

Verantwortlichkeit bedeutet aus juristischer Optik, die Folgen für eigenes oder fremdes Fehlverhalten tragen zu müssen. Ob ein Fehlverhalten vorliegt, misst sich an den Pflichten, die durch Gesetz, Statuten oder gesellschaftsinterne Beschlüsse definiert werden. Ohne den Nachweis einer Pflichtverletzung kommt es zu keiner Verantwortlichkeitshaftung [1].

INES PÖSCHEL
ROLF WATTER

RECHTLICHE PFLICHTEN UND VERANTWORTUNG DER FÜHRUNGSORGANE

Praktische Hinweise und Empfehlungen

1. EINLEITUNG

Für ein Führungsorgan ist entscheidend, seine wesentlichen rechtlichen Pflichten und damit seine Verantwortlichkeitsrisiken zu kennen [2], weshalb vorliegend eine Übersicht über diese Pflichten gegeben werden soll, wobei gleichzeitig versucht wird, möglichst praktische Hinweise und Empfehlungen zu deren Wahrnehmung zu entwickeln.

Die strategische und operative Führung der Schweizer *Aktiengesellschaft (AG)* obliegt grundsätzlich dem Verwaltungsrat (Art. 716 OR) – häufig wird allerdings die Geschäftsführung vom Verwaltungsrat an ein Management übertragen (Art. 716 Abs. 2 und Art. 716 b OR) [3]; die Pflichten und Aufgaben des Verwaltungsrates reduzieren sich dann im wesentlichen auf die strategische Führung und die Auswahl, Instruktion und Überwachung des Managements [4]. Oftmals ändert dabei die «faktische Herrschaft des Managements» [5] das vom Gesetz an sich vorgegebene Hierarchiegefüge, welches eine Vorherrschaft der Generalversammlung über den Verwaltungsrat [6] und von diesem über die Geschäftsleitung vorsieht.

In der Folge werden zunächst die Pflichten behandelt, die sich für Führungsorgane unabhängig davon ergeben, ob die Geschäftsführung an ein Management delegiert ist oder nicht – danach werden die Pflichten des Verwaltungsrates erläutert, der die Geschäftsleitung delegiert hat, wobei auch kurz auf den Spezialfall der Tochtergesellschaft eingegangen wird. Ausgeklammert werden vorliegend Versicherungsaspekte und die Frage, wie sich das Management bei delegierter Geschäftsführung am besten organisiert.

2. GENERELLE PFLICHTEN DER FÜHRUNGSORGANE

2.1 Kein genereller Pflichtenkatalog im Schweizer Recht. Das *Obligationenrecht (OR)* enthält keinen umfassenden Pflichtenkatalog dessen, was Führungsorgane machen müssten; allerdings finden sich Einzelnormen, etwa im Zusammenhang mit Kapitalveränderungen [7], der Erstellung der Rechnung [8], Massnahmen bei Kapitalunterdeckung oder drohender Überschuldung [9]. Weiter sieht Art. 716 a OR einen Pflichtenkatalog des Verwaltungsrates vor, der aber nur aussagt, was dieser mindestens selbst machen muss, also weder (wenigstens im Grundsatz) [10] der Generalversammlung noch dem Management überlassen kann. Pflichten für die Führungsorgane finden sich auch in Spezialgesetzen, etwa im Fusionsgesetz [11].

Die Zurückhaltung des Gesetzgebers, konkrete Pflichten zu definieren, ist zu begrüssen – zu vielfältig sind die Anforderungen des Wirtschaftslebens, als das man ihnen mit gesetzlichen Checklisten wirklich beikommen könnte. Andererseits muss der Gesetzgeber aber natürlich gewisse Vorgaben machen, will er den Führungsgremien keinen Freipass erteilen, den diese zum persönlichen Vorteil oder generell zum Schaden der Aktionäre [12] und der Volkswirtschaft [13], ausnutzen könnten. Dies hat das Gesetz dadurch getan, dass es den Führungsorganen eine Grundpflicht vorgibt (dazu sogleich 2.2) und verlangt, dass sie sorgfältig und im Interesse des Unternehmens handeln (vgl. 2.3).

2.2 Implizite Grundpflicht, Unternehmenswert zu steigern. U.E. besteht die Pflicht der Unternehmensführung



INES PÖSCHEL, RECHTS-
ANWÄLTIN, BÄR & KARRER,
ZÜRICH, I.POESCHEL@
BAERKARRER.CH



ROLF WATTER, RECHTS-
ANWALT, PROF. DR. IUR.,
MANAGING PARTNER,
BÄR & KARRER, ZÜRICH,
R.WATTER@
BAERKARRER.CH

letztlich darin, den Unternehmenswert langfristig zu steigern, wobei sich diese Pflicht nur indirekt aus dem Gesetz herauslesen lässt [14]. Diese Forderung bedeutet zunächst, dass sich die Führung grundsätzlich auf das langfristige Interesse des Aktionärs auszurichten hat (und nur sekundär auf dasjenige anderer Stakeholder), und sodann, dass die Ge-

