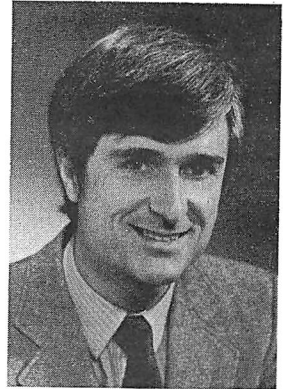


## Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung



*Peter Forstmoser*

Dr. iur.; Professor für Zivil- und Handelsrecht  
an der Universität Zürich

### *Inhaltsübersicht*

1. Zur Charakterisierung der Reformvorschläge im allgemeinen
2. Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrates
  - 2.1. Beibehaltung der Freiheit in der Organisation der Verwaltung
  - 2.2. Bestimmungen betreffend die innere Ordnung der Verwaltung
  - 2.3. Wählbarkeitsvoraussetzungen und Minderheitsvertretung
  - 2.4. Amtsdauer und Ausscheiden
3. Aufgaben und Aufgabendelegation
  - 3.1. Bekenntnis zum Paritätsprinzip
  - 3.2. Kompetenzvermutung zugunsten der Verwaltung
  - 3.3. Erfordernis einer Geschäftsordnung
  - 3.4. Die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates im einzelnen
  - 3.5. Möglichkeiten, Voraussetzungen und Wirkungen der Kompetenzdelegation
  - 3.6. Vertretung der Gesellschaft und Organhaftung
  - 3.7. Rechte und Pflichten der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder
4. Verantwortlichkeit
5. Würdigung

Ich möchte in meinem Referat<sup>1</sup> zunächst die Reformvorschläge im Bereich der Verwaltung allgemein charakterisieren (Ziff. 1.). Anschliessend spreche ich über neue Regeln betreffend die Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrates (Ziff. 2.), sodann über die Umschreibung der Aufgaben der Verwaltung und die Neuregelung der Delegation (Ziff. 3.). Als weiteren Bereich, der auf die Ordnung der Verwaltung einen direkten Einfluss hat, skizziere ich die Vorschläge zu einer Überarbeitung des Verantwortlichkeitsrechts (Ziff. 4.). Den Schluss meiner Ausführungen bildet eine kurze Würdigung der Reformvorschläge für die Verwaltung in ihrer Gesamtheit (Ziff. 5.).

Bevor ich materiell auf die Vorschläge des Revisionsentwurfs eintrete, möchte ich eine Vorbemerkung anbringen: Als Nichtmitglied der Expertenkommission spreche ich heute aufgrund des Eindrucks einer ersten kritischen Durchsicht von Botschaft und Reformvorschlägen. Ich möchte mir daher ausdrücklich das Recht vorbehalten, künftig klüger zu werden und die eine oder andere meiner Auffassungen zu korrigieren.

## 1. Zur Charakterisierung der Reformvorschläge im allgemeinen

Eingangs sei festgehalten, dass die Bestimmungen über die Verwaltung – bzw. in neuer Terminologie den *Verwaltungsrat* – zwar formell gänzlich umgestaltet und neu gegliedert worden, *materiell jedoch in den Grundzügen unverändert* geblieben sind. Eine Reihe von Streitfragen wird im Sinne der herrschenden Lehre geklärt, die Terminologie wird bereinigt, Erkenntnisse moderner Organisationslehre werden massvoll berücksichtigt. Die neuen Bestimmungen sind im allgemeinen sorgfältig redigiert und basieren auf praktischen Erfahrungen.

Der Entwurf verbindet damit die Vorzüge der bisherigen Ordnung – besonders ihre Flexibilität – mit der Klärung von Unsicherheiten und der Behebung offensichtlicher Mängel des heutigen Rechts. Kritik fällt daher – in diesem Bereich der Reform – nicht leicht, und sie beschränkt sich überwiegend auf Einzelheiten.

## 2. Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrates

### 2.1. Beibehaltung der Freiheit in der Organisation der Verwaltung

a) Das geltende schweizerische Aktienrecht zeichnet sich bekanntlich aus durch die grosse Freiheit, die für die Ausgestaltung des Verwaltungsorgans eingeräumt wird. Der Entwurf ändert daran nichts. Wie bis anhin besteht die Möglichkeit, die *verschiedenartigsten Organisationsstrukturen* zu wählen:

- Vermutungsweise werden – wie nach geltendem Recht – die Geschäfte durch den Verwaltungsrat geführt. Der Verwaltungsrat bildet somit die Geschäftsleitung, was sich vor allem in kleinen, personenbezogenen Verhältnissen, in denen faktisch Selbstorganschaft besteht, bewährt.
- Möglich ist es aber auch, die Geschäftsführung weitestgehend an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates zu delegieren entsprechend dem amerikanischen *board system*.
- Schliesslich ist es auch weiterhin zulässig, die Geschäftsführung an Direktoren, die nicht dem Verwaltungsrat angehören, zu übertragen und dem Verwaltungsrat im wesentlichen nur noch die Oberleitung vorzubehalten. Damit kann – analog dem deutschen Recht – eine Zweiteilung in ein Aufsichtsorgan (“Aufsichtsrat”) und die eigentliche Exekutive (“Vorstand”) realisiert werden, eine Organisationsform, die sich vor allem bei Grossunternehmen aufdrängt.

b) Diese *freiheitliche Ordnung* ist zweifellos zu *begrüssen*, ja es gibt zu ihr gar keine Alternative, solange man an der Einheit des Aktienrechts konsequent festhält, wie dies der Entwurf tut. Die Aktiengesellschaft ist zur eigentlichen “*bonne à tout faire*” des schweizerischen Gesellschaftsrechts geworden, und sie soll es – wenn die Vorschläge der Expertenkommission Wirklichkeit werden – auch bleiben.

Eine kritische Fragestellung müsste daher auf einer grundsätzlicheren Ebene erfolgen: *Ist es wirklich richtig, derart konsequent* – um nicht zu sagen *stur* – *an der Einheit des Aktienrechts festzuhalten*? Ist es richtig, weiterhin von der Fiktion auszugehen, der Buchhalter, der seinen Einmannbetrieb aus Haftungsgründen in Form einer AG führt, und Ciba-Geigy seien im wesentlichen dasselbe? Müssten hier nicht *Differenzierungen* Platz greifen, die es ermöglichen würden, eine der Grösse und Komplexität unternehmerischer Tätigkeit angemessene Organisationsstruktur zwingend zu verlangen? Die Frage sei hier nur gestellt, nicht beantwortet.

## 2.2. Bestimmungen betreffend die innere Ordnung der Verwaltung

a) Zwar lässt der Revisionsvorschlag Grösse und Charakter einer AG bei der Ausgestaltung der Struktur der Verwaltung weiterhin unberücksichtigt. Im übrigen sollen aber die Regeln über die innere Organisation des Exekutivorgans erheblich verdichtet werden:

b) Wie bis anhin soll sich der Verwaltungsrat grundsätzlich *selbst konstituieren*. Doch hält der Revisionsvorschlag in Art. 712 II ausdrücklich fest, die Statuten könnten vorschreiben, dass der *Präsident durch die Generalversammlung gewählt* wird.

