



Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Neues zur «Business Judgment Rule»

Dominik Matter, Rechtsanwalt, Senior Manager, Legal Services, dominik.matter@ch.ey.com

Liebe Kunden und Geschäftsfreunde

Im Rahmen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozesse haben Gerichte die Frage zu beantworten, ob und inwieweit Gesellschaftsorgane pflichtwidrig gehandelt haben und für den daraus entstandenen finanziellen Schaden haftbar gemacht werden können. Besonders heikel ist dies im Fall fehlgeschlagener unternehmerischer Entscheide des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung. Es wäre problematisch, wenn ein Gericht das Treffen eines geschäftlichen Ermessensentscheides im Nachhinein allein deswegen als pflichtwidrig einstufen würde, weil der getroffene Geschäftsentscheid sich rückblickend betrachtet als falsch oder unzweckmässig erwiesen hat.

In Anlehnung an die aus der US-amerikanischen Rechtsprechung stammende «Business Judgment Rule» hat das schweizerische Bundesgericht deshalb in seiner jüngsten Rechtsprechung die Kriterien benannt, bei deren Vorliegen eine Zurückhaltung bei der inhaltlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden geboten ist. Der vorliegende Beitrag vermittelt einen Überblick über die massgeblichen Aspekte dieser schweizerischen Ausprägung der Business Judgment Rule.

Daniel Bachmann
Rechtsanwalt, Partner, Legal Services
daniel.bachmann@ch.ey.com

1. Organhaftung für Geschäftsentscheide

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (zivilrechtliche *Organverantwortlichkeit*).

Im Rahmen von Verantwortlichkeitsprozessen gegen Gesellschaftsorgane stellt sich immer wieder die Frage, wie fehlgeschlagene unternehmerische Entscheide gerichtlich beurteilt werden sollen. Allein aus der Tatsache, dass ein Geschäftsentscheid sich als falsch oder unzweckmässig herausgestellt und zu einem finanziellen Schaden geführt hat, kann noch nicht geschlossen werden, dass sich die Entscheidungsträger einer *Pflichtverletzung* schuldig gemacht haben, welche eine Haftung begründet.

Geschäftsentscheide erfolgen im Rahmen des Geschäftsführungsermessens und sind mithin «geschäftspolitischer» Natur; dies unterscheidet sie namentlich von Handlungen, welche auf rechtliche Vorschriften zurückgehen (wie z.B. die Pflicht zur Erstellung einer Jahresrechnung). Geschäftsentscheide beruhen auf einer Abwägung von Chancen und Risiken und müssen häufig unter Zeitdruck sowie aufgrund unvollständiger Informationen gefällt werden. Bei der nachträglichen

gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden besteht die Gefahr eines systematischen Denkfehlers, der auch *Rückschaufehler* genannt wird: Im Rückblick erscheinen Ereignisse häufig vorhersehbarer, als sie es damals waren – «im Nachhinein ist man immer klüger».

Die von US-amerikanischen Gerichten entwickelte «Business Judgment Rule» will dem Rückschaufehler entgegenwirken. Sie verlangt unter bestimmten Voraussetzungen Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden und schützt damit die Ermessensausübung der geschäftsführenden Gesellschaftsorgane. Den Geschäftsführungsorganen soll bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben der nötige Handlungs- und Entscheidungsspielraum gewährt werden. Die Gerichte sollen ihr Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens der Organe setzen.

Die *Voraussetzungen* für die Anwendung der Business Judgment Rule fokussieren darauf, ob ein Geschäftsentscheid in einem korrekten Verfahren zustande gekommen ist. Trotz ihrer Bezeichnung ist die Business Judgment Rule keine klare «Regel» mit einem schematischen Prüfprogramm.

2. Die «schweizerische» Business Judgment Rule

Im Jahr 2012 anerkannte das Bundesgericht erstmals ausdrücklich und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, «dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden

Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenskonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind» (Urteile vom 18. Juni und 20. November 2012 betr. Geschäftsentscheide zur Gewährung eines Darlehens an eine überschuldete Tochtergesellschaft bzw. zur Führung eines Prozesses im Interesse des Mehrheitsaktionärs).

Obwohl das Bundesgericht den englischen Begriff vermeidet, kann von einer Business Judgment Rule «helvetischer Ausprägung» gesprochen werden. Im Gegensatz zum üblichen Vorgehen bei Verantwortlichkeitsansprüchen findet unter den genannten, nachfolgend näher erläuterten Voraussetzungen keine umfassende inhaltliche Überprüfung des Geschäftsentscheids statt, sondern es wird von einem Vorrang des geschäftlichen Ermessens der Entscheidungsträger ausgegangen.

