



Rolf Watter / Ines Pöschel*

Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Thesen
- II. Lehrmeinungen
- III. Eigener Ansatz
 1. Existenz einer weitgehenden Mitwirkungspflicht
 2. Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht im Allgemeinen
 3. Vertretungsmöglichkeit im Verwaltungsrat im Besonderen
 4. Spezialfall Ausstand
 5. Und die Stimmhaltung?
- IV. Anwendung auf praktische Fallgestaltungen

I. Einleitung und Thesen

Anlass zu diesem Aufsatz gaben konkrete praktische Fälle, in denen sich etwa die Frage stellte, ob eine wegen Mutterschaftsurlaub an Sitzungen des Verwaltungsrates verhinderte Verwaltungsrätin für einen während ihrer Abwesenheit gefassten Beschluss haftbar gemacht werden könne, oder diejenige, ob der Verwaltungsratspräsident einer kotierten Gesellschaft, der die Übernahme «seiner» Gesellschaft initiierte, einer möglichen Haftung aus einer falschen Empfehlung an die Aktionäre, das Angebot anzunehmen, ausweichen kann, indem er einen Interessenkonflikt geltend macht und an der fraglichen Abstimmung über den Verwaltungsratsbericht gar nicht teilnimmt.

Diese in Praxis und Lehre nicht detailliert (bzw. sicher noch nicht abschliessend) geklärten Fragen gilt es aber schon einleitend insofern zu relativieren, als vergleichsweise *selten einzelne Beschlüsse* zu einer Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR führen – ein Beispiel dafür wäre etwa ein Beschluss, Dividenden auszuschütten oder Aktien zurückzukaufen, obwohl gar keine ausschüttbaren bzw. frei verwendbaren Reserven zur Verfügung stehen. Viel häufiger sind Konstellationen, wo sich Fehlentscheid an Fehlentscheid oder fehlende Reaktion an Untätigkeit reihen. Wählt beispielsweise der Verwaltungsrat einen unfähigen CEO, ist diese Wahl für sich kaum je haftungsbegründend, wohl aber (denkbarerweise) der Umstand, dass dieser CEO, obwohl klar wird, dass es sich

um eine Fehlbesetzung handelt, nicht rechtzeitig ersetzt wird. Dasselbe gilt für eine falsche Strategie, die ja später immer wieder mit konkreten Beschlüssen umgesetzt werden muss. Vorwerfbar wird diese falsche Strategie im Sinne einer Haftung praktisch erst, wenn sich deren Scheitern abzeichnet und dennoch mit wiederkehrenden umsetzenden Einzelentscheiden an ihr festgehalten wird.

Ebenfalls schon einleitend ist darauf hinzuweisen, dass heutzutage einerseits die *Vorbereitungsmaterialien*, welche Mitglieder des Verwaltungsrates gerade in börsenkotierten Unternehmen erhalten, oft (sehr) umfangreich und elektronisch einsehbar sind, und es gestützt darauf in aller Regel einfach ist, sich beispielsweise auch bei Landesabwesenheit detailliert vorzubereiten und *telefonisch in eine Verwaltungsratsitzung einzuwählen*. Die technologische Entwicklung erlaubt es auch, kurzfristig weitere Sitzungen, möglicherweise als reine Telefonkonferenzen, abzuhalten, anlässlich derer ein Entscheid noch einmal geprüft oder in *Wiedererwägung* gezogen werden kann.

Wir vertreten in diesem Artikel folgende *Thesen*:

- a) Eine *Mitwirkungspflicht* besteht in dem Sinne, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrates auf Entscheide Einfluss nehmen muss, und dies nicht etwa bloss so, dass zu einer konkreten Frage «nein» gestimmt wird (oder man sich vornehm «enthält»), sondern umfassend, indem auch die Argumente für eine Ablehnung vertreten werden, und – soweit tunlich – ein Wiedererwägen eines Entscheides verlangt wird.
- b) Damit teilweise zusammenhängend sollte eine *Vertretung durch ein anderes Mitglied* entgegen einer verbreiteten Lehrmeinung in den nachfolgend geschilderten Grenzen erlaubt sein.
- c) Die Mitwirkungspflicht besteht auch dann, wenn sich ein Verwaltungsratsmitglied beim Entscheid in einer Konfliktsituation oder gar im *Ausstand* befindet, dies in dem Sinne, dass Argumente, über die ein Mitglied verfügt – soweit zulässig – in die Beratung miteingebracht werden müssen, auch wenn es an der Abstimmung selbst nicht teilnimmt.
- d) Wer dieser Mitwirkungspflicht längerfristig nicht nachkommen kann, muss seinen *Rücktritt* erklären.