Ich halte diese Möglichkeit für richtig, ihre explizite Erwähnung im Gesetz freilich für überflüssig, ja nachteilig: Auch nach geltendem Recht ist es durchaus möglich und in der Praxis häufig, dass der Präsident des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung gewählt wird. Die explizite Erwähnung im Gesetz kann nur Verwirrung stiften, indem dadurch unklar wird, wie es sich mit den anderen Chargen des Verwaltungsrates verhält. Soll es etwa künftig verboten sein, statutarisch vorzusehen, dass auch der Vizepräsident oder der Sekretär des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung zu wählen ist? E contrario müsste dies der vorgeschlagenen Bestimmung entnommen werden, obwohl ein solches Verbot m.E. ein Unding wäre<sup>2</sup>.

c) Für den *Sekretär* – so soll der bisherige Protokollführer genannt werden – wird in Art. 712 I ausdrücklich festgehalten, er müsse dem Verwaltungsrat nicht angehören. Diese Klärung schadet zwar kaum etwas, ist aber ebenfalls überflüssig, weil sich auch heute von selbst versteht, dass das Sekretariat des Verwaltungsrates nicht durch ein Mitglied desselben geführt werden muss.

d) Entsprechend dem bisherigen Art. 717 I sieht neu Art. 716a II die Möglichkeit vor, *Ausschüsse* zu bestellen. Die Botschaft<sup>3</sup> erklärt dazu, die Zuweisung von Hilfsaufgaben an Ausschüsse bzw. einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates führe nicht zu einer Haftungsbe freiung. In dieser absoluten Form dürfte diese Aussage unrichtig sein: Wohl bleibt der Gesamtverwaltungsrat grundsätzlich verantwortlich, wenn er bestimmte Aufgaben einem Ausschuss zuweist. Doch kann die Bildung von Ausschüssen und die Konzentration der Tätigkeit des Gesamtverwaltungsrates auf das Grundsätzliche eben gerade eine angemessene Organisation der Tätigkeit des Verwaltungsrates sein, die ein pflichtwidriges Verschulden ausschliesst. Auch darf der Verwaltungsrat grundsätzlich davon ausgehen, dass seine Ausschüsse ihre Aufgaben korrekt erfüllen und dass sie ihm korrekt rapportieren<sup>4</sup>.

e) Neu Art. 714 sieht zwingend vor, dass die *Statuten* oder ein – allenfalls auch bloss internes<sup>5</sup> – *Reglement* eine *Geschäftsordnung* enthalten, die das Verfahren “für Beratung, Beschlussfassung und Berichterstattung im Verwaltungsrat” regelt.

Dass eine solche Ordnung grundsätzlich wünschbar ist, steht ausser Zweifel. Immerhin stellen sich angesichts der zwingenden Gesetzesnorm drei Fragen:

- Muss eine solche Ordnung wirklich in jedem Fall aufgestellt werden? Auch bei der Einmann-Gesellschaft mit einem einzigen Verwaltungsrat? Auch bei der Immobiliengesellschaft, die im wesentlichen nichts anderes darstellt als ein Grundstück mit eigener Rechtspersönlichkeit?
- Wird beim Fehlen einer Geschäftsordnung in einem Verantwortlichkeitsprozess ohne weiteres ein Verschulden präsumiert, auch wenn die Verwaltung in der Praxis ordnungsgemäss funktionierte? Die Frage erscheint angesichts der Ten-

denz der Gerichte, Verantwortlichkeitsklagen anhand formeller Kriterien zu entscheiden, durchaus nicht an den Haaren herbeigezogen.

- Wie verhält es sich endlich, wenn sich die Geschäftsordnung überlebt hat und der Verwaltungsrat nach anderen, aber zweckmässigen Regeln arbeitet? Liegt darin eine schuldhaftige Pflichtwidrigkeit oder sind solche Anpassungen an die Realität zu tolerieren?

Erneut stellt sich die Frage, ob der Entwurf nicht zuviel regeln will und damit mehr Unsicherheit als Klarheit bringt.

f) Neu Art. 713 I bestimmt, dass die Beschlüsse des Verwaltungsrates “mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst” werden. Dies verstand sich – vorbehaltlich einer anderen Regelung – auch bisher von selbst. Doch mag die gesetzliche Verankerung mit Rücksicht auf Nichtjuristen zweckmässig sein. Zu klären wären aber diesfalls – gerade im Hinblick auf Nichtjuristen – zwei Fragen:

- Ist die gesetzliche Ordnung *zwingend*? Dies wäre denkbar unzweckmässig und ist nicht anzunehmen. Der dispositive Charakter sollte aber im Gesetz zum Ausdruck kommen, etwa durch den Passus “mangels anderer statutarischer oder reglementarischer Bestimmungen”.
- *Wie ist die “Mehrheit” zu berechnen?* Sind leer eingelegte Stimmen mitzuzählen oder nicht? Die Botschaft<sup>6</sup> spricht zwar von einfachem Mehr, womit die Leerstimmen nicht zu zählen wären. Will man dies – entgegen der für die Generalversammlung in OR 703 vorgesehenen Ordnung –, so sollte es im Gesetz auch gesagt werden.

Neu Art. 713 I sieht weiter vor, dass im Verwaltungsrat dem Vorsitzenden der *Stichentscheid* zukommen soll. Auch hier wäre klarzustellen, dass es sich um dispositives Recht handelt. Ob die Ordnung materiell richtig ist, sollte ebenfalls nochmals überlegt werden: In paritätisch beherrschten Gesellschaften mag zwar das Fehlen eines Stichentscheides zu einer Patt-Situation führen. Dafür aber zwingt es die Beteiligten, Kompromisse einzugehen und so letztlich eine gerechtere Ordnung zu treffen, als sie durch das Diktat des Präsidenten geschaffen wird. So oder so wird man unter altem wie neuem Recht bei Zweimann-Gesellschaften eine angemessene Ordnung für die Lösung des “deadlock” in den Statuten, allenfalls auch einem Reglement oder einem Aktionärbindungsvertrag treffen müssen.