schäftstätigkeit möglichst profitabel zu sein hat [15]. Da die Sicht aber eine langfristige ist, verlangt diese Grundpflicht nicht, dass aus jedem Geschäft maximaler Profit gezogen werden muss oder dass nur Geschäfte getätigt werden dürfen, die einen direkten Nutzen versprechen: Als Arbeitgeberin darf die AG beispielsweise und natürlich die Löhne generell erhöhen, wenn sich die Führung daraus erhöhten Einsatz oder eine geringere Fluktuation verspricht – im Einzelfall darf die AG auch Spenden tätigen, wenn daraus in guten Treuen ein Nutzen für das Unternehmen erwartet werden darf [16]. Stets muss die Führung aber überzeugt sein, dass ein Entscheid den Unternehmenswert langfristig steigert, in den vorgenannten Beispielen dank besser motivierten Mitarbeitern oder dank dem Werbeeffect einer Spende auf eine anvisierte Kundengruppe.

Abbildung 1: **FRAGENKATALOG** (angelehnt an die Business Judgment Rule)

Grundfragen:

- Habe ich Vertrauen in die vorschlagenden/vorbereitenden Personen?
- Bin ich sicher, dass es keinerlei Anlass gibt, an den persönlichen Absichten der vorschlagenden/vorbereitenden Person zu zweifeln?

Fragen, die im Idealfall vom Verwaltungsratspräsidenten [33] vorab [34] geklärt werden:

1. Werden durch den vorgeschlagenen Entscheid sowohl Gesellschaftszweck als auch Gesellschaftsstrategie eingehalten?
2. Ist die Zuständigkeitsordnung gewahrt, und ist das Beschlussverfahren angemessen?
3. Werden schlüssige Information rechtzeitig zur Verfügung gestellt?
4. Wird mit Interessenkonflikten angemessen verfahren?
5. Sind alle zwingenden Gesetzesvorschriften eingehalten?

Fragen, die darüber hinaus von allen Verwaltungsratsmitgliedern [35] zu beantworten sind:

6. Fühle ich mich genügend informiert [36]? Habe ich sämtliche unverzichtbare Informationen erhalten oder einverlangt, die ich zum Entscheid benötige? Sind diese Informationen verständlich und schlüssig?
7. Wurden Alternativen geprüft? Wurden Spezialisten beigezogen?
8. Habe ich Vertrauen in die vorschlagenden/vorbereitenden Personen? Bin ich sicher, dass es keinerlei Anlass gibt, an den persönlichen Absichten der vorschlagenden/vorbereitenden Person zu zweifeln [37]?
9. Handle ich nur im Interesse der Gesellschaft, oder werde ich auch von anderen Interessen beeinflusst? Wenn ja, von welchen, und muss respektive soll ich diese offenlegen [38]?
10. Ist die Ratio des Entscheides (im weitesten Rahmen) ersichtlich und verständlich? Habe ich eine vernünftige Erklärung für den Entscheid?
11. Steht das eingegangene Risiko in einem angemessenen Verhältnis zum erwarteten Ertrag [39]?
12. Habe ich einen bewussten Entscheid gefällt (habe ich mich insbesondere auch bewusst entschieden, nichts zu tun)? Habe ich das Gefühl, dass ich zur Entscheidungsfindung beitragen konnte?

2.3 Sorgfalts- und Treuepflicht als wichtigste gesetzliche Pflichten. Das Schweizer Aktienrecht enthält als allgemeine Pflichten des Verwaltungsrates und des Managements die Forderung, die Geschäfte mit aller Sorgfalt zu führen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR); das Gesetz enthält auch eine Pflicht, die Aktionäre gleich zu behandeln, auf die hier aber nicht näher eingegangen wird [17].

Rechtsprechung und Lehre haben die Sorgfaltspflicht so ausgelegt, dass sie «objektiviert» gilt, was bedeutet, dass von jedem Mitglied der Unternehmensführung verlangt wird, dass es die Sorgfalt anwendet, die eine ordnungsgemäss handelnde Person anwenden würde [18]. Praktisch bedeutet dies etwa, dass mangelnde Ausbildung, zu wenig Zeit oder Abhängigkeit von einem Hauptaktionär nicht als Entschuldigung herangezogen werden können, um einen Fehlentscheid später zu rechtfertigen. Dazu, was im Einzelfall (z. B. bei einer Investition, einer Kreditvergabe) als sorgfältig gilt, gibt es eine relativ breite Rechtsprechung [19], die aber leider manchmal eher praxisfremd wirkt [20]. Keinesfalls darf von Gerichten ein so strenger Massstab an die erwartete Sorgfalt angesetzt werden, dass die einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit stets immanente Risikobereitschaft oder die Innovationsfreude eingeschränkt oder gar verunmöglicht wird, sprich jedes Eingehen eines Risikos per se als Verletzung der Sorgfaltspflicht angesehen wird.

