

Oliver Kälin\*

## Fehlerhafter Expertenrat – wann haften Verwaltungsratsmitglieder für beigezogene Fachpersonen?

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Bundesgerichtliche Rechtsprechung
  - A. Übersicht
  - B. Zweistufiges Verfahren
  - C. Folgefrage
- III. Beizug einer Fachperson durch den Gesamtverwaltungsrat
  - A. Herrschende Lehre
  - B. Objektivierter Sorgfaltsmassstab und die drei curae
  - C. Haftung der Fachperson
- IV. Beizug einer Fachperson durch das Verwaltungsratsmitglied
  - A. Zu Gunsten der Gesellschaft
  - B. Zu eigenen Gunsten
- V. Mitarbeiter und Verwaltungsratsmitglieder als Fachpersonen
  - A. Geschäftsleitungsmitglieder und Mitarbeiter unterer Hierarchiestufen
  - B. Mitverwaltungsratsmitglieder
- VI. Schlussbetrachtung

### I. Einleitung

Unbestritten soll ein Verwaltungsratsmandat nur übernehmen, wer dieser Aufgabe gewachsen ist. Entsprechend muss das Verwaltungsratsmitglied genügende rechtliche und wirtschaftliche Grundkenntnisse mitbringen.<sup>1</sup> Das Bundesgericht hat bestätigt, dass unsorgfältig handelt, wer ein Verwaltungsratsmandat annimmt, obwohl er die Funktion nicht gewissenhaft ausüben kann.<sup>2</sup>

\* Dr. iur. Oliver Kälin, LL.M., Rechtsanwalt, Kälin Krausz Rechtsanwälte, Zürich.

<sup>1</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 Rz. 39 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 Rz. 14; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 18 ff.; KLAUS HÜTTE, Die Sorgfaltspflicht der Verwaltung und Geschäftsleitung im Lichte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Versuch einer Analyse der schweizerischen Rechtsprechung, ZGR 1986, 1–46, 22; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 716a N 1175, vermutet, dass der Gesetzgeber die Aufgaben in Art. 716a Abs. 1 OR unübertragbar dem Verwaltungsrat zuteilt, um so zu erreichen, dass die Aktionäre Personen in den Verwaltungsrat wählen, welche diese Aufgaben erfüllen können.

<sup>2</sup> BGE 122 III 195 Erw. 3.b «le défendeur V. a, par sa passivité et sa méconnaissance de la société qu'il était censé gérer, manqué fautivement à son devoir de diligence» = Pra 85 (1996) Nr. 208 806.

Selbst wenn ein Verwaltungsratsmitglied über die erforderlichen Grundkenntnisse verfügt, kann die Beurteilung eines einzelnen Geschäfts Sachverstand verlangen, den das Mitglied nicht besitzt. Ein Verwaltungsratsmitglied muss daher nicht nur in der Lage sein, die wesentlichen Geschäfte der Gesellschaft zu verstehen, sondern es muss zudem erkennen, wann Fachpersonen beigezogen sind.<sup>3</sup> Expertenrat kann erforderlich werden bei technischen Fragen eines Produkts, z.B. zu Spezifikationen einer Maschine oder zur Realisierbarkeit eines Bauwerks, aber auch bei juristischen Themen. Dazu gehört beispielsweise die Beurteilung einer zu übernehmenden Gesellschaft,<sup>4</sup> das Begutachten wettbewerbsrechtlicher Konsequenzen eines Verhaltens oder die Anwendung ausländischer Gesetze. In Krisensituationen können die Kenntnisse der Verwaltungsratsmitglieder ebenfalls an Grenzen stossen, etwa wenn es darum geht, die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft einzuschätzen, Krisenursachen zu analysieren oder Finanzpläne zu bewerten.<sup>5</sup>

Bei Experten oder Fachkundigen, die zur Beurteilung einzelner Geschäfte beigezogen werden, handelt es sich um Hilfspersonen, die den Verwaltungsratsmitgliedern bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen (vor allem in Art. 716a Abs. 1 OR festgehaltenen) und gesellschafts-

<sup>3</sup> LUTZ STROHN, Pflichtenmassstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177–184, 180, über die Anforderung an die Fähigkeit eines Geschäftsleiters; JENS-HINRICH BINDER, Mittelbare Einbringung eigener Aktien als Sacheinlage und Informationsgrundlagen von Finanzierungsentscheidungen in Vorstand und Aufsichtsrat, Zugleich Besprechung von BGH ZIP 2011, 2097 (ISION), ZGR 2012, 757–775, 770. Die Schweigepflicht, die für Verwaltungsratsmitglieder aufgrund der gesetzlichen Treuepflicht gilt (PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 Rz. 40), ist beim Beizug von Experten vertraglich auf diese zu überbinden.

<sup>4</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 1), § 13 Rz. 567a; ROLF SETHE, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: ROLF SETHE/PETER R. ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Europa Institut Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014, 165–201, 187 f.

<sup>5</sup> Siehe HARALD HESS, Sanierungshandbuch, 6. Aufl., Köln 2013, Kap. 3 Rz. 257 ff.; FLORIAN JÖRG, Das Mitglied des Verwaltungsrates als Superman? Pflichten und Tipps, in: FLORIAN JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, 279–337, 308.

intern festgelegten Aufgaben helfen.<sup>6</sup> Die Zulässigkeit, Hilfspersonen beizuziehen, ist allgemein anerkannt.<sup>7</sup> Der Verwaltungsrat *muss* sogar Fachpersonen beiziehen, wenn ihm für ein einzelnes Geschäft die notwendigen Kenntnisse fehlen.<sup>8</sup>

Unzulässig bleibt – aufgrund der Höchstpersönlichkeit des Verwaltungsratsmandats<sup>9</sup> – allein die Substitution. Sie bewirkt, dass der Substitut das zu besorgende Geschäft anstelle des Geschäftsherrn ausübt (Art. 398 Abs. 3 OR).

Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, was gilt, wenn der Verwaltungsrat Experten beizieht, die eine unsorgfältige Beurteilung abgeben und der darauf gestützte Entscheid des Verwaltungsrats zu einem Schaden der Gesellschaft führt. Oder anders gefragt: Wann haftet ein Verwaltungsratsmitglied für unsorgfältiges Verhalten einer beigezogenen Fachperson?

## II. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

### A. Übersicht

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist knapp. Nach einem älteren Entscheid exkulpiert die Auskunft einer Fachperson das Verwaltungsratsmitglied nicht und es muss sich den Expertenrat anrechnen lassen. Konkret hat das Bundesgericht einen Einzelverwaltungsrat haften lassen, der sich für ein hochspekulatives Geschäft mit einem grossen Teil des Gesellschaftsvermögens auf Fachkundige verlassen hat.<sup>10</sup> Aus dieser Rechtsprechung wäre zu schliessen, dass das Verwaltungsratsmitglied für seine Entscheide auch dann einstehen muss, wenn es sich seiner ungenügenden Kenntnisse bewusst ist und aus diesem Grund fachkundigen Rat einholt. Diese Regel führte dazu, dass das Verwaltungsratsmitglied für jeden Entscheid, der Spezialkenntnisse erfordert, das Haftungsrisiko trägt.<sup>11</sup>

In einem neueren Urteil, in dem es um die Verantwortlichkeit für die Kosten eines erfolglos geführten Prozesses ging, hat das Bundesgericht entschieden, dass die Verwaltungsratsmitglieder die Prozesschancen «*nötigenfalls unter Beizug eines Rechtsanwalts oder weiterer Fachpersonen*» sorgfältig abzuklären haben.<sup>12</sup> Daraus ist zu schliessen – im Gegensatz zum vorangehenden Entscheid –, dass das Einholen von fachkundigem Rat einem sorgfältigen Verhalten entspricht.

### B. Zweistufiges Verfahren

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Verwaltungsratsmitglieder aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht Fachpersonen beizuziehen haben, für deren Auskunft aber haften, scheint zunächst widersprüchlich. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist indessen ein zweistufiges Verfahren zu entnehmen, wodurch sich der Widerspruch auflöst:

Zur ersten Stufe gehört, dass die Verwaltungsratsmitglieder abklären, ob das betreffende Geschäft im Interesse der Gesellschaft liegt.<sup>13</sup> Diese Abklärungspflicht ergibt sich aus der Treuepflicht, die nach Art. 717 Abs. 1 OR von jedem Verwaltungsratsmitglied verlangt, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Die Mitwirkung des Verwaltungsratsmitglieds an einem Ge-

<sup>6</sup> Wer sich mit der Vorbereitung der Beschlussfassung beschäftigt, indem er technische, kaufmännische oder juristische Grundlagen bereitstellt, ist Hilfsperson und nicht Organ, auch wenn die Vorbereitung durch Fachleute die Entscheidungen des Verwaltungsrats faktisch präjudiziert (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht [FN 3], § 19 Rz. 12, mit Verweis auf BGE 117 II 570 Erw. 3; KRNETA, Praxiskomm. [FN 1], Art. 722 N 2044; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rz. 23.04); siehe JEAN NICOLAS DRUEY, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 1981, 77–87, 78, der vom «Vorkochen» der Entscheide spricht.

<sup>7</sup> Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 3), § 19 Rz. 12; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., SSHW Band 210, Zürich 2001, 102; KRNETA, Praxiskomm. (FN 1), Art. 722 N 2047.

<sup>8</sup> ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997, Art. 717 N 818; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 1), § 13 Rz. 564, Rz. 567a; VON DER CRONE, Aktienrecht (FN 1), § 4 Rz. 239; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012; PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/GIAN ANDRI TÖNDURY, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung, Personal Liability under Swiss Corporate Law, Associated risks and their avoidance, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 345; KRNETA, Praxiskomm. (FN 1), Art. 717 N 1829; BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit (FN 7), 303; URS BERTSCHINGER, Führung und Verantwortung in der Aktiengesellschaft, Aktuelle Fragen und Perspektiven für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, in: Thierry Luterbacher (Hrsg.): Verantwortlichkeits-, Zivilprozess- und Versicherungsrecht (Band 1 «Versicherung in Wissenschaft und Praxis»), Zürich/St. Gallen 2012, 3–48, 9; SETHE, Geschäftsentscheide (FN 4), 187, 190; HÜTTE, ZGR 1986 (FN 1), 22; DRUEY, SAG 1981 (FN 6), 85.

<sup>9</sup> BGE 71 II 277 Erw. 1 279 unten; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 3), § 28 Rz. 18; VON DER CRONE, Aktienrecht (FN 1), § 4 Rz. 238; JÖRG, Mitglied (FN 5), 296.

<sup>10</sup> BGE 99 II 176 Erw. 2.a («Dass er sich auf Fachkundige verlassen haben will, mindert sein Verschulden nicht.»); siehe BGE 114 V 219 Erw. 4.a.

<sup>11</sup> Kritisch auch URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Habil., Zürich 1999, Rz. 206.

<sup>12</sup> BGE 139 III 24 Erw. 3.3; siehe BGE 4A\_267/2008 Erw. 5.1 f., betreffend die Erfolgsaussichten bei Anhebung eines Aberkennungsprozesses.

