

Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einleitung	183
II. Allgemeines zur Delegierbarkeit von Verwaltungsaufgaben	185
1. Die undelegierbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR	185
2. Die Bildung von Ausschüssen nach Art. 716a Abs. 2 OR	188
3. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 716a OR	190
III. Der Prüfungsausschuss	191
1. Allgemeines	191
2. Die Delegierbarkeit von Aufgaben im Zusammenhang mit der Tätigkeit der internen und externen Revisionsstelle	191
3. Delegierbarkeit im Bereich der Kontrollsysteme, des Risikomanagements und der Compliance	192
4. Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit dem Abschluss	194
IV. Der Nominierungsausschuss	195
V. Der Entschädigungsausschuss	196
VI. Der Strategieausschuss	197
VII. Zusammenfassung	197

I. Einleitung

Die Forderung nach Strukturierung des Verwaltungsrates (nachfolgend «VR») grösserer Aktiengesellschaften in verschiedene Ausschüsse («Committees») ist heute weit verbreitet. So empfiehlt der Swiss Code of Best Practice (nachfolgend «Code»)¹ beispielsweise die Bildung eines Prüfungs- (Audit Committee), eines Entschädigungs-

¹ Zitate des Codes nach der definitiven Fassung vom 27. Juni 2002 (abrufbar unter www.economie.suisse.ch); der Code richtet sich formell an Publikumsgesellschaften, enthält aber in Ziff. 3 des Vorwortes die (m.E. zu zurückhaltende) Aussage, dass ihm auch nicht kotierte, volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften «zweckmässige Leitlinien» entnehmen können. In Tat und Wahrheit dürften alle Aktiengesellschaften von den Vorschlägen profitieren können, gerade auch solche, bei denen ein Mehrheitsaktionär existiert (mithin das Auseinanderfallen von Eigentum und Führung, das oft als Grund für Corporate Governance Regeln angesehen wird, fehlt – auch dort werden aber Minderheitsaktionäre für eine bewährte Führungsstruktur dankbar sein).

und eines Nominierungsausschusses². Eine Gliederung des Aufsichtsrates der deutschen AG empfiehlt auch der Deutsche Corporate Governance Kodex³, wobei dort primär ein Audit Committee vorgeschlagen wird⁴; schon länger (und zum Teil verbindlich) sind Ausschüsse in England oder den USA vorgeschrieben⁵. In der Praxis⁶ finden sich zum Teil weitere Ausschüsse, so etwa ein Strategierausschuss⁷ oder ein allgemeiner «Verwaltungsratsausschuss», in welchem gewisse Aufgaben konzentriert werden.

Grundlegende Werke von PETER FORSTMOSER setzen sich mit Organisation und Verantwortlichkeit des VR auseinander⁸ und als VR-Präsident einer der bedeutendsten Gesellschaften unseres Landes⁹ beschäftigt er sich heute auch «an der Front» mit diesen Fragen. Der vorliegende Beitrag will die Frage beleuchten, inwieweit typische Aufgaben solcher Ausschüsse verbindlich für die übrigen VR-Mitglieder (d.h. haftungsbefreiend) an diese delegiert werden können, bzw. ob die diesbezüglich zurück-

² Vgl. Code Ziff. 23–27.

³ Abrufbar unter www.corporate-governance-code.de.

⁴ Ziff. 5.3.2.

⁵ In den USA folgt die Verpflichtung zur Schaffung gewisser Committees aus den Kotierungsvorschriften, vgl. etwa die Darstellung bei CHRISTOPH RANZINGER/PETER BUES, Audit Committees im internationalen Kontext, AG 2001, 455 ff., 456 f.; vgl. ferner unten bei FN 44 zu den Vorschriften der SEC; in England besteht demgegenüber nur eine Begründungspflicht bei Abweichungen vom so genannten «Combined Code».

⁶ Viele Geschäftsberichte zum Jahr 2001 enthalten z.T. ausführliche Angaben zur Organisation des Verwaltungsrates, vgl. statt vieler die Swiss Re, 10, 52 ff.; Novartis, 54 ff. Vgl. zum Thema auch die Studie der KPMG vom November 2001 «Verwaltungsrat – zwischen Verantwortung und Haftung» mit einer Befragung von Schweizer Unternehmen oder die Studie der PricewaterhouseCoopers, ebenfalls vom November 2001, mit dem Titel «Transparent Governance – a Survey» mit einer Untersuchung vor allem der englischen Praxis.

⁷ Dieser ist etwa im deutschen Kodex in Ziff. 5.3.3. erwähnt.

⁸ Vgl. PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987; vgl. aber auch DERS., Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994 169 ff.; DERS., Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, in: Schriften zum neuen Aktienrecht, hrsg. von JEAN N. DRUEY und PETER FORSTMOSER, Zürich 1992 (nachfolgend Forstmoser, Organisationsreglement); DERS., Beschränkung des Risikos als Verwaltungsrat – aber wie?, in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, hrsg. von PETER FORSTMOSER, Band 87, Zürich 1986; DERS., Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 30, Zürich 1978; DERS., Die Persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und ihre Vermeidung, in: Das neue Aktienrecht, Schriftenreihe SAV Band 11, Zürich 1992, 7 ff.; DERS., Die Verantwortlichkeit der Organe. Von der Willkür zur Berechenbarkeit?, ST 65 (1991) 536 ff.; DERS., Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 1992 58 ff.; DERS., Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994 169 ff.

