

Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht

Dr.iur. Roland Müller, Rechtsanwalt

Staad/SG, 1996

1. EINFÜHRUNG

Per 31.12.1995 waren in der Schweiz 170'703 Aktiengesellschaften registriert¹, aber nur 206'145 verschiedene Verwaltungsräte, wovon zudem etwa 15'000 im Ausland wohnhaft sind. Es ist deshalb offensichtlich, dass viele Verwaltungsräte gleichzeitig in mehreren Gesellschaften Einsitz haben. Im Verzeichnis der Verwaltungsräte 1997² sind die einflussreichsten Persönlichkeiten nach Anzahl Verwaltungsratsmandate aufgelistet; zuoberst steht dabei ein Verwaltungsrat mit insgesamt 189 Mandaten.

Abgesehen vom Sonderfall einer stillstehenden Aktiengesellschaft sollte ein seriöser Verwaltungsrat mindestens drei Sitzungen pro Jahr abhalten. Eine erste zur Beurteilung des Geschäftsabschlusses bzw. Vorbereitung der Revision. Eine zweite Sitzung zur Vorbereitung der Generalversammlung mit Festlegung der entsprechenden Traktanden und schliesslich noch eine dritte Sitzung zur Beschlussfassung über die laufenden Geschäfte sowie zur Festlegung der zukünftigen Unternehmensziele inkl. Budget. Zumindest von jenen 100 Persönlichkeiten, die am meisten Verwaltungsratsmandate haben, kann deshalb klar festgestellt werden, dass sie eine *hauptberufliche Verwaltungsratsstätigkeit* ausüben, denn sie alle haben mehr als 50 Verwaltungsratsmandate gleichzeitig. Eine nähere Betrachtung dieser hauptberuflichen Tätigkeit unter Berücksichtigung des Arbeitsrechtes ist deshalb zweifellos sinnvoll.

Die Verwaltung einer Aktiengesellschaft konstituiert sich grundsätzlich selbst³. Von Gesetzes wegen ist lediglich vorgeschrieben, dass bei einer Mehrzahl von Verwaltungsräten zwingend ein Präsident zu bezeichnen ist⁴. Dieser hat vorwiegend formelle Funktionen, übt im übrigen aber eine normale Verwaltungsratsstätigkeit aus. Anders sieht es bei den Verwaltungsratsdelegierten aus. Diese bilden das Bindeglied zwischen der Direktion/Geschäftsführung und dem Verwaltungsrat. Sie orientieren sich laufend über den Geschäftsgang und rapportieren periodisch dem Gesamtverwaltungsrat. In vielen Gesellschaften greift der Verwaltungsratsdelegierte direkt durch entsprechende Weisungen in das Tagesgeschäft ein, weshalb er dort auch regelmässig als mächtigste Person in der Gesellschaft betrachtet wird. Die *Funktion eines Verwaltungsratsdelegierten erfordert weitaus mehr Zeit* als ein übliches Verwaltungsratsmandat. Wie viele der heute ca. 6'200 VR-Delegierte⁵ jedoch in einem klar definierten Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen, ist noch unerforscht. Es dürften jedoch schon aus Vorsorgeüberlegungen

¹ Schweizerisches Registereibuch 1997, Zürich 1996, S. XVII.

² Verzeichnis der Verwaltungsräte 1997, Zürich 1996, S. 10.

³ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1996, Rz. 1487; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 323.

⁴ Nach Art. 712 Abs. 1 OR bezeichnet der Verwaltungsrat seinen Präsidenten und seinen Sekretär.

⁵ Entsprechend 3,24% aller Verwaltungsräte; Hochrechnung auf Grund des Verzeichnisses der Verwaltungsräte 1997.

sehr viele sein⁶. Auf Grund dieser zweiten Ueberlegung lohnt es sich, auf die besondere Stellung des Verwaltungsrates im Arbeitsrecht näher einzugehen.

Schliesslich ist festzustellen, dass die Qualifikation des Verwaltungsratsmandates bisher in der rechtswissenschaftlichen Literatur nur dürftig behandelt wurde. Es gibt zwar Ausführungen und sogar Entscheide über den Mandatsvertrag, doch fehlen Untersuchungen und Abhandlungen zur Zulässigkeit von Arbeitsverträgen für Verwaltungsräte. Gerade *die Einführung der Mehrwertsteuer* hat jedoch viele Verwaltungsräte zum Abschluss eines separaten Arbeitsvertrages verleitet, um damit der neuen Steuerpflicht zu entgehen. Das Thema ist demnach brennend, denn sollte unter Umständen ein separater Arbeitsvertrag für Verwaltungsräte unzulässig sein, so könnte ein Durchgriff der Steuerbehörden stattfinden.

Nachstehend soll zuerst auf die Qualifikation des Verwaltungsratsmandates näher eingegangen werden, bevor dann die entsprechenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen bei der Begründung, bei der Ausübung und bei der Beendigung des Verwaltungsratsmandates untersucht werden.

2. QUALIFIKATION DES VERWALTUNGSRATSMANDATES

2.1 Qualifikation ohne separaten Vertrag

Es gibt derzeit noch keine Untersuchung darüber, wie viele der amtierenden Verwaltungsräte ihre Funktion auf Grund eines separat abgeschlossenen Mandats- oder Arbeitsvertrages ausüben. Da die Zahl der Verwaltungsräte in der Schweiz jedoch relativ hoch ist und die Ausarbeitung bzw. Ausfertigung eines separaten Vertrages aufwendig ist, kann vermutet werden, dass die Mehrheit der Verwaltungsräte betreffend ihrer Funktion keinen separaten Vertrag abgeschlossen hat. Zudem sind Verträge, mit denen eine Aktiengesellschaft die Bestellung des Verwaltungsrates der Generalversammlung entzieht und einem Dritten (z.B. der Holdinggesellschaft) überlässt, unbestreitbar nichtig⁷. Vorerst soll deshalb die Qualifikation eines Verwaltungsratsmandates ohne separaten Mandats- oder Arbeitsvertrag untersucht werden.