<sup>13</sup> Dies war nicht der Fall in BGE 139 III 24; siehe ELIAS BISCHOF, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei Beschlüssen auf Grundlage eines Rechtsgutachtens, SJZ 2014, 197–205, 201 f.

schäft, das dem Gesellschaftsinteresse widerspricht, stellt regelmässig eine Verletzung der Treuepflicht und damit ein pflichtwidriges Verhalten dar.<sup>14</sup> Die Treuepflichtverletzung ist durch den Beizug von Fachpersonen nicht zu beheben. Aus diesem Grund konnte der Verwaltungsrat im ersten erwähnten Bundesgerichtsentscheid aus dem fachkundigen Rat über das hochspekulative Geschäft nichts zu seinen Gunsten ableiten. Ein solches Geschäft *widerspricht* dem Gesellschaftsinteresse.

Geht es indessen um ein Geschäft, das dem Gesellschaftsinteresse *nicht widerspricht*, z.B. die Führung eines Prozesses, gehört zur zweiten Stufe, dass jedes Verwaltungsratsmitglied entscheidet, ob seine Fachkenntnisse ihm erlauben, das Geschäft zu beurteilen. Massgebend ist dabei das konkrete Fachwissen eines jeden Verwaltungsratsmitglieds. Ein Jurist kann die Erfolgchancen eines Prozesses eher einschätzen, als z.B. ein Ingenieur, der dafür etwa die Produzierbarkeit eines neuen Motorentyps besser beurteilen kann. Fehlt das Fachwissen, verlangt die Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) den Beizug einer fachkundigen Person. Kommt die fachkundige Person zum Ergebnis, dass das Geschäft der Gesellschaft schadet, was bei einem aussichtslosen Prozess der Fall ist, verstösst das Verwaltungsratsmitglied wiederum gegen die Treuepflicht, wenn es sich trotzdem und ohne triftigen Grund für die Durchführung des Geschäfts einsetzt.

### C. Folgefrage

Von der dargestellten Rechtsprechung nicht beantwortet wird die Frage, was in folgender Konstellation gilt: Ein Verwaltungsratsmitglied zieht für ein Geschäft, das dem Interesse der Gesellschaft entspricht, das verlangte Fachwissen des Verwaltungsratsmitglieds aber übersteigt, eine Fachperson bei. Das Verwaltungsratsmitglied handelt also sorgfältig.

Dann geht die Sache aber schief: Die beigezogene Fachperson beurteilt das Geschäft unsorgfältig und berät das Verwaltungsratsmitglied falsch. Der Entscheid des Verwaltungsratsmitglieds, gestützt auf den falschen Rat, führt in der Folge adäquat kausal zu einem Schaden der Gesellschaft.

<sup>14</sup> So das Bundesgericht in BGE 4A\_15/2013, in dessen Sachverhalt der Verwaltungsrat 92 % des Gesellschaftsvermögens als ungesichertes Darlehen vergab, zu einem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft ihrerseits ein Darlehen zurückzahlen gehabt hätte (Erw. 7.1). Das Bundesgericht trennt indessen die Treuepflicht in Erw. 7.2.2 nicht vollständig von der Sorgfaltspflicht: «Die Vergabe eines Darlehens an eine (hier jedenfalls nicht konzernmässig verbundene) Rechtseinheit ohne gleichzeitige Bestellung einer Kreditsicherheit liegt nicht im Interesse der Gesellschaft und ist sorgfaltswidrig, wenn nicht besondere Umstände dafür sprechen, dass die Wahrung der Gesellschaftsinteressen die Gewährung eines ungesicherten Darlehens nahelegen.»; zur Gewährung eines Darlehens in der Höhe von 9 % der Gesellschaftsaktiven an einen Aktionär siehe ZR 88 (1989) Nr. 65 (Sorgfaltspflichtverletzung verneint).

Die folgenden Ausführungen zeigen, dass das Ergebnis ein anderes ist, je nachdem, ob es sich um eine Fachperson handelt, die der Gesamtverwaltungsrat beizieht oder um eine Fachperson, die von einem einzelnen Verwaltungsratsmitglied beauftragt wird.

## III. Beizug einer Fachperson durch den Gesamtverwaltungsrat

### A. Herrschende Lehre

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die haftungsbeschränkenden drei *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* auch für den Beizug von Hilfspersonen gelten.<sup>15</sup> Die Haftung des Verwaltungsratsmitglieds würde wie bei befugter Delegation der Geschäftsführung nach Art. 754 Abs. 2 OR beschränkt. Das Verwaltungsratsmitglied haftete also nicht, wenn es die Hilfsperson sorgfältig auswählt, instruiert und überwacht. Das Bundesgericht hat diese Auffassung bislang allerdings nicht bestätigt. In der Tat bestehen Zweifel.

Dem Gesetzeswortlaut ist die Anwendung der drei *curae* auf Hilfspersonen nicht zu entnehmen. Art. 716 Abs. 2 OR betrifft allein die Übertragung der Geschäftsführung, nicht auch den Beizug von Hilfspersonen. Ebenso spricht Art. 754 Abs. 2 OR von der Haftungsbeschränkung nur bei der Geschäftsführungsdelegation, Hilfspersonen werden nicht erwähnt.

