

Roland Müller/Philipp Thalmann\*

# Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat

## Inhaltsübersicht

- |   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| I. Einleitung und Problematik                   | IV. Abwägung der Zulässigkeit        |
| II. Literatur und Judikatur zur Stellvertretung | V. Sonderfragen                      |
| III. Handelsregisterpraxis zur Stellvertretung  | VI. Zusammenfassung und Empfehlungen |

## I. Einleitung und Problematik

Die Thematik der Vertretung im Verwaltungsrat ist in der Literatur umstritten. Mehrheitlich wird die Zulässigkeit der Vertretung anlässlich einer VR-Sitzung abgelehnt. Zur Begründung wird meist darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsrat *ad personam* gewählt werde. Es finden sich aber auch Autoren, welche eine Vertretung unter gewissen Umständen als zulässig erachten.<sup>1</sup> Das Bundesgericht hat die Frage ausdrücklich offen gelassen.<sup>2</sup> Das Handelsregisteramt Zürich lässt es nun, nach einer Überprüfung seiner Praxis, unter gewissen Bedingungen zu, in den Statuten die Vertretung von Verwaltungsräten vorzusehen.<sup>3</sup>

Mit der Vorgabe des Handelsregisteramts Zürich hat die Thematik wieder deutlich an Aktualität gewonnen. Dies gilt umso mehr, als heute VR-Sitzungen nicht mehr nur als Sitzungen mit physischer Präsenz aller Mitglieder abgehalten werden. Insbesondere in grösseren Gesellschaften mit international zusammengesetztem Verwaltungsrat werden VR-Sitzungen vermehrt unter Zuhilfenahme

\* Die Autoren, Prof. Dr. Roland Müller, Rechtsanwalt, Dozent an den Universitäten St. Gallen und Bern, und M.A. HSG Philipp Thalmann, juristischer Mitarbeiter bei Müller Eckstein Rechtsanwälte, vertreten im vorliegenden Aufsatz ihre persönlichen Standpunkte.

<sup>1</sup> *Ablehnend*: BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13, Rz. 126 ff.; KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 707 OR N 288 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28, N 18; FORSTMOSER ET AL., Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 11 N 47 f.; BAUEN/VENTURI, Der Verwaltungsrat, Organisation, Kompetenzen, Verantwortlichkeit, Corporate Governance, Zürich 2007, S. 119 Rz. 307; ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich/St. Gallen 2007, Rz. 492; ZHK OR-HOM-

BURGER, Art. 707 N 34 ff. *Unter bestimmten Voraussetzungen befürwortend*: BSK OR II-WERNLI, Art. 713 N 10; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 3. Aufl., Zürich 2007, S. 127 ff.; MÜLLER, VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung, SJZ 107 (2011), S. 51; WEBER, Vertretung im Verwaltungsrat, Zürich 1994, passim, insb. S. 169 ff.; TROTTMANN, Können die Statuten einer Aktiengesellschaft vorsehen, dass sich ein Verwaltungsratsmitglied bei der Beschlussfassung des Rates durch ein anderes Ratsmitglied vertreten lassen kann?, JBHReg 1993, S. 54; WATTER/PÖSCHEL, Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 1/2011, S. 18.

<sup>2</sup> BGE 71 II 277, E. 1, S. 279.

<sup>3</sup> Vgl. den Newsletter vom 12. November 2010.

technischer Infrastruktur als Video- und Telefonkonferenzen durchgeführt. Bei solchen virtuellen Sitzungen ist es möglich, einen beratenden Rechtsanwalt beizuziehen, ohne dass dies von den anderen Mitgliedern des Gremiums bemerkt wird.

Der vorliegende Beitrag arbeitet die Literatur und Praxis zum Thema auf, beschäftigt sich sodann vertieft mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vertretung eines Verwaltungsrats zulässig ist und welche Formen allenfalls in Frage kommen. Zudem wird die Frage des Bezugs von Rechtsvertretern durch einzelne VR-Mitglieder thematisiert. Schliesslich finden sich am Ende auch Empfehlungen für die Praxis.

## II. Literatur und Judikatur zur Stellvertretung

### A) Literatur

Geht man vom Grundsatz aus, dass das Verwaltungsratsmandat an die Person gebunden ist, erscheint es folgerichtig, die Stellvertretung bei VR-Sitzungen abzulehnen. Deshalb wird nachfolgend zunächst jener Teil der Lehre dargestellt, der die Zulässigkeit der Stellvertretung strikt ablehnt. Im Anschluss folgen jene Autoren, welche die Stellvertretung unter gewissen Bedingungen befürworten.

BÖCKLI<sup>4</sup> verweist zunächst darauf, dass die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat auf eine natürliche Person als Individuum ausgerichtet sei. Mehrfachstimmrechte von einzelnen Mitgliedern des VR seien nach praktisch einmütiger Auffassung unzulässig. Ebenso sei die Mitwirkung von Drittpersonen bei der Beschlussfassung im Verwaltungsrat rechtswidrig und könne zur Nichtigkeit des Beschlusses führen. Das Amt des Verwaltungsrats werde an die Person selbst verliehen, was angesichts der Gestaltung des Gremiums als Beratungs- und Beschlussorgan mit weit gehenden und unentziehbaren Kompetenzen richtig sei. Die Zulässigkeit einer Vertretung sei deshalb abzulehnen. Andernfalls könne sich die Willensbildung nicht entsprechend dem Unmittelbarkeitsprinzip während der Sitzung vollziehen. Zudem bestehe die Gefahr von Dauerabsenzen einzelner Mitglieder, was im Ergebnis dazu führen könne, dass den jeweils Anwesenden regelmässig zwei Stimmen zukämen. Obendrein drohten dann Mehrfachvertretungen.

Auch KRNETA<sup>5</sup> vertritt dezidiert die Auffassung, dass sowohl die Stellvertretung durch eine aussenstehende Person als auch jene durch einen anderen Verwaltungsrat unzulässig sei. Er betont ebenfalls die Bedeutung des Prozesses der Willensbildung in der VR-Sitzung. Nur bei persönlicher Teilnahme eines jeden VR-Mitglieds an der Sitzung könne der Verwaltungsrat die ihm vom Gesetz vorgegebenen Aufgaben erfüllen. Die Zulassung der Stellvertretung würde im Übrigen zu einem von der herrschenden Lehre abgelehnten Pluralstimmrecht führen, da die Stellvertretung nämlich nur durch ein anderes VR-Mitglied erfolgen könnte. Letztlich könnte eine Stellvertretung zu einer Verfälschung der Willensbildung innerhalb des Verwaltungsrats führen, weil ein Mitglied je nach statutarischer Ausgestaltung ein, zwei oder mehrere andere Mitglieder vertreten könnte.

<sup>4</sup> BÖCKLI (Anm. 1), § 13, Rz. 126 ff.

<sup>5</sup> KRNETA (Anm. 1), N 288 ff.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL<sup>6</sup> weisen ebenfalls darauf hin, dass das Verwaltungsratsmandat «seiner Natur nach an die Person des damit von der Generalversammlung Betrauten gebunden» und daher persönlich zu erfüllen sei. Demnach sei eine Stellvertretung in den VR-Sitzungen und insbesondere bei der Stimmabgabe grundsätzlich abzulehnen. Unbestritten sei dies für die Stellvertretung durch Drittpersonen. Die herrschende Lehre lehne aber auch die Vertretung durch andere VR-Mitglieder ab. In der neueren Lehre finde sich demgegenüber vereinzelt die Auffassung, die Vertretung sei in engen Grenzen zuzulassen.<sup>7</sup>

Auch FORSTMOSER ET AL.<sup>8</sup> verneinen die Zulässigkeit der Stellvertretung in VR-Sitzungen. Das bevollmächtigende Mitglied müsse als abwesend gelten und der Stellvertreter sei als nicht stimmberechtigter Gast zu behandeln. Unzulässig sei auch die Vertretung durch andere VR-Mitglieder. Unter Verweis auf die Möglichkeit von Zirkulationsbeschlüssen bei Verhinderung einzelner Mitglieder lehnen sie jegliche Vertretung, auch bei statutarischer Ermächtigung und Instruktion des Vertreters, ab.

