

# Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, lic. iur. Antonio Carbonara, lic. iur. Larissa Marolda Martínez (Zürich)\*

\* Hans Caspar von der Crone ist ordentlicher Professor, Antonio Carbonara und Larissa Marolda Martínez sind wissenschaftliche Assistenten am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich.

<sup>1</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>2</sup> P. Böckli: Schweizer Aktienrecht (3. A., Zürich 2004) § 13 N 100 ff.; P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 29 N 2 ff.

<sup>3</sup> Art. 712 OR; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 2.

<sup>4</sup> Darunter fällt auch die Organisation des Verwaltungsrates selbst. So auch Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 3 f.; E. Homburger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat (Zürich 1997) N 255; A.M. Böckli (Fn. 2) § 13 N 102; M. Wernli: zu Art. 712, in: Honseil/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (2. A., Basel 2002) N 1 ff. insb. N 4.

<sup>5</sup> Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 3 f.; Homburger (Fn. 4) N 255; A.M. Böckli (Fn. 2) § 13 N 102; Wernli (Fn. 4) Art. 712 OR N 1 ff. insb. N 4.

<sup>6</sup> Art. 715 OR; M. Wernli: zu Art. 715 OR, in: Basler Kommentar (Fn. 4) N 1 ff. insb. N 4; Böckli (Fn. 2) § 13 N 113; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 31 N 5 ff. Das Recht eines Verwaltungsratsmitglieds auf Einberufung kann nicht eingeschränkt werden. Vgl. hierzu Homburger (Fn. 4) N 436.

<sup>7</sup> Art. 713 OR; M. Wernli: zu Art. 713 OR, in: Basler Kommentar (Fn. 4) N 3 ff. für die ordentliche Beschlussfassung und N 19 ff. für die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg. Das in Art. 713 Abs. 1 Satz 1 OR festgelegte Quorum ist lediglich dispositiver Natur und kann durch das Organisationsreglement abgeändert werden. Vgl. hierzu Forstmoser et al. (Fn. 2) § 31 N 25 f.

<sup>8</sup> Art. 715a OR; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 28 N 78 ff.; M. Wernli: zu Art. 715a OR, in: Basler Kommentar (Fn. 4) N 3.

## I. Führungsorganisation der Aktiengesellschaft in der Schweiz

### A. Führungsorganisation im Allgemeinen

Die Organisation des Verwaltungsrates<sup>1</sup> wird vom Aktienrecht grösstenteils diesem selbst überlassen<sup>2</sup>. Zwingend vorgesehen ist lediglich die Wahl eines Präsidenten und eines Sekretärs, wobei die Statuten die Wahl des Präsidenten der Generalversammlung zuweisen können<sup>3</sup>. Weitergehender Einfluss der Generalversammlung auf die Organisation des Verwaltungsrates hingegen ist aufgrund von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR ausgeschlossen. Die Festlegung der Organisation ist dem Verwaltungsrat als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zugewiesen<sup>4</sup>. Die weitere organisatorische Ausgestaltung kann daher statutarisch nicht eingeschränkt werden<sup>5</sup>. Im Rahmen der Führungsorganisation ist weiter die gesetzliche Regelung des Einberufungsrechts<sup>6</sup> und der Beschlussfassung<sup>7</sup> von Belang. Ebenfalls ist auf die in Art. 715a OR festgeschriebene Ordnung der Informationsrechte hinzuweisen<sup>8</sup>.

Die Gefahr der Realisierung latent vorhandener Interessenkonflikte, aber auch die ökonomisch sinnvolle Ausgestaltung effizienter Führungsprozesse haben dazu geführt, dass sich die Bildung von Verwaltungsratsausschüssen unter dem Blickwinkel einer guten Corporate Governance als *state of the*

*Die Autoren erläutern Bedeutung und Kompetenzen von Verwaltungsratsausschüssen in der aktienrechtlichen Führungsorganisation, unter Berücksichtigung der Corporate Governance-Richtlinie der SWX und des Swiss Code of Best Practice. Sie klären die Frage, welcher Haftungsmassstab bei non-committee VR-Mitgliedern im Verhältnis zur Haftung der committee VR-Mitglieder anzulegen ist. Sie zeigen eine Lösung anhand des funktionalen Verständnisses der Verantwortlichkeit auf, dem eine differenzierte Analyse der geforderten Sorgfalt zugrunde liegt und der die best practices berücksichtigt.* Zi.

*Les auteurs examinent l'importance et les compétences des comités du conseil d'administration dans l'organisation de la direction de la société anonyme, en particulier sous l'angle de la directive de la SWX sur le Corporate Governance et du Swiss Code of Best Practice. Ils élucident la question de savoir quel doit être la mesure de la responsabilité des administrateurs qui ne sont pas membres des comités par rapport à celle de ceux qui en sont membres. Ils présentent une solution qui repose sur une compréhension fonctionnelle de la responsabilité, se fondant sur une analyse différenciée de la diligence requise et qui tient compte des best practices.* P.P.

art zu etablieren vermochte<sup>9</sup>. Darauf soll im Folgenden näher eingegangen werden.

## B. Bildung von Verwaltungsratsausschüssen im Besonderen

### 1. Aktienrecht

Im Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben (Art. 716a Abs. 1 OR) kann der Verwaltungsrat Ausschüsse bilden, denen Aufgaben im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Ausführung von Verwaltungsratsbeschlüssen sowie der Überwachung von Geschäften zukommen (Art. 716a Abs. 2 OR)<sup>10</sup>. Übertragbar sind also lediglich Hilfsarbeiten im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung, nicht aber die eigentliche Entscheidungskompetenz<sup>11</sup>.

Ausschüsse, die zur selbständigen Erledigung von Aufgaben herangezogen werden und Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen, sind im Obligationenrecht nicht ausdrücklich geregelt<sup>12</sup>. Sofern sie mit Entscheidungskompetenz ausgestattet sind, stellen sie einen Anwendungsfall von Art. 716b OR dar. Es bedarf daher einer Delegationsnorm in den Statuten, und die zu delegierende Aufgabe muss zusätzlich in einem Organisationsreglement umschrieben werden<sup>13</sup>.

