

Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung

Die gesetzlichen Vorgaben für die Organisation und die Aufgaben des Verwaltungsrates und die Verantwortlichkeit seiner Mitglieder sind ein klassisches Thema des Aktienrechts, das in neuester Zeit aufgrund einer Reihe von Vorkommnissen bei Publikumsgesellschaften erneut an Brisanz gewonnen hat. Auszugehen ist dabei von der Tatsache, dass die Aktiengesellschaft in der Schweiz eine Bonne à tout faire ist, die für die verschiedenartigsten Unternehmen – von der kleinen Einpersonengesellschaft bis zur grossen Publikumsgesellschaft – eingesetzt wird.

Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten erfasst. Sie wird längst nicht mehr nur von Spezialisten der Betriebswirtschaftslehre und des Rechts geführt, sondern hat ihren Weg ins Infotainment der Talkshows und der Boulevardpresse gefunden. Dabei sind es vor allem die pathologischen Fälle, welche die Öffentlichkeit bewegen, Fälle, in welchen die Überwachung der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat versagte, die checks and balances in der Exekutive nicht funktionierten, die Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung übersetzte Saläre bezogen oder die Transparenz nicht gewährleistet war. Aufgrund von – einzelnen – Missständen wurde oft auch der Ruf nach dem Gesetzgeber laut [4].

1. Vorbemerkungen

1.1 Die gesetzliche Ordnung des Verwaltungsrates – klassisches und zugleich aktuelles Diskussionsthema

a) Eines der erklärten Ziele der Aktienrechtsreform von 1991 war die «Verbesserung von Struktur und Funktion der Organe» [1]. Dazu gehörte die – formale wie inhaltliche – Neuordnung der Bestimmungen über den Verwaltungsrat [2], verbunden mit einer Überarbeitung der Regeln zur persönlichen Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder [3].

Zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des revidierten Rechts interessiert, wie sich die neuen Regeln bewährt haben und ob Bedarf zur Nachbesserung oder gar zur völligen Neugestaltung auszumachen ist.

b) Das Interesse an Wirtschaftsfragen ist in den letzten Jahren sprunghaft gewachsen. Davon wurde auch die Diskussion über die Aufgaben und die

c) Ein Urteil zum geltenden Recht wie auch zu Reformpostulaten muss in Rechnung stellen, welches der Stellenwert der Rechtsform der Aktiengesellschaft in Recht und Wirtschaft der Schweiz ist. Dazu folgendes:

1.2 Die Aktiengesellschaft – Bonne à tout faire des schweizerischen Gesellschaftsrechts

a) Die AG ist in der Schweiz die *bei weitem häufigste gesellschaftsrechtliche Form* für unternehmerische Tätigkeiten. Ende 2001 gab es 173 127 Aktiengesellschaften, doppelt so viele Einheiten wie die aller übrigen Gesellschaftsformen zusammen [5].

b) Damit genießt die Aktiengesellschaft in der Schweiz einen völlig anderen Stellenwert als etwa in Deutschland, wo sie auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes für kleine



Peter Forstmoser, Dr. iur., Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, VR-Präsident Swiss Re, Zürich

Aktiengesellschaften [6] fast nur bei Grossunternehmen Verwendung findet [7].

c) Die absolute Vorrangstellung der AG in der Schweiz ist freilich *in den letzten Jahren relativiert* worden: Seit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts und aufgrund seiner verschärften Anforderungen [8] wurde bei Neugründungen die GmbH klar bevorzugt, und es fanden auch Umwandlungen von Aktiengesellschaften in Gesellschaften mit beschränkter Haftung statt. Die Zahlen sind eindrücklich: Ende 1991 gab es in der Schweiz 2769 GmbH, Ende 2001 waren es 53 863 [9], und die Tendenz ist weiterhin stark steigend. Die Zahl der Aktiengesellschaften ist dagegen in der gleichen Zeit um

Zukunft weiten Spielraum für die individuelle Gestaltung belassen.

Ganz besonders gilt dies für die Ausgestaltung der aktienrechtlichen Exekutive und damit des Verwaltungsrats.

2. Freiheit und Schranken in der Ausgestaltung des Verwaltungsrates

2.1 Die gesetzliche Grundordnung

Die Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts ist auf das Leitbild der Publikumsgesellschaft ausgerichtet [16]. Daher erstaunt, dass bezüglich des Verwaltungsrates eine Grundord-

In allen anderen Fällen ist diese *Grundordnung denkbar unpassend*. Sie steht auch im Widerspruch zu *wichtigen Grundsätzen einer guten Corporate Governance*, wie sie für die Publikumsgesellschaften in einem Swiss Code of Best Practice verankert werden soll [23]. Erforderlich ist – sobald etwas komplexere Verhältnisse vorliegen – eine mehr oder minder weitgehende *Delegation und Aufteilung der Kompetenzen*. Das Gesetz enthält dafür die nötigen Grundlagen.

2.2 Möglichkeiten der Kompetenzdelegation

In OR 716 II wird präzisiert, dass der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft (nur) insoweit zu führen hat, als er «die Geschäftsführung nicht übertragen hat».

Und OR 716 b I erklärt explizit, dass die Statuten

«den Verwaltungsrat ermächtigen (können), die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen.»

Gemäss OR 718 II kann der Verwaltungsrat sodann

«die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen.»

2.3 Flexibilität des schweizerischen Rechts

Die Möglichkeit einer Delegation von Kompetenzen an einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder an Dritte schafft die Grundlagen, um die Organisation der AG der jeweils betriebswirtschaftlich sinnvollsten Konzeption anzupassen und die im *Ausland gängigen oder gesetzlich vorgeschriebenen Lösungen* mehr oder weniger getreu nachzubilden:

– Möglich ist es, die Geschäftsführung und Vertretung einzelnen «*exekutiven*» Verwaltungsratsmitgliedern zuzuweisen, während andere, «*outside board members*» im wesentlichen

«Schliesslich sollte über Konzepte nachgedacht werden, durch welche Verantwortlichkeitsprozesse beschleunigt und vereinfacht werden.»

weniger als 6700 Einheiten angestiegen, wobei in einzelnen Jahren die Zahl der Löschungen sogar die der Neueintragungen übertraf.

d) Trotzdem bleibt es dabei, dass die Aktiengesellschaft in der Schweiz «*Mädchen für alles*» ist [10]: Vom kleinen Einpersonenbetrieb bis hin zu Novartis und Nestlé kommt die Rechtsform der AG gleichermassen zum Einsatz [11]. Und nach wie vor gilt auch – sieht man von den Bestimmungen des Börsenrechts für kotierte Gesellschaften ab [12] – der Grundsatz der *Einheit des Aktienrechts* [13], der nur an wenigen Stellen durchbrochen wird [14].

e) Die immense Vielfalt in der Verwendung der AG für wirtschaftliche und gelegentlich auch nichtwirtschaftliche Ziele war und ist nur möglich, weil das schweizerische Aktienrecht *äusserst flexibel ausgestaltet* und nicht zwingend auf einen bestimmten Typus festgelegt ist [15]. Will der schweizerische Gesetzgeber den Bedürfnissen der Praxis weiterhin gerecht werden, dann muss er im Aktienrecht auch in

nung getroffen wurde, die für grössere Unternehmen völlig ungeeignet ist: Nach der dispositiven Bestimmung von OR 716 II führt nämlich der *Verwaltungsrat selbst* «*die Geschäfte der Gesellschaft*» [17].

