

## Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Delegation der Geschäftsführung

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_501/2007 vom 22. Februar 2008  
i.S. E. (Beklagter und Beschwerdeführer) gegen B., C. und D. (Kläger und Beschwerdegegner)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Alex Domeniconi und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 1. Delegation der Geschäftsführung
  - 2. Verantwortlichkeit bei der Kompetenzdelegation
  - 3. Pflichtwidrige Handlungen des faktischen Organs
- III. Bemerkungen
  - 1. Delegation der Geschäftsführung
    - 1.1 Geschäftsführungskompetenz des Verwaltungsrates
    - 1.2 Anforderungen an die Geschäftsführungsdelegation
      - 1.2.1 Formelle Anforderungen
      - 1.2.2 Materielle Anforderungen
  - 2. Verantwortlichkeit bei der Kompetenzdelegation
    - 2.1 Allgemeines
    - 2.2 Haftungsrechtliche Qualifikation der Delegationsverantwortlichkeit
      - 2.2.1 Bei befugter Delegation
      - 2.2.2 Bei unbefugter Delegation
    - 2.3 Kreis der Delegationsempfänger
    - 2.4 Verantwortlichkeitsrechtliche Bedeutung des Organisationsreglements
      - 2.4.1 Position des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre
      - 2.4.2 Rechtswirklichkeit
      - 2.4.3 Rolle des Organisationsreglements
- IV. Fazit

### I. Sachverhalt<sup>1</sup>

E. (Beklagter und Beschwerdeführer) amtierte zwischen März 1992 und Dezember 1994 als Vizepräsident des Verwaltungsrates der X. AG. Zu dieser Zeit übte H. die Geschäftsführung der X. AG faktisch aus, obwohl weder ein Organisationsreglement noch ein schriftliches Verwaltungsratsprotokoll bestand, welches die Geschäftsführung an ihn delegierte. Die Statuten der X. AG sahen die Möglichkeit der Geschäftsführungsdelegation vor.

Im Rahmen seiner Tätigkeit verursachte H. der X. AG durch mehrere pflichtwidrige Handlungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Warenlagers,<sup>2</sup> einem Checkkreisverkehr<sup>3</sup> sowie der Abfertigung einer Garantieerklärung<sup>4</sup> einen Schaden von insgesamt CHF 2.6 Mio.<sup>5</sup>

Die Y. Familiengesellschaft, bestehend aus den Gesellschaftern B., C. und D. (Kläger und Beschwerdegegner), gewährte der X. AG im Mai 1993 ein Darlehen über DM 2 Mio. Ende Mai 1994, bei Fälligkeit des Darlehens, fehlten der X. AG die liquiden Mittel, um den Betrag an die Y. Familiengesellschaft zurückzubezahlen.

Über die X. AG wurde im August 1995 der Konkurs eröffnet. Die Konkursverwaltung trat in der Folge ihre Rechtsansprüche gegen die Geschäftsführungsorgane der Gesellschaft nach Art. 260 SchKG den Klägern ab. Diese klagten im Jahr 1998 aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen den Beschwerdeführer E., den faktischen Geschäftsführer H., das Anfang 1995 neu eingesetzte Verwaltungsratsmitglied J. sowie weitere ehemalige Verwaltungsräte der X. AG auf Schadenersatz in der Höhe von CHF 2 050 491.65 nebst Zins, wobei sie die gerichtliche Festsetzung der Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten verlangten.

Während das Handelsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 11. Oktober 2007 die Klage gegen J. abwies, verurteilte es die weiteren Beklagten zur Bezahlung des eingeklagten Betrages und legte gestützt auf Art. 759 Abs. 2 OR die Ersatzpflicht jedes Einzelnen fest. Gegen dieses Urteil erhebt der Beschwerdeführer E. Beschwerde ans Bundesgericht und verlangt dessen Aufhebung sowie Abweisung der Klage, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Im vorliegenden Urteil befasst sich das Bundesgericht in der Hauptsache mit den formellen Anforderungen an eine gültige Delegation der Geschäfts-

\* Alex Domeniconi ist wissenschaftlicher Assistent 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.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> In dieser Sache sind neben dem vorliegenden zwei weitere bundesgerichtliche Urteile ergangen (4A\_503/2007 und 4A\_507/2007).

<sup>2</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 5.

<sup>3</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 2.3.

<sup>4</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 4.1.

<sup>5</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 5.

führung [1.], wobei es zum Schluss kommt, dass es den Verwaltungsräten verwehrt ist, sich ohne eine wirksame Delegation auf die Haftungsbeschränkung gemäss Art. 754 Abs. 2 OR zu berufen [2.]. Sodann nimmt das Bundesgericht Stellung zu einzelnen vom Beschwerdeführer bestrittenen materiellen Haftungs Voraussetzungen [3.]. Im Ergebnis schützt das Bundesgericht das Urteil der Vorinstanz und weist die Beschwerde vollumfänglich ab.

### 1. Delegation der Geschäftsführung

Das Bundesgericht führt aus, dass eine Delegation der Geschäftsführung gewissen formellen Mindestanforderungen unterliegt.<sup>6</sup> So ist neben einer Delegationsermächtigungsklausel in den Statuten der Erlass eines Organisationsreglements zwingend vorgeschrieben (Art. 716b Abs. 1 OR). Für das Vorliegen eines *Organisationsreglements* wird laut Bundesgericht mindestens ein protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates verlangt, der die in Art. 716b Abs. 2 OR erwähnten Elemente der Geschäftsführungsorganisation abdeckt, d.h. die Geschäftsführung ordnet, die hierfür erforderlichen Stellen bestimmt, deren Aufgaben umschreibt und gleichzeitig deren Berichterstattung an den Verwaltungsrat regelt.<sup>7</sup> Ein Beschluss des Verwaltungsrates, der die Delegation nur implizit vornehme, erfülle diese Anforderungen – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – nicht.<sup>8</sup> Da im konkreten Fall weder ein protokollierter Organisationsbeschluss des Verwaltungsrates noch ein formelles Organisationsreglement vorlag,<sup>9</sup> könne trotz Ermächtigungsklausel in den Statuten keine befugte Delegation der Geschäftsführung angenommen werden.<sup>10</sup>

### 2. Verantwortlichkeit bei der Kompetenzdelegation

Sofern der Verwaltungsrat seine Kompetenzen unbefugterweise delegiert, haftet er für die Handlungen der beigezogenen Person bei der Erfüllung der übertragenen Aufgaben. Das Bundesgericht betont, dass die Haftungsbeschränkung nach Art. 754

Abs. 2 OR nur denjenigen Verwaltungsräten offen stehe, welche die betreffenden Aufgaben unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 716b Abs. 1 und 2 OR delegiert haben. Damit die Haftungsbeschränkung greift, sei demnach der Erlass eines Organisationsreglements erforderlich.<sup>11</sup> Sofern kein Organisationsreglement vorliege, stehe der Sorgfaltsbeweis gemäss Art. 754 Abs. 2 OR nicht offen. Laut Bundesgericht verkennt dies der Beschwerdeführer, indem er geltend macht, dass er auch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt den Schaden nicht hätte verhindern können, und sich damit indirekt auf Art. 754 Abs. 2 OR bezieht.<sup>12</sup>

