz. 300 zu § 13; Potthoff/Tescher, Rz. 81 ff. und 99 ff.; letztere allerdings mit dem positiven Hinweis, dass die Schweiz «eine besonders flexible, einstufige Verfassung der Aktiengesellschaft» habe. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG wird eine Bankenbewilligung nur erteilt, wenn für die Geschäftsführung einerseits und die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits besondere Organe ausgeschieden werden; damit wird bei den Banken und Sparkassen eine Strukturierung nach dem System des Dualismus vorgeschrieben, was in Art. 8 Abs. 2 BankV noch wie folgt konkretisiert wird: «Kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs einer Bank darf der Geschäftsführung angehören.» In der Botschaft zum Aktienrecht, 25, wird das schweizerische System als «Boardsystem» im Gegensatz zum «Aufsichtsratssystem» bezeichnet.

[75] Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR.

[76] Busch, 70; die Delegationskompetenz ergibt sich aus Art. 716 Abs. 2 und 716b Abs. 1 OR.

[77] Dazu hinten TEIL 2 § 5 III. 5. c) auf S. 202 ff. (insbesondere Tabelle 32 und Abbildung 25).

[78] Zulässig ist das Begehren um Bedenkzeit, während das Stellen von Bedingungen einer Ablehnung gleichkommt (Böckli, Aktienrecht, Rz. 47 zu § 13).

scheiden; dies fällt in die Organisationskompetenz des Verwaltungsrats.[79] Lediglich im Zusammenhang mit der Wahl des VR-Präsidenten ist wegen der Bedeutung dieser Funktion nach Art. 712 Abs. 2 OR eine statutarische Abweichung vom Prinzip der Selbstorganisation des Verwaltungsrats zulässig.[80] Möglich ist dagegen eine statutarische Vorschrift zur grundsätzlichen Verbindung von Verwaltungsrat und Geschäftsführung[81] oder zur paritätischen Besetzung des Verwaltungsrats aus Arbeitnehmern und Arbeitgebern.[82] Aus diesen Überlegungen ergibt sich Folgendes:

– Die Generalversammlung kann nicht von sich aus die Wahl eines Verwaltungsrats an die Bedingung knüpfen, dass dieser einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abzuschliessen habe; eine solche Suspensivbedingung würde dem Selbstorganisationsrecht des Verwaltungsrats widersprechen.
– In den Statuten kann vorgeschrieben werden, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats keinen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft haben dürfen oder aber, dass der Verwaltungsrat paritätisch aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern zusammengesetzt sein müsse.
– Nichtig wäre eine Statutenbestimmung, wonach die Generalversammlung einen von der Belegschaft vorgeschlagenen Verwaltungsrat zu wählen hat; dies käme einer unzulässigen Beschränkung der Wahlkompetenz nach Art. 698 Abs. 1 Ziff. 2 OR gleich.[83]

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es rechtlich nicht möglich ist, in einem Arbeitsvertrag zwingend die Übernahme eines VR-Mandates zu vereinbaren. Ebenso unzulässig ist es, die Wahl eines Verwaltungsrats mit der aufschiebenden Bedingung zu verknüpfen, dass zwingend ein Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abgeschlossen werden muss.

[79] Zur Problematik ausführlich Böckli, Kernkompetenzen, 50 ff.; zulässig sind jedoch statutarische Wahlvoraussetzungen.
[80] Botschaft zum Aktienrecht, 175; Böckli, Kernkompetenzen, 52.
[81] Nicht jedoch zur grundsätzlichen Trennung, denn dies gehört zur Organisationskompetenz nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR; vgl. Böckli, Aktienrecht, Rz. 319 zu § 13, und Böckli, Kernkompetenzen, 38.
[82] Dazu ausführlicher hinten TEIL 5 § 17 II. auf S. 491 ff. mit Musterklauseln im Anhang 3 auf S. 513 ff.
[83] Ähnlich Böckli, Aktienrecht, Rz. 48 zu § 13, bezüglich der Wahlverpflichtung eines vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen Kandidaten.

§ 3 Rechtsverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft

I. Überblick über die möglichen Rechtstheorien

Über das Rechtsverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Aktiengesellschaft sind nur wenige fundierte Abhandlungen publiziert worden, welche sich zudem teilweise widersprechen.[1] In den Standardwerken zum Aktienrecht finden sich mit einer einzigen Ausnahme[2] nur summarische Ausführungen zu dieser Problematik.[3] Beim ordnungsgemäss im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsrat besteht unbestritten eine formelle Organstellung, unabhängig von den Aufgaben, welche er tatsächlich erfüllt.[4] Doch der Handelsregistereintrag ist nach der Botschaft zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 nicht das alleinige Kriterium für eine Organstellung.[5] Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 24. Oktober 1988 klargestellt, dass weder der Handelsregistereintrag noch die Unterschriftsberechtigung massgebend für die Organstellung sei; entscheidend sei vielmehr, ob eine Person die eigentliche Geschäftsführung besorge und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimme.[6] Das Grundverhältnis eines Verwaltungsratsmitglieds zur Gesellschaft ist demnach korrekterweise als

[1] Nach dem Publikationsjahr: 1917 Wolfers, 1935 Kolb, 1946 Meyer, 1976 Kreusch, 1990 Plüss, Rechtsstellung; zu den Widersprüchen hinten TEIL 1 § 3 II. 1. auf S. 44 ff. Den Hauptgrund für die unterschiedlichen Auffassungen sieht Kolb, 5, im Umstand, dass beim Verwaltungsrat sowohl eine Organfunktion als auch eine Tätigkeit ähnlich einem Arbeitsvertrag zusammenkommen.

[2] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 2–10, mit dem Vermerk, dass in praktischer Hinsicht der Meinungsstreit kaum von Bedeutung sei. Im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung kann die rechtliche Qualifikation des Verhältnisses jedoch Konsequenzen haben (vgl. dazu hinten TEIL 4 § 10 II. 3. c) auf S. 341 ff.).

[3] Böckli, Aktienrecht, Rz. 88 f. zu § 13; Meier, Aktiengesellschaft, 209; Montavon, Band II, 13; bei Homburger, Zürcher Kommentar, finden sich keine generellen Ausführungen zum Rechtsverhältnis, lediglich im Zusammenhang mit der Funktion des Delegierten wird unter N 749 f. zu Art. 716b OR festgestellt, dass dieses besondere Rechtsverhältnis trotz den Besonderheiten des Aktienrechts als Arbeitsvertrag qualifiziert werden könne, wobei aber das grundlegende Rechtsverhältnis dadurch nicht aufgehoben werde.

[4] Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit, Rz. 654 f.

[5] Botschaft zum Aktienrecht, 191.

[6] BGE 114 V 213 Erw. 4. e).

«organschaftliches Verhältnis» zu qualifizieren. Dennoch wurden im Überblick folgende Theorien zu diesem Rechtsverhältnis vertreten:[7]

– kein Vertrag, sondern ein spezielles gesellschaftsrechtliches bzw. organschaftliches Verhältnis[8]
– gesetzlich geregelter Vertrag, konkret ein Auftrag[9]
– gesetzlich geregelter Vertrag, konkret ein Arbeitsvertrag[10]
– gesetzlich nicht geregelter Vertrag, konkret ein Innominatkontrakt alter generis[11]
– gesetzlich nicht geregelter Vertrag, konkret ein Innominatkontrakt sui generis[12]

Bei den Begründungen wird von den Autoren mehrheitlich ignoriert, dass der betroffene Verwaltungsrat bereits vor seiner Wahl in einem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft gestanden haben kann und folglich zu prüfen ist, was denn mit dem ursprünglichen Rechtsverhältnis nach der Wahl geschieht.[13] Entweder bleibt es unverändert als eigenständiges Rechtsverhältnis bestehen oder es geht in einem neuen, einheitlichen Rechtsverhältnis auf. Um das Grundverhältnis zu analysieren, sind Überlegungen hilfreich, ob zwischen einem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft mehrere eigenständige Rechtsverhältnisse bestehen können oder aber stets nur ein einziges, einheitliches Rechtsverhältnis vorhanden ist. Dabei sind folgende Bemerkungen anzubringen:

– *Einheitliches Rechtsverhältnis* im Sinne eines umfassenden Rechtsverhältnisses, welches je nach den konkreten Umständen neben einem organschaftlichen Grundverhältnis verschiedene Elemente eines Auftrags- oder Arbeitsverhältnisses enthalten kann; ob es sich bei diesem einheitlichen Rechtsverhältnis um

[7] Bei der Zuteilung ist zu berücksichtigen, dass früher allgemein vom «Anstellungsvertrag» des Verwaltungsrats gesprochen wurde (vgl. z.B. Wolfers, 24), damit aber keineswegs ein Arbeitsvertrag im heutigen Rechtssinne gemeint war. Nicht berücksichtigt in dieser Aufstellung ist der Ansatz des «nexus of contract», wonach auch die Unternehmensleitung wie alle anderen Kontrahenten in eine bilaterale Vetragsbeziehung mit der Firma eingebunden sind, da diese ökonomisch fundierte Theorie aus dem angelsächsischen case law nicht vorbehaltlos auf das schweizerische Aktienrecht als Organisationsrecht übertragen werden kann (vgl. Ruffner, 127 ff.).

[8] Böckli, Aktienrecht, Rz. 88 zu § 13; Germanier, 28 f.; Hungerbühler, 167 f.; Müller/Lipp/Plüss, 56 f.; Plüss, Rechtsstellung, 123.

[9] Hofer, 69; Meyer, 36 und 40, ohne Begründung, aber mit dem Vermerk, dieser Auftrag werde durch das Aktienrecht modifiziert; Wander, 48.

[10] Schucany, N 2 zu Art. 705 aOR.

[11] Wolfers, 33: «mandatsähnliches Verhältnis»; Wyler, 42, ohne Begründung.

[12] Bürgi, Zürcher Kommentar, N 8 zu Art. 708 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz, 172; Hutterli, 41; Kolb, 12 f.; Kreusch, 132 f.; Nobel, Aktienrechtliche Entscheidungen, 154; Portmann, Rz. 31, mit der Bezeichnung «Geschäftsbesorgungsvertrag».

[13] In der Mehrzahl aller Fälle wird es sich dabei um ein vorbestandenes Arbeitsverhältnis handeln; vgl. vorne TEIL 1 § 2 III. auf S. 26 ff.

einen gesetzlich geregelten Vertrag, einen Innominatkontrakt oder um etwas anderes handelt, kann vorerst offen bleiben.

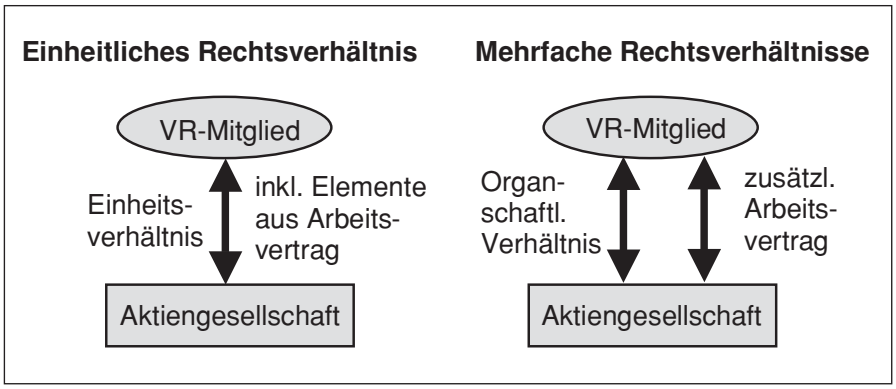
– *Mehrfache Rechtsverhältnisse* im Sinne von mehreren, eigenständig nebeneinander bestehenden Rechtsverhältnissen; ob es sich bei diesen eigenständigen Rechtsverhältnissen um einen Auftrag, einen Arbeitsvertrag oder etwas anderes handelt, kann vorerst ebenfalls offen bleiben.

Nicht vertretbar ist die Theorie eines «gespaltenen Rechtsverhältnisses». Bei der Spaltung eines Rechtsverhältnisses muss von einem bestehenden Ganzen ausgegangen werden, das in mehrere, allenfalls unvollständige Gebilde geteilt wird. Bekanntes Beispiel dafür ist die frühere Rechtstheorie bezüglich der Spaltung von Namenaktien im Falle der fehlenden Zustimmung des Verwaltungsrats zur Aktienübertragung.[14] Eine Anwendung der Spaltungstheorie könnte allenfalls noch im Falle eines Verwaltungsrats geltend gemacht werden, der nachträglich einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abschliesst; doch die Spaltungstheorie verliert endgültig ihre Grundlage, wenn der Fall eines vorbestandenen Arbeitsverhältnisses zu beurteilen ist. Hier kann nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers davon ausgegangen werden, dass bezüglich des ursprünglichen Arbeitsvertrages eine Vertragsänderung bewirkt wird.

Ausgehend von einem Verwaltungsrat, welcher seine Funktion hauptberuflich ausübt, lassen sich die grundsätzlich verschiedenen Ansichten im Zusammenhang mit der Frage nach dem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft wie folgt darstellen:

[14] Begründet mit BGE 83 II 297, präzisiert mit BGE 114 II 57, überwunden durch die Aktienrechtsrevision von 1992 (vgl. Botschaft 82 f.)

Abbildung 2: Theorien zum Rechtsverhältnis zwischen angestelltem VR und AG



Quelle: Eigene Darstellung der möglichen Rechtstheorien zum Rechtsverhältnis VR-AG

Aus den Materialien zum Aktienrecht ergeben sich keine Argumente, welche eine der möglichen Rechtstheorien stützen würde, da von Anfang an kein Artikel vorgesehen war, welche das Rechtsverhältnis klargestellt hätte. Im ersten Entwurf von 1919 zur Revision des Obligationenrechts gab es lediglich einen speziellen Art. 767 zur Aufteilung von Verwaltung und Geschäftsführung bei Grossgesellschaften.[15] Danach hätte die Organisation von Aktiengesellschaften mit einem Grundkapital von mindestens einer Million Franken so ausgestaltet werden müssen, dass neben dem Verwaltungsrat ein besonderes Organ für die ständige und gesamte Geschäftsführung sowie Vertretung bestand. Zu dieser Vorschrift eines Dualismus für Grossgesellschaften wurde im entsprechenden Bericht des Bundesrates angeführt: «..., wobei es dann allerdings fraglich sein kann, in welchem Verhältnis sich diese Direktion zur Gesellschaft befindet. Sind die Mitglieder der Direktion Mitglieder der Gesellschaft, so wird man die Direktion als ein Organ der Gesellschaft betrachten müssen, sind sie aber nicht Mitglieder der Gesellschaft, so stehen sie als Dritte zu dieser in einem Vertragsverhältnis, das in der Regel ein Dienstvertrag sein wird.»[16] Im zweiten Entwurf wurde eine solche besondere Bestimmung für Grossgesellschaften ersatzlos weggelassen mit der Begründung im entsprechenden Bundesratsbericht, die Höhe des Grundkapitals stehe in keinem direkten Zusammenhang mit der Bedeutung und der Gefahr einer Aktiengesellschaft für die Öffentlichkeit; zudem könne bei einer grossen Familienaktiengesell-

[15] Entwurf I, 70.
[16] Bericht I, 132.

schaft durchaus auch eine andere Organisation wünschbar erscheinen, ohne dass dem öffentliche Interessen entgegenstehen.[17] Damit hat es der Gesetzgeber letztlich den Aktionären überlassen, wie sie die Spitzenorganisation einer Aktiengesellschaft ausgestalten wollen.

