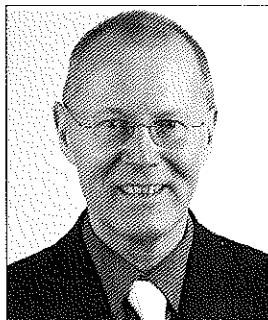


Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats



MICHAEL PFEIFER
Dr. iur., M.B.L.-HSG,
Advokat und Notar, Basel
und Zürich, Lehrbeauftragter
für Gesellschaftsrecht
an den Universitäten
St. Gallen und Basel

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkungen
2. Einleitung
3. Aktienrechtsrevisionen 1991, 2005 und 2007
4. Unveränderte Geltung der Haftungsgrundlage von Art. 754 OR
5. Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle und deren Einfluss auf die Haftung des Verwaltungsrats
6. Erwünschte Normierung einer Beschränkung der Haftung des Verwaltungsrats (Business Judgment Rule)
7. Kompetenzkompetenz der Aktionäre und deren Einfluss auf die Haftung des Verwaltungsrats
8. «Verschiebung» der Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung vom Anhang der Jahresrechnung in den Lagebericht grösserer Unternehmen
9. Verzicht auf eine eingeschränkte Revision (Opting-out) und Haftung des Verwaltungsrats
10. Zusammenfassung

1. Vorbemerkungen

Thema der nachfolgenden Ausführungen bilden die kleine und die grosse Aktienrechtsrevision. Auch in anderen Rechtsgebieten sind Veränderungen mit Auswirkungen auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats feststellbar. Zu nennen sind vorab die Reform des Unternehmens-Strafrechts (Art. 102 und 102a StGB) und die Entwicklungen der Corporate Governance. Unter dem Thema Haftung lassen sich Zivilrecht und Strafrecht untersuchen. Bei Ersterem interessieren sowohl die «klassischen» Haftungsnormen der Art. 754 OR ff. als auch andere mögliche Haftungen aus

Vertrag, Delikt und Vertrauenshaftung, im Strafrecht die üblicherweise bei Verantwortlichkeitsprozessen gegen Mitglieder des Verwaltungsrats geltend gemachten Verletzungen nach Art. 138 StGB (Veruntreuung), Art. 146 StGB (Betrug), Art. 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe), Art. 161 StGB (Insiderdelikte), Art. 251 StGB (Urkundenfälschung), Art. 305^{bis} StGB (Geldwäscherei). Die verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeiten und Haftungen, zu denen die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Normen zählen, sind zwar teilweise in ihren Auswirkungen gravierender als ihre zivil- und strafrechtlichen Brüder und Schwestern. Sie bleiben aber von der zivilrechtlichen Betrachtung her ausgeblendet.

Die Prioritäten und Schwergewichte der Ausführungen sind bestimmt von der Person des vorwiegend im KMU-Bereich als beratend tätiger Anwalt und als Mitglied einiger KMU-Verwaltungsräte fungierenden Autors¹. Nachfolgend dargestellt werden die neuen Aufgaben und die teilweise veränderten Anforderungen an den Verwaltungsrat. Die Konsequenzen dieser Neuerungen im Hinblick auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrates betreffen auch den Autor persönlich.

Führen alle Neuerungen sofort zu einer Verschärfung, oder bedürfen einige davon erst einer Detaillierung und Konkretisierung, bevor sie zu einer Haftung oder Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrats führen? Was ist in der Zwischenzeit zu einer Klärung zu tun? Wie hat man sich als Verwaltungsrat bis dahin zu verhalten?

Die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats ist gekennzeichnet durch einige Grundentscheidungen im schweizerischen Aktienrecht. Es folgt einem monistischen System: Der Verwaltungsrat ist der Letztverantwortliche. Das Paritätsprinzip gestattet dem Verwaltungsrat nicht, seine Aufgaben «nach oben», an die Generalversammlung, zu delegieren. Hier war das bisherige «alte» Aktienrecht absolut klar. Mit der in der grossen Aktienrechtsrevision vorgesehenen Kompetenzkompetenz der Aktionäre und der spiegelbildlich damit einhergehenden Einengung der Kompetenz des Verwaltungsrates droht ein Einbruch ins System. Dennoch ist schwer vorstellbar, dass sich an der Stellung des Verwaltungsrats als primärer und letztverantwortlicher Ansprechpartner bei Fragen der Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation etwas ändert.

Als Referat gehalten an der Tagung «Recht Aktuell» der juristischen Fakultät der Universität Basel zum Thema Revisionen im Gesellschaftsrecht am 24.10.2008.

¹ OUTI KORHONEN, International Lawyers Towards Conceptualization of the Changing World and Practice, in: The Internationalisation of the Practice of Law (Edited by Jens Drolshammer and Michael Pfeifer), Kluwer Law International 2001, p. 373 ff., fordert jeden sich zu einem Thema Äussernden auf, sich einer «situational analysis» zu unterziehen.

2. Einleitung

PETER KUNZ äusserte sich mehrfach in eindeutigen Worten zur gegenwärtigen Situation des Aktienrechts. Er sprach vom «permanenten Umbruch in Gesellschaftsrecht»² und von «Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht».³ Weiter ist von «Wild Wild West», «Ad-hoc-ismus» in der raschen Abfolge der «Rechtssetzung» und von «Paradigmenwechsel beim Wechsel von der Gesellschafts- zur Wirtschaftsform» die Rede. PETER BÖCKLI nennt es das «Hü und Hott der Rechtssetzung»⁴ und auch PETER NOBEL sieht «hektische Reformschübe im Aktienrecht»⁵.

Welche teilweise dramatischen Konsequenzen diese Entwicklung hat, zeigen verschiedene Stellungnahmen zur kleinen und zur grossen Aktienrechtsrevision⁶. Die grosse Aktienrechtsrevision steht unter dem Druck des aktuellen Geschehens, der Finanzkrise und der Diskussion um Boni und von Kämpfern gegen Bürokratie und überbordende Kosten⁷.

Die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats steht nicht im Zentrum der Revisionen im Gesellschaftsrecht. Die am 1.1.2008 in Kraft getretene sog. kleine Aktienrechtsrevision⁸ und die noch in parlamentarischer Beratung stehende grosse Aktienrechtsrevision⁹ ändern nichts an den für die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats zentralen Gesetzesbestimmungen. Weder die Art. 716, 716a, 716b und 717 OR als die für die Aufgaben und damit für die Stellung des Verwaltungsrats zentralen Bestimmungen, noch der die Haftung des Verwaltungsrats regelnde Art. 754 OR wurden und werden geändert. Die fehlende direkte Befassung der kleinen und grossen Aktienrechtsrevision mit der Stellung und Haftung des Verwaltungsrates darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass beide Revisionen dem Verwaltungsrat neue Aufgaben

zuweisen und die Anforderungen an ihre Erfüllung verändern.

Darüber versuchen diese Ausführungen mit einem auf besonders spannende Bereiche gerichteten Blick zu berichten. Insofern die grosse Aktienrechtsrevision noch nicht in Kraft steht und zur kleinen Aktienrechtsrevision noch wenig Erfahrung vorliegt, eignet den folgenden Ausführungen ein gewisses spekulatives Element an.

Dass sich in einem Unternehmen nicht nur Chancen wahrnehmen lassen, sondern auch Risiken realisieren können, bedarf keiner weiteren Ausführung. Während in der Schweiz die Wahrnehmung von Chancen in der juristischen Literatur, in der Judikatur und bei der Gesetzgebung nicht behandelt wird – auf alle Fälle ist keine rechtlich geregelte Pflicht zur Wahrnehmung von Chancen vorhanden – ist das bei den Risiken anders und zwar nicht erst seit dem von PETER BÖCKLI festgestellten «Hü und Hott» der heutigen Gesetzgebung zur Risikobeurteilung¹⁰. Auf die Risikobeurteilung, eine Aufgabe des Verwaltungsrats im Rahmen der Oberleitung der Gesellschaft, wird zurückzukommen sein.