Aus OR 716 b III ergibt sich sodann das Prinzip der *Gesamtgeschäftsführung*: Diese soll «*allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu[stehen]*».

Die dispositive gesetzliche Regelung, nach welcher «*Identität von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung*» [18] besteht, passt für die in der Schweiz zahlreichen «*Personengesellschaften im Rechtskleid der AG*», für die zwar atypischen, aber häufigen Gebilde, die in die Rechtsform der AG gekleidet sind, ohne ihren personenbezogenen Charakter zu verlieren [19] und bei denen *faktisch Selbstorganschaft* besteht [20]. Angemessen ist sie natürlich auch bei Einpersonengesellschaften, bei denen Aktionär und Gesellschaft wirtschaftlich eins sind [21]. Praktikabel ist sie jedenfalls nur in kleinen Verhältnissen [22].

- eine Begleit- und Überwachungsfunktion erfüllen und somit die Qualitätssicherung gewährleisten sollen [24]. Damit kann das angelsächsische «Board System» mit seiner Gliederung des Verwaltungsrates in externe nebenamtliche und interne vollamtlich geschäftsführende Mitglieder verwirklicht werden [25].
- Durch eine konsequente Delegation von Geschäftsführung und Vertretung im grösstmöglichen Ausmass an nicht dem Verwaltungsrat angehörende Direktoren kann das *dualistische deutsche System* nachempfunden werden [26, 27, 28], freilich – darauf ist noch einzugehen [29] – nicht in der Konsequenz eines eigentlichen Aufsichtsratsystems, wie es im deutschen Aktienrecht realisiert ist.
 - Und schliesslich können auch einem Delegierten des Verwaltungsrates weitestgehende Befugnisse eingeräumt und kann ihm zugleich das Amt des Verwaltungsratspräsidenten zugewiesen werden. Dies entspricht in etwa dem traditionellen französischen System des «*Président Directeur Général*» [30].

2.4 Schranken

Die Anpassung an praktische Erfordernisse bleibt somit unter revidiertem Aktienrecht in weitem Umfang möglich [31]. Der Freiheit der organisatorischen Ausgestaltung sind jedoch Grenzen gesetzt [32]. Diese ergeben sich vor allem aus zwei Bestimmungen:

2.4.1 Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben

Eine der bedeutsamsten Neuerungen des revidierten Aktienrechts (deren Tragweite übrigens erst Jahre nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts voll erfasst worden war) ist die gehaltvolle [33] Liste von unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, die sich in OR 716a I findet und dafür sorgt, dass die gesetzliche Grundkonzeption – Verwaltungsrat als Exekutive oder zumindest «Ober»-Exekutive – nicht vollständig beseitigt werden kann [34]. Die Liste ist abschliessend gedacht, was freilich nicht voll gelungen ist [35]. Zu den unübertragbaren Aufgaben gehören insbesondere:

- die Oberleitung und die Oberaufsicht,
- die Festlegung der Organisation,
- die Planung, insbesondere des Einsatzes der Finanzmittel,
- die wichtigsten personellen Entscheide,
- die Rapportierung an die Aktionäre
- und schliesslich die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.

Diese Pflichten können weder an andere Organe oder Dritte übertragen noch an die Generalversammlung «rückdelegiert» [36] werden. Freilich kann auch in ihrem Rahmen die *Vorbereitung* und die *Ausführung* von Beschlüssen sowie die *Überwachung* von Geschäften einzelnen *Mitgliedern oder Ausschüssen zugewiesen* werden [37], was bei grösseren Unternehmen unabdingbar ist [38]. Letztlich bleibt aber die Verantwortung beim Verwaltungsrat als Gesamtorgan.

2.4.2 Pflicht zur Wahrung der Interessen der eigenen Gesellschaft

Die Mitglieder des Verwaltungsrates trifft sodann eine strenge *Sorgfalts- und Treuepflicht* [39]. Diese ist auf die *eigene* Gesellschaft ausgerichtet: *Deren* Interessen müssen die Verwaltungsratsmitglieder «in guten Treuen wahren» [40].

2.5 Praktische Konsequenzen

Diese Einschränkungen der Flexibilität haben nicht unerhebliche praktische Konsequenzen:

- a) Ein schweizerischer Verwaltungsrat kann *niemals in gleicher Weise wie ein deutscher Aufsichtsrat ausgestaltet* werden [41]. Jener hat kaum Entscheidungskompetenzen, während der Schweizer Verwaltungsrat auch bei grösstmöglicher Kompetenzdelegation die grundlegenden gesellschaftlichen Weichenstellungen selber vornehmen muss [42].
- b) Vor der Quadratur des Kreises findet man sich sodann, wenn es darum geht, für *Konzerne* eine angemessene Ordnung aufzustellen: Das schweizerische Recht definiert Konzerne als Ge-

sellschaften, die «unter einheitlicher Leitung zusammen(gefasst)» sind [43]. Die einheitliche Leitung einer Mehrzahl von Gesellschaften setzt aber voraus, dass die Verwaltungsräte der einzelnen in den Konzern integrierten Gesellschaften auf ihren eigenen Leitungsanspruch verzichten [44]. Gerade dies schliesst jedoch OR 716a I aus, indem die dort aufgezählten Kernkompetenzen weder intern noch extern rechtswirksam delegiert werden können [45], auch nicht an eine übergeordnete Konzernmuttergesellschaft. «Einheitliche Leitung» bedeutet weiter, dass die Interessen des Gesamtkonzerns massgebend sind, nicht diejenigen einer einzelnen Gruppengesellschaft, was wiederum im Konflikt zur Weisung des Gesetzgebers steht, es habe der Verwaltungsrat in guten Treuen für seine *eigene* Gesellschaft – und nur für diese – zu sorgen [46]. Der Gegensatz von einheitlicher Leitung einerseits und Wahrung der Einzelinteressen einer jeden Gruppengesellschaft auf der anderen Seite stellt ein Problem dar, dessen Lösung vielfach versucht wurde [47], was aber nie voll gelungen ist [48].