Das Bundesgericht weist weiter darauf hin, dass eine Haftung aufgrund einer unbefugten Delegation gestützt auf Art. 754 Abs. 2 OR weder eine persönliche Pflichtverletzung noch ein Verschulden des Verwaltungsrates voraussetzt.<sup>13</sup> Infolgedessen wäre der Verwaltungsrat grundsätzlich für den ganzen durch den faktischen Geschäftsführer verursachten Schaden ersatzpflichtig, ohne dass er eine Pflichtverletzung begangen zu haben bräuchte und ohne dass ihn ein eigenes Verschulden zu treffen hätte. Die Beanstandung des Beschwerdeführers, wonach die kantonale Instanz bei der Schadenersatzbemessung die Geringfügigkeit seines Verschuldens im Zusammenhang mit einer der schädigenden Handlungen zu wenig berücksichtigt habe, wird abgewiesen, da nicht ersichtlich sei, inwiefern das kantonale Gericht zugunsten des Beschwerdeführers Bundesrecht verletzt habe.<sup>14</sup>

### 3. Pflichtwidrige Handlungen des faktischen Organs

Der Beschwerdeführer bestreitet im Weiteren das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der Pflichtverletzung von H. und dem eingetretenen Schaden bei einer der schädigenden Handlungen, die zur Vergrösserung der Schulden der X. AG geführt haben. Er macht geltend, die für den Eintritt des Schadens entscheidende Handlung sei nicht von H., sondern von zwei Verwaltungsräten begangen worden, indem diese eine geschäftlich unbe-

<sup>6</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2.1.

<sup>7</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2.2.

<sup>8</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2–3.2.1.

<sup>9</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2.2.

<sup>10</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.3.

<sup>11</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2.2.

<sup>12</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.3.

<sup>13</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 4.2–5.

<sup>14</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 5.

gründete Garantieerklärung<sup>15</sup> unterzeichnet hätten.<sup>16</sup> Allein der Umstand, dass die Garantieerklärung nicht von H. unterzeichnet wurde, schliesst nach Ansicht des Bundesgerichts den adäquaten Kausalzusammenhang nicht aus. Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen hielt nämlich der Geschäftsführer H. die Fäden der X. AG in der Hand und fungierte als *Spiritus rector* der Garantieerklärung. Die beiden unterzeichnenden Verwaltungsräte seien deshalb seinem Einflussbereich zuzurechnen.<sup>17</sup> Mangels einer wirksamen Delegation müsse infolgedessen der Beschwerdeführer für diese Schädigungshandlung ebenfalls einstehen.

Laut Bundesgericht ist auch die Rüge des Beschwerdeführers, die Beschwerdegegner hätten bei Vertragsabschluss nicht die nötige Sorgfalt walten lassen und somit den Eintritt des Schadens selbst verschuldet, unbeachtlich. Der Beschwerdeführer übersehe, dass die Beschwerdegegner keinen individuellen Anspruch durchsetzen möchten, sondern einen Anspruch der Gläubigergesamtheit, der ihnen gemäss Art. 260 SchKG abgetreten wurde. Der Beschwerdeführer ist dabei auf die Einreden beschränkt, die ihm gegenüber der Konkursmasse zustehen. Einreden gegenüber den Beschwerdegegnern persönlich können dem abgetretenen Anspruch der Konkursmasse nicht entgegengehalten werden.<sup>18</sup>

### III. Bemerkungen

Die nachfolgenden Bemerkungen befassen sich mit den Erwägungen des Bundesgerichts zur Delegation der Geschäftsführung [1.] und zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Kompetenzdelegation [2.] unter besonderer Berücksichtigung der verantwortlichen Bedeutung des Organisationsreglements.

## 1. Delegation der Geschäftsführung

### 1.1 Geschäftsführungskompetenz des Verwaltungsrates

Gemäss Art. 716 Abs. 2 OR führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Dadurch wird – im Zusammenspiel mit Art. 717 OR – neben einem Geschäftsführungsrecht gleichzeitig auch eine (teilweise delegierbare) Geschäftsführungspflicht des Verwaltungsrates statuiert.<sup>19</sup> Falls die Geschäftsführung nicht übertragen worden ist, steht sie allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu (Art. 716b Abs. 3 OR). Dabei haben die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben in Analogie zu Art. 398 Abs. 3 i. V.m. Art. 68 OR persönlich zu erfüllen.<sup>20</sup>

Das gesetzlich vorgesehene monistische System, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates gleichzeitig auch Geschäftsführer sind, ist dispositiver Natur. Für kleinere Aktiengesellschaften mag es geeignet sein.<sup>21</sup> Sobald jedoch eine Gesellschaft eine bedeutende operative Geschäftstätigkeit aufweist, ist die Einsetzung einer Geschäftsleitung – und somit die Delegation der Geschäftsführungsaufgaben – ein organisatorisches Erfordernis für eine effiziente Führung des Unternehmens.<sup>22</sup> Bei mittleren und grösseren Aktiengesellschaften wird der Verwaltungsrat nämlich schon rein aus Kapazitätsgründen nicht in der Lage sein, die Geschäfte mit der nach Art. 717

<sup>19</sup> Rolf Watter, Basler Kommentar OR II, 2. Aufl., Basel 2002, N 9 zu Art. 716 OR.

<sup>20</sup> Das Verwaltungsratsmandat ist gemäss h.L. ein «auftragsähnlicher Innominatkontrakt», welcher neben einer organischen eine schuldrechtliche Komponente enthält; vgl. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 2 ff.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, § 13 N 88.

<sup>21</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 20), § 29 N 7; Böckli (Fn. 20), § 13 N 520.

<sup>22</sup> Hans Caspar von der Crone, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, SSPHW Band 76, Bern 2006, S. 79; Andrew M. Garbarski, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Lausanne 2006, S. 50 m.w.H. So gehen auch die OECD-Grundsätze zur Corporate Governance von 2004 in Abschnitt VI. von einer Zweiteilung in Geschäftsführung und Aufsichtsorgan aus, wobei das Aufsichtsorgan für die strategische Ausrichtung und Überwachung der Geschäftsführung zuständig ist.

<sup>15</sup> Urteil des BGer. 4A\_507/2007 Erw. 3.2.

<sup>16</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 4.1.

<sup>17</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 4.2.

<sup>18</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 6.

