



20. Mai 2022

## **Die Sorgfaltspflicht der Verwaltungsratsmitglieder**

### **Geschäftsführungsorgane: Aufgaben, Zuständigkeiten, Pflichten**

#### **Pflichten der Geschäftsführungsorgane im Allgemeinen**

*Verhaltenspflichten gemäss Art. 717 OR*

- Sorgfaltspflicht (Abs. 1)
- Treuepflicht, Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen (Abs. 1)
- Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre (Abs. 2)

*Funktionen der Verhaltenspflichten der Geschäftsführungsorgane*

- Korrelat zum Fehlen von Aktionärspflichten (abgesehen von der Liberierungspflicht) (Art. 680 Abs. 1 OR)
- Verhaltenssteuerung im Prinzipal-Agenten-Verhältnis zwischen den Aktionären und den mit der Geschäftsführung befassten Personen
- persönliche Verantwortung und Verantwortlichkeit (siehe Art. 754 OR) in der juristischen Person



### Sorgfaltspflicht im Allgemeinen

- die «Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen» (Art. 717 Abs. 1 OR): Aufgaben und Sorgfaltspflicht
- Sorgfalt bei der Bestimmung und der Wahrung der «Interessen der Gesellschaft» (Art. 717 Abs. 1 OR)
- Sorgfaltspflicht und Treuepflicht
- Sorgfaltspflicht und gesetzeskonformes Verhalten (z.B. Einhaltung der Kapitalschutzvorschriften)

### Sorgfältiges Handeln, Sorgfaltsmassstab

- objektivierter, individualisierter Sorgfaltsmassstab
- Berücksichtigung besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten (BGer 4C.201/2001, 19.6.2002, E. 2.1.1)
- Beizug von Personen mit besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten, zusätzliche Abklärungen (vgl. BGer 4A\_74/2012, 18.6.2012, E. 5.3.1 f.)

### Sorgfaltspflicht und Übertragung der Geschäftsführung

- «Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen» (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR)
- Sorgfalt «bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung» der Personen, denen Aufgaben übertragen wurden (Art. 754 Abs. 2 OR)

### Sorgfalt und Geschäftsermessen

#### *Schutz des Geschäftsermessens*

- Eigenarten von Geschäftsentscheiden
- Eingehen von Risiken als Voraussetzung für Erfolg
- Rückschaufehler («hindsight bias»)
- Legitimation/Qualifikation von Richtern

#### *Business Judgment Rule*

- zurückhaltende gerichtliche Überprüfung von Geschäftsentscheiden unter dem Aspekt der Sorgfaltspflicht, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind
- «Sorgfaltspflicht» im Zusammenhang mit der Pflichtwidrigkeit, nicht mit dem Verschulden (anders noch BGer 4A\_74/2012, 18.6.2012, E. 5)



- Eine Formulierung entsprechend der heutigen «Business Judgment Rule»-Formel des Bundesgerichts findet sich bereits in BGer 4A\_306/2009, 8.2.2010, E. 7.2.4.

#### *Voraussetzungen der Anwendung der Business Judgment Rule*

##### 1. Geschäftsentscheid

- Abgrenzung gegenüber passivem Verhalten / Unterlassungen (siehe BGer 4A\_306/2009, 8.2.2010, E. 7.2.4 [unterlassene Sanierungsmassnahmen])
- Abgrenzung gegenüber Entscheiden betreffend die Anwendung von Rechtsnormen – Erfordernis vertretbarer Gründe, keine Angemessenheitsprüfung (so im Zusammenhang mit Art. 685b Abs. 1 OR BGE 145 III 351 E. 3.2.1 f., S. 357)
- Abgrenzung gegenüber gesetzwidrigen Geschäftsentscheiden – Gesetzwidrigkeit begründet Sorgfaltspflichtverletzung, kein Schutz durch die Business Judgment Rule (siehe auch oben «Sorgfaltspflicht im Allgemeinen»)

