

17 **Italien:** Die Mitglieder des Aufsichtsrates können neben den periodisch vorgeschriebenen Kontrollen jederzeit auch **individuell Kontroll- und Inspektionshandlungen** vornehmen sowie von der Verwaltung Auskunft über den Geschäftsgang der Gesellschaft oder bestimmte Geschäfte verlangen (Art. 2403 CC it.).

18 **Europarecht:** Gem. Art. 41 EG-SE ist im *dualistischen System* das Leitungsorgan gegenüber dem Aufsichtsorgan zur periodischen, bzw. bei Vorliegen besonderer Umstände zur spontanen **Berichterstattung** verpflichtet. Das Aufsichtsorgan kann vom Leitungsorgan jegliche Information einfordern, welche zur Ausübung seiner Kontrollpflichten erforderlich sind. Nur wenn dies das jeweilige nationale Recht vorsieht, kann jedes Mitglied des Aufsichtsrats individuell von dieser Informationsmöglichkeit Gebrauch machen. Im *monistischen System* kann jedes Mitglied des Verwaltungsorgans von allen Informationen, die diesem Organ *übermittelt* werden, Kenntnis nehmen (Art. 44 Abs. 2 EG-SE). Die EG-SE-Verordnung sieht demnach kein umfassendes Informations- und Auskunftsrecht des einzelnen Organmitglieds vor. Für das individuelle Recht auf Zugang zu Informationen ist somit nach wie vor die anwendbare nationale Gesetzgebung massgebend. Art. 11 und 21r EG-V-Struktur. sehen Berichterstattungs- und Informationsrechte vor, wobei das Auskunfts- und Einsichtsrecht **nicht individuell** ist, sondern nur vom Gesamtorgan oder aber von mindestens einem Drittel seiner Mitglieder geltend gemacht werden kann.

Art. 716

III. Aufgaben

1. Im Allgemeinen
1 Der Verwaltungsrat kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalsammlung zugewiesen sind.

2 Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat.

III. Attribuzioni
 1. En général

¹ Le conseil d'administration peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts.

² Il gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion.

III. Attribuzioni
 1. In genere

¹ Il consiglio d'amministrazione può deliberare su tutti gli affari che non siano attribuiti all'assemblea generale dalla legge o dallo statuto.

² Esso gestisce gli affari della società nella misura in cui non abbia delegato la gestione.

Literatur

BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit. Arbeitsteilung); DEBS., Zuständigkeit der Generalversammlung – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), FS für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, 399 ff. (zit. FS Druey); DUBS, Die Abgrenzung der Beschlusskompetenz der Aktionäre von der Ausführung des Aktionärsbeschlusses durch den Verwaltungsrat nach Art. 716a Abs. 1 Ziffer 6 OR, in: Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2008, 161 ff. (zit. Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag); DEBS., Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Artikel 627 Ziff. 14 E-OR, SZW 2008, 159 ff. (zit. Genehmigungsbeschluss); FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates –

Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994, 169 ff.; ISELI, Führungsorganisation im Aktien-, Banken- und Versicherungsrecht, Diss. Zürich 2008; KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001; MEIER-SCHATZ, Über die Zusammenarbeit des Verwaltungsrats mit der Generalversammlung, ST 1995, 823 ff.; MÜLLER, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungskompetenzen und deren Delegation an die GV, AJP 1992, 784 ff.; VON PLANTA, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss. Zürich 1988; ROTH PEL-LANDA, Organisation des Verwaltungsrates – Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2007; SCHMITZ, Das Verhältnis zwischen GV und Verwaltung in der AG, Diss. Basel 1991; SIBBERN, Einfluss der Generalversammlung auf die Geschäftsführung – Delegation vs. Konsultation, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, FS für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 229 ff.; STAUBER, Das Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung, Diss. Zürich 1985; WEGMÜLLER, Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates, Diss. Bern 2008.