Art. 55 Abs. 1 OR,<sup>16</sup> der die haftungsbeschränkenden drei *curae* ebenfalls vorsieht, setzt eine ausservertragliche

<sup>15</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 1), § 18 Rz. 403b; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl., Zürich 1987, Rz. 329; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 3), § 30 Rz. 28, § 37 Rz. 39; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 754 N 41; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 11), Rz. 212, Rz. 216; a.M. Botschaft Aktienrecht 1991, BBl 1983 II 850: «Keine Haftungsbefreiung tritt ein, wenn Aufgaben Hilfspersonen zur Erledigung übergeben werden. In solchen Fällen haftet das Organ für die Handlungen der Hilfsperson, ohne sich auf die *cura in eligendo, instruendo* oder *custodiendo* berufen zu können.»; nicht eindeutig BGE 122 III 195 Erw. 3.a: «En cas de délégation valable, l'administrateur ne répond pas personnellement des fautes commises par ses subordonnés, mais uniquement, en principe, de la *cura in eligendo, instruendo et custodiendo*» («subordonnés» wird in Pra 85 [1996] Nr. 208 806 mit *Hilfspersonen* übersetzt, wobei das Bundesgericht möglicherweise weniger weitgehend *geschäftsführende Personen* meint); HÜTTE, ZGR 1986 (FN 1), 25.

<sup>16</sup> Dass Art. 55 Abs. 1 OR im Aktienrecht allgemein Anwendung findet, dürfte unbestritten sein (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht [FN 3], § 21 Rz. 24; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung [FN 11], Rz. 47; KRNETA, Praxiskomm. [FN 1], Art. 722 N 2044; BÄRTSCHLI, Verantwortlichkeit [FN 7], 48 FN 176; siehe BGE 4A\_248/2009 Erw. 7).

che Schädigung voraus.<sup>17</sup> Zieht der Verwaltungsrat im Namen der Gesellschaft eine Fachperson bei, entsteht regelmässig ein Auftragsverhältnis zwischen der Gesellschaft und der Fachperson. Art. 55 Abs. 1 OR als Tatbestand der ausservertraglichen Haftpflicht kommt daher nicht zur Anwendung bzw. könnte nur zur Anwendung gelangen, wenn die Fachperson durch ihr Verhalten einen nicht vertraglich beteiligten Dritten schädigt.<sup>18</sup>

Im Ergebnis ist die direkte Anwendbarkeit der drei curae den Bestimmungen Art. 754 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 1 OR nicht zu entnehmen. Es stellt sich indes die Frage, ob ein Verwaltungsratsmitglied überhaupt widerrechtlich handelt, wenn es auf einen beigezogenen Experten hört. Wenn nicht, würde eine Haftungsvoraussetzung fehlen und das Verwaltungsratsmitglied könnte nicht verantwortlich werden.

## B. Objektivierter Sorgfaltsmassstab und die drei curae

Ob das Verwaltungsratsmitglied auf die Auskunft der beigezogenen Fachperson abstellen darf, ist anhand des in Art. 717 Abs. 1 OR verankerten objektivierten Sorgfaltsmassstabs<sup>19</sup> zu beantworten. Die Frage lautet: Hätte sich ein vernünftiges Verwaltungsratsmitglied auf die Auskunft der Fachperson ebenfalls verlassen? Die schweizerische und vor allem die deutsche Lehre haben dazu drei Voraussetzungen entwickelt:

(1) Die Fachperson muss zwei Anforderungen erfüllen: Sie muss fachlich befähigt sein und darf keine Interessenkonflikte aufweisen.<sup>20</sup> (2) Das Verwaltungsratsmitglied

muss der Fachperson alle notwendigen Informationen zur Verfügung stellen, d.h. den Sachverhalt zutreffend und vollständig schildern.<sup>21</sup> (3) Das Verwaltungsratsmitglied hat den Rat der Fachperson auf Plausibilität zu prüfen.<sup>22</sup>

Ein Vergleich dieser Voraussetzungen mit den drei curae zeigt eine inhaltliche Übereinstimmung: Die Überprüfung der Eigenschaften der Fachperson entspricht der cura in eligendo, die verlangt, dass der Geschäftsherr die Hilfsperson sorgfältig auswählt.<sup>23</sup> Die Notwendigkeit der vollständigen Information der Fachperson entspricht der cura in instruendo, wonach die Hilfsperson sorgfältig angewiesen werden muss.<sup>24</sup> Die Plausibilitätsüberprüfung der fachlichen Beurteilung entspricht schliesslich der cura in custodiendo, die eine sorgfältige Überwachung der Handlungen der Hilfsperson verlangt.<sup>25</sup>

Somit gelten die drei curae, obwohl weder aus Art. 55 Abs. 1 noch aus Art. 754 Abs. 2 OR anwendbar, im Ergebnis trotzdem für den Beizug einer Fachperson. Sind die drei Voraussetzungen erfüllt, d.h. ist die beigezogene Fachperson befähigt und frei von Interessenkonflikten, wurde sie genügend instruiert und hat der Verwaltungsrat den Rat auf Plausibilität geprüft, haben sich die Verwaltungsratsmitglieder sorgfältig verhalten. Führt die Beratung der Fachperson dennoch adäquat kausal zu einem Schaden der Gesellschaft, fehlt es für einen Verantwortlichkeitsanspruch an der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit (und regelmässig auch am Verschulden)<sup>26</sup>. Das Fehlen der Widerrechtlichkeit führt zum Wegfall der Haftung der Verwaltungsratsmitglieder.

## C. Haftung der Fachperson

Beauftragt der Gesamtverwaltungsrat eine Fachperson, kommt regelmässig ein Auftragsverhältnis zwischen der Fachperson und der Gesellschaft zu Stande. Die Fach-

<sup>17</sup> KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil, Erster Teilband, Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987, § 20 Rz. 25; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, Rz. 966.

