

AUFGABEN, KOMPETENZEN UND VERANTWORTUNG DES VR-SEKRETÄRS

Gesetzliche Regelung, Protokollführung und Haftungsfragen

Die Bedeutung des VR-Sekretärs wird unterschätzt. Dabei ist seine Aufgabe mit der Business Judgment Rule wichtiger und anspruchsvoller geworden. Vom VR-Sekretär wird nicht nur eine rasche und korrekte Protokollführung, sondern auch eine administrative Unterstützung des Verwaltungsrats verlangt. Übt er zusätzlich noch die Funktion eines Compliance Officer aus, hat er eine Garantenstellung, womit er nicht nur zivilrechtlich, sondern auch strafrechtlich verantwortlich werden kann.

1. GRUNDLAGEN DES VR-SEKRETARIATS

1.1 Gesetzliche Regelungen zum VR-Sekretariat. Gemäss Art. 712 Abs. 1 des *Obligationenrechts* (OR) bezeichnet der Verwaltungsrat seinen Präsidenten und den Sekretär [1]. Während der Präsident aufgrund einer entsprechenden Statutenbestimmung von der Generalversammlung gewählt werden kann [2], ist dies beim VR-Sekretär nicht möglich. Bei der Gründung einer Aktiengesellschaft muss deshalb im Protokoll zur Konstituierung der VR-Sekretär auch nicht ausdrücklich angegeben werden [3].

Aufgrund von Art. 713 Abs. 3 OR muss das VR-Protokoll vom Vorsitzenden und vom Sekretär unterschrieben werden; damit wird die Bedeutung des VR-Protokolls hervorgehoben [4]. Tatsächlich werden einem VR-Sekretär in der Praxis jedoch weit mehr und bedeutendere Aufgaben zugewiesen [5].

Die Stellung und Bedeutung des VR-Sekretärs wird i. d. R. unterschätzt [6]. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass der VR-Sekretär im schweizerischen Aktienrecht lediglich an den genannten zwei Stellen erwähnt wird. International geniessen VR-Sekretäre (meistens als Company Secretary bezeichnet) jedoch ein hohes Ansehen mit entsprechender Entlohnung [7].

1.2 Organisation des VR-Sekretariats. Nach dem Grundsatz der internen *Selbstorganisation* konstituiert sich der Verwaltungsrat selbst. Der VR-Sekretär muss nicht dem Verwal-

tungsrat angehören, und er braucht auch nicht Aktionär zu sein. Der Sekretär kann vom Verwaltungsrat für jede Sitzung ad hoc bestimmt werden; er muss deshalb auch nicht zwingend im Handelsregister eingetragen werden. Auch bei Einpersonen-Verwaltungsräten ist ein Sekretär gemäss dem Wortlaut des Gesetzes obligatorisch [8].

Der Verwaltungsrat hat bei der Bestimmung des VR-Sekretärs grundsätzlich folgende drei Organisationsmöglichkeiten [9]:

- a) Der Verwaltungsrat besteht nur aus einer Person, welche in Personalunion die Funktion des Vorsitzenden und des VR-Sekretärs ausübt [10].
- b) Der Verwaltungsrat besteht aus mehreren Personen, wovon eine als Sekretär bezeichnet wird [11].
- c) Der Verwaltungsrat bezeichnet eine Person als Sekretär, die dem Verwaltungsrat nicht angehört.

Bei kleineren Gesellschaften wird häufig ein Mitglied des Verwaltungsrats mit der Protokollführung beauftragt. Dies scheint auf den ersten Blick nur Vorteile zu haben. Der Sachverstand des Protokollführers ist gewährleistet, der Personalaufwand bleibt gering, und die vertrauliche Behandlung der Sitzungsdiskussionen bleibt unverändert. Doch diese Variante hat zwei gravierende Nachteile: Der betroffene Verwaltungsrat verliert einen grossen Teil seiner Kapazität zur aktiven Mitwirkung an den Diskussionen bzw. Beratungen, da er sich gleichzeitig auf die Protokollierung konzentrieren muss; er wird faktisch zum «halben» Verwaltungsrat reduziert [12]. Zudem sollte der VR-Sekretär die VR-Sitzung sachlich und neutral protokollieren.

Wenn immer möglich, sollte deshalb die Personalunion von VR-Sekretär und VR-Mitglied vermieden werden. Auf keinen Fall sollte der VR-Präsident gleichzeitig auch noch die Protokollführung übernehmen. Dies ist im Aktienrecht indirekt durch Art. 713 Abs. 3 OR ausgeschlossen, wonach das Protokoll vom Vorsitzenden und vom Sekretär zu unterzeichnen



ROLAND MÜLLER,
PROF. DR., RECHTSANWALT
UND NOTAR,
TITULARPROFESSOR
UNIVERSITÄTEN ST. GALLEN
UND BERN, STAAD/SG

ist. Auch bei Ein-Mann-Verwaltungsräten sollte deshalb eine zweite Person als Protokollführer bzw. VR-Sekretär beigezogen werden. Bei KMU-Verhältnissen kann es aus Kostengründen sinnvoll sein, den Finanzchef als VR-Sekretär einzusetzen.

