

Stellvertretung im Verwaltungsrat liechtensteinischer Aktiengesellschaften

Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Situation liechtensteinischer Banken

ARZU TSCHÜTSCHER-ALANYURT

Abstract

Eine internationale Besetzung von Verwaltungsräten ist heutzutage keine Seltenheit mehr. Professionelle und erfahrene Verwaltungsratsmitglieder sind sehr gefragt. Oft übernehmen diese mehrere Mandate, sofern sie miteinander vereinbar sind, keine Mandatshöchstgrenzen verletzt werden und grundsätzlich allen Pflichten vollumfänglich nachgekommen werden kann. Es kann allerdings zu Situationen und Fällen vorübergehender Abwesenheiten und Verhinderungen einzelner Verwaltungsratsmitglieder kommen. Der Gesamtverwaltungsrat soll dennoch stets handlungsfähig bleiben, die gemeinsame Körperschaftliche Willensbildung bestmöglich gewährleistet sein und die volle Bandbreite an Wissen und Expertise im Gremium genutzt werden können.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Zulässigkeit und Problemstellungen der organinternen Vertretung von Verwaltungsräten in liechtensteinischen Aktiengesellschaften, dies unter besonderer Berücksichtigung der Situation bei Banken als regulierte Aktiengesellschaften. Dabei wird untersucht, welche Vertretungsmöglichkeiten das Aktienrecht wie auch das Bankenaufsichtsrecht zulassen und welche Einschränkungen es gibt. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Regelungen des PGR, des Bankengesetzes und der Bankenverordnung sowie die einschlägige aufsichtsrechtliche Praxis (Wegleitungen und Mitteilungen der Finanzmarktaufsicht Liechtenstein, Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde) gelegt.

Die Untersuchung zeigt, dass das liechtensteinische Recht eine breite Palette an Möglichkeiten der organinternen Vertretung in Verwaltungsräten von regulären Aktiengesellschaften im Generellen wie auch von Bankinstituten im Speziellen zulässt und ermöglicht. Für effektive und praxisnahe Lösungen kommt es dabei entscheidend darauf an, dass das einzelne Unternehmen die konkrete Ausgestaltung der Vertretungsmöglichkeiten wohl überlegt und die Umsetzung in den Statuten und allenfalls weiterführenden Reglementen präzise vornimmt. Standardlösungen sind nicht zu empfehlen.

Schlagworte

Stellvertretung Verwaltungsrat, Ersatzmann, Suppleant, Ersatzmitglied

Rechtsquellen

ABGB, BankG, BankV, chBankG, dAktG, dGmbHG, FMAG, HRV, öAktG, öGmbHG, OR, ÖUSG, PGR, SEG, VersAG, VJBG, VVG

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	345
	A. Bedeutung der Vertretung im Verwaltungsrat	345
	B. Gang der Untersuchung	345
	C. Abgrenzungen	346
II.	Beschlussfassung im Verwaltungsrat – Grundlagen	348

* Der vorliegende Beitrag wurde im Rahmen des Executive Master Studiengangs für Bank- und Finanzmarktrecht an der Universität Liechtenstein als gleichnamige Masterarbeit eingereicht und approbiert. Die Arbeit wurde bereits in der Schriftenreihe zum Liechtensteinischen Recht (SLR) veröffentlicht.

A.	Aktualität der Fragestellung – konkrete Fallkonstellationen	348
B.	Arten der Beschlussfassung – hinreichende Alternativen?	349
C.	Vorübergehende »Corona-Massnahmen« im Jahr 2020	351
III.	Corporate Governance und Stellung des Verwaltungsrats	352
A.	Verhältnis von Aktienrecht und Bankenaufsichtsrecht	353
B.	Stellung des Verwaltungsrats in der Governance des Aktienrechts	354
C.	Governance und Organisationsgewähr nach Bankenaufsichtsrecht	359
D.	Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats	363
E.	Folgerungen für die Vertretungsfrage	365
IV.	Das Verwaltungsratsmitglied und dessen Mandat	366
A.	Anforderungen an den Verwaltungsrat nach Aktienrecht	366
B.	Anforderungen an den Verwaltungsrat nach Bankenaufsichtsrecht.....	369
C.	Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds	371
D.	Folgerungen für die Vertretungsfrage	374
V.	Beurteilung der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat nach Aktienrecht	375
A.	Ausdrückliche Regelung in Art 346 PGR	375
B.	Direkte Stellvertretung durch andere Verwaltungsratsmitglieder oder legitimierte Ersatzmänner	377
C.	Organinterne Vertretung durch Suppleanten	383
D.	Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung der organinternen Vertretung	387
E.	Exkurs: Zu den Regelungen der Vertretung bei der Europäischen Aktiengesellschaft	389
F.	Würdigung	389
VI.	Analyse der organinternen Vertretung im Bankverwaltungsrat im Speziellen	390
A.	Geltung der aktienrechtlichen Vertretungsregelungen	391
B.	Organgewähr der Suppleanten als bankenaufsichtsrechtliche Anforderung	391
C.	Organschaftliche Mitwirkung der Suppleanten	392
D.	Aufsichtsrechtliche Modifikationen nach dem Proportionalitätsprinzip	393
VII.	Ergebnisse der Untersuchung und Würdigung	394
A.	Gestaltungsklauseln für die organinterne direkte Stellvertretung	395
B.	Gestaltungsklauseln für die organinterne Vertretung durch Suppleanten	395
	Quellenverzeichnis	397
	Abkürzungsverzeichnis	398
	Anhang	400

I. Einleitung

A. Bedeutung der Vertretung im Verwaltungsrat

Der Wirtschaftsstandort Liechtenstein hat in den letzten Jahrzehnten in allen Sektoren eine unglaubliche Entwicklung und Dynamik durchlaufen.¹ Grundlage für die wirtschaftliche Erfolgsgeschichte bietet in den Augen vieler Kommentatoren insbesondere auch das im Jahre 1926 erlassene, liberale Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR).² Seit der Mitgliedschaft Liechtensteins im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Jahre 1995 steht den liechtensteinischen Unternehmen und Wirtschaftstreibenden einerseits der freie Zugang zum europäischen Binnenmarkt offen.³ Gleichzeitig geht damit andererseits eine Internationalisierung des liechtensteinischen Rechts, insbesondere des Finanzmarktrechts, einher.⁴

Dank der Öffnung ist auch der Bankenplatz Liechtenstein attraktiv für ausländische Investoren geworden. Neben der politischen Stabilität Liechtensteins, den gesunden Staatsfinanzen mit solider Vermögenslage der öffentlichen Haushalte, der internationalen Kooperationsbereitschaft des Landes, dem attraktiven Steuersystem und dem liberal ausgeprägten Wirtschaftssystem wird insbesondere der freie und ungehinderte Zugang sowohl zum europäischen Markt als auch zum schweizerischen Wirtschaftsraum von Investoren als Standortvorteil des liechtensteinischen Bankenplatzes geschätzt.⁵ So überrascht es nicht, dass heute mehrere in Liechtenstein zugelassene Banken in ausländischer Hand sind, dh durch ausländische Investoren bzw Investorengruppen beherrscht werden, in deren Eigentum

stehen und der Verwaltungsrat dementsprechend auch mit internationalen Personen besetzt wird.⁶

Nach liechtensteinischem Aktienrecht ist der Verwaltungsrat ein gemeinsam handelndes wie auch gemeinsam beschliessendes Gremium.⁷ Die Willensbildung des Verwaltungsrats soll demnach anlässlich von gemeinsamen Sitzungen durch mündliche Beratung stattfinden. Einzelne Verwaltungsratsmitglieder – gerade solche welche im Rahmen mehrerer internationaler Mandate tätig sind – sind bei der Wahrnehmung ihrer Organfunktion oftmals mit zeitlichen und räumlichen Herausforderungen konfrontiert, so dass sich die Frage nach der Möglichkeit und Zulässigkeit der Vertretung ganz generell aus rein praktischen Überlegungen stellt, aber insbesondere dann, wenn ein Mitglied aufgrund von Krankheit oder anderen objektiv entschuld-baren Gründen an der Teilnahme an einer Verwaltungsratssitzung gehindert ist.

B. Gang der Untersuchung

Gegenstand und Ziel der vorliegenden Arbeit ist es zu untersuchen, wie sich die rechtliche Situation der Vertretung im Verwaltungsrat nach liechtensteinischem Recht darstellt. Dabei sind grundsätzlich zwei Konstellationen einer Vertretung für ein an einer Sitzung abwesendes oder verhandeltes Verwaltungsratsmitglied im Einzelfall denkbar. Zunächst ist dies einerseits naheliegenderweise die Form der direkten Stellvertretung. Dabei wird ein anderes ordentliches Verwaltungsratsmitglied oder allenfalls eine sonstige legitimierte Person vom abwesenden oder verhandelten Verwaltungsratsmitglied bevollmächtigt, ihn an der Sitzung im Namen und mit Wirkung für den Abwesenden zu vertreten.

Andererseits ist es auch denkbar, dass die Generalversammlung nebst ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern bewusst Personen zu stellvertretenden Verwaltungsratsmitgliedern wählt, welche im Abwesens- bzw Verhandelungsfall eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds an dessen Stelle auf Abruf an einer Sitzung teilnehmen und aus eigenständiger Organposition heraus in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst agieren und auftreten. Diese Art der kurzfristigen Vertretung für vorübergehend abwesende oder verhandelte Verwaltungsratsmitglieder wird als Substitution, also Vertretung in der Funktion,⁸ und das stell-

1 Vgl ausführlich zur Wirtschaftsgeschichte Liechtensteins und der Modernisierung der liechtensteinischen Volkswirtschaft im 20. Jahrhundert *Merki*, Wirtschaftswunder, passim.

2 Anschaulich zur Bedeutung des PGR und des liechtensteinischen Gesellschaftswesens aus historischer Perspektive *Merki*, Finanzplatz Liechtenstein, S 174 ff.

3 Liechtenstein beghet im Jahre 2020 die 25-jährige Mitgliedschaft im EWR. Aus diesem Grunde hat die Regierung wiederum einen ausführlichen Bericht zu den Erfahrungen der Mitgliedschaft verfasst (siehe BuA Nr 34/2020). Dabei zieht die Regierung »eine durchwegs positive Gesamtbilanz«, welche auch von sämtlichen Interessensverbänden geteilt wird, und zur Schlussfolgerung führt, dass der »EWR ein Erfolgsmodell ist« (BuA Nr 34/2020, S 6).

4 Zur Umsetzung des EU-Finanzmarktrechts in Liechtenstein siehe *Raschauer*, ZfRV 2017, S 244 ff; siehe auch BuA Nr 34/2020, S 60 ff, wo über die Entwicklungen im Finanzdienstleistungssektor in den Jahren 2015–2020 berichtet wird, sowie die jährliche Publikation der FMA zum Finanzplatz Liechtenstein, dessen Ausgabe 2020 gerade kürzlich erschienen ist.

5 Vgl dazu insbesondere auch das regelmässig von der internationalen Ratingagentur Standard&Poors durchgeführte Länderrating. Das Länderrating Liechtensteins mit der Bestnote Triple-A und stabilem Ausblick wurde von Standard&Poors letztmals im Juni 2019 bestätigt. Dieses Höchstrating ist für die Attraktivität des Finanz- und Bankenplatzes entscheidend.

6 Zur Entwicklung des Bankwesens in Liechtenstein sowie vor allem auch den Beziehungen zwischen dem Bank- und dem Gesellschaftswesen aus historischer Sicht siehe *Merki*, Finanzplatz Liechtenstein, S 181 ff.

7 Vgl zum schweizerischen Recht *Müller*, SJZ 2011, S 48; *Müller/Lipp/Plüss*, S 140 und 263.

8 Vgl für das deutsche Recht *Gortan*, S 37 f, der in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf Lutter vom »Stellvertreter im Amt«

vertretende Verwaltungsratsmitglied in Anlehnung an die schweizerische Lehre als *Suppleant* bezeichnet, dessen Rechte und Pflichten sich nach Art 180 Abs 5 PGR bemessen.⁹ Der Begriff des *Suppleanten* soll auch in dieser Untersuchung verwendet werden.

Für beide Fallkonstellationen des zeitlich befristeten Ersatzes für vorübergehend abwesende oder verhinderte Verwaltungsratsmitglieder wird im Folgenden von der *organinternen Vertretung im Verwaltungsrat* gesprochen.¹⁰

Die Untersuchung konzentriert sich auf die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft. Der Grund liegt darin, dass Banken nach Art 18 Abs 1 BankG ausschliesslich in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder der Europäischen Gesellschaft (sog Europäische Aktiengesellschaft) errichtet werden dürfen. Das Hauptgewicht der Untersuchung liegt dennoch auf dem Recht der Aktiengesellschaft, weil aktuell sämtliche Liechtensteiner Banken in dieser Rechtsform organisiert sind.¹¹ Auf die Rechtslage bei der Europäischen Aktiengesellschaft wird nur eingegangen, soweit dies für den Gang der Untersuchung notwendig ist.

Der liechtensteinische Gesetzgeber hat mit Art 346 PGR eine dispositive, positivrechtliche Regelung zur Vertretung im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft geschaffen. Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung soll geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Mitglied des Verwaltungsrats einer liechtensteinischen Bank, das an einer Sitzung des Verwaltungsrats nicht persönlich anwesend sein bzw teilnehmen kann, sich für die Wahrnehmung seiner Organfunktion und der entsprechenden Willensbildung anlässlich der Sitzung eines direkten Stellvertreters bedienen kann, wer diese Vertretung ausüben kann und welche Schranken gesellschafts- wie aufsichtsrechtlicher Natur es allenfalls gibt bzw es zu beachten gilt. Im Zusammenhang mit den in Art 346 Abs 1 PGR explizit erwähnten »im Handelsregister eingetragenen Ersatzmännern« wird auch der Frage nachgegangen, welche Rolle der Gesetzgeber diesen bei der organinternen Vertretung

zugesprochen hat. Handelt es sich bei den Ersatzmännern ausschliesslich um Personen, welche zur direkten Stellvertretung abwesender oder verhinderter Verwaltungsratsmitglieder legitimiert sind? Sind es *Suppleanten*, welche für kurzfristige Vakanzen in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst agieren? Oder wollte der Gesetzgeber den Ersatzmännern je nach Ausgestaltung gar beide Rollen (bevollmächtigter Vertreter und *Suppleant*) zukommen lassen?

Nachdem die Bestimmung des Art 346 PGR – wie auch weite Teile des PGR insgesamt und das Aktienrecht im Besonderen – entstehungsgeschichtlich ihren Ursprung im schweizerischen Recht haben,¹² wird zur Beurteilung gegenständlicher Fragestellungen vor allem auch Literatur und Rechtsprechung aus der Schweiz herangezogen;¹³ dies obwohl die Frage der Zulässigkeit einer organinternen Vertretungsmöglichkeit im Verwaltungsrat einer schweizerischen Aktiengesellschaft im Unterschied zu Liechtenstein bis heute keine ausdrückliche Regelung erfahren hat und nach wie vor äusserst kontrovers diskutiert wird.¹⁴

Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass die gegenständliche Untersuchung zur organinternen Vertretung im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft insofern von weitergehenden Bedeutung und Relevanz sein kann, als dass die dispositiven Regelungen des Art 346 PGR über gesetzliche Verweismormen bei praktisch allen anderen juristischen Personen und Gesellschaftsformen des PGR Anwendung finden, so insbesondere bei der Genossenschaft und der Anstalt.¹⁵ Zugleich eröffnet Art 180 Abs 8 PGR für alle juristischen Personen die Möglichkeit, dass sie in ihren jeweiligen Gesellschaftsstatuten die Bestimmungen über den Verwaltungsrat bei Aktiengesellschaften, sohin gerade auch Art 346 PGR, für anwendbar erklären können.

C. Abgrenzungen

Entlang der bisherigen Ausführungen soll im Folgenden ausschliesslich eine Antwort auf die Fragestellung

spricht. Näheres zum deutschen und auch österreichischen Recht hinten unter Punkt V.C.3.a.

9 Siehe zur Vertretung durch *Suppleanten* ausführlich, auch mit Hinweisen zur schweizerischen Lehre, hinten unter Punkt V.C.

10 Siehe *Sele/Marxer/Nardi*, S 63 ff, welche den Begriff der organinternen Stellvertretung im Aktienrecht verwenden. In dieser Untersuchung wird der Begriff ausgeweitet und von organinterner Vertretung gesprochen; dies deshalb, weil zur organinternen Vertretung auch der temporäre Einsatz eines *Suppleanten* als formelles Organmitglied gezählt wird.

11 Die AG gehört auch sonst zu den bedeutendsten Rechtsformen des liechtensteinischen Rechts. Gemäss Angaben im Statistischen Jahrbuch Liechtensteins für das Jahr 2020, S 352 ff, sind per 31.12.2018 5054 Aktiengesellschaften im Handelsregister eingetragen, was einem Anteil von knapp 19% aller in Liechtenstein registrierten Firmen entspricht. Mit 38% machen die hinterlegten Stiftungen und Treuhänderschaften immer noch den grössten Anteil aus.

12 Siehe zur Entstehungsgeschichte des PGR und des liechtensteinischen Aktienrechts hinten unter Punkt III.B sowie V.A.1.

13 Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat hat bis anhin weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung stattgefunden. Soweit ersichtlich befasst sich bisher einzig der Aufsatz von *Sele/Marxer/Nardi*, S 63 ff, mit der Thematik. Rechtsprechung zur Frage der Vertretungsmöglichkeit im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft und sohin zu Art 346 PGR im Speziellen existiert nicht.

14 Zum Meinungsstand in der Schweiz siehe *Müller/Thalmann*, S 2 ff, mit Überblick und umfassender Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen sowie der bundesgerichtlichen wie kantonalen Rechtsprechung und der Praxis der kantonalen Handelsregisterbehörden. Siehe dazu auch *Gortan*, S 50 ff und 75 ff, sowie die Hinweise hinten in Fn 181.

15 Siehe *Sele/Marxer/Nardi*, S 63 mwH in Fn 4.

der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat infolge Abwesenheit bzw Verhinderung eines Verwaltungsratsmitglieds für eine bestimmte Verwaltungsratssitzung gegeben werden. Damit sind vorweg nachfolgende Abgrenzungen vorzunehmen.

1. Ersatzmitglieder des Verwaltungsrats

Von der organinternen Vertretung zu unterscheiden und abzugrenzen ist die Rechtsfigur der sog Ersatzmitglieder des Verwaltungsrats. Diese werden von der Generalversammlung für den Fall des *vorzeitigen definitiven Ausscheidens eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds* aus dem Verwaltungsrat zB infolge Todes, Rücktritts vom Mandat, Abberufung oder Wegfall der gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen bestellt. Ersatzmitglieder folgen zum Zeitpunkt des Eintritts eines solchen Ersatzfalles automatisch in die Position des weggefallenen Verwaltungsratsmitglieds nach und nehmen das Amt endgültig ein.¹⁶ Im Zusammenhang mit einem Bankverwaltungsrat wäre beispielsweise auch an den Ersatzfall der nicht mehr gegebenen Erfüllung bankenaufsichtsrechtlicher Gewährskriterien eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds zu denken.

Ersatzmitglieder werden in der Regel gleichzeitig mit den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern gewählt und haben die Wahl durch die Generalversammlung wie ordentliche Verwaltungsratsmitglieder anzunehmen. Sie können für ein bestimmtes Verwaltungsratsmitglied, für mehrere oder alle bestellt werden. Tritt ein Fall des Nachfolgens ein, braucht es keine weiteren Beschlüsse seitens der Generalversammlung oder Erklärungen des Ersatzmitglieds.¹⁷ Das Ersatzmitglied ist mit Eintritt des Ersatzfalls in das Handelsregister als ordentliches Verwaltungsratsmitglied anzumelden und einzutragen. Eine Eintragung bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Beschlusses ist nicht möglich und in der Handelsregisterverordnung auch nicht vorgesehen.

Die Rechtsfigur der Ersatzmitglieder kommt vor allem in jenen Aktienrechtsordnungen vor, welche der dualistischen Leitungsstruktur mit Vorstand und Aufsichtsrat folgen. Das PGR kennt keine ausdrückliche gesetzliche Regelung für Ersatzmitglieder. Dennoch ist die Bestellung von Ersatzmitgliedern nach liechtensteinischem Gesellschaftsrecht als zulässig zu erachten. Das gilt sowohl für den Verwaltungsrat als auch, falls die dualistische Leitungsstruktur nach Art 199 PGR installiert wird, für den Aufsichtsrat. Dies ergibt sich zum einen aus Art 200 Abs 1 PGR, wonach die Statuten (nebst

den zwingenden Organen) weitere Organe wie auch weitere Vertreter für eine juristische Person vorsehen können. Wenn das PGR schon weitere Organe und Vertreter zulässt, so muss diese Regelung denklogisch auch die Kompetenz umfassen, für zwingende Organe wie den Verwaltungsrat Ersatzmitglieder vorsehen zu können. Dieser Schluss kann zum anderen auch mit der Autonomie der Generalversammlung als oberstem Organ, nach Art 344 PGR frei über die Grösse, die Struktur und die Zusammensetzung des Verwaltungsrats entscheiden zu können, begründet werden. Es muss der Generalversammlung nach hier vertretener Auffassung aufgrund der organisatorischen Gestaltungsfreiheit anheimgestellt sein, auch darüber zu entscheiden, ob sie für den Verwaltungsrat zur Aufrechterhaltung der dauernden Funktionsfähigkeit und aufgrund von Kontinuitätsüberlegungen – quasi auf Vorrat und ressourcensparend – Ersatzmitglieder bestellen will.

Entscheidet sich eine Gesellschaft dafür, Ersatzmitglieder für den Verwaltungsrat vorzusehen, so ist hierfür eine Grundlage auf Stufe Statuten notwendig. Eine diesbezügliche statutarische Regelung gehört somit zum bedingt-notwendigen Statuteninhalt nach Art 280 PGR.

Die Rechtsstellung des Ersatzmitglieds ist auf-schiebend bedingt, ein umfassendes organschaftliches Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft wird mit der Annahme der Wahl noch nicht begründet, nur ein solches als Ersatzmitglied.¹⁸ Ersatzmitgliedern kommen deshalb bis zum Nachrücken keine organschaftlichen Mitwirkungsrechte oder Mitwirkungspflichten zu, sie dürfen an Sitzungen nicht teilnehmen. Dennoch haben Ersatzmitglieder im Hinblick auf die künftige Einsitznahme in den Verwaltungsrat ab dem Zeitpunkt der Annahme der Wahl die Interessen der Gesellschaft zu wahren und keine Veranlassungen dagegen zu unternehmen.¹⁹

2. Beizug von Hilfspersonen

Von der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat infolge Abwesenheit bzw Verhinderung eines Verwaltungsratsmitglieds für eine bestimmte Verwaltungsratssitzung zu unterscheiden ist auch der Beizug von Fachkräften durch den Verwaltungsrat im Rahmen seiner Vorbereitungs- oder Kontrolltätigkeiten zu einer Verwaltungsratssitzung. Es ist dem Verwaltungsrat beispielsweise im Vorfeld einer Sitzung unbenommen, einen Rechtsanwalt, einen Wirtschaftsprüfer oder sonstige Spezialisten beizuziehen, um sich für die umfassende Meinungsbildung zu bestimmten Verhandlungsgegen-

16 Vgl zB § 101 Abs 2 dAktG; dazu *Spindler* in MünchKommAktG⁵, § 101 N 82; auch *Gortan*, S 33 ff; zum österreichischen Recht siehe *Kalls* in MünchKommAktG⁵, § 95 N 34, und *Kalls*, Aktiengesetz, § 86 N 20.

17 Siehe *Gortan*, S 34 f.

18 Vgl für das deutsche Recht *Gortan*, S 35 mwH; für das österreichische Recht siehe *Kastner/Doralt/Nowotny*, S 253.

19 Vgl *Kalls* in MünchKommAktG⁵, § 95 N 34.

ständen der Tagesordnung die notwendigen Informationen zu beschaffen und, wo notwendig, fehlendes spezifisches, qualifiziertes Expertenwissen einzuholen und sich entsprechend beraten zu lassen.²⁰

Der Beizug von Fachkräften ist in diesem Zusammenhang nicht nur empfehlenswert, sondern geradezu eine (Sorgfalts-)Pflicht des gesamten Gremiums wie unter Umständen auch jedes einzelnen Verwaltungsratsmitglieds im Sinne von Art 182 Abs 2 PGR, deren Unterlassung eine Pflichtverletzung darstellen kann. Dem Verwaltungsrat obliegt es auch, nach denselben Massstäben der Sorgfaltspflicht darüber zu entscheiden, ob die beigezogenen Fachkräfte an der Verwaltungsratssitzung teilnehmen und dort direkt für einen Austausch zu Verfügung stehen sollen.²¹ Auch eine mögliche Teilnahme an der Sitzung ändert jedoch nichts an der Rechtsstellung der beigezogenen Fachkräfte als Hilfspersonen. Die Wahrnehmung der Organfunktion verbleibt ausschliesslich bei den Verwaltungsratsmitgliedern, die beigezogenen Hilfspersonen sind nicht Vertreter der Verwaltungsratsmitglieder.

3. Fiduziarischer Verwaltungsrat und faktisches Organmitglied

Lehre²² und Rechtsprechung²³ (zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen nach Art 218 ff. PGR) stellen für das PGR einheitlich auf einen funktionellen Organbegriff ab. Zu den formellen Organen einer Aktiengesellschaft gehören demnach in erster Linie die gemäss Gesetz und Statuten ordentlich bestellten Verwaltungsräte. Als formelles Organ gilt auch der fiduziarische Verwaltungsrat, der sein Mandat von einem Treugeber (in der Regel vom Allein- oder Hauptaktionär) erhalten hat und bei der Ausübung des Verwaltungsratsmandats aufgrund eines Mandats- oder Treuhandvertrags an dessen Weisungen gebunden ist.²⁴

Der fiduziarische Verwaltungsrat ist trotz dieser Abhängigkeit vom Treugeber nicht als dessen Vertreter anzusehen, dies auch dann nicht, wenn der Treugeber selbst unter Umständen aufgrund seines entscheidenden, massgeblichen Einflusses auf die Willensbildung der Aktiengesellschaft oder der Wahrnehmung der eigentlichen Geschäftsführungsfunktionen selbst zum

faktischen Organ der Aktiengesellschaft wird. Nach der Rechtsprechung des OGH zur faktischen Organschaft²⁵ ist eine solche auch dann anzunehmen, wenn der Allein- oder Hauptaktionär nicht selbst oder durch einen fiduziarischen Verwaltungsrat seinen Einfluss ausübt, sondern hierfür eine Vertrauensperson betraut, welche unter (stillschweigender) Duldung der übrigen Verwaltungsratsmitglieder dauerhaft an der Willensbildung des Verwaltungsrats beteiligt wird, indem es stets sämtliche Unterlagen und Informationen erhält, Einfluss auf die Traktandierung hat oder gar vor jeder Abstimmung zu einem Verhandlungsgegenstand um seine Meinung gefragt wird oder diese auch unaufgefordert und selbstverständlich vorträgt.²⁶

II. Beschlussfassung im Verwaltungsrat – Grundlagen

Die Thematik der entschuldbaren Verhinderung und Abwesenheit von Verwaltungsräten an einer Sitzung des Verwaltungsrats hat in den letzten Monaten eine ungeahnte Aktualität und Bedeutung erlangt. Eindrücklicher Beleg hierfür sind die zu Beginn des Jahres 2020 praktisch über Nacht weltweit von allen Staaten aufgrund der Covid-19-Pandemie eingeführten und verhängten Einschränkungen der Reisetätigkeiten, die staatlich verordneten Schliessungen von Unternehmen sowie die Verbote der Durchführung von privaten wie öffentlichen Veranstaltungen, welche nicht nur das tägliche Leben jedes Einzelnen, sondern vor allem auch das Wirtschaftsleben nachhaltig in nicht voraussehbarer Weise prägten. Unternehmen kämpfen ums Überleben, brauchen Liquiditätshilfen, müssen operatives Krisenmanagement betreiben und gleichzeitig über die Krise hinaus strategische Weichenstellungen vornehmen. Verwaltungsräte von tausenden von Unternehmen sind mehr denn je gefordert, müssen ausserplanmässig tagen und Entscheidungen treffen, jederzeitige Handlungsfähigkeit ist gefragt und gefordert.

A. Aktualität der Fragestellung – konkrete Fallkonstellationen

Generell und abgesehen von Krisensituationen wie der soeben erwähnten Covid-19-Pandemie,²⁷ stellt sich die

20 Vgl dazu auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 19 N 12 und § 21 N 22 ff, sowie *Forstmoser*, § 4 N 15 ff.

21 Verwaltungsratssitzungen in Form von Telefon- und Videokonferenzen haften in diesem Zusammenhang unbestrittenermassen die Schwäche an, dass bei diesen oftmals nicht geprüft werden kann, wer nebst dem Verwaltungsratsmitglied noch im jeweiligen Raum anwesend ist.

22 Vgl *Oehri*, S 102; *Batliner*, N 98; zuletzt auch *Bergt*, N 264.

23 Siehe OGH 25. Juli 2002, LES 2003, S 128 ff (132).

24 Zum fiduziarischen Verwaltungsrat siehe OGH 4. Oktober 2001, LES 2002, S 109 ff (116).

25 Siehe OGH 4. September 2008, LES 2009, S 42 ff; OGH 13. Januar 2005, LES 2006, S 138 ff; OGH 25. Juli 2002, LES 2003, S 128 ff.

26 Vgl zu faktischen Organträgern im Zusammenhang mit gewährungspflichtigen Unternehmen *Bischof*, N 45 ff.

27 Das Bedürfnis nach Vertretung abwesender bzw verhinderter Verwaltungsratsmitglieder ist im vorherigen Jahrhundert bemerkenswerterweise auch zu Zeiten von Krisen entstanden; siehe dazu sehr illustrativ *Gortan*, S 36 f.

Frage der Zulässigkeit der organinternen Vertretung von Verwaltungsratsmitgliedern – und zwar unabhängig von der Grösse und Komplexität des jeweiligen Unternehmens, der Rechtsform und der Branche oder Industrie, in welcher dieses tätig ist – insbesondere dann, wenn es darum geht, berechnete Interessen von Aktionärs- oder Interessensgruppen zu berücksichtigen. So sieht beispielsweise *Marxer* im Beizug von Verwaltungsratsvertretern »gerade in personalistischen Gesellschaften mit verschiedenen Interessensgruppen, etwa Familienstämmen, eine Möglichkeit zur Bewahrung des oft fein austarierten Einflusses der jeweiligen Gruppierung«²⁸.

In gleicher Weise ist ein notwendiges Bedürfnis einer Vertretung für abwesende oder verhinderte Verwaltungsratsmitglieder bei Banken mit ausländischen Investoren gegeben, wenn deren Eigentümerschaft direkt oder indirekt aus unterschiedlichen Interessens- und Aktionärsgruppen besteht und sich dies in der personellen Zusammensetzung und damit der Stimmverteilung des Verwaltungsrats widerspiegelt.²⁹ Ein so unter den verschiedenen Aktionärsgruppen »sorgfältig ausbalanciertes Stimmgleichgewicht«³⁰ wird bei Abwesenheit oder Verhinderung auch bloss eines – in der Regel internationalen – Verwaltungsratsmitglieds aus den Angeln gehoben und mitunter ins Gegenteil verkehrt, wenn damit Beschlüsse ermöglicht werden, welche bei Anwesenheit aller Verwaltungsratsmitglieder so nie gefasst worden wären. Dieselbe Situation stellt sich ein, falls die Statuten einer Bank bestimmten Aktionärskategorien³¹ oder den Partizipanten von Partizipationskapital³² ein Recht auf einen Vertreter im Verwaltungsrat einräumen und eine Vertretung für diese nicht möglich wäre. Ein Ungleichgewicht kann schliesslich auch im Zusammenhang mit in den Statuten für bestimmte Wahl- oder Sachgeschäfte vorgesehenen qualifizierten Präsenz- und

Stimmenquoten entstehen, welche oftmals ebenfalls zur Berücksichtigung unterschiedlicher Aktionärs- und Interessensgruppen eingeführt werden. Können die Präsenz- und Stimmenquoten aufgrund der Abwesenheit oder Verhinderung eines Verwaltungsratsmitglieds nicht mehr erfüllt werden, wird eine Beschlussfassung verunmöglicht.

In quasi umgekehrter Hinsicht kann die Sinnhaftigkeit der zwingenden physischen, persönlichen Teilnahme eines Verwaltungsratsmitglieds an einer Sitzung mit Fug und Recht hinterfragt werden, wenn an einer Sitzung reine Informationstraktanden, welche anhand der Unterlagen bereits studiert und später anhand des Protokolls auch ohne weiteres nachgelesen werden können, behandelt werden. Unter demselben Gesichtspunkt zu betrachten sind Sitzungen, anlässlich welcher der Verwaltungsrat Feststellungsbeschlüsse rein formaler Art ohne jeglichen Entscheidungsspielraum fassen muss und gestützt darauf entsprechende Beschlüsse zu Statutenänderungen zu fällen hat.³³ Dies ist beispielsweise bei den Beschlüssen des Verwaltungsrats gemäss Art 295b PGR (im Zusammenhang mit einer genehmigten Kapitalerhöhung) sowie Art 297h PGR (im Zusammenhang mit einer bedingten Kapitalerhöhung) der Fall.

Schliesslich ist der folgende Fall, bei welchem sich die Frage einer Vertretung (der Stimmrechtsausübung) ganz offensichtlich stellt, anzuführen. Ein Verwaltungsratsmitglied nimmt physisch an einer Verwaltungsrats-sitzung teil, muss diese jedoch, da sie länger als anberaumt dauert, nach ausgiebig geführter Diskussion frühzeitig verlassen. Das Mitglied, das sich konstruktiv an der Willensbildung zu einem Sachgeschäft beteiligt hat, möchte nun klarerweise ein anderes Verwaltungsratsmitglied als seinen Vertreter benennen und dieses Mitglied mit der Ausübung der Stimmabgabe (mit entsprechend konkreter Weisung) betrauen.

28 *Marxer*, S 87.

29 Selbstverständlich ist und bleibt ein Verwaltungsratsmitglied im Sinne der wahrzunehmenden Sorgfalts- und Treuepflichten dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet und hat dabei die Interessen aller Aktionäre bzw Aktionärsgruppen gleichermassen zu berücksichtigen. Nichtsdestotrotz wird das Verwaltungsratsmitglied zumindest latent auch stets die Interessen der jeweiligen Aktionärs- bzw Interessensgruppe mit zu berücksichtigen haben und steht dabei nicht selten in einem Loyalitätskonflikt. Siehe dazu auch *Weber*, Stellvertretung, S 6 in Fn 32.

30 Siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 28 N 185; vgl zur Stellung des Vertreters zur vertretenen Aktionärsgruppe *Müller/Lipp/Plüss*, S 38.

31 Zum Beispiel nach Art 341 Abs 3 PGR oder über Vorrechte, welche mit Vorzugsaktien nach Art 301 Abs 2 PGR verbunden werden können. Eine dem schweizerischen Recht von Art 709 OR entsprechende Bestimmung, wonach dann, wenn in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche mehrere Kategorien von Aktien bestehen, durch die Statuten den Aktionären jeder Kategorie die Wahl wenigstens eines Vertreters im Verwaltungsrat zu sichern ist, fehlt im PGR. Eine entsprechende statutarische Regelung ist aber jedenfalls möglich.

32 Siehe dazu explizit Art 304e PGR.

B. Arten der Beschlussfassung – hinreichende Alternativen?

Das Beschlussfassungsverfahren im Verwaltungsrat und damit das Verfahren des körperschaftlichen Willensbildungsprozesses des Verwaltungsrats wird im PGR nur sehr fragmentarisch in den Allgemeinen Vorschriften (und im BankG gar nicht eigens) geregelt. Weitere und notwendigerweise weitergehende Regelungen sind der gesellschaftsinternen Organisationsautonomie der jeweiligen Verbandsperson, also auch der Aktiengesellschaft, überlassen.

33 Siehe auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 52 N 174 f.

1. Mündliche Beratung unter Anwesenden (Versammlungsprinzip)

Als Idealtypus der Beschlussfassungsform des Verwaltungsrats sieht der Gesetzgeber in Art 112 PGR die direkte Willensbildung vor, also jene anlässlich einer gemeinsamen persönlichen Sitzung (Versammlung) und mündlichen Beratung aller Verwaltungsratsmitglieder. Ein Präsenzquorum für Sitzungen des Verwaltungsrats sieht das PGR nicht vor. Unter Vorbehalt anderslautender Bestimmungen in den Statuten gilt für das Zustandekommen von Beschlüssen nach Art 112 PGR ein Stimmenquorum »der einfachen Mehrheit der zählbaren Stimmen« (Abs 2), dh derjenigen Stimmen, »die im Einzelfall vertreten sind und mitgestimmt haben und nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen sind« (Abs 3).

Um eine physische Sitzung des Verwaltungsrats nicht zu gefährden oder aufschieben zu müssen oder – positiv ausgedrückt – eine solche jedenfalls und stetig durchführen zu können, kann die persönliche Teilnahme eines abwesenden Mitglieds oder auch aller Mitglieder heutzutage selbstverständlich unter *Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel durch Telefon- und Videokonferenzen* gewährleistet werden. Solche Sitzungen sind als virtuelle Sitzungen unter Anwesenden zu taxieren und unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig,³⁴ weil sie dem Idealtypus der Beschlussfassung anlässlich einer gemeinsamen physischen Versammlung aller Verwaltungsratsmitglieder rechtlich viel eher entsprechen als das Beschlussfassungsverfahren mittels Zirkularbeschlusses. Zudem lässt die heutige Qualität der Technik solche Sitzungen realiter auch praktisch als physische erscheinen.

Zur Klarstellung der rechtlichen Zulässigkeit der Abhaltung von virtuellen Verwaltungsratssitzungen sollte eine entsprechende Regelung in den Statuten oder zumindest im Organisationsreglement vorgesehen werden. Dabei sollte aus Gründen der Rechtssicherheit gleich auch der Zustimmungsvorbehalt aller Verwaltungsratsmitglieder (wie er beim Zirkularbeschlussverfahren gilt) von vorneherein ausgeschlossen werden. Werden virtuelle Verwaltungsratssitzungen im Einzelfall abgehalten, so müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats jedoch tatsächlich auch die Möglichkeit haben, an einer solchen teilnehmen zu können.

2. Zirkularverfahren als Ausnahme

Als einzige Alternative und Ausnahme vom strikten Versammlungsprinzip mit mündlicher Beratung unter

Anwesenden sieht das PGR in Art 112 Abs 4 PGR das Beschlussfassungsverfahren auf dem sog Zirkularweg vor. Das Zirkularverfahren steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrats ihre Zustimmung und das Einverständnis zu dieser Form der Beschlussfassung im Einzelfall geben bzw nicht ein Mitglied des Verwaltungsrats Versammlung und mündliche Beratung verlangt.³⁵ Das in Art 112 Abs 4 PGR ohne jegliche Präsenz vorgesehene Beschlussfassungsverfahren auf dem Zirkularweg, also die schriftliche Beschlussfassung per Post, E-Mail oder sonstigem elektronischen Verfahren, bietet wenig bis gar keine Abhilfe zu befriedigenden Lösungen der unter Punkt II.A dargestellten Fallkonstellationen. Das schriftliche Zirkularverfahren unter Abwesenden stellt vor allem deshalb keine hinreichende Alternative dar, weil diese Beschlussfassungsform einerseits vom Goodwill jedes einzelnen Verwaltungsratsmitglieds abhängig ist und andererseits bei dieser Art der Beschlussfassung ein wichtiger Teil der körperschaftlichen Willensbildung vor der eigentlichen Beschlussfassung und Stimmgabe, nämlich die wichtige und entscheidende Phase der Erfassung des Verhandlungsgegenstandes, der Information und gemeinsamen Diskussion und Beratung von vorneherein ausgeschaltet ist.³⁶

3. Schriftliche Stimmabgabe

In der schweizerischen Lehre³⁷ umstritten ist, ob ein abwesendes bzw verhandeltes Verwaltungsratsmitglied seine Rechte an der Willensbildung des physisch tagenden Gesamtverwaltungsrats allenfalls mittels direkter oder über einen Boten zu erfolgender Übermittlung seiner schriftlichen Stimmabgabe wahrnehmen können soll. Als Bote in Betracht kommen etwa der Präsident des Verwaltungsrats, ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder der Sekretär des Verwaltungsrats.

Das PGR enthält keine ausdrückliche Regelung, ob ein Verwaltungsrat durch schriftliche Stimmabgabe an der Beschlussfassung des Gesamtverwaltungsrats mitwirken können soll. Nach hier vertretener Auffassung sollte diese Form der Mitwirkung zulässig sein, sofern die Statuten ein solches Verfahren vorsehen.³⁸ Wenn das

34 Vgl dazu Forstmoser, § 11 N 13; Böckli, § 13 N 137f; Müller/Lipp/Plüss, S 274; Schenker, Verwaltungsrat in der Praxis, S 100f; Schräml/Vischer, S 3; auch schon Weber, Stellvertretung, S 139 ff.