* Prof. Dr. iur. Rolf Watter ist Partner bei der Bär & Karrer AG, RA lic. iur. Ines Pöschel ist Partnerin bei Kellerhals.

Die Mitwirkungspflicht ist dabei *umfassend* in dem Sinne, dass das Verwaltungsratsmitglied beispielsweise alle technischen Möglichkeiten einzusetzen hat, um ihr nachzukommen. Eine *Verletzung dieser Mitwirkungspflicht führt dazu*, dass sich das nichtstimmende, nein stimmende oder sich enthaltende Verwaltungsratsmitglied nicht mit dem Argument enthaften kann, es sei gar nicht *für* den Fehlentscheid gewesen und könne damit für dessen Folgen auch nicht verantwortlich gemacht werden.

II. Lehrmeinungen

Die Verantwortlichkeit des abwesenden bzw. nichtstimmenden Verwaltungsrates ist *in der Lehre umstritten*. Wurde vor 70 Jahren noch lapidar festgehalten «[i]m übrigen dürfte der Fall der Abwesenheit von einer VR-Sitzung zu keinen weiteren Erörterungen Anlass geben: Wer an einer Sitzung nicht teilgenommen hat, kann nicht für deren Folgen haftbar gemacht werden»¹, wird heute (wenigstens teilweise) relativierend gesagt, dies gelte dann nicht, wenn die Abwesenheit auf Zeitmangel zurückzuführen sei², oder es wird verlangt, dass das abwesende Verwaltungsratsmitglied, wenn es von einem (seiner Ansicht nach falschen) Entscheid erfährt, der in seiner Abwesenheit getroffen wurde, *versucht, den Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen*³ (wobei diesfalls eine aktive Erkundigungspflicht angenommen werden muss, ein passives Zuwarten auf die Protokollversendung kann u.E. nicht genügen). Folgt man dieser Meinung, ist die Frage, *ob die Abwesenheit unverschuldet* (z.B. wegen Mutterschaft oder Krankheit⁴) oder *verschuldet* (wegen blossen Vergessens, Landesabwesenheit⁵, evtl. auch we-

gen anderer Aufgaben⁶) erfolgte, weitgehend irrelevant, sieht man von Fällen ab, in denen nicht einmal eine Einwirkungsmöglichkeit besteht, weil der/die Betreffende beispielsweise nach einem Unfall im Koma liegt.⁷

Ein vergleichsweise einfacher Ausweg aus einer verunmöglichten Anwesenheit wäre an sich, dass sich das abwesende Mitglied des Verwaltungsrats *vertreten* lässt – dem steht die herrschende Lehre entgegen, welche eine Vertretung als nicht möglich erachtet⁸, was allerdings zumindest in den Fällen nicht wirklich einleuchtet, wo (a) nur ein Verwaltungsratskollege⁹ (und kein Dritter) eingesetzt wird, (b) für eine konkrete Entscheidungsfindung sehr gute Unterlagen resp. Informationen als Vorbereitung zur Verfügung stehen oder vielleicht anlässlich einer früheren Sitzung schon eine erste Diskussion stattgefunden hat, und (c) keine Blankovollmacht, sondern eine klare Instruktion erteilt wird. Folgt man aber der heute wohl überwiegenden Lehre, kann dem abwesenden Verwaltungsrat sicher nicht vorgeworfen werden, er hätte sich bei Unmöglichkeit ja vertreten lassen können.¹⁰

Mit der Frage der Haftbarkeit des abwesenden Verwaltungsratsmitgliedes verwandt ist diejenige nach der Haftung einer weiteren Kategorie von Nichtstimmenden, nämlich des Mitgliedes, das sich in *Ausstand* begibt, beispielsweise gestützt auf die (möglicherweise

¹ HANS BIGGEL, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich, 1940, 147 f.; ähnlich für den Fall der Krankheit PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich, 1987, N 309 und URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999, N 166.

² HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001, 244.

³ ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich, 1990, 33 f. Vgl. auch ERIC HOMBURGER, in: Zürcher Kommentar, Teilband V5b, Zürich, 1997, Art 714, N 371: «[...] Mitglieder, die an der Sitzung nicht teilgenommen haben, können gestützt auf Art. 715 OR die Einberufung einer weiteren Sitzung verlangen, mit dem Antrag zur erneuten Behandlung des betreffenden Traktandums. Wird kein solcher Antrag gestellt, so hat der Beschluss - ordnungsgemässe Protokollierung vorausgesetzt – als auch von den betreffenden VR-Mitgliedern genehmigt zu gelten.»

⁴ FORSTMOSER (FN 1), N 309 ff. sieht eine Exkulpationsmöglichkeit bei kurzfristiger Abwesenheit, verlangt bei langer Abwesenheit aber einen Rücktritt; vorübergehende Abwesenheit oder höhere Gewalt ist für BÄRTSCHI (FN 2), 245 ein Exkulpationsgrund; auf Entschuldbarkeit stellt auch BERTSCHINGER (FN 1), N 166 ab.

⁵ Meist wird dann, wenn keine Möglichkeit zur Sitzungsteilnahme besteht, eine telefonische Zuschaltung machbar sein, vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich, 2009, § 13 N 136 ff.

⁶ Es dürfte allerdings schwierig sein, abzugrenzen, ob man in solchen Fällen wirklich von einem «Verschulden» sprechen kann, denn es kann durchaus im Interesse einer Aktiengesellschaft sein, wenn ihre Verwaltungsratsmitglieder auch noch anderen Tätigkeiten nachgehen und sich so auf dem Laufenden halten. Dass durch solche anderen Tätigkeiten im Einzelfall einmal ein Terminkonflikt entstehen kann, ist unvermeidbar. So auch: HOMBURGER (FN 3), Art. 717, N 813, der eine Terminkollision aufgrund der zunehmenden Beschleunigung des Geschäftslebens für unvermeidbar und oft entschuldbar hält. Ebenso bereits ROLF BÄR, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: SAG, 1986, 62. Auch für eine angemessene Berücksichtigung der Realitäten des Wirtschaftslebens plädiert GEORG ZONDLER, Les absents ont toujours tort?, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich, 2008, 205.

⁷ ZONDLER (FN 6), 211.

⁸ WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar, Teilband V5b/2, Art. 698–738 OR, Zürich, 1969, N 40 f. zu Art. 708; HOMBURGER (FN 3), N 34 ff. zu Art. 707 OR; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern, 2007, § 16, N 461; PLÜSS (FN 3), 84 f. Vgl. zur ganzen Diskussion auch BÖCKLI (FN 5), § 13 N 128 ff. mit Verweisen und Hinweisen auf das deutsche Recht (und die Möglichkeit selbst ablehnend). Vgl. ausserdem zum Suppleanten PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 28 N. 185 ff. und auch HOMBURGER (FN 3), N 49 ff. zu Art. 707.

⁹ In der Realität kommt es schon heute regelmässig vor, dass sich der Präsident bei einem Mitglied, welches seine Abwesenheit bekannt gibt, nach dessen Fragen, Argumente und Position erkundigt und diese sodann in den Verwaltungsrat einbringt.

¹⁰ Und selbst bei einer Bejahung der Vertretungsmöglichkeit «führt der Beizug eines VR-Vertreters nicht zur Reduktion oder zum Ausschluss der Verantwortlichkeit des verschuldet abwesenden VR-Mitglieds», so wenigstens MARTIN WEBER, Vertretung im Verwaltungsrat, Zürich, 1993, 109.

ungeprüfte) Aussage, es befinde sich in einem Interessenkonflikt. Anders als bei der blossen Stimmenthaltung wird hier teilweise gesagt, dass in einer solchen Konstellation eine Haftungsfreistellung erfolge.¹¹

Das blosses Ablehnen eines Beschlusses wird demgegenüber teilweise als nicht haftungsbefreiend angesehen, verlangt wird vielmehr ausdrückliche Opposition.¹²

Unklar ist endlich, wie die Frage der Abwesenheit, bzw. des Ausstandes überhaupt *dogmatisch einzuordnen* ist, wenn man sich die vier Voraussetzungen vor Augen hält, die für eine Haftung vorliegen müssen, nämlich Pflichtverletzung, Schaden, der durch die erstere adäquat kausal verursacht wurde, und das von der Pflichtverletzung schwer abzugrenzende Verschulden. Soweit etwa explizite Opposition gefordert wird (und nicht blosses Nein- oder Nichtstimmen), wird das Nichtstimmen teilweise unter der *Verschuldensfrage* behandelt,¹³ aber auch das Vorliegen einer *Pflichtverletzung* wird vertreten.¹⁴ In diese Richtung geht auch der Ansatz, welcher sowohl zwischen verschuldeter und unverschuldeter Abwesenheit als auch in Bezug auf die Dauer der Abwesenheit unterscheidet und entsprechend unterschiedliche Pflichten des abwesenden Verwaltungsrates definiert.¹⁵

