Die Ausführungen konzentrieren sich in erster Linie auf die dem Verwaltungsrat zugeteilten Aufgaben und wie diese, falls zulässig, rechtmässig auf die verschiedenen Delegationsempfänger übertragen werden können. Dabei wird insbesondere die Stellung der Ausschüsse als Delegationsempfänger näher betrachtet. Schlussendlich werden neben ein paar haftungsrechtlichen Problemen auch die Auswirkungen der bevorstehenden Aktienrechtsrevision erläutert.

URS P. GNOS
MARKUS VISCHER

AUFGABEN DES VERWALTUNGSRATS UND DEREN DELEGATION

Einsetzung und Stellung von Ausschüssen*

1. EINLEITUNG

Das *schweizerische Obligationenrecht (OR)* schreibt drei Organe der Aktiengesellschaft zwingend vor. Neben der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat gehört zu diesen auch die Revisionsstelle.

Art. 698 Abs. 1 OR bezeichnet die Generalversammlung als das oberste Organ der Aktiengesellschaft. Als oberstes Organ stehen der Generalversammlung verschiedene Kompetenzen zu, welche sie aufgrund ihrer Stellung zwingend selbst wahrnehmen muss. Die in Art. 698 Abs. 2 OR [1] genannten Befugnisse können somit weder dem Verwaltungsrat, der Geschäftsführung noch der Revisionsstelle übertragen werden.

Obwohl die Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft bezeichnet wird, ist der Verwaltungsrat in der Praxis wichtiger. Gemäss Art. 716 Abs. 1 OR gilt nämlich eine Kompetenzvermutung zu Gunsten des Verwaltungsrats, welche besagt, dass der Verwaltungsrat befugt ist, Beschlüsse in allen Angelegenheiten zu fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind. Neben den weitreichenden Befugnissen, welche durch Art. 716 Abs. 1 OR begründet werden, treffen den Verwaltungsrat jedoch auch Pflichten. Zum einen ist er verpflichtet, die in Art. 716 a OR unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben selbst zu erfüllen. Zum anderen verpflichtet ihn Art. 716 Abs. 2 OR, die Geschäfte der Gesellschaft im Allgemeinen zu führen, soweit diese nicht rechtmässig übertragen wurden.

Der Revisionsstelle als drittes Organ der Aktiengesellschaft werden vor allem Kompetenzen bezüglich Prüfungs-, Berichterstattungs- und Auskunftspflichten zugeteilt. Diese unterscheiden sich jedoch, je nach dem ob eine ordentliche Revision nach Art. 728 ff. OR oder eine eingeschränkte Revision nach Art. 729 ff. OR durchgeführt wird.

2. UNÜBERTRAGBARE AUFGABEN DES VERWALTUNGSRATS

Wie bereits erwähnt bestimmt Art. 716a OR, dass dem Verwaltungsrat bestimmte unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zukommen. Aufgaben, die in diesem Artikel aufgelistet sind, können somit weder Delegierten, Dritten noch der Geschäftsleitung übertragen werden.

Als erste übergreifende Pflicht erwähnt das Gesetz in Art. 716 a Ziff. 1 OR die «Oberleitung der Gesellschaft», welche mittels «Erteilung der nötigen Weisungen» erfolgt. Diese können mittels reglementarischer Anordnung genereller Natur, schriftlich oder auch mündlich erteilt werden [2]. Wie aus dem Wortlaut hervorgeht, beschränkt sich diese Pflicht jedoch auf grundsätzliche Fragen der Leitung. In erster Linie soll der Verwaltungsrat die Strategie des Unternehmens innerhalb des statutarischen Zwecks (Zielfestsetzung) festlegen sowie bestimmen, was für Mittel für die Erreichung dieser Ziele eingesetzt werden sollen. Im weiteren umfasst die Oberleitung die Beurteilung der Risikolage. Die Leitung des Tagesgeschäftes gehört nicht zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats [3]. Eine weitere nicht übertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats bezieht sich auf die Festlegung der Organisation des Unternehmens. Diese umfasst vor allem die Umschreibung der zentralen Stellen, des Verhältnisses unter diesen und die Definition der Aufgabenbe-