Die Treuepflicht verlangt im wesentlichen, dass das einzelne Führungsmitglied seine eigenen Interessen (oder die Interessen ihm nahestehender Personen) hinter diejenigen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre stellt [21]. Diese Pflicht beschränkt beispielsweise die Möglichkeit, Geschäfte mit sich selbst oder mit nahestehenden Personen abzuschliessen, ausser eine Benachteiligung der Gesellschaft sei ausgeschlossen, und verbietet dem Mitglied des Führungsorgans auch, die Gesellschaft zu konkurrenzieren oder Unternehmensinterna an Dritte weiterzugeben [22].

2.4 Business Judgment Rule. Herkommend aus dem amerikanischen Recht hat sich in der Schweizer Rechtslehre seit einiger Zeit die Meinung durchgesetzt, dass auch in der Schweiz die sogenannte «Business Judgment Rule» Geltung habe [23]. Diese Regel besagt im amerikanischen Recht (etwas

vereinfacht), dass kein Gericht geschäftliche Entscheide überprüfen und gegebenenfalls als falsch beurteilen soll, wenn diese in einem korrekten und bewussten Verfahren, gestützt auf sorgfältig aufgearbeitete Informationen in guten Treuen zustande gekommen sind, nicht gegen zwingende und hinreichend konkrete Gesetzesvorschriften verstossen und die mitwirkenden Verwaltungsräte unbefangen und unabhängig waren. Wesentlicher Grund für diese Regel war und ist, dass jeder, der einen einmal gefällten Entscheid später zu beurteilen hat, zwangsläufig immer «intelligenter» ist oder – wie es die Amerikaner ausdrücken – mit dem «benefit of hindsight» urteilt.

In der schweizerischen Rechtsprechung findet man erst vereinzelt Hinweise auf diese Regel, so etwa in einem unveröffentlichten Urteil des Bundesgerichtes [24], in welchem bezüglich Information, die vorhanden zu sein hat, folgendes festgehalten wurde:

«[Die Vorinstanz] erblickte zu Recht eine Verletzung der Sorgfaltspflicht im Umstand, dass beim Entscheid über die Kreditvergabe keine Angaben über die Kreditfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners vorgelegen haben. Bei einem Kredit in der bewilligten Höhe bedeutet dies für jedes Verwaltungsratsmitglied ungeachtet seiner Ausbildung eine klare Pflichtverletzung. Daran ändert der Umstand nichts, dass der Kredit [...] in der ersten Sitzung des Verwaltungsrates, an welcher der Beklagte teilgenommen hat, gesprochen wurde. Die einfache Frage, wie es um die Kreditfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners bestellt sei bzw. ob und wie diese abgeklärt worden sei, hätte noch keineswegs ein rigoroses Eingreifen des Neulings bedeutet. Gerade wenn er mit den internen Abläufen noch nicht vertraut war, hätte er diese elementare Frage aufwerfen müssen und wäre ihm dieses Verhalten auch nicht verargt worden. Auch die Zustimmung des an der Sitzung nicht anwesenden Alleinaktionärs zum Kredit entband ihn nicht davon. [...] Eine finanziell gesunde Basis erlaubt allenfalls, dass ein Unternehmen in einem klar beschränkten Rahmen eher Risiken eingehen kann als ein anderes Unternehmen. Voraussetzung bleibt aber auch dann, dass das Risiko bewusst eingeschätzt und klar eingegrenzt wird [Verweise].»

Abbildung 2: ZUSÄTZLICHE FRAGEN BEI EINER DELEGATION

1. Liegt ein angemessenes und funktionsfähiges Organisationsreglement vor?
2. Ist ein regelmässiges Reporting vorgesehen (je nach Unternehmens- respektive Gesellschaftsgrösse monatlich, quartalsweise, halbjährlich; Detaillierungsgrad: nur Kennzahlen, ganze Ertragsrechnung oder Ertragsrechnung beispielsweise nur bis Stufe EBITDA, ebenfalls abhängig vom Unternehmen)?
3. Finden regelmässige Präsentationen des Managements an VR-Sitzungen statt? Gibt es Kontaktmöglichkeiten an gemeinsamen «Social Events»?
4. Gibt es eine Besprechung der Leistung des Managements und der Nachfolgeplanung an wenigstens einer Verwaltungsratssitzung im Jahr?