<sup>18</sup> A.M. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 11), Rz. 45 ff., Rz. 48 f., der sich für eine modifizierte Anwendung von Art. 55 OR auf unternehmensleitende, natürliche Personen ausspricht, die faktisch als Betriebsinhaber (bzw. Geschäftsherr) erscheinen (und nicht nur die Gesellschaft Geschäftsherrin ist). Dieses Verständnis führt dazu, dass den Verwaltungsratsmitgliedern für von Hilfspersonen verursachte Schäden der Sorgfaltsbeweis offensteht (sofern ein Verwaltungsratsmitglied aus Art. 55 OR belangt wird, wobei BERTSCHINGER, Arbeitsteilung [FN 11], Rz. 49, eine Parallele zu Art. 52 AHVG zieht [als Art. 52 Abs. 2 AHVG noch nicht in Kraft war, BBl 2011 560 f.]).

<sup>19</sup> Zum objektivierten Sorgfaltsmassstab: BGE 139 III 24 Erw. 3.2; BGE 122 III 195 Erw. 3.a = Pra 85 (1996) Nr. 208 806; BGE 113 II 52 Erw. 3.a.

<sup>20</sup> BGH, NZG 2011, 1273, Rdn. 18; VICTORIA ANNA BERGER, Vorstandshaftung und Beratung, Ision-Kriterien, unternehmerische Entscheide und Legal Judgment Rule, Diss., Schriften zum Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht, Band 53, Baden-Baden 2015, 161 ff, 217 ff.; STROHN, CCZ 2013 (FN 3), 180, zur fachlichen Qualifikation 181, zur Unabhängigkeit 181 ff.; HOLGER FLEISCHER, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121–125, 122 f.; CHRISTOPHER HAHN/DANIEL NAUMANN, Organhaftung trotz sachverständiger Beratung – Entscheidungskonflikte zwischen dem «Gebot des sichersten Weges» und unternehmeri-

scher Wagnis, CCZ 2013, 156–164, 160; zurückhaltend betreffend die Voraussetzung der Unabhängigkeit BINDER, ZGR 2012 (FN 3), 770 f.

<sup>21</sup> BERGER, Vorstandshaftung (FN 20), 155 ff.; STROHN, CCZ 2013 (FN 3), 183; BINDER, ZGR 2012 (FN 3), 771; FLEISCHER, NZG 2010 (FN 20), 124; HAHN/NAUMANN, CCZ 2013 (FN 20), 161 f.

<sup>22</sup> SETHE, Geschäftsentscheide (FN 4), 198, mit Verweis auf ZR 78 (1979) Nr. 134; BISCHOF, SJZ 2014 (FN 13), 205; dazu BGH vom 20. September 2011, Aktenzeichen II ZR 234/09, Erw. II.1.d.bb, Rdn. 18 = NZG 2011, 1271 ff., 1273; BERGER, Vorstandshaftung (FN 20), 243 ff.; BINDER, ZGR 2012 (FN 3), 770, 771 f.; FLEISCHER, NZG 2010 (FN 20), 124; HAHN/NAUMANN, CCZ 2013 (FN 20), 162 f.; für den Vorstand und die Aufsichtsratsmitglieder gelten die gleichen Massstäbe (BINDER, ZGR 2012 [FN 3], 773).

<sup>23</sup> Siehe HOMBURGER, ZK OR (FN 8), Art. 717 N 815; WATTER/ROTH PELLANDA, BasK OR II (FN 8), Art. 716a N 21.

<sup>24</sup> Siehe BÖCKLI, Aktienrecht (FN 1), § 18 Rz. 118a; REY, Haftpflichtrecht (FN 17), Rz. 930.

<sup>25</sup> Siehe WATTER/ROTH PELLANDA, BasK OR II (FN 8), Art. 716a N 23; REY, Haftpflichtrecht (FN 17), Rz. 932.

<sup>26</sup> FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Persönliche Haftung (FN 8), Rz. 152 f.

person haftet der Gesellschaft aus diesem Verhältnis für unsorgfältige Beratung nach Art. 398 Abs. 2 OR.

#### IV. Beizug einer Fachperson durch das Verwaltungsratsmitglied

Zieht ein Verwaltungsratsmitglied eine eigene Fachperson bei, die somit in keinem Auftragsverhältnis zur Gesellschaft steht, stellt sich die Frage, ob sich das Mitglied eine unsorgfältige Beurteilung der Fachperson anrechnen lassen muss.<sup>27</sup> Dazu sind zwei Fälle zu unterscheiden: Im ersten Fall (A) zieht das Verwaltungsratsmitglied auf eigene Kosten eine Fachperson bei, mit dem Auftrag, den Gesamtverwaltungsrat zu beraten. Im zweiten Fall (B) zieht das Verwaltungsratsmitglied für sich selbst eine Fachperson bei.

##### A. Zu Gunsten der Gesellschaft

Beauftragt ein Verwaltungsratsmitglied auf eigene Kosten eine Fachperson, um die Gesellschaft zu beraten, liegt in aller Regel ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter vor (Art. 112 OR).<sup>28</sup> Die Gesellschaft als begünstigte Dritte<sup>29</sup> hat bei unsorgfältiger Beratung im Schadensfall einen Haftpflichtanspruch gegen die Fachperson (Art. 112 Abs. 2 OR).<sup>30</sup> Damit entspricht die Situation, in der ein Verwaltungsratsmitglied zugunsten der Gesellschaft eine Fachperson zuzieht, der vorne dargestellten Situation, in der die Fachperson vom Gesamtverwaltungsrat beigezogen wird.