In der Diskussion um die grosse Aktienrechtsrevision wird offen und beherzt die Möglichkeit eines kommerziellen Fehlentscheids des Verwaltungsrats angesprochen. Die bekannte Business Judgment Rule soll nach einem Vorschlag HANS CASPAR VON DER CRONES von Gesetzes wegen dafür sorgen, dass einem Verwaltungsrat, der einen nachträglich sich als falsch erweisenden kommerziellen Entscheid sorgfältig traf, kein Vorwurf gemacht werden kann. Von besonderem Interesse im Zusammenhang mit der Stellung und Haftung des Verwaltungsrates ist eine Äusserung von HEINRICH KOLLER. In seiner Darstellung des gesetzlichen Grundgerüsts der Arbeitsteilung in Führung und Kontrolle von Unternehmen postuliert er, dass die in der grossen Aktienrechtsrevision liegende Nachbesserung der Revision von 1991 dazu beitragen können soll, die Einwirkungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten der Aktionäre zu stärken, den Schutz der Minderheiten zu verbessern, das bisherige Ungleichgewicht zwischen der Generalversammlung und der Verwaltung in Publikumsgesellschaften abzubauen und dem Eigentümer wieder mehr Einfluss zu verschaffen¹¹. Wenn die Nachbesserung der Aktienrechtsrevision sich so auswirkt, wird dadurch Konfliktpotential abgebaut und die Position des Verwaltungsrats unter Haftungsaspekten insofern verbessert.

Eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit der Stellung und Haftung des Verwaltungsrates spielt in der kleinen und in der grossen Aktienrechtsrevision das Thema der vom Verwaltungsrat zu beurteilenden Risiken. Ein guter Teil der folgenden Ausführungen widmet sich dem Thema «Risiken». Sie werden im Zusammenhang mit der Stellung und Haftung

² PETER V. KUNZ, *Permanenter Umbruch im Gesellschaftsrecht: Eine Übersicht zu den legislativen Sturmböen seit 1991*, in: SJZ 102 (2006), 145 ff.

³ DERS., *Aufbruchstimmung im Schweizer Wirtschaftsrecht*, in: Jusletter 18. Februar 2008.

⁴ PETER BÖCKLI, *Zwanzig Knacknüsse im neuen Revisionsrecht*, in: SZW 2008, 120.

⁵ PETER NOBEL, *Einleitung*, in: SZW/RSDA 2008, 115 f.

⁶ Siehe stellvertretend Fussnote 7 und 8.

⁷ Siehe etwa: «Eine Katastrophe für die KMU», *Sonntagszeitung* vom 28. September 2008, 63; «Bewährtes Verantwortungsbewusstsein – Familienunternehmen benötigen keine Zusatzvorschriften», *NZZ* vom 3. September 2008, 29; «Kosten- und Steuerfallen geortet», *NZZ* vom 3. Oktober 2008, 16; «Zu viel Bürokratie im Aktienrecht», *NZZ Online* vom 12. August 2008.

⁸ Diese Bezeichnung verwenden MARTIN WALDBURGER/PETER LEHMANN, die «Kleine Aktienrechtsrevision», Darstellung in zwei Teilen, *Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht und Umstrukturierungen*, Zürich, 2007, 411 ff. und 420 ff.

⁹ Diese Bezeichnung verwendet KATHARINA RÜDLINGER in ihrem Aufsatz «Die grosse Aktienrechtsrevision als nächste Herausforderung», in: *Der Schweizer Treuhänder* 2006, 388 ff.

¹⁰ BÖCKLI (FN 4), 120.

¹¹ HEINRICH KOLLER, *Das gesetzliche Grundgerüst Arbeitsteilung in Führung und Kontrolle von Unternehmen*, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2006, 805.

des Verwaltungsrates unter zwei Aspekten wichtig: Einmal als eine mit auf Erfolg ausgerichteter unternehmerischer Tätigkeit ganz generell verbundene Gefahr. Dann als konkrete, mit jeder spezifischen unternehmerischen Tätigkeit verbundene zu bedenkende Gefahren. Das generelle unternehmerische Risiko führt zur Betrachtung der Business Judgment Rule als Standard für Entscheide des Verwaltungsrates. Die konkreten Risiken jedes bestimmten unternehmerischen Handelns werden im Rahmen der Betrachtung des Verwaltungsrates bei der «Durchführung der Risikobeurteilung» behandelt.

Dass im Zuge der grossen Aktienrechtsrevision Haftungsbeschränkungen – bei der Revisionsstelle oder beim Verwaltungsrat (und der Geschäftsleitung) – ein Thema sind, ist zu begrüssen.¹² Zu Recht spricht HANS CASPAR VON DER CRONE mit Blick auf die Verantwortung von Revisionsstelle, Verwaltungsrat und Geschäftsleitung vom «Gefühl einer Verantwortung, die weit über das hinausgeht, was vernünftigerweise übernommen werden kann».¹³ Haftungsbeschränkungen als Korrelat zur Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrates sind insofern zu begrüssen. Allerdings führen Haftungsbeschränkungen beim einen Organ zur Verschärfung der Haftung des anderen Organs, worauf zurückzukommen sein wird.

Gar nicht genug kann im Anschluss an HEINRICH KOLLER¹⁴ betont werden, dass es noch zu früh ist, die Tragweite der hier behandelten Aktienrechtsrevisionen richtig einzuschätzen. Dies gilt zufolge des post-festum Charakters von Verantwortlichkeiten ganz besonders für Fragen der Haftung des Verwaltungsrates.

3. Aktienrechtsrevisionen 1991, 2005 und 2007

Schon die Revisionen des Aktienrechts im letzten Jahrhundert, insbesondere die Aktienrechtsrevision 1991, vermehrten die Aufgaben des Verwaltungsrates und erhöhten die Anforderungen an ihre Erfüllung. Auch Bestimmungen in anderen als aktienrechtlichen Erlassen – etwa im Strafrecht, im Steuer- und Sozialversicherungsrecht oder verwaltungsrechtliche Normen im Bereich des Umweltschutzes – vergrössern den Aufgabenkatalog des Verwaltungsrates. Aus mehr Aufgaben und strengeren Anforderungen resultierte eine schärfere Haftung des Verwaltungsrates, wozu auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts im eigentlichen aktien-

rechtlichen Haftungsbereich,¹⁵ aber auch im steuer-¹⁶ und sozialversicherungsrechtlichen¹⁷ Bereich beitrug.

Eine Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrates bewirken auch die kleine und die grosse Aktienrechtsrevision. Aus naheliegenden Gründen – in Kraft getreten ist am 1.1.2008 erst die kleine Aktienrechtsrevision, zur grossen Aktienrechtsrevision steht die Behandlung in den Räten noch aus, höchststrichterliche Rechtsprechung ist noch nicht vorhanden – beschränken sich die Aussagen zu dieser Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrates auf eine Analyse der vorhandenen Texte de lege lata und de lege ferenda und auf die sich damit befassenden Literaturstimmen. PETER KUNZ spricht von der Rechtsetzung als der zentralen Herausforderung für die Rechtsanwendung. Erster Rechtsanwender ist der Verwaltungsrat.

Die am 1.1.2008 in Kraft getretene sogenannte kleine Aktienrechtsrevision¹⁸ wird mit der Bezeichnung OR 2005 und die erst als Botschaft vorliegende grosse Aktienrechtsrevision¹⁹ wird als OR 2007 zitiert. Die Zitierweise folgt dem Erscheinungsjahr der entsprechenden Botschaften im Gegensatz zur erwähnten Aktienrechtsrevision 1991, deren Zitierweise dem Inkrafttreten folgt.

Eine Unterteilung der nachfolgenden Ausführungen nach kleiner und grosser Aktienrechtsrevision hätte lediglich den äusserst bescheidenen Vorteil leicht gesicherterer Erfahrungen bezüglich der kleinen Aktienrechtsrevision geboten, hingegen den Nachteil nach sich gezogen, bei der Behandlung der grossen Aktienrechtsrevision die gleichen oder ähnliche Problemkreise ein zweites Mal behandeln zu müssen. Die Ausführungen folgen deshalb dem Ansatz einer themenbezogenen Behandlung der Stellung und Haftung des Verwaltungsrates, wobei bei der Behandlung der einzelnen Themen auf deren Betroffenheit durch die kleine oder grosse Aktienrechtsrevision hingewiesen wird. Als die Stellung und Haftung des Verwaltungsrates allenfalls modifizierende Elemente werden durch die Revisionen dem Verwaltungsrat zugewiesene neue Aufgaben oder in ihrer Bedeutung verän-

¹² Siehe CHRISTOPH SCHMID, Nicht nur Revisoren, auch Verwaltungsräte sind gefährdet, in: NZZ vom 3.5.2007, 29.

¹³ HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortung, SZW 2006, 5.

