



Verantwortlichkeit nichtexekutiver Verwaltungsräte

Parallelen zur Revisionsstelle?

NADIA KUZNIAR*

Die Problematik rund um die übermässige Revisionshaftung ist in der aktienrechtlichen Diskussion bekannt. Der aktuelle Entwurf zum Aktienrecht sieht denn auch einen Lösungsvorschlag vor, der die Revisionsstellen entlasten soll. Eine solche Vorzugsbehandlung würde das Problem jedoch nicht aus der Welt schaffen, sondern lediglich auf andere finanzkräftige Organe umlagern. Stossend wäre dies bei nicht-exekutiven Verwaltungsräten: Sie haben zwar umfassende unübertragbare Pflichten, aber weitaus geringere Eingriffsmöglichkeiten in der Aktiengesellschaft als gemeinhin angenommen. Sinnvoll wäre deshalb eine Reduktion des Pflichtenprogramms für Verwaltungsräte, die nicht zugleich operativ in der Gesellschaft tätig sind.

La problématique de la responsabilité excessive des organes de révision est connue dans le débat sur le droit de la société anonyme. De fait, le projet actuel relatif au droit de la société anonyme contient une proposition de solution visant à décharger les organes de révision. Or, un tel traitement préférentiel ne réglerait pas le problème, il en transférerait seulement le poids à d'autres organes disposant de solides ressources financières. Ce qui serait choquant dans le cas des membres non exécutifs d'un conseil d'administration : bien que soumis à quantité de devoirs intransmissibles, leurs moyens d'intervention dans la société anonyme sont bien moins étendus qu'on ne le suppose. Le plus judicieux serait donc de diminuer les devoirs incombant aux membres du conseil d'administration qui ne jouent pas simultanément un rôle opérationnel dans la société.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Solidarität zwischen der Revisionsstelle und den Exekutivorganen
 - A. Überproportionale Haftung der Revisionsstelle
 - B. Gesetzgeberische Eindämmungsversuche
- III. Nichtexekutive Verwaltungsräte im verantwortlichkeitsrechtlichen Gefüge
 - A. Die unübertragbaren Aufgaben als Haftungsrisiko
 - B. Stellung und Tätigkeit nichtexekutiver Verwaltungsräte in der Aktiengesellschaft
 - C. Reduktion des Verantwortlichkeitsrisikos im geltenden Recht
 - D. Mögliche Schlüsse im Hinblick auf die Aktienrechtsrevision
- IV. Fazit

I. Einleitung

Die Diskussion um die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dreht sich hauptsächlich um die Revisionshaftung. In der aktuellen Aktienrechtsrevision ist denn auch die Rede von einem Lösungsvorschlag, der allein die Revisionsstelle entlasten würde. Eine solche Vorzugsbehandlung hätte allerdings unweigerlich die Verlagerung des Haftungsrisikos auf die übrigen finanzkräftigen Organe zur Folge. Was eine solche Entwicklung für nichtexekutive Verwaltungsratsmitglieder bedeuten würde, darauf möchte der vorliegende Beitrag den Fokus lenken.

In einem ersten Schritt wird dazu die Problematik rund um die Solidarität zwischen der Revisionsstelle und den

Exekutivorganen kurz dargestellt (II.). Den Kern der Abhandlung bildet das darauffolgende Kapitel (III.). Darin werden die Einflussmöglichkeiten nichtexekutiver Verwaltungsräte in der Aktiengesellschaft beleuchtet und vielfach übersehene Parallelen zur Revisionsstelle aufgezeigt. Ebenso werden im Sinne eines Ausblicks mögliche Lösungsansätze für das Problem skizziert. Der Artikel schliesst mit einem Fazit (IV.).

II. Solidarität zwischen der Revisionsstelle und den Exekutivorganen

A. Überproportionale Haftung der Revisionsstelle¹

Formell gesehen gibt es zwischen der Revisionsstelle und den übrigen Organen keinen Unterschied. Faktisch jedoch

¹ Über die Unzulänglichkeiten der Revisionshaftung wurde bereits viel geschrieben. Dieses Kapitel beschränkt sich denn auch darauf, die wichtigsten Eckwerte der Diskussion zu skizzieren. Für eine umfassende Darstellung der Thematik sei auf andere Autoren verwiesen: grundlegend PETER FORSTMOSER, Den Letzten beißen die Hunde, Zur Haftung der Revisionsstelle aus der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 483 ff.; ebenso PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 18 N 179 ff.; für einen Überblick über die Entstehungsgeschichte der heutigen Norm sowie über die geplanten Neuerungen vgl. ROLF SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schwei-

