

Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?

Von Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, LL.M., Rechtsanwalt, Universität Bern*

Today, board members and executive managers often find themselves criticized when it comes to business decisions taken in matters of article 754 ff. (et seq.) of the Swiss Code of Obligations. As an instrument of defense against such demands the business judgment rule may assist the persons concerned as it

may provoke a certain restraint of the court's judgment of business decisions taken by board members and executive managers. This article deals amongst others with the origin and the application of the law of the Business Judgment Rule, this, without neglecting the problems resulting in daily life business.

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkungen

1. Verteidigung gegen Haftung
2. Ursprung
3. Internationale Verbreitung
 - 3.1 Rechtsanwendung
 - 3.2 Rechtssetzung(en)

II. BJR als Rechtsanwendungsregel

1. Praxis
 - 1.1 Übersicht
 - 1.2 Geschäftsentscheid
 - 1.3 Einwandfreier Entscheidungsprozess
 - 1.4 Angemessene Informationsbasis
 - 1.5 Keine Interessenkonflikte
2. Doktrin
3. Fokus auf Körperschaften

III. Ausdehnung der BJR?

1. Gesellschaftsrecht
 - 1.1 Materielle Organschaft
 - 1.2 Konzernsituationen
 - 1.3 Audit Judgment Rule
2. Finanzmarktrecht

IV. Schlussbemerkungen

1. Verschärfte Rechtsanwendung
2. Rechtsetzung für BJR
3. Und zum Schluss: «Fluch oder Segen?»

V. Literaturverzeichnis

I. Vorbemerkungen

1. Verteidigung gegen Haftung

Die *Business Judgment Rule* (BJR) stellt eine Rechtsanwendungsregel im Bereich des Wirtschaftsrechts dar.¹ Es handelt sich, etwas trivialisiert, um

eine «Immunitätsregel» für potentiell haftpflichtige Personen. Rechtsanwender bzw. Gerichte pflegen *richterliche Zurückhaltung* («judicial restraint»), und zwar bei Geschäftsentscheiden durch Führungspersonal von Unternehmen.² Die BJR bedeutet, aus der Perspektive der Gerichte, eine «*Willkürkognition*» im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsansprüchen.³

Betroffene Personen in Verwaltungsräten (VR) oder in Geschäftsleitungen (GL) können sich zur *Verteidigung* gegen Ansprüche gemäss Art. 754 ff. OR auf die BJR berufen. Die in der Praxis entwickelten Hürden der BJR werden zudem als *Verhaltensrichtlinien* genutzt, um sich darauf berufen zu können.⁴ Die BJR gilt zwar nicht voraussetzungslos, trotzdem erscheint m.E. eine *restriktive Handhabung* angezeigt.⁵

Geschäftsfehler sollen nicht automatisch zu Haftung führen.⁶ «Aus dem eingetretenen Misserfolg darf nicht einfach auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung geschlossen werden»⁷. Trotzdem ist zu verhindern, dass sich Verantwortliche zum Nachteil von Aktionären sowie (im Konkursfall) von Gläubi-

¹ Die Debatte wird fast ausschliesslich zum *Aktienrecht* geführt; im GmbH-Recht sowie im Genossenschaftsrecht geht es indes um vergleichbare Themen: Vgl. dazu hinten II.3.

² Richterliche Zurückhaltung kommt bei weiteren aktienrechtlichen Klagen vor, insbesondere bei *Anfechtungsklagen* (Art. 706 f. OR: Böckli, Aktienrecht, § 13 N 582; Nikitine, Fehlentscheide, 130 ff.).

³ Hinweise: Kunz, Minderheitenschutz, § 6 N 116; es geht um *Ermessensspielräume* (bei wirtschaftlicher Tätigkeit): Böckli, Aktienrecht, § 13 N 581 (differenzierend zur Willkürkognition: a.a.O. N 587 a.E.).

⁴ Detailliert: Grass, Rule, 171 ff.; zudem: Böckli, Aktienrecht, § 13 N 593a f.

⁵ Vgl. dazu hinten III.

⁶ Es ist komfortabel, im *Nachhinein* – z.B. ohne Zeitdruck und in Kenntnis der Ergebnisse – Geschäftsentscheide zu beurteilen («Hindsight Bias»): Brugger/von der Crone, Beurteilung, 182; Jenny, Abwehrmöglichkeiten, N 793; Frick, Systematisierung, 512 f.

⁷ Hablützel, Verantwortlichkeit, 170.

* Der Unterzeichner ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (<www.iwr.unibe.ch>); der Beitrag wurde im Oktober 2013 abgeschlossen und basiert auf einem Referat am St. Galler Aktienrechtsforum 2013 – ich bedanke mich bei Rechtsanwalt Daniel Baumann für seine wertvolle Unterstützung.

gern ohne weiteres «aus der Verantwortung stehen» können. Dies ändert nichts am Prinzip, dass potentiell Verantwortliche *keine Garantiefunktion* und *keine Erfolgshaftung* wahrnehmen.⁸ Die BJR genießt gerade in den letzten Jahren grosse Aktualität, einerseits bei Gerichten⁹ sowie andererseits in der Doktrin.¹⁰

Richterliche Zurückhaltung nicht nur, aber ebenfalls bei Verantwortlichkeitsprozessen hat lange Tradition in der Schweiz, und zwar selbst *ohne dogmatische Grundlegung*: «Soweit schweizerische Gerichte in der Vergangenheit unternehmerische Entscheide zu beurteilen hatten, prüften sie diese auf Vertretbarkeit und nicht auf unternehmerische Zweckmässigkeit. Insbesondere verzichteten sie soweit ersichtlich durchgehend darauf, ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung zu setzen»¹¹.

