



Nicolas Facincani

lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zürich
www.vfs-partner.ch



Reto Sutter

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, dipl. Steuer-
experte
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zürich
www.vfs-partner.ch

Verwaltungsrat

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Business Judgment Rule

Das Obligationenrecht sieht besondere Haftungsbestimmungen für Pflichtverletzungen des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft vor. Im vorliegenden Beitrag gehen die Autoren auf die aktienrechtliche Haftung des Verwaltungsrats sowie vertieft auf die Business Judgment Rule und haftungsbeschränkende Massnahmen ein.

1. Grundlagen der Haftung

Das Obligationenrecht sieht besondere Haftungsbestimmungen für Pflichtverletzungen des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft vor. Nach Art. 754 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder der Liquidation betrauten Personen sowohl der Gesellschaft als auch der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der Pflichten verursachen. Es wird dabei von einem funktionalen Organbegriff ausgegangen. Die Haftung gilt somit auch für faktische Organe.¹

Klageberechtigt sind die Gesellschaft, die Aktionäre sowie die Gläubiger der Gesellschaft; die Gläubiger aber erst, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig geworden ist. Eine Haftung von Verwaltungsratsmitgliedern aufgrund von Art. 754 OR setzt eine Pflichtverletzung, einen Schaden, einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden und ein Verschulden voraus, wobei auch die leichte Fahrlässigkeit für die Haftung genügt.

2. Pflichten des Verwaltungsrats

Art. 717 Abs. 1 OR statuiert die Grundverpflichtung der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht der Verwaltungsräte. Absatz 2 der gleichen Bestimmung regelt das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre.

2.1 Sorgfalts- und Treuepflicht

Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Dabei haben sie die gesetzlichen Aufgaben, Rechte und Pflichten ordnungsgemäss wahrzunehmen.² Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Interesse der Gesellschaft ausrichten.³ Für die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft aufzuwenden hat, gilt ein objektiver Massstab, das heisst, es wird geprüft, wie sich eine «vernünftige Person» unter den gleichen Umständen verhalten würde.⁴ Die Verwaltungsräte sind zu aller Sorgfalt verpflichtet und nicht nur zur Vorsicht, die sie in eigenen Geschäften anzuwenden pflegen. Die Sorgfalt richtet sich nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung. Im Rahmen der Treuepflicht muss der Verwaltungsrat die Gesellschaftsinteressen stets voranstellen.⁵ Seine eigenen, diejenigen der Aktionäre oder von Dritten (Gläubigern) gehen nach. Verletzungen der Treuepflicht können auch strafrechtliche Wirkungen zeitigen.⁶

2.2 Pflicht zur Gleichbehandlung

Art. 717 Abs. 2 OR hält sodann die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre fest. Dabei sind die Aktionäre unter gleichen Bedingungen gleich zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung ist

möglich und zulässig, sofern es hierfür sachliche Gründe gibt, welche im Interesse der Gesellschaft liegen, und es keine mildernden Massnahmen gibt.⁷

3. Business Judgment Rule

Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts. So titelte die Fachpresse⁸ auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Juni 2012 hin⁹. Seither sind zahlreiche weitere Entscheide¹⁰ ergangen, worin die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule bestätigt wurde. Allerdings hat sich das Bundesgericht in seinen Entscheiden bislang nicht mit der US-amerikanischen Business Judgment Rule auseinandergesetzt, sondern eine eigene Form erarbeitet.¹¹

Bei der Business Judgment Rule handelt es sich um eine Abwehrmöglichkeit gegen den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit, welche das Bundesgericht jeweils unter der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht prüft.¹²

Zusammenfassend geht es darum, dass sich die Gerichte bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen. Dies tun sie, falls gewisse Voraussetzungen erfüllt sind: «Das Bundesgericht anerkennt, dass sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuerlegen haben bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.»¹³

Die Formel lässt sich in folgende «Tatbestandsmerkmale» (Voraussetzungen) aufgliedern, auf welche nachfolgend einzeln einzugehen ist:

1. Geschäftsentscheid;
2. Einwandfreier, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhender und von Interessenkonflikten freier Entscheidungsprozess;
3. Überprüfung des Geschäftsentscheids.

