
Ernennung, Abberufung und Beaufsichtigung der Geschäftsleitung

Fachbeitrag von

Stefanie Meier-Gubser, Botschafterin SwissBoardForum

UNÜBERTRAGBARE UND UNENTZIEHBARE AUFGABE | Das Aktienrecht weist dem Verwaltungsrat einer Gesellschaft unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu, die es in einer nicht abschliessenden Liste aufzählt. So verlangt das Gesetz vom Verwaltungsrat unter anderem, dass er die mit der Geschäftsführung betrauten Personen ernennt, abberuft und beaufsichtigt. Ein Überblick über die praktische Bedeutung dieser Pflicht.

Überträgt der Verwaltungsrat die Geschäftsführung an einzelne seiner Mitglieder (Delegierte) oder an Dritte (Geschäftsleitung) muss er dies in einem Organisationsreglement tun.¹ Er bleibt verantwortlich für die Ernennung und Abberufung der geschäftsführenden Personen sowie für die Oberaufsicht über deren Tätigkeit, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.

Der Verwaltungsrat bleibt bei der Delegation der Geschäftsführung verantwortlich für

- die sorgfältige Auswahl (sog. cura in eligendo),
- die sorgfältige Instruktion (sog. cura in instruendo) und
- die sorgfältige Beaufsichtigung (sog. cura in custodiendo)

der geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats oder der ihm direkt unterstellten Mitglieder der Geschäftsleitung. Diese Aufgaben hat der Verwaltungsrat in einem dauernden Prozess wahrzunehmen.²

Bei groben Pflichtverletzungen der geschäftsführenden Personen, trifft den Verwaltungsrat eine Abberufungspflicht (strategische Eingriffspflicht). Er darf nicht nur, sondern muss die fehlbaren Personen abberufen und gegebenenfalls deren Arbeitsverträge (unter Berücksichtigung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen) beenden.

Es ist zudem grundsätzlich Sache des Verwaltungsrats, die zeichnungsberechtigten Personen (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte) zu bestimmen, wobei die Praxis eine Delegation der Ernennung von nicht direkt dem Verwaltungsrat unterstellte Zeichnungsberechtigte an die Geschäftsleitung unter bestimmten Voraussetzungen zulässt.

¹ Art. 716b Abs. 1 OR

² ROLAND MÜLLER / LORENZ LIPP / ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Zürich 2021, Rz 3.96

Art. 716a Abs. 1 OR Unübertragbare Aufgaben [des Verwaltungsrats]

¹ Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;
2. die Festlegung der Organisation;
3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;
4. **die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen;**
5. **die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen;**
6. die Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;
7. die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung und die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung;
8. bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind: die Erstellung des Vergütungsberichts.

² [...]

Unübertragbarkeit und Unentziehbarkeit der Aufgaben

Der Verwaltungsrat kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind (sog. Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrats). Er führt als Gesamtgremium die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht an einzelne Mitglieder (Delegierte) oder Dritte übertragen hat.³ Für die Kernaufgaben von Art. 716a Abs. 1 OR bleibt der Verwaltungsrat in jedem Fall verantwortlich.

Die Unübertragbarkeit der Aufgaben bedeutet das Verbot für den Verwaltungsrat, entsprechende Entscheide zu delegieren.⁴ Die Unentziehbarkeit der Aufgaben verbietet anderen Organen, namentlich der Generalversammlung, die Anmassung der entsprechenden Entscheidkompetenz.⁵ Mit anderen Worten: Der Verwaltungsrat muss in diesem zwingenden Aufgabenbereich die Entscheide treffen. Er muss aber vorbereitende und ausführende Aufgaben nicht in eigener Person ausüben.⁶ So liegt beispielsweise die Kompetenz zur Ernennung der dem Verwaltungsrat angehörenden oder direkt unterstellten geschäftsführenden Personen beim Gesamtverwaltungsrat. Die Ernennung, Abberufung und Beaufsichtigung nicht direkt dem Verwaltungsrat unterstellter geschäftsführender Personen und Zeichnungsberechtigter kann im Organisationsreglement weiterdelegiert werden.