Das Verwaltungsratsmandat kommt grundsätzlich allein schon durch die Wahl der Generalversammlung und die Annahmeerklärung des Verwaltungsrates zustande. Wird ein gewählter Verwaltungsrat nicht in das Handelsregister eingetragen, so hat er als sogenannter "stiller Verwaltungsrat" die gleichen Rechte und Pflichten wie ein eingetragener Verwaltungsrat. Die Eintragung im Handelsregister hat demnach keinen Einfluss auf die rechtliche Qualifikation des Verwaltungsratsmandates.

Auch ohne Wahl durch die Generalversammlung kann jedoch eine Verwaltungsrats Tätigkeit ausgeübt werden. In diesen Fällen spricht man von "verdeckten Verwaltungsräten". Tatsächlich handelt es sich dabei um eine faktische Organschaft. Als faktisches Organ gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes jedermann, der ohne entsprechende Wahl oder besondere Bezeichnung dauernd oder selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Ent-

⁶ In Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. wird auf S. 314 ohne nähere Begründung ausgeführt, dass die Stellung des Delegierten überwiegend ein Vollamt sei, das auf der Basis eines Arbeitsvertrages ausgeübt werde.

⁷ Vgl. Pierre-Olivier Gehrig, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Zürich 1979, S. 59.

scheide fällt⁸. Eine faktische Organschaft liegt auch dann vor, wenn die Wahl des Verwaltungsrates auf einem nichtigen Generalversammlungsbeschluss beruht⁹. Diese wichtige Ueberlegung zeigt, dass ein Verwaltungsratsmandat auch ohne klassische Offerte und Annahme allein schon durch die tatsächliche Ausübung der Funktion zustande kommt.

In der herrschenden Lehre wird das Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und der Gesellschaft als einheitliches Rechtsverhältnis aufgefasst, das weitgehend zwingendem Recht unterliege und deshalb am besten als *Innominatvertrag sui generis* aufzufassen sei¹⁰. Dabei wird regelmässig auf den doppelten Charakter des Verwaltungsratsmandates hingewiesen¹¹:

- Von Gesetzes wegen hat der Verwaltungsrat eine *organschaftliche Funktion* mit entsprechenden Rechten und Pflichten, insbesondere dem Vertretungsrecht und der Verantwortlichkeit.
- Das Verwaltungsratsmandat hat aber auch eine *schuldrechtliche Komponente*, indem Begründung und Beendigung des Mandates weitgehende den Bestimmungen des Auftragsrechtes unterstellt werden.

Diese Qualifikation ist vielfach kritisiert worden. Allerdings hat sie in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle gespielt, weshalb bis heute nur wenige Gerichtsentscheide dazu ergangen sind. In BGE 75 II 153 stellte das Bundesgericht noch fest, ein Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft habe in der Regel einen Arbeitsvertrag oder aber zumindest einen Mandatsvertrag mit der Gesellschaft. In BGE 118 III 46 ff. wurde dagegen entschieden, dass einem als Geschäftsführer tätigen Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschriftsberechtigung im Konkurs der Aktiengesellschaft kein Privileg für seine Lohnforderung einzuräumen sei. Zur Begründung wurde angeführt, dass es im konkreten Falle am Bestehen des notwendigen rechtlichen und tatsächlichen Subordinationsverhältnisses gemangelt habe. Immerhin wird in dieser Entscheidung die Möglichkeit offengelassen, dass in einem anderen Falle allenfalls doch ein entsprechendes Subordinationsverhältnis gegeben sein könne.

Bereits früher wurde in der Literatur anerkannt, dass beim Verwaltungsratsmandat auch arbeitsrechtliche Bestimmungen häufig eine wichtige Rolle spielen¹². Tatsächlich können folgende Argumente für die *Qualifikation eines Verwaltungsratsmandates als Arbeitsvertrag* vorgebracht werden:

- a) In Art. 7 lit. h der AHV-Verordnung wird unmissverständlich festgelegt, dass Tantiemen, feste *Entschädigungen und Sitzungsgelder* an Mitglieder des Verwaltungsrates *Lohncharakter* haben.
- b) Bezüglich der gesamten VR-Entschädigung sind nicht nur AHV-Beiträge, sondern auch

⁸ Botschaft des Bundesrates zur Revision des Aktienrechtes, BBl. 1983 Bd. II Nr. 745, Bern 1991, S. 191; vgl. BGE 117 II 573.

⁹ Z.B. bei Abhaltung einer Generalversammlung als Universalversammlung, obwohl nicht alle Aktien vertreten sind.

¹⁰ Vgl. dazu die Zusammenfassung bei Adrian Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990, S. 113 ff.

¹¹ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O., S. 293 f.

¹² So ausdrücklich Gehrig, a.a.O. S. 16 mit Literaturverweis.

ALV-Prämien im normalen Umfange abzuliefern. In mehreren Fällen hat die *Arbeitslosenversicherung* deshalb Leistungen an Verwaltungsräte erbracht, die ihr Mandat zufolge Gesellschaftskonkurs verloren haben; allerdings steht eine generelle Richtlinie dazu noch aus.

- c) Mit einem Mandatsvertrag kann einem Dritten in begrenztem Umfange ein *Weisungsrecht* gegenüber dem Verwaltungsrat eingeräumt werden; ein solcher Mandatsvertrag kann auch mit dem Alleinaktionär oder der Muttergesellschaft abgeschlossen werden.
- d) Im Arbeitsrecht wird die Möglichkeit eines *faktischen Arbeitsvertrages* anerkannt¹³; entsprechend wäre auch die faktische Organschaft eines verdeckten Verwaltungsrates als faktisches Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, da die nicht eingehaltene Formvorschrift des Handelsregistereintrages ansonsten zu einer Nichtigkeit des Arbeitsvertrages führen könnte.

