

Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden

Bundesgerichtsurteil 4A_375/2012 vom 20. November 2012 in Sachen Lorze AG gegen die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG (publiziert als BGE 139 III 24)

Mit Bemerkungen von MLaw Daniel Brugger und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt
2. Prozessgeschichte
 - 2.1 Eintragungsverweigerung
 - 2.2 Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006
2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007
3. Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2012

III. Bemerkungen

1. Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden
 - 1.1 Postulat der Zurückhaltung
 - 1.2 Business Judgment Rule
 - 1.2.1 Schweizerische Lehre
 - 1.2.2 Vergleich mit den USA
 - 1.2.3 Rezeption durch das Bundesgericht?
2. Gerichtliches Vorgehen bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden
 - 2.1 Unmittelbare Interessenkonflikte
 - 2.2 Nachvollziehbarkeitsprüfung
 - 2.2.1 Gliederung der Nachvollziehbarkeit
 - (1) Überblick
 - (2) Prozedurale Nachvollziehbarkeit
 - (a) Angemessene Dokumentation
 - (b) Interessenberührung
 - (3) Inhaltliche Nachvollziehbarkeit
 - 2.2.2 Folgen der Nachvollziehbarkeit
 - 2.2.3 Nachvollziehbarkeit des vorliegenden Geschäftsentscheids

IV. Ergebnis

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Der vorliegend im Zentrum stehenden Verantwortlichkeitsklage der Lorze AG¹ gegen die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG liegt eine länger zurückliegende prozessuale Auseinandersetzung zwischen der Lorze AG und der Reishauer Beteiligungen AG bzw. deren Verwaltungsräten zugrunde.

Die nicht kotierte Reishauer Beteiligungen AG verfügt über ein Aktienkapital von CHF 2,5 Mio., das

in 5000 Inhaberaktien und 5000 Namenaktien à je CHF 250 Nennwert aufgeteilt ist. Seit 1989 stehen sich in der Reishauer Beteiligungen AG eine Aktionärsmehrheitsgruppe mit einem Aktienanteil von rund 52% sowie eine Minderheitsgruppe, welche über die restlichen rund 47% Aktien verfügt, gegenüber.² Zur Minderheitsgruppe gehört die Lorze AG mit 2093 Inhaberaktien sowie deren Tochtergesellschaft Schmid AG mit 2530 Namenaktien. Die Namenaktien der Schmid AG waren im Aktienbuch der Reishauer Beteiligungen AG eingetragen. Im Jahr 1998 fusionierte die Lorze AG mit ihrer bisherigen Tochtergesellschaft Schmid AG, indem sie deren Aktiven und Passiven übernahm. In der Folge ersuchte die Lorze AG am 26. November 1998 den Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG um Übertragung der 2530 zuvor auf den Namen der Schmid AG eingetragenen Namenaktien auf ihren Namen. Mit Schreiben vom 30. Dezember 1998 verwehrt ihr dies der Verwaltungsrat. Er stützte sich dabei auf § 3 Abs. 2 der damaligen Statuten der Reishauer Beteiligungen AG, die vorsahen, dass der Verwaltungsrat die Eintragung im Aktienbuch ohne Angabe von Gründen verweigern könne. Der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG bot der Lorze AG jedoch an, die 2530 Namenaktien nach Art. 685b Abs. 1 OR zum wirklichen Wert zu übernehmen.³ Die Lorze AG beharrte indes auf der Eintragung der Namenaktien im Aktienbuch der Reishauer Beteiligungen AG, bot aber gleichzeitig Gespräche über die Übernahme ihres gesamten Aktienpakets an, namentlich ihrer 2093 Inhaberaktien sowie der 2530 Namenaktien der ehemaligen Schmid AG.⁴ Nach ergebnislosen Verhandlungen über die Übernahme des gesamten Aktienpakets verweigerte der Verwaltungsrat die Eintragung der Namenaktien im Aktienbuch der Reishauer Beteiligungen AG.⁵

² Die genaue Zusammensetzung des Aktionariats wurde den Gerichten nicht mitgeteilt. Für die Gerichte war jedoch offenbar klar, «dass ein relativ kohärenter Aktionärskreis über den von ihm gewählten Verwaltungsrat die Geschicke der Gesellschaft bestimmt, währenddem G[asser] die starke Minderheit anführt», so im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2001, Geschäfts-Nr. HG990234, E. 5.2.a.

³ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003, Sachverhalt A; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, Sachverhalt A.b.

⁴ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 10.2.

⁵ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 6.3.

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ Die Parteibezeichnungen ergeben sich aus der bundesgerichtlichen Berichterstattung von Markus Felber in der NZZ Nr. 9 vom 12. Januar 2013, S. 33.

2. Prozessgeschichte

2.1 Eintragungsverweigerung

Aufgrund der Weigerung des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG, die Namenaktien der ehemaligen Schmid AG im Aktienbuch auf die Lorze AG einzutragen, reichte die Lorze AG am 2. Juli 1999 beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage auf Eintragung ein. Das Handelsgericht hiess die Klage gut und verpflichtete die Reishauer Beteiligungen AG die Namenaktien der Lorze AG in ihrem Aktienbuch einzutragen.⁶ Daraufhin zog die Reishauer Beteiligungen AG das Urteil des Handelsgerichts zunächst mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich weiter, das diese mit Beschluss vom 19. März 2002 abwies.⁷ Die gegen das handelsgerichtliche Urteil erhobene Berufung sowie die gegen den Beschluss des Kassationsgerichts erhobene staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht am 5. März 2003 ab.⁸ Es stellte dabei fest, dass die Weigerung des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG, die Namenaktien ins Aktienbuch einzutragen, ausschliesslich im Interesse der zur Mehrheitsgruppe gehörenden Aktionäre lag und damit gegen das Gleichbehandlungsgebot von Art. 717 Abs. 2 OR versties sowie dass der Verwaltungsrat die Situation, welche sich aus der Fusion der Lorze AG mit der Schmid AG ergeben hat, in rechtsmissbräuchlicher Weise ausgenutzt habe.⁹

2.2 Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage

In der Folge reichte die Lorze AG als Aktionärin der Reishauer Beteiligungen AG beim Bezirksgericht Zürich eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG ein. Die Lorze AG machte dabei als Schaden diejenigen Kosten geltend, die der Reishauer Beteiligungen AG aufgrund der von ihrem Verwaltungsrat geführten gerichtlichen Auseinandersetzung betreffend die Eintragung der erwähnten Namenaktien ent-

standen waren (dazu vorne I.2.1). Der Schaden setzte sich somit aus den angefallenen Gerichtsgebühren, Parteientschädigungen sowie weiteren Prozesskosten zusammen.

