

## Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.234/2001 vom 10. Dezember 2001/BGE 128 III 129

Mit Bemerkungen von

lic. iur. Bettina Stutz und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

##### A. Ausgangslage

1. Standpunkt des Klägers X.
2. Standpunkt der Vorinstanz
3. Standpunkt des Bundesgerichts

##### B. Rechtsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Organen

##### C. Kompetenzvorbehalt in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR

##### D. Zuständigkeit zur Kündigung

##### E. Ergebnis

#### III. Bemerkungen

##### A. Organstellung des Klägers X.

##### B. Zuständigkeit zur Kündigung

1. Organeigenschaft des Klägers X.
2. Fehlende Organeigenschaft des Klägers X.

#### IV. Fazit

### I. Sachverhalt

Das Bundesgericht hatte in einem Berufungsverfahren zu prüfen, ob die Kündigung des Arbeitsvertrags mit einem Mitglied der Geschäftsleitung ungültig sei, da die Entlassung durch die Geschäftsleitung statt durch den Verwaltungsrat erfolgte.

Der Kläger X. war seit 1976 als Jurist bei der beklagten Y.-Versicherung angestellt. Im Jahr 1986 wurde er zum Vizedirektor ernannt, womit er der Geschäftsleitung angehörte. Am 7. Juli 1998 kündigte sein Vorgesetzter Z. (Mitglied der Geschäftsleitung) das Arbeitsverhältnis auf den 30. Juni 1999. In einem an den Verwaltungsrat der Y.-Versicherung gerichteten Schreiben vom 25. April 1999 stellte sich X. unter anderem auf den Standpunkt, der Verwaltungsrat und nicht die Geschäftsleitung sei für seine Entlassung zuständig. Mit Briefen vom 18. und 31. Mai 1999 hielt die Arbeitgeberin an der Gültigkeit und Rechtmässigkeit der Kündigung fest.

Am 22. Dezember 1999 reichte X. beim Arbeitsgericht Zürich Klage gegen die Y.-Versicherung ein.

Unter anderem verlangte er, es sei festzustellen, dass die Kündigung des Arbeitsvertrags ungültig sei, da der Verwaltungsrat und nicht die Geschäftsleitung für seine Entlassung zuständig gewesen wäre. Das Arbeitsgericht Zürich wie auch das Obergericht des Kantons Zürich wiesen die Klage ab. Der Kläger X. zog das Urteil des Obergerichts mit Berufung an das Bundesgericht weiter.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

#### A. Ausgangslage

##### 1. Standpunkt des Klägers X.

Der Kläger X. ist der Ansicht, seine Entlassung sei ungültig, weil sie nur vom Verwaltungsrat hätte ausgesprochen werden können. Er begründet dies damit, dass nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR der Verwaltungsrat die unverzichtbare und unübertragbare Zuständigkeit zur Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung beauftragten Personen habe. Daraus schliesst er, dass der Verwaltungsrat nicht nur für seine Absetzung als Vizedirektor, sondern auch für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausschliesslich zuständig gewesen wäre.<sup>1</sup>

##### 2. Standpunkt der Vorinstanz

Das Obergericht kam demgegenüber zum Schluss, die Abberufung von X. als Organ der Aktiengesellschaft und die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses seien zwei voneinander zu trennende Rechtsgeschäfte, für welche nicht die gleiche Zuständigkeit gelten müsse.<sup>2</sup>

##### 3. Standpunkt des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüft zuerst, ob die Kündigung unwirksam sei, weil ausschliesslich der Verwaltungsrat und nicht auch die Geschäftsleitung dafür zuständig gewesen wäre. Dabei geht es zunächst auf die Frage ein, welches Rechtsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Organen besteht, bevor es in Bestätigung des obergerichtlichen Vorgehens zwischen dem arbeitsvertraglichen Verhältnis und der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Klägers unter-

\* Bettina Stutz ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Erw. 1.

<sup>2</sup> Erw. 1.

scheidet [B.]. Daran anknüpfend untersucht das Bundesgericht das gewonnene Ergebnis im Hinblick auf den Kompetenzvorbehalt von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR [C.], ehe es die Befugnis von Z. zur Kündigung des arbeitsvertraglichen Verhältnisses mit X. abklärt [D.].

In der Folge prüft es, ob die Kündigung trotz eines anfänglich bestehenden Mangels in der Vertretungsmacht durch die Y.-Versicherung rechtsgültig erklärt wurde<sup>3</sup> und ob sie missbräuchlich im Sinn von Art. 336 OR erfolgt sei<sup>4</sup>. Auf diese beiden Fragen wird im Rahmen der vorliegenden Besprechung nicht eingegangen.

