

Arbeitsteilung im Verwaltungsrat

Hans Caspar von der Crone

Dieser Aufsatz beruht auf einem Vortrag, der anlässlich des 10. Aktienrechts-Forum zum Thema Verwaltungsrat und Geschäftsleitung am 21. Juni 2005 gehalten wurde. Meinem Assistenten lic. iur. THILO PACHMANN danke ich für die wertvolle Unterstützung bei der Redaktion dieses Beitrags.

I. Verwaltungsrat und Verwaltungsratsausschüsse

Nach Art. 716 Abs. 2 OR führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Die dispositive gesetzliche Ordnung weist also die Gesamtheit aller Geschäftsführungsfunktionen einem einzigen Organ, ja im Fall des Einpersonen-Verwaltungsrates einer einzigen Person zu.¹

1. Delegation

Die Konzentration der ganzen Geschäftsführung auf ein Organ mag für kleinere Aktiengesellschaften angehen. Weist eine Gesellschaft allerdings eine bedeutende operative Geschäftstätigkeit auf, fällt diese Organisationsform ausser Betracht. Mittlere und grössere Aktiengesellschaften lassen sich nur im Zusammenspiel von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung erfolgreich führen. Das Einsetzen einer Geschäftsleitung ist hier kein Nachteil und auch keine Sorgfaltspflichtverletzung, sondern eine organisatorische Notwendigkeit.² Der Gesetzgeber hat dies im Rahmen der Revision von 1991 im Grundsatz anerkannt: Der damals neu eingeführte Art. 716b OR lässt auf statutarischer Grundlage

1 Nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 712 ff. OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR organisiert sich der Verwaltungsrat – mit Ausnahme der allfällig statutarisch vorgesehenen Wahl des Präsidenten und Sekretärs – grundsätzlich selbst. So auch PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 29 N 3 f.; ERIC HOMBURGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Zürich 1997, N 255; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, SJZ 17/100 (2004), 405 ff.; a.M. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13 N 102; MARTIN WERNLI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, N 1 ff. insb. N 4 zu Art. 712 OR.

2 So gehen auch die OECD-Grundsätze der Corporate Governance von 2004 (OECD-CG; diese sind auf dem Internet unter www.oecd.org/daf/corporate/principles/einsehbar) in Abschnitt VI. von einer Zweiteilung in Geschäftsführung und Aufsichtsorgan aus; wobei das Aufsichtsorgan für die strategische Ausrichtung und Überwachung der Geschäftsführung zuständig ist.

die Delegation der Geschäftsführung an eine Geschäftsleitung zu. Art. 716a OR macht klar, dass die aktienrechtliche Delegation hierarchisch zu verstehen ist: Erlaubt ist die Übertragung der operativen Führung der Geschäfte. Auf der strategischen Ebene bleibt der Verwaltungsrat zuständig und verantwortlich.³

Nicht hinterfragt wurde demgegenüber der Grundsatz der kollektiven Wahrnehmung der Aufgaben durch den Verwaltungsrat. Soweit der Verwaltungsrat zuständig ist, nimmt er seine Aufgaben als Kollektivorgan wahr. Immerhin müssen Verwaltungsratsentscheide nicht von allen Verwaltungsräten mitgetragen werden. Nach der dispositiven Ordnung entscheidet der Verwaltungsrat mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.⁴ Verwaltungsratsentscheide können also gegen den Willen einzelner Verwaltungsräte zustande kommen. Wer einen Entscheid nicht mitträgt, ist auch nicht für ihn verantwortlich.⁵ Verwaltungsräte werden individuell von den Aktionären gewählt und sind den Aktionären individuell für ihren Beitrag zur kollektiven Entscheidungsfindung im Verwaltungsrat verantwortlich. Wer in der Auseinandersetzung über eine wichtige Frage intern unterliegt, mag aus persönlichen Gründen den Rücktritt in Betracht ziehen. Notwendig ist ein solcher nicht. Wer im Verwaltungsrat verbleibt, obwohl er in der internen Meinungsbildung unterliegt, erklärt damit hingegen nicht sein nachträgliches Einverständnis mit dem von der Mehrheit gefällten Entscheid.

2. Interessenkonflikte

In einer Konstellation immerhin ist der Grundsatz der kollektiven Wahrnehmung der Aufgaben schon seit jeher relativiert: Im Fall von Interessenkonflikten lassen Lehre und Rechtsprechung zu, dass die betroffenen Personen in den Ausstand treten.⁶ Entscheide

-
- 3 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 716b OR; übertragbar ist einzig die Geschäftsführung und nicht die Oberleitung der Gesellschaft; zum Inhalt der Oberleitung der Aktiengesellschaft siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 29 N 53, § 30 N 29 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 305 ff.; HOMBURGER (FN 1), N 534 ff.
- 4 Art. 713 Abs. 1 OR; zumindest im Organisationsreglement kann der Verwaltungsrat andere Beschlussquoren vorsehen; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 31 N 25; a.M. BÖCKLI (FN 1), § 13 N 120 f., der auch statutarisch die Einführung anderer Quoren für möglich hält.
- 5 Art. 754 OR i.V.m. Art. 759 OR; siehe zur differenzierten Solidarität PETER WIDMER/OLIVER BANZ, in: Honsell/Vogt/Watter (FN 1), N 3 ff. zu Art. 759 OR; BÖCKLI (FN 1), § 18 N 479 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 36 N 95, 107; weitergehend und differenzierend HARALD BÄRTSCHI, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2001, 117 ff., 244 f.
- 6 Vgl. BGE 113 II 52 ff.; BGE 126 III 361 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), 8 ff.; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1999, 510 Ziff. 6 des Musterorganisationsreglements; BÄRTSCHI (FN 5), 261 ff.; HOMBURGER (FN 1), N 899 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 28 N 32 ff., § 30 N 128a; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 633 ff. sieht ein Ausstandsrecht nur bei einem intensiven Interessenkonflikt vor; vgl. auch SIMON KÄCH, Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Diss. Bamberg 2002, 134 ff. Die US-amerikanische Lehre und Rechtsprechung wenden zur Beurteilung der Arbeit des Verwaltungsrats die sog. Business Judgement Rule an. Daraus ergibt sich die Vermutungslage, dass seine Entscheide grundsätzlich einem «Sound Business Judgement» entsprechen und nicht zu hinterfragen sind, sofern sie ohne Interessenkonflikte getroffen und sorgfältig vorbereitet worden sind. Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 119 (2000), 257 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 582 ff.; JOACHIM FRICK Die Business Judgement Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Zürich 2003, 509 ff.

unter Ausstand einzelner Mitglieder werden ohne weiteres als vollwertige Verwaltungsratsentscheide anerkannt, obwohl sie gerade nicht von der Gesamtheit des, von den Aktionären mit der Führung der Geschäfte betrauten, Kollektivs gefällt wurden. In funktionaler Betrachtungsweise anerkennen Lehre und Rechtsprechung damit, dass auch auf der Ebene des Verwaltungsrats weniger mehr sein kann: Eine Konzentration des Entscheids auf die nicht vom Interessenkonflikt betroffenen Personen und damit auf einen blossen Teil des Verwaltungsrats bietet Gewähr für eine höhere Qualität des Entscheids. Umgekehrt beschränkt sich die Verantwortlichkeit auf die an der Entscheidung mitwirkenden Verwaltungsräte.⁷ Im Kern geht es um einen Konflikt zwischen Treue- und Sorgfaltspflicht, der zugunsten der Treuepflicht aufzulösen ist. Die Sorgfaltspflicht gebietet den Mitgliedern an allen Entscheiden des Verwaltungsrats mitzuwirken. Die Treuepflicht verbietet ihnen dies soweit, als sie sich in einem Interessenkonflikt befinden und rechtfertigt damit zugleich das Nichtmitwirken am Entscheidungsprozess.

3. Verwaltungsratsausschüsse

Die aktuelle Debatte über die optimale Ausgestaltung der Leitungs- und Qualitätssicherungsfunktionen in einer Aktiengesellschaft setzt bei den Regeln über die Interessenkonflikte an und überführt diese in eine institutionalisierte Ordnung.⁸ Der Verwaltungsrat entscheidet als Ganzes über seine Organisation und über die strategische Ausrichtung der Gesellschaft.⁹ Aufgaben mit Qualitätssicherungsfunktion gegenüber den operativ in der Gesellschaft tätigen Mitgliedern des Verwaltungsrates dagegen werden Ausschüssen übertragen, in die grundsätzlich nicht exekutive Mitglieder des Verwaltungsrates, so genannte externe Verwaltungsräte Einsitz nehmen.¹⁰

7 Siehe oben zur differenzierten Solidarität Abschnitt I.1, FN 5.

8 Ziel der Ausschussbildung ist u.a. die Entschärfung von Interessenkonflikten; vgl. LUKAS HANDSCHIN Treuepflicht des Verwaltungsrates in der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (FN 6), 169 ff.; VON DER CRONE (FN 6), 1 ff.; PETER FORSTMOSER, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Nedim Peter Vogt/Dieter Zobl (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil und das Ganze*, Basel 2002, 9 ff.

9 Nach Art. 716a Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat im Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben Ausschüsse bilden. Übertragbar sind lediglich Hilfsarbeiten im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung, nicht aber die eigentliche Entscheidungskompetenz. Entscheidungskompetenzen können nur im Rahmen von Art. 716b OR übertragen werden; vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ (FN 1), 406; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 29 N 24 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 405 und 423; ROLF WATTER, in: Honsell/Vogt/Watter (FN 1), N 27 zu Art. 716a OR; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 6), 73; URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 230, 234 zur Unterscheidung zwischen dem unübertragbaren «decision taking» und dem übertragbaren «decision shaping».

10 Grundsätzlich wird zwischen exekutiv tätigen (internen) und nichtexekutiv tätigen (externen) Mitgliedern des Verwaltungsrats unterschieden. Nach Ziff. 12 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2002 (SCBP) soll die Mehrheit der Verwaltungsräte aus Mitgliedern bestehen, die im Unternehmen keine operativen Führungsaufgaben erfüllen. Vgl. RUDOLF KUNZ, Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, Diss. Zürich 2004, 282 ff., 288 ff.