3.1 Geschäftsentscheid

Damit die Business Judgment Rule überhaupt anwendbar ist, muss ein Geschäftsentscheid vorliegen, welcher überprüft werden kann. Sie ist damit nur auf Fälle anwendbar, in welchen dem in Anschlag genommenen Organ ein «pflichtwidriges Handeln» und damit eine «pflichtwidrige Tätigkeit» vorgeworfen wird. Nicht anwendbar bleibt sie auf Fälle, bei denen das Organ untätig geblieben ist, obschon es hätte tätig werden müssen, sofern es nicht wusste bzw. nicht gemerkt hat, dass es hätte tätig werden müssen («unbewusste pflichtwidrige Unterlassung»). Hingegen kommt eine Unterlassung als Geschäftsentscheid in Frage, wenn «sich ein Organ bewusst für ein Untätig-Bleiben entscheidet» («bewusste Unterlassung»¹⁴).

Geschäftsentscheide sind Entscheide, die das Geschäft und einen dazugehörigen Sachverhalt betreffen. Entscheide betreffend Rechtsfragen sind keine Geschäftsentscheide. Auf letztere ist die Business Judgment Rule grundsätzlich nicht anwendbar.¹⁵ Die Abgrenzung kann schwierig sein und häufig lassen sich Rechts- und Geschäftsfragen kaum voneinander trennen; so beispielsweise bei der überaus massgeblichen Frage, ob konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen, welche einen Aufschub der Benachrichtigung des Gerichts gemäss Art. 725 Abs. 2 OR rechtfertigen.¹⁶

3.2 Einwandfreier, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhender und von Interessenkonflikten freier Entscheidungsprozess

Der Geschäftsentscheid muss gemäss Formel des Bundesgerichts in einem «einwandfreien Entscheidungsprozess» zustande gekommen sein. Damit zeigt das Bundesgericht in erster Linie, dass es auf die Einhaltung gesetzlicher Pflichten und gesellschaftsinterner Reglemente (Statuten, Organisationsreglement usw.), welche den Entscheidungsprozess regeln, pocht.¹⁷ Entsprechend liegt beispielsweise kein einwandfreier Entscheidungsprozess vor, wenn ein Entscheid mangels gültiger Delegation nicht vom Gesamtverwaltungsrat getroffen wurde.¹⁸ Ein Verstoß gegen solche gesellschaftsinterne Reglemente (oder gegen gesetzliche Verpflichtungen) muss qualifiziert sein, das heisst, er muss eine gewisse Intensität aufweisen; nicht jeder beliebige Verstoß genügt, um diese Voraussetzung der Business Judgment Rule zu

verletzen.¹⁹ Der «einwandfreie Entscheidungsprozess» verlangt, dass die Chancen und Risiken eines Geschäftsentscheids eingehend abgewogen werden.²⁰ Die Lehre plädiert dafür, dass an den protokollarischen Nachweis dieses Kriteriums keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, weil einschlägige Diskussionen und Analysen nicht Eingang ins Protokoll finden. Um hier Risiken zu minimieren, empfiehlt es sich, entsprechende Beurteilungen von Chancen und Risiken von Geschäftsentscheiden schriftlich festzuhalten. Dies kann im Protokoll, als Anhänge zum Protokoll oder mittels Verweisen auf andere Geschäftsunterlagen geschehen.