URS P. GNOS,
DR. IUR., LL. M.,
RECHTSANWALT,
PARTNER,
WALDER WYSS &
PARTNER AG, ZÜRICH



MARKUS VISCHER,
DR. IUR., LL. M.,
RECHTSANWALT,
PARTNER,
WALDER WYSS &
PARTNER AG, ZÜRICH

reiche und Pflichten. Zu erwähnen ist, dass als undelegierbar im Sinne von Art. 716 a Ziff. 2 OR lediglich die Organisation der dem Verwaltungsrat direkt unterstellten Stellen gilt. Darunter fallen unter anderem die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten, die Wahl von Delegierten des Verwaltungsrats, die Bildung von Ausschüssen sowie die Ernennung der obersten Geschäftsleitung. Zur Organisationspflicht gehört auch, dass der Verwaltungsrat – speziell wenn er die Geschäfte selbst leitet – die Pflichten seiner Mitglieder festlegt. Damit diese Pflichtenfestlegung international etablierten Grundsätzen der «Corporate Governance» entspricht, wird vor allem börsenkotierten Gesellschaften zur Berücksichtigung der im *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP)* aufgeführten Empfehlungen geraten. Diesem Regelwerk der economiesuisse wird grosse Bedeutung zugemessen. Dies nicht zuletzt darum, weil der SCBP die marginalen gesetzlichen Anforderungen des Art. 716 a Ziff. 2 OR ausführt und neben den Bestimmungen zur Aufgabenteilung auch eine Vielzahl an Empfehlungen für eine optimale Organisation des Verwaltungsrats enthält [4]. Obwohl sich diese Empfehlungen wie erwähnt vor allem an börsenkotierte Gesellschaften richten, bleibt zu bemerken, dass dem SCBP auch nicht börsenkotierte, volkswirtschaftlich jedoch trotzdem bedeutsame Unternehmen und Organisationen zweckmässige Leitideen entnehmen können [5]. In Ziff. 3 des Art. 716 a OR wird insbesondere die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats angesprochen. Diese umfasst neben der Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle auch die Finanzplanung. Obwohl das Gesetz die Finanzplanung nur als undelegierbar erachtet, falls diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist, ist davon auszugehen, dass zumindest die Budgetierung sowie die Liquidationsplanung nicht übertragen werden können [6]. Der Verwaltungsrat ist gemäss Art. 716 a Ziff. 4 OR auch für die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsleitung betrauten Personen verantwortlich. Die unübertragbare Pflicht bezieht sich jedoch lediglich auf die dem Verwaltungsrat direkt unterstellten Mitglieder. Die Besetzung der unteren Stellen kann daher an die Geschäftsleitung übertragen werden. Darüber hinaus nennt Art. 716 a Ziff. 5 OR die Pflicht des Verwaltungsrats, die Oberaufsicht über diese Personen auszuüben. Auch hier wird jedoch lediglich von Oberaufsicht gesprochen; Einzelhandlungen fallen daher in erster Linie nicht unter die Aufsichtspflicht des Verwaltungsrats. Trotzdem obliegt es dem Verwaltungsrat, durch die Einrichtung interner Berichterstattungs- und Kontrollsysteme (Compliance) sicherzustellen, dass er über die Tätigkeiten der mit der Geschäftsführung beauftragten Personen informiert bleibt. Ein Teil der Lehre [7] beschränkt die Pflicht zur Oberaufsicht jedoch nicht nur auf die Geschäftsleitung, sondern erstreckt diese auch auf die Tätigkeit der Revisionsstelle. Somit könnte der Verwaltungsrat der Generalversammlung die Ersetzung der Revisionsstelle empfehlen, falls dieser Missstände feststellen würde. Es ist jedoch zu erwähnen, dass die Aufsicht über die Revisionsstelle grundsätzlich delegierbar ist. Sie wird vor allem bei Publikumsgesellschaften auf einen Ausschuss, das Audit Committee, übertragen (vgl. Ziff. 4) [8].

Ebenfalls zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehören die Erstellung bzw. die Sicherstellung der Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die Vorbereitung der Generalversammlung. Die Vorbereitung der Generalversammlung umfasst nebst dem Erstellen der Einladung, der Durchführung der Eintrittskontrolle, der Stimmzählung usw. auch die Pflicht des Verwaltungsrats, der Generalversammlung einen Beschluss bezüglich des Dividendenantrags zu unterbreiten. Über diese Vorbereitungspflichten hinaus obliegt es dem Verwaltungsrat, die Personen zu bezeichnen, welche die von der Generalversammlung gefassten Beschlüsse ausführen. Nicht zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört die Leitung der Generalversammlung. Diese wird oft vom Verwaltungsratspräsidenten durchgeführt, kann aber auch einem Aktionär oder einem Dritten übertragen werden [9]. Abschliessend ist zu erwähnen, dass auch die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung der Gesellschaft zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats zählt. Obwohl die in Art. 716 a Ziff. 1–7 OR genannten Aufgaben nicht übertragen werden können, ist darauf hinzuweisen, dass die Vorbereitung, Ausführung und Überwachung von Verwaltungsratsbeschlüssen sehr wohl delegiert werden kann. Einzig die Entscheidkompetenz verbleibt zwingend beim Verwaltungsrat.