BAUEN/VENTURI<sup>9</sup> lehnen die Stellvertretung in VR-Sitzungen und insbesondere bei der Stimmabgabe ab. Für die Stellvertretung durch Drittpersonen sei dies unbestritten. Die herrschende Lehre lehne sodann zu Recht auch eine Vertretung durch andere VR-Mitglieder ab. Die Gründe gegen eine Stellvertretung seien in der Aktienrechtsreform durch die zentrale Bestimmung über die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates (Art. 716a OR) noch verstärkt worden. Eine Stimmrechtsvertretung sei demnach unzulässig; eine in Vertretung für ein anderes VR-Mitglied abgegebene Stimme wie auch eine entsprechende Statutenbestimmung seien ungültig.

HOMBURGER<sup>10</sup> vertritt ebenfalls die Meinung, dass das VR-Mandat persönlicher Natur sei, was eine Stellvertretung ausschliesse. Er weist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte des Aktienrechts hin, welche für die Unzulässigkeit einer Stellvertretung spreche. Nachdem die im Revisionsentwurf von 1919 enthaltene Bestimmung zur Stellvertretung<sup>11</sup> keinen Niederschlag im Gesetz gefunden habe, sei hinsichtlich der Unzulässigkeit qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers anzunehmen. Weiter erwähnt er das besondere Vertrauen, das einem VR-Mitglied mit seiner Wahl bekundet werde, welches ihn grundsätzlich auch zu persönlicher Aufgabenerfüllung zwingen sollte.

ROTH PELLANDA<sup>12</sup> spricht sich grundsätzlich für die Unzulässigkeit der Vertretung im Verwaltungsrat aus. Sie betont, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats von der Generalversammlung aufgrund ihrer persönlichen Eignung gewählt wür-

<sup>6</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 28, N 18.

<sup>7</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 31 N 33 f.

<sup>8</sup> FORSTMOSER ET AL. (Anm. 1), § 11 N 47 f.

<sup>9</sup> BAUEN/VENTURI (Anm. 1), S. 119 Rz. 307.

<sup>10</sup> HOMBURGER (Anm. 1), Art. 707 N 34 ff.

<sup>11</sup> Der OR-Revisionsentwurf von 1919 enthielt noch einen Artikel, der es ermöglichte,

statutarisch die Vertretung von Verwaltungsräten in den Sitzungen vorzusehen. Die Bestimmung wurde aber nicht mehr in die folgenden Entwürfe übernommen, nachdem sie im Bericht von 1923 nicht mehr als wünschenswert erachtet wurde. Vgl. dazu auch PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990, S. 84.

<sup>12</sup> ROTH PELLANDA (Anm. 1), Rz. 492.

den, weshalb die Stellung als Verwaltungsrat höchstpersönlich und die Ausübung des Mandats damit grundsätzlich ad personam vorzunehmen sei.

WERNLI<sup>13</sup> erwähnt, dass die herrschende Lehre aus der höchstpersönlichen Natur des Verwaltungsratsmandates auf die Unzulässigkeit einer Stellvertretung im Verwaltungsrat schliesst. Jedes VR-Mitglied müsse die Gelegenheit haben, an der Sitzung zu den gestellten Anträgen Stellung zu nehmen und sich in der Diskussion nach Abwägen aller Argumente eine Meinung bilden zu können. Der zur Begründung dieser Meinung herbeigezogene BGE 71 II 277 lasse jedoch offen, ob die Vertretung bei Vorliegen einer entsprechenden Statutenbestimmung zulässig wäre. Aus praktischen Gründen sollte eine Stellvertretung zulässig sein, wenn sie aufgrund einer entsprechenden Statutenbestimmung durch ein anderes VR-Mitglied erfolge, die Vollmacht sachlich und zeitlich genau eingegrenzt und das zu behandelnde Traktandum bekannt sei. Insbesondere sei dies dann der Fall, wenn sich die Beschlussfassung lediglich auf die Feststellung einer Tatsache richte oder aber der Antrag bereits vorgängig beraten wurde und erst an einer späteren Sitzung zur Abstimmung anstehe. Zudem dürften zwischenzeitlich keine neuen Tatsachen bekannt geworden sein.

Laut MÜLLER/LIPP/PLÜSS<sup>14</sup> verneint der überwiegende Teil der Lehre eine Vertretungsmöglichkeit. Das Bundesgericht habe jedoch bisher offen gelassen, ob eine entsprechende Statutenbestimmung zulässig wäre. Es sei zweifellos richtig, dass ein Verwaltungsratsmandat seiner Natur nach an die Person des damit von der Generalversammlung Betrauten gebunden sei. Eine allfällige Stellvertretung müsse sich, bei statutarischer Ermächtigung, auf Personen beschränken, die selbst als Verwaltungsräte gewählt seien und damit das Vertrauen der Generalversammlung geniessen. Zudem müsse die Vertretung auf zwingende Gründe wie Krankheit, Unfall oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten beschränkt bleiben. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass die Vertretung in Statuten verschiedener Schweizerischer Publikumsgesellschaften vorgesehen sei. In die gleiche Richtung äussert sich MÜLLER<sup>15</sup> im aktuellsten SJZ-Beitrag.

WEBER,<sup>16</sup> der sich in seiner Dissertation ausführlich mit der vorliegenden Thematik beschäftigte, spricht sich grundsätzlich für eine persönliche Erfüllungspflicht des Verwaltungsrats anlässlich seiner Sitzungen aus. Auch er befürwortet aber die Zulässigkeit des Beizugs von Vertretern, da ein solcher weder gegen berechnigte Aktionärs- oder Drittinteressen verstosse noch mit den Grundstrukturen der Aktiengesellschaft unvereinbar sei. Freilich bringt WEBER Einschränkungen vor: Voraussetzung sei eine ausdrückliche, für sämtliche VR-Mitglieder gleichermaßen geltende, statutarische Ermächtigung seitens der Gesellschaft. Die Vertretung bedürfe sodann einer gehörigen Auftragserteilung und Bevollmächtigung in Schriftform und der Vertreter müsse ausdrücklich im Namen des Vertretenen handeln. Nur ein anderes Mitglied des Verwaltungsrats könne die Vertretung übernehmen und es dürfe auch nur ein einziges Mitglied vertreten werden. Vorbehalten blieben schliesslich die Verantwortlichkeit des abwesenden Mitglieds, Stimmen- und Beschlussquoten sowie Stimmrechtsbeschränkungen.

<sup>13</sup> WERNLI (Anm. 1), Art. 713 N 10.

<sup>14</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Anm. 1), S. 127 ff.

<sup>15</sup> MÜLLER (Anm. 1), S. 51.

<sup>16</sup> WEBER (Anm. 1), passim, insb. S. 169 ff.

Schliesslich anerkennt auch TROTTMANN<sup>17</sup> die grundsätzliche persönliche Erfüllungspflicht des Verwaltungsrats. Auch er kommt aber zum Ergebnis, dass sich weder unmittelbar aus dem Gesetz noch aus der Grundstruktur der Aktiengesellschaft ein Verbot für die Vertretung eines Verwaltungsrates durch ein anderes Mitglied ableiten lasse. Mittels entsprechender Statutenbestimmung müsse es einer Gesellschaft erlaubt sein, die Vertretung zuzulassen.<sup>18</sup>

## B) Judikatur

### 1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Zum vorliegenden Thema ist nur wenig höchstrichterliche Judikatur ersichtlich. Meist werden in der Literatur zwei Entscheide aus dem Jahr 1945 angeführt.