Abs. 1 OR verlangten Sorgfalt direkt zu führen.<sup>23</sup> Vielmehr setzt ein sorgfältiges Handeln eine Kompetenzdelegation des Verwaltungsrates voraus, da sich die verschiedenen Führungs- und Qualitätssicherungsaufgaben nur arbeitsteilig angemessen wahrnehmen lassen. Diesem Anliegen wurde im Rahmen der Revision des Aktienrechts von 1991 mit der Einführung des Art. 716b OR Rechnung getragen, der die ganze oder teilweise Delegation der Geschäftsführung vom Verwaltungsrat an einzelne seiner Mitglieder oder an Dritte erlaubt. Dadurch können Aktiengesellschaften neben dem monistischen Modell eine ihrem Geschäftsmodell entsprechende Organisationsform wählen, die möglichst ökonomisch sinnvolle und effiziente Führungsprozesse gewährleistet.<sup>24</sup>

## 1.2 Anforderungen an die Geschäftsführungsdelegation

Die Delegation der Geschäftsführung hat sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gewissen Mindestanforderungen zu genügen.<sup>25</sup>

### 1.2.1 Formelle Anforderungen

Die Festlegung der Organisation der Gesellschaft und damit auch die Delegation von Geschäftsführungsaufgaben ist dem Verwaltungsrat als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zugewiesen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR).<sup>26</sup> Gemäss Art. 716b OR kann der Verwaltungsrat in formeller Hinsicht die

Geschäftsführung an einzelne Mitglieder (Delegierte) oder an Dritte (Mitglieder der Geschäftsleitung, Direktoren) delegieren, wenn:

- die Statuten eine *Delegationsermächtigungsklausel*<sup>27</sup> aufweisen und
- der Verwaltungsrat die Delegation in der Form eines *Organisationsreglements*<sup>28</sup> vornimmt.

Die Delegation der Geschäftsführung setzt ein Zusammenwirken von Generalversammlung und Verwaltungsrat voraus.<sup>29</sup> Die Generalversammlung muss die statuarische Grundlage der Delegation bereitstellen, während es am Verwaltungsrat liegt – mittels eines Organisationsreglements – einen klaren Gestaltungsentscheid vorzunehmen. Eine direkte Delegation der Geschäftsführungsaufgaben durch die Generalversammlung ist aufgrund von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR und Art. 716b Abs. 1 OR ausgeschlossen.<sup>30</sup> Die Aktionäre können allenfalls in der Ermächtigungsklausel Schranken und Anordnungen für die Art der Delegation aufstellen, jedoch keinen konstitutiven Delegationsbeschluss vornehmen.<sup>31</sup>

Damit von einem Organisationsreglement gesprochen werden kann, wird zumindest ein schriftlich protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates verlangt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass das Beschlussdokument die Bezeichnung *Organisationsreglement* trägt (Art. 18 OR) oder sich in einer förmlichen, separaten Urkunde niederschlägt.<sup>32</sup> Wie das Bundesgericht zu Recht betont, muss das Organisationsreglement inhaltlich den Mindestanforderungen von Art. 716b Abs. 2 erster Satz OR genügen, d.h. (i.) die Geschäftsführung ordnen, (ii.) die hierfür

<sup>23</sup> Wer ohne nötige Sachkunde tätig wird, handelt pflichtwidrig; Harald Bärtschi, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zürich 2001, S. 258.

<sup>24</sup> Die in der Schweiz am häufigsten anzutreffenden Organisationsformen sind das *Board-System*, in dem die Geschäftsführung an einen oder mehrere Delegierte des Verwaltungsrates übertragen wird, und das *dualistische System*, bei welchem der Verwaltungsrat die Geschäftsführung an einen oder mehrere Angestellte des Unternehmens delegiert; vgl. Andreas Kummer, *Organisationsreglement in der Aktiengesellschaft*, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2006/12, S. 916; Watter (Fn. 19), N 3 zu Art. 716b OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 20), § 29 N 5 ff.

<sup>25</sup> Dagegen unterliegt die Delegation von Aufgaben ausserhalb der Geschäftsführung sowie der blossen Vorbereitung und Ausführung von Geschäftsführungsbeschlüssen (Art. 716a Abs. 2 OR) weniger strengen Anforderungen, insb. darf sie auch ohne statutarische und reglementarische Basis vorgenommen werden; Peter Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement*, Zürich 1992, S. 30 f.; Bärtschi (Fn. 23), S. 250 m.w.H.

<sup>26</sup> Watter (Fn. 19), N 7 zu Art. 716a OR.

<sup>27</sup> Die Delegationsermächtigungsklausel bedarf der öffentlichen Beurkundung, sei es im Gründungsstatut (Errichtungsakt), sei es in einer nachträglichen Statutenänderung; Böckli (Fn. 20), § 18 N 125 Fn. 196.

<sup>28</sup> Die Aufnahme der Delegation der Führungsaufgaben in ein Organisationsreglement wird auch vom «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» (2007) verlangt (vgl. Website der Economiesuisse <[www.economie.suisse.ch](http://www.economie.suisse.ch)>).

<sup>29</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 20), § 29 N 28.

<sup>30</sup> Ebenfalls dürfen die Statuten nicht selbst eine «Geschäftsleitung» als Organ vorsehen; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat*, 3. Aufl., Zürich 2007, S. 146 Fn. 399.

<sup>31</sup> Böckli (Fn. 20), § 13 N 525.

<sup>32</sup> Böckli (Fn. 20), § 13 N 321, 522 f., § 18 N 121; Watter (Fn. 19), N 6 ff. zu Art. 716b OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 20), § 29 N 31 Fn. 9; Müller/Lipp/Plüss (Fn. 30), S. 147.

erforderlichen Stellen bestimmen, (iii.) deren Aufgaben umschreiben und gleichzeitig (iv.) deren Berichterstattung an den Verwaltungsrat regeln. Da gemäss den verbindlichen vorinstanzlichen Abklärungen des Handelsgerichts Bern die Verwaltungsräte der X. AG es unterlassen haben, die Stellung des H. in einem formellen Organisationsreglement bzw. einem anderen gleichwertigen schriftlichen Verwaltungsratsbeschluss festzulegen,<sup>33</sup> geht das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid zutreffenderweise von einer den formellen Anforderungen von Art. 716b OR nicht genügenden Delegation aus. Die Delegation von Geschäftsführungskompetenzen ist bekanntlich nur «nach Massgabe eines Organisationsreglements» (Art. 716b Abs. 1 OR) möglich. Der Standpunkt des Beschwerdeführers, wonach für eine wirksame Delegation ein Organisationsentscheid ausreicht, nach welchem Aufgaben *implizit* delegiert werden,<sup>34</sup> findet in Lehre und Judikatur keine Unterstützung. Die erwähnten Anforderungen an das Organisationsreglement sind nach den Worten von *Böckli* nämlich «das unerlässliche Gegengewicht zur Gestaltungsautonomie», die das schweizerische Recht bei der Wahl der Organisationsstrukturen erlaubt.<sup>35</sup>

### 1.2.2 Materielle Anforderungen

In materieller Hinsicht ist die Übertragung von Kompetenzen des Verwaltungsrates dadurch beschränkt, dass die gemäss Art. 716a Abs. 1 OR dem Verwaltungsrat zugewiesenen Aufgaben nicht delegiert werden können. Darunter fallen insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft sowie die Organisationsverantwortung. Im Bereich von Art. 716a Abs. 1 OR können einzig Hilfsarbeiten zur Aufgabenerfüllung – hauptsächlich die Vorbereitung und die Ausführung von Verwaltungsratsbeschlüssen – Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates zugewiesen werden (Art. 716a Abs. 2 erster Satz OR). Die eigentliche Entscheidkompetenz muss jedoch beim Verwaltungsrat als Gremium verbleiben.<sup>36</sup>

