

Sonderdruck

Wirtschaftsrecht in Bewegung

*Festgabe zum 65. Geburtstag
von Peter Forstmoser*

Herausgegeben von
Gaudenz G. Zindel / Patrik R. Peyer / Bertrand Schott

Patrik R. Peyer

**Das «vernünftige»
Verwaltungsratsmitglied**

**oder der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff
in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit**

*Patrik R. Peyer**

Das «vernünftige» Verwaltungsratsmitglied oder der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	86
II.	Vernunft und Verschulden	87
	1. Begriff der Vernunft	87
	2. Begriff des Verschuldens	88
	a) Verschulden im Allgemeinen	88
	b) Verschulden und aktienrechtliche Verantwortlichkeit	89
	3. Beziehung zwischen Vernunft und Verschulden	89
	a) Gesetzliche Vermutung der Fähigkeit vernunftgemäss zu handeln	89
	b) Die Unvernunft der vorsätzlichen Schadensbewirkung	90
	c) Abweichung vom vernünftigen Verhalten und Verschuldensgrad	90
III.	Der vernünftige Mensch als vernünftiges Verwaltungsratsmitglied	90
	1. Begriff des vernünftigen Menschen und dessen Bedeutung für den objektivierten Verschuldensmassstab im Allgemeinen	90
	2. Der vernünftige Mensch und der Verschuldensmassstab für Verwaltungsratsmitglieder	92
	a) Sorgfaltspflicht und die zu beobachtende Sorgfalt des Verwaltungsratsmitglieds im Allgemeinen	92
	b) Der vernünftige Mensch und das Verwaltungsratsmitglied	92
	c) Resubjektivierung oder verstärkte Objektivierung des Verschuldensmassstabs für Verwaltungsratsmitglieder?	93
	aa) Resubjektivierung des objektivierten Verschuldensmassstabs für Verwaltungsratsmitglieder	93
	bb) «Berufsspezifische» Sorgfalt der Verwaltungsratsmitglieder	95
	cc) «Business Judgment Rule» – eine Verstärkung der Objektivierung	95
	3. Die unscharfen Konturen des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds	97
IV.	Charakteristika des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds	98
V.	Schlussbemerkungen	101

* Herrn Arie Gerszt M.A. HSG danke ich für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anregungen.

I. Einleitung

Vor zwanzig Jahren schrieb PETER FORSTMOSER, dass der Beurteilung der Anforderungen an die zu verlangende Sorgfalt eines Verwaltungsratsmitgliedes nach «allgemein anerkannter Auffassung ein objektivierter Verschuldensmassstab» zu Grunde zu legen ist¹. Zehn Jahre später schrieb ein anderer renommierter Rechtswissenschaftler, dass es im Bereich des Haftpflichtrechts «zum allgemeinen Wissensgut der Juristen [gehört], dass heutzutage ein verobjektivierter Fahrlässigkeitsbegriff das Revier beherrscht»².

Unter diesem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff³ wird der Grundsatz verstanden, dass die zu beobachtende Sorgfalt nicht anhand des subjektiv Möglichen, sondern nach dem objektiv zu Erwartenden bemessen werden muss⁴. Dieser objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff findet im ganzen Bereich des Haftpflichtrechts⁵ und somit auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit⁶ Anwendung. Als Vergleichsstandard zur Bestimmung der Sorgfalt, welche von den Verwaltungsratsmitgliedern konkret zu beachten ist, damit ein relevantes Verhalten nicht als fahrlässig und somit schuldhaft qualifiziert wird, dient die Auffassung oder das hypothetische Verhalten des sogenannten gewissenhaften und «vernünftigen Menschen»⁷.

¹ PETER FORSTMOSER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. Aufl., Zürich 1987, N 292.

² PETER GAUCH, *Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts*, recht 14 (1996) 225 ff., 235, Text in Klammern beigefügt.

³ Die Wurzeln des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs reichen bis ins Gemeine Recht zurück, vgl. z.B. MAX RÜMELIN, *Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht*, Tübingen 1909, 41 f.

⁴ KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 5 N 63 ff.

⁵ ROLAND BREHM, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht*, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41–61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 41 N 183 ff.; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich 2005, § 6 N 17; ALFRED KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, Bern 1993, 102; OFTINGER/STARK (FN 4), § 5 N 63 ff.; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich 2003, N 844; kritisch WALTER FELLMANN, *Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht*, ZSR 106 (1987) I 339 ff., 351 ff.; FRANZ WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité*, Freiburg 1986, 67 ff.

⁶ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N 115; FORSTMOSER (FN 1), N 292; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 28 N 21 ff., § 36 N 80 ff.; ERIC HOMBURGER, *Kommentar zu Art. 707–726*, in: *Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht*, Band V/5b, hrsg. von PETER FORSTMOSER, Zürich 1997, Art. 717 N 821; ROLF WATTER, *Kommentar zu Art. 716–724 OR*, in: *Basler Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht II*, hrsg. von HEINRICH HONSEL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 717 N 5; PETER WIDMER/OLIVER BANZ, *Kommentar zu Art. 754–760 OR*, in: *Basler Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht II*, hrsg. von HEINRICH HONSEL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 754 N 32; auch das Bundesgericht vertritt diese Ansicht, s. unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 15.6.1999 zitiert bei URS BERTSCHINGER, *Urteilsanmerkung*, SZW 72 (2000) 198.

⁷ Vgl. z.B. JÖRG MEIER-WEHRLI, *Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG*, Zürich 1968, 80, welcher von einem «gewissenhaften und vernünftigen Mensch» spricht; oder ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, *Allgemeiner*

Der Umstand, dass die Figur des vernünftigen Menschen in der Literatur als «mythisches Wesen»⁸ beziehungsweise im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Verwaltungsratsmitglieds als «Phantom»⁹ bezeichnet wird, zeigt auf eindrückliche Weise, dass es sich hierbei um eine für eine Rechtsfigur erstaunlich nebulöse und unfassbare Gestalt handelt. Im folgenden Beitrag wird daher versucht, diese Figur bis zu einem gewissen Grad zu entmythifizieren und damit fassbarer zu machen.

Einleitend werden hierzu die Begriffe der Vernunft und des Verschuldens sowie ihre Beziehung zu einander beleuchtet (nachfolgend Ziff. II). Danach wird aufgezeigt, dass Verwaltungsratsmitglieder grundsätzlich diejenige Sorgfalt beachten müssen, welche Ihnen durch die Figur des «vernünftigen Menschen» vorgegeben wird, dass es sich dabei aber konkret um eine spezifische Sorgfalt handelt, die treffender als diejenige Sorgfalt bezeichnet wird, welche ein «vernünftiges Verwaltungsratsmitglied» als erforderlich ansehen würde (nachfolgend Ziff. III). Abschliessend wird versucht, diese Figur des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds durch die Bestimmung gewisser Parameter, welche die Ansichten und das hypothetische Verhalten dieser Figur charakterisieren, etwas nahbarer werden zu lassen (nachfolgend Ziff. IV).