2.6 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

Ist der Gesetzgeber aufgrund der skizzierten Schranken für die Ausgestaltung der Funktion des Verwaltungsrates erneut gefordert? Dazu aus meiner heutigen Sicht – und mit dem Vorbehalt, künftig klüger zu werden – folgendes:

2.6.1 Zulassung eines «reinen» Aufsichtsratsystems?

- a) Meines Erachtens wäre es *nicht sinnvoll*, in der Schweiz ein eigentliches Aufsichtsratsystem zuzulassen [49]. Vielmehr ist es richtig, dem Verwaltungsrat gewisse grundlegende Aufgaben zwingend zuzuweisen und ihn dafür auch in die Pflicht zu nehmen. Die Entscheidung der grundlegenden, weichenstellenden Fragen einer Unternehmung durch den Verwaltungsrat ist nach meiner Erfahrung ein wesentlicher Bestandteil von guter Corporate Governance.

b) Dies setzt freilich voraus, dass sich die Aktionäre, die Allgemeinheit und vor allem die Gerichte im klaren darüber sind, was von einem – nebenamtlich tätigen – Verwaltungsrat erwartet werden darf [50]: So kann etwa die sich aus der Oberleitung ergebende Verantwortung für die Strategie in grossen und komplexen Unternehmen niemals bedeuten, dass der Verwaltungsrat selber die Strategie erarbeiten muss. Wohl aber soll er die von der Geschäftsleitung erarbeiteten Vorschläge kritisch würdigen und sie nötigenfalls zur Überarbeitung zurückweisen. Auch kann er Richtlinien für die Planung vorgeben. Ähnliches gilt etwa für die Pflichten zur Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzplanung [51].

2.6.2 Erfordernis eines Konzernrechts?

a) Soll das soeben skizzierte *Konzernparadox* [52] durch «berichtigende Worte des Gesetzgebers» gelöst werden, wie dies im deutschen Recht geschehen ist, oder soll in der Schweiz weiterhin ein pragmatischer Ansatz verfolgt werden, der die Entwicklung des Konzernrechts – mit Ausnahme des Teilbereichs der Rechnungslegung [53] – weiterhin Lehre und Praxis überlässt?

b) Die Meinungen hiezu sind geteilt. Persönlich halte ich eine Kodifizierung für sinnvoll [54], weil Konzerne in der heutigen Wirtschaftsordnung überaus verbreitet sind [55] und es letztlich auch im Interesse der Konzerne wäre, wenn das, was wirtschaftlich sinnvoll ist, vom Gesetzgeber vorausgesetzt und in der Praxis für selbstverständlich erachtet wird – nämlich die einheitliche Leitung im Konzern auch dann, wenn sie einzelnen integrierten Gesellschaften zum Nachteil gereicht – legalisiert würde. In der Lehre dürften jedoch die kritischen Stimmen überwiegen [56]. Ein «Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht», der 1993 Empfehlungen zum Reformbedarf im Gesellschaftsrecht abgegeben hat, hat eine Ausweitung des Konzernrechts über die Rechnungslegung hinaus ebenfalls mehrheitlich abgelehnt [57]. Auch muss man anerkennen, dass man sich in der Praxis mit der heutigen Ordnung arrangieren konnte und dass von den direkt

Betroffenen – den Konzernen und ihren Minderheitsaktionären – kaum Reformen postuliert werden.

2.6.3 Fazit

Alles in allem kann meines Erachtens der Schweizer Regelung der Aufgaben und der Organisation des Verwaltungsrates ein gutes Zeugnis ausgestellt werden. Dringender legislativer Handlungsbedarf besteht nicht, jedenfalls nicht im grundsätzlichen [58].

Weniger positiv fällt das Urteil zum Verantwortlichkeitsrecht aus:

3. Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

3.1 Gesetzliche Ordnung und praktische Bedeutung

a) Das Aktienrecht kennt in den Art. 754 ff eine spezielle Regelung für die Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Verwaltungsrates. Diese ist unter anderem von folgenden Grundsätzen geprägt:

- Alle Mitglieder des Verwaltungsrates haften *für jede, auch die leichte Fahrlässigkeit* bei der Erfüllung (oder eben Nichterfüllung) ihrer Aufgaben [59].
- Die Verantwortlichen haften *solidarisch* [60], doch kann sich jeder Verantwortliche darauf berufen, dass ihn nur ein leichtes Verschulden trifft, weshalb ihm gegenüber die *Schadenersatzansprüche zu reduzieren seien* [61].

b) In der *Praxis* spielen Verantwortlichkeitsverfahren eine *grosse Rolle*. Die Judikatur ist reichhaltiger als zu irgendeinem anderen Gebiet des Aktienrechts und wohl auch des Gesellschaftsrechts insgesamt. Und überdies gibt sie die Realität nur unvollkommen wieder, da die meisten Verfahren irgendwann – oft nach Jahren oder gar Jahrzehnten und nach vielen Frustrationen bei allen Beteiligten – durch Vergleich erledigt und deshalb nicht publik werden.

3.2 Schwächen der heutigen Ordnung

Das an sich sinnvolle schweizerische Konzept zeigt in seiner Konkretisierung durch die Praxis mehr und mehr Schwächen:

3.2.1 Ungerechte Resultate

Vorab ist festzuhalten, dass das *Ergebnis oft willkürlich* ist:

- Kommt es *nicht zum Konkurs*, dann bleiben meist auch grösste Verstösse gegen die Sorgfaltspflicht folgenlos. Im *Konkurs* gehört es dagegen mittlerweile zur Routine, Schadenersatzansprüche selbst dann geltend zu machen, wenn ein Verwaltungsrat seine Aufgaben redlich – wenn auch vielleicht nicht mit letzter Sorgfalt und glücklos – ausgeübt hat.
- Oft ist sodann festzustellen, dass die Hauptverantwortlichen kaum Konsequenzen zu tragen haben, während *aussenstehende Verwaltungsratsmitglieder* – nicht selten solche, die als Treuhänder für ein kleines Honorar tätig waren oder die mit der Übernahme des Mandats einem Freund einen Dienst erweisen wollten – die Hauptlast tragen. Eine Diskrepanz zeigt sich auch, wenn man die Schwere der Konsequenzen pflichtwidrigen Verwaltungsratshandelns vergleicht mit den Folgen, die ein Beauftragter oder ein Arbeitnehmer bei Pflichtverletzungen zu gewärtigen hat [62].
- Wie erwähnt sieht das Gesetz zwar die Möglichkeit einer Reduktion der Schadenersatzpflicht bei leichtem Verschulden vor. Angesichts der hohen Schadensbeträge – oft Dutzende oder gar Hunderte von Millionen Franken – ist jedoch eine allfällige Herabsetzung der Ersatzpflicht praktisch zumeist bedeutungslos [63].