Die Möglichkeit von *Zirkularbeschlüssen* behält der Entwurf<sup>7</sup> sinnvollerweise bei. Dagegen entfällt die Vorschrift, ein *Protokoll* auch dann zu führen, wenn die Verwaltung einer einzigen Person anvertraut ist<sup>8</sup>. Ich halte dies trotz des Hinweises in der Botschaft, eine Protokollierung der Entschlüsse des Einmann-Verwaltungsrates sei “weder sinnvoll noch durchsetzbar”<sup>9</sup>, für bedauerlich: Gerade der Einmann-Aktionär (und er steht häufig hinter einem Einmann-Verwaltungsrat) sollte gezwungen werden, das Spiel der AG konsequent zu spielen oder – in den Worten des Bundesgerichts<sup>10</sup> – mit den Vorteilen der AG auch deren Folgen in Kauf zu nehmen. Besonders im Hinblick auf die Verantwortlichkeit wird jedenfalls auch

unter künftigem Recht der Alleinverwaltungsrat gut daran tun, seine Entscheidungen schriftlich festzuhalten.

g) Wie bis anhin sollen Beschlüsse des Verwaltungsrates *nicht anfechtbar sein*<sup>11</sup>. Doch werden im Gesetzesentwurf ausdrücklich bestimmte Fälle der *Nichtigkeit* normiert<sup>12</sup>.

### 2.3. Wählbarkeitsvoraussetzungen und Minderheitsvertretung

a) Die *Nationalitäts- und Wohnsitzvoraussetzungen* bleiben materiell unverändert<sup>13</sup>. Dies ist m.E. zu begrüßen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass man damit auch künftig die fiduziarische Übernahme von Verwaltungsratsmandaten wird akzeptieren müssen<sup>14</sup>.

Erwähnt werden mag, dass die Sanktion bei Nichterfüllung der Nationalitäts- und Domizilvorschriften – nämlich die Auflösung der Gesellschaft durch den Handelsregisterführer – künftig so wenig eine Lösung des Problems bringen wird wie bisher<sup>15</sup>, da die aufgelöste Gesellschaft ja ihre Existenz nicht verliert.

b) Neu soll vorgesehen werden, dass künftig *niemand in mehr als zehn Verwaltungsräten* von Gesellschaften mit *kotierten oder vorbörslich gehandelten Aktien* sein kann<sup>16</sup>. Anders als die Botschaft<sup>17</sup> kann ich dieser Bestimmung kaum mehr als eine Placebo-Funktion zuerkennen, da schon heute kaum jemand eine derartige Ämterkumulation bei sich vereinigen dürfte.

c) Ersatzlos *gestrichen* werden sollen die Bestimmungen über die Hinterlegung von *Pflichtaktien*<sup>18</sup>. Dem Wegfall dieser in der Praxis sinnlosen und zu administrativen Umtrieben führenden Bestimmung wird niemand nachtrauern.

d) Materiell im wesentlichen unverändert, redaktionell aber verbessert sind die Bestimmungen über die *Vertretung von Minderheiten* im Verwaltungsrat<sup>19</sup>: Nach wie vor soll – wenn mehrere Aktienkategorien<sup>20</sup> bestehen – jede von ihnen wenigstens einen Vertreter im Verwaltungsrat haben können. Wichtige Kategorien sollen auch in einem allfälligen Ausschuss vertreten sein.

Diese Ordnung ist zu begrüßen. Doch fragt es sich, ob nicht neben dem formellen Kriterium der unterschiedlichen Ausgestaltung von Aktien auch das materielle Kriterium einer *unterschiedlichen Interessenlage* ein Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat geben sollte. Ich bin mir der Schwierigkeiten bewusst, hier eine angemessene gesetzliche Ordnung zu formulieren. Auch ist anzuerkennen, dass durch das Institut des Sonderprüfers (das hier nicht besprochen werden kann) die Stellung einer Minderheit erheblich verbessert wird. Dennoch kann nicht ver-

kannt werden, dass es in der Praxis weniger die Inhaber bestimmter Aktienkategorien sind, die einen besonderen Schutz benötigen, als Minderheitsaktionäre, deren Interessenlage von denen des oder der Mehrheitsaktionäre abweicht<sup>21</sup>. Es wäre ein grosses Verdienst im Interesse des Minderheitenschutzes, wenn hier eine passende, präventive und nicht bloss (wie das Institut des Sonderprüfers) repressive Lösung gefunden werden könnte.

e) Voraussetzung für die Übernahme eines Verwaltungsratsmandates bleibt wie bis anhin die *Aktionärseigenschaft*<sup>22</sup>. Eine Ausnahme wird aber insofern vorgesehen, als die Statuten den Partizipanten einen Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat einräumen können<sup>23</sup>. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Annäherung des Partizipationsscheins an die Aktie ohne Stimmrecht zu begrüssen.

#### 2.4. Amtsdauer und Ausscheiden

a) Neu sollen die Mitglieder des Verwaltungsrates – wenn statutarisch nichts vorgesehen ist – auf *nur ein Jahr*<sup>24</sup> gewählt werden<sup>25</sup>. Die Botschaft begründet die Neuordnung damit, sie schaffe “einen gewissen Zwang, die Amtsdauer der Verwaltungsräte statutarisch festzulegen”<sup>26</sup>. Auch die Botschaft geht also davon aus, die gesetzlich vorgesehene Dauer sei etwas gar kurz. Ob es richtig ist, gesetzlich einen solchen “Zwang” vorzusehen, mag offenbleiben; so oder so ist die im Gesetz dispositiv vorgesehene Amtsdauer angesichts der Möglichkeit einer statutarischen Ordnung wie auch der jederzeitigen Wegwählbarkeit von Mitgliedern des Verwaltungsrates während ihrer Amtsdauer von geringer Bedeutung<sup>27</sup>.

b) In neu Art. 711 II soll vorgesehen werden, dass ein aus dem Verwaltungsrat ausgeschiedenes Mitglied seine *Löschung selbst anmelden* kann, wenn die Gesellschaft dies versäumt. Damit wird eine fatale Bundesgerichtspraxis<sup>28</sup> korrigiert. Zu bedauern ist m.E. freilich, dass diese Anmeldung erst nach Ablauf von dreissig Tagen erfolgen kann statt unverzüglich, wie dies nach der HRV<sup>29</sup> seit der Änderung vom 21. April 1982 möglich ist. Gerade in Fällen, in welchen die Verwaltung nicht mehr funktionsfähig ist oder ihren Pflichten nicht korrekt nachkommt, kann es für den Ausscheidenden essentiell sein, seinen Rücktritt sofort publik zu machen und sich damit einer weiteren Verantwortung zu entziehen.