2.5 Praktische Empfehlungen. Geschäftsführende Mitglieder des Verwaltungsrates oder Mitglieder der Unternehmensleitung sollten damit folgende Leitlinien beachten, wollen sie das Risiko minimieren, dass man ihnen eine Pflichtverletzungen vorwirft, für die sie im Extremfall persönlich mit ihrem Vermögen (im Einzelfall auch strafrechtlich) [25] einzustehen haben:

- a) Festlegen einer klaren Zuständigkeitsordnung: Eine solche Ordnung, die im Organisationsreglement oder auch einem speziellen Geschäftsreglement [26] niedergelegt werden kann, verhindert, dass ein Mitglied des Führungsorgans für (Fehl-) Entscheide haftbar wird, die gar nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fallen. Organisations- und Geschäftsreglemente sind regelmässig zu überprüfen und bei Bedarf an veränderte Gegebenheiten anzupassen;
- b) Regelmässige Sitzungen von Gremien, Einladung, Protokolle: Wo ein Gremium für bestimmte Aufgaben und Entscheide für zuständig erklärt wird (z. B. der Verwaltungsrat, die Konzernleitung), sollte sich dieses Gremium aufgrund von rechtzeitigen Einladungen mit Traktanden und mit Dokumenten [27] unterlegten Beschlussanträgen regelmässig [28] treffen; seine Aufgabenerledigung sollte in Protokollen umgehend dokumentiert werden. Protokolle sollten keine reinen Beschlussprotokolle, aber auch keine Wortprotokolle sein, sondern die wesentlichen zur Diskussion gestandenen Gesichtspunkte [29] zu den einzelnen Geschäften wiedergeben [30]. Der eine Minderheitsmeinung vertretende Verwaltungsrat ist gut beraten, darauf zu bestehen, dass insbesondere bei Entscheiden von erkennbar grösserer Tragweite seine wesentlichen Einwände protokolliert werden. Ebenso sollte in jedem Fall ein Ausstand festgehalten werden [31].

Im Rahmen von zu beschliessenden Geschäften möge der an der Business Judgment Rule ausgerichtete [32] Fragenkatalog (Abbildung 1) als Anregung dienen. Dabei werden gewisse, insbesondere vorbereitende Aufgaben dem Verwaltungsratspräsidenten zugewiesen. Mit zunehmender Tragweite eines Entscheides nehmen die Anforderungen an das Entscheidungsverfahren zu, beispielsweise sind dann je nach Umständen mehrere Alternativen zu prüfen.

3. SPEZIELLE PFLICHTEN DES VERWALTUNGSRATES BEI ÜBERTRAGUNG DER GESCHÄFTSFÜHRUNG

3.1 Allgemeines. Alle nicht im Katalog der unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a OR enthaltenen Aufgaben kann der Verwaltungsrat an ein Management übertragen [40]. Dazu müssen die Statuten eine entsprechende Delegationsnorm enthalten und der Verwaltungsrat muss ein Organisationsreglement beschliessen, welches die erforderlichen Stellen und deren Aufgaben definiert, das Entscheidungsverfahren regelt und die Berichterstattung festlegt (Art. 716b OR) [41].

3.2 Pflicht zur Auswahl eines geeigneten Managements. Bei Delegation der Geschäftsführung an ein Management besteht die (nebst der Strategiedefinition) zentrale Pflicht des Verwaltungsrates [42] darin, geeignete Personen auszuwählen, und zwar hinsichtlich der einzelnen Position, aber auch

mit Blick auf die Zusammensetzung des Gesamtgremiums. Dabei gibt ihm das Recht keine direkten Vorgaben, der Verwaltungsrat wird sich aber ähnlich wie bei seiner Zusammensetzung [43] von der indirekten Vorgabe leiten lassen müssen, dass er das Geschäftsleitungsorgan derart zusammensetzt, dass die Geschäfte in jeder Hinsicht optimal respektive aus juristischer Sicht so geführt werden, dass kein Anlass zu einer Verantwortlichkeitsklage entsteht.

Wichtige Stütze für die richtige Auswahl sind zunächst genaue Vorstellungen über das notwendige Profil der Stelle, dann aber auch eine klare Nachfolgeplanung, die aufzeigt, wann (beispielsweise aus Altersgründen) jemand zu ersetzen ist, ob dafür interne Kandidaten zur Verfügung stehen und wie diese zu fördern sind, damit sie im gegebenen Zeitpunkt für die Übernahme neuer Aufgaben bereit sind. Zur Nachfolgeplanung gehört u. E. auch, dass Klarheit darüber besteht, wer bei kurzfristigem Bedarf welchen Posten übernehmen kann.

3.3 Pflicht zur geeigneten Instruktion. Der delegierende Verwaltungsrat hat der Geschäftsführung deren Aufgabe in den Grundzügen [44] und die Unternehmensstrategie zu vermitteln [45]. Diese generelle Instruktion wird oftmals – wenn auch nicht explizit als Instruktion gekennzeichnet – schriftlich erfolgen [46], nicht selten ist es auch so, dass die Geschäftsführung an den Verwaltungsratssitzungen wenigstens teilweise präsent ist. Die wichtigeren konkreten Instruk-

tionen erfolgen in der Praxis jedoch oftmals mündlich – dabei ist zu beachten, dass diese mangels Belegbarkeit in einem Verantwortlichkeitsprozess möglicherweise nicht genügen werden [47].