Sowohl vorbereitende wie ausführende Ausschüsse bedürfen zur Erfüllung ihrer Aufgaben zeitgerecht vorgelegter und vollständiger Unterlagen<sup>14</sup>. Art. 715a OR regelt das Recht auf Auskunft und Einsicht. Für Verwaltungsratsausschüsse ist dabei vor allem Absatz 4 von Bedeutung, da dieser eine Erweiterung des Rechts auf Auskunft und Einsichtnahme der einzelnen Verwaltungsräte durch Regelung oder Beschluss des Verwaltungsrates und damit eine adäquate Informationsversorgung der einzelnen Verwal-

<sup>9</sup> R. Trigo Trindade: La répartition des tâches au sein du conseil d'administration, SZW 2004 31; P. Böckli: Corporate Governance und «Swiss Code of Best Practice», in: von der Crone/Watter/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser (Zürich 2003) 277. P. Forstmoser: Corporate Governance – Regeln guter Unternehmensführung in der Schweiz, in: Niederer Kraft und Frey-Schriftenreihe (Zürich 2002) 18, ist der Ansicht, dass die Erfüllung der Organisationspflicht gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR implizit die Bildung von Ausschüssen verlangt.

<sup>10</sup> Ähnlich die Rechtslage in Deutschland gemäss § 107 Abs. 3 Satz 1 des Aktiengesetzes. Vgl. dazu M. Lutter/G. Krieger: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates (4. A., Köln 2002) N 622; M. Dreher: Die Organisation des Aufsichtsrates, in: Feddersen/Hommelhoff/Schneider (Hrsg.), Corporate Governance – Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht (Köln 1996) 45; U. Hüffer: Aktiengesetz (6. A., München 2004) N 16 zu § 107; H. Reichelt: Die Institution des Aufsichtsrates in der deutschen Aktiengesellschaft: Reformüberlegungen aus historischer Perspektive (Stuttgart 1998) 103. Auch der am 21. Mai 2003 in Kraft getretene, unter [http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/DCG\\_K\\_D200305.pdf](http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/DCG_K_D200305.pdf) veröffentlichte «Deutsche Corporate Governance Kodex» empfiehlt die Bildung von Ausschüssen.

<sup>11</sup> Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 31 und 37; Böckli (Fn. 2) § 13 N 405 und N 423; R. Watter: zu Art. 716a OR, in: Basler Kommentar (Fn. 4) N 27; Homburger (Fn. 4) N 688; R. Müller/L. Lipp/A. Plüss: Der Verwaltungsrat: ein Handbuch für die Praxis (2. A., Zürich 1999) 73; U. Bertschinger: Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Zürich 1999) N 230; G. Krneta: Praxiskommentar Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Verwaltungsräte (Bern 2001) N 1482 sowie N 1645; G. Giger: Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 2003) 321; I. W. Hungerbühler: Der Verwaltungsratspräsident (Diss. Zürich 2003) 26 ff.; Trigo Trindade (Fn. 9) 27; S. Hasenböhler: Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR: im Vergleich zum amerikanischen Recht (Diss. Zürich 2003) 29.

tungsratsausschüsse ermöglicht<sup>15</sup>. Vor allem das *audit committee* und insbesondere dessen Präsident sollten mit denselben Informationsrechten ausgestattet sein wie der Verwaltungsratspräsident.

### 2. Corporate Governance-Richtlinie der SWX (RLCG)

Die SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Anders in Deutschland, wo eine vollständige Delegation an einen Aufsichtsratsausschuss nur dann ausgeschlossen ist, wenn ein explizit im Katalog von § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG festgehaltener Fall vorliegt. In den USA sind gemäss der Regelung im Recht des Staates Delaware beratende *committees* ohne Einschränkung zulässig. Entscheidende *committees* dürfen zwar grundsätzlich in allen Belangen tätig werden, jedoch entzieht ein Negativkatalog bestimmte Aufgaben der Delegation. Vgl. zum Ganzen § 141 (c)(2) General Corporation Law; L. A. Schmidt, in: Balotti/Finkelstein (Hrsg.), The Delaware Law of Corporations and Business Organizations, § 4.14, 26. Der Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) folgt diesem regulatorischen Ansatz, vgl. § 8.25(e) RMBCA.

<sup>13</sup> Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 24 und N 33 f.; Böckli (Fn. 2) § 13 N 405; Watter (Fn. 11) Art. 716b OR N 1 ff.; Müller et al. (Fn. 11) 73; Krneta (Fn. 11) N 1646; Giger (Fn. 11) 322; Hungerbühler (Fn. 11) 27.

<sup>14</sup> In diesem Sinne P. Böckli: Leitung eines «Audit Committee»: Gratwanderung zwischen Übereifer und Unsofalfalt (ST 2003) 565. Für die Rechtslage in Deutschland vgl. Lutter/Krieger (Fn. 10) N 656 f.; K. Rellermeyer: Aufsichtsratsausschüsse (Köln 1986) 191 f.; D. Hoffmann: Der Aufsichtsrat (3. A., München 1994) N 264; Reichelt (Fn. 10) 105.

<sup>15</sup> Wernli (Fn. 8) Art. 715a OR N 14; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 28 N 104.

<sup>16</sup> Die Richtlinie wurde am 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt und stützt sich auf Art. 1, 3 und 64 des Kotierungsreglements (KR) i.V.m. Art. 8 des Bundesgesetzes über den Börsen- und Effektenhandel (BEHG). Sie kann unter [http://www.swx.com/admission/rlcg\\_de.pdf](http://www.swx.com/admission/rlcg_de.pdf) abgerufen werden.

<sup>17</sup> Studie zur praktischen Umsetzung der RLCG, 3, Ziff. 2.1 verfügbar auf der Internetseite der SWX Swiss Exchange unter [http://www.swx.com/admission/studie\\_corporate\\_governance.pdf](http://www.swx.com/admission/studie_corporate_governance.pdf).

<sup>18</sup> Vgl. D. Huber/P. Hodel/C. Staub Gierow: Praxiskommentar zum Kotierungsreglement SWX Swiss Exchange (Zürich 2004) 398 ff.; D. Zobl/S. Kramer: Schweizerisches Kapitalmarktrecht (Zürich 2004) N 275; Baker & McKenzie (Hrsg.): Entwicklung im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2002/2003 (Zürich 2003) 27.