### 3. Aufgaben und Aufgabendelegation

#### 3.1. Bekenntnis zum Paritätsprinzip

a) Der Entwurf – und darin liegt im Bereich der Neuordnung der Verwaltung m.E. eines seiner grossen Verdienste – zählt in Art. 716a die *unübertragbaren Aufgaben der Verwaltung* explizit auf. In den Worten der Botschaft wird dadurch der “so genannten Omnipotenztheorie, wonach die Generalversammlung grundsätzlich alle Entscheide fällen kann und in alle Entscheidungskompetenzen des Verwaltungsrates eingreifen darf, ... eine Absage erteilt”<sup>30</sup>.

b) Damit wird implizit ein Bekenntnis zugunsten des *Paritätsprinzips* abgelegt, nach welchem jedem einzelnen Gesellschaftsorgan bestimmte Befugnisse unübertragbar zukommen<sup>31</sup>. Dieser Entscheid ist zu begrüssen. Immerhin geht es wohl zu weit, wenn man der Verwaltung untersagen will, geschäftspolitische Entscheide von grundsätzlicher Natur der Generalversammlung zuzuweisen<sup>32</sup>: Es kann durchaus angemessen sein, geschäftspolitische Fragen grundsätzlicher Art, bei denen man in guten Treuen zweierlei Meinung sein kann, der Versammlung der Aktionäre zum Entscheid vorzulegen<sup>33</sup>.

#### 3.2. Kompetenzvermutung zugunsten der Verwaltung

Geblieben ist die Kompetenzvermutung zugunsten der Verwaltung, die damit auch weiterhin “Kompetenzauffangbecken”<sup>34</sup> bleibt<sup>35</sup>. Die *alte Formulierung* war m.E. freilich *glücklicher*: Nach der vorgeschlagenen neuen Umschreibung soll der Verwaltungsrat immer dann Beschluss fassen können, wenn eine Angelegenheit nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt ist. Das geltende Recht spricht dagegen von der “Generalversammlung oder andern Gesellschaftsorganen” und erfasst damit auch die Kontroll- oder Revisionsstelle, deren Kompetenzen zweifellos auch künftig vorbehalten bleiben müssen.

#### 3.3. Erfordernis einer Geschäftsordnung

Vgl. dazu vorn Ziff. 2.2. lit. e).



### 3.4. Die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates im einzelnen

a) In neu Art. 716a werden die *wichtigsten Aufgaben* des Verwaltungsrates in einer präzisen Liste<sup>36</sup> *aufgeführt und für unübertragbar* erklärt. Diese Aufgaben "können deshalb weder der Geschäftsleitung, einem Verwaltungsratsausschuss oder einzelnen Mitgliedern, noch dem ranghöheren Organ, der Generalversammlung zugewiesen werden"<sup>37</sup>.

Damit wird eine wesentliche Unsicherheit des geltenden Rechts beseitigt: Zwar hat die Lehre – allen voran Vischer<sup>38</sup> – die Möglichkeiten einer Kompetenzdelegation und ihre Schranken recht deutlich herausgearbeitet. Doch fehlen Präjudizien und blieb daher für den Praktiker weitgehend unsicher, welche Befugnisse an unterstellte Organe oder einzelne Verwaltungsratsmitglieder delegiert werden konnten und welche Wirkungen eine solche Delegation zeitigte<sup>39</sup>.

b) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft und die damit unmittelbar zusammenhängenden Aufgaben verbleiben müssen. Der Verwaltungsrat muss diese Funktionen tatsächlich, nicht bloss formell erfüllen.

c) Im einzelnen nennt Art. 716a folgende "*unübertragbare Aufgaben*":

aa) die *Oberleitung der Gesellschaft*<sup>40</sup> und die Erteilung der nötigen Weisungen. Die Verwaltung darf daher nicht – wie es in der Vergangenheit geschehen ist – sämtliche Kompetenzen der Geschäftsleitung an Dritte delegieren und sich damit begnügen, als Aushängeschild zu dienen. Diese Bestimmung ist nur zu begrüssen.

bb) Weiter wird verlangt die *Aufstellung eines Organisationsreglementes*<sup>41</sup>. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass eine der Hauptaufgaben des Verwaltungsrates darin besteht, für eine angemessene Organisation der Exekutivtätigkeit zu sorgen. Freilich stellt sich auch hier die Frage, ob diese Bestimmung für sämtliche Gesellschaften zwingend gelten muss, auch etwa für die Einmann-Gesellschaft mit einem einzigen Verwaltungsrat.

cc) Dem Verwaltungsrat obliegen weiter die *Genehmigung der Finanzplanung* sowie die Ausgestaltung des *Rechnungswesens* und der *Finanzkontrolle*<sup>42</sup>. Auch bei diesen Funktionen wird man die unübertragbare Zuweisung an den Verwaltungsrat zumindest für typische Aktiengesellschaften nur begrüssen können.

dd) Sodann hat der Verwaltungsrat die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen vorzunehmen bzw. – wie die Botschaft<sup>43</sup> präzisierend festhält – zumindest die "*oberste Geschäftsleitung*" zu ernennen. Auch dem kann man nur zustimmen.

- ee) Nicht aus der Aufzählung von neu OR 716a, aber aus neu Art. 721 ergibt sich, dass der Verwaltungsrat allein und unübertragbar für die *Einräumung der Unterschriftsberechtigung* zuständig sein soll. Entgegen der Botschaft<sup>44</sup> halte ich diese Vorschrift bei Grossgesellschaften als für zu weitgehend und weltfremd. Sie wird – besonders wenn eine Gesellschaft noch zahlreiche Filialen betreibt – dazu führen, dass der Gesamtverwaltungsrat die entsprechenden Kompetenzen routinemässig und ohne Kenntnis der Personen erteilen wird. Nach der vorgesehenen Ordnung könnte der Verwaltungsrat wohl dennoch für eine Fehlbesetzung verantwortlich gemacht werden.
- ff) Vertretbar mag es sein, dass die *Konzernrevisoren vom Verwaltungsrat gewählt* werden müssen. Wenn dies in der Botschaft damit begründet wird, es solle damit “die erforderliche Sorgfalt in der Auswahl sichergestellt werden”<sup>45</sup>, dann bleibt freilich die Frage, ob diese Sorgfalt nicht auch bei einer Wahl durch die Generalversammlung sichergestellt wäre. Verneint man dies, wird man zur grundsätzlich beibehaltenen Aktionärsdemokratie schlechthin ein Fragezeichen setzen müssen.
- gg) Zweifellos richtig ist es, dass dem Verwaltungsrat die *Oberaufsicht* über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen<sup>46</sup> verbleiben muss<sup>47</sup>.
- hh) Wie bis anhin und zu Recht verbleibt dem Verwaltungsrat die Aufgabe, den *Jahresbericht zu erstellen*, die *Generalversammlung vorzubereiten* und deren *Beschlüsse auszuführen*. Die Ausführung im einzelnen muss freilich trotz der Nennung in der Aufzählung von Art. 716a delegiert werden können.
- ii) Wohl schon heutiger Ordnung entspricht es sodann, dass es in die Kompetenz des Gesamtverwaltungsrates fällt, über die *allfällige gerichtliche Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen* zu entscheiden<sup>48</sup>.
- kk) Endlich sollen Massnahmen bei Kapitalzerfall<sup>49</sup> weiterhin dem Gesamtverwaltungsrat obliegen<sup>50</sup>. Diese Massnahmen sind übrigens zu Recht verschärft und deren Voraussetzungen präzisiert worden.

