

Verwaltungsrat und sein Amt – Tätigkeiten und Verantwortlich- keiten

Autor



Dr. David Schneeberger, Rechtsanwalt, M.A. HSG in Law & Economics, schloss sein Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Universität St. Gallen im Jahr 2013 ab. Nach dem absolvierten Anwaltspraktikum erwarb er das Anwaltspatent im Jahr 2016. Anschliessend arbeitete er in einer renommierten Wirtschaftskanzlei in Zürich. In den Jahren 2016 bis 2019 promovierte er zum Aktienrecht und baute von 2016 bis 2018 ein Unternehmen zur digitalen Kundenvermittlung auf. Ab 2018 wechselte er in die Justiz, wo er zuerst als Gerichtsschreiber und alsdann als wissenschaftlicher Mitarbeiter bzw. Leiter Stab arbeitete. Hierbei verantwortete er die grossen Digitalisierungsinitiativen. Von 2023 bis 2025 war er als Generalsekretär an der Universität St. Gallen tätig. Heute arbeitet er als Rechtsanwalt mit Fokus auf KI, Datenschutz und digitale Geschäftsmodelle. Er unterstützt KMU, Behörden und Rechtsdienste bei der Umsetzung dieser Themen durch Schulungen, Referate und Beratungsleistungen. Er verfügt über einen CAS «Change Management und Projekt Leadership», einen CAS «Legal Tech» sowie einen CAS «Datenschutz». Er hat einen Lehrauftrag an der HSG und publiziert zu verschiedenen Fachthemen rund um Recht und Digitalisierung.

Impressum

Verwaltungsrat und sein Amt – Tätigkeiten und Verantwortlichkeiten

Special Dossier

Autor David Schneeberger

Projektleitung Ina Görke **Layout/Satz** Sarah Rutschmann **Korrektorat** Margit Bachfischer M.A., Bobingen

WEKA Business Media AG, Hermetschloosstrasse 77, 8048 Zürich, Tel. 044 434 88 34
info@weka.ch, www.weka.ch, www.weka-library.ch

Zürich • Kissing • Paris • Wien

SD8131-2030-202601

© WEKA Business Media AG, Zürich

Alle Rechte, insbesondere das Recht auf Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Kein Teil des Werks darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet oder verbreitet werden. Wenn möglich verwenden wir immer geschlechtsneutrale Bezeichnungen. Aus Platzgründen oder aufgrund einer besseren Lesbarkeit verwenden wir bei Texten nur eine Schreibweise.

Inhaltsverzeichnis

1. Das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Aktiengesellschaft	5
1.1 Hintergrund	5
1.2 Die Rechtsnatur des Verwaltungsratsmandats	5
1.3 Beginn des Verwaltungsratsmandats	6
1.4 Ende des Verwaltungsratsmandats	6
1.5 Besondere Verhältnisse	7
1.6 Spezialgesetzliche Qualifikationen	8
1.7 Verträge zwischen Verwaltungsrat und AG	9
2. Vertretung der Aktiengesellschaft	13
2.1 Vertretungstypen: Abgrenzungen	13
2.2 Geschäftsführung und Vertretung durch den Verwaltungsrat	14
2.3 Besondere Probleme im Zusammenhang mit der Vertretung durch den Verwaltungsrat	19
2.4 Delegation der Geschäftsführung	20
2.5 Verpflichtung durch Prokuristen	22
2.6 Verpflichtung durch Handlungsbevollmächtigte	26
2.7 Handelsregisterrechtliche Praxis	26
2.8 Wissenszurechnung	29
3. Wahl und Konstituierung des Verwaltungsrats	34
3.1 Voraussetzung zur Wählbarkeit	34
3.2 Wahl durch die Generalversammlung	35
3.3 Eintragung im Handelsregister	36
3.4 Konstituierung 36	
3.5 Ausscheiden eines Verwaltungsratsmitglieds	37
4. Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrats	39
4.1 Haupt-Aufgabenbereich	39
4.2 Kompetenzabgrenzung	39
4.3 Die unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats nach Art. 716a Abs. 1 OR	41