3.2.2 Überspitzte Anforderungen, Unvorhersehbarkeit der Entscheide

a) In der Gerichtspraxis finden sich auch Fälle, in denen ein *weltfremder Massstab* an die Sorgfaltspflicht angewendet wurde. Es wird vergessen, dass unternehmerisches Tun mit Risiken verbunden ist und dass nicht selten

unter Zeitdruck und auf Grund von lückenhafter Information entschieden werden muss. Gelegentlich scheinen sich die Gerichte auch nicht bewusst zu sein, dass sie ihr Urteil aus einer Ex-ante-Betrachtung zu fällen haben [64]. Und nicht immer wird beachtet, dass sich der Richter bei der Beurteilung von Entscheiden, die den zuständigen Organen Ermessen einräumen, Zurückhaltung auferlegen soll, ist er doch nicht dazu berufen, solche Entscheide und ihre Umsetzung auf ihre Angemessenheit hin zu würdigen [65].

b) Besonders stossend ist die Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu AHVG 52, durch welche aus einer Haftung für Grobfahrlässigkeit (so der klare Gesetzeswortlaut) nahezu eine Kausalhaftung gemacht wurde:

Nicht geschäftsführende Mitglieder des Verwaltungsrates wurden wiederholt für die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verantwortlich gemacht mit der Begründung, dass sich jeder Verwaltungsrat periodisch über den Geschäftsgang und die wichtigen Beschlüsse auch *ausserhalb des ihm zugewiesenen Ressorts zu informieren habe*. Diese Praxis wurde sogar in einem Fall bestätigt, wo die Geschäftsführung vollständig beim allein zeichnungsberechtigten Verwaltungspräsidenten lag und obwohl die operative Geschäftsführung mit wesentlicher Unterstützung eines Treuhandbüros erfolgte [66].

c) Es ist sodann auch für gewissenhafte Verwaltungsratsmitglieder nicht selten schwer zu beurteilen, was das

Gesetz – so wie es von der Gerichtspraxis angewendet wird – von ihnen verlangt. Heikel ist insbesondere der Entscheid darüber, welche Risiken in Krisensituationen eingegangen werden dürfen und sollen [67].

3.2.3 Dogmatische Schwächen

Das geltende Recht weist sodann – jedenfalls so, wie es durch das Bundesgericht ausgelegt wird – dogmatische Schwächen auf, auf die hier nur stichwortartig hingewiesen werden kann:

a) Ungeklärt ist etwa die *Rechtsnatur der Gläubigerklage im Konkurs*. Das Bundesgericht hat zwar – unter ausgiebiger Verweisung auf einen vom bundesgerichtlichen Referenten selbst verfassten Aufsatz [68] – in BGE 117 II

432 ff eine *einheitliche Klage aus dem Recht der Gläubigergesamtheit* angenommen, die den bis zur Konkursöffnung bestehenden Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft ablöse. In der Literatur ist dieser Entscheid überwiegend auf Kritik gestossen [69], doch hat sich das Bundesgericht dadurch nicht beirren lassen [70]. Daraus ergibt sich Unsicherheit. Vor allem aber ist das Ergebnis unfair und widerspricht es elementaren Rechtsgrundsätzen, indem sich die Stellung des eingeklagten Verwaltungsratsmitglieds *infolge Konkurses verschlechtern kann*, weil ihm Einreden, die gegenüber dem Kläger persönlich gegeben waren, abgeschnitten sind [71]. In der Lehre finden sich Theorien, die – vor allem vom Ergebnis her betrachtet – überzeugender sind, doch ist nicht zu übersehen, dass auch keine der bisher in der Literatur vertretenen Ansichten voll zu befriedigen vermag.

b) Sodann trifft das Bundesgericht die Abgrenzung zwischen *unmittelbarem und mittelbarem Schaden* in seiner neueren Praxis zum Verantwortlichkeitsrecht nicht danach, in welcher Vermögensmasse eine Verminderung eingetreten, sondern danach, *welche Rechtsnorm verletzt* worden ist [72]. Dies widerspricht nicht nur dem im Recht üblichen Schadensbegriff, sondern auch gesundem Menschenverstand, wonach unter Schaden eine *Vermögensverminderung* zu verstehen ist [73]. Andererseits kann nicht übersehen werden, dass die Anwendung traditioneller Schadensbegriffe zu praktischen Unzulänglichkeiten bei Verantwortlichkeitsklagen führen kann [74].

3.2.4 Zu hohe Transaktionskosten

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Verantwortlichkeitsverfahren in der Schweiz *viel zu lange* dauern, *viel zu komplex* sind und *viel zu teuer* zu stehen kommen [75]. Nicht selten wird der Löwenanteil der «Ersatz»leistungen für die Anwaltskosten aufgebraucht. Auch die Gerichte müssen einen überdimensionierten Aufwand betreiben. *Die Transaktionskosten sind viel zu hoch* – ein Vorwurf, der gerne dem Rechtssystem der USA gemacht wird, der aber im Verantwortlichkeitsrecht auch unsere Rechtsordnung trifft.

3.3 Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Meines Erachtens besteht daher im Verantwortlichkeitsrecht Handlungsbedarf. Ohne die Antworten bereits im einzelnen zu kennen, kann die Stossrichtung skizziert werden:

– Eine Neuordnung sollte sicherstellen, dass die *Höhe der Schadenersatzpflicht* besser als unter geltendem Recht der *Grösse des Verschuldens entspricht* [76]. Überdies sollten die finanziellen Konsequenzen für fahrlässig agierende Mitglieder des Verwaltungsrates [77] in der Grössenordnung vergleichbar sein mit denen, die fehlbare leitende Mitarbeiter oder Beauftragte trifft.

Die rechtlichen Konsequenzen verwaltungsrätlichen Handelns und Unterlassens sollten *eindeutiger vorausssehbar* sein. Eine Verbesserung könnte diesbezüglich die Umsetzung der amerikanischen «Business Judgment Rule» [78] bieten: Danach wird zunächst geprüft, ob der Verwaltungsrat gewisse formale Kriterien eingehalten hat: Waren die am Entscheid beteiligten Directors unbefangen und unabhängig? Gingen sie bei ihrer Entscheidungsfindung mit gehöriger Sorgfalt vor? Handelten sie in gutem Glauben? Hielten sie sich bei ihrem Entscheid an das ihnen zustehende Ermessen? – Sind diese Fragen positiv zu beantworten, sieht das Gericht davon ab, die Management-Entscheidung zu hinterfragen, es sei denn, die Entscheidung sei offensichtlich unvernünftig [79, 80].

– Sodann sollten die dogmatischen *Ungereimtheiten des geltenden Rechts* ausgeräumt werden, was m. E. nur der Gesetzgeber kann. Jedenfalls ist es bisher weder der Lehre – der Verfasser nimmt sich dabei nicht aus – noch der Gerichtspraxis gelungen, allseits befriedigende Antworten auf praktisch wichtige Fragen zu geben und stossende Ungleichheiten zu beseitigen.