<sup>19</sup> Zum Erfordernis der Unabhängigkeit: Der Verwaltungsrat hat gemäss Anhang zur Richtlinie den Anlegern im jährlichen Geschäftsbericht mitzuteilen, ob es sich bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates um exekutive oder nicht exekutive Mitglieder handelt. Wie die Verwaltungsratsausschüsse in personeller Hinsicht zusammengesetzt sind, bleibt weiterhin Sache des Verwaltungsrates. Siehe Anhang RLCG, 3.

<sup>20</sup> Der SCBP ist unter [www.economiesuisse.ch](http://www.economiesuisse.ch) verfügbar.

<sup>21</sup> Ziffer 3 im Vorwort zum SCBP.

<sup>22</sup> Nach eigenem Bekenntnis soll der SCBP «Leitlinien setzen und Empfehlungen abgeben, jedoch den Schweizer Unternehmen keine Zwangsjacke anziehen», siehe dazu Vorwort zum SCBP, 6.

<sup>23</sup> Sinn und Zweck der Ausschussbildung soll gemäss dem SCBP die vertiefte Analyse von bestimmten Sach- und Personalbereichen durch den Ausschuss sein. Siehe Ziff. 26 SCBP.

<sup>24</sup> Vgl. dazu B. Brenner: Swiss Code of best practice verabschiedet, in: NZZ v. 6./7. April 2002, 29.

<sup>25</sup> Die NYSE Corporate Governance Rules (Listed Company Manual 303A.01) schreiben vor, dass das *board of directors* einer kotierten Gesellschaft zur Mehrheit aus *independent directors* zusammengesetzt sein muss. Ein *director* gilt erst dann als *independent*, wenn das *board of directors* dies bestätigt. Materiell bedeutet *independence* gemäss Listed Company Manual 303A.02(a), dass keinerlei relevanten Beziehungen zur Gesellschaft unterhalten werden. Zudem ist Unabhängigkeit nicht gegeben, wenn eine nahe Verwandtschaft mit einem Mitglied des Managements vorliegt. Vgl. dazu C. B. Bühler: US Corporate Governance Reform: Impact on NYSE-Listed Swiss Companies (Zürich 2004) 31 f. Der Deutsche Corporate Governance Kodex enthält in Bezug auf die Unabhängigkeit verschiedene Regeln:

(RLCG) regelt die Offenlegung bezüglich Corporate Governance der einzelnen an der SWX kotierten Gesellschaften. Als Selbstregulierungserlass auf Grundlage einer gesetzlichen Delegation ist die RLCG im Gegensatz zum Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance Teil des schweizerischen Kapitalmarktrechts<sup>17</sup>. Gemäss Art. 81 f. KR sind bei Nichteinhaltung der Zulassungsvorschriften und damit auch bei Verletzung der RLCG Sanktionen vorgesehen<sup>18</sup>.

Der ausführliche Anhang zur Richtlinie verlangt in Ziff. 3.5 Transparenz über die Ausschussbildung des Verwaltungsrates, insbesondere die Offenlegung der personellen Zusammensetzung<sup>19</sup> aller Ausschüsse, die jeweiligen Aufgaben sowie ihre Kom-

Einerseits dürfen dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstandes angehören und die Aufsichtsratsmitglieder dürfen keine Organ- oder Beratungsfunktion bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben. Andererseits darf der Vorsitzende des Prüfungsausschusses kein ehemaliges Vorstandsmitglied der Gesellschaft sein. Die am 22. April 2004 revidierte Fassung der OECD-Grundsätze, verfügbar unter <http://www.oecd.org/data-oecd/32/18/31557724.pdf>, halten in Kapitel VI. lit. E., 63 ebenfalls fest, dass die Unabhängigkeit des Aufsichtsorgans erst dann gewährleistet ist, wenn seine Mitglieder weder im Unternehmen beschäftigt sind noch zu dem Unternehmen oder der Geschäftsleitung enge wirtschaftliche, familiäre oder sonstige Beziehungen unterhalten.

<sup>26</sup> Der SOA ist unter anderem auf <http://www.law.uc.edu/CCL/SOact/soact.pdf> verfügbar. Gemäss Section 301 des SOA darf es sich bei einem Mitglied des *audit committees* generell nicht um eine so genannte *affiliated person* handeln, d.h. um eine Person, welche direkt oder indirekt durch einen oder mehrere Intermediäre die Kontrolle über die betreffende Gesellschaft ausübt bzw. von dieser kontrolliert wird oder aber unter gemeinsamer Kontrolle mit dieser Person steht (bsp. als Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft). Vgl. Bühler (Fn. 25) 38.

petenzen. Aus der RLCG ergibt sich keine Pflicht zur Bildung von Ausschüssen, da sie sich auf Vorschriften zur Offenlegung der internen Organisation beschränkt, ohne darüber hinaus Vorschriften zu deren Ausgestaltung aufzustellen.

### 3. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP)

Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance<sup>20</sup> (SCBP) wendet sich an die schweizerischen Publikumsgesellschaften<sup>21</sup>. Als privates Regelwerk (soft law) weist er nur empfehlenden Charakter auf<sup>22</sup>. Es besteht kein direkter Durchsetzungsmechanismus. Für den Verwaltungsrat empfiehlt der SCBP die Zuteilung von Sonderaufgaben an einen Prüfungs-, einen Entschädigungs- sowie einen Nominierungsausschuss (Ziff. 21 ff. SCBP)<sup>23</sup>. Der SCBP hält aber in Ziff. 21 Punkt 4 ausdrücklich fest, dass der Gesamtverwaltungsrat für die an Ausschüsse übertragenen Aufgaben verantwortlich bleibt.