### 3.5. *Möglichkeiten, Voraussetzungen und Wirkungen der Kompetenzdelegation*

- a) Eine notwendige Klärung erfährt insbesondere auch die Möglichkeit der Kompetenzdelegation. Diese soll – vorbehältlich der soeben erwähnten unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates – *möglich sein, wenn*
- sie statutarisch vorgesehen ist,
  - die Organisation der Geschäftsführungsstelle in einem besonderen Organisationsreglement geordnet ist,
  - die Delegation den Statuten und dem Reglement entspricht<sup>51</sup>.

Diese Klärung der formellen Basis ist begrüssenswert. Immerhin fragt es sich, ob der Verwaltungsrat nicht gewisse Geschäftsführungsaufgaben auch *ohne* statutarische Grundlage delegieren können muss, falls dies als sinnvolle oder gar gebotene organisatorische Massnahme erscheint.

Wie bis anhin kann die Delegation an einzelne Verwaltungsratsmitglieder (*Delegierte*) oder Dritte (*Direktoren*) erfolgen<sup>52</sup>. In jedem Falle verbleibt beim Gesamtverwaltungsrat – und dies soll künftig im Gesetz ausdrücklich erwähnt werden<sup>53</sup> – die Pflicht, die gebotene *Sorgfalt bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung* wahrzunehmen.

b) Soweit die Delegation im erwähnten Rahmen formell korrekt vorgenommen wurde und soweit der Verwaltungsrat die ihm verbleibenden Auswahl-, Instruktions- und Überwachungspflichten korrekt erfüllt hat, *entfällt jede Verantwortlichkeit*. Dass dies im Gesetz künftig ausdrücklich erwähnt werden soll<sup>54</sup>, ist richtig<sup>55</sup>. Offen bleibt aber vorderhand die Frage, was geschieht, wenn ein Verwaltungsrat eine grundsätzlich zweckmässige Organisation und Kompetenzzuweisung getroffen hat, ohne jedoch ein Reglement zu erstellen. Ich befürchte, dass dies in der Praxis oft geschehen wird. Wird man in diesen Fällen die Mitglieder des Verwaltungsrates ohne weiteres verantwortlich machen, sie damit praktisch einer Kausalhaftung unterstellen? Eine solche Folgerung wäre m.E. verfehlt.

### 3.6. Vertretung der Gesellschaft und Organhaftung

Die Bestimmungen über die Vertretung der Gesellschaft und über ihre Haftung auch für unerlaubte Handlungen von Organen bleiben im wesentlichen unverändert<sup>56</sup>. Neu ist immerhin, dass das Vertretungsrecht künftig – wenn nichts anderes bestimmt wird – jedem Mitglied des Verwaltungsrates *einzel*n zustehen soll, während das geltende Recht eine kaum praktikable *Gesamtvertretung* vorsieht<sup>57</sup>.

### 3.7. Rechte und Pflichten der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder

a) Geklärt und verstärkt werden die *Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrates auf Auskunft und Einsicht*<sup>58</sup>. In der Verwaltungsratssitzung soll jedem Mitglied ein unbeschränktes Auskunftsrecht gegenüber den anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates wie auch gegenüber den Arbeitnehmern und Beauftragten der Gesellschaft zustehen. Ausserhalb der Verwaltungsratssitzungen besteht ebenfalls ein – etwas eingeschränktes – Auskunfts- und ein Einsichtsrecht.

Diese Rechte im Gesetz zu normieren erscheint nicht als überflüssig, wenn man sich die leider recht verbreitete Praxis vor Augen führt, den Verwaltungsrat schon beinahe als ausenstehenden Dritten zu betrachten<sup>59</sup>.

b) Sinnvoll ist es auch, dass künftig im Gesetz ausdrücklich das Recht eines jeden Verwaltungsratsmitgliedes verankert sein soll, die unverzügliche *Einberufung einer Sitzung* zu verlangen<sup>60</sup>.

c) Statt wie bisher bloss von der Sorgfaltpflicht<sup>61</sup> des Verwaltungsratsmitgliedes soll künftig von seiner *Sorgfalts- und Treuepflicht* gesprochen werden<sup>62</sup>. Dies mag der Anschaulichkeit dienen, ändert aber nichts, da die Treuepflicht ohne weiteres aus der Stellung des Verwaltungsratsmitgliedes und namentlich aus seiner Sorgfaltpflicht fliesst<sup>63</sup>.

d) Zur Diskussion stellen möchte ich, ob nicht zwei weitere Fragen, die in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen können, im Gesetz geregelt werden sollten:

- Ist das Verwaltungsratsmitglied, das sich in einer bestimmten Frage überfordert fühlt, berechtigt (oder gar verpflichtet), einen *Berater beizuziehen*? Oder verstösst dies gegen seine Verschwiegenheitspflicht? Ich erinnere daran, dass in Verantwortlichkeitsprozessen schon wiederholt Organpersonen der Vorwurf gemacht wurde, sie hätten Fachleute beiziehen müssen<sup>64</sup>. Andererseits habe ich es verschiedentlich erlebt, dass Verwaltungsräten eine Verletzung ihrer Schweigepflicht vorgeworfen wurde, wenn sie sich extern beraten liessen.
- Wie soll sich sodann ein Verwaltungsrat bei *Interessenkonflikten* – namentlich im Falle der Ausübung von Mandaten in zwei Gesellschaften, die zueinander in Geschäftsbeziehungen stehen – verhalten? Wie soll sich insbesondere der Bankvertreter verhalten, der in der schwierigen Situation ist, einerseits als Gewährsmann der Bank delegiert zu sein, andererseits als Mitglied des Verwaltungsrates des Kreditnehmers dessen Interessen wahren zu müssen?

#### 4. Verantwortlichkeit

a) Ein Blick auf die Praxis zum geltenden Verantwortlichkeitsrecht hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck:

- Auf der einen Seite fällt auf, dass – auch wenn Verantwortlichkeitsprozesse in den letzten Jahren weit häufiger geworden sind – noch immer *zahlreiche Fälle auch grober Fahrlässigkeit ohne Folgen bleiben*. Der Grund hierfür liegt in den Schwierigkeiten der Geltendmachung, solange die Gesellschaft noch zahlungsfähig ist: Dem Gläubiger steht kein Klagerecht zu, da er gar nicht geschädigt ist.

Der Aktionär wird in der Regel an einer Klage auch kaum ein Interesse haben, da für ihn das Risiko zu gross, der bei Erfolg zu erwartende Vorteil zu klein ist: Unterliegt er, so hat er Gerichtskosten und Prozessentschädigungen entsprechend der ganzen eingeklagten Summe zu zahlen. Obsiegt er, geht der Schadenersatz an die Gesellschaft und kommt ihm nur indirekt und nur im Umfang seiner Beteiligung zugute.