* NADIA KUZNIAR, M.A. HSG, Universität St. Gallen.

hat Erstere innerhalb der Gesellschaft eine Sonderstellung inne: Als Prüferin wird sie von aussen beigezogen und ist oft nur während eines beschränkten Zeitraums innerhalb des Geschäftsjahres tätig. Um ihre Pflichten erfüllen zu können, ist sie massgeblich auf die von Verwaltungsrat und insbesondere Geschäftsleitung bereitgestellten Informationen angewiesen.²

In der Regel muss sich die Revisionsstelle vorwerfen lassen, bestehende Missstände fahrlässig übersehen zu haben. Es sind die exekutiv tätigen Organe, welche die unmittelbare Schadensursache setzen, und das vielfach mit einer höheren Verschuldensintensität.³ Die Fahrlässigkeit der Revisionsstelle führt meistens lediglich zu einer Vergrösserung des entstandenen Schadens.⁴ Aus diesen Gründen wurde die Revisionsstelle auch schon als «Sekundärorgan» bezeichnet.⁵

Trotz dieser Sonderstellung haftet die Revisionsstelle grundsätzlich mit den übrigen Organen solidarisch (Art. 759 Abs. 1 OR),⁶ und sie wird im Falle eines Konkurses überaus häufig belangt.⁷ Dies ist aus Sicht der Kläger verständlich, ist sie doch in den allermeisten Fällen die Verantwortliche mit dem grössten Haftungssubstrat («*deep pockets*»)⁸. Als solche trägt sie auch das Bonitätsrisiko.⁹ Gleichzeitig erleichtern es die detaillierten berufsrechtlichen Normen zur Revision, der Revisionsstelle eine (leicht-)fahrlässige Pflichtverletzung nachzuweisen.¹⁰ Verstärkend wirken überhöhte Erwartungen der Öffent-

lichkeit und teilweise auch der Gerichte in Bezug auf die Aufgabe und die Möglichkeiten der Revision («*expectation gap*»). Zwar kann und soll aus dem Revisionsbericht «nicht auf die Gesundheit des Unternehmens oder auf die Qualität der Geschäftsführung geschlossen werden»,¹¹ doch genau das scheint vielfach die Erwartung von Investoren und bisweilen auch Gerichten zu sein.¹² Auch der im Jahre 2008 eingeführte Art. 728a Abs. 3 OR, welcher Gegenstand und Umfang der Prüfung präzisiert, vermochte an den hohen Erwartungen nur wenig zu ändern.¹³

B. Gesetzgeberische Eindämmungsversuche

Um den soeben beschriebenen Schwierigkeiten beizukommen, hat der Gesetzgeber 1991 in Art. 759 Abs. 1 OR die *differenzierte Solidarität* eingeführt.¹⁴ Im Kern soll diese Bestimmung die Geltendmachung individueller Reduktionsgründe nach Art. 43 und 44 OR im Ausnahmeverhältnis ermöglichen.¹⁵ Der erhoffte Effekt auf die überbordende Revisionshaftung blieb jedoch aus: Das geringe Verschulden als Reduktionsgrund spielt in der haftpflichtrechtlichen Rechtsprechung kaum eine Rolle.¹⁶ Es erstaunt folglich nicht, dass es auch im Aktienrecht von marginaler Bedeutung ist.¹⁷ Hinzu kommt, dass – auf

zer Aktienrechtsrevision – Standortbestimmung per Ende 2010, Zürich/St. Gallen 2010, 299 ff., 302 ff.

² PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994, 13.

³ OLIVER HABLÜTZEL, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2009, 96 f.; PETER FORSTMOSER, Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 183 ff., 210; vgl. auch DERS. (FN 1), 486 f.

⁴ SETHE (FN 1), 303.

⁵ BÖCKLI (FN 2), 13.

⁶ Vgl. zu den konzeptionellen Problemen dieser Solidarhaftung BÖCKLI (FN 1), § 18 N 179 ff.

⁷ FORSTMOSER (FN 1), 486; VITO ROBERTO, Wie weiter mit der Revisionshaftung? – Kritische Würdigung des Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2015, 253 ff., 253.

⁸ RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarität der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR 2008, 146 ff., 147; ROBERTO (FN 7), 253; vgl. auch SETHE (FN 1), 303.

⁹ VITO ROBERTO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 29 ff., 36 f.

¹⁰ Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff., 602; FORSTMOSER (FN 1), 488 f.