Mit Urteil vom 27. Februar 2006 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab.¹⁰ Auf Berufung der Lorze AG hin hob das Obergericht des Kantons Zürich mit Rückweisungsbeschluss vom 4. April 2007 den Entscheid des Bezirksgerichts auf und wies den Prozess – unter grundsätzlicher Bejahung der Haftungsvoraussetzungen – zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht zurück.¹¹ Die von den Verwaltungsräten der Reishauer Beteiligungen AG gegen den Entscheid des Obergerichts erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich wurde von diesem am 25. März 2008 abgewiesen, soweit es darauf eintrat.¹² In der Folge hiess das Bezirksgericht Zürich am 10. Juni 2011 die Klage der Lorze AG im Umfang von CHF 1 217 131 nebst Zins zu 5% ab 1. Juli 2001 gut und bestimmte den Umfang der solidarischen Haftung der Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG.^{12a} Dagegen erhoben die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich. Aufgrund seines vorgängigen Rückweisungsbeschlusses vom 4. April 2007 war die rechtliche Beurteilung der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens der Verwaltungsräte für das Obergericht grundsätzlich verbindlich.¹³ Entsprechend bestätigte das Obergericht mit Urteil vom 11. Mai 2012 im Wesentlichen das Urteil des Bezirksgerichts.¹⁴ Gegen den Rückweisungsbeschluss vom 4. April 2007 sowie gegen das Urteil vom 11. Mai 2012 des Obergerichts des Kantons Zürich erhoben die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG schliesslich Beschwerde ans Bundesgericht. Das Bundesgericht bestätigte dabei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich im Wesentlichen.

¹⁰ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256.

¹¹ Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007, Geschäfts-Nr. LB060037.

¹² Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2008, Geschäfts-Nr. AA070068 v.m. AA070070.

^{12a} Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2011, Geschäfts-Nr. CG080114.

¹³ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2012, Geschäfts-Nr. LB110042, E. 2.1 ff. insb. E. 2.11.

¹⁴ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2012, Geschäfts-Nr. LB110042, E. 2.1 ff.

⁶ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2001, Geschäfts-Nr. HG990234.

⁷ Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. März 2002, Geschäfts-Nr. 2001/223 Z.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003 und Urteil des Bundesgerichts 4P.118/2002 vom 5. März 2003.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003, E. 3 ff.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006

Das Bezirksgericht Zürich liess bei der Prüfung der Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG offen, ob die Pflichtwidrigkeit erfüllt gewesen wäre.¹⁵ Hingegen verneinte es das Verschulden: Für das Verschulden der Verwaltungsräte sei entscheidend, ob diese erkennbar nicht im Interesse der Gesellschaft gehandelt hätten.¹⁶ Für die Reishauer Beteiligungen AG sei es von grosser Bedeutung gewesen, ob aufgrund der Aktienrechtsrevision vom 4. Oktober 1991 noch eine Vinkulierung bestanden habe, weshalb das handelsgerichtliche Verfahren auch im Interesse der Gesellschaft gelegen habe.¹⁷ Es sei den Verwaltungsräten um den langfristigen Bestand der Reishauer Beteiligungen AG und um den Erhalt des Produktionsstandorts gegangen, was ein legitimes Gesellschaftsinteresse gewesen sei. Den Verwaltungsräten könne daher nicht vorgeworfen werden, sie hätten gesellschaftsfremde Motive verfolgt, indem sie der Meinung des Mehrheitsaktionärs gefolgt seien.¹⁸ Für die rechtliche Frage, ob der Verwaltungsrat aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips und des Gebots der schonenden Rechtsausübung nicht dazu berechtigt gewesen sei, seine Geschäftspolitik mit der Verweigerung der Aktieneintragung zu verfolgen, habe der Verwaltungsrat bei einem Rechtsprofessor ein Gutachten eingeholt, welches seinen Standpunkt auch unter Berücksichtigung des handelsgerichtlichen Entscheids gestützt habe.¹⁹ Folglich verneinte das Bezirksgericht Zürich das Verschulden der Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG und wies die Verantwortlichkeitsklage der Lorze AG ab.²⁰

2. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007

Das Obergericht des Kantons Zürich erwog im Rahmen der Prüfung der Pflichtwidrigkeit, dass der Entscheid des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG, der Lorze AG die Eintragung ins Aktienbuch zu verweigern, sich deren Klagebegehren vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich zu widersetzen und dieses Urteil durch alle Instanzen weiterzuziehen, eine Managemententscheidung sei. Solche Managemententscheidungen seien im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess mit einer gewissen Zurückhaltung zu überprüfen. Bisweilen werde in diesem Zusammenhang von der «Business Judgment Rule» gesprochen. Da Managemententscheidungen im Verantwortlichkeitsprozess mit einer gewissen Zurückhaltung zu überprüfen seien, sei zu berücksichtigen, dass man im Nachhinein stets klüger sei als zuvor. Eine Pflichtverletzung sei unter diesem Blickwinkel erst dann anzunehmen, wenn das Organ nicht im Interesse der Gesellschaft oder gar in seinem eigenen Interesse gehandelt habe, wenn der Entscheid auch aus der damaligen Sicht als unvernünftig taxiert werden müsse oder wenn er Treu und Glauben zuwiderlaufe.²¹ Anschliessend berief sich das Obergericht auf das Urteil des Bundesgerichts vom 5. März 2003 zwischen der Reishauer Beteiligungen AG und der Lorze AG (dazu vorne I.2.1). Das Bundesgericht habe darin festgestellt, dass die Eintragungsverweigerung durch den Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG ausschliesslich im Interesse der zur Mehrheitsgruppe gehörenden Aktionäre liege und der Verwaltungsrat die Situation, welche sich aus der Fusion der Lorze AG mit der Schmid AG ergeben habe, in rechtsmissbräuchlicher Weise ausgenutzt habe.²² Den Argumenten der beklagten Verwaltungsräte gegen das genannte bundesgerichtliche Urteil folgte das Obergericht nicht.²³ Es hielt abschliessend fest, dass die beklagten Verwaltungsräte durch die Verweigerung der Eintragung der Lorze AG im Aktienbuch rechtsmissbräuchlich und damit rechtswidrig gehandelt haben, was erst recht gelte, wenn diese Haltung

¹⁵ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 20.5.

¹⁶ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 21.2.

¹⁷ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 21.4.

¹⁸ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 21.6.

¹⁹ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 21.7.

²⁰ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 21.9.

²¹ Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007, Geschäfts-Nr. LB060037, E. 9.1.

²² Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007, Geschäfts-Nr. LB060037, E. 9.2.

²³ Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007, Geschäfts-Nr. LB060037, E. 9.3 ff.

im anschliessenden Prozess verteidigt wurde.²⁴ Bezüglich des Verschuldens erwoh das Obergericht, dass nach Art. 754 OR blosser Fahrlässigkeit genüge: Ein Verwaltungsrat, der gegenüber einzelnen Aktionären den Gleichbehandlungsgrundsatz missachte und die Eintragung von Aktien gar rechtsmissbräuchlich verweigere, handle nie im Interesse der Gesellschaft. Dessen hätte sich der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG spätestens bei Einleitung des Prozesses durch die Lorze AG vor Handelsgericht bewusst sein müssen. Der Weg des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG sei riskant gewesen. Wenn sich mit dem Prozess das Risiko realisiere, müsse dem Verwaltungsrat ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden. Entsprechend bejahte das Obergericht die Haftung der Verwaltungsräte.²⁵

3. Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 2012

Das Bundesgericht hielt fest, dass die in Art. 717 OR geregelte Treuepflicht vom Verwaltungsrat verlange, sein Verhalten am Gesellschaftsinteresse auszurichten. Dabei hätten sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, sofern diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen seien.²⁶