⁹ Der Swiss Re.

haltende Empfehlung des Codes, wonach die «Gesamtverantwortung für die an Ausschüsse übertragenen Aufgaben beim Verwaltungsrat» bleibe und den Ausschüssen lediglich eine vertiefte Analyse von Sach- und Personalbereichen zuzuweisen sei¹⁰, die einzig mögliche Organisationsform im Schweizer Recht ist¹¹. Aus Sicht derjenigen Mitglieder des VR, die den fraglichen Ausschüssen nicht angehören, wäre nämlich eine volle Delegation – und damit eine Entlastung im Bereich der Verantwortlichkeit (und damit verbunden ein Gleichlauf von Aufgaben und Verantwortlichkeit) – durchaus wünschenswert; subjektiv wird von solchen Mitgliedern in aller Regel ohnehin angenommen, die auf einen Ausschuss übertragenen Bereiche betreffen sie nicht mehr direkt¹².

Anders gesagt, soll vorliegend der Frage nachgegangen werden, ob die Bildung von Ausschüssen nicht nur die Behandlung von Sach- oder Personalfragen durch vertiefte Analyse verbessert (was die Fehleranfälligkeit von Entscheiden vermindern und somit schon für sich haftungsmindernd wirken sollte), sondern zusätzlich durch Delegation von Entscheidungsbefugnissen auch eine weitgehende Enthaltung der übrigen Mitglieder¹³ des VR erreicht werden kann.

II. Allgemeines zur Delegierbarkeit von Verwaltungsaufgaben

1. Die undelegierbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR

Art. 716a OR bestimmt jenen Teil der Aufgaben und Pflichten des VR, den weder die Generalversammlung (nachfolgend «GV») statutarisch «nach oben» an sich selber noch der VR «nach unten» an die Geschäftsleitung übertragen kann¹⁴.

Das Gesetz erklärt zunächst in Abs. 1 Ziff. 1 die Oberleitung (nicht die Leitung schlechthin) als unübertragbar: Unter diesen Begriff fallen die Festlegung der Strate-

¹⁰ Code Ziff. 21, erster Punkt.

¹¹ Der deutsche Kodex erlaubt es in Ziff. 5.3.4., dass Ausschüsse auch anstelle des Aufsichtsrates entscheiden.

¹² Vgl. auch Code Ziff. 12, erster Punkt, wo gesagt wird, dass der VR so gross sein müsse, dass die Funktionen von Leitung und Kontrolle «verteilt» werden können; ähnlich Ziff. 11, erster Punkt.

¹³ Deren Haftung würde sich auf sorgfältige Wahl, Instruktion und Überwachung der Ausschussmitglieder reduzieren, bzw. auf Einhaltung der drei *caveats*.

¹⁴ Vgl. dazu Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, 177 und statt vieler ROLF WATTER, in: HEINRICH HONSEL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht II, 2. Aufl. Basel und Frankfurt a.M. 2002, (nachfolgend «OR-Watter»), Art. 716 N 4 und generell Art. 716a N 4 ff.

gie des Unternehmens innerhalb des statutarischen Zwecks (Zielfestsetzung)¹⁵, die Wahl der Mittel für die Zielerreichung und die Kontrolle der Zielkonformität der (wichtigen) Akte der Geschäftsführung¹⁶. Die Durchsetzung der Strategie erfolgt durch den Erlass von «Weisungen» an die geschäftsführenden Organe, worunter reglementarische Anordnungen genereller Natur und schriftliche oder mündliche Instruktionen fallen können. Die übrigen in Art. 716a Abs. 1 OR umschriebenen unübertragbaren Aufgabenbereiche des VR stellen teilweise eine Konkretisierung des Begriffes der Oberleitung dar.

So umfasst das «Festlegen der Organisation» (Abs. 1 Ziff. 2) die Umschreibung der zentralen Einheiten (also die Gliederung des Unternehmens), des Verhältnisses unter diesen (Hierarchie, Berichterstattung) und die Definition der entsprechenden Aufgabenbereiche und Pflichten (also das Ausmass der Delegation von Geschäftsführungsaufgaben, vgl. Art. 716b OR). Eine dieser Organisationsfragen ist, ob sich die Gesellschaft in Tochtergesellschaften gliedern (Konzern) oder als Stammhaus mit Filialen agieren soll; eine andere beispielsweise, ob die Gliederung rund um Produktionsstandorte oder – eher kundenbezogen – nach Produktgruppen erfolgen soll. Ebenfalls zu den Organisationsaufgaben gehört der Entscheid, wie gross die Geschäftsleitung und der VR sein sollen – letzter Aspekt ist allerdings teilweise in den Statuten geregelt. Zur Organisationspflicht gehört weiter, dass der VR – speziell wenn er die Geschäfte selber leitet – die Pflichten seiner Mitglieder festlegt. Undelegierbar ist nur die Definition der Grundorganisation – die Gliederung innerhalb der Geschäftseinheiten kann der Geschäftsleitung überlassen werden.

Der VR ist nach Abs. 1 Ziff. 3 weiter verantwortlich für die Ausgestaltung des Rechnungswesens, was namentlich die Schaffung einer entsprechenden Organisation umfasst, welche eine ordnungsgemässe und zeitnahe Erfassung der Zahlen garantiert. Das Rechnungswesen wird dabei als Informationsinstrument und Führungsmittel verstanden, womit es so zu organisieren ist, dass der VR einen umfassenden (durch stille Reserven nicht verfälschten) und zeitnahen Einblick in die finanzielle Entwicklung und Lage des Unternehmens erhält, indem beispielsweise monatlich zumindest Umsatzzahlen ermittelt werden, vorzugsweise aber auch die Kosten in dieser Periode, damit der VR den Periodengewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBIT-DA) kennt. Noch besser wäre es, wenn dem VR monatlich der EBIT oder gar Ge-

winnzahlen nebst anderen, teilweise branchenspezifischen Kennzahlen, wie etwa der Umsatzrentabilität (ROS), dem Betriebsergebnis in Prozent des betrieblich eingesetzten Kapitals (ROA) oder der Summe der Debitorenausstände und deren durchschnittliches Alter, zur Verfügung stehen würden. Typischerweise wird der VR im Rahmen seiner Führungsverantwortung als Teil des Budgetprozesses Zielgrössen für diese Zahlen definieren und dann einschreiten, wenn Abweichungen erkennen lassen, dass das Budget nicht erreicht werden kann.