3. DELEGATION

Damit eine Aufgabe rechtmässig delegiert werden kann, müssen formelle sowie auch materielle Voraussetzungen erfüllt sein. In materieller Hinsicht wird verlangt, dass sich die Delegation nicht auf Aufgaben bezieht, die in Art. 716 a OR aufgeführt sind, da diese zwingend beim Verwaltungsrat verbleiben müssen (siehe Ziff. 2). Die formellen Voraussetzungen lassen sich in Art. 716 b OR finden. Gemäss Art. 716 b Abs. 1 OR können die Statuten den Verwaltungsrat dazu ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen. Da die Statuten von der Generalversammlung beschlossen werden, stellen diese die Grundlage der Delegation bereit. Erst in einem zweiten Schritt wird der von der Generalversammlung beschlossene Grundsatzentscheid mittels eines Organisationsreglements durch den Verwaltungsrat ausgestaltet. An das Organisationsreglement werden gemäss Art. 716 b OR gewisse Mindestanforderungen gestellt. Die Ordnung der Geschäftsführung beziehungsweise deren Verteilung, die Umschreibung der für die Geschäftsführung erforderlichen Stellen und deren Aufgaben sowie die Regelung der Berichterstattung müssen zwingend enthalten sein. Darüber hinaus steht es dem Verwaltungsrat jedoch frei, weitere Regelungen in das Organisationsreglement aufzunehmen. Neben einem Genehmigungsvorbehalt für gewisse wichtige Geschäfte enthält das Organisationsreglement regelmässig auch Bestimmungen zur inneren Organisation des erlassenden Organs sowie der einzelnen Delegationsempfänger, die mindestens früher meistens in separaten Reglementen (meist Geschäftsreglemente genannt) zu finden waren. Dazu gehören unter anderem Einberufungsvorschriften, Vorschriften zur Durchführung von Sitzungen, Präsenz- und Beschlussfassungsvor-

schriften sowie die Regelung der Vertretungsbefugnis und der Funktion des Verwaltungsratspräsidenten [10]. Zu erwähnen bleibt, dass auch ein schriftlich protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats zur befugten Delegation ausreicht, obwohl das Gesetz lediglich das Organisationsreglement als Mittel der befugten Delegation nennt; dies jedoch lediglich, falls die Mindestanforderungen des Art. 716 b OR erfüllt sind [11]. Sind die materiellen und formellen Voraussetzungen einer rechtmässigen Delegation nicht erfüllt, kann dies weitreichende haftungsrechtliche Konsequenzen haben (siehe Ziff. 7). In der Lehre [12] umstritten ist die Frage, ob es mögliche Einschränkungen der Delegation durch die Generalversammlung gibt. Nicht ganz klar ist, ob die Generalversammlung die Möglichkeit hat, dem Verwaltungsrat vorzuschreiben, die Geschäftsführung nur an Delegierte des Verwaltungsrats oder an Dritte zu übertragen. Eine weitere mögliche Einschränkung geht dahin, dass die Delegation auf gewisse Funktionen beschränkt bleibt. Funktionen, die nicht delegiert werden können, würden somit beim Gesamtverwaltungsrat verbleiben.

4. AUSSCHÜSSE

Vor allem in grösseren Unternehmen ist es üblich, die übertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats zum Teil in Ausschüssen zu erfüllen. Nicht selten werden im delegierbaren Aufgabenbereich auch Entscheidkompetenzen übertragen. Die Delegation der Aufgaben im Bereich der unübertragbaren Aufgaben beschränkt sich indessen lediglich auf die Vorbereitung, Ausführung oder Überwachung von Verwaltungsratsbeschlüssen (vgl. Ziff. 3). Um zu gewährleisten, dass der Verwaltungsrat über die Tätigkeiten der Ausschüsse informiert ist, empfiehlt der SCBP folgendes: Gemäss Ziff. 21 Abs. 4 SCBP obliegt es den einzelnen Ausschüssen, dem Verwaltungsrat Bericht zu erstatten sowie zu den einzelnen von ihnen erzielten Ergebnissen Empfehlungen abzugeben.

Um drohende Interessenkonflikte zu verhindern, empfiehlt der SCBP in Ziff. 22 Abs. 1, bestimmte Ausschüsse mehrheitlich mit unabhängigen Mitgliedern zu besetzen. Unabhängig im Sinne dieser Empfehlung sind nicht exekutive Verwaltungsratsmitglieder, die der Geschäftsführung nie oder vor mehr als drei Jahren angehört haben und die mit der Gesellschaft in keinen oder in verhältnismässig geringfügigen geschäftlichen Beziehungen stehen. Zusätzlich ist im Einzelfall zu prüfen, ob die kreuzweise Einsitznahme in Verwaltungsräten verschiedener Unternehmen die Unabhängigkeit der einzelnen Mitglieder beeinträchtigt. Falls der Verwaltungsrat gewisse Mitglieder der Ausschüsse als nicht geeignet einstuft, steht es diesem frei, diese Mitglieder abzuberufen. Die konkreten Aufgaben der Ausschüsse sind regelmässig im Organisations- und/oder Ausschussreglement einer Gesellschaft geregelt. Falls Mitglieder verschiedener Ausschüsse kompetent sind, Aufgaben anderer Ausschüsse wahrzunehmen, besteht gemäss Ziff. 21 Abs. 3 SCBP zudem die Möglichkeit, diese Ausschüsse zusammenzufassen. Ausschüsse, die in der Praxis regelmässig eingesetzt werden, sind das Audit Committee, das Compensation Committee sowie das Nomination Committee. Zu den Ausschüssen, die ebenfalls häufig anzutreffen sind, gehören das Corporate Governance Committee, das Finance Committee, das Risk Committee sowie vor allem bei Versicherungen das Investment Committee. Zu den weniger verbreiteten Ausschüssen gehören unter anderem das Chairman's Committee, das Employees Committee und auch das Sustainability Committee. Aufgrund ihrer Wichtigkeit wird im folgenden ausschliesslich auf die drei erstgenannten Ausschüsse eingegangen.