Oft ist die Abgrenzung zwischen den delegierbaren und den nicht delegierbaren Aufgaben nicht einfach, da die unübertragbaren Aufgaben im Gesetz eher allgemein umschrieben sind.<sup>37</sup> Der nicht delegierbare Bereich muss tendenziell restriktiv ausgelegt werden.<sup>38</sup> Die tägliche Leitung der Gesellschaft jedenfalls ist klar nicht im Katalog der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen enthalten.<sup>39</sup>

## 2. Verantwortlichkeit bei der Kompetenzdelegation

### 2.1 Allgemeines

Die Mitglieder des Verwaltungsrates haften grundsätzlich nur für eigenes Verhalten (Art. 754 Abs. 1 OR). Wer selbst seine Pflichten erfüllt, wird aufgrund einer Pflichtverletzung durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied, ein Organ oder einen Dritten nicht haftbar.<sup>40</sup> Ein Sonderfall liegt allerdings dann vor, wenn der Verwaltungsrat die Erfüllung eines Teils seiner Pflichten anderen Personen überträgt. In solchen Fällen trägt der Verwaltungsrat die Verantwortung für das Verhalten der beigezogenen Personen. Aufgrund von Art. 754 Abs. 2 OR können sich die Verwaltungsräte<sup>41</sup> jedoch von dieser Haftung befreien, wenn sie:

- ihre Aufgaben befugterweise delegiert haben und
- bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung des Delegationsempfängers die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben (*cura in eligendo, instruendo und custodiendo*).<sup>42</sup>

<sup>37</sup> *Kummer* (Fn. 24), S. 917 f.

<sup>38</sup> *Bärtschi* (Fn. 23), S. 251.

<sup>39</sup> Gl.M. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 20), § 29 N 31 Fn. 9; *Böckli* (Fn. 20), § 18 N 127.

<sup>40</sup> *Von der Crone* (Fn. 22), S. 90.

<sup>41</sup> Der Exkulpationsbeweis steht gemäss Wortlaut und Sinn von Art. 754 OR auch anderen Organmitgliedern auf der Ebene unterhalb des Verwaltungsrates offen; *Böckli* (Fn. 20), § 18 N 134 Fn. 211.

<sup>42</sup> Die Beweislast für die befugte Delegation und für die *cura in eligendo, instruendo und custodiendo* obliegt dem Delegierenden. Das Gesetz geht mit dieser Beweislastumkehr davon aus, dass der Delegierende über die interne Organisation und ihre Durchsetzung besser orientiert ist als der Kläger. Der Kläger muss jedoch weiterhin den Nachweis der Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Pflichtverletzung, adäquate Kausalität, Verschulden) erbringen. Vgl. *Garbarski* (Fn. 22), S. 52; *Peter Widmer/Oliver Banz*, Basler Kommentar OR II, 2. Aufl., Basel 2002, N 39 f. zu Art. 754 OR; *Böckli* (Fn. 20), § 18 N 133 ff.

<sup>33</sup> Urteil des Handelsgerichts Bern vom 11. Oktober 2007, S. 43 Erw. 3.4.4.

<sup>34</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2 in principio.

<sup>35</sup> *Böckli* (Fn. 20), § 13 N 523.

<sup>36</sup> *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick, erschienen als ZSR-Beiheft 43, Basel 2006, S. 57.

Dabei handelt es sich um eine relative Haftungsbefreiung, welche die dem Verwaltungsrat verbleibende Kontrollpflicht bei der sorgfältigen Auswahl, Unterrichtung und Überwachung des Aufgabenträgers berücksichtigt, um eine aus betriebswirtschaftlichen Gründen funktionsfähige Organisation zu verwirklichen.<sup>43</sup> Der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kommt nämlich neben der primären Funktion des Schadensausgleichs eine verhaltenssteuernde Funktion zu.<sup>44</sup>

## 2.2 Haftungsrechtliche Qualifikation der Delegationsverantwortlichkeit

Das Bundesgericht hält in seinen Erläuterungen ausdrücklich fest, dass «die Haftung des Beschwerdeführers (...) auf Art. 754 Abs. 2 OR gestützt»<sup>45</sup> wird. Dabei stellt sich die Frage nach der haftungsrechtlichen Qualifikation der Delegationsverantwortlichkeit.

### 2.2.1 Bei befugter Delegation

Im Falle einer befugten Delegation stellt die gesetzliche Anordnung von Art. 754 Abs. 2 OR eine erleichterte Verschuldenshaftung dar.<sup>46</sup> Der Kläger hat dabei den Nachweis des Schadens, der adäquaten Kausalität, der Pflichtverletzung und des Verschuldens zu erbringen.<sup>47</sup> Die Erleichterung besteht für

den Delegierenden darin, dass anstelle der Verantwortlichkeit für die Handlungen und Unterlassungen des Delegationsempfängers die Pflicht zur Sorgfalt bei dessen Auswahl, Unterrichtung und Überwachung tritt.<sup>48</sup> Der Delegierende muss somit für die Handlungen und Unterlassungen der beigezogenen Person nur einstehen, wenn sein eigenes Verhalten beim Delegationsvorgang pflichtwidrig – indem er eine der drei *curae* verletzt hat – und schuldhaft<sup>49</sup> war.<sup>50</sup> Dementsprechend wird das Verhalten der Personen, an die delegiert wurde, dem Delegierenden nicht unmittelbar zugerechnet.

Die Ähnlichkeit mit der auftragsrechtlichen Haftung bei der Substitution nach Art. 399 Abs. 2 OR ist offensichtlich. Dies lässt sich dadurch begründen, dass das Verwaltungsratsmandat ein organschaftliches Rechtsverhältnis ist, welches eine starke auftragsähnliche Komponente aufweist.<sup>51</sup> Im Aktienrecht erstreckt sich allerdings die Verantwortung des Verwaltungsrates im Fall einer befugten Delegation nicht nur auf Auswahl und Instruktion, sondern auch auf die Überwachung. Diese Regelung ist gerechtfertigt, da der aktienrechtlichen Delegation im Unterschied zur auftragsrechtlichen Substitution ein hierarchisches Verhältnis zugrunde liegt und der Verwaltungsrat delegiert, was er theoretisch selbst sollte erledigen

<sup>43</sup> Siehe auch *Eric Sibbern*, Einfluss der Generalversammlung auf die Geschäftsführung – Delegation vs. Konsultation, in: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, S. 235.

<sup>44</sup> *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Larissa Marolda Martínez*, Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft, in: SJZ 100 (2004), S. 411; *Bärtschi* (Fn. 23), S. 19 ff., 35 f.

<sup>45</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 4.2.

<sup>46</sup> A.M. *Umbach*, nach dem Art. 754 Abs. 2 OR, wie bei der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR, eine Kausalhaftung des delegierenden Organs begründet. Gemäss diesem Autor sei für die Annahme einer Haftung weder ein Verschulden des Delegationsempfängers noch ein Verschulden des delegierenden Organs erforderlich, *Patrick Umbach*, Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, S. 27 f.; ihm zustimmend *Thomas Iseli*, Führungsorganisation im Aktien-, Banken- und Versicherungsrecht, Zürich 2008, N 363.