¹⁴ KOLLER (FN 11), 807.

¹⁵ Für eine Übersicht zur Rechtsprechung zur Haftung des Verwaltungsrates siehe insbesondere PETER R. ISLER, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, in: Band 67, Europa Institut Zürich (Hrsg. Rolf H. Weber), Zürich/Basel/Genf 2003, 1 ff.

¹⁶ Erinnert sei an die Transponierungstheorie, die Theorie der indirekten Teilliquidation und an das Konstrukt der faktischen Liquidation.

¹⁷ Vgl. die Rechtsprechung zu Art. 54 AHVG.

¹⁸ Botschaft Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (OR) Änderung vom 16. Dezember 2005 (BBl 2005, 7289 ff.).

¹⁹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (BBl 2008 II, 1589 ff.).

derte Aufgaben und veränderte Anforderungen an ihre Erfüllung untersucht.

4. Unveränderte Geltung der Haftungsgrundlage von Art. 754 OR

Stellung und Haftung des Verwaltungsrats nach geltendem Recht werden definiert durch seine Aufgaben und seine Verantwortung. Die zentralen Artikel sind 716a OR und 754 OR. Weder die kleine noch die grosse Aktienrechtsrevision ändert daran etwas. Zur Stellung und zur Haftung des Verwaltungsrats im geltenden Recht gibt es umfangreiche Literatur und gefestigte Rechtsprechung. Der juristische Praktiker und Berater von Verwaltungsräten wird sich aktuell²⁰ neben den Standardwerken zum Aktienrecht von PETER BÖCKLI²¹ und PETER FORSTMOSER²², vor allem an PETER ISLER²³ und LUKAS GLANZMANN²⁴ halten. Aus der Sicht des Praktikers wegleitend für die Frage der Haftung des Verwaltungsrates ist zweifellos das Referat «Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates» von PETER ISLER, das dieser anlässlich einer Tagung zum Thema «Verantwortlichkeit» am 1.10.2002 hielt²⁵. PETER ISLER geht die Frage der Haftung des Verwaltungsrates in «für viele Unternehmen schwierig gewordenen Zeiten» pragmatisch an und untersucht spezielle Konstellationen in der Arbeit des Verwaltungsrats wie u.a. Investitionsvorhaben, Akquisitionen und Strategieentwicklungen unter dem Aspekt der unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a OR.

Die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats ist nicht Thema der Aktienrechtsrevisionen. Weder die so genannte «kleine» Aktienrechtsrevision noch die «grosse» Aktienrechtsrevision ändern den für die Haftung des Verwaltungsrates zentralen Art. 754 OR²⁶. Beide Aktienrechtsrevisionen

weisen aber dem Verwaltungsrat neue Aufgaben zu und verändern die Anforderungen an deren Erfüllung. Sie bewirken so eine Nuancierung der Haftung des Verwaltungsrates. Für einen professionell und vernünftig handelnden Verwaltungsrat eröffnen sich damit zusätzliche Entlastungsmöglichkeiten. Die Haftung eines unprofessionell und unvernünftig handelnden Verwaltungsrates wird verschärft.

Keine der bisherigen, teilweise recht ausführlichen Darstellungen zur kleinen und grossen Aktienrechtsrevision, also weder PETER BÖCKLI²⁷, noch LUKAS GLANZMANN²⁸, noch PETER LEHMANN²⁹, noch KATHARINA RÜDLINGER³⁰, noch MARTIN WALDBURGER³¹ widmen sich speziell der Frage einer durch die Aktienrechtsrevisionen veränderten Stellung und Haftung des Verwaltungsrates. Das ist anscheinend auch nicht nötig, wie KATHARINA RÜDLINGER³² feststellt: «An der geltenden Ordnung betreffend die Haftung von Organmitgliedern wird grundsätzlich festgehalten.» Dieser Kernsatz aus dem Überblick der Projektleiterin der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht im EJPB bestimmt die Erwartungshaltung an die vorliegenden Ausführungen. Sie setzen sich nicht mit grossen neuen Entwürfen zu Haftungskonzepten auseinander, sondern versuchen in kleinräumiger Sicht aufzuzeigen, wo im Rahmen der weitergeltenden Ordnung Neuerungen festzustellen sind³³.

5. Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle und deren Einfluss auf die Haftung des Verwaltungsrats

Wer sich mit der aktienrechtlichen Haftung des Verwaltungsrates befasst, muss auch die Beschränkungen der Haftung der Revisionsstelle in seine Überlegungen miteinbeziehen. Eine Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle führt zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Position des Verwaltungsrates. Nach dem mehrfach verwendeten Sinnbild «Den Letzten beissen die Hunde»³⁴ kommt nach Erschöpfung der

²⁰ Schon immer gab es Autoren, die sich schwergewichtig der Stellung und Haftung des Verwaltungsrats insbesondere im Zusammenhang mit Revisionen widmeten. Siehe etwa ARTHUR HUNZIKER, Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, Basel 1984, 89 ff.

²¹ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004.

²² PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996.

²³ PETER R. ISLER, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht (Hrsg. Rolf H. Watter), Zürich/Basel/Genf 2003, 1 ff.

²⁴ LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, in: ZSR (119) 2000, 139 ff.

²⁵ ISLER (FN 23), 1 ff.

²⁶ MICHEL JACCARD/EROL BARUH: «Le conseil d'administration et la direction ne pourront alors en aucun cas être vus comme les grands perdants de cette révision», 145; «Ni l'action en responsabilité ni l'action en restitution ne subit de modification notable», 146.

²⁷ PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, in: SJZ 104 (2008) Nr. 14, 333 ff.

²⁸ LUKAS GLANZMANN, Die kleine Revision des Aktienrechts, in: NZZ vom 24.2.2006 Nr. 46, 27 ff.; Die grosse Aktienrechtsrevision, kritische Bemerkungen zum Entwurf des Bundesrats, in: Der Schweizer Treuhänder 2006, 665 ff.

²⁹ PETER LEHMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision, Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung (Teil 2), in: GesKR 4/2007, 420 ff.

³⁰ RÜDLINGER (FN 9), 388 ff.

³¹ MARTIN WALDBURGER, Die kleine Aktienrechtsrevision, Neuerungen in den Bereichen, Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister (Teil 1), in: GesKR 4/2007, 411 ff.

³² RÜDLINGER (FN 9), 390.

³³ Die Ausführungen befassen sich nicht mit der Rückforderungsklage nach Art. 678 OR 2007.

³⁴ VON DER CRONE (FN 13), 3, und von ihm zitiert PETER FORSTMOSER, Den letzten beissen die Hunde, in: Jürg-Beat Acker-

Haftung der Revisionsstelle der Verwaltungsrat an die Reihe. Für den Geschädigten, der sich für seinen Schaden an den Organen erholen will, dürfte das Prinzip kommunizierender Röhren gelten: Was beim einen Organ nicht zu holen ist, wird beim anderen geltend gemacht.

Mit der noch in Art. 759 Abs. 1 OR im Vorentwurf vom 2. Dezember 2005 vorgesehenen betragsmässigen Begrenzung der Revisionshaftung wäre in die «klassische» Haftung aus Verantwortlichkeit der Organe etwas Neues³⁵, wenn auch nicht Unbekanntes eingeführt worden. Im «klassischen» Schweizer Verantwortlichkeitsrecht wäre das insofern neu gewesen, als bisher für Verantwortlichkeitsansprüche keine Obergrenze gilt. «Nach unten» kann in der bundesgerichtlichen Beschwer von CHF 30'000.– gemäss Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG³⁶ eine Art Minimalschwelle gesehen werden, unterhalb derer keine letztinstanzliche gerichtliche Gewissheit über Haftungsfragen erzielt werden kann. Haftungsbeschränkungen «nach oben» sind aber auch in der Schweiz nicht unbekannt. Einerseits kennen das Kernenergiehaftpflichtgesetz in Art. 12³⁷ und Art. V des Internationalen Übereinkommens über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden³⁸ betragsmässige Begrenzungen der Haftung aus Verantwortlichkeit. Andererseits sind in einigen der die Schweizer Rechtsordnung umgebenden EU-Mitgliedstaaten und in den auch für die Schweiz in Verantwortlichkeitsfragen immer wieder bestimmenden USA³⁹ Haftungsbeschränkungen «nach oben» bekannt. Für die Darstellung der Rechtslage im Ausland kann auf den Aufsatz «Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit» von HANS CASPAR VON DER CRONE⁴⁰ verwiesen werden.