2. Ursprung

Die BJR ist ein (frühes) Beispiel für die «Amerikanisierung» des schweizerischen und des sonstigen Wirtschaftsrechts. In den USA wurde die BJR durch Gerichte aufgrund des Common Law entwickelt¹² und anschliessend sozusagen «global exportiert», nicht zuletzt in die Schweiz. Das erste Urteil, das sich auf eine BJR bezog, stammt aus dem frühen 19. Jahrhundert. In den folgenden Jahrzehnten wurde die Rechtsprechung weiterentwickelt.¹³

Noch heute prägend in den USA sind einige Urteile von *Gerichten in Delaware* aus den 1980er Jahren, insbesondere betreffend unfreundliche Gesellschaftsübernahmen («unfriendly takeovers»):¹⁴ «Van Gorkom», «Unocal», «Revlon» sowie «Time Warner». Die *Anforderungen* an die BJR wurden durch die Gerichte *ständig verschärft* zulasten der VR; gelegentlich wird von einer «enhanced business judgment rule» gesprochen.¹⁵

3. Internationale Verbreitung

3.1 Rechtsanwendung

Wirtschaftsrecht ist *internationales* Recht, was nicht zuletzt auf das *Gesellschaftsrecht* zutrifft. Anders als z.B. beim Immaterialgüterrecht oder beim Finanzmarktrecht bestimmen allerdings nicht Staatsverträge, Empfehlungen o.Ä. die gesellschaftsrechtliche Internationalisierung. Nichtsdestotrotz kann für das Gesellschaftsrecht eine *zunehmende Rechtsangleichung* festgestellt werden,¹⁶ und ein auffälliges Beispiel stellt die BJR dar.

M.W. kommt die BJR in jeder Rechtsordnung bei Verantwortlichkeitsansprüchen im Bereich der *Rechtsanwendung* vor,¹⁷ wenn auch in unterschiedlichen Ausgestaltungen.¹⁸ Die jeweiligen Rechtsprechungen werden unmittelbar oder mittelbar durch die erwähnte Praxis in den USA – und damit durch Common Law¹⁹ – beeinflusst. In der Tradition des Civil Law sind seit einigen Jahren nunmehr *Rechtssetzung(en)* zur BJR festzustellen.

⁸ Auswahl: *von der Crone*, Haftungsbeschränkung, 5 f. sowie 8; *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 787.

⁹ Es fällt auf, dass m.W. kein einziges Urteil bis anhin expressis verbis mit der BJR begründet bzw. legaliter davon «abhängig» gemacht, sondern diese Rechtsanwendungsregel von den Gerichten meist nur als *ein (zusätzliches) Argument* angeführt wurde.

¹⁰ Kritisch zum Konzept: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 115 ff.; die *h.L.* befürwortet hingegen prinzipiell die BJR: *Grass*, *Rule, passim*; *Nikitine*, Fehlentscheide, 95 ff.; *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 581 ff.; *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 787 ff.; *Frick*, Systematisierung, *passim*; *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 402 ff.; *Vogt/Bänziger*, Grundsatz, 610 ff.; *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 182 ff.; *von der Crone*, Haftungsbeschränkung, 5 ff.; *Kissling*, Mehrfachverwaltungsrat, N 474 ff.

¹¹ Ausdrücklich: *von der Crone*, Haftungsbeschränkung, 6.

¹² Hinweise statt aller: *Grass*, *Rule*, 13 ff.

¹³ Detailliert: *Merkt/Göthel*, Gesellschaftsrecht, N 843 ff.; zudem: *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 788 ff.; *Nikitine*, Fehlentscheide, 96 ff. (v.a. zur Praxis in Delaware); *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 391 ff.

¹⁴ Übersicht: *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 224 ff.; *Grass*, *Rule*, 61 ff.; *Merkt/Göthel*, Gesellschaftsrecht, N 859 ff.

¹⁵ Zu Spezialfragen der BJR bei Unternehmensübernahmen: *Nikitine*, Fehlentscheide, 208 ff.

¹⁶ Hinweise: *Kunz*, Rundflug, 225 f.

¹⁷ Es handelt sich um ein *global anerkanntes Prinzip* des Gesellschaftsrechts: *Jan von Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (Habil. Hamburg 2006) 913 ff.; *Marcus Lutter*, Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in: FS für C.-W. Canaris (München 2007) 245 ff.; *Georg Schima*, Business Judgment Rule (...), in: Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. 12 (Basel 2010) 369 ff.; *Christoph A. Kern*, Privilegiertes Business Judgment trotz Interessenkonflikts?, ZVglRWiss 112 (2013) 70 ff.

¹⁸ Generell: *Holger Fleischer*, Die «Business Judgment Rule» im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: FS für H. Wiedemann (München 2002) 827 ff.

¹⁹ Im *Common Law* bestehen *umfassendere Gerichtskompetenzen* (z.B. «as the court sees fit»).

3.2 Rechtssetzung(en)

Über lange Zeit hinweg wurden Sinn oder Unsinn möglicher Kodifizierungen zur BJR in verschiedenen Rechtsordnungen debattiert. Schliesslich veröffentlichte das *American Law Institute* (ALI) in den USA im Jahr 1994 die «Principles of Corporate Governance», und zwar mit einem konkreten Regelungsvorschlag zur BJR. Der Vorschlag inspirierte in der Folge diverse Rechtssetzungen²⁰. Der ALI-Vorschlag lautete wie folgt:

«A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills his duty, if the director is not interested in the subject of the business judgment; is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation»²¹.

Im Jahr 2005 übernahm *Deutschland* – nicht unbedeutsam gerade für die Schweiz, und zwar in Rechtsanwendung sowie de lege ferenda – die BJR ins Aktiengesetz: «Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln» (§ 93 (1) Satz 2 dAktG).²² Die deutsche Regelung der BJR wird seit einiger Zeit mindestens teilweise hinterfragt.²³

Ähnlich lautet die Regelung in *Liechtenstein* aus dem Jahr 2009: «Ein Mitglied der Verwaltung handelt im Einklang mit diesen Grundsätzen, wenn es sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten liess und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Ver-

bandsperson zu handeln» (Art. 182 (2)) Satz 2 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR).²⁴

II. BJR als Rechtsanwendungsregel

1. Praxis

1.1 Übersicht

Das *Bundesgericht* hat in den letzten Jahren einige Urteile gefällt, bei denen die BJR – erstmals, wenn auch nicht explizit – als Argument angeführt wurde. Es handelt sich um BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 (E. 7.2.4),²⁵ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 (E. 5.1) sowie BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 (E. 3.2).²⁶

Die bundesgerichtliche *Formel* lautet nunmehr wie folgt: «Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von *Geschäftsentscheidungen* Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem *einwandfreien*, auf einer *angemessenen Informationsbasis* beruhenden und von *Interessenkonflikten freien* Entscheidungsprozess zustande gekommen sind»;²⁷ besonders zurückhaltend zeigen sich Gerichte – als Beispiele – bei Sanierungsmassnahmen auf der ei-

²⁰ Diese Rechtsetzungen stellen im Wesentlichen *legislative Zusammenfassungen* der Praxis zur BJR in verschiedenen Rechtsordnungen dar.