##### B. Zu eigenen Gunsten

Zieht ein Verwaltungsratsmitglied eine eigene Fachperson bei, haftet diese der Gesellschaft für unsorgfältige Beratung des Verwaltungsratsmitglieds nicht aus Vertrag: Sie steht – anders als die vom Gesamtverwaltungs-

rat beigezogene Fachperson – in keinem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft. Auch ein Vertrag zu Gunsten Dritter ist nicht ohne weiteres anzunehmen. Aus Delikt haften würde die Fachperson nur bei der Verletzung eines absolut geschützten Rechts der Gesellschaft oder im Fall eines (wohl stets vorliegenden) reinen Vermögensschadens<sup>31</sup>, wenn sie gegen eine Schutznorm verstösst.<sup>32</sup> Verletzt die Fachperson keine Schutznorm, haftet sie der Gesellschaft nicht.

Wie die Ausführungen zum Experten ergeben haben, der vom Gesamtverwaltungsrat beigezogen wird, verhält sich ein Verwaltungsratsmitglied sorgfältig, wenn es zur Beurteilung eines Spezialgeschäfts eine Fachperson bezieht, diese sorgfältig auswählt und instruiert und deren Rat einer Plausibilitätsprüfung unterzieht.<sup>33</sup> Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses könnte sich ein Verwaltungsratsmitglied überlegen, für jede Frage zu einer Thematik, die fachlich ausserhalb dessen liegt, was von ihm erwartet werden kann, eine eigene Fachperson beizuziehen.<sup>34</sup>

Obschon sich das Verwaltungsratsmitglied damit sorgfältig verhält, bleibt es nicht haftungsfrei. Es wird für eine unsorgfältige Beratung der Fachperson verantwortlich: Nach Art. 101 Abs. 1 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine beigezogene<sup>35</sup> Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtung dem Vertragsgläubiger zufügt.<sup>36</sup> Das Verwaltungsratsmitglied als Geschäftsherr haftet somit der Gesellschaft als Vertragsgläubigerin für den Schaden, den die Fachperson in Ausübung ihrer (Beratungs-)Tätigkeit der Gesellschaft verursacht.<sup>37</sup> Während die vom Gesamtverwaltungsrat beigezogene Fachperson gegenüber der Gesellschaft verpflichtet wird, unterstützt die eigene beigezogene Fachperson das Verwaltungsratsmitglied dabei, seine Verpflichtung zu erfüllen.<sup>38</sup>

Art. 101 Abs. 1 OR gilt auch, wenn die Hilfsperson fachkundiger ist als der Geschäftsherr.<sup>39</sup> Dies wird bei der

<sup>27</sup> Ausser Acht gelassen sei vorliegend die Frage nach einer Verletzung der Schweigepflicht als Teil der Treuepflicht (siehe HOMBURGER, ZK OR [FN 8], Art. 717 N 838; VON DER CRONE, Aktienrecht [FN 1], § 4 Rz. 246 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, BasK OR II [FN 8], Art. 717 N 20 ff.).

<sup>28</sup> Wobei vom Parteiwillen abhängt und mittels Auslegung zu entscheiden ist, ob im Einzelfall ein echter oder unechter Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt (ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, Artikel 110–113, Bern 2002, Art. 112 N 8, N 35; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 73 Rz. 28; SCHWENZER, OR AT [FN 6], Rz. 86.09).

<sup>29</sup> Zur Person des Dritten WEBER, BK OR (FN 28), Art. 112 N 39; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1945, Art. 112 N 9 ff.

<sup>30</sup> WEBER, BK OR (FN 28), Art. 112 N 119; SCHWENZER, OR AT (FN 6), Rz. 86.25.

<sup>31</sup> Zum Begriff des reinen Vermögensschadens REY, Haftpflichtrecht (FN 17), Rz. 329; SCHWENZER, OR AT (FN 6), Rz. 14.16.

<sup>32</sup> Zur Schutznormtheorie/Schutzzwecklehre BGE 136 III 113 Erw. 3.2; BGE 126 III 521 Erw. 2.a; BGE 125 III 86 Erw. 3.b; BGE 4A\_26/2015 Erw. 2.1.

<sup>33</sup> Vorne unter «III.B. Objektivierter Sorgfaltsmassstab und die drei curae».

<sup>34</sup> Siehe SETHE, Geschäftsentscheide (FN 4), 199 f. («Alibigutachten»).

<sup>35</sup> *Beigezogen* ist die Hilfsperson, wenn sie mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung der Schuld mitwirkt (KOLLER, OR AT [FN 28], § 54 Rz. 92; ausführlich KARL SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 140 ff.).

<sup>36</sup> WOLFGANG WIEGAND, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 101 N 2; dies gilt für jeden Schaden, d.h. positives wie negatives Interesse sowie entgangenen Gewinn (SPIRO, Erfüllungsgehilfen [FN 35], 263).

<sup>37</sup> Wie hier HÜTTE, ZGR 1986 (FN 1), 25.

<sup>38</sup> Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 15), Rz. 329; DRUEY, SAG 1981 (FN 6), 86; SETHE, Geschäftsentscheide (FN 4), 189.

<sup>39</sup> WIEGAND, BasK OR I (FN 36), Art. 101 N 14; ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.),

eigenen Fachperson regelmässig der Fall sein und führt dazu, dass sich das Verwaltungsratsmitglied mit der Einrede der hypothetischen Vorwerfbarkeit<sup>40</sup> nicht entlasten kann. Die Sorgfaltspflicht verlangt vom Verwaltungsratsmitglied bei Spezialgeschäften, dass es seine Leistung mit Hilfe einer fachkundigen Person erbringt.<sup>41</sup> Wenn das Verwaltungsratsmitglied eine sachkundige Hilfsperson beizieht, haftet es daher für ihren Rat, wie wenn es selbst fachkundig wäre und das konkrete Geschäft unsorgfältig beurteilt hätte. Art. 101 Abs. 1 OR rechnet das Verhalten der Hilfsperson dem Geschäftsherrn zu.<sup>42</sup> Die Fachperson ihrerseits haftet dem Verwaltungsratsmitglied für die Unsorgfalt als Verletzung des (Beratungs-) Vertrags.