- Andererseits müssen diejenigen, die rechtlich belangt werden, oft *Konsequenzen von ungewöhnlicher Härte* tragen, Konsequenzen, die man in unserer Rechtsordnung in dieser Schärfe sonst kaum kennt. Ein Hauptgrund liegt in der von der Lehre stark kritisierten Praxis des Bundesgerichts zur Solidarhaftung: Das Bundesgericht hat es bekanntlich konsequent abgelehnt, dem leichten Verschulden des solidarisch Haftpflichtigen im Aussenverhältnis Rechnung zu tragen<sup>65</sup>, obwohl sich ein Haftpflichtiger, wenn er allein steht, auf den Reduktionsgrund des geringen Verschuldens berufen kann. Das führt zum paradoxen Resultat, dass ein Haftpflichtiger dann allenfalls nur für einen Teil des verursachten Schadens geradestehen muss, wenn er *allein* verantwortlich ist. Dagegen muss er beim genau gleichen Verhalten für den ganzen Schaden aufkommen, wenn neben ihm noch *andere* Personen zur Verantwortung gezogen werden können, und zwar selbst dann, wenn diese weiteren Haftpflichtigen ein viel höheres Verschulden trifft<sup>66</sup>.

Besonders stossend ist diese Konsequenz deshalb, weil in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsfällen oft der Hauptschuldige – etwa ein kriminell handelndes Mitglied der Geschäftsleitung – nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, weil er keine Aktiven besitzt, diese nicht ausweist oder weil er sich ins Ausland abgesetzt hat. Zur Kasse gebeten werden dann aussenstehende Verwaltungsratsmitglieder und die Kontrollstelle, obwohl diese Organpersonen ihres Amtes in guten Treuen, wenn auch vielleicht nicht mit letzter Sorgfalt gewaltet haben.

Der Revisionsentwurf enthält in diesen Bereichen m.E. sinnvolle Verbesserungen:

b) Das *Klagerecht des Aktionärs* wird in zweierlei Hinsicht *aufgewertet*:

- Einmal wird seine *Informationslage verbessert*. Dies in erster Linie durch das Institut des *Sonderprüfers*, dessen Bericht es erlauben sollte, viel eher als nach heutigem Recht en *connaissance de cause* zu entscheiden, ob eine Verantwortlichkeitsklage angestrengt werden soll. Nützlich ist in diesem Zusammenhang auch die *Hinterlegung des Organisationsreglementes* beim Handelsregister<sup>67</sup>, wodurch gezielte Klagen gegen die wirklich Verantwortlichen ermöglicht werden.
- Sodann soll nach neu Art. 756 II der Richter die *Prozesskosten* beim Unterliegen des klagenden Aktionärs nach seinem Ermessen auch der Gesellschaft auferlegen können, wenn der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage “begründeten Anlass zur Klage” hatte<sup>68</sup>.

c) Den legitimen *Interessen der Organpersonen* und der fragwürdigen derzeitigen Bundesgerichtspraxis wird dadurch Rechnung getragen, dass das Gesetz künftig ausdrücklich die *Berufung auf leichtes Verschulden auch im Aussehenverhältnis* zulassen will. Diese Bestimmung ist inhaltlich nur zu begrüssen. Zu überarbeiten ist sie m.E. formal: Neu Art. 759 spricht nämlich vorerst in Abs. II von der Revisionsstelle<sup>69</sup>, anschliessend in Abs. III von den übrigen Organpersonen. Erklären lässt sich diese merkwürdige Zweiteilung wohl nur aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, indem es zunächst vor allem die Vertreter von Kontrollstellen waren, die eine Limitierung des Risikos verlangten. Eine Zusammenfassung drängt sich m.E. auf, und es ist jedenfalls die in der Botschaft<sup>70</sup> aufgeführte Begründung, die Solidarität bewirke nach der Praxis des Bundesgerichts, dass die Revisionsstelle "für den von der Verwaltung oder Geschäftsführung verursachten Schaden einzustehen hat", nicht zutreffend: Auch nach der – zumindest überwiegenden – Praxis des Bundesgerichts hat jede Organperson nur für den von ihr adäquat verursachten Teil des Schadens aufzukommen<sup>71</sup>. – Zudem schießt der Wortlaut der vorgeschlagenen Neuordnung über das erklärte Ziel hinaus: Wenn erklärt wird, einer von mehreren solidarisch Haftpflichtigen hafte nur bis zu dem Betrag, "für den er zufolge Rückgriffs aufkommen müsste", dann wird dadurch die Solidarität nicht bloss eingeschränkt, sondern schlicht aufgehoben!

Im Interesse der Mitglieder der Verwaltung liegt es, dass gesetzlich ausdrücklich festgehalten werden soll, unter welchen Voraussetzungen die *Kompetenzdelegation* zu einer Beschränkung der Verantwortlichkeit führt<sup>72</sup>. Die Botschaft<sup>73</sup> betont zu Recht, es werde dadurch "eine grosse Rechtsunsicherheit" beseitigt<sup>74</sup>. Auch die Statuierung der *Unübertragbarkeit der Hauptaufgaben* des Verwaltungsrates und deren Aufzählung tragen zur Klärung der Rechtslage bei<sup>75</sup>, wenn dadurch auch die Funktionen des Verwaltungsrates im ganzen eher erweitert werden dürften<sup>76</sup>.

d) Erwähnt sei noch, dass der herrschenden Lehre und Praxis, wonach *faktische Organe* gleich wie formell eingesetzte verantwortlich werden<sup>77</sup>, dadurch Rechnung getragen wird, dass künftig nicht mehr von den mit der Verwaltung und Geschäftsführung *betrauten*, sondern von den damit *befassten* Personen gesprochen wird. Materiell wird sich dadurch nichts ändern.

## 5. Würdigung

Abschliessend eine knappe zusammenfassende Würdigung:

- Die Reformvorschläge im Bereich der Ordnung des Verwaltungsrates sind m.E. – wie schon eingangs festgestellt – im ganzen *zweckmässig*. Sie entsprechen herrschender Lehre und weitgehend auch den Bedürfnissen praktischer Erfahrung.

- Kritisch ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf (auch) in diesem Bereich die *Einheit des Aktienrechts zu sehr strapaziert*. Da die gesetzliche Ordnung auf mittlere und grosse, unternehmerisch tätige Aktiengesellschaften ausgerichtet ist, wird sie den zahlenmässig starken Einmangesellschaften und Gesellschaften, die im wesentlichen nur Vermögenswerte halten und verwalten, nicht voll gerecht.
- Fragt man sich, ob die geplante Reform im Bereich der Verwaltung notwendig, nützlich oder bloss "luxuriös" sei, so würde ich sie als *nützlich* einstufen. Der Entwurf bringt eine ganze Reihe von wünschbaren Verbesserungen und Klärungen, doch könnte man auch mit dem geltenden Recht weiterleben. Dies setzte freilich voraus, dass die Gerichtspraxis einzelne von der Lehre fast einheitlich verlangte Anpassungen<sup>78</sup> vornähme. Andernfalls müsste man wohl in diesen Teilbereichen die Reform als notwendig qualifizieren.

