

# Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat

Herausgegeben von  
HOLGER FLEISCHER  
SUSANNE KALSS  
und HANS-UELI VOGT

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

140

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

140

Herausgegeben vom  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:  
Holger Fleischer und Ralf Michaels





# Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat

Elftes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium,  
Hamburg, 2.–3. Juni 2022

Herausgegeben von

Holger Fleischer, Susanne Kalss und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

*Holger Fleischer* ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

*Susanne Kalss* ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

*Hans-Ueli Vogt* ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-162492-6 / eISBN 978-3-16-163218-1

DOI 10.1628/978-3-16-163218-1

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Der vorliegende Band geht auf ein Symposium am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht im Juni 2022 zurück. Er dokumentiert die Referate und Diskussionen des elften Jahrestreffens von Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtlern aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Wir danken allen Vortragenden sehr herzlich, die mit ihren kenntnisreichen Vorträgen maßgeblich zum Gelingen der Veranstaltung beigetragen haben. Ein weiterer Dank gebührt am Max-Planck-Institut Ina Freisleben für die Überarbeitung der Manuskripte und Anja Rosenthal für die Erstellung der Druckvorlage.

Hamburg, Wien und Zürich  
im August 2023

*Holger Fleischer*  
*Susanne Kalss*  
*Hans-Ueli Vogt*



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
<i>Daniel M. Häusermann</i> Monismus, Dualismus und Entscheidungsqualität – Eine schweizerische Perspektive.....	1
<i>Jan Lieder</i> Das dualistische Modell .....	17
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	57
<i>Eberhard Vetter</i> Ausschussbildung und interne Organisation .....	59
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	103
<i>Markus Dellinger</i> Zusammensetzung des Aufsichtsrats unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter .....	105
<i>Markus Roth</i> Zusammensetzung der Gremien: Qualifikation und Diversität.....	123
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	159
<i>Sixtus-Ferdinand Kraus</i> Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern .....	161
<i>Andreas Bohrer</i> Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern – Betrachtungen aus schweizerischer Sicht .....	191
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	211

<i>Christoph H. Seibt</i>	
15 Thesen zur Binnen- und Außenkommunikation des Aufsichtsrats .....	213
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	231
<i>Susanne Kalss</i>	
Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats .....	233
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	257
<i>Johannes Wertenbruch</i>	
Beschlussmängel bei Aufsichtsratsbeschlüssen .....	259
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	273
<i>Martin Auer</i>	
Beirat – Aufgaben und Grenzen .....	275
Diskussion ( <i>Holger Fleischer</i> ).....	287
Autorenverzeichnis.....	289

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AE	Anteilseignervertreter
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft, Arbeitsgruppe
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
ähnl.	ähnlich
AK	Arbeitskreis
AktG	Aktiengesetz
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz
allg.	allgemein
amtlBegr.	amtliche Begründung
AN	Arbeitnehmer
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AR	Aufsichtsrat
ArbN	Arbeitnehmervertreter
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
AReG	Abschlussprüfungsreformgesetz
Art.	Artikel
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
ARV	Aufsichtsratsvorsitzender
ASX	Australian Securities Exchange
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BeckOGK	Beck-online Großkommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung

Begr.	Begründung
BegrRegE	Begründung Regierungsentwurf
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHG	Bundshaushaltsgesetz
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts
BJR	Business Judgment Rule
BlgStenProtHH	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses des Reichsrats
BlgStenProtNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BörseG	Börsegesetz
BR	Bundesrat
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BuA	Bericht und Antrag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWG	Bankwesengesetz
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CEDAW	Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
ch.	chapter
COM	Europäische Kommission
COVID 19	Coronavirus SARS-CoV-2
CSR	Corporate Social Responsibility
CTO	Chief Technology Officer
d. h.	das heißt
dAktG	deutsches Aktiengesetz
dAktG-E	Entwurf des deutschen Aktiengesetzes
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
dBGBI.	deutsches Bundesgesetzblatt
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
dens.	denselben
ders.	derselbe
dGmbHG	deutsches GmbH-Gesetz
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch

dies.	dieselbe/n
dIO	deutsche Insolvenzordnung
Disk.	Diskussion
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
Dt.	Deutschland
DTR	Disclosure Guidance and Transparency Rules
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWP	Department for Work and Pensions
E-OR	Entwurf Obligationenrecht
E-SCBP	Entwurf des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance
e. V.	eingetragener Verein
EC	European Community
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECLE	The European Company Law Experts Group
EG	Europäische Gemeinschaft
eGen	eingetragene Genossenschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EIGE	European Institute for Gender Equality
Einl.	Einleitung
Empf.	Empfehlung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
erg.	ergänzend
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
Erw.	Erwägung
ESG	Environment, Social, Governance
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EY	Ernst & Young
f./ff.	folgende
FCA	Financial Conduct Authority
FidAR	Frauen in die Aufsichtsräte e. V.
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel
FISG	Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität
FMA	Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fußnote
FRC	Financial Reporting Council

FS	Festschrift
FTSE 100	Financial Times Stock Exchange 100
FüPoG I	Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst
FüPoG II	Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst
G20	Gruppe der Zwanzig
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GemK-MitbestG	Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz
GenG	Genossenschaftsgesetz
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRÄG	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GL	Geschäftsleitung
gl. M.	gleicher Meinung
GLJ	German Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GO	Geschäftsordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
grdl.	grundlegend
GRI	Global Reporting Initiative
Großkomm	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. A.	herrschende Ansicht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
HdB.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Human Resources
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis

i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ICGN	International Corporate Governance Network
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
insbes.	insbesondere
IPO	Initial Public Offering, Börsengang
IR	Investor Relations
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
ISS	Institutional Shareholder Services
JAB	Justizausschussbericht
JBl	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
Kap.	Kapitel
KfH	Kammer für Handelssachen
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KölnKomm	Kölner Kommentar
KonTraG	Gesetz zur Transparenz und Kontrolle im Unternehmensbereich
krit.	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz
leg. cit.	legis citatae
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
liPGR	liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht
lit.	littera
Lit.	Literatur
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MAR	Marktmissbrauchsverordnung
MDAX	Mid-Cap-DAX
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestGespr	Mitbestimmungsgespräch
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
Mrd.	Milliarde/n
MünchHdbAG	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4: Aktiengesellschaft
MünchKomm	Münchener Kommentar
N	Note
n. F.	neue Fassung
Nachw.	Nachweis

NASDAQ	National Association of Securities Dealers Automated Quotation System
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NomA	Nominierungsausschuss
Nr.	Nummer
NV	niederländische Aktiengesellschaft
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw.	Nachweis(e)
NYSE	New York Stock Exchange
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ö. h. L.	österreichische herrschende Lehre
öAktG	österreichisches Aktiengesetz
ÖBA	BankArchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (Österreich)
ÖCGK	Österreichischer Corporate Governance Kodex
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof
OGK	Online Großkommentar
öGmbHG	österreichisches GmbH-Gesetz
OHG	Offene Handelsgesellschaft
öIO	österreichische Insolvenzordnung
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
PDG	président directeur général
PersVA	Personal-/Vergütungsausschuss
Pkt.	Punkt
PrüfA	Prüfungsausschuss
R	Report
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	(Österreichisches) Recht der Wirtschaft
RegBegr.	Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs
RegE	Regierungsentwurf
Rep.	Repositorium
revOR	revidiertes Obligationenrecht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichs-Gesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes (Österreich)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen

S.	Seite
S&P 500	Standard & Poor's 500 Index
SCBP	Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SDAX	Small-Cap-DAX
SE	Societas Europaea
SEC	Securities Exchange Commission
SER	Social and Economic Council of the Netherlands
SMI20	Swiss Market Index 20
sog.	sogenannte
SpalG	Spaltungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StrInvA	Strategie-/Investitionsausschuss
stv. ARV	stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität
u.	und
u. a.	unter anderem
UEK	schweizerische Übernahmekommission
UEV	Verordnung der Übernahmekommission
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UK	Vereinigtes Königreich
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfech- tungsrechts
unstr.	unstrittig
Unterabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	von/vom
v. a.	vor allem
VCI	Verband der Chemischen Industrie
VerfG	Verfassungsgericht
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
Vorb.	Vorbemerkung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VorstOG	Gesetz über die Offenlegung von Vorstandsvergütungen
VR	Verwaltungsrat, Verwaltungsrundschau
VUCA	Volatility, Uncertainty, Complexity, Ambiguity
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfDR	Zeitschrift für Digitalisierung und Recht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfS	Zeitschrift für Stiftungswesen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht

# Monismus, Dualismus und Entscheidungsqualität

## Eine schweizerische Perspektive

*Daniel M. Häusermann*

I.	Einleitung.....	1
II.	Viele Realtypen der AG.....	2
III.	Gesetzliche Regelung der Spitzenverfassung.....	3
	1. Dispositiver Monismus.....	3
	2. Wer bestimmt das Führungsmodell?.....	4
	3. Vielfalt der Führungsmodelle.....	5
IV.	Das Pflichtengefüge bei der Ausgestaltung der Führungsorganisation.....	7
	1. Organisationsfreiheit und Organisationsverantwortung.....	7
	2. Sorgfaltspflicht und Business Judgment Rule.....	8
	3. Business Judgment Rule als Konkretisierung der Sorgfaltspflicht.....	9
V.	Anforderungen an die Ausgestaltung der Führungsorganisation.....	10
	1. Anforderungen auf mehreren Ebenen.....	10
	2. Entscheidung über das Führungsmodell.....	11
	3. Anforderungen an den Delegationsakt.....	12
	4. Anforderungen im laufenden Betrieb.....	13
	5. Charakter der „unübertragbaren“ Führungs- und Organisationsaufgaben des Verwaltungsrats.....	14
VI.	Ergebnis: Entscheidungsqualität als gemeinsames Ziel der Führungsorganisation und Sorgfaltspflicht.....	16

## I. Einleitung

Das Schweizer Obligationenrecht (OR)<sup>1</sup> lässt den Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR bei der Ausgestaltung ihrer Führungsorganisation große Freiheit. Da die Aktiengesellschaft (AG) in der Schweiz zudem traditionell für ganz verschiedene Zwecke eingesetzt wird, ist das Schweizer Aktienrecht zum Labor verschiedener Organisationsformen geworden.

Vor diesem Hintergrund möchte der vorliegende Beitrag einen bestimmten Aspekt der Führungsorganisation ausleuchten, und zwar das Zusammenspiel zwischen Führungsorganisation, Sorgfaltspflicht der Organe und Entscheidungsqua-

---

<sup>1</sup> Dieser Aufsatz und die hierin enthaltenen Zitate beziehen sich, wo nicht anders vermerkt, auf das per 1. Januar 2023 in Kraft getretene revidierte Aktienrecht (Bundesgesetz vom 19. Juni 2020 [Aktienrecht], AS 2020 4005; 2022 109; BBl. 2017 399).

lität. Konkret sollen die Anforderungen an die Ausgestaltung der Führungsorganisation durch den Verwaltungsrat herausgearbeitet werden, wobei gleichzeitig zu zeigen sein wird, dass sowohl die Sorgfaltspflicht als auch die – trotz großer Organisationsfreiheit vorhandenen – gesetzlichen Vorschriften zur Führungsorganisation darauf abzielen, eine angemessene Qualität der Entscheidungen der Organe zu gewährleisten (nachfolgend V. und VI.). Zuvor sind jedoch die Rechtsrealien und die gesetzliche Regelung rund um die Spitzenverfassung der AG zu umreißen (nachfolgend II.–IV.).

## II. Viele Realtypen der AG

Peter Forstmoser bezeichnete die Rechtsform der AG nach Art. 620 ff. OR vor zwei Jahrzehnten als „Mädchen für alles“ des schweizerischen Gesellschaftsrechts.<sup>2</sup> In der Tat hat die AG einen sehr breiten Anwendungsbereich:<sup>3</sup>

- Die meisten Publikumsgesellschaften haben die Rechtsform der AG. Dabei handelt es sich nicht nur um börsennotierte Gesellschaften, sondern auch um Gesellschaften mit großem Aktionärskreis – teilweise tausende von Aktionären –, deren Beteiligungspapiere nicht börsennotiert sind, sondern über multilaterale Handelssysteme oder *over-the-counter* gehandelt werden.
- Die meisten Holdinggesellschaften – also Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht<sup>4</sup> – haben die Form der AG.
- Tochtergesellschaften schweizerischer oder ausländischer Konzerne sind in der Regel ebenfalls als AG gegründet; lediglich Tochtergesellschaften US-amerikanischer Konzerne haben aus steuerlichen Gründen meist die Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).
- Große und kleine Familienunternehmen sind in der Regel ebenfalls Aktiengesellschaften. So gibt es in der Schweiz über 500 AGs mit dem Namen Müller in der Firma, über 400 mit dem Namen Schmid und über 300 mit dem Namen Meier.<sup>5</sup>
- Die AG ist die beliebteste Rechtsform für Joint Ventures mit eigenem Rechtskleid. Die am Joint Venture beteiligten Unternehmen regeln dabei ihre Beziehungen unter anderem in einem Aktionärbindungsvertrag betreffend die Joint-Venture-Gesellschaft.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Forstmoser, ZGR 2003, 688, 691.

<sup>3</sup> Siehe Daeniker/Häusermann, in: Homburger AG, Swiss Corporation Law, 2022, S. 3 f.

<sup>4</sup> Art. 671 Abs. 3 OR.

<sup>5</sup> Gemäß Zentralem Firmenindex, abrufbar unter <<http://www.zefix.ch>> (20.2.2023).

<sup>6</sup> Zur schweizerischen Rechtspraxis betreffend inkorporierte Joint Ventures siehe etwa Gericke/Dalla Torre, in: Kunz/Jörg/Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, 2012, S. 21 ff.