4.4 Weitere unentziehbare und unübertragbare Pflichten	49
4.5 Die Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung im Besonderen	65
5. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats	71
5.1 Aktienrechtliche Regelung (Art. 753 ff. OR)	71
5.2 Strafrechtliche Verantwortlichkeit	74
5.3 Substanzierung der Haftungsvoraussetzungen	77
5.4 D&O- bzw. Organhaftpflichtversicherung	82
6. Sitzungen und Entscheidungen	88
6.1 Verwaltungsratssitzungen	88
6.2 Spezialfall: Zirkulationsbeschlüsse	91
6.3 Einreichung beim Handelsregister	92
7. Rechte der Verwaltungsratsmitglieder	94
7.1 Auskunftsrecht	94
7.2 Einberufungsrecht	94
7.3 Honorar	94

1

Das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Aktiengesellschaft

1.1 Hintergrund

Die Verwaltungsratstätigkeit hat in den letzten Jahren an medialer und öffentlicher Aufmerksamkeit gewonnen. Dadurch wurden auch Gesellschaften und Verwaltungsräte selbst sensibilisiert für Rolle, Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Verwaltungsratsmitglieder sowie für faktische und rechtliche Konsequenzen daraus. Der Verwaltungsrat ist das oberste Führungsorgan einer Aktiengesellschaft. Das Gesetz überträgt ihm nicht nur zwingend gewisse Aufgaben, sondern räumt ihm auch eine generelle Kompetenzvermutung ein: Der Verwaltungsrat entscheidet in allen Angelegenheiten, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind, er führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er sie nicht selbst auf eine Geschäftsführung übertragen hat, und vertritt die Gesellschaft nach aussen.

Der Verwaltungsrat als solcher ist weder an Weisungen der Gesellschaft gebunden, noch ist er höchste Entscheidungsinstanz. Das oberste Organ der Gesellschaft ist zwingend die Generalversammlung der Aktionäre, die ihre Beschlüsse in der Regel mit dem absoluten Mehr der vertretenen Stimmen fasst. Das Verwaltungsratsmandat beginnt mit der Wahl durch die Generalversammlung und endet in der Regel durch Rücktritt, Abberufung oder Amtszeitbeschränkung. Diese gesetzliche hierarchische Konzeption stimmt häufig nicht mit der Realität überein. Die Gesellschaft (und nicht selten auch der Verwaltungsrat) wird von der Geschäftsleitung geführt.

Gerade für den nicht operativ tätigen Verwaltungsrat ist es nicht immer einfach, die nötigen Informationen und Handlungsgrundlagen frühzeitig zu bekommen. Trotzdem ist er am Schluss für die Gesellschaft, und was in ihr geschieht, verantwortlich. Allerdings ist es dem Verwaltungsrat meistens auch nicht möglich, alle Geschäfte selbst zu besorgen. Er ist darauf angewiesen, gewisse Aufgaben zu delegieren. Die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrats nehmen immer weiter zu. Sei es aufgrund (spezial-)gesetzlicher Vorschriften oder aufgrund von Richtlinien und allgemeinen Unternehmensführungsgrundsätzen (Stichwort: Corporate Governance).

1.2 Die Rechtsnatur des Verwaltungsratsmandats

Das Grundverhältnis zwischen Verwaltungsrat und Gesellschaft wird heute als einheitliche organschaftliche Rechtsbeziehung angesehen, die weitgehend durch die zwingenden Normen des Gesellschaftsrechts bestimmt wird. Zum Grundverhältnis hinzu können weitere, vor allem

vertragsrechtliche Komponenten treten, weshalb zum Teil auch von einer gesellschafts- und vertragsrechtlichen Doppelhatur des Verwaltungsratsmandats gesprochen wird. Der Verwaltungsrat steht als Organ gegenüber der Gesellschaft in keinem Subordinationsverhältnis, d.h., er ist nicht weisungsgebunden. Seine Rechte und Pflichten richten sich in erster Linie nach den Normen des Gesellschaftsrechts sowie den gesellschaftsinternen Bestimmungen in Statuten und Reglementen. So folgt beispielsweise gerade die Auflösung der Rechtsbeziehung nicht vertraglichen, sondern gesellschaftsrechtlichen Regeln, und das Verhältnis muss (oder kann) nicht gekündigt werden.

Lehre und Rechtsprechung bejahen fallweise den subsidiären Bezug auftragsrechtlicher Bestimmungen, wenn es um die Auslegung oder Lückenfüllung gesetzlicher und statutarischer Regelungen geht.