²¹ Zit. gemäss: Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts (Nr. 13/2008) 39 f.

²² Zur deutschen Ordnung: *Nikitine*, *Fehlentscheide*, 289 ff.; ausserdem: *Böckli*, *Aktienrecht*, § 13 N 592; *von der Crone*, *Haftungsbeschränkung*, 7.

²³ *Gregor Bachmann*, *Reformbedarf bei der Business Judgment Rule?*, *ZHR* 177 (2013) 1 ff. m.w.H.; der Autor verneint schliesslich die von ihm gestellte Frage: a.a.O. 11 f.

²⁴ Literatúrauswahl: *Jürgen Wagner*, *Business Judgment Rule (BJR) als allgemein gültiger Haftungsmassstab*, *liechtenstein-journal* 2/2011, 55 f.; *Johannes Gasser*, *Die Business Judgment Rule in Liechtenstein*, *PSR* 2011/02, 62 ff.

²⁵ Rezensionen: *Vogt/Bänziger*, *Grundsatz, passim*; *Peter V. Kunz*, *Klarstellungen zur Konzernhaftung*, *recht* 29 (2011) 41 ff.

²⁶ BGE 139 III 24 E. 3.2; Rezensionen: *Brugger/von der Crone*, *Beurteilung, passim*; *Peter V. Kunz*, *Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse?*, *Jusletter* vom 3. Juni 2013, Rz. 34 ff.

²⁷ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1 (Hervorhebungen hinzugefügt) – derselbe Textbaustein wurde verwendet in BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 (Erw. 3.2); trotz mittelbarer und nicht offen deklariertes Anlehnung an die USA handelt es sich um eine mehr oder weniger *autonome BJR* sozusagen «helvetischer Prägung»: *Brugger/von der Crone*, *Beurteilung*, 184.

nen Seite²⁸ sowie bei Konzernsachverhalten auf der anderen Seite.²⁹

Im Wesentlichen sind vier Voraussetzungen zu erfüllen,³⁰ um sich auf die BJR zur Verteidigung gegen Ansprüche im Rahmen von Art. 754 ff. OR berufen zu können. Diese Hürden erweisen sich als tiefer im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, und zwar sowohl betreffend Rechtsanwendung als auch hinsichtlich Rechtssetzung; m.E. drängen sich sowohl in der Praxis als auch de lege ferenda entsprechende Ergänzungen auf.³¹

Die vom Bundesgericht angesprochene *Zurückhaltung* der Gerichte,³² die vergleichbar mit der verwaltungsrechtlichen «Ohne-Not-Praxis» zu Ermessensfragen erscheint,³³ betrifft die verantwortlichen rechtliche Haftungsvoraussetzung der *Pflichtwidrigkeit* (Art. 754 Abs. 1 OR: «Verletzung ihrer Pflichten»)³⁴ Die BJR wirkt sich m.a.W. auf die weiteren Haftungselemente von Schaden, Verschulden sowie Kausalität, die ebenfalls wesentliche Themen in jedem Verantwortlichkeitsprozess sind, nicht aus.³⁵

1.2 Geschäftsentscheid

Die erste Hürde zur Anwendung der BJR liegt darin, dass das angeblich pflichtwidrige Verhalten auf einem *Geschäftsentscheid* beruhen muss.³⁶ Dabei kann die BJR – zumindest prinzipiell – nicht allein bei Tätigkeiten,³⁷ sondern ebenfalls bei *Untätigkeiten* angerufen werden. Ein geschäftliches Nichtstun setzt indes einen spezifischen Entscheid dazu voraus, so dass m.E. *unbewusste Inaktivitäten* durch die BJR *nicht* geschützt werden.³⁸

Bei VR bzw. bei GL stellt nicht jeder Beschluss eo ipso einen Geschäftsentscheid dar.³⁹ *Inhaltlich* muss es sich um einen «*business case*» i.e.S. handeln,⁴⁰ bei dem unterschiedliche (Geschäfts-)Ansichten vorkommen können.⁴¹ Bei juristischen Beschlüssen geht es hingegen nicht um «Geschäftsentscheide»; somit schliessen m.E. falsche Antworten auf *Rechtsfragen* einen Geschäftsentscheid – und damit das Anrufen der BJR – aus.⁴²

1.3 Einwandfreier Entscheidprozess

Zum durch das Bundesgericht als zweite Hürde der BJR verlangten «*einwandfreien (...) Entscheidprozess*» gehören beispielsweise die angemessene In-

²⁸ Hierzu: «Zu bedenken ist, dass den Organen bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen ein grosser Ermessensspielraum einzuräumen und bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden grundsätzlich Zurückhaltung zu üben ist» (BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4).

²⁹ Es ist ein «strengerer Massstab» zu berücksichtigen: Vgl. dazu hinten III.1.2.

³⁰ Die Lehre hat sich nur am Rande mit der Interpretation dieser *Hürden* auseinandergesetzt.

³¹ Vgl. dazu hinten IV.1./2.

³² Richterliche *Zurückhaltung* bedeutet, «dass der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats *nicht hinterfragt* wird, ob schon rückblickend möglicherweise eine andere Entscheidung ‚richtiger‘ oder ‚zweckmässiger‘ gewesen wäre»: *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 188; Hervorhebung hinzugefügt.

³³ *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 803.

³⁴ *Grass*, Rule, 136 ff.; zudem: *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 403; es könnte behauptet werden, dass die Richter ein «*Auge zudrücken*» zugunsten der Beklagten, wenn es um deren Pflichtenheft geht (z.B. Art. 717 OR); rechtlich korrekter müsste die BJR m.E. jedoch dahingehend verstanden werden, dass die Richter bei der Thematik der gerichtlichen Überzeugung zum Nachweis der Pflichtwidrigkeit ihr *Ermessen zu Lasten der Kläger* ausüben (ähnlich: *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 800).

³⁵ *Grass*, Rule, 133 ff.; dieser Autor «positioniert» allerdings gewisse Aspekte der BJR bei der Haftungsvoraussetzung des *Verschuldens*: a.a.O. 138 f.

³⁶ In diesem Sinne bereits: *Grass*, Rule, 82 f. sowie 112 ff.; zudem: *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 184 FN 58; *Nikitine*, Fehlentscheide, 164 ff.

³⁷ Im (konzeptionellen) Vordergrund der BJR stehen positiv gefasste aktive Fehlentscheide und *nicht Unterlassungen*: *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 583a/N 594a f.