II. Vernunft und Verschulden

1. Begriff der Vernunft

Das heute wohl massgebende Verständnis des Begriffs der Vernunft geht insbesondere auf Kant zurück, wobei Vernunft die Fähigkeit bezeichnet, Zusammenhänge und ihre Bedeutung zu erkennen und dementsprechend zu handeln¹⁰. Grundsätzlich sind in der Philosophie die Begriffe Vernunft und Verstand voneinander abzugrenzen, wobei sie teilweise – analog der Umgangssprache – auch synonym verwendet wer-

Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979, 429, für welche «ein vernünftiger und ordentlicher Mensch» den Massstab bildet.

⁸ PETER GAUCH, Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: Das Menschenbild im Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, hrsg. von Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, Freiburg 1990, 177; und ebenso bereits ALAN PATRICK HERBERT, The Myth of the Reasonable Man, The Case of Fardell vs. Potts, <<http://www.geocities.com/bororissa/rea.html>> (besucht am 24.10.2007), ursprünglich publiziert in der Kolumne A. P. Herbert's Misleading Cases in der englischen Zeitschrift *Punch*, und danach mit weiteren Beiträgen in ALAN PATRICK HERBERT, *Uncommon Law*, London 1935, in deutscher Übersetzung veröffentlicht als ALAN PATRICK HERBERT, *Rechtsfälle – Linksfälle*, Göttingen 1966 (Übersetzung durch ZWEIFERT/DOPFFEL).

⁹ THOMAS STAEHELIN/CHRISTOPHE SARASIN, Gesteigerte Anforderungen und gemilderte Solidarität, in: *Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär*, hrsg. von ROLAND VON BÜREN, Bern 1998, 370.

¹⁰ IMMANUEL KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 1. Aufl., Riga 1781, sowie insb. die wegweisende 2. wesentlich ergänzte Aufl. 1787; s. ferner BERND LUTZ (Hrsg.), *Metzler Philosophen Lexikon*, 3. Aufl., Stuttgart 2003, 353 ff., insb. 354 f.

den¹¹. Werden die Begriffe jedoch auseinander gehalten, dann wird Vernunft im Sinn der «höheren geistigen Anlage des Menschen» und Verstand im Sinn der «Fähigkeit des logischen Denkens oder der Bildung apperzeptiver Verbindungen» verwendet¹².

Juristen pflegen den Begriff der Vernunft gewöhnlich im umgangssprachlichen Sinn zu verwenden. Danach sagt dieser Begriff zunächst nicht mehr aus, als die Fähigkeit des Menschen, Entscheide zu treffen und diese in die Praxis umzusetzen¹³. Darüber hinaus beinhaltet der Begriff der Vernunft aber «nicht lediglich die Fähigkeit richtigen Schliessens, sondern überdies eine Verwurzelung des Denkens in einer gesunden emotionalen Basis, dessen Realitätsbezug und Ausrichtung nach intakten Wertmassstäben»¹⁴.

2. Begriff des Verschuldens

a) Verschulden im Allgemeinen

Das Verschulden wird gemeinhin als «rechtliche Tadelnswürdigkeit eines Verhaltens»¹⁵, als «ein menschliches Verhalten, das die Ursache eines Schadens darstellt und als so tadelnswert angesehen wird, dass es die Haftbarmachung des Schädigers zu rechtfertigen vermag»¹⁶ oder als «eine rechtlich negativ zu qualifizierende menschliche Verhaltensweise [...] [, welche] die Ursache eines Schadens bildet»¹⁷ umschrieben. Mit anderen Worten bezeichnet der Begriff des Verschuldens die subjektive Vorwerfbarkeit eines zu einem gewissen Schaden führenden Verhaltens.

In der Lehre wird jeweils zwischen einer subjektiven (Urteilsfähigkeit) und einer objektiven (Abweichung vom erwarteten und angebrachten Verhalten) Komponente des Verschuldens unterschieden¹⁸. Historisch betrachtet ist das Verschulden das zentrale haftpflichtrechtliche Zurechnungskriterium¹⁹ und bildet daher das «Kernstück» der Verschuldenshaftung²⁰.

¹¹ Vgl. etwa GEORGI SCHISCHKOFF, *Philosophisches Wörterbuch*, 22. Aufl., Stuttgart 1991, 755 f.

¹² FRIEDRICH KIRCHNER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, vollständige Neuauflage hrsg. von ARNIM REGENBOGEN und UWE MEYER, Hamburg 1998, 704 f.; SCHISCHKOFF (FN 11), 755 f.

¹³ MICHAEL FISCHER, *Vernunft als Norm*, Frankfurt a.M. 2005, 69.

¹⁴ EUGEN BUCHER, *Berner Kommentar, Das Personenrecht*, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, Erster Teilband: Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, Bern 1976, Art. 16 N 45.

¹⁵ KELLER (FN 5), 97; ebenso OFTINGER/STARK (FN 4), § 5 N 13.

¹⁶ KARL OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, 4. Aufl., Zürich 1975, 141, leicht abweichend in der von EMIL W. STARK überarbeiteten 5. Aufl., Zürich 1995.

¹⁷ REY (FN 5), N 805, Text in Klammern beigefügt.

¹⁸ BREHM (FN 5), Art. 41 N 169; HONSELL (FN 5), § 6 N 4.

¹⁹ GAUCH (FN 2), 234.

²⁰ KELLER (FN 5), 97.

b) Verschulden und aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Die Haftungsvoraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit folgen weitgehend denjenigen des allgemeinen Haftpflichtrechts²¹. Dies gilt insbesondere auch für das Verschulden, denn auch bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit handelt es sich um eine Verschuldenshaftung²². Mithin kann ein Verwaltungsratsmitglied lediglich dann für seine Handlungen oder Unterlassungen haftbar gemacht werden, wenn es sich schuldhaft verhalten hat.

Mit einer Ausnahme²³ ist jedes Verschulden – mithin auch leichte Fahrlässigkeit²⁴ – haftungsbegründend. Wie bereits erwähnt wurde, findet im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (ebenfalls) ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff Anwendung²⁵. In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Haftpflichtrecht bildet das Verschulden somit auch im Verantwortlichkeitsrecht traditionellerweise den eigentlichen Zurechnungsgrund²⁶.

3. Beziehung zwischen Vernunft und Verschulden

Die Begriffe Vernunft und Verschulden stehen in verschiedener Hinsicht in einer engen Beziehung:

a) Gesetzliche Vermutung der Fähigkeit vernunftgemäss zu handeln

Die Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines Verschuldens ist die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person²⁷. Fehlt es in einem konkreten Fall an der Urteilsfähigkeit, so kann kein Verschulden vorliegen. Im vorliegenden Zusammenhang ist Urteilsfähigkeit daher im Sinne von Verschuldens- oder Deliktsfähigkeit zu verstehen²⁸.