III. Eigener Ansatz

1. Existenz einer weitgehenden Mitwirkungspflicht

Entscheide des Verwaltungsrates kommen weitgehend an (physischen) *Sitzungen* zustande, jedoch heute mehr und mehr auch an *Telefon- und Videokonferenzen* (die physischen Sitzungen nach den meisten Organisations-

reglementen gleichgestellt sind), oder auch durch sogenannte «Zirkulationsbeschlüsse» nach Art. 713 Abs. 2 OR. Letztere Bestimmung erachtet jedoch schriftliche Zustimmung zu einem Antrag insoweit nicht als «vollwertig», als es jedem Mitglied erlaubt ist, mündliche¹⁶ Beratung zu verlangen. Entgegen den Vorschriften in vielen Organisationsreglementen ist es dabei übrigens von Gesetzes wegen nicht notwendig, dass Zirkulationsbeschlüsse einstimmig erfolgen.

Der Gesetzgeber misst damit der *Entscheidfindung durch Diskussion*, d.h. einem Austausch von Meinungen und Gegenmeinungen, einen hohen Stellenwert zu, weshalb auch jedem Verwaltungsratsmitglied unbestrittenermassen ein Recht auf Teilnahme an Sitzungen und ein Äusserungsrecht, also ein Mitwirkungsrecht zur Beeinflussung der Willensbildung, zukommt.¹⁷

Vorliegend fragt sich nun, inwieweit nicht nur Teilnahme- und Mitwirkungsrechte, sondern auch *entsprechende Pflichten* bestehen, ob also das nicht anwesende oder sich nicht äussernde Mitglied verantwortlich werden kann, wenn der Beschluss als haftungsbegründender Fehlentscheid¹⁸ qualifiziert werden muss.

Klar ist zunächst, dass der Gesetzgeber die Willensbildung grundsätzlich als Prozess und nicht als statischen Beschlussfassungsakt versteht.¹⁹ Daraus ist u.E. abzuleiten, dass das Verwaltungsratsmitglied verpflichtet ist, *aktiv an diesem Prozess teilzunehmen*, indem es nicht nur teilnimmt und abstimmt, sondern auch eine abweichende Meinung (oder auch zusätzliche Gesichtspunkte) in die Diskussion einbringt und versucht, die Kolleginnen und Kollegen von diesen Argumenten zu überzeugen.²⁰ U.E. besteht schliesslich eine Pflicht, dass das Verwaltungsratsmitglied, das beispielsweise einen Antrag des Managements nicht versteht, mittels Fragen allfällige *Unklarheiten zu beseitigen* sucht (dies abgesehen vom Umstand, dass Unklarheiten oft signalisieren, dass das Management eine Fragestellung auch nicht in allen Facetten verstanden oder analysiert hat). Anzumerken ist auch, dass es u.E. zu den Pflichten des Vorsitzenden gehört, für eine *offene Fragekultur* besorgt zu sein.

¹¹ GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern, 2005, N 722 1 f.; ROLF BÄR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, in: ZBJV 1970, 480 f. erachtet eine Stimmenthaltung ohne Interessenkonflikt bzw. ohne ersichtlichen Grund, als nicht voll entlastend.

¹² BÖCKLI (FN 5), § 13, N 675a; FORSTMOSER (FN 1), N 313; PLÜSS (FN 3), 33 ff.; PETER WIDMER/DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. Auflage, Basel, 2008, N 33 zu Art. 754. ZONDLER (FN 6), 210 verlangt, die Opposition aktenkundig zu machen und in krassen Fällen die Einberufung einer Sitzung und die Abänderung des Beschlusses zu verlangen.

¹³ WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 11), N 33 zur Art. 754; FORSTMOSER (FN 1), N 311 ff. Unklar diesbezüglich: BERTSCHINGER (FN 1), N 166.