³⁸ Ähnlich: *Grass*, Rule, 113 ff.; *Frick*, Systematisierung, 515; *Nikitine*, Fehlentscheide, 168; wenn sich – als Beispiel – bei einer Unternehmenstransaktion eine *unterlassene* Abklärung in der Folge als *Fehlentscheid* herausstellt, kann die BJR (bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen) nur angerufen werden, wenn VR bzw. GL darauf in voller Kenntnis bzw. *bewusst verzichtet* haben, hingegen nicht, wenn beispielsweise schlicht nicht daran gedacht wurde.

³⁹ In diesem Sinne aber: *Grass*, Rule, 113 ad FN 365; zur Debatte: *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 794.

⁴⁰ *Frick*, Systematisierung, 515 spricht von «Entscheidung im unternehmerischen Bereich»; detailliert zu den Kriterien: *Nikitine*, Fehlentscheide, 165 ff.

⁴¹ Entscheidträger müssen «zwischen mehreren Handlungsalternativen mit wirtschaftlicher Risikoprägung wählen» können: *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 794; ebenso: *Nikitine*, Fehlentscheide, 165 ff.

⁴² Gl.M.: *Nikitine*, Fehlentscheide, 169 f.; wenn – als Beispiel – für die konkrete Geschäftstätigkeit einer Unternehmung *keine Bewilligung* eingeholt wurde, weil VR bzw. GL die entsprechende *Aufsichtspflicht* *verkannt* haben, kann die BJR nicht zur Verteidigung angeführt werden.

formationsbasis einerseits sowie die Freiheit von Interessenkonflikten andererseits, die folglich «conditiones sine quibus non» sind. Der Entscheidungsprozess geht allerdings *weiter* und über diese beiden (zusätzlichen) Voraussetzungen der BJR hinaus, d.h. er umfasst selbständige Elemente.⁴³

Insbesondere müssen allfällige *interne Regularien* für Unternehmensentscheide beachtet werden. Im Vordergrund dürften Organisationsreglemente (z.B. bei Delegationen: Art. 716b OR) sowie Funktionsdiagramme stehen; Reglemente oder Weisungen für Ausschüsse des VR oder der GL sind bei Beschlussfassungen ebenfalls beachtlich. Sollten *interne Regularien missachtet* werden, liegt m.E. kein «einwandfreier Entscheidungsprozess» vor.⁴⁴

1.4 Angemessene Informationsbasis

Als dritte Hürde der BJR setzt eine «*angemessene Informationsbasis*» – zusätzlich ein Teil des einwandfreien Entscheidungsprozesses – mehr voraus, als der bundesgerichtliche Wortlaut («Informationsbasis») andeutet, nämlich für VR bzw. für GL eine eigentliche *Informationspflicht*, die aktiv wahrgenommen werden muss.⁴⁵ Je nach Situation («angemessen») kann es notwendig sein, dass spezifische Nachforschungen angestellt werden.⁴⁶

Allgemeinverbindliche Aussagen zu notwendigen Informationen können nicht gemacht werden: «Aus dem Wesen des Geschäftsentscheids folgt, dass der Verwaltungsrat nicht alles umfassend berücksichtigen kann, sondern die Informationen not-

wendigerweise selektieren muss»⁴⁷. Es ist somit eine *Interessenabwägung* im Einzelfall vorzunehmen.

Es stellt ein offenes Geheimnis dar, dass *Beratungen* (etwa durch Rechtsanwälte oder durch Wirtschaftsprüfer) heute «big business» sind; die BJR bietet hierbei ein Einfallstor. Zwar erweisen sich *Gutachten* (z.B. über Wirtschaftlichkeiten oder «Fairness») nicht in allen Fällen als Garantien für eine Nichthaftung. Regelmässig dienen solche «Opinions» jedoch m.E. zumindest als «angemessene Informationsbasis» für VR bzw. für GL.

1.5 Keine Interessenkonflikte

Interessenkonflikte gehören zu den gesellschaftsrechtlichen Kernthemen.⁴⁸ Bei der BJR stellt das *Fehlen von Interessenkonflikten* – zusätzlich einer der Teile des einwandfreien Entscheidungsprozesses – die vierte Hürde dar.⁴⁹ Unbesehen der Frage, ob es z.B. in VR eine (immerhin oft in Reglementen vorgesehene) *Ausstandspflicht* gibt,⁵⁰ dürfte m.E. die letzte Voraussetzung der BJR ohne deren strikte Beachtung unmöglich sein.⁵¹

Wenn *Vermeidungsmechanismen* für Interessenkonflikte – nebst Ausstandspflichten beispielsweise Delegationen von Geschäften an «obere» Gesellschaftsorgane (also an VR oder an GV)⁵² – nicht genutzt werden, kann die BJR nicht geltend gemacht werden. In diesem Zusammenhang kommt *unabhängigen VR-Mitgliedern* eine gewichtige Rolle zu,⁵³ so dass deren Honorare fast als «Versicherungsprämie» betrachtet werden können.

⁴³ Allg.: *Grass*, Rule, 89 ff., 126 sowie 180 ff.; *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 795 ff.

⁴⁴ Trotz Beachtung aller internen Regularien kann sich ein Entscheidungsprozess als nicht einwandfrei erweisen; denkbar ist dies beispielsweise bei (durch das Organisationsreglement an sich zugelassenen) *Tischvorlagen*, für die zu *wenig Zeit* eingeräumt wird; nötig sind z.B. die «Gelegenheit zu ausreichender Diskussion und Nachfrage» sowie ein «vertiefender Gedankenaustausch»: *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 589.

⁴⁵ Zur Informationsbeschaffung: *Grass*, Rule, 86 ff., 125 f. sowie 179; *Nikitine*, Fehlentscheide, 244 ff.; allg.: *Vogt/Bänziger*, Grundsatz, 614.

⁴⁶ Bei einer *Gesellschaftsübernahme* – als Beispiel – scheint eine *Due Diligence (als solche) unerlässlich*; die konkrete Ausgestaltung bzw. Intensität einer solchen Unternehmensprüfung kann allerdings durchaus variieren (nicht zuletzt in Abhängigkeit von allfälligen Garantieklauseln im Übernahmevertrag).

⁴⁷ *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 186.

⁴⁸ Statt vieler: *Hans Caspar von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994) 1 ff.; *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 633 ff.; *Thomas Alexander Steininger*, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 2011) *passim*.