3.4 Pflicht zur Überwachung. Der delegierende Verwaltungsrat hat sicherzustellen, dass genügend betriebliche und finanzielle Information rechtzeitig und vollständig an ihn gelangt, damit er beurteilen kann, ob sich der angestrebte Geschäftserfolg verwirklicht, die Geschäftsprozesse nach seinen Vorstellungen ablaufen und er wirklich das geeignete Management eingesetzt hat. Dies muss einerseits durch Festlegung eines generellen, institutionalisierten Informationsflusses erfolgen, der sich vor allem auf Finanz- und andere Kennzahlen abstützt, ferner durch die Regelung von sofortigen Meldepflichten (z. B. an den Verwaltungsratspräsidenten) in besonderen Fällen. Ein wichtiger Faktor für die Überwachung des Managements ist praktisch auch die Beurteilung der einzelnen Geschäftsleitungsmitglieder an Verwaltungsratssitzungen, z. B. dann, wenn das Management Präsentationen macht oder Fragen beantwortet. Überwachung der Prozesse erfolgt heute oft durch eine interne Revision, durch ein separates Controlling und immer mehr auch durch die Schaffung von internen Kontrollsystemen [48]. Ungenügend ist es u. E., sich in diesem Bereich auf die Revisionsstelle zu verlassen. Zu beachten ist praktisch auch, dass der Informa-

ANZEIGE

Wir nehmen alles persönlich. Speziell Ihre Wünsche.



Sesam Expert

Die betriebswirtschaftliche Gesamtlösung für Treuhand- und Revisionsunternehmen! Denn nur mit optimierten Prozessen und flüssigen Abläufen können eine langfristige Kundenbindung und damit der Geschäftserfolg erreicht, gehalten und ausgebaut werden.

Infoline 0848 868 848 oder www.sageschweiz.ch

sage Schweiz
Suisse
Svizzera
einfach sympathisch

Abbildung 3: HINWEISE FÜR DEN VERWALTUNGSRAT IN TOCHTERGESELLSCHAFTEN

1. Auf mindestens zwei Verwaltungsratssitzungen bestehen, davon mindestens eine physisch unter Anwesenheit der lokalen Geschäftsleitung.
2. Auf periodischem Reporting bestehen, betreffend die Gruppe, aber auch auf Stufe der Tochtergesellschaft, Detaillierungsgrad kann sich an den Kenngrößen orientieren, welche die Tochter an die Mutter rapportiert.
3. Sicherstellen, dass die Tochtergesellschaft von den internen Kontrollsystem der Mutter erfasst wird – falls internes Audit besteht, Reports, welche die Tochtergesellschaft betreffen, verlangen.
4. Mindestens einmal pro Jahr eingehendes Gespräch mit der Revisionsstelle der Tochtergesellschaft durchführen.
5. Vorsicht bei Darlehen oder Garantien zugunsten der Mutter- oder Schwestergesellschaften sowie bei einem Cash Pooling.
6. Bestätigung verlangen, dass Sozialversicherungsabgaben abgerechnet und bezahlt werden.
7. Sich durch Mandatsvertrag mit der Mutter absichern, gegebenenfalls Versicherungspolice der Mutter verlangen, falls diese auch Verwaltungsräte in Tochtergesellschaften abdeckt.

tionsfluss als Bring- und nicht als Holschuld ausgestaltet wird.

3.5 Praktische Empfehlungen für den Verwaltungsrat. Organisations- respektive Geschäftsreglement legen die Grundregeln der Delegation, der Instruktion und der Kontrolle fest, wobei unseres Erachtens der Fokus auf den Aufgabenbereichen und dem Informationsfluss liegen sollte. Bei Konzernstrukturen muss zudem das Einbinden der Gruppengesellschaften geregelt werden, da sich aus den gesetzlichen Vorschriften allein keine regelmässige Informationspflicht der Tochtergesellschaft an die Geschäftsleitung re-

spektive den Verwaltungsrat der Konzernobergesellschaft ergibt.

Zusätzlich zu den bereits in Abbildung 1 aufgeführten Fragen, die sich eher am einzelnen Geschäft ausrichten, sind bei einer Delegation weitere Punkte zu beachten (Abbildung 2).

3.6 Praktische Empfehlungen für den Verwaltungsrat in Tochtergesellschaften. Die Situation eines Verwaltungsrates in einer Aktiengesellschaft, die Teil einer Gruppe bildet, gestaltet sich oftmals schwierig. Das schweizerische Recht kennt kein Konzernrecht, so dass die rechtlichen Anforderungen für jede einzelne Aktiengesellschaft eigenständig einzuhalten sind. De facto hat der Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft nur eine untergeordnete Rolle, viele Entscheide werden in der Konzernzentrale gefällt und die Führungsstruktur orientiert sich nicht am legalen Aufbau einer Gruppe, sondern an den Geschäftsprozessen. Der operative Leiter einer Tochtergesellschaft rapportiert denn auch primär an seinen Vorgesetzten im Konzern und nicht an den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft. Die in Abbildung 3 dargestellten praktischen Hinweise mögen es dem Verwaltungsrat erleichtern, seiner vom Gesetz zugewiesenen Verantwortung dennoch gerecht zu werden.

