

SwissBoardForum 3 | 2024

Stefanie Meier-Gubser / September 2024

Oberleitung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat

UNÜBERTRAGBARE UND UNENTZIEHBARE AUFGABE Das Aktienrecht weist dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu. So verlangt das Gesetz vom Verwaltungsrat unter anderem, dass er die **Oberleitung der Gesellschaft ausübt und die nötigen Weisungen erteilt. Ein Überblick über die praktische Bedeutung dieser Pflicht.**

Die Oberleitung der Gesellschaft ist die Hauptaufgabe des Verwaltungsrats. Er ist das strategische Führungsorgan der Gesellschaft und berechtigt und verpflichtet, wenn nötig Weisungen zu erteilen. Die strategische Führung (Oberleitung) umfasst im Wesentlichen

- Festlegung der Strategie und der strategischen Ziele der Gesellschaft,
- Bestimmung, Zurverfügungstellung und Aufrechterhaltung der erforderlichen Mittel, Ressourcen, Strukturen und Systeme,
- Begleitung, Kontrolle und wenn nötig Anpassung von Strategie, Ressourcen oder Strukturen.

Den Verwaltungsrat trifft gestützt auf seine Sorgfaltspflicht eine sog. «strategische Eingriffspflicht». Er muss aktiv einschreiten, wenn er Irrtümer und Unregelmässigkeiten feststellt¹ oder sich die Dinge anders entwickeln als erwartet.

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 [...]

¹ BGE 97 II 403 E. 5b

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) und er führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat.² 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.³ Die Unentziehbarkeit der Aufgaben verbietet anderen Organen, namentlich der Generalversammlung, die Anmassung der entsprechenden Entscheidkompetenz.⁴ 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.⁵ So liegt beispielsweise der Entscheid über die Unternehmensstrategie beim Gesamtverwaltungsrat. Die Ausarbeitung von Grundlagen, Entwürfen und Varianten kann aber delegiert werden.

Die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR)

Die Oberleitung im Allgemeinen

Der Begriff «Oberleitung» (franz. *haute direction*) stimmt weitgehend mit den englischen Begriffen «strategic direction» und «ultimate direction» überein.⁶ Die Oberleitung der Gesellschaft umfasst im Wesentlichen ein Dreifaches⁷

1. die Festlegung der Unternehmensziele, der Unternehmensstrategie und der Unternehmenspolitik – mitunter den Entscheid, was eine Gesellschaft tut und was sie nicht tut;
2. die Wahl der Mittel und Ressourcen, mit denen die Ziele erreicht werden sollen sowie
3. die Kontrolle der mit der Geschäftsführung betrauten Personen im Hinblick auf die Verfolgung der festgelegten Ziele.

Der Verwaltungsrat ist im Rahmen seiner Oberleitungsaufgabe nicht nur für die Beschlussfassung zur Strategie und den Mitteln und Ressourcen, sondern auch zur Überwachung der Geschehnisse, zur regelmässigen Überprüfung der weiteren Gültigkeit der Beschlüsse sowie nötigenfalls zur Anpassung an sich verändernde Umstände verpflichtet. Er muss die operative Führung diesbezüglich begleiten und nötigenfalls eingreifen («strategische Eingriffspflicht des Verwaltungsrats»).

Die Oberleitung der Gesellschaft ist die umfassende Hauptaufgabe des Verwaltungsrats. Die weiteren unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben können als Ausführung und Präzisierung der Oberleitung angesehen werden. Das Mittel zur Durchsetzung der Oberleitung sind die Weisungen des Verwaltungsrats an die Geschäftsleitung.

² Art. 716 OR

³ CHRISTOPH B. BÜHLER, ZK OR zu Art. 716a, N 39; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, N 1174

⁴ CHRISTOPH B. BÜHLER, a.a.O., N 6; GEORG KRNETA, a.a.O.;

⁵ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 9, N 345; CHRISTOPH B. BÜHLER, a.a.O., N 39

⁶ PETER BÖCKLI, a.a.O. N 365

⁷ vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 921 (Der Begriff der Oberleitung wurde mit dem Aktienrecht 1991 eingeführt.)