Ziff. 22 des SCBP sieht für Ausschussmitglieder besondere Unabhängigkeitsregeln vor. Verlangt wird, dass die Mehrheit der Ausschussmitglieder unabhängig ist<sup>24</sup>. Als unabhängig gilt, wer weder heute noch in den letzten drei Jahren Mitglied der Geschäftsleitung der Gesellschaft ist bzw. war, und zudem in keinen oder nur verhältnismässig geringfügigen geschäftlichen Beziehungen zur Gesellschaft steht<sup>25</sup>. Bei kreuzweiser Einsitznahme in Verwaltungsräten ist die Unabhängigkeit im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Generell kann der Verwaltungsrat weitere Unabhängigkeitskriterien festlegen. Die Unabhängigkeit von einem Mehrheitsaktionär ist im Gegensatz zur Regelung im Sarbanes-Oxley Act<sup>26</sup> (SOA) betreffend der *inde-*

pendence von *audit-committee*-Mitgliedern nicht von Bedeutung. Nach Ziff. 23 Punkt 2 SCBP soll die Mehrheit der Mitglieder eines Prüfungsausschusses im Finanz- und Rechnungswesen erfahren sein<sup>27</sup>.

#### 4. Aufgaben und Kompetenzen der einzelnen Verwaltungsausschüsse

##### a. *Audit committee* (Prüfungs- oder Revisionsausschuss)

Das *audit committee* befasst sich mit Fragen des Risiko- und Kontrollumfeldes des Unternehmens, der Rechnungslegung sowie der internen und externen Prüfung<sup>28</sup>.

Da die Überwachungsverantwortung eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates i.S.v. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR ist, kann das *audit committee* einzig vorbereitende und überwachende Funktionen wahrnehmen<sup>29</sup>.

Der SCBP empfiehlt die Einrichtung eines Prüfungsausschusses, welchem die Überprüfung der Wirksamkeit der externen<sup>30</sup> sowie der internen Revision, der Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems mit Einbezug des Risikomanagements sowie der Einhaltung der Normen in der Gesellschaft zukommt<sup>31</sup>.

Neben der Entscheidung des Prüfungsausschusses, ob der Einzel- und Konzernabschluss dem Verwaltungsrat zur Vorlage an die Generalversammlung empfohlen werden kann, beurteilt er einerseits die Leistung und Honorierung der externen Revision und sorgt sich andererseits um die Unabhängigkeit<sup>32</sup> der Revision<sup>33</sup>. Die Verantwortung verbleibt aber wie bereits erwähnt beim gesamten Verwaltungsrat. So hat beispielsweise der Verwaltungsrat, gestützt auf die Vorarbeiten des Prüfungsausschusses,

<sup>27</sup> Was die fachliche Qualifikation der Mitglieder des *audit committees* nach amerikanischem Recht betrifft, so muss mindestens ein Mitglied des *audit committees* ein *financial expert* sein. Ist diese Anforderung nicht erfüllt, so hat die Gesellschaft dies offen zu legen und zu begründen. Vgl. SOA Section 407 (a), 407(b), SEC Rule 33-8177 § 229.401. Weil, Gotshal & Manges: The Corporate Charter – Special Alert November 4, 2003, 6 verfügbar unter [http://www.weil.com/wgm/cwgmhomep.nsf/Files/CorpChart\\_11-03/\\$file/CorpChart\\_11-03.pdf](http://www.weil.com/wgm/cwgmhomep.nsf/Files/CorpChart_11-03/$file/CorpChart_11-03.pdf); H. C. von der Crone/K. Roth: Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, AJP 2003 134; Ebenso verlangt der Deutsche Corporate Governance Kodex in Ziff. 5.4.1 das Vorliegen der erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrung.

<sup>28</sup> Böckli (Fn. 2) § 13 N 412 (i); Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 40 f.

<sup>29</sup> Gl.M. wohl Hungerbühler (Fn. 11) 28 f.; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 41; Krneto (Fn. 11) N 1654 f.; Giger (Fn. 11) 327; Hasenböhler (Fn. 11) 30. Ebenso gemäss § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG, wonach die Prüfung von Jahresabschluss und Geschäftsbericht un-delegierbar ist. A.M. R. Watter: Verwaltungsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser (Zürich 2003) 192 und 197, der eine Volldelegation sowohl der Überwachung der Arbeit und Unabhängigkeit der Revisionsstelle als auch der Erarbeitung des Wahlvorschlags an die Generalversammlung betreffend der Wahl der Revisionsstelle für möglich hält. Böckli (Fn. 2) § 13 N 425 gewährt dem *audit committee* Entscheidungskompetenz im Bereich der Beurteilung der Unabhängigkeit der externen Revision.

<sup>30</sup> Revisionsstelle und gegebenenfalls Konzernrechnungsprüfer. Zudem hat der Prüfungsausschuss die Einzel- und Konzernrechnung sowie die zur Veröffentlichung bestimmten Zwischenabschlüsse einer kritischen Durchsicht zu unterziehen. Er bespricht die Abschlüsse mit dem Finanzchef und dem Leiter der internen Revision sowie gegebenenfalls mit dem Leiter der externen Revision. Siehe Ziff. 24 SCBP.

<sup>31</sup> Der SOA definiert das *audit committee* in Section 2(a)(3)(A) folgendermassen: «[...] a committee (or equivalent body) established by and amongst the board of directors of an issuer for the purpose of overseeing the accounting and financial reporting processes of the issuer and audits of the financial statements of the issuer[...]». Gemäss SOA soll das *audit committee* also die Buchführungs- und Finanzberichterstattungsprozesse in der Gesellschaft überwachen. Vgl. dazu von der Crone/Roth (Fn. 27) 134; Bühler (Fn. 25) 38 ff. Ebenso empfohlen in Ziff. 5.3.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex.

<sup>32</sup> Gemäss NYSE Corporate Governance Rules hat die Revisionsstelle in ihrem jährlichen Bericht zuhanden des *audit committee* Auskunft über alle Verbindungen zwischen der Revisionsstelle und der Gesellschaft zu geben. Vgl. Listed Company Manual 303A.07(c)(iii)(A)-(H). Ebenso gemäss den Empfehlungen in Ziff. 5.3.2 des deutschen Kodex.