##### 2. Rechtlich einwandfreier Entscheidungsprozess

- siehe z.B. BGer 4A\_259/2016, 13.12.2016, E. 5.1

##### 3. Entscheidungsprozess auf einer angemessenen Informationsbasis

- Business Judgment Rule lenkt die Aufmerksamkeit auf die Informationsbasis eines Entscheids (tatsächlich vorhandene Informationen und Informationen/Kenntnisse, die ein Geschäftsführungsorgan hätte haben müssen [vgl. BGer 4A\_74/2012, 18.6.2012, E. 5.3]), mit entsprechender «ex ante»-Wirkung (Bereitstellung genügender Informationen)
- «Business Judgment Rule» (zweiter Ordnung) betreffend die Informationsbasis eines Entscheids? Wohl ja (weil eine Frage der Sorgfalt)
- strengerer Massstab «in Bezug auf Geschäfte, bei denen ein besonderer Wissensstand über die Faktoren zur Einschätzung des Risikos vorhanden ist oder erwartet werden darf, wie namentlich bei solchen unter Konzerngesellschaften» (BGer 4A\_74/2012, 18.6.2012, E. 5.1)

##### 4. Entscheidungsprozess frei von Interessenkonflikten

- siehe z.B. BGer 4A\_15/2013, 11.7.2013, E. 7.3.2
- kein Interessenkonflikt oder Einhaltung der Regeln über den korrekten Umgang mit Interessenkonflikten (Offenlegung und Kontrolle des Interessenkonflikts)
- keine Interessenberührung oder Einhaltung der Regeln betreffend Interessenberührungen (Offenlegung)



- «Business Judgment Rule» (zweiter Ordnung) betreffend den korrekten Umgang mit einem Interessenkonflikt? Wohl eher nein (weil eine Frage der richtigen Erfüllung der Treuepflicht)
- Bundesgericht: im Fall eines Interessenkonflikts besteht eine tatsächliche Vermutung einer Pflichtverletzung (BGer 4A\_259/2016, 13.12.2016, E. 5.2 und 6.5)
- Business Judgment Rule lenkt die Aufmerksamkeit auf das Vorliegen bzw. die Kontrolle von Interessenkonflikten, mit entsprechender «ex ante»-Wirkung (Vermeidung von Interessenkonflikten) – bewirkt im Ergebnis eine Verlagerung der Prüfung unter Sorgfaltsaspekten hin zu einer Prüfung unter dem Aspekt der Treuepflicht

#### *Rechtsfolgen der Business Judgment Rule*

- bei erfüllten Voraussetzungen: Überprüfung des Geschäftsentscheids nur unter dem Aspekt der Vertretbarkeit (BGer 4A\_219/2015, 8.9.2015, E. 4.2.1)
- bei nicht erfüllten Voraussetzungen: umfassende Überprüfung des Geschäftsentscheids (BGer 4A\_219/2015, 8.9.2015, E. 4.2.1)
- Pflichtwidrigkeit, wenn der Geschäftsentscheid auch bei umfassender Überprüfung als sorgfältig erscheint, jedoch ein Interessenkonflikt bestand und dieser nicht korrekt gehandhabt wurde (das heisst, Verletzung der Treuepflicht, nicht aber der Sorgfaltspflicht) (offen bzw. unklar BGer 4A\_219/2015, 8.9.2015, E. 4.2.1, und BGer 4A\_259/2016, E. 5.2 und E. 6)? Siehe hierzu auch Handout «Die Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder» (S. 4, «Kontrolle des Interessenkonflikts») – Frage des Verhältnisses von Sorgfaltspflicht und Treuepflicht

### **Sorgfaltspflicht in ausgewählten besonderen Zusammenhängen**

#### *Sorgfalt bei der Annahme des Verwaltungsratsmandats*

#### *Sorgfalt bei der Verwaltung und Verwendung von Gesellschaftsvermögen*

- Gewährung von Darlehen (BGer 6B\_54/2008, 9.5.2008), zum Beispiel an eine sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft (BGer 4A\_74/2012, 18.6.2012)
- Bezahlung von Abgangsentschädigungen (BGer 4A\_174/2007 und 4A\_188/2007, 13.9.2007)
- Festlegung der Vergütungen (vgl. Art. 717 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-OR 2014)
- allgemein: angemessene, vertretbare Gegenleistung beim Abschluss von Geschäften, insbesondere bei Leistungen innerhalb eines Konzerns (Grundsatz des «dealing at arm's length») (vgl. BVer B-19/2012, 27.11.2013, E. 4.2.1; siehe aber auch BGer 4A\_74/2012, 18.6.2012, E. 4.2 f. und 5.1)



*Sorgfalt beim Entscheid betreffend Geltendmachung und gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen*

- zum Beispiel von Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (siehe BGE 139 III 24 ff.; Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS AG, Oktober 2010)

*Sorgfalt bei der Beaufsichtigung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen*

- siehe oben «Sorgfaltspflicht und Übertragung der Geschäftsführung»