Die Zurechenbarkeit des Verhaltens der beigezogenen Fachperson ist nicht unumstritten. So wird argumentiert, dass der Beizug einer Hilfsperson durch ein Verwaltungsratsmitglied stets zugunsten der Gesellschaft erfolge und entsprechend die haftungsbeschränkenden drei *curae* anwendbar seien.<sup>43</sup> Dies widerspricht allerdings zunächst dem Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 OR und würde zudem die Haftungsregelung aus den Angeln heben: Das Verwaltungsratsmitglied haftet nicht, da es sich mit dem Beizug der Fachperson sorgfältig verhält. Auch die Fachperson haftet nicht oder kaum, da sie mit der Gesellschaft in keinem Vertragsverhältnis steht und für eine Deliktshaftung für den (regelmässig vorliegenden) reinen Vermögensschaden eine Schutznorm verletzt sein muss. D.h. die Fachperson würde nur haften, wenn sie mit ihrem Verhalten gegen eine Schutznorm verstösst,<sup>44</sup> z.B. gegen eine Bestimmung des Vermögensstrafrechts. Solche Fälle dürften selten sein. Letztlich haftet niemand. Eine Auslegung von Art. 101 Abs. 1 OR gegen den Wortlaut, die zum Wegfall der Haftung führt, dürfte kaum tragbar sein.

Durch den Beizug einer Fachperson verringert das Verwaltungsratsmitglied indessen sein Haftungsrisiko regelmässig in tatsächlicher Hinsicht: Die Beratung der Fachperson bewirkt, dass das Verwaltungsratsmitglied eher einen sachlich vertretbaren Entscheid fällt.<sup>45</sup> Je qualifizierter die Überlegung des Verwaltungsratsmitglieds zum konkreten Geschäft ausfällt, umso mehr versetzt es sich – bei entsprechender Dokumentation – in die Lage, sich im Fall einer Verantwortlichkeitsklage erfolgreich auf die Business Judgment Rule zu berufen.<sup>46</sup>

## V. Mitarbeiter und Verwaltungsratsmitglieder als Fachpersonen

Die vorstehenden Ausführungen handeln vom Zuzug unternehmensexterner Fachpersonen. Was aber gilt, wenn eine unternehmensinterne Fachperson beigezogen wird oder wenn ein Verwaltungsratsmitglied als Experte amtiert?

### A. Geschäftsleitungsmitglieder und Mitarbeiter unterer Hierarchiestufen

Der Verwaltungsrat hat nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR die unübertragbare Aufgabe, die Geschäftsleitung zu überwachen. Daraus ergibt sich, dass ein Verwaltungsratsmitglied seiner Sorgfaltspflicht grundsätzlich nicht genügt, wenn es ein Geschäftsleitungsmitglied als Fachperson beizieht. Der Verwaltungsrat kann seine Oberaufsicht nicht wahrnehmen, wenn er sich von einer geschäftsführenden Person, z.B. dem Finanzchef (CFO), beraten lässt. Hinzu mag in Krisensituationen der Umstand treten, worauf verschiedene Autoren hinweisen, dass die geschäftsführenden Personen die Lage der Gesellschaft möglicherweise zu optimistisch einschätzen und damit die Wahrnehmung der Verwaltungsratsmitglieder verzerren.<sup>47</sup>

Dass geschäftsführende Kader die Verwaltungsratsmitglieder nicht als Fachpersonen beraten sollen, ist nicht damit zu verwechseln, dass sie den Verwaltungsratsmitgliedern bei Rückfragen zur Verfügung stehen müssen.<sup>48</sup>

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 101 N 31.

<sup>40</sup> Das Prinzip der hypothetischen Vorwerfbarkeit bedeutet, dass der Geschäftsherr für die schädigende Handlung der Hilfsperson haftet, wenn die Handlung dem Geschäftsherrn vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte (ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109, Bern 2000, Art. 101 N 133).

<sup>41</sup> Siehe WIEGAND, BasK OR I (FN 36), Art. 101 N 14; WEBER, BK OR (FN 40), Art. 101 N 141.

<sup>42</sup> JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, in: JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/PETER NOBEL/IVO SCHWANDER/STEPHAN WOLF (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2009, Art. 101 N 1, N 8; WIEGAND, BasK OR I (FN 36), Art. 101 N 2.

<sup>43</sup> FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (FN 15), Rz. 329; DRUEY, SAG 1981 (FN 6), 86. Nach BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 11), Rz. 34 (siehe die Diskussion in Rz. 36 f.) steht dem Verwaltungsratsmitglied sogar der Exkulpationsbeweis durch die Einrede der hypothetischen Vorwerfbarkeit offen.

<sup>44</sup> BGE 141 III 527 Erw. 3.2; BGE 133 III 323 Erw. 5.1 = Pra 97 (2008) Nr. 7 55.

<sup>45</sup> Ebenso VON DER CRONE, Aktienrecht (FN 1), § 4 Rz. 239.

<sup>46</sup> Zur Business Judgment Rule VON DER CRONE, Aktienrecht (FN 1), § 4 Rz. 277 f.; JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, in: JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 13 Rz. 28a.

<sup>47</sup> BÖCKLI, Aktienrecht (FN 1), § 13 Rz. 709, Rz. 712b; CHRISTOPHE SARASIN, Ausgestaltung und Grenzen der Haftung des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, Diss., Basel 1995, 122; OTTO SAGER, Coaching in Extremsituationen, in: KARL KÄLIN (Hrsg.), Captain oder Coach? Wege zu Spitzenleistungen, 2. Aufl., Bern 2006, S. 125–145, 140.