Revisionsstelle, Verwaltungsrat und natürlich auch die Geschäftsleitung haften nicht gleich und es ist bei ihnen nicht gleiches Haftungssubstrat vorhanden. Erfahrungsgemäss gelingt es dem Verwaltungsrat eher, sich wegen seiner Entscheidungs- und Führungsfunktionen, die einen breiten Ermessensspielraum bedingen, unter Berufung auf die Business Judgment Rule von Vorwürfen zu entlasten, während der Revisionsstelle für die heikle Ermessensfrage, etwa bei Bewertungen, die Berufung auf die Business Judgment Rule wenig hilft. Der Vorwurf an die Revisionsstelle wird üblicherweise dahingehend lauten, im Zentralbereich ihrer Tätigkeit, dem Bewerten nämlich, versagt zu haben. In-

sofern wird die Haftung der Revisionsstelle als «strenger» wahrgenommen als die des Verwaltungsrates. Während heute Revisionstätigkeiten überwiegend von grossen Unternehmen mit entsprechender Kapitalausstattung wahrgenommen werden, handelt es sich bei Mitgliedern des Verwaltungsrates überwiegend um zwar gut verdienende, aber vom Vermögen und damit vom Haftungssubstrat her nicht sonderlich interessante Schuldner. Darin ist HANS CASPAR VON DER CRONE zuzustimmen. Seine Vermutung⁴¹, auf die Abwehr von Verantwortlichkeitsansprüchen spezialisierte Anwaltskanzleien hätten rein ökonomisch gesehen kein Interesse an einer Haftungsbeschränkung der Revisionsstelle, überzeugt dagegen nicht. Erstens würde eine gegenüber heute rascher einsetzende Erschöpfung der Haftung der Revisionsstelle zu mehr Prozessen gegen Mitglieder des Verwaltungsrates und somit zu weiteren Prozessen und zusätzlichen Honoraren für die Anwaltskanzleien führen, zweitens dürfte eine Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle die Höhe der Anwaltshonorare dank vorhandener Honorarschranken und eines spielenden Wettbewerbs unter Anwaltskanzleien nur unmerklich beeinflussen.

Dass eine bei der Solidarität und beim Regress ansetzende Haftungsbeschränkung für die Revisoren, wie sie Art. 759 Abs. 1^{bis} OR 2007 nun vorsieht, die Position des Verwaltungsrates in Bezug auf Verantwortlichkeitsprozesse verschlechtert, bestätigt die Botschaft zur grossen Aktienrechtsrevision. Dies wird von DIETER WIDMER/RICO CAMPONOVO in einem Beitrag zur Haftung der Revisionsstelle⁴² erläutert. Laut Botschaft muss die gesetzliche Regelung «gewährleisten, dass in erster Linie die Geschäftsführungsorgane für Schäden aufkommen, die sich aus ihrer Tätigkeit ergeben haben»⁴³. Nach DIETER WIDMER/RICO CAMPONOVO bewirkt die vorgeschlagene Regelung des Art. 759 Abs. 1^{bis} OR 2007 eine «Durchtrennung der Solidarität» der Revisionsstelle und «keine eigentliche Haftungsbeschränkung», denn: «die Revisoren haften nach wie vor voll, aber sie haften nur noch für ihr eigenes Verschulden». Dies bedeutet, dass das Innenverhältnis zwischen den Verantwortlichen den aktiv legitimierten Personen im Aussenverhältnis entgegengehalten werden kann⁴⁴ und wird dazu führen, dass die Revisionsstelle in einem gegen sie gerichteten Verantwortlichkeitsprozess eine Verteidigungsstrategie wählt, in der sie andere Haftpflichtige mit ihren Verfehlungen, wie es DIETER WIDMER/RICO CAMPONOVO ausdrücken, «thematisiert»⁴⁵. Der Regress-Pro-

mann (Hrsg.) Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 483 ff.

³⁵ Siehe ANTON K. SCHNYDER, Problematik der Einführung von Sonderrecht, in: NZZ vom 3.5.2007, 29.

³⁶ SS 173.110

³⁷ Begrenzung von Nuklearschäden bis 1 Mrd. CHF.

³⁸ SS 0.814.291; Der Eigentümer eines Schiffes kann seine Haftung auf maximal 89'770'000 Rechnungseinheiten beschränken.

³⁹ Man denke nur an die Corporate Governance und den Einfluss, den Sarbanes Oxley auf den Schweizer Code of Conduct hat.

⁴⁰ VON DER CRONE (FN 13), 2 ff.

⁴¹ DERS. (FN 13), 3.

⁴² DIETER WIDMER/RICO CAMPONOVO, Haftung der Revisionsstelle im Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, in: Der Schweizer Treuhänder 2008, 110 ff.

⁴³ Sachlich wird damit der subsidiären Stellung der Revision Rechnung getragen und vermieden, dass die Revisionsstelle letztlich voll für das Verschulden des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung aufkommen muss.

⁴⁴ WIDMER/CAMPONOVO (FN 42), 4.

⁴⁵ DIES. (FN 42).

zess gegen den Verwaltungsrat wird in den laufenden, gegen die Revisionsstelle gerichteten Prozess verschoben. Die Verschuldensfrage im Verantwortlichkeitsprozess wird beurteilt in einem Vergleich des Verschuldens der Revisionsstelle mit dem Verschulden der anderen verantwortlichen Personen, d.h., insbesondere mit dem Verwaltungsrat (und auch der Geschäftsleitung). Die in Art. 759 Abs. 1^{bis} OR 2007 vorgesehene Haftungsbeschränkung der Revisionsstelle lenkt das Interesse eines Klägers vermehrt auf die hauptverantwortlichen Mitglieder des Verwaltungsrats. Noch deutlicher als bei DIETER WIDMER/RICO CAMPONOVO lässt sich die Verschlechterung der Position des Verwaltungsrates durch die Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle nicht darstellen⁴⁶.

6. Erwünschte Normierung einer Beschränkung der Haftung des Verwaltungsrats (Business Judgment Rule)

Unternehmerisches Handeln mit seiner Ausrichtung auf Erfolg ist immer auch mit Risiko verbunden. Beauftragte schulden dem Auftraggeber zwar Sorgfalt im Tätigwerden, aber keinen Erfolg. Das gilt auch für den Verwaltungsrat. Er schuldet dem Aktionär Sorgfalt, nicht aber Erfolg. HANS CASPAR VON DER CRONE weist zu Recht darauf hin, dass diese Formel in ihrer praktischen Tragweite nicht überschätzt werden darf. Vom Verwaltungsrat erwartet man letztlich Erfolg. Um diesen zu erringen, muss er Risiken eingehen. Um mit VON DER CRONE zu sprechen: «Aktionäre sind darauf angewiesen, dass die von ihnen eingesetzten Organe Risiken eingehen»⁴⁷.

Ein Scheitern an Risiken wirkt sich für die Reputation des Scheiternden unausweichlich und automatisch negativ aus. Für die Haftung hingegen definiert das Recht Standards, an denen das zum Scheitern führende Verhalten gemessen wird. Die Untersuchung des Verhaltens des Verwaltungsrats mit Hilfe von Standards zeigt, dass Scheitern nicht mit vorwerfbarem Versagen gleichzusetzen ist⁴⁸. Die schweizerische Rechtsprechung zur Haftung des Verwaltungsrates prüft das Verhalten des Verwaltungsrates und seine Entscheide nur auf Vertretbarkeit, und nicht auf unternehmerische Zweckmässigkeit. Gerichte setzen ihr Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung. Sie wenden m.a.W. heute schon die so genannte Business Judgment

Rule an⁴⁹. Für eine erfolgreiche Berufung auf die Business Judgment Rule kommt es auf interessenkonfliktfreie, wohl vorbereitete Entscheidungsprozesse und deren saubere und vollständige Dokumentation an. HANS CASPAR VON DER CRONE ist überdeutlich: «Was am Schluss sauber dokumentiert sein will, muss am Anfang strukturiert an die Hand genommen werden»⁵⁰. Die inhaltliche Rechtfertigung folgt aus Art. 717a Abs. 1 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 717 Abs. 1 OR, der Pflicht, die Oberleitung der Gesellschaft sowie die Erfüllung der daraus resultierenden Aufgaben mit aller Sorgfalt und Vernunft auszuführen.⁵¹ Wer also professionell und unter Anwendung des nötigen Sach- und Fachwissens, für das Unternehmen unter Einhaltung der Regeln der Entscheidungsfindung einen Chancen und Risiken beinhaltenden Entscheid fällt, dem darf die letztlich unbeeinflussbare Realisation in Kauf genommener Risiken statt der erhofften Chancen nicht zum Vorwurf gemacht werden.