¹⁴ BÄR (FN 6), 62; DERSELBE (FN 10), 481; KRNETA (FN 10), N 722 und PLÜSS (FN 3), 34 begreifen die Opposition als Pflicht und deren Unterlassung entsprechend als Pflichtverletzung; Ähnlich auch: WEBER (FN 9), 106 ff., der die Pflichtverletzung bei verhältnismässiger Opposition gegen die entsprechenden Beschlüsse entfallen lässt. BÄRTSCHI (FN 2), 244 f. sieht ebenfalls eine Pflichtverletzung bei unbegründeter Absenz. Bei begründeter Absenz soll dagegen das Verschulden kleiner sein, wenn aus Unbekümmertheit nicht gegen gefasste Beschlüsse opponiert wird.

¹⁵ ZONDLER (FN 6), 204 ff.

¹⁶ Unter «mündlich» ist dabei auch eine Telefonkonferenz zu verstehen.

¹⁷ Anstelle vieler: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 8), § 28, N 67 f.; PLÜSS (FN 3), 34; HOMBURGER (FN 3), N 813 zu Art. 717;

¹⁸ Natürlich führt nicht jeder Fehlentscheid zu einer Haftung, es muss vielmehr eine eigentliche Pflichtverletzung vorliegen, vgl. auch oben, Ziffer I zum Umstand, dass selten Einzelentscheide eine Haftung auslösen.

¹⁹ In diesem Sinne auch HOMBURGER (FN 3), N 814 zu Art. 717; PLÜSS (FN 3), 34; BÄR (FN 10), 480 f. und in leicht anderem Zusammenhang BÖCKLI (FN 5), § 13, N 129.

²⁰ Darin sieht BÖCKLI (FN 5), § 13, N 129 f. ein Argument gegen die Stimmrechtsvertretung innerhalb des Verwaltungsrates, nicht hingegen WEBER (FN 9), 125.

Ein Ausdruck dieser Pflichten, insbesondere der Wichtigkeit von divergierenden Ansichten, findet sich beispielsweise an folgenden Orten:

- Art. 713 Abs. 3 OR bestimmt, dass «über die *Verhandlungen* und Beschlüsse» ein Protokoll zu führen ist;
- Im Übernahmerecht hat der Verwaltungsrat in seinem Bericht zur Übernahmeofferte nicht nur seine Empfehlung an die Aktionäre zur Annahme oder Ablehnung des Angebots kundzutun, sondern sämtliche *Elemente* anzugeben, welche zur entsprechenden Stellungnahme geführt haben.²¹ Zwar dient diese Vorschrift nicht der Entscheidungsfindung im Verwaltungsrat, sondern derjenigen der Aktionäre, zeigen aber die Wichtigkeit der verschiedenen Argumente deutlich.

Wird eine *Mitwirkungspflicht* in diesem Sinne bejaht, bedeutet dies für das einzelne Verwaltungsratsmitglied:

- die Pflicht, sich anhand der zugestellten Unterlagen und ihm zugänglicher Informationen auf die Sitzung *vorzubereiten*;
- die Pflicht, falls die zugestellten Unterlagen ungenügend sind (oder zu kurzfristig geliefert werden), sofort – und sicher auch pro futuro – für *Abhilfe zu sorgen*;
- die Pflicht, an der *Sitzung teilzunehmen*, am Besten physisch und, falls notwendig, mittels Einwählen am Telefon oder per Videokonferenz, wobei dies praktisch nur dann funktioniert, wenn im Sitzungszimmer eine Anlage installiert ist, bei der man alle Anwesenden am Telefon auch hört;
- Falls Letzteres nicht machbar ist, die *Pflicht, ein anderes Verwaltungsratsmitglied zu instruieren*, damit dieses die Meinung des Abwesenden vorbringt und in dessen Sinne stimmt;²²
- die Pflicht, *nachzufragen*, wenn der Antrag, oder die Voten von Verwaltungsratskollegen *unklar* sind;
- die Pflicht, seine *Meinung kundzutun*, dies wenigstens dann, wenn sich abzeichnet, dass der Beschluss in eine Richtung gehen könnte, die dem betreffenden Verwaltungsratsmitglied nicht richtig scheint;
- die Pflicht, *abzustimmen und seine abweichende Meinung (und die Gründe dafür) zu Protokoll zu geben*, was in letzter Konsequenz auch heisst, dass die in der Praxis recht beliebte Stimmenthaltung (im Sinne eines höflichen Neins) sicher nicht entlasten kann;²³

