

Hans-Ueli Vogt / Michael Bänziger\*

## Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts

Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts
  1. Pflichtverletzung
  2. Verschulden
    - 2.1 Business Judgment Rule
    - 2.2 Pflicht der Verwaltungsratsmitglieder, die finanzielle Lage der Gesellschaft zu kennen
- III. Bemerkungen
  1. Die Business Judgment Rule in der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung
  2. Zweck, Rechtfertigung und Funktion der Business Judgment Rule
    - 2.1 Schutz des Geschäftsführungsermessens im Interesse der Aktionäre
    - 2.2 Zurückhaltende Überprüfung von Geschäftsentscheiden angesichts der Rolle und Tätigkeit der Gerichte
  3. Die dogmatische Einordnung der Business Judgment Rule ins schweizerische Aktienrecht
    - 3.1 Bedeutung und Problematik der dogmatischen Einordnung
    - 3.2 Pflichten der Organe und Pflichtverletzungen
      - a. Vorbemerkung: Sorgfaltspflicht und objektiver Verschuldensmassstab
      - b. Sorgfaltspflicht: genügende Information
      - c. Treuepflicht: kein Interessenkonflikt
      - d. Sorgfaltspflicht: Schutz des Geschäftsführungsermessens
      - e. Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen: kein Schutz unvertretbarer Geschäftsentscheide
      - f. Fazit
  4. Inhalt und Bedeutung der Business Judgment Rule im schweizerischen Aktienrecht
    - 4.1 Sorgfaltspflicht
      - a. Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung, insbesondere bei der Beschaffung von Informationen
      - b. Keine inhaltliche Überprüfung von Geschäftsentscheiden unter dem Aspekt der Sorgfaltspflicht
      - c. Sorgfalt bei der Einhaltung von Rechtsvorschriften

- 4.2 Treuepflicht: kein Interessenkonflikt
- 4.3 Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen
- 4.4 Zusammenfassung
- 4.5 Beispiel: Gewährung eines Darlehens an eine überschuldete Tochtergesellschaft
5. Die Business Judgment Rule in besonderen Sachzusammenhängen
  - 5.1 Die Business Judgment Rule bei Sanierungsentscheiden
  - 5.2 Die Business Judgment Rule bei konzerninternen Geschäften
    - a. Die Berücksichtigung besonderen Wissens über Konzerngesellschaften bei der Bestimmung der geschuldeten Sorgfalt
    - b. Leistungen zugunsten einer Tochtergesellschaft als Wahrung der Gesellschaftsinteressen; Grundsatz des *«dealing at arm's length»*
    - c. Interessenkonflikt im Fall einer Doppelorganschaft
6. Die Beweislast bei der Business Judgment Rule

### Kernsätze

1. Das Bundesgericht anerkennt, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind, Zurückhaltung aufzuerlegen haben.
2. Wegen des besonderen Wissens der Organe der Muttergesellschaft über die Verhältnisse bei Tochtergesellschaften unterliegen Entscheide betreffend Geschäfte zwischen Konzerngesellschaften einem strengeren Beurteilungsmassstab.
3. Die Gewährung eines Darlehens an eine überschuldete Tochtergesellschaft, für die keine ernsthaften Sanierungsaussichten bestehen, ist pflichtwidrig und führt zur Verantwortlichkeit der Organe der Muttergesellschaft.

### I. Sachverhalt

A. war vom September 1988 bis am 4. Juni 2002 Verwaltungsratspräsident und Delegierter des Verwaltungsrates der X. Holding AG sowie verschiedener hundertprozentiger Tochtergesellschaften der X. Holding AG, unter anderem der XZ. AG, der XQ. AG, der XR. AG und

\* Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich; BLaw Michael Bänziger, Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt. Die Autoren danken MLaw Corina Bötschi, BLaw Daniel Lütolf und lic. iur. Markus Zollinger, Assistierende am Lehrstuhl Vogt, für ihre Unterstützung bei den Abschlussarbeiten.

der S. Bauunternehmung AG.<sup>1</sup> Im Jahr 2000 veranlasste A., dass die X. Holding AG der XQ. AG ein Darlehen in der Höhe von Fr. 1,5 Mio. gewährte.<sup>2</sup> Die XQ. AG war zu diesem Zeitpunkt überschuldet.<sup>3</sup> Im September 2002 wurde über die vorerwähnten X.-Gesellschaften, mit Ausnahme der XR. AG, sowie über eine weitere hundertprozentige Tochtergesellschaft der X. Holding AG der Konkurs eröffnet.<sup>4</sup> Die Gewährung des Darlehens führte für die X. Holding AG im Konkurs der XQ. AG zu einem Schaden in der per 31. Dezember 2001 bilanzierten Höhe der Darlehensforderung von Fr. 1'165'000.–<sup>5</sup>

Im Konkurs der X. Holding AG liessen sich die X. AG (vormals XR. AG) und eine Y. AG von der Konkursmasse allfällige Ansprüche gegenüber A. in der Höhe von ca. Fr. 1 Mio. nach Art. 260 SchKG abtreten.<sup>6</sup> Mit einer beim Bezirksgericht Zofingen eingereichten und von diesem an das Handelsgericht des Kantons Aargau weitergeleiteten Klage beantragten die beiden Abtretungsgläubigerinnen, A. sei zu verpflichten, ihnen Fr. 1 Mio. zuzüglich Zins von 5% seit Klageerhebung zu bezahlen. Das Handelsgericht hiess die Klage gut.<sup>7</sup> Das Bundesgericht hat die von A. gegen das Urteil des Handelsgerichts erhobene Beschwerde abgewiesen.

## II. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

Eine Haftung von Verwaltungsratsmitgliedern aufgrund von Art. 754 OR setzt eine Pflichtverletzung, einen Schaden, einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden und ein Verschulden voraus.<sup>8</sup> Vorliegend von besonderem Interesse sind die Pflichtverletzung und das Verschulden.

### 1. Pflichtverletzung

Das Bundesgericht setzt sich zunächst mit der Einwendung des Beschwerdeführers auseinander, die vorinstanzliche Feststellung einer Überschuldung der XQ. AG Mitte 2000 sei nicht zutreffend. Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass in der Bilanz der XQ. AG des Jahres 2000 richtigerweise Verbindlichkeiten für Ferien- und Überzeitguthaben in der Höhe von insgesamt ca. Fr. 580'000.– hätten passiviert werden müssen. Daraus hätte sich zwar noch keine Überschuldung ergeben, doch hätte gestützt auf Art. 725 Abs. 1 OR eine Generalversammlung ein-

berufen und hätten dieser Sanierungsmassnahmen beantragt werden müssen. Zudem hätte bei realistischer Beurteilung der Werthaltigkeit einer strittigen Forderung aus einem Werkvertrag eine Wertberichtigung in der Höhe von Fr. 1,1 Mio. vorgenommen werden müssen. Insgesamt hätte damit bei richtiger Bilanzierung per Ende 2000 eine Überschuldung bestanden. Gegen die Feststellung einer Überschuldung der XQ. AG wandte sich der Beschwerdeführer mit verschiedenen Vorbringen, doch vermochte er das Bundesgericht nicht davon zu überzeugen, dass der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt offensichtlich unrichtig sei.<sup>9</sup>

Sodann prüft das Bundesgericht, ob die Gewährung des Darlehens durch die Mutter- an die Tochtergesellschaft eine Pflichtverletzung der Organe der Muttergesellschaft darstellte. In seinen Ausführungen bezieht sich das Gericht auf die Vorinstanz, die argumentiert hatte, dass ein Mittelabfluss bei der Muttergesellschaft dann in pflichtwidriger Weise erfolge, wenn keine Aussichten auf Rückzahlung mehr gegeben seien. Eine sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft dürfe deshalb nur unter der Voraussetzung, dass ernsthafte und erfolgversprechende Sanierungsbemühungen in Angriff genommen würden, mit weiteren Mitteln der Muttergesellschaft alimentiert werden. Auch nach Auffassung des Bundesgerichts darf einer Tochtergesellschaft kein Darlehen gewährt werden, wenn keine Aussichten auf Rückzahlung mehr bestehen; das ist dann der Fall, wenn die Tochtergesellschaft überschuldet ist und keine konkreten Sanierungsmassnahmen eingeleitet worden sind. Entsprechend diesen Grundsätzen bedeutete die Darlehensgewährung *in casu* eine Pflichtverletzung.<sup>10</sup>

Die Vorinstanz hatte auch festgehalten, dass ein Darlehen nach dem «*arm's length principle*» nur gewährt werden dürfe, wenn es auch zwischen unabhängigen Parteien gewährt würde. Weil die XQ. AG überschuldet war und keine konkreten Sanierungsmassnahmen eingeleitet worden waren, hätte das Darlehen nicht gewährt werden dürfen. Nach Auffassung des Bundesgerichts vertrat die Vorinstanz mit diesen Erwägungen jedoch «nicht die Ansicht, die Darlehensgewährung an eine Tochtergesellschaft habe immer und in jeder Hinsicht nach dem *arm's length principle* zu erfolgen».<sup>11</sup>

Wie bereits vor dem Handelsgericht machte A. auch vor Bundesgericht geltend, das Vorliegen stiller Reserven bei der X. Holding AG sei wesentlich, denn wenn die Gesellschaft «aufgrund ihres Eigenkapitals und ihrer wirtschaftlichen Solidität die Risikofähigkeit habe, Mittel in die Tochtergesellschaft zu stecken», so schliesse dies eine Sorgfaltspflichtverletzung aus.<sup>12</sup> Das Bundesgericht

<sup>1</sup> Urteil 4A\_74/2012, A.

<sup>2</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 3.

<sup>3</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 3 und 4.1.

<sup>4</sup> Urteil 4A\_74/2012, A.

<sup>5</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 3.

<sup>6</sup> Urteil 4A\_74/2012, A.

<sup>7</sup> Urteil 4A\_74/2012, B.

<sup>8</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 3.

<sup>9</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.1.

<sup>10</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.2.

<sup>11</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.2.

<sup>12</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.3.

führt dazu lediglich aus, es habe schon früher entschieden, «dass eine finanziell gesunde Basis einem Unternehmen in einem klar beschränkten Rahmen eher Risiken einzugehen erlaubt, als wenn eine solche fehlt; Voraussetzung bleibt aber auch dann, dass das Risiko bewusst eingeschätzt und eingegrenzt wird».<sup>13</sup>

## 2. Verschulden

Das Bundesgericht hält vorweg fest, dass die Verwaltungsratsmitglieder für jedes Verschulden haften, wobei ein objektivierter Verschuldensmassstab gilt: «Ein Verschulden ist grundsätzlich immer gegeben, wenn der in Anspruch Genommene nicht so gehandelt hat, wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung objektiv verlangt werden darf».<sup>14</sup>

### 2.1 Business Judgment Rule

Der Beschwerdeführer brachte vor Bundesgericht vor, die Vorinstanz habe einen unrichtigen Sorgfaltsmassstab angewendet, indem sie die Business Judgment Rule bei Transaktionen unter Konzerngesellschaften nicht gelten lassen habe. Die Vorinstanz hatte ausgeführt, die Business Judgment Rule schütze den Verwaltungsrat in weitem Umfang davor, beim Eingehen vertretbarer unternehmerischer Risiken bei externen Transaktionen, die sich aus Bewertungsfragen und der nicht vollständigen Kontrolle über die extern investierten Mittel ergäben, eine Haftung zu gewärtigen. Bei Transaktionen unter Konzerngesellschaften könne dies jedoch nur beschränkt gelten und sei ein strengerer Massstab anzulegen.<sup>15</sup>

Den Vorwurf eines unrichtigen Sorgfaltsmassstabes lässt das Bundesgericht jedoch nicht gelten. Die Vorinstanz habe mit ihren Erwägungen eine «gewisse Zurückhaltung bei der Prüfung von unternehmerischen Entscheidungen bei Transaktionen unter Konzerngesellschaften» nicht ausgeschlossen, sondern lediglich die Ansicht vertreten, es müsse ein strengerer Massstab gelten als bei externen Transaktionen. «Dies ist nicht zu beanstanden.»<sup>16</sup> Und weiter: «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 [...]»<sup>17</sup>. 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. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen ist auf die Informationen abzustellen, über die das Verwaltungsratsmitglied im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte oder verfügen konnte».<sup>18</sup>

### 2.2 Pflicht der Verwaltungsratsmitglieder, die finanzielle Lage der Gesellschaft zu kennen

Das Bundesgericht stützt sodann die Auffassung der Vorinstanz, dass A. «aufgrund seiner Stellung als Doppelorgan in der X. Holding AG und der XQ. AG die prekäre finanzielle Situation der letzteren Gesellschaft im Jahre 2000 zu jedem Zeitpunkt hätte kennen müssen; der Verwaltungsrat muss eine prekäre finanzielle Situation nicht nur dann erkennen, wenn eine Bilanz darüber Aufschluss gibt, sondern auch soweit andere Alarmzeichen im Zusammenhang mit der Geschäftsentwicklung bestehen».<sup>19</sup>

Der Beschwerdeführer machte geltend, er habe die (von ihm bestrittene) Überschuldung der XQ. AG nicht kennen können oder müssen, da die Jahresrechnung 1999 bei Weitem keine Überschuldung aufgezeigt und daher auch keine Pflicht zur Einleitung von Sanierungsmassnahmen bestanden habe. Es könne ihm folglich keine Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, da dies auf eine unzulässige Ex-post-Betrachtungsweise hinauslaufen würde.<sup>20</sup> Das Bundesgericht hält jedoch fest, dass sich der Beschwerdeführer nicht ohne Weiteres damit entlasten könne, dass die Jahresrechnung keine Überschuldung bzw. Unterbilanz aufgezeigt habe. Zu prüfen sei vielmehr, ob der Beschwerdeführer aufgrund der ihm zugekommenen Informationen bei pflichtgemässer Sorgfalt die tatsächliche finanzielle Situation der XQ. AG hätte erkennen müssen.<sup>21</sup> Dies bejaht das Bundesgericht: «Bei pflichtgemäss-realistischer Beurteilung der Forderung [aus dem Werkvertrag] wäre für den Beschwerdeführer die bilanzmässige Überschuldung der XQ. AG im massgeblichen Zeitpunkt erkennbar gewesen. Dies wäre für ihn auch der Moment gewesen, sich über das tatsächliche Vorliegen von Bewertungsreserven bzw. von stillen Reserven

<sup>13</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.3, unter Hinweis auf das Urteil 4C.201/2001 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2002, E. 2.1.2.

<sup>14</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.

<sup>15</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1.

<sup>16</sup> Zum Ganzen das Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1.

<sup>17</sup> Das Bundesgericht verweist auf das Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 754 OR N 31 f.; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA,

in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 717 OR N 6; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 N 401 f.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 24.

<sup>18</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>19</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.2, unter Hinweis auf BGE 132 III 564 E. 5.1, S. 572 f.

<sup>20</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.3 und 5.3.2.

<sup>21</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.3.

Klarheit zu verschaffen»<sup>22</sup>. «Besteht der Vorwurf darin, dass der Beschwerdeführer im (behaupteten) Zeitpunkt der Vermögensverschiebung keine sorgfältige Abklärung der Werthaltigkeit der Forderung vornahm, obschon dazu Anlass bestanden hätte, [...] kann nicht davon gesprochen werden, die Vorinstanz habe die Verschuldensbeurteilung unzulässigerweise aus retrospektiver Sicht vorgenommen.»<sup>23</sup>

### III. Bemerkungen

Die Ausführungen des Bundesgerichts zur Business Judgment Rule geben Anlass zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen. Im Vordergrund steht die Frage: Ergibt sich die rechtliche Ordnung, die das Bundesgericht unter dem Stichwort «Business Judgment Rule» umschreibt, aus dem schweizerischen Recht? Wenn ja, was sind im Einzelnen der Inhalt und die Bedeutung der Business Judgment Rule helvetischer Prägung? Zu diesen beiden Punkten nachstehend Ziffern 3 und 4. Die Beantwortung der beiden Fragen bedingt ein Verständnis vom Zweck, der Rechtfertigung und der Funktion der Business Judgment Rule (dazu nachstehend Ziffer 2). Sind Inhalt und Bedeutung der Business Judgment Rule einmal geklärt, fragt sich, was sich daraus im Besonderen mit Bezug auf Sanierungsentscheide sowie Geschäfte zwischen Konzerngesellschaften ergibt, war doch im vorliegenden Fall ein solcher Geschäftsentscheid zu beurteilen (dazu nachstehend Ziffer 5). Und schliesslich sind einige Bemerkungen zur Beweislast zu machen, denn nach US-amerikanischem Recht ist die Business Judgment Rule eine Vermutungsregel (dazu hinten Ziffer 6). Zuerst soll jedoch kurz in Erinnerung gerufen werden, dass das Bundesgericht in seiner neuesten Rechtsprechung die Business Judgment Rule verschiedentlich angesprochen hat (dazu sogleich Ziffer 1).