Würde man dieser Argumentation folgen, so bestünde ein Arbeitsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Verwaltungsrat, wobei die Generalversammlung als Organ innerhalb der gesetzlichen und statutarischen Schranken weisungsberechtigt wäre.

Nun gibt es aber auch Argumente, welche klar *gegen eine Qualifikation des Verwaltungsratsmandates als Arbeitsvertrag* sprechen:

- a) Gemäss Ziff. 202 der *Wegleitung für Mehrwertsteuerpflichtige* gilt die Tätigkeit des Verwaltungsrates als steuerbare, *selbständige Erwerbstätigkeit*; diese Regelung wird durch das Merkblatt Nr. 8 der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Abrechnung der Mehrwertsteuer noch verdeutlicht.
- b) Die Generalversammlung hat nach Art. 698 OR die unübertragbare Befugnis zur Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und damit auch zur entsprechenden Abwahl; das *Recht zur Abwahl* kann unabhängig von einer allfälligen Amtsdauer mit sofortiger Wirkung ohne Einhaltung einer bestimmten Frist ausgeübt werden¹⁴. Es besteht *kein "Kündigungsschutz"*.
- c) Gemäss Art. 718 Abs. 1 OR vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen; grundsätzlich kann somit nur der Verwaltungsrat und nicht etwa die Generalversammlung Arbeitsverträge abschliessen. Entsprechend kann der Generalversammlung auch keine *Zeichnungsberechtigung* eingeräumt werden. Der Verwaltungsrat müsste einen schriftlichen Arbeitsvertrag demnach sowohl für sich selbst als auch für die Gesellschaft unterschreiben, was im Hinblick auf das *Selbstkontrahieren* jedoch sehr problematisch ist.
- d) Art. 716a Abs. OR weist dem Verwaltungsrat *unübertragbare und unentziehbare Aufgaben* zu. Abmachungen, welche diese Bestimmungen verletzen, sind nichtig. Bezüglich dieser Aufgaben kann deshalb *keine Subordination* im Sinne einer Weisungsbefolungspflicht bestehen.

¹³ Vgl. Manfred Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Aufl. Bern 1997, S. 45 f.

¹⁴ Vgl. Böckli, a.a.O. Rz. 1471.

- e) Dem Verwaltungsrat ist auf Grund von Art. 716a Abs. 1 Ziff.1 OR nicht nur die Oberleitung der Gesellschaft, sondern auch das dazu notwendige Weisungsrecht übertragen worden. Auf Grund dieser gesetzlichen Kompetenzvermutung gilt der Verwaltungsrat nicht als vertraglicher, sondern *als organschaftlicher Vertreter des Arbeitgebers* mit entsprechenden Kompetenzen vor Arbeitsgericht.
- f) Sofern in den Statuten keine andere Regelung besteht, bestimmt der Verwaltungsrat *seine Entschädigung selbst*. Er ist dabei weder an bestehende Übung noch an Ortsgebrauch gebunden. Im Falle von krass übersetzten Entschädigungen droht ihm die Abwahl durch die Generalversammlung und eine allfällige Verantwortlichkeitsklage. Dies widerspricht der Regelung im Arbeitsrecht.
- g) Der Verwaltungsrat muss zur Ausübung seines Mandates gemäss Art. 707 Abs. 1 OR in jedem Falle *Aktionär der Gesellschaft* sein. Auch wenn dazu die treuhänderische Uebertragung einer einzigen Aktie genügt, so wäre eine derartige Bestimmung in einem Arbeitsvertrag wohl nicht zulässig.

Es gibt demnach klare Argumente, welche gegen die Qualifikation des Verwaltungsratsmandates als Arbeitsvertrag sprechen, sofern kein separater Vertrag mit dem Verwaltungsrat besteht. Aus analogen Ueberlegungen kann ohne separaten Vertrag auch kein reines Auftragsverhältnis angenommen werden. In Uebereinstimmung mit Plüss¹⁵ ist es im Sinne einer "*Verlegenheitslösung*" für das schweizerische Recht wohl am sinnvollsten, das Verwaltungsratsmandat *als organschaftliches Rechtsverhältnis* zu bezeichnen¹⁶.

2.2 Qualifikation mit separatem Mandatsvertrag

Den meisten Juristen und Treuhändern ist bekannt, dass bei verschiedenen Gesellschaften Verwaltungsräte auf Grund eines separaten Mandatsvertrages tätig sind¹⁷. Allerdings fehlt auch hier eine Untersuchung und somit Zahlenmaterial. Es soll nun geprüft werden, ob der Abschluss eines solchen Mandatsvertrages etwas an der bisher festgestellten Qualifikation zu verändern vermag. Dabei wird davon ausgegangen, dass in einem Mandatsvertrag folgende Bereiche geregelt werden:

- Funktionsfestlegung und ev. Zeichnungsberechtigung
- Aktienübertragung
- Weisungsrecht bzw. Weisungsbefolgungspflicht
- Informationsbeschaffung
- Geheimhaltungsverpflichtung
- Entschädigung/Spesen und ev. Bezahlung von Versicherung
- Enthaftungsklausel
- Kündigungsfrist
- Gerichtsstand und anwendbares Recht

¹⁵ Plüss, a.a.O. S. 123.

¹⁶ Nach Böckli, a.a.O. Rz. 1485b, hat es aber wegen seiner unübersehbaren auftragsrechtlichen Komponenten dennoch eine Doppelnatur.

¹⁷ Das Muster eines solchen Mandatsvertrages findet sich bei Müller/Lipp, a.a.O. S. 400 ff.

Der Mandatsvertrag wird in der Regel zwischen dem Verwaltungsrat und einem oder mehreren Aktionären abgeschlossen. Eine juristische Person kann dabei ebenfalls als Mandant auftreten. Denkbar sind aber auch Mandatsverträge mit Personen, die zwar selbst nicht Aktionär sind, aber die nicht nur eine Wahl, sondern auch eine treuhänderische Aktienübergabe veranlassen können.