35 Vgl zur Beschlussfassung des Verwaltungsrats mittels Zirkularverfahren, insbesondere dessen Grundlagen, Form, Anwendungsbereich und Zustandekommen ausführlich und eingehend Schräml/Vischer, S 3 ff; auch Müller, SJZ 2011, S 51f; Müller/Lipp/Plüss, S 272 ff.

36 Vgl dazu auch Weber, Stellvertretung, S 139 f und 146 ff, der in diesem Zusammenhang sogar von einem Vetorecht jedes einzelnen Verwaltungsratsmitglieds spricht.

37 Die herrschende Lehre zum schweizerischen Recht hält eine schriftliche Stimmabgabe für unzulässig. Siehe Böckli, § 13 N 129; Forstmoser, § 11 N 91; Müller, SJZ 2011, S 51; Müller/Lipp/Plüss, S 110 und 273.

38 Im deutschen wie im österreichischen Aktienrecht ist die Zulässigkeit der schriftlichen Stimmabgabe durch abwesende Auf-

PGR mit Art 112 Abs 4 PGR die Beschlussfassungsform im Zirkularverfahren ohne jegliche Präsenz, Beratung und Diskussion als die »extremste« Ausnahme vom Versammlungsprinzip schon explizit zulässt, ist es wenig einsichtig, wieso ein Verwaltungsratsmitglied nicht das Recht auf schriftliche Stimmabgabe haben soll. Das Stimmrecht gehört zu den fundamentalen Rechten eines jeden Verwaltungsrats und es trifft ihn auch eine diesbezügliche Pflicht zur Teilnahme an der Willensbildung. In der schriftlichen Stimmabgabe ist eine abgeschwächte Art des (zulässigen) Zirkularbeschlussverfahrens zu sehen,³⁹ wobei hier sogar idealtypisch eine physische Versammlung stattfindet und diesfalls das Recht auf schriftliche Stimmabgabe eines abwesenden und verhinderten Verwaltungsrats höher zu gewichten und ein Vetorecht jedes Verwaltungsratsmitglieds analog dem Zirkularbeschlussverfahren abzulehnen ist.

4. Folgerungen für die Vertretungsfrage

Trotz der gebotenen Möglichkeiten unterschiedlicher Beschlussfassungsverfahren stellt sich auch oder gerade in modernen Zeiten die Frage, ob sich Verwaltungsräte, die weder physisch noch mittels technischer Hilfsmittel an einer Sitzung teilnehmen können und verhindert sind, vertreten lassen und so das ihnen zwingend zustehende Recht auf Teilnahme und Mitwirkung an der Willensbildung im Verwaltungsrat der Bank mittels eines Vertreters wahrnehmen können. Mit einem solchen Vertretungsrecht bliebe auch das Recht auf Information und Antragstellung bestmöglichst im eigenen wie insbesondere im Interesse der Gesellschaft gewahrt. Auch die dargestellte Stimmbotschaft⁴⁰ greift insofern zu kurz und es haftet dieser (wie auch dem Zirkularverfahren) die Schwäche an, dass das abwesende Mitglied seine Meinungsbildung vor der Beratung bereits definitiv abgeschlossen hat und folglich neue Erkenntnisse und Tatsachen anlässlich der Diskussion im Verwaltungsrat zwangsläufig keine Berücksichtigung mehr finden können, wohingegen ein Vertreter diese nach dem mutmasslichen Willen des Vertretenen berücksichtigen könnte, ja sogar müsste.⁴¹

C. Vorübergehende »Corona-Massnahmen« im Jahr 2020

Wie einleitend in diesem Kapitel ausgeführt, hat die Covid-19-Pandemie im Frühjahr 2020 dazu geführt, dass

auch in Liechtenstein die Regierung zur Verhinderung des Übertragungsrisikos und zur Bekämpfung des Coronavirus unter anderem verboten hat, öffentliche und private Veranstaltungen durchzuführen. Um die erforderlichen gesellschaftsrechtlichen Versammlungen, welche naturgemäss im ersten Halbjahr wichtige Geschäfte wie die Abnahme der Jahresrechnung für das vergangene Geschäftsjahr, die Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern uä zum Gegenstand haben, dennoch rechtsgültig (durch den Verwaltungsrat) vorbereiten und (die Generalversammlung) durchführen zu können, wurden mit Gesetz vom 8. April 2020 über Begleitmassnahmen in der Verwaltung und Justiz in Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (COVID-19-VJBG)⁴² gesetzliche Erleichterungen eingeführt, damit auch ohne physische Anwesenheit Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen stattfinden können.

Unter Kapitel »VI. Massnahmen im Gesellschaftsrecht« regelt Art 11 COVID-19-VJBG die Versammlungen von Verbandspersonen. Danach können Versammlungen des obersten Organs von Verbandspersonen (Generalversammlung) ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer durchgeführt und die Beschlüsse unabhängig von der Anzahl der Mitglieder im Zirkulationsweg gefasst werden, wenn den Mitgliedern die ausdrücklich formulierten Beschlüsse schriftlich übermittelt werden (Bst a) und die für einen Beschluss erforderliche Mindestanzahl von Stimmberechtigten an der Abstimmung teilnimmt (Bst b). Sodann sieht das Gesetz nach Art 11 Abs 2 vor, dass Generalversammlungen auch ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer durchgeführt und die Beschlüsse unabhängig von der Anzahl von Mitgliedern per Video- oder Telefonkonferenz gefasst werden, wenn die genauen Modalitäten für die Teilnahme und Stimmabgabe in der Einberufung bekannt gegeben werden.

Nach Art 11 Abs 3 COVID-19-VJBG gelten die vorgesehenen erleichterten Formen der Beschlussfassung analog auch für Verwaltungsratssitzungen. Die Anwendung von Art 11 Abs 1 zum Zirkularverfahren auf Verwaltungsratssitzungen ist deshalb vorgesehen, weil damit notwendigerweise das in Art 112 Abs 4 PGR zwingend vorgesehene Vetorecht eines einzelnen Verwaltungsratsmitglieds gegen dieses Verfahren ausser Kraft gesetzt wird. Die analoge Anwendung der Bestimmung betreffend Telefon- und Videokonferenz (Art 11 Abs 2) ist deshalb notwendig, weil nicht alle juristischen Personen diese Art der Sitzung und Beschlussfassung in ihren Statuten verankert oder diese gar ausgeschlossen haben, und hiermit nun von Gesetzes wegen die Legitimation erhalten, diese Form der Beschlussfassung zulässigerweise als Alternative zur physischen Versammlung zu verwenden.

sichtsratsmitglieder bei der Beschlussfassung explizit im Gesetz geregelt; siehe § 108 Abs 3 dAktG bzw § 93 Abs 3 öAktG.

39 In Anlehnung an die Meinung von *Weber*, Stellvertretung, S 142.

40 Vgl zum Begriff der Stimmbotschaft *Kalss* in MünchKommAktG⁵, § 95 N 33.

41 Siehe dazu Näheres hinten unter Punkt V.B.5.b.

42 Siehe LGBI 2020/Nr 136.

III. Corporate Governance und Stellung des Verwaltungsrats

Die Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Bank unterliegt gemäss Art 1 Abs 1 iVm Art 15 Abs 1 BankG einem staatlichen Bewilligungsverfahren und der fortwährenden prudenziellen Aufsicht durch die FMA.⁴³ Nach Art 18 Abs 1 BankG dürfen Banken ausschliesslich in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Europäischen Gesellschaft (SE) errichtet werden.⁴⁴ Der äusseren Organisationsfreiheit einer Bank ist damit ein enger Rahmen gesetzt. Firmensitz und Hauptverwaltung der Bank müssen sich nach Art 18 Abs 2 BankG in Liechtenstein befinden. Die Bestimmung von Art 18 BankG nimmt somit unmittelbar Bezug auf das PGR. Nachdem Firmensitz und Hauptverwaltung sich in Liechtenstein zu befinden haben, ist unter Anwendung des Art 232 PGR davon auszugehen, dass für Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft das PGR, insbesondere das Aktienrecht, jedenfalls a priori auch gilt, da statutarischer Sitz (Art 232 Abs 1 PGR), aber auch Verwaltung (Art 232 Abs 2 PGR) im Inland verlangt wird.

Bei der Bewilligung zum Betrieb einer Bank handelt es sich in rechtlicher Hinsicht um eine wirtschaftspolitisch motivierte und bedingte Polizeibewilligung. Das heisst, es besteht ein Bewilligungsanspruch, wenn sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies ergibt sich explizit aus Art 17 BankG. Als entscheidende Bewilligungsvoraussetzungen kristallisieren sich dabei zwei Hauptbereiche einer wirksamen und effizienten Governance einer Bank heraus, nämlich *einerseits*, dass diese »entsprechend ihrem Geschäftskreis organisiert sein« (so Art 22 Abs 1 BankG) und einen entsprechenden »Geschäftsplan vorlegen müssen, »aus dem insbesondere die Art der geplanten Geschäfte und der organisatorische Aufbau der Bank« hervorgehen (so Art 17 Abs 1a BankG). *Andererseits* müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung sowie der Leiter der internen Revision »Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit« nach Art 19 BankG bieten, dies sowohl in fachlicher wie auch persönlicher Hinsicht. Da das liechtensteinische Finanzmarktrecht dem Konzept der Institutsaufsicht folgt,⁴⁵ trifft die Gewährspflicht sowohl die Bank als Organträger (Organträgergewähr) wie auch die Organmitglieder (Organgewähr) selbst.

Der inneren Organisation, sprich Governance-Struktur einer Bank als regulierte Aktiengesellschaft,⁴⁶ kommt damit zentrale Bedeutung zu. Dabei sieht das Bankenaufsichtsrecht über die aktienrechtlichen Anforderungen hinaus erweiterte, gesteigerte aufsichtsrechtliche Organisationspflichten, insbesondere hinsichtlich der Aufteilung der Zuständigkeiten und Kompetenzen der verschiedenen Organe, wie vor allem auch personelle Anforderungen an die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen vor. Strengere Anforderungen an die Governance von Banken, insbesondere bezüglich einer stärkeren Risikokontrolle, der Zusammensetzung, der Qualifikation sowie der Art und Weise der Amtsausübung der Leitungs- und Aufsichtsorgane, gelten seit dem Jahre 2015, als der liechtensteinische Gesetzgeber die Vorgaben der europäischen CRD IV Richtlinie durch umfassende Revisionen des BankG und der BankV ins liechtensteinische Recht umgesetzt hat.⁴⁷ Für die vorliegende Arbeit sind dabei insbesondere die einschlägigen Governance-rechtlichen Art 88 und 91 der CRD IV Richtlinie von Bedeutung. Auf diese sowie die persönlichen Gewährvoraussetzungen der Mitglieder des Verwaltungsrats wird in Kapitel IV detailliert eingegangen werden.

Das komplexe Regelwerk an organisationsrechtlichen Bestimmungen des Finanzmarktrechts ist für die Beurteilung der Stellung und Tätigkeit eines Bankverwaltungsrats und dessen Pflichten und damit für die hier vorliegende Fragestellung von besonderem Interesse, weshalb auf die wichtigsten Grundlagen hierzu kurz eingegangen werden soll. Es sollen in diesem Kapitel dabei vor allem Gesichtspunkte herausgearbeitet werden, welche hinsichtlich der Frage der zulässigen organinternen Vertretung im Verwaltungsrat ganz grundsätzlich und bei einer Bank im Besonderen allenfalls einer kritischen Betrachtung bedürfen und entsprechend zu würdigen sind.

46 Siehe zur Bankaktiengesellschaft als regulierte Aktiengesellschaft *Nobel*, § 5 N 60 ff.

47 Vgl dazu ausführlich BuA Nr 67/2014; der liechtensteinische Gesetzgeber hat die CRD IV RL im Jahr 2015, also bereits vor deren Übernahme in den Rechtsbestand des EWR-Abkommens, ins liechtensteinische Recht umgesetzt. Die Übernahme der RL ins EWR-Abkommen erfolgte erst im Jahre 2019 (vgl dazu BuA Nr 34/2019). Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff Governance im Bankengesetz nicht verwendet wird. Das ist wohl darauf zurückzuführen, dass das in Kraft stehende Bankengesetz bereits im Jahre 1992 erlassen und seit damals zwar immer wieder teilrevidiert, jedoch nie einer Totalrevision unterzogen worden ist, auch nicht im Zuge der Umsetzung der CRD IV RL. Vgl demgegenüber Aufbau und Struktur des im Jahr 2015 neu erlassenen Versicherungsaufsichtsgesetzes (VersAG), welches in den Art 30 ff einen gesamten eigenen Abschnitt dem Thema Governance widmet. Interessanterweise verwendet die FMA in ihren Verlautbarungen den Begriff Governance dennoch auch im Zusammenhang mit Banken. Vgl für das schweizerische Recht auch das Rundschreiben der FINMA 2017/1 zur Corporate Governance der Banken.

43 Zur Bedeutung, Entwicklung und den Treibern der prudenziellen Aufsicht siehe *Sethe*, S 608 ff.

44 In begründeten Fällen kann die FMA nach Art 18 Abs 1 letzter Satz BankG Ausnahmen gewähren und auch andere Rechtsformen zulassen.

45 VGH 14. Februar 2017, LES 2018, S 187 ff.

A. Verhältnis von Aktienrecht und Bankenaufsichtsrecht

1. Schutzziele, Regelungsintensität und Steuerungsfunktion

Das liechtensteinische Aktienrecht und das Bankenaufsichtsrecht haben in der historischen Perspektive eine unterschiedliche, jedoch parallel laufende Entwicklung genommen, so dass es heute zwangsläufig zu Überschneidungen beider Rechtsgebiete kommt und kommen musste.⁴⁸ Das gilt nicht nur für das hier interessierende Organisationsrecht, sondern beispielsweise auch hinsichtlich der Rechnungslegung,⁴⁹ der Kapitalisierung oder aber des Sanierungsrechts. Im Rahmen des Bankorganisationsrechts steht vor allem die Frage der Organisation der Unternehmensleitung im Spannungsfeld des grundsätzlich von der Privatautonomie beherrschten Aktienrechts als Privatrecht auf der einen Seite sowie dem Bankenaufsichtsrecht als Verwaltungsrecht und damit öffentliches Recht auf der anderen Seite.⁵⁰

Die sich in zahlreichen Regelungsbereichen zeigenden Überschneidungen zwischen dem Aktienrecht und dem Bankenaufsichtsrecht sind das Ergebnis zum Teil kongruenter Schutzziele, die mit beiden Rechtsmaterien verfolgt werden. Dabei ist die Regelungsintensität im Bankenaufsichtsrecht deutlich intensiver, detaillierter und dynamischer als jene im Aktienrecht.⁵¹ Dem Aktienrecht wie dem Bankenaufsichtsrecht ist gemein, dass beide Rechtsgebiete dem Gläubigerschutz sowie dem System- und Funktionsschutz verpflichtet sind,⁵² wobei diese nach aussen gerichteten Schutzzielgedanken in der jeweiligen Ausprägung ganz offensichtlich Unterschiede aufweisen.⁵³ Nicht zu den Schutzzielen des Bankenaufsichtsrechts gehört der interne Interessens-

ausgleich innerhalb der Bank als Aktiengesellschaft, wie beispielsweise der Schutz der Interessen der Aktionäre oder sonstiger Interessensgruppen wie vor allem der Mitarbeitenden. Die Wahrnehmung dieser Schutzziele fällt ausschliesslich dem Aktienrecht zu.

Die unterschiedliche Ausprägung der Schutzziele und der Regelungsintensität zeigt sich letztlich am deutlichsten in der Art der Steuerungsfunktion des Aktienrechts einerseits und des Bankenaufsichtsrechts andererseits. Während die Steuerungsfunktion des Aktienrechts in der Setzung einer subsidiären gesetzlichen Rahmenordnung besteht, das Aktienrecht demzufolge auch mit den zwingenden Normen lediglich Obliegenheiten enthält und die Regelung der Folgen deren Verletzung den Privaten in Form der Einräumung diverser Klagemöglichkeiten (insbesondere auch im Rahmen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit nach den Art 218 ff PGR) überlässt, ist der Steuerungsansatz des Bankenaufsichtsrechts auf effektive, hoheitliche Rechtsdurchsetzung gerichtet. Das Bankenaufsichtsrecht bedient sich folglich eines breit gefächerten Instrumentariums an sehr konkreten Handlungspflichten und -verboten sowie hoheitsrechtlich durchsetzbarer aufsichtsrechtlicher Befugnisse.⁵⁴

2. Bankengesetzlicher Spezialitätsvorbehalt

Das PGR und das Bankenaufsichtsrecht verfolgen – wie gesehen – teils übereinstimmende, teils unterschiedliche Schutz- und Regelungsziele. Beide Rechtsbereiche können und dürfen nicht einfach isoliert voneinander betrachtet werden, weil sie eng miteinander verknüpft sind. Es kommt sowohl im PGR der Begriff Bank (gleich mehrfach) vor als auch umgekehrt der Begriff PGR im BankG und der BankV. Das Verhältnis zwischen BankG und PGR bzw Aktienrecht ist nicht eigens und explizit geregelt, das BankG enthält hierzu keine Kollisionsregel, weil es eine solche für alle miteinander verzahnten und sich überschneidenden Regelungsbereiche wohl auch nicht geben kann. Die Frage des jeweils anwendbaren Rechts und der möglichen Koordination ist für jedes Sachgebiet, in welchem es Überschneidungen zwischen Aktienrecht und Bankenaufsichtsrecht gibt, eigens zu prüfen.⁵⁵ Das gilt auch für das Verhältnis beider Rechtsbereiche im Rahmen des hier interessierenden Bankorganisationsrechts und der Stellung des Verwaltungsrats in diesem Gefüge. Dieses Verhältnis ist nach hier vertretener Auffassung dem Grundsatz nach klar. Nach dem Zweckartikel von Art 1 regelt das BankG Spezialtatbestände, nämlich die Aufnahme, Ausübung und

48 Vgl. *Nobel*, § 5 N 67, der in diesem Zusammenhang für das schweizerische Recht treffend von der Koexistenz von Bankengesetz und OR spricht.

49 Vgl. dazu die Rechnungslegungsvorschriften für Banken in Art 1131 ff PGR einerseits sowie Art 22 ff BankV andererseits.

50 Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von der sog. Dichotomie zwischen dem die Privatrechtsbeziehungen regelnden Privatrecht und dem hoheitlichen, öffentlich-rechtlichen Aufsichtsrecht. Vgl. dazu und zum Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht zuletzt ausführlich *Jutzi/Eisenberger*, S 7 ff.

51 Im Bereich des gesamten Finanzmarktrechts, wozu auch das Bankenaufsichtsrecht gehört, wird mithin oft von einer eigentlichen »Organisationsverrechtlichung« gesprochen. Vgl. dazu hinten unter Punkt III.C bei Fn 100.

52 Der aktienrechtliche Gläubigerschutz begründet sich offensichtlich aufgrund des Haftungsprivilegs der Aktiengesellschaft, während der bankenaufsichtsrechtliche Gläubigerschutz den Anlegerschutz im Fokus hat. Vgl. ausführlich zu den Schutzzielen *Emmenegger*, S 135 ff.

53 Vgl. explizit Art 1 Abs 2 BankG, wonach das Bankengesetz »den Schutz der Gläubiger und Anleger von Banken und Wertpapierfirmen sowie die Sicherung des Vertrauens in das liechtensteinische Geld-, Wertpapier- und Kreditwesen und der Stabilität des Finanzsystems« bezweckt.

54 Vgl. illustrativ zur gesamten Thematik *Jutzi/Eisenberger*, S 7 f.

55 Vgl. dazu ausführlich und dogmatisch sehr detailliert *Emmenegger*, S 49 ff und 121 ff.

Beaufsichtigung der Banktätigkeit. Es handelt sich demzufolge um ein Spezialgesetz, also um Sonderrecht, welches dem PGR als solches vorgeht.⁵⁶

Lehre⁵⁷ und Rechtsprechung⁵⁸ zum schweizerischen Recht gehen hinsichtlich des Verhältnisses von Aktienrecht und Bankengesetz folglich vom formellen und materiellen bankengesetzlichen Spezialitätsvorbehalt aus,⁵⁹ will heissen, dass dort, wo das Bankengesetz und die Bankenverordnung eine Vorschrift enthalten und einen Sachverhalt regeln, dieses gilt und allenfalls Einflüsse der aktienrechtlichen Grundordnung interpretativ ergänzend einfließen können, wo das Bankengesetz keinen abschliessenden und exklusiven Regelungsanspruch erhebt. Umgekehrt ist dort, wo im Bankengesetz eine organisationsrechtliche Bestimmung fehlt, das Aktienrecht heranzuziehen und dieses aufgrund des gesteigerten Schutzauftrags des Bankenaufsichtsrechts allenfalls mit aufsichtsrechtlichen Wertungen modifiziert anzuwenden. Diesem koordinierenden Ansatz ist für das Verhältnis von BankG und PGR auch im liechtensteinischen Recht zu folgen.

Zur gleichen rechtlichen Folgerung gelangt man auch, wenn man vom grundsätzlichen und originären Regelungsanspruch des PGR und somit des Aktienrechts ausgeht. Die Privatautonomie im Gesellschaftsrecht und damit als Teilaspekt die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit zur Festlegung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im Aktienrecht findet ihre Grenzen und Schranken nicht nur in den (spärlichen) zwingenden Normen des Aktienrechts selbst, sondern vor allem im zwingenden öffentlichen Recht, wozu das Bankenorganisationsrecht nach BankG ganz eindeutig zu zählen ist. Ganz in diesem Sinne auferlegt das PGR im Bereich des Registerrechts dem Amt für Justiz als Registerbehörde gemäss Art 986 Abs 1 PGR bei der Eintragung juristischer Personen die Prüfpflicht, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Insbesondere ist gemäss Abs 2 zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen. Die Registerbehörde hat nach Abs 3 dabei die *Kognitionsbefugnis zur Prüfung* der Einhaltung von formellen Vorschriften und *Vorschriften des öffentlichen Rechts von Amtes* wegen

wahrzunehmen. Werden zwingende Vorschriften des Privatrechts verletzt, darf die Registerbehörde schliesslich nach Abs 4 dann einschreiten, wenn die betreffenden privatrechtlichen Vorschriften zum Schutz öffentlicher Interessen oder Dritter erlassen wurden.⁶⁰

Die Prüfpflicht des Amtes für Justiz im Zusammenhang mit zwingenden Bestimmungen des Bankenorganisationsrechts nach BankG und BankV dürfte freilich von sehr untergeordneter Bedeutung sein, weil der FMA im Rahmen ihres Rechtsdurchsetzungsinstrumentariums nach Art 21 Abs 3 iVm Art 35 Abs 3 Bst b BankG von Gesetzes wegen ein Genehmigungs- und Zustimmungsvorbehalt bezüglich der Statuten einer Bank zukommt und sie hierbei eine eigene Prüfpflicht bezüglich organisationsrechtlicher Belange des Bankenaufsichtsrechts wahrnehmen muss. Dies gilt explizit auch für spätere Änderungen, wenn diese die Organisation der Bank betreffen (so Art 26 Abs 3 BankG).

B. Stellung des Verwaltungsrats in der Governance des Aktienrechts

Der Grundsatz der Privatautonomie hat im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht bekanntermassen eine besonders liberale Ausprägung hinsichtlich seiner Steuerungsfunktion erfahren. Dies ist historisch begründet⁶¹ und gilt auch für das Aktienrecht, dessen Ursprünge und Vorbild weitgehend im schweizerischen Aktienrecht zu finden sind.⁶² Aufbau und Konzeption

56 Der Finanzmarkt Liechtenstein ist sowohl hinsichtlich der Regulierung als auch hinsichtlich der Aufsicht sektorspezifisch organisiert. Das hier zum bankengesetzlichen Spezialitätsvorbehalt Ausgeführte gilt sinngemäss auch für andere regulierte Aufsichtsbereiche wie zB das Versicherungsaufsichtsrecht.

57 Vgl dazu *Nobel*, § 5 N 65 ff (67f); siehe für das schweizerische Recht auch das (mittlerweile aufgehobene und ersetzte) Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission EBK-RS 93/1 vom 25. August 1993.

58 Vgl zB BGE 97 II 403 ff. (408).

59 Vgl zur Begrifflichkeit und inhaltlich sehr differenziert und ausführlich *Emmenegger*, S 162 ff.

60 Vgl zur Prüfpflicht des Amtes für Justiz auch Art 28 HRV.

61 Mit der Entstehungsgeschichte und den Rezeptionsgrundlagen des am 19. Februar 1926 in Kraft getretenen liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) sowie den Zielsetzungen, welche mit der Schaffung dieses Gesetzeswerks verbunden waren, haben sich zahlreiche Autoren auseinandergesetzt. Geprägt von den damaligen wirtschaftlichen Umständen infolge der Auswirkungen des Weltkriegs sollte das PGR – nach der festen Absicht der Gesetzesredakteure – die Grundlage dafür schaffen, ausländisches Kapital anzuziehen, um eben dieser wirtschaftlichen Verarmung Liechtensteins zu entkommen. Wie *Bergt*, N 51, in seiner kürzlich erschienenen Dissertation treffend ausführte, wurde versucht, »ein möglichst diversifiziertes, attraktives, liberales respektive libertäres und konkurrenzfähiges Gesellschaftsrecht in Liechtenstein zu etablieren, wofür vordergründig auch ausländisches Recht herangezogen wurde«.

62 Als Vorbild und Rezeptionsgrundlage für das PGR im Allgemeinen und das Aktienrecht im Besonderen dienten weitgehend die Entwürfe von Eugen Huber zur Revision der Titel 24–33 des schweizerischen Obligationenrechts aus dem Jahr 1919 und von Arthur Hoffmann aus dem Jahr 1923, aber nicht nur. Wie in den diversen Materialien und Dokumenten zur Gesetzeswerdung nachgelesen werden kann, hat das PGR »das Gute und Bewährte aus den auswärtigen Gesetzgebungen übernommen« (siehe *Beck/Beck*, S 4) und so sind auch Lehre und Rechtsprechung anderer Rechtsordnungen in das PGR eingeflossen, namentlich solche des deutschen Aktienrechts (siehe Landtagsprotokoll vom 4./5. November 1925, S 5, wo festgehalten ist, dass auch Bezug auf »Beschlüsse des deutschen Juristentags 1924, auf das neue deutsche Aktienrecht, auf Gutachten von landwirtschaftlichen Stellen, Handelskammern, die Experten-

des PGR bedingen, dass die Regelungen des liechtensteinischen Aktienrechts gesetzessystematisch in zwei Sektionen enthalten sind, nämlich zum einen im Dritten Titel des PGR in den Art 106 bis 245 PGR für alle juristischen Personen vorangestellten Allgemeinen Vorschriften und zum anderen sind diese im Vierten Titel unter der Sachüberschrift »Die Körperschaften« in den für die Aktiengesellschaft vorgesehenen besonderen Bestimmungen der Art 261 bis 367 PGR normiert.⁶³ Nach dem Auslegungsgrundsatz »lex specialis derogat legi generali« sieht Art 245 PGR als subsidiäre Verweisnorm konsequenterweise vor, dass die jeweiligen besonderen Bestimmungen, in unserem Fall jene für die Aktiengesellschaften, Vorrang vor den Allgemeinen Vorschriften haben, letztere sohin nur dann zur Anwendung gelangen, wenn erstere keine Regelung enthalten oder eine Lücke aufweisen.

Das Aktienrecht wurde seit seiner Inkraftsetzung fortentwickelt und mehrfach revidiert. Aufgrund des Beitritts Liechtensteins zum EWR besteht seit dem Jahre 1995 die Verpflichtung zur Umsetzung der harmonisierenden Rechtsakte, insbesondere der EU-Gesellschaftsrichtlinien, in die nationale Rechtsordnung. Das Aktienrecht hat damit eine zusätzliche europarechtliche Rezeptionsquelle erhalten. Mit der Umsetzung der europarechtlichen Standards wurde in den Bereichen des Gläubiger-, Anleger- und Gesellschafterschutzes neues zwingendes Privatrecht geschaffen.⁶⁴ Unter anderem sah die 2. EU-Richtlinie, die sog Publizitäts-RL vor, dass die Angaben zu den Organen einer Gesellschaft offen zu legen sind. Hinsichtlich der Organe der Aktiengesellschaften wurden die entsprechenden Publikationsvoraussetzungen in den Art 279 und 291 PGR geschaffen. Auch wenn die Einflüsse der unterschiedlichen Rezeptionsquellen in weiten Teilen deutlich nachvollziehbar und erkennbar sind, so prägen doch zahlreiche Eigenheiten das liechtensteinische Aktienrecht und haftet diesem wie auch dem gesamten PGR ganz im Sinne der liberalen Zielsetzung – wie sogleich auch mit Bezug auf die Organisation aufgezeigt wird – bis heute eine eigene kodifikationsrechtliche Prägung an.⁶⁵

1. Gesetzliche Grundordnung des Aktienrechts: Gesamtgeschäftsführung durch Verwaltungsrat

Die gesetzliche Grundordnung der Organisation der Aktiengesellschaft entspricht derjenigen aller juristischen Personen nach Art 166 ff PGR. Diese sieht drei Organe der Aktiengesellschaft zwingend vor, nämlich die Generalversammlung (Art 166 ff und Art 338 ff PGR), den Verwaltungsrat (Art 180 ff und Art 344 ff PGR) sowie die Revisionsstelle (Art 191a ff und Art 350 PGR).⁶⁶ Diese Organe bilden quasi die organisatorische Grundstruktur und damit gleichzeitig die notwendigen Funktionsbereiche der Willensbildung (Generalversammlung), der Exekutive und Aufsicht (Verwaltungsrat) sowie der Kontrolle (Revisionsstelle) der Aktiengesellschaft als Körperschaft ab.

Die Generalversammlung ist gemäss Art 338 Abs 1 PGR das oberste Organ. Entgegen dem Anschein, der mit der Formulierung in Art 338 Abs 1 PGR erweckt wird, ist die Stellung der Generalversammlung als oberstes Organ auch nach liechtensteinischem Aktienrecht nicht eine umfassend materielle im Sinne der Omnipotenztheorie,⁶⁷ sondern die Formulierung ist in erster Linie formell, hierarchisch funktionell zu verstehen,⁶⁸ indem die Generalversammlung gemäss Art 338 Abs 2 Ziff 1 und Art 180 PGR bzw Art 350 PGR zwingend als Wahlorgan der anderen beiden gesetzlichen Organe, also des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle, fungiert und der Generalversammlung von Gesetzes wegen in Art 338 Abs 2 PGR oder aber an anderer Stelle des PGR wichtige Beschlussfassungen vorbehalten sind. Zu erwähnen sind die Abnahme der Jahresrechnung und des Geschäftsberichts (Ziff 2) und der Erlass und die Abänderung der Statuten (Ziff 4) oder Beschlüsse im Zusammenhang mit der Schaffung von neuem Eigenkapital (Art 295 PGR für die ordentliche Kapitalerhöhung, Art 295a ff PGR für genehmigte Kapitalerhöhungen bzw Art 297a ff PGR für bedingte Kapitalerhöhungen).⁶⁹

Das liechtensteinische Aktienrecht trägt die Besonderheit in sich, dass es im Verhältnis der Kompetenzaufteilung zwischen den Organen, insbesondere auch jener zwischen der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat, im Unterschied etwa zum schweizerischen

protokolle zur Revision des schweiz. Obligationenrechts, das österreichische Genossenschaftsrecht« genommen wird).

63 Das Schweizer Gesellschaftsrecht kennt diese Zweiteilung nicht. Der diesbezügliche Vorschlag von Eugen Huber mit der Unterteilung in Allgemeine Vorschriften und besondere Bestimmungen für die juristischen Personen wurde verworfen.

64 Die umfassendste Reform des Gesellschaftsrechts wurde im Jahre 2000 mit der Umsetzung von gleich neun gesellschaftsrechtlichen EU-Richtlinien vollzogen; siehe zu den Leitmotiven und Absichten ausführlich BuA Nr 153/1998.

65 So Roth, S 6 mwH.

66 Vgl zu den Organen einer Aktiengesellschaft auch den Überblick bei *Batliner*, N 70 ff, sowie *Bergt*, N 82 ff.

67 Die Omnipotenztheorie besagt, dass die Generalversammlung alle Geschäfte einer Gesellschaft an sich ziehen und sich sämtliche Beschlüsse vorbehalten kann; vgl *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 20 N 9 und 11; *Forstmoser*, § 1 N 19.

68 Vgl *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 20 N 10 f; *Forstmoser*, § 1 N 22 ff.

69 Zu den Verfahren bei Kapitalerhöhungen im Einzelnen siehe auch Art 58 ff HRV.

Recht,⁷⁰ kein absolutes und strenges Paritätsprinzip verankert hat.⁷¹ Trotz einer gewissen Unschärfe hinsichtlich der Zuweisung von Aufgaben an die zwingenden Organe, ist festzuhalten, dass dem Verwaltungsrat nach gesetzlich gewollter Grundordnung zwingend die zentrale Rolle der Oberleitung der Aktiengesellschaft und damit der Wahrnehmung der auf Erfüllung des Gesellschaftszwecks gerichteten zentralen Exekutiv- und Aufsichtsfunktionen zukommen soll. Als wichtigste gesetzliche Grundpfeiler der starken Stellung des Verwaltungsrats im Sinne der Oberleitung spricht das Gesetz zum einen in Art 182 Abs 1 PGR eine *umfassende Kompetenzvermutung zu Gunsten des Verwaltungsrats* aus, indem diesem sämtliche Befugnisse zukommen, welche nicht einem anderen Organ zustehen oder zulässigerweise übertragen werden. Den Verwaltungsrat trifft somit eine »subsidiäre Generalzuständigkeit«⁷² für alle Aufgaben und Pflichten der Aktiengesellschaften. Zum anderen überträgt der Gesetzgeber dem Verwaltungsrat in der gesetzlichen Grundordnung die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft (Art 181 PGR), wobei diese nach dem Kollegialitätsprinzip allen Mitgliedern *gemeinsam* zusteht und die *Geschäftsführungsbefugnis* nach Art 180 Abs 7 PGR zugleich auch die organschaftliche Vertretungsmacht umfasst. Damit ist der Verwaltungsrat bereits in der gesetzlichen Grundordnung faktisch bedeutender als die Generalversammlung.

2. Organisationsfreiheit und Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats

Die wenigen Ausführungen zur gesetzlichen Grundordnung der Organisation der Aktiengesellschaft zeigen, dass diese selbst für Kleinstbetriebe in der Regel zu undifferenziert und für grössere Aktiengesellschaften oder gar Konzerngesellschaften mit komplexeren Strukturen völlig ungeeignet ist.⁷³ Insbesondere ist die gesetzliche Grundordnung mit umfassenden Kompetenzen des Verwaltungsrats sowie der alleinigen Geschäftsführung und Vertretung durch diesen ganz offensichtlich auch nicht mit heutigen Minimalstandards einer guten und vernünftigen Corporate Governance in Einklang zu bringen. Der Gesetzgeber war sich dieser Situation sehr wohl bewusst und hat deshalb im Sinne der privatautonomeren Organisationsfreiheit weitreichende gesetzliche Möglichkeiten zur Flexibilisierung der dispositiven gesetzlichen Grundordnung geschaffen, um im Einzelfall

für jedes Unternehmen, das sich für die Rechtsform der Aktiengesellschaft entscheidet, mit Blick auf die personellen wie auch finanziellen Ressourcen die jeweils adäquate, massgeschneiderte Organisationsstruktur zu ermöglichen und diese jeweils situationsbedingt auch flexibel und rasch an sich ändernde Umstände anpassen und weiterentwickeln zu können. Diese rechtliche Flexibilisierung hat es ermöglicht, dass die rund 5000 Aktiengesellschaften in Liechtenstein⁷⁴ – vom kleinen Handwerksbetrieb bis hin zu grossen Konzernzentralen – ihre Organisationsform unter dem geltenden Aktienrecht finden konnten. In diesem Sinne stehen dem Verwaltungsrat nach Art 348 PGR und Art 200 PGR weitreichende Delegationsbefugnisse zu, sofern die Generalversammlung in den Statuten die *formelle Voraussetzung* dafür geschaffen hat und eine entsprechende Ermächtigungsklausel vorsieht.⁷⁵ Nach liechtensteinischem Recht ist es in Durchbrechung des absoluten Paritätsprinzips wohl zulässig, wenn die Statuten von vornherein gewisse Delegationen (an eine Geschäfts- oder Konzernleitung) vorsehen oder solche später durch die Generalversammlung mittels Anpassung der Statuten direkt oder zusammen mit der Einführung einer entsprechenden statutarischen Ermächtigungsnorm eingeführt werden.⁷⁶ Hat die Generalversammlung eine solche Ermächtigungsnorm in den Statuten vorgesehen, so kann der Verwaltungsrat innert der Schranken derselben im Sinne der Wahrnehmung seiner Organisationsverantwortung die Delegation vornehmen und zwar durch Erlass eines oder mehrerer Reglemente (siehe

70 Siehe *Forstmoser*, § 1 N 24ff, § 9 N 54ff; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 20 N 9ff.

71 Siehe *Marxer*, S 83ff; auch *Bergt*, N 46.

72 *Bergt*, N 186.

73 Vgl *Domeniconi/von der Crone*, S 514; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 29 N 7f.

74 Zu statistischen Angaben siehe Hinweise vorne unter Fn 11.

75 Siehe Art 280 Abs 1 Ziff 16 PGR. Eine solche Ermächtigungsnorm zur Delegation gehört somit zu den »Gegebenenfalls aufzunehmenden Bestimmungen«, also zum bedingt-notwendigen Statuteninhalt. Siehe dazu kritisch *Oehri*, S 107, der die Meinung vertritt, dass sich aus dem Gesetz nicht explizit ergibt und auch die Rechtsprechung nicht ausreichend geklärt hat, »unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange eine Delegation von Geschäftsführungsaufgaben überhaupt zulässig ist, namentlich ob es hierzu einer ausdrücklichen Ermächtigung in den Statuten bedarf«.

76 Dies geht aus Art 348 PGR iVm Art 338 Abs 2 Ziff 5 PGR hervor. Letztere Bestimmung sieht nämlich vor, dass die Generalversammlung zur Beschlussfassung über Gegenstände befugt ist, die ihr durch die Statuten vorbehalten werden. Damit wird das Paritätsprinzip durchbrochen. Unter solche vorbehaltenen Gegenstände können jedoch nur Entscheidungen von wesentlicher Tragweite fallen, wozu auch Beschlüsse hinsichtlich der Festlegung der Organisation gehören können (siehe *Marxer*, S 85f.). Art 338 Abs 2 Ziff 5 PGR bietet sodann auch Rechtsgrundlage dafür, dass der Verwaltungsrat von sich aus bestimmte Geschäfte der Generalversammlung zur Beschlussfassung vorlegen, so zu sagen zurückdelegieren kann. dies entbindet den Verwaltungsrat jedoch nicht von seiner grundsätzlichen Organisationsverantwortung; es stellt sich allenfalls vielmehr die Frage nach einer faktischen Organschaft der Generalversammlung; vgl zur Rückdelegation an die Generalversammlung *Müller/Lipp/Plüss*, S 177f.

Art 349 Abs 1 Ziff 2 PGR).⁷⁷ Dabei kann er die Geschäftsführung und Vertretung innerhalb des Verwaltungsrats an Delegierte (Art 348 Abs 1 PGR) oder Ausschüsse (mit oder ohne Entscheidungskompetenz, Art 347 PGR) übertragen oder aber an Dritte innerhalb der Gesellschaft, sei es an eine Geschäftsleitung oder Direktion oder an einzelne Mitglieder dieser Gremien (Art 200 PGR). Selbst eine Delegation an Dritte, also eine Auslagerung von Aufgaben, ist gemäss Art 348 Abs 1 PGR möglich.⁷⁸ Alle auf diese Art und Weise mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen sind nach Art 348 Abs 3 PGR formelle Organe der Gesellschaft und demzufolge im Handelsregister einzutragen. Nebst der Vertretung durch Organe sieht das PGR selbstverständlich auch jene durch bevollmächtigte Vertreter vor, so insbesondere Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte. Die Befugnis und Kompetenz, Prokura und Handlungsvollmacht zu verleihen, steht dem Verwaltungsrat nach Art 182 Abs 1 PGR von Gesetzes wegen zu.

Die gesellschaftsrechtliche Organisationsfreiheit findet ihre Verantwortlichkeit und gleichzeitig ihre *materiellen Grenzen und Schranken* in Art 349 PGR, welcher unter der Sachüberschrift »Pflichten des Verwaltungsrates« nachfolgende Aufgaben und Kompetenzen des Verwaltungsrats als unübertragbar und unentziehbar vorsieht:

1. *Der Verwaltungsrat ist verpflichtet:*
 - a. *die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen;*
 - b. *die für einen geordneten Geschäftsbetrieb erforderlichen Reglemente aufzustellen und der Geschäftsführung die zu diesem Zwecke nötigen Weisungen zu erteilen;*
 - c. *die mit der Geschäftsführung und Vertretung Betrauten mit Bezug auf ihre richtige, den Gesetzesvorschriften, Statuten und Reglementen entsprechende Durchführung zu überwachen und*
 - d. *sich zu diesem Zwecke über den Geschäftsgang und die Geschäftsleitung regelmässig zu unterrichten.*
2. *Er ist dafür verantwortlich, dass die Protokolle der Generalversammlung und der Verwaltung, sowie die notwendigen Geschäftsbücher regelrecht geführt und der Geschäftsbericht und der konsolidierte Geschäftsbericht nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften aufgestellt, geprüft und, soweit erforderlich, veröffentlicht werden.*

⁷⁷ Nach herrschender Lehre zum schweizerischen Aktienrecht ist es zulässig, dass die Aktionäre dem Verwaltungsrat in der statutarischen Ermächtigungsnorm für die Delegation gewisse Vorgaben und Anordnungen machen und auch Schranken setzen. Siehe dazu *Domeniconi/von der Crone*, S 515; *Böckli*, § 13 N 525.