4. FAZIT

Jedes Mitglied eines Geschäftsführungsorgans ist gut beraten, seine Handlungen fortwährend unter dem Blickwinkel möglicher Pflichtverletzung zu prüfen bzw. zu versuchen, das Risiko, dass Handlungen später als Pflichtverletzungen qualifizieren, zu minimieren. Grundsätzlich sollte das Führungsorgan sein Handeln jedoch nicht an der Haftungsfrage, sondern viel mehr am angestrebten Geschäftserfolg und der Vertrauensfrage [49] ausrichten. Bei der Vertrauensbildung und -erhaltung kommt der Qualität und Rechtzeitigkeit der Information [50] eine herausragende Rolle zu. Neben dem (hoffentlich) selbstverständlichen Informationsfluss sollte innerhalb der verantwortlichen Gremien ein Klima herrschen, in dem eine angeregte Diskussion möglich ist und Fragen nicht als Misstrauensvoten aufgefasst werden, sondern als Beitrag an die gegenseitige Vertrauensbildung und -erhaltung [51]. ■

Anmerkungen: 1) Zu den weiteren Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit eingehend (und statt vieler): von der Crone Hans Caspar/Carbonara Antonio/Hunziker Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR 43 (2006), 41 ff. 2) Vgl. zur präventiven Funktion des Verantwortlichkeitsrechts von der Crone et al. (Anm. 1), 21 mit weiteren Verweisen. 3) Vgl. Koller Heinrich, Das gesetzliche Grundgerüst, ST 06/11, S. 802 ff. 4) Beziehungsweise auf die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gemäss Art. 716 a Abs. 1 OR. 5) Böckli Peter, Corporate Governance: Vertrauen an der Unternehmensspitze, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 76, Bern 2006, 45. 6) Details hierzu sind in der Rechtsliteratur umstritten, die Vorherrschaft der Generalversammlung folgt aber ohne weiteres aus Art. 705 OR, welcher der Generalversammlung

das Recht einräumt, Mitglieder des Verwaltungsrates jederzeit abzuberufen. Vgl. dazu auch die Notizen der Podiumsdiskussion, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.) (Anm. 5), 105 ff. 7) Vgl. Art. 650 ff. OR für die Kapitalerhöhung und Art. 732 ff. OR für die Kapitalherabsetzung. 8) Vgl. Art. 662 ff. und 716 a Abs. 1 Ziff. 6 OR. 9) Vgl. Art. 725 OR; eingehend zu den vorliegend weitgehend ausgeklammerten Pflichten in Krisensituationen: Glanzmann Lukas, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto Vito (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2003, 19 ff. 10) Vgl. zu den Ausnahmen Watter Rolf, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 716 a OR N 1 ff; ferner Watter Rolf, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift Peter Forstmo-

ser, Zürich 2003, 183 ff. 11) So wie im Fusionsbericht und -vertrag gemäss Art. 12 ff. FusG bei der Fusion oder im Spaltungsbericht und -vertrag/-plan gemäss Art. 36 ff. FusG bei der Spaltung; zu den Pflichten der Führungsorgane einer AG bei einer ordentlichen Fusion ausführlich Schneller Yves, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Diss. Zürich/St. Gallen 2006, 56 ff. 12) Vgl. zur Problematik, dass die Unternehmensführung die Interessen der Aktionäre oft hinter eigene Interessen stellt die sogenannte Principal-Agency-Problematik, dargestellt beispielsweise im Artikel von Watter Rolf/Maizar Karim, Structure of executive compensation and conflicts of interest – Legal constraints and practical recommendations under Swiss law, in: Bahar Rashid/Thévenoz Luc (Hrsg.), Conflicts of interest: Corporate Governance and Financial Markets (erscheint demnächst), 31 ff., oder bei Watter Rolf/Spillmann Till, Corporate Social Responsibility –

Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 2-3/2006, 99 f., mit zahlreichen weiteren Hinweisen. 13) Volkswirtschaftlich besteht beispielsweise ein Interesse an Wettbewerb und möglichst transparenten, offenen Märkten, inklusive einem möglichst effizienten Kapitalmarkt. 14) Vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Der Aspekt der Langfristigkeit lässt sich aus den Normen zur Reservebildung ablesen, Art. 671 ff. OR. Vgl. zur Herleitung dieser Pflicht auch Watter Rolf/Rohde Thomas, Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrates, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Zürich 2006, 338 f., und Watter/Spillmann (Anm. 12), 105 ff., jeweils mit weiteren Verweisen. 15) Vgl. dazu in Bezug auf börsennotierte Unternehmen Forstmoser Peter, Profit als Mass aller Dinge, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag (Anm. 14), 55 ff. 16) Vgl. dazu Watter/Rohde (Anm. 14), 329 ff. 17) Art. 717 Abs. 2 OR. 18) Vgl. statt vieler Watter Rolf/Nüesch Sabina, Anwalt als Organ, in: Haftpflicht des Rechtsanwaltes, St. Gallen 2006, 46 f. 19) Vgl. Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. SSHW 210, 239 ff., Zürich 2001, Widmer Peter/Banz Oliver, Basler Kommentar (Anm. 10), Art. 754 N 26. 20) Am deutlichsten wird dies wohl im Bereich des Sozialversicherungsrechts, wo das Bundesgericht eine Spezialhaftung, die über das vom Gesetzestext her sogar Grobfahrlässigkeit als Haftungsverantwortung verlangt, durch eine komplette Überdehnung des Sorgfaltsmassstabes praktisch in eine Art Kausalhaftung verwandelt hat; vgl. Watter (Anm. 10), Art. 717 OR N 11, mit weiteren Nachweisen. 21) Beispielsweise Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat: Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Zürich 1994, S. 169. 22) Vgl. generell statt vieler Forstmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, § 28 N 25 ff. 23) Vgl. etwa Grass Andreas R., Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 1 (2000), 1 ff.; Ausführlich Grass Andreas R., Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998, 73 ff.; Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004 § 13 N 582 ff.; Frick Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: Festschrift Peter Forstmoser (Anm. 10), 509 ff.; kritisch: Kunz Peter V., Richtliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten in: Festschrift Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 459 f. 24) BGE 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 (insb. Erwägung 2.1.2.). 25) Art. 158 StGB, vgl. auch die hängigen Verfahren gegen die ehemaligen Führungsorgane der Swissair. 26) Das Organisationsreglement ist im Falle der Delegation der Geschäftsführung im Sinne von Art. 716b OR zwingend vorgeschrieben und ordnet im Sinne eines Mindestinhalts die Geschäftsführung; das Geschäftsreglement im eigentlichen Sinn enthält

Regeln über die innere Organisation und die Verfahrensweise des Verwaltungsrates. Liegt ein Organisationsreglement vor, bilden diese Regeln meist auch Bestandteil des Organisationsreglementes. Vgl. dazu Böckli (Anm. 23), § 13 N 322 ff., mit weiteren Verweisen. 27) Zu denken ist etwa an eine Investitionsrechnung, bei Krediten an Angaben über die Bonität des Kreditnehmers. 28) Vgl. Watter (Anm. 10), Art. 717 OR N 8; für den Verwaltungsrat ist von einer Mindestanzahl von vier Sitzungen auszugehen: Eine erste Verwaltungsratssitzung ist typischerweise notwendig für (bzw. sollte als Schwerpunkt haben) den Jahresabschluss mit Revisionsstellenbericht, eine zweite für die Planung der Generalversammlung, evtl. samt Besprechung von Personal- und Nachfolgefragen, die dritte für das Halbjahresresultat und endlich eine vierte für das Budget und die Mittelfristplanung, evtl. auch für die Besprechung der Strategie. 29) Also nicht nur die sehr oft wiederzufindende Aussage: «Es wurde (eingehend) diskutiert.» Im Gegenteil weckt diese Aussage über eine Selbstverständlichkeit das unangenehme Gefühl, dass dies nicht der Regelfall ist, respektive dass, wo dies nicht explizit erwähnt ist, keine Diskussion stattgefunden hat. 30) Unter Beilegung der wesentlichen Unterlagen (vgl. Böckli (Anm. 23), § 13 N 150; Müller Roland, Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, Vortrag am Weiterbildungsseminar «Sitzungs- und Versammlungsmanagement» vom 26. Oktober 2005, 5 ff.). 31) Aufgrund des Umstandes, dass Verwaltungsratsprotokolle immer öfter offenzulegen sind (z. B. im Rahmen einer Due Diligence oder gegenüber Aufsichtsbehörden), ergibt sich ein schwer lösbarer Konflikt zwischen nicht erwünschter Transparenz und dem Dokumentationsbedürfnis des Verwaltungsrates, das sich an einer möglichen Verantwortlichkeitsklage ausrichtet. 32) Siehe auch Tabelle von Grass (Anm. 20, SZW), S. 10, mit retrospektiven Fragen im Verantwortlichkeitsprozess, sowie die Bedingungen bei Böckli (Anm. 23), § 13 N 584, und Frick (Anm. 23), 515 f. 33) Dies setzt voraus, dass Entsprechendes im Organisationsreglement geregelt ist und das nicht präsidierende Verwaltungsratsmitglied keinen Anlass hat, an der Unabhängigkeit des Präsidenten zu zweifeln; andernfalls muss das betreffende Mitglied die folgenden Punkte wohl selber prüfen. Vgl. zu den Aufgaben und der Verantwortlichkeit des Verwaltungsratspräsidenten eingehend: Wunderer Felix Rolf, Der Verwaltungsrats-Präsident, Diss. St. Gallen 1995, SSHW 163. 34) Sprich vor Vorlage des Geschäftes. 35) Einschliesslich des Verwaltungsratspräsidenten. 36) Andernfalls ist der Verwaltungsrat angehalten, nach diesen Informationen zu fragen und einen Entscheid unter Umständen aufzuschieben, bis er sich genügend informiert fühlt, um einen vertre-