HANS CASPAR VON DER CRONE weist zu Recht auf einen beweisrechtlichen Aspekt hin, der Normierung verdient, sofern vor dem Hintergrund der erwähnten Rechtsprechung auf eine gesetzliche Regelung der Business Judgment Rule verzichtet werden kann, und die grosse Aktienrechtsrevision in der Fassung der Botschaft auch tatsächlich darauf verzichtet. Denn mindestens so wichtig wie die Frage nach dem Inhalt der Standards, ist die Frage nach der Verteilung von Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich ihrer Einhaltung. Nach geltendem Recht trägt der Kläger die Beweislast für den Schaden, die Pflichtverletzung und den adäquaten Kausalzusammenhang. Im Konkursfall und im Nachlassverfahren ist das nach HANS CASPAR VON DER CRONE adäquat, denn der Konkurs- oder Sachwalter verfügt über alle notwendigen Informationen. Ausserhalb dieser Verfahren aber ist für einen Kläger insbesondere der Beweis der Pflichtverletzung schwierig. HANS CASPAR VON DER CRONE plädiert deshalb für eine materielle und prozessuale Aspekte verbindende Normierung der Business Judgment Rule⁵². Er schlägt ein summarisches Verfahren vor, in dem die Pflichtverletzung des Verwaltungsrates vom Kläger glaubhaft zu machen wäre. Gelingt dem Kläger diese Glaubhaftmachung, hätte der Verwaltungsrat im Hauptverfahren den Umgang mit Interessenkonflikten und die angewandte Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung darzutun. Gelingt dies dem Verwaltungsrat, so wäre pflichtgemässes Verhalten des Verwaltungsrates zu vermuten. Die Vermutung könnte nur noch mit dem Beweis des Gegenteils umgestossen werden. Gelingt dem Kläger die Glaubhaftmachung der Pflichtverletzung nicht, so trägt er im Hauptverfahren die volle Beweislast. Insofern wäre

⁴⁶ BÖCKLI (FN 27), 361; Mit der bei der Solidarität und beim Regress ansetzenden Haftungsbeschränkung der Revisoren nimmt die Botschaft übrigens einen Vorschlag aus den Vorarbeiten zur Aktienrechtsrevision 1991 wieder auf.

⁴⁷ VON DER CRONE (FN 13), 6.

⁴⁸ DERS. (FN 13), 6.

⁴⁹ Zur Business Judgment Rule siehe ANDREA GRASS/PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, 1623 ff.

⁵⁰ VON DER CRONE (FN 13), 8.

⁵¹ NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993, insbesondere 347, 521, 532.

⁵² VON DER CRONE (FN 13), 9.

es zu begrüssen, wenn entsprechend dem Vorschlag HANS CASPAR VON DER CRONES die grosse Aktienrechtsrevision mit einer gesetzlich eingeführten Business Judgment Rule Professionalität und vernünftiges Handeln als Kriterien zur Beurteilung der Haftung des Verwaltungsrates einführen würde. Damit entscheidet die Frage, ob der Verwaltungsrat seine Aufgabe sorgfältig erfüllt und damit seine Stellung vernünftig versehen hat, über die Haftung des Verwaltungsrats. Wenn man sich vergegenwärtigt, was die Medien zur Frage der Manager-Boni noch alles in die grosse Aktienrechtsrevision hineinpacken wollen, dann müsste eigentlich eine solche materiell/prozessual-duale Business Judgment Rule auch noch Platz haben. Eine derartige Normierung würde – um mit HANS CASPAR VON DER CRONE zu sprechen⁵³ – den ökonomischen Realitäten gerecht. Es lässt sich von einer Nuancierung der Haftung des Verwaltungsrates sprechen. Die Haftung wird verschärft für Verwaltungsräte, die zu wenig professionell und unvernünftig handeln, die Haftung für professionell und vernünftig handelnde Verwaltungsräte wird tragbar.

Sie macht dem, der Verantwortung ernst nimmt, die Übernahme der Verantwortung möglich, weil er sie tragen kann.

7. Kompetenzkompetenz der Aktionäre und deren Einfluss auf die Haftung des Verwaltungsrats

Art. 627 Ziff. 14 OR 2007 statuiert eine Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre⁵⁴. Die Ausweitung der Aktionärskompetenz wird durch eine Einengung der Kompetenz des Verwaltungsrats in Art. 716 b OR 2007 ausgeglichen. Die Durchbrechung des Paritätsprinzips führt nach PETER BÖCKLI zu einer Schwächung des Verwaltungsrates⁵⁵. Erstmals erscheint das neue Institut von durch die Generalversammlung genehmigten Verwaltungsratsbeschlüssen in der Botschaft vom 21. Dezember 2008⁵⁶, laut PETER BÖCKLI «ohne jede Spur im Vorentwurf und im Vernehmlassungsverfahren». Es handle sich dabei um eine «Eingebung der letzten Stunde». Es ist ihm darin zuzustimmen, dass mit der Kompetenzkompetenz der Aktionäre mehrere Probleme verbunden sind. Unter dem Aspekt der Verantwortung und damit der Haftung des Verwaltungsrates dürfte insbesondere

die Information Probleme bereiten. Über was muss und über was soll der Verwaltungsrat die Generalversammlung im Zusammenhang mit einem seiner Beschlüsse, die er laut Statuten genehmigen lassen muss, informieren? Was ist, wenn ein Aktionär der Ansicht ist, nicht genügend informiert worden zu sein, um einen solchen Verwaltungsratsbeschluss in der Generalversammlung zu genehmigen? Kann ein Aktionär umgekehrt auch behaupten, zu viel Information an die Aktionäre habe der Gesellschaft geschadet⁵⁷?

Gemäss Art. 716b Abs. 3 OR 2007 schränkt die Genehmigung durch die Generalversammlung die Haftung des Verwaltungsrats nicht ein. Nach der Botschaft entfaltet die Genehmigung nur gesellschaftsintern Wirkung in Bezug auf offengelegte Tatsachen. Sie bleibt hinsichtlich der Rechte Dritter ohne Bedeutung. LUKAS GLANZMANN pflichtet dem bei, weil die Generalversammlung nur eine Genehmigungs-, aber keine Gestaltungskompetenz hat⁵⁸. Sowohl nach DIETER DUBS⁵⁹ als auch nach LUKAS GLANZMANN⁶⁰ hat die Genehmigung durch die Generalversammlung die Wirkung eines Déchargebeschlusses. Insofern kann mit DIETER DUBS von einer «haftungsbeschränkenden Wirkung für den Verwaltungsrat gegenüber zustimmenden Aktionären» gesprochen werden.

Die Vergrösserung der Autonomie der Aktionäre bei gleichzeitiger spiegelbildlicher Verkleinerung der Autonomie des Verwaltungsrates wirkt sich in Bezug auf die Haftung des Verwaltungsrates nach dem Gesagten vierfach aus. Zunächst hat nach Gesetz die Kompetenzkompetenz der Aktionäre keine Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit. Dann schränkt die Kompetenzkompetenz der Aktionäre die Zahl anfechtungsberechtigter Aktionäre ein, weil zustimmende Aktionäre nicht mehr klagen können. Insofern hat die Kompetenzkompetenz der Aktionäre eine haftungsbeschränkende Wirkung. Ferner begrenzt die Kompetenzkompetenz der Aktionäre das Feld verantwortungsrelevanter Situationen und damit die Haftung des Verwaltungsrats. Schliesslich aber können wegen des mit der Kompetenzkompetenz der Aktionäre verbundenen relativ komplexen, hinsichtlich des Umgangs mit Informationen Abwägungen nötig machenden Verfahrens, das zur Genehmigung durch die Generalversammlung führt und ganz in der Hand des Verwaltungsrats liegt, zusätzliche haftungsbegründende Situationen entstehen. Das bewirkt eine Haftungsausweitung und damit eine Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, die von der Möglichkeit von Art. 716b OR 2007 Gebrauch macht, sieht sich auf alle Fälle

⁵³ DERS. (FN 13), 19.