#### 1. Die Business Judgment Rule in der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht hält fest, dass es mit der herrschenden Lehre «anerkenne», dass Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen hätten.<sup>24</sup> Dabei ist «anerkennen» hier nicht im Sinne einer (erstmaligen) richterrechtlichen Rechtsgestaltung zu verstehen, sondern als Bestätigung und Zustimmung. Denn das Bundesgericht hat die erwähnte Zurückhaltung *schon früher vertreten* und sich auch tatsächlich in den meisten Fällen in Zurückhaltung

geübt.<sup>25</sup> Doch hat es bis anhin, soweit ersichtlich, an einem einerseits ausdrücklichen und andererseits nicht auf besondere Sachzusammenhänge beschränkten Bekenntnis zu einem Grundsatz der zurückhaltenden Überprüfung von Geschäftsentscheiden im Sinne der Business Judgment Rule gefehlt. Hier seien zwei neuere Urteile kurz angesprochen, die den genannten Grundsatz zwar einigermaßen deutlich, aber jeweils beschränkt auf einen besonderen Sachzusammenhang zum Ausdruck gebracht haben.

Zu erwähnen ist zum einen das Urteil, welches das Bundesgericht im vorliegenden Fall selber anführt, um zu dokumentieren, dass es den Grundsatz einer zurückhaltenden Überprüfung von Geschäftsentscheiden schon früher beachtet hat. Im Urteil 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010 hatte das Gericht ausgeführt, dass «den Organen bei der Beurteilung von *Sanierungsmassnahmen* ein grosser Ermessensspielraum einzuräumen und bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden grundsätzlich Zurückhaltung zu üben» sei.<sup>26</sup> Dieses Zitat steht in einem verfahrens- und beweisrechtlichen Kontext: Aus der zurückhaltenden Überprüfung leitete das Gericht ab, dass der Kläger «detaillierte Behauptungen über die Fehlerhaftigkeit einer Unterlassung» aufstellen müsse.<sup>27</sup>

Zum andern hat das Bundesgericht vor Kurzem den Grundsatz der zurückhaltenden Überprüfung von Geschäftsentscheiden im Rahmen einer *Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach Art. 105 FusG* festgehalten: «Die Festsetzung des Umtauschverhältnisses ist Gegenstand von Verhandlungen zwischen den betroffenen Gesellschaften [...]. Es handelt sich dabei letztlich um einen ausgehandelten Geschäftsleitungsentscheid, der vom Gericht nur zurückhaltend überprüft werden kann [...]. Eine justiziable Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses liegt im Wesentlichen nur dann vor, wenn

<sup>22</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.3.3.

<sup>23</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.3.2.

<sup>24</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1.

<sup>25</sup> Siehe die Analysen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007 (= SSHW Band 266), 125 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000, 239 ff., 251 FN 33; HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff., 6 FN 29; siehe auch ANDREA R. GRASS, Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998 (= SSHW Band 186), 155 ff.

<sup>26</sup> Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4 (Hervorhebung hinzugefügt); siehe zu diesem Urteil BENEDICT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 2010, 417 ff.; PETER V. KUNZ, Klarstellungen zur Konzernhaftung, recht 2011, 41 ff.; HANS-UELI VOGT, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, 1075 ff., 1086; siehe im Übrigen zur Business Judgment Rule im Zusammenhang mit Sanierungsentscheiden hinten III.5.1.

<sup>27</sup> Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4; siehe zur Beweislastverteilung bei der Business Judgment Rule hinten III.6.

dieses in Überschreitung des Ermessensspielraums willkürlich festgesetzt wird».<sup>28</sup>

Mit dem hier besprochenen Urteil liegt nun ein höchst-richterliches Präjudiz vor, auf das die Wissenschaft, die Rechtsprechung und die Beratungspraxis inskünftig verweisen und mit dem sie untermauern können, dass es die Business Judgment Rule im schweizerischen Aktienrecht gibt.

## 2. Zweck, Rechtfertigung und Funktion der Business Judgment Rule

### 2.1 Schutz des Geschäftsführungsermessens im Interesse der Aktionäre

Ausgangspunkt für das Verständnis der Business Judgment Rule und damit für ihre dogmatische Einordnung ins schweizerische Verantwortlichkeitsrecht ist die Tatsache, dass *Geschäftsentscheide* Entscheide sind, die unter ausgesprochen unsicheren Umständen und naturgemäss auf der Basis unvollständiger Informationen getroffen werden und somit Risiken bergen, dass die mit der Geschäftsführung betrauten Organe aber gerade dazu da sind, solche Entscheide zu treffen, in Risiken Chancen zu erkennen und die Chancen in Geschäftserfolg umzumünzen.<sup>29</sup> Die Aktionäre wollen diesen Geschäftserfolg, also wollen sie vernünftigerweise auch, dass die Geschäftsführungorgane Risiken eingehen.<sup>30</sup> Dabei setzen Geschäftsentscheide, wie alle Entscheide, voraus, dass Handlungsalternativen erkannt, erarbeitet und beurteilt werden und dass sie miteinander verglichen und gegeneinander abgewogen werden. Bei diesem Vorgang geht es um die Ausübung von Ermessen, von *Geschäftsführungsermessens*.<sup>31</sup>

Wenn die Einsetzung von Geschäftsführungsorganen mit dem Ziel, dass diese die Geschäfte mit Erfolg führen, nicht durch eine Haftungsordnung infrage gestellt werden soll, muss die *Ausübung des Geschäftsführungsermessens geschützt* werden. Die Haftungsordnung muss anerkennen, dass Risiko auch die «Chance» des Misserfolgs einschliesst. Die Ermessensausübung zu schützen, heisst, dass der Entscheid, das Ermessen so und nicht auf irgendeine andere Weise auszuüben, den Geschäftsführungsorganen nicht zum Vorwurf gemacht werden darf, wenn der Entscheid einen Schaden oder sonstigen Nachteil für die Gesellschaft bewirkt hat.<sup>32</sup> Die grundlegende

tract=429260>, besucht am 15.11.2012), 29 ff.; BUNZ (FN 29), 18 ff.; EISENBERG (FN 29), 444; EISENBERG/COX (FN 29), 647 f.; HOLGER FLEISCHER, Die «Business Judgment Rule»: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 ff., 685 f.; FLEISCHER (FN 29), § 93 AktG N 60; JOACHIM FRICK, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 509 ff., 512; GRASS (FN 25), 35; VOLKER G. HEINZ, in: Schuppen/Schaub (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2. Aufl., München 2010, § 22 N 54; MARTIN KOCK/RENATE DINKEL, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen – Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NZG 2004, 441 ff., 442; REINIER KRAAKMAN/JOHN ARMOUR/PAUL DAVIES/LUCA ENRIQUES/HENRY HANSMANN/GERARD HERTIG/KLAUS HOPT/HIDEKI KANDA/EDWARD ROCK, The Anatomy of Corporate Law, 2. Aufl., Oxford 2009, 79; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005, N 1815 ff.; NIKITINE (FN 25), 115 ff.; SCHNIEDERS (FN 29), 32 ff.; JOHANNES SEMLER, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in: Habersack/Hommelhoff/Hüffer/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, 627 ff., 634 ff.; GERALD SPINDLER, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 3. Aufl., München 2008, § 93 AktG N 35; VON DER CRONE (FN 25), 6; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/SILVIA HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR 2008, Beiheft 43, 47; vgl. auch WATTER/ROTH PELLANDA (FN 17), Art. 717 OR N 6; kritisch zum Begriff des Ermessens im Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheiden BARBARA DAUNER-LIEB, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, München 2011, § 93 AktG N 18. – Was das Bundesgericht einst für Entscheidungen sagte, die Ärzte zu treffen haben, gilt ähnlich auch für Geschäftsentscheide bzw. Geschäftsführer: Den Ärzten ist «sowohl in der Diagnose wie in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals ein Entscheidungsspielraum gegeben, welcher eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt.» (BGE 130 I 337 E. 5.3, S. 343 f.; 120 Ib 411 E. 4a, S. 413). Die Parallele zur Tätigkeit und zu den Entscheidungen der Ärzte besteht jedoch nur zum Teil. Ähnlichkeiten bestehen, wie eben bemerkt, mit Bezug auf die Ausübung von Ermessen angesichts eines Entscheidungsspielraums sowie, damit verbunden, mit Bezug auf die Zurückhaltung bei einer nachträglichen Überprüfung von Ermessensentscheiden (siehe dazu hinten FN 32 sowie III.3.2d). Es bestehen aber auch Unterschiede: Das Ziel der ärztlichen Tätigkeit – die Gesundheit des Patienten – ist wohl deutlicher bestimmt als bei der unternehmerischen Tätigkeit, weshalb der Entscheidungsspielraum bei der Letzteren tendenziell grösser ist; zudem gibt es Regeln für die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit, dagegen nicht für die Tätigkeit von Geschäftsführern (siehe zum letzteren Gesichtspunkt KRAAKMAN et al. [FN 31], 79).

<sup>28</sup> Urteil 4A\_341/2011 des Bundesgerichts vom 21. März 2012, E. 5.1.4; siehe dazu MARKUS VISCHER/THOMAS WEHINGER, Unternehmensbewertung und Kostentragung bei Überprüfungsclagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, GesKR 2012, 455 ff., 458 f.

<sup>29</sup> Siehe HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSHW Band 210), 392; BÖCKLI (FN 17), § 13 N 581; THOMAS BUNZ, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, Diss. Bonn 2010, Köln 2011, 14 ff.; MELVIN ARON EISENBERG, The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law, Fordham Law Review 1993, 437 ff., 444; MELVIN ARON EISENBERG/JAMES D. COX, Corporations and Other Business Organizations, 10. Aufl., New York 2011, 642 ff., 645 f.; HOLGER FLEISCHER, Die «Business Judgment Rule» im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Wank/Hirte/Frey (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, 827 ff., 830 f.; HOLGER FLEISCHER, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 2. Aufl., München 2010, § 93 AktG N 60; GRASS (FN 25), 5, 35 f.; NIKITINE (FN 25), 112 f.; FERIT SCHNIEDERS, Haftungsfreiräume für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und Italien, Diss. Bonn 2007, Köln 2009, 12 ff.

<sup>30</sup> «Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse.» (Gagliardi v. TriFoods Int'l, Inc., 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996)).

<sup>31</sup> Siehe zum Gesagten etwa STEPHEN M. BAINBRIDGE, The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, UCLA School of Law Research Paper, 2003 (zu finden unter <http://ssrn.com/abs

<sup>32</sup> Siehe zum Gesagten EISENBERG (FN 29), 444; SCHNIEDERS (FN 29), 32 ff.; VON DER CRONE (FN 25), 6; vgl. auch GRASS (FN 25), 3, 35; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 31), 46; WATTER/

Rechtfertigung und Zielsetzung der Business Judgment Rule besteht somit darin, die positiven Effekte einer Delegation der Geschäftsführung an eine Unternehmensleitung zu sichern. Die Business Judgment Rule ist eine haftungsrechtliche Konsequenz der Trennung von Mitgliedschaft und Geschäftsführung.<sup>33</sup>

## 2.2 Zurückhaltende Überprüfung von Geschäftsentscheiden angesichts der Rolle und Tätigkeit der Gerichte

Aus der Eigenart von Geschäftsentscheiden als risikobehafteten Ermessensentscheiden folgt auch mit Blick auf die Rolle und Tätigkeit der Gerichte, dass diese sich bei der Überprüfung solcher Entscheide Zurückhaltung auferlegen sollen. Die Gerichte sollen ihr Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens der Geschäftsführungsorgane setzen.<sup>34</sup> Die konkreten Umstände einer Entscheidung lassen sich im Nachhinein nur bruchstückhaft rekonstruieren, und noch weniger ist dies für die verschiedenen Überlegungen möglich, die letztlich zur Wahl des einen statt des anderen Vorgehens geführt haben.<sup>35</sup> Zudem unterliegen Menschen und damit auch Richter bei der nachträglichen Einschätzung der Prognostizierbarkeit eines eingetretenen Ereignisses einem systematischen Fehler, dem sogenannten Rückschaufehler («*hindsight bias*»): Sie unterschätzen, wie wenig wahrscheinlich das, was später tatsächlich geschah, damals schien; in der Rückschau ist vieles vorhersehbar. Gerichte werden darum geneigt sein, eine Pflichtverletzung anzunehmen, wenn feststeht, dass ein Verhalten zu einem Schaden geführt hat. Die Business Judgment Rule will dem Rückschaufehler entgegenwirken, indem sie die Ermessensausübung schützt, falls bestimmte objektivierbare, im

Nachhinein möglichst ohne Rückschaufehler überprüfbare Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>36</sup>

Die Gerichte sollen Geschäftsentscheide aber auch deshalb nur mit Zurückhaltung überprüfen, weil Richter im Allgemeinen weniger *geeignet* sein werden, *Geschäftsentscheide zu treffen*, als die für diese Aufgabe auserkorenen Geschäftsführungsorgane und weil *Entscheidungsverfahren* in Geschäftssachen nicht den formellen Regeln eines Gerichtsverfahrens unterliegen und darum komplexer und umfassender sind (was es zusätzlich erschwert, Geschäftsentscheide im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu rekonstruieren).<sup>37</sup>

## 3. Die dogmatische Einordnung der Business Judgment Rule ins schweizerische Aktienrecht

### 3.1 Bedeutung und Problematik der dogmatischen Einordnung

Die Voraussetzungen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsführungsorgane sind in Art. 754 OR geregelt. Die Business Judgment Rule kann im schweizerischen Recht darum nur rechtliche Geltung haben, nur ins schweizerische Recht «transplantiert» werden, wenn und soweit sie sich aus dieser Bestimmung ergibt, das heisst, wenn sie sich den einzelnen *Voraussetzungen einer Haftung nach Art. 754 OR zuordnen lässt*. Aus dieser Zuordnung ergibt sich sodann, was im Einzelnen der Inhalt und die Bedeutung der Business Judgment Rule sind und wie sie im Kontext der schweizerischen Haftungsdogmatik «funktioniert».<sup>38</sup>

ROTH PELLANDA (FN 17), Art. 717 OR N 6. – Wiederum bezogen auf die Entscheidungen, welche Ärzte treffen müssen: «Sich für das eine oder das andere zu entscheiden, fällt in das pflichtgemässe Ermessen des Arztes, ohne dass er zur Verantwortung gezogen werden könnte, wenn er bei einer Beurteilung ex post nicht die objektiv beste Lösung gefunden hat.» (BGE 130 I 337 E. 5.3, S. 344; 120 Ib 411 E. 4a, S. 413).

<sup>33</sup> Gemäss dem *Supreme Court of Delaware* ist es der Zweck der Business Judgment Rule «to protect and promote the full and free exercise of the managerial power granted to [...] directors» (*Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985)).

<sup>34</sup> Siehe FRICK (FN 31), 513; LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, ZSR 2000, 135 ff., 165; GRASS (FN 25), 2; vgl. auch WILLIAM T. ALLEN/REINIER KRAAKMAN/GUHAN SUBRAMANIAN, Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, 3. Aufl., New York 2009, 250; PETER V. KUNZ, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur «Business Judgment Rule», in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 445 ff., 460; SCHNIEDERS (FN 29), 32.

<sup>35</sup> «The circumstances surrounding a corporate decision are not easily reconstructed in a courtroom years later.» (*Joy v. North*, 692 F.2d 880, 886 (2d Cir. 1982)); siehe auch FLEISCHER (FN 29), 831 f.; SCHNIEDERS (FN 29), 26.

<sup>36</sup> Siehe zum Gesagten BAINBRIDGE (FN 31), 33 f.; BUNZ (FN 29), 31 ff.; EISENBERG/COX (FN 29), 646 f.; GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 31c; KRAAKMAN *et al.* (FN 31), 79; NIKITINE (FN 25), 119 f.; VITO ROBERTO/KRISTOFFEL GRECHENIG, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 2011, 5 ff., *passim*; SCHNIEDERS (FN 29), 26 f.; zum Rückschaufehler kurz und prägnant ROLF DOBELLI, Die Kunst des klaren Denkens, München 2011, 57 ff.

<sup>37</sup> Siehe BAINBRIDGE (FN 31), 37 ff.; BÄRTSCHI (FN 29), 392; BUNZ (FN 29), 16 f.; FLEISCHER (FN 29), 831 f.; GRASS (FN 25), 36 f.; KRAAKMAN *et al.* (FN 31), 79; KRNETA (FN 31), N 1819; HANNO MERKT/STEPHAN R. GÖTHEL, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, N 846; SCHNIEDERS (FN 29), 27; siehe allgemein auch PETER FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager?, Überlegungen zu Art. 725 f. OR, in: Forstmoser *et al.* (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 263 ff., 277 ff.; MICHAEL KRAMPF/ROLF SCHULER, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002, 1060 ff., 1068.

<sup>38</sup> Vgl. zum Ganzen auch GRASS (FN 25), 81 ff.; PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 6 N 115 ff., 123; vgl. allgemein zu «legal transplants» etwa die Darstellung bei HANS-UELI VOGT, Konvergenz von Gesellschaftsrechten, Habil. Zürich 2006, Zürich/St. Gallen 2012, 311 ff.