Um abschliessend zu den beiden möglichen Rechtstheorien Stellung nehmen zu können, sind vorab die Ergebnisse aus der bisherigen Lehre und Rechtsprechung zusammenzustellen. Anschliessend sind die Besonderheiten eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses zu analysieren, denn dieses ist bei einem Verwaltungsratsmandat wegen der gesetzlichen Pflicht zur Aktionärsstellung zwingend vorhanden. Die grundsätzliche Antwort, ob es sich beim Verwaltungsratsmandat stets um ein einheitliches Rechtsverhältnis handelt oder ob allenfalls auch mehrfache Rechtsverhältnisse vorliegen können, ist auch im Zusammenhang mit den möglichen Zusatzfunktionen wie VR-Präsident und VR-Delegierter von grosser Bedeutung. Darauf wird hinten unter § 3 IV. 3. auf S. 70 ff. ausführlich eingegangen.

II. Lehre und Rechtsprechung zur Qualifikation des VR-Mandates

1. Unterschiedliche Beurteilungen in der Literatur

Die Qualifikation eines Verwaltungsratsmandates hat in verschiedener Hinsicht rechtliche Konsequenzen, insbesondere im Zusammenhang mit Leistungsstörungen,[18] Kündigung, Verantwortlichkeit, Sozialversicherung, Konkurs und Steuern.[19] Selbst wenn viele dieser Konsequenzen zwischenzeitlich durch eine entsprechende Auslegung des Aktienrechts ohne besondere Klarstellung der Vertragsqualifikation geklärt sind, so werden in der Literatur doch noch verschiedene Auffassungen über die Rechtsnatur des Verwaltungsratsmandats vertreten. In chronologischer Reihenfolge lassen sich die wichtigsten Meinungen wie folgt zusammenfassen:

– Wolfers[20] plädiert 1917 vehement für ein einheitliches Rechtsverhältnis: «Durch ihre Bestellung zum Mitglied des Verwaltungsrats tritt die physische Person als Individuum, als getrenntes Rechtssubjekt, als Organträger in einen rechtlichen Nexus zur juristischen Person. Es sei nochmals betont, dass dane-

[17] Bericht II, 28.
[18] Vgl. Plüss, Rechtsstellung, 125 f.
[19] Zu den Konsequenzen in den einzelnen Rechtsgebieten ausführlich hinten TEIL 4 auf S. 259 ff.
[20] Wolfers, 24.

ben kein zweites Rechtsverhältnis zwischen Organ und Körperschaft des öffentlichen Rechts anzuerkennen ist.» Zusammenfassend stellt WOLFERS fest: «Das Verwaltungsratsmitglied steht im Mandatsverhältnis. Es mag genauer, aber ohne praktische Bedeutung sein, von einem mandatsähnlichen Verhältnis zu reden, weil durch das Gesetz für dieses spezielle Verhältnis Sondernormen aufgestellt sind, die allerdings teils nur die Mandatsgrundsätze wiederholen, teils von diesen abweichen.»[21]

– KOLB[22] verweist in seiner Dissertation 1935 vorab auf die deutsche Literatur, welche von einer Trennung in zwei Rechtsverhältnisse ausgeht, der Bestellung einerseits und dem Anstellungsvertrag andererseits, und bemerkt dazu: «Wir möchten dies aber deshalb ablehnen, weil wir die Aufteilung in zwei Rechtsgeschäfte nur dann für berechtigt halten, wenn die Trennung wirklich praktisch werden kann, das eine Rechtsgeschäft also ohne das andere vorkommen kann.» Da für KOLB aber weder der Auftrag noch das Dienstverhältnis den gesetzlichen und statutarischen Anforderungen entsprechen, gelangt er zur Überzeugung, es handle sich um einen «contractus sui generis», wobei die Bestimmungen über den Auftrag analog anzuwenden seien.[23]

– HOFER[24] differenziert 1944: «Ist der Direktor noch gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrats, so befindet er sich in einem doppelten Vertragsverhältnis zur Gesellschaft, ähnlich dem Delegierten, wobei er jedoch im Gegensatz zu diesem seine Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrag ableiten wird.»

– MEYER macht 1946 in seiner Dissertation über die rechtliche Stellung des VR-Delegierten widersprüchliche Aussagen. Einleitend stellt er fest: «Die Rechtsstellung des VR kennzeichnet sich durch zwei verschiedene Komponenten, nämlich eine sozialrechtliche als Verwaltungsorgan und eine individualrechtliche in den Formen eines Arbeitvertrages.»[25] Nach konkreter Prüfung gelangt MEYER aber zum Schluss: «Nach schweizerischem, französischem und englischem Recht wird das vertragliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und VR als Auftrag betrachtet. Dieser Auftrag ist aber durch die speziellen Vorschriften des Aktienrechts, die selbstverständlich in erster Linie zu berücksichtigen sind, weitgehend modifiziert.»[26]

– GERMANIER[27] stellt 1954 vorab klar, dass zwischen der Gesellschaft und dem Gesamtverwaltungsrat kein Rechtsverhältnis bestehen könne, sondern dieser

[21] WOLFERS, 33 f.
[22] KOLB, 8 ff.
[23] KOLB, 12 f.
[24] HOFER, 69.
[25] MEYER, 34.
[26] MEYER, 36.
[27] GERMANIER 28 f.

als Organ Bestandteil der rechtlichen Konstruktion sei. «Auf das Rechtsverhältnis der Verwaltungsratsmitglieder zur AG können in den Hauptzügen die Bestimmungen über den Auftrag angewendet werden, ...» Dies gelte auch für den VR-Delegierten, obwohl sein Rechtsverhältnis verschiedene arbeitsvertragliche Merkmale aufweise. Die Möglichkeit eines zusätzlichen Arbeitsvertrages wird von GERMANIER völlig ausser Acht gelassen.

– WANDER[28] qualifiziert 1956 das Verwaltungsratsmandat ohne Zweifel als Auftragsverhältnis, doch stehe die Verwaltung durch ihre Organschaft in einem besonderen Mandatsverhältnis zur Gesellschaft, weil diese als Auftraggeberin nur soweit befugt sei, den Inhalt des Auftrages zu bestimmen, als dies nicht bereits durch Gesetz oder Statut geschehen ist.

– SCHUCANY[29] nimmt 1960 im Zweifel ein freies Dienstverhältnis an, weil es sich beim Verwaltungsrat um Arbeitsleistungen nach Zeit handle. Dabei ist zu beachten, dass er sich auf Art. 361 aOR bezog und demnach kein Angestelltenverhältnis befürwortete. Ausdrücklich abgelehnt wird von SCHUCANY die Qualifikation als entgeltlicher Auftrag.

– VON STEIGER[30] bemerkt in der 4. Auflage seines Standardwerkes zur Aktiengesellschaft von 1970 einleitend, dass die Verwaltung als Gesamtheit in keinem privatrechtlichen Verhältnis zur Aktiengesellschaft stehe, wohl aber die einzelnen Mitglieder mit Ausnahme der Vertreter einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. «Durch die Annahme des Amtes, auf welches in weitem Masse die Grundsätze über das Mandat (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung gelangen, indem es sich in der Regel nicht um einen Dienstvertrag handelt, verpflichtet sich das Mitglied zu einer Reihe von Leistungen.» Der Regel von Art. 394 Abs. 3 OR entsprechend sei anzunehmen, dass dieses Mandat im Zweifel entgeltlich sei.[31]

– KREUSCH[32] stellt 1976 in seiner rechtsvergleichenden Dissertation fest, dass in Deutschland die Rechtsbeziehung zwischen dem «Vertretungsorganmitglied» und der Juristischen Person auf Grund gesetzlicher Vorschrift (insbesondere § 84 des deutschen Aktiengesetzes) aufgeteilt werde in einen rein gesellschaftsrechtlichen Bestellungsakt und in einen rein schuldrechtlichen Anstellungsvertrag. In der Schweiz entstehe dagegen dieses Rechtsverhältnis durch einen gegenseitigen Vertrag, welcher notwendigerweise unter einen Vertragstyp des OR subsumiert werden müsse. «Auch die Vertragstypen des OR bieten keine

[28] WANDER, 48.
[29] SCHUCANY, N 2 zu Art. 705 aOR.
[30] VON STEIGER, 220.
[31] VON STEIGER, 225.
[32] KREUSCH, 130 ff.

Regelungen an, unter die sich das spezifische, einheitliche Rechtsverhältnis des einzelnen Organmitglieds zur juristischen Person subsumieren liesse.»

– HEINI[33] spricht 1988 erstmals von einem organschaftlichen Verhältnis im Zusammenhang mit der Rechtsbeziehung zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft, allerdings liefert er keine Begründung, warum es sich nicht um ein Vertragsverhältnis handeln soll.

– PLÜSS[34] liefert 1990 in seiner Dissertation über die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes einen ersten fundierten Überblick über die bisherige Literatur. Nach eingehender Prüfung und Vergleich mit der Rechtsauffassung in Deutschland über das Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft gelangt PLÜSS zur Auffassung, für das schweizerische Recht sei es im Sinne einer «Verlegenheitslösung»[35] wohl am sinnvollsten, das Verwaltungsratsmandat als organschaftliches Rechtsverhältnis zu bezeichnen. Es lasse sich zwar sowohl dem Schuld- als auch dem Gesellschaftsrecht zuordnen, doch keinem der herkömmlichen Rechtsgeschäftstypen.[36]

– NOBEL[37] bemerkt 1991 zur Rechtsprechung über den Verwaltungsrat als Gesellschaftsorgan: «Die Wahl der einzelnen Verwaltungsräte ist ein annahmebedürftiges Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mitglied und der Gesellschaft ein Rechtsverhältnis *sui generis* entstehen lässt, das vom Bundesgericht aber wenig scharf qualifiziert wurde.» Mit Hinweis auf ZR 83 (1984) Nr. 78, S. 187 ergänzt NOBEL[38] sodann, «dass ein Verwaltungsratsmandat mit anderen Verträgen, besonders Arbeitsverträgen, auf vielfältige Weise verknüpft sein kann.»

– STREIFF/VON KAENEL[39] gehen 1992 in ihrem viel beachteten Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht in jedem Falle von einem Vertragsverhältnis aus: «Auf Grund ihrer Stellung sind nebenamtliche Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften nicht Arbeitnehmer, sondern Auftragnehmer (…), obwohl die Aktiengesellschaft die AHV auf dem Verwaltungsratshonorar abziehen muss. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn ein Verwaltungsrat am Aktienkapital nicht massgeblich beteiligt ist und in engen Grenzen nach den Anweisungen der Eigentümer der Gesellschaft handeln muss.»

[33] HEINI, 89.
[34] PLÜSS, Rechtsstellung, 113 ff.
[35] PLÜSS, Rechtsstellung, 123.
[36] PLÜSS, Rechtsstellung, 121.
[37] NOBEL, Aktienrechtliche Entscheidungen, 154.
[38] NOBEL, Aktienrechtliche Entscheidungen, 157.
[39] STREIFF/VON KAENEL, N 6 zu Art. 319 OR.

– Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel[40] fassen 1995 die unterschiedlichen Lehrmeinungen und die damit verbundene Kritik ohne eigene Stellungnahme zusammen; statt dessen halten sie abschliessend fest: «In praktischer Hinsicht ist der Meinungsstreit freilich kaum von Bedeutung, da die Rechtsstellung der Mitglieder des Verwaltungsrats weitgehend durch aktienrechtliche Bestimmungen festgelegt ist.[41] Im übrigen ist unbestritten, dass sich die – direkte oder analoge (vgl. Art. 7 ZGB) – Anwendung des Vertragsrechts zur Lückenfüllung aufdrängt und dass von den vertragsrechtlichen Bestimmungen diejenigen des Auftrags als der Grund- und Subsidiärform der Verträge auf Arbeitsleistung (vgl. Art. 394 Abs. 2 OR) besonders gut passen.»

– Böckli[42] verweist 1996 auf die lange Diskussion der Juristen und stellt fest, «dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Aktiengesellschaft weitestgehend und zwingend durch die Normen des Gesellschaftsrechts bestimmt wird; wegen seiner unübersehbaren auftragsrechtlichen Komponente hat es aber eine Doppelnatur».

– Müller/Lipp/Plüss[43] sind 1999 überzeugt, dass ein Verwaltungsratsmandat weder als reiner Auftrag noch als reiner Arbeitsvertrag qualifiziert werden könne. Aber auch die Auffassung eines Innominatkontrakts sei mangels Vertretungsmacht der Generalversammlung abzulehnen. Letztlich müsse das Verwaltungsratsmandat als besonderes Rechtsverhältnis mit einer schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelnatur verstanden werden, auch wenn das Verhältnis dieser beiden Rechtskomponenten zueinander gesetzlich nicht geregelt sei.

– Portmann[44] bezeichnet 2000 das Rechtsverhältnis zwischen einer juristischen Person und ihren geschäftsführenden Organen als sog. Geschäftsbesorgungsvertrag, der sowohl eine organschaftliche als auch ein schuldrechtliche Komponente aufweise; obwohl sich diese Feststellung in einem Werk zum Individualarbeitsrecht findet, fehlt jeglicher Hinweis auf die Möglichkeit eines zusätzlichen Arbeitsverhältnisses.

– Watter/Dubs[45] setzen 2001 den vertragsrechtlichen Charakter der Rechtsstellung beim einzelnen Mitglied des Verwaltungsrats voraus, um die Grundlage des Déchargebeschlusses zu verallgemeinern. Es wird jedoch keine Begründung dafür geliefert, warum ein organschaftliches Verhältnis ohne Annahme eines eigenständigen privatrechtlichen Vertragsverhältnisses der Grundlage einer Déchargeerteilung entgegenstehen sollte.

[40] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 2–10.
[41] Dieselbe Auffassung vertritt später auch Hungerbühler, 167.
[42] Böckli, Aktienrecht, Rz. 88 zu § 13.
[43] Müller/Lipp/Plüss, 56 f.
[44] Portmann, Rz. 31.
[45] Watter/Dubs, 908.

– Favre/Munoz/Tobler[46] gehen 2001 in ihrem Kommentar zum Arbeitsvertrag nicht auf die früheren Lehrmeinungen ein, sondern stellen ohne Zweifel fest, dass Mitglieder der Geschäftsleitung einer juristischen Person auch dann in einem Arbeits- oder Auftragsverhältnis zur Gesellschaft stehen können, wenn sie Einsitz in deren Verwaltungsrat haben. Massgebend für die Rechtsqualifikation sei hauptsächlich die aufgewendete Zeit für diese Tätigkeit. Mangels Subordinationsverhältnis stehe ein Verwaltungsrat generell in einem Auftragsverhältnis zur Gesellschaft, doch könne vor allem bei kleineren Gesellschaften auch ein Arbeitsverhältnis möglich sein, wenn der entsprechende Verwaltungsrat noch operative Geschäftsführungsfunktionen wahrnehme.

– Wernli[47] verweist 2002 im Basler Kommentar vorab auf die Autoren von anderen Werken, welche die Rechtsbeziehung zwischen einem VR-Mitglied und der Aktiengesellschaft als Innominatvertrag sui generis qualifizieren und stellt dann pointiert fest: «Der Eigenart des VR-Mandates besser gerecht wird jedoch die Auffassung, wonach es sich um ein organschaftliches Rechtsverhältnis mit gesellschaftsrechtlicher und vertragsrechtlicher Doppelnatur handelt, auf das nach Art. 7 ZGB die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrecht ergänzend anzuwenden sind (…)». Demgegenüber schreiben Dubs/Truffer[48] in demselben Werk: «In obligationenrechtlicher Hinsicht handelt es sich i.d.R. um ein Auftragsverhältnis oder einen Arbeitsvertrag, obwohl das gesamte Verhältnis als Vertrag sui generis bezeichnet wird (…).»

– Hungerbühler[49] bemerkt 2003 in seiner Dissertation über den Verwaltungsratspräsidenten: «Der Eigenart des Verwaltungsratsmandats besser gerecht wird aber die Auffassung, wonach es sich um ein ‚organschaftliches Rechtsverhältnis' mit gesellschaftsrechtlicher und vertragsrechtlicher Komponente handle.» Allerdings wird zur Begründung lediglich auf die bereits bestehenden Ausführungen in der Lehre verwiesen.