Der VR-Sekretär ist sorgfältig auszuwählen. Dabei ist nicht nur auf Schreibgewandtheit zu achten. Wichtig sind insbesondere eine rasche Auffassungsgabe, Loyalität und Verschwiegenheit. Bei internationalen Gesellschaften sind zudem gute Sprachkenntnisse unabdingbar. Optimal ist die Besetzung mit einer unabhängigen Person. Die Funktion des VR-Sekretärs sollte in einem detaillierten Stellenbeschrieb geregelt werden [13]. Dabei können z. B. folgende Anforderungen gestellt werden:

→ integrale, loyale und verschwiegene Persönlichkeit; → Teamfähigkeit und Dienstleistungsbereitschaft; → Selbstmotivation und Eigeninitiative; → grosse zeitliche Verfügbarkeit; → Erfahrung im Bereich Protokoll- und Sekretariatsführung; → Beherrschung der Sprachen Deutsch, Englisch und Französisch; → Kenntnisse im Bereich Corporate Governance und Compliance; → gewandt im Umgang mit der notwendigen Technik (Laptop, Beamer usw.)

2. AUFGABEN DES VR-SEKRETÄRS

2.1 Aufgaben des VR-Sekretärs im Allgemeinen. Die Tätigkeit des Sekretärs beschränkt sich grundsätzlich auf Aufgaben rein administrativer Natur und umfasst keinerlei Geschäftsführungsfunktionen. Im Rahmen der Selbstorganisation des Verwaltungsrats können dem Sekretär etwa folgende Aufgaben zugewiesen werden [14]:

→ Organisation der Sitzungen des Verwaltungsrats und Zustellung der dazu notwendigen Unterlagen an die VR-Mitglieder; → Protokollführung (einzige zwingende gesetzliche Aufgabe); → Pendenzenkontrolle; → Verwaltung der Akten des Verwaltungsrats; → Führen des Aktienbuchs; → Zusammenstellung der Unterlagen für die Generalversammlung; → Versand der Geschäftsbeschlüsse und weiterer Unterlagen an interessierte Aktionäre; → Anlaufstelle für Fragen im Zusammenhang mit dem Verwaltungsrat; → Handling von Pressemitteilungen; → Wahrnehmung administrativer Aufgaben vor, während und nach der Generalversammlung; → Verkehr mit dem Handelsregisteramt; → Bearbeitung rechtlicher Fragestellungen (juristische Kenntnisse vorausgesetzt).

Der VR-Sekretär sollte absolut integer sein. Er darf sich nicht durch einzelne Besprechungsteilnehmer und auch nicht durch den Vorsitzenden zu unrichtigen Formulierungen oder wahrheitswidrigen Änderungen des Protokolls bewegen lassen. Der VR-Sekretär sollte in der Lage sein, die Besprechung sachlich und neutral zu verfolgen, um eine objektive Protokollierung zu gewährleisten [15]. Versteht der VR-Sekretär ein relevantes Votum nicht, so muss er genügend Courage haben, um nachzufragen. Bei Anträgen, und vor allem bei wichtigen Beschlüssen und Entscheidungen, ist es zweckmässig, wenn er vorliest, was er bereits protokolliert hat, um späteren Unklarheiten vorzubeugen [16].

2.2 Unterstützung des VR-Präsidenten durch den VR-Sekretär. Insbesondere im Zusammenhang mit der Vorbe-

ereitung der VR-Sitzung kann der VR-Sekretär dem VR-Präsidenten viel Arbeit abnehmen: Entwurf der Traktandenliste basierend auf dem Führungskalender und letzter VR-Sitzung, Kontrolle der Pendenzenenerledigung, Reservation von Sitzungsraum und technischen Einrichtungen. Um den Aufgabenbereich klarzustellen, empfiehlt sich auch beim VR-Sekretär ein entsprechender Stellenbeschrieb [17].

Wie weit der VR-Sekretär den Präsidenten unterstützen kann, hängt letztlich von diesem selbst ab. Im Extremfall kann der VR-Sekretär die Funktion eines Präsidialassistenten und eines Corporate Secretary übernehmen [18]. Gleichzeitig kann dem VR-Sekretär nicht nur eine Unterschriftsberechtigung, sondern auch eine Weisungsberechtigung eingeräumt werden. Damit wird er in die Lage versetzt, den Willen des VR-Präsidenten jederzeit selbst durchzusetzen.

2.3 Compliance als Zusatzaufgabe des VR-Sekretärs. Der VR-Sekretär kann schliesslich auch in Personalunion als Compliance Officer eingesetzt werden. Zweckmässigerweise wird dazu im Stellenbeschrieb eine Zusatzklausel eingefügt, gemäss welcher z. B. nach Rücksprache mit dem Delegierten des Verwaltungsrats dem Stelleninhaber zusätzliche Spezialaufgaben übertragen werden können, insbesondere im Zusammenhang mit konkreten Projekten.

Im Zusammenhang mit der Compliance-Funktion können dem VR-Sekretär Zusatzaufgaben in verschiedenen Bereichen übertragen werden [19]:

→ Organisationsaufgaben, → Führungsaufgaben, → Weisungswesen, → Regulierungsaufgaben.

3. PROTOKOLLFÜHRUNG DURCH DEN VR-SEKRETÄR

3.1 Notwendigkeit der Protokollführung. Die Führung des Protokolls ist eine bedeutsame Aufgabe und darf in ihrer Wichtigkeit nicht unterschätzt werden. Protokolle sind nicht nur zu führen, um den gesetzlichen Vorschriften Genüge zu tun [20]. Sie ermöglichen auch die Kontrolle gefasster Beschlüsse bzw. deren *Vollzug*. Schliesslich können Protokolle auch zur Rekonstruktion von Entscheidungen herangezogen werden und so einen entscheidenden Beitrag zur Klärung von Schuld- bzw. Schuldabschlussfragen bezüglich *Verantwortlichkeitsansprüchen* liefern [21].