Die missbräuchliche Führung eines Gerichtsverfahrens könne einen Verstoss gegen die Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR darstellen. Erscheine ein Prozess von vornherein als aussichtslos, müsse im Falle des Unterliegens mit entsprechenden Kostenfolgen gerechnet werden, was dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufe. Es sei im Einzelfall abzuklären, ob es im Lichte der gegebenen Umstände und Prozessrisiken vertretbar erscheine, dass der Verwaltungsrat den Rechtsweg beschreite. Zudem sei stets im Auge zu behalten, dass Entscheide des Verwaltungsrates betreffend Prozessführung auch in diesem Sinne am Gesellschaftsinteresse auszurichten seien, als das mit dem Prozess verfolgte Ziel von diesem

gedeckt sei. Das Gesellschaftsinteresse bilde demnach in zweierlei Hinsicht Richtschnur für die Beurteilung von Prozessführungsentscheiden des Verwaltungsrates: Zum einen könne es nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, von vornherein aussichtslose Prozesse zu führen, die nur unnötige Kosten für die Gesellschaft generieren würden. Zum anderen verbiete das Gesellschaftsinteresse, Prozesse zu führen, mit denen nicht ein im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel verfolgt werde.²⁷

Entsprechend sei im vorliegenden Fall zu fragen, ob die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG damit hätten rechnen müssen, dass die Verweigerung der Eintragung als missbräuchlich beurteilt werde, als sie entschieden, sich gegen die Klage der Lorze AG auf Eintragung der Namenaktien gerichtlich zur Wehr zu setzen. Mit einer solchen Beurteilung hätten sie in guten Treuen nur dann nicht rechnen müssen, wenn sie sachliche, im Gesellschaftsinteresse stehende Gründe gehabt hätten, die Eintragung zu verweigern.²⁸ Im vorliegenden Fall fehle es aber an solchen Gründen. Es bestehe nach den einzig massgeblichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kein Zweifel daran, dass die Eintragungsverweigerung und damit auch die Prozessführung über diese Frage nicht im Gesellschaftsinteresse, sondern im Interesse der Mehrheitsaktionäre der Reishauer Beteiligungen AG erfolgte.²⁹ Der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG habe daher pflichtwidrig gehandelt.³⁰ Da das Obergericht auch das Verschulden der Verwaltungsräte in zutreffender Weise bejaht habe,³¹ habe es die Haftung der Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG zu Recht anerkannt.³²

²⁴ Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007, Geschäfts-Nr. LB060037, E. 9.6.

²⁵ Rückweisungsbeschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007, Geschäfts-Nr. LB060037, E. 9.7.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.3.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.5.

³² Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.6.

III. Bemerkungen

1. Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheidungen

1.1 Postulat der Zurückhaltung

Geschäftsentscheide des Verwaltungsrats sind Entscheidungen, die auf einer Abwägung von Chancen und Risiken beruhen und zum Teil unter Zeitdruck sowie bei unvollständigem Informationsstand getroffen werden müssen.³³ Demgegenüber ist das Gericht in einer komfortableren Situation: Nachdem sich ein Entscheid als «falsch» oder «unzweckmässig» herausgestellt hat und Aktionäre oder Gläubiger eine Klage erhoben haben, kann es den Geschäftsentscheid im Nachhinein beurteilen.³⁴ Obwohl der Richter den Entscheid aus der damaligen Sicht heraus zu beurteilen hat, darf er insbesondere nicht allein aus einem eingetretenen Schaden auf ein unsorgfältiges Verhalten und damit auf die Pflichtwidrigkeit des Verwaltungsrats schliessen.³⁵ Dies läuft insofern der Intuition entgegen, als Menschen bei der nachträglichen Einschätzung eines eingetretenen Ereignisses oft einen systematischen Denkfehler begehen und Ereignisse im Rückblick als vorhersehbarer erachten als sie es eigentlich waren (sog. Rückschaufehler).³⁶

Um die Ausübung des Geschäftsermessens zu schützen, wird in der Lehre postuliert, dass Geschäftsentscheide des Verwaltungsrats durch das Gericht nur mit Zurückhaltung beurteilt werden sollen.³⁷ Analysiert man die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, zeigt sich eine Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ge-

schäftsentscheiden auf ihre Zweckmässigkeit.³⁸ In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht entsprechend seiner bestehenden Praxis ausdrücklich anerkannt, dass bei der nachträglichen gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung zu üben ist.³⁹

1.2 Business Judgment Rule

1.2.1 Schweizerische Lehre

Um das Ziel der gerichtlichen Zurückhaltung bei Geschäftsentscheiden zu erreichen, wird in der Lehre teilweise vorgeschlagen, die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit sich ein Gericht bei der Beurteilung des Geschäftsentscheids zurückhält, mit einer der amerikanischen Business Judgment Rule nachempfundenen Methode zu konkretisieren.⁴⁰ Diese Methode wurde in der Schweiz zum ersten Mal ausführlich in der Dissertation von *Grass* erläutert.⁴¹ Der konzeptionelle Grundgedanke der Business

³³ *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 581, § 18 N 399.

³⁴ *Joachim G. Frick*, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, 509 ff., 512.

³⁵ Statt vieler *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 581.

³⁶ Ausführlich dazu *Vito Roberto/Kristoffel Grechenig*, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130/2011 I, 5 ff.

³⁷ Vgl. nur *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 3 N 13 oder *Dieter Gericke/Stefan Waller*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 31 zu Art. 754 OR.

³⁸ *Hans Caspar von der Crone*, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff., 6 f. insb. Fn. 29 (nachfolgend *von der Crone*, Haftung) sowie *Hans Caspar von der Crone*, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaften, ZSR 119/2000 II, 235 ff., 250 f. insb. Fn. 33 (nachfolgend *von der Crone*, Reputation). Zuletzt *Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger*, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff., 610.

³⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2011 vom 21. März 2012, E. 5.1.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2.

⁴⁰ Vgl. nur *Andrea R. Grass*, Business Judgment Rule, Diss. Zürich, Zürich 1998, 110. Zuletzt: *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 610 ff. Die heftigste Kritik fand die Business Judgment Rule bei *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern, Bern 2001, § 6 N 115 ff.; *ders.*, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägung sowie zur «Business Judgment Rule», in: Herbert Burkert/Urs Gasser/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 445 ff. insb. 459 ff. Kritisch: *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich, SSHW Band 210, Zürich 2001, *derselbe*, Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich/Basel/Genf 2010, 227 ff., 237.

⁴¹ *Grass* (Fn. 40), passim; *derselbe*, Management-Entscheidungen vor dem Richter, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW 2000, 1 ff.

Judgment Rule, dass bei der Überprüfung eines Geschäftsentscheids v.a. auf ein korrektes Entscheidungsverfahren fokussiert werden soll, ist in der schweizerischen Literatur breit diskutiert worden.⁴² Über deren Voraussetzungen besteht in der Lehre jedoch keine Einigkeit; namentlich ist umstritten, ob neben der Art und Weise des Zustandekommens des Geschäftsentscheids auch inhaltliche Elemente berücksichtigt werden sollen.⁴³ Dabei wird in der schweizerischen Lehre teilweise der Anschein erweckt, dass die Business Judgment Rule ein schematisches Prüfschema mit klar abgrenzbaren Voraussetzungen sei.⁴⁴ Da sich die schweizerische Lehre bei der Business Judgment Rule insb. auf die Gerichtspraxis des US-amerikanischen Bundesstaats Delaware stützt,⁴⁵ soll im Folgenden kurz beleuchtet werden, ob in den USA die Business Judgment Rule als ein solches schematisches Prüfschema mit klar abgrenzbaren Voraussetzungen gehandhabt wird.