Die Rezeption der Business Judgment Rule im schweizerischen Recht verläuft nicht ohne Friktionen. Zuerst fragt sich, ob ihr wesentlicher Inhalt, die Zurückhaltung der Gerichte bei der Überprüfung von Geschäftsentscheidungen, auf der Ebene der *Pflichtwidrigkeit* oder (auch) auf der Ebene des *Verschuldens* anzusiedeln ist. Die Frage ist vorliegend von Interesse, denn das Handelsgericht des Kantons Aargau hat die Business Judgment Rule bei der Pflichtwidrigkeit geprüft, während das Bundesgericht sie beim Verschulden abgehandelt hat. Die Zuordnung zur einen oder anderen Haftungsvoraussetzung wirkt sich zum einen im Prinzip bei der Beweislast aus: Weil bei Klagen der Gesellschaft oder aus dem Recht der Gesellschaft bzw. der Gläubigergesamtheit das Verschulden der beklagten Organe vermutet wird,<sup>39</sup> würde die Zuordnung zum Verschulden bedeuten, dass der Kläger die betreffende Haftungsvoraussetzung nicht beweisen muss. Zum andern ist die Zuordnung unter Umständen von Bedeutung beim Rückgriff unter mehreren Haftenden.<sup>40</sup> Hingegen ist die Zuordnung namentlich der Frage, ob ein Geschäftsentscheid auf der Grundlage angemessener Information getroffen wurde, wohl ohne Bedeutung dafür, ob überhaupt eine Haftung eintritt: Hat ein Geschäftsführungsorgan auf der Grundlage angemessener Information gehandelt und (auch sonst) keinen Fehler unter dem Titel des Verschuldens begangen, so fehlt es entweder am Verschulden oder an der Pflichtwidrigkeit *und* am Verschulden, und es tritt keine Haftung ein; hat das Geschäftsführungsorgan demgegenüber (auch) eine (andere) Pflicht verletzt, so ist nach den Regeln über den objektivierten Sorgfaltsmassstab in aller Regel auch ein Verschulden gegeben.<sup>41</sup>

Friktionen verursacht die Rezeption der Business Judgment Rule auch wegen ihrer *rechtstechnischen Funktionsweise*. Nach US-amerikanischem Recht begründet die Business Judgment Rule eine Vermutung sorgfältigen Handelns zugunsten der beklagten Organe, solange es dem Kläger nicht gelingt, zu beweisen, dass der Geschäftsentscheid nicht auf der Basis genügender Information oder aber unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts getroffen wurde oder dass der Entscheid offensichtlich unhaltbar ist. Gelingt dem Kläger dieser Beweis, so entfällt die Vermutungswirkung, und der Geschäftsentscheid wird einem «*entire fairness test*» unterzogen.<sup>42</sup> Ohne Gesetzesänderung lässt sich diese «Mechanik» nicht ins schweizerische Recht transferieren. Nach schweizerischem Recht ist vielmehr im Einzel-

nen zu prüfen, was der Inhalt der verschiedenen Organpflichten ist, nach welchem Massstab in einem Haftungsfall die Einhaltung der Pflichten überprüft wird und wen diesbezüglich aufgrund der einschlägigen Bestimmungen über die Beweislastverteilung im Einzelnen welche Beweislast trifft.<sup>43</sup>

Die Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik des schweizerischen Aktienrechts setzt voraus, dass man sie *in ihre Teilgehalte*, wie das Bundesgericht sie definiert, «*zerlegt*» und sie sodann nach Massgabe des Schweizer Rechts wieder «*zusammensetzt*».<sup>44</sup> Das soll im Folgenden geschehen.

### 3.2 Pflichten der Organe und Pflichtverletzungen

#### a. Vorbemerkung: Sorgfaltspflicht und objektivierter Verschuldensmassstab

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). Was die *Sorgfaltspflicht* betrifft, so müssen die Organe diejenige Sorgfalt walten lassen, die man von einer pflichtbewussten, umsichtigen, gut informierten, ihrem Amt gewachsenen Person verlangen kann. Der Sorgfaltsmassstab wird somit auf der einen Seite objektiviert, auf der anderen aber auch mit Rücksicht auf die konkreten Umstände bestimmt und insofern individualisiert. Dabei hat sich ein Geschäftsführungsorgan besondere Fähigkeiten und ein besonderes Wissen, über das es im Zeitpunkt des angeblich pflichtwidrigen Verhaltens verfügte oder verfügen konnte, zurechnen zu lassen.<sup>45</sup>

Eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit setzt ein *Verschulden* voraus. Ein solches ist gegeben, wenn dem Organ Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Ob ein Verhalten fahrlässig war, beurteilt sich nach einem objektiven Massstab. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn das Organ nicht so gehandelt hat, wie dies von einer sachkundigen, umsichtigen Person in der konkreten Stellung erwartet werden durfte, das heisst, wenn es die gebotene Sorgfalt missachtet hat. Verschulden bedeutet somit mangelnde Sorgfalt.<sup>46</sup> Einwendungen aufgrund persönlicher Umstände, etwa, es habe dem Organ

<sup>43</sup> Siehe zu den hier angesprochenen Fragen hinten III.3.2, III.4 und III.6.

<sup>44</sup> Vgl. zu diesem Vorgang VOGT (FN 38), 9.

<sup>45</sup> Siehe zum Ganzen das Urteil 4A\_467/2010 des Bundesgerichts vom 5. Januar 2011, E. 3.3; Urteil 4C.201/2001 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2002, E. 2.1.1; sodann etwa BÖCKLI (FN 17), § 13 N 575 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 28 N 19 ff.; HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, in: Tercier/Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand du Code des Obligations II, Basel/Frankfurt a.M. 2008, Art. 717 OR N 4 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA (FN 17), Art. 717 OR N 5.

<sup>46</sup> Siehe zum Ganzen das Urteil 4A\_74/2012, E. 5; BÄRTSCHLI (FN 29), 299 ff.; BÖCKLI (FN 17), § 18 N 429 ff.; FORSTMOSER (FN 39), N 285 ff.; GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 32.

<sup>39</sup> PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 337 f.; GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 35; GRASS (FN 25), 149 f.; NIKITINE (FN 25), 89 f. und 278. Vgl. Art. 759 Abs. 3 OR.

<sup>41</sup> Siehe zum Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden im Fall einer Sorgfaltspflichtverletzung hinten III.3.2a.

<sup>42</sup> Siehe zum Ganzen ROBERT CHARLES CLARK, Corporate Law, Aspen 1986, 123 f.; EISENBERG/COX (FN 29), 643 ff.; MERKT/GÖTHEL (FN 37), N 844; vgl. auch ALLEN/KRAAKMAN/SUBRAMANIAN (FN 34), 253 f.

an den für das Amt erforderlichen Kenntnissen gefehlt oder es habe sich infolge Zeitmangels oder dringender anderweitiger Geschäfte nicht intensiver um seine Aufgaben kümmern können, schliessen den Verschuldensvorwurf nicht aus. Was für die Prüfung des Verschuldens als haftungsbegründende Voraussetzung verbleibt und sie von der Pflichtwidrigkeit unterscheidet, ist im Wesentlichen die Frage der Urteilsfähigkeit. Aus der organischen Sorgfaltspflicht ergibt sich damit im Prinzip das Gleiche wie aus der Anforderung, nicht fahrlässig zu handeln. Liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung vor, ist darum in aller Regel auch ein Verschulden gegeben.<sup>47</sup>

Vor diesem Hintergrund lässt sich im Folgenden aufzeigen, dass die Voraussetzungen der Business Judgment Rule (ein Entscheid auf der Grundlage angemessener Information, ein Entscheidungsverfahren frei von Interessenkonflikten und kein geradezu unvertretbarer Geschäftsentscheid) wie auch ihr eigentlicher Inhalt, der Schutz der Ermessensausübung, der Tatbestandsvoraussetzung der *Pflichtwidrigkeit* zuzuordnen sind.

#### b. Sorgfaltspflicht: genügende Information

Die Sorgfaltspflicht verlangt *Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung*, also ein sorgfältig ausgestaltetes Entscheidungsverfahren und die Einhaltung der Verfahrensregeln. Dazu gehört namentlich die Beschaffung genügender Informationen. Wenn das Bundesgericht die Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden daran knüpft, dass diese Entscheide «in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden [...] Entscheidprozess zustande gekommen sind»,<sup>48</sup> so ergibt sich diese Voraussetzung der Business Judgment Rule aus der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR.<sup>49</sup> Ob ein Entscheid auf der Grundlage angemessener Information getroffen wurde, ob mithin das beklagte Geschäftsführungsorgan anlässlich der Beschlussfassung auf dem von ihm verlangten Wissensstand war, ist darum bereits bei der Pflichtwidrigkeit zu prüfen und nicht erst und ausschliesslich beim Verschulden.<sup>50</sup> Das Bundesgericht hätte dementsprechend die Frage, ob A. um die Überschuldung der XQ. AG hätte wissen sollen, bereits bei der Pflichtwidrigkeit beantworten müssen. Unter diesem Titel handelt das Gericht jedoch nur die Gewährung des Darlehens an eine

überschuldete Tochtergesellschaft ohne Aussicht auf Rückzahlung ab.<sup>51</sup> Wenn darin entsprechend den bundesgerichtlichen Erwägungen grundsätzlich eine Sorgfaltspflichtverletzung zu erblicken ist, dann hätten bei dieser Prüfung auch alle weiteren Umstände gewürdigt werden müssen, aus denen sich letztlich ergibt, ob die Sorgfaltspflicht verletzt wurde oder nicht; zu diesen Umständen gehört, ob der Entscheid sorgfältig vorbereitet war und insbesondere auf der Basis genügender Information getroffen wurde.<sup>52</sup>

#### c. Treuepflicht: kein Interessenkonflikt

Die Business Judgment Rule setzt sodann voraus, dass ein Geschäftsentscheid in einem «von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess» zustande gekommen ist.<sup>53</sup> Diese Anforderung ergibt sich aus der Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR. Sie bedeutet, dass die Geschäftsführungsorgane die Interessen der Gesellschaft und nicht anderweitige Interessen zu verfolgen haben. Es sollen Handlungen eines Organs verhindert werden, bei denen dessen eigene Interessen oder Drittinteressen mit jenen der Gesellschaft kollidieren.<sup>54</sup> Der «von Interessenkonflikten freie Entscheidprozess» als Voraussetzung der Business Judgment Rule bedeutet somit, dass ein Geschäftsentscheid nur dann mit Zurückhaltung überprüft wird, wenn ihm keine Treuepflichtverletzung zugrunde liegt.<sup>55</sup>

#### d. Sorgfaltspflicht: Schutz des Geschäftsführungsermessens

Der Kerngehalt der Business Judgment Rule ist der Schutz der Ausübung von Geschäftsführungsermessens.<sup>56</sup> Auch insofern ist die Business Judgment Rule der Sorgfaltspflicht zuzuordnen. Denn es geht beim Schutz der Ermessensausübung darum, wie die Gerichte die *Gesetzesbestimmung über die Sorgfaltspflicht* (Art. 717 Abs. 1 OR) *auslegen und anwenden* sollen, wenn die *Verantwortlichkeit* von Organen geltend gemacht wird. Die Business Judgment Rule «anzuerkennen», bedeutet vor allem, die Sorgfaltspflicht im Kontext der Verantwortlichkeit auszulegen und eine Sorgfaltspflichtverletzung allein wegen der Ausübung von Geschäftsführungsermessens zu verneinen. Darum ist auch der Kerngehalt der

<sup>47</sup> Siehe zum Gesagten BÄRTSCHI (FN 29), 304 ff.; BÖCKLI (FN 17), § 18 N 429 f.; GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 35; GLANZMANN (FN 34), 161; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 31), 33.

<sup>48</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1.

<sup>49</sup> Vgl. zum Ganzen etwa GRASS (FN 25), 125 f.; PETER R. ISLER, *Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates*, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zürich 2003, 1 ff., 3; PETER V. KUNZ, *Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven*, AJP 1998, 1267 ff., 1280.

<sup>50</sup> Siehe GRASS (FN 25), 137; vgl. auch FLEISCHER (FN 31), 688; GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 31a.

<sup>51</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.

<sup>52</sup> Zum Ganzen Näheres hinten III.4.1a.

<sup>53</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1.

<sup>54</sup> Siehe zum Gesagten BGE 130 III 213 E. 2.2.2, S. 219; BÖCKLI (FN 17), § 13 N 598 ff.; GLANZMANN (FN 34), 166; ERIC HOMBURGER, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat*, Art. 707-726 OR, Art. 717 OR N 770 ff.; CHRISTA ALEXANDRA SOMMER, *Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR*, Diss. Zürich 2010 (= SSHW Band 298), 17 ff.; THOMAS ALEXANDER STEININGER, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*, Diss. Zürich 2011 (= ZStP Band 238), 103; WATTER/ROTH PELLANDA (FN 17), Art. 717 OR N 15.

<sup>55</sup> Zum Ganzen Näheres hinten III.4.2.

<sup>56</sup> Siehe vorn III.2.1.



Business Judgment Rule der Pflichtwidrigkeit, nicht dem Verschulden zuzuordnen.<sup>57</sup>

Ist ein Entscheid sorgfältig vorbereitet und frei von Interessenkonflikten getroffen worden, so ist die Ausübung des Ermessens den Geschäftsführungsorganen überlassen. Dieses *Ermessen* müssen sie *sorgfältig ausüben*. Der Schutz des Geschäftsführungsermessens bedeutet nicht, dass die Organe bei der Ausübung ihres Ermessens frei wären. Darauf, dass die Organe ihr Ermessen pflichtgemäss ausüben, gründet die Delegation der Geschäftsführung an eine Unternehmensleitung, und darauf gründet die Wahl bestimmter Personen als Mitglieder dieser Unternehmensleitung. Mithin ändert die Business Judgment Rule an dem für die Geschäftsführungsorgane geltenden *Verhaltensmassstab* (*standard of conduct*) nichts. Doch kann ihnen ein Geschäftsentscheid *nicht* als *Sorgfaltspflichtverletzung* vorgeworfen werden, falls der Entscheid vor einem weniger strengen *Überprüfungsmassstab* (*standard of review*) standhält. Im Interesse des Schutzes des Geschäftsführungsermessens und aus allen anderen Gründen, die für die Business Judgment Rule sprechen,<sup>58</sup> weichen der Verhaltens- und der Überprüfungsmassstab voneinander ab. Das wurde für das US-amerikanische Recht so gesagt,<sup>59</sup> und es lässt sich auch für das schweizerische Recht vertreten (und auch für das deutsche).<sup>60</sup>

Nach dem Überprüfungsmassstab ist eine Sorgfaltspflichtverletzung unseres Erachtens dann anzunehmen, wenn die Pflichtverletzung *offensichtlich* war. Offensichtlichkeit, verstanden als eindeutige Erkennbarkeit *ex ante*, ist ein verbreitetes Kriterium zur Identifikation qualifizierter Rechtsverletzungen; vor allem aber trägt es dem Ziel in geeigneter Weise Rechnung, die Ausübung von Geschäftsführungsermessens nicht zu hemmen. Zu klären bleibt, worauf im Einzelnen ein Vorwurf einer offensichtlichen Sorgfaltspflichtverletzung gründen kann; darauf ist später einzugehen.<sup>61</sup>

Ist ein Entscheid nicht sorgfältig vorbereitet oder nicht frei von Interessenkonflikten getroffen worden (womit die Sorgfalt- bzw. die Treuepflicht verletzt worden ist), so entfällt die Rechtfertigung dafür, die Ausübung von Geschäftsführungsermessens nur zurückhaltend, das heisst, nach dem weniger strengen Überprüfungsmassstab zu beurteilen. Das *Geschäftsführungsermessens* ist in solchen Fällen *nicht pflichtgemäss ausgeübt*, die «Spielregeln» für die Ausnützung des unternehmerischen Entscheidungsspielraums sind nicht beachtet worden, so dass der Geschäftsentscheid daraufhin zu überprüfen ist, ob er dem *Verhaltensmassstab* der Sorgfalt entspricht.<sup>62</sup>

#### e. Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen: kein Schutz unvertretbarer Geschäftsentscheide

Selbst ein sorgfältig vorbereiteter und insbesondere auf einer angemessenen Informationsbasis beruhender Geschäftsentscheid, der überdies in einem von Interessenkonflikten freien Verfahren zustande gekommen ist, führt zu einer Verantwortlichkeit der Organe, wenn der *Entscheid unvertretbar* ist. Ein unvertretbarer Entscheid ist einer, der *nicht* den *Interessen der Gesellschaft* entspricht. Das machen sowohl die US-amerikanischen Regelungen, soweit sie den Vorbehalt unvertretbarer Geschäftsentscheide kennen (kein Schutz im Fall eines Entscheids, von dem der *director* oder *officer* «*did not reasonably believe to be in the best interests of the corporation*»<sup>63</sup>),<sup>64</sup> als auch das deutsche Recht deutlich.<sup>65</sup>

<sup>57</sup> Anders das Bundesgericht im Urteil 4A\_74/2012, E. 4 und 5; anders auch GRASS (FN 25), 138, der die Meinung vertritt, dass die Übernahme der Business Judgment Rule ins schweizerische Recht die Funktion des Verschuldens modifiziere, wobei dieses überhaupt nur zu prüfen sei, wenn die Voraussetzungen der Anwendung der Business Judgment Rule nicht erfüllt seien, denn andernfalls fehle es bereits an einer Pflichtverletzung; wie hier für das deutsche Recht FLEISCHER (FN 31), 688.