Ob ein Verwaltungsrat formell abhängig oder unabhängig ist, wird in den Corporate Governance Kodizes unterschiedlich definiert. Nach Ziff. 22 SCBP gelten nur diejenigen Verwaltungsräte als unabhängig, welche nie oder seit drei Jahren nicht mehr der Geschäftsleitung angehört haben und in keinen oder nur geringen geschäftlichen Beziehungen zur Gesellschaft stehen. Vgl. BÖCKLI (FN 1), § 14 N 85 f., 130, 295 ff.

Für die arbeitsteilige Organisation sprechen über die Frage der Interessenkonflikte hinaus auch qualitative Aspekte: Funktionale Spezialisierung bringt fachliche Stärken optimal zum Tragen, erlaubt eine zeitlich vertiefte Auseinandersetzung mit wichtigen Fragen und leistet mit deren Beleuchtung aus verschiedenen Blickwinkeln einen Beitrag zur Qualitätssicherung.¹¹

3.1 Prüfungsausschuss

Das Audit Committee oder der Prüfungsausschuss ist für die Schnittstelle zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einerseits und der Revisionsstelle andererseits zuständig.¹² Die Revisionsstelle wird nach schweizerischem Aktienrecht von der Generalversammlung gewählt und erstattet dieser, sowie im Fall von Banken und Effektenhändlern der EBK, Bericht über die Richtigkeit und Vollständigkeit des Rechnungswesens.¹³

Ungeachtet der formellen Berichterstattungslinie zur Generalversammlung kann die Revisionsstelle ihre Aufgabe nicht losgelöst von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung wahrnehmen. Von den Honorarverhandlungen über die Festsetzung der Revisionschwerpunkte bis zur Diskussion der Prüfungsfeststellungen und dem Entscheid über die zu ergreifenden Massnahmen steht die Revisionsstelle über die eigentliche Prüfung der Bücher hinaus in vielfältigen Kontakten zur Gesellschaft. Aufgabe der Revisionsstelle ist es, die Gesamtheit der Berichterstattung des Unternehmens gegenüber den Aktionären auf ihre Richtigkeit zu prüfen.¹⁴ Dementsprechend stehen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung als Ganzes gegenüber der Tätigkeit der Revisionsstelle in einem latenten Interessenkonflikt. Immerhin lassen sich deutliche Abstufungen in der potentiellen Virulenz dieses Interessenkonfliktes feststellen. Im Fokus der Revisionsstelle steht die korrekte Abbildung der operativen Geschäftstätigkeit in der Rechnungslegung. Damit sind die operativ tätigen Mitglieder des Verwaltungsrats und die Geschäftsleitung in ganz anderem Mass am Ergebnis der Revisionsleistung interessiert, als die nicht operativ tätigen Verwaltungsräte. Die Betreuung der Schnittstelle des Unternehmens zur Revisorin ist deshalb einem aus externen Mitgliedern des Verwaltungsrats zusammengesetzten Audit Committee zu übertragen.¹⁵

11 Vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ (FN 1), 405 f.; PETER BÖCKLI, *Corporate Governance und «Swiss Code of Best Practice»*, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (FN 6), 277; PETER FORSTMOSER, *Corporate Governance – Regeln guter Unternehmensführung in der Schweiz*, in: *Niederer Kraft und Frey-Schriftenreihe*, Zürich 2002, 18.

12 Der Prüfungsausschuss evaluiert das Risiko- und Kontrollumfeld des Unternehmens, die Rechnungslegung und die interne und externe Prüfung; vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE/KATJA ROTH, *Der Sarbanes Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung*, AJP 2/12 (2003), 134; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ (FN 1), 408; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 412; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (FN 1), § 29 N 40; PETER BÖCKLI, *Leitung eines «Audit Committee»: Gratwanderung zwischen Übereifer und Unorgfalt*, ST 8/2003, 559 ff.

13 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 728 f. OR; bzw. Art. 21 BankG.

14 Art. 728 OR; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (FN 1), § 33 N 6 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 15 N 102 ff.

15 Der Sarbanes Oxley Act of 2002 (SOA) verlangt in Section 301, dass Mitglieder des Audit Committee nicht «affiliated persons» sein dürfen, d.h. Personen welche direkt oder indirekt die Kontrolle über die Gesellschaft ausüben. Ziff. 22 SCBP verlangt hingegen nur für die Mehrheit der Ausschussmitglieder Unabhängigkeit (siehe FN 10).

3.2 Entschädigungsausschuss

Noch offensichtlicher ist das Problem des Interessenkonflikts bei der Festsetzung der Entschädigungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung. Immerhin lässt sich auch hier eine deutliche Abstufung der persönlichen Betroffenheit feststellen. Das Entschädigungsmodell für die exekutiven Verwaltungsratsmitglieder und die Mitglieder der Geschäftsleitung weist typischerweise ausgeprägte Leistungskomponenten auf und stellt dabei stark auf die konkreten Gegebenheiten des einzelnen Unternehmens ab. Dementsprechend besteht in der Praxis kein Standard, sondern eine Vielzahl von Entschädigungsmodellen, die zudem oft auch in der Umsetzung einen beträchtlichen Ermessenspielraum offen lassen.¹⁶ Bei der Entschädigung der nicht exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats dagegen, stehen die festen Honorarbestandteile im Vordergrund. Für diese wiederum lassen sich im Markt viel weitergehende Standardisierungen und damit auch aussagekräftige Referenzgrössen feststellen. Ausserdem ist die Höhe der Verwaltungsrats-honorare in der Regel im Vergleich zu der an das Topmanagement ausbezahlten Summe kleiner. Die Festsetzung des Entschädigungsmodells ist deshalb einem aus externen Verwaltungsratsmitgliedern zusammengesetzten Entschädigungsausschuss zu übertragen, der unabhängig über die Entschädigung der exekutiven Verwaltungsratsmitglieder sowie der Geschäftsleitung entscheidet und, in Abstützung auf das Marktübliche, die eigene Entschädigung festsetzt.¹⁷ Der ausgeprägte Interessenkonflikt der exekutiven Verwaltungsratsmitglieder bedingt und rechtfertigt deren Ausstand.¹⁸

3.3 Nominationsausschuss

In vielen Gesellschaften besteht neben dem Prüfungs- und dem Entschädigungsausschuss ein Nominationsausschuss oder Nomination Committee, dem die Erarbeitung der langfristigen Personalplanung auf der Ebene von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung über-

16 Ziel der Entschädigungsmodelle ist die Interessengleichschaltung von Prinzipal und Agent; vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Risiko und Corporate Governance, in: Hans Caspar von der Crone/Peter Forstmoser/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Kapitalmarktrechts, Zürich 2004, 558 ff.; MARON S. SHOLES, Stock and Compensation, *The Journal of Finance* 46 (1991), 803 ff.; VON DER CRONE (FN 6), 257 f.

17 Die Festsetzung der Entschädigung ist nicht explizit im Aufgabenkatalog von Art. 716a OR enthalten. Der Beschluss über die Höhe der Entschädigung für den Verwaltungsrat kann daher grundsätzlich an einen Ausschuss oder an die Generalversammlung delegiert werden; vgl. GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, Bern 2000, N 1662. Die Wahl des Entschädigungsmodells für die Geschäftsleitung und die exekutiv tätigen Verwaltungsratsmitglieder als Teil des Anreizsystems ist hingegen von strategischer Bedeutung i.S.v. Art. 716a Abs. 1 OR und muss vom Gesamtverwaltungsrat getroffen werden – der Entscheid über die konkrete Höhe kann delegiert werden; vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ (FN 1), 409; HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR NF 119 (2000), 254 f.; a.M. wohl BÖCKLI (FN 1), § 13 N 426, der bei der Festsetzung der Entschädigung nicht zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat differenziert. Nach Ziff. 25 SCBP kommt dem Entschädigungsausschuss keine Entscheidungsbefugnis zu; so auch GION GIGER, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 2003, 327; IVO W. HUNGERBÜHLER, Der Verwaltungsratspräsident, Diss. Zürich 2003, 30; a.M. ROLF WATTER, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (FN 6), 196, welcher dem Entschädigungsausschuss abschliessende Entscheidungskompetenz gewährt, da die Festsetzung der Entschädigung formell nicht im Katalog von Art. 716a Abs. 1 OR enthalten ist.

18 Zu den Zielen der Ausschussbildung siehe FN 8; zur Ausstandspflicht siehe FN 6.

tragen wird.¹⁹ Anders als in Fragen der Rechnungsprüfung und der Festsetzung des Entschädigungsmodells lassen sich bezüglich der langfristigen Personalplanung innerhalb des Verwaltungsrats nicht in gleichem Mass verschiedene Kreise der Betroffenheit ausmachen. Persönliche Präferenzen mögen in die Entscheide hineinspielen. Herausragende Nachwuchskräfte mögen aus Konkurrenzangst nicht optimal gefördert werden. Mit dem Argument der Kompatibilität mag die schwache der starken Persönlichkeit vorgezogen werden. Solche sachfremden Motive können allerdings auf jeder Ebene in die Entscheidung hineinspielen. Nicht exekutive Verwaltungsratsmitglieder sind davor so wenig geneigt wie exekutive oder wie die Mitglieder der Geschäftsleitung. Nominationsausschüsse sind damit in erster Linie durch das Bedürfnis nach einer effizienten Organisation des Verwaltungsrats und nur beschränkt durch die Notwendigkeit eines angemessenen Umgangs mit Interessenkonflikten motiviert. Interviews mit potentiellen Verwaltungsräten oder Geschäftsleitungsmitgliedern beispielsweise lassen sich schlecht durch den ganzen Verwaltungsrat durchführen. Deshalb macht es vor allem aus Effizienzgründen Sinn, diese Aufgabe dem Nominationsausschuss zu übertragen.²⁰

3.4 Weitere Ausschüsse

Einzelne Gesellschaften kennen darüber hinaus auf ständiger Basis oder ad hoc weitere Ausschüsse, wie beispielsweise einen IT-Ausschuss oder einen M&A Ausschuss. Zweck solcher Ausschüsse ist wiederum die Steigerung der organisatorischen Effizienz.²¹

II. Unabhängigkeit und Fachkompetenz

Nach vielen Corporate Governance Standards müssen die Mitglieder des Prüfungs- und des Entschädigungsausschusses «unabhängig» sein und zugleich über die zur Erfüllung ihrer Aufgabe als Verwaltungsrat und Ausschussmitglied notwendige Kompetenz verfügen.²²

19 Die Wahl der Geschäftsleitung ist eine unübertragbare Aufgabe des Gesamtverwaltungsrates gem. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR. Nach Ziff. 27 SCBP kann der Nominierungsausschuss die Grundsätze für die Auswahl und Beurteilung von Kandidaten erarbeiten, der Entscheid über die Wahl der Geschäftsleitung verbleibt hingegen beim Gesamtverwaltungsrat. Vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ (FN 1), 409 f.; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 279 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 30 N 29 ff.