¹¹ So schon Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745 ff., 843; URS BERTSCHINGER, Der Wirtschaftsprüfer an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, ST 1999, 911 ff., 911; FORSTMOSER (FN 1), 504.

¹² Umfassend dazu DANIEL CHRISTIAN PFIFFNER, Revisionsstelle und Corporate Governance, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2008, N 12 ff.; ebenso BERTSCHINGER (FN 11), 911; PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Zürich 2007, N 37 ff.; FORSTMOSER (FN 1), 505; BSK OR II-PFIFFNER/WATTER, Art. 728a N 123 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); ferner ROBERTO (FN 7), 262; teilweise a.M. HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff., 10 f., der zumindest in der Rechtsprechung keine solche Erwartungslücke ausmachen kann.

¹³ BSK OR II-PFIFFNER/WATTER (FN 12), Art. 728a N 125.

¹⁴ CHK OR-BINDER/ROBERTO, Art. 759 N 2, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Verfasser).

¹⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 12), Art. 759 N 4.

¹⁶ VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER, Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund, HAVE 2014, 431 ff.

¹⁷ FORSTMOSER (FN 3), 212; ROBERTO (FN 9), 34 f.; SETHE (FN 1), 306 f.; RICO A. CAMPONOVO/DIETER WIDMER, Ein Schritt in die richtige Richtung zur Lösung der Haftungsfrage, Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, ST 2008, 997 ff., 997. Vgl. für eine Übersicht über die kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung zur differenzierten Soli-

Druck der Versicherer und aus Angst vor Reputationsverlusten – eine Mehrzahl der Fälle nicht durchprozessiert, sondern durch Vergleich erledigt wird.¹⁸ «Das bedeutet im Klartext, dass die Revisionsstelle im Endergebnis für einen Teil der Klagesumme bei «gemischter» Lage des Falls zahlungsbereit ist.»¹⁹

Im Entwurf zur Änderung des Aktienrechts vom 21. November 2016 wurde daher ein anderer Ansatz gewählt: Gemäss Art. 759 Abs. 2 E-OR 2016 sollen der Revisionshaftung unterstehende Personen, die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, bis zu dem Betrag haften, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.²⁰ Damit würde die Revisionsstelle aus der Solidarhaftung herausgelöst.²¹ Der Vorschlag ist aus verschiedenen Gründen auf Kritik gestossen. Einerseits bringt er ernstzunehmende prozessuale Probleme mit sich,²² was allerdings nicht Gegenstand dieses Beitrags ist. Andererseits führt er zu einer Verlagerung des Haftungsrisikos auf die übrigen finanzkräftigen Organe.²³

Nun könnte argumentiert werden, damit würden endlich die «wahren» Verantwortlichen zur Rechenschaft gezogen. Dies trifft allerdings nur zu, wenn das persönliche Haftungssubstrat gleichlaufend mit den Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft ist. Bei wohlhabenden, nicht-exekutiven Verwaltungsräten ist dies jedoch gerade nicht der Fall.²⁴ In gewisser Hinsicht ist ihre Stellung innerhalb

der Aktiengesellschaft durchaus mit derjenigen der Revisionsstelle vergleichbar. Im Folgenden soll diese vielfach übersehene Problematik genauer beleuchtet werden.

III. Nichtexekutive Verwaltungsräte im verantwortlichsrechtlichen Gefüge

A. Die unübertragbaren Aufgaben als Haftungsrisiko

Die Praxis macht keine Unterscheidung zwischen exekutiven und nichtexekutiven Verwaltungsräten.²⁵ Die Verantwortung für die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben nach Art. 716a OR liegt beim gesamten Verwaltungsrat.²⁶ Das Pflichtenheft ist dabei beachtlich: Die «Oberleitung der Gesellschaft» (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR)²⁷ beinhaltet u.a. die strategische Führung, die Einrichtung eines funktionierenden Risikomanagements und die Überwachung der finanziellen Stabilität.²⁸ In Bezug auf die dafür notwendigen Informationen hat der Verwaltungsrat nach üblichem Verständnis eine Holschuld.²⁹

Die Fülle der Aufgaben hat zur legitimen Frage geführt, ob der Verwaltungsrat, seien seine Mitglieder noch so qualifiziert, in der Lage ist, alle ihm vom Gesetz zugewiesenen Pflichten zu erfüllen.³⁰ Dies umso mehr, als die Führung einer Unternehmung ein hohes Mass an Arbeitsteilung erfordert. Zu Recht wird gefragt, weshalb eine Gesellschaft zwar Experten aus unterschiedlichen Diszi-

darität ROMAN SCHISTER/LINUS ZWEIFEL, Die Beschränkung der Haftungsrisiken der Revisionsstelle, in: Leo Staub (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft III, Zürich 2017, 185 ff., 193 ff.