<sup>58</sup> Siehe vorn III.2.

<sup>59</sup> «*The business judgment rule is a standard of judicial review for director conduct, not a standard of conduct.*» (Mueller v. Zimmer, 124 P.3d 340, 351 (Wyo. 2005)); siehe zum Gegensatz von *standard of review* und *standard of conduct* auch American Bar Association, Model Business Corporation Act, 4. Aufl., Chicago 2008, *Official Comment* zu § 8.31, 8–46 ff.; EISENBERG (FN 29), *passim*; EISENBERG/COX (FN 29), 642 ff.

<sup>60</sup> Siehe für das schweizerische Recht HANS-UELI VOGT/ADRIAN HARTMANN, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit Rechtsverfahren – Bewertung von Aktiven zur Feststellung einer Überschuldung, GesKR 2009, 241 ff., 242 f.; für das deutsche Recht FLEISCHER (FN 31), 689 f. – Der Quervergleich mit der Arzthaftung bestätigt, dass es richtig ist, den Schutz der Ermessensausübung dogmatisch als Abweichung zwischen dem Verhaltensmassstab und einem (weniger strengen) Überprüfungsmassstab zu konzipieren: Ärzte haben «für jene Gefahren und Risiken, die immanent mit jeder ärztlichen Handlung und auch mit der Krankheit an sich verbunden sind, im allgemeinen nicht einzustehen» (BGE 120 Ib 411 E. 4a, S. 413); der Arzt muss für eine unrichtige Beurteilung nur einstehen, «wenn diese unvertretbar ist oder auf objektiv ungenügender Untersuchung beruht», während ihm «objektive Fehlgriffe nicht als Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen sind, welche bei einem so vielgestaltigen und verschiedenartigen Auffassungen Raum bietenden Beruf in gewissem Umfang als unvermeidbar erscheinen» (BGE a.a.O., S. 413 f.). – Näheres zum Ganzen hinten III.4.1.

<sup>61</sup> Siehe hinten III.4.1.

<sup>62</sup> Näheres zum Ganzen hinten III.4.1 und III.4.2.

<sup>63</sup> § 8.31(a)(2)(ii) Model Business Corporation Act (FN 59).

<sup>64</sup> «*[W]here the shareholder contends that the directors' judgment is so unwise or unreasonable as to fall outside the permissible bounds of the directors' sound discretion, a court should, we think, be able to conduct its own analysis of the reasonableness of that business judgment.*» (Cramer v. General Tel. & Electronics Corp., 582 F.2d 259, 275 (3d Cir. 1978)). Zudem darf ein Geschäftsentscheid keinen «*waste of assets*» darstellen, sodass «*no person of ordinary, sound business judgment would deem it worth that which the corporation has paid*» (Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, 189 (Del. 1988)). Siehe sodann etwa EISENBERG/COX (FN 29), 753 ff.; GRASS (FN 25), 44 f. und 66 ff.; MERKT/GÖTHEL (FN 37), N 868.

<sup>65</sup> Siehe für das deutsche Recht etwa CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule, WM 2005, 2065 ff., 2069; FLEISCHER (FN 31), 691; SPINDLER (FN 31), § 93 AktG N 50 ff.

Der Anknüpfungspunkt für den Vorbehalt unvertretbarer Geschäftsentscheide ist im schweizerischen Aktienrecht darum die Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen (Art. 717 Abs. 1 OR). Ein Entscheid, der den Interessen der Gesellschaft widerspricht, löst, wenn alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, Verantwortlichkeitsfolgen aus. Der Schutz des Geschäftsführungsermessens erfordert nicht und lässt nicht zu, dass ein solcher Entscheid von den Gerichten nicht infrage gestellt werden dürfte.<sup>66</sup>

#### f. Fazit

Sowohl die Voraussetzungen der Business Judgment Rule (einwandfreier, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhender und von Interessenkonflikten freier Entscheidungsprozess) als auch ihr eigentlicher Inhalt (Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden) lassen sich, in ihre Teilgehalte zerlegt, der Sorgfalts-, der Treue- und der Interessenwahrungspflicht von Geschäftsführungsorganen zuordnen. Die Business Judgment Rule ergibt sich somit aus den Organpflichten gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, ausgelegt im Lichte der Rolle der Geschäftsführungsorgane, der Eigenart von Geschäftsentscheiden und der Bedeutung der Haftungs- und Verantwortlichkeitsordnung für die Erfüllung der Organpflichten. Eine darüber hinausgehende, besondere Zurückhaltung der Gerichte bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden gibt es im geltenden schweizerischen Recht jedoch nicht.<sup>67</sup>

### 4. Inhalt und Bedeutung der Business Judgment Rule im schweizerischen Aktienrecht

Sind einmal die einzelnen Elemente der Business Judgment Rule den verschiedenen Pflichten der Organe einer Schweizer Aktiengesellschaft zugeordnet, so ist für jede einzelne Pflicht zu untersuchen, ob und inwieweit bei der Beurteilung einer allfälligen Pflichtverletzung dem Grundgedanken eines Schutzes des Geschäftsführungsermessens Rechnung zu tragen ist.

#### 4.1 Sorgfaltspflicht

Die mit der Geschäftsführung befassten Organe müssen alle ihre Aufgaben sorgfältig erfüllen (Art. 717 Abs. 1 OR). Aus dem objektivierten Sorgfaltsmassstab ergeben sich die Anforderungen an ihr Geschäftsführungsverhalten. Treffen sie Geschäftsentscheide, so kommt im Fall einer Verantwortlichkeitsklage jedoch ein weniger strenger Überprüfungsmassstab zum Zug, damit die Aus-

übung des Geschäftsführungsermessens geschützt bleibt (vorausgesetzt, es liege nicht eine Treuepflichtverletzung wegen eines Interessenkonflikts vor).<sup>68</sup> Im Folgenden wird auf zwei besonders wichtige Aspekte der Sorgfaltspflicht eingegangen: auf die Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung, insbesondere bei der Beschaffung von Informationen, und auf die Sorgfalt bei der Einhaltung von Rechtsvorschriften.

#### a. Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung, insbesondere bei der Beschaffung von Informationen

Die Geschäftsführungsorgane schulden der Gesellschaft ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse der Gesellschaft, nicht aber einen bestimmten Erfolg.<sup>69</sup> Damit richtet sich das Augenmerk auf ein sorgfältig ausgestaltetes Entscheidungsverfahren sowie auf die Einhaltung der Verfahrensregeln.<sup>70</sup> Die Anwendung der Business Judgment Rule setzt darum einen einwandfreien Entscheidungsprozess voraus. Im Vordergrund steht dabei, dass der Geschäftsentscheid auf der Grundlage *angemessener, genügender Information* getroffen worden sein muss.<sup>71</sup>

Die *Sorgfaltspflicht* verlangt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter anderem, «dass der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest, nötigenfalls von der Geschäftsleitung ergänzende Auskünfte verlangt und bei Feststellung von Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einschreitet».<sup>72</sup> «Zudem ist es kaum mit der Sorgfaltspflicht vereinbar, wenn ein Verwaltungsrat Kredite in dieser Höhe [Fr. 2 Mio.] ohne Vorliegen der wesentlichen Angaben und deren näheres Studium lediglich aufgrund von Informationen bewilligt, die ihm erstmals in der Sitzung des Verwaltungsrats bekannt ge-

<sup>68</sup> Siehe zum Ganzen vorn III.3.2.

<sup>69</sup> Siehe GLANZMANN (FN 34), 165 f.; VON DER CRONE (FN 25), 8; vgl. auch GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 31a. – Auch insofern passt der Vergleich mit der Arzthaftung: «Als Beauftragter schuldet der Arzt dem Patienten nicht die Wiederherstellung der Gesundheit, sondern lediglich eine darauf ausgerichtete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Eine durch die Behandlung verursachte neue gesundheitliche Beeinträchtigung ist indessen vom blossen Ausbleiben des Behandlungserfolgs zu unterscheiden» (BGE 120 II 248 E. 2c, S. 250).

<sup>70</sup> Siehe vorn III.3.2b.

<sup>71</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1; nicht erwähnt im Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4. Auch in den USA wird verlangt, dass die *directors* ihren Geschäftsentscheid auf der Basis genügender Information getroffen haben: «[A]n informed decision [...] is a prerequisite to the legal insulation afforded by the business judgment rule» (The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volumes 1 and 2, St. Paul, Minnesota 1994, *Comment* zu § 4.01[c]). Die Gerichte prüfen daher, ob «the directors have informed themselves, prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them» (*Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 872 [Del. 1985] und dazu CLARK [FN 42], 128 f.). Ebenso setzt die Business Judgment Rule deutscher Prägung voraus, dass das Vorstandsmitglied «auf der Grundlage angemessener Information» gehandelt hat (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG).

<sup>72</sup> BGE 97 II 403 E. 5b, S. 411.

<sup>66</sup> Näheres zum Ganzen hinten III.4.3.

<sup>67</sup> Insofern übereinstimmend mit KUNZ (FN 38), § 6 N 123, sowie KUNZ (FN 34), 461, der die Auffassung vertritt, dass eine gesetzliche Grundlage für die Business Judgment Rule fehle.

macht werden.»<sup>73</sup> Es fragt sich, ob auch mit Bezug auf den damit *normativ vorgegebenen Informationsstand* – und nicht nur bezüglich der eigentlichen Ausübung des Geschäftsführungsermessens – der *Überprüfungsmassstab einer offensichtlichen Sorgfaltspflichtverletzung* zur Anwendung kommen soll. Nach der Konzeption der Business Judgment Rule ist die angemessene Informationsbasis eine *Voraussetzung* dafür, dass die Ausübung von Geschäftsführungsermessens im Rahmen eines Geschäftsentscheid nicht näher untersucht wird; damit ist noch nicht gesagt, nach welchem rechtlichen Standard die «Angemessenheit» der Information, über die das Organ verfügt hat, beurteilt wird. Hierzu ist Folgendes anzumerken:

Einen Geschäftsentscheid zu treffen, heisst unter anderem, Informationen zu prüfen, zu verarbeiten und aus ihnen Schlüsse zu ziehen, sie also in bestimmter Weise zu verwenden. Das ist mit der Ausübung von Geschäftsführungsermessens gemeint, und dieser Vorgang sollte nach dem Gesagten nicht im Nachhinein einer uneingeschränkten Beurteilung unter Sorgfaltsaspekten unterzogen werden.<sup>74</sup> Für die Informationsbeschaffung gilt jedoch nichts anderes: Auch die Beschaffung von Informationen und die ständige Auseinandersetzung mit der Frage, ob und gegebenenfalls welche weiteren Informationen beschafft werden sollen, ist ein Element der Geschäftsführung und damit dem *Ermessen der Geschäftsführungsorgane* anheimgestellt.<sup>75</sup> Betrachtet man auf der einen Seite den Vorgang der *Informationsbeschaffung*, so ist es ein Ermessensentscheid, bei welchem Kenntnisstand keine weiteren Informationen mehr beschafft werden, und zwar obwohl jede Information und Erkenntnis theoretisch Anlass zur Beschaffung immer weiterer Informationen gibt. Das Ermessen bezieht sich auf eine Einschätzung des Nutzens weiterer Informationen, aber auch auf den mit der Informationsbeschaffung verbundenen Aufwand. Dieser Ermessensentscheid ist ein Geschäftsentscheid. Wenn man auf der anderen Seite den «*eigentlichen*» *Geschäftsentscheid* anschaut, entpuppt er sich als ein Entscheid über die Informationsbeschaffung. Der Entscheid, für ein Unternehmen, das gekauft werden soll, Fr. 25 Mio. statt Fr. 20 Mio. zu bezahlen, gründet auf dem Entscheid, den Unternehmenswert nicht noch weiter abzuklären. Weitere Abklärungen hätten vielleicht ergeben, dass die Lagerbestände überbewertet sind, und diese Informationen hätten ihrerseits zu weiteren Abklärungen Anlass gegeben. Was als «*eigentlicher*» Geschäftsentscheid erscheint, ist ein Entscheid über die Beschaffung von Informationen. Geschäftsführung ist somit immer auch Informationsbeschaffung, Informa-

tionsbeschaffung ist Geschäftsführung. Die der Business Judgment Rule zugrunde liegende Vorstellung, die Herstellung einer angemessenen Informationsgrundlage einerseits und der «*eigentliche*» Geschäftsentscheid andererseits liessen sich voneinander trennen, gründet auf einer unzutreffenden Beschreibung von Entscheidungsprozessen.<sup>76</sup>

Der Schutz des Geschäftsführungsermessens muss demnach dazu führen, dass auch die Art und Weise und das Ausmass der Informationsbeschaffung nicht uneingeschränkt unter Sorgfaltsaspekten infrage gestellt werden können. Alle Gründe, die für die Business Judgment Rule sprechen,<sup>77</sup> sprechen gerade auch dafür, dass Gerichte die Informationsbeschaffung der Organe nur mit Zurückhaltung überprüfen.<sup>78</sup> Ob die verantwortlichen Personen über genügende Information verfügt haben, beurteilt sich folglich nach dem Überprüfungsmassstab der *offensichtlichen Unsorgfalt*.<sup>79</sup> Zwar gilt als Verhaltensmassstab uneingeschränkt die Sorgfalt bei der Informationsbeschaffung. Doch kommt bei Verantwortlichkeitsklagen ein Überprüfungsmassstab zur Anwendung, der den Charakter der Ermessensausübung bezüglich der Beschaffung von Informationen berücksichtigt.<sup>80</sup> Damit unterliegt eine zentrale Voraussetzung der Business Judgment Rule, die Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information, ihrerseits der Business Judgment Rule, sozusagen einer Business Judgment Rule zweiter Ordnung.<sup>81</sup>

Haben die Geschäftsführungsorgane einen Geschäftsentscheid auf der Grundlage *offensichtlich ungenügender Information* getroffen, so liegt nach dem Gesagten eine offensichtliche Sorgfaltspflichtverletzung vor. Damit werden die betreffenden Personen haftbar, sofern auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind. Auch ein inhaltlich vertretbarer Geschäftsentscheid kann somit eine Verantwortlichkeit begründen, falls sich der eingetretene *Schaden adäquat kausal* auf den offensichtlich ungenügenden Informationsstand als massgebliche Pflichtverletzung *zurückführen* lässt. Dies ist der Fall, wenn der Schaden ausgeblieben wäre, hätte das verantwortlich gemachte Organ einen Entscheid auf einer

<sup>76</sup> Siehe zum Ganzen DRUEY (FN 75), 64 ff.; GRASS (FN 25), 125 f.; NIKITINE (FN 25), 244 ff.

<sup>77</sup> Siehe zu diesen Gründen vorn III.2.

<sup>78</sup> Dieser Standpunkt wird im Prinzip auch für das deutsche Recht vertreten (siehe FLEISCHER [FN 31], 691; UWE HÜFFER, Aktiengesetz, 10. Aufl., München 2012, § 93 AktG N 4g; SPINDLER [FN 31], § 93 AktG N 47 ff.).

<sup>79</sup> Siehe allgemein zu diesem Überprüfungsmassstab vorn III.3.2d.

<sup>80</sup> Im gleichen Sinn wohl auch das Bundesgericht im Urteil 4A\_74/2012, wenn es prüft, ob A. «aufgrund ihm bis zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung zugekommener Informationen» bei pflichtgemässer Sorgfalt die tatsächliche finanzielle Situation der XQ. AG hätte erkennen müssen (E. 5.3).

<sup>81</sup> Vgl. auch DRUEY (FN 75), 65. – Vorbehalten ist, dass die Organe über diejenigen Informationen verfügen müssen, die erforderlich sind, um die Einhaltung von Rechtsvorschriften zu gewährleisten (dazu hinten III.4.1c).

<sup>73</sup> Urteil 4C.201/2001 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2002, E. 2.1.2.

<sup>74</sup> Siehe vorn III.3.2d.