1.2.2 Vergleich mit den USA

In den USA wurde die Business Judgment Rule in den letzten rund 150 Jahren von den Gerichten entwickelt.⁴⁶ Ihr Zweck ist es, die Ausübung des Geschäftsermessens zu schützen und ordentliche Geschäftsentscheide von Fällen des Missbrauchs abzugrenzen.⁴⁷ Die amerikanischen Gerichte wenden dabei nicht immer die gleichen Kriterien für die Business Judgment Rule an. So wird zum Beispiel im Zusammenhang mit Unternehmensübernahmen eine abgeänderte Business Judgment Rule mit weiteren Voraussetzungen angewandt.⁴⁸ Von der American Bar Association wurde

dementsprechend festgestellt, dass «the elements of the business judgment rule and the circumstances for its application are continuing to be developed by the courts»; daher sei es nicht «desirable to freeze the concept in a statute».⁴⁹ In der amerikanischen Lehre wird weiter darauf hingewiesen, dass die Business Judgment Rule insofern falsch benannt wurde als sie keine klare Regel («rule»; bspw. fahre 50 km/h) sondern ein Standard (bspw. fahre vorsichtig) sei.⁵⁰ Dementsprechend sei im Rahmen der Business Judgment Rule nicht die Frage von Interesse, ob «the directors violated some bright-line precept», sondern «whether their conduct satisfied some standard for judicial abstention».⁵¹ Diese Flexibilität eines Standards kommt auch bei den Gerichten ins Spiel «as courts fine tune the doctrine's application to the facts at the bar».⁵² So wird bspw. von den Gerichten im Bundesstaat Delaware der angemessene Grad der gerichtlichen Kontrolle «upon the specific context that gives occasion to the board's exercise of its business judgment» abhängig gemacht.⁵³ Der Gedanke, dass jeder Geschäftsentscheid des Verwaltungsrates mittels einer einzigen Business Judgment Rule mit klar abgegrenzten Voraussetzungen im Sinne eines schematischen Prüfprogramms geprüft werden kann, ist verlockend. Doch zeigen die Erfahrungen in den USA, dass die Business Judgment Rule dort nicht als ein solches Prüfprogramm gehandhabt, sondern vielmehr fall- und situationsbezogen angewandt wird.

1.2.3 Rezeption durch das Bundesgericht?

Im vorliegenden Urteil hat das Bundesgericht erstmals in einem in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid Kriterien aufgestellt, bei deren

⁴² Vgl. nur *Alexander Nikitine*, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich, SSHW Bd. 226, Zürich 2007, passim.

⁴³ Vgl. nur *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 584 ff. m.w.H.

⁴⁴ Vgl. *Nikitine* (Fn. 42), 162 ff.; *Grass* (Fn. 40), 108 ff.; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 616 ff.

⁴⁵ Vgl. statt vieler: *Grass* (Fn. 40), 49 ff.; *Nikitine* (Fn. 42), 96 ff. Für einen Rechtsvergleich vgl. *Holger Fleischer*, Die «Business Judgment Rule» im Spiegel von Rechtsvergleich und Rechtsökonomie, in: Rolf Wank et al. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann, München 2002, 827 ff., 833 ff.

⁴⁶ Vgl. *William T. Allen/Reinier Kraakman/Guhan Subramanian*, Commentaries and Cases on the Law of Business Organisation, 4. Aufl., New York 2012.

⁴⁷ Vgl. *Dennis J. Block/Nancy E. Barton/Stephen A. Radin*, The Business Judgment Rule, 5. Aufl., New York 1998, 9 ff. mit Supplement 2002.

⁴⁸ Vgl. dazu *Block/Barton/Radin* (Fn. 47), 631 ff.

⁴⁹ American Bar Association, Model Business Corporation Act, Official Text with Official Comment and Statutory Cross-References, 4. Aufl., Chicago 2008, 8–53.

⁵⁰ *Stephen M. Bainbridge*, Corporate Law, 2. Aufl., New York 2009, 122.

⁵¹ *Bainbridge* (Fn. 50), 122. In den USA ist umstritten, ob es sich bei der Business Judgment Rule um einen «standard of review» handelt oder um eine «abstention doctrine», vgl. dazu *Bainbridge* (Fn. 50), 96.

⁵² *Bainbridge* (Fn. 50), 122.

⁵³ *Bainbridge* (Fn. 50), 122 mit Verweis auf den Fall *McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910, 918 (Del.2000), wo durch den Supreme Court of the State of Delaware das Folgende festgestellt wurde: «The statutory duties and common law fiduciary responsibilities that directors of a Delaware corporation are required to discharge depends upon the specific context that gives occasion to the board's exercise of its business judgment.»

Einhaltung sich das Gericht bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden zurückhält,⁵⁴ nämlich bei Geschäftsentscheiden, «die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind»⁵⁵. Das Bundesgericht prüfte im vorliegenden Fall dabei nicht ausdrücklich, ob die obgenannten Kriterien für eine gerichtliche Zurückhaltung beim Prozessführungsentscheid des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG eingehalten waren.⁵⁶ In der Lehre wird nun die Meinung vertreten, dass das Bundesgericht mit seiner aktuellen Rechtsprechung die Business Judgment Rule rezipiert habe.⁵⁷ Von einer eigentlichen Rezeption der amerikanischen Business Judgment Rule kann jedoch schon deshalb nicht gesprochen werden, weil diese in der amerikanischen Rechtsprechung nicht so besteht, wie sie in der Schweiz «rekonstruiert» werden möchte (dazu vorne III.1.2.2). Statt einer Rezeption liesse sich in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts deshalb höchstens eine Entwicklung einer eigenständigen Business Judgment Rule helvetischer Prägung sehen, also um ein schematisches Prüfprogramm mit klar abgrenzbaren Voraussetzungen. Wie anschliessend gezeigt wird, greift ein solches schematisches Prüfprogramm mit klar abgegrenzten Voraussetzungen für die gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden jedoch zu kurz. Dem Gericht muss vielmehr die Möglichkeit gegeben werden, den Geschäftsentscheid aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

2. Gerichtliches Vorgehen bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden

2.1 Unmittelbare Interessenkonflikte

Bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden ist zunächst zu prüfen,⁵⁸ ob sich der Verwaltungsrat bei seinem Geschäftsentscheid in einem unmittelbaren Interessenkonflikt befand.⁵⁹ Der Verwaltungsrat hat aufgrund der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR die Interessen der Gesellschaft zu wahren.⁶⁰ Diese Interessenwahrung ist nur möglich, wenn die dem Verwaltungsrat übertragenen Interessen nicht anderen eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen zuwiderlaufen.⁶¹ Liegt ein Interessenkonflikt vor, kann der Verwaltungsrat versucht sein, statt der Interessen der Gesellschaft zuerst die im Konflikt mit diesen stehenden Interessen wahrzunehmen.⁶² Dementsprechend wird der unmittelbare Interessenkonflikt negativ umschrieben: Ein unmittelbarer Interessenkonflikt des Verwaltungsrates liegt dann vor, wenn er Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt.⁶³ Handelt der Verwaltungsrat in einem unmittelbaren Interessenkonflikt, entfällt nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung die allgemeine Vermutung zugunsten des pflichtgemässen

⁵⁴ Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, 4A_306/2009, E. 7.2.4, dazu *Hans-Ueli Vogt*, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, 1075 ff., 1086 insb. Fn. 98; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 610; sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2011 vom 21. März 2012, E. 5.1.4, vgl. dazu: *Markus Vischer/Thomas Wehinger*, Unternehmenswertung und Kostentragung bei Überprüfungsclagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, 455 ff., 459; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 610 f.