Die Gerichte halten sich (noch) stark zurück bei der Beurteilung, ob eine «angemessene Informationsbasis» für den Geschäftsentscheid vorliegt. Dem Verwaltungsrat wird hier ein grosser Ermessensspielraum zugestanden. Es müssen etwa nicht alle Informationen, die verfügbar gemacht werden können, berücksichtigt werden. Es ist nicht einmal notwendig, dass alle Informationen, welche verfügbar waren, Berücksichtigung gefunden haben. Vielmehr darf der Verwaltungsrat, abhängig von der Dringlichkeit und der Tragweite des Geschäftsentscheids, nur einen Teil der relevanten Informationen berücksichtigen.²¹

In der Praxis werden dem Verwaltungsrat die Informationen, die er zur Entscheidvorbereitung zu verwenden hat, häufig von der Geschäftsführung oder externen Experten²² beschafft, ausgesucht und zur Verfügung gestellt. Der Verwaltungsrat kann manchmal gar nicht beurteilen, welche weiteren oder anderen Informationen er allenfalls noch nachfragen und besorgen müsste.²³

Soweit die erforderlichen Abklärungen jedoch nicht getroffen wurden, fehlt es an einer angemessenen Informationsgrundlage, was zugleich eine Pflichtwidrigkeit begründen kann.²⁴ Es bleibt also persönliche Aufgabe des Verwaltungsrats, sich die nötigen Informationen zu beschaffen.

Schliesslich setzt die Anwendung der Business Judgment Rule voraus, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats, welches beim Geschäftsentscheid mitgewirkt hat, frei von einem einschlägigen Interessenkonflikt war. Besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts, hat das betroffene Mitglied, aber auch der Gesamtverwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden.²⁵ Das kann im Extremfall dazu führen, dass das konfliktbetroffene Verwaltungsratsmitglied nicht nur bei der Beschlussfassung, sondern bereits bei der Beratung auszuschliessen ist.²⁶ Ein Interessenkonflikt begründet darüber hinaus die natürliche Vermutung eines treuwidrigen Verhaltens bzw. der Pflichtwidrigkeit, weil aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung zu

befürchten ist, dass bei einem von einem Interessenkonflikt behafteten Entscheid nicht die Interessen der Gesellschaft zuoberst stehen. Diese Vermutung kann dadurch umgestossen werden, wenn der Entscheid extern abgestützt wurde oder inhaltlich angemessen ist.²⁷

Fehlt es hingegen an den übrigen Voraussetzungen des einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden Entscheidungsprozesses, ist nicht automatisch von einer natürlichen Vermutung der Pflichtwidrigkeit auszugehen, wobei dies strittig und vom Bundesgericht noch nicht entschieden worden ist.²⁸

3.3 Überprüfung des Geschäftsentscheids

Bei der Business Judgment Rule Schweizer Prägung muss der fragliche Entscheid bei der gerichtlichen Beurteilung immer auch einer Inhaltskontrolle unterzogen werden.²⁹ Der Umfang der Überprüfung des angegriffenen Geschäftsentscheids hängt davon ab, ob die Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule erfüllt sind. Sind sie erfüllt, wird der Entscheid inhaltlich nur daraufhin überprüft, ob er «noch im Rahmen des Vertretbaren liegt». Liegen jedoch nicht alle Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule vor, wird nicht mehr nur seine Vertretbarkeit überprüft. Vielmehr reicht es dann für die Begründung der Pflichtverletzung aus, dass der «Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet [bzw. nicht angemessen] erscheint».³⁰ Damit begründen also auch Entscheide ohne Grundlage, also sogenannte Bauchentscheide, keine Pflichtwidrigkeit, solange sie angemessen sind. Die Gerichte haben für die Beurteilung eines Geschäftsentscheids und dessen Vertretbarkeit verschiedene Kriterien entwickelt. In einem ersten Schritt erfolgt die Beurteilung eines Geschäftsentscheids «nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung».³¹ Damit wird vermieden, dass das Gericht einem sogenannten Rückschaufehler³² unterliegt.³³ Das Motto «Nachher ist man immer schlauer» soll also keine Grundlage für die Entscheidüberprüfung liefern. Sodann ist ein Geschäftsentscheid nicht als isolierte Transaktion, sondern stets in seinem Gesamtzusammenhang zu würdigen.³⁴ Dabei ist unter anderem auch die finanzielle Basis des Unternehmens mit einzu-beziehen. Eine gesunde finanzielle Basis erlaubt eher «Risiken einzugehen, als wenn eine solche fehlt», wobei Risiken jedoch bewusst eingeschätzt und eingegrenzt werden müssen.³⁵ Die Vertretbarkeit hängt auch immer davon ab, «welche Chancen mit einem Geschäft verknüpft» sind.³⁶ Es braucht also mit anderen Worten eine angemessene Chancen-Risiko-Analyse. Beachtlich ist, dass einzig wichtig ist, ob der Entscheid zum damaligen Zeitpunkt objektiv vertretbar war, unab-