I. Allgemeines

Wie im Recht von 1936 (Art. 721 Abs. 1 altOR 1936) ist der VR auch im geltenden Recht **«Kompetenzaufgabenbereich»** (so auch BERTSCHINGER, FS Druey, 312). Das geltende Recht präzisiert aber im Unterschied zum früheren Recht, dass zusätzliche **Kompetenzen der GV** (die RS wird – entgegen Art. 721 Abs. 2 altOR 1936 – auch indirekt nicht mehr erwähnt) nur **statutarisch** geschaffen werden können (dazu N 4), während die GV unter dem Recht von 1936 auch durch GV-«Beschlüsse» in die Aufgaben des VR eingreifen konnte (Art. 721 Abs. 1 altOR 1936).

Gesetzlich der GV zugewiesene Kompetenzen ergeben sich insb. aus Art. 698, daneben aber auch aus den Art. 650, 651, 652b, 654, 697a, 731, 732 und 736.

Seine Kompetenzen hat der VR nach dem Gesetzestext durch Entscheide in Form von **Beschlüssen** wahr zu nehmen (vgl. Art. 713); gemeint ist damit, dass der VR im Rahmen der von ihm festzulegenden Organisation (s. hierzu ausführlich Art. 716a N 9 ff. sowie Art. 716b N 1 ff.) innerhalb seines Kompetenzbereiches tätig zu werden hat.

II. Die statutarische Kompetenzzuweisung

Zunächst wird in Art. 716 Abs. 1 festgehalten, dass die Statuten über die in N 2 aufgeführten Geschäfte hinaus grundsätzlich weitere Kompetenzen der GV zuweisen können (weitergehend BERTSCHINGER, der die «blosses» Traktandierung eines Geschäftes und ein diesbezüglicher Beschluss anlässlich der GV für eine Kompetenzzuweisung genügen lässt, s. BERTSCHINGER, FS Druey, 317). Besteht eine statutarische Kompetenz zu Gunsten der GV, so liegt die inhaltliche Ausgestaltung eines GV-Beschlusses unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben im freien Ermessen der Aktionäre (sog. «Beschlusskompetenz»; vgl. auch DUBS, Beschlusskompetenz, 164). Ihre Einschränkung findet diese Möglichkeit zur **Kompetenzattraktion durch die GV** aber in Art. 716a, wo das Gesetz «unübertragbare und unentziehbare» Aufgaben des VR definiert, die weder von einer allfälligen GL noch von der GV wahrgenommen werden können (Botschaft AG, 842, MÜLLER, 785; vgl. auch Art. 811 N 2 ff. zur Rechtslage bei der GmbH). Dement-sprechend sind Beschlüsse der GV bez. einer Statutenänderung, die in den Bereich von Art. 716a eingreifen, nichtig (MEIER-SCHATZ, 824; vgl. auch BÖCKLI, § 13 N 294). Hin-gewiesen sei in diesem Zusammenhang darauf, dass diejenigen Entscheide des VR, welche eine **faktische Änderung des Gesellschaftszweckes** nach sich ziehen würden (als typisches Anwendungsbeispiel kann etwa der Verkauf des wichtigsten Aktivums dienen), im zwingenden Kompetenzbereich der GV liegen (s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 626 Ziff. 2) und deshalb immer eine Statutenänderung und damit einen Be-

der GV erforderlich machen (vgl. hierzu ROTH PELLANDA, N 520; FORSTMOSER/HAYOZ/NOBEL, § 10 N 1). Auch ist im Rahmen der geplanten **Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts** die Aufnahme einer Bestimmung ins OR vorgesehien (Art. 627 Ziff. 4 E 2007), nach welcher der GV auf statutarischem Wege die Zuständigkeit zur Festlegung der Entschädigungen des VR und ihnen nahestehenden Personen sowie betr. der Ausrichtung von Mitarbeiteroptionen eingeräumt werden soll (Botschaft Aktien- und Rechnungslegungsrecht, 1609, 1638; ausführlich hierzu Art. 716a N 49) – wobei dies u.E. schon unter dem geltenden Recht möglich, wenn aber auch nicht zwingend empfehlenswert, ist (ausführlich hierzu Art. 716a N 47, 49).

5 Umgekehrt können die Kompetenzen der GV durch eine statutarische Bestimmung nur sehr bedingt **an den VR übertragen werden**: So sind bspw. die Befugnisse nach Art. 698 unübertragbar (Botschaft AG, 921); insb. ist in diesen Bereichen auch eine Reduktion der Kompetenz der GV auf eine bloße Genehmigung von VR-Beschlüssen nicht möglich (BÖCKLI, § 13 N 297).