In BGE 71 II 277 befasste sich das Bundesgericht, wenn auch nicht zur Hauptsache, mit der Frage der Vertretung. Dies geht schon aus dem Ingress hervor, wo festgehalten ist, dass ein Verwaltungsrat zur Delegation seines Mandates nicht befugt sei. Die allgemein gehaltene Formulierung aufgrund der unbestimmten Form des Artikels ist jedoch unglücklich, da sie in den Erwägungen selbst wieder relativiert wird. Dort steht wörtlich: *«Ruetz konnte sich nur als Aktionär, nicht als Verwaltungsrat vertreten lassen. Das Mandat des Verwaltungsrates ist seiner Natur nach an die Person des damit von der Generalversammlung Betrauten gebunden. Dieser ist zu einer Delegation seines Mandates nicht befugt. Ob die Satzungen ihn dazu ermächtigen können, ist nicht zu prüfen, denn die Statuten der Beklagten enthalten eine solche Bestimmung nicht.»*

Hieraus erhellt zweierlei: Einerseits wird klargestellt, dass das Mandat des Verwaltungsrats an die (natürliche) Person des jeweiligen von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsrats gebunden ist. Zu einer Delegation seines Mandats ist der Verwaltungsrat nicht befugt. Andererseits hat es das Bundesgericht ausdrücklich offen gelassen, ob eine Statutenbestimmung, die einen Verwaltungsrat dazu ermächtigt, sein Mandat delegieren zu können, zulässig wäre. Indessen hätte es dem Gericht freigestanden, auf das Beifügen eines derartigen Passus zu verzichten. Bereits aus der Tatsache, dass das Bundesgericht die Frage, ob eine entsprechende Statutenbestimmung zulässig wäre, bewusst aufgeworfen und dann offen gelassen hat, ist ohne Weiteres zu schliessen, dass die Zulässigkeit der Vertretung – freilich unter Berücksichtigung des Grundsatzes der persönlichen Erfüllungspflicht – nicht kategorisch von der Hand gewiesen werden darf.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> TROTTMANN (Anm. 1), S. 54.

<sup>18</sup> Abschliessend sei noch auf HOFER hingewiesen. Er vertrat in seiner schon älteren Dissertation aus dem Jahr 1942 die Meinung, dass die Zulässigkeit von Statutenbestimmungen zur Vertretung von VR-Mitgliedern ausser Zweifel stehe. (HOFER, Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates. Ein Vergleich, Diss. Univ. Bern, Zürich 1944, S. 31).

<sup>19</sup> WEBER (Anm. 1), S. 27, nimmt gar an, dass dieser Bundesgerichtsentscheid keinerlei Erwägungen zur Frage enthalte, ob und inwiefern sich ein VR-Mitglied bei der Willensbildung anlässlich einer VR-Sitzung durch ein anderes Ratsmitglied oder allenfalls durch eine nicht dem Verwaltungsrat angehörende Drittperson vertreten lassen könne, insbesondere wenn eine entsprechende Statutenbestimmung vorhanden wäre.

Der ebenfalls häufig zur Begründung der Unzulässigkeit einer Vertretung im Verwaltungsrat angeführte BGE 71 I 187 betrifft in erster Linie die Frage von statutarischen Stimmrechtsprivilegien. Weiter wird darin darauf hingewiesen, dass im Verwaltungsrat «*die persönliche Eignung für die Mitgliedschaft den Ausschlag gibt*». Der Entscheid kann wohl zur Qualifikation des Verwaltungsratsmandates als personenbezogen angeführt werden. Zur Verneinung der Zulässigkeit einer Vertretung von Verwaltungsräten in Sitzungen kann der Entscheid unseres Erachtens jedoch nicht als Präjudiz beigezogen werden, da er sich zu dieser Frage nicht äussert.<sup>20</sup>

## 2. Kantonale Rechtsprechung

Unter diesem Titel ist auf ein unveröffentlichtes Urteil des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Juli 1958 hinzuweisen. In besagtem Entscheid war über die Abweisung einer Konkursöffnung zu entscheiden. Um Konkursöffnung war gestützt auf eine im Verwaltungsrat beschlossene Insolvenzerklärung einer Aktiengesellschaft ersucht worden. An der fraglichen VR-Sitzung hatte sich ein Mitglied durch seinen Rechtsanwalt, welcher dem Verwaltungsrat nicht angehörte, vertreten lassen. Der Richter entschied, dass es «*unzulässig ist, dass ein Verwaltungsrat sein Mandat nicht persönlich ausübt*».<sup>21</sup>

Im Entscheid betrifft die Vertretungsthematik zwar nur einen Nebenstreitpunkt und die Ausführungen des Gerichts dazu sind kurz gehalten. Der Richter hält aber klar fest, dass sich das Mitglied des Verwaltungsrats nicht durch seinen Rechtsanwalt vertreten lassen durfte. Der Entscheid kann mithin als deutliches Indiz dafür gewertet werden, dass es nicht zulässig ist, sich an der Sitzung durch eine Drittperson vertreten zu lassen. In diesem Entscheid wird aber im Gegensatz zum vorerwähnten Bundesgerichtsentscheid nicht darauf eingegangen, ob allenfalls anders zu urteilen wäre, wenn eine entsprechende Statutenbestimmung bestünde.

## III. Handelsregisterpraxis zur Stellvertretung

### A) Uneinheitliche Praxis

Schon WEBER bemängelte die uneinheitliche Praxis der Handelsregisterbehörden.<sup>22</sup> So wiesen gewisse kantonale Handelsregisterämter<sup>23</sup> Statutenbestimmungen, die eine Ermächtigung der VR-Mitglieder enthalten, sich durch ein anderes Mitglied und/oder eine dem Verwaltungsrat nicht angehörige Drittperson vertreten zu lassen, als gesetzeswidrig zurück. Sie argumentierten, dass eine derartige Statutenbestimmung eine eindeutige Verletzung von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR

<sup>20</sup> Gl.M. WEBER (Anm. 1), S. 29 f.

<sup>21</sup> Vgl. ausführlich zu diesem Entscheid WEBER (Anm. 1), S. 30 ff.

<sup>22</sup> Die Angaben beruhen auf einer von WEBER (Anm. 1) im Jahr 1993 getätigten Umfrage.

<sup>23</sup> Z.B. BE, NW, OW, ZH.

darstelle und damit als Verstoss gegen die aktienrechtliche Fundamentalordnung zu qualifizieren sei. Deshalb falle die entsprechende Frage unter die Kognitionsbefugnis des Handelsregisteramtes. Gemäss WEBER würden andere Ämter<sup>24</sup> wiederum den Standpunkt vertreten, die Frage falle gar nicht unter ihre Kognitionsbefugnis, weshalb Statuten mit entsprechenden Bestimmungen nicht beanstandet würden. Im Übrigen würden teils differenzierte Standpunkte eingenommen. Gewisse Ämter<sup>25</sup> verweigerten nur die Eintragung von Statutenbestimmungen, welche die Vertretung durch Dritte vorsehen. Wiederum andere<sup>26</sup> wiesen z.B. im Vorprüfungsverfahren auf die Rechtswidrigkeit einer entsprechenden Statutenbestimmung hin, würden sie aber dennoch ins Register eintragen. Schliesslich gebe es auch Ämter<sup>27</sup>, die entsprechende Statutenbestimmungen nur eintragen, wenn diese die Notwendigkeit einer Vollmacht enthielten.

## B) Aktuelle Situation

Die Frage war bei den Handelsregisterämtern offensichtlich umstritten und wie oben dargestellt gedieh ein eigentlicher Wildwuchs an unterschiedlichen Handhabungen. Nachdem nun bald 20 Jahre vergangen sind und insbesondere angesichts des Newsletters des Handelsregisteramts Zürich vom November 2010 drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern sich hier Veränderungen eingestellt haben. Dazu haben die Autoren für diesen Beitrag bei verschiedenen Handelsregisterämtern nach deren diesbezüglicher Praxis gefragt.<sup>28</sup>

Das *Handelsregisteramt Zürich* machte im November des letzten Jahres mittels eines Newsletters auf verschiedene Praxisänderungen aufmerksam. Bezüglich der Frage der Zulässigkeit der Vertretung im Verwaltungsrat nimmt es nun folgende Position ein: *«Eine Statutenbestimmung, wonach sich ein Mitglied des Verwaltungsrats an einer VR-Sitzung vertreten lassen kann, ist nicht zu beanstanden, sofern keine dem Verwaltungsrat nicht angehörende Drittpersonen, sondern nur andere Verwaltungsratsmitglieder als Vertreter ernannt werden und kein Verwaltungsratsmitglied gleichzeitig mehr als ein anderes Verwaltungsratsmitglied vertreten darf.»*<sup>29</sup> Damit hat das Handelsregisteramt Zürich seine Praxis in Bezug auf die Vertretung im Verwaltungsrat im Vergleich zu früher deutlich liberalisiert.