- die Pflicht, ein *Wiedererwägen zu verlangen*, wenn (a) weitere, noch nicht behandelte Elemente auftauchen, (b) Anzeichen bestehen, dass die Argumente nicht verstanden wurden, oder (c) Argumente, z.B. weil die Telefonlinie zusammengebrochen ist, gar nicht vorgebracht werden konnten;
- damit verbunden die Pflicht, sich nach einem Entschluss in Abwesenheit umgehend zu *erkundigen und*, bei Bedarf *raschmöglichst Wiedererwägung zu verlangen* (Zuwarten auf Protokoll genügt nicht, um dieser Pflicht Genüge zu tun);
- die Pflicht, ein *Ausstandsgesuch* nicht leichtthin zu stellen (resp. auf Seiten des Verwaltungsrates oder des Präsidenten, ein solches nicht ungeprüft anzunehmen);
- die Pflicht des sich im Ausstand Befindenden, soweit dies nicht durch Vertraulichkeitsverpflichtung ausgeschlossen ist, bei der *Beratung mitzuwirken* und die Argumente ebenfalls vorzubringen;
- die Pflicht, zurückzutreten, falls sich abzeichnet, dass der Mitwirkungspflicht länger nicht nachgelebt werden kann.

Anzumerken ist, dass die so verstandene umfassende Mitwirkungspflicht nicht nur im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre, sondern im Interesse auch der (anderen) Verwaltungsratsmitglieder liegt, denn die Mitwirkung aller Mitglieder sollte (a) bessere Entscheidungen garantieren und (b) die Haftung besser (und auf alle Köpfe) verteilen (und damit auch den «Regresspool» vergrössern), indem sich kein Mitglied mit Argumenten wie «Abwesenheit», «Krankheit», «Ausstand» aus der Verantwortung stehlen kann.

2. Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht im Allgemeinen

Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht führt in der Regel *per se* nicht zu einer Haftung - hingegen kann sich bei einem haftungsbegründenden Beschluss das Mitglied, das seine Mitwirkungspflicht verletzt hat, nicht darauf berufen, keine Pflicht verletzt zu haben, da es dem falschen Beschluss gar nicht zugestimmt habe.

Im Einzelfall ist auch denkbar, dass eine direkte Haftung angenommen werden muss, dies insbesondere dann, wenn relevante Argumente, über die beispielsweise nur das betreffende Mitglied des Verwaltungsrates verfügte, wegen der Verletzung einer Mitwirkungspflicht gar nicht in die Beschlussfassung eingeflossen sind. Hier kann es sogar so sein, dass am Schluss nur dieses betreffende Mitglied haftet.

²¹ Art. 30 ff. UEV. Selbst wenn er sich auf eine Beurteilung von Experten stützt, entbindet ihn dies nicht von einer entsprechenden eigenen Stellungnahme. Anzugeben ist übrigens auch das Stimmenverhältnis.

²² Vgl. Ziff. III.3 zur Frage der Vertretung.

²³ Vgl. Ziff. III.5.

3. Vertretungsmöglichkeit im Verwaltungsrat im Besonderen

Bereits oben²⁴ wurde dargelegt, dass sich die herrschende Lehre gegen die Vertretung im Verwaltungsrat ausspricht. Diese Ansicht macht insoweit Sinn, als es nicht angehen kann, dass man beispielsweise einen Anwalt als Vertreter in eine Sitzung schickt. Diese Haltung ist (wegen des Umstandes, dass das Mandat persönlich erteilt wird) auch gerechtfertigt, wenn ein Mitglied einem anderen Blankovollmacht gibt, und letzteres damit über ein diskretionäres Mehrfachstimmrecht verfügt.

U.E. sprechen aber kaum stichhaltige Gründe gegen eine (nach Studium der Unterlagen) mit konkreten Instruktionen verbundene Bevollmächtigung an einen Verwaltungsratskollegen, evtl. gekoppelt mit der Bitte an diesen Verwaltungsratskollegen, als Vertreter Bedenken gegen einen Antrag vorzubringen; das einzige valable Argument gegen eine so eingegrenzte Vertretung ist dasjenige von BÖCKLI²⁵, wonach diesfalls keine Möglichkeit besteht, das sich vertreten lassende Mitglied umzustimmen. Dieser Nachteil wird aber u.E. bei Weitem aufgewogen durch die Verbesserung der Entscheidungsbasis, die entsteht, wenn ein abwesender Verwaltungsrat seine Argumente durch einen gleichgesinnten Kollegen vorbringen lässt, der dann auch noch zwei Stimmen in die Waagschale werfen kann (und die beiden können ja, gleiche Meinung vorausgesetzt, übereinkommen, dass - wenn sich der anwesende Kollege umstimmen lässt - dies auch für den Vertretenden zu gelten habe).

