

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht
Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

Band 155

Vertretung
im
Verwaltungsrat

Qualifikation - Zulässigkeit - Schranken

Von

Dr. Martin Weber
Rechtsanwalt, LL.M.

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis
Literaturverzeichnis

XIX
XXIV

1. Kapitel: Grundlagen	1
§ 1 Gegenstand und Ziel der Arbeit	1
I. Begriffliche und thematische Abgrenzungen	2
A. Abgrenzung des VR-Vertreters von der VR-Hilfsperson 2	
B. Abgrenzung des VR-Vertreters vom VR-Ersatzmitglied (VR-Suppleanten)	3
C. Abgrenzung des VR-Vertreters vom VR-Stimmboten	4
D. Abgrenzung des VR-Vertreters vom fiduziarischen VR-Mitglied	5
E. Abgrenzung des VR-Vertreters vom Vertreter einer juristischen Person, Handelsgesellschaft oder öffentlich-rechtlichen Körperschaft	5
II. Bedürfnis nach dem Beizug von VR-Vertretern	5
§ 2 Keine unmittelbare Regelung des Beizugs von VR-Vertretern im Aktienrecht	11
I. Keine ausdrückliche Regelung	11
II. Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers?	12
A. Qualifiziertes Schweigen in der Entstehungsgeschichte? 12	
1. OR (1881)	12
2. Entwurf I(1919)	12
3. Entwurf II (1923)	14
4. Entwurf III (1928)	14
5. OR(1991)	14
6. Würdigung der Entstehungsgeschichte	15
B. Qualifiziertes Schweigen aufgrund von Art 713 Abs. 2 OR?	17
C. Qualifiziertes Schweigen aufgrund von Organisationsvorschriften für andere Organe?	18

1.	Organisationsvorschriften für das Verwaltungsorgan	18
2.	Organisationsvorschriften für das Revisionsorgan	19
3.	Organisationsvorschriften für die Generalversammlung	19
III.	Ergebnis	20
§ 3	Meinungsstand zur VR-Vertretung in Literatur, Judikatur und Handelsregister-Praxis	23
I.	Literatur (Grobübersicht)	23
II.	Judikatur	23
A.	Bundesgericht	23
1.	BGE 71II 277ff.	24
a)	Sachverhalt	24
b)	Erwägungen des Bundesgerichtes	24
c)	Würdigung	26
2.	BGE71II187ff.	28
a)	Sachverhalt	28
b)	Erwägungen des Bundesgerichtes	28
c)	Würdigung	29
B.	Kantonale Rechtsprechung	30
1.	Sachverhalt	31
2.	Erwägungen des Gerichtes	31
3.	Würdigung	31
III.	Praxis der Handelsregisterbehörden	32
A.	Uneinheitliche Praxis	32
1.	Generelle Eintragungsverweigerung	32
2.	Unbeanstandete Eintragung	33
3.	Differenzierende Standpunkte	33
4.	Würdigung	34
B.	Exkurs: Zur Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörden	35

2 . Kapitel: Analyse der VR-Vertretungsfrage unter dem Aspekt des Vertragsrechts	39
§ 4 VR-Vertretung als Anwendungsfall der Vertragserfüllung durch Leistung eines Dritten	39
I. Erfüllung durch Leistung eines Dritten im allgemeinen	39
A. Allgemeine Grundnorm von Art. 68 OR	39
1. Vermutung für die Zulässigkeit des Beizugs Dritter bei der Vertragserfüllung	39
2. Personenbezogenheit als massgebendes Kriterium	40
a) Terminologisches	40
b) Bestimmung der Personenbezogenheit	41
i. Vertragliche Abrede	41
ii. Gesetzliche Auslegungsrichtlinien	41
B. Regelung im Auftragsrecht im besonderen	42
1. Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht	42
a) Gesetzliche Regelung	42
b) Umfang der Personenbezogenheit	43
2. Beizug von Drittpersonen bei der Erfüllung des Auftrags	44
a) Beizug Dritter im Rahmen unqualifizierter Leistungspflichten	44
b) Beizug Dritter im Rahmen qualifizierter Leistungspflichten	44
i. Beizug von Erfüllungsgehilfen	46
ii. Beizug von Substituten	47
C. Stellvertretung (Art 32ff. OR)	48
II. Erfüllung durch Leistung eines Dritten im VR-Mandat	49
A. VR-Mandat als vollkommen zweiseitiger Schuldvertrag	50
1. Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung (Überblick)	51
a) Einheitliches Rechtsverhältnis mit doppeltem Charakter	51
b) Schuldvertrag oder organschaftliches Rechtsverhältnis	51
2. Eigene Stellungnahme	53
a) Abgrenzung von VR-Mandat und Organstellung	53