Das Gesetz definiert die Urteilsfähigkeit als Fähigkeit «vernunftgemäss zu handeln»²⁹. Die Urteilsfähigkeit umfasst mithin eine kognitive und eine voluntative Seite³⁰. Die insbesondere zu Gunsten der Rechtssicherheit geltende Vermutung des Vorhandenseins der Urteilsfähigkeit³¹ ist daher dahingehend zu interpretieren, dass

²¹ LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, ZSR 119 (2000) II 160.

²² Anstelle aller vgl. FORSTMOSER (FN 1), N 285.

²³ Die Haftung gemäss Art. 753 Ziff. 3 OR beschränkt sich auf Fälle wissentlichen Fehlverhaltens.

²⁴ FORSTMOSER (FN 1), N 286; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 36 N 75; WIDMER/BANZ (FN 6), Art. 754 N 32; vgl. ferner MARC BAUEN/SILVIO VENTURI, Der Verwaltungsrat, Zürich 2007, N 694.

²⁵ S. oben bei FN 6.

²⁶ HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, 299.

²⁷ REY (FN 5), N 811; Handlungsfähigkeit ist dahingegen nicht erforderlich, vgl. Art. 19 Abs. 3 ZGB.

²⁸ BUCHER (FN 14), Art. 16 N 5 u. 108 ff.

²⁹ Art. 16 ZGB.

³⁰ REY (FN 5), N 810.

³¹ Anstelle vieler BUCHER (FN 14), Art. 16 N 125; BGE 117 II 231 Erw. 2.b.

zumindest das Vorhandensein der Fähigkeit, sich gemäss dem Vergleichsstandard des vernünftigen Menschen zu verhalten, vermutet wird.

b) Die Unvernunft der vorsätzlichen Schadensbewirkung

Will die relevante Person einen gewissen Schaden verursachen oder nimmt sie die Schadensbewirkung zumindest in Kauf, so handelt sie mit Vorsatz beziehungsweise mit Eventualvorsatz und verhält sich stets «unvernünftig» und letztlich schuldhaft.

c) Abweichung vom vernünftigen Verhalten und Verschuldensgrad

Wird ein Schaden demgegenüber nicht (eventual-)vorsätzlich bewirkt, so ist anhand des Ausmasses der Abweichung vom Vergleichsstandard, das heisst vom geforderten hypothetischen Verhalten des vernünftigen Menschen, zu differenzieren.

Der Grad der Abweichung vom «vernünftigen Verhalten» bestimmt den Verschuldensgrad, wobei dem so bestimmten Verschuldensgrad im Rahmen der Bemessung des Schadenersatzes eine zentrale Bedeutung zukommt³².

III. Der vernünftige Mensch als vernünftiges Verwaltungsratsmitglied

1. Begriff des vernünftigen Menschen und dessen Bedeutung für den objektivierten Verschuldensmassstab im Allgemeinen

Ausdrücke wie «Vernunft», «vernünftig» oder «vernunftgemäss» finden sich weder in den haftpflichtrechtlichen noch in den weiteren Bestimmungen des Obligationenrechts. Nichtsdestotrotz ist die Figur des «vernünftigen Menschen» in der Lehre und der Rechtsprechung in diversen Bereichen des Obligationenrechts prominent vertreten³³. Freilich dient der «vernünftige Mensch» nicht nur im Obligationenrecht und schon gar nicht nur im Schweizer Recht als Vergleichsstandard. Er ist in weiten Teilen des Rechts³⁴ und in den verschiedensten Rechtsordnungen eine zentrale Persönlichkeit, auf die in unterschiedlichem Zusammenhang gerne zurückgegriffen wird³⁵, sei es beispielsweise als «l'homme raisonnable» beziehungsweise «la personne raisonnable» oder als «reasonable man» beziehungsweise «reasonable person»³⁶.

³² BREHM (FN 5), Art. 41 N 167; REY (FN 5), N 807; vgl. a. Art. 43 OR.

³³ Vgl. den Überblick bei GAUCH (FN 8), 177 ff.

³⁴ Vgl. etwa GIANNI SUPPA, Der vernünftige Mensch im Strafrecht, Basel 2003.

³⁵ Vgl. die Untersuchung von MICHAEL SALTMAN, The Demise of the «Reasonable Man», A Cross-Cultural Study of a Legal Concept, New Brunswick/London 1991.

³⁶ In diesem Zusammenhang sei nur am Rande bemerkt, dass den deutschsprachigen Juristen durch die geschlechtsneutrale Bezeichnung im Deutschen als vernünftigen «Menschen» wohl eine Flut von Publikationen erspart geblieben ist; vgl. dahingegen z.B. CAROLINE FORELL/DONNA

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert jedoch lediglich der vernünftige Mensch, wie er im Rahmen des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs als Vergleichsstandard dient. Dieser Mustermensch ist der Angelpunkt, um in einem konkreten Fall zu bestimmen, welche Sorgfalt unter den gegebenen Umständen als erforderlich anzusehen ist³⁷. Versuche, diese Figur mittels einer Definition fassbar(er) zu machen, wurden schon viele unternommen³⁸. Die folgende Umschreibung ist m.E. einerseits – auch wenn wohl nicht ganz ernst gemeint – besonders gelungen, andererseits zeigt sie jedoch auch auf eindrückliche Weise die Schwierigkeit, den vernünftigen Menschen in Worte zu fassen:

«Diese vorbildliche Figur ist [...] ein normal veranlagter, tüchtiger, für seine Tätigkeit genügend qualifizierter, hinlänglich ausgebildeter und erfahrener Mensch, der mit der gebotenen und ihm nach den konkreten Verhältnissen möglichen Aufmerksamkeit, Voraussicht, Nervenkraft und Willensstärke das schadenstiftende Verhalten vermeiden würde»³⁹.

Die Objektivierung wird jeweils auf die konkreten Verhältnisse oder die konkreten Umstände beschränkt. Stets unberücksichtigt bleiben müssen subjektive Aspekte wie «Kummer und Sorgen, Depressionen und Übermüdung» des Schädigers⁴⁰.

Durch die Objektivierung beinhaltet das Verschulden, welches einem Schädiger gemäss dem anwendbaren Fahrlässigkeitsbegriff aufgrund des konkreten Abweichungsgrads vom Vergleichsverhalten des vernünftigen Menschen angelastet wird, im Grunde genommen «keinen persönlichen Schuldvorwurf» mehr⁴¹. Dies ist zumindest aus Praktikabilitätsüberlegungen nachvollziehbar und insofern nicht zu beanstanden. Dass dadurch aber der Wegfall der subjektiven moralischen Vorwerfbarkeit des zur «Verschuldenshaftung» führenden Verhaltens schlicht in Kauf genommen wird⁴², kann zum Paradoxum der Verschuldenshaftung ohne Verschulden führen⁴³. Soll aber der Interessenausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem – ein primäres Ziel des Haftpflichtrechts – nicht illusorisch werden, kann auf die Objektivierung des vorwerfbareren Verhaltens grundsätzlich auch nicht verzichtet werden⁴⁴.