Schliesslich verneint das Bundesgericht alle Vorbringen des Klägers X. und weist die Berufung ab [E.].

## B. Rechtsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Organen

Zur Frage, welches Rechtsverhältnis zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Organen vorliegt, hat sich das Bundesgericht mehrmals geäussert.<sup>5</sup> Im vorliegenden Entscheid gelangt es bezüglich der Qualifikation des Rechtsgeschäftstyps zum Ergebnis, dass diese stets aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falles vorzunehmen sei. Bezüglich der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses hält es fest:

*«Nach der Lehre handelt es sich bei der Rechtsbeziehung zwischen dem Organ und der Gesellschaft um ein schuld- bzw. vertragsrechtliches Doppelverhältnis (...). Allerdings wird auch die Meinung vertreten, es liege ein einheitliches Rechtsverhältnis vor, für dessen Beendigung aber unterschiedliche Regeln gelten sollen (...).»<sup>6</sup>*

Ohne hierzu Stellung zu nehmen, geht das Bundesgericht implizit von zwei Rechtsverhältnissen, einem gesellschafts- und einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zwischen dem Kläger X. und der beklagten Y.-Versicherung aus. Es fährt fort:

*«Die beiden Rechtsverhältnisse sind indessen mit Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinander zu halten, selbst wenn zwischen ihnen eine enge Wechselbeziehung besteht. Für alle drei Bereiche gelten je unterschiedliche Regelungen, [...]»<sup>7</sup>*

Das Bundesgericht verweist dabei auf Art. 726 Abs. 3 OR, wo dies für die Beendigung der Organstellung ausdrücklich festgehalten sei. Im Weiteren folgert es daraus:

*«Die Abberufung eines Verwaltungsrats oder Direktors aus dessen Organstellung richtet sich somit nach anderen Regeln als die Kündigung des Arbeits- oder Auftragsverhältnisses bzw. des Vertrags sui generis. Namentlich gelten für die Beendigung des Arbeitsvertrags auch bei einem Gesellschaftsorgan die Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts [...]. Es ist deshalb möglich, dass das Arbeitsverhältnis auch nach der Abberufung des Arbeitnehmenden als Organ weiter besteht oder umgekehrt das Arbeitsverhältnis beendet ist und die Organstellung andauert.»<sup>8</sup>*

Das Bundesgericht bestätigt damit das obergerichtliche Vorgehen und gelangt zum Schluss:

*«Entsprechend hat es [das Obergericht] zu Recht die Zuständigkeit für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht nach den für die Abberufung der Organe geltenden Bestimmungen beurteilt.»<sup>9</sup>*

In der Folge kommt das Bundesgericht auf die für die Abberufung von Organen geltende Bestimmung, auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR, zu sprechen.

## C. Kompetenzvorbehalt in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR

Bei der Abberufung von Direktoren [Organen] handle es sich zwar um eine Kompetenz, welche dem Verwaltungsrat nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR [unübertragbar und] unentziehbar zustehe. Die Unübertragbarkeit der Wahl- und Abberufungsbefugnis betreffe aber nur die obersten, dem Verwaltungsrat direkt unterstehenden Mitglieder der Geschäftsleitung:

*«Die Unübertragbarkeit bedeutet überdies nicht, dass die nächstuntere Ebene nicht ermächtigt werden könnte, selbst Abberufungen vorzunehmen. Die Unübertragbarkeit hat lediglich zur Folge, dass in jedem Fall der Verwaltungsrat auch das Recht hat, selber solche Abberufungen vorzunehmen (...). Die Frage, ob die Beklagte eine derartige Delegation vorgenommen hat, ist allerdings ohne Bedeutung, weil es vorliegend nicht um die Abberufung als Organ geht, sondern um die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.»<sup>10</sup>*

Das Bundesgericht erachtet demnach den Kompetenzvorbehalt in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR für die Kündigung des Arbeitsvertrags als unbeachtlich. Die

<sup>3</sup> Erw. 2.

<sup>4</sup> Erw. 3 (ausschliesslich publiziert in 4C.234/2001 unter <http://www.bger.ch>).

<sup>5</sup> Vgl. Erw. 1.a) aa.

<sup>6</sup> Erw. 1.a) aa.

<sup>7</sup> Erw. 1.a) aa.

<sup>8</sup> Erw. 1.a) aa.

<sup>9</sup> Erw. 1.b).

<sup>10</sup> Erw. 1.b).

Zuständigkeit zur Kündigung beurteilt sich nach anderen Regeln.