Gleich ist auch die Praxis des *Handelsregisteramts von Appenzell Ausserrhoden*. Solange in den Statuten vorgesehen ist, dass das vertretene VR-Mitglied nur durch ein anderes dem Verwaltungsrat angehörendes Mitglied vertreten wird und ein Vertreter nicht mehr als ein VR-Mitglied vertritt, wird aufgrund der beschränkten Prüfungsbefugnis des Handelsregisteramts die Eintragung vorgenommen.<sup>30</sup>

Auch das *Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen* lässt Statutenbestimmungen, welche die Vertretung von Mitgliedern des Verwaltungsrats an Sitzun-

<sup>24</sup> Z.B. ZG, EHRA.

<sup>25</sup> Z.B. SG.

<sup>26</sup> Z.B. LU.

<sup>27</sup> Z.B. AG, BS.

<sup>28</sup> Bei allen Anfragen wurde auf den Newsletter 2010/01 des Handelsregisteramts Zürich hingewiesen.

<sup>29</sup> Newsletter 2010/01 vom 12. November 2010, Ziff. II. 11.

<sup>30</sup> Auskunft vom 13. Mai 2011.

gen durch ein anderes dem Verwaltungsrat angehörendes Mitglied vorsehen, zu. Allerdings bedarf der Vertreter einer schriftlichen Vollmacht. Zudem darf sich die Vertretung nur auf einzelne Sitzungen beziehen, um eigentliche Dauerabsenzen und -vertretungen zu vermeiden.<sup>31</sup>

Das *Handelsregisteramt Thurgau* sah sich noch nie mit der Thematik konfrontiert. Es würde eine entsprechende Bestimmung aber ohne Weiteres eintragen, da die Frage nach seiner Auffassung nicht unter die Prüfungsbefugnis des Handelsregisteramts fällt.<sup>32</sup>

Das *Handelsregisteramt des Kantons Zug* vertritt den Standpunkt, dass die Vertretung eines Verwaltungsrates an einer Sitzung durch ein anderes dem VR angehörendes Mitglied aufgrund der höchstpersönlichen Mandatsführung unzulässig ist. Aufgrund der beschränkten Kognition würden entsprechende Statutenbestimmungen<sup>33</sup> jedoch eingetragen.<sup>34</sup>

Demgegenüber würde das *Handelsregisteramt des Kantons Aargau* eine entsprechende Statutenbestimmung beanstanden.<sup>35</sup> Seiner Auffassung nach ist die Ausübung der Organfunktion als Verwaltungsrat zwingend persönlich wahrzunehmen und gänzlich undelegierbar.

Wie die obigen Auskünfte der angefragten Handelsregisterämter zeigen, wird eine Statutenbestimmung mit der Möglichkeit der Vertretung im Verwaltungsrat mehrheitlich zugelassen.

### C) Kognitionsbefugnis des Handelsregisteramts

Angeichts der noch immer uneinheitlichen Praxis der Handelsregisterämter drängt sich die grundsätzliche Frage nach der Kompetenz der Handelsregisterämter und damit verbunden der Zulässigkeit von Eintragungsverweigerungen auf.

Gemäss Art. 940 Abs. 1 OR und Art. 21 HRegV hat der Registerführer zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Während ihm für die formellen registerrechtlichen Voraussetzungen eine umfassende Kognition zusteht, ist seine Prüfungsbefugnis in Belangen des materiellen Rechts beschränkt. Er hat nach ständiger Rechtsprechung auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, das Zivilgericht anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht aber wenn sie auf einer ebenfalls vertretbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Zivilgericht überlassen bleiben muss.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Auskunft vom 9. Mai 2011.

<sup>32</sup> Auskunft vom 16. Mai 2011.

<sup>33</sup> Vgl. dazu unten, IV.C.4.

<sup>34</sup> Auskunft vom 17. Mai 2011.

<sup>35</sup> Auskunft vom 13. Mai 2011.

<sup>36</sup> BGE 125 III 18 E. 3b S. 21; BGE 121 III 368 E. 2a S. 371; BGE 119 II 463 E. 2b S. 465; BGE 117 II 186 E. 1 S. 188; BGE 114 II 68 E. 2 S. 69 ff.



Das Bundesgericht hat im Entscheid 71 II 277 die Frage offen gelassen, ob die Statuten die Möglichkeit der Vertretung vorsehen dürfen. In der Lehre<sup>37</sup> bestehen sodann nicht zu vernachlässigende abweichende Meinungen, die derartige Statutenbestimmungen unter gewissen Einschränkungen zulassen. Mithin kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass jede Bestimmung zur Vertretung an einer VR-Sitzung offensichtlich und unzweideutig rechtswidrig ist. Insoweit keine offensichtliche Rechtswidrigkeit besteht, sind entsprechende Statutenbestimmungen vom Handelsregisteramt einzutragen.<sup>38</sup>

#### IV. Abwägung der Zulässigkeit

Im Folgenden werden unter Bezugnahme auf die eingangs erwähnte Literatur und Judikatur Argumente zur Zulässigkeit der Stellvertretung dargestellt. Dabei ist vorab zu betonen, dass die Autoren die Gebundenheit des Verwaltungsratsmandates an eine spezifische, natürliche Person und die grundsätzliche Vertretungsfeindlichkeit nicht in Frage stellen. Die folgenden Ausführungen sind dahingehend zu verstehen, ob in Ausnahmesituationen eine Stellvertretung zulässig sein soll.

Zunächst werden die Argumente gegen die Zulässigkeit, dann jene, welche für die Zulässigkeit sprechen, aufgelistet. Bei jedem Argument unter A) wird in einer Fussnote auf entsprechende Gegenargumente unter nachfolgend B) verwiesen.

##### A) Argumente gegen die Zulässigkeit

1. Die Entstehungsgeschichte des Schweizerischen Aktienrechts spricht gegen die Zulässigkeit der Vertretung.<sup>39</sup>
2. Die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat ist auf eine natürliche Person ausgerichtet, welche aufgrund ihrer persönlichen und fachlichen Eigenschaften von der Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt wird.<sup>40</sup>
3. Anlässlich der VR-Sitzung soll durch persönliche Argumentation der einzelnen Mitglieder eine Willensbildung nach dem Unmittelbarkeitsprinzip stattfinden.<sup>41</sup>
4. Die Teilnahme an Sitzungen und die damit verbundene aktive Mitwirkung an der Willensbildung des Verwaltungsrates gehört zum Kernbereich der Ausübung des Verwaltungsratsmandats.<sup>42</sup>
5. Allen Mitgliedern kommt bei der Abstimmung grundsätzlich das gleiche Stimmrecht zu.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Vgl. oben, II.A.

<sup>38</sup> Die Thematik wird nachfolgend unter IV. C. 4. erneut aufgenommen und anhand von Musterstatutenklauseln konkretisiert.

<sup>39</sup> Vgl. aber B.1.

<sup>40</sup> Vgl. aber B. 3., 4.

<sup>41</sup> Vgl. aber B. 5. und 6.

<sup>42</sup> Vgl. aber B. 7.

<sup>43</sup> Vgl. aber B. 8.

6. Jeder Verwaltungsrat hat gleichermaßen das Recht und die Pflicht, an den Sitzungen teilzunehmen. Kommt er seiner Pflicht nicht nach, verliert er auch sein Recht darauf und soll konsequenterweise nicht abstimmen können.<sup>44</sup>
7. Insbesondere in kleinen Verwaltungsräten besteht ein Missbrauchspotenzial hinsichtlich der Ausübung des Zweifachstimmrechts des Vertreters.<sup>45</sup>