Ernennung und Abberufung der geschäftsführenden Personen und Zeichnungsberechtigten

Organisationsreglement

Voraussetzung für die Ernennung und Abberufung geschäftsführender Personen ist die grundsätzliche Regelung der Delegation der Geschäftsführung (Umfang, Organisation, Reporting) in einem Organisationsreglement.⁷ Im Minimum ordnet der Verwaltungsrat in

³ Art. 716 OR

⁴ CHRISTOPH B. BÜHLER, ZK OR zu Art. 716a, N 39; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, N 1174

⁵ CHRISTOPH B. BÜHLER, a.a.O, N 6; GEORG KRNETA, a.a.O.;

⁶ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 9, N 345; CHRISTOPH B. BÜHLER, a.a.O, N 39

⁷ Art. 716b Abs. 1 OR

diesem die Geschäftsführung, bestimmt die erforderlichen Stellen, legt deren Aufgaben fest und regelt die Berichterstattung. In der Praxis enthält das Organisationsreglement regelmässig weitere resp. detailliertere Regelungen. Erlässt der Verwaltungsrat kein Organisationsreglement, ist die Geschäftsführung nicht rechtsgültig delegiert und der Verwaltungsrat bleibt für die gesamte Geschäftsführung haftbar. Bei einer rechtsgültigen Delegation der Geschäftsführung haftet der Verwaltungsrat nur für die sorgfältige Auswahl, Unterrichtung und Überwachung der Geschäftsleitung («cura in eligendo, instruendo et custodiendo»).

Ernennung der Geschäftsleitung

Die Ernennung (wie auch die Abberufung) muss in der entsprechenden Form erfolgen. In aller Regel dürfte dies mittels eines Beschlusses des Verwaltungsrats (Ernennung) und dem Abschluss eines Arbeitsvertrags erfolgen.

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die geschäftsführende Person sorgfältig auszuwählen. Die sorgfältige Auswahl beinhaltet die Definition eines Anforderungsprofils, einen adäquaten Rekrutierungsprozess sowie eine sorgfältige Überprüfung der zu ernennenden Person. Die Person muss über die erforderlichen fachlichen, persönlichen und sozialen Kompetenzen verfügen. Sie muss fähig und willens sein, die an sie gestellten Anforderungen in der konkreten Gesellschaft zu erfüllen.

Abberufung der Geschäftsleitung

Die Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen ist eine der vom Gesetz als unübertragbar und unentziehbar beschriebenen Aufgaben des Verwaltungsrats.⁹ Ergänzend räumt das Gesetz dem Verwaltungsrat das Recht ein, von ihm bestellte Ausschüsse, Delegierte, Direktoren und andere Bevollmächtigte und Beauftragte jederzeit abberufen zu können.¹⁰

Der Verwaltungsrat kann folglich jederzeit und ohne besonderen Grund die von ihm mit der Geschäftsführung betrauten Personen in ihrer Funktion per sofort abberufen oder einstellen. Allfällige Entschädigungsansprüche dieser Personen bleiben vorbehalten.¹¹ Verfügen diese Personen zusätzlich zu ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung über einen Arbeitsvertrag, sind für die Auflösung desselben, die entsprechenden vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten (s. unten Beendigung von Arbeitsverträgen). Hat der Verwaltungsrat einzelne seiner Mitglieder mit der Geschäftsführung betraut (Delegierte), kann er diese nur in dieser Funktion abberufen. Eine Abberufung als Mitglied des Verwaltungsrats müsste gegebenenfalls zwingend durch die (ordentliche oder ausserordentliche) Generalversammlung erfolgen.¹²

Das Abberufungsrecht wird zur Abberufungspflicht, wenn der Verwaltungsrat Kenntnis schwerer Verfehlungen der geschäftsführenden Personen erhält. Seine Sorgfaltspflicht verlangt ein aktives Einschreiten und in Verbindung mit seinem Abberufungsrecht gegebenenfalls die Abberufung der entsprechenden Person. So hielt das Bundesgericht in einem Leitentscheid aus dem Jahr fest, dass die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats im konkreten Fall die Abberufung eines via Aktenzeichen XY polizeilich gesuchten Direktors verlangt hätte.¹³