⁷⁸ Vgl zur Delegation nach schweizerischem Recht *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 29 N 10 ff und § 30 N 22 ff; *Forstmoser*, § 4 N 1 ff; *Müller/Lipp/Plüss*, S 173 ff; *Domeniconi/von der Crone*, S 512 ff.

Die Bestimmung von Art 349 PGR entspricht der unveränderten ursprünglichen Fassung seit Inkrafttreten des PGR im Jahre 1926. Die in der Rezeptionsquelle des schweizerischen Aktienrechts erfolgten Neu- und Folgefassungen von Art 716a OR sind im liechtensteinschen Aktienrecht bis heute nicht nachvollzogen worden.⁷⁹ Nichtsdestotrotz ergeben sich aus Wortlaut sowie insbesondere Sinn und Zweck von Art 349 PGR und der hierzu von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Praxis jene Aufgaben, welche vom Verwaltungsrat »als das primär zur ordentlichen und gewissenhaften Leitung des Unternehmens der Verbandsperson (hier: Aktiengesellschaft) zuständige Organ«⁸⁰ in der Wahrnehmung seiner Hauptfunktionen der Oberleitung, Kontrolle und Aufsicht unübertragbar und unentziehbar wahrgenommen werden müssen.⁸¹ Dazu gehören die Festlegung der mittel- und langfristigen Unternehmensstrategie, die Wahrnehmung der Finanzverantwortung bezüglich Rechnungswesen, Finanzplanung und Finanzkontrolle sowie ausdrücklich und explizit die Festlegung der Organisation und die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber der Geschäftsleitung (Art 349 Abs 1 Ziff 2 PGR) sowie die Überwachung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen (Art 349 Abs 1 Ziff 3 PGR).⁸²

Im Rahmen von Art 349 PGR ist es sohin zentrale Führungsaufgabe des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft für sein Unternehmen im Kernbereich seiner nicht delegierbaren unternehmerischen Verantwortung die richtige, für sein jeweiliges Unternehmen passende Balance zu finden, seiner Organisationspflicht nachzukommen und so die Basis für das Handeln nach der von Art 182 Abs 2 PGR geforderten Pflicht zur Sorgfalt zu legen. Mit anderen Worten hat der Verwaltungsrat die Allokation der Ressourcen so vorzunehmen, dass die Zuteilung von Aufgaben und Verantwortungen und deren Erfüllung im Unternehmen organisatorisch wie personell optimal gewährleistet sind. Dies ist eine Daueraufgabe, welche viele Verwaltungsräte kleiner wie grosser Unternehmen vor grosse Herausforderungen stellt. Man denke beispielsweise nur an die Dynamik der rechtlichen Entwicklungen, insbesondere der laufenden gesetzlichen Änderungen im Steuer- und Sozial-

⁷⁹ Siehe zur Einführung von Art 716a OR die Botschaft des Schweizer Bundesrats über die Revision des Aktienrechts BBl 1983, 135. Jahrgang, Bd II, S 841 f sowie 921 ff.

⁸⁰ So der OGH 4. Oktober 2001, LES 2002, S 110.

⁸¹ Vgl *Batliner*, N 79 ff; kritisch dazu *Oehri*, S 107, der die Meinung vertritt, dass durch die Rechtsprechung noch nicht ausreichend geklärt ist, »ob und gegebenenfalls in welchem Umfange es einen nicht delegierbaren Kernbereich oberster Leitungs-, Gestaltungs- und Aufsichtsfunktionen gibt«.

⁸² Vgl dazu *Batliner*, N 82; *Bergt*, N 265 ff und 355 ff; vgl zu den Pflichten des Verwaltungsrats im Zusammenhang mit der Erhaltung des Grundkapitals *Oehri*, S 106 f.

versicherungsbereich und der diesbezüglichen Praxen. Auch müssen die Rechtsprechung beobachtet und die Anforderungen, welche sich im Soft Law aufgrund der Prinzipien einer Good Governance, insbesondere im Zusammenhang mit einem ganzheitlichen Verständnis von Compliance, Internem Kontrollsystem (IKS) und Risikomanagement ergeben, berücksichtigt werden.⁸³ Und nicht zuletzt werden auch von politischer und gesellschaftlicher Seite immer höhere Anforderungen und Erwartungen an den Verwaltungsrat als Gremium, das einzelne Mitglied und dessen Tätigkeit gestellt.⁸⁴

Die Bestimmung von Art 349 PGR, welche dem Verwaltungsrat als Gesamtorgan die Organisationsverantwortung überträgt, muss somit zusammenfassend mit Fug und Recht als die gesetzlich relevante Norm zur Festlegung der Governance und deren Anforderungen bei der Aktiengesellschaft betrachtet werden, dies insbesondere im Zusammenspiel mit der für den Verwaltungsrat zwingend normierten Sorgfaltspflicht des Art 182 Abs 2 PGR und der daraus in der Rechtsprechung⁸⁵ zahlreich hergeleiteten bzw sich unmittelbar aus anderen Rechtsquellen ergebenden weiteren Pflichten, welche direkten Einfluss auf die Verwaltungsrats-tätigkeit haben.⁸⁶ Dem Verwaltungsrat kommt mithin also nicht nur ein Geschäftsführungsrecht zu, sondern er hat im Zusammenspiel mit den Sorgfaltspflichten nach Art 182 Abs 2 PGR eine nicht delegierbare Geschäftsführungspflicht zur Aufsetzung einer adäquaten Organisationsstruktur im Sinne einer Aufbau- wie Ablaufstruktur. Dabei hat er nicht nur ein Organisationsreglement zu erlassen, sondern vor allem auch die notwendigen operativen Handlungs- und Entscheidungsprozesse sowie Steuerungsprozesse aufzusetzen.⁸⁷ Im Rahmen der Kontroll- und Überwachungspflicht hat er zudem, wo und wann es angezeigt ist, von seinem Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsleitung und sonstigen Delega-

tionsempfängern Gebrauch zu machen.⁸⁸ Kommt der Verwaltungsrat mit anderen Worten einer sorgfältigen Organisationsverantwortung nicht nach, begeht er mitunter eine Pflichtverletzung und unterliegt der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art 218 ff PGR, welche nach dem Aufbau und der Konzeption des PGR für alle juristischen Personen, mithin auch für die formellen und materiellen Verwaltungsorgane von Aktiengesellschaften, gilt.⁸⁹

Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats ist dabei nicht nur bei unbefugter, sondern grundsätzlich auch bei einer befugterweise vorgenommenen Kompetenzdelegation gegeben, wenn der Verwaltungsrat also einen Teil seiner Aufgaben und Pflichten an andere Personen überträgt.⁹⁰ Allerdings haftet der Verwaltungsrat diesfalls ausschliesslich für die gebotene Sorgfalt bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der jeweiligen Delegationsempfänger.^{91,92} Es trifft den Verwaltungsrat mithin eine Kontrollpflicht bzw wie es der OGH ausdrückt »eine effiziente Kontrolle und die Aufgabe, sich laufend zu informieren, Berichte einzuholen und in zweifelhaften Fällen ergänzende Auskünfte zu verlangen und Unklarheiten auszuräumen«⁹³.

Anzumerken bleibt, dass es in Liechtenstein für den Privatsektor – im Unterschied zum öffentlich-rechtlichen Bereich⁹⁴ – bis dato keinen auf Selbstregulierung basierenden und als Soft Law geltenden Standard für Prinzipien guter Unternehmensführung gibt, welcher als Orientierungshilfe unterstützend bei der Gestaltung, Strukturierung und Organisation der Tätigkeit des Verwaltungsrats herangezogen werden könnte. In der Praxis liechtensteinischer Aktiengesellschaften finden deshalb bei der Aufsetzung und Entwicklung der Organisationsstruktur behelfsmässig entweder der vom Wirtschaftsdachverband Economiesuisse in Zusammenarbeit mit der Börsenaufsicht SIX ausgearbeitete »Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance« oder die von der Universität St. Gallen für KMU erarbeiteten »Empfehlungen zur Führung und Aufsicht

83 Siehe beispielsweise zu den organisatorischen Anforderungen und der Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats bezüglich Compliance *Bergt*, N 493 ff; zu den Anforderungen und der Verantwortung an die Compliance nach schweizerischem Aktienrecht *Sethe/Andreotti*, S 102 ff; zu den Anforderungen und der Verantwortung des Verwaltungsrats bezüglich Risikomanagement nach schweizerischem Aktienrecht *Schenker*, Verwaltungsrat in der Praxis, S 44 ff.

84 Es geht dabei insbesondere um die Thematik der gesellschaftlichen Verantwortung, sog Corporate Social Responsibility (CSR), mit Blick auf nachhaltig ökologische und gesellschaftliche Erwartungen, welche an ein Unternehmen gestellt werden. Siehe dazu zB *Nobel*, § 9 N 276 ff.

85 Vgl Hinweise bei *Oehri*, S 105; auch *Bergt*, N 355 ff.

86 Zu erwähnen sind beispielsweise das Sozialversicherungs- und Steuerrecht, aber auch das Strafrecht ist für den Verwaltungsrat von grosser Bedeutung. An einer Börse kotierte Gesellschaften haben die jeweiligen Börsengesetze und Kotierungsreglemente zu beachten und anzuwenden, woraus sich direkten Handlungspflichten für den Verwaltungsrat ergeben.

87 Vgl *Müller/Lipp/Plüss*, S 166.

88 Vgl zum Weisungsrecht des Verwaltungsrats *Böckli*, § 13 N 310 ff; *Müller/Lipp/Plüss*, S 115 ff.

89 Vgl dazu Näheres unter Punkt III.D.

90 Siehe zum schweizerischen Recht *Domeniconi/von der Crone*, S 516 ff.

91 Vgl OGH 8. Mai 2008, LES 2008, S 363 ff. (364); siehe auch *Bergt*, N 398 ff, insbesondere N 405.

92 Siehe zum schweizerischen Recht *Domeniconi/von der Crone*, S 516 ff; *Müller/Lipp/Plüss*, S 367 ff; *Nobel*, § 9 N 122.

93 OGH 4 Oktober 2001, LES 2002, S 110; vgl auch *Batliner*, N 82.

94 In Ergänzung zum Gesetz vom 19. November 2009 über die Steuerung und Überwachung öffentlicher Unternehmen (Öffentliche-Unternehmen-Steuerungs-Gesetz; ÖUSG) hat die Regierung im Juli 2012 auch den sog Public Corporate Governance Code erlassen, welcher Empfehlungen zur Führung und Kontrolle und sohin Soft Law zur Corporate Governance von öffentlichen Unternehmen in Liechtenstein zum Inhalt hat. Siehe <https://www.llv.li/files/sf/pdf-llv-sf-public_corporate_governance_code.pdf>.

von kleinen und mittleren Unternehmen« als Leitfaden Beachtung.⁹⁵ Beide Standards geben wichtige Anhaltspunkte und entscheidende Impulse bei der Realisierung einer angepassten und geeigneten Governance- und Führungsstruktur.⁹⁶ Nicht zuletzt ist eine Beachtung auch unter haftungs- und verantwortlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten empfehlenswert. So gehen Schweizer Gerichte aufgrund der breiten Anerkennung, welche den Empfehlungen in der Schweizer Wirtschaft zukommt, von allgemein anerkannten Standards aus, deren Beachtung und Einhaltung somit angenommen wird. Die Gerichte ziehen den Swiss Code folglich bei der Beurteilung der zu beachtenden Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats hinsichtlich der Organisationsverantwortung als Massstab heran. Obwohl für diese Erwartungshaltung bei Verwaltungsräten liechtensteinischer Gesellschaften keine rechtliche Basis besteht, ist die Heranziehung der in der Schweiz anerkannten Standards ebenfalls als Teil der wahrgenommenen Sorgfaltspflicht zu betrachten und zur Haftungsvermeidung ratsam.

3. Exkurs: Zur Governance der Europäischen Aktiengesellschaft

Unmittelbarer Anlass für die Einführung der Europäischen Gesellschaft in Liechtenstein im Jahre 2006 war die Verordnung (EG) Nr 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), mit welcher ein neues Rechtsinstrument, nämlich die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea, SE) eingeführt worden ist. Dieses Rechtsinstrument bietet Unternehmen die Möglichkeit, auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts eine Europäische Gesellschaft zu gründen. Die Europäische Gesellschaft entspricht in ihrer Konzeption einer Aktiengesellschaft, sodass auch von der »Europäischen Aktiengesellschaft« gesprochen wird. Die genannte Verordnung und die Richtlinie waren aufgrund des EWR-Abkommens in liechtensteinisches Recht zu integrieren bzw zu transformieren, was der Gesetzgeber mit dem (Umsetzungs-)Gesetz vom 25. November 2005 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, SE) (SE-Gesetz; SEG) gemacht hat.⁹⁷

Aufgrund der in Art 2 SE-Gesetz normierten Kaskade finden auf die Europäische Aktiengesellschaft in erster Linie die unmittelbar und direkt anwendbaren Vorschriften der SE-Verordnung, sodann die Bestimmungen des (nationalen) SE-Gesetzes und subsidiär bestimmte Abschnitte des PGR Anwendung. Unter Abschnitt »IV. Aufbau der Europäischen Gesellschaft (SE)« sieht das SE-Gesetz sowohl das dualistische Leitungssystem (Art 17 bis 35 SE-Gesetz) wie auch das monistische Leitungssystem (Art 36 bis 39 SE-Gesetz) für die SE vor.⁹⁸ Die Vorschriften zum monistischen System sind im SE-Gesetz sehr kurz gehalten. Dies ist verständlich, weil dieses System das gängige Modell einer Aktiengesellschaft in Liechtenstein ist und folglich auf die Bestimmungen des PGR zurückgegriffen werden kann. Ausführlicher sind die Regelungen zum dualistischen System ausgefallen. Es wird mithin klassisch zwischen dem Vorstand als Leitungsorgan und dem Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan, dem ausschliesslich Überwachungsfunktion und keinerlei Geschäftsführungsfunktion zukommt, unterschieden.

C. Governance und Organisationsgewähr nach Bankenaufsichtsrecht

Während das Aktienrecht dem Grunde nach und in erster Linie Innenorganisationsrecht darstellt und den privatautONOMEN Gestaltungsspielraum für die Organisation der Rechtsform Aktiengesellschaft absteckt, war das Bankengesetz als jene einschlägige Rechtsquelle, welche den regulatorischen Rahmen für die Aufnahme der Geschäftstätigkeiten als Bank und der Bewilligung zum Betrieb einer solchen setzt, eigentlich ursprünglich vorrangig als Aussenrecht gedacht. Als solches bildet es »die aufsichtsrechtlich kontrollierte Rahmenordnung für eine spezifische Geschäftstätigkeit und stellt nur punktuelle Anforderungen an die innere Verfasstheit der Unternehmen«⁹⁹. Dieses ursprünglich geltende Ziel ist längst überwunden, die Zeiten haben sich geändert, der europarechtliche und internationale Einfluss deutlich erkennbar. Heute kann und muss ganz im Gegenteil von einer eigentlichen »Organisationsverrechtlichung«¹⁰⁰ durch das Bankenaufsichtsrecht gesprochen werden. So stellen nicht nur das Bankengesetz und die

95 Siehe <www.economiesuisse.ch/sites/default/files/publications/economiesuisse_swisscode_d_web.pdf> bzw <<https://www.kmu.admin.ch/dam/kmu/de/dokumente/Publications/Best-Practice-KMU.pdf.download.pdf/Best-Practice-KMU.pdf>>.

96 Obwohl der Swiss Code der Economiesuisse auf grössere Unternehmen, insbesondere Publikumsgesellschaften wie auch international tätige Unternehmen zugeschnitten ist, kann dieser auch für weniger komplexe Verhältnisse in kleineren und mittleren Unternehmen wichtige Anhaltspunkte für die Ausgestaltung der Governance geben.

97 Vgl zur Europäischen Aktiengesellschaft in Liechtenstein ausführlich *Bergt*, N 136 ff, insbesondere N 152 ff zur monistischen und dualistischen Leitungsstruktur.

98 Die im SE-Gesetz vorgesehene monistische wie auch die dualistische Leitungsstruktur ist für das liechtensteinische Gesellschaftsrecht nicht neu. Der Aufsichtsrat als charakteristisches Organ für das sog dualistische »Board-System« ist seit Einführung des PGR in Art 199 PGR geregelt. Demnach können die Statuten von liechtensteinischen Verbandspersonen neben der Verwaltung einen Aufsichtsrat vorsehen, der nach den Vorschriften über die Verwaltung bestellt wird. Die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit einer dualistischen Leitungsstruktur mit Aufsichtsrat gilt nach Art 245 PGR auch für Aktiengesellschaften.

99 So ausdrücklich *Emmenegger*, S 1.

100 *Sethe/Andreotti*, S 127 mwH in Fn 183.

dazugehörige Bankenverordnung Anforderungen an die organisatorische Gewähr einer Bank, es sind Organisationsnormen auch in zahlreichen anderen Erlassen des Finanzmarktrechts zu finden, so beispielsweise im Sorgfaltspflichtgesetz und in der dazugehörigen Verordnung. Ein zusätzlicher Schub an organisationsrechtlichen Pflichten hat sich nach den umfassenden Revisionen des BankG und der BankV im Zuge der Umsetzung der CRD IV Richtlinie im Jahre 2015 zuletzt aufgrund der MiFID II Richtlinie ergeben, die in Liechtenstein hauptsächlich im BankG und im Vermögensverwaltungs-gesetz (VVG) zur Umsetzung kam.

Als weitere Rechtsquelle des Bankenorganisationsrechts und damit der organisatorischen Gewähr sind die von der FMA auf der Grundlage von Art 25 FMAG verfassten Wegleitungen, Richtlinien, Mitteilungen und dergleichen anzuführen sowie von der EBA verfasste Leitlinien und Empfehlungen, auf welche die FMA entweder direkt Bezug nimmt oder in ihren Bestimmungen verweist.¹⁰¹ Im Zusammenhang mit der Bankenorganisation und der entsprechenden Governance einschlägig sind hierbei die seit 1. Juli 2018 geltenden EBA-Leitlinien zur internen Governance.¹⁰²

Bei all diesen von der FMA und der EBA gemachten Verlautbarungen handelt es sich jedoch nicht um verbindliche Rechtserlasse, sondern um die Kundmachung von Rechtsansichten in Form eines Überblicks zur aktuellen bzw künftigen Aufsichts- und Verwaltungspraxis. Die Veröffentlichung zielt darauf ab, den Rechtsunterworfenen als »Best-Practice-Ansatz«¹⁰³ Orientierungshilfe zu geben, um den gesetzlichen Vorgaben nachkommen zu können. Unter rechtlichen Gesichtspunkten kommt den kundgemachten Rechtsansichten somit zunächst einmal Empfehlungscharakter zu, sie begründen keine Rechte und Pflichten der privaten Aufsichtssubjekte und binden nur die FMA als Behörde selbst. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Verlautbarungen in der Praxis von den Beaufsichtigten praktisch wie Rechtsnormen beachtet werden.¹⁰⁴ Dies liegt einerseits sicherlich in den

klaren und unmissverständlichen Formulierungen sowie andererseits in der Tatsache begründet, dass Beaufsichtigte ohne Not keine anfechtbare Verfügung seitens der FMA als Aufsichtsbehörde riskieren, sondern ganz grundsätzlich an einem einwand- und friktionsfreien Verhältnis zur Aufsichtsbehörde interessiert sind. In Abwägung der Umstände würde eine Verfügung dann verlangt werden, wenn die »Erlasse« der FMA Vorschriften und Anordnungen vorsehen würden, welche durch das Bankengesetz oder die Bankenverordnung nicht gedeckt wären, dem Aufsichtsrecht widersprechen oder darüber hinausgehen würden.¹⁰⁵

1. Grundsatz der Gewaltentrennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Entsprechend den Schutzziele und Schutzfunktionen des Bankenaufsichtsrechts hat der Bankengesetzgeber die Erteilung der Bewilligung zur Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit als Bank nach Art 1 Abs 1 BankG davon abhängig gemacht, dass diese nach Art 22 Abs 1 BankG »entsprechend ihrem Geschäftskreis organisiert sein« müssen. Was der Gesetzgeber darunter versteht, hat er nicht der organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Aktienrechts und im Einzelfall den unter dem Aktienrecht handelnden Organen überlassen. Ganz im Gegenteil hat er hierzu im Sinne des bankengesetzlichen Spezialitätsvorbehalts und des damit verbundenen Regelungsanspruchs zahlreiche verbindliche organisatorische Vorgaben gemacht und damit eine eigentliche Governance-Struktur vorgegeben.

Die wichtigste und zentralste organisatorische Anordnung, welche das Bankengesetz trifft, ist die institutionelle Festlegung des Grundsatzes der Gewaltentrennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nach Art 22 Abs 2 Bst a und b BankG. Das Gesetz trennt hoheitlich die Funktion des Verwaltungsrats, welcher für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zuständig ist (Bst a), von jener der Geschäftsleitung, welche für den operativen Betrieb der Bank verantwortlich zeichnet (Bst b). Mit der institutionellen Trennung einher geht die vollständige personelle Trennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, wonach nach Art 23 Abs 2 Bst b BankG ein Mitglied der Geschäftsleitung nicht gleichzeitig dem Verwaltungsrat angehören darf und umgekehrt. Dies hat zur Folge, dass – im Unterschied zu den aktienrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten – es einer Bank selbst in Ausnahme- und Krisensituationen verwehrt und nicht möglich ist, einzelne Verwaltungsratsmitglieder nach Art 348 PGR zu Delegierten des Verwaltungsrats zu bestimmen und diese mit Geschäftsführungsaufgaben zu betrauen.

101 Zur Übersicht aller für Banken geltenden Verlautbarungen siehe FMA-Mitteilung 2015/4 unter <www.fma-li.li/files/list/fma-mitteilung-2015-4-ueber-die-anwendung-der-von-der-european-banking-authority-herausgegebenen-guidelines.pdf>.

102 Siehe EBA/GL/2017/11 unter <www.eba.europa.eu/documents/10180/2164689/Guidelines+on+Internal+Governance+%28EBA-GL2017-11%29_DE.pdf/411fdd9d-8174-4366-ab363aa9boaid716>. Die EBA-Leitlinien haben ihre Grundlage in Art 74 Abs 3 CRD IV RL. Die EBA hatte aufgrund der CRD IV RL explizit den Auftrag, Leitlinien zur Internen Governance von Banken zu erstellen, um europaweit einheitliche Prinzipien festzuschreiben und zu gewährleisten.

103 FMA-Mitteilung 2015/4 Ziff 3.

104 Siehe dazu *Raschauer*, ZFR 2017, S 421 f, der im Zusammenhang mit den EBA-Leitlinien ausführt, dass diese »keine normative (rechtsetzende oder rechtsgestaltende) Bedeutung haben«, diesen Leitlinien jedoch eine »zumindest eingeschränkte verhaltenssteuernde Wirkung (...) nicht abgesprochen werden« kann. Das trifft auch auf die Verlautbarungen der FMA zu.

105 Vgl zur Rechtslage in der Schweiz *Bischof*, N 78 ff.

Während es also bei der Aktiengesellschaft nach dem Aktienrecht der Generalversammlung als oberstem Organ vorbehalten ist, über die Delegation mittels einer entsprechenden statutarischen Ermächtigungsnorm an den Verwaltungsrat zu entscheiden, setzt das Bankengesetz sich über dieses aktienrechtlich notwendige Zusammenwirken zwischen den beiden Organen Generalversammlung und Verwaltungsrat hinweg und ordnet die Funktionentrennung hoheitlich an. Dies hat auch Folgen für die Ausgestaltung der Statuten. Nach Aktienrecht gehört die Delegationsermächtigung zum bedingt-notwendigen Statuteninhalt nach Art 280 Abs 1 Ziff 16 PGR, falls eine Geschäftsleitung vorgesehen und auch eingesetzt werden soll. Ist eine solche Ermächtigungsklausel in den Statuten einer Bank vorgesehen, so stösst diese von vorneherein ins Leere und ist ohne jeglichen inhaltlichen Regelungsgehalt.¹⁰⁶ Die Delegation ist nach BankG vorgeschrieben, die diesbezügliche Kompetenz der Generalversammlung aufgehoben. In Konsequenz zur Anordnung der Funktionentrennung spezifiziert das BankG in der Folge auch jene Aufgaben, welche unübertragbar und nicht delegierbar im Sinne der Wahrnehmung der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle durch den Verwaltungsrat nach Art 23 Abs 1 BankG wahrzunehmen sind, um eine sachgerechte Überwachung der Geschäftsführung im Sinne von Art 22 Abs 4 BankG gewährleisten zu können.¹⁰⁷

Art 23 Abs 2 BankG sieht für den Verwaltungsrat folgende unübertragbaren Aufgaben vor:

- a. *die Festlegung der Organisation und der Erlass von Reglementen für die Unternehmensführung und -kontrolle und für die Steuerung der Risikostrategie, insbesondere durch Sicherstellung einer Aufgabentrennung in der Organisation und Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten, sowie deren regelmässige Überprüfung und Anpassung;*
- b. *die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern dies Art und Umfang der Geschäftstätigkeit erfordern;*
- c. *die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen;*
- d. *die Aufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, auch in Bezug auf die Befolgung*

der Rechtsvorschriften, Statuten und Reglemente und auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens;

- e. *die Erstellung des Geschäftsberichts und die Genehmigung des Zwischenabschlusses sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;*
- f. *die Überwachung der Offenlegung und der Kommunikation.*

Der bankengesetzliche Aufgabenkatalog des Verwaltungsrats und damit die Konkretisierung dessen, was der Gesetzgeber unter der Wahrnehmung der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einer Bank versteht, ist deutlich spezifischer ausgefallen als jener in Art 349 Abs 1 PGR. Insbesondere setzt Art 23 Abs 2 BankG einen unmissverständlichen Rahmen, welche Governance-, Compliance- und Risikomanagement-Struktur der Verwaltungsrat innerhalb der Bank aufzusetzen und wie er diese zu reglementieren hat. Dieser Kernbereich an Aufgaben wird mit zahlreichen und detaillierten Organisationspflichten unterlegt. Damit der Verwaltungsrat seiner Aufgabe der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einer Bank nachkommen kann, haben die Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art 31b Abs 3 BankV »einen angemessenen Zugang zu den Informationen und Dokumenten, die für die Beaufsichtigung und Überwachung der Entscheidungsfindung der Geschäftsleitung notwendig sind«, zu erhalten.

Anzumerken bleibt, dass die institutionelle Gewaltentrennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung und die Festlegung unübertragbarer Aufgaben des Verwaltungsrats auch gegenüber den Aktionären und der Generalversammlung als oberstem Organ wirken. Mit anderen Worten hat der Gesetzgeber im Bankenorganisationsrechts – im Unterschied zum Aktienrecht nach PGR – ein absolutes und strenges Paritätsprinzip statuiert und verankert.¹⁰⁸ Es ist der Generalversammlung untersagt, Aufgaben, welche in den Pflichtenkatalog des Verwaltungsrats fallen, an sich zu ziehen.

2. Erweiterte bankenaufsichtsrechtliche Organisationspflichten und Prinzip der Proportionalität

Banken müssen über eine interne Governance verfügen, um eine wirksame und umsichtige Führung des Bankinstituts unter Berücksichtigung aller relevanten Risiken zu gewährleisten.¹⁰⁹ Zu den zentralen internen

¹⁰⁶ Vgl dazu Emmenegger, S 216, welche diesfalls eine solche Ermächtigungsklausel gar für systemwidrig hält.

¹⁰⁷ Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass das Bankenaufsichtsrecht wohl Einfluss auf das Aktienrecht nimmt. Der Begriff Oberleitung kommt nämlich im liechtensteinischen Aktienrecht im Unterschied zum schweizerischen Recht (Art 716a OR) bis dato nicht vor, sondern erschliesst sich als solcher nur aufgrund der nach Art 349 PGR dem Verwaltungsrat zugewiesenen Aufgaben, welche diesen zur Oberleitung verpflichten.

¹⁰⁸ Siehe dazu vorne unter Punkt III.B.1 sowie Fn 71.

¹⁰⁹ So ausdrücklich EBA-Leitlinien 2017/11 N 5; vgl auch Art 31b Abs 1 BankV, wonach der Verwaltungsrat für die Umsetzung von Geschäftsreglementen, die eine wirksame und umsichtige Führung der Bank gewährleisten sowie eine Aufgabentrennung

Kontrollfunktionen der internen Governance einer Bank gehören nach Bankengesetz und Bankenverordnung das Risikomanagement, die Compliance sowie die interne Revision.¹¹⁰ Wichtigste Rechtsquelle im Zusammenhang mit den Regelungen, Prozessen und Mechanismen der internen Governance sind nebst Gesetz und Verordnung die bereits erwähnten, sehr umfassenden EBA-Leitlinien 2017/11 zur internen Governance.

Im Rahmen der internen Governance hat eine Bank nach Art 7a iVm Art 22 Abs 2 Bst d BankG sowie Art 21c ff BankV ein vom operativen Geschäft *unabhängiges Risikomanagement* einzurichten. Die Festlegung der Risikostrategie gehört nach Art 23 Abs 2 Bst a und Art 21c Abs 1 BankV zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Aufgaben und Kompetenzen der Risikomanagement-Funktion sind in Gesetz und Verordnung beschrieben (insbesondere in Art 21d BankV) und müssen nach Art 31 Abs 2 BankV zwingend in einem vom Verwaltungsrat zu erlassenden Geschäftsreglement festgehalten und transparent gemacht werden. Dem Leiter des Risikomanagements wird innerhalb der Governance einer Bank eine besondere Rolle zugesprochen. Der Leiter soll nach Art 21d Abs 4 BankV der Geschäftsleitung angehören und bei Bedarf auch direkt an den Verwaltungsrat gelangen und diesen direkt ohne Einbezug der Geschäftsleitung informieren können.¹¹¹ Der Leiter des Risikomanagements kann nach Art 21d Abs 5 BankV auch nur vom Verwaltungsrat seines Amtes enthoben werden.

Zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats nach Art 23 Abs 2 Bst d BankG gehört ganz zentral, dass die mit der Geschäftsführung betrauten Personen hinsichtlich der Befolgung und Einhaltung aller Rechtsvorschriften, Statuten und Reglemente überwacht werden, also seitens des Verwaltungsrats die Compliance der Bank gewährleistet werden kann. Nach Art 7a BankG iVm Art 34a BankV hat eine Bank folglich eine *Compliance-Funktion* einzurichten, welche die Mitarbeitenden der Bank hinsichtlich der Einhaltung der anwendbaren gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften unterstützt und überwacht. Aufgaben und Kompetenzen der Compliance-Funktion müssen ebenfalls zwingend im Geschäftsreglement aufgenommen werden (Art 31 Abs 2 Bst a BankV). Die Leitung der Compliance-Funktion obliegt dem sog Compliance-Officer, wobei die FMA nach Art 21d Abs 1 letzter Satz BankV zulassen

kann, dass Compliance- und Risikomanagement-Funktion unter gleicher Leitung stehen.¹¹² Der Compliance-Officer muss seine Tätigkeit objektiv und unabhängig ausführen können, weshalb dieser nach Art 34a Abs 2 BankV keine Tätigkeiten verrichten darf, deren Überwachung er gewährleisten muss. Risikomanagement wie Compliance haben umfangreiche Reportingpflichten zu erfüllen und regelmässig sowohl der Geschäftsleitung als auch dem Verwaltungsrat Bericht zu erstatten (Art 21d Abs 3 BankV sowie Art 34a Abs 3 und 4 BankV). Dem Verwaltungsrat stehen seinerseits erweiterte Informationsrechte wie etwa ein angemessener Zugang zu Informationen über die Risikosituation der Bank und zum Risikomanagement nach Art 21c Abs 4 BankV zu. Die Informationsrechte werden zusätzlich durch automatisierte Informationssysteme unterstützt.

Nebst der Risikomanagement- und Compliance-Funktion hat jede Bank nach Art 22 Abs 2 Bst c BankG verpflichtend auch eine direkt dem Verwaltungsrat unterstehende und diesem auch berichtende *interne Revision* einzurichten. Die interne Revision ist »eine nicht in die laufende Geschäftstätigkeit integrierte Stelle im Dienste des Verwaltungsrates mit der primären Funktion der Überprüfung der Internen Kontrolle«¹¹³ und damit zwingend personell wie organisatorisch vom Compliance-Officer abzugrenzen.¹¹⁴ Aufgaben und Kompetenzen der Internen Revision sind nach Art 34 Abs 4 BankV in einem besonderen Reglement festzuhalten. Die interne Revision überprüft insbesondere die Einhaltung der Risikopolitik, das Risikomanagement und die Überwachung der Länderrisiken. Sie verfügt bei der Verrichtung ihrer Tätigkeit nach Art 34 Abs 1 BankV über ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in alle Angelegenheiten der Bank.

Zur Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats gehört es nicht nur, für die zentralen internen Kontrollfunktionen den organisatorischen Rahmen aufzusetzen und diese mit den richtigen Schlüsselpersonen zu besetzen, sondern diese insgesamt auch ausreichend und angemessen finanziell wie personell auszustatten, damit sie ihren Aufgaben wirksam nachkommen können.¹¹⁵

Erweiterte Organisationspflichten können auch den Verwaltungsrat direkt selbst betreffen. Handelt es sich bei Banken um solche von erheblicher Bedeutung, so haben diese nach Art 22 Abs 2a BankG über die bereits

in der Bank und die Vorbeugung von Interessenkonflikten vorzusehen müssen, zu sorgen hat.

110 Siehe zur Abgrenzung der genannten Bereiche voneinander *Sethe/Andreotti*, S 99 ff.

111 Unter Berücksichtigung des Proportionalitätsprinzips muss der Leiter der Risikomanagementfunktion nicht zwingend ein Mitglied der Geschäftsleitung sein, aber seine Funktion jedenfalls unabhängig ausüben können; vgl dazu EBA-Leitlinien 2017/11 N 184.

112 Siehe ausführlich zum Compliance-Officer im Finanzsektor *Müller/Bont*, S.183 ff, auch mit wichtigen Hinweisen zur Entwicklung der Compliance-Funktion in den letzten Jahrzehnten; vgl auch *Sethe/Andreotti*, S 123 ff, mit Hinweisen zu den finanzmarktrechtlichen personellen wie organisatorischen Anforderungen an die Compliance-Funktion bei Banken.

113 Anhang 4.3 I. 2. Abs 3 BankV.

114 Siehe *Müller/Bont*, S 190.

115 Siehe dazu Art 21c Abs 2 und Art 21d Abs 1 BankV sowie EBA-Leitlinien 2017/11 N 67.

erwähnten Anforderungen (Risikomanagement-Funktion, Compliance-Funktion, interne Revision) hinaus einen Risikoausschuss, einen Nominierungsausschuss, einen Vergütungsausschuss und einen Prüfungsausschuss einzurichten.¹¹⁶ Die Delegation von Aufgaben innerhalb des Verwaltungsrats wird in diesen Fällen vom BankG autoritativ vorgegeben und ist nicht wie im Aktienrecht im privatautonomen Zusammenspiel zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat begründet.

Die Vielfalt und Unterschiedlichkeiten hinsichtlich Art, Umfang und Komplexität der Geschäftsaktivitäten, hinsichtlich Grösse und jeweiligem individuellen Risikoprofil der einzelnen Bankinstitute können und sollen bei der Anwendung einzelner organisatorischer Anforderungen Berücksichtigung finden können. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. das Proportionalitätsprinzip ist im Aufsichtsrecht allgemein anerkannt und findet in Art 31a Abs 2 BankV sowie den EBA-Leitlinien 2017/11 seinen expliziten Niederschlag.¹¹⁷ Demnach sollen die internen Governance-Regelungen mit dem individuellen Risikoprofil und dem Geschäftsmodell der jeweiligen Bank im Einklang stehen und die wirksame Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen gewährleisten. Mit anderen Worten kann der Detaillierungsgrad der Ausgestaltung der internen Governance je Institut unterschiedlich sein. Das Proportionalitätsprinzip kann bei geringerem Risikoprofil somit zu Erleichterungen führen, aber nicht zu gänzlichen Befreiungen von der Gewährleistung und Sicherstellung einer effektiven und wirksamen Governance. Es wirkt aber auch in die andere Richtung. Ein stärker ausgeprägtes Risikoprofil lässt auch die Anforderungen an die Governance steigen. Die Anwendung des Proportionalitätsprinzips hat die Bank für sich selbst zu prüfen, entsprechend darzustellen und bei der FMA zu beantragen.

3. Statutengenehmigung und Meldepflichten

Die Gewährleistungspflicht zur Festlegung der Organisation im Sinne der dargestellten internen Governance trifft analog der aktienrechtlichen Zuständigkeit den Verwaltungsrat. Es ist Teil seiner Verantwortung in der Unternehmensführung einerseits für die konkrete Umsetzung der internen Governance einer Bank (Risikomanagement, Compliance und interne Revision) in den Statuten, mittels Reglementen, Richtlinien und Weisungen sowie andererseits auch die Überwachung und Ein-

haltung der internen Governance mit ausreichender Ausstattung zu sorgen. Nach Art 31b Abs 1 BankV ist der Verwaltungsrat diesbezüglich gegenüber der FMA rechenschaftspflichtig. Dazu hat der Verwaltungsrat zahlreiche Meldepflichten zu erfüllen und der FMA auch sonst auf Verlangen die entsprechenden Nachweise zu erbringen.¹¹⁸ Insbesondere ist der FMA nach Art 26 Abs 1 Bst b^{bis} BankG bis Ende des ersten Quartals eines jeden Jahres eine komplette Auflistung aller geltenden Reglemente einzureichen.

Eine unmittelbare Meldepflicht trifft den Verwaltungsrat bei Änderungen der Statuten, welche den Geschäftskreis, das Grundkapital und die Organisation betreffen. Hier steht der FMA, wie ausgeführt,¹¹⁹ nach Art 21 Abs 3 iVm Art 35 Abs 3 Bst b BankG eine Prüfbefugnis sowie ein Genehmigungsvorbehalt zu. Die Prüfbefugnis kann sich nur auf die bankenaufsichtsrechtlichen Organisationsanforderungen erstrecken, nicht jedoch alle aktienrechtlich notwendigen bzw. bedingnotwendigen Statuteninhalte umfassen. Die Prüfbefugnis bezüglich der aktienrechtlichen Fragestellungen kommt dem Amt für Justiz zu. Statutenänderungen (wie auch erstmalig aufgesetzte Statuten) dürfen erst nach Genehmigung und Zustimmung durch die FMA im Handelsregister eingetragen werden.

D. Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

Nach Art 182 Abs 2 PGR hat der Verwaltungsrat das Unternehmen »mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung«. Kommt der Verwaltungsrat oder kommen einzelne Mitglieder ihrer Pflicht nicht oder nicht gehörig nach, stellt sich die Frage nach der Haftung. Die Bestimmungen zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit finden sich, wie bei den Ausführungen zum fiduziarischen Verwaltungsrat bzw. der faktischen Organschaft erwähnt, in den Allgemeinen Vorschriften des PGR (Art 218 bis 227 PGR) und gelten aufgrund der Systematik und Konzeption des PGR für alle juristischen Personen und deren Organe (funktionaler Organbegriff) gleichermaßen. Das »strenge Verantwortlichkeitsrecht des PGR«¹²⁰ stellt dabei nach Auffassung des OGH ein Äquivalent für das dem PGR innewohnende liberale Gesellschaftssystem dar. Das liechtensteinische Bankenaufsichtsrecht trifft keine eigenständigen und separaten Vorschriften zur Haftung

¹¹⁶ Vgl zur Einrichtung von Ausschüssen die Ausführungen in den EBA-Leitlinien 2017/11 unter Ziff 5 N 39 ff mit entsprechenden Empfehlungen zur Zusammensetzung, den Verfahren sowie den jeweiligen Funktionen und Aufgaben der Ausschüsse.

¹¹⁷ Siehe EBA-Leitlinien 2017/11 unter Ziff 4 N 17 ff; vgl zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit Banken Raschauer, ZFR 2017, S 426 f.

¹¹⁸ Eine Prüfung der internen Governance findet regelmässig auch im Rahmen des sog. Supervisory Review and Evaluation Process (SREP-Verfahren) statt, welcher in Art 35a ff BankG geregelt ist.

¹¹⁹ Siehe dazu vorne unter Punkt III.A.2.