¹⁸ CAMPOUNOVO/WIDMER (FN 17), 997; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 161.

¹⁹ BÖCKLI (FN 1), § 18 N 190.

²⁰ Diese Regelung war bereits in der letzten Aktienrechtsrevision diskutiert worden (Art. 759 Abs. 2 E-OR 1983) und kam im Entwurf von 2007 erneut auf (Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR 2007).

²¹ FORSTMOSER (FN 3), 213; ANDREW M. GARBARSKI/ROLF WATTER, La responsabilité du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme: changement de paradigme?, SZW 2009, 235 ff., 246; ROLF SETHE, Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 121 ff., 139; CAMPOUNOVO/WIDMER (FN 17), 998.

²² Das Stichwort heisst hier «virtueller Regressprozess»: Um die interne Haftungsquote der Revisionsstelle zu bestimmen, muss das Gericht die internen Quoten auch der übrigen Organe festlegen. Diese sind aber möglicherweise gar nicht am Verfahren beteiligt (umfassend dazu PETER REICHART, Besserstellung der Revisionsstelle in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit? – Prozessrechtliche Bemerkungen zu Art. 759 Abs. 3 E-OR, SZW 2017, 661 ff., 665 ff.; ROBERTO [FN 7], 258 ff.; ebenso FORSTMOSER [FN 3], 214 f.; vgl. auch GARBARSKI/WATTER [FN 21], 246 f.).

²³ FORSTMOSER (FN 3), 214.

²⁴ ROBERTO (FN 7), 260 f.

²⁵ BGE 97 II 403 E. 5b.

²⁶ CHK OR-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ (FN 14), Art. 716a N 10.

²⁷ Nach BÖCKLI (FN 1), § 13 N 308, sind die in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2–7 OR festgeschriebenen Pflichten nichts anderes als eine Konkretisierung der Oberleitungsaufgabe.

²⁸ BÖCKLI (FN 1), § 13 N 307. Umfassend zum Inhalt der Pflichten nach Art. 716a Abs. 1 OR ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, 2. A., Zürich 1997 (zit. ZK-HOMBURGER), Art. 716a OR N 530 ff.

²⁹ BGE 97 II 403 E. 5b; vgl. auch BGE 122 III 195 E. 3a; JEAN NICOLAS DRUEY, Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Walter A. Stoffel (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994, 45 ff., 60; MARC BAUEN/SILVIO VENTURI, Der Verwaltungsrat, Zürich 2007, N 85; vgl. auch URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 184 f.

³⁰ Vgl. MICHÈLE SUTTER-RÜDISSE, Boards of Directors at Work, An Integral Analysis of Nontransferable Duties under Swiss Company Law from an Economic Perspective, Diss. St. Gallen, Bamberg 2009, 141 f.; BERTSCHINGER (FN 29), N 162; CHARLOTTE M. BAER, Podiumsdiskussion, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern 2006, 101 ff., 102; ferner FORSTMOSER (FN 3), 223.

plinen im Verwaltungsrat braucht, diese aber miteinander solidarisch haften lässt.³¹

Was bereits für einen mit der Geschäftsführung betrauten Verwaltungsrat eine anspruchsvolle Aufgabe ist, wird für einen nichtexekutiven Verwaltungsrat geradezu illusorisch.³² Das wird deutlich, wenn man sich dessen Stellung und Tätigkeit in der Gesellschaft vor Augen führt.

B. Stellung und Tätigkeit nichtexekutiver Verwaltungsräte in der Aktiengesellschaft

Im Zuge der Corporate-Governance-Debatte hat die Bedeutung nichtexekutiver (und, als verschärfte Qualifikation, unabhängiger³³) Verwaltungsräte stark zugenommen.³⁴ Dem Leitgedanken von «*checks and balances*» folgend sollen diese Verwaltungsratsmitglieder dem Management «auf die Finger schauen».³⁵ Von besonderer Wichtigkeit sind sie deshalb in Ausschüssen, beispielsweise dem Vergütungs- oder dem Prüfungsausschuss (*Audit Committee*).³⁶ Aus dieser Zielsetzung ergibt sich eine besondere Stellung innerhalb der Gesellschaft, die durchaus Parallelen zu derjenigen der Revisionsstelle aufweist:

Nichtexekutive Verwaltungsräte sind nebenamtlich tätig.³⁷ Sie sind nicht ständig in der Unternehmung präsent, sondern tagen monatlich bzw. im Zwei- oder Dreimonatsrhythmus. Ihr Wissensrückstand auf die vollamtlichen

Mitglieder der Geschäftsleitung ist entsprechend gross.³⁸ Sie sind deshalb auf die Geschäftsleitung als Informationsquelle angewiesen.³⁹ Damit zeigt sich unweigerlich ein grundlegendes Problem des Aktienrechts: Der Verwaltungsrat hat zwar die Geschäftsleitung zu beaufsichtigen, die dafür benötigten Informationen erhält er aber in aller Regel ausschliesslich von ebendiesen Personen.⁴⁰

Die damit zusammenhängenden Schwierigkeiten sind in der betriebswirtschaftlichen Literatur längst bekannt, werden von juristischer Seite jedoch viel zu selten wahrgenommen.⁴¹ Das Problem ist zum einen die schier unendliche Menge an Informationen, die das Management dem Verwaltungsrat in vielen Unternehmen vorlegt. Daten gelangen vielfach in nur ungenügend aufbereiteter Form zum Verwaltungsrat. Der Versuch, im Dossier die relevanten Informationen zu finden und die richtigen Schlüsse daraus zu ziehen, wird damit zur Suche nach der berühmten Nadel im Heuhaufen. Mit dieser Informationsflut umzugehen, wird denn auch häufig als zentrale Herausforderung eines Verwaltungsratsmandats genannt.⁴² Zum anderen kommt es zu einer toxischen Informationsasymmetrie: Während gute Nachrichten rasch vom Management zum Verwaltungsrat wandern, werden schlechte lange zurückgehalten.⁴³

Zwar hat der Verwaltungsrat die unübertragbare Aufgabe, dieser Asymmetrie mit geeigneten Informations- und Frühwarnmechanismen entgegenzuwirken.⁴⁴ Die in

³¹ JACQUES-ANDRÉ REYMOND, *Réflexions sur le mythe de l'administrateur omniscient*, in: Gérard Hertig (Hrsg.), *Kolloquium Alain Hirsch*, Zürich 1996, 53 ff., 57.

³² PETER BÖCKLI, *Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss*, SJZ 2010, 1 ff., 1 f.; REYMOND (FN 31), 66.

³³ Vgl. Ziff. II/14 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance [SCBP]: «Als unabhängig gelten nicht exekutive Mitglieder des Verwaltungsrats, welche der Geschäftsführung nie oder vor mehr als drei Jahren angehört haben und mit der Gesellschaft in keinen oder nur verhältnismässig geringfügigen geschäftlichen Beziehungen stehen.»

³⁴ Vgl. bspw. Ziff. II/12 und 14 SCBP: «Eine Mehrheit [des Verwaltungsrates] besteht aus Mitgliedern, die im Sinne von Ziff. 14 unabhängig sind.»

³⁵ PETER BÖCKLI, *Vertrauen an der Unternehmensspitze*, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Verwaltungsrat und Geschäftsleitung*, Bern 2006, 33 ff., 39; vgl. auch ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, *Der Verwaltungsrat*, 4. A., Zürich 2014, 724 ff.

³⁶ BÖCKLI (FN 1), § 13 N 411 ff.

³⁷ DRUEY (FN 29), 61. Ausführlich zu den zeitlichen Restriktionen nichtexekutiver Verwaltungsräte COLIN B. CARTER/JAY W. LORSCH, *Back to the Drawing Board, Designing Corporate Boards for a Complex World*, Boston 2004, 22 ff. Ihre Beobachtungen beziehen sich auf die USA, können aber zumindest teilweise auf die Situation in der Schweiz übertragen werden.

³⁸ BÖCKLI (FN 35), 40; CARTER/LORSCH (FN 37), 43 ff.; ferner PHILIP STILES/BERNARD TAYLOR, *Boards at Work: How Directors View their Roles and Responsibilities*, Oxford 2001, 67.

³⁹ ZK-HOMBURGER (FN 28), Art. 716a OR N 537.

⁴⁰ BÖCKLI (FN 1), § 13 N 197; SUTTER-RÜDISSER (FN 30), 110; ferner BERTSCHINGER (FN 29), N 183, der die «*Informationsbeschaffung* [Hervorhebung im Original] als ein zentrales Problem der Unternehmensführung» identifiziert. Aus diesem Grund widerspricht ein Teil der Lehre auch der Forderung, Verwaltungsräte hauptsächlich mit unabhängigen Mitgliedern zu besetzen (BÖCKLI [FN 35], 40; vgl. auch BAER [FN 30], 104).