– Hilb/Müller/Wehrli[50] lehnen schliesslich 2003 ein Vertragsverhältnis im Hinblick auf die Besonderheiten einer Einmann-AG ab: «Völlig unmöglich wird diese Theorie schliesslich bei der Einmann-Aktiengesellschaft. Hier ist es der alleinige Verwaltungsrat, welcher dem Willen der Gesellschaft Ausdruck verleiht. Es fehlt demnach am Austausch von übereinstimmenden Willenserklärungen, weshalb gar kein Vertrag zu Stande kommen kann. Der alleinige Verwaltungsrat ist bei der Einmann-Aktiengesellschaft organschaftlicher Teil der

[46] Favre/Munoz/Tobler, N 1.15 zu Art. 319 OR.
[47] Wernli, N 9 zu Art. 710 OR.
[48] Dubs/Truffer, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 705 OR.
[49] Hungerbühler, 167 f.
[50] Hilb/Müller/Wehrli, auf der CD-ROM im Teil Fachlexikon unter Kapitel Verwaltungsrat/Konstituierung/Rechtsverhältnis/Problematik des Rechtsverhältnisses.

Gesellschaft selbst. Aus diesem Grunde muss zwangsläufig von einem Organverhältnis gesprochen werden, welches allerdings schuldrechtliche und gesellschaftsrechtliche Merkmale gleichzeitig aufweist.»

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass heute das Verwaltungsratsmandat für sich alleine betrachtet in der Lehre mehrheitlich als einheitliches Rechtsverhältnis mit gesellschaftsrechtlichen und vertragsrechtlichen Komponenten aufgefasst wird. Ob es sich dabei um einen vertragsrechtliches Verhältnis im Sinne eines Innominatkontrakt sui generis handelt oder aber um ein organschaftliches Verhältnis ist umstritten. Schliesst die Gesellschaft mit einem Verwaltungsratsmitglied zusätzlich noch einen Arbeitsvertrag ab, so bestehen die beiden Rechtsverhältnisse jedenfalls nebeneinander.

2. Unterschiedliche Beurteilungen in der Judikatur

In der Judikatur ist die Rechtsnatur eines Verwaltungsrats sehr unterschiedlich beurteilt worden. Selbst die Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist uneinheitlich und teilweise in sich selbst widersprüchlich. Die wichtigsten Urteile zur Rechtsnatur eines Verwaltungsratsmandats lassen sich in chronologischer Reihenfolge wie folgt zusammenfassen:

– Schon in der ursprünglichen Fassung des Obligationenrechts von 1881 kam es zu Auseinandersetzungen über die Kompetenzen des Verwaltungsrats und damit zur Frage, welches Rechtsverhältnis zur Gesellschaft massgebend sei. In BGE 44 II 138 stellt das Bundesgericht im Jahre 1918 fest, beim Auftrag des Verwaltungsrats, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben, handle es sich nicht um ein Mandat im Sinne des Art. 394 OR; vielmehr sei das Organ der juristischen Person dieser gegenüber nicht ein «Dritter», der kraft Rechtsgeschäftes zu ihrer Vertretung bestellt würde, sondern ein Bestandteil der juristischen Person selbst. Damit hat das Bundesgericht indirekt schon sehr früh die Auffassung vertreten, dass ein Verwaltungsratsmitglied nicht in einem vertragsrechtlichen (insbesondere auftragsrechtlichen) Verhältnis zur Gesellschaft steht, sondern in einem eigenen organschaftlichen Verhältnis.
– In BGE 75 II 149 geht das Bundesgericht am 17. Mai 1949 davon aus, das Rechtsverhältnis könne nur als Arbeitsvertrag oder als Auftrag qualifiziert werden: «Le membre du conseil d'administration d'une société anonyme se trouve généralement lié à elle par un contrat de travail ou en tout cas par un contrat de mandat.»[51]

[51] BGE 75 II 149 Erw. 2. a).

– Die Rekurskommission des Kantonsgerichtes Waadt stellt in einem Entscheid am 2. November 1993[52] fest, die Rechtssituation eines Verwaltungsratsmitgliedes sei in der Lehre umstritten. «En fait, il faut admettre, avec ces auteurs, que la qualification du contrat dépend des circonstances de l'espèce.» Ein Arbeitsvertrag könne jedenfalls dann angenommen werden, wenn der Verwaltungsrat nicht massgebend am Kapital beteiligt sei, den grössten Teil seiner Zeit und Arbeitskraft der Gesellschaft widme, nach den Weisungen und Instruktionen des Hauptaktionärs handle, in einem Unterordnungsverhältnis stehe und nur eine geringe Gewinnbeteiligung erhalte.

– In BGE 121 I 259 Erw. 3. a) fasst das Bundesgericht am 8. Juni 1995 die Kontroverse um die Qualifikation des Verwaltungsratsmandates mit ausführlichen Literaturhinweisen zusammen und stellt mit Hinweis auf REHBINDER, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 319 OR, fest, dass die Qualifikation des Verhältnisses eines Verwaltungsratsmitglieds zur AG mangels Unterordnung nicht als Arbeitsvertrag in Frage komme.

– In BGE 128 III 129 hatte das Bundesgericht am 10. Dezember 2001 unter Erw. 1. a) erneut Gelegenheit, sich eingehend mit der aktuellen Lehre über das Rechtsverhältnis eines Verwaltungsratsmitglieds zur Gesellschaft auseinander zu setzen. Dabei stellte es fest: «In der Lehre wird mehrheitlich die Meinung vertreten, die Tätigkeit der Mitglieder der obersten geschäftsführenden Organe einer juristischen Person beruhe auf einem mandatsähnlichen Vertrag (...).[53] Zum Teil wird das Bestehen eines Arbeitsvertrages – jedenfalls für den Verwaltungsratsdelegierten – ausdrücklich ausgeschlossen (...).»[54] Zu seiner eigenen, teilweise uneinheitlichen Rechtspraxis wird in diesem Entscheid selbstkritisch festgehalten: «Das Bundesgericht hat sich mehrmals zur Frage des Rechtsverhältnisses zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Organen geäussert. Dabei hat es tendenziell die Direktoren als Arbeitnehmer und die Verwaltungsräte als Beauftragte betrachtet (BGE 53 II 408 Erw. 3a; 90 II 483 Erw. 1) oder für diese das Bestehen eines mandatsähnlichen Vertrages sui generis angenommen (BGE 125 III 78 Erw. 4). Davon abweichend hat das Bundesgericht aber auch schon entschieden, dass der Verwaltungsrat ebenfalls in einem Arbeitsverhältnis stehen kann (BGE 75 II 149 Erw. 2a). Bei der Beantwortung der Frage ist jedenfalls zu beachten, dass die Qualifikation der Tätigkeit als selbständige oder unselbständige Arbeit nicht für alle Rechtsgebiete nach den gleichen Kriterien zu beurteilen ist.» Schliesslich gelangt das Bundesgericht zur abschliessenden Feststellung: «Richtigerweise ist deshalb die Beurteilung des Rechtsverhält-

[52] Begründung auszugsweise publiziert in SJZ 90 (1994) 389 .

[53] Mit Hinweis auf STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 42 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, N 6 zu Art. 319 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 10.

[54] Mit Hinweis auf VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht, 81.

nisses stets aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles vorzunehmen.»

– Am 25. März 2003 bestätigte das Bundesgericht seine Entscheidung 128 III 129 mit dem unveröffentlichten Urteil 4C.2/2003. Der in diesem Fall betroffene Kläger X. war ursprünglich alleiniger Verwaltungsrat und Aktionär der beklagten A. S.A. Nach einer Umstrukturierung war X. nur noch Minderheitsaktionär und eines von mehreren VR-Mitgliedern in dieser Gesellschaft. Zwischen der A. S.A. und X. wurde in der Folge ein Arbeitsvertrag abgeschlossen für seine Funktion als VR-Präsident und Generaldirektor. Im Zusammenhang mit strittigen Lohnforderungen stellte das Bundesgericht unter Erw. 3. fest, dass die kantonale Vorinstanz zu Recht von einem Arbeitsvertrag ausgegangen sei: «Il [X.] exerçait la fonction de directeur, tout en se trouvant dans un rapport de subordination à l'égard du conseil d'administration de la société.» Leider versäumte es das Bundesgericht, bei dieser Gelegenheit festzustellen, ob sich der Arbeitsvertrag nur auf die Funktion als Generaldirektor oder auch auf die Funktion als VR-Präsident bezog.[55] Da jedoch die Lohnforderungen insgesamt anerkannt wurden, wurde indirekt auch der Lohn für die Tätigkeit in der Funktion als VR-Präsident unter dem Titel Arbeitsvertrag als rechtmässig qualifiziert.
– Der neueste Entscheid des Bundesgerichtes im Zusammenhang mit einer Doppelstellung als Verwaltungsrat und Arbeitnehmer datiert vom 9. Januar 2004 und wurde zwischenzeitlich unter BGE 130 III 213 veröffentlicht. Auf dieses Urteil wurde bereits in der Einleitung als Beispiel für die Praxisrelevanz des Themas eingegangen.[56] Obwohl es zur Hauptsache um die Frage der kumulativen Anwendbarkeit von arbeitsrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht ging, nahm das Bundesgericht diesen Fall zum Anlass, seine bisherige Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Gesellschaft und Verwaltungsrat nochmals kurz zusammenzufassen und seine Haltung in BGE 128 III 129 erneut zu bestätigen.[57]

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass heute in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes das Rechtsverhältnis eines Verwaltungsratsmitglieds zur Gesellschaft nicht allgemein, sondern individuell auf Grund der Besonderheiten eines konkreten Falles beurteilt wird. Entsprechend wird auch im Einzelfall entschie-

[55] Zur Zulässigkeit eines Arbeitsvertrages nur für die Zusatzfunktion als VR-Präsident vgl. hinten TEIL 1 § 3 IV. 3. auf S. 70 ff. und TEIL 3 § 7 III. 1. b) auf S. 221 ff.
[56] Vgl. die Zusammenfassung vorne auf S. 6 ff.
[57] SOMMER, 1060, stellt zu diesem Entscheid fest, dass es das Bundesgericht erneut vermieden habe, eine klare Stellungnahme bezüglich der obersten Leitungsorgane abzugeben, die innerhalb der Gesellschaft nicht weisungsgebunden sind.

den, ob bei einem angestellten Verwaltungsratsmitglied zwei Vertragsverhältnisse nebeneinander bestehen oder ob nur ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegt.

III. Besonderheiten eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses

1. Entstehung eines Rechtsverhältnisses ohne Mitwirkung der Gesellschaft

a) Überblick

Es gibt zwei völlig unterschiedliche Bereiche, in denen ein Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und einem Verwaltungsratsmitglied ohne Mitwirkung der Gesellschaft entstehen kann:

– die faktische Organschaft, und
– die Abordnung durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

In diesen beiden Fällen werden den Betroffenen Rechte und Pflichten aus einem Rechtsverhältnis zuteil, ohne dass die Gesellschaft durch ihre Generalversammlung oder ihren Verwaltungsrat zur Entstehung dieses Rechtsverhältnisses etwas beigetragen hätte. Dies ist eine wesentliche Besonderheit des gesellschaftlichen Verhältnisses und widerspricht fundamental den grundlegenden Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vertrages. Bevor jedoch im Einzelnen auf diese beiden Fälle eingegangen wird, soll vorab klargestellt werden, wie die drei Organe Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle eingesetzt werden. Damit kann aufgezeigt werden, dass der Gesetzgeber in bestimmten Fällen bewusst auf eine Mitwirkung durch die Gesellschaft verzichtete.

b) Die Einsetzung der obersten Organe einer Gesellschaft

Im dritten Abschnitt der obligationenrechtlichen Bestimmungen zur Aktiengesellschaft werden unter dem Titel «Organisation der Aktiengesellschaft» die drei Organe Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle auf der gleichen Gliederungsebene[58] behandelt. Es ist zweckmässig, die Rechtsverhältnisse der Mitglieder bzw. Vertreter dieser Organe zur Gesellschaft an dieser Stelle unterein-

[58] Unter A. Generalversammlung Art. 698–706b OR, unter B. Der Verwaltungsrat Art. 707–726 OR und unter C. Die Revisionsstelle Art. 727–731a OR.

ander zu vergleichen, um damit zu einem besseren Verständnis der Besonderheiten eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses zu gelangen.

In Art. 698 OR wird die Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft bezeichnet. Allerdings ist die Generalversammlung nicht mit omnipotenter, sondern nur mit limitierter Macht ausgestattet, da Art. 716a Abs. 1 OR dem Verwaltungsrat unentziehbare Aufgaben zuweist. Das Machtverhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat entspricht deshalb der Paritätstheorie.[59] Auch die Revisionsstelle hat gemäss Art. 728 ff. OR besondere Aufgaben; insbesondere hat sie gemäss Art. 729b Abs. 2 OR bei offensichtlicher Überschuldung den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat die entsprechende Anzeige unterlässt. Alle drei Organe der Aktiengesellschaft haben demnach besondere Aufgaben und Kompetenzen, welche sie zu einem grossen Teil unabhängig voneinander wahrzunehmen haben. Ein Vergleich der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ist damit durchaus möglich. Wie aber werden die Vertreter bzw. Mitglieder dieser Organe bestimmt, ist dazu ein Austausch von übereinstimmenden Willenserklärungen nötig oder kann dies auch durch einseitige Bestimmung geschehen?

Ähnlich wie beim Verwaltungsrat verzichtet der Gesetzgeber bei der Generalversammlung auf eine konkrete Begriffsbestimmung. Aus Art. 689 OR ergibt sich, dass die Generalversammlung aus einer formell bestimmten Zusammenkunft von Aktionären besteht, an der die Aktionäre bzw. Aktionärsvertreter ihre Rechte ausüben. Dies gilt analog auch für den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle, allerdings mit der grundsätzlichen Einschränkung,[60] dass nur die offiziell gewählten bzw. bezeichneten Personen als Verwaltungsräte oder Revisoren auftreten dürfen. Auf den ersten Blick scheint es, als liege in der Wahl der Organvertreter ein wesentlicher Unterschied, welcher sich auf das Rechtsverhältnis zur Gesellschaft auswirken würde. Folgende Argumente widerlegen jedoch diese Annahme:

– Ein Wechsel unter Namenaktionären wird gegenüber der Gesellschaft gemäss Art. 686 Abs. 4 OR erst mit der Eintragung im Aktienbuch wirksam, weshalb hier eine Mitwirkung der Gesellschaft bzw. des Verwaltungsrats notwendig ist. Ein Wechsel unter Inhaberaktionären bedarf keiner Handlung des Verwaltungsrats; hier ist also keine Mitwirkung der Gesellschaft erforderlich.

[59] Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 20 N 12 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 3 zu § 12 und 286 zu § 13; BERTSCHINGER, Ausgewählte Fragen, 903; BERTSCHINGER, Zuständigkeit der GV, 310; RUFFNER, 182; in der Botschaft zum Aktienrecht, 98, wird die Omnipotenztheorie ausdrücklich abgelehnt; a.M. noch KOLB, 2; DREIFUSS/LEBRECHT, alte Aufl. Basler Kommentar, N 8 zu Art. 698 OR, stellen im Jahre 1994 fest, dass die Diskussion um die Omnipotenz- und Paritätstheorie überholt sei, da von einem «dualistischen System mit weitgehender Unabhängigkeit der Organe» ausgegangen werden könne.

