

Nicolas Facincani / Mark Mauerhofer*

Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats bei unbefugter Delegation der Geschäftsführung

Besprechung der Urteile 4A_501/2007 und 4A_503/2007 des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Februar 2008

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Delegationsbeschluss
 2. Organisationsreglement
 3. Pflichtverletzung
- III. Bedeutung für die Praxis
 1. Delegation und Haftung
 2. Delegation an Organe und an Dritte
 3. Voraussetzungen der Delegation
 - 3.1 Statutarische Grundlage
 - 3.2 Anforderungen an das Organisationsreglement
 4. Direkte Haftung bei unbefugter Delegation

Kernsätze

1. Für eine befugte Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat ist neben einer statutarischen Grundlage der Erlass eines Organisationsreglements zwingend vorgeschrieben. Sind die Voraussetzungen von Art. 754 Abs. 2 OR erfüllt, beschränkt nicht nur eine Delegation an Organe, sondern auch eine an Dritte die Haftung.
2. Für eine befugte Delegation ist kein formelles Organisationsreglement notwendig, sofern der Delegationsentscheid sowie die inhaltlichen Minimalanforderungen von Art. 716b Abs. 2 OR in einem schriftlichen Verwaltungsratsbeschluss klar festgehalten sind.
3. Im Falle einer unbefugten Delegation braucht es keine persönliche Pflichtverletzung zur Begründung einer Haftung der Verwaltungsratsmitglieder.

I. Sachverhalt

1993 räumte die Y. Familiengesellschaft der X. AG ein Darlehen über DM 2 Mio. ein. Als dieses 1994 zur Rückzahlung fällig wurde, verfügte die X. AG hierzu nicht über genügend liquide Mittel. 1995 wurde der Konkurs über die X. AG eröffnet. Die Gesellschafter der Y. Familiengesellschaft liessen sich in der Folge die Rechtsansprüche der Konkursmasse gegen die Geschäftsfüh-

rungsorgane der X. AG nach Art. 260 SchKG abtreten und reichten 1998 beim Handelsgericht des Kantons Bern eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage gegen die ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder der X. AG sowie gegen H. ein, der, ohne vom Verwaltungsrat formell mit der Geschäftsführung betraut worden zu sein, faktisch als Geschäftsführer der X. AG tätig gewesen war.

Während die Klage gegen J., der 1995 als neues Verwaltungsratsmitglied eingesetzt und mit der Sanierung der X. AG betraut worden war, abgewiesen wurde, verurteilte das Handelsgericht im Jahre 2007 die 1994 aus dem Verwaltungsrat zurückgetretenen A., E. und G. sowie H. zum Ersatz des gesamten eingeklagten Betrages. Dabei legte das Gericht gestützt auf Art. 759 Abs. 2 OR die jeweilige Ersatzpflicht auf 30% (A. und E.), 25% (G.) resp. 100% (H.) fest.

Gegen dieses Urteil erhoben E. und G. beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen und verlangten die Aufhebung des Urteils des Handelsgerichts sowie Abweisung der Klage, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz.

II. Erwägungen und Entscheid

1. Delegationsbeschluss

Die *Beschwerdeführer* argumentieren zunächst, dass die Vorinstanz zu Unrecht aufgrund des Fehlens einer schriftlich festgehaltenen Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat von einer unbefugten Delegation ausgegangen sei, zumal die Statuten der X. AG die Möglichkeit einer Delegation vorsähen.

Das *Bundesgericht* hält demgegenüber fest, dass, falls es – trotz Ermächtigungsklausel in den Statuten – an einem gültigen Delegationsentscheid des Verwaltungsrats fehlt, nicht von einer befugten Delegation im Sinn von Art. 754 Abs. 2 OR ausgegangen werden könne.¹

* Lic. iur. Nicolas Facincani, Rechtsanwalt, LL.M., und Dr. iur. Mark Mauerhofer, Rechtsanwalt, LL.M., beide Mitarbeiter Homburger AG, Zürich.