Das Audit Committee hat insbesondere die Aufgabe, den Verwaltungsrat bei der Wahrnehmung seiner Aufsichtspflichten zu unterstützen. Ihm kommen somit typischerweise vorwiegend Überprüfungsfunktionen zu. Das Audit Committee besteht idealerweise mehrheitlich aus nicht exekutiven, vorzugsweise unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern mit Erfahrung im Finanz- und Rechnungswesen. Gemäss Ziff. 24 SCBP überprüft das Audit Committee die Wirksamkeit der externen und internen Revision; die Leistung, Honorierung und Unabhängigkeit der externen Revision; die internen Revisionsberichte sowie auch die Zwischen- und Jahresabschlüsse der Gesellschaft. Zudem beurteilt das Audit Committee neben der Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems (inklusive Risikomanagement) auch den Stand der Einhaltung der für die Gesellschaft geltenden Normen. Schlussendlich ist es auch Aufgabe des Audit Committee zu entscheiden, ob der Einzel- und Konzernabschluss dem Verwaltungsrat zur Vorlage an die Generalversammlung empfohlen werden kann.

Das Compensation Committee beschäftigt sich in erster Linie mit der Salärpolitik einer Gesellschaft. Es erarbeitet Vorschläge zur Ausgestaltung des Entschädigungssystems für Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder. Dabei soll die Belohnung in erster Linie auf die mittel- bis langfristige Zielerreichung gerichtet sein, was zur Folge hat, dass die entsprechenden Entschädigungselemente ebenfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt verfügbar sein sollen. Bei der Ausgestaltung des Entschädigungssystems soll das Compensation Committee vor allem darauf achten, dass sachlich nicht begründete Vorteilszuwendungen und falsche Anreize vermieden werden. Zudem empfiehlt der SCBP von goldenen Fallschirmen sowie von Abgangsentschädigungen im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausserhalb eines Kontrollwechsels abzusehen. Konkret berät das Compensation Committee über die Entschädigungen der einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats und der obersten Geschäftsleitungsmitglieder. Bezüglich der Geschäftsleitung kommt es entweder zur Orientierung des Verwaltungsrats über die Gesamtsumme für Gehaltserhöhungen und Boni im Rahmen eines vom Verwaltungsrat genehmigten Reglements oder zur Erarbeitung von Salärvorschlägen mit Genehmigung durch den Verwaltungsrat. Die heutige Lehre geht jedoch davon aus, dass das Compensation Committee nicht nur beratende Funktionen hat, sondern auch kompetent ist, die einzelnen Entschädigungen selbst festzusetzen. Um Unklarheiten bezüglich Kompetenzen zu vermeiden, empfiehlt Ziff. 1 Abs. 2 SCBP daher, dass der Verwaltungsrat festlegen soll, inwieweit das Compensation Committee eine Beschlusskompetenz, eine Kompetenz zum Entscheid unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Gesamtgremium oder aber lediglich eine

Antragskompetenz zugewiesen erhalten soll. Damit das Compensation Committee die ihm zukommenden Aufgaben sachgerecht erfüllen kann, werden verschiedene Anforderungen an seine Mitglieder gestellt. Gemäss Empfehlung des SCBP soll sich das Compensation Committee aus nicht exekutiven und unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammensetzen, die über ein angemessenes Wissen bezüglich Entschädigungspläne, Mitarbeiterbeurteilung und Mitarbeiterentschädigung verfügen. Zudem wird darauf hingewiesen, dass dem Ausschuss keine Mitglieder angehören sollen, die in einer Kreuzverflechtung stehen. Ein Mitglied des Verwaltungsrats darf somit nicht über die Entschädigung eines Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieds mitbestimmen, unter dessen Aufsicht und Weisungsrecht es in einem anderen Unternehmen tätig ist.

Der dritte Ausschuss, der sich in einem Grossunternehmen üblicherweise finden lässt, ist das Nomination Committee. Das Nomination Committee beschäftigt sich in erster Linie mit der Suche nach neuen Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern. Es legt Grundsätze für die Auswahl von Kandidaten fest, die für eine Zuwahl oder Wiederwahl in den Verwaltungsrat und die oberste Geschäftsleitung in Frage kommen. Des weiteren ist es einerseits Aufgabe des Nomination Committee neue Verwaltungsratsmitglieder einzuführen sowie andererseits bestehende Verwaltungsratsmitglieder weiterzubilden. Um diese Aufgaben erwartungsgemäss erfüllen zu können, wird vorausgesetzt, dass die Mitglieder des Nomination Committee ein angemessenes Wissen im Bereich der Personalwirtschaft besitzen.

5. DELEGIERTE DES VERWALTUNGSRATS UND GESCHÄFTSLEITUNG ALS DELEGATIONSEMPFÄNGER

Als weitere Empfänger von übertragbaren Aufgaben sind die Delegierten des Verwaltungsrats zu nennen. Bei einem Delegierten handelt es sich um ein mit besonderen Vollmachten ausgestattetes Mitglied des Verwaltungsrats, das im Umfang der Delegation die operativen Geschäfte einer Aktiengesellschaft führt. Mit Ausnahme der Geschäfte, die gemäss Organisationsreglement unter Vorbehalt der Genehmigung des Verwaltungsrats stehen, entscheidet der Delegierte endgültig über die ihm übertragenen Geschäfte. Da ein Delegierter neben Führungsaufgaben gleichzeitig Überwachungsaufgaben wahrnimmt, wird seine Stellung oftmals kritisiert.