20 Vgl. WATTER (FN 17), 195; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 413a.

21 Vgl. BÖCKLI (FN 1), § 13 N 405 ff., 416 f.; KRNETA (FN 17), N 1667; HUNGERBÜHLER (FN 17), 27 f.

22 Der Combined Code on Corporate Governance vom Juli 2003 (CCCG) sieht in Section C.3.1 vor, dass im Audit Committee je nach Grösse der Gesellschaft mindestens zwei oder drei unabhängige nichtexekutive Mitglieder sitzen sollen. Das gleiche gilt für das Remuneration Committee gem. Section B.2.1. Nach Section 301 SOA müssen alle Mitglieder des Audit Committee unabhängig sein. Dies gilt auch für das Nomination und Compensation Committee aufgrund der Final New York Stock Exchange Corporate Governance Rules vom 4.11.2003, vgl. Listed Company Manual Section 303A.04 und 303A.05. Ziff. 22 SCBP i.V.m. Art. 23 und 25 SCBP sieht vor, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder des Audit Committee unabhängig sein müssen; siehe unten Abschnitt II.1.1.1.

Zu den fachlichen Anforderungen sieht der SOA in Section 407 vor, dass mindestens ein Mitglied des Audit Committee ein «financial expert» sein muss. Ziff. 5.3.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 2. Juni 2005 (DCGK) sieht vor, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses über besondere Erfahrung und Kenntnisse in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen muss. Abschnitt C.3.1

1. Unabhängigkeit

1.1 Formelle Unabhängigkeit

Das Kriterium der Unabhängigkeit hat eine formelle Dimension: Grundsätzlich ist formell unabhängig, wer nicht in die aktive Geschäftsführung involviert ist. Dieser Gedanke wird in den einzelnen Corporate Governance Standards in leicht unterschiedlicher Weise umgesetzt. Unterschiede zeigen sich dabei insbesondere bei den Fragen, ob ein früheres Geschäftsleitungsmitglied nach einer gewissen Zeit wieder als unabhängig anzusehen ist, ob die Abhängigkeit von einem Hauptaktionär die Unabhängigkeit in Frage stellt und, ob die Unabhängigkeit nach einer gewissen Amtszeit verloren geht.²³

1.1.1 Schweizerische Regelung

Ziff. 22 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP)²⁴ hält fest,

- dass für bestimmte Ausschüsse, die Mehrheit der Mitglieder unabhängig sein sollte. Unabhängig sind nicht exekutive Verwaltungsräte, die nie oder vor mehr als drei Jahren der Geschäftsleitung angehört haben und die mit der Gesellschaft in keinen oder nur verhältnismässig geringfügigen geschäftlichen Beziehungen stehen.
- dass bei kreuzweiser Einsitznahme in Verwaltungsräten die Unabhängigkeit im Einzelfall sorgfältig zu prüfen ist.
- dass der Verwaltungsrat weitere Kriterien festlegen kann.

Die Corporate Governance-Richtlinie (RLCG) beschäftigt sich nicht direkt mit der «Unabhängigkeit». In Ziff. 3 RLCG werden die zu veröffentlichenden Angaben über die Verwaltungsratsmitglieder festgelegt. So ist offen zu legen, wer exekutiv tätig ist und wer nicht. Bei nicht exekutiven Mitgliedern ist bekannt zu geben, ob sie in den letzten drei Jahren der Geschäftsleitung des Emittenten oder einer Konzerngesellschaft des Emittenten angehört haben und ob sie mit einem von diesen in wesentlicher geschäftlicher Beziehung stehen.²⁵

CCCG sieht vor, dass zumindest ein Mitglied des Audit Committee «recent and relevant financial experience» haben muss. Nach Ziff. 23 SCBP soll die Mehrheit des Audit Committee, darunter der Vorsitzende, im Finanz- und Rechnungswesen erfahren sein.

23 Die OECD-CG Grundsätze halten in Abschnitt VI.E fest, dass das Board in der Lage sein muss, ein objektives, unabhängiges Urteil über Unternehmensangelegenheiten zu bilden. Die Anmerkungen sehen u.a. vor, dass die unabhängigen Verwaltungsräte vom Mehrheitsaktionär unabhängig sein müssen und keine wirtschaftliche oder familiäre Beziehung zur Gesellschaft oder Unternehmensleitung haben dürfen. Nach Ziff. 5.4.2 DCGK ist unabhängig, wer in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zur Gesellschaft oder zum Vorstand steht. Für den Einsitz im Audit Committee verlangt der SOA in Section 301, dass der Verwaltungsrat keine «affiliated person of the issuer or any subsidiary thereof» ist, siehe unten Abschnitt II.1.1.2. Nach dem CCCG Section A.3.1 ist formell abhängig, wer in den letzten fünf Jahren für die Gesellschaft gearbeitet hat, in den letzten drei Jahren mit der Gesellschaft in bedeutenden Geschäftsbeziehungen gewesen ist, von der Gesellschaft neben der Verwaltungsratsentschädigung zusätzliche Entlohnung erhält, familiäre Beziehungen zur Geschäftsleitung hat, über kreuzweise Verflechtungen mit anderen Geschäftsleitungsmitgliedern in anderen Gesellschaften verfügt, einen bedeutenden Aktionär vertritt oder seit mehr als neun Jahren Mitglied im Verwaltungsrat ist.

24 Auf dem Internet sind der SCBP und die RLCG unter www.economiesuisse.ch verfügbar.

25 Weiter müssen Tätigkeiten und Interessenbindungen der Verwaltungsräte offen gelegt werden, wie bspw. der Einsitz in Führungs- und Aufsichtsgremien bedeutender schweizerischer und ausländischer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen (Ziff. 3.2 RLCG). Offenzulegen sind auch Kreuzverflechtungen (Ziff. 3.3 RLCG), die Grundsätze

1.1.2 Internationale Regelungen

Der Sarbanes Oxley Act von 2002 (SOA) statuiert für kotierte Gesellschaften in Section 301 betreffend Unabhängigkeit das Folgende:²⁶

- ■ «In order to be considered to be independent for purposes of this paragraph, a member of an audit committee of an issuer may not, other than in his or her capacity as a member of the audit committee, the board of directors, or any other board committee
 - (i) accept any consulting, advisory, or other compensatory fee from the issuer; or
 - (ii) be an affiliated person of the issuer or any subsidiary thereof.»

Die amerikanische Wertpapier- und Börsenaufsichtsbehörde («SEC») genehmigte die «Final NYSE Corporate Governance Rules» nach mehreren Änderungen am 4. November 2003:²⁷

- Der Verwaltungsrat von kotierten Gesellschaften muss mehrheitlich aus unabhängigen Mitgliedern bestehen.
- Unabhängig ist nur, wer keine «material relationship» hat:
 - Ein Mitglied des Verwaltungsrats, welches in den letzten drei Jahren von der Firma angestellt gewesen ist, oder einen nahen Familienangehörigen hat, der in dieser Periode Mitglied der Geschäftsleitung oder des Abschlussprüfers gewesen ist, gilt als abhängig.
 - Abhängig ist auch ein Verwaltungsratsmitglied, das Aktionär oder leitender Angestellter einer Organisation ist, die eine bedeutende Beziehung mit der Gesellschaft unterhält.
 - Das Audit-Committee-Mitglied darf keine anderen Honorare beziehen als die Verwaltungsrats honorare.
- Alle kotierten Gesellschaften müssen ein Audit Committee, ein Compensation Committee und ein Nomination Committee bilden, welche sich ausschliesslich aus unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrats zusammensetzen müssen.

Der HIGGS Report²⁸ hat im Januar 2003 Empfehlungen erlassen, welche in den überarbeiteten britischen Combined Code on Corporate Governance vom Juli 2003 (CCCG) eingeflossen sind. Die Ausschüsse für Prüfung und Entschädigung sollen sich ausschliesslich, der Nominierungsausschuss immerhin mehrheitlich, aus unabhängigen Verwaltungsräten zusammensetzen.²⁹ Gemäss Section A.3.1 CCCG³⁰ ist ein non-executive director unabhängig, wenn er «independent in character and judgement» ist. Es dürfen keine Bezie-

des Wahlverfahrens (Ziff. 3.4.1 RLCG), die interne Organisation (Ziff. 3.5 RLCG), die Grundzüge der Kompetenzregelung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (Ziff. 3.6 RLCG), die Ausgestaltung der Informations- und Kontrollinstrumente des Verwaltungsrats gegenüber der Geschäftsleitung (Ziff. 3.7 RLCG).

26 Auf dem Internet kann der SOA unter www.law.uc.edu/CCL/SOact/soact.pdf eingesehen werden.

27 Siehe Section 303A New York Stock Exchange Listed Company Manual; dieses ist auf dem Internet unter www.nyse.com/pdfs/section303A_final_rules.pdf verfügbar; vgl. auch BÖCKLI (FN 1), § 14 N 61 ff., 83 ff.