¹ 4A_501/2007 vom 22.2.2008, E. 3.1; 4A_503/2007 vom 22.2.2008, E. 3.1.

2. Organisationsreglement

Die *Beschwerdeführer* machen weiter geltend, es bedürfe für eine wirksame Delegation keines formellen Organisationsreglements, sondern lediglich eines Organisationsentscheids, der implizit die Delegation vornehme. Überdies sei die Schriftform kein gesetzlich vorgeschriebenes Erfordernis.

Das *Bundesgericht* verwirft diese Auffassung. Art. 716b Abs. 1 OR sieht vor, dass die Statuten den Verwaltungsrat ermächtigen können, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder an Dritte zu übertragen. Art. 716b Abs. 2 OR schreibt weiter vor, was das Organisationsreglement inhaltlich zu ordnen hat. Das Erfordernis eines Reglements zur gültigen Übertragung der Geschäftsführung mit einem gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt setzt voraus, dass eine Delegation der Geschäftsführung in *formeller Hinsicht gewissen Mindestanforderungen* genügt.²

Weiter hält das Bundesgericht fest, dass der *Erllass eines Organisationsreglements zwingend vorgeschrieben* sei, damit von einer befugten Delegation gemäss Art. 754 Abs. 2 OR gesprochen werden könne. Dies sei dann nicht der Fall, wenn nicht einmal ein protokollierter Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats vorliegt, der die nach Art. 716b Abs. 2 OR vorgesehenen Elemente der Geschäftsführung regelt. Ein solcher *protokollierter Verwaltungsratsbeschluss* wäre *ausreichend*, um die Anforderungen an eine befugte Delegation zu erfüllen.³

Im Falle einer unbefugten Delegation der Geschäftsführung können sich die Verwaltungsratsmitglieder nicht auf die Haftungsbeschränkung berufen und der Sorgfaltsbeweis gemäss Art. 754 Abs. 2 OR steht ihnen nicht offen.⁴

3. Pflichtverletzung

Im Weiteren bestreiten die *Beschwerdeführer*, dass die Pflichtverletzung von H. im Zusammenhang mit einer von der X. AG gewährten Garantie den eingetretenen Schaden bewirkt habe. Da die Garantieerklärung nicht durch H., sondern durch zwei Verwaltungsratsmitglieder unterzeichnet worden sei, beurteile sich die Frage nach der Mithaftung der Beschwerdeführer nicht nach Art. 754 Abs. 2 OR, sondern nach Abs. 1 derselben Bestimmung. Mangels persönlicher Haftung der

Beschwerdeführer falle eine solche Haftung ausser Betracht.⁵

In diesem Zusammenhang führt das *Bundesgericht* aus, dass es zur Haftung nach Art. 754 Abs. 2 OR *keiner persönlichen Pflichtverletzung eines Verwaltungsratsmitgliedes* bedürfe. Ohnehin könnten die beiden weiteren Verwaltungsratsmitglieder den vorinstanzlichen Feststellungen zufolge dem Einflussbereich des H., als eigentlichem «spiritus rector» der Garantieerklärung, zugerechnet werden. Allein die Tatsache, dass die Garantieerklärung letztlich formell von den beiden weiteren Verwaltungsratsmitgliedern unterzeichnet wurde, schliesse den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung von H. und dem eingetretenen Schaden nicht aus.⁶

III. Bedeutung für die Praxis

1. Delegation und Haftung

Art. 754 Abs. 2 OR regelt die Haftung im Falle einer befugten Delegation durch den Verwaltungsrat.⁷ Soweit es nicht um unübertragbare und unentziehbare Aufgaben nach Art. 716a OR geht, kann der Verwaltungsrat seine Geschäftsführungsaufgaben delegieren und gleichzeitig seine *Haftung* für die Verwaltung und Geschäftsführung im Umfange der Delegation *beschränken*. Bei einer zulässigen Delegation haftet der Verwaltungsrat nur noch für sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung.⁸ Sind jedoch die Voraussetzungen einer befugten Delegation nicht gegeben, macht sich der delegierende Verwaltungsrat haftbar, ohne dass er selber eine (weitere) Pflichtverletzung begehen müsste. Um das Haftungsrisiko der Verwaltungsratsmitglieder zu minimieren, empfiehlt es sich in der Praxis, zum einen genau zu prüfen, ob eine zur Diskussion stehende Aufgabe überhaupt delegierbar ist, und zum anderen bedarf die Delegation eines aktiven (Auswahl, Instruktion) und fortdauernden (Überwachung) Verhaltens des Verwaltungsrates. Die Pflicht des Verwaltungsrates zur fortdauernden Überwachung der Geschäftsführung ergibt sich zudem bereits aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