Abschliessend ist die Geschäftsleitung als Delegationsempfänger des Verwaltungsrats zu erwähnen. Die Geschäftsleitung stellt ein eigenes Organ dar, welches in grossen sowie auch vielen mittelgrossen Unternehmen sehr verbreitet ist. Der Geschäftsleitung werden regelmässig weitreichende Kompetenzen zugeschrieben. Trotzdem ist hervorzuheben, dass die Oberleitung des Unternehmens, die übrigen nicht übertragbaren Aufgaben sowie das Recht, die Delegation an die Geschäftsleitung ganz oder teilweise zurückzunehmen, beim Verwaltungsrat verbleibt.

6. PERSONALUNION ODER DOPPELSPITZE

Vor allem bei Grossunternehmen stellt sich oft die Frage, ob die Gesellschaft nach dem Modell der Personalunion oder nach demjenigen der Doppelspitze geführt werden soll. Im Falle einer Personalunion ist der Verwaltungsratspräsident oder ein Verwaltungsratsmitglied in der Person des *Vorsitzenden der Geschäftsleitung (CEO)* vereint. Den Vorsitz in der Geschäftsleitung übernimmt der CEO oftmals in der Form eines Verwaltungsratsdelegierten. Bei der Doppelspitze hingegen sind der Verwaltungsratspräsident und der Vorsitzende der Geschäftsleitung verschiedene Personen. Im folgenden wird vor allem auf Gefahren aber auch Vorteile dieser beiden Konzepte sowie auf mögliche Lösungsvorschläge zur Problematik Personalunion oder Doppelspitze eingegangen.

Wie erwähnt, wird die Stellung eines Verwaltungsratsdelegierten aufgrund seiner Doppelfunktion häufig kritisiert (vgl. Ziff. 5). Da der Geschäftsführer den Vorsitz der

Geschäftsleitung oftmals als Verwaltungsratsdelegierter einnimmt, rechtfertigt sich diese Kritik auch an ihm. Die Personalunion impliziert gewissermassen eine Art von Selbstbeaufsichtigung, was unweigerlich zu einem Interessenkonflikt führen kann und eine echte Kontrolle schwierig umsetzbar macht. Die Vereinigung von Verwaltungsratspräsident und CEO führt jedoch nicht nur zu Interessenkonflikten, sondern auch zu einer grossen Machtkonzentration, welche unter anderem zu fehlender Transparenz führt, wenn es um die Verantwortlichkeit geht. Nicht zu unterschätzen ist auch die Gefahr eines Führungsvakuums, falls die Person des Verwaltungsratspräsidenten/CEO ausfällt. Zudem besteht die Gefahr der Überlastung, da das gleichzeitige Erfüllen der fachlichen, zeitlichen und charakterlichen Anforderungen ein schwieriges Unterfangen darstellt. Ausser diesen Gefahren sind auch die Vorteile der Personalunion zu nennen. Die Führung einer Aktiengesellschaft nach dem Muster der Personalunion ist häufig sehr viel effizienter als diejenige der Doppelspitze. Das Problem der langen Informations- und Entscheidungswege sowie lähmende Machtentscheide sind der Personalunion fremd. Dieser Umstand entpuppt sich vor allem in Krisensituationen, bei Umbauphasen oder bei einem Start-up als Vorteil. Zudem bewährt sich die Personalunion häufig auch, wenn ein passendes Zweierteam fehlt oder ein Mehrheitsaktionär vorhanden ist, der aktiv in der Geschäftsführung tätig ist (v. a. bei kleinen Gesellschaften).

Die Bankenverordnung sowie auch die auf das Versicherungsaufsichtsgesetz gestützte Aufsichtsverordnung erlauben die Führung einer Aktiengesellschaft in der Personalunion nicht [13]. Zu beachten ist, dass die Finma trotz allgemeinem Verbot in begründeten Einzelfällen Ausnahmen bewilligen kann [14].

Ebenso wie die Personalunion birgt auch das Führungsmuster der Doppelspitze diverse Gefahren. Probleme können sich vor allem ergeben, wenn Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer nicht miteinander harmonieren. In dieser Situation besteht die Gefahr, dass sie systematisch gegeneinander arbeiten. Ein weiteres Problem stellt sich, wenn der frühere CEO einer Gesellschaft zum Verwaltungsratspräsidenten gewählt wird. Der Verwaltungsratspräsident könnte seine neue Stellung in dem Sinne missbrauchen, als dass er die von ihm als CEO erbrachten Fehlleistungen zu decken versucht. Trotz dieser Gefahren sind auch die Vorteile der Doppelspitze zu beachten. Die Gefahr, dass vor allem Eigeninteressen verfolgt werden, verkleinert sich, da das Führungsmodell der Doppelspitze eine bessere Kontrolle der Geschäftsleitung gewährleistet. Zudem vermindert sich die Gefahr der Machtkonzentration, da die Positionen des Verwaltungsratspräsidenten und des CEO nicht in einer Person vereinigt sind. Auch ein drohendes Führungsvakuum aufgrund eines Ausfalles des Verwaltungsratspräsidenten oder des CEO wird weniger wahrscheinlich. Ebenfalls vorteilhaft wirkt sich das Modell der Doppelspitze auf die Transparenz in einem Unternehmen aus. Verantwortlichkeiten können klarer zugeteilt werden.