b)	VR-Mandat als gewöhnlicher Schuldvertrag	56
i.	Wahlbeschluss der GV als Vertragsofferte	57
ii.	Zurechnung des Wahlbeschlusses als rechtserhebliche Willenserklärung der Aktiengesellschaft	58
3,	Ergebnis	61
B.	VR-Mandat als (inhaltlich weitgehend durch das Aktienrecht bestimmter) Auftrag	62
1,	Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung (Überblick)	62
a)	Vertrag sui generis	62
b)	Auftrag (oder Arbeitsvertrag)	63
c)	Auftrag sui generis	64
2.	Würdigung	65
3.	Eigene Stellungnahme	65
a)	VR-Mandat als Auftrag	65
b)	Weitgehende Bestimmung von Gegenstand und Inhalt des VR-Mandates durch aktienrechtliche Rechtsquellen	66
C.	Schlussfolgerungen für die VR-Vertretungsfrage	69
1.	Grundsätzlich persönliche Leistungspflicht des VR- Mitgliedes	69
2.	Grundsätzliche Zulässigkeit des Beizugs von Drittpersonen durch das VR-Mitglied	71
a)	Zulässigkeit des Beizugs von VR-Hilfspersonen	71
b)	Zulässigkeit des Beizugs von VR-Vertretern	71
i.	Ermächtigung durch die Gesellschaft	72
ii.	Auftrag und Vollmacht des VR-Mitgliedes	73
3. Kapitel: Analyse der VR-Vertretungsfrage unter dem Aspekt des Aktienrechts		77
§ 5 Grundsatz der Privatautonomie als Ausgangspunkt		77
I.	Bedeutung der Privatautonomie im Gesellschaftsrecht	77
A.	Im allgemeinen	77
B.	In bezug auf die VR-Vertretungsfrage im besonderen	77
II.	Schranken der Privatautonomie im Aktienrecht	78

Inhaltsverzeichnis XIII

A. Hinsichtlich der Formfreiheit	78
1. Im allgemeinen	78
a) Kompetenzordnung	79
b) Formen gesellschaftsinterner Rechtsetzung	80
2. In bezug auf die VR-Vertretung im besonderen	80
a) Kompetenzordnung	80
i. Organisationskompetenz des Verwaltungsrates	80
ii. Kompetenz der Generalversammlung zur Bestimmung der personellen Zusammensetzung des Verwaltungsrates	83
iii. Ergebnis	85
b) Form der VR-Vertretungsermächtigung	85
B. Hinsichtlich der Inhaltsfreiheit	87
1. Im allgemeinen	87
a) Schutz von Aktionärs- und Gläubigerinteressen	88
b) Aktienrechtliche Fundamentalordnung	89
2. In bezug auf die VR-Vertretung im besonderen (Überblick)	89

§ 6 Personenbezogenheit des VR-Mandates 91

I. Elemente der Personenbezogenheit	92
A. Personenbezogene Wahl durch die Generalversammlung	92
B. Besonderes Vertrauensverhältnis	93
C. Nur natürliche Personen als VR-Mitglieder	94
D. Persönliche Verantwortlichkeit	94
II. Konsequenzen der (grundsätzlichen) Personenbezogenheit des VR-Mandates für die VR-Vertretung	95
A. Zwingende Natur der Personenbezogenheit?	96
1. Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung	96
2. Verstoss gegen berechnigte Aktionärs- oder Drittinteressen?	96
a) Vertrauen auf persönliche Ausübung der VR-Funktionen durch die VR-Mitglieder	97
b) Persönliche Teilnahme- und Mitwirkungspflicht als Problem aktienrechtlicher Verantwortlichkeit	99

i.	Verschuldete Abwesenheit des VR-Mitgliedes als haftungsbegründende Pflichtverletzung	100
ii.	Zwingende Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	102
3.	Verstoss gegen die aktienrechtliche Fundamentalordnung?	103
B.	Zulässigkeit der VR-Vertretung	103
1.	Ausdrückliche statutarische Ermächtigung	104
2.	Keine haftungsbeschränkende Delegation der persönlichen Teilnahme- und Mitwirkungspflicht auf den VR-Vertreter	105
a)	VR-Vertretung bei unentschuldbarer Abwesen- heit des VR-Mitgliedes	106
b)	VR-Vertretung bei entschuldbarer Abwesenheit des VR-Mitgliedes	108
C.	Ergebnis	109
§ 7	Zwingende Wahlkompetenz der Generalversammlung	111
I.	Zwingende gesetzliche Kompetenzordnung	111
II.	Konsequenzen der zwingenden Wahlkompetenz der Generalversammlung für die VR-Vertretung	112
A.	Keine VR-Vertretung durch Dritte	112
B.	VR-Vertretung durch andere VR-Mitglieder	114
§ 8	Kollegialsystem im Verwaltungsrat	115
I.	Begriff, Inhalt und Funktion verschiedener Formen von Kollegialität im Rahmen der Willensbildung im Verwal- tungsrat	116
A.	Begriff und Inhalt	116
1.	Mehrköpfiges Gremium	116
2.	Gemeinsames Zusammenwirken mehrerer zwecks Wahrnehmung einer gemeinsamen Aufgabe	116
3.	Grundsatz der Gesamtbefugnis	117
4.	Präsenzquorum	119
5.	Stimmenquorum	120
6.	Beschlussfassung nur aufgrund unmittelbarer gemeinsamer Zusammenkunft	121