#### D. Zuständigkeit zur Kündigung

Daran anknüpfend untersucht das Bundesgericht, ob *in casu* Z. zur Erklärung der Kündigung zuständig beziehungsweise befugt war:

«Als Geschäftsleitungsmitglied kam ihm [Z.] umfassende Organqualität zu und seine Vertretungsbefugnis bezog sich auf alle Geschäfte, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a OR). Die Anstellung und Entlassung von Mitarbeitern gehört ohne Zweifel in diesen Kreis von Rechtshandlungen. [...] Daraus ergibt sich, dass der Vorgesetzte des Klägers grundsätzlich ermächtigt war, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auszusprechen.»<sup>11</sup>

#### E. Ergebnis

Im Ergebnis bejaht das Bundesgericht in Bestätigung des obergerichtlichen Entscheids die Zuständigkeit des Vorgesetzten Z. zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger X. In den nachfolgenden Erwägungen<sup>12</sup> verwirft es zudem die weiteren Begehren des Klägers hinsichtlich der rechtsgültigen Erklärung der Kündigung sowie deren Missbräuchlichkeit und weist schliesslich die Berufung ab<sup>13</sup>.

### III. Bemerkungen

Im Rahmen der folgenden Bemerkungen soll zunächst auf die Frage der Organstellung des Klägers X. [A.] und anschliessend auf die Frage der Zuständigkeit zur Kündigung [B.] eingegangen werden.

#### A. Organstellung des Klägers X.

Das Bundesgericht wie auch die Vorinstanz gehen von einer Organstellung des Klägers X. aus.<sup>14</sup> Wem in einer Unternehmung Organeigenschaft zukommt, ist nicht immer leicht zu beantworten. Der Organbegriff wird im Gesellschaftsrecht zwar an verschiedenen Stellen erwähnt, doch fehlt es an einer Legaldefi-

inition. Zudem wird er nicht immer im gleichen Sinn verwendet.<sup>15</sup>

BGE 117 II 570 differenziert zwischen einem Organbegriff für das Innenverhältnis und einem solchen für das Aussenverhältnis.<sup>16</sup> Für das Aussenverhältnis, das heisst für die Frage der Verkörperung und Verpflichtung der Gesellschaft durch ihre Organe im Rechtsverkehr, ist nach dem Bundesgericht auf den weiten Organbegriff von Art. 55 ZGB abzustellen.<sup>17</sup> Im Vorliegenden geht es aber nicht um die Zurechnung von Organverhalten gegenüber geschädigten Dritten, sondern um die Frage, wer Geschäftsführungsorgan ist, wer also gesellschaftsintern eigenverantwortlich Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt. Dazu ist auf den verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriff von Art. 754 OR abzustellen.<sup>18</sup> Dieser Haftung sind nur jene Personen unterstellt, die funktional als Organe zu qualifizieren sind.<sup>19</sup> Nach der in der Lehre und Rechtsprechung unbestrittenen, funktionalen Betrachtungsweise nimmt Organstellung ein, wer tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbe-

<sup>15</sup> Vgl. z.B. den Organbegriff in Art. 698 Abs. 1 OR mit jenem in Art. 754 Abs. 2 OR. Vgl. dazu auch *Peter Forstmoser*; Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: *Freiheit und Verantwortung im Recht*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Bern 1982, S. 125–150, S. 126 f.

<sup>16</sup> BGE 117 II 570 Erw. 3; Zusammenfassung bei *Pierre Tercier/Walter A. Stoffel*, Das Gesellschaftsrecht 1992/93, SZW 65 (1993), S. 305–314, S. 310 f.; *Maya R. Pfrunder-Schiess*, Besprechung von BGE 117 II 570 ff., SZW 65 (1993), S. 126–129, S. 127; vgl. zum Ganzen *Rolf Watter*; Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985, N 142 ff.

<sup>17</sup> BGE 117 II 570 ff., 572; vgl. dazu auch *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, S. 95 f., insbesondere auch FN 443.

<sup>18</sup> *Bärtschi*, S. 95 f., insbesondere auch FN 443.

<sup>19</sup> Das Abstellen auf den materiellen Organbegriff hat seit der Revision des Aktienrechts von 1992 ihren Niederschlag im Gesetz gefunden, indem Art. 754 Abs. 1 OR neu «alle mit der Geschäftsführung [...] befassten Personen» der Haftung unterstellt [im Original ohne Hervorhebung]; als Beispiele von materiellen Organen werden in der Botschaft Direktoren und Geschäftsführer genannt; Botschaft des Bundesrats über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BB1 1983 II 745 ff., zitiert nach Sonderdruck, S. 191.

<sup>11</sup> Erw. 1.b) aa.

<sup>12</sup> Erw. 2 und 3.

<sup>13</sup> Erw. 4 (ausschliesslich publiziert in 4C.234/2001 unter <http://www.bger.ch>).