Der Entscheid, ob eine Gesellschaft nach dem Muster der Personalunion oder der Doppelspitze geführt werden soll, liegt beim Verwaltungsrat (Ziff. 18 Abs. 1 SCBP). Der SCBP empfiehlt, dass im Falle der Wahl der Personalunion gewisse Kontrollmechanismen eingebaut werden sollen. Unter anderem könnte diese Kontrollfunktion von einem erfahrenen Nicht-Exekutivmitglied (lead director) wahrgenommen werden. Dieses könnte selbständig Verwaltungsratssitzungen einberufen und diese auch leiten.

7. HAFTUNGSRECHTLICHE FRAGEN

Logische Konsequenz der Übertragung von Aufgaben an die verschiedenen Delegationsempfänger ist die Reduktion der Verantwortlichkeit der delegierenden Verwaltungsratsmitglieder auf den bei ihnen verbleibenden eigenen Aufgabenbereich [15]. Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder wird lediglich reduziert, falls die Delegation befugter Weise stattgefunden hat (vgl. Ziff. 3). Hat die Delegation befugter Weise stattgefunden, steht dem Verwaltungsrat der Exkulpationsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR offen. Dieser ist erbracht, falls den Delegierenden der Nachweis der gehörigen Sorgfalt bei Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der Delegierten gelingt. Wurde die Delegation unbefugter Weise vorgenommen oder handelt es sich um Geschäfte, die unter einem Genehmigungsvorbehalt stehen, haften die Delegierenden für die Handlungen der beigezogenen Person, als ob ihre eigenen wären, d. h. auch ohne eigenes Verschulden und ohne persönliche Pflichtverletzung. Zu erwähnen bleibt, dass eine stufenweise Delegation zulässig ist. Wird also vom Verwaltungsrat an einen Ausschuss delegiert, der wiederum an einen Direktor delegiert, welcher die Aufgabe an einen Prokuristen weitergibt, besteht für den Verwaltungsrat immer noch die Möglichkeit, den Exkulpationsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR zu erbringen.

Haftungsrechtliche Probleme stellen sich vermehrt im Hinblick auf *kleine und mittlere Unternehmen (KMU)*. Aufgrund der häufigen Identität von Eigentum und Unternehmensführung besteht bei KMU eher die Gefahr einer nicht genügend strukturierten und damit fehleranfälligen Organisation. Sie verfügen oft über kein Organisationsreglement. Da ein Organisationsreglement formelle Voraussetzung einer rechtmässigen Delegation ist, sind die übrigen Verwaltungsräte nicht zum Exkulpationsbeweis zugelassen. Folglich fällt eine Reduktion der Verantwortlichkeit ausser Betracht.

8. EXKURS: AUSWIRKUNGEN DER AKTIENRECHTSREVISION

Am 21. Dezember 2007 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament den Entwurf zur Änderung des Aktienrechts. Eine unlängst lancierte Volksinitiative setzte sich jedoch zum Ziel, den als überhöht empfundenen Vergütungen des obersten Managements von börsenkotierten Aktiengesellschaften Einhalt zu bieten. Der Bundesrat plädierte auf Ablehnung dieser Initiative und unterbreitete dem Parlament mittels Zusatzbotschaft vom 5. Dezember 2008 einen indirekten Gegenvorschlag, welcher der Ständerat als Erstrat behandelt hat. Im Folgenden wird auf vereinzelte Bestimmungen eingegangen, die dem Parlament mittels Botschaft vom 21. Dezember 2007 [16] sowie Zusatzbotschaft vom 5. Dezember 2008 [17] zur Annahme unterbreitet wurden.

Gemäss der neuen Bestimmung Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 2 a revOR hat der Verwaltungsrat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe ein Vergütungsreglement zu erlassen sowie einen Vergütungsbericht zu erstellen, falls es sich um eine Gesellschaft handelt, deren Aktien an einer Börse kotiert sind. Diese Pflicht kann somit weder der Geschäftsleitung, einem Verwaltungsausschuss oder einzelnen Mitgliedern noch der Generalversammlung zugewiesen werden. Gestützt auf den Vergütungsbericht stellt der Verwaltungsrat dann den Antrag an die ordentliche Generalversammlung, den Gesamtbetrag seiner Grundvergütung für die kommende Amtsdauer zu genehmigen. Ebenfalls beschliesst die Generalversammlung über die Genehmigung des Gesamtbetrages, den der Verwaltungsrat für seine zusätzliche Vergütung für das abgeschlossene Geschäftsjahr beschlossen hat. Bereits bevor der Verwaltungsrat den Antrag bezüglich Vergütungen stellt, steht der Generalversammlung jedoch gemäss Art. 731 f revOR die unübertragbare Befugnis zu, sich im Rahmen einer Konsultativabstimmung über den Gesamtbetrag der Vergütungen der mit der Geschäftsführung betrauten Personen und gegebenenfalls des Beirates für das abgeschlossene Geschäftsjahr zu äussern. Da die Generalversammlung die Vergütungen des Verwaltungsrats genehmigen muss, sind horrende Forderungen eher unwahrscheinlich. Zudem ist zu erwarten, dass bereits die Aussicht, die Vergütungen in der Generalversammlung rechtfertigen zu müssen, zu einer Mässigung beiträgt. Zu erwähnen bleibt, dass die Generalversammlung lediglich den Gesamtbetrag der Vergütungen regelt. Die einzelnen Vergütungen sind Sache des Verwaltungsrats.