6 Von der Kompetenzattraktion durch die GV zu unterscheiden ist der Fall, in welchem der VR über eine Angelegenheit noch gar keinen Beschluss gefasst und die Angelegenheit der GV übergeben möchte oder den VR-Beschluss insofern bedingt hat, als ein zustimmender GV-Beschluss für notwendig erklärt wird (sog. «Genehmigungsbeschluss»). Im Schrifttum ist die Zulässigkeit einer solchen **Kompetenzdelegation durch den VR an die GV**, wofür namentlich im Konzernverhältnis ein Bedürfnis besteht (vgl. von PLANTA, 170; STAUBER, 113), umstritten: Teile der Lehre betrachten ein solches Vorgehen bei sämtlichen VR-Aufgaben und damit insb. auch bei den «undelegierbaren und unentziehbaren» Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 als zulässig (MÜLLER, 785 ff.), andere wiederum bejahen eine Zulässigkeit ausserhalb von Art. 716a Abs. 1 (BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 249 ff.; KUNZ, § 12 N 128 ff.), während Dritte die Zulässigkeit einer Delegation auch im Bereich der grundsätzlich delegierbaren Geschäftsführung verneinen (BÖCKLI, § 12 N 34, § 13 N 290; MÜLLER/LIPP/PLUSS, 150; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 71 f.; SIBBERN, 232 ff. m.w.H.). Nach der hier vertretenen Meinung besteht im Rahmen der delegierbaren Aufgaben stets die Möglichkeit zur Kompetenzdelegation durch den VR an die GV (a.M. noch ROTH PELLANDA, N 516 ff.); dies unabhängig davon, ob die Statuten eine Klausel enthalten, wonach die GV über alle Gegenstände Beschluss fassen kann, die ihr vom VR zum Entsch. und Rechnungslegungsrechts wird sich dies aber insofern ändern, als inskünftig eine statutarische Bestimmung notwendig sein wird, damit die GV Entscheide des VR genehmigen darf (vgl. Art. 627 Ziff. 14 E 2007; s. hierzu auch Botschaft Aktien- und Rechnungslegungsrecht, 1637 f.). Faktisch kommt der GV in diesen Fällen lediglich die Kompetenz (i.S. eines Vetorechts) zu, einen den Aktionären vorgelegten Antrag des VR gutzuheissen oder zu verwerfen, nicht aber diesen Antrag selbst materiell zu gestalten (vgl. hierzu DUBS, Genehmigungsbeschluss, 161 ff.). Das Vorlegen eines GV-Beschlusses führt in diesen Fällen dazu, dass sich die Verantwortlichkeit des VR gegenüber der Gesellschaft und gegenüber den zustimmenden Aktionären (nicht aber gegenüber den Gläubigern und den nicht(zu)stimmenden Aktionären) darauf reduziert, dass der VR der GV korrekte Beschlussgrundlagen geliefert hat (weniger weitgehend BGE 100 II 384 ff.; wie hier MEIER-SCHATZ, 826). Anzumerken ist, dass die GV einen Beschluss selbstverständlich verweigern darf, um allfällige Verantwortlichkeitsansprüche nicht zu verlieren (ebenso MÜLLER, 786 f.).

7 In der Spezialgesetzgebung findet sich eine **Modifikation der aktienrechtlichen Kompetenzentscheidung zwischen GV und VR** für den Fall eines öffentlichen Übernah-

meverfahren: Nach Art. 29 Abs. 2 BEHG wird dem VR zwischen Veröffentlichung des Angebotes und des Ergebnisses über ein allfälliges Zustandekommen desselben die Kompetenz zum Abschluss von Rechtsgeschäften entzogen, welche eine bedeutende Veränderung des Aktiv- und Passivbestandes der Gesellschaft mit sich bringen würden, und diese Kompetenz an die GV übertragen (vgl. auch Art. 698 N 8c). Eine weitere Ausnahme besteht nach der bundesgerichtlichen Praxis bei einer vorübergehenden Funktionsunfähigkeit des VR (BGE 78 II 369 ff.; 69 II 21 ff.) sowie bei Interessenkonflikten oder Insihtgeschäften des VR, sofern nicht andere zeichnungsberechtigte VR-Mitglieder zur Verfügung stehen, welche als sog. nebeorgeordnetes Organ das konkrete Geschäft genehmigen können (vgl. BGE 127 III 332 ff.; vgl. auch Art. 698 N 8d). Bei diesen Ausnahmen handelt es sich aber nicht um eigentliche Anwendungsfälle einer Delegation, sondern um **Sonder- resp. Notsituationen**, welche ihrerseits die GV zum Handeln verpflichten.