⁴¹ Ausnahmen sind diesbezüglich BÖCKLI (FN 32), 2 ff., und GEORG KRNETA, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2. A., Bern 2005, Art. 713 OR N 726 und Art. 715a OR N 911; ferner LUKAS GLANZMANN, *Die grosse Aktienrechtsrevision, Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates*, ST 2008, 665 ff., 679.

⁴² SUTTER-RÜDISSER (FN 30), 109; CARTER/LORSCH (FN 37), 27 f.; RICHARD HARDIN/JUDITH A. ROLAND, *Board Work Processes*, in: David A. Nadler/Beverly Behan/Bark Nadler (Hrsg.), *Building Better Boards*, San Francisco 2006, 84 ff., 89 ff.

⁴³ BÖCKLI (FN 35), 47; HARDIN/ROLAND (FN 42), 91 f.; vgl. auch SUTTER-RÜDISSER (FN 30), 110.

⁴⁴ Vgl. für den Bereich der Finanzkontrolle Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR; BÖCKLI (FN 1), § 13 N 346 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 35), 255 ff., insb. 255: «Die Verantwortung für die Schaffung eines IKS [Internes Kontrollsystem] liegt beim *Verwaltungsrat* [Hervorhe-

diesem Beitrag analysierte Literatur deutet jedoch darauf hin, dass die Unternehmenspraxis weit von dieser Idealvorstellung entfernt ist. Die im Zusammenhang mit der Revisionsstelle vielfach beschriebene *expectation gap*⁴⁵ gibt es also auch in Bezug auf (nichtexekutive) Verwaltungsräte.⁴⁶ Die Folge sind kaum kontrollierbare Verantwortlichkeitsrisiken.⁴⁷

Bereits im geltenden Recht gibt es Mechanismen, die zumindest theoretisch einige der Risiken für nichtexekutive Verwaltungsräte entschärfen sollten. Sie werden im Folgenden genauer untersucht.

C. Reduktion des Verantwortlichkeitsrisikos im geltenden Recht

Ausserhalb der unübertragbaren Pflichten von Art. 716a OR kann der Verwaltungsrat die Geschäftsführung an einzelne Mitglieder oder an Dritte übertragen (Art. 716b OR). Bei befugter Delegation haftet der Delegierende nach Art. 754 Abs. 2 OR nicht für den vom Delegationsempfänger verursachten Schaden, wenn er nachweisen kann, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufgewendet hat.⁴⁸ Die Überwachungspflicht bildet dabei «die eigentliche Krux des Entlastungsbeweises».⁴⁹ Gemäss bundesrätlicher Botschaft entspricht ihr nämlich nur, wer «die Vollständigkeit der Berichterstattung sicherstellt, die Informationen aufmerksam und kritisch prüft, in ausserordentlichen oder gefährlichen Situationen Zusatzinformationen verlangt und seine Instruktionen den

bung im Original] resp. dem Prüfungsausschuss/Audit Committee.»

⁴⁵ Vgl. oben Kap. II.A.

⁴⁶ SUTTER-RÜDISSE (FN 30), 66; vgl. REICHART (FN 22), 663; a.M. wohl SETHE (FN 21), 140, der bei nichtexekutiven Verwaltungsräten im Vergleich zur Revisionsstelle grössere Eingriffsmöglichkeiten ortet.

⁴⁷ Pointiert dazu REYMOND (FN 31), 56: «Les risques qu'impliquent aujourd'hui les fonctions d'administrateur sont en tous cas suffisants pour qu'une personne objectivement sensée [...] préfère sans hésitation les billets de loterie aux conseils d'administration.» Ebenso BÖCKLI (FN 35), 45: «Art. 716a Abs. 1 OR hält in der harten Welt der Fakten dem Aufprall des Machtanspruchs des Managements nur teilweise stand.»

⁴⁸ Entgegen dem Gesetzeswortlaut wirkt nicht nur eine Delegation an ein anderes Organ entlastend, sondern auch an eine Drittperson (PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/GIAN ANDRI TÖNDURY, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005, N 103; vgl. für eine Übersicht über die Lehre BSK OR II-GERICHKE/WALLER [FN 12], Art. 754 N 41).