Teilaspekte der Oberleitung der Gesellschaft

Die Oberleitung als Hauptaufgabe umfasst regelmässig mehr als nur die Strategie der Gesellschaft. So werden aus ihr weitere Aspekte abgeleitet wie etwa

- Beurteilung der Risikolage (Risikomanagement) inkl. IKS
- Einhaltung von Vorschriften und Regeln (Compliance)
- Unternehmerische Nutzung des Kapitals
- Beurteilung der finanziellen Situation der Gesellschaft (s. auch Art. 725 ff. OR)
- Grundsätze der Personal- und Vergütungspolitik
- Grundsätze zu Anlagen (Anlagestrategie)
- Grundsätze der Kommunikationspolitik (Kommunikationsstrategie)
- Grundsätze betreffend Immaterialgüter (Immaterialgüterstrategie)
- Grundsätze betreffend Marktauftritt
- Vorgaben zur Konzernstruktur und zur Konzernführung

Was im konkreten Einzelfall zur Oberleitung der Gesellschaft zählt, muss anhand der jeweiligen Gesellschaft, ihrer Geschäftstätigkeit und ihrem aktuellen Umfeld beurteilt werden.

Drei Fälle aus der Kasuistik

Logo

In einem arbeitsrechtlichen Urteil subsumierte das Bundesgericht den Entscheid über das Logo eines Unternehmens unter die Oberleitung der Gesellschaft. Bei der Wahl resp. der Änderung eines Logos handle es sich um einen strategischen Unternehmensentscheid, der erhebliche Auswirkungen nach sich ziehe und mit beträchtlichen Kosten verbunden sei. Das Logo sei Teil der Corporate Identity und daher dürfe der Entscheid darüber dem Verwaltungsrat nicht entzogen werden.⁸

Finanzierungsmodell

Das Bundesgericht erachtete in einem finanzmarktrechtlichen Urteil das Finanzierungsmodell einer Gesellschaft, deren Geschäftstätigkeit hauptsächlich in der Beschaffung von Finanzmitteln bestand, als strategisch relevant und subsumierte dieses unter die Aufgabe des Verwaltungsrats zur Oberleitung der Gesellschaft.⁹ Der Verwaltungsrat hätte sich Einblick in die betriebsrelevanten Vorgänge der Gesellschaft verschaffen und die Tätigkeit der Gesellschaft laufend auf ihre Gesetzeskonformität hin überprüfen und die illegale Tätigkeit der Gesellschaft unterbinden müssen.

Festlegung der Vergütungspolitik

In einem strafrechtlichen Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass die Festlegung der Vergütungspolitik und die Festsetzung des Lohns der Geschäftsleitung (bei privaten Aktiengesellschaften) zur Oberleitung der Gesellschaft und damit (auch im Konzern) zu den unübertragbaren und unentziehbaren Kernaufgaben des Verwaltungsrats gehören.¹⁰

Rückforderung Covid-Kurzarbeitsentschädigung

⁸ 4A_349/2017 vom 23. Januar 2018 E. 3

⁹ E. 4.3.2

¹⁰ 6B_203/2022, 6B_298/2022 vom 10. Mai 2023 E. 8.5.2

Sitzungen des Verwaltungsrats

Die Oberleitung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat erfolgt in erster Linie mittels rechtskonformer Vorbereitung, Durchführung und Nachbearbeitung (inkl. Protokollierung) der Sitzungen des Verwaltungsrats.

Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass genügend Sitzungen stattfinden, die Mitglieder des Verwaltungsrats vorbereitet und aktiv teilnehmen, die erforderlichen Geschäfte traktandiert, diskutiert und beschlossen werden und dass die Beschlüsse des Verwaltungsrats in einem auf einer genügenden Informationsbasis beruhenden Entscheidprozess zustande kommen und frei sind von Interessenkonflikten.¹¹

Ein Führungskalender kann helfen, dass die auf Stufe Verwaltungsrat im Jahresablauf regelmässig zu behandelnden Geschäfte zeitgerecht behandelt und entschieden werden. Darüber hinaus muss der Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft auch ausserhalb der Abarbeitung des Führungskalenders wahrnehmen und insbesondere erkennen, wenn sich Ausgangslage, Situation oder angenommene Tendenzen ändern. Diesfalls ist er verpflichtet, einzugreifen und notwendige Korrekturen einzuleiten.

¹¹ Business Judgement Rule