- Auch Start-ups werden in der Regel als AG gegründet. Die GmbH stößt hier u. a. deswegen an Grenzen, weil die Gesellschafter einer GmbH ins Handelsregister einzutragen sind,<sup>7</sup> was viele Investoren nicht wünschen.
- Manche natürlichen Personen in der Schweiz halten eine Ein-Personen-AG, darunter Gewerbetreibende, aber auch vermögende Privatpersonen, welche Vermögenswerte über eine sogenannte *ego company* oder *personal holding company* halten.
- Nicht zuletzt erlaubt das Gesetz auch nicht gewinnstrebige Aktiengesellschaften.<sup>8</sup> Solche existieren zu Hunderten. Oft handelt es sich dabei um Unternehmen der Daseinsvorsorge in Staatsbesitz, z. B. Energieversorger oder öffentliche Krankenhäuser.

Alle diese Realtypen der AG konnten nur entstehen, weil das schweizerische Aktienrecht flexibel genug ist, um von den betreffenden Unternehmen als Rechtskleid genutzt zu werden, insbesondere mit Blick auf die Spitzenverfassung.<sup>9</sup>

### III. Gesetzliche Regelung der Spitzenverfassung

#### 1. Dispositiver Monismus

Die Spitzenverfassung der schweizerischen AG ist von Gesetzes wegen monistisch ausgestaltet.<sup>10</sup> Eine quasi-dualistische Ausgestaltung ist möglich, aber begrenzt durch die unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 OR).

Art. 716 Abs. 2 OR hält als dispositive Regelung den Monismus fest:

„Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat.“

Dem Verwaltungsrat ist es verwehrt, sämtliche Kompetenzen zu übertragen. In Art. 716 Abs. 2 OR ist bloß, aber immerhin, von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft die Rede. Dagegen hat der Verwaltungsrat eine Reihe von unübertragbaren und im Übrigen auch unentziehbaren<sup>11</sup> Aufgaben, von denen die meis-

<sup>7</sup> Art. 791 OR.

<sup>8</sup> Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR *e contrario*.

<sup>9</sup> Siehe *Forstmoser*, ZGR 2003, 688, 693; *Forstmoser*, Organisation und Organisations-element der Aktiengesellschaft, 2011, § 2 N 21.

<sup>10</sup> Dazu und zum Folgenden etwa *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N 532 und N 540 f.; *Bühler*, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 716 OR N 10 ff. und Art. 716b N 9 ff.; *von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 1465 f. und Rn. 1468; *Forstmoser*, ZGR 2003, 688, 694 ff.; *Roth Pellanda*, Organisation des Verwaltungsrates, 2008, Rn. 143 ff. Relativierend *Böckli*, a. a. O., § 13 N 518 f. und N 540 ff., der darauf hinweist, dass das Aktienrecht im Bereich der Spitzenverfassung vollständig auf Delegation eingestellt ist.

<sup>11</sup> Auf die Unentziehbarkeit dieser Kompetenzen wird im Folgenden nicht eingegangen. Für eine Kritik siehe *Häusermann*, SZW 2014, 255 ff., und *Häusermann*, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, 2015, S. 182 ff.

ten in Art. 716a Abs. 1 OR festgehalten sind. Unübertragbar sind insbesondere die wichtigsten Führungs- und Organisationsaufgaben. Dazu gehören die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR), die Festlegung der Organisation (Ziff. 2), die finanzielle Führung (Ziff. 3) sowie die Ernennung und Abberufung der und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Ziff. 4 und 5).<sup>12</sup> Der Verkehr mit der Generalversammlung (Ziff. 6 und 8) sowie die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung und die Konkursanmeldung (Ziff. 7) können ebenfalls nicht delegiert werden.

## 2. Wer bestimmt das Führungsmodell?

Seit dem 1. Januar 2023 bestimmt der Verwaltungsrat das Führungsmodell der Gesellschaft, soweit die Statuten nichts anderes vorschreiben (Art. 716b Abs. 1 OR).<sup>13</sup> Die Statuten können somit bestimmte Führungsmodelle – etwa ein monistisches oder ein dualistisches – ausschließen oder anordnen.<sup>14</sup>

Der Verwaltungsrat darf die Geschäftsführung nur delegieren, indem er ein Organisationsreglement erlässt, welches die Geschäftsführung ordnet, die hierfür erforderlichen Stellen bestimmt, deren Aufgaben umschreibt und insbesondere die Berichterstattung regelt (Art. 716b Abs. 1 und 3 OR). Nach der Rechtsprechung genügt es jedoch, wenn diese Inhaltsanforderungen an die Delegation in einem schriftlichen oder protokollierten Verwaltungsratsbeschluss festgehalten sind (*substance over form*).<sup>15</sup>

Obschon nach der gesetzlichen Regelung vordergründig der Verwaltungsrat das Führungsmodell bestimmt, hat die Generalversammlung als nominell oberstes Gesellschaftsorgan (Art. 698 Abs. 1 OR) dabei ein gewichtiges Wort mitzureden. So wird der Verwaltungsrat von der Generalversammlung gewählt; bei börsennotierten Gesellschaften muss die Wahl jährlich erfolgen (Art. 701 Abs. 1 OR). Die Generalversammlung hat es somit zumindest theoretisch in der Hand, exekutiv tätige Verwaltungsräte nicht zu wählen.<sup>16</sup> Außerdem kann die Generalversammlung, wenn sie mit dem vom Verwaltungsrat gewählten Führungsmodell nicht einverstanden ist, bisherige Verwaltungsratsmitglieder abwählen oder ihnen

<sup>12</sup> Nur der Verwaltungsrat darf auch Zeichnungsberechtigte ernennen und abberufen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR), was in der Unternehmenspraxis zu viel bürokratischem Aufwand führt.

<sup>13</sup> Nach vorherigem Recht durfte der Verwaltungsrat die Geschäftsführung nur delegieren, wenn die Statuten ihn hierzu ermächtigten (Art. 716b Abs. 1 OR i. d. F. vom 4. Oktober 1991). Praktisch alle bestehenden AGs haben eine entsprechende Delegationsklausel in den Statuten. Siehe schon *Forstmoser*, ZGR 2003, 688, 704 f.

<sup>14</sup> Der zulässige Umfang der statutarischen Gestaltungsmöglichkeiten ist umstritten. Dazu *Bühler* (Fn. 10), Art. 716 OR N 8; *Roth Pellanda* (Fn. 10), Rn. 498 f. Vgl. auch BGE 137 III 503 E. 4.2 (2011).

<sup>15</sup> BGE 137 III 503 E. 3.4 (2011).

<sup>16</sup> Umgekehrt ist es der Generalversammlung verwehrt, ein exekutiv tätiges Verwaltungsratsmitglied von seinem Exekutivamt (aber nicht als Verwaltungsrat) abzurufen, da diese Kompetenz unentziehbar dem Verwaltungsrat zusteht (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR).

zumindest mit einem schlechten Wahlergebnis einen Denkkzettel verpassen. Bei Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat tritt hier allerdings das Problem des kollektiven Handelns der Aktionäre auf, welches diese daran hindern kann, ihre Präferenzen durchzusetzen.<sup>17</sup> Umgekehrt entscheidet in beherrschten Gesellschaften – und diese sind auch unter den börsennotierten Gesellschaften recht zahlreich – grundsätzlich der beherrschende Aktionär über das Führungsmodell.