<sup>14</sup> Vgl. für das Bundesgericht: Erw. 1.a) bb; für das Obergericht: Erw. 1.

stimmt.<sup>20</sup> Entscheidend ist also die Wahrnehmung von Kompetenzen, die typischerweise den Organen im formellen Sinn vorbehalten sind. In BGE 117 II 570 Erw. 3 wurde dies dahingehend präzisiert, dass dies grundsätzlich nur für «die oberste Leitung einer Gesellschaft, die oberste Schicht der Hierarchie» zutrifft. Immer noch offen bleibt damit, wer zu dieser obersten Schicht der Hierarchie gehört.<sup>21</sup>

Ob *in casu* der Kläger X. als Organ<sup>22</sup> zu qualifizieren ist, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Das Bundesgericht geht jedenfalls von einer Organstellung des Klägers aus, dies obwohl X. «auch als Mitglied der Geschäftsleitung in einem Subordinationsverhältnis [stand] und [...] Weisungen von den übergeordneten Direktoren und dem Verwaltungsrat [empfangen]»<sup>23</sup>. Es scheint, dass das Bundesgericht die Mitglieder der Geschäftsleitung *per definitionem* als «Organe» qualifiziert. Diese pauschale Sichtweise liesse sich nur zusammen mit einer konsequent funktionalen Abgrenzung der «Geschäftsleitung» rechtfertigen; der Begriff der «Geschäftsleitung» müsste auf den Kreis der Personen beschränkt werden, welche tatsächlich eine Organfunktion ausüben. Die strenge persönliche Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR rechtfertigt sich nämlich nur da, wo der Betroffene aufgrund der internen Organisation effektiv Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen kann.<sup>24</sup> Aktienrechtlich verantwortlich kann daher nur sein, wer eine selbstständige, weisungsfreie, leitende und eigenverantwortliche Stellung einnimmt. Entscheidend ist dabei die tatsächlich ausgeübte interne Funktion.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> BGE 117 II 432 ff., 442; *Felix R. Ehrat*, Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, AJP 6 (1992), S. 789–795, S. 793.

<sup>21</sup> Nach *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1969, ist oftmals gerade die «zweitoberste» Schicht der Hierarchie das effektive Zentrum der Führungsentscheidungen.

<sup>22</sup> Zur Unterscheidung zwischen formellem, materiellem und faktischem Organ *Bärtschi*, S. 99 f.

<sup>23</sup> Erw. 1.a) bb. Im Zusammenhang mit der Vertretungsmacht des Vorgesetzten Z. erklärt das Bundesgericht in Erw. 1.b) aa: «Als Geschäftsleitungsmitglied kam ihm [Z.] umfassende Organqualität zu [...]»

<sup>24</sup> *Forstmoser*, Organbegriff, S. 129; *derselbe* a.a.O., S. 128: «Diese Grundlage [Selbstständigkeit und Entscheidungsfreiheit] ist sowohl Erklärung dafür, dass das Verhalten dieser Personen – entsprechend der Realitätstheorie – der juristischen Person als eigene Willensäusserung zugerechnet wird, als auch Rechtfertigung für eine persönliche Haftung der Handelnden.»

<sup>25</sup> *Watter*, Verpflichtung der AG, N 144; im Normalfall gegen eine Organstellung von Vizedirektoren in grossen Gesell-

*In casu* scheint eine solche Organstellung zweifelhaft. Der Kläger befand sich zwar in einer gehobenen hierarchischen Position. Die verlieh ihm jedoch nicht die selbstständige, eigenverantwortliche Stellung, welche eine Organfunktion im Innenverhältnis kennzeichnet. Im Vordergrund scheint die abhängige Führung der Geschäfte, nicht deren Leitung aufgrund selbstständiger Entschlüsse gestanden zu haben.<sup>26</sup> Weisungsgebundenheit und Subordination sprechen gegen eine Organstellung.

## B. Zuständigkeit zur Kündigung

Die Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit zur Kündigung hängt direkt davon ab, ob die betreffende Person Organstellung hat [1.] oder nicht [2.].

### 1. Organeigenschaft des Klägers X.

#### a) Rechtsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Organen

Die herrschende Lehre geht beim Verwaltungsratsmandat von einem einheitlichen Rechtsverhältnis aus.<sup>27</sup> Demgegenüber wird das Rechtsverhältnis zu einem Mitglied des Verwaltungsrats, das zugleich in der Geschäftsleitung Einsitz nimmt, als doppeltes Rechtsverhältnis qualifiziert. Zum organschaftlichen Verhältnis tritt ein Arbeitsverhältnis hinzu.<sup>28</sup> Auch die

schaften *Klaus Hütte*, Bemerkungen zu BGE 117 II 432 ff., AJP 4 (1992), S. 516–520, S. 517.