28 Der vollständige HIGGS Report ist auf dem Internet unter www.dti.gov.uk/cld/non_exec_review verfügbar.

29 Siehe Ziff. 10.9, 13.7 und 13.11 HIGGS Report; zur Umsetzung im CCCG siehe FN 22.

30 Der CCCG ist auf dem Internet unter www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/lr_comcode2003.pdf verfügbar.

hungen oder Umstände vorliegen, welche seine Urteilsfähigkeit beeinträchtigen können. Detailliert wird festgelegt, unter welchen Umständen formelle Unabhängigkeit besteht: Insbesondere gilt als unabhängig, wer mehr als neun Jahre in einem Verwaltungsrat sitzt – dieser verliert automatisch die «Unabhängigkeit».³¹

1.1.3 Vergleich

Die Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder, wie sie im SCBP vorgeschrieben wird, geht etwas weniger weit, als diejenige der amerikanischen oder englischen Regelung. Die schweizerische Regel verlangt zudem lediglich, dass die Mehrheit der Mitglieder der Ausschüsse unabhängig sein muss.³² Der NYSE fordert, dass sich der Verwaltungsrat mehrheitlich, das Audit, Compensation und Nomination Committee ausschliesslich aus unabhängigen Mitgliedern zusammensetzt.³³ Der englische Combined Code on Corporate Governance sieht jede Art von Abhängigkeit, die sich auf die Entscheidungsfreiheit des Verwaltungsrats auswirkt, als problematisch an.³⁴

1.2 Materielle Unabhängigkeit

Mindestens ebenso wichtig, wenn auch schwerer greifbar ist die materielle Dimension der Unabhängigkeit. Materielle Unabhängigkeit bedeutet Freiheit in der Entscheidungsfindung. Der Verwaltungsrat und seine Ausschüsse entscheiden in der Regel mit dem einfachen Mehr der abgegebenen Stimmen. Der einzelne Verwaltungsrat kann also in einer Sach- und Personalfrage überstimmt und damit in die Minderheit versetzt werden. Geschieht dies in einer Grundsatzfrage, so ist die eigene Stellung zu überdenken. Wer sich bei gewichtigen Themen wiederholt kein Gehör verschaffen kann, verliert das Gesicht, wenn er keine Konsequenzen zieht. Wer nicht zurücktreten kann, passt sein Verhalten an. Der materiell abhängige Verwaltungsrat wird sich nur mit Zurückhaltung in den Entscheidungsprozess einbringen. Stattdessen wird er sich darauf konzentrieren, das Ergebnis zu antizipieren und sich rechtzeitig auf die Seite der Mehrheit zu stellen. Formell mag er unabhängig sein, materiell ist er es nicht.

Die Option Rücktritt ist damit eine Voraussetzung für materielle Unabhängigkeit. Zurücktreten kann aber nur, wer weder aus ökonomischen Gründen, noch wegen seiner Reputation vom einzelnen Verwaltungsratsmandat abhängig ist. Bei exekutiv in der Unternehmung tätigen Personen können eine im Salär enthaltene Risikoprämie sowie im Voraus vereinbarte Abgangsentschädigungen dieser Abhängigkeit entgegenwirken.³⁵ Bei

31 Siehe zu den weiteren Voraussetzungen FN 23 am Ende. Zur Entwicklung der britischen Corporate Governance Diskussionen und Untersuchungen vgl. BÖCKLI (FN 1), § 14 N 100 ff.

32 Im Gegensatz zu anderen Corporate Governance Kodizes (siehe oben FN 23) gilt bspw. in der Schweiz der vom Hauptaktionär abhängige Verwaltungsrat formell nicht als abhängig. Der unabhängige Verwaltungsrat verliert seine formelle Unabhängigkeit auch nicht durch Zeitablauf oder durch Partizipation am Beteiligungsplan der Gesellschaft (im Gegensatz etwa zu Abschnitt A.3.1 CCCG).

33 Siehe oben Abschnitt II.1.1.2.

34 Sog. catch-all-clause: «A non-executive director is considered independent (...) when there are no relationships or circumstances which could affect, or appear to affect, the director's judgement»; vgl. BÖCKLI (FN 1), § 14 N 120 ff., 297.

35 Vgl. VON DER CRONE (FN 16), 557 ff.; VON DER CRONE (FN 6), 257 ff., 265 ff.

nicht exekutiven Verwaltungsratsmitgliedern dagegen setzt Unabhängigkeit Diversifikation voraus. Unabhängig ist in erster Linie, wer aufgrund des Portefeuilles seiner beruflichen Tätigkeit nicht auf das einzelne Mandat angewiesen ist. Unabhängigkeit und Umfang der Tätigkeit für eine Gesellschaft korrelieren negativ. Je grösser der Stellenwert des einzelnen Mandats innerhalb des Portefeuilles der beruflichen Aktivitäten des einzelnen Verwaltungsrats ist, desto eher ist seine Freiheit in der Wahrnehmung seiner Aufgabe in Frage gestellt und umgekehrt.

2. Kompetenz

Die Mitglieder des Verwaltungsrats müssen über die notwendigen Kenntnisse zur Wahrnehmung ihrer Aufgabe verfügen.³⁶ Einen Teil dieser Kompetenz bringen die Verwaltungsräte aus ihrer sonstigen Tätigkeit in das Mandat ein, einen Teil erarbeiten sie sich im Verlauf der Mandatsausführung. Die Breite der Kenntnisse über das konkrete Unternehmen korreliert mit der Zeit, die der einzelne Verwaltungsrat für das betreffende Mandat einsetzt. Je mehr Zeit er für das eine Mandat verwenden kann, desto besser sollte er das betreffende Unternehmen und sein Umfeld verstehen. Wer viel Zeit für das eine Mandat einsetzen kann, ist deshalb am ehesten in der Lage, innerhalb des Verwaltungsrats die Generalistenrolle zu übernehmen. Ganz besonders ausgeprägt ist diese Voraussetzung für hauptamtliche Verwaltungsräte erfüllt, die zuvor als Geschäftsleitungsmitglieder in der Gesellschaft tätig waren.

3. Zusammenspiel von Unabhängigkeit und Kompetenz

Das Zusammenspiel zwischen Unabhängigkeit und Kompetenz ist vielschichtig und in der Realität von grosser Bedeutung. Bei genauer Analyse zeigt sich eine komplexe Matrix zwischen formeller und materieller Unabhängigkeit sowie externer und interner Kompetenz. Zwar ist ein hohes Mass an zeitlichem Engagement bis hin zu einer Fokussierung auf ein einziges Mandat der internen Kompetenz des Verwaltungsratsmitglieds dienlich, umgekehrt aber wird dadurch die Unabhängigkeit der betreffenden Person in Frage gestellt und zwar in einer materiellen Betrachtungsweise auch dann, wenn formell Unabhängigkeit noch gegeben sein mag. Formell und materiell unabhängige Verwaltungsräte werden sich deshalb zu einem wesentlichen Teil auf externe Kompetenzen abstützen müssen. Sie bringen ihre Erfahrung aus verwandten Industriebereichen, aus dem Finanz- und Rechnungswesen, aus dem Finanzierungsbereich oder aus dem Recht in den Verwaltungsrat ein.

³⁶ Das Bundesgericht fordert diejenige objektive Kompetenz, welche für die Ausübung der Funktionen des Verwaltungsrats des spezifischen Unternehmens notwendig ist. Sind diese Kompetenzen nicht vorhanden, liegt grundsätzlich Übernahmeverschulden vor. Subjektive Kompetenzen des Verwaltungsrats haben Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit; vgl. BGE 97 II 403 ff., 412; BGE 122 III 200; KUNZ (FN 10), 300 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 564; HOMBURGER (FN 1), N 818; nach PETER FORSTMOSER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, 108 ff., muss der Verwaltungsrat die Fähigkeit haben, sich die erforderlichen Spezialkenntnisse während seiner Tätigkeit zu erarbeiten; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 36 N 80.

In der Praxis besteht somit ein Zusammenhang zwischen Unabhängigkeit und Spezialisierung und damit Arbeitsteilung. Unabhängigkeit schliesst eine hauptamtliche Tätigkeit für das betreffende Unternehmen aus. Nebenamtliche Tätigkeit verlangt Spezialisierung und damit Arbeitsteilung.

III. Arbeitsteilung und Verantwortlichkeit

Arbeitsteilung ist also aufgabenbezogen sowohl rechtlich durch die Treuepflicht, als auch funktional durch Notwendigkeit der Spezialisierung geboten. Gemeinsamer Nenner ist dabei die Forderung nach einer genügenden Zahl formell und materiell unabhängiger Verwaltungsräte.³⁷ Zu klären bleibt damit, wie im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mit der Arbeitsteilung umgegangen werden soll. Kann und soll auf der Ebene der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Forderung nach Unabhängigkeit eine Begrenzung des Entscheidungsgremiums auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats nahe legt? Kann und soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats im Bereich ihrer Kernkompetenzen mehr zum Entscheidungsprozess beitragen können und deshalb auch in anderem Mass in der Lage sind, Verantwortung zu übernehmen, als in anderen Bereichen, in denen sie mehr in einer Generalistenfunktion tätig sind?³⁸

1. Individuelle Verantwortlichkeit

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist eine persönliche Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats für Schäden, die adäquat kausal auf eine Verletzung aktienrechtlicher Pflichten zurückzuführen sind, welche das betreffende Organ verschuldet hat. Die Mitglieder des Verwaltungsrats haften nach Art. 754 Abs. 1 OR ausschliesslich für ihr eigenes Verhalten. Das Aktienrecht sieht keine kollektive Haftung aller Verwaltungsräte für die Pflichtverletzung einzelner anderer Verwaltungsräte vor. Wer selbst seine Pflicht

³⁷ Die Entwicklung der Corporate Governance Kodizes weist in die Richtung, dass die Mehrheit des Verwaltungsrats aus externen Mitgliedern besteht; vgl. Section A.3 CCCG; Ziff. 12 SCBP. Nach den Final NYSE Corporate Governance Rules muss sich das Board mehrheitlich aus unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern zusammensetzen. Was unter Unabhängigkeit zu verstehen ist, definieren die Codes unterschiedlich. Entscheidend ist nach den OECD-CG Grundsätzen Abschnitt VI.E die Fähigkeit des Board sich ein objektives, unabhängiges Urteil über Unternehmensangelegenheiten zu bilden; siehe auch oben Abschnitt II.1, FN 23.