<sup>48</sup> Siehe BGE 4C.358/2005 Erw. 5.2.1 (= BGE 133 III 116, wo Erw. 5 fehlt); BGE 114 V 219 Erw. 4.a; BGE 97 II 403 Erw. 5.b.

Das gilt insbesondere für Schlüsselfiguren wie CFO und Geschäftsführer (CEO). CEO und CFO sollten bei Verwaltungsratssitzungen regelmässig anwesend sein.<sup>49</sup> Nicht zu verwechseln ist eine Beratung durch Geschäftsleitungsmitglieder mit dem Meinungsaustausch zwischen Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern,<sup>50</sup> dessen Notwendigkeit sich bereits aus der Aufgabe der Oberaufsicht in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR ergibt. Auch im Hinblick auf die Business Judgment Rule, die auf den Informationsstand des Verwaltungsratsmitglieds abstellt, ist der Meinungsaustausch wesentlich.<sup>51</sup>

Den geschäftsführenden Personen unterstellte Arbeitnehmer sind als Fachpersonen ebenso grundsätzlich ungeeignet: Sie rapportieren an die geschäftsführenden Personen und sind nicht unabhängig.<sup>52</sup>

Gerade dadurch, dass die Möglichkeit einer unternehmensinternen Fachberatung beschränkt ist, zeigt sich, wie nötig ausreichende Grundkenntnisse des Verwaltungsratsmitglieds sind.<sup>53</sup>

## B. Mitverwaltungsratsmitglieder

Mitverwaltungsratsmitglieder sind als Fachpersonen ebenfalls ungeeignet. Jedes Mitglied hat sich über das zu beurteilende Geschäft eigenständig eine Meinung zu bilden, ohne dass seine Meinungsbildung durch ein anderes Mitglied beeinflusst wird.<sup>54</sup> Nichts spricht allerdings dagegen, Meinungen im Gremium zu besprechen. Vielmehr ist dies Teil des Entscheidungsprozesses. Bereits die Diskussion über ein Geschäft kann zudem die Frage beantworten, ob und in welchem Umfang Rat eingeholt werden muss.

## VI. Schlussbetrachtung

Der Grundsatz lautet, dass der Verwaltungsrat für ein Geschäft, dessen Beurteilung spezielle Fachkenntnisse verlangt, eine Fachperson beiziehen sollte. Wird ein Experte im Namen der Gesellschaft beigezogen, haftet er der Gesellschaft bei unsorgfältiger Vertragserfüllung. Eine Haftung der Verwaltungsratsmitglieder wäre zu prüfen, wenn sie einen fachlich ungeeigneten Experten beauftragen, ihn ungenügend instruieren oder seine Meinung blind übernehmen.

Zieht ein Verwaltungsratsmitglied eine eigene Fachperson bei, haftet es für deren Auskunft nach dem Tatbestand der Hilfspersonenhaftung in Art. 101 Abs. 1 OR.

Unternehmensinterne Fachpersonen sind als Experten grundsätzlich nicht geeignet. Dennoch ist ihre Information wesentlich. Zum einen, um dem Verwaltungsrat die Oberaufsicht zu ermöglichen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Zum anderen können die Erläuterungen der unternehmensinternen Fachpersonen bewirken, dass die Verwaltungsratsmitglieder ein Geschäft verstehen, das ihre fachlichen Kenntnisse grundsätzlich übersteigt.

Der Grundsatz, dass bei Spezialgeschäften Expertenrat nötig wird, sollte nicht dazu führen, für jedes Geschäft auf externe Fachpersonen zurückzugreifen, das etwas ausserhalb der zu erwartenden Kenntnisse der Verwaltungsratsmitglieder liegt. Vielmehr hat sich der Verwaltungsrat das Geschäft erklären zu lassen und versteht es – mit den Erläuterungen seiner unternehmensinternen Fachpersonen – möglicherweise auch ohne Experten von aussen.

<sup>49</sup> KRNETA, Praxiskomm. (FN 1), Art. 713 N 754.

<sup>50</sup> Gl.M. für Deutschland BERGER, Vorstandshaftung (FN 20), 205 f.

<sup>51</sup> Siehe BGE 139 III 24 Erw. 3.2; BGE 4A\_15/2013 Erw. 6.1; BGE 4A\_74/2012 Erw. 5.1; dazu CARL BAUDENBACHER/LISA SCHWARZ, Rechtsvergleichende Überlegungen zur Business Judgment Rule, SZW 2016, 55–69, 65.

<sup>52</sup> BINDER, ZGR 2012 (FN 3), 770; kritisch HAHN/NAUMANN, CCZ 2013 (FN 20), 161, siehe FLEISCHER, NZG 2010 (FN 20), 123, mit dem Hinweis, dass externe Fachkundige (Rechtsanwälte) von ihren (Gross-)Mandanten ebenfalls abhängig sein können; siehe auch BERTSCHINGER, Führung (FN 8), 25.

<sup>53</sup> MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat (FN 1), 105, FN 537.

<sup>54</sup> So auch BERTSCHINGER, Arbeitsteilung (FN 11), Rz. 167; ferner weist BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rz. 165 (FN 11), darauf hin, dass ein Verwaltungsratsmitglied nicht auf die sorgfältige Amtsführung durch die übrigen Verwaltungsratsmitglieder vertrauen darf, da die Gefahr besteht, dass ein Verwaltungsratsmitglied seiner Aufgabe nicht gewachsen ist; anders für die geschäftsführenden Organe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht (FN 3), § 30 Rz. 49.