Mandatsverträge sind auch nach neuem Aktienrecht zulässig. Allerdings hat der Verwaltungsrat nun unübertragbare und unentziehbare Aufgaben, welche einer diesbezüglichen Weisungsbefolgungspflicht entgegenstehen. Unter dem Vorbehalt, dass Weisungen nur dann zulässig sind, wenn sie nicht gegen Gesetz oder Statuten verstossen, können sie demnach auch von einem Verwaltungsrat befolgt werden. Zu beachten ist jedoch, dass die Generalversammlung nicht an einen Mandatsvertrag gebunden ist und demnach den Kandidaten erst gar nicht wählen oder aber unabhängig von der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist abwählen kann. Der Mandant kann dann nur noch versuchen, gestützt auf das Auftragsrecht und den Mandatsvertrag gegenüber dem Mandatar Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

Nachdem die Gesellschaft und damit auch die Generalversammlung ähnlich wie beim Aktionärbindungsvertrag nicht an die Abmachungen in einem Mandatsvertrag gebunden ist, verändert dieser grundsätzlich auch nichts bezüglich der vorgenommenen Qualifikation. Nun hat aber das Obergericht Zürich bereits 1983 einen Entscheid gefällt, nach dem im konkreten Fall¹⁸ durch den Abschluss eines separaten Mandatsvertrages zwischen zwei Minderheitsaktionären und der einzigen Verwaltungsrätin ein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei und demnach das Arbeitsgericht auch für allfällige Lohnansprüche aus diesem Vertrag zuständig sei. Es lohnt sich deshalb, auf diesen Entscheid näher einzugehen.

Nach der Auffassung des Obergerichtes Zürich wird in jenen Fällen, wo ein oder mehrere Verwaltungsräte als Delegierte tätig sind, in zunehmenden Masse ein Arbeitsverhältnis angenommen, vor allem dann, wenn diese Tätigkeit berufsmässig ausgeübt wird¹⁹. Diese Feststellung ist heute aktueller denn je, doch wurde nicht überprüft, ob ein derartiger Arbeitsvertrag überhaupt zulässig sei. Statt dessen begnügte sich das Obergericht damit, die beiden Minderheitsaktionäre bzw. Mandanten *als faktische Organe* zu qualifizieren, deren Weisungen für die einzige Verwaltungsrätin bzw. Mandantin verbindlich gewesen seien. Die Feststellung bezüglich der faktischen Organschaft dürfte auch heute noch richtig sein. Hingegen ist das Weisungsrecht durch den neuen Art. 716a OR nun dermassen eingeschränkt, dass allein schon auf Grund eines Mandatsvertrages noch kein Arbeitsvertrag angenommen werden dürfte.

Das Obergericht Zürich würde im konkreten Falle jedoch mit grösster Wahrscheinlichkeit auch heute noch gleich entscheiden, wenn auch gestützt auf andere Ueberlegungen. Im erwähnten Mandatsvertrag war nämlich festgehalten worden, dass die einzige Verwaltungsrätin gleichzeitig auch noch die gesamte Geschäftsführung übernehmen sollte. Das Gehalt für diese Geschäftsführung war einer separaten Vereinbarung vorbehalten worden, welche allerdings nie erstellt wurde. In der Folge arbeitete die einzige Verwaltungsrätin auch tatsächlich wie vorge-

¹⁸ ZR 83 (1984) Nr. 78 betr. Art. 394 OR.

¹⁹ Zur Begründung wird verwiesen auf die damals aktuelle Literatur (Bürgi, Komm. zu OR, N. 13 zu Art. 708; von Greyerz, die Aktiengesellschaft, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2 S. 203; Arnold Wolfers, Die Verwaltungsorgane der AG, Diss. Zürich 1917, S. 33; Ulrich Wyss, Das Anstellungsverhältnis leitender Arbeitnehmer, Diss. Bern 1976).

sehen, so dass letztendlich trotz Fehlen einer konkreten Lohnvereinbarung *ein konkludent geschlossener Arbeitsvertrag* vorlag. Nicht der Mandatsvertrag, sondern die erbrachte und akzeptierte Arbeitsleistung führt demnach zu einer zusätzlichen Qualifikation als Arbeitsvertrag.

Zusammenfassend kann zu diesem Punkt festgestellt werden, dass ein separater Mandatsvertrag grundsätzlich nichts an der Qualifikation des Verwaltungsratsmandates als organschaftliches Rechtsverhältnis ändert. Erst wenn im Mandatsvertrag Tätigkeiten vorgesehen werden, die durch ihre spätere Ausübung ein faktisches Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft begründen, so entsteht eine neue Vertragssituation wie folgt:

- a) *organschaftliches Verhältnis* zwischen Gesellschaft und Verwaltungsrat auf Grund von Wahl durch GV bzw. Wahlannahme
- b) *auftragsrechtliche Beziehung* zwischen Mandant und Mandatar (Verwaltungsrat) auf Grund des Mandatsvertrages
- c) *arbeitsrechtliches Verhältnis* zwischen Gesellschaft und Arbeitnehmer (Verwaltungsrat) bezüglich der Zusatzfunktionen

2.3 Qualifikation mit separatem Arbeitsvertrag

Nachdem feststeht, dass ein separater Mandatsvertrag grundsätzlich nichts an der Qualifikation des Verwaltungsratsmandates ändert, ist nun zu prüfen, ob dies auch für einen separaten Arbeitsvertrag gilt und ob ein solcher überhaupt zulässig ist. In der Praxis kommen derartige Arbeitsverträge vor allem in drei Fällen häufig vor, welche separat zu betrachten sind:

- a) Ein *leitender Angestellter* wird aus irgendwelchen Gründen *zusätzlich in den Verwaltungsrat gewählt*. Hier bestand schon vorher ein gültiger Arbeitsvertrag, welcher durch das neue organschaftliche Rechtsverhältnis nicht einfach aufgehoben wird. Wollte man etwas anderes annehmen, so müsste man im Hinblick auf die entsprechenden zwingenden Gesetzesbestimmungen davon ausgehen, der Arbeitnehmer habe in eine einvernehmliche sofortige Aufhebung des Arbeitsvertrages eingewilligt. Schon aus sozialversicherungsrechtlichen Aspekten kann ihm dieser Wille jedoch nicht einfach unterstellt werden. Andererseits wird der leitende Angestellte rechtmässig Verwaltungsrat, wenn die Generalversammlung ihn gültig gewählt hat. In einem solchen Falle muss deshalb von einem *zusätzlichen Rechtsverhältnis* ausgegangen werden, dessen Konsequenzen noch separat zu untersuchen sind. Gleichzeitig ist festzustellen, dass ein Verwaltungsratsmandat nicht in jedem Falle einen Arbeitsvertrag ausschliesst, sondern je nach Organisations- und Subordinationsverhältnis auch nebeneinander bestehen lässt²⁰. Hätte der Gesetzgeber die Zulässigkeit eines derartigen zusätzlichen Arbeitsvertrages ausschliessen wollen, so hätte er dies ausdrücklich tun müssen, so wie er dies im Falle des Revisors in Art. 727c Abs. 1 OR getan hat.

²⁰ Die Feststellung von Manfred Rehbinder im Berner Kommentar, N. 18 zu Art. 319 OR, dass geschäftsführende Organe juristischer Personen nicht zu den Arbeitnehmern gehören, wäre demnach allenfalls zu differenzieren.

- b) Der Verwaltungsrat *überträgt die Geschäftsführung* gestützt auf Art. 716b Abs. 1 OR nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Verwaltungsratsmitglieder. Hier bestand ursprünglich nur ein organschaftliches Rechtsverhältnis ohne separaten Vertrag. Nun erhält jedoch z.B. ein einzelnes Verwaltungsratsmitglied als Verwaltungsratsdelegierter *zusätzliche Funktionen und Aufgaben*, welche zu einer hauptberuflichen Tätigkeit führen. Der neue Verwaltungsratsdelegierte wird seinen Lohn als Arbeitnehmer mit den übrigen Verwaltungsräten als Vertreter der Gesellschaft und damit als Arbeitgeber aushandeln. Gleichzeitig erhalten die übrigen Verwaltungsratsmitglieder ein besonderes Weisungsrecht gegenüber dem Verwaltungsratsdelegierten auf Grund des Arbeitsvertrages. Nachdem jedoch das ursprüngliche Verwaltungsratsmandat mangels Rücktrittserklärung bzw. Abwahl in diesem Falle unverändert bestehen bleibt, muss davon ausgegangen werden, dass rechtmässig ein zusätzlicher Arbeitsvertrag zustande gekommen ist, dessen Konsequenzen noch separat zu untersuchen sind²¹. Nicht zulässig ist ein solcher zusätzlicher Arbeitsvertrag für Verwaltungsräte jedoch bei Banken und Sparkassen, denn gemäss Art. 8 Abs. 2 der Bankenverordnung darf kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs der Geschäftsführung angehören.
- c) Der Verwaltungsrat schliesst pro forma mit der Gesellschaft einen Arbeitsvertrag ab, damit er die MWST-Pflicht umgehen²², vom Konkursprivileg für seine Lohnforderung, von ALV-Leistungen oder von Kinderzulagen profitieren kann. In solchen Fällen fehlt es nicht nur an der notwendigen Subordination, sondern auch an der zusätzlich übernommenen Tätigkeit. Der einzige Verwaltungsrat kann die Geschäftsführung nicht an sich selbst delegieren und dann mit sich selbst einen entsprechenden Arbeitsvertrag abschliessen, ohne in der Folge eine entsprechende zusätzliche Tätigkeit auszuüben. Derartige Arbeitsverträge müssen deshalb gestützt auf Art. 20 OR wegen Widerrechtlichkeit als nichtig qualifiziert werden und es bleibt allein beim ursprünglichen organschaftlichen Rechtsverhältnis²³. Dabei bin ich mir bewusst, dass derartige Fälle in der Praxis sehr häufig sind und meine Aussage diesen Verwaltungsräten wohl kaum Freude bereiten wird. Aber es dürfte nur noch eine Frage der Zeit sein, bis die Rechtsprechung bzgl. Steuer- und Sozialversicherungsfragen entsprechend ausfallen wird.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlich zum organschaftlichen Rechtsverhältnis ein Arbeitsvertrag zur Gesellschaft bestehen kann. Dieses Arbeitsverhältnis ändert nichts an der ursprünglichen Qualifikation des Verwaltungsratsmandates. Der separate Arbeitsvertrag kann jedoch eigenständige Konsequenzen bei der Begründung, bei der Ausübung oder bei der Beendigung des Verwaltungsratsmandates haben, auf die nachstehend näher eingegangen wird.

²¹ Bereits Reinhard Keusch anerkannte 1976 in seiner Dissertation über die arbeitsrechtliche Stellung der Vertretungsorganmitglieder juristischer Personen in Deutschland und in der Schweiz die Möglichkeit eines Arbeitsvertrages für den VR-Delegierten; allerdings liess er offen, ob das ursprüngliche organschaftliche Verhältnis dennoch weiterbesteht oder nicht.

²² M.E. besteht auf Grund der Widersprüchlichkeit zur klaren AHV-Gesetzgebung ohnehin keine MWST-Pflicht für Verwaltungsräte; vgl. Roland Müller, MWST und Verwaltungsrat - Nur die Haftung ist klar, Finanzen für Unternehmen und Unternehmungen, Nr. 3/96 S. 12 f.

²³ Zu Recht stellt deshalb Claus Hutterli in: Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht, Bern 1982, auf S. 18 die Frage, ob in einem solchen Falle überhaupt noch von einem leitenden Angestellten gesprochen werden könne.