³⁸ Diejenigen Verwaltungsräte, welche nicht dem Ausschuss angehören, dürfen nicht blind auf die vom Ausschuss verfassten Unterlagen vertrauen; sie müssen die Berichte einem kritischen und vollständigen Studium unterziehen. Bei der Beurteilung ihrer Verantwortlichkeit ist sowohl die Beschlussfassung als Gesamtverwaltungsrat, als auch die zur sorgfältigen Aufgabenerfüllung notwendige Arbeitsteilung mit einzubeziehen; vgl. VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ (FN 1), 412; WATTER (FN 17), 188 ff.; BERTSCHINGER (FN 9), N 234; JEAN NICOLAS DRUEY, Organfreiheit oder zugeschnürte Weste? – Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2003, 21 f. Nach FORSTMOSER (FN 36), 114 ff., führt die Ausschussbildung grundsätzlich nicht zu einer Entlastung der Nichtmitglieder des Ausschusses, ausser wenn sie als gerechtfertigte organisatorische Massnahme zu betrachten ist, sodass den Verwaltungsratsmitgliedern trotz Schadenseintritt keine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist. Zum «Leaning-Back Syndrom» vgl. BÖCKLI (FN 12), 559 ff.

ten erfüllt, wird wegen einer Pflichtverletzung durch einen anderen Verwaltungsrat oder ein Geschäftsleitungsmitglied nicht haftbar. Daran ändert auch die solidarische Haftung nichts. Die Solidarität nach Art. 759 Abs. 1 OR ist nicht Rechtsgrund für einen Schadenersatzanspruch, sondern regelt das Verhältnis unter einer Mehrzahl paralleler Verantwortlichkeitsansprüche gegen verschiedene Organpersonen.³⁹

2. Hilfspersonenhaftung, Substitution, Delegation

Das Privatrecht erfasst die Arbeitsteilung aus haftungsrechtlicher Perspektive, von der hier nicht weiter relevanten Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR abgesehen, in erster Linie mit den drei Konzepten der Hilfspersonenhaftung, der auftragsrechtlichen Substitution und der aktienrechtlichen Delegation.

2.1 Hilfspersonenhaftung

Zentrale Bestimmung des Zivilrechts zum Umgang mit der Arbeitsteilung ist die Hilfspersonenhaftung. Wer zur Erfüllung einer vertraglichen Pflicht eine andere Person beizieht, hat nach Art. 101 Abs. 1 OR der Vertragsgegenpartei den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson verursacht hat. Art. 101 OR ist eine Zurechnungsnorm. Das Verhalten einer Person, die nicht direkt Vertragspartei ist, wird einer Vertragspartei zugerechnet.⁴⁰ Grundsätzlich kommt Art. 101 OR nur auf Sachverhalte des befugten Beizugs einer Hilfsperson zur Anwendung.⁴¹ Dies ist durch das rechtspolitische Konzept der Hilfspersonenhaftung bedingt. Darf der Schuldner zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten eine Hilfsperson beiziehen, so könnte er sich exkulpieren, wenn eine vertragliche Schlechterfüllung ohne eigenes Verschulden auf das Verschulden der Hilfsperson zurückzuführen ist. Art. 101 OR rechnet das Verhalten der Hilfsperson dem Schuldner zu und verunmöglicht ihm so die Exkulpation mit dem Hinweis auf fehlendes eigenes Verschulden.⁴² Sie verbessert damit die Stellung des Gläubigers, der sonst nur bei Organisationsverschulden einen Schadenersatzanspruch geltend machen könnte. Zieht der Schuldner die Hilfsperson unbefug-

³⁹ Zur differenzierten Solidarität siehe oben Abschnitt I.1, insb. FN 5.

⁴⁰ Vgl. WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, N 2 zu Art. 101 OR; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 23.02; KARL SPIRO, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 215 ff.; abweichend PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, N 2884.

⁴¹ Vgl. ANDREAS VON THUR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, 3. Aufl., Zürich 1974, 122 f.; WIEGAND (FN 40), N 12 zu Art. 101 OR; ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bd. VI.1.5., Bern 2000, N 86 zu Art. 101 OR. Aufgrund des Wortlauts von Art. 101 OR könnte hingegen auch die Ansicht vertreten werden, dass dieser auch auf den Fall des unbefugten Beizugs von Hilfspersonen anwendbar ist. Der Einschub «wenn auch befugterweise» könnte in dem Sinne verstanden werden, dass eine Haftung nach Art. 101 OR gerade auch dann besteht, wenn die Hilfsperson unbefugterweise beigezogen worden ist; vgl. SPIRO (FN 40), 159 f.

⁴² Entscheidend für die Zurechnung der Handlung der Hilfsperson ist, ob das Verhalten dem Schuldner vorwerfbar ist, wenn er selbst so gehandelt hätte; vgl. BGE 94 I 251; BGE 119 II 337 f.; SCHWENZER (FN 40), N 23.10; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 40), N 2884 ff.; der Gläubiger kann somit grundsätzlich keine überdurchschnittliche Leistung der Hilfsperson erwarten, ausser wenn die versprochene Leistung besondere Kenntnisse eines Gehilfen verlangt; vgl. SPIRO (FN 40), 247 ff.; WIEGAND (FN 40), N 14 zu Art. 101 OR.

terweise bei, so liegt schon darin eine Vertragsverletzung.⁴³ Bei unbefugtem Beizug einer Hilfsperson ist der Gläubiger also nicht zwingend auf die Zurechnung nach Art. 101 OR angewiesen. Legt man Art. 101 OR eng aus, so ist Art. 101 OR auf Sachverhalte des befugten Beizugs von Erfüllungsgehilfen beschränkt. Dies kann in Grenzfällen bedeuten, dass der Schuldner besser dasteht, wenn er die Hilfsperson unbefugt statt befugt beigezogen hat. Zu denken ist an den Sachverhalt, in dem der Schuldner zeigen kann, dass der Beizug der Hilfsperson unter den konkreten Umständen wohl nicht erlaubt, im Ergebnis aber doch zweckmässig, wenn nicht gar geboten war. Persönlich macht sich der Schuldner in diesem Fall nicht verantwortlich; gleichzeitig käme wegen der fehlenden Befugnis zum Beizug der Hilfsperson Art. 101 OR nicht zur Anwendung und das Verhalten der Hilfsperson wäre somit nicht zurechenbar. Die Lehre erachtet eine solche Privilegierung mehrheitlich als nicht gerechtfertigt und befürwortet deshalb eine analoge Anwendung von Art. 101 OR auf Sachverhalte des unbefugten Beizugs von Hilfspersonen.⁴⁴

Die Mitglieder des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft haben die ihnen übertragenen Verpflichtungen in Analogie zu Art. 398 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 68 OR persönlich zu erfüllen.⁴⁵ Ausserhalb der Delegation nach Art. 716b OR gibt es deshalb keinen befugten Beizug von Dritten zur Wahrnehmung der unübertragbaren Aufgaben von Art. 716a Abs. 1 OR.⁴⁶ Eine Zurechnung nach Art. 101 OR kommt deshalb im Bereich der Organhaftung nur, aber immerhin per analogiam auf den Sachverhalt der unbefugten Delegation der unübertragbaren Aufgaben von Art. 716a Abs. 1 OR in Frage.

2.2 Auftragsrechtliche Substitution

Soweit dies erlaubt oder üblich ist, kann der Beauftragte die Ausführung des Auftrags einem Dritten übertragen. Nach Art. 399 Abs. 2 OR haftet er in diesem Fall nur für die

43 So auch die h.L., welche im unbefugten Beizug einer Hilfsperson eine Vertragsverletzung sieht, für welche der Schuldner aus Art. 97 OR haftet; vgl. WIEGAND (FN 40), N 11 zu Art. 101 OR; SCHWENZER (FN 40), N 23.03; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 40), N 2880 ff. Die h.L. verlangt zwischen dem unerlaubten Beizug der Hilfsperson und dem Schaden nicht nur einen natürlichen Kausalzusammenhang sondern zusätzlich einen adäquat-kausalen; vgl. WEBER (FN 41), N 86 zu Art. 101 OR; ARNOLD KOLLER, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Zürich 1980, 61 ff.; a.M. VON THUR/ESCHER (FN 41), 122 f.

44 Zur alternativen Anwendung von Art. 101 OR und Art. 97 OR vgl. KOLLER (FN 43), 66; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 40), N 2882; SPIRO (FN 40), 160 insb. FN 5; WEBER (FN 41), N 87 zu Art. 101 OR.

45 Das Verwaltungsratsmandat ist ein organschaftliches Rechtsverhältnis, welches stark vertragsähnlich strukturiert ist. Es wird von einem «auftragsähnlichen Innominatkontrakt» gesprochen; vgl. BGE 121 I 162; BGE 125 III 81; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 28 N 2 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 88; ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich 1999, 118 f., sieht eine schul- und gesellschaftsrechtliche Doppelnatur; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 6), 56 ff. Das Verwaltungsratsmandat ist persönlich zu erfüllen; vgl. BGE 71 II 279 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 28 N 18; BERTSCHINGER (FN 9), N 164 ff.