[60] Resultierend aus Art. 707 bzw. 727 i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

– Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle sind grundsätzlich von der Generalversammlung zu wählen. Art. 762 Abs. 1 OR sieht jedoch für Körperschaften des öffentlichen Rechts vor, dass in den Statuten ein direktes Abordnungsrecht vorgesehen werden kann, so dass weder die Wahl noch die Abberufung solcher Vertreter durch die Generalversammlung erfolgen muss.[61] Auch in diesem Falle ist keine Mitwirkung der Gesellschaft erforderlich.
– Gemäss Art. 727f OR kann der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers eine Revisionsstelle ernennen, wenn die Gesellschaft einer entsprechenden Aufforderung trotz Fristansetzung nicht nachkommt. Die Gesellschaft hat dabei nur ein Anhörungsrecht und kein Antragsrecht.[62]

Als Ergebnis ist festzustellen, dass sowohl die Zusammensetzung der Generalversammlung als auch diejenige des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle in bestimmten Situationen unabhängig von der Gesellschaft erfolgen kann. In diesen Fällen kann nicht einfach eine stillschweigende übereinstimmende Willensäusserung der Parteien angenommen werden, wie dies gemäss Art. 1 OR zwingend für eine Vertragsbeziehung zwischen der Gesellschaft und den Organvertretern notwendig wäre. Folglich kann weder das primäre Rechtsverhältnis eines Aktionärs zur Gesellschaft, noch dasjenige eines Mitglieds des Verwaltungsrats oder der Revisionsstelle zur Gesellschaft als Vertragsverhältnis qualifiziert werden.[63] Dabei ist sowohl ein Nominatvertrag, als auch ein Innominatvertrag ausgeschlossen, da für beide die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien vorausgesetzt wird.

c) Entstehung eines Rechtsverhältnisses durch faktische Organschaft

Während der ordentliche und der stille Verwaltungsrat ordnungsgemäss von der Generalversammlung gewählt wurden, hat beim faktischen oder verdeckten Verwaltungsrat grundsätzlich nie eine entsprechende Wahl stattgefunden.[64] Dennoch steht auch ein faktischer Verwaltungsrat in einem Rechtsverhältnis zur Gesell-

[61] Diese Vertreter brauchen auch keine Aktionäre zu sein; dennoch haben die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle gemäss Art. 762 Abs. 3 OR die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten (dazu ausführlicher hinten TEIL 3 § 6 I. 1. b) auf S. 164 ff.).

[62] Böckli, Aktienrecht, Rz. 98 zu § 15.

[63] Konsequenterweise geht Böckli, Aktienrecht, Rz. 86 zu § 15, bei der Revisionsstelle deshalb nicht von einem Vertragsverhältnis sondern von einem «Amt» aus; a.M. Fellmann, 180, welcher das Rechtsverhältnis zwischen Revisionsstelle und Gesellschaft unter Hinweis auf die herrschende Lehre als Innominatvertrag sui generis bezeichnet.

[64] Vgl. Müller/Lipp/Plüss, 49 f.; Homburger, Zürcher Kommentar, N 130 und 133 zu Art. 707 OR; Wernli, Basler Kommentar, N 29 und 29a zu Art. 707 OR.

schaft, weshalb er für seine Tätigkeit wie der ordentliche Verwaltungsrat gestützt auf Art. 754 OR zur Verantwortung gezogen werden kann.[65]

Der faktische Verwaltungsrat entsteht nicht durch die Mitwirkung der Gesellschaft in Form einer Wahl durch die Generalversammlung, sondern ausschliesslich durch seine eigene Tätigkeit. Es genügt, dass er dauernd und selbständig für eine Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheidungen fällt.[66] Die Gesellschaft duldet diese Funktionsanmassung, weshalb allenfalls ein stillschweigender Vertragsabschluss im Sinne von Art. 6 OR zwischen ihr und dem faktischen Verwaltungsrat vorliegen könnte. Dazu müsste jedoch vorab von Seiten des faktischen Verwaltungsrats eine ausdrückliche oder stillschweigende Offerte zum Abschluss eines Vertrages abgegeben werden. Genau dies wird i.d.R. ein faktischer Verwaltungsrat nicht beabsichtigen. Der Austausch von übereinstimmenden Willenserklärungen, wie er nach Art. 1 Abs. 1 OR für einen Vertragsschluss vorausgesetzt wird, darf nicht leichthin angenommen werden. Es bedarf nicht nur des Erklärungswillens, sondern auch des Verpflichtungs- oder Geschäftswillens.[67] Da dieser beim faktischen Verwaltungsrat i.d.R. fehlt, kann kein Vertragsabschluss angenommen werden.

Die Bezeichnung faktischer Verwaltungsrat könnte zum Trugschluss verleiten, es würde zwischen der Gesellschaft und dem ohne Wahl als Verwaltungsrat Agierenden ein faktisches Vertragsverhältnis bestehen. Tatsächlich bezieht sich die Bezeichnung jedoch nicht auf die Art des Rechtsverhältnisses, sondern auf die Art des Handelns. Ein faktisches Vertragsverhältnis könnte aber auch deshalb nicht angenommen werden, da die Voraussetzung eines fehlerhaft begründeten Verhältnisses i.d.R. nicht gegeben ist.[68] Nur wenn die Wahl in den Verwaltungsrat durch die Generalversammlung erfolgt, aber aus irgendeinem Grunde nichtig ist, wäre die Grundvoraussetzung für ein faktisches Vertragsverhältnis gegeben.[69] Im Allgemeinen wurde ein faktischer Verwaltungsrat aber eben gerade nicht durch die Generalversammlung gewählt.

[65] Vgl. MÜLLER, unsorgfältige Führung, Rz. 17.37; dazu ausführlich hinten TEIL 3 § 6 I. 2. auf S. 171 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 92 f. zu § 13, stellt fest, dass die faktische Organschaft ausserhalb des Konzernverbundes unrechtmässig sei: «Der Verwaltungsrat darf eine faktische Organschaft nicht dulden, und der verdeckte Verwaltungsrat selbst macht sich verantwortlich.»

[66] Vgl. Botschaft zum Aktienrecht, 191, und BGE 117 II 570 Erw. 3.

[67] Vgl. BUCHER, Basler Kommentar, N 29 zu Art. 1 OR; KRAMER, Berner Kommentar, N 34 zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 23 zu Art. 1 OR.

[68] Zur entsprechenden Terminologie und Voraussetzung vgl. KRAMER, Berner Kommentar, N 241 zu Art. 1 OR.

[69] Vgl. BGE 110 II 244.

Werden die Überlegungen zur faktischen Organschaft konsequent weitergeführt, so zeigt sich, dass in diesem Falle ohne jegliche Mitwirkung der Gesellschaft ein Rechtsverhältnis entstehen kann. Es braucht insbesondere von Seiten der Gesellschaft kein bewusstes Dulden der Entscheidungshandlungen der faktisch als Verwaltungsrat handelnden Person.

d) Entstehung eines Rechtsverhältnisses durch Abordnung einer Körperschaft

Gestützt auf Art. 762 Abs. 1 OR kann in den Statuten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen. Diese abgeordneten Organmitglieder haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten.[70] Voraussetzung ist allerdings, dass die entsprechende öffentlich-rechtliche Körperschaft ein öffentliches Interesse an der Aktiengesellschaft hat.[71]

Übt eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ihr statutarisches Abordnungsrecht aus, so entsteht zwischen dem abgeordneten Organmitglied und der Gesellschaft ein Rechtsverhältnis, ohne dass die Gesellschaft in irgendeiner Form dabei mitwirken müsste. Die Rechte und Pflichten des Abgeordneten entstehen insbesondere auch dann, wenn die Generalversammlung von der Abordnung keine Kenntnis erhält.[72]

2. Vertretung der Gesellschaft beim Zustandekommen des Rechtsgeschäfts

Rechtsverhältnisse zu einer Aktiengesellschaft kommen abgesehen von den vorstehend erwähnten Ausnahmen nur mit deren Mitwirkung zustande. Dabei stellt sich die Frage, durch wen die Gesellschaft ihren Willen kundtun kann. Ist dies nur der Verwaltungsrat oder kann allenfalls auch die Generalversammlung oder die Revisionsstelle u.U. ein Rechtsverhältnis für die Gesellschaft eingehen?

Gemäss Art. 718 Abs. 1 OR vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen. Damit kann der Verwaltungsrat u.a. im Namen der Gesellschaft Verträge mit

[70] Art. 762 Abs. 3 OR.
[71] Dazu näher WERNLI, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 762 OR.
[72] Die Einräumung eines Privilegs nach Art. 762 OR stellt deshalb eine Verletzung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes dar und beschränkt das gesetzliche Wahl- und Abberufungsrecht der GV (WERNLI, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 762 OR).

Dritten abschliessen. Dies wird in Art. 718a Abs. 1 OR ausdrücklich bestätigt. Unklar ist im Gesetz, ob der Abschluss eines Vertrages mit einem Mitglied des Verwaltungsrats als erlaubte Aussenvertretung oder als unerlaubtes Insichgeschäft[73] gilt. Diese Frage hat das Bundesgericht erstmals 1999 mit dem nicht amtlich publizierten Entscheid 4C.402/1998 beantwortet.[74] Das Urteil stellt klar, dass der Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem Verwaltungsratsmitglied kein unerlaubtes Insichgeschäft bildet.[75] Der Gesamtverwaltungsrat kann demnach mit seinen Mitgliedern im Namen der Gesellschaft rechtsgültig Verträge abschliessen.[76] In BGE 127 III 332 wird präzisiert: «Jeder einzelne Verwaltungsrat ist nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung befugt, ein Rechtsgeschäft zu genehmigen, das ein anderer Verwaltungsrat mit sich selbst (Selbstkontrahieren) oder als Vertreter der AG und der Gegenpartei (Doppelvertretung) abgeschlossen hat.» Kann aber die Generalversammlung unabhängig vom Verwaltungsrat Verträge abschliessen? Dazu ist vorab zu prüfen, ob der Generalversammlung ein Vertretungsrecht zusteht.

Verschiedene Autoren verneinen die Vertretungsmacht der Generalversammlung.[77] Zur Begründung wird u.a. vorgebracht, der Gesetzgeber habe bei der Generalversammlung bewusst auf eine analoge Bestimmung wie diejenige von Art. 718 OR beim Verwaltungsrat verzichtet. Tatsächlich fehlt eine solche ausdrückliche Regelung im Aktienrecht. Doch dies heisst noch nicht, dass die Generalversammlung dem Willen der Gesellschaft nach aussen keine Rechtskraft verleihen könne. Zu Recht weist BERTSCHINGER[78] darauf hin, dass die Generalversammlung bereits nach Gesetz und Rechtsprechung in verschiedener Hinsicht geschäftsführendes Organ ist. Insbesondere kann die Generalversammlung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem alleinigen Verwaltungsrat genehmigen.[79] Bei Fehlen eines Verwaltungsrats kann die Generalversammlung bis zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes sogar geschäftsführende Entscheide fällen.[80] Dies entspricht letztlich der Auffangkompetenz von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR, wonach die Generalversammlung über alle Gegen-

[73] Zum Fachbegriff des Insichgeschäftes vgl. SCHOTT, 1 ff., und zur grundsätzlichen Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens BGE 127 III 332 Erw. 2. a).

[74] Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom. 14.12.1999, redigiert von GEISER THOMAS in der Praxis 89 (2000) Nr. 50, S. 285 ff.

[75] Zur Problematik dieses Entscheides vgl. hinten TEIL 3 § 7 II. 2. auf S. 217 ff.

[76] Auf die Möglichkeit eines Arbeitsvertrages bei der Einmann-AG wird hinten im TEIL 3 § 6 III. 2. auf S. 195 ff. detailliert eingegangen.

[77] PLÜSS, Rechtsstellung, 114; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 57; BÖCKLI, Kernkompetenzen, 38; SCHÄRER, 28 f. und 135.

[78] BERTSCHINGER, Zuständigkeit der GV, 322 f., mit Verweis auf Art. 29 BEHG.

[79] Vgl. SemJud 2001 I, 523 und BGE 127 III 335.

[80] Vgl. BGE 78 II 375 Erw. 3. c); gl.M. BERTSCHINGER, Zuständigkeit der GV, 323.

stände Beschluss fassen darf, die ihr durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind.

Indirekt kann das Recht der Generalversammlung zum eigenständigen Abschluss von bestimmten Verträgen aus dem Gesetz selbst abgeleitet werden. Art. 726 Abs. 2 OR stellt klar, dass die von der Generalversammlung bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten vom Verwaltungsrat jederzeit von ihren Funktionen abberufen werden können, allerdings unter sofortiger Einberufung einer Generalversammlung. Folglich hat die Generalversammlung das Recht, ohne Mitwirkung des Verwaltungsrats und somit in direkter Vertretung der Gesellschaft Bevollmächtigte und Beauftragte zu bestellen. Dies heisst mit anderen Worten nichts anderes, als dass die Generalversammlung selbst entsprechende Aufträge abschliessen kann. So kann die Generalversammlung beispielsweise entgegen dem Antrag des Verwaltungsrats eine neue Revisionsstelle wählen. Nimmt diese das Mandat an, so entsteht ein entsprechendes Auftragsverhältnis zur Gesellschaft, ohne dass der Verwaltungsrat dazu noch irgendeine Erklärung oder Zustimmung abgeben müsste.

Schliesslich kann auch die Revisionsstelle u.U. für die Gesellschaft direkt tätig werden. Dies ergibt sich aus Art. 729b Abs. 2 OR. Danach kann die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung den Richter benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat eine entsprechende Anzeige unterlässt. Allerdings wird dadurch noch kein neues Rechtsverhältnis zur Gesellschaft begründet. Erst wenn auf Grund der Überschuldungsanzeige als Konsequenz ein Liquidator oder ein Konkursverwalter bestimmt wird, entsteht allenfalls ein neues Rechtsverhältnis zur Gesellschaft.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Generalversammlung durchaus eine gewisse Vertretungsmacht hat und damit im Namen der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abzuschliessen vermag. Das Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrats bzw. der Revisionsgesellschaft und der Gesellschaft kann demnach unter Umständen durchaus auf einer vertraglichen Grundlage basieren.[81] Der Einwand, es fehle an der notwendigen Vertretungsmacht der Generalversammlung, kann jedenfalls der Theorie einer vertraglichen Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft nicht generell entgegen gehalten werden.

[81] MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 357, unterscheiden in diesem Sinne beim Revisionsstellen-Mandat zwischen den Rechtsbeziehungen der Revisionsstelle zur Generalversammlung, welche ausschliesslich auf Aktienrecht beruhen, und denjenigen zur Gesellschaft, welche auf Vertrag basieren können. Dies kann gemäss HWP, Teil 3.18, 77 ff., zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

3. Beendigung des Rechtsverhältnisses zur Gesellschaft

Bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft ist eine weitere Besonderheit des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses zu berücksichtigen: die Kündigungsmöglichkeit. Eine nähere Prüfung dieses Punktes ergibt ein weiteres Argument, das gegen die Qualifikation als Vertragsverhältnis spricht.

Ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis kann von jeder Vertragspartei einseitig durch Kündigung aufgelöst werden.[82] Die Kündigung zeigt jedoch erst dann Wirkung, wenn sie von der Gegenpartei zur Kenntnis genommen wird oder mindestens in deren Kenntnisnahmebereich gelangt.[83] Genau dies ist beim Verwaltungsratsmandat nicht notwendig.[84] Jedes Verwaltungsratsmitglied kann durch die Generalversammlung jederzeit abgewählt[85] und im Handelsregister gelöscht werden, ohne dass der Betroffene davon tatsächlich Kenntnis oder wenigstens die Gelegenheit zur Kenntnisnahme erhalten muss.[86] Umgekehrt kann nicht nur ein Verwaltungsratsmitglied sondern auch der einzige Verwaltungsrat jederzeit zurücktreten und diese Beendigung des Rechtsverhältnisses gemäss Art. 711 Abs. 2 OR selbst beim Handelsregister zur Anmeldung bringen, wenn die Gesellschaft untätig bleibt.

Die Möglichkeit der rechtsgültigen Aufhebung eines organschaftlichen Rechtsverhältnisses ohne Kenntnisnahme durch den Betroffenen steht im Widerspruch zu jenen Literaturstellen bzw. Urteilen, welche beim Grundverhältnis von einer vertraglichen Grundlage ausgehen. Die Beendigung eines Verwaltungsratsmandates

[82] BGE 93 II 290 Erw. 8; vgl. GUHL/KOLLER, § 38 N 23.