3. BEGRÜNDUNG DES VERWALTUNGSRATSMANDATES

3.1 Arbeitsvertragliche Einschränkungen und Verpflichtungen

Die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft ist nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR ausschliesslich zuständig für die Wahl des Verwaltungsrates. Dabei steht es jedem Aktionär frei, auch noch an der Versammlung selbst neue Vorschläge zu unterbreiten. Der Kandidat braucht vorher nicht befragt zu werden. Die Wahl kommt demnach einer *Offerte an den Kandidaten* gleich²⁴. Die Wahlannahme kann sowohl konkludent als auch ausdrücklich erfolgen. Erste Probleme können dort entstehen, wo ein Wahl gültig zustandekommt, obwohl über den Kandidaten nur unzureichende Kenntnisse bestanden oder dieser sogar über sich *falsche Angaben* machte. Bei einem Arbeitsvertrag könnte der Arbeitgeber nun Grundlagenirrtum geltend machen. Dies gilt jedoch nicht beim Verwaltungsratsmandat. Hier könnten lediglich die Aktionäre (und somit auch die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates) eine *Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses* nach Art. 706 OR versuchen.

Einem Arbeitnehmer kann die Annahme eines Verwaltungsratsmandates grundsätzlich nicht verwehrt werden, solange dadurch keine Konkurrenzierung entsteht. Handelt es sich um die zeitintensive Funktion eines VR-Delegierten, so müsste im Einzelfall geprüft werden, ob dadurch eine *Beeinträchtigung der Arbeitsleistung* erfolgt oder nicht. Bei leitenden Angestellten können Nebentätigkeiten in einem festen Arbeitsverhältnis wegen der möglichen *Interessenkollision* grundsätzlich verwehrt werden²⁵. Fraglich ist aber, ob im Hinblick auf Art. 27 ZGB einem leitenden Angestellten zum voraus jegliches Verwaltungsratsmandat untersagt werden kann. Da es tatsächlich auch Verwaltungsratsmandate mit geringem Zeitaufwand gibt, z.B. bei einer stillstehenden Gesellschaft, dürfte ein derartiges *Generalverbot unzulässig* sein²⁶. Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann dagegen auf gesetzlichem Wege den Beamten die Annahme von jeglichen Verwaltungsratsmandaten untersagt werden. Im konkreten Falle²⁷ wurde einem Bezirksanwalt die Uebernahme eines Verwaltungsratsmandates in einem Familienunternehmen verweigert mit folgenden Argumenten:

- Sicherstellung, dass der Beamte seine volle Arbeitskraft dem Staate widmet
- Verhinderung, dass der Beamte den Staat konkurrenziert
- Vorbeugung im Hinblick auf Interessenkollisionen
- Sicherstellung des Beamtenansehens
- Sicherstellung des öffentlichen Vertrauens in die Unabhängigkeit des Beamten

Vor allem bei Konzerngesellschaften kommt es gelegentlich vor, dass mit einer bestimmten

²⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. S. 282.

²⁵ Claus Hutterli, a.a.O. S. 63.

²⁶ Ebenso Dieter Kuhn, Probleme der Nebentätigkeit im Individualarbeitsrecht, Bern 1985, S. 61, der sogar jedes generelle Verbot von Nebentätigkeiten als unzulässig erachtet. Nach Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, N. 10 zu Art. 321a und Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N. 4 zu Art. 321a ist selbst das Verbot der Schwarzarbeit nicht in jedem Falle zulässig, insbesondere nicht bei Teilzeittangestellten.

²⁷ BGE 121 I 331.

Arbeitsstelle die *automatische Uebernahme eines Verwaltungsratsmandates* verbunden ist. Die Rechtsprechung zeigt, dass in solchen Fällen Arbeitnehmer eine Funktion ausgeübt haben, deren Verantwortung sie sich gar nicht bewusst waren. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass niemand zur Annahme eines Verwaltungsratsmandates gezwungen werden kann. Auch kann man niemanden zwingen, Aktionär zu werden, was für die Amtsausübung als Verwaltungsrat erforderlich ist. Selbst wenn aber eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag nichtig sein sollte, so wird der betroffene Arbeitnehmer dennoch mit der Wahlannahme rechtsgültig Verwaltungsrat und damit verantwortlich. Er kann lediglich noch versuchen, im Innenverhältnis Rückgriff auf seinen Arbeitgeber zu nehmen.

3.2 Konstituierung des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat konstituiert sich gemäss Art. 712 OR mit Ausnahme des Präsidenten *selbst*. Dieses Recht kann auch durch die Generalversammlung nicht entzogen werden²⁸. Folglich kann ein Verwaltungsrat in eigener Kompetenz aus seiner Mitte einen Delegierten bestimmen und mit ihm entsprechend den zusätzlich übertragenen Aufgaben einen Arbeitsvertrag abschliessen. Wird eine diesbezügliche Vereinbarung unterlassen und trotzdem die Zusatzfunktion ausgeübt, so kann allenfalls ein faktisches Arbeitsverhältnis zustande kommen.

Besteht ein Verwaltungsrat nur aus einem einzigen Verwaltungsrat, so ist dennoch eine Konstituierung möglich, indem ein Sekretär des Verwaltungsrates bestimmt wird, der nicht Aktionär zu sein braucht. Zwischen der Gesellschaft und dem Sekretär wird in der Folge ein Arbeitsvertrag bestehen, da ein klares Subordinationsverhältnis gegeben ist. Ob aber auch zwischen dem einzigen Verwaltungsrat und der Gesellschaft ein zusätzlicher Arbeitsvertrag im Sinne einer Konstituierung rechtsgültig abgeschlossen werden kann, ist fraglich.

In der Praxis kommen Arbeitsverträge beim Verwaltungsrat vor allem bei der *Einmann-Aktiengesellschaft* relativ häufig vor. Um ein Selbstkontrahieren zu vermeiden, wird der Arbeitsvertrag in solchen Fällen regelmässig von zwei leitenden Angestellten im Namen der Gesellschaft gegengezeichnet. Dies allein ist jedoch noch kein Argument für dessen Zulässigkeit. Entscheidender ist vielmehr, ob der Verwaltungsrat eine zusätzliche Arbeit verrichtet, bei der er sich einem Weisungsberechtigten unterordnet. Und gerade diese Voraussetzung wird in der Einmann-Aktiengesellschaft wohl kaum erfüllbar sein. Auf Grund dieser Ueberlegungen muss deshalb die Zulässigkeit eines Arbeitsvertrages *für den alleinigen Verwaltungsrat* im konkreten Einzelfall geprüft und *gegebenenfalls verneint* werden.