Selbst wenn man die hier vertretene Ansicht nicht teilt, muss gestützt auf die Mitwirkungspflicht gelten, dass das abwesende Mitglied (typischerweise über den Verwaltungsratspräsidenten) dem Gremium seine Meinung kundtun können muss. Vom Präsidenten ist diesfalls zu erwarten, dass er die so übermittelte Meinung fair vorträgt.

4. Spezialfall Ausstand

Zu fragen ist auch, wie weit die Mitwirkungspflicht des Verwaltungsratsmitgliedes geht, wenn es aufgrund eines Interessenkonflikts in den Ausstand treten will oder muss.

Die Ausstandspflicht findet sich nicht ausdrücklich im Gesetz²⁶, lässt sich aber aus der Treuepflicht von Art. 717 OR ableiten, wobei es nach Lehre auch klar ist, dass der Ausstand nicht in jedem Fall das geeignete Mittel ist, die Gesellschaftsinteressen zu wahren.²⁷ Oft fin-

den sich Regeln in den Organisationsreglementen, die manchmal etwas vorschnell Ausschluss von Beratung und Beschlussfassung vorsehen, auch wenn nur der Anschein eines Konfliktes besteht.

Ein Ausschluss von Beratung und Beschlussfassung in einem Ausstandsfall geht u.E. zu weit²⁸ und es ist auch nicht einsichtig, weshalb die Argumente des sich im Konflikt befindlichen Verwaltungsratsmitgliedes nicht relevant sein sollten: Soweit die anderen Mitglieder den Konflikt kennen, werden sie fähig sein, diese Argumente einzuordnen, bzw. sie als durch den Konflikt beeinflusst erkennen. Vorbehalten werden muss allenfalls die Konstellation, in welcher ein Mitglied durch eine (gesetzliche oder vertragliche) Vertraulichkeitsverpflichtung Dritten gegenüber verhindert ist teilzunehmen oder es (z.B. weil es auch für die Gegenseite tätig ist oder dort Interessen hat) von den das Geschäft betreffenden Informationen ausgeschlossen werden muss - aber auch dann kann an sich problemlos eine Beratungsform gefunden werden, mit welcher dieses Mitglied nur für das Vorbringen seiner Argumente zugelassen wird. Wichtig ist die Mitwirkung des Betroffenen insbesondere dann, wenn er möglicherweise Argumente kennt, die den zu treffenden Entscheid in eine andere Richtung beeinflussen könnten, als das der Konflikt indizieren würde: Als Beispiel diene der eingangs geschilderte Fall des Verwaltungsratspräsidenten, der die Übernahme der «eigenen» Gesellschaft «einfädelt», sich dann aber in den Ausstand begibt, weil er (a) selber viele Aktien hält und (b) vom Übernehmer die Aussicht erhalten hat, weiter (und zu besseren Konditionen) in der Zielgesellschaft tätig sein zu dürfen. Der Ausstand in der Beschlussfassung ist hier angezeigt, aber es ist nicht einzusehen, weshalb die übrigen Verwaltungsratsmitglieder die Argumente des Präsidenten nicht einmal hören sollten und weshalb der Präsident im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht nicht auch darlegen müsste, welche Überlegungen gegen eine Übernahme oder gegen die Übernahme durch diesen Erwerber sprechen.

U.E. sollte der Ausstand damit grundsätzlich nur die Beschlussfassung beschlagen, und nur in wenigen Ausnahmefällen - wie bei Vertraulichkeit - auch die Beratung. Muss ein Mitglied bei der Beratung (von verschiedenen Geschäften) mehrfach in den Ausstand, so müssen sich der Verwaltungsrat wie auch das betreffende Mitglied wohl die Frage stellen, ob das Mitglied als Verwaltungsrat (noch) geeignet ist.

²⁴ Vgl. Ziff. II.

²⁵ BÖCKLI (FN 5), § 13, N 129.

²⁶ Eine Aufnahme ins Gesetz ist im Rahmen der Aktienrechtsrevision vorgesehen, vgl. Art. 717a E-OR.

²⁷ Differenzierend und ausführlich dazu BÖCKLI (FN 5), § 13, N 633 ff.