### 3. Vielfalt der Führungsmodelle

Wie erläutert, herrscht in der Schweiz auf der Ebene von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung weitgehende Delegationsfreiheit, d. h. der Verwaltungsrat kann die Geschäftsführung grundsätzlich frei delegieren.<sup>18</sup> Diese von vielen Autoren hoch gelobte Flexibilität<sup>19</sup> macht das Schweizer Aktienrecht zum Labor verschiedener Organisationsformen. Insbesondere lassen sich viele Führungsmodelle verwirklichen, die in anderen Ländern verbreitet sind:<sup>20</sup>

Einmal gibt es das *dualistische Modell*. Dieses wird häufig als quasi-dualistisches Modell bezeichnet, da der Verwaltungsrat sich seiner Geschäftsführungskompetenz nicht komplett entledigen kann, sondern die Delegation jederzeit zurücknehmen und auch im Einzelfall Geschäftsführungsentscheidungen treffen kann.<sup>21</sup> Das in Deutschland und Österreich streng und im Vereinigten Königreich ähnlich wie in der Schweiz verwirklichte dualistische Modell ist das Führungsmodell der meisten größeren Schweizer Publikumsgesellschaften.<sup>22</sup> Bei Banken und Finanzmarktinfrastrukturen ist dieses Modell sogar aufsichtsrechtlich vorgeschrieben.<sup>23</sup> Innerhalb des dualistischen Modells kann das Organisationsreglement die Geschäftsführung entweder an den Vorsitzenden der Geschäftsleitung

---

<sup>17</sup> Dazu Häusermann, Gestaltungsfreiheit (Fn. 11), S. 72 ff. m. w. H.

<sup>18</sup> Von Delegationsfreiheit in diesem Sinne sprechen etwa Isler/Schott, in: Isler/Sethe, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, 2016, S. 42. Eine andere Ausprägung der Delegationsfreiheit, nämlich die Freiheit der Generalversammlung, dem Verwaltungsrat Kompetenzen frei zu delegieren (oder auch nicht), besteht im Schweizer Aktienrecht hingegen nicht. Siehe die Kritik in Häusermann, Gestaltungsfreiheit (Fn. 11), S. 239 ff. Zur auch normativen Abgrenzung dieser beiden Delegationsfreiheiten a. a. O., 307 f.

<sup>19</sup> Siehe etwa Böckli (Fn. 10), § 13 N 531 f.; Forstmoser, ZGR 2003, 688, 693; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 16 N 584 ff.; weitere Nachweise bei Häusermann, Gestaltungsfreiheit (Fn. 11), S. 326.

<sup>20</sup> Dazu und zum Folgenden etwa Böckli (Fn. 10), § 13 N 532 ff.; von der Crone (Fn. 10), Rn. 1465 ff.; Forstmoser, ZGR 2003, 688, 698 ff. und 705 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (Fn. 19), § 16 N 586.

<sup>21</sup> Wie Böckli es ausdrückt: „Delegation ist, obwohl dies immer wieder missverstanden wird, nicht ein Abschieben, sondern eine Art der Ausübung von Entscheidungsmacht.“ Böckli (Fn. 10), § 13 N 435.

<sup>22</sup> Für einen ausführlichen Vergleich des schweizerischen Modells der Spitzenverfassung mit dem deutschen Aufsichtsratsmodell Böckli (Fn. 10), § 13 N 896 ff.

<sup>23</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. a Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG), SR 952.0; Art. 8 Abs. 2 Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (FinfraG) vom 19. Juni 2015, SR 958.1.

(Chief Executive Officer, CEO) delegieren, wobei dieser zu Subdelegation an die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung ermächtigt ist, oder aber die Geschäftsführung wird an die Geschäftsleitung als Gremium unter der Leitung des CEO delegiert.

Das französische Modell des *président directeur général* (PDG), bei dem der PDG gleichzeitig Verwaltungsratspräsident und Vorsitzender der Geschäftsleitung ist, ist in Publikumsgesellschaften selten geworden. Der im Februar 2023 überarbeitete Swiss Code of Best Practice empfiehlt denn auch eine Trennung dieser Ämter:

- „– Der Verwaltungsrat wirkt darauf hin, dass sein Präsidium und der Vorsitz der Geschäftsleitung zwei verschiedenen Personen anvertraut werden („Doppelspitze“).
- Entschliesst sich der Verwaltungsrat aus unternehmensspezifischen Gründen, z. B. weil die Konstellation der verfügbaren Personen es nahelegt, zur Personalunion oder wechselt die/der bisherige Vorsitzende der Geschäftsleitung in den Verwaltungsrat, um dessen Präsidium zu übernehmen, so sorgt der Verwaltungsrat für angemessene Kontrollen. Er bestimmt zur Erfüllung dieser Aufgabe ein nicht exekutives, erfahrenes Mitglied („lead independent director“). [...]“<sup>24</sup>

In der Schweiz war das Modell des *Verwaltungsrats-Delegierten* lange das dominierende Führungsmodell. Dabei ist der Vorsitzende der Geschäftsleitung zwar Mitglied, aber nicht Präsident des Verwaltungsrats. Der Titel „Generaldirektor und Delegierter des Verwaltungsrats“ war lange *die* Spitzenposition, die man in einem Schweizer Unternehmen erreichen konnte.

Eine Minderheit der Publikumsgesellschaften hat sich für ein Führungsmodell entschieden, das den gegenwärtigen Gepflogenheiten im US-amerikanischen *board of directors* entspricht und bei dem der CEO und allenfalls ein oder zwei weitere Geschäftsleitungsmitglieder im Verwaltungsrat Einsitz nehmen. Die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung gehören dem Verwaltungsrat jedoch nicht an. Dieses Modell ist insbesondere gebräuchlich bei gründergeführten Gesellschaften, und zwar auch noch nach einem Börsengang (IPO).

Das *monistische* Modell, in dem der Verwaltungsrat die Geschäfte selbst führt, dominiert in kleinen Verhältnissen. Auch in Konzerntochtergesellschaften ist der Verwaltungsrat häufig mit Führungskräften aus der Linie besetzt. Im Einzelfall können diese jedoch in der betreffenden Gesellschaft auch nicht exekutiv tätig sein, womit konzernintern ein quasi-dualistisches Modell verwirklicht wird.

Schließlich ist es zulässig, dass eine AG einen *einzigsten Verwaltungsrat* hat (Art. 707 Abs. 1 OR). Dies ist vor allem bei Ein-Personen-Gesellschaften der Fall.

---

<sup>24</sup> *Economiesuisse*, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP), 2023, abrufbar unter <[https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/publications/swisscode\\_d\\_web.pdf](https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/publications/swisscode_d_web.pdf)> (20.2.2023), Ziff. 18.