1.3 Beginn des Verwaltungsratsmandats

Das Verwaltungsratsmandat beginnt mit der Wahl des Verwaltungsrats durch die Generalversammlung (sofern statutarisch nichts anderes geregelt ist, mit absolutem Mehr der vertretenen Aktienstimmen) und mit der Annahme der Wahl durch das neue Verwaltungsratsmitglied. Die Annahmeerklärung kann grundsätzlich formlos erfolgen, sie darf aber nicht an Bedingungen geknüpft werden. Es empfiehlt sich jedoch sowohl für die Gesellschaft als auch für den neuen Verwaltungsrat, die Erklärung zu Protokoll oder schriftlich abzugeben. Die zwingend erforderliche Eintragung ins Handelsregister hat nur deklaratorische Bedeutung. Im internen Verhältnis und gegenüber Dritten, denen die Wahl bekannt gegeben wurde, ist die gewählte Person nach ihrer Wahlannahmeerklärung ohne Weiteres als Verwaltungsrat zu behandeln – mit allen Rechten und Pflichten.

1.4 Ende des Verwaltungsratsmandats

Folgende Ereignisse führen zur (ordentlichen oder ausserordentlichen) Beendigung des Verwaltungsratsmandats:

- Abberufung durch die Generalversammlung
- Rücktritt des Verwaltungsratsmitglieds
- Wegfall der Wählbarkeitsvoraussetzungen
- Tod oder Urteilsunfähigkeit des Verwaltungsratsmitglieds
- Auflösung der Gesellschaft

Im internen Verhältnis wird bei Eintreten einer dieser Gründe das Mandat sofort beendet, und das Verwaltungsratsmitglied verliert sogleich seine Organstellung. Die Anmeldung beim Handelsregister hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur deklaratorische Bedeutung. Nach ständiger Bundesgerichtspraxis befreit der Rücktritt einen Verwaltungsrat nicht von der aktienrechtlichen Haftung – vielmehr kann ein Rücktritt in der Krise die Haftung sogar begründen. Insbesondere darf ein Verwaltungsrat in einer Überschuldungssituation nicht einfach



demissionieren, sondern muss gemäss Art. 725 Abs. 2 OR seine Pflichten (z.B. Benachrichtigung des Gerichts) erfüllen; ein Rücktritt in diesem Moment würde als pflichtwidrig gelten und eine Haftung nach Art. 754 OR begründen.

Die Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtszeit führt zwar in der Regel, jedoch nicht zwingend, zur Beendigung des Verwaltungsratsmandats. Zum Beispiel dann nicht, wenn fälschlicherweise gar keine Generalversammlung stattfindet. Verträge, die die Gesellschaft mit dem Verwaltungsratsmitglied hat, sind durch die Beendigung des Mandats nur dann betroffen und enden gleichzeitig, wenn dies explizit vertraglich vorgesehen wurde. Unter Umständen sind jedoch die besonderen gesetzlichen Kündigungsbestimmungen der entsprechenden Verträge einzuhalten (beispielsweise bei Arbeitsverträgen).

1.5 Besondere Verhältnisse

Der faktische Verwaltungsrat

Der faktische Verwaltungsrat ist kein formell gewähltes Verwaltungsratsmitglied. Er übt aber tatsächlich eine Verwaltungsratsfunktion aus, d.h., er nimmt dauernd massgeblich Einfluss auf die Entscheide der Gesellschaft oder gibt sich – von der Gesellschaft akzeptiert – gegen aussen als Verwaltungsrat aus. Obwohl der faktische Verwaltungsrat keine formelle Organfunktion hat, ist er für sein Verhalten zivilrechtlich und strafrechtlich nach denselben Massstäben wie ein gewählter und ins Handelsregister eingetragener Verwaltungsrat verantwortlich und haftbar. Die faktische Organschaft eignet sich daher nicht zur Haftungsprävention.

Im Gegenteil: Sie kann, wenn der Beweis ihres Vorliegens gelingt, sogar haftungsverschärfend sein, da Déchargebeschlüsse der Generalversammlung im Regelfall nur gegenüber formell gewählten Verwaltungsräten ausgesprochen werden – Gültigkeit könnten sie aber auch gegenüber faktischen Organen erlangen (falls entsprechend ausgesprochen).

