

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG)
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Martin Waldbyrgeir
von
Teufen (Appenzell Ausserrhoden)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Jean Nicolas Druey
und
Prof. Dr. Peter Nobel

Dissertation Nr. 2641

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Inhaltsverzeichnis | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XV |
| Literaturverzeichnis | XXI |
| | |
| § 1 Einführung | 1 |
| I. Zielsetzung | 1 |
| II. Relevanz | 2, |
| a. Skepsis in der Praxis | 7 |
| b. Entgegnung aus theoretisch-praktischer Sicht | 2 |
| c. Hintergrund: Entscheidungsfindung im Verwaltungsrat | 5 |
| III. Lehre und Rechtsprechung | 7 |
| a. Schweiz | 7 |
| b. Deutschland | 9 |
| | |
| § 2 Aktienrechtliche Ausgangslage | 12 |
| I. Rechtsnatur und Ausgestaltung des Verwaltungsratsmandates | 12 |
| a. Allgemein | 12 |
| b. Im Verhältnis zur Aktiengesellschaft | 12 |
| c. Im Verhältnis zu weiteren Ansprechpartnern, insbesondere den Verwaltungsratskollegen | 13 |
| II. Bereiche anerkannt gleicher Rechte und Pflichten | 14 |
| a. Bedeutung für den Gleichbehandlungsgrundsatz | 14 |
| b. Gleiche Rechte | 15 |
| c. Gleiche Pflichten | 18 |
| d. Forschungslücke | 20 |
| | |
| § 3 Gleichbehandlung und Privatrecht | 22 |
| I. Inhalt des Gleichbehandlungsgebots im Allgemeinen | 22 |
| a. Gleichbehandlung als Frage nach dem legitimen Massstab | 22 |
| b. Willkürverbot und Sachlichkeit | 23 |
| c. Drei Konzeptionen rechtlicher «Gleichheit» | 25 |
| II. Gleichbehandlung unter Privaten als allgemeines Postulat | 27 |
| a. Gleichbehandlung als Ausfluss allgemeiner Gerechtigkeit | 27 |
| b. Einfluss des verfassungsmässigen Gleichheitssatzes | 28 |
| c. Gleichbehandlung als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts | 31 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------------|--|-----------|
| d. | Gleichbehandlung als Ausfluss von Art. 2 ZGB | 36 |
| III. | Gleichheitssatz und Privatautonomie | 37 |
| a. | Der Gleichheitssatz als Generalklausel | 37 |
| b. | Privatautonomie als Gegenstück | 37 |
| c. | Abwägung auf Gesetzesslufe | 38 |
| § 4 | * Elemente des Gleichbehandlungsgedankens | 40 |
| I. | Ausgangslage | 40 |
| II. | Gleiche Rechtsposition als Regel | 41 |
| a. | Gleiche Rechte und Pflichten | 41 |
| b. | Gleiche Verantwortlichkeit | 42 |
| III. | Einzelnormen | 45 |
| a. | Gleichbehandlung der Vertreter öffentlicher Körperschaften (Art. 762 Abs. 3 OR) | 45 |
| b. | Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernis (Art. 708 OR) | 46 |
| c. | Zwingende Kompetenzen des Gesamtgremiums (Art. 716a OR) | 47 |
| IV. | Weitere Argumente | 48 |
| a. | Gleiche Legitimation durch den Wahlkörper | 48 |
| b. | Personenbezogenheit des Mandats | 49 |
| c. | Kundgabe nach aussen | 50 |
| V. | Wirkung des Gleichbehandlungsanspruches des Gesellschafters auf die Gleichbehandlung im Verwaltungsrat | 51 |
| a. | Direkte Anwendung in Teilbereichen | 51 |
| b. | Keine analoge Anwendung | 53 |
| c. | Schlussfolgerung | 59 |
| §5 | Der Verwaltungsrat als Gremium | 61 |
| I. | Ausgangslage | 61 |
| II. | Grundsatz: Kollegialorgan | 61 |
| a. | Gesetzliche Vorgabe | 61 |
| b. | Eingeschränkte Gestaltungsfreiheit | 63 |
| c. | Deliberativer Kerngehalt | 63 |
| III. | Abweichungen vom Gremiumsgedanken | 64 |
| a. | Delegation an Einzelpersonen und Ausschüsse | 64 |
| b. | Aussenvertretung | 65 |
| c. | Weisungen an untere Hierarchiestufen | 66 |
| IV. | Unechte Ausnahmen | 66 |
| a. | Fehlendes Präsenzquorum | 66 |
| b. | Betriebswirtschaftliche Überlegungen | 67 |