⁴⁹ *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 590; *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 184 f.; *Nikitine*, Fehlentscheide, 179 ff.

⁵⁰ Statt aller: *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 643 ff.

⁵¹ Generell: *Grass*, Rule, 116 f. sowie 176; *Vogt/Bänziger*, Grundsatz, 614.

⁵² Zu möglichen «externen Abstützungen» von Geschäftsentscheidungen: *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 185; *Nikitine*, Fehlentscheide, 193 ff.; allg.: *Michael Lazopoulos*, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, *AJP* 15 (2006) 139 ff.

⁵³ Beispielsweise werden *VR-Ausschüsse* vorgeschlagen: *Nikitine*, Fehlentscheide, 193 ff.

2. Doktrin

Das *Bundesgericht* beruft sich für seine Praxis auf die «herrschende Lehre», ohne Lehrmeinungen zu erwähnen oder sich mit der Doktrin – nur im Ansatz – auseinanderzusetzen. Tatsächlich ist m.W. das Bundesgericht (noch) nie im Detail auf irgendwelche Aspekte der BJR wirklich eingegangen, nicht einmal «obiter». Dass eine dogmatische Grundlegung für diese Regel der Rechtsanwendung fehlt, ist wenig überraschend, aber bedauerlich.

Die *Doktrin* hat sich seit Jahren mit der BJR beschäftigt,⁵⁴ wohl nicht zuletzt als Folge von Weiterbildungen zahlreicher Autoren im angelsächsischen Ausland.⁵⁵ Ein Teil der Lehre beschränkt sich auf das «Prozedere», d.h. die Berufung auf die BJR geht in Ordnung, sofern nur, aber immerhin, ein korrekter Ablauf der Entscheidungsfindung gegeben ist.⁵⁶ Ein anderer Teil der Doktrin – die «vermittelnden» Ansichten⁵⁷ – setzt eine Art minimaler «Inhaltskontrolle» voraus.⁵⁸ Selten wurde die BJR *grundlegend* hinterfragt.⁵⁹

M.E. gibt es – nebst der «pragmatischen Argumentation» – nach wie vor wenige Argumente für die BJR, wobei die Macht des Faktischen anzuer-

kennen ist. Ein zentrales Problem (*de lege lata*)⁶⁰ besteht nach wie vor darin, dass – anders als in benachbarten Rechtsordnungen – *keine gesetzliche Grundlage* der BJR besteht.⁶¹ Für eine *Ausdehnung* in andere Themengebiete (z.B. Supervisory Judgment Rule)⁶² besteht umso weniger Anlass.

3. Fokus auf Körperschaften

Die BJR wird in der Schweiz durch Lehre und Praxis ausschliesslich im Zusammenhang mit *Aktiengesellschaften* abgehandelt, und nicht anders verhält es sich im Übrigen im Ausland («Corporations»). Betroffen sind im Rahmen von Art. 754 ff. OR primär Mitglieder von *VR* bzw. *GL* (und selten von Beiräten); anders sieht es bei materiellen Organen⁶³ aus.

M.E. kann die Praxis zur BJR – trotz fehlender Auseinandersetzung in der Doktrin – ebenfalls bei *GmbH* sowie *Genossenschaften* angewendet werden. Offensichtlich erscheint dies bei Geschäftsführern von GmbH, weil das GmbH-Recht auf das Aktienrecht verweist (Art. 827 OR). Sämtliche Argumente zugunsten der BJR können ausserdem im Hinblick auf Verwaltungen von Genossenschaften (Art. 916 ff. OR) vorgebracht werden.

III. Ausdehnung der BJR?

1. Gesellschaftsrecht

1.1 Materielle Organschaft

Nicht bei jedermann, der für eine AG geschäftlich tätig ist, gelangt die BJR als Verteidigung zur Anwendung. Auf die BJR im Rahmen von Art. 754 OR können sich ausschliesslich Mitglieder des *VR* einerseits sowie der *GL* andererseits berufen.⁶⁴ Insofern besteht keine Übereinstimmung mit dem aktienrechtlichen Organbegriff. M.E. gilt bei *materiellen Organen* (beispielsweise bei Mehrheitsaktionären), d.h. bei Personen mit wesentlichen faktischen Ein-

⁵⁴ *Nikitine*, Fehlentscheide, 95 ff.; *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 581 ff.; *Andrea R. Grass*, Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 72 (2000) 1 ff.; *ders.*, *Rule, passim*; *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 787 ff.; *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 182 ff.; *von der Crone*, Haftungsbeschränkung, 5 ff.; *Vogt/Bänziger*, Grundsatz, 610 ff.; *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 402 ff.; *Frick*, Systematisierung, 509 ff.; *Kissling*, Mehrfachverwaltungsrat, N 474 ff.; *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 115 ff.

⁵⁵ *LL.M.-Ausbildungen* einer Vielzahl von Rechtsanwälten und von Rechtsprofessoren gerade etwa in den USA («Amerikanisierung») tragen Früchte in der Schweiz.

⁵⁶ *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 583 spricht von einem «prozedural untadeligen Zustandekommen des Beschlusses», ohne sich indes dieser Ansicht anzuschliessen; allg.: *Frick*, Systematisierung, 518 ff.

⁵⁷ Auslegeordnung: *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 595.

⁵⁸ Entscheide müssen nicht allein formal-prozedural korrekt zustande kommen, sondern *ex ante* «inhaltlich nachvollziehbar und sachlich vertretbar» sein: *Böckli*, Aktienrecht, § 13 N 584 (Inhaltskontrolle: a.a.O. N 584 ff. sowie N 591c ff.); *Brugger/von der Crone*, Beurteilung, 185 ff. («Nachvollziehbarkeit»).

⁵⁹ *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 115 ff. (diese Ansicht wurde als «willensstark ablehnende Haltung» charakterisiert: *Nikitine*, Fehlentscheide, 140); ablehnend ebenfalls: *Kissling*, Mehrfachverwaltungsrat, N 479; kritisch, wenn auch moderat: *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 404 ff.; mit Kritik zumindest am Fehlen der gesetzlichen Grundlage: *Vogt/Bänziger*, Grundsatz, 616 FN 67.

⁶⁰ Dieses Problem kann *de lege ferenda* gelöst werden: Vgl. dazu hinten IV.2.

⁶¹ *Frick*, Systematisierung, 510 räumt immerhin ein: «Eine Sonderbehandlung eigentlicher Geschäftsentscheide ergibt sich aus dem Text des OR nicht.»