Es ist zu beachten, dass es sich bei den VR- und GV-Protokollen um strafrechtlich relevante Urkunden handelt [22]. Protokolle dürfen also weder verfälscht noch vernichtet werden. «Die Aufgabe der Protokollführung ist deshalb ernst zu nehmen und sorgfältig auszuüben.» [23]

3.2 Form der Protokollführung. Im OR findet sich keine Vorschrift über die Form der Protokollführung. Grundsätzlich ist somit der Verwaltungsrat in der konkreten Ausgestaltung frei. Im Hinblick auf mögliche Wechsel des VR-Sekretärs empfiehlt sich die Festlegung von Protokollrichtlinien, beispielsweise im Organisationsreglement. Damit lässt sich eine Kontinuität in der Gestaltung und im Aufbau der Protokolle gewährleisten.

Obwohl im Zeitpunkt der definitiven Abfassung des Protokolls die Sitzung bereits Vergangenheit ist, empfiehlt sich

die Formulierung in der Gegenwartsform [24]. Allfällige Ereignisse oder neue Erkenntnisse zwischen der Sitzung und der Niederschrift sollten deshalb auch nicht erwähnt werden, ausser wenn an der Sitzung selbst bereits ein entsprechender Vorbehalt angebracht wurde. In jedem Falle ist die rasche Erstellung und Verteilung des definitiven Protokolls schon kurz nach der Sitzung von grossem Vorteil.

Das Protokoll ist gemäss Art. 713 Abs. 3 OR vom Vorsitzenden und vom Sekretär des Verwaltungsrates zu unterzeichnen. Weitere Unterschriften sind nicht nötig, zumal das Protokoll an der nächsten Sitzung zu behandeln ist. Mindestens am Sitz der Gesellschaft sollte jeweils ein Exemplar des Protokolls im Original aufbewahrt werden. Die restlichen Exemplare können auch in Kopie ausgestellt werden.

3.3 Inhalt des Protokolls

3.3.1 Allgemeines. Was das Protokoll im Einzelnen umfassen muss und wie es formell zu gestalten ist, wird vom Gesetz nicht geregelt. Demnach sind alle Varianten zulässig, sofern sie die Rekonstruktion der Willensbildung bzw. der gefassten Beschlüsse des Verwaltungsrats ermöglichen [25]. Auch Zirkulationsbeschlüsse sind zu protokollieren [26]. In der Praxis können drei Arten von Protokollen unterschieden werden [27]: → das wörtliche Protokoll; → das Beratungsprotokoll (auch Diskussions- oder Verhandlungsprotokoll genannt); → das Beschlussprotokoll.

Beim wörtlichen Protokoll wird jedes Votum wortwörtlich wiedergegeben. Voraussetzung dazu ist ein Mittel zur entsprechenden Aufnahme (Stenografie, Tonband, Video usw.). Diese Art der Protokollierung dürfte nur in ganz kritischen Situationen notwendig sein, erschwert doch allein schon der Protokollumfang die Übersicht. Beim Beratungsprotokoll (auch Verhandlungsprotokoll genannt) werden die Voten nur zusammengefasst wiedergegeben, und beim Beschlussprotokoll wird darauf ganz verzichtet. Alle Protokollarten geben jedoch in jedem Falle die gefassten Beschlüsse bzw. getroffenen Entscheidungen wieder.

Ohne gegenteiligen Beschluss der Sitzungs- bzw. Versammlungsteilnehmer ist ein Beratungsprotokoll zu erstellen [28]. Je nach Notwendigkeit werden die Voten ausführlicher festgehalten, zusammengefasst oder gar nicht wiedergegeben. Dadurch kann das Protokoll kurz und doch aussagekräftig gehalten werden. Um dem Zweck der Protokollführung zu genügen, müssen mindestens folgende Angaben enthalten sein:

→ Name der Gesellschaft; → Art der Sitzung; → Datum, Zeit und Ort der Sitzung; → Anwesende und ihre Funktionen; → Traktanden; → Anträge; → Beschlüsse; → Unterschrift des Präsidenten und des Sekretärs.

In der Praxis hat sich zudem die Auflistung von Abwesenden, eventuell mit der Angabe «entschuldigt» bzw. «unentschuldigt», als vorteilhaft erwiesen. Auf diese Weise ist nämlich gleichzeitig klar, wer alles zur Sitzung eingeladen wurde und die Möglichkeit zur Teilnahme gehabt hätte. In diesem Zusammenhang ist es ratsam, auch auf die Art und den Zeitpunkt der Einberufung hinzuweisen, insbesondere, falls

nicht der ordentliche Weg über die frühzeitige schriftliche Einladung gewählt wurde.

Um den Überblick über die Vollständigkeit der Protokolle des Verwaltungsrats zu erleichtern, hat sich eine jahresweise Nummerierung sehr bewährt (z. B. Protokoll 05/2015).

Eine klare Dreiteilung in Ausgangslage, Diskussion und Beschluss bei der Behandlung jedes Traktandums erleichtert nicht nur dem Vorsitzenden, sondern auch dem Protokollführer die Wahrung des Überblicks. Wird ein Beschluss zum Tätigwerden gefällt, so ist im Protokoll genau anzuführen, wer bis wann was zu tun hat. Nur so ist eine Kontrolle des Entscheidvollzugs überhaupt möglich.

3.3.2 Protokollierung der Ausgangslage. Zu Beginn eines Traktandums sollte vom Vorsitzenden stets die Ausgangslage in Erinnerung gerufen werden. Dazu gehören das Umfeld, die zeitliche Komponente, allenfalls gestellte Anträge, mögliche Vorgehensvarianten und bereits bekannte Risiken. Würden gleichzeitig mit der Einladung zur Verwaltungsratssitzung entsprechende Unterlagen verschickt, so genügt ein Hinweis auf die entsprechenden Unterlagen, welche dann aber als Anhang zum Protokoll beizufügen sind [29].

