

*Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis  
St. Galler Aktienrechtsforum 2013  
Zürich, 6. November 2013 (Kongresshaus Zürich)*

**u<sup>b</sup>**

---

b  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

# ***Business Judgment Rule – Fluch oder Segen zur Verteidigung gegen Haftungsansprüche?***

von

***Peter V. Kunz***

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)  
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung  
Universität Bern  
Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

[kunz@iwr.unibe.ch](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)

## *Inhalt*

---

1. Einleitung
2. Gesellschaftsrecht
3. Ausgewählte BJR-Bereiche
4. Und zum Schluss...

# Einleitung

---

## a) Grundverständnis I/II

- BJR – geographischer Bezug:  
Bedeutung in der *Schweiz* + im *Ausland*...
- Schweiz: *Rechtssetzung*  
heute: 0 (anders z.T. im Ausland...)
- Schweiz: *Rechtsanwendung*  
Gerichtspraxis v.a. betreffend Verantwortlichkeitsklagen/OR 754 ff.

## *Einleitung*

---

### a) Grundverständnis II/II (Praxis Bundesgericht)

*«Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von [i] Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem [ii] einwandfreien, auf einer [iii] angemessenen Informationsbasis beruhenden und [iv] von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.»*

(Urteil des Bundesgerichts 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1)

→ *Textbaustein* wiederholt z.B.: Urteil des Bundesgerichts 4A\_375/2012 vom 20. November 2012 E. 3.2

# Einleitung

---

## b) Internationale Entwicklungen I/III

➤ *USA*

Ursprung (1829!) + Erfahrung(en) betreffend BJR – nunmehr: *ALI-Principle*

➤ globaler Standard

Wirtschaftsrecht ist internationales Recht, und zwar beispielsweise BJR...

➤ internationale Rechtsetzung(en)

*Deutschland* ( § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) + *Liechtenstein* (Art. 182 Abs. 2 Satz 2 PGR)

## b) Internationale Entwicklungen II/III (Deutschland)

### § 93 Abs. 1 AktG

«Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das [i] Vorstandsmitglied [= GL] bei einer [ii] unternehmerischen Entscheidung [iii] vernünftigerweise annehmen durfte, auf der [iv] Grundlage angemessener Information [v] zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. (...)»

## b) Internationale Entwicklungen III/III (Liechtenstein)

### **Art. 182 Abs. 2 PRG**

*«Sie [sc. die Verwaltung] hat das Unternehmen der Verbandsperson mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung. Ein [i] Mitglied der Verwaltung handelt im Einklang mit diesen Grundsätzen, wenn es sich bei seiner [ii] unternehmerischen Entscheidung [iii] nicht von sachfremden Interessen leiten liess und [iv] vernünftigerweise annehmen durfte, auf der [v] Grundlage angemessener Information [vi] zum Wohle der Verbandsperson zu handeln.»*

## a) Aktienrecht (Art. 754 OR)

*«<sup>1</sup> Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.*

*<sup>2</sup> 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.»*



## b) Aktienrecht I/III (Klagevoraussetzungen)

- Schaden  
Aktivlegitimation = mittelbarer Schaden v. unmittelbarer Schaden
- *Pflichtwidrigkeit* bzw. Rechtswidrigkeit = Ansatzpunkt der BJR...  
z.B./v.a. Art. 717 OR (Sorgfaltspflicht etc.) = oftmals *Ermessens-* bzw. Geschäftsentscheide..!
- Verschulden  
sc. Vorsatz + Fahrlässigkeit – objektivierter Massstab
- Kausalität  
adäquate Kausalität v. natürliche Kausalität

## b) Aktienrecht II/III (Passivlegitimation)

- VR-Mitglieder («formelle Organe»)  
Art. 754 Abs. 1 OR
  
- GL-Mitglieder  
Art. 754 Abs. 1 OR
  
- *Faktische Organe* («materielle Organe»)?  
Art. 754 Abs. 1 OR = „befasst“; BJR kaum diskutiert in diesem Bereich, aber *umstritten...*

## b) Aktienrecht III/III (Verteidigung)

### ➤ BJR: *Praxis*

- Urteil des Bundesgerichts 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_375/2012 vom 20. November 2012 E. 3.2

### ➤ BJR: *Doktrin*

- A. R. GRASS, Business Judgment Rule (Diss. Zürich 1998)
- O. HABLÜTZEL, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Diss. St. Gallen 2009)
- *kritisch*: P.V. KUNZ, Minderheitenschutz (Habil. Bern 2001) § 6 N 115 ff.