<sup>26</sup> In Erw. 3.a bemerkt das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Frage der Missbräuchlichkeit des Kündigungsgrunds: «[...] die Art und Weise, wie der Kläger seine Arbeit ausführte, [entsprach] nicht den Vorstellungen seiner Vorgesetzten [...]» (Erw. 3 ist publiziert in 4C.234/2001.)

<sup>27</sup> *Adrian Plüss*, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, SSHW 130, Zürich 1990, S. 113; *Martin Wernli*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel und Frankfurt a.M. 1994, N 9 zu Art. 710 OR mit weiteren Hinweisen. Bezüglich der Rechtsnatur des Verwaltungsratsmandats gehen die Lehrmeinungen auseinander. Unbestritten ist aber, dass ein Grossteil der Rechte und Pflichten des Verwaltungsratsmitglieds durch zwingende aktienrechtliche Normen bestimmt wird sowie das Rechtsverhältnis zumindest vertragsähnlichen Charakter hat. Zum Zusammenhang zwischen der Qualifikation des Rechtsverhältnisses und der Rechtsnatur des Verantwortlichkeitsanspruchs der Gesellschaft *Bärtschi*, S. 195 ff.

<sup>28</sup> *Plüss*, S. 129; *Wernli*, N 25 zu Art. 707 OR; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, 2. A., Zürich 1999, S. 56 ff., insbesondere S. 59. Im Gegensatz zur Meinung des Bundesgerichts wohl auch *Peter Forst-*



Rechtsbeziehung zwischen einem Geschäftsleitungsmitglied mit Organfunktion und der Aktiengesellschaft wird nach einhelliger Auffassung als doppeltes Rechtsverhältnis betrachtet.<sup>29</sup> Dieser Ansicht folgt auch das Bundesgericht, indem es zwei Rechtsverhältnisse, ein gesellschaftsrechtliches und ein arbeitsrechtliches, voneinander unterscheidet. Einiges spricht in der Tat dafür: So werden mit «Organstellung» im Wesentlichen die verschiedenen gesellschaftsinternen Mitwirkungsrechte und die Vertretungsmacht zusammenfassend umschrieben. Rechtsmacht und arbeitsrechtliches Vertragsverhältnis bilden jedoch begrifflich keine Einheit, was einer Verbindung zu einem einheitlichen Rechtsverhältnis entgegensteht.<sup>30</sup> Zudem geht Art. 726 Abs. 3 OR von zwei Ebenen, einer körperschaftsrechtlichen (Aktienrecht) und einer arbeitsvertraglichen Ebene, aus, indem er die arbeitsvertraglichen Ansprüche des Abberufenen vorbehält.<sup>31</sup>

Die Entlassung eines Geschäftsleitungsmitglieds zielt nun genau auf die Schnittstelle dieser beiden Rechtsverhältnisse ab, was zu Interferenzen führen muss.

#### b) Beendigung der Rechtsverhältnisse

Die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen ist nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Gesamtverwaltungsrats. Unentziehbarkeit bedeutet, dass die Attraktion der Kompetenz durch die Generalversammlung untersagt ist; die Un-

übertragbarkeit hingegen verbietet die Entscheidelegation nach unten an die unterstellte Geschäftsleitung.<sup>32</sup> Das Bundesgericht geht fehl, wenn es argumentiert:

«Die Unübertragbarkeit bedeutet überdies nicht, dass die nächstuntere Ebene nicht ermächtigt werden könnte, selbst Abberufungen vorzunehmen. Die Unübertragbarkeit hat lediglich zur Folge, dass in jedem Fall der Verwaltungsrat auch das Recht hat, selber solche Abberufungen vorzunehmen (...).»<sup>33</sup>

Unübertragbarkeit bedeutet vielmehr, dass eine Entscheidelegation gerade nicht zulässig ist. Nach einem allgemeinen Rechtsprinzip bleibt der Delegierende für die Wahl, Anweisung und Beaufsichtigung dessen, dem er die Erfüllung einer Aufgabe übertragen hat, zuständig.<sup>34</sup> Genau so regelt dies das Aktienrecht in Art. 754 Abs. 2 OR und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1, 4 und 5 OR. Wird die Geschäftsführungskompetenz nach Art. 716b Abs. 1 OR delegiert, muss der Verwaltungsrat die Verantwortung dafür übernehmen, dass sie durch kompetente Personen ausgeübt wird.<sup>35</sup> Er trägt die *cura in eligendo* bezüglich der Geschäftsleitung, welche er mit der Geschäftsführung betraut. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR erfasst infolgedessen nur die Geschäftsleitung im *funktionalen* Sinn<sup>36</sup>, also den Kreis der Personen, denen Organqualität zukommt.<sup>37</sup> Nur sie nehmen Kompetenzen wahr, die typischerweise den Organen im formellen Sinn vorbehalten sind. Zudem gebietet die praktische Handhabung dieser Norm eine solche Interpretation. Ein Verwaltungsratsmitglied eines Gossunternehmens ist nicht in der Lage, die Fähigkeiten eines Pro-

moser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 14.