MATTHEWS, *A Law of Her Own, The Reasonable Women as a Measure of Man*, New York 2001; MAYO MORAN, *Rethinking the Reasonable Person, An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard*, Oxford 2003; FRANZ WERRO, *L'homme raisonnable a perdu sa pipe*, in: *Rechtsfiguren, K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier*, hrsg. von GAUCH/PICHONNAZ, Zürich 2003, 109 ff., 112 ff.

³⁷ VON TUHR/PETER (FN 7), 429.

³⁸ Vgl. oben FN 7.

³⁹ GAUCH (FN 8), 194, m.w.H.

⁴⁰ OFTINGER/STARK (FN 4), § 5 N 85; s. a. KELLER (FN 5), 101 f.

⁴¹ GAUCH (FN 2), 235.

⁴² OFTINGER/STARK (FN 4), § 5 N 65 ff., welche insbesondere die Praktikabilität des Rechts in den Vordergrund stellen.

⁴³ GAUCH (FN 2), 235; derselbe (FN 8), 195.

⁴⁴ HONSELL (FN 5), § 6 N 20.

2. Der vernünftige Mensch und der Verschuldensmassstab für Verwaltungsratsmitglieder

a) Sorgfaltspflicht und die zu beobachtende Sorgfalt des Verwaltungsratsmitglieds im Allgemeinen

Ein Verwaltungsratsmitglied kann nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn es seine Pflichten absichtlich oder fahrlässig verletzt⁴⁵. Bei den zu erfüllenden Pflichten stehen insbesondere die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, die im Gesetz explizit erwähnt sind, im Vordergrund⁴⁶. Diese Aufgaben müssen die einzelnen Verwaltungsratsmitglieder mit aller notwendigen Sorgfalt erfüllen⁴⁷.

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit wird von einer engen Beziehung – wenn nicht sogar Verknüpfung – der beiden Haftungsvoraussetzungen der Pflichtverletzung und des Verschuldens geprägt. Dies führt in der Praxis dazu, dass das Verschulden in der Regel als gegeben erachtet wird, sobald eine Pflichtverletzung bejaht werden kann⁴⁸. Dieser Umstand ist dabei eine direkte Folge der Anwendung des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs⁴⁹.

b) Der vernünftige Mensch und das Verwaltungsratsmitglied

Aus der genannten Anwendung des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit folgt weiter, dass auch in diesem Rahmen der gewissenhafte und vernünftige Mensch als Vergleichsstandard zur Bestimmung der zu erwartenden Sorgfalt dient⁵⁰. Zweifellos muss daher auch ein Verwaltungsratsmitglied wie ein vernünftiger Mensch handeln, damit die notwendige Sorgfalt bei der Erfüllung seiner Aufgabe als gewahrt betrachtet werden kann⁵¹.

Ob bereits die Sorgfalt genügt, welche ein durchschnittliches Verwaltungsratsmitglied beachten würde, ist gemäss der vorliegend vertretenen Auffassung fraglich⁵²; denn ein durchschnittliches Verhalten stellt nicht in jedem Fall auch ein vernünftiges Verhalten dar. Der gleiche Unterschied besteht auch zwischen dem «vernünftigen» Verwaltungsratsmitglied und dem «gewöhnlichen» Verwaltungsratsmitglied. Dies

⁴⁵ Art. 754 Abs. 1 OR.

⁴⁶ Art. 716a Abs. 1 OR; PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, SZW 65 (1993) 261 ff., 264 f., spricht in diesem Zusammenhang von «Checklisten-Effekt».

⁴⁷ Art. 717 Abs. 1 OR.

⁴⁸ BÄRTSCHI (FN 26), 304 ff.; BAUEN/VENTURI (FN 24), N 694; GLANZMANN (FN 21), 161.

⁴⁹ WOLFGANG WIEGAND, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, hrsg. ROLAND VON BÜREN/HEINZ HAUSHEER/WOLFGANG WIEGAND, Bern 1993, 12.

⁵⁰ Vgl. oben FN 6; sowie BÄRTSCHI (FN 26), 301 f.; FORSTMOSER (FN 1), N 292; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 28 N 21, § 36 N 80; s. ferner IRENE C. EGGMANN, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bei der Abschlussprüfung, Zürich 1997, 198.

⁵¹ GEORGE KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, N 1796.

⁵² A.M. offenbar URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, AJP 7 (1998) 1286 ff., 1287.

wird dadurch verdeutlicht, dass im Schrifttum zwar festgehalten wird, dass mit dem objektivierten Verschuldensmassstab das Risiko der betreffenden Person auf ein mit «dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass beschränkt»⁵³ werden soll, dass aber «Missstände, auch wenn sie verbreitet sein sollten, nicht zu einer Herabsetzung der Verantwortlichkeit führen dürfen»⁵⁴. Mit anderen Worten kann die unter den gegebenen Umständen erforderliche Sorgfalt, welche ein «vernünftiges» Verwaltungsratsmitglied an den Tag legen würde, durchaus vom «durchschnittlichen», «gewöhnlichen» oder «üblichen» sorgfältigen Verhalten abweichen⁵⁵. Ein Fehlverhalten wird nicht dadurch, dass es weit verbreitet und quasi als durchschnittlich, gewöhnlich oder üblich zu bezeichnen ist, bereits zum vernünftigen und damit nicht schuldhaften Verhalten. Ob das betreffende Verwaltungsratsmitglied ein weit verbreitetes aber «unvernünftiges» Fehlverhalten als solches erkennen und unterlassen und allenfalls später der Richter ein solches Verhalten sanktionieren wird, ist allerdings fraglich. Dennoch erscheint die Abgrenzung als sachgerecht.

Das Bundesgericht seinerseits umschreibt die Sorgfalt, welche ein Verwaltungsratsmitglied anzuwenden hat, als die Vorsicht, die «jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen»⁵⁶. Ob daraus zu folgern ist, dass jeder verständige Mensch grundsätzlich eine Aktiengesellschaft (jeglicher Grösse) führen kann, ohne dass ihm bei dessen Scheitern ein Verschulden vorgeworfen werden darf, solange er die entsprechende Vorsicht anwendet, kann an dieser Stelle offen bleiben. Denn die Frage, wann die Annahme und Weiterführung eines Verwaltungsratsmandats als ein Übernahmeverschulden zu qualifizieren ist, wurde im Schrifttum bereits eingehend erörtert⁵⁷ und auch das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage geäussert⁵⁸.

c) Resubjektivierung oder verstärkte Objektivierung des Verschuldensmassstabs für Verwaltungsratsmitglieder?

aa) Resubjektivierung des objektivierten Verschuldensmassstabs für Verwaltungsratsmitglieder

Die einzige flexible Komponente im Rahmen des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs ist das Mitberücksichtigen der «konkreten Umstände». Dies alleine bewirkt jedoch keine Resubjektivierung, solange nur externe, nicht auf die Person des Verwaltungsratsmitglieds bezogene Umstände, wie etwa Ort, Zeit, Umwelt- oder Marktbe-

⁵³ MEIER-WEHRLI (FN 7), 80.

⁵⁴ FORSTMOSER (FN 1), N 293.