hängig davon, ob die Argumente für und gegen den angegriffenen Geschäftsentscheid tatsächlich in die Entscheidungsfindung einbezogen wurden.³⁷ Ein Entscheid ist nicht mehr objektiv vertretbar, wenn er schlicht nicht nachvollziehbar (verständlich) ist bzw. der Verwaltungsrat «geradezu unvernünftig» handelte.³⁸

Bei der Inhaltskontrolle findet eine Auseinandersetzung mit dem Gesellschaftsinteresse statt, wobei dessen Missachtung eine Treupflichtverletzung begründet (vgl. oben).

3.4 Fazit zur Business Judgment Rule

Die Business Judgment Rule legt grosses Gewicht auf die Formalitäten beim Entscheidprozess, namentlich auch bei Interessenkonflikten. Wichtig für die Berufung auf die Business Judgment Rule aus praktischer Sicht ist daher die saubere Einhaltung dieser Formalitäten, der Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen bei Interessenkonflikten und die dokumentierte Auseinandersetzung mit Chancen und Risiken eines Geschäftsentscheids. Die Business Judgment Rule kann, beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen, die Abwehr des Vorwurfs von Pflichtwidrigkeit ermöglichen. Eine gewisse Unsicherheit bleibt dennoch, weil das Bundesgericht auch im Nachgang zum eingangs zitierten Entscheid³⁹, immer mal wieder das Vorliegen einer Organhaftung bejaht hat, auch wenn sich der Beklagte auf die Business Judgment Rule berufen hat.⁴⁰

4. Haftungsbeschränkende Massnahmen

4.1 Die Entlastung

Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR steht der Generalversammlung die unübertragbare Kompetenz zu, über die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats zu beschliessen. Mit dem Déchargebeschluss verzichtet die Gesellschaft darauf, Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe geltend zu machen. Das Bundesgericht umschreibt die Entlastung als «Erklärung, dass gegen die entlasteten Organe aus deren Geschäftsführung während einer bestimmten Geschäftsperiode keine Forderungen geltend gemacht werden». Obwohl das Gesetz in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR nur die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats erwähnt, gehören zum Kreis der entlastungsfähigen Personen sämtliche materiellen Organe, inklusive der Geschäftsleitung und der Revisionsstelle.⁴¹ Auch faktischen Organen kann die Décharge erteilt werden.⁴² Selbst die Einschränkung auf nur einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung ist möglich, wenn ein entsprechender Antrag vorliegt, wobei hier unter Umständen die Frage gestellt werden kann, ob eine Einschränkung miss-

bräuchlich erfolgt. Als einziges Organ kann die Generalversammlung die Décharge erteilen.

4.1.1 Wirkungen der Entlastung

Der Déchargebeschluss ist eine negative Schuldanererkennung. Die Aktionäre äussern sich bindend dahingehend, dass gegen die aktienrechtlich verantwortlichen Organe für eine bestimmte Zeitspanne (in der Regel das Geschäftsjahr) keine Forderung der Gesellschaft wegen mangelhafter Geschäftsführung entstanden ist. Sie verzichten also auf Geltendmachung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche. Die Décharge führt allerdings nicht zum materiellen Untergang der Ansprüche, sondern bewirkt lediglich eine den Organen zustehende Einrede in einem Prozess. Inhaltlich erfasst die Décharge nur Vorkommnisse, die der Generalversammlung bekannt waren.⁴³ Die Décharge kann in allgemeiner Form erteilt werden oder sich aber auch nur auf einzelne Akte beziehen.⁴⁴