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2.

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2 ff.

⁵⁷ *Andreas Binder/Vito Roberto*, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 10 zu Art. 754 OR; *BSK-Gericke/Waller* (Fn. 37), N 31a zu Art. 754 OR; *Vischer/Wehinger* (Fn. 54), 459 f.; *Vogt* (Fn. 54), 1086 insb. Fn. 98; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 610 f.

⁵⁸ Bei der Prüfung muss selbstverständlich zuerst geklärt werden, ob überhaupt ein Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats vorliegt.

⁵⁹ Vgl. ausführlich zur Definition des Geschäftsentscheids *Nikitine* (Fn. 42), 163 ff. m.w.H., der jedoch von einem Unternehmensentscheid spricht. Nachfolgend wird jedoch mit dem Bundesgericht von Geschäftsentscheiden gesprochen.

⁶⁰ Statt vieler *Thomas Alexander Steininger*, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Diss. Zürich, ZStP Bd. 238, Zürich/Basel/Genf 2011, 78; *Christa Alexandra Sommer*, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich, SSHW Bd. 298, Zürich 2010, 34 ff.

⁶¹ *Hans Caspar von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1994, 1 ff., 2.

⁶² *Sommer* (Fn. 60), 85.

⁶³ *Michael Lazopoulos*, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich, SSHW Bd. 237, Zürich/Basel/Genf 2004, 37; *Nikitine* (Fn. 42), 181; *Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone*, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003, 102 ff., 103; *von der Crone* (Fn. 61), 2.

Handelns des Verwaltungsrats, und die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung wird vermutet.⁶⁴

Diese Vermutung kann dabei auf zweierlei Art beseitigt werden: Einerseits indem der Verwaltungsrat mittels prozeduraler Massnahmen nachweist, dass eine Verfälschung durch den Interessenkonflikt ausgeschlossen war und andererseits, dass der Entscheid trotz Interessenkonflikt zu einem sachlich angemessenen Ergebnis führte.⁶⁵ Pragmatisch betrachtet ist der Nachweis des pflichtgemässen Verhaltens über prozedurale Vorkehrungen für den Verwaltungsrat einfacher.⁶⁶ Der Verwaltungsrat beseitigt in diesem Fall die gegen ihn sprechende Vermutung, indem er nachweist, dass er mittels externer Abstützung, wie der Genehmigung durch die Generalversammlung bzw. durch externe Verwaltungsräte oder durch Abstellen auf einen Marktpreis oder auf eine externe Bewertung (Fairness Opinion), die notwendigen Massnahmen ergriffen hat, um eine Verfälschung des Entscheids durch den Interessenkonflikt auszuschliessen.⁶⁷ Gelingt dem Verwaltungsrat die Wiederherstellung der Vermutung des pflichtgemässen Verhaltens mittels prozeduraler Abstützung des Entscheids, wird gleichzeitig die Zurückhaltung bei der Prüfung von Geschäftsentscheiden wiederhergestellt. In diesem Fall kann sich das Gericht darauf beschränken, den Geschäftsentscheid auf seine Nachvollziehbarkeit zu überprüfen (hinten III.2.2). Anderenfalls entfällt die gerichtliche Zurückhaltung bei der Prüfung des

Geschäftsentscheids, und das Gericht prüft den Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats umfassend ohne Vorbehalt zugunsten des Geschäftsermessens. Sollte der Verwaltungsrat den Beweis seines pflichtgemässen Verhaltens durch den Nachweis führen, dass sein Geschäftsentscheid zu einem sachlich angemessenen Ergebnis führte, entfällt die gerichtliche Zurückhaltung bei der Prüfung von Geschäftsentscheiden, da das Gericht in diesem Fall den Geschäftsentscheid umfassend prüfen muss.

Ob im vorliegenden Fall die Verwaltungsräte neben ihrem Mandat für die Reishauer Beteiligungen AG weitere Interessen zu wahren hatten, wurde vom Bundesgericht nicht festgestellt.⁶⁸ Aufgrund fehlender bundesgerichtlicher Feststellung ist nachfolgend davon auszugehen, dass im vorliegenden Sachverhalt bei den Verwaltungsräten der Reishauer Beteiligungen AG kein unmittelbarer Interessenkonflikt vorlag.

2.2 Nachvollziehbarkeitsprüfung

2.2.1 Gliederung der Nachvollziehbarkeit

(1) Überblick

Liegt kein unmittelbarer Interessenkonflikt vor oder konnte die Vermutung des pflichtgemässen Verhaltens mittels prozeduralen Massnahmen wiederhergestellt werden (dazu vorne III.2.1), beschränkt sich das Gericht zunächst darauf, den Geschäftsentscheid auf seine Nachvollziehbarkeit zu prüfen. Das Gericht hat aufgrund der gesamten Umstände im konkreten Einzelfall zu würdigen, ob der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats nachvollziehbar ist. Diese Prüfung der Nachvollziehbarkeit gliedert sich in eine prozedurale und in eine inhaltliche Dimension: Die Nachvollziehbarkeit des Entscheidungsverfahrens als prozedurale Dimension bedeutet, dass das Gericht nachvollziehen können muss, auf welchem Weg der Verwaltungsrat zu seinem Entscheid gelangt ist. Das Gericht muss sehen, wie im Verwaltungsrat entschieden wurde. Gegenstand dieser Prüfung ist der Entscheidprozess des Verwaltungsrates.⁶⁹

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 4C.139/2001 vom 13. August 2001, E. 2a.bb; BGE 132 III 758, E. 3.3. Ebenso Urteil der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen vom 11. Dezember 1996, SJZ 95 (1999), 328 ff.; *Gion Giger*, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, SSHW Bd. 224, Zürich/Basel/Genf 2003, 362 f.; *Lukas Glanzmann*, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 119/2000 II, 135 ff., 166. *Nikitine* (Fn. 42), 184 f.; *Sommer* (Fn. 60), 102 f.; *Stutz/von der Crone* (Fn. 63), 106; *von der Crone* (Fn. 61), 8; *von der Crone*, Reputation (Fn. 38), 244. A.M. *Lazopoulos* (Fn. 63), 176; *Benedikt Maurenbrecher/Ansgar Schott*, Private Rechtsgeschäfte von Organpersonen, GesKR 2007, 24 ff., 36, insb. Fn. 109. Wohl auch *Ansgar Schott*, Inlichgeschäft und Interessenkonflikt, Diss. Zürich, ZStP Bd. 178, Zürich/Basel/Genf 2002, 43.

⁶⁵ Urteil der III. Zivilkammer des Kantonsgerichts St. Gallen vom 11. Dezember 1996, SJZ 95 (1999), 329; *Giger* (Fn. 64), 363; *Glanzmann* (Fn. 64), 166; *von der Crone* (Fn. 61), 8.

⁶⁶ *von der Crone* (Fn. 61), 8.

⁶⁷ *Giger* (Fn. 64), 363; *Glanzmann* (Fn. 64), 166; *von der Crone* (Fn. 61), 8; *von der Crone*, Reputation (Fn. 38), 244.