2. Delegation an Organe und an Dritte

Nach dem Wortlaut von Art. 754 Abs. 2 OR kann die haftungsbeschränkende Wirkung nur eintreten, wenn die Aufgaben befugtermassen einem anderen *Organ*

² 4A_501/2007 vom 22.2.2008, E. 3.2.1; 4A_503/2007 vom 22.2.2008, E. 3.2.1.

³ 4A_501/2007 vom 22.2.2008, E. 3.2.2; 4A_503/2007 vom 22.2.2008, E. 3.2.2.

⁴ 4A_501/2007 vom 22.2.2008, E. 3.3; 4A_503/2007 vom 22.2.2008, E. 3.3.

⁵ 4A_501/2007 vom 22.2.2008, E. 4.1; 4A_503/2007 vom 22.2.2008, E. 4.1.

⁶ 4A_501/2007 vom 22.2.2008, E. 4.2; 4A_503/2007 vom 22.2.2008, E. 4.2.

⁷ CHK-BINDER/ROBERTO, OR 754 N 13.

⁸ BGE 122 III 195 E. 3a.

übertragen wurden; nicht vorgesehen ist an dieser Stelle die Übertragung an *Dritte*. Aufgrund der Tatsache, dass nach Art. 716b Abs. 1 OR auch die Übertragung an Dritte zulässig ist, geht die h.L. davon aus, dass die Delegation auch in diesem Fall haftungsbeschränkende Wirkung hat, wobei die Drittperson – sofern ihr organotypische Aufgaben übertragen werden – zum materiellen Organ wird.⁹ Das Bundesgericht hat diese Ansicht im vorliegenden Entscheid implizit bestätigt, indem es die Voraussetzungen von Art. 754 Abs. 2 OR für einen Dritten geprüft hat.

3. Voraussetzungen der Delegation

3.1 Statutarische Grundlage

Art. 716b Abs. 1 OR sieht vor, dass die Statuten den Verwaltungsrat ermächtigen können, die Geschäftsführung nach Massgabe eines *Organisationsreglements* ganz oder teilweise an Dritte zu übertragen. Vom Gesetztext und vom Bundesgericht nicht als Voraussetzung einer Delegation mit haftungsbeschränkender Wirkung gefordert wird hingegen der Erlass eines neben dem Organisationsreglement stehenden Geschäftsreglements, welches nur die Organisation des Verwaltungsrates selbst regelt.

Erforderlich ist somit zunächst eine *statutarische Ermächtigung* zur Delegation von Geschäftsführungsfunktionen. Dabei handelt es sich um einen bedingt notwendigen Statuteninhalt, d.h. um eine Norm, deren Innen- und Aussenwirkung von der Aufnahme in die Statuten abhängt.¹⁰ Hierbei kann die Generalversammlung dem Verwaltungsrat statutarisch vorschreiben, dass er nur an Delegierte oder Dritte delegieren darf oder dass gewisse Organkompetenzen auf Stufe Gesamtverwaltungsrat verbleiben müssen.¹¹ Fehlt eine Ermächtigungsklausel in den Statuten und wird die Geschäftsführung trotzdem an andere Organe oder Dritte delegiert, liegt eine unbefugte Delegation durch den Verwaltungsrat vor.