Der Déchargebeschluss ist ein «gesellschaftsinterner» Rechtsakt und entwickelt damit nur Wirkungen gegenüber der Gesellschaft und gegenüber denjenigen Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt haben oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben. Keine Wirkungen kann der Déchargebeschluss gegenüber aussenstehenden Personen entfalten. Wird die Entlastung aller oder einzelner Mitglieder des Verwaltungsrats verweigert, verpflichtet dies den Verwaltungsrat nicht, eine Verantwortlichkeitsklage gegen die entsprechenden Mitglieder des Verwaltungsrats zu erheben.⁴⁵ Der Verwaltungsrat hat im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens selbst zu beurteilen, ob er eine Verantwortlichkeitsklage erheben will oder nicht.

Der Déchargebeschluss einer Gesellschaft hat keine Auswirkungen auf die Ansprüche von Aktionären oder Gläubigern aus unmittelbarer Schädigung.

4.1.2 Klagerecht

Aktionäre, die der Entlastung nicht zugestimmt haben, können innerhalb von sechs Monaten Klage erheben.⁴⁶ Bei diesen sechs Monaten handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Durch die Zustimmung zur Entlastung verzichtet der Aktionär zudem nur auf die Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft. Somit bleibt das Recht der Aktionäre zur Geltendmachung des unmittelbaren Schadens vom Entlastungsbeschluss unberührt. Sodann entfaltet die Décharge-Erteilung in einem Konkurs der Gesellschaft keine Wirkung (sogenannte Raschein-Praxis).

4.1.3 Zeitliche Aspekte

In zeitlicher Hinsicht erfasst die Entlastungswirkung eines Déchargebeschlusses in der Regel die Geschäftstätigkeit des abgelaufenen

Geschäftsjahrs, für das Rechnung gelegt und um Décharge ersucht wurde.

In einem Entscheid aus dem Jahr 2014 (BGE 4A_155/2014) setzte sich das Bundesgericht insbesondere mit den zeitlichen Aspekten der Décharge auseinander. Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass sich die erteilte Entlastung jeweils auf die Pflichtverletzungen beziehe, welche im entsprechenden Zeitraum vorgenommen wurden. Entscheidend sei dabei der Zeitpunkt der Handlung (oder der Unterlassung) und nicht etwa der Zeitpunkt, in dem sich die Pflichtverletzungen auswirken würden.⁴⁷ Wird ein Entlastungsbeschluss für das abgelaufene Geschäftsjahr gefasst, so sind von diesem auch Vorfälle aus früheren Jahren erfasst, von denen die Generalversammlung seit Erteilung der letzten Décharge Kenntnis erlangt hat. Dies wird insbesondere damit begründet, dass gemäss Gesetzeswortlaut (Art. 758 Abs. 1 OR) der Déchargebeschluss diejenigen Tatsachen umfasst, welche zum Zeitpunkt der Erteilung der Décharge bekannt waren.⁴⁸

4.1.4 Teilnahme am Beschluss

Um wirksam zu sein, muss der entsprechende Beschluss der Generalversammlung ordnungsgemäss zustandekommen. Das heisst, es sind die entsprechenden Quoren zu beachten und der Antrag ist ordnungsgemäss zu traktandieren.

Sodann hält Art. 695 OR fest, dass Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bei Beschlüssen über die Entlastung kein Stimmrecht haben. Diese Vorschrift bezweckt die unvoreingenommene und interessenskonfliktfreie Willensbildung der Generalversammlung bei entsprechenden Abstimmungen. Die betroffenen Personen müssen in den Ausstand treten, dürfen aber im Vorfeld der Abstimmungen mitdiskutieren.

Weiter sind vom Stimmrecht Personen ausgeschlossen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben oder für einen Aktionär dessen Aktien an der Generalversammlung vertreten.⁴⁹ Auch juristische Personen können insoweit nicht stimmen, soweit sie von einem zu entlastenden Organ beherrscht werden.