⁵⁵ A.M. offenbar BÄRTSCHI (FN 26), 301.

⁵⁶ BGE 109 V 86 Erw. 6.

⁵⁷ Anstelle vieler PETER R. ISLER, Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, hrsg. von ROLF H. WEBER, Zürich 2006, 1 ff., m.w.H.; RUDOLF KUNZ, Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, Zürich 2004, passim.

⁵⁸ Vgl. BGE 122 III 193 Erw. 3.b. a.E.

dingungen, eine Rolle spielen dürfen⁵⁹. Individuelle Umstände des Mitglieds des Verwaltungsrats bleiben im Rahmen der Ermittlung des anzuwendenden Sorgfaltsmassstabs unberücksichtigt⁶⁰. Eine gewisse Resubjektivierung des objektivierte n Fahrlässigkeitsbegriffs findet jedoch insoweit statt, als dass einem Verwaltungsratsmitglied Spezialkenntnisse und -fähigkeiten angerechnet und somit die zu erbringende Sorgfalt für den Betroffenen erhöht wird⁶¹. Dieser Umstand schafft freilich für gewisse Berufsgruppen wie etwa Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte ein erhöhtes Risiko bei der Übernahme und Ausübung von Verwaltungsratsmandaten⁶².

Über die erwähnte Berücksichtigung von individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten des Verwaltungsratsmitglieds hinaus wurde in der Lehre vereinzelt der Ruf nach einer weitergehenden Resubjektivierung des Verschuldensmassstabs laut⁶³. Dies unter anderem weil die Ermittlung der notwendigen objektivierten Sorgfalt im sich rasch wandelnden wirtschaftlichen Umfeld sowohl die betroffenen Verwaltungsratsmitglieder wie allenfalls später auch die Richter vor grosse Herausforderungen stellt⁶⁴. Aus diesem Grund hat der Gedanke, dass die zu berücksichtigenden konkreten Umstände nicht nur externe Rahmenbedingungen mit umfassen sollen, sondern bis zu einem gewissen Grad auch individuelle Gegebenheiten einen Einfluss auf die Festlegung des konkret als notwendig zu erachtenden Sorgfaltsmassstabs haben dürften, durchaus seinen Reiz. Da das Berücksichtigen von «mehr oder weniger zufälligen Qualitäten» des Verwaltungsratsmitglieds aber eine ernsthafte Gefährdung des durch die aktienrechtliche Verantwortlichkeit bezweckten Interessenausgleichs zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger darstellt, ist diesem Ansatz mit grosser Zurückhaltung zu begegnen⁶⁵. Darüber hinaus ist eine weitergehende Resubjektivierung

⁵⁹ WIEGAND (FN 49), 12, spricht trotzdem von einer «Subjektivierungsmöglichkeit» durch das Abstellen auf die konkrete Situation.

⁶⁰ S. oben bei FN 40.

⁶¹ BÄRTSCHI (FN 26), 302; kritisch mit Bezug auf die Haftung der Revisoren FRANÇOIS CHAUDET, Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs, ST 74 (2000) 306 ff., 312: «Ce raisonnement aboutit au résultat paradoxal, pour ne pas dire contradictoire, que les réviseurs particulièrement incompétents, mais aussi particulièrement compétents sont sanctionnés sévèrement»; s. ferner zum allgemeinen Haftpflichtrecht OFTINGER/STARK (FN 4), § 5 N 70; s. a. GAUCH (FN 8), 196.

⁶² PETER V. KUNZ, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven, AJP 7 (1998) 1267 ff., 1276, m.w.H.

⁶³ Vgl. z.B. WALTER FELLMANN, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR NF 106 (1987) I 339 ff.; und bereits vorher ROLF BÄR, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, ZBJV 106 (1970) 457 ff., 463, und DERSELBE, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, SAG 58 (1986) 57 ff.

⁶⁴ In diesem Sinne DANIEL DAENIKER, Versicherung, Prozesskostenersatz und Freistellung (Indemnification) von Organpersonen, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS für Peter Forstmoser, hrsg. von HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL, Zürich 2003, 530.

⁶⁵ WIEGAND (FN 49), 12; in diesem Sinne auch RETO SCHILTKNECHT, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Bern 1997, 135 f.

auch aus Gründen der Rechtssicherheit und unter dem Blickwinkel der Praktikabilität abzulehnen.

bb) «Berufsspezifische» Sorgfalt der Verwaltungsratsmitglieder

Da die Resubjektivierung aus den erwähnten Gründen problematisch und das nach dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff erforderliche Verhalten im sich rasch wandelnden Wirtschaftsumfeld wenig fassbar ist, wurde zur Diskussion gestellt, ob bei Verwaltungsratsmitgliedern allenfalls von einer «berufsspezifischen» Sorgfalt auszugehen sei, etwa analog zu den Ärzten und Rechtsanwälten⁶⁶. Dieser Ansatz, der das Mass anzuwendender Sorgfalt präzisieren würde, hat jedoch seine Tücken in der Umsetzung. Dies nur schon deshalb, weil Verwaltungsratsmitglieder nicht eine einheitliche Berufsgruppe mit standardisierten Berufsausübungsregeln und somit allgemein definierbarem Sorgfaltsmassstab darstellen⁶⁷.

Die Aussage, dass ein Patient «bei seinem Arzt nicht bloß guten Willen und Aufmerksamkeit, sondern auch das Wissen eines tüchtigen Arztes voraussetzen»⁶⁸ darf, trifft für diese Berufsgruppe ohne Weiteres zu. Wie die bisherigen Ausführungen jedoch gezeigt haben, kann diese Aussage nicht einfach auf Verwaltungsratsmitglieder übertragen werden, denn es gibt weder ein standardisiertes «Wissen eines tüchtigen Verwaltungsratsmitglieds», noch eindeutige für eine konkrete Situation ableitbare Handlungsrichtlinien. Die Verwaltungsratsmitglieder formen nicht annähernd eine Art Berufsgruppe; vielmehr bilden sie lediglich eine mehr oder weniger heterogene Gruppe von Individuen mit unterschiedlichem Hintergrund, «ein in bestimmten Zeitabschnitten zusammentretendes Beratungs- und Beschlussorgan»⁶⁹.

Die Einführung einer berufsspezifischen Sorgfalt für Verwaltungsratsmitglieder erscheint daher als ein wenig taugliches Instrument, um die durch Verwaltungsratsmitglieder anzuwendende Sorgfalt festzulegen.

cc) «Business Judgment Rule» – eine Verstärkung der Objektivierung

Die Business Judgment Rule ist gemäss der schon oft zitierten Definition eine «presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company»⁷⁰. Über dieses Institut aus dem amerikanischen

⁶⁶ WIEGAND (FN 49), 11.

⁶⁷ Ob dies bei den Rechtsanwälten und Ärzten dahingegen der Fall ist, kann an dieser Stelle offen bleiben.

⁶⁸ RÜMELIN (FN 3), 37.

⁶⁹ BÖCKLI (FN 6), § 18 N 115.