⁵⁴ DIETER DUBS, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Art. 627 Ziff. 14 E-OR, in: SZW 2008, 160.

⁵⁵ BÖCKLI (FN 27), 353 ff.

⁵⁶ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (BB1 2008 II, 1589 ff.).

⁵⁷ Siehe für die sich aus mangelnder Treuepflicht der Aktionäre ergebenden Gefahren an zuviel Information BÖCKLI (FN 27), 359.

⁵⁸ LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, kritische Bemerkungen zum Entwurf des Bundesrats, in: Der Schweizer Treuhänder 2008, 677.

⁵⁹ DUBS (FN 54), 170.

⁶⁰ GLANZMANN (FN 58), 677.

mit zusätzlichen Sorgfaltspflichten konfrontiert. Ihre mögliche Verletzung führt zu einer Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrates.

8. «Verschiebung» der Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung vom Anhang der Jahresrechnung in den Lagebericht grösserer Unternehmen

Bei der Vorbereitung des vorliegenden Beitrags beeindruckten mich zwei plakativ formulierte Äusserungen von THOMAS EMCH, dem Corporate Counsel der Conzetta Holding⁶¹: «Mit Risiken zu leben gehört zur unternehmerischen Tätigkeit» und «Der Mensch ist ein Risiko, indem seine Freiheit ihn manchmal das Falsche tun lässt».

Wie man früher im Militärdienst lernte, Probleme nicht zu bekämpfen, sondern zu lösen, so gilt es auch in der rechtlich verfassten Wirtschaft, Pannen und menschliche Fehlentscheide nicht wegzureden, sondern sie ernst zu nehmen, einzugrenzen und zu minimieren.

Gemäss Art. 663b Ziff. 12 OR 2005 muss der Verwaltungsrat im Anhang der Jahresrechnung *Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung* machen. Diese Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung sind dann gemäss Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR von der Revisionsstelle zu prüfen, insofern diese im Rahmen der Jahresrechnung auch den Anhang zu prüfen hat, der gemäss Art. 662 Abs. 2 OR zur Jahresrechnung gehört.

Gemäss OR 2007 haben nur noch grössere Unternehmen *Aufschluss über die Durchführung einer Risikobeurteilung* zu geben (Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR 2007) und diesen in den Lagebericht aufzunehmen (Art. 961 OR 2007). Aus der veränderten Wortwahl – statt «Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung» zu machen, ist nun «Aufschluss über die Durchführung einer Risikobeurteilung zu geben» – lässt sich nichts ableiten. Von Bedeutung ist aber die Verschiebung des Themas «Durchführung einer Risikobeurteilung» vom Anhang in den Lagebericht⁶². Die Angaben zur

Durchführung einer Risikobeurteilung werden vom eher nur zusätzliche und statische Angaben zur Jahresrechnung (und damit auf die Vergangenheit ausgerichteten Angaben) enthaltenden Anhang in den auf die Fortführung und damit die Zukunft ausgerichteten, dynamischen Lagebericht verschoben. Die schon immer beim Verwaltungsrat und nicht bei der Revisionsstelle liegende Verantwortung für die Beurteilung von Risiken wird durch die Platzierung im Lagebericht und damit in einem klarerweise einzig vom Verwaltungsrat zu verantwortenden Dokument betont und verdeutlicht. Schon immer war, wie gesagt, der Verwaltungsrat für die Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung zuständig. Mit der Verschiebung dieser Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung vom Anhang in den Lagebericht wird aber, unabhängig davon, ob die konkrete Gesellschaft einen Lagebericht zu publizieren hat oder nicht, eine Aufgabe des Verwaltungsrats bei der Erstellung des Geschäftsberichts (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6.) direkt konkretisiert. Damit wird indirekt die Aufgabe des Verwaltungsrats zur Risikobeurteilung im Rahmen der Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) betont.

Die grosse Aktienrechtsrevision führt mit der Verschiebung der Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung vom Anhang in den Lagebericht schon heute zu einer vorwirkenden Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrates für Beurteilung von Risiken. Es wird schon heute kein Verwaltungsrat mehr sagen können, er habe in Bezug auf die von der Gesellschaft betriebenen Geschäfte und in Bezug auf Projekte im Zusammenhang mit diesen Geschäften keine Risikobeurteilung vorgenommen, denn damit würde er zugeben, im Rahmen der Oberleitung der Gesellschaft einen Fehler gemacht zu haben.

Dass die Risikobeurteilung eine Aufgabe des Verwaltungsrats ist, ergibt sich, wie ausgeführt, aus dessen Oberleitungsfunktion. Zwar ist erneut zu betonen, dass erste Pflicht des Verwaltungsrates das Erkennen und Wahrnehmen von Chancen ist. Diese sind aber immer eng mit entsprechenden Risiken verbunden, sodass deren Beurteilung aus dem Pflichtenheft des Verwaltungsrats nicht wegzudenken ist. Es wäre falsch, anzunehmen, der Verwaltungsrat hätte Chancen, die Revisionsstelle hingegen Risiken zu beurteilen. Genau in diese Richtung liess aber die Behandlung der Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung in der kleinen Aktienrechtsrevision durch die Platzierung im Anhang denken. In der grossen Aktienrechtsrevision werden die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung nun in den Lagebericht und damit in eine sichtbare, zentrale Aufgabe des Verwaltungsrats verschoben. Während für die zum Anhang sich äussernde Revisionsstelle klar ist, dass es sich bei den beurteilten Risiken um Risiken im Zusammenhang mit der Rechnungslegung handelt⁶³, lässt sich bei dem vom Verwaltungsrat zu verantwortenden Aufschluss

⁶¹ THOMAS EMCH, Der General Counsel als Riskmanager, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht und Umstrukturierungen, Zürich, 2008, 95. «Pannen lassen sich nicht vermeiden» und «Im Unternehmen haben wir es mit Menschen zu tun».

⁶² Auch gemäss Art. 958 Abs. 2 OR 2007 setzt sich die Jahresrechnung zusammen aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang. Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR 2005 gilt unverändert, sodass die Angaben des Verwaltungsrates zur Durchführung einer Risikobeurteilung, weil sie eben neu im nicht zu prüfenden Lagebericht und nicht mehr im zu prüfenden Anhang platziert sind, von der Revisionsstelle nicht mehr beurteilt werden. Wie schon heute der Jahresbericht wird in Zukunft der Lagebericht durch die Revisionsstelle nicht geprüft.

⁶³ BÖCKLI (FN 4), 120.

zur Durchführung einer Risikobeurteilung im Lagebericht sogar argumentieren, es müsse sich um alle mit dem Unternehmen verbundenen Risiken, also gerade auch um die bisher von der Revisionsstelle nicht zu beurteilenden Risiken wie allgemeines Unternehmens- oder Geschäftsrisiko, Gegenpartierisiko, Marktrisiko und operationelle Risiken⁶⁴, handeln. Andererseits lässt sich natürlich auch argumentieren, durch die Verschiebung der Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung vom Anhang in den Lagebericht seien nicht neue Risiken hinzugegetreten, sondern es handle sich noch immer um die Risiken im Zusammenhang mit der Rechnungslegung. Begründet würde dies damit, dass man nur verschieben⁶⁵ kann, was schon bisher platziert war. Platziert waren die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung im Anhang und dieser, da ist PETER BÖCKLI zuzustimmen, bezieht sich auf die Rechnungslegung. Wenn Folge der Neuplatzierung der Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung im Lagebericht sein sollte, dass auch weitere als mit der Rechnungslegung verbundene Risiken darzustellen sind, dann wird dadurch eine Aufgabe des Verwaltungsrates, die bisher zwar ebenfalls bestand, jedoch mangels Publikation ihrer Ergebnisse nicht beurteilt werden konnte, in den Bereich möglicher gerichtlicher Beurteilung platziert und damit das Haftungsrisiko des Verwaltungsrats verschärft. Es lässt sich dann auch die Frage stellen, was es bedeutet, wenn sich ein Risiko realisiert, das im Lagebericht nicht erwähnt wurde, obwohl es eventuell dem Verwaltungsrat bekannt war. Eine derartige Frage führt letztlich über eine nun positiv umschriebene Aufgabe des Verwaltungsrats zu einer Modifikation seiner Stellung als Risiken nicht nur abwägendes, sondern diese Abwägungen auch publizierendes Organ und damit zur Verschärfung seiner Haftung. Die Verschiebung der Angaben zu Risikobeurteilungen aus dem Anhang in den Lagebericht verändert die Anforderungen an die Aufgaben des Verwaltungsrates und verschärft die Haftung des Verwaltungsrates.