4.2 Delegation der Geschäftsführung

Generell ist der Verwaltungsrat für alle Angelegenheiten zuständig, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung übertragen sind. Das Gesetz sieht zudem vor, dass es dem Verwaltungsrat freisteht, Teile der Geschäftsführung zu übertragen. Die Geschäftsführung sowie die Vertretung können unter gewissen Voraussetzungen an einzelne Mitglieder oder Dritte übertragen werden. Auch eine Übertragung an juristische Personen ist unseres Erachtens zulässig.⁵⁰ Nicht übertragbar sind aber die in Art. 716a OR aufgeführten Aufgaben des Verwaltungsrats.⁵¹

Erforderlich ist somit zunächst eine statutarische Ermächtigung zur Delegation von Geschäftsführungsfunktionen. Eine statutarische Pflicht zur Übertragung der Geschäftsführung dürfte unbeachtlich sein.

Die wirksame Delegation setzt sodann einen gültigen Delegationsbeschluss des Gesamtwirtschaftsrats voraus. Zudem wird ein Organisationsreglement verlangt. Ein förmliches Organisationsreglement verlangt das Bundesgericht indes nicht; vielmehr lässt es einen protokollierten Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats genügen, sofern dieser die in Art. 716b Abs. 2 Satz 1 OR vorgesehenen Elemente der Geschäftsführung regelt.⁵² Das Organisationsreglement ist nicht öffentlich und auch nicht beim Handelsregisteramt zu hinterlegen. Der Verwaltungsrat hat aber Aktionäre und Gesellschaftsmitglieder, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, auf Anfrage hin über die Geschäftsführung zu informieren.

Art. 754 Abs. 2 OR regelt die Haftung im Falle einer befugten Delegation durch den Verwaltungsrat. Soweit es nicht um unübertragbare und unentziehbare Aufgaben nach Art. 716a OR geht, kann der Verwaltungsrat seine Geschäftsführungsaufgaben delegieren und gleichzeitig seine Haftung für die Verwaltung und Geschäftsführung im Umfang der Delegation beschränken. Bei einer zulässigen Delegation haftet der Verwaltungsrat nur noch für sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung. Der Verwaltungsrat muss somit die mit der Geschäftsführung betreuten Personen überwachen und sich regelmässig informieren lassen.⁵³ Sind jedoch die Voraussetzungen einer befugten Delegation nicht gegeben, macht sich der delegierende Verwaltungsrat haftbar, ohne dass er selber eine (weitere) Pflichtverletzung begehen müsste.⁵⁴

4.3 Arbeitsteilung im Verwaltungsrat

Gemäss Art. 716a Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen.⁵⁵ Auch die Geschäftsführung kann Ausschüssen übertragen werden, sieht doch Art. 716b Abs. 1 OR vor, dass die Geschäftsführung einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrats oder einer Mehrzahl von Mitgliedern übertragen werden kann, wobei eine statutarische Grundlage sowie ein Organisationsreglement notwendig sind. In diesem Fall werden den betreffenden Ausschüssen auch Entscheidungskompetenzen übertragen.⁵⁶ ■

¹ Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, S. 2392. Allgemein zur Haftung siehe auch Nicolas Facincani/Reto Sutter, Die Haftung des Treuhänders, in: TREX 4/2019, S. 212ff.

² Zu den Aufgaben, Rechte und Pflichten siehe etwa Stefanie Meier-Gubser, Sorgfalts- und Treuepflichten des Verwaltungsrats, in: Treuhand und Revision – Jahrbuch 2019, S. 91ff.

³ Daniel Jenny, Abwehrmöglichkeiten von VR-Mitgliedern gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung, in: ZSR 2018, S. 153.

⁴ BGE 139 III 24, E. 3.2.

⁵ Zur Treuepflicht siehe etwa Christa Sommer, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2011.

⁶ Ungetreue Geschäftsbesorgung, Art. 158 StGB.

⁷ Gebot der schonenden Rechtsausübung.

⁸ Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, in: GesKR 4/2012, S. 607.

⁹ BGer vom 18. Juni 2012, 4A_74/2012.

¹⁰ Z.B. BGE 139 III 24; BGer vom 11. Juli 2013, 4A_15/2013; BGer vom 28. August 2013, 4A_97/2013; BGer vom 11. November 2015, 4A_603/2014.