## IV. Das Pflichtengefüge bei der Ausgestaltung der Führungsorganisation

### 1. Organisationsfreiheit und Organisationsverantwortung<sup>25</sup>

Es ist ein ethischer Gemeinplatz, dass Freiheit verantwortungsvoll ausgeübt werden soll. Mit der Organisationsfreiheit, die das schweizerische Aktienrecht in hohem Maße gewährt, kommt somit eine entsprechende Organisationsverantwortung.<sup>26</sup>

Der Verwaltungsrat hat nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR die unübertragbare Aufgabe, die Unternehmensorganisation festzulegen. In Bezug auf die Organisation der obersten Führung wird diese Pflicht konkretisiert vom Mindestinhalt des Organisationsreglements (Art. 716b Abs. 3 OR). Demnach hat der Verwaltungsrat die Geschäftsführung zu ordnen und die hierfür erforderlichen Stellen zu bestimmen, deren Aufgaben zu umschreiben und insbesondere die Berichterstattung zu regeln. Die Organisationspflicht ergibt sich auch aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats.<sup>27</sup>

„Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.“ (Art. 717 Abs. 1 OR)

Verwaltungsratsmitglieder und andere Organpersonen, die ihre Sorgfalts- und Treuepflicht oder andere aktienrechtliche Pflichten verletzen, haften nach Art. 754 Abs. 1 OR für den dadurch verursachten Schaden. Art. 754 Abs. 2 OR sieht jedoch ein Haftungsprivileg bei befugter Delegation vor:

„Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.“

„Befugt“ ist die Delegation, wenn sie rechts- und statutenkonform ist und insbesondere ein rechtsgenügendes Organisationsreglement vorliegt.<sup>28</sup> Ist diese Voraussetzung erfüllt, kann sich ein Verwaltungsratsmitglied dadurch exkulpieren, dass es die drei *curae* erfüllt hat, nämlich die *cura in eligendo, instruendo et custodiendo*.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Vgl. die Überschrift bei *von der Crone* (Fn. 10), Rn. 1312 „Organisationsfreiheit und Verantwortung“.

<sup>26</sup> Am deutlichsten *Böckli* (Fn. 10), § 13 N 318; *von der Crone* (Fn. 10), Rn. 1313.

<sup>27</sup> Statt vieler *Böckli* (Fn. 10), § 13 N 565; *Forstmoser*, Organisation und Organisationsreglement (Fn. 9), § 4 N 4; *Roth Pellanda* (Fn. 10), Rn. 493 und Rn. 710 f. m. w. H. Eingehend zur Haftung für mangelhafte Organisation *Roth Pellanda* (Fn. 10), Rn. 714 ff.

<sup>28</sup> Siehe *Gericke/Waller*, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2015, Art. 754 N 37; *von der Crone* (Fn. 10), Rn. 1913; eingehend *Böckli* (Fn. 10), § 18 N 120 ff.; *Isler/Schott*, in: FS von der Crone, 2017, S. 223 ff.

<sup>29</sup> BGE 122 III 195 E. 3a (1996).

Die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung nach Art. 754 Abs. 2 OR wird in der Lehre teilweise angezweifelt.<sup>30</sup> Dies findet in der Rechtsprechung insofern eine Bestätigung, als dem Schreibenden kein Urteil des Bundesgerichts bekannt ist, in dem eine Haftung gestützt auf Art. 754 Abs. 2 OR verneint wurde. Vielmehr verneinten die Gerichte in jenen Fällen, in denen sich ein beklagtes Organ auf diese Bestimmung berief, mindestens eine ihrer Anwendungsvoraussetzungen. Namentlich ordnete das Bundesgericht die fragliche Überwachungsaufgabe den undelegierbaren Kompetenzen zu<sup>31</sup> oder es erachtete eine oder mehrere der drei Sorgfaltspflichten als verletzt<sup>32</sup>. In manchen Fällen wurde die Delegation als ungültig erachtet, da ein rechtsgenügendes Organisationsreglement fehlte.<sup>33</sup> In Fällen der Konkursverschleppung – dem bedeutendsten Anwendungsfall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – ist Art. 754 Abs. 2 OR von vornherein nicht anwendbar, denn die rechtzeitige Konkursanmeldung ist eine unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats.<sup>34</sup>

Gerade weil die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung nach Art. 754 Abs. 2 OR nicht gesichert ist, ist die Sorgfaltspflicht bei der Ausgestaltung der Führungsorganisation für die Verwaltungsräte zumal größerer Unternehmen von erheblicher Bedeutung.

## 2. *Sorgfaltspflicht und Business Judgment Rule*

Um die Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) bei der Ausgestaltung der Führungsorganisation konkretisieren zu können, bedarf vorgängig der Inhalt dieser Sorgfaltspflicht der Klärung. Das Bundesgericht wendet in ständiger Rechtsprechung einen objektiven Sorgfaltsmaßstab an und umschreibt diesen wie folgt:

„Für die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft aufzuwenden hat, gilt ein objektiver Massstab. [...] Das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds wird [...] mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann. Die Sorgfalt richtet sich nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat mithin eine ex-ante-Betrachtung stattzufinden.“<sup>35</sup>

Das Bundesgericht führte 2012 eine schweizerische Version der Business Judgment Rule (BJR) ein, wendet diese seither in ständiger Rechtsprechung an und

<sup>30</sup> Böckli, SJZ 2010, 1, 5 f.; Böckli (Fn. 10), § 18 N 140 m. w. H.; von der Crone (Fn. 10), Rn. 1914; Isler/Schott, in: FS von der Crone, 2017, S. 227.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_2020/2020 vom 15. Juni 2020, E. 4.3.2.

<sup>32</sup> BGE 122 III 195 E. 3 (1996) (vorliegend Verletzung der *cura in eligendo et custodiendo*).

<sup>33</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 7; 4A\_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.

<sup>34</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR; siehe u. a. Urteil des Bundesgerichts 4A\_84/2013 vom 7. August 2013, E. 2.5.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_268/2018 vom 18. November 2019, E. 6.5.1 (Zitate weglassen).

hat sie zwischenzeitlich teilweise auch konkretisiert. Die Formel des Bundesgerichts lautet – mit nur wenig Variation von *Entscheid zu Entscheid* – wie folgt:

„Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind.“<sup>36</sup>

Die Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule schweizerischer Prägung sind somit:

- „*Geschäftsentscheid*“: Das Bundesgericht legt den Begriff des Geschäftsentscheids tendenziell eng aus. Keine Geschäftsentscheide sind u. a. Entscheidungen im Bereich der Kontroll- und Organisationsaufgaben des Verwaltungsrats<sup>37</sup> sowie Unterlassungen<sup>38</sup>.
- *Einwandfreier Entscheidungsprozess*: Diese Voraussetzung gliedert sich in drei Elemente, nämlich die Abwesenheit unbehandelter Interessenkonflikte<sup>39</sup>, eine angemessene Informationsbasis sowie ein einwandfreier Entscheidungsprozess generell. Die Anforderungen an den Entscheidungsprozess und die Informationsbasis sind wenig geklärt.<sup>40</sup>

Die Rechtsfolge der Business Judgment Rule liegt darin, dass die Gerichte den Geschäftsentscheid lediglich auf seine Vertretbarkeit hin prüfen (*sanity check*).<sup>41</sup>