Beim Stichwort «Risiko» drängt sich unter dem Aspekt der Stellung und Haftung des Verwaltungsrates eine Bemerkung im Zusammenhang mit dem Kapitalschutz auf: Während einige Bestimmungen der grossen Aktienrechtsrevision den Kapitalschutz stärken und damit unter dem Gesichtspunkt der Haftung nicht behandelt werden müssen, sieht insbesondere PETER BÖCKLI im Rahmen der grossen Aktienrechtsrevision auch eine Schwächung des Kapitalschutzes⁶⁶. Das führt direkt zur Frage der Verantwortung des Verwaltungsrates für den Kapitalschutz.

Wenn eine Gesellschaft ihren Jahresabschluss nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung⁶⁷ erstellt, dann kann sie auf die Erstellung einer Jahresrechnung nach Obligationenrecht verzichten⁶⁸. Die anerkannten Standards folgen der angelsächsischen *true and fair view* und weichen in einer, wie PETER BÖCKLI sagt, «überaus grossen Anzahl von wesentlichen Grundsätzen von der Methodik des Obligationenrechts tiefgreifend ab». Die Abweichungen der Standards betreffen u.a. das Realisationsprinzip, das Imparitätsprinzip und das Niederstwertprinzip. Damit können grosse Werteinbussen die Gesellschaft schlagartig tief in die Verlustzone drücken und das Eigenkapital zum Schmelzen bringen. Wenn man an die alten und neuen Pflichten des Verwaltungsrates bei Kapitalverlust und Überschuldung⁶⁹ denkt und sich gleichzeitig vergegenwärtigt, dass es der Verwaltungsrat ist⁷⁰, der den Standard wählt, falls nicht die Statuten oder die Generalversammlung dies tun, dann sieht man auf den Verwaltungsrat ein neues Risiko zukommen, das durchaus zu einer Verschärfung seiner Haftung führen kann. Es wird interessant sein, wie die Gerichte entscheiden, wenn sich ein Verwaltungsrat in einem Verantwortlichkeitsprozess nach Art. 754 OR auf von Grundsätzen des Rechnungslegungsrechts des Obligationenrechts abweichende Standards beruft. Mit Sicherheit kommt der Dokumentierung der Voraussetzungen für die Anrufbarkeit der Standards grosse Bedeutung zu.

Höchste Vorsicht wird unter Risikogesichtspunkten dem Verwaltungsrat einer Gesellschaft, deren Statuten von der Möglichkeit von Art. 725b OR 2007 Gebrauch machen, empfohlen. Gemäss diesem Artikel können die Statuten weitere, über die in Art. 725 und 725a OR 2007 enthaltenen hinausgehende Anzeigepflichten vorsehen. Nach der Botschaft handelt es sich auch dabei um Anzeigepflichten im Zusammenhang mit Kapitalverlust, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Insofern ein Verwaltungsrat derartige zusätzliche Anzeigepflichten übernimmt, verschärft er nach dem Motto «nur die dümmsten Kälber wählen ihren Metzger selber» seine Sorgfaltspflicht und damit seine Haftung. Auch LUKAS GLANZMANN warnt eindringlich: «Solche Verwaltungsratsmandate (sollte man) tunlichst meiden. Dadurch werden nämlich die Pflichten in einem ohnehin heiklen Bereich vergrössert, was unweigerlich zu einer Verschärfung der Haftung führt.»⁷¹

⁶⁴ DERS. FN 4), 120.

⁶⁵ Der Text der Botschaft ist hinsichtlich der Qualität der Neuplatzierung als blosser Verschiebung klar, «die Angaben zur Durchführung einer Risikobeurteilung (sind) nicht mehr im Anhang der Jahresrechnung, sondern im Jahresbericht zu machen.» (BBl 2008 II 1718).

⁶⁶ BÖCKLI (FN 27), 341.

⁶⁷ Siehe dazu MAX BOEMLE/RONNY MEYER, Revision des Rechnungslegungsrechts, Praxisbeispiele zu den geplanten Änderungen, in: Der Schweizer Treuhänder 6–7/2008, 410 ff.

⁶⁸ Art. 962 Abs. 1 OR 2007.

⁶⁹ Art. 725 und 725c OR 2007.

⁷⁰ Art. 962 Abs. 2 OR 2007.

⁷¹ GLANZMANN (FN 58), 679.

9. Verzicht auf eine eingeschränkte Revision (Opting-out) und Haftung des Verwaltungsrats

Die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung, die der Verwaltungsrat machen muss, ist eine in ihrer Bedeutung veränderte Aufgabe des Verwaltungsrats. Von durch die Aktienrechtsrevisionen veränderten Anforderungen an die Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrates lässt sich sprechen, wenn die grosse Aktienrechtsrevision den durch die Business Judgment Rule abgesteckten Ermessensspielraum des Verwaltungsrats für kommerzielle Entscheide ausdrücklich anerkennt oder mindestens Voraussetzung für eine diesbezüglich klarere Auslegung liefert. Um einen Spezialfall handelt es sich bei der Veränderung der Stellung und Haftung des Verwaltungsrates durch Zuweisung neuer Aufgaben beim von der kleinen Aktienrechtsrevision möglich gemachten Opting-Out, also dem Verzicht auf die Wahl einer Revisionsstelle nach Art. 727a Abs. 2 OR 2005.

Verzichtet wird auf die Revision durch einen im Verhältnis zur Gesellschaft unabhängigen Dritten. Bei einer Gesellschaft, bei der zufolge Opting-Outs keine Revision durch einen unabhängigen Dritten durchgeführt wird, bleibt dem Verwaltungsrat gar nichts anderes übrig, als die Aufgabe der Revision selbst zu übernehmen. Die meisten Gesellschaften, die vom Opting-Out Gebrauch machen, werden keine den Verwaltungsrat unterstützende interne Revision haben und selten wird der Verwaltungsrat externe Hilfe zur Erfüllung dieser Aufgabe beiziehen, macht es doch wenig Sinn, die durch ein Opting-Out bewirkte Verschlankeung und Vereinfachung und die damit eingesparten Kosten durch den Beizug Externer wieder zu neutralisieren. Die üblicherweise von einem unabhängigen Dritten wahrgenommene Aufgabe der Kontrolle der Rechnungslegung kommt deshalb in diesen Gesellschaften dem Verwaltungsrat selbst zu. Nur wo der Verwaltungsrat financially literate ist, er also die Aufgabe des unabhängigen Dritten dank eigener Sachkunde bewältigen kann, findet in diesen Fällen eine inhaltliche Kontrolle der Rechnungslegung tatsächlich statt.

Auch in einem derartigen, besten aller Fälle bleibt es damit aber bei einer klassischen Situation des Selbstkontrahierens, denn von den Aufgaben her kontrolliert der Verwaltungsrat sich nun selbst. Beim Opting-Out versiegen die Seen von Tinte, die zur Unabhängigkeit der Revisionsstellen geschrieben wurden, in einem schwarzen Loch, und alles, was zur Problematik des Selbstkontrahierens gesagt wurde, soll nun nicht mehr gelten. Nach Ansicht des Autors kann aber auch ein das Opting-Out ermöglichender Gesetzgeber mit der entsprechenden Ermächtigungsnorm zum Opting-Out die guten Gründe, die für eine echte Kontrolle der Jahresrechnung durch einen unabhängigen Dritten sprechen, nicht beseitigen⁷². Damit ist für den Verfasser klar, dass ein

Opting-Out vom Ansatz her nicht etwa eine Fehlgeburt, sondern eine Totgeburt ist.