8 Ebenfalls auf einer anderen Ebene liegt die Frage, inwieweit in einem **ABV** die Kompetenzentscheidung abgeändert werden kann, was etwa so gemacht wird, dass für gewisse wichtige, an sich dem VR vorbehaltenen Entscheide (z.B. Grossinvestitionen, Genehmigung des Budgets) ein Aktionärsbeschluss (allenfalls sogar mit Einstimmigkeit unter den Aktionären) verlangt wird. Hier gilt, dass im Aussenverhältnis und der AG gegenüber über die gesetzlichen und statutarischen Kompetenzregeln zur Anwendung gelangen, während im Innenverhältnis (d.h. unter den Aktionären) aus einem VR-Entscheid, der ohne entsprechende Zustimmung der Aktionäre erfolgt, Schadenersatzpflichten (und sofern vereinbart auch Konventionalstrafen) aus dem vertraglichen Verhältnis entstehen können, wenn die Vertragsparteien «ihres» VR-Mitglieder nicht zu ABV-konformem Verhalten angehalten haben. In solchen Fällen findet sich neben dem ABV zu meist auch entsprechende Mandatsverträge zwischen den Aktionären und den VR-Mitgliedern.

III. Die Geschäftsführungskompetenz

9 Art. 716 Abs. 2 erklärt den **VR** als grundsätzlich für die **Geschäftsführung** zuständig; im Zusammenspiel mit der in Art. 717 verankerten Sorgfaltspflicht ergibt sich, dass dieses Geschäftsführungsrecht gleichzeitig eine (allerdings teilweise delegierbare) **Geschäftsführungspflicht** ist. Die Aufgaben eines schweizerischen VR sind damit von der gesetzlichen Konzeption her klar verschieden von denjenigen eines deutschen Aufsichtsrates, welcher keine geschäftsführende Funktion ausübt (Botschaft AG, 840 f.; vgl. hierzu auch Art. 716b N 2). Der Begriff «Geschäftsführung» ist gesetzlich nicht definiert; Lehre und Schrifttum verstehen darunter sämtliche auf die Verfolgung des Gesellschaftszweckes gerichteten Tätigkeiten (s. zur Unterscheidung zwischen interner Leitung der Gesellschaft und Vertretung der Gesellschaft WEGMÜLLER, 6 ff., 92 f.; s. auch ISEL, 168 ff.).

10 Die Geschäftsführung steht allen VR-Mitgliedern vermutungsweise **gesamthaft** zu (Art. 716b Abs. 3; vgl. Art. 716b N 31 f.). Gleichzeitig weist der Art. 716 Abs. 2 darauf hin, dass der VR die Geschäftsführung ganz oder teilweise **delegieren** kann, womit eine Annäherung an das sog. **Trenn- oder Boardsystem** möglich wird (vgl. Art. 716b N 2); die Voraussetzungen dieser Übertragung sind in Art. 716b Abs. 1 und 2 (vgl. Art. 716b N 4 ff.) geregelt, die Grenzen in Art. 716a (vgl. Art. 716a N 1 ff.).

IV. Kompetenzkonflikte zwischen den Organen

11 Das Schweizer Recht kennt keine Normen zu Organstreitigkeiten, d.h. für Fälle in denen sich z.B. GV und VR um eine Kompetenz streiten (vgl. zum Ganzen: JÖSLER, Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Diss. St. Gallen 1998). Das OR gibt aber dem VR das Recht, die GV-Beschlüsse als kompetenzwidrig anzufechten (Art. 706), sofern nicht im Einzelfall sogar die Nichtigkeit eines solchen GV-Beschlusses gegeben ist (Art. 706b Ziff. 3). Wo sich der VR in die Kompetenzen der GV einmischte, dürfte eine Abberufung des VR nach Art. 705 die adäquate Antwort der GV sein; denkbar sind selbstverständlich auch die Verweigerung der Décharge, Verantwortlichkeitsklagen oder die Geltendmachung einer allfälligen Nichtigkeit eines solchen VR-Beschlusses (vgl. Art. 714 N 6ff.).