¹¹ Man spricht etwa von einer Business Judgment Rule Schweizer Prägung.

¹² BGer vom 13. Dezember 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016, E. 5.1.

¹³ BGer vom 13. Dezember 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016, E. 5.2.

¹⁴ BGer vom 11. November 2015, 4A_603/2014, E. 7.1.2.

¹⁵ Peter V. Kunz, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, in: SZW 2014, S. 277. Ein Teil der juristischen Lehre plädiert dafür, dass die Business Judgment Rule auch auf (rechtliche) Entscheide anwendbar ist bzw. eine «Legal Judgment Rule» eingeführt werden soll. BGE 132 III 564, E. 5.1.

¹⁶ Leo Rusterholz/Lukas Held, Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, in: GesKR 2016, S. 187.

¹⁷ BGer vom 28. August 2013, 4A_97/2013, E. 5.2.

¹⁸ Gewisse Unstimmigkeiten formaler Natur bei der Einberufung von Sitzungen des Verwaltungsrats, der Traktandierung und der Protokollierung reichen wohl nicht aus (vgl. HGer ZH vom 26. Januar 2015, HG120149-0).

¹⁹ BGer vom 27. Juni 2017, 4A_642/2016, E. 2.5.3.

²⁰ Dieter Gericke/Stefan Waller, Business Judgment Rule oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, S. 301; Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, in: GesKR 4/2012, S. 616ff. Letztere halten dafür, dass der Überprüfungsmaßstab der Gerichte bei der Beurteilung der Angemessenheit der Informationsbasis auf «offensichtliche Unsorgfalt» reduziert sei.

²¹ HGer ZH vom 26. Januar 2015, HG 120149, E. 7.3.3.7.

²² Es soll vorkommen, dass dem Verwaltungsrat von der Geschäftsleitung gezielt nur bestimmte Informationen zur Verfügung gestellt werden, um den Entscheid im Sinne der Geschäftsleitung zu beeinflussen.

²³ BGer vom 13. August 2013, 4A_97/2013, E. 5.3.

²⁴ BGE 130 III 213 E. 2.2.2; BGer vom 11. Juli 2013, 4A_15/2013, E. 6.1.

²⁵ Christa Sommer, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2011, S. 110ff.

²⁶ Alexander Nikitine, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Zürich 2007, S. 186ff.

²⁷ OGer ZH vom 25. März 2013, LB090080, E. 4.3e, wonach keine natürliche Vermutung der Pflichtwidrigkeit besteht, «wenn nachträglich nicht mehr mit Dokumenten bewiesen werden kann, dass in der Entscheidungsfindung die prozeduralen Regeln eingehalten worden sind». Diese Schlussfolgerung sollte nur mit Vorsicht genossen werden; es ist unklar, ob sie weiterhin Bestand haben kann.

²⁸ BGer vom 13. Dezember 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016, E. 5.1.

²⁹ BGer vom 13. Dezember 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016, E. 5.1.

³⁰ BGE 139 III 24 E. 3.2.

³¹ BGE 139 III 24 E. 3.2.

³² «Hindsight Bias».

³³ Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dog-

matik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, in: GesKR 4/2012, S. 612.

³⁴ Vgl. OGer ZH vom 25. März 2013, LB090080, E. 4.5.1.2.

³⁵ BGer vom 11. Juli 2013, 4A_15/2013, E. 6.1.

³⁶ BGer vom 8. April 2014, 4A_626/2013, 4A_412014, E. 7.3.

³⁷ OGer ZH vom 25. März 2013, LB090080, E. 4.5.3.6.

³⁸ OGer ZH vom 25. März 2013, LB090080, E. 4.5.1.2. Allerdings gilt bei Transaktionen zwischen Konzerngesellschaften ein strengerer Massstab (BGer vom 18. Juni 2012, 4A_74/2012, E. 5.1).

³⁹ BGer vom 18. Juni 2012; 4A_74/2012.