3.3.3 Protokollierung der Diskussion bzw. der Verhandlung. Der wichtigste Teil der Protokollierung eines Traktandums ist die Zusammenfassung der Voten. Auch wenn keine Diskussion gewünscht wird, ist dies im Protokoll festzuhalten. Im Normalfall sind zumindest Art und Umfang der Diskussion in Kurzform wiederzugeben. Werden neue Anträge, Ideen, Lösungsvorschläge, aber auch Kritiken oder Hinweise auf Risiken vorgebracht, so empfiehlt sich eine genaue Protokollierung mit Angabe der Votierenden. Damit lässt sich später genau eruieren, welche Überlegungen den Verwaltungsrat zu einem bestimmten Entschluss geführt haben. Vollständig zu protokollieren sind die ausdrücklich zu Protokoll gegebenen Erklärungen einzelner VR-Mitglieder. Festzuhalten ist auch, wenn ein Mitglied in den Ausstand tritt [30].

3.3.4 Protokollierung des Beschlusses. Schliesslich ist bei jedem Traktandum das weitere Vorgehen festzuhalten. Dabei muss es sich nicht unbedingt um einen Entscheid in der Sache selbst handeln. Auch der Beschluss, die ganze Angelegenheit zu vertagen und vorerst weitere Abklärungen zu treffen, ist ins Protokoll aufzunehmen. Selbst der Umstand, dass die Ausführungen des Vorsitzenden oder abgegebene Unterlagen diskussionslos zur Kenntnis genommen werden, ist einen Protokollvermerk wert. Kommt es jedoch zu einem Beschluss, so ist das Stimmenverhältnis anzugeben. Ablehnende Stimmen und Stimmenthaltungen sind selbstverständlich ebenfalls zu protokollieren, möglichst mit Namensnennung [31]. Hilfreich ist unter diesem Teil schliesslich die Angabe, wer bis wann welche Handlungen zu tätigen hat. Zusätzlich kann eine separate Pendenzenliste geführt werden.

3.4 Aufnahme von Zirkulationsbeschlüssen ins Protokoll. Eine spezielle Art eines VR-Entscheids ist der Zirkulationsbeschluss [32]. Das Verfahren kann per Post, Fax, E-Mail oder Boten erfolgen, ohne dass die Verwaltungsräte persön-

lich zu einer Sitzung zusammenkommen und über die Verhandlungsgegenstände diskutieren müssen. Eine solche schriftliche Beschlussfassung des Verwaltungsrats kommt in der Praxis relativ häufig vor, zumal es nur wenige gesetzliche Einschränkungen gibt; eine zertifizierte elektronische Unterschrift wird nicht vorausgesetzt. Aus diesem Grund muss aber empfohlen werden, die schriftliche Beschlussfassung mittels Zirkularbeschluss grundsätzlich in den Statuten oder im Organisationsreglement detailliert zu regeln [33]. Nicht zulässig ist die schriftliche Stimmabgabe eines VR-Mitglieds, das an der Sitzungsteilnahme verhindert ist; das hat nichts mit einem Zirkulationsbeschluss zu tun [34].

Zur Zulässigkeit von Zirkulationsbeschlüssen ist nach Art. 713 Abs. 2 OR erforderlich, dass keiner der Verwaltungsräte eine mündliche Beratung verlangt; hingegen ist nicht erforderlich, dass alle Verwaltungsräte dem Beschluss zustimmen oder auch nur ihre Stimme abgeben [35].

Mit Blick auf spätere Unstimmigkeiten über das Zustandekommen eines Zirkulationsbeschlusses ist die Zustellung des Antrags beweismässig zu dokumentieren [36]. Ein Zirkulationsbeschluss ist stets an der nächsten Sitzung ins Protokoll aufzunehmen [37]. Diese Pflicht ergibt sich indirekt aus Art. 713 Abs. 3 OR [38]. Nur so kann nämlich festgestellt werden, dass keiner der Verwaltungsräte eine mündliche Beratung verlangt hatte. Gleichzeitig ist der gefällte Beschluss mit Angabe des Stimmenverhältnisses bekannt zu geben. Wegen des damit verbundenen Aufwands empfiehlt sich in jedem Falle grosse Zurückhaltung bei der Anwendung des Zirkulationsbeschlussverfahrens.

Grundsätzlich können alle Verwaltungsratsbeschlüsse schriftlich gefasst werden; die entsprechenden Anträge sollten aber aus praktischen Überlegungen so gefasst sein, dass sie durch einfaches Ja oder Nein beantwortet werden können [39]. Dazu ist eine doppelte Antragsstellung nötig. Zuerst muss formell über die Anwendbarkeit des Zirkulationsverfahrens als solches abgestimmt werden; dazu ist Einstimmigkeit erforderlich. Sodann muss über den Antrag materiell abgestimmt werden; sofern Statuten oder Organisationsreglement nichts anderes vorschreiben, genügt dazu die absolute Mehrheit derjenigen VR-Mitglieder, die an der Zirkulationsentscheidung teilgenommen haben [40]. Nur wenn in einer vorgängigen VR-Sitzung das Zirkulationsverfahren für einen bestimmten Entscheid bereits festgelegt wurde, kann der erste, formelle Antrag unterbleiben.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 23 Abs. 2 der Handelsregisterverordnung (HRegV) Zirkularbeschlüsse von allen Personen, die dem beschliessenden Organ angehören, unterzeichnet sein müssen, damit die Beschlüsse als Belege beim Handelsregisteramt eingereicht werden können [41]. Nicht notwendig ist dabei jedoch die Unterschrift des VR-Sekretärs, sofern er nicht Mitglied des Verwaltungsrats ist und somit kein Stimmrecht hat.