Nach Abs. 1 Ziff. 3 ist auch die Finanzkontrolle sicherzustellen, dies durch eine den Umständen angepasste Kontrollorganisation; demgegenüber erachtet das Gesetz die Finanzplanung unverständlicherweise¹⁷ nicht als unbedingt notwendig. Finanzplanung geht weiter als Budgetierung (die ihrerseits stets notwendig ist), stellt unter anderem das Vorhandensein genügender Liquidität sicher und legt das anzustrebende Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung fest.

Unübertragbar ist im Weiteren (Abs. 1 Ziff. 4) die Wahl der dem VR direkt unterstellten Mitglieder der Geschäftsleitung; demgegenüber kann die Besetzung der unteren Stellen an die Geschäftsleitung übertragen werden, nicht aber – was praktisch unsinnig ist – die Bestimmung des Zeichnungsrechtes solcher Personen¹⁸.

Wo die Geschäftsführung übertragen ist, muss der VR die Geschäftsleitung übertragen bzw. seiner *cum in custodiendo* nachkommen (Abs. 1 Ziff. 5). Die Überwachungspflicht des alten Rechts (Art. 722 Abs. 2 Ziff. 3 altOR) ist in eine Oberaufsicht gewandelt worden, dies allerdings ohne materielle Konsequenzen. Die Beaufsichtigung ist einerseits eine normative, indem das OR verlangt, dass die Einhaltung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen überwacht wird; sie erstreckt sich andererseits aber auch (und wohl insbesondere) auf betriebswirtschaftliche Aspekte, indem die Zweckmässigkeit und Zielkonformität von Entscheiden und Abläufen zu überprüfen ist. Dabei geht es nicht darum, dass der VR Einzelhandlungen nachprüft. Er hat hingegen durch ein System der Berichterstattung, ergänzt durch ein internes Kontrollsystem (beispielsweise durch zeitnahe Finanzkennzahlen, durch einen direkt rapportierenden «Controller» oder durch die interne Revision)¹⁹, sicherzustel-

¹⁷ BÖCKLI (FN 16), N 1564, spricht von einem «hasenfüssigen Zusatz des Parlamentes»; vgl. auch PETER NOBEL, Die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist, Beitrag zum Art. 716a Ziff. 3 des neuen Aktienrechts, in: HANS SIGWART/JULIAN MAHARI/MICHAEL ABRESCH (Hrsg.), Meilensteine im Management: Finanzielle Führung, Finanzinnovationen & Financial Engineering, Stuttgart/Zürich/Wien 1994 (Teilband 1), 193 ff.; LUKAS GLANZMANN, Finanzplanung als Aufgabe des Verwaltungsrates? Verwirrung um eine unklare Bestimmung im Aktienrecht, in: NZZ vom 21.3.1997, S. 29.

¹⁸ Vgl. dazu detaillierter und mit einer Darstellung der neuen Entwicklung OR-WATTER (FN 14), Art. 716a N 16; Borschaft (FN 14), 178.

¹⁹ Vgl. Code Ziff. 19 und 20.

¹⁵ Vgl. neuestens (und statt vieler) HANS CASPAR VON DER CRONE, Strategische Qualitätssicherung in der Aktiengesellschaft, SJZ (98) 2002 1 ff. (mit Verweisen).

¹⁶ Vgl. Code, Ziff. 9, erster Punkt; Borschaft (FN 14), 177 f.; ähnlich: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1527 ff.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAVOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 29 ff.; vgl. auch DOMINIK ERNY, Oberleitung und Oberaufsicht, Führung und Überwachung mittlerer Aktiengesellschaften aus der Sicht des Verwaltungsrats, Diss. Zürich 2000, 124 ff.

len, dass er über die Tätigkeit der Geschäftsleitung orientiert bleibt, um gegebenenfalls einschreiten zu können.

Im Rahmen der Vorbereitung der (ordentlichen) GV hat der VR den Geschäftsbericht (Art. 662 OR) zu erstellen bzw. dessen Erstellung sicherzustellen (Abs. 1 Ziff. 6); er hat im Weiteren den Jahresbericht (Art. 663d OR) vorzubereiten²⁰. Ausserdem hat der VR einen Beschluss über den der GV zu unterbreitenden Dividendenantrag zu fassen, ein Tagungslokal für die GV zu bestimmen, die Einladungen für die GV samt Traktandenliste (mit Anträgen, Art. 700 Abs. 2 OR) vorzubereiten und diese nach Prüfung der Rechnung zu versenden, ferner die Eintrittskontrolle an der GV, Protokollführung und Stimmenzählung (Art. 702 OR) sicherzustellen. Allenfalls sind auch Traktandierungsbegehren von Aktionären (vgl. Art. 699 Abs. 3 OR) zu berücksichtigen. Die vorgenannten Pflichten gelten *mutatis mutandis* auch bei ausserordentlichen Generalversammlungen. Festgehalten ist im OR schliesslich, dass der VR Beschlüsse der GV auszuführen hat, was auch dann gilt, wenn die GV nichts zu deren Ausführung angeordnet hat.