<sup>75</sup> Siehe GRASS (FN 25), 86, 125 f.; vgl. auch JEAN NICOLAS DRUEY, Standardisierung der Sorgfaltspflicht? Fragen zur Business Judgment Rule, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, 57 ff., 65 f.

hinreichenden Informationsgrundlage getroffen. Hat hingegen die offensichtliche Unsorgfalt bei der Informationsbeschaffung den *Schaden nicht adäquat kausal verursacht*, so führt die Pflichtverletzung für sich allein zu keiner Verantwortlichkeit. Der offensichtliche Mangel bei der Informationsgrundlage hat aber zur Folge, dass der Geschäftsentscheid uneingeschränkt im Lichte der Pflicht zur sorgfältigen Ausübung des Geschäftsführungsermessens überprüft wird, denn die Rechtfertigung für den Schutz der Ermessensausübung ist entfallen. Der Verhaltens- und der Überprüfungsmaßstab stimmen in diesem Fall überein.<sup>82</sup>

### b. Keine inhaltliche Überprüfung von Geschäftsentscheiden unter dem Aspekt der Sorgfaltspflicht

Die Geschäftsführungsorgane müssen sorgfältig tätig werden und ihr Ermessen sorgfältig ausüben, sie schulden aber nicht «richtige» Geschäftsentscheide.<sup>83</sup> Weil die Informationsbeschaffung (als Teil der Entscheidungsvorbereitung) und der «eigentliche» Geschäftsentscheid aber aufs Engste miteinander verbunden sind,<sup>84</sup> besteht die Gefahr, dass mit dem Argument einer unsorgfältigen Entscheidungsvorbereitung der Schutz des Geschäftsführungsermessens zunichtegemacht wird und sich aus der Sorgfaltspflicht eine Verantwortung für «richtige» Geschäftsentscheide ergibt. Jede inhaltliche Kritik kann auch als Kritik an der Vorbereitung und am Verfahren formuliert werden. Aus diesem Grund sollte bei der Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung nur der Vorwurf einer offensichtlich sorgfaltswidrigen Entscheidungsvorbereitung, einschliesslich Informationsbeschaffung, zugelassen werden. War die Entscheidungsvorbereitung nicht offensichtlich sorgfaltswidrig, so ist die Ausübung des Geschäftsführungsermessens zu schützen; die Ermessensausübung soll nicht einer uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung ausgesetzt sein mit dem Argument, das Ermessen sei auf mangelhafter Informationsbasis ausgeübt worden.<sup>85</sup>

Eine inhaltliche Überprüfung des Geschäftsentscheids ist damit aber nicht ausgeschlossen. Sie erfolgt jedoch im Zusammenhang mit der Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen.<sup>86</sup>

### c. Sorgfalt bei der Einhaltung von Rechtsvorschriften

Die Business Judgment Rule kommt nach US-amerikanischem Recht nicht zur Anwendung, wenn der Geschäfts-

entscheid gesetzeswidrig ist.<sup>87</sup> Damit übereinstimmend stellt nach schweizerischem Recht die Verletzung zwingender Rechtsvorschriften im Rahmen von Art. 754 OR eine *selbständige haftungsbegründende Pflichtverletzung* dar, gehört es doch zur Sorgfaltspflicht der Organe, dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft keine Gesetze missachtet, insbesondere nicht die auf ihre Unternehmenstätigkeit anwendbaren spezialgesetzlichen und öffentlichrechtlichen Bestimmungen. Das bringt Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR zum Ausdruck.<sup>88</sup> Pflichtwidrig im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts ist indessen nur ein Verhalten, das eine Schädigung durch einen Verstoss gegen eine Norm bewirkt, die nach ihrem Zweck vor Schäden von der Art des eingetretenen schützen soll.<sup>89</sup>

Der Maßstab für eine zurückhaltende Überprüfung von Geschäftsentscheiden unter Sorgfaltsaspekten<sup>90</sup> kommt im Fall einer Missachtung zwingender Rechtsvorschriften grundsätzlich nicht zur Anwendung. Denn die Anwendung solcher Vorschriften ist eine Rechtspflicht der Gesellschaftsorgane, nicht eine Frage der Ausübung von Geschäftsführungsermessens. Die Gründe, die spezifisch für den Schutz von *Geschäftsführungsermessens* sprechen,<sup>91</sup> sprechen im Prinzip nicht auch für eine zurückhaltende Überprüfung von *Rechtsanwendungsentscheiden*, welche Organe zu treffen haben. Die Richter hinterfragen in solchen Fällen nicht die Geschäftspolitik. Zudem kann die Einhaltung bzw. die Missachtung einer Gesetzesvorschrift im Voraus mit einiger Gewissheit festgestellt werden; der Grad der Ungewissheit und damit das Bedürfnis, eine Ermessensausübung zu schützen, sind bei Rechtsanwendungsentscheiden geringer.<sup>92</sup> Dies gesagt machen sich Verwaltungsratsmitglieder bzw. Geschäftsführungsorgane namentlich verantwortlich, wenn sie die Vorschriften über Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR) oder über die Buchführung und Rechnungslegung (insbesondere Art. 662 ff. OR) nicht einhalten. Diese grundsätzlichen Feststellungen bedürfen jedoch der Präzisierung:

Gerade die Vorschriften über Kapitalverlust und Überschuldung und über Buchführung und Rechnungslegung

<sup>82</sup> Siehe zum Ganzen auch vorn III.3.2d.

<sup>83</sup> Siehe vorn III.4.1a.

<sup>84</sup> Siehe vorn III.4.1a.

<sup>85</sup> Siehe zum Ganzen auch GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 31a; VON DER CRONE (FN 25), 8; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 31), 47.

<sup>86</sup> Dazu hinten III.4.3.

<sup>87</sup> «Under Delaware law, a fiduciary may not choose to manage an entity in an illegal fashion, even if the fiduciary believes that the illegal activity will result in profits for the entity.» (Metro Communication Corp. BVI v. Advanced Mobilecomm Technologies Inc., 854 A.2d 121, 131 (Del. Ch. 2004)); siehe auch ALLEN/KRAAKMAN/SUBRAMANIAN (FN 34), 293 f.; EISENBERG/COX (FN 29), 770 f.

<sup>88</sup> Siehe hierzu auch das Urteil 1B\_41/2011 des Bundesgerichts vom 24. März 2011, E. 2.3.1, wonach der Verwaltungsrat «für einen allgemeinen Respekt vor der Rechtsordnung zu sorgen» hat; siehe zum Gesagten sodann BÖCKLI (FN 17), § 13 N 563 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA (FN 17), Art. 716a OR N 24; ROLF H. WEBER, Verantwortlichkeit der Unternehmensorgane für regulatorische Interventionen, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 115 ff., 117 ff.

<sup>89</sup> Siehe BÄRTSCHI (FN 29), 282 ff.; GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 23.

<sup>90</sup> Siehe vorn III.3.2d.

<sup>91</sup> Siehe zu diesen Gründen vorn III.2.1.

<sup>92</sup> Vgl. zum Gesagten GRASS (FN 25), 94 f.; NIKITINE (FN 25), 169 f.

zeigen, dass sich *Geschäftsentscheide und Rechtsanwendungsentscheide* in Wirklichkeit *kaum scharf trennen* lassen. Denn die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bedingt naturgemäss einen Ermessensentscheid. Zwar geht es hierbei zur Hauptsache um Rechtsanwendungsermessen, das im Rahmen der Konkretisierung einer Norm ausgeübt wird; der Entscheid etwa, angesichts bestimmter Umstände den Wert einzelner Aktiven zu berichtigen, ist nicht mit der Ausübung von Geschäftsführungsermessen gleichzusetzen. Doch fliesst gerade bei der Anwendung von Rechnungslegungsvorschriften Geschäftsführungsermessen in den Rechtsanwendungsentscheid ein, etwa bei der Frage, ob die Prämisse der Unternehmensfortführung noch zutrefte.<sup>93</sup> Darum muss im Einzelfall geklärt werden, warum die Anwendung einer Gesetzesbestimmung einen Ermessensspielraum eröffnet und inwiefern es sich dabei um Rechtsanwendungs- oder um Geschäftsführungsermessen handelt. Nur insoweit eine Norm die Ausübung von Geschäftsführungsermessen verlangt, sprechen die spezifischen Gründe, die hinter der Business Judgment Rule stehen, auch für die beschriebene Zurückhaltung bei einer gerichtlichen Überprüfung von Rechtsanwendungsentscheiden. Die Unbestimmtheit einer Vorschrift muss zum Zweck haben, dem Verwaltungsrat einen Spielraum einzuräumen, der durch einen Geschäftsentscheid ausgefüllt werden soll.<sup>94</sup>

Wenn hier der Unterschied zwischen Geschäftsführungs- und Rechtsanwendungsermessen betont wird, so bedeutet dies *nicht*, dass die Gerichte die *Ausübung von Rechtsanwendungsermessen frei überprüfen* sollten. Sie sollten sich vielmehr auch hier in Zurückhaltung üben. Denn die Gründe, die für die Business Judgment Rule sprechen und sich auf die Rolle und Tätigkeit der Gerichte beziehen,<sup>95</sup> sprechen weitgehend auch für eine zurückhaltende Überprüfung von Rechtsanwendungsentscheiden.<sup>96</sup>

Soweit die Einhaltung von Rechtsnormen *Informationen* über das *Unternehmen* (seine finanzielle Lage, seine Ge-

schäftstätigkeit) oder über die *Rechtslage* erfordern (wie etwa im Zusammenhang mit Art. 725 OR), gibt es keinen Grund für eine zurückhaltende gerichtliche Überprüfung der getroffenen Entscheide, denn es geht hier nicht um Geschäftsentscheide und nicht darum, die Ausübung von Geschäftsführungsermessen zu schützen. Die Sorgfalt mit Bezug auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften verlangt eine sorgfältige Beschaffung der hierfür nötigen Informationen.<sup>97</sup> Ob die Sorgfaltspflicht verletzt wurde, beurteilt sich nach dem Massstab für sorgfältiges Verhalten.

#### 4.2 Treuepflicht: kein Interessenkonflikt

Geschäftsführungsorgane müssen die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Daraus ergibt sich die Pflicht, *Interessenkonflikte* grundsätzlich zu vermeiden.<sup>98</sup> Hat ein Interessenkonflikt bestanden (so namentlich, wenn ein Insihgeschäft abgeschlossen wurde), so ist zu prüfen, ob mit dem Handeln im Interessenkonflikt die *Treuepflicht verletzt* wurde. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft aufgrund der Natur des Geschäfts ausgeschlossen war oder wenn ein über- oder nebengeordnetes Organ den Handelnden zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt hat.<sup>99</sup>

Hat ein Organ unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts gehandelt und fehlte es an einem der genannten Gründe, die eine Treuepflichtverletzung ausschliessen, so entfällt die Zurückhaltung der Gerichte bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden: Das Bundesgericht sagt, es lege *«[s]trenge Massstäbe»* an, «wenn Verwaltungsräte nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern in eigenem Interesse, in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handeln».<sup>100</sup> Diese strenge Beurteilung kann sich auf zwei Weisen auswirken. Erstens hat sie in jedem Fall zur Folge, dass ein Geschäftsentscheid ohne besondere Zurückhaltung im Lichte des Verhaltensmassstabes der Sorgfaltspflicht überprüft wird. Denn wer sein Entscheidungsverfahren nicht so ausgestaltet, dass keine gesetzeswidrigen Interessenkonflikte den Geschäftsentscheid beeinflussen, kann nicht für sich in Anspruch nehmen, die Entscheidung sorgfältig vorbe-

<sup>93</sup> Siehe hierzu auch hinten III.5.1.

<sup>94</sup> Siehe im Sinne des Gesagten auch NIKITINE (FN 25), 170; weniger streng GRASS (FN 25), 127, wonach der Schutz der Business Judgment Rule nur entfällt, wenn die Rechtswidrigkeit in einem Verstoss gegen eine hinreichend konkrete und zwingende Norm besteht, die dem Geschäftsführungsorgan keinen Ermessensspielraum belässt, sodass Entscheide in diesem Sinne nicht mehr unternehmerischer Natur sind.

<sup>95</sup> Siehe dazu vorn III.2.2.

<sup>96</sup> Vgl. im Übrigen auch zu den Überlegungen, die für eine zurückhaltende Überprüfung von Ermessensentscheiden unterer Instanzen durch obere Instanzen sprechen, FRANCESCO BERTOSSA, Der Beurteilungsspielraum, Diss. Bern 1984 (= ASR Heft 489), 91; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 474 f.; HEINRICH HONSELL, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 4 ZGB N 17; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 4 ZGB N 411.

<sup>97</sup> Siehe das Urteil 4A\_74/2012, E. 5.2; siehe auch BGE 132 III 564 E. 5.1, S. 572.

<sup>98</sup> Siehe zum Ganzen vorn III.3.2c.

<sup>99</sup> Siehe zum Gesagten das Urteil 4A\_338/2012 des Bundesgerichts vom 30. August 2012, E. 1.4.1; Urteil 4C.327/2005 des Bundesgerichts vom 24. November 2006, E. 3.2.1; BGE 126 III 361 E. 3a, S. 363; BÄRTSCHI (FN 29), 262 f.; BÖCKLI (FN 17), § 13 N 602; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 30 N 121 ff.; MICHAEL LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004 (= SSHW Band 237), 87 f.

<sup>100</sup> BGE 113 II 52 E. 3a, S. 57; siehe auch das Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4; BGE 130 III 213 E. 2.2.2, S. 219.

reitet zu haben; die Treuepflichtverletzung stellt insofern auch eine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Damit entfällt die Rechtfertigung für eine besondere Zurückhaltung gegenüber einer Überprüfung der Ausübung von Geschäftsführungsermessen.<sup>101</sup> Zweitens ist im betreffenden Geschäftsentscheid jedenfalls dann ohne Weiteres eine haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit zu erblicken, wenn gerade die Treuepflichtverletzung den Schaden adäquat kausal verursacht hat (was nicht notwendigerweise der Fall ist).<sup>102</sup>

Ob ein Interessenkonflikt bestanden hat, ob der allfällige Interessenkonflikt aus einem der drei genannten Gründe keine Treuepflichtverletzung bedeutete und ob die allfällige Treuepflichtverletzung den Schaden adäquat kausal verursacht hat, prüft das Gericht ohne Einschränkung. Denn die Erfüllung der Treuepflicht ist *nicht* in das (*Geschäftsführungs-*) Ermessen der Organe gestellt, die Treuepflicht wird von Art. 717 Abs. 1 OR normativ vorgegeben.

### 4.3 Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen

Die Geschäftsführungsorgane müssen die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Diese Pflicht erschöpft sich nicht in der eben angesprochenen Treuepflicht. Vielmehr sind die Interessen der Gesellschaft die Richtschnur und das Ziel bei der sorgfältigen Erfüllung namentlich der Geschäftsführungsaufgaben. Die Gesellschaftsinteressen zu wahren, bedeutet unter anderem, dass die von einem Geschäftsentscheid berührten Interessen ermittelt, gewichtet, gegeneinander abgewogen und in einen Ausgleich gebracht werden sollen. Die Verpflichtung der Geschäftsführungsorgane auf die Gesellschaftsinteressen bedeutet demnach eine Pflicht, «das Gesellschaftsinteresse» im Einzelfall sorgfältig zu ermitteln.<sup>103</sup>

Welches die massgeblichen Gesellschaftsinteressen sind, bestimmt sich unter anderem aufgrund des *Gesellschaftszwecks*. Dieser bildet in der Regel den äusseren Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung. Liegt ein Geschäftsentscheid ausserhalb des Gesellschaftszwecks, so entfällt einerseits die Rechtfertigung für eine Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden unter Sorgfaltsaspekten, und andererseits wird mit dem Entscheid die Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen verletzt.

Die Gerichte dürfen und müssen Geschäftsentscheide deshalb daraufhin überprüfen, ob sie dem Gesellschaftszweck entsprechen.<sup>104</sup> Der Pflicht der Organe, sich an den statutarischen Zweck zu halten, ist freilich schon dann entsprochen, wenn das fragliche Geschäft aufgrund des Gesellschaftszwecks *nicht geradezu ausgeschlossen* ist.<sup>105</sup> Die grosse Zurückhaltung, mit der ein Verstoß gegen den Gesellschaftszweck angenommen wird, läuft im Ergebnis auf einen Überprüfungsmassstab hinaus, der dem Kerngehalt der Business Judgment Rule durchaus entspricht.

Zweckwidrigkeit ist jedoch nicht der einzige denkbare Fall eines Geschäftsentscheids, mit dem die Gesellschaftsinteressen missachtet werden; es kommen auch zweckkonforme Entscheide in Betracht. Angesprochen sind einerseits Geschäftsentscheide, für die *überhaupt kein Gesellschaftsinteresse* – nicht einmal ein entferntes oder untergeordnetes – ersichtlich ist. Zu denken ist an Fälle reiner Vermögensverschleuderungen (entsprechend der US-amerikanischen «waste doctrine»)<sup>106</sup>. Angesprochen sind andererseits aber auch Geschäftsentscheide, denen eine *nicht vertretbare Interessenabwägung* zugrunde liegt. Dabei genügt es für eine Pflichtverletzung nicht, dass der Entscheid als solcher im Rahmen einer objektivierenden Würdigung im Lichte abstrakter Vorstellungen über eine sorgfältige Interessenabwägung als nicht vertretbar erscheint. Denn anders als die Sorgfaltspflicht nimmt die Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen nicht auf einen ausserhalb der konkreten Gesellschaft, in der Rechtsordnung vorhandenen normativen Verhaltensmassstab Bezug. Die Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen verlangt (nur) die Ermittlung, die Gewichtung und einen Ausgleich der Interessen in der betreffenden Gesellschaft, in der konkreten Situation. Den Interessen der Gesellschaft widerspricht ein Geschäftsentscheid folglich nur dann, wenn er in der betreffenden Gesellschaft und unter den konkreten Umständen nicht vertretbar war, wenn die Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen nicht nachvollziehbar ist.<sup>107</sup>

<sup>101</sup> Siehe allgemein vorn III.3.2d.