46 Die Kompetenz zur Beschlussfassung im Bereich der unübertragbaren Aufgaben von Art. 716a Abs. 1 OR ist dem Verwaltungsrat ausschliesslich zugewiesen; zum Beizug von Fachleuten und Hilfskräften vgl. FORSTMOSER (N 36), 108 ff.; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 30 N 27 f. Der Beizug von Hilfspersonen bei Ausführungshandlungen geschieht zugunsten der Gesellschaft; diese sind weder als Hilfspersonen noch als Substituten zu betrachten; vgl. FORSTMOSER (FN 36), 117 f.; JEAN NICOLAS DRUEY, Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 53 (1981), 77 ff.; DRUEY (FN 38), 22; BERTSCHINGER (FN 9), 108 f., 213 ff. befürwortet eine Haftung des Verwaltungsrats analog der drei curae von Art. 716b OR für beigezogene Fachleute; a.M. WATTER (FN 9), N 29 zu Art. 716b OR, welcher der Meinung ist, dass der Verwaltungsrat vollumfänglich für die beigezogenen Personen wie Headhunter, Anwälte und Unternehmensberater ähnlich derjenigen aus Art. 101 OR haftet.

gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Regeln über die Substitution in enger Auslegung von Art. 399 Abs. 2 und 3 OR nur dann anwendbar, wenn die Substitution primär im Interesse des Auftraggebers liegt.⁴⁷ Übertragung der Auftragsausführung aus blossen Kapazitätsgründen beispielsweise ist nach dieser Rechtsprechung nicht als Substitution mit Beschränkung der Haftung auf die beiden *curae* der Auswahl und Instruktion, sondern als Tatbestand des Beizugs einer Hilfsperson unter voller Zurechnung des Verhaltens der Hilfsperson zu behandeln.⁴⁸

Strukturell zeigt der Tatbestand der Arbeitsteilung im Verwaltungsrat klare Parallelen zu einer auftragsrechtlichen Substitution. Diese Parallelen erstrecken sich insbesondere auch auf die Relevanz der Abgrenzung zwischen dem Beizug im Eigeninteresse und dem Beizug im Interesse des Auftraggebers, hier also der Gesellschaft. Auch die Anwendung der Regeln über die auftragsrechtliche Substitution scheitert allerdings an der Tatsache, dass das Gesetz seinem Wortlaut nach die Übertragung von Organfunktionen durch den Verwaltungsrat in Art. 716b OR abschliessend regelt. Ausserhalb von Art. 716b OR gibt es keine befugte Übertragung; die Haftungskonsequenzen der Übertragung nach Art. 716b OR sind im Aktienrecht abschliessend geregelt.⁴⁹ Dies gilt insbesondere auch für den hier interessierenden Fall der Übertragung von Aufgaben innerhalb des Verwaltungsrats im Rahmen einer arbeitsteiligen Organisation. Art. 716b Abs. 1 OR spricht ausdrücklich auch von der Übertragung von Aufgaben an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats. Eine Anwendung der Regeln über die auftragsrechtliche Substitution auf den Sachverhalt der Arbeitsteilung innerhalb des Verwaltungsrats fällt also auch für diesen Fall ausser Betracht.

Immerhin bestätigt die auftragsrechtliche Regelung über die Substitution die Überlegungen zur Zurechnung bei Sachverhalten der unbefugten Übertragung von Aufgaben. Gemäss Art. 399 Abs. 1 OR haftet der Beauftragte bei unbefugter Übertragung der Auftragsausführung für die Handlungen des beigezogenen Dritten, wie wenn es seine eigenen wären. Auch nach den Regeln der Substitution führt der unbefugte Beizug einer Hilfsperson also zu einer unmittelbaren Zurechnung, analog dem befugten Beizug nach Art. 101 OR. Wer die Auftragsausführung unbefugt überträgt, haftet nicht nur wegen der darin liegenden Pflichtverletzung, sondern trägt darüber hinaus direkt die Verantwortung für das Verhalten der beigezogenen Person.⁵⁰

2.3 Delegation nach Art. 716b OR

Nach dem bereits mehrfach erwähnten Art. 716b OR kann der Verwaltungsrat gestützt auf eine statutarische Grundlage im Rahmen eines Organisationsreglements die Erfüllung

47 BGE 112 II 347 ff., 354; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 40), N 2855 ff., 2863 f.; WEBER (FN 41), N 59 ff. zu Art. 101 OR; SPIRO (FN 40), 90 ff.; WALTER FELLMANN, in: Hausheer (FN 41), Bd. VI.2.4., Bern 1992, N 49 zu Art. 399 OR.

48 Beispiel: Der «Anwaltssubstitut» gilt in der Regel als Erfüllungsgehilfe.

49 Zum Beizug von Fachleuten zur Vorbereitung der unübertragbaren Aufgaben von Art. 716a Abs. 1 OR siehe oben Abschnitt III.2.1, FN 46.

50 Vgl. ROLF H. WEBER, in: Honsell/Vogt/Watter (FN 40), N 5 zu Art. 399 OR; FELLMANN (FN 47), N 30 ff., 39 zu Art. 399 OR; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/HANS MERZ, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, 551 f.

seiner Aufgaben einzelnen Mitgliedern oder der Geschäftsleitung übertragen. Vorbehalten bleibt der Katalog der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben von Art. 716a Abs. 1 OR.⁵¹ Konsequenz der formell und materiell zulässigen Delegation nach Art. 716b OR ist gemäss Art. 754 Abs. 2 OR eine Beschränkung der Haftung des Verwaltungsrats auf die drei *curae* der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung.⁵² Die aktienrechtliche Delegation steht damit zwischen der direkten Zurechnung nach Art. 101 OR und der auftragsrechtlichen Substitution nach Art. 399 OR. Anders als im allgemeinen Vertragsrecht muss sich der Verwaltungsrat das Verhalten der Personen, denen er die Erfüllung von Aufgaben delegiert hat, nicht einfach als eigenes anrechnen lassen. Vielmehr handelt die Geschäftsleitung im delegierten Bereich als eigenständiger Entscheidungsträger, der den Aktionären und Gläubigern unmittelbar für sein Handeln verantwortlich ist.⁵³ Fehler der Geschäftsleitung sind nicht zwingend Fehler des Verwaltungsrats. Anders als bei der Substitution beschränkt sich die Verantwortung des Verwaltungsrats deshalb nicht nur auf Auswahl und Instruktion, sondern erstreckt sich auch auf die Überwachung. Der auftragsrechtliche Substitut verfügt typischerweise über Wissen und Fähigkeiten, die dem Beauftragten selbst nicht zugänglich wären. Schon aus fachlichen Gründen müssen sich die Pflichten des Beauftragten deshalb auf die richtige Auswahl und Instruktion beschränken: Im klassischen Fall der Substitution im Interesse des Auftraggebers ist der Beauftragte typischerweise gerade nicht in der Lage, die Auftragsausführung durch den Substituten zu überwachen. Der Chirurg etwa kann den richtigen Narkosearzt auswählen und ihn richtig instruieren. In seiner Tätigkeit überwachen aber kann er ihn nicht.⁵⁴ Der aktienrechtlichen Delegation liegt demgegenüber ein hierarchisches Verständnis zugrunde. Der Verwaltungsrat delegiert, was er theoretisch auch selbst erledigen könnte oder zumindest erledigen können sollte. Über Auswahl und Unterrichtung hinaus ist er deshalb auch für die Überwachung der Geschäftsleitung verantwortlich.⁵⁵

Delegiert der Verwaltungsrat ohne statutarische und reglementarische Grundlage oder delegiert er Aufgaben, die ihm unübertragbar zugewiesen sind, so muss er sich das Verhalten der Personen, an die delegiert wurde, in analoger Anwendung von Art. 101 OR und Art. 399 Abs. 1 OR unmittelbar zurechnen lassen. Entscheidend ist in diesem Fall das Kriterium der hypothetischen Vorwerfbarkeit, wie es in Lehre und Rechtsprechung zu Art. 101 OR

51 Nicht von der Delegation nach Art. 716b OR erfasst ist die Aufgabenteilung auf der Stufe Verwaltungsrat. Die Bildung von Ausschüssen im Aufgabenbereich von Art. 716a Abs. 1 OR führt nicht zu einer Reduktion der Haftung auf die drei *curae*. Die aus organisatorischer Sicht gebotene Gliederung in Verwaltungsratsausschüsse wird von der expliziten Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht in genügendem Masse reflektiert. Allerdings besteht für den Bereich Interessenkonflikte eine Art Überdruckventil: Es kann keine Verantwortlichkeit folgen, sofern nicht am Entscheid mitgewirkt werden durfte.

52 Dies gilt sowohl bei der Übertragung an Dritte, als auch an einen Delegierten des Verwaltungsrats; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 30 N 26, § 37 N 37 ff.; BÖCKLI (FN 1), § 18 N 118 ff.; BERTSCHINGER (FN 9), N 172 ff., 229; WIDMER/BANZ (FN 5), N 36 ff. zu Art. 754 OR.

53 Art. 754 Abs. 1 OR; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 37 N 6, 17; BÖCKLI (FN 1), § 18 N 107.

54 Zur Haftung für den Substituten; vgl. FELLMANN (FN 47), 50 ff., 68 f.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich 2004, N 780; WEBER (FN 41), N 2 ff. zu Art. 399 OR.

55 Siehe oben FN 52.

entwickelt wurde: Müsste sich der Verwaltungsrat, wenn er an Stelle der betreffenden Person so wie sie gehandelt hätte, eine Pflichtverletzung vorwerfen lassen oder nicht?⁵⁶

2.4 Ergebnis

Die Auseinandersetzung mit den privatrechtlichen Konzepten zur Erfassung der Arbeitsteilung führt zu drei Schlüssen:

- Das Aktienrecht sieht die arbeitsteilige Aufgabenwahrnehmung direkt nur im Rahmen der aktienrechtlichen Delegation vor. Diese ist hierarchisch konzipiert und wird damit der funktionalen Aufgabenteilung und Spezialisierung innerhalb des Verwaltungsrats nicht gerecht.
- Werden Aufgaben übertragen, die persönlich wahrzunehmen wären, so erfolgt eine direkte Zurechnung nach Art. 101 OR. Wer als Verwaltungsrat andere das tun lässt, was er selbst tun müsste, haftet für das Verhalten der beigezogenen Person, wie wenn er an deren Stelle gehandelt hätte.
- Das Aktienrecht geht konsequent von einer persönlichen Haftung aus. Wer die ihn persönlich treffenden Pflichten persönlich wahrnimmt, kann ausschliesslich für sein eigenes Verhalten haftbar werden. Die solidarische Haftung der Organe betrifft das Verhältnis unter verschiedenen parallelen Verantwortlichkeitsansprüchen und nicht deren Zustandekommen. Solidarität begründet keine Haftung, sondern beantwortet die Frage nach dem Verhältnis unter verschiedenen, sich überschneidenden Ansprüchen auf Ersatz des gleichen Schadens. Entscheidend für den Umgang mit der funktionalen Spezialisierung innerhalb des Verwaltungsrats ist deshalb die Frage nach der Definition des individuellen Pflichtenkatalogs des einzelnen Verwaltungsrats.