Unübertragbar ist schliesslich die Anzeigepflicht nach Art. 725 OR (Abs. 1 Ziff. 7); der entsprechende Beschluss obliegt dem Gesamt-VR, der damit für die Beachtung der Vorschriften von Art. 725 haftet. Zwar erwähnt das Gesetz nur die Benachrichtigungspflicht nach Art. 725 Abs. 2, doch dürfte auch die Anzeigepflicht nach Abs. 1 undelegierbar sein, da die Geschäftsleitung die GV ja nicht selber einberufen könnte.

2. Die Bildung von Ausschüssen nach Art. 716a Abs. 2 OR

Diese Bestimmung hält fest, dass im Bereich der vorerwähnten Aufgaben nur deren Vorbereitung, Ausführung und Überwachung einzelnen Mitgliedern oder Ausschüssen übertragen werden darf, wobei zudem für angemessene Berichterstattung zu sorgen ist. Die Verantwortung für die Erfüllung der Pflichten bleibt beim Gesamt-VR; Namentlich sind entsprechende Beschlüsse nach Vorbereitung durch einen Ausschuss durch den Gesamt-VR zu fassen²¹. Zu einer Haftungsbeschränkung für die übrigen Mitglieder des VR führt also eine solche Übertragung grundsätzlich nicht²². Immer-

hin dürfen Fehler in der Entscheidungsvorbereitung dann den nicht beteiligten VR-Mitgliedern nicht entgegengehalten werden, wenn sie diese Fehler nicht erkennen konnten²³.

Will also beispielsweise ein VR einer AG, die in zwei Geschäftsfeldern A und B tätig ist, die Strategie überprüfen und erteilt er einem Ausschuss den Auftrag, Entscheidungsgrundlagen zu den Fragen zu erarbeiten, ob (a) an den beiden Geschäftsfeldern festgehalten und in beiden organisches Wachstum angestrebt werden soll, ob (b) Wachstum – auch mittels Akquisitionen – nur in einem Gebiet gesucht werden soll, oder ob gar (c) die Konzentration nur auf ein Geschäftsfeld mit Verkauf oder Spin-Off des anderen der richtige Weg sei, und macht dieser Ausschuss beispielsweise in der Berechnung der Synergien zwischen den Geschäftsfeldern Fehler, oder schätzt er die Marktentwicklung in den Bereichen A oder B grob falsch ein und fällt – gestützt auf diese mangelhafte Vorbereitung – der VR einen Fehlentscheid, so kann das nicht im Ausschuss vertretene VR-Mitglied dann nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn (a) der Auftrag unter Beachtung der drei *curae* erfolgte²⁴ und (b) die Fehler nicht erkennbar waren, wobei vom nicht im Ausschuss vertretenen VR-Mitglied erwartet werden darf, dass es die zentralen Grundannahmen (wozu im Beispielfall Synergien und Marktentwicklung gehören) hinterfragt. Enthält dieses Mitglied aber beispielsweise auf eine Rückfrage die Antwort, man hätte diese Annahmen sorgfältig verifiziert, darf es sich auf diese Auskunft verlassen²⁵.

Anders gesagt, ist der Sorgfaltsmassstab bei der Überprüfung von Vorbereitungsarbeiten hoch (höher als bei der «normalen» *cura in custodiendo*): die im Ausschuss nicht vertretenen VR-Mitglieder haben Grundannahmen trotz Vorarbeiten in Frage zu stellen und sich auch zu fragen, ob die Vorarbeiten alle Alternativen aufzeigen. Wo die Ausführung von Geschäften aus dem Bereich von Art. 716a Abs. 1 OR oder die Überwachung deren Ausführung übertragen wird, muss ebenfalls gelten, dass an die *cura in custodiendo* hohe Anforderungen zu stellen sind und der VR durch Berichterstattung und Kontrollfragen sicherzustellen hat, dass die Durchführung anordnungsgemäss erfolgte.

1997, Art. 716a N 688; OR-WÄTTER (FN 14), Art. 716a N 27. A.A. vor allem Urs BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 232 ff. mit weiteren Verweisen.

²³ Vgl. zu dieser Ansicht BERTSCHINGER (FN 22), N 234; vgl. auch BÖCKLI (FN 16), N 1979b; in diesem Sinn ist meine eigene in OR-WÄTTER (FN 14), Art. 716b N 29, wiedergegebene Ansicht zu relativieren.

²⁴ Also Sorgfalt bei der Wahl der Ausschussmitglieder angewandt wird, diese sorgfältig instruiert werden und die Arbeitsergebnisse überwacht werden. Im Einzelfall kann es sein, dass man dem Gesamt-VR im Beispielfall wird vorwerfen müssen, dass er zumindest für Teile der Entscheidungsvorbereitung externe Experten hätte beiziehlen müssen.

²⁵ Damit gilt – für die Nichtausschussmitglieder – richtigerweise das Gleiche, wenn der VR diese Vorbereitungsarbeiten einem externen Strategieberater oder einem Ausschuss überträgt.

²⁰ Aus dem Kotierungsreglement der SWX (vgl. Art. 65) und dem Bankenrecht (Art. 23b BankV) ergeben sich allenfalls auch Pflichten zu Halbjahresabschlüssen.

²¹ Botschaft (FN 14), 179 f.; BÖCKLI (FN 16), N 1578a; HERBERT BUFF, Compliance, Diss. Zürich 2000, N 120 f.

²² Botschaft (FN 14), 192; BÖCKLI (FN 16), 1979b; ERNY (FN 16), 158; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 16), § 29 N 23; FORSTMOSER, Organisationsreglement (FN 8), 19; ERIC HOMBURGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Zürich

Anzufügen bleibt, dass die Überwachung der Geschäftsführung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR nicht nach Abs. 2 dieser Bestimmung an einen Ausschuss delegiert werden kann, auch wenn Abs. 2 die Übertragung der Überwachung erlaubt, aber eben nur eine solche von bestimmten Geschäften.

3. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 716a OR

Wird nicht nur die Vorbereitung, Ausführung oder Überwachung unübertragbarer Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR an einzelne Mitglieder, an einen Ausschuss, die Geschäftsleitung oder gar an aussenstehende Dritte (z.B. einen Strategieberater, «Headhunter» oder Anwalt) delegiert (was im Einzelfall nicht nur zulässig, sondern sogar geboten sein kann), sondern die Entscheidungsbefugnis in einem solchen Bereich²⁶, so ist eine solche Delegation insofern unwirksam, als sie nicht haftungsmindernd wirkt²⁷. Der VR bleibt in einem so delegierten Bereich mit anderen Worten voll verantwortlich²⁸ und haftet im Ergebnis damit für Fehler, wie wenn er diese selber begangen hätte. Seine Haftung ist in dieser Beziehung vergleichbar mit derjenigen nach Art. 101 OR²⁹.

Selbst wenn mit einer solchen «Delegation» einer unübertragbaren Aufgabe an einen Ausschuss formell kein Haftungsausschluss der übrigen Mitglieder des VR erreicht wird, kann eine solche Übertragung von Aufgaben dennoch auch unter Haftungsaspekten Sinn machen (bzw. «materiell» haftungsmindernd wirken), weil sich die Mitglieder eines Ausschusses schon aus zeitlichen Gründen viel eingehender mit der ihnen zugewiesenen Materie auseinandersetzen können. Damit werden – hofentlich – Fehler verhindert, die bei einer eher oberflächlichen Behandlung im Ge-

²⁶ Eine Delegation auch von Entscheidungskompetenzen an einen «geschäftsführenden Ausschuss» ist für Geschäftsführungsaufgaben unter Berücksichtigung der formellen Voraussetzungen von Art. 716b OR selbstverständlich zulässig; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAVOZ/NOBEL (FN 16), § 29 N 33 ff.; weitergehend ERNY (FN 16), 158, der von der generellen Zulässigkeit der Delegation von Entscheidungsbefugnissen ausgeht, sofern die formellen Voraussetzungen von Art. 716b OR erfüllt sind.

²⁷ Art. 754 Abs. 2 OR, wonach nur die befugte Delegation im Sinne von Art. 716b OR, d.h. die Übertragung der Geschäftsführung mittels Statutenbestimmung und Organisationsreglement, haftungsmindernd wirkt; vgl. BÖCKLI (FN 16), N 1577a.

²⁸ Vgl. dazu differenziert BÖCKLI (FN 16), N 1979b, der eine Haftungsminde rung für einzelne VR-Mitglieder im Rahmen von Art. 759 Abs. 1 OR, d.h. im Rahmen des persönlichen Verschuldens, für möglich hält.

²⁹ OR-WÄTTER (FN 14), Art. 716a N 29; a.M. BÖCKLI (FN 16), N 1979b; PETER WIDMER/OLIVER BANZ, in: HEINRICH HONSEL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WÄTTER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht II, 2. Aufl. Basel und Frankfurt a.M. 2002, Art. 754 N 40 f.

samt-VR entstehen könnten. So trifft sich beispielsweise das Gesamtgremium in der «normalen» Publikumsversammlung 4–8 mal pro Jahr³⁰ für durchschnittlich etwa fünfstündige Sitzungen. Werden diese Sitzungen ergänzt durch 2–4 Audit Committee Sitzungen mit gleicher Sitzungsdauer, erhöht sich die Behandlungsdauer von Rechnungslegungsfragen um ein Vielfaches, was die Fehlerquote in diesem Bereich erheblich vermindern müsste.

III. Der Prüfungsausschuss

1. Allgemeines

Typische Aufgaben des Audit Committee sind etwa³¹

- Überwachung und Beurteilung der Tätigkeit der internen und externen Revision³²; «Anlaufstelle» für die interne und externe Revision³³; Überprüfung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle³⁴;
- Beurteilung des internen Kontrollsystems, des Risikomanagements und der Compliance³⁵;
- Beurteilung des Abschlusses (inkl. Zwischenabschlüssen), Empfehlung an den VR für die Abnahme des Abschlusses³⁶.

2. Die Delegierbarkeit von Aufgaben im Zusammenhang mit der Tätigkeit der internen und externen Revisionsstelle

Festzuhalten ist in diesem Bereich zunächst, dass das Gesetz dem VR im Bereich der Überwachung der Revisionsstelle gar keine Aufgaben zuzuweisen scheint, sieht man einmal davon ab, dass der VR der GV in aller Regel jährlich die Neuwahl einer

³⁰ Der Code schreibt mindestens vier Zusammenkünfte vor, vgl. Ziff. 14, erster Punkt.

³¹ Vgl. neben den nachfolgenden Zitaten aus dem Code etwa Ziff. 5.3.2. des deutschen Kodex oder (mit zahlreichen Verweisen) RANZINGER/BIJES (FN 5), 455 ff.

³² Code Ziff. 24, erster und fünfter Punkt. Zu dieser Aufgabe gehört etwa die Bestimmung von Prüfungsschwerpunkten.

³³ Code Ziff. 24, dritter Punkt – hierzu gehören auch Besprechungen zum Abschluss, des Erläuterungsberichtes nach Art. 729a OR und der Management Letters.

³⁴ Code Ziff. 24, fünfter Punkt.

³⁵ Code Ziff. 24, zweiter Punkt.

³⁶ Code Ziff. 24, dritter und vierter Punkt.

geeigneten Revisionsstelle vorschlagen muss³⁷. Eine allgemeine Überwachungspflicht besteht aber unzweifelhaft und wird teilweise aus Art. 716 OR, teilweise aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR abgeleitet, wonach es dem Gesamt-VR obliegt, «die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen» wahrzunehmen³⁸.