⁷⁰ *McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910, 916 (Del. 2000), mit Verweis auf *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

Recht, wurde in der Schweiz schon viel geschrieben⁷¹. Im vorliegenden Zusammenhang soll lediglich darauf hingewiesen werden, dass die Business Judgment Rule ihrem Prinzip folgend zu einer verstärkten Objektivierung führt, indem ein Gericht im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses in einem ersten Schritt lediglich untersuchen soll, ob der relevante Geschäftsentscheid klar definierte, formelle Kriterien erfüllt⁷². Falls dem so ist, hätte das Gericht auf eine inhaltliche Kontrolle des Geschäftsentscheids zu verzichten und die Klage abzuweisen.

Die große Anzahl der wissenschaftlichen Beiträge zu diesem Rechtsinstitut in der Schweiz zeigt, dass es reizvoll ist darüber nachzudenken, inwiefern die Business Judgment Rule auch im schweizerischen Gesellschaftsrecht und insbesondere in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit einen Platz einnehmen könnte. Die Business Judgment Rule ist jedoch ein Rechtsinstitut, das über Jahrzehnte hinweg durch amerikanische Gerichte entwickelt wurde und quasi eine aus den konkreten Gegebenheiten der Gesellschaftsrechte in einigen amerikanischen Gliedstaaten – allen voran Delaware – organisch gewachsene Pflanze darstellt⁷³. Bei solchen Gewächsen ist stets fraglich, ob sie auch auf dem hiesigen Boden des Rechts gedeihen können bzw. würden, wenn sie tel quel übernommen werden.

Die Beschränkung der richterlichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden ist auch eine anerkannte Zielsetzung der schweizerischen Lehre und Praxis⁷⁴. Zu Recht wurde wiederholt betont, dass ein Verwaltungsratsmitglied nicht für die materielle Richtigkeit eines gefällten Entscheides haftet, sondern stets nur für Wahrung der konkret angebrachten Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung⁷⁵. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Übersiedlung der Business Judgment Rule überhaupt erforderlich ist. Gemäss der hier vertretenen Ansicht bietet das geltende Verantwortlichkeitsrecht bereits genügend Spielraum für eine dem Modell der Business Judgment Rule entsprechende Zurückhaltung der Gerichte bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden

⁷¹ Anstelle vieler ANDREA R. GRASS, *Business Judgment Rule*, Zürich 1998; und ALEXANDER NIKITINE, *Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide*, Zürich 2007.

⁷² Konkret wird überprüft, ob ein bewusster Geschäftsentscheid vorliegt, ob die am Entscheid Beteiligten unbefangen und unabhängig waren, ob bei der Entscheidungsfindung mit gehöriger Sorgfalt vorgegangen wurde, ob die Beteiligten nach Treu und Glauben davon ausgegangen sind, dass ihr Handeln im Interesse der Gesellschaft liegt und keine Ermessensüberschreitung vorlag; s. im Detail hierzu GRASS (FN 71), 49 ff.; sowie NIKITINE (FN 71), 104 ff., je m.w.H.

⁷³ S. zum geschichtlichen Hintergrund z.B. NIKITINE (FN 71), 96 ff.

⁷⁴ JOACHIM FRICK, *Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts*, in: *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, FS für Peter Forstmoser, hrsg. von HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL, Zürich 2003, 509 ff., 520.

⁷⁵ ANDREA R. GRASS, *Management-Entscheidungen vor dem Richter, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, SZW 72 (2000) 1 ff., 4 f.; PETER R. ISLER, *Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates*, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, hrsg. von ROLF H. WEBER, Zürich 2003, 2 f.; MARKUS RUFFNER, *Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse*, ZSR NF 119 (2000) II 213, Anm. 46 m.w.H.

sowie für eine Beschränkung auf die Beurteilung des relevanten Entscheidungsprozesses.

Darüber hinaus birgt die Business Judgment Rule auch gewisse Gefahren. In der Lehre wurde beispielsweise darauf aufmerksam gemacht, dass die Business Judgment Rule dazu führen könnte, dass Verwaltungsratsmitglieder ihre Tätigkeit darauf reduzieren sicherzustellen, dass sie bei der Entscheidungsfindung – im Sinne eines «box ticking» – keine formellen Fehler machen⁷⁶. Eine solche Entwicklung wäre für die Wirtschaft äusserst schädlich.

Die vollständige Anerkennen und Anwendung der Business Judgment Rule durch die hiesigen Gerichte würde immerhin in einem gewissen Maß zu einer größeren Rechtssicherheit führen. Nach schweizerischem Recht sind das betroffene Verwaltungsratsmitglied im Prozeßfall bei der Frage der Überprüfung oder Nichtüberprüfung von Geschäftsentscheiden nach wie vor auf den «vernünftigen» Richter angewiesen.

3. Die unscharfen Konturen des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds

An der oben gemachten Feststellung, dass auch das vernünftige Verwaltungsratsmitglied ein vernünftiger (oder vernünftig handelnder) Mensch ist, ändern die vorstehenden Überlegungen nichts. Der wesentliche Unterschied des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds zum vernünftigen Menschen liegt wohl aber darin, dass das Wirtschaftsumfeld es wesentlich erschwert, das gebotene vernünftige Verhalten zu definieren⁷⁷.

Weiter stellen weder die verschiedentlich postulierte Resubjektivierung noch die Einführung einer berufsspezifischen Sorgfalt taugliche Mittel dar, um das vernünftige Verwaltungsratsmitglied fassbarer zu machen. Zwar ist es sachgerecht, dass sich die Gerichte darauf beschränken, im Zusammenhang mit Geschäftsentscheiden lediglich die Wahrung der konkret angebrachten Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung zu überprüfen. Dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied zeigt jedoch auch dies nicht auf, welche Sorgfalt es vernünftigerweise bei der Entschlussfassung anzuwenden hat.

Die notwendige Sorgfalt, die ein Autofahrer bei nassen Strassen und eingeschränkter Sicht in der Nacht anwenden muss, um einen allfällig Schaden nicht fahrlässig und daher schuldhaft verursacht zu haben, kann anhand des hypothetischen Verhaltens des vernünftigen Menschen bestimmt werden. Bei solchen Sachverhalten ist der Vergleichsstandard ein taugliches Instrument, um den anwendbaren Sorgfaltsmassstab zu bestimmen. Bei der Führung eines Unternehmens ist es dahingegen äusserst schwierig zu beurteilen, was noch unter den Begriff der «Anwendung ange-

⁷⁶ PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/GIAN ANDRI TÖNDURY, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht*, Zürich 2005, N 151.

⁷⁷ DAENIKER (FN 64), 530.

messener Sorgfalt» zu subsumieren ist. Ein Verwaltungsratsmitglied ist heute mit zunehmend komplexen Fragen konfrontiert, die darüber hinaus zumeist rasches Handeln erfordern. Eine «grosse Handlungsfreiheit und ein weiter Ermessenspielraum» sind deshalb unabdingbare Voraussetzungen der erfolgreichen Unternehmensführung⁷⁸.