3.5 Beachtung der Business Judgment Rule bei der Protokollführung. Ausgangspunkt der Business Judgment Rule ist die Tatsache, dass Geschäftsentscheide in Unternehmen meist unter unsicheren Umständen und naturgemäss auf der Basis unvollständiger Informationen getroffen werden müs-

sen. Sie sind demzufolge mit Risiken und Chancen behaftet, welche von den Entscheidungsträgern erkannt und abgewogen werden müssen [42]. Entscheidungsträger und damit insbesondere die Mitglieder von strategischen Führungsebenen (wie z. B. Verwaltungsräte, Vorstandsmitglieder oder Stiftungsräte) können deshalb nicht einfach für jeden Fehlentscheid verantwortlich gemacht werden. Vielmehr haften sie unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens dann nicht für einen Entscheid, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind [43]:

→ Es werden keine zwingenden gesetzlichen oder statutarischen Vorschriften verletzt, und es besteht kein Widerspruch zum Gesellschaftszweck oder zum Gesellschaftsinteresse.
→ Der Entscheid kam in einem ordnungsgemässen Verfahren zustande (Einladung, Vorsitz, Abstimmung und Protokollführung). → Kein Mitglied des Entscheidungsgremiums hat trotz eines Interessenkonflikts mitgestimmt (Ausstandsregelungen wurden beachtet). → Die ausschlaggebenden Kriterien wurden erkannt, die dazu notwendigen Informationen wurden beschafft und die Alternativen wurden abgewogen. → Der Entscheid ist letztlich zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung sachlich vertretbar.

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 diese Business Judgment Rule trotz fehlender konkreter Gesetzesregelung ausdrücklich für die Schweiz als anwendbar erklärt. Dieses Urteil ist im Zusammenhang mit der Protokollführung von grosser Bedeutung. Wenn in einem Protokoll im Zusammenhang mit einer Entscheidungsfindung die Ausgangslage, die eingeholten Informationen und die Abwägung der Varianten mit Risiken und Chancen nicht oder nur ungenügend festgehalten werden, so dürften es die Mitglieder dieses Entscheidungsgremiums schwer haben, eine sorgfältige Pflichterfüllung unter dem Aspekt der Business Judgment Rule geltend zu machen. Weitsichtige Protokollführer werden deshalb bei wichtigen Entscheidungen die ausschlaggebenden Kriterien und die Variantenabwägung ausführlich festhalten.

3.6 Protokollzustellung. Die Protokolle sind den einzelnen VR-Mitgliedern zuzustellen oder zumindest zur Einsicht zur Verfügung zu halten. Jeweils an der nächsten Sitzung sollte das Protokoll der letzten Sitzung des Verwaltungsrats besprochen und durch einen Beschluss genehmigt bzw. abgelehnt werden [44]. Allerdings nützt die kommentarlose Ablehnung nichts, da die Ablehnungsgründe auf diese Weise nicht bekannt werden. Richtig ist es vielmehr, das Protokoll mit den allenfalls notwendigen Korrekturen (Änderungen, Streichungen oder Ergänzungen) zu genehmigen. Dies ist notwendigerweise im neuen Protokoll festzuhalten und kann nicht einfach durch Verbesserung des alten Protokolls behoben werden; die Vorschrift von Art. 713 Abs. 3 OR wäre sonst nicht erfüllt. Die Genehmigung bedeutet, dass die zustimmenden Verwaltungsräte die Darstellung im Protokoll als richtig ansehen, weshalb sie vermutungsweise auch richtig ist.

4. VERANTWORTUNG DES VR-SEKRETÄRS

4.1 Grundsätzlich keine Haftung aus Organstellung. In den meisten Fällen ist der VR-Sekretär nicht Mitglied des

Verwaltungsrats; er hat deshalb grundsätzlich auch keine Organstellung inne [45]. Wenn sich jedoch der VR-Sekretär stets in den Entscheidungsprozess einmischt und insbesondere bei der Beschlussfassung selbst seine Stimme abgibt, statt nur Empfehlungen oder Wünsche zu äussern, läuft er letztlich Gefahr, als faktisches Organ qualifiziert zu werden. Dann gilt für ihn die harte Verantwortlichkeitsklausel von Art. 754 OR. Der VR-Sekretär tut deshalb gut daran, wenn er seine Voten entsprechend sorgfältig im Protokoll als Wünsche oder Empfehlungen formuliert.

Die Organstellung kann jedoch auch entstehen, wenn der VR-Sekretär zwar nicht Mitglied des Verwaltungsrats, wohl aber der Geschäftsleitung ist. Dieser Fall ist häufig bei KMU anzutreffen, wo der CEO oder der CFO auch noch die Funktion des VR-Sekretärs zu übernehmen hat. Nun wird das Wissen als VR-Sekretär dem Betroffenen belastend angerechnet. Aus dem Blickwinkel der Haftung verschärft die Zusatzfunktion als VR-Sekretär somit die haftungsrechtliche Situation des betroffenen Geschäftsleitungsmitglieds.

Art. 754 Abs. 1 OR stellt klar, dass nicht nur die «Mitglieder des Verwaltungsrates», sondern «alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen» der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen [46]. Damit werden bewusst alle möglichen Organe von der Verwaltungs- und Geschäftsführungshaftung umfasst [47], insbesondere auch die faktischen Organe.

Als faktisches Organ gilt ganz allgemein jedermann, der dauernd und selbstständig für eine Gesellschaft und ihr Unternehmen «in organtypischer Weise» [48] wichtige Entscheide fällt [49]. Auch ein VR-Sekretär ohne Mitgliedschaft im Verwaltungsrat kann faktisches Organ sein, wenn er sich beispielsweise aktiv in die Geschäftsführung einmischt und konkrete Handlungen vornimmt, wie etwa das Verschieben von Vermögenswerten oder die Vorbereitung von Geldtransaktionen [50].