## B) Argumente für die Zulässigkeit

1. Im Gesetz findet sich keine gegenteilige Vorschrift und das Bundesgericht hat die Frage der Zulässigkeit aufgeworfen und explizit offen gelassen.
2. Verschiedene Handelsregisterämter tragen Statuten mit Stellvertretungsregelungen ein.
3. Mit der Wahl in den Verwaltungsrat spricht die Generalversammlung allen Verwaltungsräten gleichermaßen das Vertrauen aus. Eine statutarische Vertretungsklausel ist sodann ohnehin zwingend von der Generalversammlung zu beschliessen. Somit besteht kein Legitimitätsdefizit, wenn der Vertreter selbst gewählter Verwaltungsrat ist.
4. Die Generalversammlung soll darüber beschliessen können, ob ihr die Ausgestaltung des Verwaltungsrats als Beratungsorgan oder die Mitwirkung aller Verwaltungsräte bei sämtlichen Beschlüssen wichtiger ist.
5. Ein Vertreter kann nach vorgängiger Instruktion ausdrücklich im Namen des Vertretenen eine Stellungnahme abgeben.
6. Der Idealfall einer physischen Sitzung unter Anwesenheit, höchster Aufmerksamkeit und der Bereitschaft zur unmittelbaren Willensbildung aller Mitglieder ist von vornherein unrealistisch. Einschränkungen des Unmittelbarkeitsprinzips ergeben sich auch durch das Fehlen einzelner Mitglieder an Sitzungen, das bewusste Verzicht auf ein Votum durch ein Mitglied oder im Fall, wo andere Mitglieder ihre Meinung schon vor der Sitzung fest gebildet haben und neuen Argumenten gar nicht folgen. Die Vertretung stellt daher nicht schlechthin *den Fall* suboptimaler Willensbildung im Verwaltungsrat dar.
7. Präsenzquoten für die Beschlussfassung können weiterhin bestehen bleiben, z.B. für Beschlüsse, welche die Gesellschaft als besonders wichtig einstuft.
8. Auch der Stichtscheid des Präsidenten ist ein Bruch mit dem Verbot des Mehrfachstimmrechts. Zunächst ist zwischen einem dauerhaften und einmaligen Mehrfachstimmrecht zu unterscheiden. Eine Stellvertretung ist sodann nicht zwingend mit einem Pluralstimmrecht eines VR-Mitgliedes verbunden: Der Vertretene kann Anweisungen geben, wie der Vertreter abzustimmen hat.
9. Meist sind die hochqualifizierten Verwaltungsräte entsprechend ausgelastet und fehlen gelegentlich an einer VR-Sitzung. Somit kann es im Hinblick auf das Fachwissen eines fehlenden Verwaltungsrats durchaus sinnvoll sein,

<sup>44</sup> Vgl. aber B. 9.

<sup>45</sup> Vgl. aber B. 3., 5., 7. und 11.

wenn ein derartiges Mitglied sich von einem anderen nach vorgängiger Instruktion vertreten lässt.

10. Auch in Ausnahmesituationen (d.h. wenn ein Mitglied durch zwingende Gründe wie Unfall, Krankheit oder die Erfüllung gesetzlicher Pflichten an der Teilnahme verhindert ist) können alle Mitglieder ihre Stimme abgeben.
11. Die Haftung des vertretenen VR-Mitgliedes gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und auch Dritten bleibt bestehen.

## C) Folgerung

### 1. Würdigung

Es fällt auf, dass sich die Argumente *gegen* die Zulässigkeit der Vertretung lediglich auf den *Grundsatz* der Unzulässigkeit beziehen. Die Argumente berücksichtigen u.E. nur ungenügend, dass eine allfällige Vertretung ohnehin immer nur ausnahmsweise zum Zuge kommt. Im Grundsatz ist die Vertretungsfeindlichkeit des Verwaltungsratsmandates nämlich unbestritten. Sämtlichen Argumenten gegen die Vertretung kann sodann mit einem entsprechenden Gegenargument begegnet werden. Insgesamt sprechen schliesslich auch mehr Argumente für die Zulässigkeit, weshalb sich die ausnahmsweise Zulässigkeit einer Vertretung aufdrängt.

### 2. Voraussetzungen und Einschränkungen

Eine Vertretung kommt jedoch nur in Betracht, wenn sichergestellt werden kann, dass die oben genannten Befürchtungen unbegründet sind oder auf ein Minimum reduziert werden können. Nachfolgend wird dies geprüft.

#### a) Institutionelle Voraussetzungen

- Die Stellvertretung bedarf einer statutarischen Ermächtigung. Es muss darin sichergestellt sein, dass Verwaltungsräte nur an *einzelnen* Sitzungen, d.h. nicht dauerhaft, vertreten werden können. Dauerabsenzen wären mit der Pflicht, das VR-Mandat grundsätzlich ad personam zu erfüllen, unvereinbar.
- Die Stellvertretung bedarf einer Auftragserteilung und schriftlichen Vollmacht durch das abwesende Mitglied. Die Vertretungsvollmacht muss sich auf ein bestimmtes oder mehrere bestimmte Sachgeschäfte beziehen.
- Es können auch Vorgaben, wie *namens des Vertretenen* zu argumentieren und abzustimmen ist, vereinbart werden. So kann ein eigentliches Mehrfachstimmrecht vermieden werden und die Meinung des Abwesenden kann – wenn auch weniger authentisch als bei persönlicher Argumentation – ebenfalls einfließen.
- Die Delegation an ein anderes Mitglied hat keinerlei haftungsbeschränkende Wirkung für das vertretene Mitglied.

#### b) Einschränkungen in persönlicher Hinsicht

- Eine Vertretung hat sich auf zwingende Gründe (wie Krankheit, Unfall oder die Erfüllung gesetzlicher Pflichten) zu beschränken, die es dem VR-Mitglied verunmöglichen, an der Sitzung teilzunehmen. Grundsätzlich ist das VR-Mandat nämlich persönlich zu erfüllen.

- Ein Vertreter darf nur ein einziges VR-Mitglied vertreten, um eine Verfälschung der Willensbildung im Verwaltungsrat sowie Mehrfachstimmrechte möglichst zu vermeiden.
- Der Vertreter muss selbst gewählter Verwaltungsrat sein. Jeder dem Verwaltungsrat nicht angehörenden Drittperson fehlt die Legitimation der Generalversammlung.
- Präsenzquoten für wichtige Beschlüsse können vorbehalten bleiben. Dabei muss das vertretene Mitglied als nicht anwesend gelten.
- Die Vertretung darf nicht dazu dienen, Stimmrechtsbeschränkungen zu umgehen (z.B. bei Vorliegen eines Ausstandsgrundes).

### 3. Ergebnis und Zweckmässigkeit

Unter den soeben dargestellten Voraussetzungen und Einschränkungen können die oben genannten Befürchtungen vermieden werden, weshalb dann eine Vertretung ausnahmsweise zuzulassen ist. Mit der ausnahmsweisen Zulässigkeit der Vertretung ist allerdings noch nichts über ihre Zweckmässigkeit gesagt.

Die Vertretung eines Verwaltungsrats an einer Sitzung ist rechtlich als Auftrag zu qualifizieren.<sup>46</sup> Damit ist auch der zwingende Art. 404 OR, der ein jederzeitiges Kündigungs- bzw. Widerrufsrecht stipuliert, anwendbar. Der Vertreter muss den Auftrag also jederzeit beenden können. Beendet er aber den Auftrag kurz vor der Abstimmung, stellt sich die Frage nach der Kündigung zur Unzeit. Hiermit wiederum ist die Frage verbunden, wie ein allfälliger dadurch entstehender Schaden quantifiziert werden soll. Kompliziert kann die Situation auch dann werden, wenn der Vertretene klare Abstimmungsanweisungen abgegeben hat. Anlässlich der Sitzung kommen neue Fakten ans Licht, die den Vertretenen möglicherweise dazu bewegen hätten, anders abzustimmen. Gemäss Art. 397 Abs. 1 OR müsste der Vertreter von den Weisungen des Vertretenen abweichen, wenn es für ihn nach den Umständen nicht möglich ist, sich mit dem Vertretenen erneut abzusprechen. Unklar ist auch, wie zu verfahren ist, wenn der Vorsitzende entgegen der Ansicht des Vertreters angebliche Mängel in der Vollmacht feststellt. Möglich wäre es, die Sitzung ohne den Vertretenen durchzuführen oder zu vertagen. Auch in Frage käme die Heilung des Mangels durch mündliche Mitteilung.

Kommt es im Zusammenhang mit einem Entscheid an einer Verwaltungsratssitzung, bei der ein Mitglied vertreten wurde, zu einem Verantwortlichkeitsprozess, stellt sich die Frage nach der Haftung des Vertretenden und des Vertretenen. Sind nämlich für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist (Art. 759 Abs. 1 OR).<sup>47</sup> Unklar ist dabei wie das «doppelte» Stimmrecht des Vertreters und wie die Abwesenheit des Vertretenen in Bezug auf deren kausalen Beitrag am entsprechenden Entscheid des Verwaltungsrats zu würdigen sind.