<sup>102</sup> Siehe für ein Beispiel einer Schädigung aufgrund des Abschlusses eines Geschäfts durch pflichtwidriges Selbstkontrahieren und damit aufgrund einer Treuepflichtverletzung das Urteil 4C.327/2005 des Bundesgerichts vom 24. November 2006.

<sup>103</sup> Vgl. zum Gesagten DRUEY (FN 75), 66; HOMBURGER (FN 54), Art. 717 OR N 779; CLAUDE LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1992 (= ASR Heft 535), 215; HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zürich/St. Gallen 2012, 79 f.; WATTER/ROTH PELLANDA (FN 17), Art. 717 OR N 16.

<sup>104</sup> Vgl. zum Ganzen FRICK (FN 31), 518; GRASS (FN 25), 95 f.; NIKITINE (FN 25), 169 f.; WATTER/ROTH PELLANDA (FN 17), Art. 717 OR N 16. Auch im US-amerikanischen Recht entfällt der Schutz der Business Judgment Rule, wenn ein *director* einen Geschäftsentscheid trifft, der mit dem Zweck der Gesellschaft nicht vereinbar ist (vgl. etwa GRASS [FN 25], 43 ff.; MERKT/GÖTHEL [FN 37], N 869).

<sup>105</sup> BGE 116 II 320 E. 3a, S. 323.

<sup>106</sup> Siehe die Hinweise vorn FN 64.

<sup>107</sup> Damit aber erweist sich das viel kritisierte Urteil des Bundesgerichts in BGE 99 II 176 ff. als vertretbar. Das Bundesgericht hielt nämlich fest, das Verwaltungsratsmitglied habe dadurch, dass es in grossem Umfang hochspekulative Aktienkäufe tätigte, gegen die erkennbaren Interessen sowohl des Alleinaktionärs (dem daran gelegen war, seine Vermögenswerte in der Schweiz sicher anzulegen) als auch der Gesellschaftsgläubiger verstoßen (BGE 99 II 176 E. 1, S. 179). Kritisch zu diesem Urteil BÖCKLI (FN 17), § 18 N 395; FORSTMOSER (FN 39), N 1194; GRASS (FN 25), 7 ff. und 164 ff.; NIKITINE (FN 25), 126 ff.

Dies führt im Ergebnis dazu, dass *unvertretbare Geschäftsentscheide* auch dann zu einer Verantwortlichkeit der Organe führen, wenn ein Schaden aufgrund eines Entscheids eingetreten ist, der auf der Grundlage angemessener Information, unter Beachtung der einschlägigen Rechtsnormen und nicht unter dem Einfluss von Interessenkonflikten zustande gekommen ist. Es gibt keine Grundlage im geltenden schweizerischen Recht dafür, dass selbst solche Entscheide keine Verantwortlichkeitsfolgen auslösen würden.<sup>108</sup>

#### 4.4 Zusammenfassung

Ordnet man die Voraussetzungen und den Inhalt der Business Judgment Rule den Normen des schweizerischen Rechts zu, welche die Verantwortlichkeit von Organen aufgrund von Geschäftsentscheiden regeln, so ergibt sich Folgendes: Ein Geschäftsführungsorgan wird nicht verantwortlich für einen Schaden, wenn dieser aufgrund eines Geschäftsentscheids eingetreten ist, der nicht offensichtlich unsorgfältig vorbereitet wurde (was insbesondere die Beschaffung der erforderlichen Informationen betrifft),<sup>109</sup> in dessen Rahmen nicht in sorgfaltswidriger Weise Rechtsvorschriften missachtet wurden,<sup>110</sup> der nicht unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts zustande kam<sup>111</sup> und der im Lichte der Gesellschaftsinteressen vertretbar war.<sup>112</sup> Die Business Judgment Rule helvetischer Prägung bedeutet eine entsprechende Zurückhaltung bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden, hingegen nicht eine Absage an jegliche inhaltliche Überprüfung.

#### 4.5 Beispiel: Gewährung eines Darlehens an eine überschuldete Tochtergesellschaft

Im Urteil, das den Ausgangspunkt der vorliegenden Ausführungen bildet, hat das Bundesgericht trotz der Zurückhaltung, die es sich bei der Überprüfung von Geschäftsentscheiden auferlegt, eine Pflichtverletzung angenommen. Dies hat es im Prinzip in Übereinstimmung mit dem hier vertretenen Verständnis der Business Judgment Rule getan: Der Beklagte, A., hatte es zugelassen, dass die X. Holding AG der XQ. AG ein Darlehen gewährte, obwohl die XQ. AG überschuldet war und mangels Sanierungsmassnahmen bei der XQ. AG keine Aussichten auf Rückzahlung des Darlehens bestanden;<sup>113</sup> das ist A. vorzuwerfen, denn er hätte um die Überschuldung

der XQ. AG wissen müssen.<sup>114</sup> Entsprechend der hier vorgeschlagenen dogmatischen Einordnung der Business Judgment Rule bedeutet das, dass die *Entscheidungsvorbereitung* im Verwaltungsrat der X. Holding AG jedenfalls mit Bezug auf A. mangels genügender Informationen über die finanzielle Lage der XQ. AG *offensichtlich unsorgfältig* war, weil A. über die tatsächliche Überschuldung der XQ. AG als der Darlehensempfängerin nicht im Bilde war. Aufgrund seiner Stellung als Doppelorgan in der X. Holding AG und der XQ. AG hätte er wissen müssen, dass die Bilanz der XQ. AG nicht ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der finanziellen Lage der Gesellschaft wiedergab, weil zusätzliche Wertberichtigungen hätten vorgenommen werden müssen.<sup>115</sup>

Dass das Bundesgericht die genügende Informationsbasis des Geschäftsentscheids als *Voraussetzung* der Business Judgment Rule und die Informationsbeschaffung folglich als einen vom «eigentlichen» Geschäftsentscheid unterscheidbaren Vorgang ansieht (obwohl sich die beiden Vorgänge nicht unterscheiden lassen)<sup>116</sup>, tut für den vorliegenden Fall grundsätzlich nichts zur Sache: Der Entscheid, einer Gesellschaft ein *Darlehen zu gewähren, ohne deren wirkliche finanzielle Lage zu kennen, ist offensichtlich unsorgfältig* und löst auch nach dem haftungsrechtlich relevanten, weniger strengen Überprüfungsmaßstab eine Verantwortlichkeit aus.<sup>117</sup>

Damit brauchte das Bundesgericht nicht zu prüfen, ob die Darlehensgewährung auch dann offensichtlich sorgfaltswidrig gewesen wäre, wenn A. *im Wissen um die wirkliche finanzielle Lage der Empfängergesellschaft*, also um deren *Überschuldung*, das Darlehen gewährt hätte. In diesem Fall hätte das Gericht den Entscheid, einer überschuldeten Gesellschaft ein Darlehen zu gewähren, nur unter dem Aspekt der *Unvertretbarkeit* im Lichte der *Gesellschaftsinteressen* beurteilen dürfen.<sup>118</sup> Dem vorliegenden Urteil ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass das Bundesgericht allein in der Gewährung eines Darlehens an eine überschuldete Gesellschaft eine Sorgfaltspflichtverletzung oder eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen erblicken würde.

<sup>114</sup> Siehe mit Bezug auf das Verschulden das Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1, 5.2 und 5.3.

<sup>115</sup> Siehe zum Gesagten das Urteil 4A\_74/2012, E. 5.2.

<sup>116</sup> Siehe vorn III.4.1a.

<sup>117</sup> Vgl. auch das Urteil 6B\_54/2008 des Bundesgerichts vom 9. April 2008, E. 6.4.2; siehe jedoch die Präzisierung hinten III.5.2a.

<sup>118</sup> In diese Richtung zielte das Vorbringen des Beschwerdeführers, «selbst wenn von einer Überschuldung der X. Holding AG auszugehen wäre und er darum hätte wissen sollen, sei festzustellen, dass die Gewährung des Darlehens an die XQ. AG durch Gestattung der Benutzung der Kreditlimiten innerhalb der X. Gesellschaften keinesfalls als fahrlässig zu werten sei» (Urteil 4A\_74/2012, E. 5.4.). Mangels entsprechender tatsächlicher Feststellungen durch die Vorinstanz trat das Bundesgericht auf dieses Vorbringen nicht ein.

<sup>108</sup> Ähnlich wie hier BÖCKLI (FN 17), § 13 N 591c ff.; FRICK (FN 31), 517; GRASS (FN 25), 90 ff.; ISLER (FN 49), 4; NIKITINE (FN 25), 150 ff.; wohl anderer Meinung GERICKE/WALLER (FN 17), Art. 754 OR N 31a; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 31), 47.

<sup>109</sup> Siehe vorn III.4.1a.

<sup>110</sup> Siehe vorn III.4.1c.

<sup>111</sup> Siehe vorn III.4.2.

<sup>112</sup> Siehe zu dieser letzteren Voraussetzung vorn III.4.3.

<sup>113</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.1 und 4.2.

Entscheidend ist in einem solchen Fall, ob *Aussicht* darauf besteht, dass das *Darlehen zurückbezahlt* wird.<sup>119</sup> Besteht *keine* solche Aussicht (namentlich, wenn die Darlehensempfängerin keine Sanierungsmassnahmen trifft oder bereits getroffen hat), ist die Darlehensgewährung in den allermeisten Fällen eine zweckwidrige Rechts- und Geschäftsführungshandlung, für die es an einem erkennbaren Gesellschaftsinteresse fehlt.<sup>120</sup> Die Gewährung eines Darlehens an eine überschuldete Gesellschaft, die nicht mit Aussicht auf Erfolg saniert wird, begründet daher eine Verantwortlichkeit der Organe.<sup>121</sup> Unter solchen Voraussetzungen wird man auch das Einbringen von Eigenkapital als Pflichtverletzung qualifizieren.<sup>122</sup>

Besteht hingegen *Aussicht auf Rückzahlung* (namentlich dann, wenn anderweitige Sanierungsmassnahmen bereits eingeleitet wurden oder es parallel zur Darlehensgewährung werden), ist ein Darlehen zugunsten einer überschuldeten Gesellschaft eine Geschäftsführungsmassnahme, die sich in den meisten Fällen einem Gesellschaftsinteresse zuordnen lassen wird.<sup>123</sup> (Wenn die Darlehensempfängerin eine Tochtergesellschaft ist, trifft

dies in besonderem Mass zu.<sup>124</sup>) Darin, dass in einer solchen Situation der Geschäftsentscheid nicht bzw., nach der hier vertretenen Auffassung, nur unter dem Aspekt der Unvertretbarkeit angesichts der Gesellschaftsinteressen überprüft wird, kommt das Hauptanliegen der Business Judgment Rule zum Ausdruck. Diesen Punkt bringt das hier besprochene Bundesgerichtsurteil nicht genügend zum Ausdruck: dass es keine haftungsbegründende Sorgfaltspflichtverletzung oder Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen darstellt, wenn man eine Gesellschaft finanziell unterstützt, von der man weiss, dass sie zwar überschuldet ist, bei der aber Sanierungsaussichten bestehen. Dabei gehört die Einschätzung, ob genügende Sanierungsaussichten bestehen, zur Vorbereitung des Geschäftsentscheids; eine Sorgfaltspflichtverletzung wäre darum nur anzunehmen, wenn die Einschätzung, insbesondere die ihr zugrunde liegende Informationsbeschaffung, offensichtlich unsorgfältig gewesen wäre.<sup>125</sup>

Die Rückzahlungsaussichten sind jedoch nicht das einzige Element, das unter dem Aspekt der Interessen der Gesellschaft und damit der Vertretbarkeit einer Darlehensgewährung zu würdigen ist. Ein weiteres Element sind die *finanziellen Verhältnisse* und damit die «*Risikofähigkeit*» der *Darlehensgeberin*. Während das Handelsgericht des Kantons Aargau dies *in casu* in Abrede zu stellen schien,<sup>126</sup> gesteht das Bundesgericht einem Unternehmen mit einer «finanziell gesunden Basis» zu, dass es grössere Risiken eingehen darf, wohl auch Risiken im Zusammenhang mit der Gewährung eines Darlehens an eine sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft.<sup>127</sup> Es steht im Einklang mit der Richtschnur des Gesellschaftsinter-

<sup>119</sup> Für sich allein nicht entscheidend ist demgegenüber die Tatsache, dass die Darlehensempfängerin aufgrund von Art. 725 Abs. 2 OR verpflichtet wäre, den Richter zu benachrichtigen (so aber das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 6.7.2). Denn es ist der Verwaltungsrat der *Tochtergesellschaft*, der in einem solchen Fall die ihm obliegende gesetzliche Pflicht verletzt. Der entscheidende Anknüpfungspunkt für eine Sorgfaltspflichtverletzung oder eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen durch die Mitglieder des Verwaltungsrates der *Muttergesellschaft* liegt darin, dass keine Aussicht besteht, den Darlehensbetrag zurückerstattet zu bekommen. Umso mehr stellt die Gewährung eines Darlehens ohne Sicherheit an eine Gesellschaft, die nach Art. 725 Abs. 1 OR eine Generalversammlung einberufen und dieser Sanierungsmassnahmen beantragen müsste, nicht ohne Weiteres eine Pflichtverletzung dar (so aber das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 6.3.2, vgl. auch E. 6.6.2). Das Bundesgericht scheint die Auffassung der Vorinstanz denn auch nicht zu übernehmen (vgl. das Urteil 4A\_74/2012, E. 3 und 4.1).

<sup>120</sup> Siehe zu diesem Fall allgemein vorn III.4.3.

<sup>121</sup> Das ist auch der Standpunkt des Bundesgerichts: «Dass kein Darlehen an eine Tochtergesellschaft gewährt werden darf, wenn keine Aussichten auf Rückzahlung mehr gegeben sind, bestreitet der Beschwerdeführer nicht» (Urteil 4A\_74/2012, E. 4.2). Die Vorinstanz hielt fest, es sei «in jedem Fall eine Pflichtverletzung, Gelder der Mutter in offenkundig nicht tragfähige Unternehmungen zu investieren, seien diese nun in den Konzern integriert oder nicht» (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 6.7.1, siehe auch E. 6.7.2). Und weiter: «Die Darlehensgewährung ohne Sicherheitsbestellung an eine offenkundig insolvente Mantelgesellschaft stellt eine Pflichtverletzung dar, sofern nicht eine grosse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass mit der Darlehensgewährung eine Sanierung und damit die Rückzahlung des Darlehens ermöglicht wird» (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 5.4.2).

<sup>122</sup> In diesem Sinn das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 5.4.2, mit der allgemeinen Feststellung, es stehe «nicht mehr im freien Belieben der Organe einer Muttergesellschaft, in eine Tochtergesellschaft zu investieren, wenn die Investition keine Gewähr für eine Sanierung der Tochter und damit für einen Werterhalt der zusätzlichen Beteiligung der Mutter bietet».

<sup>123</sup> Siehe auch das Urteil 4A\_74/2012, E. 4.2.

<sup>124</sup> Dazu hinten III.5.2b.

<sup>125</sup> Siehe allgemein vorn III.4.1a und 1b, sodann hinten III.5.1.

<sup>126</sup> **Selbst wenn die X. Holding AG über genügend Mittel verfügt hätte**, wäre «die Weiterführung einer überschuldeten Konzerntochter unter fortlaufender Alimentierung derselben mit Mitteln des Konzerns und damit auf Kosten der Muttergesellschaft ohne gleichzeitige Aufnahme von Sanierungsbemühungen pflichtwidrig [gewesen]. Der Umstand, dass die Muttergesellschaft über die Mittel zur Sanierung verfügt hat, entbindet die Organe der Mutter nicht davon, auch tatsächlich für eine zeitgerechte und nachhaltige Sanierung einer überschuldeten Tochtergesellschaft zu sorgen» (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 6.7.3). Unbestrittenermassen ist eine Finanzierung zugunsten einer Tochtergesellschaft dann unzulässig, wenn «das Eigenkapital der Muttergesellschaft pflichtwidrig angegriffen wird» (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 4.7.2).