⁶² Vgl. dazu hinten III.2.

⁶³ Vgl. dazu unten III.1.1.

⁶⁴ In diesem Sinne bereits: *Grass*, *Rule*, 112 ad FN 362; allg.: *Nikitine*, Fehlentscheide, 172 ff.

flussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung von AG, die BJR nicht.⁶⁵

«Das Aktienrecht geht grundsätzlich davon aus, dass die Geschäfte der Gesellschaft durch das formell bestellte Exekutivorgan geführt werden. Das bloss ‚faktische‘ Organ ist insofern eine systemwidrige Erscheinung, deren Handlungen keinen Schutz vor richterlicher Kontrolle verdienen»⁶⁶. Bei VR und bei GL bestehen *formale Entscheidungsprozesse* (oder eben nicht), die eine BJR legitimieren; bei materiellen Organen, die sozusagen «ausserhalb des Systems» Einfluss ausüben, fehlen solche Sicherungsmechanismen.

1.2 Konzernsituationen

Das Bundesgericht machte im Jahr 2012 eine *konzernrechtliche* Aussage zur BJR mit potentiell weitreichenden Folgen für Unternehmensgruppen: «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 (..)» (E. 5.1).⁶⁷

Dass bei Konzernsituationen generell ein «strengerer Massstab» angewendet werden solle, wie der Wortlaut des höchstrichterlichen Urteils andeutet,⁶⁸ wurde in der Lehre umgehend kritisiert, und zwar in überzeugender Weise.⁶⁹ M.E. sollte die BJR – sofern überhaupt anerkannt – in Konzernsituationen *nicht generell reduziert* werden, jedoch durchaus, wenn ein «besonderer Wissensstand (...) vorhanden ist oder erwartet werden darf» (a.a.O.). Dies trifft nur, aber immerhin, auf *einige Konzernsituationen* zu.⁷⁰

⁶⁵ Peter V. Kunz, Materielle Organschaft («faktische VR») – Voraussetzungen sowie Folgen im Aktienrecht, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX (Bern 2014) Ziff. 4.2.2 – noch nicht publiziert; gl.M.: Grass, Rule, 115 f.; a.M.: Nikitine, Fehlentscheide, 1 72.

⁶⁶ Grass, Rule, 116.

⁶⁷ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁶⁸ Allenfalls wurde der bundesgerichtliche Text zu *wenig sorgfältig redigiert*, so dass eine (zu) offene Aussage («unter Konzerngesellschaften») resultierte; anders als beispielsweise in den USA mit der Tradition des Common Law lohnt es sich in der Schweiz meist nicht, jedes Wort bzw. alle Formulierungen höchstrichterlicher Urteile auf die «Goldwaage» zu legen.

⁶⁹ Vogt/Bänziger, Grundsatz, 623 ff.

⁷⁰ Es gibt keine allgemeine Wissenszurechnung in Konzernen, zumindest aber im Verhältnis von Obergesellschaft zu

1.3 Audit Judgment Rule

Mit der «grossen» Aktienrechtsrevision sollte ursprünglich im Jahr 2005 eine begrenzte Revisionsstellenhaftung vorgesehen werden. Obwohl dieses Vorhaben in der Folge rechtspolitisch scheiterte oder zumindest nicht unerheblich relativiert wurde, blieb bis heute eine Entschärfung der *Haftungsrisiken für Revisionsstellen* («Deep Pockets») im Zusammenhang mit Art. 755 OR, der eine unbeschränkte Verantwortlichkeit selbst bei leichter Fahrlässigkeit vorsieht, ein wichtiges Anliegen der Revisionsbranche.

Seit einigen Jahren wird mindestens von Teilen der schweizerischen Lehre eine Ausdehnung der BJR von VR bzw. von GL auf Revisionsstellen befürwortet und – konsequenterweise – als *Audit Judgment Rule* bezeichnet:⁷¹ «Hat die Revisionsgesellschaft nicht bloss zu zählen oder zu kontrollieren, sondern darüber hinaus Wertungsentscheidungen des Managements im Rahmen eines *eigenen Wertungsentscheides* zu hinterfragen und zu überprüfen, muss sie, wenn sie zeigen kann, dass sie korrekt vorgegangen ist, für sich die *Vermutung des pflichtgemässen Handelns* beanspruchen können»⁷².

De lege lata ist m.E. eine *Audit Judgment Rule abzulehnen*, was indes nicht zwangsläufig gegen eine Lösung de lege ferenda⁷³ zu sprechen hat. Ei-

Untergesellschaften – also *Down-stream* – dürfte oder müsste m.E. ein Risikobewusstsein vorhanden sein, das eine Einschränkung der BJR legitimiert; anders sieht es im Regelfall aus bei Konzernverhältnissen einerseits *Up-stream* sowie andererseits *Side-stream*, bei denen die BJR im üblichen Rahmen anwendbar sein muss; eine Wissenszurechnung muss ausserdem bei *Doppelorganen* bejaht werden, was zu einer Relativierung der BJR in diesem Bereich führt: Vogt/Bänziger, Grundsatz, 624 f.

⁷¹ In diesem Sinne: von der Crone, Haftungsbeschränkung, 11 ff.; Hablützel, Verantwortlichkeit, 169 ff., v.a. 173 ff.; Hinweise: Kunz, Rundflug, 192 FN 806; im Ausland wird m.W. eine solche Rechtsanwendungsregel zugunsten von Revisoren (noch) *nicht* vorgebracht, und zwar nicht einmal in Rechtsordnungen, die eine BJR grundsätzlich anerkennen.

⁷² Grundlegend: von der Crone, Haftungsbeschränkung, 11; Hervorhebungen hinzugefügt; zu autonomen Wertungsentscheiden von Revisionsstellen: Hablützel, Verantwortlichkeit, 170 f.; die Grundaussage des Zitats ist ohne Zweifel korrekt, ergibt sich m.E. indes durch *Gesetzesinterpretation* (sc. «Pflichten»: Art. 755 Abs. 1 OR) und nicht durch eine «Milchglas-Kontrolle» im Sinne einer angepassten BJR.