<sup>46</sup> Gl.M. WEBER (Anm. 1), S. 73.

<sup>47</sup> Vgl. zur differenzierten Solidarität i.A. HABLÜTZEL, Solidarität in der aktienrechtli-

chen Verantwortlichkeit, Diss. Univ. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2009, S. 47 ff.

Auch im vorerwähnten Fall des Abweichens von Weisungen des Vertretenen lässt sich diese Frage nicht schlüssig beantworten.

In Einzelfällen mag die Stellvertretung einem praktischen Bedürfnis entsprechen und auch problemlos funktionieren. Im Zusammenhang mit der Vertretung eines Verwaltungsrats stellen sich aber heikle juristische und praktische Fragen, was anlässlich der VR-Sitzung und bei Verantwortlichkeitsprozessen zu Schwierigkeiten führen kann und wird. Zudem lassen sich Abwesenheiten in den meisten Fällen durch den telefonischen Beizug von einzelnen VR-Mitgliedern<sup>48</sup> lösen. Die Autoren raten daher ausdrücklich von Stellvertretungsregelungen in den Statuten ab. Dies gilt auch für öffentliche Unternehmen.<sup>49</sup>

#### 4. Musterklausel

WEBER<sup>50</sup> schlug folgende Statuten-Musterklausel zur Stellvertretung im Verwaltungsrat vor:

*«Ein abwesendes VR-Mitglied kann sich mittels einer schriftlichen, für eine spezielle Sitzung erteilten Vollmacht durch ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates vertreten lassen. Dabei kann kein VR-Mitglied mehr als ein anderes Mitglied vertreten. Die diesbezüglichen Vollmachten sind dem Protokoll beizufügen<sup>51</sup>.»*

Bereits diese Klausel müsste angesichts der oben gewonnenen Erkenntnisse heute von den Handelsregisterämtern akzeptiert werden. Problematisch ist aber die Tatsache, dass sich an VR-Sitzungen Änderungen von allfälligen Traktandenlisten ergeben können. Nötig ist u.E. deshalb noch eine weitere Einschränkung, nämlich bezüglich des sachlichen Umfangs der Vollmacht. Sollte also trotz des vorerwähnten Vorbehalts der mangelnden Zweckmässigkeit eine entsprechende Statutenbestimmung gewünscht werden, könnte diese wie folgt aussehen:

*«Ein VR-Mitglied kann sich aus zwingenden Gründen wie Krankheit, Unfall oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten mittels einer schriftlichen Vollmacht durch ein anderes Mitglied des Verwaltungsrats an einer einzelnen VR-Sitzung für bestimmte Sachgeschäfte vertreten lassen. Kein VR-Mitglied kann mehr als ein anderes Mitglied vertreten.»*

<sup>48</sup> Vgl. unten, V.D.

<sup>49</sup> Zum Begriff: Es existiert keine Legaldefinition. Siehe aber RL 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000: «Jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeiten des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.» Angesichts der enormen Menge an Beteiligungen der öffentlichen Hand an Unternehmen (Die Kantone halten 1000 Beteiligungen an 600 Unternehmen mit einem Buchwert von über CHF 7 Mrd.; vgl.

SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, Public Corporate Governance, Handbuch für die Praxis, Bern 2011, S. 1 ff.) und den vielen damit verbundenen Einsitzen von Regierungsvertretern im Verwaltungsrat der entsprechenden Unternehmen könnte eine Statutenbestimmung, welche die Vertretung im Verwaltungsrat zuliesse, prima vista als sinnvoll erscheinen. Auch hier ist die Stellvertretung aufgrund der genannten Probleme aber abzulehnen.

<sup>50</sup> WEBER (Anm. 1), S. 173.

<sup>51</sup> Dieser letzte Satz sei ein möglicher, aber nicht notwendiger Zusatz.

## V. Sonderfragen

### A) Suppleanten

Suppleanten werden von der Generalversammlung gewählt, um im Fall der Abwesenheit oder Verhinderung eines VR-Mitgliedes dieses zeitweise zu ersetzen. Im Gesetz sind Suppleanten nicht vorgesehen. Unklar ist, ob ein Suppleant für jedes VR-Mitglied einspringen kann oder ob er nur zur Vertretung eines bestimmten berechtigt ist. Die Zulässigkeit von Suppleanten wird von der Lehre mehrheitlich bejaht.<sup>52</sup> Im Handelsregister werden Suppleanten hingegen nicht mehr eingetragen.<sup>53</sup>

Um seiner Aufgabe überhaupt gerecht werden zu können, müsste ein Suppleant denselben Erfahrungs- und Informationshorizont wie die übrigen VR-Mitglieder haben. Auch in der Zeit, in welcher er nicht aktiv an VR-Sitzungen teilnimmt, bedarf er zumindest eines allgemeinen Informationsrechts.<sup>54</sup> Schliesslich sollte der Suppleant, sobald ein anderes VR-Mitglied ausfällt, sofort für dieses einspringen können. Die Figur des Suppleanten ist damit widersprüchlich: Einerseits soll er alle Rechte und Pflichten eines Verwaltungsrats haben, gleichzeitig kommt ihm jedoch zunächst kein Teilnahme- und Stimmrecht zu. Erst im Fall der Verhinderung eines «echten» Mitglieds nimmt er für dieses an der VR-Sitzung teil.<sup>55</sup> Damit kann er eigentlich gar nicht von Beginn seiner Bestellung weg Träger sämtlicher Rechte und Pflichten als Verwaltungsrat sein. Obwohl der Suppleant nur zum Teil zur Willensbildung beiträgt, ist er aber grundsätzlich als Organ zu betrachten. Als solches hat er dieselben Pflichten wie die übrigen VR-Mitglieder. Den Suppleanten kann also eine gleichsam latente Verantwortlichkeit für Vorgänge zum Schaden der Gesellschaft treffen, die sich ausserhalb seiner Mitwirkung abgespielt haben.<sup>56</sup>

Es liegt auf der Hand, dass diese Situation rechtlich kaum lösbar und damit unbefriedigend ist. Die Bestellung von Suppleanten ist deshalb in Übereinstimmung mit ZIHLER/KRÄHENBÜHL<sup>57</sup> abzulehnen.

### B) Rechtsvertretung

#### 1. Thematik

Mit der Frage der Stellvertretung ist auch jene der Rechtsvertretung verbunden. Einerseits ist zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen der einzelne Verwaltungsrat berechtigt ist, für die Ausübung seines Mandats einen Rechtsvertreter beizuziehen. Andererseits ist danach zu fragen, ob der Rechtsvertreter an der Sitzung teilnehmen oder allenfalls gar eine Stellvertreterfunktion übernehmen darf.

<sup>52</sup> FORSTMOSER ET AL. (Anm. 1), § 11 N 49; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 28 N 189; KRNETA (Anm. 1), N 298 ff.; a.M. ZIHLER/KRÄHENBÜHL, Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis, REPRAX 3/10, S. 74.

<sup>53</sup> ZIHLER/KRÄHENBÜHL (Anm. 52), S. 74; FORSTMOSER ET AL. (Anm. 1), § 11 N 49.

<sup>54</sup> WALDBURGER, die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Bern 2002, S. 107; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 1), § 28 N 190.

<sup>55</sup> BÖCKLI (Anm. 1), § 13 Rz. 99a f.

<sup>56</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Anm. 1), S. 26; a.M. KRNETA (Anm. 1), N 305.

<sup>57</sup> ZIHLER/KRÄHENBÜHL (Anm. 52), S. 74.