[83] Sogenannte Empfangstheorie, nach der eine schriftliche Kündigung mit dem «Eintreffen» beim Empfänger wirksam wird (KOLLER, Empfangstheorie, 136), wobei die Kenntnisnahme nur noch vom Adressaten selbst oder den Einrichtungen seines Hauses oder Geschäftes abhängt (VON TUHR/PETER, 169); typischerweise gilt die Empfangstheorie im Arbeitsrecht (vgl. STREIFF/VON KAENEL, N 5 zu Art. 335 OR; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 309).

[84] In BGE 48 II 403 vertrat Bundesgericht noch die Meinung, es brauche dazu einen «Entlassungsbeschluss» durch die Generalversammlung; vgl. dazu hinten TEIL 4 § 10 I. 2. f) auf S. 327 ff.

[85] Im ursprünglichen Art. 647 aOR von 1911 war das Wort «jederzeit» noch im Gesetzestext vorhanden, ebenso in Art. 754 des Entwurfes von 1919 (vgl. ENTWURF I, 67); auch im begleitenden Bericht zur Revision wurde das jederzeitige Abberufungsrecht als selbstverständlich angenommen (vgl. BERICHT I, 129), weshalb auch im überarbeiteten Entwurf von 1923 unter dem entsprechenden Art. 720 OR das Wort «jederzeit» noch erscheint (vgl. ENTWURF II, 47). Als Selbstverständlichkeit findet sich das Wort «jederzeit» im aktuellen Art. 705 OR nicht mehr.

[86] Vgl. VON STEIGER, 227; PLÜSS, Rechtsstellung, 104; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 62; BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 61 und 63 zu § 13; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 27 N 39, mit Hinweis auf die zwingende Natur des Abberufungsrechts; BGE 111 II 483; a.M. noch KOLB, 77, welcher den Abberufungsbeschluss als «eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung der Aktiengesellschaft» qualifizierte.

bietet jedoch noch in anderer Hinsicht eine Besonderheit, welche gegen eine Vertragsqualifikation spricht. Gemäss Art. 762 Abs. 2 OR steht das Recht zur Abberufung der abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrats ausschliesslich der Körperschaft des öffentlichen Rechts zu, welche an der Aktiengesellschaft beteiligt ist. Wenn die Gesellschaft im Rechtssinne Vertragspartner des Verwaltungsratsmitglieds wäre, dann könnte nur sie und nicht ein Dritter den Vertrag auflösen. Umgekehrt kann die Gesellschaft nach der gesetzlichen Regelung im Falle eines abgeordneten Verwaltungsratsmitglieds das Rechtsverhältnis nicht selbst auflösen. Sie müsste vielmehr gegen die Körperschaft des öffentlichen Rechts klagen und wichtige Gründe zur Abberufung geltend machen.[87]

Die gesetzlichen Besonderheiten zur Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen einem Verwaltungsratsmitglied und der Aktiengesellschaft führen bei genauer Prüfung dazu, dass dieses primäre gesellschaftsrechtliche Verhältnis nicht als Vertragsverhältnis qualifiziert werden kann, da sonst die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechtes ignoriert werden müssten.

4. Gesellschaftsrechtliches Verhältnis ohne vertragliche Grundlage

Die vorstehend angestellten Überlegungen bezüglich Mitwirkung der Gesellschaft und Vertretungsmacht der Generalversammlung im Zusammenhang mit der Entstehung und Beendigung einer Rechtsbeziehung zur Gesellschaft führen letztlich zu folgendem Ergebnis:

– Die Generalversammlung kann die Aktiengesellschaft in besonderen Situationen direkt vertreten und damit rechtsgültig vertragliche Beziehungen eingehen ohne die Mitwirkung des Verwaltungsrates; die Vertretungsmacht der Generalversammlung steht deshalb grundsätzlich einer Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft als Vertragsverhältnis nicht entgegen.
– Gesellschaftsrechtliche Beziehungen zu Mitgliedern des Verwaltungsrats können ohne Mitwirkung der Gesellschaft begründet oder beendet werden; insbesondere der Sonderfall einer Abordnung von Mitgliedern des Verwaltungsrats durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts zeigt, dass die primäre Rechtsbeziehung eines Verwaltungsrats zur Gesellschaft bei Berücksichtigung der

[87] In diesem Sinne BGE 51 II 330 und BGE 59 II 264; ebenso BÜRGI, Zürcher Kommentar, N 17 zu Art. 762 OR; WERNLI, Basler Kommentar, N 14 und 16 zu Art. 762 OR; PLÜSS, Rechtsstellung, 91; SCHUCANY, N 2 zu Art. 762 OR. Bereits im begleitenden Bericht von 1920 (BERICHT I, 129) wurde deshalb ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Abberufung von der Auflösung eines allfälligen zusätzlichen Vertragsverhältnisses zur Gesellschaft zu trennen sei.

allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechtes nicht als Vertragsverhältnis qualifiziert werden kann.

Obwohl die Generalversammlung mit entsprechender Vertretungsmacht also durchaus ein vertragliches Verhältnis zwischen dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft begründen könnte, schliesst der Sonderfall der Abordnung durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts die generelle Annahme eines Vertragsverhältnisses aus. Die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats ist daher nicht einfach als Austausch von übereinstimmenden Willenserklärungen im vertragsrechtlichen Sinne zu verstehen. Vielmehr handelt es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Akt, welcher ausschliesslich auf Aktienrecht basiert und zu einem organschaftlichen Grundverhältnis führt.

Mit diesen Erkenntnissen können nun die in der Lehre vertretenen Rechtstheorien zum Rechtsverhältnis eines angestellten Verwaltungsratsmitglieds konkret beurteilt werden.

IV. Beurteilung der möglichen Rechtstheorien

1. Theorie eines eigenständigen Vertragsverhältnisses

a) Reines Auftragsverhältnis

Für die Subsumtion des primären Rechtsverhältnisses eines Verwaltungsrats zur Gesellschaft unter den Auftrag können folgende Argumente vorgebracht werden:

– Ein Auftragsverhältnis gemäss Art. 394 ff. OR liegt i.d.R. dann vor, wenn die Voraussetzungen zur Anwendung eines der übrigen Vertragsverhältnisse des Obligationenrechts nicht gegeben sind.[88]
– Die Generalversammlung kann auch ohne Mitwirkung des Verwaltungsrates selbst Willenserklärungen abgeben und demnach ein Vertragsverhältnis eingehen.
– Das Rechtsverhältnis kommt erst mit der Annahmeerklärung durch den Gewählten zustande, was dem Akzept einer Offerte zum Abschluss eines Auftrags entspricht.

[88] Anstelle vieler: KOLB, 8 ff.

– Ein Auftrag kann gemäss Art. 394 Abs. 3 OR entgeltlich oder unentgeltlich sein, was der Praxis bei den VR-Honoraren entspricht.[89]
– Das jederzeitige Widerrufsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR entspricht dem jederzeitigen Abberufungsrecht durch die Generalversammlung nach Art. 705 Abs. 1 OR.[90]
– Die gesellschaftsrechtlichen Normen zum Rechtsverhältnis können als Sonderregelungen aufgefasst werden, welche das Auftragsverhältnis im Gesellschaftsrecht genauer bestimmen.

Gegen diese Argumente ist vorab Art. 762 OR anzuführen, welcher unter bestimmten Voraussetzungen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein direktes Abordnungsrecht für Mitglieder des Verwaltungsrats zugesteht, so dass weder die Wahl noch die Abberufung solcher Vertreter durch die Generalversammlung erfolgen muss. Damit wird mit der Gesellschaft einseitig ein Rechtsverhältnis begründet, was den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts völlig widerspricht. Nun könnte dagegen eingewendet werden, die Gesellschaft habe sich im Voraus dazu verpflichtet durch die bewusste Gestaltung des statutarischen Abordnungsrechtes. Tatsächlich muss ein solches Recht zu Gunsten einer konkreten Körperschaft des öffentlichen Rechts in die Statuten aufgenommen werden. Doch das Rechtsverhältnis zur Gesellschaft entsteht letztlich nicht mit der Körperschaft des öffentlichen Rechts, sondern mit dem Verwaltungsratsmitglied direkt; dann hätte auch diesem gegenüber ein entsprechendes Vertragsrecht begründet werden müssen.

Der Verwaltungsrat legt ohne anders lautende Statutenbestimmung seine Entschädigung selbst fest. Dies gilt auch im Falle eines einzigen Verwaltungsrats. Die Entschädigung ist beim Auftrag jedoch ein wesentliches Vertragselement, auch wenn ein Auftragsverhältnis unentgeltlich vereinbart werden kann. Die Entschädigungskompetenz des Verwaltungsrats ist deshalb ebenfalls als gewichtiges Argument gegen die Rechtstheorie eines Auftragsverhältnisses.

Wird in den Statuten festgelegt, die Mitglieder des Verwaltungsrats dürften nur in einem Auftragsverhältnis, jedoch nicht in einem Arbeitsverhältnis zu Gesellschaft stehen, so steht dies den obigen Ausführungen nicht entgegen. Eine solche statutarische Klausel kann sich nicht auf das primäre Rechtsverhältnis beziehen, welches vom Gesetz geregelt ist, sondern nur auf ein zusätzliches, separates Vertrags-

[89] BDO VISURA, 11 ff.
[90] Die ursprüngliche Formulierung des ersten Entwurfs in Art. 754 aOR war diesbezüglich klarer: «Die Generalversammlung ist jederzeit berechtigt, die Mitglieder der Verwaltung und Kontrollstelle, sowie andere von ihr gewählte Bevollmächtigte und Beauftragte abzuberufen.» (vgl. ENTWURF I, 67).

verhältnis. Ein solches ist durchaus in der Form eines Auftragsverhältnisses möglich, beispielsweise wenn ein Verwaltungsratsmitglied noch zusätzlich als Steuerberater oder Rechtsanwalt für die Gesellschaft tätig ist und dafür separat Rechnung stellt.

Das primäre Rechtsverhältnis zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Verwaltungsräten kann demnach nicht als eigenständiges Auftragsverhältnis qualifiziert werden, auch wenn auf den ersten Blick einige Argumente dafür sprechen.

b) Reiner Arbeitsvertrag

Für die Subsumtion des primären Rechtsverhältnisses eines Verwaltungsrats zur Gesellschaft unter den Arbeitsvertrag können folgende Argumente vorgebracht werden:[91]

- Gemäss Art. 7 lit. h AHVV wird die Entschädigung eines Verwaltungsrats sozialversicherungsrechtlich als unselbständiger Erwerb qualifiziert; entsprechend unterliegen VR-Honorare gemäss Art. 20 Abs. 1 MWSTG auch nicht der MWST-Pflicht.
- Das einzelne Mitglied des Verwaltungsrats untersteht den Weisungen des Gesamtverwaltungsrats (z.B. bezüglich Sitzungstermin, Traktanden, Geheimhaltung), womit ein generelles Subordinationsverhältnis besteht.
- Ein Mandatsvertrag, in welchem dem Mandanten ein Weisungsrecht gegenüber dem fiduziarisch eingesetzten Verwaltungsrat eingeräumt wird, ist innerhalb bestimmter Schranken[92] zulässig, womit auch eine individuelle Weisungsgebundenheit bestehen kann.

Gegen eine solche Subsumtion gibt es jedoch einige schlagende Argumente. Insbesondere kann die Generalversammlung jedes Mitglied des Verwaltungsrates jederzeit ohne Einhaltung einer bestimmten Frist abberufen; gemäss Art. 705 Abs. 2 OR bleiben allfällige Entschädigungsansprüche der Abberufenen zwar vorbehalten, doch gelten keine Sperrfristen, wie sie Art. 336c OR zwingend vorschreibt und deren Missachtung zur Nichtigkeit der Kündigung führt. Zudem ist die Abberufung eines Verwaltungsrats im Gegensatz zur Kündigung nicht empfangsbedürftig; der Generalversammlungsbeschluss zur Abberufung muss dem Betrof-

[91] In Anlehnung an die frühere Zusammenstellung in MÜLLER, Arbeitsrecht, 71 ff.

[92] Die aktienrechtlichen Pflichten des fiduziarischen Verwaltungsrats gehen den Weisungen des Fiduzianten vor; liegen Weisungen nicht im Interesse der Gesellschaft, hat der fiduziarische Verwaltungsrat sie nicht zu befolgen und macht sich auch nicht aufgrund von Art. 398 OR schadenersatzpflichtig (VISCHER, Schadloshaltungsklauseln, 491).

fenen ebenso wenig mitgeteilt werden wie die Löschung seines Eintrages im Handelsregister.

Beim Arbeitsvertrag ist die Entgeltlichkeit ein wesentliches Qualifikationsmerkmal. Wie bereits zur Theorie des Auftragsverhältnisses festgestellt wurde, bestimmt der Verwaltungsrat seine Entschädigung selbst und kann auch gänzlich darauf verzichten; bei einer unentgeltlichen Tätigkeit ist jedoch keine Qualifikation als Arbeitsvertrag mehr möglich.[93]

Schliesslich ist unbestritten, dass bei einer Einmann-AG[94] der alleinige Verwaltungsrat keinerlei Weisungen erhält. In einem solchen Falle fehlt es grundsätzlich an einem Subordinationsverhältnis, wie es beim Arbeitsverhältnis von Lehre und Rechtsprechung zwingend vorausgesetzt wird.[95]

Eine Abwägung dieser Argumente ergibt, dass es sich beim primären Rechtsverhältnis zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Verwaltungsräten nicht um einen Arbeitsvertrag handeln kann. Daran ändert auch die sozialversicherungsrechtliche Einordnung als unselbständige Erwerbstätigkeit nichts.[96]

c) Reiner Innominatvertrag

Für die Subsumtion des primären Rechtsverhältnisses eines Verwaltungsrats zur Gesellschaft unter einen Innominatvertrag[97] können folgende Argumente vorgebracht werden:

[93] Obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sprechen verschiedene Autoren dem Verwaltungsrat ein Entschädigungsrecht zu (vgl. PLÜSS, Rechtsstellung, 46 f.; VON STEIGER, 225 f.; BÜRGI, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 708 aOR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 121; HOMBURGER, Zürcher Kommentar, N 947 zu Art. 717 OR), doch findet sich keine Literaturstelle, welche dem Verwaltungsrat untersagen würde, auf eine Entschädigung zu verzichten. Im Arbeitsrecht statuiert jedoch Art. 341 Abs. 1 OR ein derartiges Verzichtsverbot (gemäss Art. 362 OR handelt es sich dabei um eine relativ zwingende Norm).

[94] Rechtlich handelt es sich dabei um eine «Einpersonen-Gesellschaft» (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 1 N 7), bei welcher der wirtschaftliche Eigentümer nicht nur alleiniger Aktionär, sondern i.d.R. auch alleiniger Verwaltungsrat und Geschäftsführer ist (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 187 zu § 1 und Rz. 468 zu § 13). Dabei kann es sich selbstverständlich sowohl um eine männliche als auch eine weibliche Person handeln, weshalb gelegentlich auch in der Judikatur von einer «Ein-Frau-Aktiengesellschaft» gesprochen wird (vgl. Urteil 4C.67/2003 vom 5.5.2003, besprochen in SJZ 99 (2003) 381 f.). Nachstehend wird durchwegs die in der Praxis übliche Formulierung «Einmann-AG» verwendet (vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 27).

[95] Dazu ausführlich hinten TEIL 3 § 6 II. 1. c) auf S. 178 ff.

[96] Dies hat das Bundesgericht mit Hinweis auf Art. 7 lit. h AHVV in BGE 95 I 21 Erw. 5. b) ausdrücklich bestätigt.

[97] Zum Begriff und zur Bedeutung des Innominatvertrages vgl. HONSELL, Obligationenrecht, 16 und 413.