– Eine Frage, die in diesem Aufsatz nicht angesprochen werden konnte, die aber bei einer allfälligen Geset-

zesreform ebenfalls diskutiert werden müsste, ist sodann die der *Aufgaben und Verantwortlichkeit von Spezialisten* im Verwaltungsrat: Der auf die Produkte der Gesellschaft fokussierte Naturwissenschaftler, der Kenner eines bestimmten Marktes, der Marketing-Spezialist – sie alle sind vielleicht nicht «financially literate» [81], und trotzdem können sie wertvolle Beiträge im Verwaltungsratsgremium erbringen. Nach geltendem Recht unterliegen sie ein und derselben Verantwortlichkeit, mit einer Differenzierung höchstens zu ihrem Nachteil, indem ihnen Spezialkenntnisse angelastet werden. In einem künftigen Verantwortlichkeitsrecht sollte allenfalls der Spezialisierung und den spezifischen Fähigkeiten (und Schwächen) eines Verwaltungsratsmitgliedes, wie sie vor seiner Wahl offengelegt und in einem Organisationsreglement verankert worden sind, Rechnung getragen werden.

– Die erwähnten Reformpostulate liegen vor allem im Interesse der in Verwaltungsräten Tätigen. Ihre Umsetzung wäre aber auch für die Gesellschaften von Vorteil, macht es doch zunehmend Mühe – nicht zuletzt wegen der hohen und schwer kalkulierbaren Haftungsrisiken –, geeignete Persönlichkeiten für die Besetzung von Verwaltungsratsmandaten zu finden [82]. Andererseits – und auch dies konnte hier nicht näher behandelt werden – weist das geltende Recht auch Mängel auf, welche die *Rechtsstellung geschädigter Aktionäre* ungebührlich schwächen. So hat sich das Institut der *Sonderprüfung*, durch welches ein gezieltes Klagen hätte ermöglicht werden sollen, bisher weitgehend als Papiertiger erwiesen [83], und trotz OR 756 II steht das *Kostenrisiko* eines klagenden (Klein-) Aktionärs in keinem Verhältnis zu seinen Erfolgchancen [84].

– Und schliesslich sollte – im Interesse aller Beteiligten – über Konzepte nachgedacht werden, durch welche Verantwortlichkeitsprozesse *beschleunigt und vereinfacht* werden, damit die Ersatzzahlungen den Geschädigten zukommen und nicht in

hohem Masse durch Verfahrenskosten aufgezehrt werden.

All dies legt meines Erachtens eine Revision des revidierten Aktienrechts nahe – zumindest im Sinne des Nachbesserns, vielleicht auch zur Verarbeitung neuer Denkanstösse [85].

Anmerkungen

Meinen Assistenten RA lic. iur. Fiona Forrer und lic. iur. Christian Habegger danke ich für ihre Unterstützung bei der Ausarbeitung, insbesondere für ihre Recherchen.