3. Vorgehen zur Beurteilung von Geschäftsentscheiden

Gestützt auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei der Beurteilung von fehlgeschlagenen unternehmerischen Entscheidungen der geschäftsführenden Organe die folgenden Kriterien zu prüfen:

1. Liegt ein *Geschäftsentscheid* vor? - Falls es sich nicht um einen Geschäftsentscheid (sondern z.B. eine rechtliche Pflicht) handelt, erfolgt eine umfassende Überprüfung der Handlung bzw. Unterlassung.
2. Befand sich das Organ beim Geschäftsentscheid in einem *unmittelbaren Interessenkonflikt* (z.B. indem konkrete eigene, persönliche Interessen oder Interessen von Drittpersonen dem Gesellschaftsinteresse entgegenstanden)? - Falls ja, wird eine Verletzung der Treuepflicht vermutet und der Geschäftsentscheid umfassend überprüft, sofern die Entscheidungsträger nicht nachweisen, dass die Gefahr der Benachteiligung der Gesellschaft im konkreten Fall ausgeschlossen war (z.B. infolge Genehmigung des Geschäfts durch die Generalversammlung oder durch Einholen einer objektiven, unabhängigen Fairness Opinion bzw. eines Bewertungsgutachtens).

3. Ist das Zustandekommen des Geschäftsentscheids *nachvollziehbar*, d.h. ist der Entscheid in einem sorgfältigen Verfahren und insbesondere auf einer den konkreten Umständen angemessenen Informationsbasis (insbesondere auf der Grundlage vorgängiger Abklärungen und entsprechender Dokumentation) zustande gekommen? Anders gefragt: Kann nachverfolgt werden, wie entschieden wurde, und kann man verstehen, wieso so entschieden wurde? - Falls diese zentralen Fragen verneint werden müssen, entfällt die Zurückhaltung bei der inhaltlichen Beurteilung des Entscheids.
4. Ist das Ergebnis des Geschäftsentscheids *unvertretbar*, da es den Interessen der Gesellschaft widerspricht bzw. weil der geschäftliche Ermessensspielraum klar überschritten wurde? - Im Falle einer Unvertretbarkeit ist von einer Pflichtverletzung durch die Entscheidungsträger auszugehen. Insofern findet dennoch eine inhaltliche Überprüfung des Geschäftsentscheids statt.

In den vorne erwähnten «Leiturteilen» vom 18. Juni bzw. 20. November 2012 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Geschäftsführungsentscheide auf einer mangelhaften Informationsbasis beruhten (vgl. Kriterium 3) bzw. nicht im Interesse der Gesellschaft erfolgten (vgl. Kriterium 4) und wegen Verletzung der Sorgfalts- bzw. Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) als pflichtwidrig einzustufen waren.

4. Ergänzende Bemerkungen

Die *Verletzung zwingender Rechtsvorschriften* stellt eine eigenständige haftungsbegründende Pflichtverletzung dar, welche nicht mit dem Hinweis auf das geschäftliche Ermessen der handelnden Organe gerechtfertigt werden kann (z.B. wenn der Verwaltungsrat einer unzweifelhaft überschuldeten Gesellschaft in Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR monatelang untätig bleibt und weder Sanierungsmassnahmen ergreift noch die Bilanz beim Konkursrichter deponiert). Die obigen Kriterien für eine zurückhaltende Überprüfung von Geschäftsentscheiden gelangen somit bei der Verletzung zwingenden Rechts nicht zur Anwendung.

Die globale EY-Organisation im Überblick

Die globale EY-Organisation ist eine Marktführerin in der Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Transaktionsberatung und Managementberatung. Wir fördern mit unserer Erfahrung, unserem Wissen und unseren Dienstleistungen weltweit die Zuversicht und die Vertrauensbildung in die Finanzmärkte und die Volkswirtschaften. Für diese Herausforderung sind wir dank gut ausgebildeter Mitarbeitender, starker Teams sowie ausgezeichneter Services und Kundenbeziehungen bestens gerüstet. «Building a better working world»: Unser globales Versprechen ist es, gewinnbringend den Fortschritt voranzutreiben - für unsere Mitarbeitenden, unsere Kunden und die Gesellschaft.

Die globale EY-Organisation besteht aus den Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited (EYG). Jedes EYG-Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig und haftet nicht für das Handeln und Unterlassen der jeweils anderen Mitgliedsunternehmen. Ernst & Young Global Limited ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht und erbringt keine Leistungen für Kunden.

Die EY-Organisation ist in der Schweiz durch die Ernst & Young AG, Basel, an zehn Standorten sowie in Liechtenstein durch die Ernst & Young AG, Vaduz, vertreten. «EY» und «wir» beziehen sich in dieser Publikation auf die Ernst & Young AG, Basel, ein Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited.

Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website: www.ey.com/ch

Impressum

Legal News

Elektronische Publikation in deutscher, französischer und englischer Sprache

Konzept und Realisation

Ernst & Young AG
Marketing and External Communications
Postfach
8022 Zürich

Abonnemente/Adressänderungen

www.ey.com/ch/newsletter

www.ey.com/ch/legal

© 2013 Ernst & Young AG
All Rights Reserved.

Mit den Legal News wird ein Überblick über neue rechtliche Entwicklungen vermittelt. Der Inhalt stellt keine Rechtsauskunft dar.

Kontakte Legal

Basel: Dominik Matter
dominik.matter@ch.ey.com

Bern: Daniel Bachmann
daniel.bachmann@ch.ey.com

Genf: Aurélien Muller
aurelien.muller@ch.ey.com

Zürich: Jvo Grundler
jvo.grundler@ch.ey.com