<sup>33</sup> Der SOA sieht eine Aufsichtsbehörde für Abschlussprüfer, das sog. Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), vor. In Übereinstimmung mit der amerikanischen Regelung schreibt nun auch der Richtlinienentwurf der EU-Kommission (Fn. 34) vor, dass eine dem PCAOB entsprechende Aufsichtsbehörde eingeführt werden soll. Auch die Schweiz kann sich dieser Entwicklung nicht entziehen, vgl. die am 23. Juni 2004 vom Bundesrat verabschiedete Botschaft zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren. Die Schaffung einer staatlichen Aufsichtsbehörde soll mit einem Zulassungssystem sicherstellen, dass die Revisionsdienstleistungen nur von genügend qualifizierten Fachpersonen erbracht werden. Für eine systematische Darstellung und Gliederung der «Amerikanisierung des Rechts» vgl. die gleichnamige Antrittsvorlesung von Hans-Ueli Vogt an der Universität Zürich vom 28. Juni 2004, abrufbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vogt/home.htm>.

<sup>34</sup> Gemäss Richtlinienentwurf der EU-Kommission (COM [2004] 177/4) vom 12/03/2004 obliegt dem Prüfungsausschuss, welcher aus Mitgliedern des Aufsichtsorgans oder aus nicht an der Geschäftsleitung beteiligten Mitgliedern des Verwaltungsorgans bestehen muss, die Vorauswahl des Prüfers und die Überwachung des Rechnungslegungs- und Prüfungsprozesses. Die Einführung einer Rotation des zuständigen Prüfers alle fünf Jahre soll zudem die Unabhängigkeit des Prüfers sicherstellen. Die Richtlinie ist noch vom Ministerrat und vom EU-Parlament im Mitentscheidungsverfahren zu beschliessen, was zeitlich frühestens Mitte 2005 geschehen wird. Der vollständige Text des Richtlinienvorschlages ist verfügbar unter [http://europa.eu.int/com\\_m/internal\\_market/auditing/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/com_m/internal_market/auditing/index_de.htm).

<sup>35</sup> Vgl. auch SOA Section 301-10A(m)(2). M.w.H. Bühler (Fn. 25) 38; Weil, Gotshal & Manges (Fn. 27) 6 f.

<sup>36</sup> Vgl. Krneta (Fn. 11) N 1662; Hungerbühler (Fn. 11) 30; Hasenböhler (Fn. 11) 30 e contrario.

<sup>37</sup> A.M. wohl Böckli (Fn. 2) § 13 N 426 (ii), der nur die Festsetzung der Entschädigung als delegierbar betrachtet, wohingegen er die Festlegung der Grundsätze der Entschädigung als Teil der Oberleitung i.S.v. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR qualifiziert.

<sup>38</sup> Zu den Interessenkonflikten im Aktienrecht siehe H. C. von der Crone: Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1994 3; L. Hand-schin: Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser (Zürich 2003) 169 ff.

<sup>39</sup> Die NYSE Corporate Governance Rules sprechen dem *compensation committee* folgende Aufgaben zu: Festlegung des Salärs des CEO's anhand der vorgenommenen Evaluation, der Erlass von Empfehlungen an das *board of directors* bezüglich der generellen Entlohnungspolitik, Erfolgsbeteiligungen und der Zuteilung von Mitarbeiteraktien sowie die Erarbeitung eines *compensation committee reports* bezüglich der Entlohnung des Managements, wie er von der SEC verlangt wird.

<sup>40</sup> Siehe dazu H. C. von der Crone: Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR NF 119 (2000) II 239 ff.

der Generalversammlung Antrag auf Wahl der Revisionsstelle zu stellen<sup>34</sup>. Die schweizerische Regelung unterscheidet sich in diesem Punkt grundlegend von der US-amerikanischen Ordnung, bei der das *audit committee* abschliessend über die Wahl der Revisionsstelle entscheidet<sup>35</sup>.

#### b. Compensation committee (Entschädigungsausschuss)

Die Festsetzung der Entschädigung der VR-Mitglieder ist nicht explizit Teil der unübertragbaren Aufgaben<sup>36</sup>. Die Festlegung kann daher an einen Ausschuss delegiert werden, der definitiv über die Art und Höhe der Entschädigung des Verwaltungsrates beschliesst<sup>37</sup>. Ein Ziel

der Ausschussbildung ist die Entschärfung von latent vorhandenen Interessenkonflikten<sup>38</sup> in Konstellationen, in denen Mitglieder der Geschäftsleitung gleichzeitig im Verwaltungsrat Einsitz nehmen<sup>39</sup>. Auch eine Übertragung dieser Aufgabe an die Generalversammlung ist zulässig. Die Ausgestaltung der Entschädigung der Geschäftsleitung ist hingegen als wichtiger Teil des Anreizsystems<sup>40</sup> von strategischer Bedeutung. Als Teil der «Oberleitung» im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR ist die Beschlussfassung darüber dem Gesamtverwaltungsrat vorbehalten<sup>41</sup>. Der Entscheid über die konkrete Höhe der Entschädigung der Geschäftsleitung dagegen kann an einen Ausschuss delegiert werden. Diese Ordnung stimmt im Übrigen auch mit den in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 und 5 OR festgelegten Wahlkompetenzen überein.

Gemäss SCBP kommt dem Entschädigungsausschuss keine Entscheidungsbefugnis zu<sup>42</sup>.

#### c. Nomination committee (Nominierungsausschuss)

Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR ist die Wahl der obersten, dem Verwaltungsrat direkt unterstehenden Mitglieder der Geschäftsleitung als unübertragbare Kompetenz dem Verwaltungsrat zugeteilt. In diesem Bereich ist somit eine Delegation auf einen Ausschuss nicht zulässig<sup>43</sup>. Die Wahl des Verwaltungsrates ist bekanntlich ohnehin Sache der Generalversammlung<sup>44</sup>.

Der Verwaltungsrat kann gemäss Ziff. 27 SCBP einen Nominierungsausschuss einsetzen, welcher die Grundsätze für die Auswahl von Kandidaten zur Zuwahl in den Verwaltungsrat bzw. für die Wiederwahl festlegt und die Auswahl nach diesen Kriterien vorbereitet<sup>45</sup>. Dem Nominierungsausschuss können auch Aufgaben im Bereich der Auswahl

<sup>41</sup> So auch Böckli (Fn. 2) § 13 N 426 (ii). A.M. Watter (Fn. 29) 196, der die Festsetzung sowohl der Entschädigung des Verwaltungsrates als auch derjenigen der Geschäftsleitung nicht unter die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates einordnet.