⁸ Art. 754 Abs. 2 OR

⁹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR

¹⁰ Art. 726 Abs. 1 OR

¹¹ Art. 726 Abs. 3 OR

¹² Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 705 Abs. 1 OR

¹³ BGE 122 III 195 E. 3b („En l'espèce, le devoir de diligence commandait à l'administrateur d'écarter J. de la direction de la société.“)

Ernennung und Abberufung von Zeichnungsberechtigten

Es ist zudem grundsätzlich Sache des Verwaltungsrats, die zeichnungsberechtigten Personen (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte) zu bestimmen. Die Praxis lässt es allerdings zu, dass der Verwaltungsrat die Erteilung und den Widerruf von Zeichnungsberechtigungen für nicht ihm direkt unterstellte Personen im Organisationsreglement an die Geschäftsleitung delegiert. Für die Anmeldung im Handelsregister bedarf es regelmässig eines protokollierten Beschlusses des intern für die Erteilung zuständigen Organs sowie der rechtsgenügelichen Unterzeichnung der Anmeldung durch den Verwaltungsrat.

Beendigung von Arbeitsverträgen

Neben der gesellschaftsrechtlichen Funktion als geschäftsführende oder zeichnungsberechtigte Person bestehen regelmässig Arbeitsverträge zwischen der Gesellschaft und den entsprechenden Personen. Diese teilen ihr rechtliches Schicksal nicht automatisch. Der Verwaltungsrat sollte sich dieser doppelten Rechtsgrundlage insbesondere bei der Abberufung bewusst sein.

Während die gesellschaftsrechtliche Abberufung grundsätzlich jederzeit per sofort möglich ist, müssen bei der Beendigung von Arbeitsverträgen die entsprechenden gesetzlichen und vertraglichen (Schutz-)normen beachtet werden, insbesondere die Bestimmungen über den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers. Neben der Kündigung des Arbeitsvertrags ist auch die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses («Aufhebungsvereinbarung») möglich. Darin werden neben der effektiven Beendigung regelmässig weitere für die Parteien wichtigen Punkte (z.B. Entschädigung, Geheimhaltung, Kommunikation etc.) geregelt.

Oberaufsicht über die geschäftsführenden Personen

Die Pflicht des Verwaltungsrats zur Oberaufsicht der von ihm mit der Geschäftsführung betrauten Personen ist zusammen mit der Pflicht zur sorgfältigen Ernennung (und gegebenenfalls Abberufung) eine ständige Aufgabe des Verwaltungsrats. Eng damit verbunden ist auch das Recht resp. die Pflicht des Verwaltungsrats, die nötigen Weisungen für die Oberaufsicht über die Gesellschaft zu erlassen.¹⁴

Die Oberaufsicht ist ständige Aufgabe des Verwaltungsrats. Er darf sich nicht mit der Beurteilung im Zeitpunkt der Ernennung / Anstellung zufriedengeben, sondern muss periodisch beurteilen, ob die Mitglieder der Geschäftsleitung ihrer aktuellen Aufgabe in einem allenfalls veränderten Umfeld noch genügen.¹⁵ Der Verwaltungsrat muss die Geschäftsleitung insbesondere dahingehend überwachen, dass sie die Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen einhält, sich mitunter «compliant» verhält. Er muss Geschäftsführungshandlungen aber auch kritisch hinterfragen und eine adäquate Berichterstattung und genügende Informationsbasis sicherstellen. Die Oberaufsicht des Verwaltungsrats und sein Weisungsrecht resp. seine Weisungspflicht haben sich an den jeweiligen Umständen zu orientieren.

Stellt der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Pflicht zur Oberaufsicht über die geschäftsführenden Personen Unregelmässigkeiten oder Verfehlungen fest, ist er verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen.

¹⁴ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR

¹⁵ ROLAND MÜLLER / LORENZ LIPP / ADRIAN PLÜSS, a.a.O.