⁴⁰ BGer vom 13. Dezember 2016, 4A_259/2016, 4A_267/2016; BGer vom 28. August 2013, 4A_97/2013; BGer vom 11. Juli 2013, 4A_15/2013; BGE 139 III 24; BGer vom 18. Juni 2012, 4A_74/2012.

⁴¹ Nicolas Facincani/Dominic Wyss, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, GesKR 3/2013, S. 420; BSk OR II-Dubs/Truffer, Art. 698 N 24 und Art. 758 N 2; Peter R. Isler/Bertrand G. Schott, Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrechts?, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, S. 197ff.

⁴² BSk OR II-Gericke/Waller, Art. 758 N 2; Peter Isler/Bertrand Schott, Die Décharge – eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrechts?, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2011, S. 199.

⁴³ Art. 758 OR hält fest, dass der Déchargebeschluss nur auf bekannt gegebene Tatsachen wirkt. Ob auch die Erkennbarkeit der Tatsachen genügt, wird uneinheitlich beantwortet (bejahend etwa Andreas Hinsen, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses, in: GesKR 4/2014, S. 4). Eine ähnliche Wirkung wie der Décharge kommt der Einwilligung der Gesellschaft zu.

⁴⁴ BSk OR II-Gericke/Waller, Art. 758 N 3.

⁴⁵ Nicolas Facincani/Dominic Wyss, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, GesKR 3/2013, S. 420.

⁴⁶ Im Rahmen der geplanten Revision des Aktienrechts ist eine Verlängerung der Frist angedacht: Nicolas Facincani/Reto Sutter, Die Revision des Aktienrechts – ein Überblick, in: Treuhand und Revision – Jahrbuch 2018, S. 192ff.

⁴⁷ Vgl. auch etwa Andreas Hinsen, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses, in: GesKR 4/2014, S. 4.

⁴⁸ Andreas Hinsen, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses, in: GesKR 4/2014, S. 4; BGer vom 5. August 2014 4A_155/2014, E. 6.3.

⁴⁹ BGer vom 7. Februar 2002 4C.324/2001. Siehe hierzu auch Daniel Leu/Hans Caspar von der Crone, Stimmrechtsvertretung beim Déchargebeschluss, in: SZW 3/2002, S. 205ff.

⁵⁰ Vgl. CHK-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 716b N 1. Sofern die VegüV anwendbar ist, ist die Übertragung an juristische Personen allerdings untersagt, mit Ausnahme der Übertragung der Vermögensverwaltung; vgl. auch Michèle F. Sutter-Rüdiger/Reto Sutter, Verwaltungsratsstätigkeit im Konzernverhältnis, Sorgfalts- und Treuepflichten im Spannungsfeld zu den Konzerninteressen, in: Der Schweizer Treuhänder, 5/2012, S. 372ff.

⁵¹ Zum Ganzen vgl. Michèle F. Rüdiger, Boards of directors at work: an integral analysis of nontransferable duties under Swiss company law from an economic perspective, Diss. St. Gallen, 2009.

⁵² BGer vom 22. Februar 2008 4A_501/2007. Siehe auch Nicolas Facincani/Mark Mauerhofer, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats bei unbefugter Delegation der Geschäftsführung, in: GesKR 2008, S. 267ff. Der schriftliche Beschluss oder das Organisationsreglement muss einen gewissen Mindestinhalt aufweisen. So muss die Geschäftsführung geordnet und müssen die Stellen und Aufgaben umschrieben werden. Auch die Berichterstattung ist zu regeln.

⁵³ Diese Pflicht gilt auch, wenn die Geschäftsführung an den Alleinaktionär übertragen wird (BGer vom 27. August 2013 4A_120/2013).

⁵⁴ Nicolas Facincani/Mark Mauerhofer, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats bei unbefugter Delegation der Geschäftsführung, in: GesKR 2008, S. 269f.; BSk OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716b N 17.

⁵⁵ Siehe auch Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 29 N 30ff.

⁵⁶ Zu den Ausschüssen siehe insbesondere Nicolas Facincani/Reto Sutter, Der Verwaltungsrat – Unbekannter Bekannter, in: Expert Focus 8/17, S. 504.