<sup>29</sup> Vgl. Peter Böckli, Die Abberufung von Geschäftsleitungsmitgliedern durch den Verwaltungsrat: Befugnis, Verpflichtung, Verhältnismässigkeit, in: Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Roland von Büren (Hrsg.), Bern 1998, S. 35–50, S. 48; vgl. auch Watter, Verpflichtung der AG, N 154 ff.; derselbe in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel und Frankfurt a.M. 1994, N 20 zu Art. 716b OR; Eric Homburger, Zürcher Kommentar, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997, N 758 zu Art. 716b OR.

<sup>30</sup> Vgl. dazu die Feststellungen von Plüss, S. 116 f., bezüglich des Verwaltungsratsmandats.

<sup>31</sup> Böckli, Abberufung von Geschäftsleitungsmitgliedern, S. 48: «[Die] arbeitsrechtlichen Begriffe sind durchaus anders konfiguriert («Kündigung» oder «Entlassung» statt «Abberufung» oder «Suspendierung»), und auch das Sanktionen- und Rechtsschutzsystem ist völlig verschieden.»

<sup>32</sup> Peter Böckli, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Schriften zum neuen Aktienrecht 7, Zürich 1994, S. 12.

<sup>33</sup> Erw. 1.b.

<sup>34</sup> Böckli, Abberufung von Geschäftsleitungsmitgliedern, S. 40; vgl. auch Watter, Kommentar, N 17 ff. zu Art. 716a OR; Homburger, Zürcher Kommentar, N 581 ff. zu Art. 716a OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30 N 31 ff.

<sup>35</sup> Botschaft, S. 178.

<sup>36</sup> Vgl. Ausführungen unter [III.A.].

<sup>37</sup> Vgl. Botschaft, S. 178: «Geschäftsführer ist, wer diese Funktionen tatsächlich ausübt, d.h. wer auf der Kommandobrücke der Gesellschaft steht.» Vgl. auch Peter Forstmoser/Alain Hirsch, Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts, SAG I (1985), S. 29 ff., S. 36; Adrian Kammerer, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997, S. 177 f., insbesondere auch FN 677; Böckli, Aktienrecht, N 1566; Watter, Kommentar, N 15 zu Art. 716a OR; a.A. wohl Homburger, Zürcher Kommentar, N 576 zu Art. 716a OR.

kuristen des mittleren Kaders richtig einzuschätzen, der ihm – wenn überhaupt – bloss vom Namen her bekannt ist. Dazu sind die direkten Vorgesetzten (z.B. ein Direktionsmitglied) sicher besser geeignet.<sup>38</sup> Eine sorgfältige Auswahl ist aber aus unternehmerischer wie auch aus verantwortlichkeitsrechtlicher Sicht unabdingbar. Die Ernennung und Abberufung der nächstunteren Organisationsstufen ist darum nach Art. 716b Abs. 1 OR delegierbar.

Eine funktionale Betrachtungsweise von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR bedingt, dass die dem Verwaltungsrat vorbehaltenen Personalentscheide nicht durch eigenhändige Entlassungen der Geschäftsleitung unterlaufen werden können. Dementsprechend sollte die Kompetenz zur Abberufung auf derselben Ebene liegen, auf der zuvor über die Ernennung entschieden wurde. Problematisch ist deshalb, wenn das Bundesgericht erwägt:

*«Das Vorgehen des Obergerichts, das zwischen dem arbeitsvertraglichen Verhältnis und der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Klägers unterschieden hat, ist demnach nicht zu beanstanden. Entsprechend hat es zu Recht die Zuständigkeit für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht nach den für die Abberufung der Organe geltenden Bestimmungen beurteilt.»*<sup>39</sup>

Werden zwei Rechtsverhältnisse angenommen, so ist – will man verhindern, dass die Beendigung des einen Rechtsverhältnisses das andere kompromittiert – deren enger Verbindung Rechnung zu tragen. Die beiden Rechtsverhältnisse sind mit Bezug auf Entstehung und Auflösung gerade nicht «klar auseinander zu halten»<sup>40</sup>. Die Kündigungskompetenz muss vielmehr so zugewiesen werden, dass Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR auch materiell Rechnung getragen wird. Wäre dem nicht so, könnte die Geschäftsleitung *de facto* ein Organ absetzen, obwohl diese Zuständigkeit nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR unübertragbar dem Verwaltungsrat zugewiesen ist. Der Betroffene wäre zwar noch immer Organ der Gesellschaft,<sup>41</sup> die Erfül-

lung seiner Funktion würde ihm jedoch durch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses verunmöglicht. Ein solches Ergebnis ist offensichtlich unhaltbar.