V. IPR

12 Nach Art. 154 und 155 lit. e und f IPRG werden die Beziehungen der Organe untereinander und die Organisation der Organe durch das Recht geregelt, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde (Gesellschaftsstatut, vgl. auch BSK IPRG-VON PLANTA/EBERHARD, Art. 151 N 19 zur Rechtswahl).

Art. 716a

2. Unübertragbare Aufgaben

- 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 Ausfertigung ihrer Beschlüsse;
 7. die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.
- 2 Der Verwaltungsrat kann die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen. Er hat für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen.

1 Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes:

1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires;
 2. fixer l'organisation;
 3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société;
 4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation;
 5. exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données;
 6. établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions;
 7. informer le juge en cas de surendettement.
- 2 Le conseil d'administration peut répartir entre ses membres, pris individuellement ou groupés en comités, la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires. Il veille à ce que ses membres soient convenablement informés.

2. Attribuzioni inalienabili

- 1 Il consiglio d'amministrazione ha le attribuzioni intransmissibili e inalienabili seguenti:
1. l'alta direzione della società e il potere di dare le istruzioni necessarie;
 2. la definizione dell'organizzazione;
 3. l'organizzazione della contabilità e del controllo finanziario, nonché l'allestimento del piano finanziario, per quanto necessario alla gestione della società;
 4. la nomina e la revoca delle persone incaricate della gestione e della rappresentanza;
 5. l'alta vigilanza sulle persone incaricate della gestione, in particolare per quanto concerne l'osservanza della legge, dello statuto, dei regolamenti e delle istruzioni;
 6. l'allestimento della relazione sulla gestione, la preparazione dell'assemblea generale e l'esecuzione delle sue deliberazioni;
 7. l'avviso al giudice in caso di eccedenza dei debiti.
- 2 Il consiglio d'amministrazione può attribuire la preparazione e l'esecuzione delle sue decisioni o la vigilanza su determinati affari a comitati di amministratori o a singoli amministratori. Provvede per un'adeguata informazione dei suoi membri.

Literatur

AMSTUTZ, Macht und Ohnmacht des Aktionärs, Zürich 2007; ATTESLANDER/CHEETHAM, Vorschläge der Unternehmen zum IKS, ST 2007, 30 ff.; BACHMANN, Compliance – Rechtliche Grundlagen und Risiken, ST (2007), 93 ff.; BAHAR, Executive Compensation: Is Disclosure Enough?, in: Thévoz/Bahar (Hrsg.), Conflicts of Interest – Corporate Governance and Financial Markets, Genf/Zürich/Basel 2007, 85 ff.; BAK, Audit Committee – Instrument der Unternehmensüberwachung des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2005; BARTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999; BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004; BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zürich 2007 (zit. Revisionsstelle); DEKS., Audit Committee, Zürich 2005 (zit. Audit Committee); DEKS., Corporate Governance und «Swiss Code of Best Practices», in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesell-