<sup>42</sup> So auch Giger (Fn. 11) 327. Zum Entschädigungsausschuss nach SCBP siehe P. Böckli: Corporate Governance und Swiss Code of Best Practice – Leitlinien für die Gestaltungsarbeit des Verwaltungsrats, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser (Zürich 2003) 280 f. Die NYSE Corporate Governance Rules gehen somit weiter als der SCBP.

<sup>43</sup> Watter (Fn. 29) 195.

<sup>44</sup> Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

<sup>45</sup> Die Identifizierung qualifizierter Kandidaten fällt ebenfalls in die Zuständigkeit des *nomination committees*, vgl. NYSE Corporate Governance Rules, Listed Company Manual 303A.04 (b)(i).

und Beurteilung des obersten Kaders zugewiesen werden<sup>46</sup>.

#### d. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach Art. 716a Abs. 2 OR nur die Einsetzung vorbereitender bzw. ausführender Ausschüsse zulässig ist. Diesen Ausschüssen kommen keine Entscheidungskompetenzen zu. Einzig bei der Festsetzung der Entschädigung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, bei Letzterer jedoch nur bezüglich der Höhe, besteht die Möglichkeit der Delegation dieser Aufgabe an einen Entschädigungsausschuss. In allen anderen relevanten Belangen<sup>47</sup> bleibt es bei der Beschlussfassung durch den Gesamtverwaltungsrat und damit bei der Gesamtverantwortung<sup>48</sup>.

## II. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Ausschussbildung

### A. Verantwortlichkeit von committee-Verwaltungsratsmitgliedern

Verwaltungsräte, die in einem *committee* Einsitz genommen haben, müssen sich die Frage stellen, ob sie als besonders informierte bzw. qualifizierte Verwaltungsräte einer strengeren Haftung unterstehen als *non-committee*-Verwaltungsräte<sup>49</sup>.

Massgebend ist der anzuwendende Sorgfaltsmassstab<sup>50</sup>. Die Objektivierung des Sorgfaltsmassstabes führt zu einer Ableitung der geforderten Sorgfalt aus den übernommenen Aufgaben<sup>51</sup>. Der Sorgfaltsmassstab passt sich mit anderen Worten den spezifischen Aufgaben an, insbesondere im Fall der *committee*-Verwaltungsräte. Die Berücksichtigung individueller Eigen-

schaften bei der Festlegung des Sorgfaltsmassstabes kann lediglich zur Verschärfung der Haftung führen, da entschuldigende persönliche Momente bei der Objektivierung nicht zum Zuge kommen<sup>52</sup>. Weicht das Einzelverhalten vom durch besondere Fähigkeiten als möglich vorgegebenen Soll-Verhalten ab, gilt der Sorgfaltsmassstab als nicht eingehalten. In der Praxis dürfte sich diese Unterscheidung selten bemerkbar machen, da die Grenzen des Sorgfaltsmassstabes unklar sind und im Endergebnis eine vollkommen eindeutige Differenzierung unmöglich ist.

### B. Verantwortlichkeit von non-committee-Verwaltungsratsmitgliedern

Ein erster Ansatz verweist zur Beantwortung der Frage,<sup>53</sup> inwiefern ein *non-committee*-Verwaltungsrat für die Arbeit eines Ausschusses verantwortlich gemacht werden kann, auf Art. 716a Abs. 1 OR.<sup>54</sup> Die Entscheidbefugnis im Bereich der unübertragbaren Aufgaben verbleibt nach dieser Auffassung beim Gesamtverwaltungsrat. *Non-committee*-Verwaltungsräte bleiben für die Erfüllung der (undelegierbaren) Aufgaben uneingeschränkt verantwortlich. Die Bildung von Ausschüssen ändert nichts an der Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte. *Non-committee*-Verwaltungsräte und solche, welche einem Ausschuss angehören, werden in jeder Hinsicht gleich behandelt. Diese Auffassung trägt der Tatsache nicht Rechnung, dass eine zweckmässige Arbeitsteilung im Verwaltungsrat die Qualität der Entscheide erhöht und damit im Interesse der Aktionäre liegt. Sie vermag deshalb nicht zu überzeugen.

Ein zweiter Ansatz unterstellt *non-committee*-Verwaltungsräte der Re-

<sup>46</sup> SCBP Ziff. 27.<sup>47</sup> Die Liste von Art. 716a Abs. 1 OR erweist sich diesbezüglich in der Tat als gehaltvoll. Vgl. P. Forstmoser: Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung (ST 2002) 487; Böckli (Fn. 2) § 13 N 279 ff. und § 13 N 303 ff.; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 30 N 29 ff.

<sup>48</sup> Um Interessenkonflikte zu vermeiden, welche sich aufgrund der kleinen Mitgliederzahl von gewissen Verwaltungsräten ergeben können, kann im Organisationsreglement eine Rotation der Mitglieder der jeweiligen *committees* vorgesehen werden, sodass es nicht zur Behandlung von Gegenständen «in eigener Sache» kommt. Ausserdem ist strikte darauf zu achten, dass die Position des Sitzungsleiters mit einem unabhängigen Verwaltungsrat besetzt wird.

<sup>49</sup> Vgl. Trigo Trindade (Fn. 9) 32 f.; Watter (Fn. 11) Art. 717 OR N 5.

<sup>50</sup> Vgl. zur Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden im Zusammenhang mit der Festlegung des Sorgfaltsmassstabes H. Bärtschi: Verantwortlichkeit im Aktienrecht (Diss. Zürich 2001) 304 ff. Vgl. die Formulierungen von Watter (Fn. 11) Art. 717 OR N 5 und Böckli (Fn. 2) § 13 N 575 zur Pflichtverletzung und die inhaltlich davon kaum unterscheidbare Formulierung betreffend der geforderten Sorgfalt beim Verschulden von Bärtschi (oben) 301 f. bzw. P. Widmer/O. Banz: zu Art. 754 OR, in: Basler Kommentar (Fn. 4) N 32.

<sup>51</sup> P. Forstmoser: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Zürich 1987) N 292 m.w.H.