Fragt man sich nun aber, ob solche Aufgaben nicht an einen Ausschuss delegiert werden können, so ist m.E. Art. 716a OR insoweit eng auszulegen, als in diese Bestimmung ohne Not keine undelegierbaren Pflichten hinein gelesen werden sollen, dies namentlich deshalb, weil eine Delegation an einen spezialisierten Ausschuss die Behandlungstiefe eines Gegenstandes ja erhöht (vgl. Abschnitt II.3 oben). Damit gilt m.E. Folgendes:

- Die Überwachung und damit die Beurteilung der Tätigkeit der internen und externen Revision – etwa betreffend deren Effizienz – kann vollumfänglich an das Audit Committee delegiert werden. Eine mangelhafte Überwachung führt dann nur zu einer Verantwortlichkeit der Mitglieder dieses Ausschusses.
- Gleiches gilt für die Überprüfung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle.
- Das Audit Committee kann auch als Anlaufstelle für Anliegen und als Empfänger von Berichten der Revisionsstelle bezeichnet werden. Hier ist aber vorzusehen, dass Ergebnisse von Revisionen, die Rückschlüsse auf die Qualität der Rechnungslegung oder gar der Geschäftsführung zulassen, vom Ausschuss an den Gesamt-VR weiterzuleiten sind. Praktisch wird damit der Prüfungsausschuss namentlich den Erläuterungsbericht der Revisionsstelle (Art. 729a OR) (oder zumindest eine Zusammenfassung) an den Gesamt-VR weiterleiten müssen.
- Zulässig ist m.E. ferner die Übertragung des Vorschlagsrechts für Wiederwahl oder Evaluation einer Neuwahl, auch wenn der Gesamt-VR der Generalversammlung einen Antrag stellen muss.

3. Delegierbarkeit im Bereich der Kontrollsysteme, des Risikomanagements und der Compliance

Auch hier fragt sich im Wesentlichen, ob eine Delegation solcher Aufgaben (die grundsätzlich dem VR obliegen³⁹) an das Audit Committee vereinbar ist mit Art. 716a

Abs. 1 Ziff. 5 OR, wonach dem Gesamt-VR «die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen» obliegt⁴⁰.

Festzuhalten ist hier zunächst, dass die (praktisch sicher sehr wichtige) Einführung und Beurteilung eines Kontrollsystems⁴¹, des Risikomanagements⁴² und der Compliance⁴³ insofern über die Aufsicht der mit der Geschäftsführung betrauten Personen hinausgeht, als diese Fragen typischerweise die ganze AG (oder den ganzen Konzern) betreffen und nicht nur das oberste Management – andererseits wären Mängel in diesem Bereich gerade auch ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Geschäftsführung verbessert werden muss.

Gelten muss m.E. Folgendes:

Da die Beurteilung dieser Systeme für die Oberaufsicht gemäss Art. 716a Ziff. 5 OR zentral ist, kann diese Aufgabe nicht vollumfänglich an einen Ausschuss delegiert werden – dieser kann nach Art. 716a Abs. 2 OR nur Vorarbeiten leisten und beispielsweise versuchen, Schwächen aufzudecken und Verbesserungsvorschläge zu machen. Ob die Gesellschaft demgegenüber beispielsweise einen speziellen Risk Officer, einen Controller, eine interne Revision und einen Compliance Officer (je mit den nötigen Mitteln und Kompetenzen) haben sollte, muss nach der gesetzlichen Ordnung ein Entscheid des Gesamt-VR bleiben. Damit reduziert sich die Haftung in diesem Bereich – falls Aufgaben an das Audit Committee übertragen werden – nur, aber immerhin im Rahmen von Art. 716a Abs. 2 OR (vgl. oben, Abschnitt II.2).

⁴⁰ Vgl. zur Frage, wie sich die Überwachung nach Art. 716a Abs. 2 OR zur Aufsicht nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR verhält, BERTSCHINGER (FN 22), N 235.

⁴¹ Vgl. hierzu zunächst Code Ziff. 19, vgl. ferner etwa Ziff. D.2 aus dem UK-Combined Code: «D.2 Internal Control:

Principle: The board should maintain a sound system of internal control to safeguard shareholders' investment and the company's assets.

D.2.1 The directors should, at least annually, conduct a review of the effectiveness of the group's system of internal control and should report to shareholders that they have done so. The review should cover all controls, including financial, operational and compliance controls and risk management.

D.2.2 Companies which do not have an internal audit function should from time to time review the need for one.»

⁴² Vgl. Code Ziff. 19, zweiter Punkt. Finanzielle Risiken beziehen sich etwa auf die Frage, ob sich ein Unternehmen gegen Wechselkurschwankungen oder Zinssatzänderungen absichern muss, oder ob die Finanzierung mit adäquaten Fristigkeiten erfolgt. Operationelle Risiken schliessen etwa Unfallrisiken, Umweltschutzerisiken, aber auch (und wohl insb.) Marktrisiken ein.

⁴³ Vgl. Code Ziff. 20; BuFF (FN 21), N 607.

³⁷ Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR: Vorbereitung der Generalversammlung; BÖCKLI (FN 16), N 1787, spricht von «Vorschlagsverantwortung».

³⁸ Vgl. z.B. BÖCKLI (FN 16), N 1570 f.; OR-WATTER (FN 14), Art. 716a N 21.

³⁹ Vgl. Code Ziff. 19 und 20.

4. Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit dem Abschluss

Praktisch wird der Geschäftsbericht (Art. 662 OR) von der Geschäftsleitung im Entwurf erstellt, das Zahlenwerk dann der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt und anschliessend vom VR zur Kenntnis genommen bzw. überprüft; die eigentliche Abnahme der Rechnung erfolgt dann aber durch die Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Sollte die Verantwortlichkeit des VR in diesem Bereich dem Audit Committee übertragen werden, fragt sich, ob dies mit Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR vereinbar ist, wonach dem Gesamt-VR «die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle...» obliegt, ferner mit der Verantwortlichkeit des Gesamt-VR für die Erstellung des Geschäftsberichtes nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR.

Rechtsvergleichend ist hier zunächst festzuhalten, dass in den USA⁴⁴ das Audit Committee betreffend den Abschluss bloss eine Empfehlung an den Gesamt-VR erlässt und auch im UK nach dem Combined Code die Verantwortlichkeit für den Abschluss beim Gesamt-VR liegt und nicht beim Audit Committee⁴⁵.

Dies rührt daher, dass die Qualität des Abschlusses am besten durch ein vertieftes Gespräch mit der Revisionsstelle⁴⁶ überprüft werden kann, wofür das Audit Committee das geeignetere Gremium ist als der Gesamt-VR. Wo sich aber in solchen Diskussionen ergibt, dass Ermessensentscheide (z.B. über die Abschreibungsdauer) oder offe-

⁴⁴ SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 17 CFR Parts 210, 228, 229, and 240 [Release No. 34-42266; File No. S7-22-99], RIN 3235-AH83, Audit Committee Disclosure. Diese Regeln verlangen u.a. (Zitat aus der den Regeln vorangestellten Zusammenfassung):

– «that companies include reports of their audit committees in their proxy statements; in the report, the audit committee must state whether the audit committee has: (i) reviewed and discussed the audited financial statements with management; (ii) discussed with the independent auditors the matters required to be discussed by Statement on Auditing Standards No. 61, ...; and (iii) received from the auditors disclosures regarding the auditors' independence required by Independence Standards Board Standard No. 1, ... and discussed with the auditors the auditors' independence...»

– that the report of the audit committee also include a statement by the audit committee whether, based on the review and discussions noted above, the audit committee recommended to the Board of Directors that the audited financial statements be included in the company's Annual Report on Form 10-K or 10-KSB (as applicable) for the last fiscal year for filing with the Commission (see Section III.B below);

– that companies disclose in their proxy statements whether their Board of Directors has adopted a written charter for the audit committee, and if so, include a copy of the charter as an appendix to the company's proxy statements at least once every three years (see Section III.C below);

– that companies ... disclose in their proxy statements whether the audit committee members are «independent» as defined in the applicable listing standards, and disclose certain information regarding any director on the audit committee who is not «independent» (see Section III.D below) ...»

⁴⁵ Vgl. Combined Code Regeln D-1 und D-3.

⁴⁶ Dies unter teilweisem Einbezug des Managements.

ne Fragen (etwa betreffend Bewertung von zugekauftem Goodwill, der Behandlung von Mitarbeiteroptionen oder von Pensionskassenüberschüssen) bestehen, ist es wohl in Anbetracht der Verantwortlichkeit des Gesamt-VR für den Geschäftsbericht richtig, wenn solche Entscheide nicht abschliessend auf Stufe des Audit Committee gefasst werden können. Noch klarer ist es m.E., dass die Bestimmung des Rechnungslegungsstandards nicht an das Audit Committee delegiert werden kann, da die Ausgestaltung des Finanzwesens, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR, eng mit diesem Standard zusammenhängt.

Damit kann m.E. die Verantwortlichkeit in diesem Bereich – analog zur Situation bei der Beurteilung der Überwachungs- und Kontrollsysteme (Abschnitt III.3 oben) – nicht vollumfänglich an das Audit Committee delegiert werden und die Nichtausschussmitglieder behalten eine Restverantwortlichkeit, die über die drei *case* betreffend Zusammensetzung und Arbeit des Ausschusses hinausgeht.

IV. Der Nominierungsausschuss

Typische Aufgaben dieses Ausschusses sind die Nachfolgeplanung im VR und in der Geschäftsleitung, konkret also die Suche nach neuen Kandidaten, sei dies innerhalb des Unternehmens oder extern⁴⁷. Praktisch werden Kandidaten oft durch spezialisierte Firmen («Headhunters») vorgeschlagen und dann – nach Zustimmung des Ausschusses zu einer Anwärterliste – kontaktiert, worauf ein Interviewprozess beginnt.

Die Wahl der Mitglieder des VR ist an sich Aufgabe der Generalversammlung, weshalb man sich auf den Standpunkt stellen könnte, eine Auswahl in diesem Bereich gehöre gar nicht zu den Pflichten des VR. Ähnlich wie oben bei der Überwachung der Revisionsstelle (Abschnitt III.2) hat der Verwaltungsrat aber die Pflicht, der Generalversammlung nur geeignete Kandidaten vorzuschlagen⁴⁸, womit ihn als Gesamtgremium die Pflicht zu treffen scheint, geeignete Kandidaten vorzuschlagen. Hier – wie auch im Fall, wo der Nominierungsausschuss auch für die Ernennung des obersten Kaders zuständig ist – fragt sich, ob in Anbetracht von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR, der die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen dem Gesamt-VR zuweist, diese Aufgabe an den Ausschuss delegiert werden kann. Dies ist angesichts des klaren Gesetzeswortlautes m.E. zu verneinen, womit dem Nominierungsausschuss nur eine Vorbereitungsrolle nach Art. 716 Abs. 2 OR zukommen kann.

⁴⁷ Code Ziff. 27.

⁴⁸ Vgl. auch Code Ziff. 13, zweiter Punkt.