- 1 Referat anlässlich der Informationstagung vom 14. Juni 1983. Der Sprechstil wurde beibehalten, und es wurden die Ausführungen nur durch die wichtigsten Anmerkungen – vor allem Verweisungen auf die Fundstellen in der bundesrätlichen Botschaft (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl. 1983 II 745 ff., in diesem Aufsatz nach dem Separatdruck zitiert) – und den Gesetzesentwurf ergänzt.
- 2 Es ist überhaupt eine Schwäche des Entwurfs, dass er über gewisse Passagen recht "geschwätzig" ist. Da es trotz ausführlicher Bestimmungen nie gelingen wird, schlechthin alle Fragen im Gesetz zu ordnen, bringt solche Ausführlichkeit in Einzelheiten oft mehr Unklarheit als Klärung mit sich. Es scheint mir daher eine vordringliche Aufgabe, den Entwurf daraufhin durchzusehen, welche Bestimmungen ohne Schaden – oder gar mit Gewinn – gestrichen werden könnten.
- 3 Botschaft S. 192.
- 4 Vgl. etwa *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht (2. Aufl., Bern 1980), § 24 N 31.
- 5 Botschaft S. 176.
- 6 S. 176.
- 7 Art. 713 II.
- 8 Vgl. dagegen zum geltenden Recht Art. 715 II.
- 9 S. 176.
- 10 Vgl. etwa BGE 91 II 307.
- 11 Entwurf Art. 660a e contrario.
- 12 Entwurf Art. 660.
- 13 Vgl. neu Art. 708 I mit bisher Art. 711 II, neu Art. 708 II mit bisher Art. 711 III, neu Art. 708 III mit bisher Art. 711 I und neu Art. 708 IV mit bisher Art. 711 IV.
- 14 In der treuhänderischen Übernahme von Verwaltungsratsmandaten liegt freilich nichts Schiefes; es erfüllt auch der fiduziarisch Tätige durchaus eine Funktion, und zwar sowohl bei korrekter wie bei nachlässiger Ausübung seines Amtes: Der korrekt tätige Treuhänder sorgt dafür, dass das schweizerische Recht auch von ausländisch beherrschten Aktiengesellschaften beachtet wird. Der nachlässige Strohmann aber wird voll persönlich haftbar (vgl. etwa BGE 59 II 460) und sorgt zumindest für Haftungssubstrat in der Schweiz!
- 15 Vgl. in diesem Zusammenhang *Fritz von Steiger*, Die Auflösung von Aktiengesellschaften durch den Handelsregisterführer, SAG 24 (1951/52) 18 f.
- 16 Neu Art. 707.
- 17 S. 173 f.
- 18 Bisher Art. 709 f.

- 19 Vgl. bisher Art. 708 IV und V mit neu Art. 709.
- 20 Der Entwurf unterlässt es – wie das geltende Recht – zu bestimmen, wann Aktien verschiedener Kategorien vorliegen. Dies dürfte der Fall sein, wenn neben Stammaktien auch Stimmrechts- und/oder Vorzugsaktien bestehen, nicht dagegen bei Aktien unterschiedlichen Nennwerts (aber mit gleicher Stimmkraft und auch im übrigen gleichen Rechten) und ebensowenig bei Aktien, deren Übertragung unterschiedlich geregelt ist. Eine entsprechende Präzisierung im künftigen Recht wäre wünschbar.
- 21 Z.B. aussenstehende blasse Investoren gegenüber Unternehmeraktionären.
- 22 Vgl. OR 707 I; die Bestimmung soll nicht revidiert werden. – Diese Bestimmung, die offenbar im Aktienrecht – freilich in rudimentärer Weise – für eine Übereinstimmung von Herrschaft und Haftung sorgen soll, leuchtet in der heutigen Unternehmenslandschaft und vor allem bei Publikumsgesellschaften kaum mehr ein. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass schon das geltende Genossenschaftsrecht auf die Gesellschafterstellung der Mitglieder der Verwaltung verzichtet: Nach OR 894 I muss lediglich “die Mehrheit” der Verwaltung einer Genossenschaft aus Genossenschaf tern bestehen.
- 23 Neu Art. 656e.
- 24 Statt bisher drei Jahre.
- 25 Neu Art. 710 I entgegen Art. 708 III des geltenden Rechts.
- 26 S. 174.
- 27 Angesichts eines zwar kaum haltbaren, bis heute aber m.W. nicht umgestossenen Bundesgerichtsentscheides (vgl. ZBGR 24 [1943] 43), wonach die Amtszeit genau am Jahrestag der Wahl und nicht etwa bei der nächsten ordentlichen Generalversammlung ablaufen soll, wäre es allenfalls nützlich, gesetzlich die Weitergeltung des Mandates bis zur ordentlichen Generalversammlung zu statuieren. Von grosser praktischer Bedeutung ist dies allerdings nicht, denn Dritten gegenüber zeitigt die Beendigung des Mandats ohnehin erst Wirkungen an dem Werktag, der auf den aufgedruckten Ausgabetag der Nummer des SHAB folgt, in der die Beendigung veröffentlicht worden ist, vgl. OR 932 II und BGE 103 V 123.
- 28 BGE 104 Ib 321 ff.
- 29 Art. 25a.
- 30 S. 98, vgl. auch S. 177. Zu den verschiedenen Theorien hinsichtlich des Verhältnisses von Generalversammlung und Verwaltung vgl. *F. W. Bürgi*, Zürcher Kommentar zum Recht der AG, Art. 698–738 (Zürich 1969), Vorbem. vor Art. 698 N 38 ff., sowie *Forstmoser/Meier-Hayoz* (zit. Anm. 4), § 16 N 3 ff., 8 ff.
- 31 Vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz* (zit. Anm. 4), § 16 N 8 ff.
- 32 Dies könnte aus den Ausführungen der Botschaft S. 98 oben und 177 zu Art. 716a gefolgt werden.
- 33 Vgl. BGE 100 II 387 ff.
- 34 Botschaft S. 177.
- 35 Neu Art. 716 I, vgl. bisher Art. 721 II.
- 36 Entgegen dem durch die Formulierung erweckten Wortlaut ist diese Liste *nicht abschliessend*: Eine weitere unübertragbare Pflicht ergibt sich aus neu Art. 721, dazu nachstehend lit. c) ee). Nicht weiterdelegierbar dürfte sodann die Kompetenz zur Ausgabe autorisierten Kapitals (vgl. neu Art. 651 IV) sein. Damit wäre es wohl richtiger, die Aufzählung von neu Art. 716a mit “namentlich” einzuleiten.
- 37 Botschaft S. 177, vgl. aber dazu die kritische Bemerkung vorn bei Anm. 32 und 33.
- 38 Vgl. *Frank Vischer*, Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeiten bei der grossen AG, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger (Freiburg i.Ue. 1968), 345 ff.; ferner etwa *Beat Kleiner*, Die Organisation der grossen Aktiengesellschaft unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit, SAG 50 (1978) 3 ff.
- 39 So zutreffend Botschaft S. 97. Begrenzt wird der Wert dieser Aufzählung freilich dadurch, dass sie nicht abschliessend ist, vgl. vorn Anm. 36.
- 40 Vgl. Botschaft S. 177 f.
- 41 Vgl. Botschaft S. 178.
- 42 Vgl. Botschaft S. 178.
- 43 S. 178.
- 44 S. 182.
- 45 S. 179.