¹²⁰ OGH 2. Mai 2002, LES 2003, S 48; OGH 6. April 2006, LES 2007, S 219 f; siehe auch Oehri, S 105, sowie Bergt, N 62 und 177.

der Organe einer Bank und erhebt hierzu keinen Regelungsanspruch, wenngleich das Bankenaufsichtsrecht, wie dargestellt, dem Verwaltungsrat erhebliche erweiterte und sehr detaillierte Organisationspflichten auferlegt.¹²¹

1. Haftung für Pflichtverletzung

Verwaltungsräte sind nach Art 220 Abs 1 PGR für den Schaden verantwortlich, den sie absichtlich oder fahrlässig durch Nichterfüllung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen. Sie haften nach den einschlägigen Voraussetzungen somit für die (negativen) Folgen ihrer Tätigkeit. Bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit kommt es demzufolge entscheidend darauf an, ob dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied ein rechts- bzw pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann.¹²² Mithin ist zu prüfen, ob das Verwaltungsratsmitglied bei Ausübung seines Amtes eine sich aus Gesetz, Statuten oder Reglementen ergebende Pflicht verletzt, mithin eine Pflichtwidrigkeit begangen hat.¹²³ Wie wir gesehen haben, hat der Verwaltungsrat im Rahmen der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle eine ganze Reihe von Pflichten zu erfüllen.

Im vorliegenden Zusammenhang zentral und relevant ist also einerseits, ob der Verwaltungsrat (einer Bank) seinen umfassenden Pflichten hinsichtlich der zivil- wie bankenaufsichtsrechtlich auferlegten Organisationsverantwortung nachgekommen ist, und andererseits, ob er die sich aus der institutionellen Gewaltentrennung ergebende, zwingend verlangte Kontroll- und Überwachungspflicht gegenüber der Geschäftsleitung und sonstigen Inhabern von Schlüsselfunktionen mit der gebotenen Sorgfalt wahrgenommen hat. Der Verwaltungsrat haftet nämlich grundsätzlich auch bei einer vorgenommenen Kompetenzdelegation. Dies gilt nicht nur, wenn eine solche im privatautonomen Gestaltungsrahmen des Aktienrechts vorgenommen wird, sondern auch, wenn diese vom Bankenaufsichtsrecht in Form der Gewaltentrennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gesetzlich angeordnet ist. Der Bankverwaltungsrat haftet auch hier für die gebotene Sorgfalt bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der Geschäftsleitung sowie der weiteren vom Gesetz vorgesehenen Schlüsselfunktionen als Delegationsempfänger mit klar zugewiesenen Aufgaben und Kompetenzen

(wie der Compliance- und der Risikomanagementfunktion bzw der internen Revision).

Für alle (Bank-)Verwaltungsratsmitglieder gilt unabhängig ihrer fachlichen und sonstigen Eignungen derselbe Masstab der gebotenen Sorgfalt. Nicht haftbar gemacht werden kann der Verwaltungsrat bzw das einzelne Mitglied hingegen für den wirtschaftlichen und unternehmerischen Erfolg bzw Misserfolg des Unternehmens bzw der Bank.¹²⁴ Dieses Risiko ist systemimmanent von den Aktionären und Gläubigern zu tragen und kann bei Unzufriedenheit allenfalls zur Trennung von den entsprechenden Mitgliedern der Leitungsorgane führen.

2. Business Judgement Rule und Schutz des unternehmerischen Risikos

Bei der Beurteilung der Frage einer Pflichtwidrigkeit handelt es sich stets um eine solche, welche im nach hinein vorgenommen wird.¹²⁵ Die seitens eines Verwaltungsratsmitglieds wahrgenommene Sorgfalt wird folglich mit Blick zurück aufgrund des im Zeitpunkt der Handlung oder der Unterlassung geltenden Rechts, der damals gegebenen Umstände und des diesbezüglichen Wissens beurteilt werden müssen; in diesem Kontext wird festzustellen sein, ob die vorhandenen und für den Verwaltungsrat erkennbaren Tatsachen einen Entscheid als vertretbar erscheinen lassen oder nicht. Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass unternehmerische Entscheidungen es mit sich bringen, dass jeweils mehr oder weniger risikobehaftete Alternativen auf dem Tisch liegen, diese gegeneinander abgewogen und bewertet werden und schliesslich zur Beschlussfassung führen. Dabei muss es im Ermessen des Verwaltungsrats liegen, für welche der diskutierten Beschlussalternativen er sich schliesslich entscheidet und welche Lösung er für das Unternehmen am besten geeignet hält.

Dieser Ermessensspielraum unternehmerischer Entscheidungen soll mit der im Zuge der grossen Stiftungsrechtsreform 2009 in Art 182 Abs 2 PGR eingeführten und bereits davor von der Rechtsprechung¹²⁶ anerkannten Business Judgement Rule respektiert und im Sinne »eines haftungsfreien Kernbereichs unternehmerischen Ermessens bei Geschäftsentscheidungen des Handlungsorgans«¹²⁷ geschützt werden. Die Business Judgement Rule soll dem Verwaltungsrat eine ausba-

121 Vgl dazu Art 38 und 39 chBankG, wo im Bankengesetz selber entsprechende Verweisregeln zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit geschaffen wurden.

122 Vgl dazu ausführlich *Oehri*, S 104 ff, und *Bergt*, N 228 ff; siehe auch *Batliner*, N 100.

123 Trotz der in Art 226 PGR vorgesehenen Solidarhaftung müssen die Haftungsvoraussetzungen bei jedem Organmitglied, das in Anspruch genommen wird, erfüllt sein; siehe dazu und zur Solidarhaftung ganz allgemein *Oehri*, S 110.

124 Vgl *Nobel*, § 9 N 120; *Schenker*, Verwaltungsrat in der Praxis, S 116.

125 Vgl OGH 4. September 2008, LES 2009, S 45 ff; siehe auch *Bergt*, N 299.

126 Vgl OGH 8. Januar 2004, LES 2005, S 174 ff; OGH 12. Januar 2006, LES 2006, S 456 ff; siehe auch *Schauer*, Art 182 Abs 2 Fn 4 mit zahlreichen weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung.

127 BuA Nr 13/2008, S 40.

lancierte Sicherheit (im Sinne einer safe-harbor-rule) geben,¹²⁸ bei seiner Tätigkeit nicht in hemmende und übermässige Vorsicht zu verfallen, sondern gegenteils soll das Eingehen unternehmerischer Risiken in vernünftigem Masse sogar gefördert werden.¹²⁹ Der Verwaltungsrat soll auch dann in diesem geschützten Rahmen frei von Haftungsrisiken agieren können, wenn sich Entscheidungen später als ungeeignet oder gar falsch erweisen sollten.¹³⁰ Die Business Judgement Rule bietet freilich insbesondere dann keinen Schutz, wenn das Verwaltungsratsmitglied seinen organschaftlichen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt, sich also insbesondere ungenügend informiert, sich nicht vorbereitet bzw Entscheidungsgrundlagen nicht sorgfältig abklärt oder an der Sitzung bei Unklarheiten nicht kritisch nachfragt.

Die Business Judgement Rule kann auch dann nicht angerufen werden, wenn es bei Entscheidungen schlichtweg keinen Ermessensspielraum gibt. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang dann der Fall, wenn der Verwaltungsrat gesetzliche Pflichten, wie diese einem Bankverwaltungsrat im organisatorischen Bereich zahlreich auferlegt sind, intern nicht durchsetzt oder die Umsetzung derselben durch die Geschäftsleitung nicht genügend überwacht.

3. Reduzierung der Haftungsrisiken

Die Ausführungen in diesem Kapitel haben gezeigt, dass die Tätigkeit eines Verwaltungsratsmitglieds auf der einen Seite von einem grossen Katalog zu erfüllender Pflichten und Aufgaben geprägt ist. Auf der anderen Seite sieht sich das Verwaltungsratsmitglied mit einem strengen Regime der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit konfrontiert, wenn es diese Pflichten nicht mit der gebotenen Sorgfalt wahrnimmt. Es stellt sich somit die Frage der Vermeidung, zumindest der Reduzierung der Haftungsrisiken. Eine gewisse Einschränkung derselben ist von vorneherein dann gegeben, wenn die Geschäftsführungsbefugnis vom Verwaltungsrat zulässigerweise an eine Geschäftsleitung (oder andere Gremien und Personen) delegiert wird, was bei einer Bank aufgrund der institutionellen Gewaltentrennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gesetzlich angeordnet ist. Bei

rechtmässiger Delegation der Geschäftsführung haftet der Verwaltungsrat für Schäden, welche auf ungenügendem Handeln der Geschäftsleitungsorgane basieren nur, wenn diese auf mangelhafte Auswahl, Instruktion und Überwachung derselben zurückzuführen sind.¹³¹

In der praktischen Tätigkeit des Verwaltungsrats hat somit die laufende und kritische Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung entscheidende Bedeutung, damit er seine Pflicht zur gebotenen Sorgfalt der Wahrnehmung der Oberleitung nachweisen kann. In materieller Hinsicht kommt es damit auf die konkrete Ausgestaltung der organschaftlichen Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten des Verwaltungsratsmitglieds an. Sich damit auseinanderzusetzen und Rechtsklarheit zu schaffen, liegt im ureigenen Interesse der Gesellschaft wie auch des Verwaltungsrats selbst. In der Praxis wird, wie *Oehri* zu Recht anmerkt, »oftmals zu wenig Gebrauch davon gemacht (...), die Pflichten des Organs in den Statuten näher zu konkretisieren, und damit das Haftungsrisiko zu verringern«¹³². Unter prozeduralen Gesichtspunkten ist es sinnvoll und notwendig, dass das Verwaltungsratsmitglied sein Handeln und Wirken im Lichte der Business Judgement Rule dokumentiert und jedenfalls auch sein Recht auf gehörige Protokollierung der an einer Verwaltungsratssitzung geführten Diskussion (allenfalls auch gegen Widerstände) einfordert.

E. Folgerungen für die Vertretungsfrage

Aus vorstehenden Ausführungen dieses Kapitels lassen sich zusammenfassend folgende Ergebnisse und Folgerungen für die Frage der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat als Zwischenfazit ziehen:

- ▶ Dem Verwaltungsrat kommt mit der Verpflichtung zur Wahrnehmung der Oberleitung und der damit verbundenen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben die entscheidende Einflussrolle und Verantwortung innerhalb einer Aktiengesellschaft zu.
- ▶ Die Anforderungen an die Organisationsverantwortung haben im Bankenaufsichtsrecht (im Unterschied zum flexibleren Organisationsrecht des Aktienrechts) zu einer eigentlichen Organisationsverrechtlichung geführt. Die damit einhergehenden Pflichten eines jeden Verwaltungsratsmitglieds verlangen einen erhöhten Sorgfaltsmassstab, weil es sich dabei grösstenteils um gesetzliche Pflichten handelt, welche durchzusetzen sind bzw deren Durchsetzung und Handhabung laufend zu überwachen ist. Dazu sieht das Aufsichtsrecht eine Reihe

128 So BuA Nr 13/2008, S 40.

129 So ausdrücklich BuA Nr 13/2008, S 40. Vgl dazu auch *Schauer*, Art 182 Abs 2 N 2 mwH; ausführlich zur Business Judgement Rule nach liechtensteinischem Recht *Gasser*, PSR 2011, S 62 ff, sowie *Bergt*, N 295 ff.

130 Die Business Judgement Rule wird auch in der Schweiz anerkannt und herangezogen. Dort beruht sie allerdings ausschliesslich auf der Judikatur des Bundesgerichts; siehe dazu BGE 139 III 24 E. 3.2, zuletzt bestätigt mit Urteil vom 31. Juli 2019 4A_623/2018. Vgl auch *Böckli*, § 18 N 401f; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 28 N 24; *Müller/Lipp/Plüss*, S 339; *Vischer*, S 53 ff.

131 Siehe dazu die Hinweise vorne in Fn 91 und 92.

132 *Oehri*, S 105.

von internen wie externen Berichts- und Meldepflichten vor.

- ▷ Das Bankenaufsichtsrecht regelt (nach dem bankengesetzlichen Spezialitätsvorbehalt) nur Teilbereiche des internen, klassischen Organisationsrechts einer Bank. Das Bankengesetz enthält keine Regelungen und erhebt keinen Regelungsanspruch zur Frage der Willensbildung der einzelnen Organe einer Bank, sohin auch nicht zur Regelung des Beschlussverfahrens und der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat einer Bank. Hierfür sind demzufolge die einschlägigen Vorschriften des PGR heranzuziehen und gelangen diese zur Anwendung.
- ▷ Aktienrecht und Bankenaufsichtsrecht verfolgen teilweise identische, teilweise unterschiedliche Schutzziele. Beide Rechtsbereiche wurden in der Entwicklung der letzten Jahre vornehmlich und massgeblich durch internationale, insbesondere europäische Rechtsquellen beeinflusst. Aus dem Unionsrecht ergeben sich weder zivil- noch aufsichtsrechtliche Einschränkungen hinsichtlich der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat. Diesbezüglich haben auch die letzten grossen Revisionen des BankG und der BankV zur Stärkung der Governance von Banken im Rahmen der Umsetzung der CRD IV Richtlinie nichts geändert. Bei der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft in Liechtenstein vor wenigen Jahren wurden Vorschriften zur organinternen Vertretung sogar explizit vorgesehen und in das nationale SE-Gesetz aufgenommen.
- ▷ Das Bankenaufsichtsrecht erhebt keinen Regelungsanspruch für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit ihrer Organe, es gelten mithin die Vorschriften des PGR. Die Anforderungen an die Verantwortlichkeit von Bankverwaltungsräten, welche jederzeit Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen, sind dabei höher als jene bei Verwaltungsräten von nicht-regulierten Aktiengesellschaften.¹³³ Der Massstab der einzuhaltenden Sorgfaltspflicht ist dabei für alle Bankverwaltungsratsmitglieder derselbe, ungeachtet der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen, die jedes Mitglied zur Erfüllung seiner Tätigkeit mitbringt.

IV. Das Verwaltungsratsmitglied und dessen Mandat

Wie Kapitel III gezeigt hat, ist der Verwaltungsrat – unabhängig von der Art der Geschäftstätigkeit und den

wirtschaftlichen Zielsetzungen des Unternehmens – in der Wahrnehmung der Oberleitung von Gesetzes wegen mit allen wichtigen strategischen, finanziellen wie auch personellen Aufgaben betraut und für die in diesem Kontext zu fällenden Entscheidungen verantwortlich. Es darf jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Verwaltungsrat im Unterschied zur Geschäftsleitung immer ein nebenamtlich tätiges Kollegialgremium ist und die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder *Organe in Teilzeitfunktion* sind. Diese Tatsache führt natürlicherweise zu einem systemimmanenten Ungleichgewicht und einer Informationsasymmetrie des Verwaltungsrats gegenüber den Geschäftsleitungsorganen. Wie aber kann und soll der Verwaltungsrat und jedes einzelne Mitglied bei dieser Ausgangslage nun seiner ihm zugeordneten Funktion der Oberleitung gerecht werden und Partner auf Augenhöhe mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung und anderen Schlüsselpersonen des Unternehmens sein?

Es stellt sich damit unweigerlich einerseits die Frage nach der richtigen Zusammensetzung des Verwaltungsrats als Gremium und den Anforderungen, die ein Mitglied für die Ausübung seines Mandats erfüllen sollte. Dies wiederum hängt andererseits mit der Rechtsstellung und dem Rechtsverhältnis (Rechte und Pflichten) des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds zur Aktiengesellschaft und der rechtlichen Qualifizierung des Verwaltungsratsmandats als solches zusammen. Die hierzu in diesem Kapitel erarbeiteten Erkenntnisse sind für das im folgenden Kapitel V zu behandelnde rechtsdogmatische Verständnis und die Einordnung von Art 346 PGR hilfreich, mit welcher der liechtensteinische Gesetzgeber die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, wie einleitend ausgeführt, positivrechtlich geregelt hat.

A. Anforderungen an den Verwaltungsrat nach Aktienrecht

Die Ausführungen zur gesetzlichen Grundordnung der Aktiengesellschaft haben gezeigt, dass sich diese Rechtsform für unterschiedlichste Arten von Unternehmen und wirtschaftliche Tätigkeiten eignet, angefangen vom kleinen personenbezogenen Handwerksbetrieb bis hin zur börsennotierten Bank. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft wird denn auch als »Mädchen für alles«¹³⁴ bezeichnet, was die Vielfalt der rechtlichen Einsatzmöglichkeiten auch für die liechtensteinischen Begebenheiten treffend zum Ausdruck bringt. Dieser Vielfalt und Heterogenität in allen Fällen mit aktienrechtlichen Vorgaben zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats

¹³³ So das schweizerische Bundesgericht in seinem Urteil 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.2.1.

¹³⁴ *Forstmoser*, § 2 N 21; siehe auch *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 29 N 10.

gerecht zu werden, ist für den Gesetzgeber nicht möglich. Die gesetzlichen Anforderungen zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats sind deshalb spärlich ausgefallen und setzen, wenn überhaupt, sehr schmale Leitplanken. Der Gesetzgeber überlässt es zu Recht der privatautONOMEN Gestaltungsfreiheit, dass jedes Unternehmen die für sich beste und adäquate Lösung findet. Persönliche wie fachliche Anforderungen ergeben sich freilich indirekt und mittelbar aufgrund der zu erfüllenden Aufgaben sowie Pflichten.¹³⁵ In den als Soft Law entwickelten Standards zur guten Unternehmensführung finden sich denn auch Grundsätze betreffend einer ausgewogenen Zusammensetzung des Verwaltungsrats.¹³⁶

1. Gesetzliche Anforderungen

Die besonderen Bestimmungen des Aktienrechts wie auch die Allgemeinen Vorschriften des PGR äussern sich grundsätzlich nicht zur Grösse des Verwaltungsrats.¹³⁷ Es obliegt den Statuten eine Mindest- oder Höchstzahl an Verwaltungsratsmitgliedern festzulegen. Die veraltete Bestimmung von Art 344 Abs 2 PGR sieht für den Fall, dass es sich bei einer Aktiengesellschaft um eine aktive und keine reine Sitzgesellschaft handelt und diese ein Aktienkapital von mindestens einer Million Franken hat, vor, dass der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen muss.

Zu den wenigen Vorgaben und gleichzeitig absolut charakteristischen und prägenden Besonderheiten des PGR zählen die Bestimmungen von Art 111 und 180 PGR. Demnach können nebst natürlichen Personen auch juristische Personen zu Organmitgliedern juristischer Personen, insbesondere zu Verwaltungsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften, bestellt werden. Für die Wahl zum Verwaltungsratsmitglied müssen juristische Personen nach Art 110 iVm Art 111 PGR handlungsfähig sein. Handlungsfähigkeit nach Art 16 PGR (und nicht bloss Urteilsfähigkeit) muss als Wählbarkeitsvoraussetzung wohl auch für eine natürliche Person Geltung beanspruchen.¹³⁸

Sind juristische Personen zu Mitgliedern des Verwaltungsorgans bestellt und gewählt worden, so werden diese nach Art 111 Abs 5 PGR durch die Handlungen ihrer vertretungsberechtigten Organe und Personen

direkt berechtigt und verpflichtet. Die Frage der Personenbezogenheit der Erfüllung eines Organmandats stellt sich damit nach liechtensteinischem Recht unweigerlich anders und differenzierter, als dies mit Bezug auf Rechtsordnungen der Fall ist, welche wie beispielsweise das schweizerische Aktienrecht nach Art 707 OR von vorneherein und ausschliesslich natürliche Personen als Mitglieder des Verwaltungsrats zulassen.

Darüber hinaus sieht das Gesetz, mit Ausnahme der Erfordernisse nach Art 180a PGR,¹³⁹ keine konkreten weiteren Voraussetzungen für die Wahl zum Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft vor, insbesondere muss ein Verwaltungsratsmitglied nicht Aktionär der Gesellschaft sein. Es werden auch keine fachlichen Anforderungen oder persönlichen Eignungsvoraussetzungen (wie guter Leumund, eine Beschränkung der Anzahl Mandate, eine Alterslimite, usw) an die Wählbarkeit einer Person zum Verwaltungsrat gestellt. Auch bezüglich Unabhängigkeit findet sich im Gesetz lediglich ein indirekter Anknüpfungspunkt in Art 192 Abs 1 PGR. Demnach muss ein Verwaltungsratsmitglied von der Revisionsstelle unabhängig sein.

2. Leitlinien für ein Anforderungsprofil

Aufgrund des sehr schmalen gesetzlichen Rasters werden oft zusätzliche Voraussetzungen für die Wahl zum Verwaltungsrat in den statutarischen Bestimmungen der jeweiligen Gesellschaft aufgestellt. Seit jeher etwa anzutreffen sind persönliche Voraussetzungen wie ein unbescholtener Ruf, Altersbeschränkungen, Begrenzungen hinsichtlich maximaler Amtsdauer oder aber auch Konkurrenzklauseln, wonach das passive Wahlrecht versagt ist, wenn jemand bereits bei einem Unternehmen der gleichen Branche Mitglied im Verwaltungsrat ist.¹⁴⁰ Der Spielraum der Gestaltung persönlicher Wählbarkeitsvoraussetzungen ist unter Beachtung der Persönlichkeitsrechte und des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes für jedes Unternehmen ausgesprochen weit.¹⁴¹

¹³⁵ Vgl ausführlich und mit gutem Überblick zu den unmittelbaren sowie mittelbaren Anforderungen an die Befähigung eines Verwaltungsratsmitglieds Müller/Lipp/Plüss/Akeret, S 952 ff.

¹³⁶ Dazu sogleich mehr unter Punkt IV.A.2.

¹³⁷ Nach Art 180 Abs 1 PGR muss der Verwaltungsrat aber immer mindestens aus einer Person bestehen.

¹³⁸ Nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts (siehe BGE 84 II 684) genügt nach schweizerischem Recht Urteilsfähigkeit. Gleicher Meinung wohl auch Bürgi, Art 727 aF OR N 14; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 27 N 8. Die herrschende Lehre verlangt jedoch Handlungsfähigkeit; siehe dazu ua Müller/Lipp/Plüss, S 14, und Böckli, § 13 N 36.

¹³⁹ In Art 180a PGR wird ein limitiertes Nationalitätserfordernis statuiert. Nach Abs 1 muss mindestens ein zur Geschäftsführung und Vertretung befugtes Mitglied der Verwaltung einer Verbandsperson ein EWR-Staatsangehöriger, eine aufgrund staatsvertraglicher Vereinbarung gleichgestellte Person oder eine juristische Person sein und eine Bewilligung nach dem Treuhändergesetz besitzen. Von dieser Verpflichtung sind nach Abs 3 juristische Personen ausgenommen, die aufgrund des Gewerbegesetzes oder eines anderen Spezialgesetzes (wie zB des Bankengesetzes) einen Geschäftsführer besitzen müssen. Vgl Batliner, N 77; Bergt, N 116 ff.

¹⁴⁰ Vgl zu möglichen statutarischen und persönlichen Voraussetzungen Böckli, § 13 N 43 ff; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 27 N 12 ff; Müller/Lipp/Plüss, S 18 ff; Müller/Lipp/Plüss/Akeret, S 954 mwH. in Fn 25.

¹⁴¹ Vgl Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 27 N 14; Müller/Lipp/Plüss/Akeret, S 954.

Die entscheidende Diskussion zur »richtigen« Zusammensetzung des Verwaltungsrats als Gremium hat sich in den letzten Jahren vor allem mit Blick auf die Einhaltung der Prinzipien einer guten Unternehmensführung abgespielt. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage nach den fachlichen Qualifikationserfordernissen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder aufgenommen. Entsprechend empfehlenswert ist es, bei der Fassung statutarischer oder reglementarischer Wählbarkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsrats die in der Schweiz hierzu entwickelten, anerkannten Standards (Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance bzw Empfehlungen zur Führung und Aufsicht von kleinen und mittleren Unternehmen) zu konsultieren. Diese enthalten praxisnahe Hinweise zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats, wobei auf die geltende Rechtslage abgestellt und der aktuelle Stand der Diskussion zu den Prinzipien einer guten Unternehmensführung reflektiert wird.

Aus den Standards ergibt sich selbstverständlich keine exakte Antwort auf die Frage der idealen Zusammensetzung des Verwaltungsrats im Einzelfall, aber zusammenfassend lassen sich diesen als Orientierungshilfe immerhin folgende Leitlinien für ein Anforderungsprofil des Verwaltungsrats aus Sicht eines Unternehmens entnehmen:¹⁴²

- ▷ Der Verwaltungsrat als Kollegialgremium soll in der Grösse so zusammengesetzt sein, dass dieser jederzeit zu einer kompetenten und effizienten Willensbildung in der Lage ist. Gleichzeitig sollte der Verwaltungsrat in der Gesamtheit alle Kompetenzen und Fähigkeiten auf sich vereinigen, dass er die Wahrnehmung der Funktionen der Oberleitung, Überwachung und Kontrolle jederzeit gewährleisten kann und diese notfalls auf Mitglieder verteilen kann.
- ▷ Jedes Mitglied des Verwaltungsrats sollte (im Sinne der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, welche diesem zukommen) über ein Mindestmass an erforderlichen Grundkenntnissen juristischer, finanzieller und wirtschaftlicher Zusammenhänge verfügen. Im Verwaltungsrat insgesamt sollten möglichst viele Schwerpunkte der jeweiligen Geschäftstätigkeit des Unternehmens abgedeckt sein. Es sind also auch unternehmerisches Denken und mitunter technische Qualitäten und Erfahrungen gefragt.
- ▷ Der Verwaltungsrat sollte divers zusammengesetzt sein. Verwaltungsratsmitglieder sollen unterschied-

lichen Background haben und entsprechende Erfahrungen mit- und einbringen. Nebst fachlichen Kenntnissen und Erfahrungen soll diesen die Fähigkeit zum kritischen Diskurs und zur eigenständigen Willensbildung zukommen, um einerseits im Verwaltungsrat unterschiedliche Meinungen austauschen und Themen aus unterschiedlichen Blickwinkeln beleuchten zu können sowie andererseits mit der Geschäftsleitung auf Augenhöhe diskutieren zu können.

- ▷ Bei Gesellschaften, welche grossteils im Ausland tätig sind, wird zudem gefordert, dass auch Personen mit langjähriger internationaler Erfahrung oder internationale Mitglieder dem Gremium angehören sollen. Jedenfalls sollen im Verwaltungsrat, unabhängig von Grösse und Tätigkeit, weibliche und männliche Mitglieder vertreten sein.¹⁴³
- ▷ Im Sinne einer effektiven Überwachung der Geschäftsleitung sollte die Mehrheit des Verwaltungsrats aus unabhängigen Mitgliedern bestehen. Bei diesen Personen sollten also keine Umstände vorliegen, welche ihre freie Meinungsbildung gegenüber Aktionariat, Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung beeinträchtigen.

Die richtige Zusammensetzung des Verwaltungsrats aus Sicht des Unternehmens ist die eine Seite. Ebenso zentral ist die Perspektive der für eine Verwaltungsratsposition in Frage kommenden Personen selber. Jede potentielle Kandidatin und jeder potentielle Kandidat muss sich im Vorfeld der Annahme eines Mandats selber darüber im Klaren werden, ob sie bzw er die erforderlichen Fähigkeiten fachlicher wie persönlicher Art mitbringt, den Zeitaufwand eines Mandats auf sich nehmen und die Verantwortung, welche mit einem Mandat verbunden ist, tragen will. Nicht zuletzt muss sich die Person, welche angefragt wird, selbstkritisch fragen, welchen Mehrwert sie bzw er im Verwaltungsrat bei der Wahrnehmung der Funktionen der Oberleitung, Überwachung und Kontrolle beisteuern kann.

¹⁴² Vgl dazu Ziff 12 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance bzw Ziff 1.3, 1.4, 1.5, 2.4 und 3.1 der Empfehlungen zur Führung und Aufsicht von kleinen und mittleren Unternehmen. Siehe auch *Schenker*, Verwaltungsrat in der Praxis, S 63 f.

¹⁴³ Die Frage der Repräsentativität beider Geschlechter in Führungspositionen von Aktiengesellschaften hat in der Schweiz zu einer intensiven politischen Diskussion geführt, welche Eingang in die laufende Aktienrechtsrevision gefunden hat. Dabei wird eine Regelung vorgeschlagen, dass in börsennotierten Unternehmen jedes Geschlecht mit mindestens 30 % der Mitglieder im Verwaltungsrat und 20 % der Mitglieder in der Geschäftsleitung vertreten sein muss. Gesellschaften, die dieser Verpflichtung nicht nachkommen, sollen die Gründe der Nichterfüllung und die Massnahmen zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts in ihren Vergütungsberichten darlegen müssen. Siehe zum Ganzen auch schon *Schenker*, SZW 2015, S 469 ff.

B. Anforderungen an den Verwaltungsrat nach Bankenaufsichtsrecht

Wie wir in Kapitel III.C.2 gesehen haben, stellt das Bankenaufsichtsrecht erhebliche organisatorische Anforderungen an eine Bank. Der Gesetzgeber hat diese organisationsrechtliche Seite der Gewähr ganz im Sinne des Gläubiger- und Anlegerschutzes sowie des Funktionsschutzes des einzelnen Finanzinstituts (mikroprudenzieller Ansatz) einerseits bzw des Schutzes für den gesamten Finanzmarkt (makroprudenzieller Ansatz) andererseits mit persönlichen und fachlichen Voraussetzungen der handelnden Organe verknüpft. Entsprechend der drei in jedem Unternehmen, sohin auch in einer Bank, anzutreffenden Hauptfunktionen der Willensbildung, der Geschäftsführung und der Kontrolle statuiert das Bankenaufsichtsrecht Gewährserfordernisse sowohl für einflussreiche Aktionäre und Eigentümer,¹⁴⁴ für das Leitungsorgan und die Geschäftsleitung,¹⁴⁵ für Inhaber bestimmter Schlüsselfunktionen (wie zB Leiter Compliance, Leiter Risikomanagement, Leiter interne Revision) sowie für die internen und externen Kontrollorgane. Folgerichtig wird auch von der sog Beteiligtengewähr, der Mitarbeitengewähr sowie der an dieser Stelle speziell interessierenden Organgewähr gesprochen, wobei von letzterer entsprechend der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung erfasst sind.¹⁴⁶

Bei den Gewährsanforderungen an den Verwaltungsrat (wie auch an die Mitglieder der Geschäftsleitung oder Mitarbeitende mit Schlüsselfunktionen) handelt es sich in rechtlicher Hinsicht um dauerhaft zu erfüllende, berufsspezifische Zusatzqualifikationen gewerbepolizeilicher Art zur Ausübung einer regulierten Tätigkeit im Finanzmarkt,¹⁴⁷ welche nicht nur bei Bewilligungserteilung, sondern während der gesamten Dauer der Ausübung der Tätigkeit im Rahmen der Institutsaufsicht von der Bank und dem jeweiligen Organmitglied zu erfüllen sind.

Die Gewährsbestimmungen waren seit jeher Gegenstand kontroverser und heftiger Diskussionen, insbesondere sind diese – gerade in der Schweiz – dem immer wieder zu hörenden Vorwurf ausgesetzt, dass sie von der Aufsichtsbehörde über die gewollte zentrale Aufsichtsfunktion hinaus zur Erreichung anderer rechtspolitischer Ziele eingesetzt werden.¹⁴⁸ Dieser Vorwurf dürfte

wohl auch daher rühren, dass es sich, wie sogleich aufgezeigt wird, bei den einzelnen zu erfüllenden Gewährselementen um sog unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, welche in erheblichem Masse auslegungsbedürftig sind. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, dass neben Lehre und Rechtsprechung vor allem auch die Aufsichtsbehörde selbst bemüht ist, mittels publizierter (nicht rechtsverbindlicher) Verwaltungspraxis von vorneherein präzisierende Klarheit und Sicherheit hinsichtlich der Anwendung zu schaffen. Die FMA hat dies in Form der Mitteilung 2013/7 zur Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit gemacht, wobei diese Mitteilung gleich einleitend Bezug auf die von der EBA und ESMA am 26. Dezember 2016 erlassenen Leitlinien zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen nimmt¹⁴⁹ und in den materiellen Regelungen unmissverständlich klar zum Ausdruck bringt, dass die auf europäischer Ebene aufgestellten Anforderungen auch in Liechtenstein umgesetzt wurden und nach den Proportionalitätsgrundsätzen zur Anwendung gelangen.^{150,151}

1. Natürliche Personen als Verwaltungsratsmitglieder

Die Mitglieder des Verwaltungsrats als jenes Organ, welches zwingend mit der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle der Bank betraut ist, müssen nach Art 19 Abs 1 BankG »in fachlicher und persönlicher Hinsicht jederzeit Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten«. Im Rahmen dieser Generalklausel, welche in zahlreichen Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung näher ausgeführt und spezifiziert wird, stellt das Bankenaufsichtsrecht über die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen des Aktienrechts hinausgehende, berufsspezifische Zusatzqualifikationen an die Auswahl der Führungspersonen auf.¹⁵² Das Bankenaufsichtsrecht nimmt aber auch eine gegenüber dem Aktienrecht entscheidende Einschränkung vor. Als Mitglieder des Verwaltungsrats dürfen nach Bankenaufsichtsrecht nur natürliche Personen vorgesehen und von der Generalversammlung gewählt werden. Diese Einschränkung ist dem Gesetz indirekt über Art 35 Abs 2

144 Siehe dazu Art 17 Abs 5 BankG, wonach Aktionäre, die eine qualifizierte Beteiligung halten, den im Interesse der Gewährleistung einer soliden und umsichtigen Führung der Bank zu stehenden Ansprüchen genügen müssen.

145 Zur Begriffsdefinition des Leitungsorgans und der Geschäftsleitung nach BankG siehe Art 3a Abs 1 Ziff 35 und Ziff 36 BankG.

146 Siehe dazu ausführlich *Bischof*, N 18 ff.

147 Zum schweizerischen Recht siehe *Bischof*, N 1.

148 Vgl *Bühler*, SJZ 2014, S 25 ff; vgl zum Ganzen auch *Bischof*, N 1 ff mwH; siehe auch *Weber*, SJZ 2013, S 408, der die Gewähr sogar als Omnibus-Kriterium bezeichnet hat.

149 EBA/GL/2017/12; siehe <www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/internal-governance/joint-esma-and-ebaguidelines-on-the-assessment-of-the-suitability-of-members-of-the-management-body>.

150 Siehe Ziff 6.1 der FMA-Mitteilung 2013/7 unter <www.fma.li/files/list/fma-mitteilung-2013-07-gewaehr-fuer-einwandfreie-geschaeftstaetigkeit.pdf>.

151 Vgl zu den rechtlichen Grenzen, insbesondere auch den verfassungsrechtlichen Schranken der in den EBA-Leitlinien enthaltenen Qualifikationsanforderungen *Raschauer*, ZFR 2017, S 420 ff.

152 Vgl *Sethe/Andreotti*, S 125.

Bst r BankG zu entnehmen, wonach der FMA ausdrücklich die aufsichtsrechtliche Befugnis zusteht, die »Abberufung einer natürlichen Person aus dem Leitungsorgan einer Bank« zu verlangen.¹⁵³ Damit dürfte der Gesetzgeber e contrario ganz selbstverständlich davon ausgegangen sein und es dessen Willen entsprechen, dass von vorneherein – in bewusster Abweichung vom PGR – auch ausschliesslich natürliche Personen in den Verwaltungsrat einer Bank gewählt werden können. In der Praxis dürfte es bisher noch keinen Anlassfall gegeben haben, dass eine juristische Person als Verwaltungsratsmitglied für eine Bank vorgeschlagen wurde und demzufolge ein »Einschreiten« der FMA (wohl mittels Verweigerung der entsprechenden Gewährsbewilligung oder gar Nichteintreten auf eine solche) notwendig geworden wäre. Aus den angesprochenen EBA-Leitlinien, auf welche die FMA-Praxis referenziert, ergibt sich implizit ebenfalls, dass die Leitungsorgane (Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats) natürliche Personen sein müssen.

2. Erfüllung fachlicher und persönlicher Gewährskriterien (Organgewähr)

Im Zusammenhang mit der in zahlreichen Normen und Vorschriften erfolgten Konkretisierung und Präzisierung der in der Generalklausel von Art 19 Abs 1 BankG normierten Gewährskriterien der persönlichen und fachlichen Eignung wird in der Praxis oft auch vom sog *Fit- and Proper-Test* gesprochen. Diese Formulierung bringt zum Ausdruck, dass zu den persönlichen Voraussetzungen der für den Verwaltungsrat einer Bank vorgesehenen Personen auch eine moralische Komponente (*properness*) gehört, nämlich dass diese als Gewährsträger zuverlässig, aufrichtig und integer sind¹⁵⁴ oder wie es Art 30 BankV ausdrückt, diese als Geschäftsleute einen guten Ruf besitzen müssen. Bezüglich der Anforderungen an die Integrität hat sich ein reichhaltiger Bezugsrahmen entwickelt; insbesondere gehört dazu die Pflicht zur Rechtstreue, also die Beachtung der gesamten Rechtsordnung¹⁵⁵ und des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Die weiteren Gewährselemente, welche das Bankenaufsichtsrecht vorsieht, können summarisch in zwei Kategorien zusammengefasst werden. Dies sind erstens

die Anforderungen an die fachliche Eignung (*fitness*) eines Verwaltungsrats, welche sich sowohl in den entsprechenden fachlichen Qualifikationen (Fachkenntnisse, Aus- und Weiterbildung, bisherige Tätigkeit, usw) als auch in damit zusammenhängenden Fähigkeiten (wie Führungskompetenz, Kommunikation, Auffassungs- und Abwägungsgabe, Belastbarkeit, usw) zeigen müssen. Die entsprechenden Vorschriften finden sich in diversen Artikeln des BankG (in Art 22 Abs 5 BankG) und der BankV, dort insbesondere in Art 29, sowie sehr detailliert in der FMA-Mitteilung 2013/7. Zweitens stellt das Bankenaufsichtsrecht explizite Anforderungen an die Verfügbarkeit des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds. So muss ein Verwaltungsratsmitglied nach Art 22 Abs 6 BankG für die Erfüllung seiner Aufgaben ausreichend Zeit aufwenden können. Diese Vorschrift beinhaltet eine räumliche wie zeitliche Komponente. Dies wird in Art 29 Abs 3 BankV präzisiert, indem dort festgelegt wird, dass das Verwaltungsratsmitglied unter Berücksichtigung der weiteren Verpflichtungen und des Wohnorts in der Lage sein muss, die Aufgaben in der Bank einwandfrei zu erfüllen und dies nach Art 29a BankV mit der Festlegung von Mandatsobergrenzen verstärkt wird.

3. Gewährsanforderungen an den Verwaltungsrat als Kollektivorgan

Dem Bankengesetz und der Bankenverordnung sind zahlreiche weitere Normen zu entnehmen, welche Ähnlichkeiten mit den das einzelne Verwaltungsratsmitglied betreffenden Gewährsvorschriften aufweisen, jedoch die Bank als Institut bzw den Gesamtverwaltungsrat als Kollektivorgan adressieren und folglich zusammen mit den bankenaufsichtsrechtlichen Organisationspflichten und den entsprechenden für die jeweilige Bank angemessen aufgesetzten Governance-Anforderungen zu lesen sind. Als Bestimmungen, welche die Funktionsfähigkeit des Gesamtverwaltungsrats ansprechen, sind beispielsweise Art 32 BankV zu nennen, welcher als Mindestgrösse für eine Bank einen Verwaltungsrat mit drei Mitgliedern vorschreibt, oder aber die Vorschriften hinsichtlich Diversität (so Art 22 Abs 8 BankG) bzw kollektiver Fachkompetenz und Fähigkeiten des Verwaltungsrats. Nach Art 22 Abs 5 BankG müssen die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats demnach gesamthaft über die notwendigen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen verfügen, um gemeinsam in der Lage zu sein, die Tätigkeiten der Bank samt ihren Risiken zu verstehen.

153 Vgl zur Abberufung eines Bankvorstands nach österreichischem Recht *Brandl/Raschauer*, S 107 ff.

154 Siehe dazu FMA-Mitteilung 2013/7. Zur Integrität als Gewährselement ausführlich *Bischof*, N 623 ff.

155 Dazu dürfte auch die Pflicht zur Beachtung ausländischen Rechts gehören. Liechtensteiner Bankinstitute sind von vorneherein grenzüberschreitend tätig, so dass die Organisationspflichten im Rahmen des Risikomanagements und der Compliance auch Gewähr für die Einhaltung von ausländischem Recht bieten müssen; siehe dazu auch *Bischof*, N 675 ff.