Immerhin fragt sich auch hier, ob die *«cura in eligendo»* des Gesamt-VR durch den Einsatz eines Nominierungsausschusses nicht relativiert wird, kann doch kaum verlangt werden, dass das Selektionsprozedere vor dem Gesamt-VR noch einmal wiederholt wird. Hier gilt damit das oben in Abschnitt II.2. zum Strategiebeispiel Gesagte, d.h., dass sich die Verantwortlichkeit desjenigen VR-Mitgliedes, das dem Ausschuss nicht angehört, reduziert, dies unter der Voraussetzung, dass auch hier mittels Kontrollfragen wenigstens die zentralen Faktoren im Ausleseprozess noch einmal überprüft werden.

V. Der Entschädigungsausschuss

Der Entschädigungsausschuss, der personell z.T. mit dem Nominierungsausschuss identisch ist, ist in aller Regel für die Entschädigungspolitik auf Stufe VR und oberste Geschäftsleitung zuständig, mithin für die Höhe der Entschädigung, deren Zusammensetzung in fixe und leistungsbezogene Komponenten und deren allfällige (teilweise) Ausrichtung mittels Options- oder Aktienbeteiligungsprogrammen⁴⁹. Während in der Praxis dieser Ausschuss oft abschliessend entscheidet, muss er nach dem Code wenigstens die Grundsätze der Entschädigung dem VR zur Genehmigung vorlegen⁵⁰.

Festzuhalten ist hier zunächst, dass die Festsetzung der Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nicht im Katalog von Art. 716a Abs. 1 OR enthalten ist – andererseits enthält die Art der Salarierung eine Überwachungskomponente oder die Notwendigkeit verstärkter Überwachung, dies beispielsweise weil eine sehr leistungsbezogene Entlohnung dazu führen kann, dass die Unternehmensleitung bessere, höhere Risiken einzugehen, was wiederum zur Notwendigkeit führen kann, bessere Risikoüberwachungssysteme einzuführen.

Damit dürfte in diesem Bereich gelten, dass der Entscheid über die Art und Höhe zwar rechtsgültig delegiert werden kann, der Entschädigungsausschuss den Gesamt-VR aber über seine Entscheide zu informieren hat; zumindest über die Art der Entschädigung und über die Höhe der gesamten Entschädigung aller Geschäftsleitungsmitglieder⁵¹. Eine Genehmigung, wie sie der Code vorsieht, kann sinnvoll sein, ist gesetzlich aber m.E. nicht nötig.

⁴⁹ Code Ziff. 25 und 26.

⁵⁰ Code Ziff. 25, dritter Punkt.

⁵¹ Im Rahmen von Art. 715a OR hat natürlich jedes VR-Mitglied das Recht, Auskunft über den Lohn jedes Geschäftsleitungsmitglieds zu erhalten.

VI. Der Strategieausschuss

Typische Aufgaben dieses Ausschusses sind die Evaluation von Akquisitionsobjekten oder die Vorbereitung von Strategieanalysen. Während für letzteren Bereich auf das Beispiel in Abschnitt II.2. oben verwiesen werden kann, gilt im ersteren m.E., dass eine volle Delegation möglich ist, dies wenigstens insoweit als eine konkrete Akquisition nicht mit einer Strategieänderung verbunden ist. Die meisten Organisationsreglemente, die einen Strategieausschuss kennen, lösen diese Problematik so, dass sie Entscheide bis zu einem gewissen Kaufpreis definitiv dem Ausschuss überlassen, für noch grössere Objekte aber die Zustimmung des Gesamt-VR verlangen.

VII. Zusammenfassung

Zusammenfassend können damit den Ausschüssen relativ weitgehend Aufgaben delegiert werden; die im Code vorgesehene Lösung, wonach bei den von ihm aufgezählten Ausschüssen die Gesamtverantwortung zwangsläufig beim Gesamt-VR verbleibe, ist damit zwar eine mögliche, nicht notwendigerweise aber die beste Organisationsform, werden durch sie doch Zuständigkeit und (juristische) Verantwortlichkeit vermischt und den Mitgliedern des VR, die einem Ausschuss, der pflichtvergesen handelt, nicht angehören, unnötige Haftungsrisiken auferlegt.

Damit sollten m.E. folgende Aufgaben im Organisationsreglement vollumfänglich delegiert werden:

- (a) Dem Audit Committee die Überwachung der Arbeit und Unabhängigkeit der Revisionsstelle (samt Wahlvorschlag an die Generalversammlung); keine Volldelegation ist dagegen möglich in der Beurteilung der Kontrollsysteme, des Risikomanagements und der Compliance, ebensowenig von Ermessensentscheiden im Bereich der Rechnungslegung oder der Bestimmung des Rechnungslegungsstandards. Auch in diesen Bereichen macht eine Zuweisung von Aufgaben an das Audit Committee Sinn, dies einerseits, weil im Ausschuss eine vertiefere Behandlung erfolgen kann (was Fehlentscheide unwahrscheinlich macht) und andererseits Art. 716a Abs. 2 OR für Nichtausschussmitglieder insoweit eine Haftungsreduktion bringt, als Fehler in der Vorbereitung von Entscheiden – falls auch durch Kontrollfragen nicht eruierbar – diesen nicht angelastet werden können.
- (b) Auch keine Volldelegation ist im Bereich der Nomination von neuen Mitgliedern des VR und von Geschäftsleitungsmitgliedern möglich, die Übertragung

der Selektion auf einen Ausschuss macht aber aus den soeben für das Audit Committee genannten Gründen Sinn.

(c) Volldelegation ist dagegen in Entschädigungsfragen möglich, wobei hier die Information des Gesamt-VR insbesondere über die Art der Entschädigung besonders zentral ist (und vom Gesamt-VR auch zu überwachen ist).

(d) Im Strategiebereich sind nur Vorbereitungsarbeiten übertragbar, möglich ist aber die Delegation wichtiger Investitions- bzw. Akquisitionsentseide.