<sup>47</sup> *Marc Bauen/Silvio Venturi*, Der Verwaltungsrat, Zürich 2007, N 723 ff.; *Böckli* (Fn. 20), § 18 N 136 ff.; *Widmer/Banz* (Fn. 42), N 40 zu Art. 754 OR. Gewisse Autoren plädieren für eine analoge Anwendung von Art. 754 Abs. 2 OR im Rahmen der Prospekthaftung; *Hansjürg*

*Appenzeller/Stefan Waller*, Haftungsrisiken beim IPO und ihre Minimierung aus Sicht der Gesellschaft, in: GesKR 3/2007, S. 267. Zur Problematik, ob eine entlastende Delegation nur bei der Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR greife oder ob eine Anwendung von Abs. 2 auch bei der Prospekt-, Gründungs- und Revisionshaftung denkbar sei, vgl. *Urs Bertschinger*, Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 2002, N 75 zu Art. 754 OR und *Bärtschi* (Fn. 23), S. 256 f. m.w.H.

<sup>48</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., S. 769. Zu Art. 399 Abs. 2 OR siehe *Rolf H. Weber*, Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, N 2 zu Art. 399 OR.

<sup>49</sup> Nach der Gerichtspraxis besteht eine gewisse natürliche Vermutung zugunsten des Klägers, dass ein widerrechtlich und adäquat kausal herbeigeführter Schaden zumindest fahrlässig verursacht worden ist; *Bauen/Venturi* (Fn. 47), N 725; *Böckli* (Fn. 20), § 18 N 136b.

<sup>50</sup> *Bauen/Venturi* (Fn. 47), N 728; *Böckli* (Fn. 20), § 18 N 118; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 30), S. 147. Massstab für die Verantwortlichkeit ist somit die Person des Delegierenden. Das Verschulden dürfte dementsprechend hinsichtlich des Delegierenden zu prüfen sein; Urteil des Handelsgerichts Bern vom 11. Oktober 2007, S. 42 Erw. 3.4.3; *Bärtschi* (Fn. 23), S. 252 m.w.H.

<sup>51</sup> Vgl. Fn. 20.

können.<sup>52</sup> Somit muss der Verwaltungsrat stets auch besorgt sein, seine Überwachungspflicht nicht zu vernachlässigen.<sup>53</sup>

### 2.2.2 Bei unbefugter Delegation

Gemäss Wortlaut von Art. 754 Abs. 2 OR greift die Haftungserleichterung nur, wenn die Delegation *befugterweise* erfolgt. Folglich stellt die unbefugte Delegation von Verwaltungsaufgaben eine aktienrechtliche Pflichtverletzung dar, welche die Beschränkung der Haftung auf die drei *curae* ausschliesst. Die Haftung des unbefugt delegierenden Verwaltungsrates ist ebenso als *Verschuldenshaftung* konzipiert.<sup>54</sup> Der Delegierende haftet für die Handlungen der beigezogenen Person – analog zu Art. 399 Abs. 1 OR – «*wie wenn es seine eigenen wären*». Anders als bei der befugten Kompetenzübertragung muss sich der unbefugt Delegierende das Verhalten des Delegationsempfängers also unmittelbar zurechnen lassen.<sup>55</sup> Die innere Rechtfertigung dieser Zurechnung fremden Verhaltens besteht darin, dass der Delegierende, der seine Kompetenzen in Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht überträgt, auch die damit verbundenen Risiken tragen soll. Wie dies das Bundesgericht zu Recht betont, haftet der delegierende Verwaltungsrat bei einer unbefugten Delegation demzufolge «*auch ohne eigenes Verschulden*»<sup>56</sup> und ohne «*persönliche Pflichtverletzung*»<sup>57</sup> für den durch die beigezogene Person verursachten Schaden. In analoger Anwendung von Art. 101 OR und Art. 399 Abs. 1 OR ist das Kriterium der hypothetischen Vorwerfbarkeit zu berücksichtigen.<sup>58</sup> Für die Zurechnung fremden Verhaltens ist daher weder das Verschulden des Delegierenden noch das Verschulden des Delegationsempfängers entscheidend. Es ist vielmehr zu fragen, ob das Verhalten des Delegationsempfängers dem Delegierenden vorzuwerfen wäre, wenn er es selbst vorgenommen hätte.<sup>59</sup>

### 2.3 Kreis der Delegationsempfänger

Gemäss herrschender Lehre<sup>60</sup> und entgegen dem Wortlaut des Gesetzes<sup>61</sup> kommt die Haftungsbeschränkungsnorm von Art. 754 Abs. 2 OR auch zur Anwendung, wenn der Delegationsempfänger keine formelle Organstellung besitzt. Der *ratio legis* entsprechend soll nämlich die Übertragung von Aufgaben an Hilfspersonen oder an nicht dem Unternehmen angehörende Dritte mit befreiender Wirkung möglich sein. Entscheidend muss vielmehr sein, dass es um die Übertragung von *organtypischen* Aufgaben geht. Damit kann die in Art. 754 Abs. 2 OR vorgesehene Entlastungsmöglichkeit ebenfalls dort beansprucht werden, wo dem Delegationsempfänger nur eine faktische Organstellung zukommt. Dies entspricht auch Art. 716b Abs. 1 OR, wonach eine Delegation selbst an einen aussenstehenden Dritten gestattet ist. Da im konkreten Sachverhalt an H. Geschäftsführungsaufgaben – somit typische Organfunktionen – delegiert wurden, fällt er in den Kreis der Delegationsempfänger i.S.v. Art. 754 Abs. 2 OR. Dass in diesen Kreis auch Personen ohne formelle Organstellung gehören, anerkennt implizit auch das Bundesgericht, indem es die Voraussetzungen von Art. 754 Abs. 2 OR für einen Dritten prüft.<sup>62</sup>

### 2.4 Verantwortlichkeitsrechtliche Bedeutung des Organisationsreglements

#### 2.4.1 Position des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre

Die Haftungsbeschränkung von Art. 754 Abs. 2 OR setzt gemäss Gesetzeswortlaut, wie erläutert, eine *befugte* Delegation voraus. Damit von einer befugten Delegation im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden kann, ist laut Bundesgericht<sup>63</sup> und herr-

<sup>52</sup> Von der Crone (Fn. 22), S. 93.

<sup>53</sup> Thomas Koller, Das Von Roll Urteil und die Organisationshaftung, in: SJZ 92 (1996), S. 411. Die Pflicht des Verwaltungsrates zur konstanten Überwachung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen ergibt sich ausserdem aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

<sup>54</sup> A.M. Umbach, siehe Fn. 46.

<sup>55</sup> Von der Crone (Fn. 22), S. 93.

<sup>56</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 5.

<sup>57</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 4.2.

<sup>58</sup> Von der Crone (Fn. 22), S. 93 f.

<sup>59</sup> Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N 23.10 m.w.H.