Aus diesem Grund könnte die Festlegung von gewissen, wenn auch nur unvollständigen Parametern, mittels derer die Figur des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds besser beschrieben werden kann, eine Hilfestellung bieten, um die unscharfen Konturen erkennbarer zu machen.

IV. Charakteristika des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds

Aus den obigen Ausführungen folgt, dass nur dasjenige Verwaltungsratsmitglied zur Haftung herangezogen werden kann, welches sein Mandat nicht mit der angemessenen Sorgfalt ausgeübt hat⁷⁹. Um eine entsprechende Haftung zu verhindern, ist es daher von grösstem Interesse für das einzelne Verwaltungsratsmitglied, die Parameter zu kennen, die aus ihm ein «vernünftiges» Verwaltungsratsmitglied machen.

Ebenso wie das Gesetz bei den Pflichten, welche die Verwaltungsratsmitglieder zu erfüllen haben, Standards definiert, müssen auch die das vernünftige Verwaltungsratsmitglied auszeichnenden Parameter insofern bekannt sein, dass eine Beurteilung der Lage für das einzelne Mitglied überhaupt möglich wird. Diese Charakteristika müssen im Voraus bekannt sein und im Nachhinein beurteilt werden können, damit sie «justizierbar» sind⁸⁰. Auf diese Weise kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit neben ihrer primären Funktion des Schadensausgleichs auch verhaltenssteuernd wirken⁸¹.

Die Definition solcher Parameter ist jedoch kein einfaches Unterfangen. Will man sich nicht mit ein paar diffusen und ausweichenden Umschreibungen oder Allgemeinplätzen begnügen, so wird schon bald ersichtlich, weshalb es viel einfacher ist, schlicht auf die «vernünftige» Person zu verweisen. Nichtsdestotrotz sollen nachfolgend einige Vorschläge für entsprechende Charakteristika dargelegt werden:

- Besondere Fachkenntnisse oder Spezialkenntnisse in einem bestimmten Sektor werden für die Ausübung eines Verwaltungsratsmandates nicht vorausgesetzt⁸².

⁷⁸ KRNETA (FN 51), N 1815.

⁷⁹ In diesem Sinne WIEGAND (FN 66), 17; zeitlich vorgelagert kann freilich bereits die Übernahme des Mandats schuldhaft sein; vgl. zum Übernahmeverschulden oben bei FN 57.

⁸⁰ In diesem Sinn HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006) 6, in Bezug auf die Standards bei den Pflichten bzw. bei der Pflichtverletzung.

⁸¹ Zur verhaltenssteuernden Funktion der Verantwortlichkeit vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 119 (2000) II 239 ff., 242 ff.

⁸² FORSTMOSER (FN 1), N 304.

Wer die nötigen Fähigkeiten als Generalist mit einer ausreichenden geistigen Beweglichkeit mit sich bringt genügt den Anforderungen an ein Verwaltungsratsmitglied⁸³. Unsorgfältig und mithin in Abweichung von dem durch das vernünftige Verwaltungsratsmitglied gesetzten Standard verhält sich nur, wer sich in einem konkreten Fall trotz mangelnder notwendiger Fachkenntnis nicht von einer Fachperson beraten lässt⁸⁴.

- Die Anwendung der *diligentia quam in suis*, das heisst die Vorsicht, welche ein Verwaltungsratsmitglied in eigenen Geschäften beachtet, wirkt nicht haftungsbefreiend⁸⁵.
- Ein vernünftiges Verwaltungsratsmitglied führt, bevor es einen Entscheid fällt, einen bewussten und sorgfältigen Entscheidungsfindungsprozess durch, zu welchem insbesondere «das vorgängige Beschaffen entscheidrelevanter Informationen» gehört⁸⁶. Diese Informationsbeschaffung kann insbesondere die Wahrnehmung der dem Verwaltungsratsmitglied zustehenden Informationsrechte beinhalten⁸⁷. Eine Haftung entsteht mithin nur, wenn das erforderliche Mass an Informationen nicht im Voraus beschafft wurde⁸⁸, wobei sich dieses Mass an Informationen nach der Verhältnismässigkeit und der konkreten Zumutbarkeit der Informationsbeschaffung bestimmt⁸⁹. Die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit wird jedoch gerade nicht durch subjektive, in der Person des Verwaltungsratsmitglieds liegende Elemente beeinflusst. Persönlicher Zeitmangel bei der Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen führt nicht zu einer Haftungsbefreiung, sehr wohl aber Zeitmangel aufgrund von raschen Marktveränderungen oder unerwarteter Geschäftsereignisse⁹⁰. Eine adäquate und sorgfältige Informationsbeschaffung kann durchaus auch den Beizug von Experten erfordern, da – wie bereits erwähnt wurde – das einzelne Verwaltungsratsmitglied zwar nicht über Spezialkenntnisse in einem Geschäftsbereich verfügen muss, es aber immerhin erkennen muss, wann sein eigenes (Fach-)Wissen für eine sorgfältige Entscheidungsfindung nicht (mehr) ausreicht⁹¹.

⁸³ FORSTMOSER (FN 1), N 304.

⁸⁴ ISLER (FN 75), 16 f.; s. ferner BAUEN/VENTURI (FN 24), N 695; KRNETA (FN 51), N 2085 u. N 2088; WIDMER/BANZ (FN 6), Art. 754 N 32.

⁸⁵ FORSTMOSER (FN 1), N 301; KRNETA (FN 51), N 1796; s. ferner BGE 122 III 195 Erw. 3.a; BGE 113 II 52 Erw. 3.a.; a.M. HOMBURGER (FN 6), Art. 717 N 821.

⁸⁶ ISLER (FN 75), 3; unter «Beschaffen» muss freilich auch «Beschaffen lassen» subsumiert werden; vgl. ferner zur aktiven und passiven Seite der Informationspflicht KURT J. GROSS, *Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates*, Zürich 1990, 168 ff.

⁸⁷ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (FN 76), N 334.

⁸⁸ Vgl. ZR 82 (1983) Nr. 57, 151 f.

⁸⁹ WATTER (FN 6), Art 717 N 6; WIDMER/BANZ (FN 6), Art. 754 N 31.

⁹⁰ FORSTMOSER (FN 1), N 308; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 28 N 21 u. § 36 N 82; ISLER (FN 75), 3.

⁹¹ FORSTMOSER (FN 1), N 305.