<sup>52</sup> Bärtschi (Fn. 50) 302; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 36 N 86. Vgl. auch Watter (Fn. 11) Art. 717 OR N 5, der die Sorgfaltspflicht als Mindeststandard umschreibt, bei dem es zu Abweichungen nach oben kommen kann.

<sup>53</sup> Eine aktuelle Stellungnahme aus jüngerer Zeit stammt von Trigo Trindade (Fn. 9) 24; konkret zum Thema geäussert haben sich ebenfalls Watter (Fn. 29) 188 ff.; Bertschinger (Fn. 11) N 230 ff.; Watter (Fn. 11) Art. 716a OR N 27.

<sup>54</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechtes vom 23. Februar 1983 (BBl 1983 II 745 ff.) 192; Forstmoser et al. (Fn. 2) § 29 N 23; Böckli (Fn. 2) § 18 N 130; Watter (Fn. 11) Art. 716a OR N 27; Homburger (Fn. 4) N 688; Bärtschi (Fn. 50) 251 f.; für die Rechtslage in Deutschland vgl. Lutter/Krieger (Fn. 10) N 540 f.

gelung von Art. 754 Abs. 2 OR<sup>55,56</sup> Demnach könnten *non-committee*-Verwaltungsräte bezüglich der von einem Ausschuss ausgeführten Arbeiten nur noch dann verantwortlich gemacht werden, wenn bei der Bestellung des *committees*, der organisatorischen

Ausgestaltung und Information des Ausschusses oder bei der Überwachung der Tätigkeit des *committees* nicht die gebotene Sorgfalt angewendet wurde. Bezüglich der vorbereitenden, ausführenden und überwachenden Arbeit der Ausschüsse steht *non-committee*-Verwaltungsräten der Exkulpationsbeweis offen. Für die Beschlussfassung bleiben sie aber weiterhin verantwortlich, da diese für Aufgaben im Bereich von Art. 716a Abs. 1 OR nicht übertragbar ist.<sup>57</sup> Die Anwendung von Art. 754 Abs. 2 OR auf *non-committee*-Verwaltungsräte scheitert aber an der geltenden Rechtslage. Bereits der Wortlaut von Art. 754 Abs. 2 OR schliesst dessen Anwendung im Bereich von Art. 716a Abs. 1 OR aus<sup>58</sup>. Man mag zwar dafürhalten, dass die Vorbereitung und Ausführung von Beschlüssen des Verwaltungsrates nicht mit der Beschlussfassung identisch sind<sup>59</sup>. Die Beschlussfassung über einen Gegenstand kann ihrerseits aber nicht losgelöst von vorbereitenden bzw. ausführenden Tätigkeiten geschehen<sup>60</sup>. Es besteht ein unübersehbarer Zusammenhang zwischen diesen Vorgängen. Die Auslegung von Art. 716a Abs. 2 OR und Art. 754 Abs. 2 OR darf den in Art. 716a Abs. 1 OR festgelegten unübertragbaren Katalog von Aufgaben in seinem Umfang nicht aushöhlen. Eine unmittelbare Anwendung von Art. 754 Abs. 2 OR erscheint daher als nicht angebracht. Sie würde sowohl dem Wortlaut als auch Sinn und Zweck von Art. 716a Abs. 1 und 2 OR und Art. 754 Abs. 2 OR widersprechen.

Ein dritter Ansatz postuliert eine Milderung der Haftung von *non-committee*-Verwaltungsräten aufgrund der «differenzierten Solidarität»<sup>61</sup>, welche dem Richter im Rahmen der Beurteilung des Verschuldens die Möglichkeit gibt, die jeweiligen indi-

viduellen Verhältnisse zu berücksichtigen. Die Beantwortung der Frage über den Mechanismus der differenzierten Solidarität geht allerdings insofern am Kern des Problems vorbei, als dass es nicht primär um die Zuordnung eines entstandenen Schadens geht. Entscheidend ist, was vom jeweiligen Betroffenen als sorgfältiges Verhalten verlangt werden darf<sup>62</sup>.

Ein vierter Ansatz – auf den im Folgenden näher einzugehen ist – geht von einem funktionalen Verständnis der Verantwortlichkeit aus. Ansatzpunkt dieser Lösung ist eine differenzierte Analyse der geforderten Sorgfalt<sup>63</sup>. Die Verantwortlichkeit richtet sich dabei nach Art. 754 Abs. 1 OR. Die vom *non-committee*-Verwaltungsrat verlangte Sorgfalt hat nach dieser Auffassung das Vorliegen einer (erlaubten) Funktionsteilung aufzunehmen.

## C. Stellungnahme

### 1. Ausgangslage

Die Verantwortlichkeit hat neben der primären Funktion des Schadensausgleichs auch eine verhaltenssteuernde Funktion<sup>64</sup>. Die Klärung von Verantwortlichkeitsfragen trägt zudem *de facto* dazu bei, dem relativ offenen Begriff der Sorgfaltspflicht der Organe einer Aktiengesellschaft Konturen zu geben<sup>65</sup>. Im Gegensatz dazu definieren *best practices* sorgfältiges Verhalten direkt und positiv<sup>66</sup>.

Die Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sollten, so weit die geltende Rechtsordnung dies zulässt, die Erkenntnisse der Corporate Governance-Diskussion reflektieren. Die Verantwortlichkeitsordnung darf nicht mit dem vom SCBP vorgeschlagenen und im Rahmen einer rechtsvergleichenden Rundschau als Standard etablierten Prinzip der Ausschussbildung kollidie-

<sup>55</sup> Art. 754 Abs. 2 OR regelt die Verantwortlichkeit desjenigen, der befugterweise die Erfüllung einer Aufgabe an ein anderes Organ übertragen hat. Der Gesetzgeber gibt dem Delegierenden die Möglichkeit, sich von der Haftung zu befreien, wenn dieser beweisen kann, dass er bei der Auswahl (*cura in eligendo*), der Unterrichtung (*cura in instruendo*) und der Überwachung (*cura in custodiendo*) die gebotene Sorgfalt angewendet hat. Vgl. dazu Widmer/Banz (Fn. 50) Art. 754 OR N 36 ff.; Böckli (Fn. 2) § 18 N 118.