4. Durchsetzung der Gewährskriterien und Handelsregistereintrag

Das Bankenaufsichtsrecht sieht ein sehr fein austariertes System an Prüf- und Meldepflichten vor, um die in Gesetz, Verordnung und FMA-Mitteilung 2013/7 vorgesehenen fachlichen und persönlichen Gewährskriterien für das einzelne Verwaltungsratsmitglied dauerhaft durchzusetzen und effektiv werden zu lassen. Die Pflicht zur Vorprüfung (im Fachjargon als ex-ante-Prüfung bezeichnet) wird der jeweiligen Bank übertragen. Die Prüfpflicht trifft das jeweilige Bankinstitut bei der erstmaligen Nominierung von Verwaltungsratsmitgliedern im Rahmen der Gründung gleichermaßen wie bei Neubesetzungen bzw. Wiederbestellungen von Verwaltungsratsmitgliedern. Die Prüfung ist vor der Wahl durch die Generalversammlung vorzunehmen. Nach erfolgter Wahl hat die Bank (unter Zuhilfenahme des entsprechenden Formulars samt Beilagen) die Bestellung der FMA zu melden, welche ihrerseits nun das amtsseitige Prüfverfahren (ex-post-Prüfung) startet und dieses längstens innerhalb von drei Monaten ab Einreichung aller erforderlichen Dokumente, Informationen und Belege mittels Verfügung (mit oder ohne Auf lagen) abschliesst.¹⁵⁶

Die Eintragung eines Verwaltungsrats einer Bank im Handelsregister kann erst dann erfolgen, wenn die Gewährsprüfung abgeschlossen ist und die Genehmigung der FMA vorliegt.¹⁵⁷ Dies ist zwar weder im BankG noch im PGR oder der HRV ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber implizit aus Art 19 Abs 1 und Art 22 Abs 5 BankG, aus Art 29 BankV sowie in analoger Anwendung von Art 26 Abs 3 BankG und entspricht der gängigen Verwaltungspraxis des AJU und der FMA. Dem Eintrag im Handelsregister kommt auch hier keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung zu, wobei der Gutgläubensschutz Dritter betreffend die Vertretungsmacht erst mit der Eintragung im Handelsregister beginnt.

Anzumerken bleibt, dass die Einhaltung der Gewährskriterien der Verwaltungsratsmitglieder jederzeit, so wie dies Art 19 Abs 1 BankG fordert, gewährleistet sein muss. Die Überprüfung ist regelmässig, bei Ereignissen, die eine Prüfung notwendig machen, unmittelbar durchzuführen und obliegt dem jeweiligen Bankinstitut. Die Bank ist angehalten, die diesbezüglichen Verfahren wie auch die Eignungskriterien in einem Reglement zu erfassen.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Im Rahmen des Prüfverfahrens stehen der FMA diverse verfahrensrechtliche Instrumente zur Verfügung, so zB auch eine direkte Befragung der gewähspflichtigen Person oder die Einholung von Auskünften bei Dritten.

¹⁵⁷ Zur Gewährsprüfung sog faktischer Organe siehe *Bischof*, N 45 ff.

¹⁵⁸ Zum Erfordernis und den Inhalten von Reglementen zur Ausgestaltung des institutsinternen Gewährsprüfungsverfahrens siehe Ziff 6.7 der FMA-Mitteilung 2013/7.

Ist eine Bank aufgrund ihrer Bedeutung verpflichtet, einen Nominierungsausschuss einzurichten, so hat dieser gemäss Art 29b Abs 2 Bst c BankV zumindest einmal jährlich die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrung der einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats (und der Geschäftsleitung) sowie des Gesamtgremiums zu beurteilen und entsprechend Bericht zu erstatten. Gelangt die Bank aufgrund der Prüfung zur Ansicht, dass ein Verwaltungsratsmitglied die Eignungskriterien nicht mehr erfüllt, hat sie die FMA zu informieren und von sich aus die geeigneten Massnahmen zu ergreifen, also entweder die Eignung der Person durch Anpassung des Verantwortungsprofils oder durch Schulungsmassnahmen zeitnah wieder zu gewährleisten oder die Person zu ersetzen.

Gelangt die FMA zur Auffassung, dass ein Mitglied des Verwaltungsrats nicht mehr die notwendige Gewähr bietet, kann sie der Bank geeignete Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustands verbindlich vorschreiben. Als ultima ratio steht der FMA nach Art 35 Abs 2 Bst r BankG die weitreichende Befugnis zu, direkt in die Kompetenzordnung der Bank einzugreifen, indem sie die Abberufung einer natürlichen Person aus dem Leitungsorgan der Bank verlangt und damit der Generalversammlung als oberstem Organ der Bankaktiengesellschaft autoritativ einen Abberufungs- als Erfüllungsauftrag erteilt.

C. Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds

Mit der Wahl in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank wird das einzelne Verwaltungsratsmitglied in die Organträgerschaft eingesetzt und steht in der Pflicht, die damit verbundenen Aufgaben unmittelbar wahrzunehmen und sofort an der körper-schaftlichen Willensbildung und der Oberleitung mit-zuwirken. Um diese gesetzliche Aufgabe und Verantwortung auch entsprechend wahrnehmen zu können, stehen dem Verwaltungsratsmitglied entsprechende Rechte zu. Wo Rechte und Pflichten begründet werden und bestehen, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Rechtsverhältnisses, welches diesen Rechten und Pflichten zu Grunde liegt, hier also die Frage nach dem Rechtsverhältnis des Verwaltungsratsmitglieds zur Aktiengesellschaft bzw. zur Bank.

1. Qualifikation des Verwaltungsratsmandats

Soweit ersichtlich, fehlt in Liechtenstein bisher eine tiefergehende dogmatische Auseinandersetzung zur Qualifikation des Verwaltungsratsmandats als solches. Im Schrifttum wird in der Regel lediglich darauf hingewiesen, dass das Verwaltungsratsmandat höchstper-

sönlicher Natur und unübertragbar sei.¹⁵⁹ Die damit erweckte Rechtsmeinung greift jedoch zu kurz. Höchstpersönlich (und folglich nicht in der freien Disposition dessen, der diese Funktion innehat) kann allein die Organfunktion und Organstellung als solche sein,¹⁶⁰ nicht jedoch von vorneherein die mit einer solchen Funktion und Stellung verbundenen Rechte und Pflichten. Aus der Höchstpersönlichkeit der Organstellung darf folglich nicht der Schluss einer Vertretungsfeindlichkeit der mit der Stellung verbundenen Rechte und Pflichten gezogen werden.

Ein Blick in die Lehre und Rechtsprechung zum schweizerischen Aktienrecht zeigt, dass die zivilrechtliche Qualifikation und Einordnung des Verwaltungsratsmandats lange Zeit umstritten und nicht eindeutig war.^{161,162} Heute geht der überwiegende Teil der schweizerischen Lehre von einem *einheitlichen organschaftlichen Rechtsverhältnis* aus, welches gesellschaftsrechtliche wie schuldrechtliche Komponenten in sich vereinigt.¹⁶³ Dabei ist es jedoch ganz offensichtlich, dass der wesentliche Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen einem Verwaltungsratsmitglied und »seiner« Aktiengesellschaft weitgehend durch Rechtsquellen des Gesellschafts- und Aktienrechts (gesetzliche Bestimmungen des PGR, Regelungen der Statuten, allenfalls weitere im Rahmen der Organisationsfreiheit und deren Schranken vom Verwaltungsrat erlassene, interne Regelungen in Reglementen oder Beschlüssen) bzw des Bankenaufsichtsrechts geprägt ist. Dort und nur dort, »wo die gesellschaftsrechtlichen Regeln das Rechtsverhältnis nicht vollständig abdecken und auch aus den Statuten und Reglementen nichts gewonnen werden kann, bleibt Raum für die Heranziehung von Vertragsrecht«¹⁶⁴.

Mit anderen Worten soll und kann das Vertragsrecht subsidiär zur Auslegung und entsprechender Lückenfüllung aktienrechtlicher bzw aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Anwendung kommen. Dabei spricht sich die Mehrheit der Lehre in der Schweiz naheliegenderweise grundsätzlich für die generelle Anwendbarkeit des

Auftragsrechts nach Art 394 ff OR aus.¹⁶⁵ Der Rechtsmeinung zum schweizerischen Aktienrecht ist in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung des StGH zu Art 200 Abs 2 PGR auch für das liechtensteinische Aktienrecht beizupflichten.¹⁶⁶ Das Höchstgericht vertritt in Bezug auf das Verhältnis zwischen einer Verbandsperson zu ihren Organen (und natürlich umgekehrt) die Auffassung, die Tragweite von Art 200 Abs 2 PGR sei im Sinne einer differenzierten Betrachtungsweise »stark zugunsten der Anwendung des Auftrags-, allenfalls auch des Dienstvertragsrechts zu relativieren«¹⁶⁷ und »in der Regel primär Auftragsrecht und nicht das Recht der Treuhänderschaft anwendbar«¹⁶⁸, wie das der Wortlaut von Art 200 Abs 2 PGR zu suggerieren scheine. Daraus folgt, dass zur subsidiären Auslegung und Lückenfüllung der gesetzlichen und körperschaftlichen Regelungen des Verwaltungsratsmandats auf die Vorschriften zum Auftragsrecht (Recht zur Bevollmächtigung) nach §§ 1002 ff ABGB zurückgegriffen wird. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich beim Verwaltungsrat um einen solchen einer regulären Aktiengesellschaft nach PGR, einen Verwaltungsrat einer regulierten Bankaktiengesellschaft oder eines sonst finanzmarktrechtlich regulierten Unternehmens in der Rechtsform der Aktiengesellschaft handelt. Die Heranziehung des Auftragsrechts ist evident, da das Verwaltungsratsmandat typologisch einem Auftrag entspricht, bei dem das zentrale Merkmal in der Förderung fremder Interessen (beim Verwaltungsratsmandat sind dies die Interessen der Aktiengesellschaft) liegt und die Leistungsausführung grundsätzlich durch den Beauftragten persönlich (beim Verwaltungsratsmandat durch das jeweilige Verwaltungsratsmitglied) zu erfolgen hat. Nach Auftragsrecht ist eine Substitution also Weitergabe des Auftrags dann erlaubt, wenn dies entweder nach § 1010 ABGB »ausdrücklich gestattet oder durch die Umstände unvermeidlich« ist. Mit Bezug auf das Verwaltungsratsmandat bedeutet dies, dass eine grundsätzliche Vertretungsfeindlichkeit der Ausübung des Verwaltungsratsmandats nicht statthaft und das Verwaltungsratsmandat in diesem Sinne nicht als ein höchstpersönliches Recht anzusehen ist. Oder anders ausgedrückt, muss sich die persönliche Leistungspflicht des Verwaltungsratsmitglieds nicht notwendigerweise auf das gesamte Mandat als solches erstrecken, sondern es ist diese differenziert mit Bezug auf jede einzelne Pflicht und jedes Recht zu betrachten.

159 Siehe *Sommer*, S 32, mit Hinweisen auf *Böckli*, § 13 N 31, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 31 N 33 f.

160 Vgl dazu auch *Gasser*, Praxiskommentar, Art 552 § 24 N 1 und 27, unter Hinweis auf die Entscheidung des OGH 31. Januar 1987, LES 1989, S 12 ff. (15).

161 Siehe ausführlich zu den verschiedenen Qualifikationstheorien *Müller*, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, S 40 ff; einen kurzen Überblick gibt auch *Sommer*, S 68 ff. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist ebenfalls uneinheitlich; das Bundesgericht beurteilt nach BGE 130 III 213 E. 2.1 das Rechtsverhältnis stets aufgrund der Besonderheiten des konkreten Einzelfalls.

162 Von der zivilrechtlichen Qualifikation ist die Qualifikation des Verwaltungsratsmandats nach Sozialversicherungs- und Steuerrecht zu unterscheiden.

163 Siehe ua *Böckli*, § 13 N 88; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 28 N 2 ff; *Müller*, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, S 80; *Müller/Lipp/Plüss*, S 39 f; *Roth Pellanda*, S 75; *Sommer*, S 68 ff.

164 *Sommer*, S 68.

165 Siehe *Sommer*, S 73 ff; siehe auch *Weber*, Stellvertretung, S 65 ff, der das Verwaltungsratsmandat sogar als Auftrag qualifiziert, dessen Inhalt weitgehend durch aktienrechtliche Rechtsquellen bestimmt ist.

166 Siehe StGH 1. März 2004, LES 2006, S 12 ff (19 f), ua mit Verweis auf OGH 6. Juli 2000, LES 2000, S 148 ff, sowie unter Bezugnahme auf *Roth*, S 137.

167 StGH 1. März 2004, LES 2006, S 19.

168 StGH 1. März 2004, LES 2006, S 19.

Anzumerken bleibt, dass es selbstverständlich vorkommen kann, dass Verwaltungsratsmitglieder und Aktiengesellschaft nebst dem Verwaltungsratsmandat in eine andere Rechtsbeziehung miteinander eintreten.¹⁶⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Verwaltungsratsmitglied auch operative Funktionen als Arbeitnehmer der Aktiengesellschaft oder als Delegierter des Gesamtverwaltungsrats entsprechende Geschäftsführungsfunktionen übernimmt und hierfür ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird.¹⁷⁰ Die Übernahme operativer Aufgaben durch ein Verwaltungsratsmitglied ist bei einer Bank aufgrund der strikten Funktionentrennung – wie gesehen – ausgeschlossen.

2. Organschaftliche Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten

Die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrats bzw. des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds sind im Aktienrecht weder in einem einheitlichen Katalog übersichtlich dargestellt, noch sind diese abschliessend geregelt.¹⁷¹ Im Mittelpunkt der hier interessierenden Fragestellung steht die organschaftliche Mitwirkungspflicht jedes Verwaltungsratsmitglieds, also die Pflicht, unmittelbar mit der Wahl in den Verwaltungsrat an den Organfunktionen des Gesamtverwaltungsrats als Kollegialgremium teilzunehmen¹⁷² und dabei im Speziellen an der körperschaftlichen Willensbildung der Aktiengesellschaft anlässlich von Verwaltungsratssitzungen aktiv mitzuwirken.

Diese Aufgabe und die damit direkt oder indirekt zusammenhängenden Rechte und Pflichten sind letztlich Ausfluss der in Art 182 Abs 2 PGR enthaltenen Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats, wonach dieser »das Unternehmen der Verbandsperson mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern« hat. Dies gilt auch für das Bankenaufsichtsrecht.¹⁷³ Die aktienrechtliche Sorgfalts- und

Treuepflicht hat dabei jedoch im liechtensteinischen Bankenaufsichtsrecht mit Art 22 Abs 6 BankG eine zusätzliche Nuancierung erfahren, wenn diese Bestimmung vorsieht, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats *aufrechtig, integer und unvoreingenommen* handeln muss, um die Entscheidungen der Geschäftsleitung der Bank wirksam beurteilen und kontrollieren zu können.¹⁷⁴

Damit ein Verwaltungsratsmitglied seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle nachkommen kann, müssen ihm folglich *einerseits* weitreichende *Informationsrechte* (wie beispielsweise Einsichtsrechte in Bücher, Dokumente und Akten, Auskunftsrechte über Angelegenheiten der Gesellschaft sowie gegebenenfalls auch Zutrittsrechte als Ausfluss der allgemeinen Kompetenzvermutung zu Gunsten des Verwaltungsrats) zustehen. Diese hat das Verwaltungsratsmitglied im Sinne der organschaftlichen Mitwirkungspflicht und ihm aufgetragenen Sorgfalts- und Treuepflicht auch aktiv zu nutzen und es stellen diese demzufolge gleichzeitig *Informationspflichten* des Verwaltungsratsmitglieds dar. Im Bereich des Bankenaufsichtsrechts sind die Informationsrechte des Verwaltungsratsmitglieds zum Teil weitergehend formuliert, weil solche nicht nur gegenüber der Geschäftsleitung, sondern auch gegenüber einzelnen Organisationseinheiten bestehen, welche direkt dem Verwaltungsrat unterstehen und hierfür entsprechende Berichts- und Rapportierungspflichten mit einhergehen. Zugleich werden die Informationsrechte des Verwaltungsrats im Bankenaufsichtsrecht durch entsprechende Informationssysteme, welche verpflichtend eingeführt werden müssen, unterstützt. Die nach Bankenaufsichtsrecht erweiterten gegebenen Informationsrechte stellen aus Sicht der organschaftlichen Mitwirkungspflicht entsprechende Informationspflichten dar.

Andererseits sind mit dem Verwaltungsratsmandat unmittelbar *direkte Mitwirkungsrechte* des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds verbunden, die dieses erst in die Lage versetzen, die geforderte aktive Leistungsbereitschaft¹⁷⁵ zeigen und entsprechend zu fundierten, sachgerechten Entscheidungsfindungen beitragen zu können. Im Rahmen der körperschaftlichen Willensbildung an einer Verwaltungsratssitzung stehen dem Verwaltungsratsmitglied als Teilrechte das Recht auf Einberufung einer Sitzung, das Recht auf Sitzungsteilnahme, das Rederecht und das Recht auf Meinungsäusserung (im Sinne der Abgabe der eigenen Meinung und Stellungnahme zu den Meinungen anderer Verwaltungsratsmitglieder), das Recht auf Antragstellung

169 Zu den möglichen Vertragsverhältnissen einer Aktiengesellschaft mit Verwaltungsratsmitgliedern siehe *Roth Pellanda*, S 72 ff.

170 Zum Verwaltungsrat als Arbeitnehmer ausführlich *Müller*, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, passim; siehe auch *Müller/Lipp/Plüss*, S 45 ff, und *Roth Pellanda*, S 77; vgl zum liechtensteinischen Recht *Bergt*, N 448 ff.

171 Siehe allgemein und ausführlich zu den Rechten und Pflichten des Verwaltungsrats im schweizerischen Aktienrecht *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 28 N 75 ff (Rechte) und § 28 N 17 ff (Pflichten); *Müller/Lipp/Plüss*, S 91 ff (Rechte) und 150 ff (Pflichten); zu den Mitwirkungsrechten und -pflichten bei der Willensbildung im Besonderen siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 28 N 67 f und 111 ff; *Müller*, Rechte und Pflichten, S 814 ff, sowie *Schenker*, Verwaltungsrat in der Praxis, S 106 ff.

172 Siehe *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 28 N 67.

173 Siehe dazu *Bischof*, N 741, der in diesem Zusammenhang richtigerweise ausführlich, dass sich das Aufsichtsrecht sachgerechterweise an der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht orientiert. Zur Treuepflicht des Verwaltungsrats ausführlich *Sommer*, passim.

174 Bei Art 22 Abs 6 BankG dürfte es sich um eine sog Doppelnorm handeln. Siehe zum Konzept der Doppelnorm im schweizerischen Recht *Jutzi/Eisenberger*, S 11 ff, sowie *Weber*, SJZ 2013, S 410 f.

175 Zum Begriff siehe *Bischof*, N 741.

sowie insbesondere das Recht auf Ausübung des Stimmrechts und das Recht auf Protokollierung zu. Auch diese Rechte entpuppen sich aus dem Blickwinkel der Gesellschaft und des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds letztlich – ebenso wie die Informationsrechte bzw. –pflichten – als *direkte Teilpflichten* der mit der Wahl in den Verwaltungsrat unmittelbar geforderten *organschaftlichen Mitwirkungspflicht*.¹⁷⁶ Mit anderen Worten hat das einzelne Verwaltungsratsmitglied seine Rechte auch wahrzunehmen und aktiv zu bewirtschaften, also an den Sitzungen teilzunehmen und sich darauf vorzubereiten, sich zu äussern und einzubringen, Anträge zu stellen und sein Stimmrecht zu nutzen. Die Thematik der Rechte und Pflichten im Rahmen der eigentlichen körperschaftlichen Willensbildung im Rahmen der Verwaltungsratssitzungen ist ausschliesslich eine solche des Aktienrechts, das Bankenaufsichtsrecht äussert sich hierzu zu Recht nicht, sieht hierzu deshalb auch keine gesonderten Rechte oder Pflichten vor.

D. Folgerungen für die Vertretungsfrage

Aus vorstehenden Ausführungen dieses Kapitels lassen sich zusammenfassend folgende Ergebnisse und Folgerungen für die Frage der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat als Zwischenfazit ziehen:

- ▷ Die Qualifikation des Verwaltungsratsmandats als einheitliches organschaftliches Rechtsverhältnis und die als Ausfluss aus der gesellschafts- wie aufsichtsrechtlich vorgesehenen Sorgfalts- und Treuepflicht ableitbaren Rechte und Pflichten verlangen ein hohes Mass an Personenbezogenheit hinsichtlich der Leistungserfüllung durch das jeweilige von der Generalversammlung gewählte und ausdrücklich mit dieser Funktion betraute Verwaltungsratsmitglied.
- ▷ Die Personenbezogenheit eines Verwaltungsratsmandats im Sinne einer persönlichen Erfüllungspflicht im engeren Sinne zeigt sich nach liechtensteinischem Recht jedoch von vorneherein abgeschwächt. Dasselbe gilt für das Kollegialitätsprinzip. Nach Art 111 und 180 PGR können auch juristische Personen zu Verwaltungsratsmitgliedern bestellt werden. Diese handeln durch ihre vertretungsberechtigten Organe. Damit sind wechselnde personelle Zusammensetzungen des Verwaltungsrats an Sitzungen systemimmanent. Anders stellt sich die Rechtslage für Banken dar. Dort sind nur natürliche Personen als Mitglieder der Leitungsorgane – Verwaltungsrat wie Geschäftsleitung – zugelassen.
- ▷ Die Personenbezogenheit eines Verwaltungsratsmandats einer Bank kann aufgrund der aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Anforderungen an die fachlichen und persönlichen Qualifikationen durchaus als intensiver bewertet werden, als dies bei einem Verwaltungsratsmitglied einer regulären Aktiengesellschaft der Fall ist, welche allenfalls statutarische Anforderungen oder solche aufgrund von Governance-Standards zu berücksichtigen hat. Dafür spricht auch die Tatsache, dass das Bankenaufsichtsrecht ebenfalls ausdrückliche Anforderungen an die zeitliche Verfügbarkeit eines Verwaltungsratsmitglieds stellt.
- ▷ Die grundsätzliche Personenbezogenheit des Verwaltungsratsmandats bei natürlichen Personen führt – zusammen mit der höchstpersönlichen Natur der Organfunktion und Organstellung – dazu, dass das Verwaltungsratsmandat als solches nicht zur Disposition des Verwaltungsratsmitglieds steht und demzufolge unübertragbar ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die mit der Erfüllung des Verwaltungsratsmandats verbundenen Rechte und Pflichten generell und grundsätzlich als vertretungsfeindlich anzusehen sind.
- ▷ Ebenfalls nichts hinsichtlich einer möglichen Vertretung eines Verwaltungsratsmitglieds lässt sich daraus ableiten, dass das Bankenaufsichtsrecht auch Regelungen zum Verwaltungsrat als Kollegialgremium (Beachtung der Diversität und kollektiver Fachkompetenz) enthält. Ein gegenüber dem Aktienrecht stärker ausgeprägtes Kollegialitätsprinzip kann nach hier vertretener Auffassung daraus nicht abgeleitet werden und wäre wohl auch nicht justiziabel.
- ▷ Die subsidiäre Anwendung des Auftragsrechts zur Auslegung und Lückenfüllung des Verwaltungsratsmandats als organschaftliches Rechtsverhältnis spricht dafür, dass das Verwaltungsratsmandat in Teilbereichen auch durch Vertreter ausgeführt werden können sollte, sofern dies seitens der Gesellschaft als Auftraggeber gestattet ist (es also eine rechtliche Grundlage zur Ermächtigung gibt) und die Vertretung durch die Umstände unvermeidlich erscheint (also objektive Gründe hierfür angeführt werden können).
- ▷ Diese Auffassung wird dadurch verstärkt und untermauert, dass dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied im Rahmen der körperschaftlichen Willensbildung zahlreiche Mitwirkungsrechte, welchen zugleich auch Pflichten entsprechen, zustehen. Um seinen Sorgfaltspflichten auch nachkommen zu können, sollte das einzelne Verwaltungsratsmitglied diese Rechte, insbesondere das Recht auf Stimmabgabe, ausnahmsweise auch vertretungshalber

¹⁷⁶ Vgl. dazu sehr einleuchtend den Ansatz einer sehr weitgehenden Mitwirkungspflicht von *Watter/Pöschel*, S 16 f.

ausüben können. Dies entspricht auch der Interessenlage der Gesellschaft, weil im Einzelfall eine vertretungshalber ausgeübte Mitwirkung an der körperschaftlichen Willensbildung adäquater erscheint als eine gänzliche Nichtteilnahme.

V. Beurteilung der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat nach Aktienrecht

Die Ausführungen in den vorstehenden Kapiteln III und IV haben aufgezeigt, dass der Zulässigkeit einer Vertretung eines abwesenden bzw. verhinderten Verwaltungsratsmitglieds an einer Verwaltungsratssitzung grundsätzlich keine Prinzipien des liechtensteinischen Aktienrechts entgegenstehen, die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat gegenteils mit diesen in Einklang steht bzw. gebracht werden kann. Weder die Qualifikation und Personenbezogenheit der Erfüllung eines Verwaltungsratsmandats als solches, die damit zur aktiven Teilnahme an der körperschaftlichen Willensbildung verbundenen Rechte und Pflichten des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds (insbesondere dessen Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft), noch die Tatsache der Angehörigkeit des Verwaltungsratsmitglieds zum Gesamtverwaltungsrat als Kollegialgremium (Kollegialitätsprinzip) und das für die Beschlussfassung idealtypisch vorgesehene Versammlungs- und Unmittelbarkeitsprinzip (physische Präsenz einer Verwaltungsratssitzung) bieten Argumente oder Unwägbarkeiten, welche gegen die Zulässigkeit der organinternen Vertretung sprechen würden. Mit anderen Worten könnte die Zulässigkeit der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat nach hier vertretener Auffassung selbst ohne ausdrückliche dispositive Rechtsgrundlage im Rahmen der den zwingenden Organen einer Aktiengesellschaft (Generalversammlung und Verwaltungsrat) eingeräumten organisatorischen Gestaltungsfreiheit und unter Beachtung von deren Schranken hergeleitet und begründet werden.

A. Ausdrückliche Regelung in Art 346 PGR

Der liechtensteinische Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung des PGR im Jahre 1926 dazu entschieden, die Frage der Vertretung eines Verwaltungsratsmitglieds bei dessen Abwesenheit und Verhinderung positivrechtlich zu regeln und hierfür mit Art 346 PGR eine subsidiäre, dispositive Rechtsgrundlage zu schaffen.

1. Entstehungsgeschichte von Art 346 PGR

Der entstehungsgeschichtliche Hintergrund von Art 346 PGR ist ganz eindeutig – wie vorne allgemein für das

gesamte PGR und das liechtensteinische Aktienrecht dargestellt – im schweizerischen Aktienrecht zu finden,¹⁷⁷ sohin in Art 764 des Entwurfs der ersten Expertenkommission zur Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts des Jahres 1919, welcher unter der Leitung von Prof. Dr. Eugen Huber entstand.

Unter der Sachüberschrift »Stellvertretung im Verwaltungsrat« hat die Expertenkommission Huber folgenden Artikel vorgeschlagen:

Art. 764 (Entwurf Huber)

- 1) Die Statuten können vorsehen, dass ein abwesendes Mitglied des Verwaltungsrates sich an einer Sitzung durch ein anderes Mitglied vertreten lassen darf.
- 2) Die bezüglichen Vollmachten müssen für eine bestimmte Sitzung erteilt sein und sind dem Protokoll beizufügen.
- 3) Kein Mitglied kann mehr als zwei weitere Mitglieder vertreten.

In den bezüglichen Materialien der Expertenkommission Huber finden sich mit Ausnahme einer Kommentierung zur Verantwortlichkeit des vertretenen Verwaltungsratsmitglieds keine weiteren Ausführungen zu Art 764 des Entwurfs.¹⁷⁸ Bereits in der nächsten Phase der Revisionsarbeiten (Entwurf der zweiten Expertenkommission im Jahre 1923 unter der Leitung von Alt-Bundesrat Dr. Arthur Hoffmann) wurde die Frage der Stellvertretung im Verwaltungsrat nicht mehr behandelt und Art 764 des ersten Entwurfs mit der einfachen Begründung, dass hierfür kein Bedürfnis bestehe, gestrichen.¹⁷⁹ Eine Regelung zur Vertretung hat folglich auch keinen Eingang in die im Jahre 1928 definitiv verabschiedete Vorlage zur Revision des schweizerischen Obligationenrechts gefunden.

Interessanterweise wurde die Frage einer gesetzlichen Regelung der organinternen Vertretung auch in weiterer Folge vom Schweizer Gesetzgeber nie mehr aufgegriffen oder diskutiert, obwohl in den letzten Jahrzehnten das schweizerische Aktienrecht mehrfach revidiert worden ist. Dennoch ist im Laufe der Jahre in der Lehre (und weniger durch die Rechtsprechung) eine intensive und kontrovers geführte Diskussion zur Zulässigkeit der Vertretung im Verwaltungsrat nach schweizerischem Aktienrecht entbrannt, dies ausgehend davon, dass die Streichung des ursprünglichen Art 764 des Entwurfs Huber vor fast 100 Jahren nicht als qualifiziertes

¹⁷⁷ Siehe auch *Sele/Marxer/Nardi*, S 64, und *Weber*, Stellvertretung, S 13 f.

¹⁷⁸ Siehe dazu hinten bei Fn 214.

¹⁷⁹ Siehe Bericht *Hoffmann*, S 73; so erwähnt auch bei *Weber*, Stellvertretung, S 14, und *Sele/Marxer/Nardi*, S 64.

Schweigen des Gesetzgebers zu werten ist.¹⁸⁰ Die zahlreich erschienene Literatur und die diesbezügliche Auseinandersetzung belegen, dass auch in der Schweiz offenbar in der Praxis ein Bedürfnis nach einer Lösung der Vertretungsfrage besteht.¹⁸¹

2. Bedeutung und Würdigung von Art 346 PGR

Die Bedeutung von Art 346 PGR ist im Gesamtzusammenhang der Gesetzeswerdung und Entstehungsgeschichte des PGR zu sehen und in diesem Kontext zu würdigen. Bemerkenswert erscheint zunächst jedenfalls, dass die Bestimmung des Art 346 PGR im Wissen, dass die als Rezeptionsvorlage dienende Bestimmung des schweizerischen Rechts (Art 764 Entwurf Huber) mit der Begründung eines mangelnden Bedürfnisses nicht über das Entwurfsstadium hinaus gekommen ist, für das liechtensteinische Aktienrecht unbeachtet dessen geschaffen und in Kraft gesetzt worden ist. Daraus lässt sich einerseits der Schluss ziehen, dass das Bedürfnis nach einer Regelung für Liechtenstein schon damals offenbar anders eingeschätzt worden ist.¹⁸² Andererseits muss den Gesetzesredakteuren jedenfalls sehr daran gelegen sein, für die Vertretung im Verwaltungsrat eine ausdrückliche Regelung zu schaffen und die Regelung dieser Frage nicht einfach Lehre und Rechtsprechung zu überlassen.¹⁸³

Ein Vergleich von Art 346 PGR und Art 764 Entwurf Huber lässt auf den ersten Blick unschwer erkennen, dass die schweizerische Rezeptionsvorlage praktisch wortgleich übernommen, bei der Übernahme jedoch

mit sprachlichen Anpassungen (auch in der Sachüberschrift) versehen worden ist.¹⁸⁴

Im Rahmen der Gesetzesarbeiten haben die Gesetzesredakteure in Art 346 Abs 1 PGR sodann jedoch eine materielle Erweiterung vorgenommen, indem der Zusatz »oder durch im Handelsregister eingetragene Ersatzmänner« Eingang in das liechtensteinische Aktienrecht gefunden hat. Dieser Zusatz, der anhand der handschriftlichen Notizen von Dr. Wilhelm Beck sehr eindrücklich nachvollzogen werden kann,¹⁸⁵ entstammt historisch betrachtet eindeutig nicht dem schweizerischen Aktienrecht. Mit grosser Wahrscheinlichkeit haben die Gesetzesredakteure des PGR, welche in der Person von Dr. Emil Beck ja selbst in der Kommission Huber zur Revision des schweizerischen Obligationenrechts mitgewirkt haben,¹⁸⁶ bei der Ergänzung des Art 346 PGR entsprechende Anleihen aus anderen Regelungen des schweizerischen Obligationenrechts genommen, welche wie etwa Art 727 Abs 1 aF OR (Revisionsstelle bei der Aktiengesellschaft) bzw Art 906 Abs 2 aF OR (Kontrollstelle bei der Genossenschaft) sog Ersatzleute bzw Ersatzmänner explizit vorsahen und regelten. Mit letzter Gewissheit lässt sich der Ursprung des Zusatzes in Art 346 PGR nicht nachvollziehen, weil sich diesbezüglich weder Ausführungen noch entsprechende Anhaltspunkte im Kleinen Bericht und in den Landtagsprotokollen finden.

Aus dem Gesagten lässt sich im Sinne einer ersten Würdigung folgendes, vorläufiges Zwischenfazit ziehen. In Entsprechung der schweizerischen Ursprungsvorlage erfasst Art 346 PGR ganz offensichtlich die rechtsgeschäftliche direkte Stellvertretung eines Verwaltungsratsmitglieds durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied, das entsprechend organschaftlich legitimiert ist. Hierfür sieht Abs 2 von Art 346 PGR vor, dass es für die Wahrnehmung der Vertretung die Einräumung der entsprechenden Vertretungsbefugnis mittels einer Vollmacht braucht und diese Befugnis immer jeweils auf eine Sitzung beschränkt sein muss. Mit der Einfügung »oder durch im Handelsregister eingetragene Ersatzmänner« hat der Gesetzgeber den Kreis jener Personen, welche auf rechtsgeschäftlicher Grundlage mit

¹⁸⁰ Siehe dazu ausführlich und mit nachvollziehbarer Herleitung und Begründung *Weber*, Stellvertretung, S 12 ff, insbesondere S 15 ff.

¹⁸¹ Die herrschende Lehre in der Schweiz lehnt mit teils unterschiedlichen Begründungen die Zulässigkeit der Stellvertretung im Verwaltungsrat ab, so unter anderem *Böckli*, § 13 N 126 ff; *Forstmoser/Meier-Hayoz*, § 31 N 33 f; *Forstmoser*, § 11 N 47 f; *Sommer*, S 32. Für Zulässigkeit bei entsprechender statutarischer Ermächtigungsgrundlage sowie Erfüllung weiterer Voraussetzungen sind *Müller/Lipp/Plüss*, S 141 ff; *Watter/Pöschel*, S 18; *Weber*, Stellvertretung, passim, insbesondere S 169 ff, sowie *Müller/Thalmann*, S 1 ff, mit umfassendem Überblick zum Stand der Diskussion. Das Schweizer Bundesgericht musste sich bislang noch nie explizit zur Frage der Zulässigkeit der Stellvertretung äussern. In einem älteren Entscheid (BGE 71 II 277 E. 1) hat es lediglich entschieden, dass eine Stellvertretung ohne statutarische Grundlage nicht möglich sei. Die Frage, ob eine statutarische Ermächtigungsklausel zulässig wäre, hat es offengelassen bzw musste sich dazu bisher nicht äussern.

¹⁸² Wie *Gortan*, S 36 f, für das deutsche Aktienrecht ausführt, ist das Bedürfnis nach einer Vertretungsmöglichkeit zu Beginn des 20. Jahrhunderts aufgrund der besonderen Umstände der damaligen Zeit mit Kriegen und Krisen entstanden, wodurch Aufsichtsratsmitglieder regelmässig verhindert waren, ihr Mandat persönlich ausführen zu können.

¹⁸³ Ähnlich auch *Sele/Marxer/Nardi*, S 65, welche die Aufnahme des Art 346 ins PGR der Weitsicht der Gesetzesredakteure zuschreiben.

¹⁸⁴ Siehe auch *Weber*, Stellvertretung, S 13 f.

¹⁸⁵ Siehe dazu im Anhang die Kopie des Auszugs aus dem Nachlass von Wilhelm Beck, Aktenbündel »PGR-Materialien«, Privatarchiv Rupert Quaderer-Vogt. Die Autorin dankt Rupert Quaderer-Vogt für die Möglichkeit der Einsichtnahme des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, und für die zu diesem Zweck zur Verfügung gestellten Kopien.

¹⁸⁶ Dr. Emil Beck war Assistent von Prof. Eugen Huber und Sekretär der von Eugen Huber geleiteten Expertenkommission für die Revision des zweiten Teils des schweizerischen Obligationenrechts. Damit hatten die liechtensteinischen Gesetzesredakteure unmittelbar Einsicht und Kenntnis von den Reformbestrebungen bezüglich des schweizerischen Obligationenrechts.

Vertretungsmacht ausgestattet werden können, gegenüber der Ursprungsvorlage über die ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder hinaus auf sog Ersatzmänner erweitert.¹⁸⁷ Diese Erweiterung liegt, wenn sie denn so beabsichtigt war, ganz im Geiste der mit dem PGR insgesamt verbundenen Absicht, wo immer möglich Flexibilität und Gestaltungsspielraum zu schaffen.

Aufgrund der Entstehungsgeschichte muss man sich im Zusammenhang mit der ergänzenden Passage in Art 346 PGR die Frage stellen, ob der Gesetzgeber bei den »im Handelsregister eingetragenen Ersatzmännern« allenfalls (statt an vertretungsbefugte Personen zur direkten Stellvertretung) originär eher an stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder gedacht hat, welche im Einzelfall nicht für, sondern an Stelle eines verhinderten oder abwesenden Verwaltungsratsmitglieds treten und aus eigenständiger Organposition heraus in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst agieren;¹⁸⁸ dies in Anlehnung an die im schweizerischen Aktienrecht hierfür bekannte Rechtsfigur der sog Suppleanten und in Anlehnung an die Rolle und Funktion, welche Ersatzmännern im Rahmen von Art 727 Abs 1 aF OR (Revisionsstelle bei der Aktiengesellschaft) bzw Art 906 Abs 2 aF OR (Kontrollstelle bei der Genossenschaft) zugekommen ist.¹⁸⁹ Auf diese Intention der Funktion der Ersatzmänner könnte die Verwendung des Begriffs des Ersatzmanns jedenfalls hindeuten. Auch wenn dies die Absicht gewesen sein sollte, so findet diese im Wortlaut und der Systematik der Bestimmung keine Verankerung. Art 346 PGR ist als Ganzes eindeutig als Norm der direkten Stellvertretung im Verwaltungsrat konzipiert.

B. Direkte Stellvertretung durch andere Verwaltungsratsmitglieder oder legitimierte Ersatzmänner

Bei der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat in Form der direkten Stellvertretung ist zunächst die Frage nach der rechtsgültigen Ermächtigung zur Vertretung zu erörtern, also eine Antwort darauf zu geben, wer auf welcher Grundlage und in welchem Umfang eine entsprechende Ermächtigungsnorm schaffen darf und damit

dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied erst ein Vertretungsrecht gewährt.

Art 346 PGR als dispositive Gesetzesnorm gibt hierzu eine eindeutige Antwort und trifft klare, rechtsdogmatisch einwandfreie Anordnungen, von wem die Ermächtigung auszugehen hat, in welcher Form bzw auf welcher Stufe diese innergesellschaftlich festzuschreiben ist und an wen Vertretungsmacht verliehen werden darf. Die dabei gesetzten hohen Anforderungen für die direkte Stellvertretung im Verwaltungsrat sind vom Prinzip der Ausnahme vom Grundsatz getragen, wonach Verwaltungsratsmitglieder ihr Mandat und die daraus fließenden Rechte und Pflichten generell persönlich zu erfüllen und auszuführen haben.

1. Statutarischer Ermächtigungsvorbehalt als institutionelle Voraussetzung

Ganz ausdrücklich verlangt Art 346 PGR für die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung im Verwaltungsrat eine entsprechende Regelung auf der höchsten Regelungsstufe einer Aktiengesellschaft, den Statuten. Damit geht Art 346 PGR einerseits zu Recht davon aus, dass eine Ermächtigung zur Vertretung (also die Einräumung entsprechender Vertretungsmacht) nur und ausschliesslich von der Gesellschaft selbst ausgehen kann.¹⁹⁰ Andererseits ist das Erfordernis der Regelung in den Statuten der Aktiengesellschaft folgerichtig, weil nur dies mit den Grundprinzipien der aktienrechtlichen Fundamentalordnung in Einklang zu bringen ist. Denn nur so kommt der Ermächtigung zur Vertretung im Verwaltungsrat »das Gewicht, die Stabilität und die gesellschaftsinterne und -externe Publizität zu, welche ihr angesichts ihrer Bedeutung als Ausnahme vom Grundsatz der personenbezogenen Leistungspflicht des VR-Mitgliedes gebührt«¹⁹¹.

Die Statuierung einer Ermächtigung zur Vertretung im Verwaltungsrat gehört damit zu den nach Art 280 PGR gegebenenfalls in die Statuten aufzunehmenden, sog bedingt-notwendigen Bestimmungen. Mit anderen Worten kann eine Vertretungsregelung ausschliesslich durch entsprechende Aufnahme einer Ermächtigungsnorm in die Statuten wirksam werden und greifen. Wird eine solche Regelung (bewusst oder unbewusst) in den Statuten nicht vorgesehen, gilt die gesetzliche Ordnung und es haben sämtliche Verwaltungsratsmitglieder ihr

¹⁸⁷ Gleicher Meinung *Sele/Marxer/Nardi*, S 65, die bei den Ersatzmännern ganz grundsätzlich von Dritten ausgehen und damit eine grundsätzliche Systemwidrigkeit orten, welche durch die hohe Hürde des Handelsregistereintrags überwunden werden soll.

¹⁸⁸ Zum Ergebnis, dass es sich bei den in Art 346 PGR erwähnten Ersatzmännern um Suppleanten handeln könnte, gelangt auch *Weber*, Stellvertretung, S 13. Der Meinung, dass die Suppleanten erst mit Art 346 PGR Eingang ins PGR gefunden haben, ist nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht zuzustimmen. Deren Rechtsstellung ergibt sich aus Art 180 Abs 5 PGR sowie Art 200 Abs 1 PGR. Siehe dazu ausführlicher hinten unter Punkt V.C.3.