### 3. *Business Judgment Rule als Konkretisierung der Sorgfaltspflicht*

Dass sich die schweizerischen Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen, ist zu begrüßen.<sup>42</sup> Trotzdem gibt die gegenwärtige Judikatur Anlass zu Kritik, da sie das Wesen der Sorgfaltspflicht verkennt. Die in der Business Judgment Rule formulierten Anforderungen an die Entscheidungsfindung sind bei Lichte betrachtet eine Definition sorgfältigen und getreuen Handelns.<sup>43</sup> M. a. W. entsprechen die als Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule formulierten Anforderungen an die Entscheidungsfindung dem materiellen Inhalt der Sorgfaltspflicht. Deshalb ist es nicht denkbar, dass eine Organperson ihre Sorgfaltspflicht verletzt, wenn die Entscheidungsfin-

<sup>36</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_259/2016, 4A\_267/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 5.1 (Zitate weggelassen). Dieses unpublizierte (!) Bundesgerichtsurteil ist der *leading case* bezüglich der BJR.

<sup>37</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019, E. 3.

<sup>38</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.

<sup>39</sup> Diese Voraussetzung ist selbstverständlich, da ein Organ, das sich bei einer Entscheidung von einem Interessenkonflikt leiten lässt, seine Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) verletzt.

<sup>40</sup> Dazu *Gericke/Häusermann/Waller*, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 6. Aufl. im Erscheinen 2022, Art. 754 N 31m ff.

<sup>41</sup> Siehe den Nachweis in Fn. 36; ebenso etwa Urteile des Bundesgerichts 4A\_603/2014 vom 11. November 2015, E. 7.1.1; 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1.

<sup>42</sup> In der Lehre hat der letzte Kritiker der Business Judgment Rule, *Kunz*, im Jahr 2014 seinen Widerstand gegen die BJR aufgegeben. *Kunz*, SZW 2014, 274, 279.

<sup>43</sup> *Gericke/Häusermann/Waller* (Fn. 40), Art. 754 N 31b; im Ansatz auch – aber kritisch – *Böckli* (Fn. 10), § 13 N 583.

dung selbst nicht fehlerhaft war und somit die Voraussetzungen der Business Judgment Rule erfüllt sind.<sup>44</sup> Dieser Zusammenhang wird von der Rechtsprechung nicht erkannt. Im Ergebnis ist sie jedoch nicht weit davon entfernt. Namentlich ist dem Schreibenden kein Urteil bekannt, in dem die Business Judgment Rule zwar angewandt wurde, der Geschäftsentscheid aber trotzdem als unvertretbar angesehen und deswegen eine Sorgfaltspflicht bejaht wurde.

Aus demselben Grund ist die Unterscheidung zwischen Geschäfts- und anderen Entscheiden entbehrlich.<sup>45</sup> Entspricht schon die zweite Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule (einwandfreier Entscheidungsprozess) dem Inhalt der Sorgfaltspflicht, erübrigt es sich, mit dem Geschäftsentscheid eine weitere Anwendungsvoraussetzung einzuführen. Vielmehr sollten sich die Gerichte bei der Beurteilung von Entscheidungen der Organe überall dort zurückhalten, wo die Organe einen Beurteilungsspielraum haben. Dies ist in aller Regel der Fall; nur selten besteht kein solcher Spielraum. Im Ergebnis erfüllt die Rechtsprechung dieses Postulat in nicht unerheblichem Maße. Beispielsweise hält sich das Bundesgericht zurück bei der Überprüfung der Entscheidung des Verwaltungsrats, wie eine Vinkulierungsbestimmung anzuwenden ist, obwohl diese Entscheidung klar kein Geschäftsentscheid im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist.<sup>46</sup>

Dass die Voraussetzung des Geschäftsentscheids sinnlos ist, zeigt sich auch in Bezug auf die vorliegende Frage der Führungsorganisation. Der Verwaltungsrat hat zweifellos einen großen Gestaltungsspielraum bei der Gestaltung der Führungsorganisation. Es ist nicht einsichtig, warum die Gerichte, nähme man die Formel zu Business Judgment Rule wörtlich, diese Entscheidungen mit voller Kognition hinterfragen sollten. Die Praxis des Bundesgerichts, dergemäß die Organisationsaufgaben des Verwaltungsrats der Business Judgment Rule nicht unterstehen,<sup>47</sup> ist deswegen abzulehnen.

## V. Anforderungen an die Ausgestaltung der Führungsorganisation

### 1. Anforderungen auf mehreren Ebenen

Zur Führungsorganisation gehört nicht nur – quasi auf oberster Ebene – das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, sondern auch die Arbeitsweise jedes dieser Gremien sowie eine etwaige Weiterdelegation von Aufgaben durch die Geschäftsleitung an Stabsstellen und untere Ebenen der Unternehmenshierarchie. Wird die Sorgfaltspflicht als Gesamtheit der Anforderungen an die

<sup>44</sup> *Gericke/Häusermann/Waller* (Fn. 40), Art. 754 N 31c. Umgekehrt bedeutet eine fehlerhafte Entscheidungsfindung nicht automatisch eine Pflichtverletzung, da eine Entscheidung auch nach einem mangelhaften Entscheidungsprozess als vertretbar erscheinen kann.

<sup>45</sup> Dazu und zum Folgenden *Gericke/Häusermann/Waller* (Fn. 40), Art. 754 N 31j.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 145 III 351 E. 3.2.1 (2019).

<sup>47</sup> Siehe den Nachweis in Fn. 37.

Entscheidungsfindung angesehen, so bedeutet dies für die Ausgestaltung der Führungsorganisation, dass dieses Bündel an Anforderungen auf mehreren Ebenen greift:

- Auf einer ersten Ebene sind diese Anforderungen anwendbar, wenn die Führungsorganisation selbst festgelegt wird. Dazu gehört die grundlegende Entscheidung des Verwaltungsrats, ob er ein monistisches, ein quasi-dualistisches oder ein anderes Modell verwirklichen möchte. Diese und andere grundlegende Entscheidungen müssen selbst in einem einwandfreien Entscheidungsprozess zustande kommen.
- Auf einer zweiten Ebene ist das delegierende Organ – der Verwaltungsrat und gegebenenfalls auch die Geschäftsleitung, der CEO oder der Verwaltungsratsdelegierte<sup>48</sup> – verpflichtet, die Voraussetzungen zu schaffen, dass einerseits dieses Organ selbst und andererseits seine Delegatäre (Delegationsempfänger) ihre Entscheidungen in einem einwandfreien Prozess fällen. Auf oberster Ebene ist der Verwaltungsrat dafür verantwortlich, dass seine eigenen Entscheidungsprozesse einwandfrei sind. Setzt er eine Geschäftsleitung ein, so hat er diese zumindest dazu anzuhalten, ihre eigene Entscheidungsfindung entsprechend zu gestalten (*cura in instruendo*) und die Entscheidungsprozesse der Geschäftsleitung auch angemessen zu überwachen (*cura in custodiendo*).