## c) Übriges Gesellschaftsrecht

- Fokus: Körperschaften  
Drittorganschaft statt Selbstorganschaft
  
- *GmbH*:  
keine Belege, m.E. aber *analog* zu behandeln (Art. 827 OR = *Verweisung* auf Art. 754 ff. OR)
  
- *Genossenschaft*:  
keine Belege, m.E. aber *analog* zu behandeln (Art. 916 ff. OR)

## *Ausgewählte BJR-Bereiche*

---

### a) **BJR in Konzernsachverhalten?**

*«Das schliesst nicht aus, in Bezug auf Geschäfte, bei denen ein besonderer Wissensstand über die Faktoren zur Einschätzung des Risikos vorhanden ist oder erwartet werden darf, wie namentlich bei solchen unter Konzerngesellschaften, einen strengeren Massstab anzulegen, wie dies die Vorinstanz tat. (...)»*

(Urteil des Bundesgerichts 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1 a.E.)

- zurückhaltend: HANS-UELI VOGT /MICHAEL BÄNZIGER, GesKR 2012, S. 623 ff.

## *Ausgewählte BJR-Bereiche*

---

### b) Audit Judgment Rule?

➤ Verteidigung für *Revisionsstelle*

Rechtsgrundlage: Art. 755 OR

➤ Gleichbehandlung der Organe

Argument: „*Wenn VR, dann erst recht Rev.st. ...*“ – stimmt das wirklich?

➤ Literatur

vgl. etwa OLIVER HABLÜTZEL, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Diss. St. Gallen = SSHW, Bd. 278), Zürich/St. Gallen 2009, S. 173 f.

## *Ausgewählte BJR-Bereiche*

---

### c) Supervisory Judgment Rule?

➤ Thematik = Staatshaftung

konkret re *FINMA*: Art. 19 Abs. 2 FINMAG («wesentliche Amtspflichten verletzt»)

➤ These: Analogie zur BJR...

(i) *keine Interessenkonflikte* + (ii) *angemessene Entscheidungsgrundlage* + (iii) *guter Glaube*

➤ Literatur

vgl. etwa MARCEL WÜRMLI, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht (Diss. Bern = BBA, Bd. 15), Bern 2010, S. 127 ff.

## *Ausgewählte BJR-Bereiche*

---

### d) Strafrechtliche Aspekte?

- VR + GL...  
... zwischen Risiko sowie «Gefängnis»
  
- Geschäftsschäden = ev. *ungetreue Geschäftsbesorgung* (Art. 158 StGB)  
ausländisches Beispiel: Österreich (div. Entscheide)
  
- Literatur  
m.W. (noch) kein Thema in Doktrin/Praxis der Schweiz



## *Und zum Schluss...*

---

### **1. *Fluch...***

Risiko eines simplifizierten «*Milchglas*»-Vorgehens, d.h. bei Verantwortlichen werden die «*Augen zugeedrückt*»; in Bezug auf die (1) Rechtsanwendung sollte die heutige bundesgerichtliche Formel ausgedehnt werden (Inspiration z.B. durch Deutschland, Liechtenstein und ALI); eine (2) Rechtssetzung für BJR würde ebenfalls durchaus Sinn machen, doch gibt es keine Ansätze dafür bei der «grossen» Aktienrechtsrevision.

### **2. *... oder Segen?***

Es braucht *kein* «*breites*» *Verständnis* bei BJR (z.B. erscheint ein Ausschluss möglich bei materiellen Organen, bei Konzernsachverhalten, bei Revisionsstellen oder bei FINMA); aus *praktischen* Gründen scheint BJR im Übrigen *unerlässlich*, was sich nicht allein in der Schweiz, sondern auf internationaler Ebene gezeigt hat; nebst zivilrechtlichen Haftungen für VR etc. drohen *Strafverfolgungen* z.B. wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (realisierte Geschäftsrisiken/Gesellschaftsschäden).

---

# Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

*Peter V. Kunz*

Universität Bern  
Institut für Wirtschaftsrecht  
Schanzeneckstrasse 1  
CH-3001 Bern  
Tel.: 031 / 631 55 88

[kunz@iwr.unibe.ch](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)