<sup>56</sup> *Trigo Trindade* (Fn. 9) 34; *R. Trigo Trindade*: Le conseil d'administration de la société anonyme: composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs (Diss. Basel 1996) 209 ff.; Bertschinger (Fn. 11) N 234.

<sup>57</sup> *Trigo Trindade* (Fn. 9) 34; Bertschinger (Fn. 11) N 234.

<sup>58</sup> Vgl. die Marginalie zu Art. 716a OR, welche von «unübertragbaren Aufgaben» spricht. Art. 716a Abs. 2 OR erlaubt lediglich die Zuweisung einzelner Aspekte der unübertragbaren Aufgaben.

<sup>59</sup> So Bertschinger (Fn. 11) N 234.

<sup>60</sup> A.M. wohl Bertschinger (Fn. 11) N 234.

<sup>61</sup> G. Mustaki: Corporate Governance et responsabilité du Conseil d'administration, SZW 2004 66; Böckli (Fn. 2) § 18 N 130.

<sup>62</sup> Zur differenzierten Solidarität siehe Böckli (Fn. 2) § 18 N 480 ff.

<sup>63</sup> In diesem Sinne Watter (Fn. 29) 188 f.; *Trigo Trindade* (Fn. 9) 34 weist darauf hin, dass diese Meinung zu ähnlichen Ergebnissen führen dürfte, wie die analoge Anwendung von Art. 754 Abs. 2 OR auf *non-committee*-Verwaltungsräte.

<sup>64</sup> Bärtschi (Fn. 50) 19 ff., 35 f.; von der Crone (Fn. 40) 242 ff.

<sup>65</sup> Forstmoser et al. (Fn. 2) § 28 N 23.

<sup>66</sup> Bärtschi (Fn. 50) Fn. 1263; von der Crone (Fn. 40) 246 ff.

ren. Die sinnvolle Einpassung der Corporate Governance-Forderung nach einem durch Ausschüsse aufgegliederten Verwaltungsrat in den bestehenden gesetzlichen Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit trägt im Hinblick auf deren Funktion selbst zu einer guten Corporate Governance bei.

Der Lösungsansatz, welcher es bei einer Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR belässt, im Rahmen der Festlegung des Sorgfaltsmassstabes aber die *best practices* berücksichtigt, nimmt diese Gedanken am besten auf. Diese Lösung vermag auch dogmatisch zu befriedigen. Ziel ist nicht eine Haftungsmilderung bzw. -minderung, sondern eine funktionale Betrachtung der Verantwortlichkeit des einzelnen Verwaltungsrates vor dem Hintergrund der Organisationsfreiheit des Gremiums und den *best practices* in diesem Bereich.

## 2. Pflichtwidrigkeit – Sorgfaltsmassstab

Sorgfältiges Handeln setzt unter Umständen ein arbeitsteiliges Vorgehen im Verwaltungsrat voraus, da die Qualität der Entscheidungsfindung dadurch verbessert werden kann. Die Arbeitsteilung gestattet eine optimale Nutzung der personellen Ressourcen und individuellen Fähigkeiten. Die Konzentration auf spezifische Aufgaben ermöglicht eine detailliertere Bearbeitung von Problembereichen<sup>67</sup>.

Reine Passivität<sup>68</sup> der *non-committee*-Verwaltungsräte vermag dem verlangten Grad an Sorgfalt nicht zu genügen. Die Verpflichtung zur Vornahme einer Detailanalyse aller von einem *committee* abgeklärten Sachverhalte hingegen würde zu weit gehen. Die von einem *committee* verfassten Berichte müssen jedoch einem kritischen und vollständigen Studium unterzogen werden. Die Beschränkung auf das Lesen des *executive summary* genügt nicht<sup>69</sup>. Ein *non-committee*-Verwaltungsratsmitglied darf sich beispielsweise nicht auf einen Bericht abstützen, der die Grundlagen für die darin gezogenen Schlüsse nicht aufzeigt. Der Grad der zu verlangenden Berichttiefe hängt dabei selbstverständlich von der Wichtigkeit des Gegenstandes ab. Ein *non-committee*-Verwaltungsrat hat die Pflicht, materiell ungenügende Berichte zurückzuweisen bzw. eine detailliertere Berichterstattung zu verlangen<sup>70</sup>. Der an die Sorgfalt im Rahmen der Beschlussfassung des Gesamtverwaltungsrates anzulegende Massstab ist somit höher, als der durch die drei *curae* in Art. 754 Abs. 2 OR vorgegebene<sup>71</sup>.

## D. Fazit

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von *non-committee*-Verwaltungsräten darf von diesen nicht auf die leichte Schulter genommen werden. Keinesfalls genügt es, wenn sich die entsprechenden Verantwortlichen

blind auf die von Ausschüssen im Bereich von Art. 716a Abs. 1 OR verfassten Unterlagen abstützen. Im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über Angelegenheiten, welche durch ein *committee* vorbereitet wurden, haften die *non-committee*-Verwaltungsräte gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, womit ihnen der Exkulpationsbeweis nicht offen steht. Bei der Bestimmung der von den *non-committee*-Verwaltungsräten verlangten Sorgfalt ist dabei aber zu berücksichtigen, dass die Bildung von Ausschüssen im von Art. 716a Abs. 1 OR unübertragbar ausgestalteten Aufgabenbereich zulässig ist, ja sogar als geboten erscheint.

<sup>67</sup> Watter (Fn. 29) 185.

<sup>68</sup> Stichwort «Leaning-Back Syndrome», vgl. dazu Böckli (Fn. 14) 559 ff., 567.

<sup>69</sup> Selbst bei einem Bericht mit durchwegs positivem Inhalt muss sich ein sorgfältiges *non-committee*-Verwaltungsratsmitglied doch ein selbständiges Bild über die Grundlagen der gezogenen Schlüsse machen.

<sup>70</sup> Gemäss J. N. Druy: Organfreiheit oder zugeschnürte Weste? – Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Bern/Stuttgart/Wien 2003) 22, ist ungeachtet ihrer Quelle jede Information auf ihre Qualitätsmerkmale hin zu überprüfen.

<sup>71</sup> So auch Watter (Fn. 29) 189.