¹⁸⁹ Vgl dazu *Bürgi*, Art 727 aF OR N 38 f mwH.

¹⁹⁰ Zu demselben Ergebnis gelangt man bei subsidiärer Heranziehung auftragsrechtlicher Grundsätze des ABGB. Demnach ist der Beizug eines Substituten bei der Erfüllung einer personenbezogenen Leistungspflicht nur dann möglich ist, wenn dies seitens des Auftraggebers nach § 1010 ABGB »ausdrücklich gestattet« ist. Mit der Schaffung einer Statutenbestimmung wird diese gesellschaftsinterne Ermächtigung für abwesende Verwaltungsratsmitglieder erteilt.

¹⁹¹ *Weber*, Stellvertretung, S 86.

Mandat persönlich zu erfüllen und auszuführen, eine rechtsgeschäftliche Vertretung durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder einen im Handelsregister eingetragenen Ersatzmann ist nicht möglich.

In diesem Sinne trifft Art 346 PGR eine abschliessende Regelung und lässt zu Recht keinen rechtlichen Spielraum für anderweitige Lösungen zu, wie etwa eine Vertretungsregelung auf Basis eines einfachen Generalversammlungsbeschlusses, eines Beschlusses des Verwaltungsrats oder gar einer Lösung auf vertraglich individueller Abmachung zwischen einem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft.¹⁹²

Da die Ermächtigungsklausel zur Vertretung zwingend in den Statuten vorgesehen werden muss, geht die Befugnis, eine solche einzuräumen, auch kompetenzmässig automatisch vom richtigen Organ, nämlich der Generalversammlung als oberstem Organ aus. Die Generalversammlung ist es, welche nach Art 338 Abs 2 Ziff 4 PGR für den Erlass und die Abänderung der Statuten zuständig ist. Die Kompetenzordnung ist damit – analog jener der ebenfalls von der Generalversammlung statutarisch einzuräumenden Delegationsermächtigung bezüglich der Geschäftsführung¹⁹³ – gewahrt. Dies ist rechtlich auch dahingehend stimmig, als dass die Generalversammlung zwingendes Wahlorgan des Verwaltungsrats ist und es deshalb folgerichtig ist, dass auch die Generalversammlung darüber zu befinden hat, ob sie von der dispositiven Regelung des Art 346 PGR Gebrauch machen und die Vertretung im Verwaltungsrat zulassen will oder ob sie aufgrund der getroffenen (Aus-)Wahl des Verwaltungsrats der Auffassung ist, dass die Verwaltungsratsmitglieder ihre Funktion jederzeit vollumfänglich persönlich zu erbringen haben.

Bei der Entscheidung der Generalversammlung, ob in den Statuten eine Vertretungsnorm aufgenommen werden soll, handelt es sich ganz offensichtlich um eine Interessensabwägung, welche anhand der im jeweiligen Unternehmen gegebenen konkreten Umstände und unter Rücksichtnahme auf entsprechende Interessenlagen (wie etwa der Berücksichtigung bestimmter Aktionärs- und Interessensgruppen) bewusst getroffen werden sollte. In diesem Zusammenhang sollte sich der Statutengeber von vorneherein im Klaren sein, welche Schranken das Gesetz vorgibt, welche inhaltlichen Grenzen es zu beachten gilt bzw welche gestalterischen Möglichkeiten es allenfalls geben kann. Evident ist, dass es sich bei der statutarischen Vertretungsregelung um eine für alle Verwaltungsratsmitglieder gleichermaßen geltende Vorschrift handeln muss, was durch eine

generell-abstrakte Formulierung der Statutenbestimmung entsprechend zu gewährleisten ist.¹⁹⁴

2. Von der Generalversammlung legitimierte Personen als Vertreter

Wie bei jeder Vertretungsregelung ist auch bei der direkten Stellvertretung im Verwaltungsrat zu entscheiden, wer als Dritter mit Wirkung für ein anderes Verwaltungsratsmitglied in dessen Namen an einer Verwaltungsrats-sitzung mitwirken und Rechte ausüben, mithin auch rechtlich bindende Willenserklärungen abgeben darf. Der Gesetzgeber überlässt diese Entscheidung richtigerweise nicht der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Gesellschaft und ihrer Organe, sondern trifft hierzu in Art 346 PGR eine ebenso klare Anordnung. Um von vorneherein kein Legitimationsdefizit entstehen zu lassen, können dogmatisch richtig nur Personen auf gleicher Stufe wie der Vertretene selbst als Vertretungsberechtigte in Frage kommen. Mithin kommen in erster Linie damit die anderen von der Generalversammlung gewählten ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder des Gesamtverwaltungsrats als Kollegium in Frage, und zwar nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz unabhängig davon, ob es sich dabei um natürliche oder juristische Personen als Verwaltungsratsmitglieder handelt. Bei den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern gibt es von vorneherein kein Legitimationsdefizit. Denn diesen (natürlichen wie juristischen) Personen hat die Generalversammlung mit der Wahl allen gleichermaßen das Vertrauen ausgesprochen und die Fähigkeiten zuerkannt, die Aufgaben der Oberleitung der Aktiengesellschaft zu übernehmen.

Eine vergleichbare Vertrauenslage und Legitimation muss auch für die vom Gesetz in Art 346 PGR vorgesehenen Ersatzmänner erreicht und hergestellt werden. Die Ersatzmänner sind folglich zwingend von der Generalversammlung als oberstem Organ nach entsprechender Evaluierung zu wählen,¹⁹⁵ entweder zusammen mit der Wahl anderer Verwaltungsratsmitglieder oder separat. Eine Delegation dieser Wahlkompetenz an den Verwaltungsrat (zB im Rahmen der statutarischen Ermächtigungsnorm zur Stellvertretung) würde gegen die gesetzliche Kompetenzordnung verstossen und wäre unzulässig. Dies ergibt sich auch daraus, dass die organinterne Vertretung des Verwaltungsrats keine Angelegenheit im Rahmen der eigenen organisatorischen Gestaltungsfreiheit des Verwaltungsrats selbst ist, sondern zwingend von der Generalversammlung als ober-

192 Vgl für das schweizerische Recht *Weber*, Stellvertretung, S 73.
193 Siehe dazu vorne unter Punkt III.B.2.

194 Vgl für das schweizerische Recht *Weber*, Stellvertretung, S 164.
195 Zum selben Ergebnis der Wahl der Ersatzmänner durch die Generalversammlung, allerdings mit unterschiedlicher Begründung, gelangen auch *Sele/Marxer/Nardi*, S 65.

tem Statutengeber und Wahlorgan des Verwaltungsrats nach Art 338 Abs 2 Ziff 1 PGR und Art 344 PGR auszugehen hat.

Zu Ersatzmännern können – im Sinne der Gleichbehandlung mit der Wahl ordentlicher Verwaltungsratsmitglieder – nach Art 111 und 180 PGR auch juristische Personen gewählt werden. Das PGR sieht keine spezifischen gesetzlichen Anforderungen oder Voraussetzungen für die Ernennung zum Ersatzmann vor. Es sind mithin allenfalls statutarisch verankerte persönliche oder fachliche Wählbarkeitsvoraussetzungen zu beachten. Mit der Ernennung durch die Generalversammlung werden die Ersatzmänner zur Vertretung für abwesende oder verhinderte Verwaltungsratsmitglieder an einer Verwaltungsratssitzung legitimiert. Eine Annahme der Wahl durch die Ersatzmänner ist ausschliesslich für den Eintrag ins Handelsregister notwendig. Ein organschaftliches Rechtsverhältnis zur Gesellschaft wird mit der Ernennung nicht begründet, sondern ein rein schuldrechtliches. Die Ersatzmänner erhalten die Legitimation, im Anlassfall der Abwesenheit oder Verhinderung ordentlicher Verwaltungsratsmitglieder mittels Vollmacht ausschliesslich deren Rechte und Pflichten an einer Sitzung auszuüben. Eigene Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten kommen ihnen nicht zu. Um Klarheit und Transparenz für den Rechtsverkehr zu schaffen, verlangt Art 346 PGR, dass die zu vertretungsberechtigten Ersatzmännern berufenen Personen bekannt zu machen sind. Im Sinne der Publizität sind diese folglich im Handelsregister mit dem klärenden Zusatz »Ersatzmann im Sinne von Art 346 PGR« einzutragen.¹⁹⁶ Eine Verknüpfung der Amtszeit der Ersatzmänner mit jener von ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern ist von Gesetzes wegen nicht vorgegeben, mitunter aber sinnvoll.

Anders stellt sich die rechtliche Situation dar, wenn die Generalversammlung eine Person unter der Bezeichnung Ersatzmann zum Vertreter für den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft bestellen sollte. Der Ersatzmann ist diesfalls nicht Ersatzmann im Sinne von Art 346 PGR, sondern hat die Rechtsstellung eines Suppleanten inne,¹⁹⁷ welcher als stellvertretendes Verwaltungsratsmitglied ersatzweise, jedoch unmittelbar mit eigenen Rechten und Pflichten an die Stelle eines abwesenden oder verhinderten Verwaltungsratsmitglieds tritt. Ein Suppleant steht in einem eigenen organschaftlichen Rechtsverhältnis zur Aktiengesellschaft und ist dieser gegenüber verpflichtet. Er kann damit nicht gleichzeitig vertretungsbefugte Person eines anderen Verwaltungsratsmitglieds sein.

3- Vertretung für einzelne Sitzungen

Art 346 PGR setzt – nebst der Ermächtigung in den Statuten und der Regelung der vertretungsbefugten Personen – eine dritte institutionelle Schranke für den Fall, dass eine Aktiengesellschaft in ihrer Governance eine organinterne Vertretung in Form der direkten Stellvertretung im Verwaltungsrat vorsehen will. Eine Vertretung ist nur beschränkt für eine einzelne Sitzung möglich und zulässig; eine Ausdehnung auf dauerhafte Abwesenheiten und Absenzen ist nicht statthaft, aber auch nicht notwendig.¹⁹⁸

Bei der Fassung der statutarischen Ermächtigungsnorm ist dem gesetzlichen Erfordernis, dass eine Vertretung immer nur für eine konkrete Sitzung und nicht generell zulässig ist, dementsprechend Rechnung zu tragen. Eine allzu offene Formulierung erweckt (freilich ohne rechtliche Wirkung) den falschen Eindruck, als ob der Gesellschaft diesbezüglich entsprechend freier Gestaltungsspielraum zustehe.

Keine Vorgaben macht Art 346 PGR zu den Gründen, welche eine Abwesenheit oder Verhinderung eines Verwaltungsratsmitglieds im Einzelfall zu rechtfertigen vermögen. In den Statuten ist folglich auch nichts verpflichtend vorzukehren. Der Gesetzgeber hat wohl deshalb auf eine generell-abstrakte Regelung verzichtet, weil es bei entschuldbaren wie unentschuldbaren Abwesenheiten und Verhinderungen von Verwaltungsratsmitgliedern zu keinem Zeitpunkt zu Lücken hinsichtlich der Verantwortlichkeit bzw ungewollten haftungsbefreienden oder -einschränkenden Wirkungen bezüglich Gläubiger- und Aktionärsinteressen kommen kann. Dies ist ungeachtet dessen der Fall, ob die Gesellschaft eine statutarische Vertretungsregelung eingeführt hat oder nicht, und ungeachtet dessen, welche Gründe im Einzelfall aus Sicht der Gesellschaft eine Abwesenheit oder Verhinderung zu rechtfertigen vermögen. Mit anderen Worten ist es eine Frage des gestalterischen Willens der Gesellschaft und der entsprechenden Abwägung, welche Gründe aus ihrer Sicht eine Abwesenheit oder Verhinderung als akzeptabel erscheinen lassen und welche nicht.

4- Vertretungsrecht und Vertretungsgebot

Wie soeben dargestellt, setzt das Recht eines Verwaltungsratsmitglieds, sich an einer Sitzung infolge

¹⁹⁶ Siehe dazu auch *Sele/Marxer/Nardi*, S 66.

¹⁹⁷ Siehe zum Suppleanten ausführlich hinten unter Punkt V.C.

¹⁹⁸ Für dauerhafte Absenzen hat das PGR mit Art 180 Abs 3 grundsätzlich Abhilfe geschaffen. Die Bestimmung sieht vor, dass für den Fall, dass während eines Geschäftsjahres einzelne von mehreren Verwaltungsmitgliedern wegfallen oder an der Geschäftsführung verhindert sind, die verbleibenden bis zur nächsten Generalversammlung die Geschäftsführung und Vertretung fortführen können, soweit die Statuten es nicht anders bestimmen. Siehe dazu auch die Entscheidung ELG 1955, S 55.

Abwesenheit oder Verhinderung durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder einen im Handelsregister eingetragenen Ersatzmann vertreten zu lassen, zwingend eine entsprechende statutarische Ermächtigungsklausel voraus. Erst die Generalversammlung bzw die Statuten räumen damit dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied ein *zusätzliches Teilrecht* ein, nämlich das *Vertretungsrecht* als direktes Mitwirkungsrecht im Rahmen der körperschaftlichen Willensbildung im Gesamtverwaltungsrat der Aktiengesellschaft.

Obwohl als Teilrecht entstehend, stellt auch das Vertretungsrecht nach hier vertretener Auffassung letztlich quasi eine Pflicht des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds dar, von welcher dieses im Sinne seiner ungebrochen gegebenen organschaftlichen Mitwirkungspflicht Gebrauch machen muss, indem es ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder einen im Handelsregister eingetragenen Ersatzmann mittels Vollmacht, wie von Art 346 Abs 2 PGR gefordert, mit der Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte beauftragt.¹⁹⁹ Unter diesem Blickwinkel dürfte es – analog der Rechtslage zur Schaffung einer statutarischen Ermächtigungsnorm für die Delegation der Geschäftsführungsbefugnis – auch im Zusammenhang mit dem Erlass einer statutarischen Ermächtigungsnorm für die Vertretungsregelung zulässig sein, dass die Generalversammlung in den Statuten gewisse Vorgaben und nähere Konkretisierungen zur Vertretungsregelung macht. Dies entspricht wohl auch der Interessenlage, welche dazu führt, dass die Generalversammlung eine Vertretungsklausel in die Statuten aufnimmt. Die Motive und Zielsetzungen hinter der Aufnahme einer solchen Klausel liegen in erster Linie nicht darin begründet, den Verwaltungsratsmitgliedern ein zusätzliches Mitwirkungsrecht zu verschaffen, sondern vielmehr darin, die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsrats als Kollegialgremium dauerhaft aufrecht zu erhalten und gleichzeitig dem abwesenden Verwaltungsratsmitglied die Möglichkeit seiner Pflichterfüllung zu geben, indem auf dessen Fachwissen, Erfahrungen und Kenntnisse auch im Ausnahmefall der Abwesenheit nicht verzichtet werden muss, sondern die Expertise wenigstens indirekt über einen Vertreter einfließen kann.

In diesem Sinne könnte gesellschaftsrechtlich auch in Betracht gezogen werden, ob mit einer von der Generalversammlung auf statutarischer Ebene eingeführten Vertretungsregelung nicht ganz bewusst und automatisch ein Rechtsverhältnis der einzelnen Verwal-

tungsratsmitglieder untereinander entsteht,²⁰⁰ welches nicht nur das Recht, sondern die gegenseitige Pflicht im Sinne eines Gebots zur Vertretung im Ausnahmefall der Abwesenheit und Verhinderung beinhaltet und sich die Vertretung im Einzelfall somit auf dieses Rechts als Grundverhältnis im Sinne eines Vertreten-Müssens gründen lässt. Allenfalls wäre es auch denkbar, dies in einem Mandatsvertrag aller Verwaltungsratsmitglieder mit dem Verwaltungsrat als Kollegialorgan festzuschreiben oder aber dies in einem Pflichtenkatalog des Verwaltungsrats im Organisationsreglement festzulegen, was der Verwaltungsrat in Ausübung seiner Organisationsautonomie für die innere Organisation des Verwaltungsrats durchaus so vorsehen könnte.²⁰¹

5. Erteilung von Rechtsmacht durch das abwesende Verwaltungsratsmitglied

Unabhängig davon, in welches (statutarische, reglementarische oder vertragliche) Rechts- als Grundverhältnis die Beziehung des vertretenen Verwaltungsratsmitglieds zu dem ihn vertretenden Verwaltungsratsmitglied oder Ersatzmann eingebettet ist, wird die direkte Stellvertretung zwischen Vertretenem und Vertreter nur wirksam, wenn entsprechende Vertretungsmacht korrekt eingeräumt wurde. In diesem Sinne setzt Art 346 Abs 2 PGR die Erteilung einer entsprechenden Vollmacht, also eine Bevollmächtigung im Namen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds zu handeln, voraus. Gesellschaftsrechtlich werden mit der Schriftlichkeit und der Offenlegung (Beifügung zum Protokoll) zwei wichtige Anforderungen an die Vollmachtserteilung gestellt. Ergänzend sind die einschlägigen und allgemeinen Rechtsvorschriften der §§ 1002 ff ABGB heranzuziehen.

a. Schriftlichkeit der Vollmacht und Offenlegung

Die Erteilung der Rechtsmacht im Sinne von Art 346 PGR, also die Vollmachtserteilung, ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, dh sie erfolgt durch einseitige, nicht annahmehedürftige, jedoch empfangsbedürftige Willenserklärung und kann als solche auch jederzeit ergänzt oder widerrufen werden.²⁰² Für die Vollmachts-

199 Vgl ähnlich *Watter/Pöschel*, S 17, welche die Meinung vertreten, dass ein Verwaltungsratsmitglied aufgrund seiner weitgehenden Mitwirkungspflicht auch die Teilpflicht hat, »ein anderes Verwaltungsratsmitglied zu instruieren, damit dieses die Meinung des Abwesenden vorbringt und in dessen Sinne stimmt«.

200 Siehe dazu *Roth Pellanda*, S 73f, wonach die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder ansonsten grundsätzlich untereinander in keinem Rechtsverhältnis stehen.

201 Siehe dazu, wenn auch in anderem Zusammenhang, *Roth Pellanda*, S 74, welche für das schweizerische Recht festhält, dass die in Art 716a Abs 1 Ziff 2 OR verankerte Organisationsautonomie auch die innere Organisation des Verwaltungsrats umfasst. Diese Auffassung kann für das liechtensteinische Aktienrecht übernommen werden.

202 Vgl dazu *Strasser* in Rummel, ABGB³, § 1002 N 43; *Apathy* in Schwimann, ABGB³, § 1002 N 2.

erteilung zur organinternen Vertretung gilt Schriftlichkeit als zwingendes Formerfordernis. Dies ergibt sich unmittelbar daraus, dass nach Art 346 Abs 2 PGR die Vollmachten »dem Protokoll beizufügen« und diese somit verpflichtend im Original vorzulegen und damit auch transparent zu machen sind.

Schriftlichkeit der Vollmacht sowie Offenlegung derselben, dh Schaffung von Transparenz in wessen Namen und für wessen Wirkung gehandelt wird, liegen im Schutzinteresse aller gesellschaftsintern wie -extern beteiligten Personen und Organe, weil damit von Anfang an und auch jederzeit später ohne Zweifel nachvollzogen werden kann, wer an einer fraglichen Sitzung teilgenommen und wer allenfalls wen vertreten hat. Damit wird zugleich notwendige Rechtssicherheit für die die Vertretung eingegangenen Parteien geschaffen. Dasselbe gilt für die an der Willensbildung beteiligten anderen Verwaltungsratsmitglieder, die Gesellschaft und Aktionäre sowie auch für das Amt für Justiz als Handelsregisterbehörde, welches gegebenenfalls aufgrund eines Verwaltungsratsbeschlusses entsprechende Eintragungen vornehmen muss und dabei zu prüfen hat, ob ein solcher Beschluss auch rechtsgültig zu Stande gekommen ist. Nicht zuletzt dient das Schriftlichkeits-erfordernis sowie die Transparenz der Beifügung der Vollmacht zum Protokoll allfälligen Gläubigerinteressen und entspricht somit der Schutzfunktion, welche dem Aktienrecht zugrunde liegt.

Aus dem Gesagten folgt, dass Vollmachten jedenfalls vor oder unmittelbar an der Verwaltungsratssitzung beizubringen sind. Die Vollmacht bezieht sich auf eine Sitzung, nicht notwendigerweise auf einzelne Tagesordnungspunkte;²⁰³ eine inhaltliche Spezifizierung ist aber selbstverständlich möglich. Im Falle, dass ein Verwaltungsratsmitglied an einer Sitzung teilnimmt, diese jedoch frühzeitig verlassen muss, kann die Vollmacht an ein anderes Verwaltungsratsmitglied auch direkt an der Sitzung erteilt und entsprechend zu Protokoll gegeben werden. Der Präsident des Verwaltungsrats hat im Rahmen der Feststellung und Prüfung der formalen Voraussetzungen einer Verwaltungsratssitzung auch das rechtzeitige Vorliegen einer Vollmacht zu prüfen. Eine zunächst mündlich eröffnete Vollmacht mit nachträglicher Vorlage und Beifügung zum Protokoll oder auch eine Legitimierung der Handlungen eines Vertreters in Form der nachträglichen Genehmigung und Zustimmung durch das vertretene Verwaltungsratsmitglied sind nicht zulässig und ausgeschlossen. Dies folgt auch daraus, dass »der damit verbundene Schwebezustand mit dem Erfordernis der sofortigen Feststellung und Wirksamkeit von VR-Beschlüssen nicht vereinbar

ist«²⁰⁴. Es liegt in der Verantwortung des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds im eigenen Interesse rechtzeitig Abhilfe für die eigene Vertretung zu schaffen, notfalls durch Erteilung einer entsprechenden Blankovollmacht an ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder einen Ersatzmann, welche im Falle der Abwesenheit oder Verhinderung durch entsprechende (auch mündliche) Instruktionen und Weisungen rechtzeitig ergänzt werden kann.²⁰⁵

b. *Umfang der Vertretungsmacht und Erteilung von Weisungen*

Dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied stehen im Rahmen der körperschaftlichen Willensbildung anlässlich einer Verwaltungsratssitzung, wie weiter vorne betrachtet, verschiedene direkte Mitwirkungsrechte (nach Gesetz, Statuten, allenfalls gemäss Reglementen) zu.²⁰⁶ Als Teilrechte an einer Sitzung im Zentrum stehen dabei das Recht auf Information, das Rederecht, das Recht auf eigene Meinungsäußerung und auf Abgabe von Stellungnahmen zu den Meinungen anderer Verwaltungsratsmitglieder sowie vor allem das Recht auf Antragstellung hinsichtlich der jeweiligen Sach- und Wahlgeschäfte sowie das Recht auf Ausübung des Stimmrechts.

Das abwesende Verwaltungsratsmitglied als Vollmachtgeber entscheidet – analog rechtsgeschäftlich eingeräumter Vertretungsbefugnis bei anderen Vollmachten – darüber, welche dieser Teilrechte das ihn vertretende Verwaltungsratsmitglied bzw der ihn vertretende Ersatzmann in seinem Namen und mit Wirkung für ihn als Abwesenden ausüben können, dh mit welchen Kompetenzen und Befugnissen der Vertreter ausgestattet und betraut werden soll. Es liegt damit grundsätzlich im Ermessen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds den Umfang der erteilten Vollmacht zu bestimmen, wie ebenso allenfalls ausdrückliche (oder auch stillschweigende) Weisungen zu erteilen. Im Zweifel ist von der Vermutung einer umfassenden Vollmachtserteilung zur Ausübung aller Teilrechte zur direkten Mitwirkung an der Willensbildung auszugehen. Denn ganz grundsätzlich ist von der Annahme auszugehen, dass das abwesende und vertretene Verwaltungsratsmitglied aufgrund seiner ungebrochen gegebenen Sorgfaltspflicht angehalten ist, sich vor der Sitzung selbst mit den Tagesordnungspunkten der Verwaltungsratssitzung auseinanderzusetzen, sich eine Meinung dazu zu bilden und damit praktisch notwendigerweise seinen Vertreter für die Ausübung des Stimmrechts an der Sitzung zu instruieren.

²⁰⁴ Weber, Stellvertretung, S 76.

²⁰⁵ Siehe auch Weber, Stellvertretung, S 76.

²⁰⁶ Siehe vorne unter Punkt IV.C.2.

²⁰³ Siehe auch Sele/Marxer/Nardi, S 65.

Aus Sicht des vertretenden Verwaltungsratsmitglieds bzw Ersatzmanns misst sich dessen Tätigwerden im Rahmen der eingeräumten Vertretungsbefugnis an den Grundsätzen, die ein Vertreter, sobald er von einer erteilten Vollmacht Gebrauch machen will oder dazu gehalten ist, als Geschäftsbesorger im Sinne von § 1009 ABGB zu beachten hat. Er hat das Geschäft »emsig und redlich zu besorgen«. Es trifft den Vertreter (also ein anderes Verwaltungsratsmitglied bzw einen Ersatzmann) sohin eine Geschäftsbesorgungs-, Gehorsams- wie auch Treuepflicht gegenüber dem abwesenden Verwaltungsratsmitglied als Vertretenen.²⁰⁷ Das heisst, der Vertreter hat seine Teilrechte zur Mitwirkung an der Verwaltungsratssitzung umgehend entsprechend den erklärten Interessen und Absichten des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds auszuüben, diese zu wahren und dabei die erforderliche und zumutbare Sorgfalt walten zu lassen. Der Vertreter hat dabei entsprechend der Gehorsams- und Treuepflicht ihm vom abwesenden Verwaltungsratsmitglied erteilte *Weisungen*, also insbesondere erteilte Weisungen zur Ausübung des Stimmrechts, zu befolgen.²⁰⁸ Gehorsams- und Treuepflicht des Vertreters gegenüber dem abwesenden Verwaltungsratsmitglied gelten jedoch nicht bedingungslos.²⁰⁹ An offensichtlich rechts-, gesetzes- oder statutenwidrige Weisungen darf und muss sich der Vertreter von vorneherein nicht halten. Aber auch sonst bedeutet die Tatsache des Bestehens von Weisungen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds »nicht kritiklose Unterwerfung«, sondern es ist »denkender Gehorsam gefordert«²¹⁰. Der Vertreter hat deshalb im Sinne der wahrzunehmenden Sorgfaltspflicht laufend zu evaluieren, inwiefern ihm erteilte Weisungen noch den mutmasslichen Interessen und dem Willen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds entsprechen. Ist dies nicht mehr der Fall, hat das vertretende Verwaltungsratsmitglied bzw der vertretende Ersatzmann von den Weisungen abzuweichen, diese aufgrund eigener Abwägungen zu ergänzen und dabei auch allenfalls über diese hinauszugehen.

Dies ist ganz offensichtlich dann der Fall, wenn insbesondere im Verlauf der Diskussion und der fortschreitenden Meinungsäusserungen zu einem Tagesordnungspunkt neue Tatsachen und Erkenntnisse aufkommen, welche zum Zeitpunkt der Vollmachten- und Weisungserteilung nicht vorgelegen haben und den Schluss zulassen, dass die Erteilung derselben bei Kenntnis aller Fakten anders ausgefallen wäre.²¹¹ In diesem Fall muss das vertretende Verwaltungsratsmitglied

bzw der vertretende Ersatzmann situationsadäquat im Interesse des vertretenen abwesenden Verwaltungsratsmitglieds agieren. Das heisst, er muss nach dem mutmasslichen Willen des Vertretenen vorgehen; unter Umständen muss das vertretende Verwaltungsratsmitglied bzw der vertretende Ersatzmann auch versuchen, spontan Rücksprache zu halten (zB telefonisch, sofern möglich), oder – vor allem bei wichtigen Angelegenheiten – auch allenfalls versuchen, eine Sitzungsunterbrechung oder gar Vertagung des Tagesordnungspunkts herbeizuführen.

Nach dem mutmasslichen Willen vorgehen muss das vertretende Verwaltungsratsmitglied bzw der vertretende Ersatzmann auch dann, wenn das abwesende Verwaltungsratsmitglied keinerlei Weisungen erteilt oder inhaltliche Bindungen vorgegeben hat.²¹² Die Abwägung des Vertreters hinsichtlich des Stimmverhaltens stellt sich im Falle der Vertretung durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied ungleich schwieriger dar; dies deshalb, weil dieser als ordentliches Mitglied ja auch selbst seiner Mitwirkungspflicht an der Sitzung nachkommen muss und somit quasi laufend in zwei Sphären denken und handeln sollte. Die Herausforderung wird noch zusätzlich potenziert, wenn das abwesende Verwaltungsratsmitglied allenfalls eine bestimmte Aktionärs- oder Interessensgruppe im Verwaltungsrat vertritt und das vertretende Verwaltungsratsmitglied dabei nebst den Interessen der Gesellschaft die vom abwesenden Verwaltungsratsmitglied diesen Gruppen gegenüber bestehende Loyalitätspflicht berücksichtigen sollte.²¹³

6. Wirkungen und Grenzen der direkten Stellvertretung

Die körperschaftliche Willensbildung an einer Verwaltungsratssitzung wird mit der Beschlussfassung und der Ausübung des Stimmrechts zu den jeweiligen Tagesordnungspunkten abgeschlossen. Der Vertreter (ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder ein Ersatzmann) handelt dabei als direkter Stellvertreter und gibt die Stimme in Form einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung in Namen und für Wirkung des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds ab. Ist der Vertreter ein anderes Verwaltungsratsmitglied, so kann er dabei sein eigenes Stimmrecht selbstredend auch anders ausüben als jenes für den Vertretenen; Weisungen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds dürfen keinesfalls Auswirkungen auf die Meinungsbildung des vertretenden Verwaltungsratsmitglieds für dessen eigene Stimmabgabe entfalten.

207 Vgl dazu ausführlich *Strasser* in Rummel, ABGB³, § 1009 N 2 ff; auch *Apathy* in Schwimann, ABGB³ IV, § 1009 N 3 f und 6 ff.

208 Vgl zum österreichischen Recht *Kastner/Doralt/Nowotny*, S 253.

209 Vgl auch *Weber*, Stellvertretung, S 154.

210 *Weber*, Stellvertretung, S 155.

211 Vgl auch *Weber*, Stellvertretung, S 154 f.

212 Vgl zum österreichischen Recht *Kastner/Doralt/Nowotny*, S 253.

213 Vgl dazu vorne unter Punkt II.A bei Fn 29.

Mit einer rechtsgeschäftlichen direkten Stellvertretung nach Art 346 PGR können somit auch in den Statuten allenfalls vorgesehene Präsenz- und Stimmenquoten erfüllt werden. Solche werden gerade auch oft im Zusammenhang mit der Einsitznahme einer Person als Vertreter bestimmter Aktionärs- und Interessensgruppen für wichtige und fundamentale Entscheidungen geschaffen. Das abwesende und vertretene Verwaltungsratsmitglied gilt in der Person des Vertreters als anwesend, auch wenn die Sitzung in Form einer Video- oder Telefonkonferenz durchgeführt werden sollte. Bei Geltung der gesetzlichen Grundordnung entfaltet die direkte Stellvertretung ebenfalls die erwünschte Wirkung. Nach Art 112 Abs 3 PGR zählt für das einfache Beschlussverfahren die Mehrheit der vertretenen Stimmen, somit auch die vertretungshalber ausgeübte Stimme des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds.

Die Rechtsfolgen, insbesondere die zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach Art 218ff PGR, sind bei der organinternen Vertretung in Form der direkten Stellvertretung dieselben, wie wenn das abwesende Verwaltungsratsmitglied persönlich an der Sitzung und der entsprechenden Willensbildung teilgenommen hätte.²¹⁴ Aufgrund der Stellvertretung ergeben sich keine Haftungsbefreiungen oder -einschränkungen mit Bezug auf das zwingende Verantwortlichkeitsrecht; es können auch keine Haftungen rechtsgeschäftlich wegbedungen werden. Der Vertretene kann sich der Verantwortung somit nicht entziehen.²¹⁵ Die gesetzlich zwingend vorgesehene Verantwortlichkeit gilt auch dann, wenn der Vertreter ohne erteilte Weisungen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds handeln musste.

Die unmittelbaren Rechtsfolgen der direkten Stellvertretung treten im Weiteren auch dann beim abwesenden Verwaltungsratsmitglied ein, wenn sich der Vertreter (ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder ein Ersatzmann) weisungswidrig nicht an Abmachungen und inhaltliche Bindungen halten sollte oder das Fehlen von Weisungen – im Falle einer Vertretung durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied – gar missbräuchlich dazu verwendet werden sollte, die anvertraute Stimme im eigenen Interesse und somit im Sinne eines doppelten

Stimmrechts zu verwenden.²¹⁶ Würde ein Vertreter dies tun, hätte dies keinerlei Wirkungen im Aussenverhältnis. Die Beschlüsse des Verwaltungsrats sind gültig zu Stande gekommen und die Verantwortlichkeit beim abwesenden Verwaltungsratsmitglied gegeben. Das (Fehl-)Verhalten des Vertreters kann aufgrund der rein intern gegebenen Bindungswirkung der Instruktionen auch ausschliesslich zivilrechtliche Folgen im Innenverhältnis nach sich ziehen,²¹⁷ etwa dann, wenn sich das (missbräuchliche) Nichtbefolgen von Weisungen nachteilig für eine bestimmte Aktionärs- oder Interessensgruppe auswirken und es dadurch zu Haftungen kommen sollte. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine sich speziell aus der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat ergebende, sondern um eine allgemeine Problematik der direkten Stellvertretung.

Art 346 Abs 3 PGR setzt der zulässigen organinternen Vertretung insofern eine *persönliche Grenze*, als ein Mitglied des Verwaltungsrats bzw ein Ersatzmann nicht mehr als zwei weitere Mitglieder vertreten darf. Diese Bestimmung ist dispositiver Natur, so dass die Mehrfachvertretung statutarisch auch auf maximal eine Vertretung eingegrenzt werden kann. Eine solche statutarische Beschränkung wirkt auch präventiv und reduziert die Gefahr einer missbräuchlichen Stimmabgabe und möglichen Verfälschung der Willensbildung von vornherein auf ein Minimum.²¹⁸ Weitere persönliche Grenzen zulässiger rechtsgeschäftlicher Vertretung materieller Art ergeben sich insofern, als solche in der Person des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds gegebene Stimmrechtsbeschränkungen wie zB bei Vorliegen von Interessenskollisionen, Befangenheiten oder sonstigen Ausstandgründen selbstverständlich nicht umgangen bzw übergangen werden können.

C. Organinterne Vertretung durch Suppleanten

Im Unterschied zur direkten Stellvertretung nach Art 346 PGR handelt es sich bei der organinternen Vertretung durch im Voraus von der Generalversammlung für den Fall der vorübergehenden Abwesenheit oder Verhinderung ordentlicher Verwaltungsratsmitglieder gewählte stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder als Suppleanten um eine gänzlich andere Art der Vertretung. Der Suppleant tritt an die Stelle des abwesenden oder verhinderten Verwaltungsratsmitglieds, es vertritt dieses

²¹⁴ Vgl im Gegensatz dazu die dogmatisch wohl nicht richtigen Ausführungen der Expertenkommission *Huber* zur Revision des schweizerischen Obligationenrechts im Bericht *Huber*, S 132: »Eine Verantwortlichkeit des vertretenen Mitgliedes für die Handlung des Vertreters dürfte kaum angeordnet werden. Wenn ein Mitglied die Einladung zur Sitzung nicht berücksichtigt, so haftet es für die Beschlüsse des Rates nicht. Wenn nun aber ein Mitglied das andere vertritt, so wird doch wohl nur dieses die Verantwortung zu tragen haben, soweit nicht eben, wie es beispielsweise im Vormundschaftsrecht vorgesehen ist, die Nichtteilnahme an der Sitzung selbst als ein Verschulden aufgefasst werden muss.«

²¹⁵ So ausdrücklich *Sele/Marxer/Nardi*, S 66.

²¹⁶ Das würde zu einem gesellschaftsrechtlich absolut verpönten faktischen Stimmrechtsprivileg führen; siehe dazu *Weber*, Stellvertretung, S 162.

²¹⁷ Allenfalls könnte ein solches Verhalten jedoch von aufsichtsrechtlicher Relevanz sein, weil die Frage gestellt werden muss, ob ein solches Verwaltungsratsmitglied ganz grundsätzlich noch Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet.

²¹⁸ So *Müller/Thalmann*, S 12; siehe auch *Weber*, Stellvertretung, S 162.

nicht und ist nicht auf eine Vollmacht und rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsbefugnis angewiesen, sondern handelt als selbständiges, stellvertretendes Verwaltungsratsmitglied in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst. Der Begriff des Suppleanten kommt im PGR selbst nicht vor,²¹⁹ dieses spricht in Art 180 Abs 5 PGR vielmehr von allfälligen Stellvertretern der Verwaltung. Dennoch soll in Anlehnung an Literatur und Rechtsprechung zum schweizerischen Recht, welche die Zulässigkeit dieser Art der Vertretung im Verwaltungsrat mehrheitlich für zulässig hält,²²⁰ auch für das liechtensteinische Aktienrecht von Suppleanten gesprochen werden.

1. Statutenbestimmung als Grundlage

Wie schon unter Punkt V.A.2 festgestellt, regelt Art 346 PGR ausschliesslich die direkte Stellvertretung im Verwaltungsrat und ist nicht (auch nicht dispositive) aktienrechtliche Grundlage für die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat durch Suppleanten, auch wenn diese Art der Vertretung allenfalls mit der Verwendung des Begriffs der »im Handelsregister eingetragenen Ersatzmänner« angedacht gewesen sein könnte. Die Kompetenz zur Regelung der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat durch Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder ergibt sich aus Art 180 Abs 5 PGR, wonach die für die ordentlichen Mitglieder der Verwaltung aufgestellten Vorschriften auch für ihre allfälligen Stellvertreter gelten, wenn sie als solche auftreten oder auftreten sollen. Die Kompetenz kann auch aus Art 200 Abs 1 PGR hergeleitet werden, wonach die Statuten (nebst den zwingenden Organen) weitere Organe wie auch weitere Vertreter vorsehen können. Wenn das PGR schon weitere Organe und Vertreter zulässt, so muss diese Regelung denklogisch auch die Kompetenz

umfassen, für zwingende Organe, wie den Verwaltungsrat, stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder vorzusehen. Die Kompetenz kann schliesslich auch aus der Autonomie der Generalversammlung als oberstem Organ abgeleitet werden, nach Art 344 PGR frei über die Grösse, die Struktur und die Zusammensetzung des Verwaltungsrats entscheiden zu können. Aufgrund der organisatorischen Gestaltungsfreiheit kann die Generalversammlung folglich auch darüber entscheiden, ob sie für den Verwaltungsrat Suppleanten bestellen will.

Entscheidet sich eine Gesellschaft für stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder als Suppleanten, so ist hierfür in Analogie zu Art 200 Abs 1 PGR eine Grundlage auf Stufe Statuten vorzusehen.²²¹ Eine diesbezügliche statutarische Regelung gehört somit zum bedingtnotwendigen Statuteninhalt nach Art 280 PGR. Wird eine solche vorgesehen, so sollte diese Klarheit dahingehend schaffen, dass es sich auch bei der organinternen Vertretung durch Suppleanten – in Analogie zur rechtsgeschäftlichen Vertretung nach Art 346 PGR – um eine Vertretung im Einzelfall handelt, also um ein Eintreten des Suppleanten bei Verhinderung oder Abwesenheit eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds für eine konkrete Sitzung. Die Statutenbestimmung sollte sich demzufolge entsprechend eindeutig über die Voraussetzungen für einen Einsatz des Suppleanten sowie auch darüber äussern, ob ein Suppleant für ein bestimmtes oder für alle Verwaltungsratsmitglieder bestellt wird und somit im Verhinderungsfall ausschliesslich an Stelle eines bestimmten oder grundsätzlich an Stelle aller Verwaltungsratsmitglieder agieren darf.

2. Anforderungen an Suppleanten

Zu Suppleanten können natürliche sowie – im Sinne der Gleichbehandlung mit der Wahl ordentlicher Verwaltungsratsmitglieder – nach Art 111 und 180 PGR auch juristische Personen gewählt werden. Das PGR stellt keine spezifischen Anforderungen und Voraussetzungen für die Wahl von Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder auf. Es gelten mithin die für die Wahl ordentlicher Verwaltungsratsmitglieder vorgesehenen gesetzlichen wie statutarischen Wählbarkeitsvoraussetzungen,²²² sofern die Statuten nicht explizit eigene persönliche oder fachliche Anforderungen an die Wahl einer Person zum Suppleanten knüpfen. Die Mandatsdauer der Suppleanten kann ebenfalls von der Generalversammlung frei in den Statuten geregelt werden. Sofern diese nichts vorsehen, wird für einen Suppleanten, der für ein bestimmtes

219 Bei öffentlichen Unternehmen des Landes war zur dauerhaften Erhaltung der Handlungsfähigkeit der obersten strategischen Führungsebene (Verwaltungsrat, Stiftungsrat) lange Zeit jeweils auch die Wahl von sog Ersatzmitgliedern in den jeweiligen Spezialgesetzen vorgesehen. Diesen Ersatzmitgliedern kam sowohl die Funktion von Suppleanten wie auch von echten Ersatzmitgliedern zu (siehe vorne Punkt I.C.1). Im Zuge der Schaffung des Gesetzes vom 19. November 2009 über die Steuerung und Überwachung öffentlicher Unternehmen (Öffentliche-Unternehmen-Steuerungs-Gesetz; ÖUSG) hat der Gesetzgeber auf Empfehlung der Regierung die Möglichkeit der Vertretung durch Ersatzmitglieder im obersten Verwaltungsorgan öffentlicher Unternehmen vor allem aus Gründen der Haftung eliminiert; vgl dazu die Ausführungen im Bericht und Antrag der Regierung betreffend die Schaffung und Harmonisierung gesetzlicher Grundlagen zur Führung und Transparenz von öffentlichen Unternehmen (BuA Nr 53/2009, S 65).