4. AUSÜBUNG DES VERWALTUNGSRATSMANDATES

4.1 Weisungsrecht

Dem Verwaltungsrat ist nach Art. 716a Abs. 1 OR die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der dazu nötigen Weisungen als unentziehbare Aufgabe zugeteilt. Das Weisungsrecht ist vom Gesetzgeber in keiner Hinsicht eingeschränkt worden, so dass darunter sowohl *Verhaltensweisungen* als auch *Unterlassungsweisungen* zu verstehen sind. Wird für den Fall der

²⁸ Gleicher Meinung Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O. S. 323; a.M. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 712.

Nichtbefolgung einer Weisung eine Sanktion in Aussicht gestellt, so handelt es sich um eine *Verwarnung*. Diese kann sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen. Wird wegen einer bereits begangenen Handlung oder Unterlassung eine negative Verhaltensanweisung ausgesprochen, so handelt es sich um einen *Verweis*. Der Verwaltungsrat verfügt demnach über das volle Weisungsrecht eines Arbeitgebers, woraus auch das Recht zur Verwarnung oder zum Verweis abgeleitet werden kann.

Besteht bei einem Verwaltungsrat zusätzlich zum organschaftlichen Rechtsverhältnis noch ein Arbeitsverhältnis, so kann es zu *Kollisionen zwischen dem Weisungsrecht als Verwaltungsrat und der Weisungsbefolgungspflicht* als Arbeitnehmer kommen. Dies dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn der betroffene Verwaltungsrat von seinen Kollegen überstimmt und dann auch noch mit dem Vollzug des Beschlusses beauftragt wird. Diesbezüglich sind folgende Feststellungen zu treffen:

- a) Bezüglich der *unübertragbaren Aufgaben* nach Art. 716a OR geht das Verwaltungsratsmandat klar dem Arbeitsvertrag vor. Arbeitsrechtliche Weisungen, welche den gesetzlichen oder statutarischen Pflichten eines Verwaltungsrates widersprechen, können deshalb von diesem gar *nicht befolgt* werden.
- b) Anders als beim Mandatsvertrag hat die Gesellschaft beim zusätzlichen Arbeitsvertrag ein *eigenes Weisungsrecht*, das sie über ihre Organe und Vertreter ausübt. Verletzt der verwaltungsrätliche Arbeitnehmer seine Weisungsbefolgungspflicht, so unterliegt er den gleichen Sanktionen wie die übrigen Arbeitnehmer. So hat sich beispielsweise der Geschäftsführer weiterhin an die im Arbeitsvertrag vorgegebenen Kompetenzregelungen zu halten, auch wenn er in den Verwaltungsrat gewählt wird. Erst wenn ihm der Verwaltungsrat im Rahmen der Konstituierung eine erweiterte Unterschriftsberechtigung einräumt, kann er davon Gebrauch machen.
- c) Vorallem in internationalen Konzernen werden oftmals direkt Weisungen der Muttergesellschaft an die Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft erlassen²⁹. Verschiedene Autoren vertreten die Auffassung, in einem solchen Falle habe der an die Konzernleitung gebundene Verwaltungsrat der Untergesellschaft die Konzernweisungen zu beachten³⁰. Damit müsste jedoch das entsprechende Verwaltungsratsmandat an sich schon als Arbeitsvertrag qualifiziert werden. M.E. gelten *Konzernweisungen* erst dann gegenüber den Arbeitnehmern der Untergesellschaft, wenn sie von dessen Verwaltungsrat selbst als *eigene Weisungen* erlassen werden. Bis dahin sind sie lediglich bei der generellen Wahrung der Gesellschaftsinteressen zu berücksichtigen³¹.

4.2 Entschädigungsanspruch

²⁹ Dabei werden oftmals die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer verletzt; vgl. zu dieser ganzen Problematik Christian J. Meier-Schatz, *Ausländische arbeitsrechtliche Konzernrichtlinien und schweizerisches Arbeitsrecht*, in: Festschrift für Hans Schmid, Bern 1995.

³⁰ So Böckli, a.a.O. S. Rz. 1634.

³¹ A.M. Flurin von Planta, *Der Interessenskonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft*, Zürich 1988, wo im § 12 u.a. die Haftungsregel aufstellt wird, dass sowohl der Mutter- als auch der Tochtergesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche gegen den fiduziarischen Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft zustehen, welcher nicht nach den Weisungen der Konzernleitung handelt.

Der Verwaltungsrat setzt seine Entschädigung selbst fest. Dies gilt sowohl für die organschaftliche Rechtsbeziehung als auch für ein zusätzliches Arbeitsverhältnis.

Wird mit einem bereits amtierenden Verwaltungsrat zusätzlich ein Arbeitsvertrag ohne Lohnvereinbarung abgeschlossen, so hat dieser Verwaltungsrat Anspruch auf eine zusätzliche übliche Entlohnung entsprechend Art. 322 Abs. 1 OR.

Wird dagegen ein Arbeitnehmer nachträglich noch in den Verwaltungsrat gewählt, ohne dass ihm eine zusätzliche Honorierung versprochen wurde, so besteht grundsätzlich kein Anspruch auf zusätzliche Entschädigung. Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag kann beim Verwaltungsratsmandat nämlich ausdrücklich Unentgeltlichkeit festgelegt werden³². Wurde die Entschädigungsfrage jedoch lediglich vergessen, so hat auch der betroffene Arbeitnehmer-Verwaltungsrat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für seine Bemühungen und die übernommene Verantwortung.