| c. | Einpersonen-Verwaltungsrat | 68 |
| d. | Vertragliche Elemente | 69 |
| § 6 | Gremium und Gleichbehandlung | 71 |
| I. | Mit Gremiumsentscheiden verbundene Erwartungen | 71 |

| | | |
|------|---|------------|
| a. | Höhere Qualität der Entscheide (wertrationaler Ansatz) | 72 |
| b. | Partizipation (sozial-wertrationaler Ansatz) | 73 |
| c. | Verfahrenstechnische Vorzüge (zweckrationaler Ansatz) | 74 |
| II. | Verknüpfung mit dem Gleichbehandlungsgedanken | 76 |
| a. | Entscheidungsqualität und Gleichbehandlung | 76 |
| b. | Partizipation und Gleichbehandlung" | 77 |
| c. | Entscheidungsfähigkeit und Gleichbehandlung | 78 |
| III. | Mögliche Einwände | 79 |
| a. | Ablehnung der Fiktion des besseren Ergebnisses im Handelsrecht | 79 |
| b. | Andere Vorteile einer Kollegialinstanz | 81 |
| c. | Freiwilligkeit des Gremiums | 81 |
| d. | Blauäugigkeit | 82 |
| IV. | Fazit | 84 |
| | | |
| § 7 | Zweck und genereller Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verwaltungsrat | 85 |
| I. | Zweck | 85 |
| a. | Kontrolle und Haftungserweiterung | 85 |
| b. | Entscheidungsqualität, Entscheidungsfähigkeit und Partizipation | 89 |
| c. | Gleichbehandlung als Mittel zur Aufgabenerfüllung | 90 |
| II. | Konsequenzen | 91 |
| a. | Enge Verknüpfung mit der <i>Funktion</i> des Verwaltungsratsmitglieds | 92 |
| b. | Enge Verknüpfung mit den <i>Pflichten</i> des Verwaltungsratsmitglieds | 92 |
| c. | Enge Verknüpfung mit dem <i>Interesse</i> der Gesellschafter und weiterer Anspruchsgruppen | 93 |
| d. | Beschränkte Verzichtbarkeit | 94 |
| e. | Auseinanderfallen der Gleichbehandlung im organschaftlichen Bereich und im schuldrechtlichen Bereich | 95 |
| f. | Gleichbehandlung im Verwaltungsrat als Sorgfältspflicht | 96 |
| III. | Genereller Inhalt organschaftlicher Gleichbehandlung | 96 |
| a. | Absolute und relative Gleichbehandlung | 96 |
| b. | Gleichbehandlung der Person als Grundsatz mit Abweichungen | 97 |
| c. | Gleichbehandlung und nicht Gleichstellung | 98 |
| d. | Gleichbehandlung auch in der Pflichtwahrnehmung | 99 |
| | | |
| § 8 | Träger, Rechtsnatur und Adressaten | 104 |
| I. | Träger des Gleichbehandlungsanspruches | 104 |
| a. | Das einzelne Verwaltungsratsmitglied | 104 |
| b. | Suppleanten | 106 |
| c. | Aktionäre und besondere Anspruchsgruppen: Begünstigt aber nicht Träger | 109 |
| II. | Rechtsnatur und Adressaten | 110 |
| a. | Ausgangslage: Gleichbehandlung als Ordnungsprinzipim Verhältnis Aktiengesellschaft - Verwaltungsratsmitglied | 110 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------------|--|------------|
| b. | Verwaltungsratsmitglieder und Gremium als mittelbare Adressaten | 112 |
| c. | Weitere mittelbare Adressaten: Das Gremium als Garant | 114 |
| d. | Das ungleich behandelte Mitglied selbst als Adressat | • 118 |
| e. | Der Handelsregisterführer als <Adressat> | 118 |
| §9 | Einschränkungen der Gleichbehandlung | 120 |
| I. | Zulässige und unzulässige Differenzierungskriterien | 120 |
| a. | Das Verhältnis von Inhalt und Beschränkung der Gleichbehandlung | 120 |
| b. | Gleichbehandlung als Auffangregel und als zwingende Grenze der Autonomie | 121 |
| c. | Konsequenzen | • 123 |
| II. | Grundsätze bei der Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Differenzierungsmaximen) | 124 |
| a. | Beachtung des ordentlichen Verfahrens | 124 |
| b. | Generell-absolute Regeln oder konstante Praxis | 124 |
| c. | Gleichbehandlung | 126 |
| d. | Schonende Rechtsausübung | 127 |
| e. | Willkürverbot | 127 |
| f. | Keine Zweckentfremdung | 128 |
| g. | Keine Aushöhlung des gesetzlichen Leitbildes | 128 |