- Ein vernünftiges Verwaltungsratsmitglied nimmt an den Verwaltungsratssitzungen teil und bringt sich ein; denn zumeist gilt nur aktives Handeln als sorgfältiges Handeln⁹². Kann es einmal aus zwingenden Gründen nicht teilnehmen, so hat es sich über Verlauf der Debatte und den Inhalt der Entscheide nachträglich zu informieren. War ein Beschluss unvernünftig, so setzt sich das vernünftige Verwaltungsratsmitglied bewusst für die Rückgängigmachung oder Anpassung des entsprechenden Entscheides ein⁹³. Letzteres versucht ein vernünftiges Verwaltungsratsmitglied freilich auch bei Beschlüssen, welche in seiner Anwesenheit gefällt wurden, die jedoch unvernünftig sind und daher zu einer schuldhaften Schadensbewirkung führen könnten⁹⁴.
- Das vernünftige Verwaltungsratsmitglied handelt immer im Gesellschaftsinteresse, insbesondere beim Vorliegen eines Interessenkonflikts⁹⁵. Bei Geschäften mit dem Verwaltungsratsmitglied nahestehenden Personen muss konsequenterweise eine Ausstandspflicht des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds eingreifen⁹⁶.
- Ein vernünftiges Verwaltungsratsmitglied darf «vernünftige Risiken» eingehen⁹⁷, wobei all diejenigen Risiken als vernünftig anzusehen sind, die als «gerechtfertigte unternehmerische Risiken» zu qualifizieren sind⁹⁸. Selbst Geschäfte, die mit besonders hohen Gewinnchancen aber auch entsprechenden Verlustrisiken behaftet sind, müssen nicht unzulässig sein, sofern das bewusst eingegangene Risiko «in einer vernünftigen Relation zu den Mitteln der Gesellschaft» steht⁹⁹. Es sind somit auch dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff entsprechend die konkreten Umstände zu berücksichtigen¹⁰⁰. Dies kann bisweilen dazu führen, dass es unter konkret gegebenen Umständen sogar als «verantwortungslos» und damit unvernünftig erscheint, wenn jegliche unternehmerische Risiken vermieden würden¹⁰¹.

Diese freilich nicht abschliessende Aufzählung von Merkmalen und Verhaltensrichtlinien eines vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds soll jedoch nicht nur dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied als Richtschnur dienen, sondern insbesondere auch

⁹² Dies gilt bei Arbeitsteilung im Verwaltungsrat zumeist auch für non-committee-Verwaltungsratsmitglieder; vgl. hierzu HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/LARISSA MAROLDA MARTÍNEZ, *Corporate Governance und Führungsorganisation in der Aktiengesellschaft*, SJZ 100 (2004) 405 ff., 412.

⁹³ MEIER-WEHRLI (FN 7), 32.

⁹⁴ FORSTMOSER (FN 1), N 313.

⁹⁵ BGE 130 III 219 Erw. 2.2.2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 36 N 88; s. a. CLAUDE A. LAMBERT, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft*, Bern 1992, passim.

⁹⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 28 N 34; vgl. a. BÖCKLI (FN 6), § 13 N 633 ff. HOMBURGER (FN 6), Art. 717 N 894 ff.; KRNETA (FN 51), N 1898 f.

⁹⁷ FORSTMOSER (FN 1), N 294; GROSS (FN 86), 207 f.; KRNETA (FN 51), N 1812.

⁹⁸ DAENIKER (FN 64), 524.

⁹⁹ ZR 72 (1973) Nr. 58, 145.

¹⁰⁰ KRNETA (FN 51), N 1814.

¹⁰¹ ISLER (FN 75), 18; WATTER (FN 6), Art. 717 N 6; dies wäre letztlich auch ökonomisch sinnlos.

dem Gericht, das letztlich entscheiden muss, ob ein konkretes Verhalten demjenigen eines vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds entspricht. Trotz aller Parameter, die dieses Verhalten zu konkretisieren versuchen, sind im Rahmen der Beurteilung einer allfälligen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stets auch die konkreten Rahmenbedingungen der Geschäftstätigkeit des betreffenden Unternehmens mitzubersichtigen¹⁰².

In diesem Sinne ist die Figur des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds für das Gericht lediglich ein Hilfsmittel, um in einem konkreten Fall zu bestimmen, ob das Verwaltungsratsmitglied seine Tätigkeit mit der angemessenen Sorgfalt wahrgenommen hat¹⁰³. Das weite Ermessen, das dem Richter hierbei zukommt, führt zu einer weiteren Resubjektivierung¹⁰⁴, der jedoch klare Grenzen zu setzen sind. Denn der Rückgriff auf die vorliegend dargestellte Rechtsfigur des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds bedeutet im Grunde genommen immer auch ein Überbrücken beziehungsweise ein «Verdecken»¹⁰⁵ fehlender gesetzlicher Bestimmungen im Bereich des Verschuldens, und dieses Überbrücken darf nicht mittels einer subjektiven Wertung des Gerichts erfolgen. Aus diesem Grunde ist darauf zu achten, dass die richterliche Ermessensausübung transparent erfolgt¹⁰⁶ und sich nicht auf den Inhalt von Geschäftsentscheiden bezieht, solange deren Zustandekommen nicht zu beanstanden ist. So lange die erwähnten Punkte gewährleistet sind, bildet der Vergleichsstandard des vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds ein wertvolles Hilfsmittel zur Bestimmung des einschlägigen Sorgfaltsmassstabs.

V. Schlussbemerkungen

Ziel der vorstehenden Ausführungen war nicht die Neudefinition des Verschuldensmassstabs für Verwaltungsratsmitglieder. Ebenso wenig ging es darum, mit der Figur des «vernünftigen Verwaltungsratsmitglieds» eine neue Rechtsfigur zu schaffen. Mit der hier präsentierten begrifflichen Nuance soll vielmehr aufgezeigt werden, dass trotz Objektivierung des Verschuldensmassstabs das hypothetische Verhalten des «vernünftigen Menschen» je nach Situation und Umständen variieren kann und der vernünftige Mensch letztlich viele unterschiedliche Gesichter hat.

Die Bezeichnung der Standardfigur als «vernünftiges Verwaltungsratsmitglied» versucht daher den spezifischen Gegebenheiten im Rahmen der Führung eines Unternehmens Ausdruck zu verleihen. Wenn mittels der aufgeführten Charakteristika

¹⁰² FORSTMOSER (FN 1), N 298 ff.

¹⁰³ Mit Bezug auf den vernünftigen Menschen WERRO (FN 33), 111.

¹⁰⁴ In diesem Sinne auch GAUCH (FN 8), 201.

¹⁰⁵ WERRO (FN 33), 112, welcher diesen Umstand wie folgt beschreibt: «Utiliser la personne raisonnable, c'est cacher l'inavouable inexistence de la règle juste».

¹⁰⁶ WERRO (FN 33), 120.

die Figur des «vernünftiges Verwaltungsratsmitglieds» darüber hinaus etwas fassbarer geworden ist, dann hat der vorliegende Beitrag seine Aufgabe erfüllt.

Der Umstand, dass im Ergebnis aber eine eindeutige Differenzierung beziehungsweise eine umfassende generell-abstrakte Definition des für Verwaltungsratsmitglieder massgebenden Sorgaltsmassstabs wohl unmöglich ist, unterstreicht auch das Zitat von LORD SALMON, mit welchem diese dem Jubilar gewidmeten Ausführungen zu Vernunft und Unvernunft in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit abgeschlossen werden:

«Two reasonable persons can perfectly reasonably come to opposite conclusions on the same set of facts [...]»¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Zitiert in SALTMAN (FN 35), 128.