- 1 Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745 ff, Separatdruck 23.
- 2 Vgl. dazu statt aller Peter Forstmoser, *Alter Wein in neuen Schläuchen?* ZSR 111 (1992) I 1 ff, 27 ff; weitere Angaben finden sich in der Literaturübersicht von Brigitte Tanner in AJP 1 (1992) 821 ff, auf die hinsichtlich der publizistischen Diskussion zur Aktienrechtsreform generell verwiesen sei.
- 3 Vgl. dazu statt vieler Peter Forstmoser, *Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und ihre Vermeidung*, in: Schriftenreihe SAV 11 (1992) 7 ff und ders., *Die Verantwortlichkeit der Organe*, ST 65 (1991) 536 ff.
- 4 Vgl. «Filz, Kontrolle und Verantwortung», NZZ vom 24. März 2001, 21; «Schweizer Verwaltungsräte sind intransparent», NZZ vom 30. Juni 2001, 27; «Wer kontrolliert künftig die Unternehmen?», NZZ vom 13. September 2001, 27; «Sanierung als Managementaufgabe», NZZ vom 16./17. März 2002, 29.
- 5 SHAB Nr. 16 vom 24.1.2002, S. 31. Die Zahl aller übrigen eingetragenen Gesellschaften betrug zum gleichen Zeitpunkt 85 863, die Zahl der Einzelfirmen 142 579.
- 6 Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts (BGBl. I 1994 S. 1961–1962) vom 2. August 1994.
- 7 Vgl. Ulrich Eisenhardt, *Gesellschaftsrecht*, 9. A. München 2000, N 478. 1995 lag die Zahl der Aktiengesellschaften in Deutschland bei 3780. Bis Ende 2001 ist sie – wohl vor allem auch als Folge der genannten Gesetzesreform – auf 13 598 angestiegen, womit sie aber zahlenmässig immer noch um ein Vielfaches hinter der der GmbH (ca. 850 000 Einheiten Ende 2001) liegt.
- 8 Namentlich Anhebung des Minimalkapitals von CHF 50 000.– auf CHF 100 000.– (OR 621) und der Mindestliberierung von CHF 25 000.– auf CHF 50 000.– (OR 632 II), verschärfte Anforderungen an die Rechnungslegung (OR 662a ff) und die Unabhängigkeit und Fachkunde der Revisionsstelle (OR 727a ff) sowie Verschärfung der Vorschriften für die qualifizierte Gründung und Kapitalerhöhung (OR 634 ff, 650 ff).
- 9 SHAB Nr. 16 vom 24.1.2002, 31.
- 10 Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 29 N 10.
- 11 Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Anton K. Schnyder/Catherine Christen-Westenberg, *Aktienrecht*, Zürich 2000, N 2 f.
- 12 Vgl. Art. 20–33 und 51–54 BEHG.
- 13 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 2 N 61.
- 14 Die Frage nach einem diversifizierten Aktienrecht mit mehreren gesetzlichen Arten von Aktiengesellschaften ist zwar immer wieder diskutiert, letztlich aber auch bei der Revision von 1991 abgelehnt worden, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 2 N 60 ff. Das geltende Aktienrecht differenziert nur an wenigen Stellen nach der Grösse und volkswirtschaftlichen Bedeutung: bei der Pflicht zur Konzernrechnung (vgl. OR 663e ff), bei den Offenlegungsvorschriften (vgl. OR 697h, 663c), bei den Anforderungen an die Revisionsstelle (vgl. OR 727b) und bei den Vinkulierungsbestimmungen (vgl. OR 685a ff). – In den letzten Jahren ist in der rechtspolitischen Diskussion freilich der Vorschlag gemacht worden, das Aktienrecht durch Sonderbestimmungen für die «private AG» zu erweitern; vgl. etwa Alain Hirsch/Peter Nobel, *Projekt einer privaten Aktiengesellschaft*, SZW 69 (1997) 126 ff; Peter Nobel und Jacques-Andrée Reymond, in: Edition CEDIDAC 37: *Les projets de Sàrl révisée et de SA privée* (Lausanne 1998) 205 ff, 225 ff. Diese Postulate sind jedoch in der Politik – m. E. zurecht – nicht aufgenommen worden.
- 15 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 2 N 3; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8. A. Bern 1998, § 16 N 15; von Büren/Stoffel/Schnyder/Christen-Westenberg (Anm. 11), N 3.
- 16 Der Bundesrat hält in der Botschaft über die Revision des Aktienrechts (Anm. 1) gleich zu Beginn (Separatdruck 3) fest, es könne «kein Zweifel bestehen, dass das Leitbild des Aktienrechts die Gesellschaft mit einem grossen Aktionärskreis ist, denn einzig in solchen Gesellschaften kann sich das Grundprinzip – Festigkeit des Aktienkapitals und Handelbarkeit der Aktien – voll entfalten».
- 17 Freilich wird in der bundesrätlichen Botschaft (Anm. 1), Separatdruck 177 erklärt, die Vorschrift habe «vor allem programmatischen Charakter». Insbesondere grenze sich dadurch das schweizerische Konzept vom deutschen Aufsichtsratssystem ab; vgl. dazu auch Eric Homburger, *Zürcher Kommentar zu Art. 707–726 OR*, Zürich 1997, Art. 716 OR, N 512.
- 18 Vgl. Botschaft (Anm. 1), Separatdruck 177.
- 19 Georg Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, Bern 2001, Art. 716, N 1170; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 29 N 7.
- 20 Die Gesellschafter sind zugleich auch Geschäftsführer, wie dies von Gesetzes wegen bei der Kollektivgesellschaft und – für die Komplementäre – bei der Kommanditgesellschaft vorgesehen ist, vgl. OR 557 II i.V.m. OR 535 I und OR 599.
- 21 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 29 N 7.
- 22 Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 2. A. Zürich 1996, N 1565.
- 23 Der vom Spitzenverband der Wirtschaft *économiesuisse* veranlasste Kodex soll auf den 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt werden und bereits für die Berichterstattung zum Geschäftsjahr 2002 wirksam sein. Er setzt sich – so der Ingress – zum Ziel, «für ein ausgewogenes Verhältnis von Leitung und Kontrolle [...] zu sorgen», wozu «adäquate Kontrollmechanismen» (Ziff. 18) im Rahmen der Exekutive gehören.
- 24 Vgl. Hans Caspar von der Crone, *Wenn der Präsident auch CEO ist...*, NZZ vom 13. Oktober 2001, 29.
- 25 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 29 N 15; Rolf Watter, *Basler Kommentar zu Art. 716–722 OR*, Basel 1994, Art. 716b N 3; Böckli (Anm. 22), N 1759 ff.
- 26 Vgl. die ausführliche Gegenüberstellung des schweizerischen und eines konsequent dualistischen Systems bei Böckli (Anm. 22), N 726 ff; ferner Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 29 N 16; Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat*, 2. A. Zürich 1999, 122; Watter (Anm. 25), Art. 716b N 3.
- 27 Für Bankaktiengesellschaften schreiben Art. 3 II lit. a des BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, SR 952.0, und Art. 8 der V über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972, SR 952.02, eine Zweiteilung in Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einerseits und Geschäftsführung andererseits zwingend vor.
- 28 Dies entspricht etwa dem OECD-Bericht über Corporate Governance (1998) Kap. 1, Ziff. 27, wonach das Board of Directors als internes Unternehmensgremium in der Lage ist, das Management gegenüber den Aktionären zur Rechenschaft zu ziehen, und die Aufsicht demnach als Mittel zur Reduktion des Potentials divergierender Interessen zwischen Geschäftsführung und Kapitalgebern angesehen werden kann. Zur Wichtigkeit der Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion (des «monitoring») durch aktive und unabhängige Mitglieder des obersten Gesellschaftsorgans vgl. OECD-Bericht, Kap. 4, Ziff. 86 und 93.
- 29 Vgl. hinten Ziff. 2.5.a) sowie 2.6.1.
- 30 Vgl. Böckli (Anm. 22), N 1608; Watter (Anm. 25), Art. 716b N 3.
- 31 Vgl. Felix R. Ehrat, *Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat*, AJP 1 (1992) 789 ff, 792.
- 32 Ob diese Schranken – wie in der öffentlichen Diskussion allgemein angenommen – durch die Aktienrechtsreform neu eingeführt worden sind oder ob sie nicht – was eine genauere Betrachtung des früheren Rechts nahelegt – seit jeher, wenn auch implizit, galten, interessiert hier nicht.
- 33 Vgl. Böckli (Anm. 22), N 1518a, 1526; Adrian W. Kammerer, *Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, Diss. Zürich 1997 = SSW 180.
- 34 Dazu grundlegend Kammerer (Anm. 33) sowie Peter Böckli, *Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates*, Zürich 1994 = Schriften zum neuen Aktienrecht 7. Aus der Zeit des Inkrafttretens des revidierten Rechts vgl. Marie-Therese Müller, *Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die Generalversammlung*, AJP 1 (1992) 784 ff.
- 35 Vgl. Böckli (Anm. 22), N 1518a, 1526; Kammerer (Anm. 33), 137 (Anm. 530f.), 198 ff. Weitere unübertragbare und unentziehbare Kompetenzen des Verwaltungsrates finden sich etwa in OR 634a I (Beschluss über die nachträgliche Leistung von Einlagen auf