<sup>127</sup> «Das Bundesgericht hat denn auch schon entschieden, dass eine finanziell gesunde Basis einem Unternehmen in einem klar beschränkten Rahmen eher Risiken einzugehen erlaubt, als wenn eine solche fehlt; Voraussetzung bleibt aber auch dann, dass das Risiko bewusst eingeschätzt und eingegrenzt wird (Urteil 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.1.2).» (Urteil 4A\_74/2012, E. 4.3). Dabei können stille Reserven auf der Stufe der Muttergesellschaft für die Beurteilung ihrer finanziellen Lage und damit ihrer Risikofähigkeit von Bedeutung sein (so das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 4.7.2). Die stillen Reserven müssen jedoch tatsächlich aufgelöst werden, und eine Aufwertung nach Massgabe von Art. 670 OR («Aufwertung» bei Grundstücken oder Beteiligungen) muss tatsächlich vorgenommen werden (Urteil 4A\_74/2012, E. 4.1.3).



esses, Risiken, die mit einem Geschäftsentscheid verbunden sind, im Lichte der eigenen finanziellen Verhältnisse zu gewichten.

## 5. Die Business Judgment Rule in besonderen Sachzusammenhängen

Die vorher dargestellten Grundsätze zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsfällen entsprechend der Business Judgment Rule kommen in einigen typischen Sachzusammenhängen besonders deutlich zum Tragen.

### 5.1 Die Business Judgment Rule bei Sanierungsentscheiden

Bereits in einem früheren Urteil hatte das Bundesgericht erklärt, Gerichte hätten sich bei der Überprüfung von Sanierungsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen.<sup>128</sup> Damit hatte es mit Bezug auf eine wichtige Kategorie von Geschäftsentscheiden die Business Judgment Rule anerkannt. Angesprochen waren in jenem Urteil Entscheide, bestimmte Sanierungsmaßnahmen zu treffen (*in casu* ging es um einen Personalabbau),<sup>129</sup> dies im Gegensatz zum Entscheid, ob überhaupt Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen seien.

Charakteristisch für solche *Sanierungsentscheide* ist, dass sie in einer Situation getroffen werden, in der der Handlungszwang grösser ist als sonst, in der das unternehmerische Handeln einen klaren Fokus – Erhalt des Unternehmens – hat und das Spektrum potenziell zielführender Massnahmen vergleichsweise eingeschränkt ist, in der angesichts verschärfter Gegensätze zwischen den verschiedenen Interessen im Unternehmen jeder Entscheid fast unvermeidlich die Interessen anderer beeinträchtigt und das Risiko eines Konkurses und damit einer Beendigung der unternehmerischen Tätigkeit grösser ist als sonst. Kommt es tatsächlich zum Konkurs und kommen Gläubiger zu Schaden, verführt der Rückschaufehler mit voller Kraft zur Annahme, der Sanierungsentscheid sei offensichtlich unsorgfältig und im Lichte der Gesellschaftsinteressen nicht vertretbar gewesen.<sup>130</sup>

Zurückhaltung bei einer gerichtlichen Überprüfung ist darum bei Sanierungsentscheiden *besonders wichtig*. Zweck und Funktion der Business Judgment Rule verlangen unter den beschriebenen Entscheidungsbedingungen in besonderem Mass, dass die Ausübung des Geschäftsführungsermessens vor gerichtlichen Eingrif-

fen geschützt wird.<sup>131</sup> Selbstverständlich ist eine Sanierungsmassnahme oder der Entscheid, eine bestimmte Massnahme nicht zu ergreifen, nicht schon deshalb auf offensichtlich unsorgfältige Weise getroffen worden, weil später der Konkurs eröffnet wird. Die Konkursöffnung ist nicht einmal ein Indiz für Unsorgfalt. Unsorgfältig gehandelt haben die Organe aber auch nicht allein deshalb, weil sie die Sanierungsaussichten zu lange zu positiv eingeschätzt haben und darum in der Annahme, die Unternehmenstätigkeit könne fortgeführt werden, die Bilanz weiterhin zu Fortführungswerten erstellt haben. Zwar geht es bei dem von Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR verlangten Entscheid, ob eine Bilanzierung zu Fortführungswerten noch zulässig ist, zur Hauptsache um die Ausübung von Rechtsanwendungsermessen (dessen Schutz im Prinzip nicht das Thema der Business Judgment Rule ist). Die mit diesem Entscheid verbundene Einschätzung der Sanierungsaussichten hängt jedoch wesentlich von den eingeleiteten Sanierungsmassnahmen ab und ist insofern mit der Ausübung von Geschäftsführungsermessen verknüpft.<sup>132</sup> Eine Fehleinschätzung bei den Sanierungsaussichten und gestützt darauf eine zu Unrecht erfolgte Bilanzierung zu Fortführungswerten ist darum noch keine Sorgfaltspflichtverletzung, es sei denn, der Bilanzierungsentscheid sei *offensichtlich unsorgfältig vorbereitet* worden.<sup>133</sup>

Unter dem Aspekt der *Gesellschaftsinteressen* und damit der *Vertretbarkeit eines Sanierungsentscheids* ist hervorzuheben, dass die Sanierungssituation zwar zu einer stärkeren Gewichtung der Interessen der Gläubiger führt. Doch sollten die Gerichte auch in dieser Hinsicht die vom Verwaltungsrat vorgenommene Gewichtung und Abwägung der Interessen nicht uneingeschränkt überprüfen und einer eigenen Beurteilung unterziehen, sondern nur einschreiten, wenn ein Entscheid unter den konkreten Umständen nicht vertretbar war.<sup>134</sup>

### 5.2 Die Business Judgment Rule bei konzern-internen Geschäften

Der vorliegend vom Bundesgericht beurteilte Fall betrifft einen Konzernsachverhalt: Die Muttergesellschaft gewährte der zu 100 Prozent beherrschten Tochtergesellschaft ein Darlehen, wobei der Beklagte dem Verwaltungsrat beider Gesellschaften angehörte. Wie wirkt sich der Konzernbezug auf die verantwortlichkeitsrechtliche Beurteilung der Darlehensgewährung aus, insbesondere auf die im Zusammenhang mit der Business Judgment Rule relevanten Aspekte? Das Bundesgericht sagt, bei

<sup>128</sup> Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4 (dazu vorn III.1).

<sup>129</sup> Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4.

<sup>130</sup> Vgl. zum Gesagten FORSTMOSER (FN 37), 277 ff.; DOROTHEA SENN, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Basel, Zürich 2001 (= SSW Band 209), 183 f.; siehe allgemein zum Rückschaufehler vorn III.2.2.

<sup>131</sup> Siehe zu Zweck und Funktion der Business Judgment Rule vorn III.2.

<sup>132</sup> Siehe allgemein zum Verhältnis von Rechtsanwendungs- und Geschäftsführungsermessen vorn III.4.1c.

<sup>133</sup> Siehe allgemein vorn III.4.1a und 1b.

<sup>134</sup> Siehe zum Gesagten auch VOGT (FN 26), 1080 f.; siehe allgemein vorn III.4.3.

Geschäften zwischen Konzerngesellschaften gelte ein «strengerer Massstab».<sup>135</sup> Diese Aussage ist wohl nicht ganz richtig, und sie erweckt jedenfalls einen unzutreffenden Eindruck. Dazu Folgendes:

**a. Die Berücksichtigung besonderen Wissens über Konzerngesellschaften bei der Bestimmung der geschuldeten Sorgfalt**

Von Bedeutung ist der Konzernsachverhalt bei der Bestimmung der im konkreten Fall geschuldeten Sorgfalt. Diesen Punkt hebt das Bundesgericht besonders hervor (unter dem Titel des Verschuldens)<sup>136</sup>. Zwar bestimmt sich die geschuldete Sorgfalt nach einem objektivierten Massstab. Doch hat sich ein Geschäftsführungsorgan besonderes Wissen, über das es im Zeitpunkt des angeblich pflichtwidrigen Verhaltens verfügte oder verfügen sollte, zurechnen zu lassen.<sup>137</sup>

Diese Grundsätze führen dazu, dass sich ein Verwaltungsratsmitglied der Muttergesellschaft, das auch dem *Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft angehört*, sein *tatsächliches Wissen* über die Verhältnisse bei der Tochtergesellschaft unter dem Aspekt der geschuldeten Sorgfalt zurechnen lassen muss. Es muss sich aber auch das besondere, zusätzliche *Wissen* zurechnen lassen, das es aufgrund seiner Rolle in der Tochtergesellschaft haben *sollte*. Es kann sich bei seiner Tätigkeit auf Stufe Muttergesellschaft nicht darauf berufen, nur über die Informationen verfügen zu müssen, die ihm in seiner Rolle als Verwaltungsratsmitglied der Muttergesellschaft zugekommen sind.<sup>138</sup> Der Konzernsachverhalt ist somit nur ein besonderer Anwendungsfall der allgemeinen Grundsätze über die Bestimmung der im Einzelfall geschuldeten Sorgfalt. Er führt natürlicherweise – nicht aufgrund eines besonderen, strengeren Massstabes – dazu, dass tatsächliche oder normativ geforderte besondere Kenntnisse über andere Konzerngesellschaften im Ergebnis haftungsverschärfend wirken.

Aber auch wenn das Verwaltungsratsmitglied der Muttergesellschaft *nicht* dem *Verwaltungsrat der Tochter-*

*gesellschaft angehört*, muss es sich sein *tatsächliches Wissen* über die Verhältnisse in der Tochtergesellschaft zurechnen lassen.<sup>139</sup> Inwieweit es darüber hinaus über die Verhältnisse bei einer Tochtergesellschaft Bescheid wissen *muss*, hängt von dem zu treffenden Entscheid ab und ist eine Frage der sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung, insbesondere der sorgfältigen Informationsbeschaffung. Dabei führt der Konzernsachverhalt wiederum natürlicherweise zu einer strengeren Beurteilung: Die leichtere Verfügbarkeit von Informationen über eine Tochtergesellschaft im Vergleich zu solchen über eine Drittgesellschaft, verbunden mit entsprechenden Auskunftsrechten im Konzern,<sup>140</sup> erhöhen den geforderten Wissensstand.<sup>141</sup>

Es ist somit für den erforderlichen Kenntnisstand und damit die geschuldete Sorgfalt des *Verwaltungsratsmitglieds einer Muttergesellschaft* von Bedeutung, ob es auch dem *Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft angehört oder nicht*. Gerade bei Geschäften mit der betreffenden Tochtergesellschaft muss sich ein Verwaltungsratsmitglied der Muttergesellschaft den Kenntnisstand, über den es als Mitglied der Tochtergesellschaft verfügen muss, zurechnen lassen. Ohne Einsitznahme im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft gilt dies zwar nach dem Gesagten meistens ebenfalls, doch ist die Frage letztlich im Einzelfall im Lichte der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsratsmitglieds der Muttergesellschaft zu beantworten. Während ein Verwaltungsratsmitglied einer Gesellschaft kraft dieser seiner Rolle über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft im Bild sein muss – unter anderem, um nötigenfalls die nach Art. 725 OR geforderten Massnahmen ergreifen zu können –,<sup>142</sup> kann vom Verwaltungsratsmitglied einer Muttergesellschaft nicht unter allen Umständen erwartet werden, dass es

<sup>135</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1.

<sup>136</sup> Siehe dazu vorn III.3.2b.

<sup>137</sup> Vgl. das Urteil 4A\_74/2012, E. 5.1; Urteil 4A\_467/2010 des Bundesgerichts vom 5. Januar 2011, E. 3.3; siehe im Übrigen zum Gesagten vorn III.3.2a.

<sup>138</sup> Siehe das Urteil 4A\_74/2012, E. 5.2, wonach der Beschwerdeführer «aufgrund seiner Stellung als Doppelorgan in der X. Holding AG und der XQ. AG die prekäre finanzielle Situation der letzteren Gesellschaft [...] zu jedem Zeitpunkt hätte kennen müssen»; vgl. auch das Urteil 5C.104/2001 des Bundesgerichts vom 21. August 2001, E. 4c/bb; vgl. zum Ganzen auch SANDRO ABEGGLEN, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil. Bern 2004, 229 ff., 278 ff.; vgl. allgemein zum Informationsfluss im Konzern CHRISTIAN BÄCHTOLD, Die Information des Verwaltungsrates, Diss. Bern 1997 (= ASR Heft 601), 76 ff.; MISCHA KISSLING, Der Mehrfachverwaltungsrat, Diss. Zürich 2006 (= SSHW Band 250), 149 ff.; KRNETA (FN 31), N 962 ff.; PAUL ROBERT PEYROT, Informationspflichten der Konzernobergesellschaft gegenüber der Konzernuntergesellschaft, Diss. St. Gallen 2003, 141 ff.

<sup>139</sup> Vgl. allgemein ABEGGLEN (FN 138), 39 ff., 111 ff.

<sup>140</sup> Vgl. hierzu KRNETA (FN 31), N 962; vgl. auch ABEGGLEN (FN 138), 243 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 28 N 47; KISSLING (FN 138), 149 f.

<sup>141</sup> So im Ergebnis auch das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 6.7.1: «Im Konzernverhältnis bzw. bei konzerninternen Transaktionen spielt sodann das Wissen bzw. das Wissenmüssen der Konzernleitung eine haftungsverschärfende Rolle. Während das Eingehen eines gewissen Risikos bei externen Transaktionen, das sich aus Bewertungsfragen und der nicht vollständigen Kontrolle über die extern investierten Mittel ergibt, in weitaus grösserem Umfange zulässig ist, muss im Konzern ein strengerer Massstab gelten. Die Konzernmutter kann (insbesondere bei zu 100% gehaltenen Töchtern) sowohl über die Geschicke der Mutter als auch der Tochter bestimmen. Während also bei externen Transaktionen die sogenannte Business Judgment Rule bzw. die grundsätzliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden mit Ermessenscharakter den Verwaltungsrat in weitem Umfang davor schützen, beim Eingehen vertretbarer unternehmerischer Risiken eine Haftung zu gewärtigen, kann dies bei Transaktionen unter Konzerngesellschaften nur beschränkt gelten. Die Konzernleitung hat über die Belange ihrer Töchter informiert zu sein. Was bei externen Transaktionen als zulässiges Risiko aufgrund unvollständiger Informationen und Kontrollmöglichkeiten toleriert werden muss, stellt im Konzern daher unter Umständen eine Pflichtverletzung der Organe der Konzernmutter dar.»

<sup>142</sup> Siehe das Urteil 4A\_74/2012, E. 5.2; sodann vorn III.4.1c.

beispielsweise über einen Wertberichtigungs- oder Abschreibungsbedarf bei einzelnen Positionen in der Bilanz einer Tochtergesellschaft informiert ist, deren Verwaltungsrat es nicht angehört. Zwar muss es sich, zumal im Fall einer Darlehensgewährung, über die finanziellen Verhältnisse bei der Tochtergesellschaft informieren, doch darf es, solange keine konkreten gegenteiligen Hinweise vorliegen, davon ausgehen, dass die ihm zur Verfügung stehenden oder von ihm angeforderten Finanzinformationen richtig sind.

**b. Leistungen zugunsten einer Tochtergesellschaft als Wahrung der Gesellschaftsinteressen; Grundsatz des «*dealing at arm's length*»**

Ein zweiter Bezug zwischen der Business Judgment Rule und einem Konzernsachverhalt besteht bei der Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen. Ein Geschäftsentscheid, der sich keinem Interesse der Gesellschaft zuordnen lässt oder angesichts der Interessen der Gesellschaft unvertretbar war, kann Verantwortlichkeitsfolgen auslösen.<sup>143</sup> Insbesondere kann die *Gewährung eines Darlehens an eine sanierungsbedürftige Gesellschaft* unter Umständen zur Verantwortlichkeit der handelnden Organe führen.<sup>144</sup> Doch spricht bei der Einschätzung, ob die Gewährung des Darlehens angesichts der unsicheren Rückzahlungsaussichten mit den Interessen der Muttergesellschaft vereinbar sei, die Konzernverbundenheit der Gesellschaften im Allgemeinen *dafür*, dass dem so ist, weil die Sanierung einer Tochtergesellschaft, zumal einer zu 100 Prozent gehaltenen, im Interesse der Muttergesellschaft liegt.<sup>145</sup> Dieses Verständnis liegt auch der vom Bundesgericht entwickelten Theorie des faktischen Beistandszwangs einer Muttergesellschaft zugrunde,<sup>146</sup> wobei jedoch keine allgemeine Beistandspflicht der Mutter gegenüber einer Tochtergesellschaft besteht.<sup>147</sup> Nur Zahlungen an hoffnungslos überschuldete (Tochter-) Gesellschaften liegen in aller Regel ausserhalb des Gesellschaftszwecks der Muttergesellschaft und sind dar-

um auch nicht in deren Interesse.<sup>148</sup> Jedenfalls lässt sich – was unter dem Aspekt der Business Judgment Rule entscheidend ist – nicht allgemein sagen, die Gewährung eines Darlehens an eine sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft liege offensichtlich nicht im Interesse der Muttergesellschaft; der Konzernkontext spricht im Gegenteil eher dafür, dass die Darlehensgewährung dem Gesellschaftsinteresse entspricht.