⁷³ Insbesondere von der Crone, Haftungsbeschränkung, 13 regt eine Kodifizierung an mit der Schaffung eines «summarischen Vorverfahrens» zu den Voraussetzungen einer

nerseits stehen bei Revisionsstellen, anders als bei VR bzw. bei GL, wohl einzig Rechtsfragen und nicht Geschäftsentscheide⁷⁴ zur Beantwortung.⁷⁵ Andererseits fehlt es ebenfalls – wie bei der BJR – an einer gesetzlichen Basis. Revisionsstellen kommt u.a. eine «Wächterfunktion»⁷⁶ für die Aktionäre zu, die durch eine Audit Judgment Rule ihres Inhalts entleert würde.

2. Finanzmarktrecht

Im Bereich des Finanzmarktrechts sind verschiedene *Behörden* aktiv, die durch ihre Aufsichtstätigkeiten bei Finanzintermediären (Banken, Versicherungen, Fondsleitungen etc.) allenfalls Schaden verursachen können. Generell geniessen Behörden bzw. Behördenmitglieder *keine umfassende Immunität*, sondern sind aufgrund öffentlich-rechtlicher Verantwortlichkeitsregeln potentiell schadenersatzpflichtig. Dies gilt nicht zuletzt für die FINMA, die nicht selten in der Kritik des Publikums und der Medien steht.

Die *Haftung der FINMA* (und ihrer Organe) ergibt sich aus dem Verantwortlichkeitsgesetz.⁷⁷ Diese Verantwortlichkeit wird *wesentlich reduziert* im Vergleich zu Haftungsansprüchen im Rahmen von Art. 754 ff. OR: «Die FINMA und die von ihr Beauftragten haften nur, wenn: a. sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben; und b. Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind» (Art. 19 Abs. 2 FINMAG). Ein Teil der Lehre⁷⁸ postuliert, dass die BJR – als *Supervisory Judgment Rule* bezeichnet – auf die Verantwortlichkeit der FINMA ausgedehnt wird.⁷⁹

Audit Judgment Rule (analog zum Vorschlag zur BJR); ähnlich: *Hablützel*, Verantwortlichkeit, 175.

⁷⁴ A.M.: *Hablützel*, Verantwortlichkeit, 173.

⁷⁵ Dies trifft m.E. ebenfalls zu auf Interpretationen des *Wertungskriteriums* «angemessen» im Umstrukturierungsrecht (z.B. Art. 15 Abs. 4 lit. c FusG: Prüfungsbericht); dass keine klare Grenzlinie zwischen «angemessen» einerseits sowie «unangemessen» andererseits besteht, ergibt sich nicht aus der BJR, sondern aus einer *Gesetzesinterpretation*.

⁷⁶ *Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 129 ff.

⁷⁷ Art. 19 Abs. 1 FINMA i.V.m. Verantwortlichkeitsgesetz (VG, SR 170.32).

⁷⁸ Im Wesentlichen: *Würmli*, Finanzmarktaufsicht, N 218 ff.

⁷⁹ Vorausgesetzt wird, dass bei der FINMA keine Interessenkonflikte herrschen, eine angemessene Entscheidungsgrundlage vorhanden ist sowie guter Glaube besteht: *Würmli*, Finanzmarktaufsicht, N 220 ff.

M.E. muss eine *Supervisory Judgment Rule abgelehnt* werden, weil sie weder als notwendig noch als gesetzeskonform qualifiziert werden kann. Ihr fehlt – wie der BJR – eine Gesetzesgrundlage. Zudem ergeben sich ihre angeblichen Voraussetzungen (z.B. Vermeidung von Interessenkonflikten sowie guter Glaube)⁸⁰ sowohl aus dem Legalitätsprinzip als auch aus dem Finanzmarktaufsichtsrecht. Eine (zusätzliche) Haftungsmilderung gegenüber dem ohnehin herabgesetzten Massstab⁸¹ erscheint nicht angemessen.

IV. Schlussbemerkungen

1. Verschärfte Rechtsanwendung

Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zur BJR sieht *vier Hürden* vor. Beweis für die Erfüllung dieser (Schutz-)Voraussetzungen haben m.E. indes nicht die Verantwortlichkeitskläger, sondern vielmehr die Beklagten zu erbringen, die sich zur Verteidigung auf die BJR berufen wollen.⁸² Insofern findet eine *teilweise Beweislastumkehr* statt.⁸³

Im internationalen Vergleich erscheint die Praxis in der Schweiz ohnehin (zu) milde. M.E. erscheint es angebracht, die bundesgerichtliche Formel *de lege lata* zu verschärfen,⁸⁴ und zwar unbeschrieben einer gesetzlichen Regelung.

⁸⁰ *Würmli*, Finanzmarktaufsicht, N 220 ff. m.w.H.

⁸¹ Die FINMA haftet nicht für jede Pflichtverletzung, sondern einzig für die *Verletzung* «wesentlicher Amtspflichten» (Art. 19 Abs. 2 lit. a FINMAG); bei Ermessensentscheiden können kaum jemals Rechtsverletzungen bzw. Pflichtverletzungen vorliegen, die Haftungsfolgen haben könnten, weil sich die FINMA – wie jede Behörde – zu eigenen Gunsten auf die *verwaltungsrechtliche* «Ohne-Not-Praxis» berufen kann.

⁸² Anders verhält es sich bei der BJR in der USA: *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 789.

⁸³ Für eine Beweislast des Klägers, dass also die Voraussetzungen der BJR nicht erfüllt sind, spricht sich hingegen die h.L. aus: *Grass*, Rule, 148 ff.; *Frick*, Systematisierung, 520; *Nikitine*, Fehlentscheide, 278 f.; *von der Crone*, Haftungsbeschränkung, 8 f.; differenzierend: *Vogt/Bänziger*, Grundsatz, 626 f.; immerhin prüft *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 404 f. einige Aspekte der BJR beim Verschulden, so dass eine (beschränkte) Beweislastumkehr bejaht wird; zudem: *Kissling*, Mehrfachverwaltungsrat, N 480 f.

⁸⁴ Die BJR in der Schweiz *generell abzuschaffen* (*Kunz*, Minderheitenschutz, § 6 N 123), geht m.E. wohl tatsächlich etwas (zu) weit; immerhin sollten *de lege lata Ausdehnungen abgelehnt* werden.

Internationale Rechtsetzungen sollten durch das Bundesgericht als Inspiration herangezogen werden.⁸⁵ Es müssten zwei zusätzliche Hürden für die BJR vorgesehen werden, nämlich das *Wohl der Gesellschaft* einerseits⁸⁶ sowie die *vernünftige Annahme* von VR bzw. von GL, dass ihr geschäftliches Verhalten gerade diesem Ziel dient, andererseits.