220 Vgl Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 185 ff, § 31 N 35; Sommer, S 33; Facincani/Sutter, S 505; eher ablehnend Böckli, § 13 N 99a f; klar ablehnend Müller/Thalmann, S 14; Zihler/Krähenbühl, S 74, mit der Begründung, dass mit der Funktion des Suppleanten eine »Hybrid-Form« geschaffen werde.

221 Dies wird von den Befürwortern der Lehre für das schweizerische Recht gefordert; siehe dazu die Hinweise in Fn 220.

222 Siehe dazu vorne unter Punkt IV.A.

Verwaltungsratsmitglied bestellt wird, im Zweifel die gleiche Mandatsdauer wie auch die gleiche Mandatsperiode (Beginn und Ende des Mandats) gelten wie für das entsprechende ordentliche Verwaltungsratsmitglied.

3. Rechtsstellung der Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder

Mit der Wahl durch die Generalversammlung und der notwendigen Annahmeerklärung werden die Suppleanten formelle Organmitglieder. Als solche sind sie nach Art. 180 Abs 4 PGR bzw Art 291 Abs 1 Ziff 8 PGR ins Handelsregister mit dem Zusatz »Stellvertreter des Verwaltungsrats« einzutragen.²²³ Die Suppleanten stehen ab dem Zeitpunkt ihrer Wahl wie die ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder in einem einheitlich organschaftlichen Rechtsverhältnis zur Gesellschaft und geniessen dieselbe Legitimation und Vertrauensposition seitens der Generalversammlung als oberstes Organ. Wie die ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder begründen auch Suppleanten untereinander kein Rechtsverhältnis und auch kein solches zu den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern.

a. Grundsätzliches zur Anwendung von Art 180 Abs 5 PGR

Einschlägige Rechtsgrundlage für die Bestimmung der Rechtsstellung der Suppleanten ist Art 180 Abs 5 PGR. Diese sieht vor, dass die für die Mitglieder der Verwaltung aufgestellten Vorschriften auch für ihre allfälligen Stellvertreter gelten, wenn sie als solche auftreten oder auftreten sollen.²²⁴ Bei näherer Betrachtung dieser Bestimmung wird klar, dass diese ihren Ursprung nicht im sonst das PGR prägenden schweizerischen Gesellschaftsrecht hat,²²⁵ sondern vielmehr seit jeher mit

Vorschriften in den Gesellschaftsrechtsordnungen Österreichs und Deutschlands vergleichbar ist, so zB mit § 85 öAktG und § 94 dAktG.²²⁶ Darauf deutet auch die Verwendung des Begriffs »Vorstand« in Abs 1 von Art 180 PGR hin.

Bei den zitierten Vorschriften des deutschen und österreichischen Aktienrechts handelt es sich um solche, die in Ländern Anwendung finden, welche in ihren Gesellschaftsrechtsordnungen das dualistische System der Leitungsstruktur von Aktiengesellschaften implementiert haben, also strikt zwischen dem Vorstand als Leitungsorgan und dem Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan unterscheiden. Dementsprechend regeln die zitierten Bestimmungen die Rechtsstellung von »Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern« und nicht jene von Stellvertretern von Aufsichtsratsmitgliedern. Dazu wird die Meinung vertreten, dass die sich aus der »Stellvertretung« ergebende Ersatzfunktion der jeweiligen Vorstandsmitglieder lediglich im Innenverhältnis auswirkt. Mit anderen Worten sind auch stellvertretende Vorstandsmitglieder stets und immer echte Vorstandsmitglieder und haben von Anfang an und alle Rechte und Pflichten von Vorstandsmitgliedern; es besteht nach aussen kein Unterschied zwischen einem stellvertretenden und einem sog ordentlichen Vorstandsmitglied.²²⁷

Das für die Stellvertreterregelung von Vorstandsmitgliedern dargestellte Rechtsverständnis galt und gilt nach deutschem und österreichischem Aktienrecht nicht für stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder, weil Sinn und Zweck der jeweiligen Funktionen der Stellvertretung unterschiedlich sind. »Während stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder dazu dienen, Verhinderungsfälle zu kompensieren, damit die Funktionsfähigkeit des Kontrollgremiums aufrechterhalten werden kann, dient die Stellvertretung von Vorstandsmitgliedern vordergründig dazu, eine Rangordnung innerhalb des Vorstands zu schaffen.«²²⁸

²²³ *Sele/Marxer/Nardi*, S 66 Fn 32, weisen treffend darauf hin, dass ins Handelsregister ausschliesslich handelsrechtliche und organisationsrechtliche Funktionen, welche das PGR explizit kennt, eingetragen werden können. Der eintragungsfähige Begriff Stellvertreter ergibt sich aus Art 180 Abs 5 PGR. Nachdem das PGR den Begriff des Suppleanten nicht kennt, kann dieser folgerichtig auch nicht im Handelsregister eingetragen werden.

²²⁴ Eine inhaltlich mit Art 180 Abs 5 PGR praktisch übereinstimmende Bestimmung sieht Art 552 § 24 Abs 4 PGR für das Stiftungsrecht vor. Ob und inwieweit der Umstand, dass der einschränkende Zusatz in Art 180 Abs 5 PGR »wenn sie als solche auftreten oder auftreten sollen« in Art 552 § 24 Abs 4 PGR fehlt, relevant ist, wird hier nicht näher untersucht. Ob es des Art 552 § 24 Abs 4 PGR im Stiftungsrecht überhaupt bedurf hätte, wenn doch Art 180 Abs 5 PGR eine weitgehend übereinstimmende Regelung kennt, muss an dieser Stelle ebenfalls nicht geklärt werden. Jedenfalls bedarf die Möglichkeit der Stellvertretung im Stiftungsrat einer Grundlage in den Stiftungsdokumenten; vgl *Heiss*, Art 552 § 24 N 5, *Gasser*, Praxiskommentar, Art 552 § 24 N 45a; insbesondere auch *Sele/Marxer/Nardi*, S 66 ff.

²²⁵ Das schweizerische Gesellschaftsrecht kennt keine mit Art 180 Abs 5 PGR vergleichbare Bestimmung.

²²⁶ Gleichlautende Bestimmungen finden sich auch im GmbH-Recht beider Rechtsordnungen, so in § 27 öGmbHG und § 44 dGmbHG.

²²⁷ Vgl zu den stellvertretenden Vorstandsmitgliedern nach deutschem Aktienrecht *Spindler* in MünchKommAktG⁵, § 94 N 1 ff; für das österreichische Aktienrecht *Kalss* in MünchKommAktG⁵, § 94 N 15 ff; die Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern haben nur nach Massgabe der internen Geschäftsordnung hinter anderen Vorstandsmitgliedern zurückstehen. Die Bezeichnung stellvertretendes Vorstandsmitglied ist daher missverständlich, weil der Begriff lediglich eine Hierarchie innerhalb des Vorstands widerspiegelt.

²²⁸ *Gortan*, S 47; seit dem Jahre 1965 ist die Bestellung von Stellvertretern für Aufsichtsratsmitglieder im deutschen Aktienrecht aufgrund des Verbots in § 101 Abs 3 dAktG allerdings nicht mehr möglich. Nach österreichischem Aktienrecht sind stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder weiterhin zulässig; siehe zu den stellvertretenden Aufsichtsratsmitgliedern nach österreichischem Aktienrecht *Kalss* in MünchKommAktG⁵, § 95 N 35, und *Kalss*, Aktiengesetz, § 86 N 23 ff.

Dieser Ansicht kann für das liechtensteinische Recht gefolgt werden und es wird diese in Art 180 Abs 5 PGR mit dem ergänzenden Teilsatz »wenn sie als solche auftreten oder auftreten sollen« explizit auch so zum Ausdruck gebracht. Demnach stehen den stellvertretenden Verwaltungsratsmitgliedern vollumfänglich dieselben Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten wie den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern zu, wenn sie im Abwesenheits- bzw Verhinderungsfall zum Einsatz kommen und in ihrer Funktion als Suppleanten an einer Verwaltungsratssitzung als solche auftreten. Damit bleibt die Frage zu klären, welche Rechte und Pflichten den Suppleanten im Vorfeld und der Zeit nach einer Sitzung, an welcher sie teilgenommen haben, zukommen.

b. Organschaftliche Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten

Um der Funktion und den Aufgaben im jeweiligen Einzelfall auf Abruf für bestimmte Sitzungen entsprechend sorgfältig nachkommen zu können, müssen Suppleanten unbestrittenermassen über »denselben Erfahrungs- und Informationshorizont wie die übrigen VR-Mitglieder«²²⁹ verfügen und somit *einerseits* auch für die Zeit, für welche sie nicht aktiv zum Einsatz kommen, Zugang zum Verwaltungsrat als Kollegium haben und mit Informationen zur Tätigkeit des Verwaltungsrats und der Gesellschaft versorgt werden. Mit anderen Worten müssen Suppleanten auch ohne Vorliegen eines konkreten Verhinderungs- oder Abwesenheitsfalls zumindest ein allgemeines Informationsrecht sowie Zugang zu Unterlagen und Einsicht in Dokumente haben, wie dies ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern zusteht.²³⁰ Damit werden sie in die Lage versetzt, sich laufend ein Bild von den anstehenden Herausforderungen der Gesellschaft zu machen und sich entsprechend für den konkreten Einsatz ohne separaten Einarbeitungsaufwand effizient vorbereiten zu können.²³¹ Den Suppleanten ist im Rahmen des allgemeinen Informationsrechts zudem das Recht zu gewähren, sich bei Fragen und insbesondere Unklarheiten an den Präsidenten des Verwaltungsrats wenden, bei diesem nachfragen und sich erkundigen zu dürfen. Dass der Suppleant in diesem Zusammenhang allenfalls auch vertrauliche interne Informationen der Gesellschaft erhält, steht dem Informationsrecht nicht entgegen. Als formelles Organmitglied untersteht er wie die ordentlichen Verwaltungsratsmit-

glieder der Verschwiegenheit aufgrund seines organischen Rechtsverhältnisses zur Gesellschaft.

Andererseits können den Suppleanten von vorneherein nicht alle Teilrechte einer aktiven Mitwirkung zukommen, wie dies bei einem ordentlichen Verwaltungsratsmitglied der Fall ist, von dem jederzeit volle aktive Leistungsbereitschaft verlangt wird.²³² So hat ein Suppleant klarerweise kein Recht auf Einberufung einer Sitzung und auch kein Stimmrecht, solange er nicht zum Einsatz kommt. Kritisch zu sehen wären aufgrund der Massstäbe, welche zur faktischen Organschaft führen,²³³ ein ständiges Gast- und Teilnahmerecht an sämtlichen Verwaltungsratssitzungen oder Sitzungen von Ausschüssen des Verwaltungsrats; gänzlich auszuschliessen sind ein Rederecht und ein Recht auf Antragstellung, selbst wenn ein Suppleant ausnahmsweise zu einer Sitzung des Verwaltungsrats geladen würde.

Wie dem Suppleanten die Rechte der aktiven Mitwirkung nur eingeschränkt zukommen können, gilt dies korrespondierend auch für die Anforderungen an dessen aktive Mitwirkungspflicht. Den Suppleanten trifft eine Informationspflicht auch ausserhalb der Sitzungen. Volle aktive organschaftliche Mitwirkungspflicht des Suppleanten kann aber erst dann verlangt werden, wenn er infolge Abwesenheit oder Verhinderung als echtes Verwaltungsratsmitglied an der Sitzung agieren muss. Zur aktiven Mitwirkungspflicht zählt aber auch eine Informationspflicht des Suppleanten, wenn er nach einer Sitzung oder ausserhalb einer solchen, neue Tatsachen und Erkenntnisse gewinnt, die wichtig sind und deren Mitteilung allenfalls sogar Schaden von der Gesellschaft abwenden könnte.²³⁴

4. Haftung und Verantwortlichkeit

Im Unterschied zur organinternen Vertretung nach Art 346 PGR handeln Suppleanten nicht in fremdem, sondern als formelle Organmitglieder in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst und unterstehen folglich selbst der strengen zivilrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art 218 ff PGR. Wie gesehen, kommt es bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit ganz entscheidend darauf an, ob dem einzelnen Organmitglied ein pflichtwidriges Verhalten (Handlung oder Unterlassung) vorgeworfen werden kann, indem dieses bei Ausübung seines Amtes eine sich aus Gesetz, Statuten oder Reglementen ergebende Pflicht verletzt, mithin eine Pflichtwidrigkeit begangen hat. Für Suppleanten ist dies eine ganz entscheidende Frage, um Klarheit zu haben, welches Risiko sie bei der Ausübung ihrer Funktion

229 So ausdrücklich Müller/Thalmann, S 14; siehe auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 190; Facincani/Sutter, S 505; Waldburger, S 107.

230 Vgl Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 190; Müller/Thalmann, S 14; Waldburger, S 107, der seine Argumentation auch auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot abstützt.

231 Vgl dazu Waldburger, S 107.

232 Siehe dazu vorne unter Punkt IV.C.2.

233 Siehe dazu vorne unter Punkt I.C.3.

234 Vgl auch Gortan, S 55 mwH.

eingehen. Aus Sicht der Gesellschaft, die Suppleanten bestellen und für sich gewinnen will, ist die Frage deshalb von Relevanz, weil nur unter akzeptablen Risikovooraussetzungen sich qualifizierte Personen finden lassen. Die wenigen Ausführungen zeigen, dass es zur Schaffung von Rechtssicherheit sowie zur Reduzierung des Haftungsrisikos notwendigerweise angezeigt ist, sich intensiv mit der Frage der Rechte und Pflichten der Suppleanten auseinanderzusetzen. Jedenfalls muss aus haftungsrechtlicher Sicht die Einschränkung der Mitwirkungsrechte auch unmittelbar eine entsprechende Einschränkung der Anforderungen an die Mitwirkungspflichten nach sich ziehen. In diesem Sinne liegt es am Statutengeber die Rechte und insbesondere die Pflichten in den Statuten festzuschreiben, diese näher zu konkretisieren und damit im Interesse aller Beteiligten organisationsintern wie -extern transparent zu machen.²³⁵ Dabei sollte statutarisch auch das Verfahren geregelt werden, wie und von wem die Suppleanten im Einzelfall für eine konkrete Sitzung abgerufen bzw aufgeboten werden müssen. Da es sich hierbei um eine Frage der formell korrekten Einladung zu einer Sitzung des Verwaltungsrats handelt, fällt diese Aufgabe und Kompetenz dem Präsidenten des Verwaltungsrats zu. Er hat eine Abwesenheit und Verhinderung im Einzelfall festzustellen und somit auch für eine gehörige Ladung des Suppleanten – nebst der sowieso gegebenen Pflicht zur Orientierung über eine Sitzung – zu sorgen.

5. Suppleanten und Ersatzmitglieder

Anzumerken bleibt, dass sich die Generalversammlung als Statutengeber die Installierung von Suppleanten ganz grundsätzlich im Zusammenhang mit Art 180 Abs 3 PGR und der Rechtsfigur der Ersatzmitglieder für den Verwaltungsrat überlegen sollte. Es könnte mitunter sinnvoll sein, dass Suppleanten zwar in erster Linie für einzelne Bedarfsfälle der Abwesenheit oder Verhinderung eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds, darüber hinaus aber auch schon für den Fall des definitiven Ausscheidens eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds (zB wenn das Verwaltungsratsmitglied infolge einer Krankheit verstirbt oder sein Mandat niederlegt) als Ersatzmitglieder vorgesehen werden.²³⁶ Beim Eintritt eines solchen Ereignisses (Ersatzfalles) würden die Suppleanten mit ihrem gesamten Wissen, welches sie

sich über das Unternehmen bereits aneignen konnten, und den gemachten Erfahrungen automatisch und unmittelbar in die Position des ausgeschiedenen Verwaltungsratsmitglieds nachrücken und so für personelle wie fachliche Kontinuität im Verwaltungsrat als Kollegialgremium sorgen.

D. Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung der organinternen Vertretung

So klar und einfach die Eckpfeiler und gesetzlichen Umriss für die Einführung und Zulässigkeit der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat auch erscheinen mögen, so empfehlenswert ist es, sich mit der konkreten Ausgestaltung vertieft auseinanderzusetzen. Der Gesellschaft verbleiben nämlich ganz im Sinne der privatautonomen Gestaltungsfreiheit einige Möglichkeiten, die für sie optimalen Vertretungsregelungen steuernd und vorausschauend einzuführen und vorzusehen.

1. Direkte Stellvertretung, Suppleanten oder beides?

Die Generalversammlung als oberstes Organ hat – wie ausgeführt – als erstes abzuwägen und zu entscheiden, ob eine organinterne Vertretung für die Gesellschaft überhaupt in Frage kommt und wenn ja, welche Art der Vertretung. Im Rahmen der vom Gesetzgeber vorgegebenen Leitplanken bleibt es der Gesellschaft bzw der Generalversammlung als dafür zuständiges Organ beispielsweise unbenommen,

- ▶ ausschliesslich die rechtsgeschäftliche organinterne direkte Stellvertretung durch andere Verwaltungsratsmitglieder (oder unter Umständen auch nur jene durch von der Generalversammlung gewählte und legitimierte Ersatzmänner) einzuführen;
- ▶ die rechtsgeschäftliche organinterne Stellvertretung durch andere Verwaltungsratsmitglieder und Ersatzmänner vorzusehen;
- ▶ auf die organinterne direkte Stellvertretung durch Verwaltungsratsmitglieder zu verzichten und stattdessen allein auf die organinterne Vertretung durch Suppleanten als die für das Unternehmen am besten geeignete Form zu setzen;
- ▶ andere mögliche Varianten oder Kombinationen zulässiger organinterner Vertretung in Betracht zu ziehen, wie zB die direkte Zuordnung eines Suppleanten zu einem Verwaltungsratsmitglied vorzusehen oder gar eine Präferenzordnung aufzustellen, nach welcher eine Vertretung vorgenommen werden sollte (beispielweise dass ein abwesendes Verwaltungsratsmitglied jeweils in der erster Linie ein

²³⁵ Vgl dazu auch *Oehri*, S 105, der wohl zu Recht anmerkt, dass in der Praxis »oftmals zu wenig Gebrauch davon gemacht wird, die Pflichten des Organs in den Statuten näher zu konkretisieren, und damit das Haftungsrisiko zu verringern«.

²³⁶ Siehe ausführlich zur Rechtsfigur der Ersatzmitglieder des Verwaltungsrats vorne unter Punkt I.C.1; zur Kombination von stellvertretendem Aufsichtsrats- bzw Verwaltungsratsmitglied und Ersatzmitgliedschaft siehe auch *Gortan*, S 38 mwH.

anderes Mitglied des gleichen Ausschusses, dem es angehört, mit der Wahrnehmung der Vertretung betrauen soll).

Bei der Entscheidung für die eine oder andere Art der organinternen Vertretung sind seitens der Gesellschaft viele Faktoren und Kriterien abzuwägen und zu diskutieren. Soll mit der Vertretungsregelung vor allem auch die Thematik der dauerhaften Funktionsfähigkeit und Vollbesetzung des Verwaltungsrats als Kollegialgremium abgesichert sein, allenfalls auch schon die Nachfolgeplanung angegangen werden, steht die Variante der gleichzeitigen Wahl von Personen zu Suppleanten und Ersatzmitgliedern im Vordergrund, weil diese zunächst im Einzelfall unmittelbar und ohne Vollmacht in die Stellung eines abwesenden Verwaltungsratsmitglieds für eine bestimmte Sitzung gelangen und – falls statutarisch gewollt – im Fall des definitiven Ausscheidens eines Verwaltungsratsmitglieds auch automatisch nachrücken können und so zu keiner Zeit eine Vakanz entsteht.

Bei einer rein rechtsgeschäftlichen Vertretungsmöglichkeit durch andere Verwaltungsratsmitglieder mittels Vollmacht kann eine Vollbesetzung des Verwaltungsrats als Gremium auch bei Annahme einer Vertretungspflicht (Vertretungsgebot) des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds mit letzter Sicherheit nicht gewährleistet werden. Denn weder die Generalversammlung noch andere Mitglieder des Verwaltungsrats oder dessen Präsident können ein abwesendes Verwaltungsratsmitglied effektiv zwingen, von seinem Vertretungsrecht Gebrauch zu machen und eine Vollmacht an ein anderes Mitglied auszustellen.²³⁷ Mitunter verliert ein Mitglied, das sich nicht vertreten lässt, das Vertrauen der Aktionäre, insbesondere dann, wenn aufgrund mangelnder Vertretung ein in den Statuten vorgesehenes qualifiziertes Stimmenquorum nicht eingehalten werden könnte. In einem solchen Fall würde es wohl zur Abwahl des entsprechenden Verwaltungsratsmitglieds kommen.

2. Regelung der Abwesenheits- und Verhinderungsgründe

Ein anderes Feld intensiver gestalterischer Betrachtung ist jenes der Abwesenheits- und Verhinderungsgründe, welche von Verwaltungsratsmitgliedern als Rechtfertigung ihres Fernbleibens angeführt werden dürfen. Eine klare, verständliche Regelung ist zur Gewährleistung

des reibungslosen Funktionierens und geordneter Abläufe und Prozesse angezeigt, zumal damit unnötige Diskussionen vermieden und die Diskussionskultur des Verwaltungsrats als Kollegialgremium nicht belastet wird.

Obwohl als Ausnahmebestimmung formuliert und gedacht (Vertretung immer nur für eine einzelne Sitzung) macht das Gesetz weder in Art 346 PGR noch an einer anderen Stelle Vorgaben zu den Gründen, welche eine Abwesenheit bzw Verhinderung rechtfertigen; es überlässt die Ausgestaltung und Regelung hierfür der Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit der jeweiligen Gesellschaft. Die Einräumung dieses Gestaltungsspielraums ist deshalb gerechtfertigt, da die Handlungen des Vertreters direkt dem Vertretenen zugerechnet werden und damit aufgrund einer Vertretung keinerlei nachteilige Auswirkungen hinsichtlich der gesetzlichen Ordnung der Verantwortlichkeit nach Art 218 ff PGR eintreten bzw mit einer Vertretung keine Haftungsbeschränkungen oder -befreiungen herbeigeführt werden können. Damit spielt es grundsätzlich keine Rolle, aus welchen Gründen ein Verwaltungsrat an einer Sitzung nicht teilnehmen kann.

Dennoch sollte in Wahrnehmung unternehmerischer Verantwortung eine Regelung der zulässigen Abwesenheits- und Verhinderungsgründe geschaffen werden. Ausgangspunkt einer inhaltlichen Auseinandersetzung für eine solche unternehmensspezifisch adäquate Regelung könnten dabei jene Gründe sein, welche bei Fehlen einer statutarischen Ermächtigung zur organinternen Vertretung als objektiv entschuldbar gelten und bei Abwesenheit jedenfalls keine haftungsbegründende Pflichtverletzung im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts des Verwaltungsratsmitglieds nach sich ziehen können.²³⁸ Als Gründe, welche eine Abwesenheit in diesem Sinne jedenfalls rechtfertigen, gelten Abwesenheiten und Verhinderungen aufgrund von Krankheit, Unfall oder der Erfüllung von gesetzlichen Pflichten sowie Ereignisse von höherer Gewalt (wie aktuell jene der weltweiten Reisebeschränkungen infolge der Covid-19-Pandemie).²³⁹

Allenfalls können unter Umständen auch anderweitige berufliche oder geschäftliche Verpflichtungen akzeptiert werden, was bei Verwaltungsratsmitgliedern,

²³⁷ Allenfalls verstösst ein Verwaltungsratsmitglied, das im Falle seiner Abwesenheit kein anderes Mitglied des Verwaltungsrats mit der Wahrnehmung der Vertretung bevollmächtigt, gegen einen Aktionärsbindungsvertrag. Dies betrifft jedoch allein das Innenverhältnis der Aktionäre, die Gesellschaft ist nicht Vertragspartei.

²³⁸ Eine unbegründete, verschuldete oder bewusste Abwesenheit eines Verwaltungsratsmitglieds kann umgekehrt eine haftungsbegründende Pflichtverletzung im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts nach Art 218 ff PGR darstellen. Als Paradebeispiel hierfür könnte der Fall angeführt werden, dass ein Verwaltungsrat einer Sitzung in Kenntnis dessen, dass schwerwiegende Entscheidungen zu treffen sind, bewusst fernbleibt; gleiches gilt auch für den Fall, dass ein Verwaltungsratsmitglied schlichtweg aus Zeitgründen regelmässig unentschuldigt zu Sitzungen nicht erscheint.

²³⁹ Vgl auch Müller/Thalmann, S 13.

die in mehreren Verwaltungsräten und entsprechenden Ausschüssen mitzuwirken haben, unweigerlich und objektiv begründet zu nicht vermeidbaren Terminkollisionen und -überschneidungen führen kann. Über die objektiv entschuldbaren Gründe hinaus können die Überlegungen einer Gesellschaft auch dahin gehen, die Zumutbarkeit als Massstab der Zulässigkeit anzusehen. Unter diesem Gesichtspunkt könnte beispielsweise die Anreise und physische Präsenz eines internationalen Verwaltungsratsmitglieds zu einer Sitzung, an welcher – wie in den einleitenden Fallkonstellationen im Zusammenhang mit der Durchführung von Kapitalerhöhungen beispielhaft dargestellt – reine Feststellungsbeschlüsse ohne jeglichen Entscheidungsspielraum getroffen oder aber reine Informations- und Routineaktanden behandelt werden, als unzumutbar angesehen werden.²⁴⁰

Aus Gründen der Rechtssicherheit für alle Betroffenen (die Gesellschaft, das einzelne Verwaltungsratsmitglied wie auch den Verwaltungsrat als Kollegialgremium) empfiehlt es sich, die Gründe in der Statutenbestimmung entsprechend beispielhaft anzuführen und vorzusehen, dass der konkrete Grund der jeweiligen Abwesenheit in der Vollmacht, welche dem Protokoll nach Art 346 Abs 2 PGR beizufügen ist, anzugeben oder aber dem Präsidenten des Verwaltungsrats verpflichtend mitzuteilen ist. Dasselbe gilt analog beim Einsatz eines Suppleanten. Der Grund der Abwesenheit des verhinderten Verwaltungsratsmitglieds ist im Protokoll ebenso zwingend anzuführen wie die Teilnahme des Suppleanten.

E. Exkurs: Zu den Regelungen der Vertretung bei der Europäischen Aktiengesellschaft

Wie unter Punkt III.B.3 ausgeführt, hat das SE-Gesetz (in Ausführung der SE-Verordnung) für die Leitungsstruktur der Europäischen Aktiengesellschaft wahlweise das monistische wie auch das dualistische System vorgesehen. Das dabei anzuwendende Recht ergibt sich aus der Kaskadenanknüpfung nach Art 2 SE-Gesetz. Demnach gelten in erster Linie die unmittelbar und direkt anwendbaren Vorschriften der SE-Verordnung, sodann die Bestimmungen des Gesetzes und subsidiär bestimmte Abschnitte des PGR.

Bezüglich der hier interessierenden Frage der organinternen Vertretung in den Leitungs- und Aufsichtsorganen gilt folgendes. Das SE-Gesetz äussert sich zur Frage der Vertretung im Verwaltungsrat bei Anwendung des *monistischen Systems* nicht. Über die Verweisnorm von Art 2 SE-Gesetz finden somit die einschlägigen Bestimmungen des PGR subsidiär und ergänzend Anwendung, auch jene zur organinternen Vertretung nach Art 346

PGR (direkte Stellvertretung) sowie Art 180 Abs 5 PGR (stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder als Suppleanten). Die Rechtslage bezüglich der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat bei der SE, wenn diese nach dem monistischen System gemäss Art 36 ff SE-Gesetz aufgebaut ist, entspricht damit derjenigen gemäss PGR.

Im Rahmen des *dualistischen Systems* wird zwischen dem Leitungsorgan und dem Aufsichtsorgan unterschieden. Art 17 Abs 1 letzter Satz SE-Gesetz sieht bezüglich des Leitungsorgans vor, dass die Art 180 bis 191 und 341 bis 349 PGR von der Anwendung ausgenommen sind, sohin auch die hier interessierenden Art 180 Abs 5 PGR und Art 346 PGR. Dasselbe gilt gemäss Art 27 Abs 1 letzter Satz SE-Gesetz auch für das Aufsichtsorgan. Stattdessen hat der Gesetzgeber für beide Organe unter der Sachüberschrift »Stellvertretung« – in Art 21 SE-Gesetz für das Leitungsorgan und in Art 30 SE-Gesetz für das Aufsichtsorgan – je eigene, mit Art 346 PGR materiell komplett gleichlautende Regelungen erlassen sowie in Abs 4 der jeweiligen Bestimmungen auch die Vorschrift von Art 180 Abs 5 PGR für analog anwendbar erklärt.

F. Würdigung

In den Kapiteln II bis IV wurden Fragen- und Themenstellungen, welche sich im Zusammenhang mit der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft im Allgemeinen und bei einer Bank im Besonderen stellen, aufgearbeitet, analysiert und bewertet. Die dabei gezogenen Schlussfolgerungen bilden Grundlage für die dogmatische Einordnung sowie eine Gesamtsicht der seitens des PGR gebotenen Möglichkeiten der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat in diesem Kapitel. Die Würdigung hierzu fällt wie folgt aus:

- ▷ Mit Art 346 PGR wurde im Aktienrecht eine ausdrückliche, dispositive Regelung für die rechtsgeschäftliche direkte Stellvertretung im Verwaltungsrat geschaffen; dies im Unterschied zur Rezeptionsquelle des schweizerischen Aktienrechts. Die Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist begrüssenswert und hat sich bewährt, insbesondere wenn man bedenkt, wie schwer sich die schweizerische Lehre mit der Frage der Zulässigkeit der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat bis heute tut.
- ▷ Mit der Schaffung von Art 346 PGR dokumentiert der Gesetzgeber einerseits, dass die gesetzlich vorgesehenen Beschlussverfahren zur körperschaftlichen Willensbildung im Verwaltungsrat (physische Versammlung und Zirkularverfahren) mitunter nicht allen Situationen gerecht werden können. Andererseits überlässt er es der jeweiligen Aktiengesellschaft, wertungsmässig darüber zu befinden und

²⁴⁰ Siehe dazu vorne unter Punkt II.A.

entscheiden, ob im Falle der Abwesenheit oder Verhinderung eines Verwaltungsratsmitglieds auf dessen Wissen und Erfahrung nicht verzichtet werden soll, dessen indirekte Teilnahme wichtig ist und dem Verwaltungsratsmitglied folglich ein Vertretungsrecht eingeräumt werden soll.

- ▷ Das Aktienrecht trifft in Art 346 PGR eine abschliessende Regelung der organinternen direkten Stellvertretung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage. Die Bestimmung sieht verbindliche Leitplanken (notwendiger Ermächtigungsvorbehalt in den Statuten, vertretungsberechtigte Personen, Vollmachtserteilung für Vertretung im Einzelfall für eine Sitzung) vor und setzt damit hohe Legitimationshürden für die direkte Stellvertretung. Sie schliesst damit eine rechtsgeschäftliche Vertretung durch beliebige Drittpersonen aus, überlässt die konkrete weitere Ausgestaltung der organinternen Vertretung im Rahmen der Leitplanken jedoch der jeweiligen Aktiengesellschaft.
- ▷ Die organinterne direkte Stellvertretung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage nach Art 346 PGR fügt sich nahtlos zusammen mit der weiteren vom PGR vorgesehenen Alternative der organinternen Vertretung, nämlich jener der Bestellung von Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder im Sinne von 180 Abs 5 PGR, welche im Einzelfall die Stelle eines abwesenden oder verhinderten Verwaltungsratsmitglieds übernehmen und in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst handeln.
- ▷ Die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat hat keinen Einfluss auf die Schutzziele des Aktienrechts. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit ist sowohl bei der organinternen direkten Stellvertretung nach Art 346 PGR also auch im Falle derjenigen mit Suppleanten klar geregelt und erleidet keine Einbussen. Berechtigte Interessen von Aktionären und Partizipanten können mit einer wohl überlegten Vertretungsregelung sogar noch besser geschützt werden.
- ▷ Die organinterne Vertretung hat auch keinen negativen Einfluss auf die einzuhaltende Sorgfalts- und Treuepflicht. Ein Verwaltungsratsmitglied wie auch ein Suppleant haben »so oder so die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren«²⁴¹, unabhängig davon, ob jemand in eigenem oder im Namen eines anderen Verwaltungsratsmitglieds auftritt und handelt.
- ▷ Das PGR räumt der Aktiengesellschaft grossen gestalterischen Spielraum hinsichtlich der für das jeweilige Unternehmen adäquat erscheinenden Ausgestaltung der organinternen Vertretung im Ver-

waltungsrat ein. Mit diesem Gestaltungsspielraum einher geht eine nicht zu unterschätzende Verantwortung, sich mit dieser Frage konkret auseinanderzusetzen. Dies betrifft nicht nur die Art der organinternen Vertretung (direkte Stellvertretung und/oder Suppleanten), sondern vor allem auch die konkrete Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Verwaltungsratsmitglieder (insbesondere auch im Lichte möglicher Haftungen und Verantwortlichkeiten) sowie die Verfassung von Verfahrensregeln, wie und auf welche Weise Suppleanten in die laufende Arbeit des Verwaltungsrats eingebunden werden und im Bedarfsfall zum Einsatz kommen sollen. Eine statutarische Standardklausel wird der Thematik der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat jedenfalls nicht gerecht und wird langfristig zu Problemen führen.

- ▷ Im Zuge der Überlegungen zur konkreten Ausgestaltung der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat können legitimer- und vernünftigerweise auch andere Ziele verfolgt werden. So kann eine Gesellschaft beispielsweise ihre Überlegungen zur organinternen Vertretung im Verwaltungsrat mit Überlegungen der Nachfolgeplanung und des Wissenserhalts im Verwaltungsrat verknüpfen.
- ▷ Im Zusammenhang mit der organinternen Vertretung als kritisch anzusehen ist die in Art 346 Abs 3 PGR vorgesehene Zulässigkeit einer Mehrfachvertretung. Nach hier vertretener Auffassung sollte sich die Vertretung auf jeweils ein abwesendes oder verhindertes Verwaltungsratsmitglied beschränken, zumal dann, wenn die vertretungsbefugte Person mangels oder aufgrund ungenügender Weisungen des abwesenden oder verhinderten Mitglieds nach dessen mutmasslichen Willen handeln und abstimmen soll.

VI. Analyse der organinternen Vertretung im Bankverwaltungsrat im Speziellen

Die Ausführungen in den bisherigen Kapiteln haben gezeigt, dass es sich bei der Bank um eine hoch regulierte Aktiengesellschaft handelt. Die Verrechtlichung betrifft die Tätigkeit als solche, die Governance und Organisationsstruktur wie auch die Gewährsanforderungen, welche an die Mitglieder des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung sowie die Inhaber von Schlüsselfunktionen gestellt werden. Auf der Grundlage der dazu gewonnenen Erkenntnisse sowie der umfangreichen Darstellung zur organinternen Vertretung im Verwaltungsrat einer regulären Aktiengesellschaft stellen sich für die Beurteilung der organinternen Vertretung

²⁴¹ Sommer, S 32, siehe auch S 33.

in einem Bankverwaltungsrat drei Fragen, welche abschliessend einer Klärung bedürfen.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob das Bankenaufsichtsrecht aufgrund des bankengesetzlichen Spezialitätsvorbehalts einen exklusiven, teilweisen oder gar keinen Regelungsanspruch für die Thematik der organinternen Vertretung in einem Bankverwaltungsrat erhebt.²⁴² Sodann ist zu beurteilen, welche der untersuchten bankenaufsichtsrechtlichen Anforderungen bei der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat jedenfalls unmittelbare Beachtung verlangen. Schliesslich ist drittens darauf einzugehen, ob der gesteigerte Schutzauftrag des Bankenaufsichtsrechts und die damit zusammenhängenden aufsichtsrechtlichen Wertungen allenfalls Modifikationen bei der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat notwendig machen und wie solche aussehen könnten.

A. Geltung der aktienrechtlichen Vertretungsregelungen

Die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat ist nach aktienrechtlichen Gesichtspunkten nicht eine Frage des strukturellen, klassischen Organisationsrechts und der internen Governance. Es handelt sich hierbei, wie ausführlich dargestellt, um eine Thematik im Rahmen der Regelung des Willensbildungsprozesses des Verwaltungsrats als Exekutivorgan einerseits sowie der mit der Organstellung (Rechtsverhältnis zur Gesellschaft) zusammenhängenden Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds andererseits.²⁴³

Das gilt für den Bankverwaltungsrat als Kollegialgremium wie auch für jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied einer Bank genauso. Es gibt diesbezüglich keinen Unterschied zum Verwaltungsrat einer nicht durch Spezialgesetz näher regulierten Aktiengesellschaft. Das Bankenaufsichtsrecht erhebt deshalb zu Recht keinen Regelungsanspruch bezüglich des Prozesses der Willensbildung und des Beschlussverfahrens im Verwaltungsrat. Es gelten hierfür somit die fragmentarischen Regelungen des PGR. Die Willensbildung des Bankverwaltungsrats soll demnach grundsätzlich direkt durch physische und persönliche Teilnahme der ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder anlässlich von gemeinsamen Sitzungen durch mündliche Beratung stattfinden. In Ausnahmefällen soll alternativ und in Abweichung vom strikten Versammlungsprinzip die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg erfolgen können.

Das Gesagte trifft auch auf die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat einer Bank zu, wenn es also

einerseits darum geht zu entscheiden, ob ein Mitglied, welches nicht persönlich an einer Sitzung teilnehmen kann, sich an einer Sitzung des Verwaltungsrats durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied oder durch einen im Handelsregister eingetragenen Ersatzmann nach Art 346 PGR vertreten lassen und so indirekt an der Willensbildung mitwirken kann. Das Bankenaufsichtsrecht regelt diese Frage nicht und erhebt auch keinen Regelungsanspruch.

Dasselbe ist andererseits auch mit Blick auf die organinterne Vertretung durch Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder im Sinne von Art 180 Abs 5 PGR zu sagen, wenn diese an Stelle des abwesenden und verhinderten Verwaltungsratsmitglieds an einer Sitzung des Bankverwaltungsrats teilnehmen und dabei als formelle Organmitglieder in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst agieren. Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Bestellung von Suppleanten bemisst sich ausschliesslich nach dem Gesellschaftsrecht.

Ebenso ist darüber hinaus anzumerken, dass auch mit Bezug auf sog Ersatzmitglieder, welche bei definitivem Ausscheiden eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds automatisch in den Verwaltungsrat einer Bank nachrücken sollen, nichts anderes gilt. Das Bankenaufsichtsrecht regelt diese Frage nicht, es gelangen ausschliesslich die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften auch für den Bankverwaltungsrat zur Anwendung.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die in Kapitel V gemachten Ausführungen zu den Voraussetzungen, den Gestaltungsspielräumen und Grenzen der organinternen Vertretung ohne weiteres auch für den Bankverwaltungsrat gelten. Den Aktionären einer regulierten Bankaktiengesellschaft stehen somit – genauso wie jenen einer regulären Aktiengesellschaft – mannigfaltige Möglichkeiten offen, eine organinterne Vertretung im Verwaltungsrat ihrer Bank im Rahmen der hierfür vom PGR gesetzten formellen und materiellen Leitplanken vorzusehen, insbesondere hierfür die entsprechenden und jeweils notwendigen Grundlagen für eine praxisnahe Ausgestaltung in den Statuten zu schaffen.

B. Organgewähr der Suppleanten als bankenaufsichtsrechtliche Anforderung

Das Bankenaufsichtsrecht stellt hohe Anforderungen an die Organisation einer Bank wie auch die Organe, welche die Bank leiten und führen. Wie wir gesehen haben, müssen im Rahmen der sog Organgewähr insbesondere auch die Mitglieder des Verwaltungsrats nach Art 19 Abs 1 BankG jederzeit »Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit« bieten, dies sowohl in fachlicher wie auch persönlicher Hinsicht. Diese Gewährspflicht trifft

²⁴² Siehe ausführlich vorne unter Punkt III.A.2.