| h. | Begründungspflicht | 129 |
| III. | Typische Fälle von Einschränkungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 129 |
| a. | Einwilligung des Verletzten | 130 |
| b. | Interessenkonflikt | 131 |
| c. | «Chinese Walls» | 135 |
| d. | Machtteilung im Sinne von «checks and balances» | 136 |
| e. | Besondere Dringlichkeit | 137 |
| § 10 | Folgen unerlaubter Ungleichbehandlung | 141 |
| I. | Ausgangslage | 141 |
| a. | Divergenz zwischen Rechts- und Klageordnung | 141 |
| b. | Organstreit | 142 |
| c. | Keine einheitliche Rechtsfolge | 142 |
| II. | Verletzung durch den Verwaltungsrat | 143 |
| a. | Keine Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen | 143 |
| b. | Dennoch: Kein vollständiger Ausschluss der Realerfüllung | 145 |
| c. | Verantwortlichkeit als Hauptsanktion | 146 |
| d. | Nichtigkeit als Ausnahme | 149 |
| III. | Verletzung durch die Generalversammlung | 155 |
| a. | Anfechtbarkeit | 155 |
| b. | Nichtigkeit | 156 |
| c. | Leistungsklage auf Realerfüllung | 157 |
| IV. | Weitere Fälle | • 157 |
| a. | Verletzung durch die Geschäftsleitung und das Management | 157 |

| | | |
|-------------|--|------------|
| b. | Verletzung durch die Revisionsstelle | 159 |
| c. | Verletzung durch Aktionäre | 159, |
| d. | Verletzung nicht gesellschaftsrechtlich begründeter Gleichbehandlungspflichten | 159 |
| V. | Gemeinsame Ausführungen | 160 |
| a. | Rüge, Protest, Verweigerung der De'charge | 160 |
| b. | Abwahl bzw. Abberufung der «Täter» oder der «Opfen» | 161 |
| c. | Rücktritt | 162 |
| d. | Auflösungsbegehren und «andere zumutbare Lösungen» | 163 |
| e. | Rückerstattungsklage | 164 |
| f. | Wegfall der Verantwortlichkeit | 164 |
| g. | Unverbindlichkeit vertraglicher Abmachungen | 165 |
| h. | Haftung unter Verwaltungsratsmitgliedern aus Deliktsrecht? | 166 |
| i. | Wegfall oder Reduktion des Honoraranspruchs | 168 |
| j. | Wegfall von Mitwirkungspflichten, namentlich der Stimmpflicht | 168 |
| § 11 | Gleichbehandlung bei Beratung und Beschlussfassung | 170 |
| I. | Sitzungsteilnahme als Ausdruck allgemein gleicher Partizipationsmöglichkeiten | 170 |
| a. | Ausgangslage: Physische Sitzungsteilnahme als Rohform | 170 |
| b. | Voraussetzung gleicher Teilnahmemöglichkeiten: Einladung und Traktandenliste, Wahl der Sitzungstermine | 171 |
| c. | Anspruch auf gleiche materielle Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung | 175 |
| II. | Gleiches Stimmrecht und gleiche Stimmpflicht | 181 |
| a. | Grundsatz: Kopfstimmrecht | 181 |
| b. | Ausnahme: Stichentscheid des Präsidenten | 181 |
| c. | Spezialfall: Stichentscheid im Zweiergremium | 185 |
| d. | Weitere materielle Beeinträchtigungen des gleichen Stimmrechts | 188 |
| III. | Gleiches Recht auf Informationsempfang | 192 |
| a. | Zweck und Besonderheit der informationellen Gleichbehandlung | 192 |
| b. | Der Beitrag des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 194 |
| c. | Gleichbehandlung oder Gleichstellung: Die Anomalie der Information | 202 |
| d. | Information von «ausen»: Beizug externer Berater | 203 |
| IV. | Gleiches Recht auf aktiven Informationsaustausch | 206 |
| a. | Gleiches Recht zu informieren | 206 |
| b. | Gleiches Antrags- und Diskussionsrecht | 207 |
| § 12 | Mitglieder des Verwaltungsrates mit besonderen Funktionen | 209 |
| I. | Ausgangslage | 209 |
| II. | Der Verwaltungsratspräsident | 209 |
| a. | Die besondere Machtstellung des Präsidenten | 209 |
| b. | Relativierung: Der Präsident als Hüter des Diskurses | 211 |
| c. | Wahl, Wählbarkeit und Abwahl | 216 |
| d. | Der Stichentscheid des Präsidenten bzw. Vorsitzenden (Verweis) | 218 |