⁶⁸ Im erstinstanzlichen Urteil wurde durch das Bezirksgericht Zürich festgestellt, dass im vorliegenden Fall keine Interessenkonflikte vorliegen, vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Februar 2006, Geschäfts-Nr. CG030256, E. 21.8.

⁶⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2.

Dazu gehört einerseits die angemessene Dokumentation des Entscheids und seiner Grundlagen (hinten III.2.2.1(2)(a)). Andererseits muss im Rahmen der prozeduralen Nachvollziehbarkeit berücksichtigt werden, ob der Verwaltungsrat beim Geschäftsentscheid mittelbar in seinen Interessen berührt war (hinten III.2.2.1(2)(b)). Die Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses als inhaltliche Dimension bedeutet, dass das Gericht den Entscheid verstehen können muss. Das Gericht muss nachvollziehen können, dass sich der Verwaltungsrat unter den damaligen Umständen des konkreten Einzelfalls so hat entscheiden können (hinten III.2.2.1(3)). In der Verbindung der prozeduralen und inhaltlichen Dimension muss das Gericht also sehen, wie im Verwaltungsrat entschieden worden ist, und verstehen, wieso so entschieden wurde. Das Gericht muss den Geschäftsentscheid des Verwaltungsrates sehen und verstehen können.

Diese Gliederung der Nachvollziehbarkeitsprüfung in eine prozedurale und eine inhaltliche Dimension bzw. deren Aufgliederung in einzelne Kriterien bedeutet nicht, dass dies klar abgrenzbare Voraussetzungen sind, die im Rahmen eines schematischen Prüfkonzpts «durchgeprüft» werden müssten. Entscheidend ist die gerichtliche Gesamtwürdigung des Geschäftsentscheids im konkreten Einzelfall. Das Gericht hat den Geschäftsentscheid sowohl unter prozeduralen als auch unter inhaltlichen Aspekten ganzheitlich zu würdigen. Daraus entsteht eine Wechselwirkung zwischen den einzelnen Kriterien, indem ein Minus bei einem Kriterium allenfalls durch ein Plus bei anderen Kriterien kompensiert werden kann, sodass der Geschäftsentscheid gesamthaft betrachtet nachvollziehbar ist.⁷⁰ Ist bspw. der Verwaltungsrat beim konkreten Geschäftsentscheid mittelbar in seinen Interessen berührt, kann dieses Minus durch ein Plus an Qualität des Entscheidungsergebnisses oder der angemessenen Dokumentation kompensiert werden (vgl. dazu hinten III.2.2.3).

⁷⁰ Vgl. zum Sandhaufentheorem *Rolf Bender*, Das «Sandhaufentheorem». Ein Beitrag zur Regelungstechnik in der Gesetzgebungslehre, in: Ulrich Klug/Thilo Ramm/Fritz Rittner/Burkhard Schmiedel (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, Berlin/Heidelberg/New York 1978, 34 ff.; Urteil 6 U 169/78 vom 24. April 1979 des OLG Stuttgart, NJW 1979, 2409 ff. insb. 2412.

(2) Prozedurale Nachvollziehbarkeit

(a) Angemessene Dokumentation

Wie beschrieben muss das Gericht nachvollziehen können, wie der Verwaltungsrat zu seinem Entscheid gelangt ist. Dies setzt eine angemessene Dokumentation des Entscheids und seiner Informationsbasis voraus.⁷¹ Aus dem Wesen des Geschäftsentscheids folgt, dass der Verwaltungsrat nicht alles umfassend berücksichtigen kann, sondern die Informationen notwendigerweise selektieren muss.⁷² Dabei hat der Verwaltungsrat jeweils zu entscheiden, ob der derzeitige Stand der Informationen angemessen ist, um in der konkreten Situation einen Geschäftsentscheid zu fällen, oder ob noch weitere Informationen beschafft werden sollen.⁷³ Die Informationsbeschaffung stellt daher selbst einen Teil des Geschäftsentscheids dar.⁷⁴ Entsprechend greift die Vorstellung zu kurz, dass zwischen der Informationsbeschaffung einerseits und dem eigentlichen Geschäftsentscheid andererseits strikt unterschieden werden kann.⁷⁵ Demgegenüber wird in der Lehre teilweise der Anschein erweckt, dass die Informationsbeschaffung eine abgrenzbare Vorstufe zum Geschäftsentscheid ist. Entsprechend wird auch vorgeschlagen, dass diese Voraussetzung einer «Business Judgment Rule zweiter Ordnung» unterliege und nur mit «Zurückhaltung»

⁷¹ Dies ergibt sich bereits aus der Sorgfaltspflicht nach Art. 717 OR, vgl. *Frick* (Fn. 34), 516; *Peter Isler*, Sorgfalt und Haftung des Verwaltungsrates, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, 1 ff., 3; *ders.*, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Strategie-Entscheide, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, 39 ff., 52.

⁷² *Grass* (Fn. 40), 125; *Nikitine* (Fn. 42), 252 ff.; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 617. Entsprechend geht auch das Bundesgericht davon aus, dass die Informationsbasis nicht «vollständig», sondern «angemessen» sein muss (Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.2). Über die Frage, was eine angemessene Informationsgrundlage ist, ist in der deutschen Lehre ein Meinungsstreit entbrannt, vgl. nur *Thomas Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, Diss. Bonn, AHW Band 193, Köln 2011, 157 ff. m.w.H.

⁷³ *Bunz* (Fn. 72), 178; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 617.

⁷⁴ Vgl. dazu *Jean Nicolas Druey*, Standardisierung der Sorgfaltspflicht? Fragen zur Business Judgment Rule, in: Mathias Habersack/Peter Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, 57 ff., 64 f.; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 617.

⁷⁵ *Druey* (Fn. 74), 65; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 617.

mit dem Massstab der «offensichtlichen Unsorgfalt» überprüft werden solle.⁷⁶ Diese Ausfassung würde zur eigentümlichen Situation führen, dass einerseits die Voraussetzung für die gerichtliche Zurückhaltung mit Zurückhaltung überprüft werden müsste⁷⁷ und andererseits, dass ein Rechtsinstitut selbst festlegen würde, wie seine Voraussetzungen auszulegen wären.⁷⁸ Dieser spiralförmige Gedankengang bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden zeigt auf, dass die gerichtliche Beurteilung eines Geschäftsentscheids mit einem Prüfprogramm mit vermeintlich klarer Trennung zwischen dem eigentlichen Geschäftsentscheid und der Informationsbeschaffung dafür zu schematisch ist und dem tatsächlichen Vorgang nicht gerecht wird. Vielmehr hat das Gericht die angemessene Dokumentation als Kriterium bei der ganzheitlichen Würdigung des Geschäftsentscheids zu berücksichtigen.