4.2 Haftung aus Auftragsverhältnis oder Arbeitsverhältnis. Solange der VR-Sekretär keine Organfunktion innehat, fällt er nicht unter die harte Verantwortlichkeitsklausel von Art. 754 OR. Vielmehr ist in diesem Fall zu unterscheiden, ob er im Auftragsverhältnis oder im Arbeitsverhältnis tätig wird [51]. Gemäss Art. 398 Abs. 1 OR haftet der Beauftragte grundsätzlich für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis; dies kommt einem Verweis auf Art. 321a OR gleich. Nach Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Im Gegensatz zum Arbeitsrecht, wo in Art. 321e OR ein subjektiver Verschuldensmassstab festgelegt wird, fehlt eine solche Einschränkung im Auftragsrecht. Damit kann festgestellt werden, dass die Haftung aus Auftrag ganz klar schärfer ist als aus Arbeitsvertrag.

Nach Art. 321e Abs. 1 OR ist nicht nur der Beauftragte, sondern auch der Arbeitnehmer verantwortlich für den Schaden, den er der Arbeitgeberin absichtlich oder fahrlässig zufügt. Diese Vorschrift ist einseitig zwingend, weshalb die Haftung des Arbeitnehmers nur gemildert, nicht aber verschärft werden kann [52]. Das Verschulden ist zwingender Bestandteil der Haftung des Arbeitnehmers; anders lautende Abre-

den sind nichtig und werden durch die entsprechende gesetzliche Vorschrift ersetzt; der Arbeitsvertrag selbst bleibt folglich bestehen [53]. Im Arbeitsgesetz und auch in den zugehörigen Verordnungen finden sich keine speziellen Vorschriften zur Haftung des Arbeitnehmers.

Art. 321e Abs. 2 OR bestimmt das Sorgfaltsmass, für das der Arbeitnehmer einzustehen hat. Dieses bemisst sich für jedes Arbeitsverhältnis anders; berücksichtigt werden Faktoren wie Berufsrisiko, Bildungsgrad oder Fachkenntnisse, Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, welche die Arbeitgeberin gekannt hat oder hätte kennen müssen [54]. Insofern ist bereits für die Frage, ob überhaupt eine Haftung besteht, Art. 321e Abs. 2 OR heranzuziehen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass von einem unerfahrenen Arbeitnehmer nicht das gleiche Mass an Sorgfalt verlangt werden darf wie von einem erfahrenen, hoch qualifizierten Arbeitnehmer [55].

Die Bemessung der Haftung richtet sich primär nach Art. 321e Abs. 2 OR und ergänzend nach Art. 99 Abs. 3 OR i. V. m. Art. 43 und 44 OR. Art. 321e OR gewährt dem Richter einen grossen Ermessensspielraum [56]. Zu berücksichtigen sind alle Umstände, insbesondere das Betriebsrisiko, die Entlohnung des Arbeitnehmers und das Verschulden sowohl des Arbeitnehmers als auch der Arbeitgeberin [57]. Als Reduktionsgründe können sich also z. B. ein Selbstverschulden des Arbeitgebers oder ein erhöhtes Betriebsrisiko auswirken [58]. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts [59] kann folgende Faustformel abgeleitet werden [60]:

→ *Bei leichter Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe von einem Monatslohn ausgegangen werden. Handelt es sich um schadensgeneigte Arbeit, kann bei leichter Fahrlässigkeit i. d. R. kein Schadenersatzanspruch durchgesetzt werden. → *Bei mittlerer Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe von zwei Monatslöhnen ausgegangen werden. Mittlere Fahrlässigkeit liegt vor, wenn weder klar leichte Fahrlässigkeit noch klar grobe Fahrlässigkeit vorwerfbar ist. → *Bei grober Fahrlässigkeit* kann grundsätzlich von einer Maximalhaftung in Höhe von drei Monatslöhnen ausgegangen werden. Bei grossem Schaden und entsprechender Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers besteht die Möglichkeit, eine höhere Schadenersatzforderung durchzusetzen. → *Bei Absicht* kann grundsätzlich die gesamte Schadenersatzforderung gegen den VR-Sekretär durchgesetzt werden.

4.3 Haftung als Compliance Officer. Besonders problematisch ist die Haftung des VR-Sekretärs, wenn er zwar keine Organstellung innehat, aber zusätzlich die Funktion eines Compliance Officer ausübt. Unabhängig davon, ob er im Auftrags- oder Arbeitsverhältnis angestellt ist, trifft ihn nun nämlich auch noch eine Garantenstellung, wie der deutsche Bundesgerichtshof festgestellt hat [61].

Grundlagen und Rechtsprechung zur Garantenstellung sind in der Schweiz und Deutschland durchaus vergleichbar. Das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs ist deshalb auch von Relevanz für die Garantenstellung eines Compliance Officer in der Schweiz. Wenn der VR-Sekretär eine Doppelfunktion als CCO ausübt, dann muss er sich dieser zusätzlichen Haftungsproblematik bewusst sein. Gemäss Art. 11 des *Strafgesetzbuchs* (StGB) kann eine Straftat durchaus auch

durch eine Unterlassung begangen werden. Daran ändert auch nichts durch die Tatsache, dass in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland gemäss Art. 102 StGB auch das Unternehmen selbst gebüsst werden kann.