<sup>60</sup> Bärtschi (Fn. 23), S. 254 f.; Böckli (Fn. 20), § 18 N 131 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 20), § 37 N 39; Garbarski (Fn. 22), S. 55; Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 2100 f.; Widmer/Banz (Fn. 42), N 41 f. zu Art. 754 OR.

<sup>61</sup> Gemäss dem Wortlaut von Art. 754 Abs. 2 OR kann die Haftungsbeschränkung nur beansprucht werden, wenn der Delegationsempfänger ein «Organ» ist. Art. 716b Abs. 1 OR sieht dagegen eine Delegation auch an «Dritte» vor.

<sup>62</sup> Nicolas Facincani/Mark Mauerhofer, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei unbefugter Delegation der Geschäftsführung, in: GesKR 3/2008, S. 269.

<sup>63</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2.2 in principio.

schender Lehre<sup>64</sup> unter anderem der Erlass eines Organisationsreglements<sup>65</sup> i.S.v. Art. 716b Abs. 1 und 2 OR erforderlich.<sup>66</sup> Wenn die Delegation der Geschäftsführung nicht in einem Organisationsreglement festgehalten ist, gilt sie als unbefugt, was zur Folge hat, dass die Haftungsbeschränkung entfällt.

#### 2.4.2 Rechtswirklichkeit

Die Anforderung an das Bestehen eines Organisationsreglements steht häufig nicht im Einklang mit den tatsächlichen Verhältnissen. Zahlreiche Aktiengesellschaften – vor allem kleine und mittlere Unternehmen (KMU), welche den gesetzlichen Anforderungen geringere Beachtung schenken – verfügen über kein Organisationsreglement.<sup>67</sup> Andererseits entspricht das Organisationsreglement bei Gesellschaften, die sich in einem dynamischen Wirtschaftsumfeld befinden, wegen des kontinuierlichen Anpassungsdrucks häufig nicht der aktuell gelebten Organisation.<sup>68</sup> In der Praxis entfällt somit für viele Delegierende die Haftungsbeschränkung gemäss Art. 754 Abs. 2 OR schon aus rein formellen Gründen, obwohl eine Kompetenzdelegation im Interesse der Gesellschaft liegt und für den Verwaltungsrat

meistens unumgänglich ist, um die aktienrechtliche Sorgfaltspflicht zu erfüllen.

#### 2.4.3 Rolle des Organisationsreglements

##### (1) Beweisfunktion

Im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses gegen die delegierenden Verwaltungsräte obliegt es diesen, die Einhaltung der ihnen zustehenden *curae* nachzuweisen. Das Organisationsreglement soll primär sicherstellen, dass der Verwaltungsrat den *curae in instruendo* (Umschreibung der delegierten Aufgaben) und *custodiendo* (Berichterstattung)<sup>69</sup> bei der Übertragung von Kompetenzen nachkommt. Insofern kommt dem Organisationsreglement eine *beweisrechtliche Funktion* zu.<sup>70</sup> Unterlassen die Verwaltungsräte die Umschreibung der Delegation in einem Organisationsreglement, schneiden sie sich sozusagen «ins eigene Fleisch», indem sie auf eine organisatorische Absicherung der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten verzichten.

Eine Minderheit der Lehre<sup>71</sup> und auch der Beschwerdeführer<sup>72</sup> vertreten die Auffassung, Verwaltungsräte dürften dann nicht für die unterlassene Umschreibung der Delegation in einem Organisationsreglement bestraft werden, wenn sie die Einhaltung der drei *curae* auf anderem Weg<sup>73</sup> beweisen könnten. Dies wird u.a. damit begründet, dass durch den Verzicht auf das Reglement weder Aktionäre noch Gläubiger ihres Schutzes beraubt werden.<sup>74</sup> Dieser Ansicht nach stellt das Organisationsreglement somit keine Voraussetzung für eine *befugte* De-

<sup>64</sup> Bärtschi (Fn. 23), S. 250; Bauen/Venturi (Fn. 47), N 730; Böckli (Fn. 20), § 18 N 120; Garbarski (Fn. 22), S. 51 f.; Müller/Lipp/Plüss (Fn. 30), S. 148; Umbach (Fn. 46), S. 32 ff.; Widmer/Banz (Fn. 42), N 37 zu Art. 754 OR; Irene von Moos-Busch, Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, Zürich 1995, S. 118 f.

<sup>65</sup> Zu den Anforderungen eines Organisationsreglements siehe die Ausführungen unten III.1.2.1. Im Folgenden wird der Einfachheit halber stets der Begriff Organisationsreglement verwendet, obwohl nicht erforderlich ist, dass das Dokument, welches die Kompetenzdelegation festhält, als solches bezeichnet wird.

<sup>66</sup> Gemäss Böckli ist der Begriff der «befugten Delegation» direkt in die unübertragbare und unentziehbare Entscheidung des Verwaltungsrates über die Organisation gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR und die Delegation gemäss Art. 716b OR eingebunden; Böckli (Fn. 20), § 18 N 123.

<sup>67</sup> Eine breit angelegte Umfrage der Universität St. Gallen von 2001 hat ergeben, dass nur 47,1% der Aktiengesellschaften über ein Organisationsreglement verfügten. Dieser Prozentsatz variiert allerdings stark nach Grösse des Unternehmens (bei Gesellschaften mit bis zu neun Mitarbeitern beträgt er 32,2%, bei denjenigen mit mehr als 500 Angestellten dagegen 84,1%). Einzig 48,5% der Verwaltungsratsdelegierten konnten sich auf eine Regelung ihrer Funktion im Organisationsreglement berufen; Roland Müller, Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, in: AJP 12/2001, S. 1370 f.

<sup>68</sup> Urs Bertschinger, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 115.

<sup>69</sup> Vgl. dazu Watter (Fn. 19), N 8 zu Art. 716b OR.

<sup>70</sup> Rita Trigo Trindade, Le conseil d'administration de la société anonyme, Basel 1996, S. 207.

<sup>71</sup> Bertschinger (Fn. 47), N 75 zu Art. 754 OR; derselbe, Organisationsreglement, Orientierungsanspruch über die Organisation der Geschäftsführung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit bei Delegation, in: SZW 1997, S. 189 ff.; derselbe (Fn. 68), N 119; Krneta (Fn. 60), N 1721 und 2097; differenzierend Adrian Kammerer, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1997, S. 89.

<sup>72</sup> Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.1.

<sup>73</sup> Z.B. durch blosser Zeugenaussagen oder Geschäftskorrespondenz; Bertschinger (Fn. 68), N 119; Urteil des BGer. 4A\_501/2007 Erw. 3.2.

<sup>74</sup> Siehe auch Bertschinger, wonach insbesondere der Verantwortlichkeitskläger durch diese Auffassung nicht geschädigt ist, da der Delegierende weiterhin die Delegation beweisen muss, Bertschinger (Fn. 68), N 119.



legation dar.<sup>75</sup> Sofern in den Statuten eine Ermächtigungsklausel vorhanden ist, käme der Delegation haftungsbeschränkende Wirkung zu, unabhängig davon, ob sie in einem Organisationsreglement festgehalten ist oder nicht.