3. Umfang der individuellen Verantwortlichkeit

Die Mitglieder des Verwaltungsrats müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren: Sie sind treue- und sorgfaltspflichtig.⁵⁷ Das gilt insbesondere für die unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a OR. Analysiert man den Katalog der Aufgaben nach Art. 716a OR, so lassen sich zwei Kategorien feststellen: Mit Bezug auf die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Ernennung und Abberufung der Mitglieder der Geschäftsleitung, die Erstellung des Geschäftsberichts und die Benachrichtigung des Richters geht der Gesetzgeber von direkten Entscheiden des Verwaltungsrats aus. Mit Bezug auf die Leitung der Gesellschaft und die Beaufsichtigung der Geschäftsführung geht der Gesetzgeber von einem Zusammenspiel von Entscheiden unterschiedlicher Hierarchiestufen aus. Praktische Überlegungen zeigen allerdings, dass es sich dabei mehr um graduelle denn um grundsätzliche Unterschiede handelt.⁵⁸ Besonders deutlich wird dies beim

⁵⁶ Zur hypothetischen Vorwerfbarkeit siehe oben Abschnitt III.2.1, FN 42.

⁵⁷ Art. 717 OR.

⁵⁸ Vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 30 N 29 ff.; zum Recht vor der Aktienrechtsrevision vgl. FORSTMOSER (FN 36), 116 f.

Geschäftsbericht: Auch wenn der Verwaltungsrat laut Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR direkt für den Geschäftsbericht zuständig ist, kann dieser, insbesondere bei grösseren Gesellschaften nur in enger Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Rechnungswesen erstellt werden.

Hier wie in den anderen von Art. 716a OR der Kompetenz des Verwaltungsrats vorbehaltenen Bereichen muss deshalb von einer funktionalen Definition der Organpflichten ausgegangen werden. Das Mitglied eines Verwaltungsrats handelt sorgfältig, wenn es erstens auf eine zweckmässige Organisation der Entscheidungsabläufe hinwirkt und zweitens innerhalb dieses Prozesses die ihm zukommende Funktion mit der Sorgfalt wahrnimmt, die von einer für diese Aufgabe angemessen qualifizierten Person erwartet werden darf.⁵⁹

IV. Verantwortlichkeit und Ausschüsse

Für die Arbeitsteilung innerhalb des Verwaltungsrats entscheidend ist letztlich, wie sich die individuelle Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte gestaltet, wenn der Verwaltungsrat mit Blick auf Interessenkonflikte oder Spezialisierung einen Ausschuss mit der Bearbeitung gewisser Fragen betraut hat.

1. Prüfungsausschuss

Mit dem Einsetzen eines Prüfungsausschusses soll der akzentuierte Interessenkonflikt, in dem sich die exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats bezüglich der Revision befinden, aufgefangen und zugleich durch Spezialisierung die notwendige Kompetenz für die Beurteilung spezifischer Fragen der Rechnungslegung gewährleistet werden.⁶⁰ Mit Blick auf die Entscheide im Bereich der Rechnungslegung und die finanzielle Berichterstattung lassen sich die Mitglieder des Verwaltungsrats in drei Gruppen einteilen.

Eine erste Gruppe bilden die exekutiv tätigen Verwaltungsräte, nach schweizerischer Praxis in erster Linie der CEO, der zugleich Delegierter oder Präsident des Verwaltungsrats ist.⁶¹ Ein Verwaltungsrat, der bereits als Geschäftsleitungsvorsitzender mit der Erstellung des Geschäftsberichts befasst war, ist primär für die sorgfältige Wahrnehmung dieser Auf-

59 Im Bereich der übertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats wirkt eine Aufgabendelegation grundsätzlich nicht haftungsmindernd, da der Verwaltungsrat als Ganzes für den Beschluss einstehen muss; siehe oben Abschnitt I.3, FN 9. Ausschussbildungen sind hingegen ein wichtiges Element einer rationalen, professionellen und arbeitsteiligen Organisation. Der objektivierte Sorgfaltspflichtmasstab (FN 36) passt sich somit den übernommenen Aufgaben an – es kommt somit zu einer differenzierten Haftung i.S.v. Art. 759 Abs. 1 OR im Rahmen des persönlichen Verschuldens; vgl. BGE 103 V 125; BGE 108 V 203; VON DER CRONE/CARBONARA/MAROLDA MARTINEZ (FN 1), 410; FORSTMOSER (FN 36), 106 ff.; BÄRTSCHI (FN 5), 302; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 36 N 86; WATTER (FN 9), N 27 zu Art. 717 OR; WATTER (FN 17), 190; HUNGERBÜHLER (FN 17), 26; BERTSCHINGER (FN 9), N 230.

60 WATTER (FN 17), 197; ist gar der Meinung, dass die Überwachung der Revisionsstelle und die Beurteilung derer Unabhängigkeit zur Beschlussfassung an das Audit Committee delegiert werden kann, nicht aber die Beurteilung der Kontrollsysteme, des Risikomanagements und der Compliance.

61 Art. 716b Abs. 1 OR; vgl. BÖCKLI (FN 1), § 13 N 533 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 28 N 149 ff.; HOMBURGER (FN 1), N 747 ff.; HUNGERBÜHLER (FN 17), 13 f.

gabe verantwortlich. Angesichts des akzentuierten Interessenkonflikts mit Bezug auf die Berichterstattung an die Aktionäre kann er nicht im Prüfungsausschuss mitwirken; sein Nichtmitwirken stellt aber zugleich keine Pflichtverletzung dar. Die Treuepflicht übersteuert in diesem Fall die Sorgfaltspflicht.⁶² Folgt Prüfungsausschuss und Verwaltungsrat dem Antrag der Geschäftsleitung, so bleibt das exekutiv tätige Verwaltungsratsmitglied aufgrund seiner Mitwirkung auf der Ebene der Geschäftsleitung verantwortlich.⁶³ Weichen sie zum Nachteil der Gesellschaft vom Antrag der Geschäftsleitung ab, so entfällt seine Verantwortlichkeit.⁶⁴

Eine zweite Gruppe bilden die Mitglieder des Prüfungsausschusses. Sie tragen die Verantwortung für die Entscheide des Prüfungsausschusses und die nachfolgenden Entscheide des Verwaltungsrats, es sei denn, der Verwaltungsrat entscheide gegen den Antrag des Prüfungsausschusses.⁶⁵

Eine dritte Gruppe bilden die Verwaltungsräte, die nicht Mitglied des Prüfungsausschusses und auch nicht Mitglied der Geschäftsleitung sind. Sie tragen die Verantwortung für den Entscheid des Verwaltungsrats. Nachdem die Einsetzung eines Prüfungsausschusses mit Blick auf die Interessenkonflikte notwendig und mit Blick auf die Spezialisierung und damit Kompetenz zweckmässig ist, dürfen sich die Nichtausschussmitglieder damit begnügen, die Anträge des Prüfungsausschusses in ihrer Begründung nachzuvollziehen und in ihrem Ergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.⁶⁶ Kommen sie dieser Pflicht nicht nach und stellen sie unbesehen auf die Anträge des Prüfungsausschusses ab, so müssen sie sich dessen Entscheide als eigene anrechnen lassen.

2. Entschädigungsausschuss

Auch der Entschädigungsausschuss dient dem Umgang mit einem offensichtlichen Interessenkonflikt. Wiederum lassen sich die Verwaltungsräte in drei Gruppen einteilen:

Eine erste Gruppe bilden die Mitglieder des Entschädigungsausschusses. Sie tragen die Verantwortung für die Entscheide des Entschädigungsausschusses, sowie für den darauf abstellenden Entscheid des Verwaltungsrats. Mit Bezug auf die eigene Entschädigung haben sie sich, wenn sie sich nicht dem Vorwurf einer Verletzung der Treuepflicht aussetzen wollen, durch Vergleiche mit dem Marktüblichen extern abzustützen.⁶⁷

62 Das Aktienrecht kennt für den Verwaltungsrat keine allgemeine Ausstandspflicht wie etwa Art. 68 ZGB für das Vereinsrecht. Aus der aktienrechtlichen Treuepflicht kann sich hingegen ein Ausstandsgrund ergeben analog den Regeln zum Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung; zu Interessenkonflikten und den Rechtsfolgen siehe oben Abschnitt I.2, FN 6.

63 Art. 754 Abs. 1 OR; vgl. BÖCKLI (FN 1), § 18 N 107; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 1), § 37 N 2 ff.; BÄRTSCHLI (FN 5), 94 ff.

64 Sofern er im Sinne des Antrags der Geschäftsleitung abgestimmt hat. In diesem Fall ist er nach Art. 759 OR nicht haftbar; zur differenzierten Solidarität vgl. Abschnitt I.1, FN 5.

65 Siehe oben Abschnitt II.2, FN 36 und Abschnitt III.3, FN 59.

66 Siehe oben Abschnitt III, FN 38. A.M. BERTSCHINGER (FN 9), N 235; welcher bei einer Delegation von Überwachungsaufgaben an einen Ausschuss die Anwendung der Rechtsfolgen von Art. 754 Abs. 2 OR befürwortet.

67 Vgl. zur Abstützung auf einen Marktpreis zur Befreiung von der Vermutung der ungetreuen Geschäftsführung; VON DER CRONE (FN 6), 8 f.; allgemein zur Business Judgement Rule vgl. FN 6.

Eine zweite Gruppe bilden exekutiv tätige Verwaltungsräte. Was ihre eigene Entschädigung betrifft, können sie, wenn sie sich nicht dem Vorwurf der Verletzung der Treuepflicht aussetzen wollen, auf keiner Ebene in der Entscheidungsfindung mitwirken. Sie sind Gegenpartei in Vertragsverhandlungen.⁶⁸ Als solche entscheiden sie nicht für die Gesellschaft, sondern unterbreiten im eigenen Namen eine Offerte für den Abschluss oder die Modifikation des eigenen Arbeitsvertrags. Ihre Haftbarkeit beschränkt sich auf eine allfällige Rückerstattungspflicht bei offensichtlich übersetzten Entschädigungen nach Art. 678 OR. Was die Entschädigung der übrigen Geschäftsleitungsmitglieder betrifft, können sie dem Entschädigungsausschuss Antrag stellen. Angesichts der Reflexwirkung der gesamten Entschädigungsstruktur auf ihre eigene Stellung, können sie am Entscheid selbst nicht mitwirken und tragen umgekehrt auch keine Verantwortung für ihn.