- nicht voll liberierte Aktien), in OR 651 IV und 651a (Entscheid bezüglich der genehmigten Kapitalerhöhung), in OR 652g und h (Vollzug der ordentlichen Kapitalerhöhung), in OR 653g und h (Pflichten bei der bedingten Kapitalerhöhung), in OR 721 (Einräumung der Unterschriftsberechtigung) sowie in OR 725 I (Benachrichtigung der Generalversammlung bei hälftigem Kapitalverlust).
- 36 Vgl. Böckli (Anm. 22), N 1578. Der Verwaltungsrat kann sich jedoch in eigener Kompetenz dazu entschliessen, eine Frage der GV zur Konsultativabstimmung vorzulegen; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 30 N 72 ff. Er kann sich aber dadurch nicht seiner Verantwortung entziehen.
- 37 Vgl. OR 716a II und 716b; dazu von Büren/Stoffel/Schnyder/Christen-Westenberg (Anm. 11), N 608; Müller/Lipp/Plüss (Anm. 26), 121.
- 38 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 30 N 38.
- 39 OR 717 I; vgl. dazu Adrian Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich 1990 = SSHW 130; Homburger (Anm. 17) zu Art. 717 und die dort angeführte Literatur; ferner Müller/Lipp/Plüss (Anm. 26), 169 f.
- 40 OR 717 I. Insbesondere hat das VR-Mitglied seine eigenen Interessen und diejenigen ihm nahestehender Personen strikte hinter die Interessen der Gesellschaft zu stellen; vgl. etwa Krneta (Anm. 19), Art. 717 1851 ff; Watter (Anm. 25), Art. 717 N 15 ff.
- 41 Böckli (Anm. 22), N 1598. Auch der Bundesrat hielt in der Botschaft (Anm. 1), Separatdruck 96, fest, dass «das Aufsichtsratsystem, insbesondere dasjenige Deutschlands, viel stärker von den Grundgedanken unseres Aktienrechts ab[weicht], als man gemeinhin annimmt».
- 42 Am Rande sei erwähnt, dass es wegen dieser Unterschiede auch höchst problematisch ist, wenn einzelne Elemente des deutschen Rechts unbesehen auf die Schweiz übertragen werden, wie dies vor Jahren in der Mitbestimmungsdiskussion getan wurde.
- 43 OR 663e; vgl. statt vieler Jean Nicolas Druey, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 1 ff, 3.
- 44 Vgl. Peter Forstmoser, Haftung im Konzern, in: Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff, 102 f.
- 45 Vgl. vorne Ziff. 2.4.1.; Müller/Lipp/Plüss (Anm. 26), 426.
- 46 Ist eine Tochtergesellschaft kapital- und stimmenmässig zu hundert Prozent von der Konzernmuttergesellschaft beherrscht, reduzieren sich die Eigeninteressen der Tochtergesellschaft – aus praktischer Sicht – freilich darauf, zahlungsfähig und liquid zu bleiben, um die Gläubiger befriedigen zu können. Anders verhält es sich dagegen, wenn an einer Konzerntochtergesellschaft auch Drittaktionäre beteiligt sind, vgl. dazu etwa Forstmoser, Haftung (Anm. 44), 97 und 138.
- 47 Am überzeugendsten wohl von Peter Böckli, Konzernrecht, Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern/Stuttgart/Wien 2000), 35 ff.
- 48 Zu Recht wird in ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 225 ff, 244 gesprochen von einem «dramatischen Interessenkonflikt abhängiger Verwaltungsräte, die als Organe der abhängigen Gesellschaft einerseits deren Interessen zu vertreten, gleichzeitig aber auch die Konzerninteressen wahrzunehmen haben». Das «geltende Normgefüge [biete] keine Handhabe» für die Lösung dieses Konflikts.
- 49 So auch schon der Bundesrat in seiner Botschaft (Anm. 1), 96.
- 50 In der Gerichtspraxis herrschen in dieser Beziehung zum Teil merkwürdige Vorstellungen, vgl. die Bemerkungen hinten vor Anm. 66.
- 51 Vgl. dazu Böckli (Anm. 34), 26 ff.
- 52 Es ist dies nicht das einzige, vgl. Jean Nicolas Druey, Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: FS Bär, Bern 1998, 75 ff.
- 53 Dazu OR 663e ff. Vereinzelt finden sich im Gesetz verstreut weitere konzernrelevante Bestimmungen, vgl. etwa OR 659b.
- 54 Vgl. zur Begründung etwa Forstmoser, Haftung (Anm. 44), 139 f.
- 55 Schätzungen zufolge sollen heute zwischen 70 und 90 Prozent der schweizerischen Aktiengesellschaften konzerniert sein, vgl. Müller/Lipp/Plüss (Anm. 26), 421. Für kleinere Verhältnisse dürfte diese Zahl zwar deutlich zu hoch gegriffen sein. Publikumsgesellschaften sind dagegen regelmässig in einen Konzern eingegliedert.
- 56 Gegen die Einführung eines Konzernrechts sprechen sich etwa aus: Roland von Büren, Der Konzern. Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweiz. Privatrecht VIII/6, Basel 1997, 2; Lukas Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 34. Für ein Konzernrecht votieren: Böckli (Anm. 22), N 1186; Druey, Paradoxe (Anm. 52), 87 sowie bereits ders., Der Konzern als unumgänglicher Regelungsgegenstand, in: Druey (Hrsg.), Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern 1988, 235 ff; Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 14, N 111 ff und wohl auch: Rainer Gonzenbach, Von rührender Schlichtheit, Walt Disney-Schweinchen und losgetretene Lawinen – oder der Richter als Gesetzgeber des Konzernrechts?, in: FS Bär, Bern 1998 118.
- 57 Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht (Bern 1993), 78.
- 58 Einzelheiten sind dagegen durchaus verbesserungswürdig. So ist es Zeit, dass die Heimatschutzbestimmung von OR 708, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates «mehrheitlich Personen sein (müssen), die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen» und die letztlich nur zum Strohmann- und -frauentum geführt hat, beseitigt wird. Die entsprechenden legislatorischen Bemühungen sind im Gang, vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001 (noch nicht im Bundesblatt publiziert), 81 f.
- 59 OR 754 I.
- 60 OR 759 I.
- 61 OR 759 I i.V. mit OR 43 I.
- 62 Die Erteilung eines falschen Rats bleibt in der Regel ungesühnt. (Neueste Einzelfälle lassen freilich aufhorchen: So hat das Bundesgericht in einem Entscheid vom 28. 06. 2001 [4C.84/2001] die Schadenersatzklage gegen einen Anwalt wegen falscher Beratung geschützt. Dies, obwohl sich der Anwalt an eine in seinem Kanton übliche – aber gesetzwidrige – Praxis gehalten hatte). Pflichtverletzungen von Arbeitnehmern werden sodann in der Regel selbst dann, wenn sie kriminelle Aspekte haben, lediglich mit einer fristlosen Entlassung oder auch nur einer sofortigen Freistellung mit Entlassung auf den nächsten ordentlichen Termin hin «gesühnt».
- 63 Dem Verfasser ist bislang kein Fall bekannt, in welchem im Rahmen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage die Reduktion der Schadenersatzpflicht geprüft wurde.
- 64 Watter (Anm. 25), Art. 754 N 16.
- 65 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Anm. 10), § 3 M 13; Watter (Anm. 25), Art. 717 N 6; Widmer, Basler Kommentar zu Art. 754–761 OR, Basel 1994, Art. 754 N 16; Andrea R. Grass, Business Judgement Rule, Diss. Zürich 1998 = SSHW 186, 2 f.
- 66 Vgl. nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid H 337/00 vom 7. 6. 2001. Das Eidg. Versicherungsgericht führt damit eine langjährige, von der Lehre aber massiv kritisierte Praxis fort; vgl. dazu statt vieler Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. Zürich 1987, N 1080 ff.
- 67 Wie soll etwa der Verwaltungsrat einer Gesellschaft entscheiden, deren Überlebenschancen wahrnehmen? (Gelingt der Versuch, dann ist dies im Interesse aller Beteiligten, der Aktionäre, der Gläubiger und der Arbeitnehmer. Misslingt er, dann haben die Verwaltungsratsmitglieder mit grosser Wahrscheinlichkeit Verantwortlichkeitsklagen zu gewärtigen). Oder soll der Gang zum Richter beschlossen werden, womit allenfalls noch vorhandene Werte vernichtet werden, sich die Position der Verwaltungsratsmitglieder in einem allfälligen Verantwortlichkeitsverfahren aber verbessert? – Und welches ist das richtige Verhalten des Verwaltungsrates einer Tochtergesellschaft, der angewiesen wird, zur Rettung der sich in Schieflage befindlichen Muttergesellschaft alle wichtigen Vermögenswerte der Tochtergesellschaft zu verpfänden? Verweigert er die Gefolgschaft und geht die Muttergesellschaft (deswegen) unter, dann wird allenfalls auch die eigene Gesellschaft in den Strudel gerissen. Soll daher beschlossen werden, dass sich die Tochtergesellschaft dem Rettungsversuch anschliesst? Gelingt dieser, dann wird die Sicherheitsleistung als pflichtgemässes und verantwortungsbewusstes Verhalten gewürdigt werden. Misslingt er und gerät in der Folge die eigene Gesellschaft in Konkurs, dann sind Schadenersatzklagen fast sicher zu erwarten.
- 68 Rolf Raschein, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: FS 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357 ff.
- 69 Vgl. die Hinweise bei Peter Forstmoser, Den Letzten beißen die Hunde, in: FS Schmid, Zürich 2001, 483 ff, Anm. 9.
- 70 Vgl. BGE 122 III 168 f, 122 III 189 f, 122 III 201.
- 71 So können dem einzelnen Gläubiger beispielsweise sein persönliches Wissen und Dulden (volenti non fit iniuria) ebenso wenig entgegengehalten werden wie etwa die Verrechnungseinrede oder die Verjährung.