(b) Interessenberührung

Obschon bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden auf ihre Nachvollziehbarkeit kein unmittelbarer Interessenkonflikt vorliegt (dazu vorne III.2.1), kann der Verwaltungsrat beim Geschäftsentscheid mittelbar in seinen Interessen berührt sein.⁷⁹ Bei Fehlen eines unmittelbaren Interessenkonflikts kann daher nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass das Verhalten des Verwaltungsrats notwendigerweise unproblematisch ist.⁸⁰ Vielmehr hat eine allfällige mittelbare Interessenberührung des Verwaltungsrats bei einer gerichtlichen Gesamtbeurteilung des Geschäftsentscheids einzufließen. Ist bspw. der Verwaltungsrat beim Geschäftsentscheid aufgrund einer Drucksituation durch den Mehrheitsaktionär mittelbar in seinen Interessen berührt, hat das Gericht diesen Umstand im

Sinne einer Gesamtwürdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls bei der Beurteilung der Nachvollziehbarkeit des Geschäftsentscheids zu berücksichtigen (vgl. hinten III.2.2.3).

(3) Inhaltliche Nachvollziehbarkeit

Erfahrungsgemäss steigt die Wahrscheinlichkeit eines inhaltlich nachvollziehbaren Geschäftsentscheids, wenn er in einem sorgfältigen Verfahren zustande gekommen ist.⁸¹ In der Praxis zeigt sich denn auch, dass mit der materiellen Pflichtwidrigkeit oft eine Missachtung der formellen Ordnung einhergeht.⁸² Dennoch kann sich das Gericht nicht darauf beschränken, den Geschäftsentscheid bloss unter prozeduralen Aspekten zu beurteilen, sondern es hat auch dessen Ergebnis nachzuvollziehen.⁸³ Dabei ist ein Geschäftsentscheid inhaltlich nicht mehr nachvollziehbar, wenn der Verwaltungsrat mit dem Entscheid seinen geschäftlichen Ermessensspielraum klar überschritten hat. Eine solche Ermessensüberschreitung ist dann anzunehmen, wenn der Entscheid aus damaliger Sicht aus der objektiven Perspektive einer gewissenhaften, vernünftigen und fachlich ausgewiesenen Person nicht plausibel ist.⁸⁴

2.2.2 Folgen der Nachvollziehbarkeit

Kommt das Gericht bei der Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung des Geschäftsentscheids in

⁷⁶ Vgl. *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 617. Das ist offenbar auch die Auffassung in den USA und in Deutschland, vgl. *Block/Barton/Radin* (Fn. 47), 80 bzw. *Bunz* (Fn. 72), 178 f.

⁷⁷ *Druey* (Fn. 74), 65 f.; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 617. So auch die Lage in Deutschland vgl. dazu: *Bunz* (Fn. 72), 178 f.

⁷⁸ Vgl. *Druey* (Fn. 74), 66, der davon ausgeht, dass es einem «logischen salto mortale» gleichkommt, wenn ein Rechtsinstitut die Auslegung der eigenen Voraussetzung bestimmt.

⁷⁹ Zu den Interessenberührungen, vgl. *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 633 ff. m.w.H.

⁸⁰ Es macht teilweise in der Lehre den Anschein, dass nur der unmittelbare Interessenkonflikt problematisch ist. Vgl. nur *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 584: «ohne dass die Mitglieder (...) in einem relevanten Interessenkonflikt befangen gewesen wären» oder *Nikitine* (Fn. 42), 176: Unabhängigkeit heisst im «Kern nichts anderes [...], als dass keine rechtserheblichen Interessenkonflikte bei den Entscheidungsträgern vorliegen dürfen».

⁸¹ *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 591e.

⁸² *Peter Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 1142.

⁸³ A.M. *BSK-Gericke/Waller* (Fn. 37), N 31a zu Art. 754 OR; *Glanzmann* (Fn. 64), 166.

⁸⁴ Bei der Prüfung der Ermessensüberschreitung wird weniger gefordert als bei der in der Lehre vertretenen Ansicht, dass der Entscheid sachlich vertretbar sein müsste, so *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 584, N 587; *Ralph Malacrida/Till Spillmann*, Payback Time?, GesKR 2008, 345 ff., 356 insb. Fn. 100; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 237; *Vogt/Bänziger* (Fn. 38), 620 f. Eine solche Prüfung der Ermessensüberschreitung ist jedoch strenger als die blosser Prüfung, ob der Entscheid offensichtlich unvernünftig ist, so *CHK-Binder/Roberto* (Fn. 57), N 10 zu Art. 754 OR; *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 584, N 587; *Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury*, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, N 147; *BSK-Gericke/Waller* (Fn. 37), N 31a zu Art. 754 OR; *Glanzmann* (Fn. 64), 166; *Max Haller*, Organhaftung und Versicherung, Diss. Zürich, SSHW Bd. 270, Zürich 2008, N 105.

seiner prozeduralen und inhaltlichen Dimension zur Auffassung, dass der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats nachvollziehbar ist, hält es sich bei dessen Beurteilung zurück. Dies bedeutet, dass der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats nicht hinterfragt wird, obschon rückblickend möglicherweise eine andere Entscheidung «richtiger» oder «zweckmässiger» gewesen wäre. Dementsprechend wird das pflichtgemässe Verhalten des Verwaltungsrats vermutet, und eine Verantwortlichkeitsklage ist mangels Pflichtwidrigkeit abzuweisen. Ist der Geschäftsentscheid nicht nachvollziehbar, entfällt die Zurückhaltung bei der gerichtlichen Prüfung von Geschäftsentscheiden, und das Gericht nimmt eine umfassende Prüfung vor.

2.2.3 Nachvollziehbarkeit des vorliegenden Geschäftsentscheids

Im vorliegenden Fall verweigerte der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG nach der Fusion der Lorze AG mit ihrer Tochtergesellschaft Schmid AG die Eintragung der Namenaktien auf die Lorze AG im Aktienbuch. Daraufhin erhob die Lorze AG Klage auf Eintragung der Namenaktien im Aktienbuch. Es ist daher fraglich, ob der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG, sich der Klage auf Eintragung der Namenaktien der Lorze AG vor dem Handelsgericht Zürich zu widersetzen und das Urteil durch alle Gerichtsstufen zu ziehen, aus damaliger Sicht nachvollziehbar war.

Prozedural verlangt die Nachvollziehbarkeit des Geschäftsentscheids zunächst, dass das Gericht nachvollziehen können muss, wie der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG zu seinem Entscheid zur Prozessführung gelangt ist. Dazu gehört zunächst die angemessene Dokumentation des Entscheids und seiner Materialien. Im Folgenden wird mangels ausdrücklicher bundesgerichtlicher Feststellung davon ausgegangen, dass der Verwaltungsrat seinen Prozessführungsentscheid sowie dessen Grundlagen angemessen dokumentiert hat.⁸⁵ Im Rahmen der prozeduralen Nachvollziehbarkeit muss auch berücksichtigt werden, ob der Verwaltungsrat beim Geschäftsent-