7. Gleichberechtigung sämtlicher VR-Mitglieder	122
B. Hauptfunktionen der kollegialen Willensbildung	122
1. Pluralität	123
2. Proporz	123
3. Repräsentativität	123
4. Kontrolle und Machthemmung	124
5. Schutz vor Zufallsentscheiden	124
6. Unmittelbarkeit der Willensbildung	124
II. Konsequenzen des Kollegialsystems für die VR-Vertretung	125
A. Zwingende Natur des Kollegialsystems im Rahmen der Willensbildung des Verwaltungsrates?	125
1. Grundsatz	125
2. Sonderfälle und ihre Auswirkung auf die VR-Vertretung	125
a) Präsenzquorum für Universalversammlungen	126
b) Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrates	126
c) Stimmenquorum von Art. 713 Abs. 1 OR	127
3. Ergebnis	127
B. Zulässigkeit der VR-Vertretung im Rahmen statutarisch verstärkter Kollegialität	128
1. Auswirkungen der VR-Vertretung auf die statutarisch verstärkte Kollegialität	128
2. Parteiautonome Regelung der VR-Vertretungsfrage im Rahmen statutarischer Quorumsbestimmungen	131
III. Ergebnis	133
§ 9 Versammlungsprinzip im Verwaltungsrat	135
I. Grundzüge des Willensbildungsprozesses im Verwaltungsrat	135
A. Grundsätze körperschaftlicher Willensbildung im allgemeinen	135
1. Begriff der körperschaftlichen Willensbildung (Beschlussfassung)	135
2. Phasen der Beschlussfassung	136
a) Problemerkennung, Information und gemeinsame Beratung	136

b) Stimmabgabe, Stimmenauserwertung, Beschluss	137
B. Überblick über die gesetzliche Regelung der Willensbildung im Verwaltungsrat	137
1. Stimmenquorum	138
2. Stichtscheid des Vorsitzenden	138
3. Zulässigkeit von Zirkulationsbeschlüssen	138
4. Protokoll	138
C. Beschlussfassungsformen	138
1. Beschlussfassung anlässlich von VR-Sitzungen	139
2. Beschlussfassung mittels Zirkulationsbeschlusses	139
3. Beschlussfassung mittels Telefon-Konferenzgesprächs	140
4. Beschlussfassung mittels schriftlicher Stimmabgabe abwesender VR-Mitglieder	141
II. Begriff, Inhalt und Funktion des Versammlungsprinzips im Rahmen der Willensbildung im Verwaltungsrat	143
A. Begriff und Inhalt der Versammlung	143
1. Information	143
2. Diskussion	144
3. Abstimmung	145
B. Funktion und Bedeutung der Versammlung für den Willensbildungsprozess	145
III. Konsequenzen des Versammlungsprinzips für die VR-Vertretung	146
A. Zwingende Natur des Versammlungsprinzips im Verwaltungsrat?	146
1. Zulässigkeit des Zirkulationsbeschlusses	146
2. Kein zwingendes gesetzliches Präsenzquorum	148
3. Versammlungsprinzip als (rechtlich nicht durchsetzbares) Ideahnodell	149
4. Ergebnis	151
B. Vereinbarkeit der VR-Vertretung mit dem Wesen der Versammlung	151
1. Im allgemeinen	151
2. Beim Bestehen von Weisungen des abwesenden VR-Mitgliedes	153

IV. Ergebnis	156
§ 10 Grundsatz der Gleichberechtigung und Verbot der Pluralstimme im Verwaltungsrat	159
I. Begriff, Inhalt und Funktion des Pluralstimmverbotes im Rahmen der Willensbildung im Verwaltungsrat	159
II. Konsequenzen des Pluralstimmverbotes für die VR-Vertretung	160
A. Abgrenzung der VR-Vertretung gegenüber der Stimmrechtsprivilegierung	160
B. Verbot der VR-Vertretung wegen faktischer Stimmrechtsprivilegierung?	162
C. Ausschluss der Mehrfachvertretung	163
D. Gleiche VR-Vertretungsregelung für alle VR-Mitglieder	164
E. Exkurs: VR-Vertretung als Verstoss gegen Art. 708 OR?	165
III. Ergebnis	167
§ 11 Schlussfolgerungen	169
I. Grundsätzliche Zulässigkeit des Bezugs von VR-Vertretern	169
II. Voraussetzungen und Einschränkungen der VR-Vertretung	171
A. Statutarische Ermächtigung	171
B. Auftrag und Bevollmächtigung des VR-Mitgliedes	171
C. Keine haftungsbeschränkende Delegation der persönlichen Teilnahme- und Mitwirkungspflicht	171
D. VR-Vertretung nur durch andere VR-Mitglieder	172
E. (Nicht-)Berücksichtigung der VR-Vertretung bei der Berechnung von Quoren	172
F. Ausschluss der Mehrfachvertretung	172
G. Keine Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen	172
III. Formulierungsvorschläge	173
A. Statutarische VR-Vertretungsermächtigung	173
B. Interne VR-Vertretungsvollmacht	173
IV. Zur praktischen Bedeutung der VR-Vertretung	174