- 46 Zumindest für die unmittelbar Unterstellten.
- 47 Vgl. Botschaft S. 179.
- 48 Vgl. Botschaft S. 179.
- 49 Orientierung der Generalversammlung und Benachrichtigung des Richters.
- 50 Vgl. Botschaft S. 179.
- 51 Vgl. Botschaft S. 180 und neu Art. 716b.
- 52 Neu Art. 718 II.
- 53 Neu Art. 754 II.
- 54 Neu Art. 754 II.
- 55 Etwas unglücklich gewählt erscheint die Formulierung: Betont wird das grundsätzliche Weiterbestehen der Haftung trotz erlaubter Delegation, während doch wohl eher ausgedrückt werden sollte, dass in solchen Fällen eine Haftung allenfalls entfällt. Besser wäre es wohl, zu erklären, der zu Recht Delegierende hafte für verursachten Schaden *nur*, sofern nicht die Erfüllung der cura in eligendo, instruendo et custodiendo nachgewiesen werden könne. Nochmals zu überdenken wäre sodann die offenbar OR 55 nachgewiesene Umkehr der Beweislast, die mit der Verteilung der Beweislast im Recht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit allgemein (dazu *Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ... [Zürich 1978], N 234 ff.) nicht voll harmonisiert.
- 56 Vgl. neu Art. 718 und 718a.
- 57 Vgl. neu Art. 718 I mit bisher Art. 717 III.
- 58 Neu Art. 715 II–V, Botschaft S. 176.
- 59 Illustrativ etwa EBK-Bulletin Heft 10 (Juli 1982), S. 23 ff.: Danach wollte sich eine Bank der Weiterleitung des ausführlichen Revisionsberichts an sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates widersetzen und statt dessen den Bericht nur durch einen Ausschuss behandeln lassen.
- 60 Neu Art. 715 I, vgl. Botschaft S. 176.
- 61 Vgl. Art. 722 I.
- 62 Neu Art. 717.
- 63 Vgl. etwa *Bürgi* (zit. Anm. 30), Art. 722 N 8 ff., und *Forstmoser/Meier-Hayoz* (zit. Anm. 4), § 24 N 16.
- 64 Vgl. für die Verwaltung SJZ 38 (1941/42) 74, für die Kontrollstelle BGE 93 II 26 f. und ZR 78 (1979) Nr. 174 S. 309 f.
- 65 Vgl. BGE 93 II 322, für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich bestätigt in BGE 97 II 415 und im nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheid in ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 78 = Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 9 S. 27.
- 66 Zur Kritik vgl. etwa *Heinz Reichwein*, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968) 129 ff. – Dagegen hat das Obergericht des Kantons Thurgau in einem neueren Entscheid im Sinne der herrschenden Lehre eine Reduktion des Schadenersatzes nach OR 43 wegen geringen Selbstverschuldens auch bei Solidarhaftung bejaht, vgl. SJZ 78 (1982) 380. Anders und im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis dagegen das Obergericht des Kantons Zürich in ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 313.
- 67 Neu Art. 716b II, vgl. Botschaft S. 99, 181.
- 68 Vgl. dazu Botschaft S. 108.
- 69 Für sie ist – anders als im deutschen Recht – eine ziffernmässige Beschränkung der Haftung zu Recht abgelehnt worden, vgl. Botschaft S. 106 f.
- 70 S. 106.
- 71 Vgl. BGE 86 II 171 ff., 172; 93 II 29 f.; nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid in ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 73 ff. = Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 9 S. 24 ff. Unrichtig oder zumindest unklar dagegen BGE 97 II 415. Zum Problem vgl. auch *Peter Forstmoser*, Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SJZ 78 (1982) 369 ff., 371 f.
- 72 Vgl. dazu vorn Ziff. 3.5. sowie Botschaft S. 104 ff.
- 73 S. 191.
- 74 Problematisch in dieser Hinsicht neuestens BGE 108 V 203 f., wo das Bundesgericht erklärt, bei "einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen" könne der Alleinverwaltungsrat "mit der Delegation der Geschäftsführung nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan an den Geschäftsführer delegieren", und es sei dieser Fall von

dem eines Grossunternehmens (dazu BGE 103 V 123) zu unterscheiden. Eindeutig und m.E. richtig dagegen ZR 82 (1983) Nr. 57 S. 153 E 4: "Der Verwaltungsrat einer Gesellschaft ist nicht verpflichtet, die Geschäftsführung selber zu besorgen. Er kann diese Aufgabe an einen Arbeitnehmer delegieren. Eine Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 OR trifft ihn dann nicht, wenn er die erforderliche Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Überwachung des geschäftsführenden Mitarbeiters walten lässt."

75 Vgl. Botschaft S. 98.

76 Ganz allgemein ist es ein Verdienst des Entwurfes, verschiedene Fragen im Bereiche des heute reichlich konfusen Verantwortlichkeitsrechts zu klären, so etwa auch die Wirkung der Decharge nur mit Bezug auf bekanntgegebene Tatsachen (neu Art. 758 I, vgl. Botschaft S. 194), die selbständige Klageberechtigung von Aktionären und Gläubigern (neu Art. 757 II, vgl. Botschaft S. 193) und schliesslich die Verwendung des Prozessergebnisses (neu Art. 757 II 2. und 3. Satz, vgl. Botschaft S. 193).

77 Vgl. etwa BGE 107 II 354 sowie *Forstmoser* (zit. Anm. 55), N 483 f.

78 In erster Linie im Hinblick auf die Praxis zur Solidarität bei Verantwortlichkeit.

# **Aktienrechtsreform**

**Zu Entwurf und Botschaft 1983:**

**Beiträge von G. Behr, P. Böckli, P. Forstmoser,  
Chr. von Greyerz, M. Imbach, P. Mengiardi, P. Schorer,  
E. Tillmann und A. Zünd an der Veranstaltung der  
HSG-Weiterbildungsstufe und der Kammer vom  
14./15. Juni 1983**



Band 59 der Schriftenreihe  
der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer

Für die in dieser Schrift vertretenen Auffassungen sind ausschliesslich  
die Verfasser verantwortlich