| III. | Weitere besondere Mitglieder und Funktionen | 219 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------------|---|------------|
| a. | Der Sekretär des Verwaltungsrates | 219 |
| b. | Inside Directors und Outside Directors | 219 |
| c. | Der Delegierte des Verwaltungsrates | 222 |
| d. | Vizepräsident, Mitglieder eines «Präsidiums», Ehrenpräsident | 224 |
| e. | Fiduziarische Verwaltungsratsmitglieder und Verwaltungsratsmitglieder, welche Bindungsverträgen unterstehen | 226 |
| f. | Verwaltungsratsmitglieder im Konzern | 228 |
| g. | Mitglieder mit besonderer Rechtsstellung: «Entsante» und «Vertreter» | 229 |
| h. | Der «Board Observer» | 231 |
| § 13 | Gleichbehandlung und Delegation | 233 |
| I. | Ausgangslage | 233 |
| a. | Arbeitsteilung als Bedürfnis und Pflicht | 233 |
| b. | Faktische Ungleichbehandlung als gebilligte Folge | 233 |
| c. | Allgemeine Grenzen der Delegation | 234 |
| II. | Delegationsschranken aufgrund des Gleichbehandlungsgebots | 236 |
| a. | Inhaltliche (<i>was</i> darf delegiert werden?) | 236 |
| b. | Personelle (<i>wem</i> soll delegiert werden?) | 239 |
| c. | Formelle (<i>wie</i> muss delegiert werden?) | 243 |
| III. | Folgen zulässiger Delegation: Der Beitrag des Gleichbehandlungsanspruchs | 245 |
| a. | Relative Ungleichheit auf Zusehen hin | 245 |
| b. | Unterschiedliche Verantwortlichkeit | 247 |
| c. | Gleichbehandlung innerhalb des Ausschusses | 249 |
| IV. | Sonderfälle und Einzelfragen | 249 |
| a. | Der Stichtscheid des Ausschussvorsitzenden | 249 |
| b. | Delegation an Unterausschüsse | 250 |
| c. | Recht auf «Dabeisein» in einem Ausschuss? | 251 |
| d. | Delegation der Vertretungsbefugnis | 252 |
| § 14 | Vertragliche Aspekte: Wiederwahl, Abberufung, Rücktritt, Vergütung | 254 |
| I. | NichtWiederwahl und Abberufung | 254 |
| a. | Ausgangslage: Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates als freier Ermessensentscheid der Generalversammlung | 254 |
| b. | Die faktische Kraft des Antragsrechts des Verwaltungsrates | 255 |
| c. | Der allgemeine Beitrag des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 256 |
| d. | Insbesondere: Die Abberufung | 259 |
| e. | Insbesondere: NichtWiederwahl nach abgelaufener Amtszeit | 261 |
| f. | Mit der NichtWiederwahl bzw. Abberufung allenfalls verbundene Persönlichkeitsverletzung | 261 |
| II. | Rücktritt | 262 |
| a. | Grundsatz: Zwingende Zulässigkeit und absolute Gleichbehandlung | 262 |
| b. | Rücktritt zur Unzeit und Beitrag des Gleichbehandlungsgebots | 262 |
| III. | Sonderfälle der Mandatsbeendigung | 264 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| a. | Statutarische Erlöschungsgründe und unterschiedliche Amtsdauern | 264 |
| b. | Unterschiedliche Mehrheitsanforderungen an die Abwahl | 265 |
| c. | Einstellung in den Funktionen als Mitglied durch das Verwaltungsratsgremium | 267 |
| d. | Einstellung in den Funktionen als Präsident durch das Verwaltungsratsgremium (Verweis) | 272 |
| IV. | Vergütung und Gleichbehandlung | 272 |
| a. | Ausgangslage: Vertragsfreiheit | 272 |
| b. | Vertragsfreiheit und objektive Kriterien: Der (beschränkte) Beitrag des Gleichbehandlungsgebots | 274 |
| c. | Differenzierungskriterien | 278 |
| d. | Auslagenersatz | 280 |
| • 15 | Strukturprägung durch das Gleichbehandlungsprinzip und zusammenfassende Thesen | 282 |
| I. | Strukturprägende Elemente des Gleichbehandlungsgrundsatzes | 282 |
| a. | Gleichbehandlung als Teil eines gesetzlichen Gesamtbildes | 282 |
| b. | Einzelne strukturprägende Auswirkungen | 283 |
| II. | Zusammenfassende Thesen | 285 |