⁴⁹ BERTSCHINGER (FN 29), N 178.

veränderten Umständen anpasst».⁵⁰ Diese Eingriffspflicht auch der nichtexekutiven Verwaltungsräte limitiert die Schutzwirkung von Art. 754 Abs. 2 OR beträchtlich.⁵¹

Dass auch die differenzierte Solidarität von Art. 759 Abs. 1 OR keine genügende Entlastung bringt, wurde oben erläutert.⁵² Insbesondere bei Verwaltungsräten kommt hinzu: Bei den im Verantwortlichkeitsrecht üblichen Schadenssummen würde auch eine Reduktion in den meisten Fällen die Schadenersatzsumme nicht auf ein für eine natürliche Person tragbares Mass zurückführen.⁵³

Selbstverständlich können und sollten sich Verwaltungsratsmitglieder gegen die mit ihrem Mandat verbundenen Risiken versichern lassen.⁵⁴ Zu beachten ist jedoch, dass die entsprechenden Versicherungsverträge i.d.R. weitreichende Deckungsausschlüsse vorsehen. Einer davon ist besonders einschneidend: Nicht versichert sind Ansprüche, die primär anlässlich von strafbaren Handlungen eines Verwaltungsratsmitglieds entstanden sind, nun aber qua Solidarhaftung auf ein anderes Mitglied zurückfallen.⁵⁵

D. Mögliche Schlüsse im Hinblick auf die Aktienrechtsrevision

Die soeben gemachten Feststellungen sollen keineswegs als Plädoyer gegen jegliche Verantwortlichkeit nichtexekutiver Verwaltungsräte verstanden werden. Sie sollen lediglich einen kritischen Blick auf die Pflichten anregen, die das Aktienrecht unterschiedslos sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern auferlegt. Ebenso sollen sie aufzeigen, dass der etwas einseitige gesetzgeberische Fokus auf die Revisionsstelle nicht zur Lösung, sondern zur Umlagerung der hier angesprochenen Probleme führen würde.

Nun vertreten im Zusammenhang mit der Solidarität das Bundesgericht und Teile der Lehre die Meinung, der Geschädigte trage immer noch weniger Schuld am Schaden als der leichtfahrlässige Schädiger. Die möglichst vollständige Befriedigung des Gläubigers müsse deshalb

⁵⁰ Botschaft 1983 (FN 11), 936. So auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGer, 4C.358/2005, 12.2.2007, E. 5.2.1 [E. im publizierten BGE nicht enthalten]).

⁵¹ BÖCKLI (FN 1), § 18 N 127a.

⁵² Vgl. oben Kap. II.B.

⁵³ PETER FORSTMOSER, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung, ST 2002, 485 ff., 489.

⁵⁴ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 35), 417 ff.

⁵⁵ BÖCKLI (FN 1), § 13 N 879; THIERRY LUTERBACHER, Verantwortlichkeit und Versicherung, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 129 ff., 152.

oberstes Ziel der Solidarhaftung sein.⁵⁶ Dieses Argument hat durchaus seine Berechtigung. Allerdings hängt die Beurteilung, ob ein Verhalten als fahrlässig gilt, auch von den vordefinierten Verhaltenspflichten ab. Übersteigen diese selbst die Fähigkeiten qualifizierter und umsichtiger Personen, sind sie möglicherweise zu hoch angesetzt und müssen überdacht werden. Ansonsten droht ein Verdrängungseffekt auf dem Markt für Verwaltungsräte: Für Personen mit «gewöhnlicher» Risikoaversion werden Verwaltungsratsmandate unattraktiv. Angezogen werden dagegen «Spielernaturen oder [...] Personen, denen die notwendige Distanz fehlt, um [...] die Wahrscheinlichkeit, selbst einen Fehlentscheid zu treffen, realistisch einzuschätzen».⁵⁷ Eine wie auch immer geartete Reduktion des Haftungsrisikos auch für nichtexekutive Verwaltungsräte sollte deshalb zumindest diskutiert werden.

Ein zentrales Kriterium ist dabei die prozessuale Praktikabilität des jeweiligen Lösungsansatzes. Auf jeden Fall ist eine Regelung in der Art von Art. 759 Abs. 2 E-OR 2016 zu vermeiden. Die dort vorgesehene Haftungserleichterung ist auf Stufe der internen Schadenstragung angesiedelt. Der definitive Haftungsumfang der Revisionsstelle kann folglich nur in Relation zu den übrigen Haftpflichtigen bestimmt werden. Die damit zusammenhängenden prozessualen Schwierigkeiten wurden an anderer Stelle bereits kurz angesprochen.⁵⁸ Diesen Problemen kann man jedoch aus dem Weg gehen, indem man die Stellschraube bei den Pflichten des Verwaltungsrates, also bereits bei den Haftungsvoraussetzungen, ansetzt. Die nachfolgenden Vorschläge sind dabei als Denkanstösse zu verstehen.