Losgelöst von diesen Organisationsaufgaben ist jedes Organ dafür verantwortlich, dass seine einzelnen Entscheidungen in einem einwandfreien Prozess zustande kommen.

Die Anforderungen an den Entscheidungsprozess sind somit in gewisser Hinsicht selbstreferenziell: Sie gelten nicht nur im Einzelfall, sondern auch in Bezug auf die Meta-Entscheidungen über die Entscheidungsprozesse selbst. Es ergibt sich ein Spiegelkabinett über die Anforderungen an Entscheidungen und die Entscheidungsfindung, da jede Entscheidung – auch eine Entscheidung über die Ausgestaltung eines Entscheidungsprozesses – das Ende eines Entscheidungsprozesses ist, der den Anforderungen der Sorgfaltspflicht genügen muss.

## 2. Entscheidung über das Führungsmodell

Dem Delegationsakt muss eine Entscheidung über das konkrete Führungsmodell (monistisch, quasi-dualistisch, Zwischenformen) vorausgehen. Diese Entscheidung muss wie jede in einem einwandfreien Entscheidungsprozess erfolgen und im Gesellschaftsinteresse liegen.<sup>49</sup> Analysiert man diese Frage vor dem Hintergrund der Agenturkostentheorie<sup>50</sup>, dürften der Monismus und der Dualismus mit variierenden und unterschiedlichen Kosten verbunden sein.

<sup>48</sup> Zu den verschiedenen Führungsmodellen, die in der Praxis anzutreffen sind, siehe vorne Ziff. III.3.

<sup>49</sup> Siehe vorne Ziff. IV.3.

<sup>50</sup> Die Agenturkostentheorie ist wohl immer noch das vorherrschende Paradigma in der ökonomischen Analyse des Gesellschaftsrechts. Beispielfhaft  *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Kraakman et al., The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 29 ff.; *Roth Pellanda* (Fn. 10), Rn. 76 ff.; *Bühler* (Fn. 10), Vor Art. 707–726 OR N 29; zur Anwendung auf die gesellschaftsinterne Delegation *Häusermann*, *Gestaltungsfreiheit* (Fn. 11), S. 176 f. u. a.; *von der Crone* (Fn. 10), Rn. 1462.

Eine monistische Organisation kann bei nicht komplett eigentümergeführten Unternehmen bedeutende Agenturkosten erzeugen, da die Überwachung und Berichterstattung nicht gewährleistet sein kann, insbesondere wenn die Aktionäre einem Problem kollektiven Handels unterliegen.<sup>51</sup> Offensichtlich ist dies bei Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat, von denen in der Schweiz keine einzige eine monistische Führungsorganisation aufweist. Auch in beherrschten Gesellschaften, die nicht eigentümergeführt sind, scheinen die Kosten einer monistischen Organisation zu groß, als dass diese eine valable Option wäre.

Umgekehrt erzeugt auch ein dualistisches Modell Agentur- und andere Kosten, insbesondere solche, die aus der komplexeren und i. d. R. größeren Organisationsstruktur resultieren (z. B. Honorare nicht exekutiver Verwaltungsratsmitglieder, Informationskosten etc.).<sup>52</sup>

Diese Kosten erklären, warum es in der Schweiz je nach Eigentümer- und Unternehmensstruktur verschiedene Führungsmodelle gibt.

### 3. Anforderungen an den Delegationsakt

Die Anforderungen an den eigentlichen Delegationsakt ergeben sich teilweise aus expliziten Gesetzesvorschriften (namentlich aus Art. 716a und Art. 716b OR) und teilweise aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht der Organe (Art. 717 Abs. 1 OR), sind aber insgesamt gesetzlich wenig geregelt<sup>53</sup>.

Der Delegationsakt sollte Kompetenzen klar zuweisen, getreu der aus dem Militär stammenden Maxime „Verantwortung ist unteilbar“<sup>54</sup>. Gesetz und Rechtsprechung verlangen zumindest indirekt eine solche klare Kompetenzzuweisung, indem die Delegation schriftlich festzuhalten ist.<sup>55</sup> Im Übrigen erleichtert eine klare Kompetenzzuweisung die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit, insbesondere wenn einer Organperson eine pflichtwidrige Unterlassung vorgeworfen wird.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Statt vieler *Böckli* (Fn. 10), § 13 N 547.

<sup>52</sup> Vgl. *Böckli* (Fn. 10), § 13 N 550;  *Armour et al.* (Fn. 50), S. 50 f.; für Beispiele aus der betriebswirtschaftlichen Forschung siehe die Nachweise in *Häusermann*, Gestaltungsfreiheit (Fn. 11), S. 294 f.

<sup>53</sup> Dies hat im Vergleich zu einer detaillierten und zwingenden gesetzlichen Regelung große Vorteile. Detaillierte Anforderungen werden kaum auf jede Situation passen, d. h. es besteht die Gefahr eines Regulierungsversagens. Dazu generell *Häusermann*, Gestaltungsfreiheit (Fn. 11), S. 39 ff. Zudem bergen detaillierte Vorschriften die Gefahr, dass Entscheidungsträger sich davon entbunden fühlen, sich selbst über die konkret beste Lösung Gedanken zu machen („box ticking“).

<sup>54</sup> Siehe z. B. Art. 12 Abs. 2 Dienstreglement der Armee vom 22. Juni 1994 (SR 510.107.0): „Bei der Vorbereitung seiner Entschlüsse kann der Vorgesetzte Unterstellte beiziehen. Die Entschlüsse verantwortet er indessen allein.“ Zu diesem Grundsatz siehe auch  *vom Hagen*, *Homo militaris*, 2012, S. 145. Die Maxime wurde in der zivilen Führungsliteratur rezipiert. Siehe etwa *Ackeret*, *Das Blocher-Prinzip: Ein Führungsbuch*, 9. Aufl. Juli 2021, S. 117.

<sup>55</sup> Art. 716b OR; siehe auch vorne bei Fn. 15.

<sup>56</sup> Dies deswegen, weil Unterlassungen nur dann pflichtwidrig sind, wenn eine spezifische Pflicht zum Handeln besteht. Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A\_268/2018 vom 18. Novem-

Aus Art. 716b Abs. 3 OR ergibt sich, dass im Delegationsakt auch die Berichterstattung zu regeln ist.