²⁸ Differenzierend auch HOMBURGER (FN 3), N 899 zu Art. 717; BÖCKLI (FN 5), § 13, N 653; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 8), § 28, N 31 ff. Vgl. auch für das Übernahmerecht ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, Going Private, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich/Basel/Genf 2010, 23 f. und DIESELBEN zur doppelten Beschlussfassung in diesem Zusammenhang in: Die «richtige» Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich/Basel/Genf 2006, 75 ff., speziell 77.

5. Und die Stimmenthaltung?

Gestützt auf den Wortlaut von Art. 713 Abs. 1, der sich auf die «abgegebenen» Stimmen bezieht, gehen Lehre und Praxis ohne Weiteres davon aus, dass es zulässig ist, dass ein Verwaltungsrat sich seiner Stimme enthält. Das mag so sein (auch wenn Organisationsreglemente, welche die hier vertretene Mitwirkungspflicht ernst nehmen, allenfalls ein Verbot dieser höflichen Art des Neinsagens stipulieren sollten²⁹) – wenn aber nach hier vertretener Ansicht sich auch der Verwaltungsrat, der «Nein» stimmt, verantwortlich machen kann, wenn er sich nicht für sein Votum einsetzt, muss das umso mehr für denjenigen gelten, der sich keine klare Meinung bilden will oder sich scheut, diese zum Ausdruck zu bringen.

IV. Anwendung auf praktische Fallgestaltungen

Abschliessend soll am eingangs erwähnten Beispiel eines ohne genügend Reserven beschlossenen Aktienrückkaufs (der kombiniert mit einem kurz darauf einbrechenden Geschäft zu Liquiditätsproblemen und endlich zum Konkurs führt) dargelegt werden, welche nicht zustimmenden Verwaltungsratsmitglieder sich nicht exkulpieren können:

- Verwaltungsrat A, der sich auf den Beschluss nicht vorbereitete, der Diskussion nicht recht folgen kann und sich auch nicht traut, Fragen zu stellen, da er nach eigener Ansicht von juristischen und buchhalterischen Fragen wenig versteht und sich der Stimme enthält;
- Verwaltungsrat B, dem es ähnlich geht wie Verwaltungsrat A, der aber nein stimmt, weil er generell gegen Aktienrückkäufe ist und Dividenden vorzieht (dies aber nicht äussert);
- Verwaltungsrat C, der wegen einer anderen Sitzung gar nicht erscheint und sich weder vor noch nach der Sitzung äussert bzw. erkündigt und allenfalls äussert;
- Verwaltungsrätin D, die von ihrem Arbeitgeber in den Verwaltungsrat entsandt wurde und bei diesem nach ihrer Niederkunft 6 Monate Urlaub erhalten hat und damit der Ansicht ist, sie müsse auch nicht an den Verwaltungsratssitzungen teilnehmen;
- Verwaltungsrat E, der nach einem Skiunfall mit einem eingegipsten Bein im Bett liegt und nicht daran denkt, zu versuchen, sich telefonisch in die Sitzung einzuwählen und auch später nichts unternimmt;

- Verwaltungsrat F, der erklärt hat, er trete in den Ausstand, weil er selber über eine von ihm kontrollierte Gesellschaft auch Aktien an die Gesellschaft verkaufen will.

Der Leser mag sich fragen, wie denn in einem solchen Fall überhaupt ein Entscheid zustande kommen könnte. Eine Stimme im Sinne von Art. 713 Abs. 1 OR abgegeben hat nur das Verwaltungsratsmitglied B, die übrigen haben sich entweder enthalten oder sind an der Sitzung gar nicht anwesend gewesen. In concreto müssen noch Mitglieder G und H für den (im Übrigen hier als haftungsbegründend angenommenen) Beschluss gestimmt haben,³⁰ denn sonst wäre er gar nicht zustande gekommen. Haftbar werden in diesem Beispielfall u.E. alle acht Mitglieder.

²⁹ Auch im Interesse der stimmenden Verwaltungsratsmitglieder, vgl. zum Argument des «Regresspools» Ziff. III.1. a.E., wobei ja aber nach der hier vertretenen Meinung auch der sich der Stimme Enthaltende haftet.

³⁰ Angenommen wird hier, dass das dispositive gesetzliche Anwesenheitsquorum gilt und das Organisationsreglement keine (anderslautenden) Regeln enthält.