Denkbar wäre beispielsweise eine Reduktion des Pflichtenprogramms, welches als unübertragbarer Aufgabenbereich definiert ist. Pflichten, die nichtexekutive Verwaltungsräte regelmässig nicht selbst wahrnehmen können, sollten haftungsbefreiend delegiert werden können.⁵⁹ Hierbei müsste allerdings berücksichtigt werden, dass der

Effekt einer Delegation aufgrund der Eingriffspflicht von Art. 754 Abs. 2 OR begrenzt ist.⁶⁰

Ebenfalls vorgeschlagen wird ein Ausschluss der Organhaftung bei nur leichter Fahrlässigkeit.⁶¹ Obschon diese Lösung auf den ersten Blick überzeugend klingt, darf hierbei nicht vergessen werden, dass die Grenze zwischen Leicht- und Grobfahrlässigkeit eine fließende ist. Ist ein Gericht erst einmal von der Sorgfaltswidrigkeit eines Organs überzeugt, wird es kaum je ausdrücklich auf leichte Fahrlässigkeit erkennen.⁶² Dies ist auch dem aus der Verhaltensökonomie bekannten Phänomen des *hindsight bias* geschuldet: Rückblickend wird die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts höher beurteilt als vor Eintritt des Ereignisses.⁶³

IV. Fazit

Die Problematik rund um die Revisionshaftung ist bekannt. Die Revisionsstelle wird trotz ihrer Sonderstellung innerhalb der Gesellschaft überaus häufig verantwortlichsrechtlich belangt. Gesetzgeberische Massnahmen wurden bereits getroffen und werden im Zuge der neuen Aktienrechtsrevision erneut diskutiert. Kaum im Bewusstsein der Öffentlichkeit ist hingegen, dass die Stellung nichtexekutiver Verwaltungsräte durchaus mit derjenigen der Revisionsstellen vergleichbar ist.

Nichtexekutive Verwaltungsräte sind bloss nebenamtlich tätig und haben nur beschränkt Einblick in die eigentliche Tätigkeit des Unternehmens. Daraus ergibt sich ein nicht zu unterschätzender Informationsrückstand auf die Geschäftsleitung. Die Vorstellung, der Verwaltungsrat könne dem Management «auf die Finger schauen» und bei Gefahren frühzeitig reagieren, erweist sich daher als illusorisch. Dennoch kommen sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern, seien sie mit der Geschäftsführung betraut oder nicht, dieselben unübertragbaren Pflichten zu. Eine *expectation gap* ist somit auch hier festzustellen. Paradoxerweise führt also gerade die Unabhängigkeit, für die der nichtexekutive Verwaltungsrat aus Corporate-

⁵⁶ BGE 97 II 403 E. 7d; 93 II 317 E. 2e/bb; PETER NOBEL, Solidarität und Unsolidarität, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 99 ff., 107; REICHART (FN 22), 662; vgl. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, § 10 N 12; ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 50 OR N 36.

⁵⁷ HANS CASPAR VON DER CRONE/FELIX BUFF, Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss?, SZW 2015, 444 ff., 450.

⁵⁸ Vgl. FN 22.

⁵⁹ ROBERTO (FN 9), 40.

⁶⁰ Vgl. zur praktischen Schutzwirkung von Art. 754 Abs. 2 OR oben Kap. III.C.

⁶¹ REYMOND (FN 31), 65. Eine solche Haftungsbeschränkung war im Rahmen der letzten Aktienrechtsrevision vorgeschlagen worden, wurde jedoch nicht weiterverfolgt (BÖCKLI [FN 1], § 18 N 112).

⁶² Vgl. BÖCKLI (FN 1), § 18 N 112.

⁶³ Vgl. PETER BÖCKLI, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts: Eine kritische Übersicht, GesKR 2006, 4 ff., 25; VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018, N 04.71 ff.

Governance-Perspektive so geschätzt wird, für ihn zu unkalkulierbaren Haftungsrisiken.

Eine einseitige Entlastung der Revisionsstelle würde unweigerlich auf Kosten anderer finanzkräftiger Organe gehen. Frei nach FORSTMOSER wäre dann zwar die Revisionsstelle die Hunde los.⁶⁴ Beissen würden diese dafür die nichtexekutiven Verwaltungsräte. Es wäre deshalb wünschenswert, das Haftungsrisiko im Zuge der Aktienrechtsrevision auch für Letztere zu reduzieren.

⁶⁴ Vgl. FORSTMOSER (FN 1), passim.