Der Verwaltungsrat wird sich im Delegationsakt das Recht vorbehalten wollen, über wichtige Geschäfte (sog. Vorbehaltsgeschäfte) selbst zu entscheiden.<sup>57</sup> In der Praxis behalten die Organisationsreglemente dem Verwaltungsrat regelmäßig nicht nur die unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR vor, sondern auch bedeutende Geschäftsentscheidungen. Häufig sind diese Kompetenzvorbehalte an betragsmäßige Schwellen geknüpft: z. B. müssen Verträge ab einem bestimmten Volumen oder nicht budgetierte Ausgaben ab einer bestimmten Höhe dem Verwaltungsrat vorgelegt werden. Da sich der Verwaltungsrat durch eine Delegation überdies seiner Kompetenzen nicht entäußern kann,<sup>58</sup> ist er jederzeit in der Lage, die Delegation rückgängig zu machen oder in einem Einzelfall in die Kompetenzen des Delegatars einzugreifen.<sup>59</sup>

Weiter sind die Organe wie erwähnt verpflichtet, die Voraussetzungen zu schaffen, dass sie selbst bzw. ihre Delegatäre die Anforderungen an die einwandfreie Entscheidungsfindung einhalten.<sup>60</sup> Dazu gehört auch eine Regelung des Vorgehens bei Interessenskonflikten, zumal dieses im Gesetz nur rudimentär geregelt ist.<sup>61</sup>

Bei alledem haben die Organe einen großen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum. Zudem bedeutet nicht jede Abweichung von einer (wie auch immer definierten) *best practice* eine Pflichtverletzung.<sup>62</sup> Die gesetzlichen Pflichten, auch die Sorgfaltspflicht, sind lediglich ein rechtliches Minimum, und es ist rechtspolitisch erwünscht, dass Unternehmen sich auch in Bezug auf die Entscheidungsfindung qualitativ differenzieren können, was Unternehmen mit besserer Entscheidungsfindung die Chance eröffnet, wirtschaftlich erfolgreicher zu sein als andere Unternehmen.

#### 4. Anforderungen im laufenden Betrieb

Die Sorgfaltspflicht in Bezug auf die gelebte Führungsorganisation im Unternehmensalltag ist im Gesetz nur indirekt geregelt. Spuren davon finden sich im Haf-

---

ber 2019, E. 6.1 m. w. H. War die betreffende Organperson gemäß interner Kompetenzordnung nicht zuständig, so ist ein Unterlassen auch nicht pflichtwidrig.

<sup>57</sup> Dazu und zum Folgenden etwa *Böckli* (Fn. 10), § 13 N 437 f.; *Bühler* (Fn. 10), Art. 716b OR N 22 f.; *Forstmoser*, Organisation und Organisationsreglement (Fn. 9), § 18 N 19 ff. Siehe auch das Muster-Organisationsreglement bei *Forstmoser*, Organisation und Organisationsreglement (Fn. 9), Anhang III, Ziff. 2.4.3.

<sup>58</sup> Statt vieler *Watter/Roth Pellanda*, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2015, Art. 716b N 2.

<sup>59</sup> Teilweise wird dies in Organisationsreglementen ausdrücklich festgehalten. Siehe *Forstmoser*, Organisation und Organisationsreglement (Fn. 9), § 18 N 28.

<sup>60</sup> Siehe vorne Ziff. V.1.

<sup>61</sup> Siehe Art. 717a OR sowie den Beitrag von *Bohrer*, in diesem Band S. 191.

<sup>62</sup> *Böckli* (Fn. 10), § 14 N 371; ähnlich im Zusammenhang mit dem Swiss Code of Best Practice *Bühler* (Fn. 10), Art. 717 OR N 41. Weniger zurückhaltend *Hofstetter*, in: FS Forstmoser, 2003, S. 304.

tungsprivileg bei befugter Delegation, welches nur besteht, wenn die *cura in eligendo, instruendo et custodiendo* erfüllt ist (Art. 754 Abs. 2 OR).

Von Bedeutung ist hier insbesondere die *cura in custodiendo*, die eigentlich eine Ausprägung der Sorgfaltspflicht ist.<sup>63</sup> Es ist zumindest eine *best practice*, dass der Verwaltungsrat die Zweckmäßigkeit der Führungsorganisation und der Delegation regelmäßig überprüft. Jedes Organ, gegenüber dem Bericht erstattet wird, sollte zudem die Qualität der Berichterstattung überprüfen und wo notwendig Verbesserungen herbeiführen. Schließlich sollten die Organe auch die von ihnen verantworteten Entscheidungsprozesse regelmäßig überprüfen.

Auch hier gilt das zuvor Gesagte, dass die gesetzliche Sorgfaltspflicht ein Minimum ist und nicht mit einer *best practice* gleichgesetzt werden darf.<sup>64</sup>

### 5. Charakter der „unübertragbaren“ Führungs- und Organisationsaufgaben des Verwaltungsrats

Art. 716a Abs. 1 OR stipuliert vordergründig ein Delegationsverbot in Bezug auf die Oberleitung der Gesellschaft, die grundlegenden Führungs- und Organisationsaufgaben des Verwaltungsrats und einige andere Aufgaben.<sup>65</sup> Delegiert der Verwaltungsrat solche Aufgaben trotzdem und verletzt er damit das Delegationsverbot, löst dies eine Haftung für Handlungen der Delegatäre aus, wie wenn der Verwaltungsrat selbst gehandelt hätte.<sup>66</sup>

Eine wörtliche Auslegung der unübertragbaren Führungs- und Organisationsaufgaben des Verwaltungsrats<sup>67</sup> als Delegationsverbote – mit der unausgesprochenen Konsequenz, dass alle anderen Aufgaben ohne Weiteres delegiert werden dürfen – ist jedoch aus vielen Gründen problematisch.<sup>68</sup>

Erstens ist der Übergang von der formell nicht delegierbaren Oberleitung zur delegierbaren Geschäftsführung fließend, und niemand weiß, wo im Einzelfall die Grenze liegt.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> Im allgemeinen Haftpflichtrecht ist dies selbstverständlich. Vgl. statt vieler *Roberto*, Haftpflichtrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 08.16. Im Aktienrecht wird dieser Charakter der *cura in eligendo* ohne Weiteres deutlich, wenn man fragt, welche Überwachungsaufgaben sich aus dem allgemeinen objektiven Sorgfaltsmaßstab (dazu vorne bei Fn. 35) ableiten lassen.

<sup>64</sup> Siehe vorne Ziff. V.3. a. E.

<sup>65</sup> So die Materialien und die einhellige Lehre. Siehe BBI 1983 II 745, 921; *Bühler* (Fn. 10), Art. 716a OR N 1; *von der Crone* (Fn. 10), Rn. 1405; *Druey/Druey Just/Glanzmann*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. 2021, § 13 N 20; *Forstmoser*, Organisation und Organisationsreglement (Fn. 9), § 8 N 18. Vgl. auch vorne Ziff. III. 1. Zum Begriff des Delegationsverbots, der hier synonym zur Unübertragbarkeit einer Kompetenz verstanden wird, *Häusermann*, Gestaltungsfreiheit (Fn. 11), S. 199.

<sup>66</sup> Art. 754 Abs. 2 OR *e contrario*. Siehe auch vorne Ziff. IV. 1.

<sup>67</sup> Art. 716a Abs. 1, Ziff. 1, 2, 3 und 5 OR.

<sup>68</sup> Kritisch ebenfalls und mit anderer Begründung *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 65), § 13 N 26.

<sup>69</sup> Siehe etwa *Böckli* (Fn. 10), § 13 N 437, und ihm folgend *Bühler* (Fn. 10), Art. 716a OR N 3, gemäß denen z. B. Investitions- oder Transaktionsentscheide von großer Tragweite aufgrund ihrer Bedeutung der Oberleitung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR zuzuordnen sein können.