– Die Wahl bzw. die Abordnung durch die Körperschaft des öffentlichen Rechts stellt eine Offerte dar, welche durch den Verwaltungsratskandidaten angenommen oder abgelehnt werden kann; die Rechtsbeziehungen zwischen der juristischen Person und dem Organvertreter entstehen somit nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft, sondern durch Vertrag.
– Das Vertragsverhältnis erhält seinen charakteristischen Leistungsinhalt aus öffentlich-rechtlichen Quellen, indem es primär durch das entsprechende Generalversammlungsrecht, weiter durch Statuten, Reglemente und Generalversammlungsbeschlüsse ausgestaltet wird; das Obligationenrecht hat deshalb für dieses Rechtsverhältnis keinen besonderen Vertragstypus vorgesehen.
– Das Rechtsverhältnis wird grundsätzlich bestimmt durch die Organisationsnormen des jeweiligen öffentlichen Rechts und ergänzt durch Einzelabreden; es bleiben aber Lücken, zu deren Ausfüllung können die Vertragstypen des Obligationenrechts analog oder subsidiär herangezogen werden.

Auch wenn die Generalversammlung wie gezeigt durchaus selbst dem Willen der Gesellschaft Ausdruck geben und somit Verträge abschliessen kann, so ist dennoch die Rechtstheorie eines reinen Innominatkontrakts abzulehnen. Auch hier ist auf Art. 762 OR hinzuweisen. Wenn die Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäss Statuten über ein direktes Abordnungsrecht für ein Mitglied des Verwaltungsrats verfügt, so richtet sie selbst (und nicht die Gesellschaft) die Offerte zur Einsitznahme in den Verwaltungsrat an den Kandidaten. Stimmt dieser zu und wird er entsprechend abgeordnet, so entsteht das Rechtsverhältnis zur Gesellschaft letztlich ohne deren Zustimmung und somit insbesondere auch ohne deren Offerte. Diese Entstehungsweise widerspricht ganz grundsätzlich allen Vertragsverhältnissen und somit auch einem Innominatkontrakt.[98]

2. Theorie eines organschaftlichen Rechtsverhältnisses

Die bisherigen Überlegungen und dabei insbesondere die Möglichkeit eines direkten Abordnungsrechts durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts zeigen, dass die Theorie eines eigenständigen Vertragsverhältnisses einer genaueren Überprüfung nicht stand hält. Wie aber ist das primäre Grundverhältnis eines Verwaltungsrats zur Gesellschaft im Privatrecht letztlich zu qualifizieren? Die allgemeine Qualifikation als «gesellschaftsrechtliches Verhältnis» ist zu ungenau, da auch das

[98] Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem Abgeordneten und der Gesellschaft wird auch im Falle von Art. 762 OR nicht begründet, da sie gemäss Abs. 3 die gleichen Rechte und Pflichten haben wie die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates (ebenso PLÜSS, Rechtsstellung, 130).

Verhältnis der Aktionäre zur Gesellschaft darunter zu subsumieren ist. Zutreffender und genauer ist die Bezeichnung als «organschaftliches Rechtsverhältnis». Für PLÜSS ist diese Qualifikation nur eine sinnvolle «Verlegenheitslösung».[99] Es ist deshalb zu prüfen, ob es noch andere Qualifikationsmöglichkeiten gibt.

Das Rechtsverhältnis zwischen zwei natürlichen oder juristischen Personen kann im Obligationenrecht grundsätzlich nur auf drei Arten qualifiziert werden:[100]

– Vertragliches Verhältnis (Nominatkontrakt oder Innominatkontrakt)
– Ausservertragliches Verhältnis (unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung, culpa in contrahendo)
– Gesellschaftsrechtliches Verhältnis (wobei die möglichen Gesellschaftsformen abschliessend im Obligationenrecht aufgeführt und konkretisiert sind)

Nicht nur bei der Aktiengesellschaft, sondern auch bei der Kommanditaktiengesellschaft und bei der Genossenschaft ist ein Verwaltungsrat bzw. eine Verwaltung gesetzlich vorgeschrieben. Das Verhältnis ihrer Mitglieder zur Gesellschaft wird jeweils durch die besonderen gesellschaftsrechtlichen Normen konkretisiert, doch ist allen diesen Gesellschaftsvertretern gemeinsam, dass sie eine Organstellung innehaben. Mit der Bezeichnung «organschaftliches Verhältnis» wird der besonderen Rechtsstellung dieser Verwaltungsmitglieder am besten gerecht. Gleichzeitig kann auf diese Weise auch das Rechtsverhältnis eines Vorstandsmitgliedes zum Verein problemlos qualifiziert werden.

Wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsrat und der Gesellschaft als eigenständiges organschaftliches Verhältnis zu qualifizieren ist, dann gehen allfällige zusätzliche Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft nicht in einem einheitlichen Verhältnis auf, sondern sind ebenfalls eigenständig. Dies entspricht der erörterten Theorie des mehrfachen Rechtsverhältnisses.[101] Zum organschaftlichen Verhältnis können demnach noch andere, eigenständige Rechtsverhältnisse hinzukommen, insbesondere ein Arbeitsvertrag zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft.

Bereits 1917 gelangte WOLFERS[102] zur Überzeugung, ein Verwaltungsratsmitglied könne ein doppeltes Rechtsverhältnis zur Gesellschaft haben; allerdings stellte er dazu fest: «Das Verwaltungsratsmitglied, das sich zum Direktor ernennen lässt, kommt damit in eine doppelte vertragliche Bindung zur Gesellschaft. Er bleibt als

[99] PLÜSS, Rechtsstellung, 123.
[100] Sofern überhaupt ein Rechtsverhältnis besteht.
[101] Vgl. vorne Abbildung 2 auf S. 36.
[102] WOLFERS, 80.

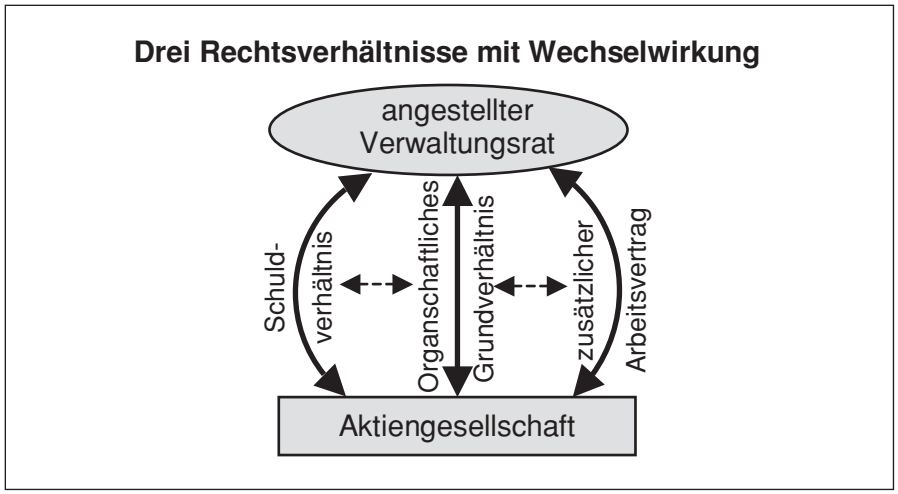
Verwaltungsratsmitglied in einem Auftragsverhältnis und schliesst zugleich, im Gegensatz zum Delegierten des Verwaltungsrats, als Geschäftsführer einen Dienstvertrag mit der Gesellschaft ab.» Dennoch unterscheidet sich die Auffassung von WOLFERS in zwei wesentlichen Punkten von der hier vertretenen Theorie:

– Das Grundverhältnis des Verwaltungsrats zur Gesellschaft enthält zwar auftragsrechtliche Elemente, ist jedoch weder als Auftrag noch als typischer Innominatkontrakt sui generis, sondern als eigenständiges organschaftliches Verhältnis zu qualifizieren.
– Auch der Delegierte des Verwaltungsrats kann zusätzlich zum organschaftlichen Grundverhältnis einen Arbeitsvertrag oder einen Auftrag mit der Gesellschaft abschliessen. Auf diesen Punkt ist im nachstehenden dritten Abschnitt noch näher einzugehen.

Das Bundesgericht hat sich am 10. Dezember 2001[103] im Zusammenhang mit einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit über die Kündigung eines Vizedirektors klar für die Theorie der mehrfachen Rechtsverhältnisse ausgesprochen: «Nach der Lehre handelt es sich bei der Rechtsbeziehung zwischen dem Organ und der Gesellschaft um ein schuld- bzw. vertragsrechtliches Doppelverhältnis (...).[104] Allerdings wird auch die Meinung vertreten, es liege ein einheitliches Rechtsverhältnis vor, für dessen Beendigung aber unterschiedliche Regeln gelten sollen (...).[105] Die beiden Rechtsverhältnisse sind indessen mit Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten, selbst wenn zwischen ihnen eine enge Wechselbeziehung besteht. Für alle drei Bereiche gelten je unterschiedliche Regelungen, die sich aber gegenseitig beeinflussen.» Im Falle eines angestellten Verwaltungsrats sieht das Bundesgericht demnach drei unterschiedliche Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft vor, welche untereinander wie folgt in Wechselwirkung stehen:

[103] BGE 128 III 129 Erw. 3.
[104] Mit Hinweis auf MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 57; WERNLI, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 707 OR.
[105] Mit Hinweis auf FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 5 und 15.

Abbildung 3: Bundesgerichtliche Auffassung der Rechtsverhältnisse VR zu AG



Quelle: Eigene graphische Darstellung der Rechtsbeziehungen VR zu AG nach BGE 128 III 129

In diesem Entscheid geht das Bundesgericht davon aus, das primäre Rechtsverhältnis eines Verwaltungsrats zur Gesellschaft könne in ein organschaftliches Grundverhältnis und ein zusätzliches Schuldverhältnis aufgeteilt werden, zu dem dann noch ein eigenständiger Arbeitsvertrag hinzukomme. Wie die vorstehenden Ausführungen jedoch gezeigt haben, kann kein eigenständiges Schuldverhältnis angenommen werden, ohne die Grundsätze des Vertragsrechts zu missachten. Das primäre Rechtsverhältnis weist zwar Aspekte eines Schuldverhältnisses auf, indem das Verwaltungsratsmandat Leistungspflichten des Gewählten und der Gesellschaft begründet,[106] doch führt dies nicht zu einem eigenständigen Schuldverhältnis. Vielmehr sind diese Aspekte lediglich Auswirkungen des organschaftlichen Verhältnisses. Nur dieses kann als eigenständiges Grundverhältnis qualifiziert werden. Damit ist die Auffassung des Bundesgerichtes bezüglich drei unterschiedlicher Rechtsverhältnisse beim angestellten Verwaltungsrat gemäss vorstehender Abbildung abzulehnen. Statt dessen ist festzustellen, dass es in einem solchen Falle nur (aber immerhin) zwei eigenständige Rechtsverhältnisse gibt: das organschaftliche Grundverhältnis und der zusätzliche Arbeitsvertrag.

[106] Ebenso schon PLÜSS, Rechtsstellung, 123.

3. Sonderstellung des VR-Delegierten und des VR-Präsidenten

a) Bedeutung für die Beurteilung der Theorien über das Rechtsverhältnis

Ob die Rechtstheorie eines einheitlichen organschaftlichen Grundverhältnisses zwischen einem Verwaltungsrat und der Gesellschaft in allen Belangen korrekt ist, kann am besten anhand der Sonderstellung eines VR-Delegierten bzw. eines VR-Präsidenten überprüft werden. Hier zeigt sich insbesondere, ob die Rechtstheorie allen in der Praxis vorkommenden Varianten gerecht wird. Gleichzeitig hilft diese Analyse zum Verständnis der weiter hinten vorgestellten Ergebnisse aus der Umfrage bei den VR-Delegierten.[107]

b) Begriff des VR-Delegierten

Im Obligationenrecht wird der Begriff des Delegierten lediglich in Art. 718 Abs. 2 OR explizit verwendet.[108] Danach kann der Verwaltungsrat die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen.[109] Mit dieser Formulierung ist klargestellt, dass es sich beim Delegierten im Gegensatz zum Direktor um ein Mitglied des Verwaltungsrats handeln muss.[110] Der Begriff des VR-Delegierten lässt sich damit wie folgt bestimmen: Ein Mitglied des Verwaltungsrats, welchem vom Gesamtverwaltungsrat die Vertretung der Gesellschaft, allenfalls mit teilweiser oder vollständiger Geschäftsführung, übertragen wurde.[111]

[107] Vgl. die Ergebnisse der Umfrage hinten im TEIL 2 § 5 III. auf S. 119 ff.

[108] Implizit jedoch auch in Art. 716b Abs. 1 OR.

[109] WATTER, Basler Kommentar, N 11 bzw. 15 zu Art. 718 OR, und HOMBURGER, Zürcher Kommentar, N 1129 zu Art. 718 OR, bedauern, dass in diesem Artikel nur von der Übertragung der Vertretung und nicht auch von der Geschäftsführung gesprochen wird. Tatsächlich ist der Begriff «Vertretung» weit aufzufassen, so dass auch die Geschäftsführungsvertretung darunter zu verstehen ist.

[110] Ebenso schon MEYER, 34; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 518 zu § 13, und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 149. Der frühere Streit in der Lehre um die Notwendigkeit einer Mitgliedschaft im Verwaltungsrat ist damit erledigt (vgl. VOLLMAR, 97, und BUSCH, 74, beide mit Hinweis auf die abweichenden Meinungen von BÜRGI, Zürcher Kommentar, N 26 zu Art. 717 aOR, und SCHULTHESS, 114).

[111] Vgl. BUSCH, 74; MEYER, 13; VOLLMAR, 98. Obwohl in Art. 718 Abs. 2 OR nur die Rede von der Vertretung der Gesellschaft ist, enthalten die Begriffsbestimmungen dieser Autoren auch die Übertragung der Geschäftsführung; dies entspricht der ursprünglichen Formulierung des analogen Art. 766 aOR im Entwurf von 1919 (vgl. ENTWURF I, 70) bzw. Art. 730 aOR des überarbeiteten Entwurfs von 1923 (vgl. ENTWURF II, 49); BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rz. 8, definiert den Delegierten richtigerweise ganz generell als «Empfänger einer (Teil-) Aufgabe».

Der VR-Delegierte muss nicht zwingend Mitglied der Geschäftsführung und schon gar nicht Vorsitzender der Geschäfts- oder Konzernleitung sein,[112] weshalb er auch nicht unbedingt in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen muss. In der Praxis wird der VR-Delegierte gelegentlich nicht mit Geschäftsführungsaufgaben betraut, sondern als Bindeglied zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung zur Verbesserung des Informationsflusses eingesetzt.[113] Wie ist nun aber umgekehrt ein von der Gesellschaft angestellter Direktor zu bezeichnen, dem als Dritten im Sinne des Gesetzes zuerst die Geschäftsführung übertragen wurde und der erst später noch zusätzlich in den Verwaltungsrat gewählt wird? Nach dem Wortlaut von Art. 718 Abs. 2 OR müsste er nun automatisch als Delegierter bezeichnet werden. In der Literatur finden sich Befürworter und Gegner dieser Auslegung.[114] In der Praxis wird ein klarer Unterschied gemacht zwischen einem Direktor, welcher später noch in den Verwaltungsrat gewählt wird, und einem Delegierten, welcher ausdrücklich als solcher vom Verwaltungsrat bestimmt wurde. Dies zeigt sich insbesondere an den Formulierungen im Organisationsreglement, wo zwischen dem VR-Delegierten und Direktor unterschieden wird. Dabei wird beim VR-Delegierten ausdrücklich eine Mitgliedschaft im Verwaltungsrat vorausgesetzt, umgekehrt beim Direktor aber nicht ausgeschlossen.[115] Bereits auf Grund der Feststellungen in der Praxis ist zu vermuten, dass ein Direktor, welcher nachträglich in den Verwaltungsrat gewählt wird, damit nicht automatisch zum VR-Delegierten wird. Dazu ist vielmehr ein entsprechender Beschluss des Gesamtverwaltungsrates nötig. Wie die nachstehenden Ausführungen zeigen, entspricht diese Feststellung auch der Notwendigkeit zur Eintragung im Handelsregister.