Dem Kläger ist daher im Grundsatz zuzustimmen, wenn er argumentiert:<sup>42</sup>

*«Zur Begründung bringt er [der Kläger X.] vor, nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR habe der Verwaltungsrat die unverzichtbare und unübertragbare Zuständigkeit zur Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung beauftragten Personen. Er schliesst daraus, dass der Verwaltungsrat nicht nur für seine Absetzung als Vizedirektor, sondern auch für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausschliesslich zuständig gewesen wäre.»*<sup>43</sup>

Konsequenz des Kompetenzvorbehaltes nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR muss dementsprechend eine Beschränkung der Befugnis zur Kündigung von Arbeitsverträgen mit Organpersonen auf den Verwaltungsrat sein. Ist der Kläger X. als Organ der Gesellschaft zu qualifizieren, so hätte der Vorgesetzte Z., obschon Mitglied der Geschäftsleitung, keine Befugnis gehabt, die Kündigung gegenüber dem Kläger X. auszusprechen.

## 2. Fehlende Organeigenschaft des Klägers X.

Wie bereits erläutert, erscheint die Organstellung des Klägers X. allerdings als zweifelhaft. Deswegen muss geprüft werden, ob Z. bei fehlender Organstellung von X. die Zuständigkeit zur Kündigung zu kommen würde.

### a) Ausgangslage

Ausgangspunkt ist in der Regel ein bereits bestehendes Arbeitsverhältnis, wie es *in casu* zwischen der Y.-Versicherung und dem Kläger X. vorlag. Im Zuge der Beförderung wird dann – typischerweise auf Vorschlag der vorgesetzten Stelle hin – die Zeichnungsberechtigung verliehen. Für die Erteilung der Vertretungsmacht ist allein der Verwaltungsrat zuständig.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> Forstmoser/Hirsch, S. 36, weisen darauf hin, dass die Ernennung der Kadernmitglieder, die nicht direkt dem Verwaltungsrat unterstellt sind, delegierbar sein muss, selbst wenn diese mit der Geschäftsführung betraut sind. Eine andere Regelung wäre für Grossgesellschaften unrealistisch. Vgl. auch Böckli, Kernkompetenzen, S. 32.

<sup>39</sup> Erw. 1.b.

<sup>40</sup> So das Bundesgericht in Erw. 1.a) aa.

<sup>41</sup> Dies entspricht der Meinung des Bundesgerichts, wonach die Organstellung andauern kann, obschon das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Vgl. Erw. 1.a) aa am Ende.

<sup>42</sup> Die Argumentation des Klägers kann nur dem Grundsatz nach gutgeheissen werden, da – wie dargelegt – erhebliche Zweifel an dessen Organstellung bestehen.

<sup>43</sup> Erw. 1.

<sup>44</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR, Art. 718 Abs. 2 OR, Art. 721 OR.

Die Einräumung sämtlicher Zeichnungsberechtigungen, also bis und mit der untersten Stufe, steht unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zu. Vgl. Botschaft, S. 178; Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Schriften zum neuen Aktienrecht 2, Zürich 1992, S. 24; Kammerer, S. 213. Zur Kritik an dieser Regelung Böckli, Aktienrecht, N 1582; Forstmoser, Organisationsreglement, S. 24 f.

Diese ausschliessliche Kompetenz lässt den Schluss auf eine ebenso ausschliessliche Kompetenz des Verwaltungsrats zur Kündigung des Arbeitsvertrags mit dem Zeichnungsberechtigten zu, da mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugleich die Zeichnungsberechtigung des Arbeitnehmers erlischt<sup>45</sup>. Die Verleihung des Zeichnungsrechts führt aber – im Gegensatz zur Ernennung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR – nicht zu einer anderen gesellschaftsinternen Stellung. Einerseits vermittelt allein das Zeichnungsrecht keine Organstellung im Innenverhältnis.<sup>46</sup> Andererseits verändert sich durch die Erteilung des Zeichnungsrechts das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis nicht. Das Zeichnungsrecht wird vielmehr lediglich auf das bestehende Arbeitsverhältnis aufgepfropft, indem dem Berechtigten eine zusätzliche Befugnis eingeräumt wird. Dies zeigt sich auch darin, dass dieselbe gesellschaftsinterne Funktion grundsätzlich auch ohne Zeichnungsrecht ausgeübt werden kann. Anders als die Wahl nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR bewirkt die Erteilung der Zeichnungsberechtigung demnach nicht eine grundlegende Änderung, eine Metamorphose der Rechtsbeziehungen des Gewählten zur Gesellschaft.<sup>47</sup> Eine unübertragbare, ausschliessliche Kompetenz des Verwaltungsrats zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Zeichnungsberechtigten lässt sich daher nicht rechtfertigen.