2. Rechtsetzung für BJR

Eine *Common Law-Tradition* kann bzw. soll nicht ohne weiteres in ein Civil Law-Land transferiert werden.⁸⁷ Die BJR beruht in der Schweiz – anders als in Deutschland und in Liechtenstein – nicht auf einer gesetzlichen Grundlage, was *rechtsstaatlich heikel* ist. Gesetzgeberische Entwicklungen im Ausland sind zu beachten, und die Schweiz lässt sich gerade durch *Nachbarländer* (v.a. Deutschland) traditionellerweise legislativ inspirieren.⁸⁸ Eine Kodifizierung der BJR würde ausserdem die *Rechtssicherheit* stärken.

Vor diesen rechtspolitischen Hintergründen sollte m.E. die BJR *de lege ferenda* ins schweizerische Aktienrecht übernommen werden.⁸⁹ Die bis heute verzögerte «grosse» Aktienrechtsrevision, bei deren Vernehmlassung im Jahr 2005 eine solche Regelung mehrfach vorgeschlagen wurde, bietet Gelegenheit dafür. *Art. 717 Abs. 3 (neu) OR* könnte wie folgt lauten: «Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor,

wenn sie [sc. Mitglieder von VR bzw. GL] bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.»

3. Und zum Schluss: «Fluch oder Segen?»

Die Antwort auf diese Grundsatzfrage entspricht einer traditionellen *juristischen Ambivalenz*, nämlich: «Ja, aber» (und zwar für beide Fragen). Dass ein reales Bedürfnis für die BJR auf Seite der Unternehmensführung bzw. -führer besteht, steht ausser Zweifel, doch ist wohl auch in diesem Bereich alles eine Frage des Masses («dosis facit venenum»). *Gläubiger* sowie *Aktionäre* dürfen nicht eo ipso «untergeordnet» werden, sondern verdienen Berücksichtigung ihrer berechtigten Schutzanliegen im Rahmen eines Abwägungsprozesses.

Die BJR wird bereits *de lege lata* anerkannt, doch sollten die Voraussetzungen nicht allzu breit verstanden (und verschärft) werden. Umso weniger kommen die in Teilen der Lehre vorgebrachten *Ausdehnungen der BJR* (v.a. Audit Judgment Rule sowie Supervisory Judgment Rule) auf «verwandte» Haftungssachverhalte in Frage. Die diversen Rechtsunsicherheiten – etwa zum Umfang der BJR oder zu den Beweisthemen – könnten *de lege ferenda* beseitigt werden, was zwar wünschenswert, heute allerdings illusorisch erscheint.

V. Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden jeweils mit dem bzw. den Autorennamen sowie mit dem am Schluss des Hinweises angegebenen Zusatz zitiert; Werke, die ausschliesslich für eine Belegstelle herangezogen werden, sind in den entsprechenden Anmerkungen des Textes vollständig angezeigt.

Bärtschi Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht (Diss. Zürich 2001); zit.: *Bärtschi*, Verantwortlichkeit

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht (4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2009); zit.: *Böckli*, Aktienrecht

Brugger Daniel/von der Crone Hans Caspar, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheidungen,

⁸⁵ Keine methodischen Probleme ergeben sich, wenn ein *rechtsvergleichendes Auslegungselement* in der Schweiz anerkannt werden sollte.

⁸⁶ Generell: *Vögt/Bänziger*, Grundsatz, 615 f. sowie 620 ff.; dieses Kriterium (als «good faith») *ablehnend*: *Nikitine*, Fehlentscheide, 225 ff. und 230; *befürwortend*: *Hablützel*, Verantwortlichkeit, 171.

⁸⁷ Ein solcher Vorgang geht nur, aber immerhin, wenn eine *normative Grundlage* geschaffen wird (wie dies beispielsweise bei der durch Common Law inspirierten Rechtsfolge der Auflösungsklage im Rahmen von Art. 736 Ziff. 4 OR der Fall war: «andere sachgemässe Lösungen»); a.M. (zur BJR): *Grass*, Rule, 73 ff.; generell: *Bärtschi*, Verantwortlichkeit, 402 ff.

⁸⁸ *Peter V. Kunz*, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVGIRWiss 108 (2009) 37 ad FN 45.

⁸⁹ Gl.M. *Hablützel*, Verantwortlichkeit, 174 f.; mindestens eine Prüfung dieser Thematik regt an: *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten, N 805/N 936; *von der Crone*, Haftungsbeschränkung, 8 f. regt schliesslich die Legiferierung eines «*summarischen Vorverfahrens*» für die Anwendbarkeit der BJR an; im Gesetz könnte ausserdem eine Audit Judgment Rule zugunsten von Revisionsstellen vorgesehen werden.

SZW 85 (2013) 178–189; zit.: *Brugger/von der Crone*, Beurteilung

von der Crone Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006) 2–19; zit.: *von der Crone*, Haftungsbeschränkung

Frick Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: FS für P. Forstmoser (Zürich 2003) 509–521; zit.: *Frick*, Systematisierung

Grass Andrea R., Business Judgment Rule (Diss. Zürich 1998); zit.: *Grass*, Rule

Hablützel Oliver, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Diss. St. Gallen 2009); zit.: *Hablützel*, Verantwortlichkeit

Jenny Daniel, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen (Diss. Zürich 2012); zit.: *Jenny*, Abwehrmöglichkeiten

Kissling Mischa, Der Mehrfachverwaltungsrat (Diss. Zürich 2006); zit.: *Kissling*, Mehrfachverwaltungsrat

Kunz Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001); zit.: *Kunz*, Minderheitenschutz

Kunz Peter V., Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (2. Aufl. Bern 2012); zit.: *Kunz*, Rundflug

Merkt Hanno/Göthel Stephan R., US-amerikanisches Gesellschaftsrecht (2. Aufl. Frankfurt 2006); zit.: *Merkt/Göthel*, Gesellschaftsrecht

Nikitine Alexander, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide – Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» (...) (Diss. Zürich 2007); zit.: *Nikitine*, Fehlentscheide

Vogt Hans-Ueli/Bänziger Michael, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts – Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule (...), GesKR 2012, 607–627; zit.: *Vogt/Bänziger*, Grundsatz

Würmli Marcel, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, BBA Bd. 15 (Bern 2010); zit.: *Würmli*, Finanzmarktaufsicht