scheid mittelbar in seinen Interessen berührt war: Wie beschrieben, standen sich in der Reishauer Beteiligungen AG eine Aktionärsmehrheit und eine Aktionärsminderheit gegenüber, wobei die Interessen der beiden Aktionärsgruppen konfligierten.⁸⁶ Das Interesse der Mehrheitsgruppe bestand darin, die Minderheitsgruppe durch die Nichteintragung der Namenaktien der Drittels-Sperrminorität zur Verhinderung von Statutenänderungen verlustig zu machen (vgl. Art. 704 OR). Das Interesse der Minderheitsgruppe bestand demgegenüber im Erhalt der entsprechenden Sperrminorität.⁸⁷ Auf den ersten Blick handelt es sich lediglich um eine Interessenkollision zwischen den Aktionären der Reishauer Beteiligungen AG und nicht um eine Problematik des Verwaltungsrates, denn dieser hat nach Art. 717 Abs. 1 OR das Gesellschaftsinteresse zu verfolgen und – auch wenn die Gesellschaft durch einen Mehrheitsaktionär dominiert wird – nach Art. 717 Abs. 2 OR die Aktionäre relativ gleich zu behandeln.⁸⁸ Aufgrund der Wahl des Verwaltungsrats sowie der Déchargenerteilung durch Mehrheitsbeschluss in der Generalversammlung ist der Verwaltungsrat jedoch de facto vom Mehrheitsaktionär abhängig.⁸⁹ In der Praxis setzt sich denn auch in einer solchen Situation der Verwaltungsrat aus Vertretern des Mehrheitsaktionärs zusammen.⁹⁰ So ist auch im Fall der Reishauer Beteiligungen AG der Minderheitsaktionär seit der Generalversammlung im Jahre 1989 nicht mehr im Verwaltungsrat vertreten.⁹¹ Entsprechend ist bei entgegenstehenden Interessen zwischen Mehr- und Minderheitsaktionär der Druck auf den Verwaltungsrat vonseiten des Mehrheitsaktionärs weitaus grösser.⁹² Dies kann dazu führen, dass der Mehrheitsaktionär bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Verwaltungsrates ausübt.⁹³ Obschon beim Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG kein unmittelbarer Interessenkonflikt vorlag (vgl. dazu vorne III.2.1), sind aufgrund

⁸⁵ Das Bundesgericht erklärte, dass den Verwaltungsräten der Reishauer Beteiligungen AG zugestanden werden muss, dass sie sich um die rechtliche Abklärung des geplanten Vorgehens bemüht haben und namentlich zwei Gutachten von Rechtsprofessoren eingeholt haben (Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4).

⁸⁶ Die Interessen der Aktionäre weisen damit nicht die gewohnte Homogenität auf, vgl. dazu *Franziska Bächler/Hans Caspar von der Crone*, Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen, SZW 2009, 310 ff., insb. 312 f.

⁸⁷ Vgl. zum Ganzen bereits das Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003, E. 5.3.

⁸⁸ Vgl. nur *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 680.

⁸⁹ *Von der Crone* (Fn. 61), 3; *Steininger* (Fn. 60), 189, 197 f.

⁹⁰ *Böckli* (Fn. 33), § 13 N 657.

⁹¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003, Sachverhalt A.

⁹² *Steininger* (Fn. 60), 197.

⁹³ *Von der Crone* (Fn. 61), 3.

der beschriebenen Drucksituation die Interessen der Verwaltungsräte zumindest mittelbar berührt. Diese Interessenberührung muss im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Nachvollziehbarkeit des Prozessführungsentscheids der Reishauer Beteiligungen AG berücksichtigt werden. Fraglich ist, ob vorliegend dieses Minus der Interessenberührung durch ein Plus an Qualität des Entscheidungsergebnisses kompensiert werden kann, sodass der Prozessführungsentscheid des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG als Ganzes als noch nachvollziehbar betrachtet werden kann.

Der Entscheid des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG, aufgrund der Fusion der Lorze AG mit der Schmid AG die Eintragung der Namenaktien auf die Lorze AG zu verweigern und diesen Entscheid durch alle gerichtlichen Instanzen zu verteidigen, wo doch die Namenaktien der Schmid AG bereits im Aktienbuch der Reishauer Beteiligungen AG eingetragen waren, die Schmid AG eine Tochtergesellschaft der Lorze AG war und die Gesellschaften durch die gleiche Person, nämlich Adrian Gasser, beherrscht wurden, ist aus der objektiven Perspektive einer gewissenhaften, vernünftigen und fachlich ausgewiesenen Person nicht plausibel. Vielmehr macht es den Eindruck, dass der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG die Fusion zwischen der Lorze AG und der Schmid AG ausnutzte und den Geschäftsentscheid im Interesse der Mehrheitsaktionäre fällte, damit der Minderheitsaktionär seiner Drittels-Sperrminorität zur Verhinderung von Statutenänderungen verlustig ging.⁹⁴ Mit diesem Geschäftsentscheid hat der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG sein Geschäftsermessen überschritten. Zusammenfassend ist daher im Rahmen einer ganzheitlichen Würdigung sowohl der prozeduralen als auch der inhaltlichen Aspekte der vorliegende Prozessführungsentscheid des Verwaltungsrats der Reishauer Beteiligungen AG nicht nachvollziehbar. Dementsprechend entfällt die gerichtliche Zurückhaltung bei der Beurteilung dieses Geschäftsentscheids und das Gericht hat den Prozessführungsentscheid des Verwaltungsrats einer umfassenden Prüfung zu unterziehen.

Gleicher Auffassung ist auch das Bundesgericht: Obschon es im vorliegenden Fall nicht ausdrücklich prüfte, ob die Kriterien für eine gerichtliche Zurück-

haltung eingehalten waren, ging es davon aus, dass sie es nicht sind, und hielt sich entsprechend bei der Prüfung des Prozessführungsentscheids des Verwaltungsrates der Reishauer Beteiligungen AG nicht zurück.⁹⁵ Das Bundesgericht prüfte den Prozessführungsentscheid umfassend und stellte fest, dass die Eintragungsverweigerung und die Prozessführung über diese Frage nicht im Gesellschaftsinteresse, sondern im Interesse der Mehrheitsaktionäre der Reishauer Beteiligungen AG erfolgte.⁹⁶ Der Verwaltungsrat der Reishauer Beteiligungen AG habe daher pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt, und das Obergericht des Kantons Zürich habe die Haftung der Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG zu Recht anerkannt.⁹⁷

IV. Ergebnis

Bei der gerichtlichen Beurteilung eines Geschäftsentscheides ist zu prüfen, ob sich der Verwaltungsrat beim Entscheid in einem unmittelbaren Interessenkonflikt befand. Sofern kein unmittelbarer Interessenkonflikt vorliegt, beschränkt sich das Gericht darauf, den Entscheid auf seine Nachvollziehbarkeit zu prüfen. Das Gericht hat aufgrund der gesamten Umstände im konkreten Einzelfall zu würdigen, ob der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrats sowohl unter prozeduralen als auch unter inhaltlichen Aspekten ganzheitlich betrachtet nachvollzogen werden kann. Prozedurale Nachvollziehbarkeit bedeutet, dass das Gericht nachvollziehen können muss, auf welchem Weg der Verwaltungsrat zu seinem Entscheid gelangt ist. Inhaltliche Nachvollziehbarkeit verlangt, dass das Gericht das Ergebnis des Entscheids des Verwaltungsrats nachvollziehen kann. Zusammenfassend muss das Gericht für die Nachvollziehbarkeit daher sehen, wie im Verwaltungsrat entschieden wurde, und verstehen, dass der Verwaltungsrat unter den gegebenen Umständen des konkreten Einzelfalls sich so hat entscheiden können. Sofern der Geschäftsentscheid im genannten Sinne nachvollziehbar ist, hält sich das Gericht bei der Beurteilung des Geschäftsentscheids zurück; anderenfalls überprüft es diesen umfassend.

⁹⁴ Zum Ganzen bereits das Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2001 vom 5. März 2003, E. 5.3.

⁹⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.3 und 3.4.

⁹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.4.

⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2012 vom 20. November 2012, E. 3.5 f.