Ein Verwaltungsrat, der einem Opting-Out zustimmt, lässt es an der minimalsten Professionalität und der geringsten Vernunft fehlen. Alle Gründe, die für ein Opting-Out sprechen mögen, handle es sich um finanzielle Gründe (Kosteneinsparung), Effizienzgründe (es besteht eine wirksame interne Kontrolle), Vereinfachungsgründe (es liegt alles offen auf der Hand, es gibt gar nichts zu prüfen), sind gegen gute Gründe für eine Revision (Checks and Balances, Beurteilung eines Sachverhalts unter mehreren Gesichtspunkten, Neutralität in Compliance-Fragen etc.) abzuwägen⁷³. Wer die Realität des Lebens und des Wirtschaftens kennt, wer die minimalste Erfahrung im Umgang mit Chancen und Risiken hat, wird einem Opting-Out niemals zustimmen können. Ein Verwaltungsrat, der gemäss Art. 727a Abs. 2 OR 2005 die Aktionäre einem (von ihm vorgeschlagenen) Opting-Out zustimmen lässt oder gar ein Opting-Out selbst beantragt, dem bleibt nichts anderes als die sofortige Demission. Erst recht bleibt dem Verwaltungsrat, gegen dessen Willen ein Opting-Out durchgeführt wird, wenn gemäss Absatz 3 der gleichen Bestimmung seine Haftung dadurch nicht verändert wird, keine andere Wahl als zurückzutreten. Ein Verwaltungsrat, der das anders sieht und bleibt, übernimmt mit der ihm dann zur Aufgabe werdenden Kontrolle der Jahresrechnung eine unerfüllbare Aufgabe und riskiert, da er als potentiell financially literate um die Unerfüllbarkeit der Aufgabe weiss und sie dennoch übernimmt, für daraus resultierende Schäden haftbar zu werden. Alles was zum Übernahmeverschulden des Verwaltungsrats geschrieben wurde⁷⁴, lässt sich auf die Situation eines Verwaltungsrates, der einem Opting-Out zustimmt oder im Falle eines gegen seinen Willen stattfindenden Opting-Outs nicht demissioniert, übertragen.

Wenn im Zusammenhang mit der Stellung und Haftung des Verwaltungsrats von vernünftigem Handeln die Rede ist, dann ist ganz direkt die Möglichkeit des Opting-Outs als seit der kleinen Aktienrechtsrevision gegebene Möglichkeit gemeint. Wenn als eines der vier Hauptziele der grossen Aktienrechtsrevision die Überarbeitung des sachlich veralteten Rechnungslegungsrechts⁷⁵ genannt wird, wenn es eines der Hauptziele der kleinen Aktienrechtsrevision war, ein neues

Schriften im Aktienrecht (Hrsg. Jean Nicolas Druey und Peter Forstmoser), Zürich/Basel/Genf 2007, Fn. 565, spricht von einer «extremen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit» und «einem unverantwortlichen Konzept des Gesetzgebers».

⁷³ BÖCKLI (FN 72), Fn. 559, bezeichnet das Opting-out als «Verstoss gegen die checks and balances» und sieht durch die bewirkte «objektiv verschärfte Gefahrenlage» «die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats verschärft».

⁷⁴ Siehe PETER R. ISLER, Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, in: Band 67, Europa Institut Zürich (Hrsg. Rolf H. Weber), Zürich/Basel/Genf 2006.

⁷⁵ Siehe NZZ vom 3.9.2008, 29.

⁷² PETER BÖCKLI, Die Folgen einer Freistellung von der Revision in: Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht,

Revisionsrecht einzuführen, und wenn nach PETER BÖCKLI in Anlehnung an den Sarbanes-Oxley Act ein Verwaltungsrat financially literate sein muss, dann ist ein Opting-Out von einem Verwaltungsrat, der Vernunft walten lässt, nicht zu verantworten. Die Möglichkeit des Opting-Out ist Aufforderung zum kollektiven Selbstmord und widerspricht professionellem und vernünftigem Handeln⁷⁶.

10. Zusammenfassung

Eine sich noch auf keine Gerichtsentscheide und nur wenig Erfahrung mit der kleinen Aktienrechtsrevision stützende und hinsichtlich der grossen Aktienrechtsrevision auf Vorschläge und Ansichten dazu angewiesene Untersuchung der Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, kommt zu folgenden einstweiligen Schlüssen:

- Die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats ist sowohl bei der kleinen wie bei der grossen Aktienrechtsrevision nicht zentrales Thema. Art. 754 OR als Ansatzpunkt für alle Haftung des Verwaltungsrats aus Geschäftsführung wird weder durch die kleine noch durch die grosse Aktienrechtsrevision verändert.
- Die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats wird durch die kleine und grosse Aktienrechtsrevision im Verhältnis zum Rechtszustand bis zum 1. Januar 2008 modifiziert. Faktoren dieser Modifikation sind neue und veränderte Aufgaben des Verwaltungsrats sowie veränderte Voraussetzungen für die Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats. Dadurch wird die Stellung des Verwaltungsrats und die Haftung des Verwaltungsrats verändert.
- Die Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle führt zu einer Verschlechterung der Position des Verwaltungsrats und zu einer Verschärfung seiner Haftung.
- Deutlich modifiziert werden die Voraussetzungen an die Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats durch eine

mögliche Anerkennung der Business Judgment Rule im Gesetzestext oder mindestens in der Schaffung von Anhaltspunkten und Hinweisen für ihre Wirksamkeit in der Auslegung durch die Gerichte. Die Haftung des Verwaltungsrats wird nuanciert.

- Deutlich modifiziert werden die Aufgaben des Verwaltungsrats und damit seine Stellung im Zusammenhang mit der dem Verwaltungsrat obliegenden Risikobeurteilung und den von ihm dazu publizierten Angaben. Es kann zufolge des potenziell grösser werdenden Umfangs der Risiken, zu denen der Verwaltungsrat Aufschluss geben muss, von einer Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrats gesprochen werden.
- Die Durchbrechung des Paritätsprinzips durch die Kompetenzkompetenz der Aktionäre führt zu neuen Sorgfaltspflichten und zu einer Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrats.
- Ein Opting-Out nach Art. 727a Abs. 2 OR 2005 und damit der Verzicht auf die Wahl einer Revisionsstelle als unabhängiger Dritter und der Verzicht einer Kontrolle der Jahresrechnung durch den unabhängigen Dritten führt zum Übergang der Aufgabe der Kontrolle der Jahresrechnung an den Verwaltungsrat. Diese Aufgabe kann der Verwaltungsrat nicht erfüllen, einerseits wegen üblicherweise fehlender Kenntnisse und in allen Fällen wegen des darin liegenden Selbstkontrahierens. Ein Verwaltungsrat, der einem Opting-Out zustimmt, wird für Schäden zufolge mangelnder oder mangelhafter Kontrolle der Jahresrechnung haftbar. Es lässt sich diesbezüglich nicht von einer Verschärfung der Haftung des Verwaltungsrats sprechen, denn ein Opting-Out wird kein professionell und vernünftig handelnder Verwaltungsrat mittragen. Insofern entfällt jegliche Haftung. Andererseits lässt sich im Zusammenhang mit einer in totaler Ignoranz und Vernunftlosigkeit begründeten Haftung nicht von einer verschärften Haftung sprechen.

⁷⁶ Bei der GmbH erscheint ein unter Corporate Governance Gesichtspunkten und Unabhängigkeit und Interessenkollision ebenfalls problematisches Opting-out anscheinend hinnehmbar. Sei es, dass zufolge häufiger Identität von Gesellschaftern und Geschäftsführung das Unternehmen und seine Anteilseigner und Manager ohnehin als Einheit gesehen werden, sei es, dass das alte Recht, unter dem selten Revisoren von Gesellschaften mit beschränkter Haftung hafteten, in der öffentlichen Wahrnehmung noch nachwirkt. Selbst MAX BOEMLE, Opting-Out als Regel für Kleingesellschaften, in: Der Schweizer Treuhänder 6–7/2008, 457, ein Befürworter der Möglichkeit des Opting-Outs, räumt ein: «Für die Beurteilung der Umsetzung in kleinen Aktiengesellschaften ist es noch zu früh, weil einerseits die KMU bei Neugründungen nach wie vor die GmbH der Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) vorziehen und andererseits in bestehenden Gesellschaften der Verwaltungsrat für die notwendigen Anpassungen (Art. 727a OR) wohl keine besondere Eile an den Tag legt.»

Le droit révisé, et notamment le droit de la société anonyme, attribue au conseil d'administration de nouvelles tâches et modifie les exigences posées à leur réalisation. Comme d'autres précédentes révisions, le droit révisé implique un durcissement de la responsabilité du conseil d'administration. L'exposé s'attache essentiellement à présenter les nouvelles attributions et exigences posées à leur accomplissement. Dans la mesure où les attributions du conseil d'administration, de l'assemblée générale et de l'organe de révision se recoupent partiellement, les conséquences qui peuvent en découler sur la responsabilité du conseil d'administration sont examinées.

(trad. LT LAWYANK, Fribourg)