gen (und dies insb. im Bereich von Art. 716a) unzulässig und damit widerrechtlich gem. Art. 20 sowie entsprechend (zumindest teil-)nichtig ist (so etwa VÖGEL/GEIGER, 78; LIPS-RAUBER, 160; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 13 f.; wohl auch BÖCKLI, § 13 N 627; ZK-HOMBURGER, N 919 ff., 927, 929 lehnt nur Dritte, nicht aber Aktionäre als Weisungsgeber ab; s. für eine Zusammenstellung der verschiedenen Lehrmeinungen BEYELER, 87 ff.). U.E. ist zu unterscheiden (vgl. auch WATTER/NÜESCH, 35): Im externen Verhältnis kann sich der fiduziarische VR nie damit entschuldigen, er hätte gem. Weisungen des Vertretenen (der durch sein Weisungsrecht i.d.R. auch im externen Verhältnis zum haftbaren faktischen Organ wird; vgl. BÄRTSCH, 264) handeln müssen und deshalb die Interessen der Gesellschaft nicht uneingeschränkt wahrnehmen können. Im internen Verhältnis ist dagegen eine Bindung grundsätzlich möglich (a.M. für Verhältnisse ausserhalb von Konzernsituationen BÖCKLI, § 13 N 624; vgl. zur allfälligen Reduktion des Auftragsumfanges u.) – insb. wird etwa ein VR-Mitglied in einer Konzerntochter selbstverständlich bei der ihm entsendenden Mutter nachfragen (müssen), wie bspw. das Rechnungswesen ausgestaltet oder die Finanzkontrolle organisiert soll; analoges gilt in Joint Ventures, wo Mandatsverhältnisse ebenfalls typisch sind (s. zu weiteren diesbezüglichen Fragen, auch ausserhalb von Art. 716a, WATTER/NÜESCH, 34 f.). *De lege lata* ist eine solche Bindung grundsätzlich auch nicht offenlegungsbedürftig (ZK-HOMBURGER, N 931; vgl. auch KRNETA, N 191; BAUEN/VENTURI VR, N 67; a.M. BÖCKLI, § 13 N 631), wobei eine *Offenlegung* aber dann zu erfolgen hat, wenn ein sich manifestierter und nicht nur potentieller Interessenkonflikt vorliegt, was sich aus Art. 717 ergibt (vgl. hierzu auch Ziff. 16 SCBP; vgl. ferner für den Spezialfall des Anwaltes WATTER/NÜESCH, 40 f.); eine Offenlegung wird oft auch deshalb notwendig, weil das fiduziarisch agierende VR-Mitglied sonst die für die Instruktionseinholung notwendige Information gar nicht weitergeben kann, vgl. WATTER/NÜESCH, 42 ff. und Art. 717 N 21 f.; eingeschlossener Inhalt eines rechtsgültigen Mandatsvertrages sein, dass das fiduziarische VR-Mitglied Instruktionen zu widerrechtlichem Handeln nicht zu befolgen hat (ein Bsp. für eine solche Klausel, bei der generell das Gesellschaftsinteresse den Vorrang erhält, findet sich bei ROTH PELLANDA, N 338); sinnvoll ist auch die Ergänzung, dass im Falle fehlender Weisungen der fiduziarische Verwaltungsrat im vermuteten Interesse des Unternehmens handeln kann (statt in demjenigen seines Auftraggebers, WATTER/NÜESCH, 37), sofern man nicht überhaupt annimmt, dass der Inhalt des Auftrages immer insoweit «reduziert» auszulegen ist, als vom fiduziarischen VR-Mitglied nicht verlangt werden kann, dass er gegen das Gesellschaftsinteresse agiert und sich damit im externen Verhältnis verantwortl. macht (BÖCKLI, § 13 N 627; WATTER/NÜESCH, 37). Angestrichs des (zusätzlichen) Haftungsrisikos, welches ein Mandat als fiduziarisches VR-Mitglied mit sich bringt, werden in den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Treugeber und fiduziarischem VR-Mitglied oft *Haftungsausschlüsse und Schadensersatzungsklauseln* aufgenommen, die den Vertretenen verpflichten, dem fiduziarischen VR-Mitglied allfällige zu erbringende Leistungen aufgrund einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu ersetzen (ausführlich hierzu WATTER/NÜESCH, 38 ff.; VISCHER, Schadensersatzungsklauseln, 492 ff.; vgl. auch JÖRG, 289).

II. Die unübertragbaren Aufgaben im Einzelnen

1. Die Oberleitung (Ziff. 1)

4 Das Gesetz erklärt nur die Oberleitung (nicht die Leitung schlechthin) der Gesellschaft als unübertragbare Aufgabe des VR: Unter diesen Begriff fallen die Festlegung der **Strategie** des Unternehmens (ausführlich hierzu ROTH PELLANDA, N 463 ff.) innerhalb

des statutarischen Zweckes (Zielfestsetzung) sowie die **Wahl der Mittel** für die Zielerreichung und die **Kontrolle** der Zielkonformität der Handlungen der GL (Botschaft, AG, 921 f.; ähnl. BÖCKLI, § 13 N 303 ff.; vgl. auch ERNY, 124 ff.). Oft wird sich auch die GV direkt oder indirekt zur Strategie äussern müssen, etwa indem sie (was allerdings sehr selten nötig ist) die Zweckklausel in den Statuten anpasst oder (viel häufiger) eine Kapitalerhöhung genehmigt, die erforderlich ist, um die durch den VR festgelegte Strategie zu finanzieren. Im Weiteren sanktioniert die GV die vom VR gewählte Strategie durch Wiederwahl (oder ggf. Abwahl) der VR-Mitglieder (vgl. N 1).