Eine dritte Gruppe bilden die Verwaltungsräte, die nicht Mitglied des Entschädigungsausschusses und nicht Mitglied der Geschäftsleitung sind. Mit Bezug auf ihre eigene Entschädigung brauchen sie die Entscheide des Entschädigungsausschusses solange, als kein offensichtliches Missverhältnis zur eigenen Leistung besteht, nicht zu hinterfragen.⁶⁹ Wiederum geht die Treuepflicht vor. Mit Bezug auf die Entschädigung der Mitglieder des Entschädigungsausschusses haben sie sich von der externen Abstützung zu überzeugen. Tun sie das nicht, so müssen sie sich deren Entscheide als eigene anrechnen lassen.⁷⁰ Mit Bezug auf die Entschädigung der exekutiven Verwaltungsratsmitglieder und der Gruppenleitung haben sie die Anträge des Prüfungsausschusses in ihrer Begründung nachzuvollziehen und im Ergebnis zu plausibilisieren.⁷¹

3. Nominationsausschuss

Soweit ein Nominationsausschuss eingesetzt wird, hat dieser reine Spezialisierungsfunktion. Zwar spielen die persönlichen Interessen der Beteiligten auch, ja gerade in die Personalpolitik hinein. Nachdem in dieser Hinsicht allerdings alle Mitglieder des Verwaltungsrats betroffen sind, kann eine Ausschussbildung wenig zur Entschärfung dieses Problems beitragen. Vielmehr ist der umgekehrte Schluss angezeigt: Weil die Personalpolitik nicht nur erfolgskritisch, sondern auch anfällig für rein subjektiv motivierte Einflussnahme ist, müssen sich die nicht im Nominationsausschuss vertretenen Mitglieder des Verwaltungsrats der Grenzen dieses Gremiums bewusst sein. Der Nominationsausschuss kann personelle Entscheide vorbereiten, indem er beispielsweise Interviews führt und Kandidaten evaluiert. Der Entscheid selbst muss, insbesondere was die Besetzung der Schlüsselpositionen des CEO und des CFO betrifft, auf der Ebene des Gesamtverwaltungsrats getroffen und nicht bloss nachvollzogen werden.⁷²

68 Selbstkontrahieren und Doppelvertretung als zwei besonders kritische Formen von Handeln unter Interessenkonflikt; vgl. BGE 112 II 506; BGE 95 II 621; VON DER CRONE (FN 6), 6; siehe auch oben Abschnitt I.2, FN 6.

69 Vgl. zur verdeckten Gewinnentnahme i.S.v. Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 62 OR; PETER KURER, in: Honsell/Vogt/Watter (FN 1), N 14 f. zu Art. 678 OR; BÖCKLI (FN 1), § 12 N 547 ff.; siehe auch oben FN 67.

70 Sofern die Leistungsempfänger nach Art. 678 Abs. 2 OR Verwaltungsräte sind, ist vorgesehen, dass ein gesamthaftes Vorgehen ohne nachteilige Folgen für den Kläger in analoger Anwendung von Art. 759 Abs. 2 OR direkt möglich ist; vgl. BÖCKLI (FN 1), § 12 N 567.

71 Zu den an den Entschädigungsausschuss delegierbaren Kompetenzen siehe oben Abschnitt I.3.2, FN 17.

72 Zu den Kompetenzen des Nominationsausschusses siehe oben Abschnitt I.3.3, FN 19.

4. Fachausschüsse

Fachausschüsse etwa für den Bereich der Informatik haben wiederum Spezialisierungsfunktion. Sie stellen besondere Fachkompetenz sicher und leisten damit einen positiven Beitrag zur Qualität der Entscheidungsfindung im Verwaltungsrat. Verwaltungsräte, die nicht Mitglieder von Fachausschüssen sind, müssen sich von der Kompetenz der Mitglieder überzeugen, haben die Anträge in ihrer Begründung nachzuvollziehen und in ihrem Ergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen, dürfen im Übrigen aber auf die Arbeit solcher Fachausschüsse abstellen.

5. M&A Ausschuss

M&A Ausschüsse werden in der Praxis einerseits zur Evaluation von Akquisitionsprojekten und andererseits zur Koordination der Aktivitäten der Gesellschaft im Fall von Übernahmeversuchen bzw. -verhandlungen gebildet. Ausschüsse mit Blick auf eigene Akquisitionsprojekte haben Spezialisierungsfunktion. Zumindest bei, im Vergleich zur Grösse der Gesellschaft, bedeutenden Akquisitionen allerdings, kommt dem strategischen Aspekt einen derart grossen Stellenwert zu, dass sich der Gesamtverwaltungsrat nur gerade im Sinn einer Vorbereitung seiner Entscheidungen auf die Arbeiten des Ausschusses verlassen darf, das Geschäft im Übrigen in allen Aspekten im Verwaltungsrat selbst zu behandeln hat.⁷³ Stellt er stattdessen auf die Entscheide des M&A Ausschusses ab, so muss er sich diese als eigene anrechnen lassen.

Ausschüsse mit Blick auf Übernahmeveruche und -verhandlungen können erst recht nur Vorbereitungsfunktion haben. Angesichts der existentiellen Bedeutung eines Übernahmeversuchs für die Gesellschaft selbst entfällt eine Spezialisierungsfunktion. Der Verwaltungsrat muss grundsätzlich als Ganzes zum Übernahmeversuch Stellung nehmen. Hinzu kommen auch hier die ausgeprägte eigene Betroffenheit aller Mitglieder des Verwaltungsrats, der mit Flucht nach vorn, also mit dem Engagement aller Verwaltungsräte und nicht mit der Übertragung der Entscheide an eine genauso betroffene Untergruppe des Verwaltungsrats Rechnung zu tragen ist.⁷⁴ Etwas anderes gilt für ad-hoc Ausschüsse, denen beispielsweise die Stellungnahme des Verwaltungsrats im übernahmerechtlichen Bericht übertragen wird und die typischerweise aus allen Mitgliedern des Verwaltungsrats zusammengesetzt sind, die insofern unabhängig sind, als weder ihnen persönlich noch

73 Vgl. WATTER (FN 17), 197, dieser stellt zur Bestimmung, ob eine Übernahme in die Kompetenz des Gesamtverwaltungsrats fällt, auf den Kaufpreis ab.

74 Grundsätzlich haben im Fall eines feindlichen Übernahmeangebots in der Regel alle Mitglieder des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft einen latenten Interessenkonflikt, da sie bei Zustandekommen des Übernahmeangebots ausgewechselt werden. Aus diesem Grund findet sich in Art. 29 BEHG das Verbot von Abwehrmassnahmen der Zielgesellschaft; vgl. RUDOLF TSCHÄNI/MATTHIAS OERTLE, in: Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, N 9 ff., 18 zu Art. 29 BEHG. Das Börsenrecht fördert hingegen das aktive Werben des amtierenden Verwaltungsrats um Alternativen zum öffentlichen Kaufangebot aufzuzeigen und verpflichtet ihn zur Stellungnahme gemäss Art. 29 Abs. 1 BEHG; vgl. JRENA FRAUENFELDER, Die Pflichten der Zielgesellschaft gemäss Art. 29 BEHG, Zürich 2001, 72 ff., 87 f.

Unternehmen, in denen sie eine Organfunktion wahrnehmen aus der Transaktion besondere Vorteile zukommen.⁷⁵

V. Ergebnis

Kehrt man zur Frage zurück, ob das bestehende Aktienrecht einen angemessenen Umgang mit einer funktional und nicht bloss hierarchisch motivierten Arbeitsteilung erlaubt, kommt man zu einem positiven Ergebnis. Soweit Ausschüsse durch das Erfordernis der Unabhängigkeit der Entscheidungsgremien geboten sind, sind sie mit Blick auf die Pflichten der Verwaltungsräte auch gerechtfertigt. Soweit sie durch Arbeitsteilung und Spezialisierung einen positiven Beitrag zur Qualität der Entscheide des Verwaltungsrats und damit zur sorgfältigen Mandaterfüllung aller Verwaltungsräte leisten, sind sie funktional legitimiert.

Auf den ersten Blick mag man schärfere Regeln für die Abgrenzung der verschiedenen Funktionen wünschen, ähnlich den Bestimmungen über die aktienrechtliche Delegation. Solche dürften sich allerdings kaum festschreiben lassen. Die Überlegungen zum materiellen Gehalt der Unabhängigkeit etwa zeigen die Grenzen formeller Kriterien gerade in einer für die Rechtfertigung der Arbeitsteilung im Verwaltungsrat zentralen Fragen. Die Überlegungen zur Personalpolitik oder zum Umgang mit Übernahmeavancen zeigen, dass der Verwaltungsrat gewissen Interessenkonflikten trotz aller prozeduraler Massnahmen nicht ausweichen kann. Unbestimmte Rechtsbegriffe müssen bei dieser Ausgangslage in Kauf genommen werden.

75 Gem. Art. 29 Abs. 1 und 3 BEHG i.V.m. Art. 31 UEV-UEK hat sich der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft zum öffentlichen Kaufangebot zu äussern. Nach der Praxis der Übernahmekommission sind Interessenkonflikte offen zu legen; Verwaltungsräte, welche einen ausgeprägten Interessenkonflikt haben und bspw. von der Anbieterin abhängig sind, müssen zur Beurteilung des öffentlichen Angebots in Ausstand treten; ansonsten müssen Massnahmen getroffen werden, wie eine Fairness Opinion, die eine unabhängige Beurteilung des Kaufangebots ermöglichen; vgl. Empfehlung der Übernahmekommission vom 19.4.2002 i.S. Canon/Canon, Erw. 5.2; Empfehlung der Übernahmekommission vom 15.7.2003 i.S. Zimmer/Centerpulse, Erw. 1; Empfehlung der Übernahmekommission vom 4.3.2005 i.S. Diperdana/Pelikan, Erw. 6.2 f. Zu einem ähnlichen Ergebnis führt die bundesgerichtliche Praxis zum Selbstkontrahieren, nach welcher diese Geschäfte nachträglich durch ein über- oder nebengeordnetes Organ genehmigt werden müssen, sofern die Gefahr einer Benachteiligung besteht; vgl. BGE 126 III 361 ff.; BGE 127 III 332 ff; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 603; WATTER (FN 9), N 21 zu Art. 718 OR.