Der delegierte Verwaltungsrat

Sofern die Statuten es erlauben, kann der Verwaltungsrat als Gremium die operative Geschäftsführung an einzelne Mitglieder (oder an Dritte) delegieren und hat zu diesem Zweck ein Organisationsreglement zu erlassen (Art. 716b Abs. 1 und 2 OR). Das geschäftsführende – delegierte – Verwaltungsratsmitglied ist somit ein Verwaltungsratsmitglied mit besonderen Rechten und Pflichten. Ihm stehen die oberste operative Führung der Gesellschaft und ihre Vertretung nach aussen zu. Dadurch hat der delegierte Verwaltungsrat eine Doppelfunktion: Er ist einerseits Mitglied des Organs «Verwaltungsrat» und andererseits des Organs «Geschäftsleitung». Diese Doppelfunktion ist – obwohl von Gesetzes wegen zulässig – nicht unbestritten. Rechtlich führt eine korrekte Delegation der Geschäftsleitung gegebenenfalls zu einer Haftungsbeschränkung für die anderen Verwaltungsratsmitglieder und zu einer Haftungsverschärfung für den delegierten Verwaltungsrat.

Der Verwaltungsrat als Aktionär

Die früher gesetzlich vorgeschriebene Pflichtaktie der Verwaltungsratsmitglieder wurde abgeschafft. Ein Verwaltungsrat muss heute nicht mehr zwingend auch Aktionär der Gesellschaft sein. Häufig ist er es aber dennoch und hat damit auch grundsätzlich sämtliche Rechte und Pflichten eines Aktionärs (beispielsweise Bezugs- und Dividendenrechte, Recht auf Sonderprüfung, Anfechtungs- und Klagerechte, Recht auf Liquidationserlös). Allerdings dürfen Verwaltungsräte, geschäftsführende Personen und auch faktische Organe von Gesetzes wegen nicht über ihre eigene Décharge abstimmen (Art. 695 Abs. 1 OR).

1.6 Spezialgesetzliche Qualifikationen

Sozialversicherungen

Die AHV betrachtet Verwaltungsräte als unselbstständig Erwerbstätige und erklärt Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder als Bestandteil des massgebenden Lohns (Art. 7 lit. h AHVV). Auf diese Definition stützen sich auch die IV, die EO und die ALV. Verwaltungsratsentschädigungen gelten sozialversicherungsrechtlich somit als Lohn aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit und unterliegen der Beitragspflicht an AHV/IV/EO und der ALV. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben Verwaltungsräte einen ALV-Leistungsanspruch (Arbeitslosen- oder Kurzarbeitsentschädigung) gegebenenfalls nur dann, wenn entweder die Gesellschaft liquidiert ist oder die versicherte Person keine Führungsverantwortung mehr hat.

Auch die obligatorische Unfallversicherung stützt die Versicherungspflicht grundsätzlich auf die AHV-Beitragspflicht. Allerdings sieht sie eine Ausnahme vom Versicherungsberechtigungsbereich für Verwaltungsräte vor, die nicht im Betrieb tätig sind (Art. 2 Abs. 1 lit. f UVV). Das heißt, externe Verwaltungsräte müssen nicht unfallversichert werden.

Mehrwertsteuer

Bei der Einführung der Mehrwertsteuer 1995 schwieg die MWST-Verordnung über die Unterstellung von Verwaltungsratsentschädigungen unter die Mehrwertsteuer aus. In einer Wegleitung hielt die Eidgenössische Steuerverwaltung lapidar fest, dass Verwaltungsratshonorare, Tantiemen und Spesen mehrwertsteuerpflichtig seien. Diese Praxis wurde von verschiedenen Seiten heftig kritisiert. Klarheit brachte 2001 das MWST-Gesetz, das die MWST-Verordnung ablöste und in Übereinstimmung mit der Sozialversicherungsgesetzgebung festhielt, dass «die Tätigkeit von Verwaltungsräten [...] als unselbständige Erwerbstätigkeit» galt. Heute gelten «Entschädigungen für unselbständig ausgeübte Tätigkeiten wie Verwaltungsrats- und Stiftungsratshonorare, Behördenentschädigungen oder Sold» nicht als Entgelt und somit nicht als Steuerobjekt (Art. 18 Abs. 2 lit. j MWSTG). Sie sind daher nicht mehrwertsteuerpflichtig.

SchKG (Konkursprivileg)

Im Konkurs der Gesellschaft werden unter anderem Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung entstanden oder fällig geworden sind, in der ersten Klasse kolloziert. Nach pfandgesicherten Forderungen werden also sie als Erste aus dem Erlös der übrigen Konkursmasse gedeckt. Sozialpolitischer und humanitärer Zweck dieser Bestimmung ist die Bevorzugung sozial schwächerer und wirtschaftlich abhängiger Arbeitnehmer, die nicht in der Lage sind, ihren Lohnanspruch rechtzeitig und ungehindert durchzusetzen. Das Bundesgericht geht deshalb seit jeher in gefestigter Rechtsprechung davon aus, dass für die Gewährung des Konkursprivilegs ein tatsächliches Subordinationsverhältnis vorhanden sein muss. Ein solches fehlt, wenn der Arbeitnehmer über eine mehr oder weniger grosse Unabhängigkeit und Selbstständigkeit verfügt.