²⁴³ Siehe dazu vorne unter Punkt III.E.

sowohl die Bank als Organträger (Organträgergewähr) wie auch die Organmitglieder (Organgewähr) selbst.²⁴⁴

Die vom Bankenaufsichtsrecht vorgenommene Einschränkung, dass nur natürliche Personen als Mitglieder des Verwaltungsrats einer Bank gewählt werden können, gilt auch für Suppleanten. Juristische Personen sind ausgeschlossen.²⁴⁵ Als formelle Organmitglieder gelten die für die ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder aufgestellten Gewährskriterien der persönlichen und fachlichen Eignung gleichermassen auch für die Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder. Suppleanten haben gleich wie die ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder den sog Fit- and Proper-Test zu bestehen. Die Pflicht zur Vorprüfung der persönlichen wie fachlichen Eignung ist von der jeweiligen Bank (bei der erstmaligen Bestellung, der Neubesetzung wie auch Wiederwahl von Suppleanten) vorzunehmen. Nach erfolgter Wahl hat die Bank die Bestellung von Suppleanten der FMA zu melden, welche ihrerseits nun das amtsseitige Prüfverfahren durchführt.

Suppleanten einer Bank werden auch erst dann im Handelsregister eingetragen, wenn die Gewährsprüfung abgeschlossen ist und die Genehmigung der FMA vorliegt. Anzumerken bleibt, dass die Einhaltung der Gewährskriterien auch für die Suppleanten jederzeit, wie dies Art 19 Abs 1 BankG fordert, gewährleistet sein muss. Bei den Gewährskriterien handelt sich um dauerhaft zu erfüllende berufsspezifische Zusatzqualifikationen, welche nicht nur zum Zeitpunkt der Bewilligungserteilung, sondern während der gesamten Dauer der Ausübung der Tätigkeit erfüllt sein müssen. Die Überprüfung ist gleich den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern regelmässig, bei Ereignissen, die eine Prüfung notwendig machen, unmittelbar durchzuführen. Die Überprüfung obliegt dem jeweiligen Bankinstitut. Die Bank ist gehalten, entsprechende Verfahren wie auch Eignungskriterien für Suppleanten in das entsprechende Reglement für ordentliche Verwaltungsratsmitglieder aufzunehmen. Erfüllt ein Suppleant die Eignungskriterien nicht mehr, hat die Bank die FMA zu informieren und von sich aus die geeigneten Massnahmen zu ergreifen, den Suppleanten allenfalls auch zu ersetzen. Gelangt die FMA zur Auffassung, dass ein Suppleant als stellvertretendes Verwaltungsratsmitglied nicht mehr die notwendige Gewähr bietet, kann sie der Bank geeignete Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustands verbindlich vorschreiben oder in Analogie zu Art 35 Abs 2 Bst r BankG letztendlich die Abberufung eines Suppleanten verlangen.²⁴⁶

Das soeben zu den Suppleanten Ausgeführte gilt auch für sog Ersatzmitglieder des Verwaltungsrats, welche von der Generalversammlung für den Fall des vorzeitigen definitiven Ausscheidens eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds, also zB bei Abberufung eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds infolge Nichterfüllung der Gewährskriterien, bestellt werden. Da ein Ersatzmitglied erst mit Eintritt des Ersatzfalls nachrückt, dann formelles Organmitglied wird und in das Handelsregister als ordentliches Verwaltungsratsmitglied anzumelden und einzutragen ist, kann und muss die Gewährsprüfung auch erst dann stattfinden.

Anders stellt sich die Situation mit Bezug auf die sog Ersatzmänner nach Art 346 PGR dar. Diese werden zwar von der Generalversammlung gewählt und sind zum Schutz des Rechtsverkehrs in das Handelsregister einzutragen, unterliegen aber keiner Gewährspflicht oder sonstigen Vorschriften des Bankenaufsichtsrechts. Ersatzmännern kommt keine Organstellung zu, sie haben keinerlei organschaftliche Mitwirkungsrechte oder Mitwirkungspflichten. Auch sind sie nicht Mitarbeitende der Bank, welche wie zB der Leiter der Internen Revision der sog Mitarbeitengewähr unterliegen. Bei den Ersatzmännern handelt es sich um aktienrechtlich zur direkten Stellvertretung eines Verwaltungsratsmitglieds legitimierte Personen, für welche seitens des Bankenaufsichtsrechts keine besonderen Anforderungen gestellt werden und keine Gewährskriterien zur Anwendung gelangen können. Auch gilt die Einschränkung auf natürliche Personen nicht. Zu Ersatzmännern nach Art 346 PGR können auch juristische Personen bestellt werden.

C. Organschaftliche Mitwirkung der Suppleanten

Wie wir bei den Suppleanten regulärer Aktiengesellschaften gesehen haben, ist diesen ein Informations- und Auskunftsrecht auch für die Zeit zu gewähren, für welche sie nicht aktiv zum Einsatz kommen. Damit haben Suppleanten Zugang zum Verwaltungsrat als Kollegium, sind adäquat eingebunden, erhalten Informationen zur Tätigkeit des Verwaltungsrats und werden mit Informationen der Gesellschaft versorgt, um jederzeit einspringen zu können. Zudem steht der Präsident des Verwaltungsrats den Suppleanten als Ansprechpartner und Auskunftsperson zur Verfügung. Allerdings stehen Suppleanten von vorneherein nicht alle Teilrechte einer aktiven Mitwirkung zu, wie dies bei den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern der Fall ist. Eingeschränkte Mitwirkungsrechten stehen auch eingeschränkte Mitwirkungspflichten gegenüber, solange Suppleanten nicht im Einsatz sind. Alles zur Rechtsstellung von Suppleanten regulärer Aktiengesellschaften Gesagte beansprucht auch Geltung für Suppleanten eines Bank-

²⁴⁴ Siehe dazu vorne unter Punkt IV.B.2 bis IV.B.4.

²⁴⁵ Siehe dazu vorne unter Punkt IV.B.1.

²⁴⁶ Siehe dazu vorne unter Punkt IV.B.4.

verwaltungsrats und es kann auf die Ausführungen vorne verwiesen werden.²⁴⁷

Das Bankenaufsichtsrecht sieht für den Verwaltungsrat einer Bank weitergehende Informationsrechte gegenüber der Geschäftsleitung und auch direkt gegenüber einzelnen Organisationseinheiten der Bank vor. Das zeigt sich beispielsweise darin, dass die Interne Revision direkt dem Verwaltungsrat untersteht bzw das Risikomanagement direkte Berichtspflichten an den Verwaltungsrat hat. Diesen Informationsrechten stehen aus Sicht der organschaftlichen Mitwirkungspflicht entsprechende Informationspflichten gegenüber. Diese organschaftlichen Rechte und Pflichten stehen auch Suppleanten jederzeit zu bzw treffen diese. Die Ausübung sollte koordiniert über den Präsidenten des Verwaltungsrats erfolgen. Suppleanten werden damit Empfänger von streng vertraulichen internen Informationen der Bank. Diese Tatsache steht den Informationsrechten nicht entgegen. Als formelle Organmitglieder unterstehen Suppleanten wie ordentliche Verwaltungsratsmitglieder der Verschwiegenheit.

D. Aufsichtsrechtliche Modifikationen nach dem Proportionalitätsprinzip

Das Bankenaufsichtsrecht ist dem Gläubigerschutz wie dem System- und Funktionsschutz verpflichtet. Diese nach aussen gerichteten Schutzziele sind beim Bankenaufsichtsrecht eindeutig ausgeprägter als beim Aktienrecht. Auch wenn nun, wie bei der Frage der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat einer Bank, das Bankenaufsichtsrecht keinen Regelungsanspruch erhebt und keine eigenen Bestimmungen vorsieht, so können die anzuwendenden aktienrechtlichen Vorschriften aufgrund des gesteigerten Schutzauftrags des Bankenaufsichtsrechts mitunter mit aufsichtsrechtlichen Wertungen modifiziert werden.²⁴⁸

Ganz grundsätzlich und wichtig ist in diesem Zusammenhang vorweg zu schicken, dass die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat keine Beeinträchtigung der Schutzziele des Bankenaufsichtsrechts zur Folge hat. Die Einhaltung der Gewährspflichten ist vollumfänglich gewährleistet. Ebenso ist die Verantwortlichkeit bei der organinternen Vertretung nach Art 346 PGR (direkte Stellvertretung) wie auch im Falle derjenigen durch Suppleanten klar geregelt und erleidet keine Einbussen. Dasselbe gilt für die einzuhaltenden Sorgfalts- und Treuepflichten der handelnden Organmitglieder.

Nichtsdestotrotz hat die FMA die Pflicht, die Organisation einer Bank und somit auch die Organisation des Verwaltungsrats mit Blick auf die Gewährleistung der

Schutzziele in den Statuten und Reglementen individuell für jedes Institut und dem Proportionalitätsprinzip folgend zu beurteilen.²⁴⁹ Davon kann die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat nicht gänzlich ausgenommen sein. Unter Beachtung des Proportionalitätsprinzips hat die aufsichtsrechtliche Modifikation von Regelungen zur organinternen Vertretung seitens der FMA jedoch inhaltlich sehr zurückhaltend zu erfolgen, insbesondere dann, wenn es um gesteigerte Anforderungen an die getroffenen Regelungen gehen sollte. Die organinterne Vertretung gehört nämlich unter das Schutzziel des internen Interessenausgleichs innerhalb der Bank. Der Schutz der Interessen der Aktionäre oder sonstiger Interessensgruppen wie auch der Mitarbeitenden fällt ausschliesslich unter die rechtliche Domäne des Aktienrechts. Gänzlich unmöglich wäre es demzufolge, dass der Genehmigungs- und Zustimmungsvorbehalt der FMA bezüglich der Statuten (Art 21 Abs 3 iVm Art 35 Abs 3 Bst b BankG) dazu führte, dass die Aufnahme von Vertretungsregelungen in die Statuten einer Bank generell verhindert und untersagt würde. Art 21 Abs 3 BankG stellt keine allgemeine Verbotsnorm dar. Der FMA steht eine Kompetenz zur gänzlichen Ablehnung von Vertretungsregelungen nicht zu. Jedoch dürfte die FMA sicherlich formell fordern, dass sämtliche Regelungen der organinternen Vertretung seitens der Bank hinreichend klar in den Statuten und weiterführenden Reglementen gefasst sind sowie die Motive und Überlegungen, welche zu einer konkreten Vertretungsregelung geführt haben, unter dem Aspekt der Klarheit der Governance seitens der Bank offen gelegt werden. Wenn auch inhaltlich grösste Zurückhaltung angebracht ist, dürfte die FMA unter Heranziehung des Proportionalitätsprinzips und der kollektiven Gewährspflicht für den Verwaltungsrat als Gremium beispielsweise wohl verlangen, dass bei gegebenen Umständen des erhöhten Risikoprofils einer Bank für jedes ordentlich gewählte Verwaltungsratsmitglied ein eigener Suppleant bestellt wird und nicht bloss einer für alle. Eine allzu weite Fassung möglicher Abwesenheits- und Verhinderungsgründe bei der organinternen Vertretung würde von der FMA zu Recht nicht akzeptiert werden, weil damit allenfalls das Gewährselement der zeitlichen Verfügbarkeit der Verwaltungsratsmitglieder und möglicherweise auch die kollektive Gewähr untergraben wird.²⁵⁰ Ebenso dürfte die schon unter aktienrechtlichen Gesichtspunkten sehr fragwürdige Mehrfachvertretung nach Art 346 Abs 3 PGR abgelehnt werden, um die Gefahr einer missbräuchlichen Stimmabgabe und möglichen Verfälschung der Willensbildung von vorneherein auszuschalten.²⁵¹

247 Siehe dazu vorne unter Punkt V.C.3.

248 Siehe dazu vorne unter Punkt III.A.

249 Siehe dazu vorne unter Punkt III.C.2.

250 Siehe dazu vorne unter Punkt IV.B.2 und IV.B.3.

251 Siehe dazu vorne unter Punkt V.B.6.

Jedenfalls unterliegt eine aufsichtsrechtliche Modifikation der nach Aktienrecht von einer Bank aufgestellten Vertretungsregelungen stets der Beurteilung im Einzelfall, dies unter Berücksichtigung und Abwägung aller Schutzzielinteressen. Die Anwendung des Proportionalitätsprinzips geht von der Bank selbst aus und liegt durchaus auch in deren Interesse.

VII. Ergebnisse der Untersuchung und Würdigung

Die organinterne Vertretung im Verwaltungsrat liechtensteinischer Aktiengesellschaften wird trotz der vielfältigen Möglichkeiten, welche das PGR mit Art 346 PGR (direkte Stellvertretung) und dem Einsatz von Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder nach Art 180 Abs 5 PGR seit bald 100 Jahren bietet, bisher sowohl im Schrifttum wie vor allem auch in der Praxis sehr stiefmütterlich behandelt.²⁵² Dies liegt zum einen daran, dass die organinterne Vertretung oftmals pauschal als wenig sinnvoll bezeichnet und als Relikt aus Krisen- und Kriegszeiten betrachtet wird, welche im vorigen Jahrhundert zur Gewährleistung der dauerhaften Funktionsfähigkeit des Verwaltungsrats geschaffen wurde. Wie schnell unerwartete Situationen mit globalen und weitreichenden Auswirkungen wieder auftreten können, hat die Coronakrise Anfang 2020 gezeigt.

Zum anderen scheint weitgehend unbekannt zu sein, dass die Zwecke, welche mit einer organinternen Vertretung angestrebt werden, sich mit anderen Zielen wie etwa der Nachfolgeplanung oder der Aufrechterhaltung der Kontinuität im Verwaltungsrat auf ideale Weise kombinieren lassen. Eine verantwortungsvolle Beschäftigung mit dem Bedarf einer organinternen Vertretung liegt somit im Interesse der jeweiligen Gesellschaft und kann aufgrund des Interessensausgleichs, der innerhalb der Gesellschaft erzielt werden soll, sogar angezeit sein.

Tatsache ist, dass die aktienrechtlich vorgesehenen und aufsichtsrechtlich insbesondere über die Gewährspflicht abgesicherten Möglichkeiten einer organinternen Vertretung in Verwaltungsräten heute kaum genutzt werden.²⁵³ Unternehmen (auch Banken) sind und

bleiben damit im engen und fragmentarischen Korsett der vom PGR für den Verwaltungsrat vorgesehenen Beschlussfassungsverfahren, also zwischen physischen Verwaltungsratssitzungen einerseits und dem Zirkularbeschlussverfahren andererseits, verhaftet. Nur wenige Gesellschaften treffen in ihren Statuten Vorsorge für einzelne oder alternative Vertretungsmöglichkeiten, was entweder an der Unwissenheit oder Unkenntnis über diese Möglichkeiten selbst liegt oder schlicht an der Tatsache, dass Statuten in der Regel mehrheitlich von vorliegenden Beispielen kopiert, statt individuell auf das Unternehmen zugeschnitten werden. Das gilt auch für Aktiengesellschaften, welche wie Banken zusätzlich spezialgesetzlich reguliert sind, obwohl die organinterne Vertretung im Bankverwaltungsrat mit den Schutzzielen des Aufsichtsrechts sowie den Grundsätzen des Verantwortlichkeitsrechts der Organe vereinbar ist.

Die mangelnde Auseinandersetzung mit der Frage der organinternen Vertretung im Verwaltungsrat kann sich als vertane Chance erweisen. Mit der Schaffung von fein austarierten Regelungen kann sowohl die Teilnahme an der Willensbildung im Einzelfall verhinderter oder abwesender Verwaltungsratsmitglieder sinnvoll ausgestaltet als auch die kollektive Eignung des Verwaltungsrats als Gremium trotz Verhinderungen sichergestellt und die Pflicht einer adäquaten Nachfolgeplanung erfüllt werden. Damit können also alle Vorteile der Kontinuität und der Wissensauschöpfung im Verwaltungsrat genutzt werden.

Detaillierte und stufengerechte Vertretungsregelungen erfordern eine intensive, mitunter anstrengende Auseinandersetzung mit der Thematik. Es ist das Finden von Antworten auf eine ganze Reihe von Fragen und Fallkonstellationen, welche bei jedem Unternehmen individuell anders ausfallen. Standardisierte Vertretungsklauseln werden der Aufgabenstellung, welche den Vertretern zukommt, nicht gerecht und schaffen mitunter langfristig mehr Probleme, als sie solche lösen. Nichtsdestotrotz helfen Formulierungsvorschläge für Vertretungsregelungen als Ausgangspunkt für Diskussionen und als Gestaltungsgrundelemente für die Verfassung ebensolcher in Statuten und weiterführenden Regelungen.

Im Folgenden wird deshalb abschliessend der Versuch unternommen, in Anlehnung an andere, bereits existierende Formulierungsvorschläge solche Gestaltungs-klauseln darzulegen. Diese sind jedoch keineswegs dafür gedacht noch dazu geeignet, ohne weiteres in die Statuten jeder Aktiengesellschaft oder jedes Bankinstituts übernommen zu werden. Vielmehr mögen sie

²⁵² Siehe dazu bereits vorne in Fn 13; demnach befassen sich bislang einzig *Sele/Marxer/Nardi*, S 63 ff, in einem Aufsatz mit der Thematik der Vertretung im Verwaltungsrat liechtensteinischer Aktiengesellschaften.

²⁵³ Nach Auskunft des Amts für Justiz, Abteilung Handelsregister, kommen zwar Statutenbestimmungen zur direkten Stellvertretung in der Praxis nicht selten vor. Es werden dabei jedoch stets knapp gefasste Standardklauseln verwendet, wie etwa folgende: »Die Vertretung eines Verwaltungsratsmitgliedes durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied durch Erteilung einer entsprechenden Vollmacht ist zulässig.« Vertretungsregelungen

mit Ersatzmännern wurden, wie vom Amt für Justiz bestätigt, dabei bisher nicht mitbedacht; siehe dazu auch *Sele/Marxer/Nardi*, S 65.

als Vorschläge für eine grundsätzliche Diskussion und als Textbausteine genutzt und an die jeweilige spezifische Situation angepasst werden, um so den individuellen Regelungszielen gerecht zu werden.

A. Gestaltungsklauseln für die organinterne direkte Stellvertretung

Eine Aktiengesellschaft bzw ein Bankinstitut, das die direkte Stellvertretung nach Art 346 PGR vorsehen möchte, könnte, je nachdem, ob sie sowohl andere Verwaltungsratsmitglieder als auch im Handelsregister eingetragene Ersatzmänner vorsehen will, von folgender oder ähnlicher Formulierung in den Statuten ausgehen:

»Ein abwesendes Verwaltungsratsmitglied kann sich mittels einer schriftlichen, für eine spezielle Sitzung erteilten Vollmacht durch ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates (oder einen von der Generalversammlung gewählten und im Handelsregister eingetragenen Ersatzmann) vertreten lassen. Dabei kann kein Verwaltungsratsmitglied (und kein Ersatzmann) mehr als ein anderes Mitglied vertreten. Die diesbezüglichen Vollmachten sind dem Protokoll beizufügen. Die von der Generalversammlung bestellten Ersatzmänner haben über ein Mindestmass an rechtlichen, finanziellen und organisatorischen Kenntnissen zu verfügen.«

Diese in Anlehnung an Weber²⁵⁴ formulierte Grundklausel sollte um folgenden Zusatz ergänzt werden:

»Die erteilte Vollmacht hat sowohl die einzelne Sitzung mit Datum explizit zu benennen als auch die Sachgeschäfte, für die diese gilt. Das vertretene Verwaltungsratsmitglied hat nach Möglichkeit zeitgerecht für die Bevollmächtigung Sorge zu tragen und den Verwaltungsratspräsidenten innert nützlicher Frist darüber zu informieren. Das vertretene Verwaltungsratsmitglied hat den Ersatzmann in der Vollmacht zur Verschwiegenheit zu verpflichten.

Weisungen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds dürfen keine Auswirkungen auf die Meinungsbildung des vertretenden Verwaltungsratsmitglieds für seine eigene Stimmabgabe entfalten. Weisungen des abwesenden Verwaltungsratsmitglieds betreffen lediglich die eigene Position für Wirkung und im Namen des Vertretenen.

Bei Entscheiden, bei welchen statutarische Präsenz- und/oder Stimmenquoten zu beachten sind, gilt die Vertretung als Anwesenheit und die Stimme des Abwesenden ist mit einzurechnen. Mit einer Vertretung

können Stimmrechtsbeschränkungen (zB aufgrund bei in der Person des Vertretenen gelegenen Ausstandsgründen) nicht umgangen werden.«

Zusätzlich sollte aus den Statuten hervorgehen, dass eine Abwesenheit und Vertretung eines Verwaltungsratsmitglieds nicht der Regelfall sein darf, sondern für den Ausnahmefall und bei Vorliegen zwingender Gründe vorgesehen ist. Es empfiehlt sich die zwingenden Gründe zumindest exemplarisch zu benennen. Ein Vorschlag, den jede Gesellschaft entsprechend seiner eigenen Interessenlage adaptieren sollte, könnte wie folgt lauten:

»Ein Verwaltungsratsmitglied kann sich aus zwingenden Gründen für eine Verwaltungsratssitzung entschuldigen und durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied (oder einen im Handelsregister eingetragenen Ersatzmann) vertreten lassen. Als zwingende Gründe gelten Ereignisse höherer Gewalt, Unfall, Krankheit, Erfüllung gesetzlicher Pflichten,²⁵⁵ Notfall in der Familie (engste Familienangehörige) sowie auftretende Konfliktsituationen im Rahmen der Ausübung von Verwaltungsratsmandaten, wenn trotz redlicher Bemühungen eine Terminkollision unabwendbar ist.«

B. Gestaltungsklauseln für die organinterne Vertretung durch Suppleanten

Will eine Aktiengesellschaft oder ein Bankinstitut die organinterne Vertretung durch Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder in seinen Statuten verwirklichen, so kann beispielsweise von folgender Gestaltungsklausel ausgegangen und von dieser in auf das Unternehmen zugeschnittener Form Gebrauch gemacht werden:

»Die Generalversammlung kann unter Beachtung derselben Wählbarkeitsvoraussetzungen, wie sie für ordentliche Verwaltungsratsmitglieder gelten, für vorübergehend abwesende oder verhinderte Verwaltungsratsmitglieder sog. Suppleanten als stellvertretende Verwaltungsratsmitglieder wählen und diese als solche legitimieren.

Suppleanten stehen mit der Wahl und ihrer Annahmeerklärung in einem organschaftlichen Rechtsverhältnis zur Gesellschaft und sind zur Verschwiegenheit verpflichtet. Suppleanten sind in das Handelsregister einzutragen und werden bei der Bestimmung der von den Statuten festgelegten Höchstzahl der Verwaltungsratsmitglieder nicht mit eingerechnet.

254 Erweiterte Formulierung in Analogie zu jener von Weber, Stellvertretung, S 173.

255 Siehe auch Müller/Thalmann, S 13.

Suppleanten haben grundsätzlich dieselben organ-schaftlichen Mitwirkungsrechte und Mitwirkungspflichten wie ordentliche Verwaltungsratsmitglieder, insbesondere ein Informations- und Auskunftsrecht. Das Recht zur Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen (inklusive das Recht zur Meinungsäußerung und Antragstellung) sowie das Stimmrecht steht ihnen nur zu, wenn sie im Verhinderungsfall eines ordentlichen Verwaltungsratsmitglieds in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst an einer Sitzung zum Einsatz kommen. Im Verhinderungsfall verliert im Gegenzug das abwesende bzw. verhinderte Verwaltungsratsmitglied seine organschaftlichen Mitwirkungsrechte, insbesondere sein Stimmrecht.

Verhinderungsfälle sind dem Verwaltungsratspräsidenten nach Möglichkeit so rechtzeitig bekanntzugeben, damit dieser dafür Sorge tragen kann, dass der Suppleant für die betreffende Sitzung aufgeboten wird und alle Informationen rechtzeitig erhält.«

Will nun ein Unternehmen in seinen Statuten zusätzlich zu Suppleanten auch Ersatzmitglieder vorsehen bzw. dies unter Umständen sogar in Personalunion mit der Funktion als Suppleanten, so könnten folgende Formulierungen hilfreich sein:

»Die Generalversammlung kann unter Beachtung derselben Wählbarkeitsvoraussetzungen, wie sie für ordentliche Verwaltungsratsmitglieder gelten, Ersatzmitglieder auf Vorrat und für den Fall des vorzeitigen, definitiven Ausscheidens von ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern wählen, so dass das jeweilige Ersatzmitglied unmittelbar ohne weitere Handlung in die Stellung des ausscheidenden Verwaltungsratsmitglieds nachrückt und zu diesem Zeitpunkt in das Handelsregister einzutragen ist.

Als Ersatzfall gelten beispielsweise das Ableben, der Rücktritt oder die Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds.

Es bleibt der Generalversammlung unbenommen, Suppleanten gleichzeitig als Ersatzmitglieder vorzusehen.«

Im Zuge der Schaffung einer solchen Regelung sollte sich die Generalversammlung weiters Gedanken darüber machen, ob sie Suppleanten für jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied oder aber einen einzigen Suppleanten für alle Verwaltungsratsmitglieder vorsehen will. Bei dieser Entscheidung spielt der Grad der Spezialisierung wie auch das Expertenwissen der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder eine entscheidende Rolle; auch sind Mischformen innerhalb des Gesamtverwaltungsrats mitunter sinnvoll, welche statutarisch entsprechend abzubilden sind.

Mit der Entscheidung für das Vorsehen von Suppleanten in den Statuten gehen Überlegungen zur Mandatsdauer sowie Beginn und Ende der Mandatsperiode einher. Insbesondere in dem Fall, in dem ein Suppleant für ein bestimmtes Verwaltungsratsmitglied dediziert wird, empfiehlt sich der Gleichlauf der Mandatsperiode. Hingegen erscheint für flexibel einsetzbare Suppleanten eine beliebige Mandatsperiode unproblematisch zu sein. Klarerweise sollten Regelungen darüber, ob dedizierte oder flexible Suppleanten eingesetzt werden, als auch eine Aussage zur Mandatsperiode jedenfalls in den Statuten ausgeführt werden.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass je spezifischer die Generalversammlung das Gerüst der organinternen Vertretung in den Statuten einer Aktiengesellschaft oder eines Bankinstituts abbildet, desto robuster und effizienter wird es im Bedarfsfall bestehen können und damit seinen Zweck als Instrument des jederzeitigen reibungslosen und einwandfreien Funktionierens im Verwaltungsrat erfüllen können.

Insgesamt liegt die Herausforderung darin, in den Statuten und ergänzend auch in anderen Reglementen die passende und auf die jeweilige Gesellschaft zugeschnittene Ausgestaltung zu finden. Dabei gilt es, sich an der Komplexität der Geschäftsaktivitäten und der Organisation der Gesellschaft bzw. des Bankinstituts zu orientieren und in Szenarien zu denken. Vertretungsregelungen erlangen meist in Ausnahmesituationen ihre zentrale Bedeutung. Diese gilt es, in verschiedenen Ausprägungen zu antizipieren und die Möglichkeiten der organinternen Vertretung darauf fussend so auszugestalten, dass dem Fortbestand und den Interessen der Gesellschaft bzw. des Bankinstituts bestmöglich gedient ist.

Korrespondenz:
Mag. Arzu Tschüscher-Alanyurt,
Mail: arzu.tschuetscher@tschuetscher.info.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, LR 210.0	EG	Europäische Gemeinschaft
Abs	Absatz	ELG	Entscheidungen der Liechtensteinischen Gerichtshöfe
aF	alte Fassung	ESMA	European Securities and Markets Authority (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde)
AG	Aktiengesellschaft	EU	Europäische Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
AJU	Amt für Justiz	f/ff	folgende/fortfolgende
Art	Artikel	FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Aufl	Auflage	FL	Fürstentum Liechtenstein
BankG	Gesetz vom 21. Oktober 1992 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankengesetz; BankG), LR 952.0	FMA	Liechtensteinische Finanzmarktaufsicht
BankV	Verordnung vom 22. Februar 1994 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankenverordnung; BankV), LR 952.01	Fn	Fussnote
BBl	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft	GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Bd	Band	GL	Guideline
BGE	Amtliche Sammlung der Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Bst	Buchstabe	Hrsg	Herausgeber
BuA	Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag	HRV	Verordnung vom 11. Februar 2003 über das Handelsregister (Handelsregisterverordnung; HRV), LR 216.012
bzw	beziehungsweise	IKS	Internes Kontrollsystem
ch	schweizerisch (vor einer Abkürzung)	iVm	in Verbindung mit
chBankG	schweizerisches Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0	KMU	kleine und mittlere Unternehmen
CRD IV	Capital Requirements Directive; Richtlinie 2013/36/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG	LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung
CSR	Corporate Social Responsibility	LGBL	Landesgesetzblatt des Fürstentums Liechtenstein
d	deutsch (vor einer Abkürzung)	lit	litera
dAktG	deutsches Aktiengesetz vom 6. September 1965	LJZ	Liechtensteinische Juristen-Zeitung
dGmbHG	deutsches Gesetz vom 20. April 1892 betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	LR	Systematische Sammlung des liechtensteinischen Rechts
dh	das heisst	MiFID II	Markets in Financial Instruments Directive; Richtlinie 2014/65/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU
Diss.	Dissertation	Münch	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
Dr.	Doktor	KommAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz mit weiteren Hinweisen
E	Erwägung(en)	mwH	mit weiteren Hinweisen
EBA	European Banking Authority (Europäische Bankenaufsicht)	N	Randnote
EBK	Eidgenössische Bankenkommission, ab 1. Januar 2009 durch FINMA ersetzt	nF	neue Fassung
EF	Expert Focus	Nr	Nummer
		ö	österreichisch (vor einer Abkürzung)
		öAktG	österreichisches Bundesgesetz vom 31. März 1965 über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz – AktG)
		OGH	Oberster Gerichtshof
		öGmbHG	österreichisches Bundesgesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG)
		OR	schweizerisches Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des

	Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SBR 220	www	World Wide Web
ÖUSG	Gesetz vom 19. November 2009 über die Steuerung und Überwachung öffentlicher Unternehmen (Öffentliche-Unternehmen-Steuerungs-Gesetz; ÖUSG), LR 172.017	zB	zum Beispiel
passim	überall, da und dort	ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
PGR	Das Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926, LR 216.01	ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
Prof	Professor	Ziff	Ziffer
PSR	Die Privatstiftung	zit	zitiert
Reprax	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht	zT	zum Teil
RL	Richtlinie		
RS	Rundschreiben		
S	Seite		
SBR	Systematische Sammlung des Schweizerischen Bundesrechts		
SchlT	Schlusstitel		
schweiz	Schweizerische(s)		
SE	Societas Europaea (Europäische Gesellschaft)		
SE-Gesetz	Gesetz vom 25. November 2005 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, SE) (SE-Gesetz; SEG), LR 216.222.1		
SIX	Swiss Infrastructure and Exchange, Schweizer Effektenbörse		
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung		
sog	sogenannte(r)		
SREP	Supervisory Review and Evaluation Process		
ST	Der Schweizer Treuhänder		
StGH	Staatsgerichtshof		
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht		
ua	unter anderem		
uä	und ähnlich(es)		
usw	und so weiter		
va	vor allem		
VersAG	Gesetz vom 12. Juni 2015 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; VersAG), LR 961.01		
VGH	Verwaltungsgerichtshof		
Vgl	vergleiche		
VJBG	Gesetz vom 8. April 2020 über Begleitmassnahmen in der Verwaltung und Justiz in Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (COVID-10-VJBG), LR 170.70		
VR	Verwaltungsrat		
VVG	Gesetz vom 25. November 2005 über die Vermögensverwaltung (Vermögensverwaltungsgesetz; VVG), LR 950.4		

Quellenverzeichnis

- Apathy Peter*, in: Schwimann Michael (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band 4, §§ 859 bis 1089 ABGB, 3. Aufl, Wien 2006.
- Batliner Christian*, Gesellschaftsrecht Liechtenstein, in: Wegen Gerhard/Spahlinger Andreas/Barth Marcel (Hrsg), Gesellschaftsrecht des Auslands in Einzeldarstellungen, München 2013.
- Beck Emil/Beck Wilhelm*, Die Materialien zum PGR aus den Jahren 1925 bis 1928, Teil I: Der kurze Bericht zum PGR, 1925.
- Bergt Josef*, Verantwortlichkeit der Leitungs- und Kontrollorgane in der liechtensteinischen Aktiengesellschaft, Unter Berücksichtigung des schweizerischen und österreichischen Rechts, Diss. Private Universität Liechtenstein, Zürich/Basel/Genf 2019.
- Bischof Elias*, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Eine Betrachtung des schweizerischen Finanzmarktrechts im Lichte internationaler Standards und des Rechts der Europäischen Union, Diss. Basel, Zürich 2016.
- Böckli Peter*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2009.
- Brandl Ernst/Raschauer Nicolas*, Abberufung eines Bankvorstandes – Parteistellung im Abberufungsverfahren geboten!, ZFR 2016, S 107 ff.
- Bühler Christoph B*, Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2014, S 25 ff.
- Bürgi Wolfhart F*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Art 698–738, Zürich 1969.
- Domeniconi Alex/von der Crone Hans Caspar*, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Delegation der Geschäftsführung, SZW 2008, S 512 ff.
- Emmenegger Susan*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Bern, 2004.
- Facincani Nicolas/Sutter Reto*, Der Verwaltungsrat – Unbekannter Bekannter, Vom Verwaltungsratspräsidenten bis zum Suppleanten, Expert Focus 2017, S 501 ff.
- Forstmoser Peter*, Organisation und Organisationsreglement, Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2011.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

- Gasser Johannes*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Praxiskommentar, 2. Aufl, Bern/Wien/München 2019 (zit *Gasser*, Praxiskommentar).
- Gasser Johannes*, Die Business Judgement Rule in Liechtenstein, PSR 2011, S 62 ff (zit *Gasser*, PSR 2011).
- Gortan Markus*, Die Stellung des stellvertretenden Aufsichtsratsmitglieds, Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung fakultativer Aufsichtsräte, Hamburg 2019.
- Heiss Helmut*, in: Schauer Martin (Hrsg), Kurzkomentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, Kommentar zu Art 552 § 24 PGR, Basel 2009.
- Hoffmann Arthur*, Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Dem schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement erstattet im Dezember 1925 von Arthur Hoffmann (zit Bericht Hoffmann).
- Huber Eugen*, Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Dem schweizerischen Justiz- und Polizeidepartement erstattet im März 1920 von Eugen Huber (zit Bericht Huber).
- Jutzi Thomas/Eisenberger Fabian*, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, Informationspflichten an der Schnittstelle von FIDLEG und OR, AJP 2019, S 6 ff.
- Kalss Susanne*, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, § 94 AktG, 5. Aufl, München 2016 (zit *Kalss* in MünchKommAktG⁵).
- Kalss Susanne*, in: Doralt Peter/Nowotny Christian/Kalss Susanne, Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, §§ 1–136 AktG, 2. Aufl, Wien 2012 (zit. *Kalss*, Aktiengesetz).
- Kastner Walther/Doralt Peter/Nowotny Christian*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl, Wien 1990.
- Marxer Florian*, Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht, Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vinkulierung und der Aktionärbindungsverträge, Diss. Zürich, Zürich 2007.
- Merki Christoph Maria*, Wirtschaftswunder Liechtenstein, Die rasche Modernisierung einer kleinen Volkswirtschaft im 20. Jahrhundert, Zürich 2007 (zit *Merki*, Wirtschaftswunder).
- Merki Christoph Maria*, Der Finanzplatz Liechtenstein: Zürichs attraktive Aussenstelle, in: Merki Christoph Maria (Hrsg), Europas Finanzzentren, Geschichte und Bedeutung im 20. Jahrhundert, Frankfurt/New York 2005, S 167 ff (zit *Merki*, Finanzplatz Liechtenstein).
- Müller Roland*, Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates – Ihre Bedeutung in der Praxis. ST 1995, S 807 ff (zit *Müller*, Rechte und Pflichten).
- Müller Roland*, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005 (zit *Müller*, Arbeitnehmer).
- Müller Roland*, VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung, SJZ 2011, S 45 ff (zit *Müller*, SJZ 2011).
- Müller Roland/Bont Patrick*, Der Compliance Officer im Finanzsektor – Bedeutung, Anforderungen, Position und Haftung, LJZ 2018, S 183 ff.
- Müller Roland/Thalmann Philipp*, Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat, Reprax 2011, S 1 ff.
- Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian*, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl, Zürich 2014.
- Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian/Akeret Fabian*, Befähigung des Verwaltungsrats, Unmittelbare und mittelbare Anforderungen an die Befähigung des VR-Mitglieds, Expert Focus 2019, S 952 ff.
- Nobel Peter*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017.
- Oehri Uwe*, Die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer AG, Anstalt oder Stiftung betrauten Personen, LJZ 2007, S 100 ff.
- Raschauer Nicolas*, Die Umsetzung des EU-Finanzmarktrechts in Liechtenstein, ZfRV 2017, S 244 ff (zit *Raschauer*, ZfRV 2017).
- Raschauer Nicolas*, Geplante EBA- und ESMA-Leitlinien für Fit & Proper rechtswidrig?, ZFR 2017, S 420 ff (zit *Raschauer*, ZFR 2017).
- Roth Patrick*, Die Beendigung mit Liquidation von Körperschaften des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, Diss. Zürich, Schaan 2001.
- Roth Pellanda Katja*, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, Unter besonderer Berücksichtigung des Konkurrenzverbotes, GesKR 2012, S 72 ff.
- Schauer Martin*, in: Schauer Martin (Hrsg), Kurzkomentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, Kommentar zu Art 182 Abs 2 PGR, Basel 2009.
- Schenker Urs*, Verwaltungsrat in der Praxis – Rechtliche Anforderungen, Zürich 2015 (zit *Schenker*, Verwaltungsrat in der Praxis).
- Schenker Urs*, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 2015, S 469 ff (zit *Schenker*, SZW 2015).
- Schrämli Valerie/Vischer Markus*, Die Protokollierung der Beschlussfassung im Verwaltungsrat, insbesondere von Zirkularbeschlüssen, in: Jusletter 5. Februar 2018, S 1 ff.
- Sele Hugo/Marxer Matthias/Nardi Susanne*, Eine genaue Betrachtung der organinternen Stellvertretung, LJZ 2016, S 63 ff.
- Sethe Rolf*, Ist die neue Finanzmarktregulierung funktionsfähig?, SZW 2018, S 605 ff.
- Sethe Rolf/Andreotti Fabio*, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich, S 87 ff.
- Sommer Christa Alexandra*, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art 717 Abs 1 OR, Diss. Zürich, Zürich 2010.
- Spindler Gerald*, Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, § 94 AktG, 5. Aufl, München 2016.
- Strasser Rudolf*, in: Rummel Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, §§ 1 bis 1174 ABGB, 3. Aufl, Wien 2000.
- Vischer Markus*, Zur Business Judgement Rule (BJR) des Bundesgerichts, SJZ 2018, S 53 ff.
- Waldburger Martin*, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2002.

Watter Rolf/Pöschel Ines, Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 2011, S 14 ff.

Weber Martin, Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation – Zulässigkeit – Schranken, Diss. Zürich, Zürich 1994 (zit Weber, Stellvertretung).

Weber Rolf, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 2013, S 405 ff (zit Weber, SJZ 2013).

Zihler Florian/Krähenbühl Samuel, Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis, Status quo und Vorschlag zur Entschlackung, Reprax 2010, S 53 ff.

Anhang

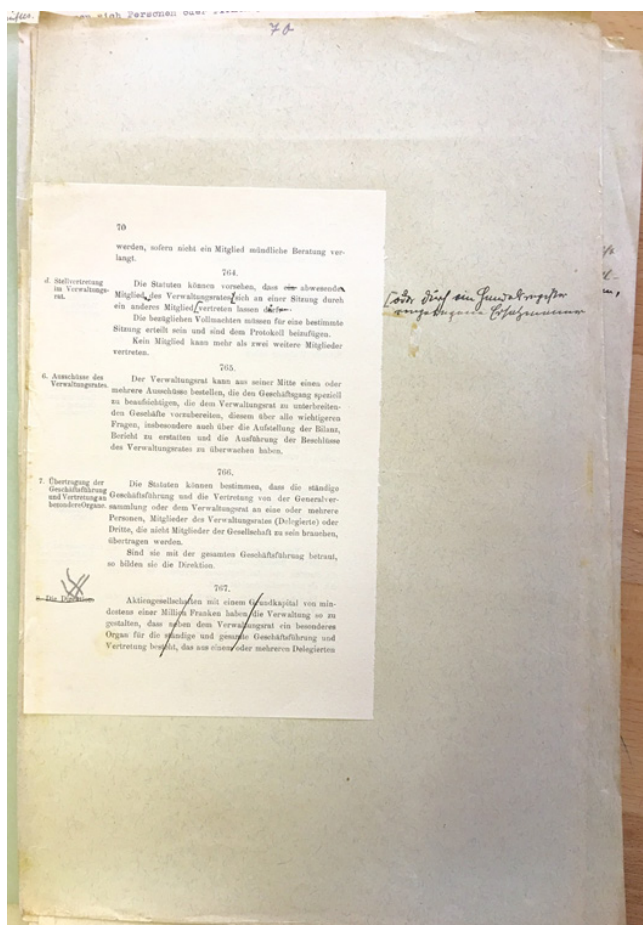


Illustration zur Entstehungsgeschichte von Art 346 PGR (siehe Punkt V.A.2 bei Fn 185): Kopie aus dem Nachlass von Wilhelm Beck, Aktenbündel »PGR-Materialien«, Privataarchiv Rupert Quaderer-Vogt.