4.4 Versicherung des VR-Sekretärs. Hat der VR-Sekretär eine Organstellung inne, profitiert er von einer allfälligen Organhaftpflichtversicherung (sog. D&O-Police) des Unternehmens. Denn mit dieser Versicherung sind nicht nur die amtierenden Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder, sondern grundsätzlich alle Mitglieder der strategischen und operativen Führungsebene versichert, insbesondere auch Mitarbeiter mit faktischer Organfunktion. Je nach vertraglicher Vereinbarung können zusätzlich sogar der Ehegatte und die Erben des VR-Sekretärs mitversichert sein. Nicht gedeckt sind aber folgende Positionen:

→ Strafbare Handlungen und Unterlassungen; → Personen- und Sachschäden sowie Umweltschäden; → Innenhaftung (Gesellschaft gegen Organe); → Sozialabgaben; → Ansprüche von Gross- und Mehrheitsaktionären ab rund 15–20% Stimmrecht; → Haftung aus beruflicher Beratung gegenüber der Gesellschaft; → Ehrverletzung und Geldwäscherei.

Fehlt eine Organhaftpflichtversicherung, so deckt weder die Betriebshaftpflichtversicherung noch die Privathaftpflichtversicherung des VR-Sekretärs einen allfälligen Schaden. Ist der VR-Sekretär aber im Auftragsverhältnis tätig und hat er eine allfällige Berufshaftpflichtversicherung (z. B. als Anwalt), dann kann er wenigstens bei zivilrechtlichen Forderungen eine Deckung erwarten. ■

Anmerkungen: 1) Gemäss Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBL 135 919, wurde der Begriff des Protokollführers bewusst durch «Sekretär» ersetzt, um klarzustellen, dass ihm nicht nur die Protokollführung obliegt, sondern er auch mit der Administration des Verwaltungsrats betreut werden kann und damit neben dem Präsidenten eine wichtige Funktion erfüllt. Im Gesetz wird nur die männliche Form verwendet; in der Praxis und auch bei den Eintragungen im Handelsregister wird jedoch regelmässig auch die weibliche Form «VR-Sekretärin» verwendet. **2)** Bei börsenkotierten Gesellschaften ist die Wahl des VR-Präsidenten durch die Generalversammlung gemäss Art. 2 Ziff. 1 VegüV zwingend. **3)** Es genügt den Handelsregisterführern, wenn das Protokoll von zwei Personen unterschrieben wird; dabei wird stillschweigend davon ausgegangen, dass es sich bei einer Person um den zumindest ad hoc bestimmten VR-Sekretär handelt. **4)** Zur Nutzung und damit zur Bedeutung des VR-Protokolls vgl. Müller Roland, Protokollführung und Protokollauswertung, Zürich/St. Gallen 2009, 8 ff. Die Unterzeichnung erfolgt im Sinne eines Zeugen, weshalb dazu keine Unterschriftsberechtigung notwendig ist. **5)** Das Muster eines Stellenbeschriebs für einen VR-Sekretär findet sich bei Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich 2014, 1123 f. **6)** Müller/Lipp/Plüss (Anm. 5), 82. **7)** Vgl. die ausführliche Studie von Filiz Aydin, The Company Secretary within the Corporate Governance Framework, Diss. St. Gallen, 2013, und dort insbesondere auf Seite 6 die Übersicht zum Salär von VR-Sekretären mit bis zu USD 600 000 bzw. GBP 300 000. **8)** Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 5 N 254; a. M. Homburger, in: Zürcher Kommentar, N 263 zu Art. 712 OR und wohl auch Roth Pellanda Katja, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich 2007, N 632 sowie Wernli, in: Basler Kommentar, N 35 Art. 713 OR. **9)** Müller/Lipp/Plüss (Anm. 5), 82. **10)** Rechtlich ist diese Organisationsform im Hinblick auf Art. 713 Abs. 3 OR sehr problematisch, auch wenn die Handelsregisterführer wegen eines Organisationsmangels nicht einschreiten werden. **11)** Auch dies ist keine optimale Lösung, da es für ein VR-Mitglied sehr schwierig ist, gleichzeitig das Protokoll zu führen und sich selbst auch noch in die Diskussion einzubringen (dazu ausführlich Müller, Anm. 4, 15 f.). **12)** Müller (Anm. 4), 15. **13)** Müller/Lipp/Plüss (Anm. 5), 84 mit Hinweis auf das Muster auf S. 1123 f. **14)** Müller/Lipp/Plüss (Anm. 5), 83. Vgl. dazu auch Forstmoser (Anm. 8), § 5 N 255 f.; Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 679 ff.; Roth Pellanda (Anm. 8), N 634. **15)** Es