## 2. Beizug von Rechtsvertretern

Wird ein Verwaltungsrat mit einer Situation konfrontiert, in der juristischer Rat unabdingbar ist, er selbst aber nicht über das nötige Wissen verfügt, kann die Konsultation eines Rechtsanwalts empfehlenswert sein. Zur Information in spezifischen Sachfragen ist der Beizug und die Teilnahme von Sachverständigen zulässig – oder sogar Pflicht.<sup>58</sup> Wenn es die Sache erfordert, ist der Verwaltungsrat im Rahmen der Sorgfaltspflicht<sup>59</sup> mithin verpflichtet, einen Rechtsanwalt als Berater beizuziehen. Die Unterlassung des Beizugs von Sachverständigen kann eine Pflichtverletzung darstellen.<sup>60</sup>

Vorstellbar ist aber auch, dass ein einzelner Verwaltungsrat ohne entsprechenden Beschluss des Gremiums selbst einen Rechtsanwalt für sich persönlich beizieht. Die Sorgfaltspflicht gebietet es dem Verwaltungsrat, einen Rechtsvertreter beizuziehen, wenn er es für die Erfüllung seines Mandats als unabdingbar erachtet.<sup>61</sup> Allerdings – im Gegensatz zum angelsächsischen Recht<sup>62</sup> – muss der beigezogene Rechtsanwalt ohne Beschluss des Gesamtverwaltungsrats als vom einzelnen Verwaltungsrat selbst individuell beauftragt gelten. Der beauftragende Verwaltungsrat hat demnach auch die anfallenden Kosten selbst zu übernehmen.<sup>63,64</sup>

Ein beigezogener Rechtsanwalt untersteht ohne Weiteres dem Anwaltsgeheimnis.<sup>65</sup> Häufig dürfte aber trotz Bindung an das Anwaltsgeheimnis zusätzlich noch eine vertragliche Geheimnispflicht vereinbart werden. Werden juristische Berater hinzugezogen, die keinem Berufsgeheimnis unterstehen, ist zwingend eine entsprechende Geheimnispflicht zu vereinbaren.<sup>66</sup>

## 3. Teilnahme von Rechtsvertretern an VR-Sitzungen

Dem Verwaltungsrat nicht angehörende Dritte haben grundsätzlich kein Teilnahmerecht an den VR-Sitzungen.<sup>67</sup> Das gilt auch für beigezogene Rechtsvertreter. Der Verwaltungsrat kann aber mittels Mehrheitsentscheid<sup>68</sup> über die Teilnahme

<sup>58</sup> WERNLI (Anm. 1), Art. 713 N 5; FORSTMOSER ET AL. (Anm. 1) § 11 N 44; PLÜSS (Anm. 11), S. 33; vgl. auch BGE 97 II 403, E. 5 S. 413.

<sup>59</sup> Art. 717 OR.

<sup>60</sup> WALDBURGER (Anm. 54), S. 203, Anm. 143, m.w.H.

<sup>61</sup> Natürlich darf diese Situation nicht zum Regelfall werden. Wer das Amt als Verwaltungsrat antritt, obwohl er ganz grundsätzlich nicht über die notwendigen Voraussetzungen verfügt, verletzt damit eine Sorgfaltspflicht und kann sich im Sinne eines Übernahmeverschuldens haftbar machen (WALDBURGER (Anm. 54), S. 204 f. Anm. 147, m.w.H.).

<sup>62</sup> Vgl. The UK Corporate Governance Code des Financial Reporting Council, Section B 5.1.

<sup>63</sup> Gl.M. WALDBURGER (Anm. 54), S. 204.

<sup>64</sup> Freilich besteht die Möglichkeit, dass der Gesamt-VR das Mandat nachträglich «genehmigt» und bestimmt, dass die Gesellschaft die Kosten des Rechtsanwalts zu übernehmen hat.

<sup>65</sup> Art. 13 BGFA.

<sup>66</sup> Zu beachten sind aber auf jeden Fall spezifische, im Verwaltungsrat zusätzlich vereinbarte Geheimhaltungspflichten.

<sup>67</sup> FORSTMOSER ET AL. (Anm. 1), § 11 N 42; WALDBURGER (Anm. 54), S. 206 (implizit); BÖCKLI (Anm. 1), § 13 Rz. 127a.

<sup>68</sup> Angesichts der Bedeutung des Entscheids sind Statutenbestimmungen abzulehnen, welche dem Verwaltungsratspräsidenten das Entscheidrecht einräumen. Vgl. FORSTMOSER ET AL. (Anm. 1), § 11 N 44; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (Anm. 1), S. 218; a.M. KRNETA (Anm. 1), N 758.

von Dritten wie Rechtsvertretern entscheiden; unter Umständen ist dies sogar geboten.<sup>69</sup> Abstimmen dürfen Rechtsvertreter hingegen nicht.<sup>70</sup> Gleiches gilt bei virtuellen Sitzungen, wobei sich bei solchen die Frage der Durchsetzbarkeit stellt. Es wird nämlich eventuell weder bemerkt noch kann zuverlässig geprüft werden, ob sich nicht ein VR-Mitglied während der VR-Sitzung von einem Rechtsvertreter beraten<sup>71</sup> lässt.<sup>72</sup>

#### 4. Rechtsvertreter und Stellvertretung

Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob allenfalls ein Rechtsvertreter als Stellvertreter des einzelnen VR-Mitglieds an der Sitzung teilnehmen darf. Die Unzulässigkeit der Vertretung durch eine Drittperson kann unseres Erachtens nicht angezweifelt werden;<sup>73</sup> zu gross wäre das Legitimationsdefizit eines Dritten. Auch wenn es sich beim Dritten um einen Rechtsvertreter eines VR-Mitglieds handelt, ändert sich an dieser Situation nichts.

#### 5. Ergebnis

Es ist festzuhalten, dass Rechtsvertreter als Berater zu VR-Sitzungen nur dann beigezogen werden dürfen, wenn dagegen kein VR-Mitglied opponiert bzw. im Fall der Opposition durch Mehrheitsbeschluss die Anwesenheit als Gast zugelassen wurde. Jedes einzelne VR-Mitglied kann den Beizug eines Rechtsvertreters beantragen. Ein grundsätzliches Recht auf Teilnahme besteht aber nicht. Die Stellvertretung durch einen dem Verwaltungsrat nicht angehörenden Rechtsvertreter ist in jedem Fall ausgeschlossen.

### C) Vertretung bei Präsenzquoren

Die Autoren haben in der Praxis folgende Situation angetroffen: Zwei Aktionäre, die je 50% der Beteiligungen an einer Gesellschaft halten, sind gleichzeitig die beiden einzigen Verwaltungsräte derselben Gesellschaft. Einer der beiden ist Verwaltungsratspräsident und besitzt bei VR-Sitzungen den Stichtscheid. Die Statuten sehen als Präsenzquorum bei den VR-Sitzungen für Beschlüsse jedoch die Anwesenheit beider VR-Mitglieder vor. Auf einen Aktionärsbindungsvertrag einigten sich die beiden nicht. Zwischen den beiden Verwaltungsräten ist eine auswegslose Konfliktsituation entstanden.

Bleibt nun ein Verwaltungsrat einer VR-Sitzung berechtigterweise fern,<sup>74</sup> ist der Verwaltungsrat nicht beschlussfähig.<sup>75</sup> In solchen Situationen könnte die

<sup>69</sup> Vgl. oben, V.B.2.

<sup>70</sup> KRNETA (Anm. 1), N 756; WERNLI (Anm. 1), Art. 713 N 5.

<sup>71</sup> Geht dieser sogar so weit und zeichnet die VR-Sitzung ohne Einwilligung der anderen VR-Mitglieder auf, kann dieses Verhalten strafrechtliche Folgen nach sich ziehen (Art. 179<sup>bis</sup> StGB).

<sup>72</sup> Der einzige Ausweg, solche Probleme wirksam zu umgehen, wäre der Verzicht auf virtuelle VR-Sitzungen.

<sup>73</sup> Vgl. oben, II. A., III.B., IV.C.

<sup>74</sup> Bei mehrfachem oder unberechtigtem Fernbleiben könnte sich der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs aufdrängen.

<sup>75</sup> Sog. Notkompetenzen des VR-Präsidenten bedürfen einer Grundlage im Organisationsreglement (Vgl. BÖCKLI (Anm. 1), § 13 Rz. 147). Eine solche besteht jedoch im vorliegenden Fall nicht.



Stellvertretung eines Verwaltungsrats durch seinen Rechtsvertreter als sinnvoll erscheinen. Wie gesehen<sup>76</sup> hat ein dem Verwaltungsrat nicht angehörender Rechtsanwalt aber kein Teilnahmerecht an der VR-Sitzung. Wegen des erwähnten Konflikts würde der Rechtsvertreter des VR-Mitglieds ohne Stichtscheid wohl nicht einmal als Gast zugelassen. Eine im oben dargestellten Rahmen zulässige Vertretung durch einen anderen Verwaltungsrat erscheint ebenfalls nicht als zweckdienlich, da dann der teilnehmende Verwaltungsrat die Beschlüsse alleine fassen könnte. Das statutarische Präsenzquorum dient aber genau dazu, dies zu verhindern und es drängt sich die Annahme der Rechtsmissbräuchlichkeit eines solchen Vorgehens auf. Obendrein wären auf diese Weise gefasste Beschlüsse aufgrund des Präsenzquorums statutenwidrig.