5. BEENDIGUNG DES VERWALTUNGSRATSMANDATES

5.1 Kündigungsproblematik

Schliesst der Verwaltungsrat mit der Gesellschaft zusätzlich noch einen rechtsgültigen Arbeitsvertrag, so ist zu prüfen, wie sich ein Widerruf des Verwaltungsratsmandates bzw. eine Abwahl auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Während das organschaftliche Rechtsverhältnis nämlich jederzeit ungehindert widerrufen werden kann, gelten beim Arbeitsvertrag klare Kündigungsfristen.

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht der Arbeitsvertrag *unabhängig* vom organschaftlichen Rechtsverhältnis. Selbst wenn also der VR-Delegierte seine Stellung als Verwaltungsrat verliert, so bleibt sein Arbeitsvertrag dennoch bestehen. Daran ändert sich auch nichts, wenn er u.U. keine Arbeitsleistung mehr zu erbringen vermag, da ihm die Gesellschaft die dazu notwendige Funktion weggenommen hat. Sofern keine wichtigen Gründe für eine fristlose Kündigung vorgebracht werden können, befindet sich die Gesellschaft im Annahmeverzug und bleibt zur Zahlung des Lohnes verpflichtet³³. Dieselbe Ueberlegung gilt auch für das Auslaufen der Amtsdauer ohne Wiederwahl. Solange nicht genau für diesen Fall das Arbeitsverhältnis befristet wurde, läuft es weiter. Der Beschluss der Generalversammlung kann nicht dem betroffenen Verwaltungsrat angelastet werden.

Umgekehrt kann der Verwaltungsrat seinen Arbeitsvertrag nicht einfach fristlos auflösen, selbst wenn er gleichzeitig sein Mandat niederlegt. Hier kommt der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer in Leistungsverzug und wird entsprechend schadenersatzpflichtig. Diese Feststellung ist allerdings dann unbefriedigend, wenn z.B. ein VR-Delegierter aus Unabhängigkeitsüberlegungen bezüglich der Revisionsstelle sein Mandat niederlegt und nun aus Arbeitsrecht von der Gesellschaft belangt wird. Hier müsste man allenfalls dem Betroffenen das Recht einräumen, auch den Arbeitsvertrag aus wichtigen Gründen fristlos aufzulösen.

³² So ausdrücklich Plüss, a.a.O. S. 71.

³³ Genauso schon Kreuzsch, a.a.O. S. 176, allerdings mit der gegenteiligen Meinung, dass mit der Amtsdauer des Verwaltungsrates auch sein Arbeitsvertrag ausläuft.

5.2 Arbeitsgerichtsprozess

Unter Berufung auf den massgebenden Entscheid des Zürcher Obergerichtes wurde bereits früher darauf hingewiesen, dass ein Arbeitsgericht nur dann für Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einem Arbeitsvertrag zuständig ist, wenn sämtliche notwendigen Elemente des Arbeitsvertrages, insbesondere das Subordinationsverhältnis nachgewiesen werden³⁴. Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat dabei der klagende Verwaltungsrat den Arbeitsvertrag zu beweisen.

Arbeitsgerichte anerkennen die Vertretungsmacht eines Verwaltungsrates allein schon auf Grund eines Handelsregisterauszuges. Daran ändert auch ein zusätzlicher Arbeitsvertrag zwischen der Gesellschaft und ihrem Verwaltungsrat nichts. Solange ein anderer Gesellschaftsvertreter für den Arbeitsgerichtsprozess bestellt werden kann, entstehen keine Probleme. Ist jedoch gemäss Handelsregisterauszug keine andere Person mehr vertretungsberechtigt, so entstehen mühsame formelle Schwierigkeiten.

In solchen Fällen wird wohl am einfachsten ein Arbeitsvertrag verneint werden, da es auch an einem Subordinationsverhältnis fehlt.

6. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Die bisherigen Ausführungen zum Verwaltungsrat im Arbeitsrecht sind klar unvollständig. Viele weitere Detailprobleme, wie z.B. Verhinderung an der Arbeitsleistung, Sorgfaltspflicht, Konkurrenzverbot, etc. wurden nicht einmal angesprochen, obwohl sie zweifellos ebenfalls sehr interessant wären. Dennoch konnte ein erster Ueberblick gewonnen werden, der wie folgt zusammengefasst werden kann:

- Das Verhältnis des Verwaltungsrates zur Gesellschaft ist ohne separaten Vertrag und ohne Zusatzfunktion als eigenständiges organschaftliches Rechtsverhältnis zu qualifizieren.
- Der Abschluss eines separaten Mandatsvertrages mit einem Dritten ist zulässig, sofern die darin statuierte Weisungsbefolgungspflicht nicht gegen Gesetz oder Statuten verstösst; ein solcher Mandatsvertrag ändert nichts an der Qualifikation des Verwaltungsratsmandates.
- Ein separater Arbeitsvertrages ist zulässig und kann u.U. auch als konkludent geschlossenes oder sogar als faktisches Arbeitsvertragsverhältnis bestehen, sofern der Verwaltungsrat tatsächlich entsprechende Zusatzfunktionen ausübt und sich diesbezüglich einer Weisungsbefolgungspflicht unterwirft; dieser zusätzliche Arbeitsvertrag führt zu einem doppelten Vertragsverhältnis mit der Gesellschaft.
- Beim alleinigen Verwaltungsrat ist ein Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht möglich, da es am notwendigen Subordinationsverhältnis fehlt.

³⁴ ZR 83 (1984) Nr. 78.

- Besteht ein zusätzlicher Arbeitsvertrag, so sind seine Konsequenzen unabhängig vom bestehenden organschaftlichen Rechtsverhältnis zu beurteilen.

Bedingt durch steuer- und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften werden zukünftig noch vermehrt Verwaltungsräte einen Arbeitsvertrag mit ihrer Gesellschaft abschliessen. Es lohnt sich deshalb, über dieses Thema orientiert zu sein. Auf die entsprechenden Gerichtsurteile dürfen wir gespannt sein.