baren Entscheid zu fällen. 37) Anlass zu Zweifeln besteht typischerweise, wenn die Frage 6 nicht mit Ja beantwortet werden kann. 38) Vgl. zum Thema Interessenkonflikt eingehend Druey Jean Nicolas, Interessenkonflikte, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.) (Anm. 5), 59 ff.; sowie Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, Die «richtige» Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), Europa Institut Zürich Band 67, «Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III», 63 ff. 39) Bzw. stimmt der «Return on Investment». 40) Mit oder ohne Genehmigungsvorbehalt für bestimmte Geschäfte. 41) Es besteht keine Pflicht, das Organisationsreglement zu publizieren; abgesehen von einer sich entwickelnden Gepflogenheit von börsennotierten Gesellschaften, das Organisationsreglement im Internet zugänglich zu machen besteht für diese die Pflicht, im Rahmen des Corporate-Governance-Berichtes die Kompetenzen des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung darzustellen (Ziff. 3.6 RLCG) 42) Oftmals wird in Konzernobergesellschaften ein Ausschuss (oftmals «Nomination and Remuneration Committee») eingesetzt und damit betraut, dem Verwaltungsrat u. a. geeignete Kandidaten nach eingehender Vorevaluation vorzuschlagen. 43) Vgl. dazu eingehend Watter/Roth Pellanda (Anm. 37), 48 ff. 44) In Form von Leitplanken, vgl. Biland Thomas A., Die Rolle des Verwaltungsrats im Prozess der strategischen Unternehmensführung, Diss. St. Gallen 1989, 293. 45) Siehe dazu auch Trigo Trindade Rita, Le Conseil d'administration de la société anonyme, composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs, Basel und Frankfurt am Main, 1997, 160. 46) Z. B. in Form des Organisationsreglementes sowie Auszügen aus Verwaltungsratsprotokollen und -präsentationen, welche die Unternehmensstrategie darlegen (und oftmals von der Geschäftsführung vorbereitet werden). 47) Siehe dazu auch Bertschinger Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 175, mit weiteren Verweisen. 48) Vgl. zur Pflicht zur Beschreibung der internen Informations- und Kontrollsysteme für börsennotierte Aktiengesellschaften, Ziff. 3.7 RLCG. Interne Kontrollsysteme lösen mehr und mehr die früher wichtigen Zertifizierungen ab. Vgl. auch den neuen, im Jahre 2007 in Kraft tretenden Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR. 49) Vgl. dazu die eingehende Auseinandersetzung sowie die Postulate von Böckli Peter, Corporate Governance: Vertrauen an der Unternehmensspitze, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.) (Anm. 5), 33 ff. 50) Im Rahmen der Verwaltungsratssitzungen, aber auch ausserhalb. 51) Und natürlich auch dem rechtzeitigen Ergreifen von geeigneten Massnahmen, wenn das Vertrauen ge- oder zerstört ist. Bei unwiederbringlicher Zerstörung des Vertrauens ist wohl eine Trennung unumgänglich. Siehe dazu auch BGE 122 II 199 ff.

RÉSUMÉ

Tâches et responsabilité des organes de direction

La responsabilité implique, du point de vue du juriste, de devoir supporter les conséquences d'un comportement fautif, le sien ou celui d'un tiers. L'existence d'un tel comportement fautif se détermine en fonction des devoirs que la loi, les statuts ou les décisions internes de la

société définissent. La preuve de la violation d'un devoir ainsi imposé est nécessaire pour conclure à l'existence d'un chef de responsabilité. Il est ainsi déterminant pour les membres des organes de direction de connaître l'étendue de leurs devoirs et, par là, des risques qui

s'y rattachent en matière de responsabilité. La présente contribution a donc pour but de procéder à un aperçu de ceux-ci et d'essayer d'élaborer, autant que possible, des directives pratiques pour leur sauvegarde. IP/RW

Spezialnummer
Arbeitsteilung in der Führung
und Kontrolle von Unternehmen
Numéro spécial
Répartition des tâches
dans la gestion et le contrôle
des entreprises

Das gesetzliche Grundgerüst
Rechtliche Pflichten und
Verantwortung der Führungsorgane
Die Rolle des Wirtschaftsprüfers
Communication entre les organes
de gestion et l'auditeur
Interne Kontrollen für KMU
Lösung der Haftungsfrage
wird greifbar

DER SCHWEIZER TREUHÄNDER
L'EXPERT-COMPTABLE SUISSE