- 72 BGE 122 III 176ff, bestätigt in BGE 125 III 88.
- 73 Auch bei dieser Entscheidung vermochte die Ablehnung durch die Lehre nichts zu bewirken: In BGE 125 III 88 wird zwar erklärt, die neue Praxis sei «in der Literatur teilweise [ein Euphemismus] auf Kritik gestossen», doch sei daran festzuhalten. Eine Auseinandersetzung mit der – substantiiert begründeten – Kritik erfolgt nicht.
- 74 Darauf hat das Bundesgericht im Leading Case 122 III 176 hingewiesen. Die neue Praxis wird auf S. 189ff unter anderem damit begründet, dass die Möglichkeit der Geltendmachung von konkurrierenden Ansprüchen aus mittelbarem und unmittelbarem Schaden im Konkursfall zu einem unerwünschten Wettlauf um Befriedigung aus der Verantwortlichkeit der Organe führe.
- 75 Schon das erstinstanzliche Verfahren dauert regelmässig mehrere Jahre, und bis zu einem rechtskräftigen Entscheid kann durchaus ein Jahrzehnt verstreichen.
- 76 Insbesondere sollte die Diskrepanz zwischen den Konsequenzen pflichtwidrigen Verhaltens ohne und solchen mit Konkursfolgen eingeebnet werden.
- 77 Und übrigens auch der Revisionsstelle.
- 78 Dazu eingehend Grass (Anm. 65).
- 79 Vgl. Grass (Anm. 65), 33ff.
- 80 Eine negative Konsequenz der «Business Judgement Rule» ist freilich nicht zu übersehen: der Umstand, dass sie zu einer auf das Formelle ausgerichteten Arbeit im Verwaltungsrat sowie dazu führen kann, dass das Bestreben der Sitzungsteilnehmer nicht mehr darin besteht, die bestmögliche Entscheidung zu treffen, sondern im Ziel, eine für allfällige Verantwortlichkeitsprozesse möglichst günstige Aktenlage zu schaffen.
- 81 Gesetz und Gerichtspraxis setzen Kenntnisse in Rechnungslegung und Finanzierung bei allen Mitgliedern des Verwaltungsrates als selbstverständlich voraus. Ihr Fehlen wird als «Übernahmeverschulden» auch demjenigen angelastet, der aufgrund seiner Spezialkenntnisse und seines Einsatzes wertvolle Beiträge geleistet hat.
- 82 Zu den negativen Konsequenzen einer zu strengen Haftung vgl. etwa Lukas Handschin, Eine neue «Haftung» des Verwaltungsrats?, NZZ vom 31. Dezember 2001, 19.
- 83 Vgl. statt vieler Rolf H. Weber, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär? In: FS Bär, Bern 1998, 401 ff.
- 84 Wird ein mittelbarer Schaden geltend gemacht, dann bestimmen sich der Streitwert und damit die Basis für Gerichtskosten und Parteientschädigung nach dem Gesamtschaden, den die Gesellschaft erlitten hat, obwohl das pekuniäre Interesse des Klägers nur einen Bruchteil davon beträgt.
- 85 Zwar entspricht es nicht bewährter schweizerischer Praxis, Gesetze schon wenige Jahre nach ihrem Inkrafttreten wieder abzuändern. (Das frühere Aktienrecht etwa blieb immerhin während mehr als sechs Jahrzehnten unverändert in Kraft). Aber die beschleunigte Gangart im Wirtschaftsleben, durch welche vermeintlich eherne und unbestrittene Regeln schon nach wenigen Jahren obsolet werden können, geht auch an der Rechtsordnung nicht spurlos vorbei. Und die Komplexität der Fragestellungen mag dazu führen, dass eine optimale (wenn auch wiederum nur vorläufige) Lösung manchmal erst im zweiten Anlauf gelingt.

RESUME

Tâches, organisation et responsabilité
du conseil d'administration

Les prescriptions légales pour l'organisation et les tâches du conseil d'administration et la responsabilité de ses membres sont un thème classique du droit des SA qui, en raison d'événements récents, a connu un regain d'actualité. Le point de départ est la constatation que la SA en Suisse est une «Bonne à tout faire», utilisée par les entreprises les plus diverses, de la société unipersonnelle à la grande société cotée.

Par sa réglementation souple, le droit suisse fait face à cette situation: selon le régime juridique de base, le conseil d'administration gère dans son ensemble les affaires de la société, un mode d'organisation adapté aux petites entités uniquement. Les statuts et le règlement d'organisation permettent également d'adopter des réglementations qui correspondent en grande par-

tie aux concepts appliqués à l'étranger, du système dualiste en Allemagne au concept français du *Président-directeur général* en passant par le *Board System* anglo-américain.

Deux obstacles se dressent toutefois:

- les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration n'admettent pas le système du conseil de surveillance pur tel que le connaît le droit allemand;
- ces devoirs inaliénables ainsi que l'obligation de veiller fidèlement aux intérêts de la propre société rendent impossible un régime dans lequel une société est intégrée à un groupe de sociétés par une direction unique.

L'auteur est d'avis que l'attribution obligatoire de devoirs inaliénables est

par principe justifiée. Par conséquent, le système allemand du conseil de surveillance ne devrait pas être introduit en Suisse. L'élaboration d'un droit des groupes serait en revanche judicieuse, mais la majorité de la doctrine suisse la refuse.

Le droit de la *responsabilité personnelle* des membres du conseil d'administration présente, toujours selon l'auteur, des lacunes à bien des égards. Les résultats dans la pratique sont souvent injustes et les décisions des tribunaux difficilement prévisibles. A cela s'ajoutent les faiblesses de la doctrine du droit tel qu'il existe actuellement. Ainsi, les procès sont trop longs et trop coûteux. Par conséquent, une *révision du droit de la responsabilité* s'impose.

PF/AFB