Die Stellvertretung durch einen dem Verwaltungsrat nicht angehörenden Rechtsvertreter ist nicht zulässig. Die Stellvertretung durch den anwesenden Verwaltungsrat ist aus praktischen Gründen unmöglich und führt allenfalls zur Rechtsmissbräuchlichkeit, jedenfalls wäre sie aber statutenwidrig. Der Verwaltungsrat ist mithin nur bei Anwesenheit beider Mitglieder beschlussfähig, was zu Blockaden führt. Die dargelegte Problematik zeigt, dass die Stellvertretung insbesondere in kleinen Gesellschaften nicht zweckmässig und im Übrigen auch Präsenzquoren nicht empfehlenswert sind.<sup>77</sup>

## D) Telefonische Teilnahme an Abstimmungen

Die Internationalisierung von Verwaltungsräten bringt es mit sich, dass VR-Sitzungen in der Praxis nicht mehr nur physisch, sondern vermehrt auch virtuell durchgeführt werden. Neben den Sitzungen, die als Video- oder Telefonkonferenzen abgehalten werden, kommt es auch vor, dass einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats telefonisch und nur zu einzelnen Traktanden beigezogen werden. Der Vorsitzende muss in solchen Fällen dafür sorgen, dass jedem Teilnehmer die für die Willensbildung massgebliche Dokumentation zur Verfügung steht. Zudem ist eine ungehinderte Teilnahme aller Mitglieder an der Beratung und Beschlussfassung zu gewährleisten. Unter diesen Voraussetzungen kann die entsprechende Teilnahme eines Mitglieds als gleichwertig gelten<sup>78</sup> und ist deshalb zuzulassen.

Das Protokoll der Sitzung sollte unverzüglich allen VR-Mitgliedern zugestellt werden. So können Informationsasymmetrien zwischen physisch und virtuell anwesenden Mitgliedern vermieden werden.<sup>79</sup> Es ist zudem im Protokoll zu vermerken, wer nur virtuell zugeschaltet an der Sitzung teilgenommen hat.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> Vgl. oben, V. B.

<sup>77</sup> In der Folge werden in der Gesellschaft neben der zeitweisen Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsrats weitere Pattsituationen entstehen. Sobald die Amtszeit der Verwaltungsräte abgelaufen ist, werden sich die verstrittenen Aktionäre gegenseitig als Verwaltungsräte nicht mehr wählen. Damit sind die Organe der Gesellschaft nicht mehr ordnungsgemäss zusammengesetzt und es wird schliesslich unumgänglich, die Gesellschaft

aufzulösen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Jede andere Massnahme würde aufgrund der ausweglosen Konfliktsituation keine Lösung bieten.

<sup>78</sup> Vgl. BÖCKLI (Anm. 1), § 13 Rz. 136; KRNETA (Anm. 1), N 737a.

<sup>79</sup> BÖCKLI (Anm. 1), § 13 Rz. 136a.

<sup>80</sup> Zur Protokollführung bei virtuellen Sitzungen vgl. MÜLLER, Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, Zürich 2009, S. 40 ff.

## VI. Zusammenfassung und Empfehlungen

### A) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Stellvertretung im Verwaltungsrat grundsätzlich nicht zulässig ist. Dies gilt insbesondere für Suppleanten.

Ausnahmsweise kann eine Stellvertretung im Verwaltungsrat unter institutionellen Voraussetzungen und mit Einschränkungen in persönlicher Hinsicht zulässig sein. Insbesondere braucht es dazu eine ausdrückliche Ermächtigung in den Statuten. Solche Statutenklauseln werden von verschiedenen kantonalen Handelsregisterämtern zur Eintragung zugelassen.

Die Feststellung betreffend grundsätzlicher Unzulässigkeit der Stellvertretung gilt auch dann, wenn ein nicht dem Verwaltungsrat angehörender Rechtsanwalt als Stellvertreter bestellt werden soll. Es kann einem VR-Mitglied aber nicht verwehrt werden, persönlich einen Rechtsanwalt zur Beratung zu konsultieren. Hingegen kann diesem Rechtsanwalt untersagt werden, an einer VR-Sitzung teilzunehmen. Dies gilt auch für die Teilnahme an virtuellen Sitzungen. Allerdings ist in solchen Fällen die Durchsetzung eines Verbots problematisch.

### B) Empfehlungen

Im Hinblick auf die Probleme im Zusammenhang mit der solidarischen Verantwortlichkeit sowie dem Auftragsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem raten die Autoren grundsätzlich von einer Stellvertretung im Verwaltungsrat ab. Diese Empfehlung gilt auch für öffentliche Unternehmen, in denen ausdrücklich die Einsitznahme von einem Mitglied der Exekutive vorgesehen ist. Dementsprechend sollten bezüglich der Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat folgende Punkte im Organisationsreglement klargestellt werden:

- Die Verwaltungsräte müssen an VR-Sitzungen persönlich teilnehmen. Sie dürfen sich nicht vertreten lassen.
- Jeder Verwaltungsrat ist berechtigt, zur Wahrnehmung seines Mandats auf eigene Kosten einen Rechtsvertreter zu konsultieren.
- Die Teilnahme von Rechtsvertretern als Gast an VR-Sitzungen bedarf eines Mehrheitsbeschlusses des Verwaltungsrats.

Soll bei besonderen Konstellationen trotz der negativen Empfehlung eine Stellvertretungsmöglichkeit eingeräumt werden, ist die Grundlage dafür eine entsprechende Statutenbestimmung. Darin sind zumindest folgende Voraussetzungen und Einschränkungen vorzugeben:

- Die Vertretung ist nur aus zwingenden Gründen wie Krankheit, Unfall oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten zuzulassen.
- Die Vertretung darf nur durch ein anderes VR-Mitglied erfolgen.
- Kein VR-Mitglied darf mehr als ein einziges anderes Mitglied vertreten.
- Die Vertretung bedarf einer schriftlichen Vollmacht. Diese hat sich auf eine einzelne VR-Sitzung und auf bestimmte Sachgeschäfte zu beschränken.

Schliesslich wäre es zu begrüssen, wenn das EHRA in der Frage der Stellvertretung im Verwaltungsrat eine klare Meinung vertreten würde. Möglich wäre eine Praxismitteilung, in welcher das EHRA grundsätzlich die Zweckmässigkeit einer Stellvertretung im Verwaltungsrat ablehnt. Gleichzeitig könnte aber auch festgehalten werden, dass die kantonalen Handelsregisterämter die Kognitionsbefugnis haben, entsprechende Statutenklauseln zu überprüfen. Statutenbestimmungen, die eine Vertretung ohne konkrete Voraussetzungen und Einschränkungen erlauben, sollten zurückgewiesen werden.

## Résumé

La parution du Bulletin (Newsletter) du 12 novembre 2010 de l'Office du registre du commerce du Canton de Zürich a redonné de l'importance aux thèmes du remplacement et de la représentation juridique au conseil d'administration. Un examen des ouvrages et de la jurisprudence indique qu'une majorité de la doctrine rejette l'idée de la représentation. Le Tribunal fédéral a toutefois expressément laissé ouverte la possibilité d'adopter une disposition statutaire à ce sujet. Une comparaison des arguments montre qu'un nombre supérieur d'entre eux parle en faveur

de l'admission plutôt que du refus. Les auteurs demeurent néanmoins convaincus qu'en raison de son caractère inopportun la représentation ne devrait en principe pas être prévue. Des problèmes se posent notamment sous l'angle du rapport contractuel entre le mandant et le mandataire ainsi que de la responsabilité solidaire. La pratique hétéroclite des Offices cantonaux du registre du commerce en matière de représentation pourrait être ajustée par le biais d'une «Communication OFRC».

*(traduit par  
lic. iur. Nicolette Rusca, OFRC)*