## (2) Ordnungsfunktion

Unseres Erachtens weist das Gesetz dem Organisationsreglement eine Ordnungsfunktion zu. Der Verwaltungsrat wird durch Art. 716b OR verpflichtet, die durch die Delegation bedingten mehrstufigen Entscheidungs- und Kontrollprozesse angemessen zu strukturieren und zu dokumentieren. Gut strukturierte und dokumentierte Prozesse leisten einen wesentlichen Beitrag zur Qualitätssicherung. Das Organisationsreglement ist also nicht bloss ein Beweismittel, worauf unter Inkaufnahme eines gewissen Beweisrisikos auch verzichtet werden kann. Vielmehr ist es eine Voraussetzung für eine effiziente arbeitsteilige Führung eines Unternehmens.<sup>76</sup>

Mit der «kleinen Aktienrechtsrevision»<sup>77</sup> hat das Organisationsreglement zusätzliche Bedeutung erlangt. Gesellschaften, die der ordentlichen Revision unterstellt sind, müssen neu zeigen können, dass sie über ein internes Kontrollsystem (IKS) verfügen (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Zwar definiert das Gesetz nicht näher, was unter einem internen Kontrollsystem zu verstehen ist.<sup>78</sup> Es dürfte aber kaum zu bestreiten sein, dass ein Organisationsreglement eine zwingende Voraussetzung für ein funktionierendes

IKS ist: Das IKS kontrolliert ja gerade, ob die Entscheidungs- und Kontrollprozesse innerhalb des Unternehmens angemessen organisiert sind und ob der gelebte Alltag diesen Vorgaben entspricht. Zumindest für Gesellschaften, die der ordentlichen Revision unterstehen, begründet somit neu auch Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR eine Pflicht zum Erlass eines Organisationsreglements.

Die «kleine Aktienrechtsrevision» hat ausserdem aufgrund des neuen Art. 728c OR die Anzeigepflichten der Revisionsstelle gegenüber dem Verwaltungsrat bzw. der Generalversammlung erweitert.<sup>79</sup> Unter anderem ist die Revisionsstelle nunmehr angewiesen, Verstösse gegen das Organisationsreglement<sup>80</sup> dem Verwaltungsrat zu melden (Art. 728c Abs. 1 OR), wobei eine umfassend verstandene Anzeigepflicht nur für die der ordentlichen Revision unterliegenden Gesellschaften gilt.<sup>81</sup> Da die Revisionsstelle kein *legal compliance audit* durchführt, führt die Anzeigepflicht allein noch nicht dazu, dass das Organisationsreglement und die Geschäftsführung als solche geprüft werden.<sup>82</sup> Im Rahmen ihrer gesetzlichen Prüfungsaufgaben hat die Revisionsstelle einzig Verstösse anzuzeigen, welche *erkennbar* sind. In jedem Fall muss sie bei der Würdigung des Organisationsreglements berücksichtigen, ob dieses korrekt erlassen wurde und der aktuellsten Organisation entspricht.<sup>83</sup> Hat der Verwaltungsrat auf die Festlegung der Geschäftsführungsdelegation in einem Organisations-

<sup>75</sup> Laut *Bertschinger* knüpft Art. 754 Abs. 2 OR nicht vollumfänglich an Art. 716b Abs. 1 OR an, sondern ausschliesslich an das Erfordernis der statutarischen Ermächtigung, *Bertschinger* (Fn. 68), N 119. Wer den Nachweis einer sorgfältigen Delegation auf die Existenz eines Organisationsreglements beschränkt, sieht gemäss *Bertschinger* in Art. 754 Abs. 2 OR eine Beweismittelbeschränkung materieller Art, welche im Gesetz keine Stütze findet, *Bertschinger* (Fn. 47), N 74 zu Art. 754 OR.

<sup>76</sup> Vgl. auch *Iseli* (Fn. 46), N 281. Dementsprechend wird das Organisationsreglement immer mehr auch als verhaltensteuerndes und regulatorisches Instrument eingesetzt; *Katja Roth Pellanda*, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich 2007, N 190 und 202.

<sup>77</sup> Revision des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772 ff. OR sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht vom 16. Dezember 2005, am 1. Januar 2008 in Kraft getreten, vgl. BBl 2005 7289 ff.

<sup>78</sup> *Thomas Bähler/Kathrin Enderlin*, Neuerungen im Rechnungslegungs-, Revisionsrecht und im Gesellschaftsrecht, in: *Kurz und Bündig 4/2007* (Newsletter Kellerhals Hess Rechtsanwälte), S. 2.

<sup>79</sup> *Didier Ehret*, Erweiterte Anzeigepflichten: Gesellschaftsorgane sind gefordert, in: *Disclose 6/2007*, S. 15.

<sup>80</sup> Unter anderem liegt ein Verstoß gegen das Organisationsreglement vor, wenn: (i.) die faktische Zusammensetzung des Verwaltungsrates, der Delegierten und der Geschäftsleitung dem Organisationsreglement nicht entspricht; (ii.) die Zuständigkeiten und Kompetenzen nicht respektiert werden; (iii.) die Grundsätze hinsichtlich der Beschlussfähigkeit, der Entscheidungen und der Protokolle nicht beachtet werden. Ausführlicher *Ehret* (Fn. 79), S. 16.

<sup>81</sup> *Peter Böckli*, Revisionsstelle und Abschlussprüfung, Zürich 2007, N 502; *Daniel Bachmann*, Compliance – Rechtliche Grundlagen und Risiken, in: *Der Schweizer Treuhänder 1–2/2007*, Fn. 12 S. 97. Vgl. auch Art. 729c OR.

<sup>82</sup> In diesem Sinne findet keine Erweiterung des in Art. 728a OR geregelten Prüfungsgegenstands statt. *Bachmann* (Fn. 81), S. 94; *Böckli* (Fn. 81), N 403.

<sup>83</sup> *Rico A. Camponovo/Monique von Graffenried-Albrecht*, Neues Revisionsrecht – offene juristische Fragen, in: *Der Schweizer Treuhänder 4/2008*, S. 210; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff., S. 4025.

reglement verzichtet oder wird dieses nicht oder nur mangelhaft befolgt, so hat die Revisionsstelle ohne Verzug den Verwaltungsrat schriftlich zu mahnen.<sup>84</sup>

Die dargestellten Neuerungen des Revisionsrechts sind zu begrüssen, da sie einen Beitrag zu einer effizienten Führung des Unternehmens leisten. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR und Art. 728c Abs. 1 OR betonen die Wichtigkeit der reglementarischen Vorgaben für die Organisation der Gesellschaft. Als Konsequenz sollte der Verwaltungsrat das Organisationsreglement regelmässig überprüfen und soweit notwendig den aktuellen Bedürfnissen anpassen. Dadurch relativiert sich gleichzeitig die gezeigte Problematik der Diskrepanz zwischen Organisationsreglement und gelebter Unternehmensorganisation.