ist deshalb auch zu empfehlen, dass der VR-Sekretär die gleichen Unterlagen und Informationen erhält wie die übrigen VR-Mitglieder. **16)** Müller/Lipp/Plüss (Anm. 5), 83 f. **17)** Müller Roland, VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollführung, SJZ 107 (2011) Nr. 3, 46. **18)** Dazu ausführlich Felix Ehrat, Persönliche Gedanken zu einem Seitenwechsel, in: GesKR 2013, 341 ff. **19)** Vgl. dazu das Muster eines Stellenbeschriebs für einen Compliance Officer bei Müller/Lipp/Plüss (Anm. 5), 1107 ff. **20)** Allerdings ist das Protokoll nicht Gültigkeitserfordernis für Verwaltungsratsbeschlüsse (vgl. BGE 132 III 77 ff.). **21)** Vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 Rz. 148; Homburger (Anm. 8), N 840 zu Art. 713 OR; Krneta (Anm. 14) N 845; Wernli/Rizzi in: Basler Kommentar, N 25 zu Art. 713 OR. **22)** Vgl. Müller (Anm. 4), 63, mit Hinweis auf den abschreckenden BGE 120 IV 199. **23)** Müller (Anm. 4), 64. **24)** Die Vergangenheitsform sollte in einem Protokoll nur dort eingesetzt werden, wo absolut kein Gegenwartsbezug mehr vorliegt und das Protokoll bereits in sich abgeschlossen ist. Dies im Gegensatz zum angelsächsischen Sprachraum, wo bei den «Minutes» die Vergangenheitsform vorherrscht. **25)** Vgl. Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 149 ff.; Homburger (Anm. 8), N 339 zu Art. 713 OR. **26)** Vgl. Botschaft (Anm. 1), 920. **27)** Dazu ausführlich Müller (Anm. 4), 17 ff. **28)** Das ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut: «über die Verhandlungen und Beschlüsse ist ein Protokoll zu führen»; Art. 713 Abs. 3 OR. **29)** Auf die Wichtigkeit der Unterlagen weist Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 151 hin; vgl. auch Krneta (Anm. 14), N 836. **30)** Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 150. **31)** Darauf weist Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 150 hin; ebenso Krneta (Anm. 14) N 238. **32)** Müller (Anm. 17), 51. **33)** Ebenso Facincani/Sutter, Schriftliche Beschlussfassungen bei Organen von juristischen Personen, in: ST 2013/10, 723. **34)** Vgl. dazu ausführlich Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 129 m. w. H. **35)** Nicht zulässig ist in diesem Zusammenhang die Formel, dass das Stillschweigen eines Verwaltungsrats als Zustimmung gewertet wird, Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 138a. **36)** Vgl. dazu Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 141. **37)** A. M. Facincani/Sutter (Anm. 33), 724, mit dem Hinweis, dass es keine entsprechende gesetzliche Vorschrift geben würde. **38)** Gl. M. Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 143 mit dem Hinweis, dass auch der Nachweis der Zustimmung ins Protokoll aufgenommen werden sollte. **39)** Facincani/Sutter (Anm. 33), 723. **40)** Gl. M. Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 140. **41)** Facincani/Sutter (Anm. 33), 723. **42)** Vogt Hans-Ueli/Bänziger Michael, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, in: GesKR 2012, 611. **43)** Vgl. Müller/Lipp/

Plüss (Anm. 5), 284. **44)** Zur Protokollgenehmigung ausführlich Müller (Anm. 4), 53 ff. Vgl. auch Böckli (Anm. 21), § 13 Rz. 153; Krneta (Anm. 14), N 842 ff.; Wernli/Rizzi in: Basler Kommentar, N 28 zu Art. 713 OR; a. M. Hungerbühler Ivo W., Der Verwaltungsratspräsident, SSHW Bd. 219, Diss. Zürich 2003, 107. **45)** Botschaft (Anm. 1), 919; Krneta (Anm. 14), N 689. **46)** Abzugrenzen ist der Kreis der nach Art. 754 OR verantwortlichen Personen v. a. «nach unten»; erfasst wird unter dem Verwaltungsrat auch die Geschäftsleitung und u. U. auch die «zweitoberste» Führungsebene; dazu vgl. Böckli (Anm. 21), § 18 Rz. 107. In BGE 117 II 441/442 wurde die Prokuristin m. E. zu Unrecht als Organ qualifiziert. **47)** Vgl. Botschaft (Anm. 1), 935. Zur Haftung von Steuerungsausschüssen, Beiräten und Aktionärpools vgl. Plüss Adrian, Haftung aus faktischer Organstellung, in: IWIR 1/2002, 27 f. **48)** Oder aus einer organtypischen Stellung heraus; Böckli (Anm. 21), § 18 Rz. 238. **49)** Botschaft (Anm. 1), 935. **50)** Vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. 4. 1972 i. S. F. M., 99 ff. **51)** Schon in der Botschaft (Anm. 1), 919, wurde festgehalten, dass sich die Haftung des Sekretärs nach seiner Stellung richtet; ist er Verwaltungsratsmitglied, unterliegt er der Verwaltungshaftung; obliegen ihm blosse Administrativ- oder Hilfsfunktionen, richtet sich seine Verantwortung ausschliesslich nach Arbeitsvertrag oder Auftragsrecht. **52)** Art. 362 Abs. 1 OR. **53)** Staehelin Adrian, in: Zürcher Kommentar, Art. 362 OR, N 5. **54)** Art. 321e Abs. 2 OR; BGE 123 III 257 E. 5a. **55)** Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 468. **56)** BGE 110 II 344 E. 6b; Urteil des BGR 4C.103/2005 vom 1. Juni 2005. **57)** BGE 123 III 257, E. 5a; BGE 110 II 344, E. 6b. **58)** Geiser/Müller (Anm. 55), Rz. 470. **59)** BGE 110 II 344; JAR 1995, 87; JAR 2004, 428; JAR 2000, 120; BJM 1981, 295; Urteil des BGR 4C.16/2003 vom 24. Juni 2003; Urteil des BGR 4C.103/2005 vom 1. Juni 2005; Urteil des BGR 4C.195/2004 vom 7. September 2004; Urteil des ArGer ZH vom 12. August 2003 AN 03058. **60)** Rechtsprechung zusammengestellt und Faustformel entwickelt bei Müller Roland, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, in: ArbR 2006. **61)** Vgl. Urteil des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs unter dem Aktenzeichen 5 StR 394/08 vom 17. Juli 2009, wonach auch der CCO eines rein zivilrechtlich strukturierten Unternehmens mit seiner Aufgabe eine derartige Garantienpflicht übernehme und folglich ein tauglicher Gehilfe oder Täter einer aus dem Unternehmen heraus begangenen Straftat sei, wenn er es vorverbal unterlasse, diese Straftat zu verhindern.