Eine weitere Neuerung wird durch Art. 716 b Abs. 1 revOR eingeführt. Dieser Artikel besagt, dass die Statuten den Verwaltungsrat dazu verpflichten können, der Generalversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorzulegen. Zu beachten ist, dass es sich hier um einen obligatorischen Genehmigungsvorbehalt handelt. Falls die Statuten bestimmen, dass gewisse Entscheide der Generalversammlung vorzulegen sind, müssen diese auch vorgelegt werden. Die Möglichkeit, bestimmte Entscheide der Generalversammlung fakultativ vorzulegen, besteht gemäss Revisionsentwurf im Recht der Aktiengesellschaft nicht (anders bei der GmbH). Somit bestünde die Möglichkeit statutarisch festzuhalten, dass auch die einzelnen Vergütungen des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung durch die Generalversammlung genehmigt werden müssen.

Auch die gesetzliche Regelung betreffend das Organisationsreglement einer Aktiengesellschaft wurde im Zuge der Aktienrechtsrevision angepasst. Gemäss Art. 716 c Abs. 2 revOR muss das Organisationsreglement zwingend die innere Organisation und gegebenenfalls die Ausschüsse des Verwaltungsrats regeln. Zudem sind die wichtigen Geschäfte, die der Genehmigung durch den Verwaltungsrat bedürfen, ebenfalls zwingend im Organisationsreglement aufzuführen.

9. FAZIT

Aufgaben des Verwaltungsrats können rechtmässig delegiert werden, falls die materiellen sowie auch die formellen Voraussetzungen erfüllt sind. In materieller Hinsicht wird verlangt, dass die Delegation keine der in Art. 716 a OR aufgezählten Aufgaben betrifft, da diese unübertragbar sind und zwingend beim Verwaltungsrat verbleiben. Zu vermerken ist, dass die Vorbereitung und Ausführung von Verwaltungsratsbeschlüssen ebenso übertragen werden kann wie die Über-

RÉSUMÉ

Les attributions du conseil d'administration et leur délégation

Le *code des obligations suisse (CO)* impose à la société anonyme de se doter de trois organes: l'assemblée générale et le conseil d'administration ainsi que l'organe de révision. L'organe suprême de la société est, en vertu de l'article 698 CO, l'assemblée générale à qui sont attribués certains droits intransmissibles, autrement dit qu'elle doit obligatoirement assumer elle-même.

Si l'assemblée générale est désignée comme l'organe suprême de la société anonyme, dans la réalité des faits le conseil d'administration joue un rôle plus important. En vertu de l'article 716 alinéa 1 CO, le conseil d'administration jouit d'une présomption de compétence. Cette norme l'autorise en effet à statuer dans toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts. En plus des vastes pouvoirs qui découlent de cette disposition, le conseil d'administration a aussi certaines obligations. Il est par exemple tenu d'exécuter lui-même les attributions intransmissibles et inaliénables prévues à l'article 716a CO. Les tâches énumérées aux chiffres 1 à 7 de cette disposition ne peuvent donc être confiées ni à un délégué, ni à un tiers, ni à la direction. Ces attributions ne peuvent être déléguées, mais la préparation, la mise en œuvre et la surveillance des décisions du conseil d'administration en la matière, elles, peuvent très bien l'être. Seule la compétence de décision appartient exclusivement au conseil d'administration.

Pour garantir la régularité de la délégation d'une attribution, il faut que certaines conditions matérielles et formelles soient remplies. Sur le plan matériel, l'exigence est que la délégation n'inclue pas des tâches visées à l'article 716 a CO, puisque celles-ci doivent obligatoirement être exécutées par le conseil d'administration. Les exigences formelles sont énoncées à l'article 716 b alinéa 1 CO, selon lequel les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation. Ce dernier doit impérative-

wachung einzelner Geschäfte. In formeller Hinsicht verlangt eine rechtmässige Delegation eine statutarische Grundlage sowie ein vom Verwaltungsrat erstelltes Organisationsreglement. Dieses Reglement hat zwingend die Ordnung bzw. Verteilung der Geschäftsführung, die Umschreibung der für die Geschäftsführung erforderlichen Stellen und Aufgaben sowie die Regelung der Berichterstattung zu enthalten.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich um unbefugte Delegation, was unter anderem zur Folge haben kann, dass der Verwaltungsrat für die Handlungen der Delegierten haftet, als ob es seine eigenen wären, das heisst, auch ohne eigenes Verschulden und ohne persönliche Pflichtverletzung. ■