Zwar ist von der Prüfung der Existenz eines IKS und von der erweiterten Anzeigepflicht der Revisionsstelle nur eine Minderheit der Gesellschaften direkt betroffen,<sup>85</sup> nämlich diejenigen Gesellschaften, welche der ordentlichen Revision unterstellt sind, d.h. insbesondere Publikumsgesellschaften sowie nicht kotierte, wirtschaftlich bedeutende Unternehmen.<sup>86</sup> Nichtsdestotrotz sind auch kleine und mittlere Unternehmen<sup>87</sup> zu einer regelmässigen Wesentlichkeitskontrolle des Organisationsreglements verpflichtet.

Die gesetzliche Pflicht des Verwaltungsrates zur Konkretisierung der Geschäftsführungsdelegation in einem den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Organisationsreglement besteht nämlich unabhängig von der Grösse der involvierten Aktiengesellschaft.<sup>88</sup> Unter Umständen hat das Organisationsreglement bei kleineren und mittleren Aktiengesellschaften sogar eine grössere Bedeutung als bei grossen Unternehmen.<sup>89</sup> Bei KMU droht nämlich – beispielsweise wegen der häufigen Identität von Eigentum und Unternehmensführung, aufgrund des Mangels an einer klaren Hierarchie oder infolge des Fehlens von internen Kontrollmechanismen – eher die Gefahr, dass eine nicht genügend strukturierte und damit fehleranfällige Organisation vorliegt.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 754 Abs. 2 OR ist dem Aspekt der Wesentlichkeit Rechnung zu tragen. Die Organisation eines Unternehmens lässt sich nie vollständig und abschliessend in einem Reglement abbilden. Soll die Form nicht zum Selbstzweck werden, so muss eine gewisse Flexibilität gewährt bleiben: Nicht schon jede geringfügige Abweichung der gelebten Praxis vom Organisationsreglement darf dazu führen, dass die Haftungsbeschränkung entfällt. Wurde beispielsweise eine Reorganisation von untergeordneter Bedeutung im Organisationsreglement nicht dokumentiert, so liegt deswegen nicht von vornherein ein Sachverhalt der unbefugten Delegation vor. Wie *Böckli* zutreffend ausführt, wird beim Organisationsreglement nie eine «*formelle letzte Präzision*» gefordert.<sup>90</sup> Weicht der tatsächliche Entscheidungs- und Kontrollprozess allerdings wesentlich von den reglementarischen Vorgaben ab, so kann der Verwaltungsrat keine Haftungserleichterung beanspruchen. Ist das «Organisationsreglement» das sprichwörtliche Papier nicht wert, auf das es gedruckt ist, hat es nichts mit der konkreten Organisation des Unternehmens zu tun, so kann es auch nicht Grundlage für eine Haftungsbefreiung sein. Systematische Missachtung macht das Organisationsreglement irrelevant – auch was seine

<sup>84</sup> *Ehret* (Fn. 79), S. 16. Dagegen wird die Generalversammlung über Verstösse gegen das Organisationsreglement nicht informiert, da der Erlass dieses Dokuments in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates fällt.

<sup>85</sup> Die ordentliche Revision trifft lediglich rund 6500 Unternehmen, während rund 300 000, davon 172 803 AG und 84 291 GmbH, von der eingeschränkten Revision betroffen sind (Stand Ende 2005); *Böckli* (Fn. 81), Fn. 908; *Markus Brack*, Juristische Personen per Ende 2007 im Zugzwang, in: *KMU-Magazin* 7/2006, S. 24; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, S. 761; *Hansjörg Stöckli/Heinz Zaehner*, Standard zur eingeschränkten Revision, in: *Der Schweizer Treuhänder* 6–7/2006, S. 400.

<sup>86</sup> Für die Mehrheit der Aktiengesellschaften kommt hinsichtlich der Anzeigepflichten der Revisionsstelle dagegen Art. 729c OR zur Anwendung, welcher bei Verstössen gegen das Organisationsreglement keine formelle Informationspflicht vorsieht. Als einem Organ der Gesellschaft kommt der Revisionsstelle jedoch eine gewisse Treuepflicht zu. Sie hat daher auch zufällig aufgedeckte Rechtswidrigkeiten anzuzeigen; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff., S. 4025.

<sup>87</sup> Gemeint sind die Gesellschaften, welche die massgeblichen Schwellen von Art. 727 OR nicht erreichen und somit der eingeschränkten Revision unterstellt sind.

<sup>88</sup> Art. 716b Abs. 1 und 2 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR. Die Pflicht des Verwaltungsrates für eine ständige Anpassung des Organisationsreglements an veränderte Verhältnisse zu sorgen, gehört zur Organisationsverantwortung; *Roth Pellanda* (Fn. 76), N 200; *Böckli* (Fn. 20), § 13 N 336.

<sup>89</sup> *Böckli* (Fn. 20), § 13 N 319.

<sup>90</sup> *Böckli* (Fn. 20), § 18 N 124.

Funktion als Grundlage einer Haftungsbefreiung nach Art. 754 Abs. 2 OR betrifft. Der Verwaltungsrat kann sich mit anderen Worten nur dann auf das Organisationsreglement berufen, wenn sich die tatsächlich gelebte Organisation im Wesentlichen im Rahmen bewegt, den dieses absteckt.<sup>91</sup>

#### IV. Fazit

Delegiert der Verwaltungsrat die Geschäftsführung, ohne die Kompetenzdelegation in einem Organisationsreglement formell festzulegen, dann wird ihm das pflichtwidrige Verhalten der beigezogenen Person unmittelbar zugerechnet. Die in Art. 754 Abs. 2 OR vorgesehene Beschränkung der Haftung auf die *curae in eligendo, instruendo und custodiendo* setzt nämlich neben einer statutarischen Grundlage den Erlass eines Organisationsreglements zwingend voraus. Dagegen ist unerheblich, dass dem Delegationsempfänger keine formelle Organstellung

zukommt. Damit von einem Organisationsreglement gesprochen werden kann, wird zumindest ein schriftlich protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates verlangt, welcher inhaltlich den Mindestanforderungen von Art. 716b Abs. 2 erster Satz OR genügt.

Dem Entscheid des Bundesgerichts, ein Organisationsreglement als zwingendes Erfordernis einer *befugten* Delegation vorauszusetzen, ist zuzustimmen. Dem Organisationsreglement kommt nicht nur eine Beweisfunktion zu, sondern es stellt auch ein zentrales Ordnungsinstrument für zuverlässige und effiziente Unternehmensabläufe dar. Damit der Verwaltungsrat in den Genuss der in Art. 754 Abs. 2 OR festgelegten Haftungsbeschränkung kommt, hat sich die gelebte Praxis im Wesentlichen in dem durch das Organisationsreglement abgesteckten Rahmen zu bewegen. Das nicht ernst genommene Organisationsreglement ist keine Grundlage für eine Haftungsbeschränkung nach Art. 754 Abs. 2 OR.

<sup>91</sup> Vgl. auch Müller/Lipp/Plüss (Fn. 30), S. 147. Dementsprechend ist zu empfehlen, das Organisationsreglement mit möglichst generell abstrakten Anweisungen abzufassen, damit es seine Anwendbarkeit auch bei leicht veränderten Verhältnissen behält; Umbach (Fn. 46), S. 42.