Gemäss Art. 641 Ziff. 8 und 9 OR i.V.m. Art. 720 OR sind vom Verwaltungsrat zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden: die Namen der Mitglieder des Verwaltungsrats und der zur Vertretung befugten Personen unter Angabe von Wohn-

[112] Die Auswertung der Basisdaten (vgl. hinten TEIL 2 § 4 IV. 2. d) auf S. 107 ff.) zeigt, dass es zahlreiche Gesellschaften gibt, in denen die Funktion des Geschäftsführers bzw. die Stelle des Vorsitzenden der Geschäfts- oder Konzernleitung personell vom VR-Delegierten getrennt wird; a.M. ohne Begründung BUSCH, 74; ebenso WALDBURGER, 222, welcher den Delegierten des Verwaltungsrats als «Inside Director par excellence» bezeichnet, doch muss ein Delegierter nach dem Wortlaut des Gesetzes eben gerade nicht zwingend der Geschäftsleitung angehören.

[113] Nach den Ergebnissen der Umfrage sind rund 9% aller VR-Delegierten nicht direkt in die Geschäftsleitung integriert (vgl. hinten Tabelle 21 und die entsprechende Auswertung auf S. 132). Zu Recht bezeichnet deshalb VON STEIGER, 74 und 220, Delegierte als Personen, die mit besonderen Funktionen betraut worden sind, wie z.B. Leitung oder Überwachung des technischen oder kommerziellen Teiles des Betriebes, Geschäftsführung im engeren Sinne oder Vertretung nach aussen.

[114] Für einen automatischen Bezeichnungswechsel: EIGENMANN, 66, und VOLLMAR, 111; gegen eine Gleichsetzung von Delegiertem und Direktor im VR spricht sich MEYER, 65 f., aus.

[115] Vgl. die entsprechenden Formulierungen im Muster eines Organisationsreglements bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 508 f.

sitz und Staatsangehörigkeit sowie die Art der Ausübung der Vertretung. Damit stellt sich die Frage, ob der VR-Delegierte zwingend mit seiner Zusatzfunktion im Handelsregister eingetragen werden muss oder ob seine Mitgliedschaft im Verwaltungsrat und seine Zeichnungsberechtigung als Eintrag genügen. Die Frage ist um so berechtigter, als z.B. die Nichteintragung des stillen Verwaltungsrats die gesetzliche Anmeldungspflicht verletzen und den Straftatbestand der unwahren Angaben gegenüber den Handelsregisterbehörden erfüllen würde.[116] Für die Eintragungspflicht des VR-Delegierten spricht der Wortlaut des Gesetzes. Es wird bei der Angabe der Vertretung ausdrücklich «die Art der Ausübung» verlangt. Damit genügt die Angabe des Vertretungsberechtigten allein zweifellos nicht. Bei einer weiten Auslegung würde auch die Art der Zeichnungsberechtigung noch nicht genügen; vielmehr wäre auch die Funktion, mit welcher die Vertretung ausgeübt wird, genau anzugeben. Dagegen spricht jedoch die Tatsache, dass im Handelsregister nur eine beschränkte Anzahl von Funktionen zur Eintragung zugelassen wird[117] und «unter altem Aktienrecht die Eintragung der Kombination der Funktion Delegierter des Verwaltungsrats und Direktor bzw. Geschäftsführer aus verantwortlichkeitsrechtlichen Überlegungen nicht zugelassen wurde.»[118] Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich die Vertretungsbefugnis nur auf Teilgeschäfte, ev. sogar nur auf ein bestimmtes Geschäft (Prozessvertretung) beschränken kann, so dass eine generelle Eintragung im Handelsregister letztlich sogar irreführend sein könnte. Schliesslich ist festzustellen, dass es sich bei der Bestimmung über die Art der Vertretungsausübung nur um eine Ordnungsvorschrift handelt;[119] die Eintragung selbst ist nicht Voraussetzung der Vertretungsbefugnis. Eine ähnliche Situation besteht auch bei der GmbH im Zusammenhang mit der Eintragung eines Revisors. Auch dort ist die Eintragung zwar möglich, aber mangels gesetzlicher Vorschrift besteht keine Verpflichtung dazu.[120] Diese Überlegungen zeigen, dass ein VR-Delegierter im Gegensatz zum VR-Präsidenten[121] nicht zwingend mit seiner Zusatzfunktion im Handelsregister eingetragen werden muss; es genügt die Angabe seiner Mitgliedschaft im Verwaltungsrat und die Art seiner Zeichnungsberechtigung.

[116] Art. 153 StGB; vgl. Böckli, Aktienrecht, Rz. 52 und 91 zu § 13.

[117] Vgl. dazu TEIL 2 § 4 IV. 1. auf S. 99 ff. und Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30 N 112 ff.

[118] Aus einem Bestätigungsschreiben des Eidg. Amtes für das Handelsregister vom 31.5.2001 mit dem Hinweis, dass es sich bei den Abweichungen von der Praxis bis zum 1. Juli 1992 mit aller Wahrscheinlichkeit nach um Fehleintragungen handle.

[119] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30 N 106, mit Verweis auf BGE 76 I 351 f.

[120] Vgl. Bericht über die Tätigkeit der Eidg. Fachkommission für das Handelsregister im Jahre 2001 in REPRAX 4 (2002) 68.

[121] Hier ergibt sich die Eintragungspflicht aus Art. 712 OR; vgl. Hungerbühler, 44, mit der Klarstellung, dass die Eintragung im Handelsregister keine direkten Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Gewählten hat.

c) Sonderstellung des VR-Delegierten

Verschiedene Autoren gehen beim VR-Delegierten von einem besonderen Rechtsverhältnis zur Gesellschaft aus.[122] Bei einem Direktor, der nachträglich in den Verwaltungsrat gewählt wird, anerkennen sie ein mehrfaches Rechtsverhältnis mit einem eigenständigen Arbeitsvertrag. Beim VR-Delegierten vertreten sie jedoch die Auffassung, es liege stets nur ein einheitliches Rechtsverhältnis vor,[123] da der VR-Delegierte bezüglich seiner Funktion kein neues Vertragsverhältnis mit der Gesellschaft abschliesse, sondern lediglich eine separate Aufgabe im Rahmen seiner Verwaltungsratsfunktion wahrnehme. Bei dieser Theorie wird vorausgesetzt, dass ein Direktor niemals mit der Funktion eines VR-Delegierten betraut wird. Die durchgeführte Rechtstatsachenforschung beweist jedoch das Gegenteil: Rund 3% aller VR-Delegierten sind gleichzeitig als Direktoren, Filialleiter, Geschäftsführer oder GL-Vorsitzende im Handelsregister eingetragen.[124] Andererseits ist zu beachten, dass auch in einem Verwaltungsrat mit nur zwei Mitgliedern ein VR-Delegierter bestimmt werden kann. Ist dies der VR-Präsident selbst, so wird ein Arbeitsvertrag mangels Subordinationsverhältnis i.d.R. nicht möglich sein.[125] Es kann deshalb umgekehrt nicht davon ausgegangen werden, dass jeder VR-Delegierte in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht.

Es lässt sich nicht bestreiten, dass ein VR-Delegierter ebenso wie jedes übrige Mitglied des Verwaltungsrats neben dem organschaftlichen Grundverhältnis noch in ein zusätzliches eigenständiges Rechtsverhältnis zur Gesellschaft treten kann, sei dies nun in Form eines Auftrages oder eines Arbeitsvertrages. Zu prüfen ist, ob die blosse Übernahme der Delegiertenfunktion bereits zu einem solchen zusätzlichen Rechtsverhältnis führt, oder ob dies nichts anderes ist als eine Spezifizierung der besonderen Rechte und Pflichten des betreffenden Verwaltungsratsmitglieds.

Bestimmt der Verwaltungsrat aus seiner Mitte einen Delegierten, so ist dies rechtlich eine Offerte an den Betroffenen, eine besondere Zusatzfunktion mit entsprechenden Rechten und Pflichten anzunehmen. Die Offerte wird dabei durch die Gesellschaft, vertreten durch den Gesamtverwaltungsrat, unterbreitet.[126] Eine Pflicht

[122] Vgl. WOLFERS, 54; MEYER, 62 ff.; VOLLMAR, 99.

[123] MEYER, 43, bezeichnet dies als «Unterbeauftragung», weshalb er beim VR-Delegierten einen nachträglichen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft ausschliesst.

[124] Vgl. hinten Tabelle 12 auf S. 107 und Tabelle 13 auf S. 108, wobei die Doppelfunktion bei VR-Delegierten mit Wohnsitz in der französischsprachigen Schweiz fast doppelt so hoch ist wie im schweizerischen Durchschnitt.

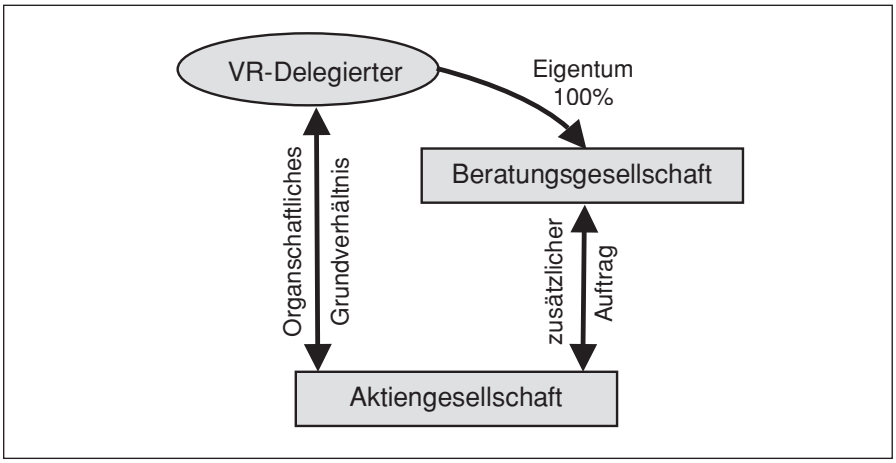
[125] Bei einer organunabhängigen Tätigkeit kann jedoch sogar beim Einzelverwaltungsrat ein Arbeitsverhältnis rechtlich zulässig sein (vgl. dazu hinten TEIL 3 § 6 III. 3. c) auf S. 199 f.

[126] A.M. MEYER, 43, welcher davon ausgeht, der Gesamtverwaltungsrat beauftrage den VR-Delegierten in eigenem Namen; diese Auffassung ist schon angesichts der resultierenden Konsequenzen (Entschädigungspflicht und Haftung für Hilfspersonen) abzulehnen.

zur Annahme einer Delegiertenfunktion besteht nicht; dies lässt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Materialien ableiten. Nimmt der Betroffene die Offerte zur Ausübung der Zusatzfunktion an, so kommt es allein dadurch nicht zu einem zusätzlichen Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Es bleibt grundsätzlich beim organschaftlichen Grundverhältnis, das nun jedoch bezüglich der resultierenden Rechte und Pflichten konkretisiert und teilweise erweitert wird.

Der Gesamtverwaltungsrat kann dem zukünftigen VR-Delegierten offerieren, gleichzeitig mit der Funktionsübernahme ein zusätzliches Auftrags- oder Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft einzugehen. Der zukünftige VR-Delegierte kann auch seinerseits die Funktionsübernahme davon abhängig machen, dass er sozialversicherungsrechtlich durch einen Arbeitsvertrag abgesichert wird. Ist er jedoch Inhaber einer eigenen Beratungsgesellschaft, was gemäss Ragionenbuch relativ häufig vorkommt, so wird er statt dessen allenfalls verlangen, dass seine eigene Gesellschaft gestützt auf einen Beratervertrag das zusätzliche Honorar verrechnen kann.[127] Kommt in einem solchen Falle ein Vertragsabschluss zustande, bestehen folgende Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten:

Abbildung 4: Rechtsverhältnisse beim VR-Delegierten mit eigener Beratungsgesellschaft



Quelle: Eigene Darstellung möglicher Rechtsbeziehungen beim VR-Delegierten

[127] Dadurch entfällt die Pflicht zur Ablieferung von Sozialversicherungsbeiträgen gemäss Art. 7 lit. h AHVV, doch entsteht allenfalls eine MWST-Pflicht, falls die Beratungsgesellschaft die entsprechenden Umsatzzahlen gemäss Art. 21 Abs. 1 MWSTG erreicht.

Eine Vertragskonstruktion gemäss Abbildung 4 kann in der Praxis auch bei Verwaltungsratsmitgliedern ohne Zusatzfunktion beobachtet werden. Bisweilen steht die Beratungsgesellschaft auch im Eigentum Dritter, dafür wurde dann ein Arbeitsvertrag zwischen jener und dem Verwaltungsratsmitglied abgeschlossen.[128] Alle diese Konstruktionen sind möglich, ohne dass die Rechtstheorie eines organschaftlichen Grundverhältnisses dadurch beeinträchtigt würde.

Wird von der Aktiengesellschaft für die Übernahme der Delegiertenfunktion keine zusätzliche Entschädigung geleistet oder wird ausdrücklich vereinbart, dass der VR-Delegierte ohne Weisungen des Gesamtverwaltungsrats zu handeln habe, so kommt nur ein zusätzliches Auftragsverhältnis in Frage. Behält sich der Gesamtverwaltungsrat jedoch ausdrücklich ein Weisungsrecht vor, wird eine regelmässige Entschädigung vereinbart und steht dem VR-Delegierten zudem in den Räumen der Gesellschaft die notwendige Infrastruktur zur Ausübung seiner Tätigkeit zur Verfügung, so kann im Einzelfall u.U. auch dann ein Arbeitsvertrag bestehen, wenn dies von den Parteien nicht ausdrücklich so vereinbart wurde.[129] Diese Feststellung korrespondiert mit der Tatsache, dass der Verwaltungsrat gemäss Art. 718 Abs. 2 OR die Vertretung nicht nur einem Mitglied, sondern auch einem Dritten übertragen kann; in diesem Falle ist es offensichtlich, dass ein separates Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft zustande kommt, welches nicht nur als Auftrag sondern auch als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann. Im Rahmen des gesetzlich Zulässigen können überdies Wechselwirkungen zwischen dem organschaftlichen Grundverhältnis und dem zusätzlichen Rechtsverhältnis vereinbart werden, so insbesondere bezüglich Befristung auf die Amtsdauer als Mitglied des Verwaltungsrats oder bezüglich Schadenersatzansprüchen bei vorzeitiger Vertragsauflösung oder Abwahl als Verwaltungsrat.[130]

Vereinzelt wird die Frage aufgeworfen, ob durch die Funktionsübernahme nicht auch ein Rechtsverhältnis zwischen dem VR-Delegierten und dem Gesamtverwaltungsrat begründet wird.[131] Wie bereits festgestellt wurde, unterbreitet der Gesamtverwaltungsrat seine Offerte im Namen der Gesellschaft und nicht in eigenem Namen; es ist deshalb ausgeschlossen, dass zwischen dem VR-Delegierten und dem Gesamtverwaltungsrat selbst eine zusätzliche Rechtsbeziehung entste-

[128] Die Beratungsgesellschaft stellt ihren Arbeitnehmer gegen entsprechende Verrechnung der Aktiengesellschaft als Verwaltungsrat zur Verfügung; der Betroffene erhält für seine Tätigkeit kein VR-Honorar von der Aktiengesellschaft, sondern Lohnzahlungen von der Beratungsgesellschaft.

[129] Zu den Besonderheiten eines faktischen Arbeitsvertrages ausführlich hinten TEIL 3 § 6 II. 2. auf S. 191 ff.

[130] Vgl. die Musterklauseln im Anhang A.5.1 auf S. 519 ff.; zur Zulässigkeit solcher Klauseln vgl. vorne TEIL 1 § 2 IV. 2. auf S. 34 ff.