Anmerkungen: *Die Autoren danken RA lic. iur. Marco Borsari und stud. iur. Philipp Chiani für die Mitarbeit an diesem Beitrag. **1)** Die unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung gemäss Art. 698 Abs. 2 OR sind: 1. die Festsetzung und Änderung der Statuten; 2. die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle; 3. die Genehmigung des Jahresberichtes und der Konzernrechnung; 4. die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme; 5. die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates; 6. die Beschlussfassung über die Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind. **2)** BaslerKomm, Watter/Roth Pellanda, Art. 716 a RN 5. **3)** Meyer-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, S. 495. **4)** BaslerKomm, Watter/Roth Pellanda, Art. 716 a RN 10–12. **5)** Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Präambel Ziff. 3. **6)** BaslerKomm, Watter/Roth Pellanda, Art. 716 a RN 18. **7)** Böckli, Schweizer Aktienrecht, N 1570 ff.; BaslerKomm, Watter/Roth Pellanda, Art. 716 a RN 27. **8)** BaslerKomm, Watter/Roth Pellanda, Art. 716 a RN 27. **9)** BaslerKomm, Watter / Roth Pellanda, Art. 716 a RN 29–32. **10)** BaslerKomm, Watter/Roth Pellanda, Art. 716 b RN 21. **11)** Urteil des BGer 4A_501/2007 vom 22. 08. 2008. **12)** bejahend: Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, S. 33; vgl. auch Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 13, RN 535 f.; verneinend: Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, RN 1634 ff.; Roth Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates – Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, RN 498 f. **13)** Art. 8 Abs. 2 Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02); Art. 13 Abs. 1 Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO, SR 961.011). **14)** Art. 8 Abs. 3 BankV; Art. 13 Abs. 2 AVO. **15)** Roth Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates – Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, S. 357. **16)** Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007. **17)** Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderungen des Obligationenrechts vom 5. Dezember 2008.

RÉSUMÉ

ment fixer les modalités de la gestion et la répartition des compétences de gestion, déterminer les postes nécessaires et en définir les attributions, et enfin régler l'obligation de faire rapport.

Dans les grandes entreprises surtout, il est courant de déléguer une partie des attributions transmissibles du conseil d'administration à des comités. Il est même fréquent que, dans le cadre de cette délégation de pouvoir, la compétence de décision soit elle aussi déléguée. En revanche, la délégation de tâches en relation avec les attributions inaliénables doit se limiter à la préparation, à l'exécution ou à la surveillance des décisions prises par le conseil d'administration. Les comités les plus fréquents dans la pratique sont le comité d'audit, le comité des rémunérations et le comité des nominations.

Parmi les exécutants des tâches transmissibles, il convient aussi de nommer les administrateurs délégués. Un administrateur délégué est un membre du conseil d'administration auquel ont été conférés des pouvoirs spéciaux et qui gère les affaires opérationnelles de la société anonyme dans les limites de cette délégation de pouvoir. À l'exception des affaires pour lesquelles le règlement d'organisation réserve la compétence de décision du conseil d'administration, l'administrateur délégué statue définitivement dans toutes les affaires qui lui sont déléguées.

Il faut enfin s'arrêter sur la direction et sur son rôle de déléguée du conseil d'administration. La direction est un organe en soi, qui est très courant dans les grandes entreprises et dans celles de taille moyenne. La direction se voit fréquemment attribuer de vastes compétences, mais il faut souligner qu'en dépit de cela la haute direction de l'entreprise, les autres tâches intransmissibles ainsi que le droit de révoquer tout ou partie de la délégation à la direction, demeurent du ressort exclusif du conseil d'administration.

Dans les grandes entreprises surtout se pose en outre la question du modèle de gestion, à savoir en union personnelle ou en binôme. Dans le premier cas, le président du conseil d'administration ou un membre du conseil d'administration ne fait qu'un avec le *président de la direction (PDG)*. Souvent, le PDG préside alors la direction en qualité d'administrateur délégué. En cas de direction en binôme, le président du conseil d'administration et le PDG sont deux personnes distinctes. Le choix du modèle incombe finalement au conseil d'administration qui doit décider explicitement si la société sera dirigée en union personnelle ou en binôme.

Conséquence du transfert de tâches à différents délégués, la responsabilité des membres délégants du conseil d'administration est réduite au domaine des tâches qui restent de leur seule compétence. La responsabilité des membres du conseil d'administration n'est toutefois réduite que si la délégation est licite et conforme au droit. Des problèmes de responsabilité légale se posent ainsi plus souvent dans les PME, car dans ce segment d'entreprises la confusion entre propriété et direction crée un risque de lacunes structurelles et donc de carences dans l'organisation de la société. Souvent, les PME n'ont d'ailleurs pas de règlement d'organisation. Or, un tel règlement fixe les conditions formelles d'une délégation. S'il fait défaut, les autres membres du conseil d'administration ne pourront faire valoir aucune preuve libératoire et il n'y aura donc pour eux aucune réduction de la responsabilité. *UPG/MV/PB*