Die Anmeldepflicht nach Art. 720 OR ist eine blosse Ordnungsvorschrift: Für die Vertretungsbefugnis hat der Eintrag keine konstitutive Wirkung. Statt vieler *Watter*, Kommentar, N 2 zu Art. 720 OR.

<sup>45</sup> Die Zeichnungsberechtigung ist ihrer Funktion entleert, sobald kein Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber mehr besteht. Es gilt also dasselbe wie bei einer Organstellung des Klägers: Trotz Andauern seiner Organstellung kann er ohne das dazu gehörende Arbeitsverhältnis nicht mehr seiner Funktion nachkommen.

<sup>46</sup> BGE 117 II 570 ff., 573; Zusammenfassung bei *Tercier/Stoffel*, S. 311; *Böckli*, Aktienrecht, N 1981a. Vielmehr beurteilt sich die Frage nach einer Organstellung wie dargelegt unter [III.A.] am Kriterium einer massgeblichen Mitwirkung an der Willensbildung der juristischen Person.

<sup>47</sup> Eine Stellung als Geschäftsleitungsmitglied im funktionalen Sinn ist stets mit einer Organeigenschaft verbunden, welche das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis beeinflusst. Das Geschäftsleitungsmitglied nimmt als Organ gesellschaftsintern eine (Sonder-)Stellung ein, mit welcher einerseits weit reichende Befugnisse verbunden sind und andererseits eine direkte Verantwortlichkeit gegenüber den Aktionären begründet wird (Art. 754 OR).

#### b) Zuständigkeit zur Kündigung

Die Zuständigkeit zur Entlassung der Kaderleute unterhalb der Geschäftsleitung im funktionalen Sinn ist – da nicht mehr von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR erfasst<sup>48</sup> – nach Art. 716b Abs. 1 OR delegierbar.<sup>49</sup> Diese Regelung entspricht nicht nur den obigen Erwägungen, sondern auch den praktischen Bedürfnissen von Grossgesellschaften<sup>50</sup>. Die Kompetenzdelegation erfolgt dabei nach Massgabe eines Organisationsreglements.<sup>51</sup>

Wird folglich von einer fehlenden Organeigenschaft des Klägers X. ausgegangen, so wäre die Zuständigkeit von Z. zur Kündigung des Arbeitsvertrags mit dem Kläger X. aufgrund des Organisationsreglements der Y.-Versicherung zu eruieren gewesen.

#### IV. Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts ist insoweit nachvollziehbar, als von einer fehlenden Organstellung des Klägers X. ausgegangen wird, wofür einiges spricht. Wird dem Kläger hingegen Organeigenschaft zugeschrieben, muss dem Kompetenzvorbehalt in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR auch materiell Rechnung getragen werden. Liegt die Abberufung in der ausschliesslichen Kompetenz des Verwaltungsrats, so muss auch die Kündigung des Arbeitsvertrags ausschliesslich Sache des Verwaltungsrats sein.

<sup>48</sup> Vgl. Ausführungen unter [III.B.1.b].

<sup>49</sup> Auch Art. 721 OR widerspricht dem nicht. Der Artikel befasst sich ausschliesslich mit der Erteilung der Zeichnungsberechtigung und ist nur in diesem Sinn als Konkretisierung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR zu verstehen. Vgl. *Botschaft*, S. 178; *Forstmoser*, Organisationsreglement, S. 24; a.A. *Kammerer*, S. 181, insbesondere S. 210 f. Die Delegation kann nur im Sinn einer Übertragbarkeit, nicht hingegen im Sinn einer Entziehbarkeit erfolgen, das heisst der Verwaltungsrat bleibt auch immer noch zuständig. Vgl. *Kammerer*, S. 181.

<sup>50</sup> Vgl. Ausführungen unter [III.B.1.b].

<sup>51</sup> Vgl. Art. 716b Abs. 2 OR: «Dieses Reglement ordnet die Geschäftsführung, bestimmt die hierfür erforderlichen Stellen, umschreibt deren Aufgaben [...]» Wird die Geschäftsführung delegiert, muss dies gemäss Art. 716b Abs. 1 OR nach Massgabe eines Organisationsreglements erfolgen, welches nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR zwingend vom Verwaltungsrat zu erstellen ist. Vgl. *Forstmoser*, Organisationsreglement, S. 23.