[131] Vgl. BUSCH, 75 f.; MEYER, 43; VOLLMAR, 99, m.w.H.

hen könnte.[132] Nur die Gesellschaft wird allenfalls verpflichtet. Die Abhängigkeit vom Gesamtverwaltungsrat bzw. das Weisungsrecht desselben darf nicht mit einem persönlichen Rechtsverhältnis gleichgesetzt werden. Würde man unsinnigerweise vom Gegenteil ausgehen, so hätte der Gesamtverwaltungsrat auch persönlich für die Funktionsentschädigung an den VR-Delegierten einzustehen. Diese Konsequenz zeigt, dass mit der Übertragung von Vertretungs- und Geschäftsführungskompetenzen an einen VR-Delegierten kein separates Rechtsverhältnis mit dem Gesamtverwaltungsrat zustande kommt. Der VR-Delegierte erhält dadurch aber eine Sonderstellung gegenüber den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrats, indem er nun den diesbezüglichen Weisungen unterworfen werden kann.[133] Gerade dieses Subordinationsverhältnis ist aber wiederum Voraussetzung dafür, dass zwischen dem VR-Delegierten und der Gesellschaft überhaupt rechtsgültig ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden kann.[134]

Schliesslich ist das Rechtsverhältnis des VR-Delegierten zur Gesellschaft auch danach zu beurteilen, wie es wieder aufgehoben werden kann. Gemäss Art. 718 Abs. 2 OR ist der Gesamtverwaltungsrat für die Bestellung eines VR-Delegierten zuständig. Folglich fällt auch dessen Abberufung in die Kompetenz des Gesamtverwaltungsrats, wobei sich an der Stellung des Betroffenen als Verwaltungsratsmitglied dadurch nichts ändert.[135] Während beim VR-Präsidenten die Kompetenz zur Wahl bzw. Abwahl gestützt auf Art. 712 Abs. 2 OR statutarisch der Generalversammlung übertragen werden kann, ist dies beim VR-Delegierten nicht möglich. Ist die Generalversammlung mit dem vom Gesamtverwaltungsrat bestimmten VR-Delegierten nicht einverstanden, so hat sie nur die Möglichkeit einer indirekten Abwahl, indem sie ihn als Mitglied des Verwaltungsrats abwählt.[136] Damit entfällt automatisch auch die Funktion als VR-Delegierter, denn nach Art. 718 Abs. 2 OR wird die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat für die Delegiertenfunktion vorausge-

[132] Genauso steht auch der VR-Präsident bezüglich seiner Zusatzfunktion nicht in einer separaten Rechtsbeziehung zum Gesamtverwaltungsrat (vgl. HOMBURGER, Zürcher Kommentar, N 259 zu Art. 712 OR; HUNGERBÜHLER, 168); die gegenteilige Auffassung von BÜRGI, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 714 aOR, und NIGGLI, 31, ist abzulehnen.

[133] In diesem Sinne auch BUSCH, 76.

[134] Zu dieser zwingenden Voraussetzung ausführlich hinten TEIL 3 § 6 II. 1. c) auf S. 178 ff.

[135] Genau dieser Fall war in ZR 85 (1986) Nr. 41, S. 90 zu beurteilen. Das Zürcher Obergericht gelangte dabei in seinem Entscheid vom 23.10.1984 zur Auffassung, dass die oberste Kontrollfunktion über Verwaltungsratsausschüsse, Delegierte und Direktoren – vorbehältlich der konkreten Kontrolle durch die Generalversammlung – beim Gesamtverwaltungsrat verbleibe. Dieses Kontrollrecht des Verwaltungsrats schliesse aber als ultima ratio die Befugnis ein, einzelne Personen der Gremien einstweilen in ihren Funktionen einzustellen.

[136] Gl.M. BUSCH, 75; a.M. MEYER, 45, welcher aus Art. 705 OR ableitet, die GV könne einen VR-Delegierten wie jeden anderen Bevollmächtigten oder Beauftragten abberufen; dabei übersieht MEYER, dass ein VR-Delegierter nicht von der GV, sondern vom VR bestellt wird, weshalb auch nur diesem ein direktes Abberufungsrecht zusteht.

setzt. Allerdings bleibt es dem Gesamtverwaltungsrat unbenommen, dem abgewählten Mitglied nun als Drittem im Sinne des Gesetzes, allenfalls mit dem offiziellen Titel eines Direktors, die Vertretung der Gesellschaft mit bestimmten Geschäftsführungskompetenzen zu übertragen bzw. im Rahmen eines bereits bestehenden Auftrages oder Arbeitsvertrages zu belassen. Ist die Generalversammlung auch damit nicht einverstanden, so bleibt ihr nichts anderes übrig, als den gesamten Verwaltungsrat auszuwechseln.

Diese Überlegung verdeutlicht, dass ein VR-Delegierter klar in einem doppelten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft stehen kann; nur so ist es möglich, dass trotz Abwahl als Verwaltungsrat die Übertragung der Vertretungs- bzw. Geschäftsführungskompetenz bestehen bleiben kann. Die Beendigung des Rechtsverhältnisses ist dabei klar von der Zuteilung einer Funktionsbezeichnung oder einer Zeichnungsberechtigung zu trennen. Einem Direktor kann sein Titel und seine Zeichnungsberechtigung jederzeit durch den Verwaltungsrat entzogen werden; das Handelsregister wird die Änderung auch ohne Zustimmung des Direktors eintragen, doch bleiben allfällige auftrags- oder arbeitsrechtliche Forderungen des Direktors vorbehalten. Genauso kann der Verwaltungsrat auch jederzeit einen VR-Delegierten in seinen Funktionen einstellen oder ihm seine Zeichnungsberechtigung entziehen; allerdings bleiben auch hier allfällige auftrags- oder arbeitsrechtliche Forderungen des VR-Delegierten vorbehalten.

d) Sonderstellung des VR-Präsidenten

Die Überlegungen zur Sonderstellung des VR-Delegierten können in analoger Weise auf den VR-Präsidenten übertragen werden. Auch wenn das Recht zur Wahl des Präsidenten gemäss Art. 712 Abs. 2 OR statutarisch der Generalversammlung zugewiesen werden kann, so legt dennoch der Verwaltungsrat gestützt auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR die Organisation fest. Dazu gehört auch der Abschluss von Rechtsgeschäften, welche allenfalls zusätzlich zum organschaftlichen Grundverhältnis für eine ausreichende Organisation nötig sind. Die Funktion des VR-Präsidenten ist demnach ebenso wie diejenige des VR-Delegierten nichts anderes als eine Konkretisierung und Erweiterung der Rechte und Pflichten aus dem organschaftlichen Grundverhältnis. Dadurch wird aber entgegen einzelner Meinungen in der Literatur[137] ein zusätzliches Arbeitsverhältnis zwischen Aktiengesellschaft und VR-Präsident nicht ausgeschlossen. Auch der VR-Präsident ist den Weisungen des Gesamtverwaltungsrats unterworfen. Es ist deshalb nicht notwendig, dass der VR-Präsident zusätzliche operative Aufgaben übernimmt, nur damit ein Arbeitsvertrag möglich wird.

[137] HUNGERBÜHLER, 170; KRNETA, Praxiskommentar, Rz. 676 f.

e) Zwischenergebnis für die Rechtstatsachenforschung

Die Überlegungen zur Sonderstellung von speziellen Funktionsträgern im Verwaltungsrat ergeben als Zwischenergebnis für die Rechtstatsachenforschung zur arbeitsrechtlichen Stellung der VR-Delegierten[138] folgende rechtliche Ausgangslage:

- Bestimmt der Verwaltungsrat eines seiner Mitglieder zum Delegierten, so stellt dies eine Offerte der Gesellschaft an das betreffende Verwaltungsratsmitglied zur Übernahme einer Zusatzfunktion gegen Erhalt von besonderen Kompetenzen und allenfalls einer zusätzlichen Entschädigung dar.
- Nimmt das betreffende Verwaltungsratsmitglied die Offerte an, so wird sein organschaftliches Grundverhältnis zur Gesellschaft mit entsprechenden zusätzlichen Rechten und Pflichten konkretisiert bzw. erweitert; allein durch die Annahme der Zusatzfunktion entsteht noch kein neues, eigenständiges Rechtsverhältnis.
- Der VR-Delegierte kann im Zusammenhang mit seiner Funktionsausübung ein zusätzliches Rechtsverhältnis in Form eines Auftrages oder Arbeitsvertrages mit der Gesellschaft eingehen, wobei bestimmte Wechselwirkungen mit dem organschaftlichen Grundverhältnis vereinbart werden können.
- Die Generalversammlung kann einen VR-Delegierten nur indirekt absetzen, indem sie ihn als Mitglied des Verwaltungsrats abwählt; durch den Verlust der Verwaltungsratsstellung wird auch die Funktion als VR-Delegierter unmöglich. Der Gesamtverwaltungsrat kann dem Betroffenen jedoch praktisch die gleichen Aufgaben und Kompetenzen wie vorher nun unter dem Titel eines Direktors übertragen und damit ein zusätzlichen Rechtsverhältnis in Form eines Auftrages oder Arbeitsvertrages belassen.
- Der Verwaltungsrat kann einem VR-Delegierten jederzeit seine Zusatzfunktion und die damit verbundenen Kompetenzen entziehen, so dass nur noch die Rechte und Pflichten aus dem ursprünglichen organschaftlichen Grundverhältnis verbleiben; allfällige auftrags- oder arbeitsrechtliche Forderungen des VR-Delegierten aus einem zusätzlich eingegangen Rechtsverhältnis bleiben vorbehalten, sofern dieses gleichzeitig aufgehoben wird.

[138] Von den über 9'000 VR-Delegierten in der Schweiz wurden 3'000 angeschrieben, davon antworteten 1'262, was 42,1% entspricht (vgl. hinten TEIL 2 § 5 auf S. 110 ff.).

4. Sonderstellung der Vertreter einer Körperschaft des öffentlichen Rechts

Art. 762 Abs. 1 OR bietet die gesetzliche Möglichkeit, statutarisch einer Körperschaft des öffentlichen Rechts die Befugnis einzuräumen, Vertreter in den Verwaltungsrat zu delegieren, ohne dass diese oder die Körperschaft des öffentlichen Rechts Aktionäre sein müssen.[139] Im gleichen Artikel wird klargestellt, dass diese Vertreter im Verwaltungsrat weder durch die Generalversammlung gewählt noch abberufen werden können. Dennoch haben sie ansonsten die gleichen Rechte und Pflichten wie die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates.[140]

Da die Vertreter der öffentlich-rechtlichen Körperschaft konkrete Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft haben, stehen sie mit dieser offensichtlich in einem Rechtsverhältnis. Ein Vertrag kann dies nicht sein, da zwischen den Parteien keinerlei Willenserklärungen ausgetauscht wurden und auch keine stillschweigende Vertragsschliessung im Sinne von Art. 6 OR angenommen werden kann.[141] Der Generalversammlungsbeschluss zur Aufnahme einer entsprechenden statutarischen Grundlage kann nicht als Offerte der Gesellschaft verstanden werden, da sich die Statutenbestimmung direkt an die Körperschaft des öffentlichen Rechts und nicht an den abgeordneten Vertreter im Verwaltungsrat richtet. Hier zeigt sich in besonderem Masse, dass es sich beim Grundverhältnis eines Verwaltungsratsmitglieds zur Gesellschaft nicht um einen privatrechtlichen Vertrag, sondern um ein spezielles organschaftliches Verhältnis im Sinne des Gesellschaftsrechts handeln muss.

Die Theorie eines eigenständigen organschaftlichen Rechtsverhältnisses bewährt sich auch beim Sonderfall des Verwaltungsratsmitglieds abgeordnet durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Ein solcher abgeordneter Vertreter kann, wie jedes andere Verwaltungsratsmitglied auch, zusätzlich zu seinem organschaftlichen Verhältnis noch einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft abschliessen und damit eine rechtliche Doppelstellung inne haben.

[139] Zur Aktionärsvoraussetzung vgl. hinten TEIL 3 § 6 I. 1. d) auf S. 166 ff.
[140] Vgl. STEINER, 143 ff.; WERNLI, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 762 OR.
[141] Ebenso schon VON STEIGER, 220, doch ignoriert er diesen Sonderfall und stellt allgemein fest, dass es sich beim Rechtsverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft um ein Mandat im Sinne von Art. 394 ff. OR handle.

5. Zusammenfassung und Ergebnis

Das Rechtsverhältnis eines Verwaltungsrats zur Aktiengesellschaft ist wegen seinen gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten als eigenständiges organschaftliches Grundverhältnis zu qualifizieren, zu dem weitere eigenständige Rechtsverhältnisse wie Auftrag oder Arbeitsvertrag hinzukommen können.

Das organschaftliche Grundverhältnis weist vertragsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Komponenten auf, doch enthält es keinen eigenständigen Vertragsteil im Sinne eines Innominatkontrakts sui generis. Die Generalversammlung ist zwar befugt, selbständig und ohne Mitwirkung von Organvertretern Rechtsgeschäfte abzuschliessen, doch kann bei entsprechenden statutarischen Bestimmungen ein Verwaltungsratsmitglied direkt von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordnet werden; dadurch entsteht ein Rechtsverhältnis ohne Mitwirkung der Gesellschaft. Zudem kann ein Verwaltungsrat jederzeit von der Generalversammlung (bzw. der abgeordnete Verwaltungsrat nur von der Körperschaft des öffentlichen Rechts) rechtsgültig abberufen werden, ohne dass das einzelne Verwaltungsratsmitglied von dieser Abberufung tatsächlich oder fiktiv Kenntnis nehmen müsste. Diese Besonderheiten widersprechen den fundamentalen Grundsätzen des Vertragsrechts, weshalb das primäre Grundverhältnis eines Verwaltungsratsmitglieds zur Gesellschaft nicht als mehrfaches Rechtsverhältnis, sondern nur als einheitliches organschaftliches Verhältnis qualifiziert werden kann.

Akzeptiert ein Verwaltungsratsmitglied eine Zusatzfunktion als VR-Delegierter oder VR-Präsident, so werden die Rechte und Pflichten des organschaftlichen Grundverhältnisses diesbezüglich konkretisiert bzw. erweitert, ohne dass durch die Zusatzfunktion allein ein zusätzliches Rechtsverhältnis begründet würde. Insbesondere entsteht kein Auftragsverhältnis zwischen dem Gesamtverwaltungsrat und dem besonderen Funktionsträger. Der VR-Delegierte bzw. der VR-Präsident kann im Zusammenhang mit seiner Funktionsausübung ein zusätzliches Rechtsverhältnis in Form eines Auftrages oder Arbeitsvertrages mit der Gesellschaft eingehen, wobei bestimmte Wechselwirkungen mit dem organschaftlichen Grundverhältnis vereinbart werden können. Ohne die Vereinbarung von solchen Wechselwirkungen ist das rechtliche Schicksal des zusätzlichen Vertragsverhältnisses vom organschaftlichen Grundverhältnis grundsätzlich unabhängig.

In der Lehre wurde das Rechtsverhältnis des Verwaltungsrats zur Gesellschaft je nach Stand der Rechtsentwicklung völlig unterschiedlich qualifiziert. Nachdem sich gezeigt hatte, dass weder die Variante Auftrag noch diejenige als Arbeitsvertrag einer sorgfältigen Prüfung standhält, wurde das Verhältnis mehrheitlich als Innominatkontrakt sui generis bezeichnet. In der neueren Literatur wurde schliesslich die Qualifikation als organschaftliches Verhältnis verwendet, doch wurde da-

bei nicht geklärt, wie sich dieses Rechtsverhältnis zu einem allfälligen zusätzlichen Auftrag oder Arbeitsvertrag verhält.

Noch widersprüchlicher ist die Judikatur und dabei insbesondere diejenige des Bundesgerichtes. Zu Recht wird in den letzten Entscheiden nun festgestellt, dass im Einzelfall zu prüfen sei, ob neben den schuld- und gesellschaftsrechtlichen Komponenten des organschaftlichen Verhältnisses noch ein eigenständiger Auftrag oder Arbeitsvertrag bestehe.