Verwaltungsräte, selbst wenn sie über einen zusätzlichen Arbeitsvertrag verfügen, kommen daher regelmässig nicht in den Genuss des Konkursprivilegs nach Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG.

1.7 Verträge zwischen Verwaltungsrat und AG

Zulässigkeit, Konsequenzen, Regelungsbedarf

Lange Zeit war umstritten, ob ein Organ zusätzlich zu seinen gesellschaftsrechtlichen Aufgaben noch vertragliche Aufgaben übernehmen kann und darf. Im Zentrum der Diskussionen standen namentlich Arbeitsverträge und Auftragsverhältnisse. Heute gilt diese Doppelstellung des Organs als zulässig. Die beiden Rechtsbeziehungen sind jedoch in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Beendigung klar auseinanderzuhalten. Die Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds als Organ richtet sich beispielsweise nach anderen Regeln als die Kündigung seines

Arbeitsverhältnisses. Die Beurteilung muss jedoch stets aufgrund des konkreten Einzelfalls erfolgen, und sie ist nicht für alle Rechtsgebiete nach denselben Kriterien vorzunehmen (siehe dazu auch oben: Spezialgesetzliche Qualifikation).

Um Konflikte aus der Doppelstellung zwischen Verwaltungsrat und Vertragspartner zu vermeiden, empfiehlt es sich, klare Regelungen zu treffen. Solche erfolgen sinnvollerweise schriftlich und können in Statuten, Organisationsreglementen oder in Verträgen geregelt sein. Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance von economiesuisse schlägt vor, dass der Gesamtverwaltungsrat Verträge zwischen Gesellschaft und Organ unter Ausstand des entsprechenden Organs genehmigt und die Vertragsbedingungen denjenigen für Dritte entsprechen. Aufgrund der Vertragsfreiheit sind innerhalb der gesetzlichen Schranken unzählige vertragliche Regelungen von Rechtsbeziehungen möglich. Dabei kann es sich um gesetzlich geregelte Verträge, um Verträge sui generis oder um gemischte Verträge mit verschiedenen Vertragskomponenten handeln. An dieser Stelle seien exemplarisch die häufigsten Vertragsarten erwähnt.

Mandatsvertrag

Der Mandatsvertrag dient in der Regel der Klärung von Einzelfragen, die für die Parteien wichtig sind. Er wird entweder zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft oder zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und einem oder mehreren Aktionären abgeschlossen. Das Verwaltungsratsmandat als solches entsteht, wie erwähnt, mit der Wahl durch die Generalversammlung und die Wahlannahmeerklärung des Verwaltungsratsmitglieds. Einer vertraglichen Regelung bedarf es dazu nicht. Unter Umständen ist es sinnvoll, gewisse Punkte vertraglich zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft zu regeln. Dazu können gehören:

- Fragen betreffend Versicherungen und Prämienzahlung
- Fragen betreffend Interessenkollisionen und Geheimhaltungspflichten
- Fragen betreffend Entschädigung
- Mandatsverträge zwischen Aktionären und einem Verwaltungsratsmitglied regeln oft zusätzlich ähnliche Fragen wie Aktionärbindungsverträge und weitere Punkte wie:
 - Weisungsrechte und -gebundenheit
 - Haftungsklauseln
 - Definition der Rolle im Verwaltungsrat
 - Herausgabepflichten

Mandatsverträge können dann problematisch werden, wenn sie den mandatierten Verwaltungsrat in seiner Unabhängigkeit einschränken und ihn im Einzelfall zu einem Handeln gegen Gesetz, Statuten oder Interessen der Gesellschaft verpflichten können. Hierbei gilt es zu beachten, dass Vertragsklauseln, die den Verwaltungsrat zwingen, gegen Gesetz oder Statuten zu handeln, sind nichtig (Art. 20 OR) bzw. unanwendbar. Ebenso sind Weisungsrechte von Dritten gegenüber Verwaltungsräten rechtlich unwirksam, soweit sie in die unübertragbaren Aufgaben eingreifen. Als Faustregel gilt: Kein Vertrag kann die gesetzlichen Organpflichten aushebeln –