5 Die **Durchsetzung der Strategie** erfolgt durch den Erlass von «Weisungen» an die geschäftsführenden Organe, worunter reglementarische Anordnungen generell-abstrakter Natur (s. hierzu Art. 716b N 4 f.) und schriftliche oder mündliche Instruktionen fallen können; selbstverständlich ist, dass die GL diesen Anordnungen Folge zu leisten hat (Botschaft AG, 922; BÖCKLI, § 13 N 310 ff.). Zuständig für den Erlass dieser Weisungen ist an sich der VR, praktisch erfolgen die Anordnungen aber durch den VR-Präsidenten oder den Delegierten des VR, welche über die nötige Präsenz im Unternehmen verfügen (krit. ZK-HOMBURGER, N 547).

6 Zur Oberleitung gehören auch das **Risikomanagement** und die **Risikobeurteilung** (MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 201; CHK-IMARK/LIPP, Art. 663b N 17; MOSER/STENZ, 595 vgl. auch Ziff. 19.2 SCBP; a.M. BAUEN/BERNET, N 707 FN 36), wobei letzteres nach heute allg. akzeptiertem betriebswirtschaftlichen Verständnis die folgenden vier Hauptelemente umfasst: (1) Risikoidentifikation; (2) Risikoabschätzung (nach Eintretenswahrscheinlichkeit und potentieller Schadenshöhe); (3) Risikoeinschränkung (d.h. Abklärung, ob das Risiko in Kauf genommen und bspw. durch andere betriebliche Abläufe reduziert oder durch Kauf von Versicherungsschutz finanziell abgedeckt werden soll) und (4) Schadensbehebung (vgl. BÖCKLI, Revisionsstelle, N 192 ff.; BOUTELLIER/FISCHER/PALAZZESI/BUSSER, 615). Die konkrete Ausgestaltung des Risikomanagement ist dann aber stark abhängig von der Komplexität, der Grösse und der Finanzierung der Gesellschaft (MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 202). Auch der Kategorisierung der Risiken kommt in der Praxis eine grosse Bedeutung zu; grundsätzlich wird unterschieden in: (1) allg. Unternehmensrisiko; (2) Marktrisiko; (3) Gegenparteiisiko sowie in (4) operationelle Risiken (vgl. BÖCKLI, Revisionsstelle, N 199 ff.). Mit der im Rahmen der Revision des GmbH-Rechts erfolgten Einführung des neuen Art. 663b Ziff. 12 sind im Anhang der Jahresrechnung «Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung» zu machen (vgl. hierzu Art. 663b N 41).

7 Im **Konzern** umfasst der Begriff sowohl die Oberleitung der Muttergesellschaft als auch sämtlicher gem. Art. 663e Abs. 1 in den Konsolidierungskreis fallenden Tochtergesellschaften (ebenso KRNETA, N 1202 ff.; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 293; CHK-PLÜSS/KUNZ/KUNZLI, Art. 716a N 3; vgl. auch PETER, 61 ff. der die Institutionalisierung eines sog. «comité de groupe» empfiehlt).

8 Die übrigen in Art. 716a Abs. 1 umschriebenen unübertragbaren Aufgabenbereiche des VR stellen teilweise eine **Konkretisierung des Begriffes der in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1** verankerten und delegierbaren Zuständigkeit des VR zur Oberleitung der Gesellschaft dar (Botschaft, AG, 921).

2. Die Festlegung der Organisation (Ziff. 2)

9 Während im Entwurf zum Aktienrecht von 1991 noch von der «Aufstellung des Organisationsreglements» (ausführlich hierzu Art. 716b N 5 ff.) die Rede war, spricht das Gesetz nun allg. vom «Festlegen der Organisation».