Daraus entsteht ein *Spannungsverhältnis* mit dem sowohl vom Handelsgericht des Kantons Aargau als auch vom Bundesgericht angesprochenen Grundsatz des «*dealing at arm's length*». Nach diesem Grundsatz sind Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften zu den gleichen Bedingungen abzuwickeln, wie sie mit aussenstehenden Dritten vereinbart würden, also im Allgemeinen zu Marktbedingungen.<sup>149</sup> Aufgrund der Interessengleichlaufs in voll integrierten Konzernen mit 100-Prozent-Beteiligungen – kann es aber, wie gerade gesehen, im Interesse der Muttergesellschaft liegen, ein Darlehen zu gewähren, das einer Drittgesellschaft nicht oder nicht zu den gleichen Bedingungen gewährt würde.<sup>150</sup> In der Begründung zu apodiktisch ist es deshalb, wenn das Handelsgericht des Kantons Aargau festhielt, ein Darlehen dürfe nur gewährt werden, wenn es auch zwischen unabhängigen Parteien gewährt würde.<sup>151</sup> Das Bundesgericht scheint den Standpunkt des Handelsgerichts denn auch etwas relativieren zu wollen, wenn es ausführt, die Vorinstanz habe nicht die Ansicht vertreten, die Gewährung eines Darlehens an eine Tochtergesellschaft «*habe immer und in jeder Hinsicht nach dem arm's length principle zu erfolgen*». <sup>152</sup> Für das Bundesgericht besteht die Pflichtwidrigkeit jedoch ohnehin allein schon darin, dass der Tochtergesellschaft das Darlehen gewährt wurde, obwohl keine Aussichten auf Rückzahlung mehr bestanden.<sup>153</sup> Unter dem Aspekt der Business Judgment Rule müsste indessen betont werden, dass zugunsten einer Tochtergesellschaft im Interesse der Muttergesellschaft Leistungen erbracht werden dürfen, die gegenüber einer Drittgesellschaft nicht oder nicht zu den gleichen Bedingungen erbracht würden, und dass die Gerichte einen solchen Geschäftsentscheid nicht im Nachhinein einer unbeschränkten Überprüfung unterziehen sollten: Sie haben nur zu prüfen, ob die Vorbereitung des

<sup>143</sup> Siehe vorn III.4.3.

<sup>144</sup> Siehe vorn III.4.5.

<sup>145</sup> Siehe ENRICO FRIZ, Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR 2006, 325 ff., 326; LUKAS GLANZMANN, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, 19 ff., 48 f.; MARKUS R. NEUHAUS/ROLF WATTER, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Side-stream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 173 ff., 208 f.

<sup>146</sup> Siehe dazu BGE 116 Ib 331 E. 3, S. 339 ff.; vgl. dazu auch LUCA JAGMETTI, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007 (= SSW Band 267), 144; ALEXANDER VOGEL/DANIEL KÜPFER, Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 65 ff., 105 f.

<sup>147</sup> Siehe zur letzteren Aussage das Urteil 4A\_188/2008 des Bundesgerichts vom 9. September 2008, E. 5.2; JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das Schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 128 ff.

<sup>148</sup> OLIVER BLUM, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 705 ff., 714; vgl. auch GLANZMANN (FN 145), 48; siehe auch vorn III.4.3 und III.4.5.

<sup>149</sup> Siehe etwa das Urteil 2C\_834/2011 des Bundesgerichts vom 6. Juli 2012, E. 2.2 f.; BÖCKLI (FN 17), § 11 N 429a; vgl. ferner auch MARKUS REICH, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, § 18 N 7.

<sup>150</sup> Siehe FRIZ (FN 145), 326; vgl. auch NEUHAUS/WATTER (FN 145), 176; VOGEL/KÜPFER (FN 146), 105; siehe zum Interessenkonflikt, der in einer solchen Situation bestehen kann, hinten III.5.2c.

<sup>151</sup> Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 5.4.2.

<sup>152</sup> Urteil 4A\_74/2012, E. 4.2.

<sup>153</sup> Siehe das Urteil 4A\_74/2012, E. 4.2.

Entscheidens offensichtlich unsorgfältig und der Entscheid als solcher angesichts der Gesellschaftsinteressen nicht vertretbar war.<sup>154</sup>

### c. Interessenkonflikt im Fall einer Doppelorganschaft

Eine dritte besondere Bedeutung der Business Judgment Rule im Konzern ergibt sich daraus, dass ihre Anwendung eine Entscheidungsfindung frei von Interessenkonflikten voraussetzt.<sup>155</sup> Ein Interessenkonflikt besteht potenziell dann, wenn bei Geschäften zwischen zwei Konzerngesellschaften jemand dem Verwaltungsrat beider Gesellschaften angehört, sodass der Tatbestand der Doppelorganschaft erfüllt ist.<sup>156</sup> Jedenfalls in voll integrierten Konzernen mit 100-Prozent-Beteiligungen führt der Abschluss von Geschäften zwischen der Mutter- und einer Tochtergesellschaft, obwohl in den genannten Fällen unter Umständen eine Doppelvertretung vorliegt, meist *nicht* zu einem *konkreten Interessenkonflikt*, weil sich die Interessen der Mutter- und diejenigen der Tochtergesellschaft decken. Knüpft man aufgrund einer strikten, formellen Betrachtung an die Doppelvertretung und damit an den formell bestehenden Interessenkonflikt an, kann man im Konzern davon ausgehen, dass die Organe zum Abschluss von In-sich-Geschäften innerhalb des Konzerns ermächtigt sind, sodass aus diesem Grund der Interessenkonflikt keine Treupflichtverletzung darstellt.<sup>157</sup>

Ist die Tochtergesellschaft *sanierungsbedürftig*, kann aus dem virtuellen, bloss formellen *Interessenkonflikt* ein *konkreter* werden. Den Interessen der Muttergesellschaft entspricht unter Umständen, die Tochtergesellschaft untergehen zu lassen, zumal wenn nicht damit zu rechnen ist, dass sich die Gläubiger der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft halten werden. Demgegenüber mag ein (weiterer) Sanierungsversuch im Interesse der Tochtergesellschaft liegen, sodass sich das Verwaltungsratsmitglied der Tochtergesellschaft im Verwaltungsrat der Muttergesellschaft um (weitere) Mittel von der Muttergesellschaft bemühen wird. Damit gerät der Betreffende in einen konkreten Interessenkonflikt. Dieser ergibt sich rechtlich daraus, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung überwiegend auf dem Standpunkt steht, Verwaltungsratsmitglieder einer Tochtergesellschaft müssten deren Interessen im Konfliktfall über die Interessen der Muttergesellschaft oder die des Konzerns stellen.<sup>158</sup> Diesem Interessenkonflikt muss das Verwal-

tungsratsmitglied der Muttergesellschaft, wenn es später eine verschärfte Haftung im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage vermeiden will, dadurch begegnen, dass es für eine rechtswirksame Genehmigung des betreffenden Sanierungsentscheidens durch den Verwaltungsrat oder andere Verwaltungsratsmitglieder sorgt.<sup>159</sup> Andernfalls ist eine der Voraussetzungen für die Anwendung der Business Judgment Rule nicht erfüllt, das heisst, dass der Geschäftsentscheid daraufhin zu überprüfen ist, ob ihm eine sorgfältige Ermessensausübung zugrunde liegt.<sup>160</sup>

Weder das Bundesgericht noch das Handelsgericht des Kantons Aargau haben sich im vorliegenden Fall mit dieser Thematik auseinandergesetzt, wohl weil nicht feststand, wer überhaupt die Gewährung des Darlehens veranlasst hatte.<sup>161</sup> Der eben beschriebene konkrete Interessenkonflikt hat möglicherweise tatsächlich bestanden. Damit wäre der Entscheid, das Darlehen der Tochtergesellschaft zu gewähren, einer strengeren Beurteilung zu unterziehen gewesen, falls keine rechtswirksame Genehmigung durch den Verwaltungsrat oder einzelne Verwaltungsratsmitglieder der X. Holding AG vorlag.

## 6. Die Beweislast bei der Business Judgment Rule

Die Business Judgment Rule kann nur im Rahmen und unter den Voraussetzungen des schweizerischen Rechts für das schweizerische Recht rezipiert werden. Das gilt mit Bezug auf die Voraussetzungen einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, es gilt aber auch für die Frage der Beweislast. Ausgangspunkt ist damit Art. 8 ZGB, der den Beweis einer Tatsache demjenigen auferlegt, der aus ihr Rechte ableitet. Diese Regelung steht – so scheint es jedenfalls – in einem gewissen Widerspruch zu der als Beweislastregel ausgestalteten Business Judgment Rule US-amerikanischer Prägung. Nach ihr wird *vermutet*, dass die *Voraussetzungen der Business Judgment Rule erfüllt* sind, womit es am Kläger liegt, den Gegenbeweis zu erbringen.<sup>162</sup> Der Kläger muss mithin in einem ersten Schritt nichts anderes beweisen, als dass eine der

<sup>154</sup> Siehe allgemein vorn III.4.1a, III.4.1b und III.4.3.

<sup>155</sup> Siehe allgemein vorn III.4.2.

<sup>156</sup> Siehe dazu DRUEY/VOGEL (FN 147), 16; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 17), § 28 N 170; LAZOPOULOS (FN 99), 27 ff.; ANDREAS VON PLANTA, Doppelorganschaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Böckli *et al.* (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer, Zürich 1983, 597 ff., 600 ff.

<sup>157</sup> Siehe BGE 127 III 332 E. 2c, S. 336.

<sup>158</sup> Siehe BGE 130 III 213 E. 2.2.2, S. 219; Urteil 4A\_188/2008 des Bundesgerichts vom 9. September 2008, E. 4.5.

<sup>159</sup> Siehe dazu BGE 127 III 332 E. 2b/aa, S. 334 f.; BÖCKLI (FN 17), § 13 N 603.

<sup>160</sup> Dazu vorn III.3.2d und III.4.2.

<sup>161</sup> Festgestellt wurde im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011 lediglich, dass eine in der Bilanz der XQ. AG per 31. Dezember 2000 aufgeführte Verbindlichkeit gegenüber der X. Holding AG im Umfang von Fr. 1,5 Mio. im Vorjahr noch nicht bestanden hatte (E. 6.6.2).

<sup>162</sup> Der Kläger muss also beweisen, dass der Entscheid nicht unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts oder auf der Grundlage unzureichender Information zustande gekommen ist oder nicht in guten Treuen den Interessen der Gesellschaft entspricht. Gelingt ihm der Beweis, wird der Geschäftsentscheid grundsätzlich auf seine «*entire fairness*» hin überprüft. Es obliegt dann den beklagten *directors*, zu beweisen, dass sie ihre Sorgfaltspflicht erfüllt haben (siehe zum Ganzen EISENBERG/COX [FN 29], 642 ff.; siehe auch BUNZ [FN 29], 46 f.; GRASS [FN 25], 21 ff. und 31 f.; MERKT/GÖTHEL [FN 37], N 843 ff.).

Voraussetzungen nicht erfüllt ist (was eine Erleichterung gegenüber einer Beweislast hinsichtlich aller Anspruchsvoraussetzungen darstellt), er kann aber, solange nicht feststeht, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, auch nichts anderes vorbringen als das Fehlen der Voraussetzungen.

Für die Einordnung der Business Judgment Rule in die schweizerische Ordnung der Beweislastverteilung ist bei der Zuordnung zur Pflichtwidrigkeit bzw. zum Verschulden anzusetzen. Versteht man die Business Judgment Rule als eine Zurückhaltung bei der Prüfung, ob die Organe sorgfältig gehandelt haben, und ordnet sie folglich der Pflichtwidrigkeit zu,<sup>163</sup> so wirkt sie sich im Prinzip nicht auf die Beweislast aus, denn der Kläger muss das *pflichtwidrige Verhalten beweisen*. Der Überprüfungsstab der offensichtlichen Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Entscheidungsvorbereitung und das Kriterium der Vertretbarkeit des Entscheids, das sich aus der Pflicht zur Wahrung der Geschäftsinteressen ergibt,<sup>164</sup> schränken jedoch für den Kläger das Beweisthema ein und erschweren den Nachweis einer Pflichtwidrigkeit.<sup>165</sup> Dass die Vorbereitung des Geschäftsentscheids und namentlich die Informationsbeschaffung, aber auch ein allfälliger Interessenkonflikt *Umstände im Herrschafts- und Einflussbereich des Beklagten* sind, führt nach schweizerischem Beweisrecht für sich allein grundsätzlich nicht zu einer Beweislastumkehr.<sup>166</sup> Mangels entsprechender gesetzlicher Anordnung gilt in der Schweiz nicht, was § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG festhält: «Ist streitig, ob sie [sc. die Vorstandsmitglieder] die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.» Die Beweislastverteilung macht es darum für den Kläger im Allgemeinen einfacher, eine Missachtung von Gesetzesvorschriften<sup>167</sup> oder die Unvertretbarkeit des Geschäftsentscheids<sup>168</sup> zu beweisen und zu begründen. Gelingt dem Kläger dieser Beweis, nützt

der Einwand einer sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung dem Beklagten nichts mehr.<sup>169</sup> Dass das Verschulden des Beklagten im Fall einer Klage der Gesellschaft oder aus dem Recht der Gesellschaft bzw. der Gläubigersamtheit vermutet wird,<sup>170</sup> bedeutet für den Kläger im Übrigen keine grosse Erleichterung, verbleibt für die Verschuldensprüfung doch im Prinzip nur die Frage der Urteilsfähigkeit.<sup>171</sup>

Gelingt dem Kläger der Nachweis einer Missachtung von Gesetzesvorschriften oder eines unvertretbaren Geschäftsentscheids nicht, so bleibt ihm nicht viel anderes, als aufzuzeigen, dass die *Entscheidungsvorbereitung* auf Seiten des Beklagten bzw. im betreffenden Gremium unsorgfältig war oder der Entscheid unter dem Einfluss eines *Interessenkonflikts* zustande kam. Hat der Kläger keine Möglichkeit, diesen Beweis zu erbringen, und hat allein der Beklagte genaue Kenntnis von den relevanten Tatsachen oder verfügt er über entsprechende Dokumente, so ist der *Beklagte* unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet, bei der Tatsachenermittlung *mitzuwirken*.<sup>172</sup> Nach Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO muss er unter Umständen Urkunden, namentlich Verwaltungsprotokolle, herausgeben. Wird die Herausgabe in unberechtigter Weise verweigert, kann sie das Gericht zwar nicht zwangsweise durchsetzen, es berücksichtigt die Weigerung aber bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO). Den Beklagten trifft dadurch eine defensive Behauptungslast.<sup>173</sup> Beweist der Kläger, dass der Entscheid seitens des Beklagten unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts zustande kam, so liegt es nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast bezüglich rechtshindernder Tatsachen am Beklagten darzulegen, dass eine Ermächtigung oder Genehmigung vorgelegen oder aufgrund der Natur des Geschäfts keine Benachteiligungsgefahr bestanden hat.<sup>174</sup>

<sup>163</sup> Siehe vorn III.3.2.

<sup>164</sup> Siehe vorn III.4.1a bzw. III.4.3.

<sup>165</sup> Siehe auch das Urteil 4A\_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4, wonach sich aus der zurückhaltenden gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden ergebe, dass der Kläger «detaillierte Behauptungen über die Fehlerhaftigkeit einer Unterlassung» aufstellen müsse (siehe auch vorn III.1).

<sup>166</sup> Siehe HENRI DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, in: Gutzwiller *et al.* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Basel 1967, 1 ff., 259; MAX KUMMER, in: Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 8 ZGB N 184; HANS PETER WALTER, in: Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 ZGB N 313; präzisierend zum Gesagten sogleich im Text.

<sup>167</sup> Wie etwa die Verletzung der Pflicht, gemäss Art. 725 Abs. 1 OR eine Generalversammlung einzuberufen (siehe das Urteil 4A\_74/2012, E. 4.1.1) oder gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR den Richter zu benachrichtigen (siehe vorn III.4.1c).

<sup>168</sup> Etwa die Gewährung eines Darlehens an eine überschuldete Tochtergesellschaft, ohne dass bei dieser Sanierungsmassnahmen eingeleitet worden wären (siehe das Urteil 4A\_74/2012, E. 4.3; sodann vorn III.4.5).

<sup>169</sup> Siehe vorn III.4.1c und III.4.3.

<sup>170</sup> Siehe vorn III.3.1.

<sup>171</sup> Siehe vorn III.3.2a.

<sup>172</sup> Siehe DESCHENAUX (FN 166), 260; KUMMER (FN 166), Art. 8 ZGB N 186; WALTER (FN 166), Art. 8 ZGB N 192.

<sup>173</sup> Siehe hierzu allgemein WALTER (FN 166), Art. 8 ZGB N 192.

<sup>174</sup> Siehe allgemein KUMMER (FN 166), Art. 8 ZGB N 164 ff.; WALTER (FN 166), Art. 8 ZGB N 288 ff.