3.2 Anforderungen an das Organisationsreglement

Die beiden vorliegenden Entscheide halten ausdrücklich fest, dass eine wirksame Delegation einen gültigen Delegationsbeschluss des Gesamtverwaltungsrats voraussetzt, der die Voraussetzungen von Art. 716b OR erfüllt. Zudem hat das Bundesgericht die beiden Fragen, ob für einen Entlastungsbeweis nach Art. 754 Abs. 2 OR ein Organisationsreglement zwingend erforderlich und ob die Schriftform eine zwingende Voraussetzung sei, in Übereinstimmung mit der h.L. explizit bejaht.¹² Ein förmliches Organisationsreglement verlangt das Bundesgericht indes nicht; vielmehr lässt es, wie man aus seinem Entscheid schliessen muss, einen *protokollierten Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates* genügen, sofern dieser die in Art. 716b Abs. 2 Satz 1 OR vorgesehenen Elemente der Geschäftsführung regelt.

Um sicherzustellen, dass eine befugte Delegation vorliegt, ist der Erlass eines *formellen Organisationsreglements* wenn auch nicht zwingend erforderlich, so doch in aller Regel zu *empfehlen*. Der praktische Vorteil eines formellen Organisationsreglements liegt nicht zuletzt in der verwaltungsratsinternen Vergegenwärtigung des Umfangs der Delegation und im damit einhergehenden Überprüfungs- und allfälligen Ergänzungsbedarf.¹³

4. Direkte Haftung bei unbefugter Delegation

Sind die Voraussetzungen einer Delegation nicht erfüllt, liegt eine unbefugte Delegation vor, aufgrund derer sich die Mitglieder des unbefugt delegierenden Verwaltungsrats *auch ohne eigene persönliche Pflichtverletzung* haftbar machen.¹⁴ Der Umstand, dass das Bundesgericht in casu das Handeln zweier Verwaltungsratsmitglieder dem faktischen Geschäftsführer und aufgrund der unbefugten Delegation somit indirekt den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern zugerechnet hat, lässt aufhorchen. Wenn einmal die Geschäftsführung unbefugt delegiert worden ist, erhöht sich aufgrund der potentiellen Einflussnahme der Geschäftsführung auf einzel-

⁹ BSK OR II-WIDMER/BANZ, Art. 754 N 42; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N 123; PETER FORSTMOSER, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 1992, 71 f.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 37 N 39; CHK-BINDER/ROBERTO, OR 754 N 13.

¹⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 9), § 8 N 79; BSK OR II-SCHENKER, Art. 627 N 1, N 12; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 16 N 608.

¹¹ BSK OR II-WATTER, Art. 716b N 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 9), § 29 N 28 FN 5; PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Zürich 1992, 45. A.M. ZK-HOMBURGER, Art. 716b OR N 731 ff.; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 163; CHK-PLÜSS/KUNZ/KÜNZLI, OR 716b N 2.

¹² BÖCKLI (FN 9), § 13 N 321 und N 522, § 18 N 120 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 9), § 11 N 4, § 37 N 40 i.V.m. § 29 N 27; ZK-HOMBURGER, Art. 716b OR N 736, ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat: Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich 2007, 77, 416 ff.; BSK OR II-WATTER, Art. 716a N 10; KARL HOFSTETTER, Verantwortlichkeit im Konzern, 7 Fussnote 19, in: Weber/Isler (Hrsg.) Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008; CHK-PLÜSS/KUNZ/KÜNZLI, OR 716b N 2; KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2007, N 461. A.M. URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, 62 ff., der für die befugte Delegation nur eine statutarische Ermächtigung voraussetzt.

¹³ Vgl. vorne, III.1.1.1. Vgl. auch KRNETA (FN 11), N 1720; BÖCKLI (FN 9), § 13 N 336; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 9), § 11 N 15.

¹⁴ Vgl. vorne, II.3.

ne Verwaltungsratsmitglieder das *Risiko*, dass sich die übrigen Verwaltungsratsmitglieder deren *Pflichtverletzungen* aufgrund von Art. 754 Abs. 2 OR *anrechnen lassen müssen*, während im Falle einer befugten Delegation aufgrund von Art. 754 Abs. 1 OR individuell differenziert wird.
