Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgement Rule (BJR)

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

I. Bundesgerichtliche BJR

Nach Art. 754 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation betrauten Personen sowohl der Gesellschaft als auch einzelne Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Diese Bestimmung gilt infolge von Art. 827 OR mutatis mutandis auch für die GmbH.

Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Art. 812 Abs. 1 OR enthält eine praktisch gleichlautende Bestimmung für die GmbH für die Geschäftsführer sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind.

Im Zusammenhang mit Art. 754 OR und Art. 717 Abs. 1 OR bzw. Art. 812 Abs. 1 OR entwickelte das Bundesgericht folgenden Textbaustein:

«Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Für die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft aufzuwenden hat, gilt ein objektiver Massstab. Die Verwaltungsräte sind zu aller Sorgfalt verpflichtet und nicht nur zur Vorsicht, die sie in eigenen Geschäften anzuwenden pflegen. Das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds wird deshalb mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann. Die Sorgfalt richtet sich nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unter-

Der Autor analysiert die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Business Judgement Rule festgelegten Grundzüge und beleuchtet das sich darin spiegelnde Verständnis der BJR kritisch. Er schlägt eine Korrektur in der Handhabung der BJR vor mit der Konsequenz, dass sie allein die Pflichtwidrigkeit des Organverhaltens beschlägt. Die BJR ist nicht ohne Rechtsgrundlage, sondern eine Konkretisierung der in Art. 717 Abs. 1 bzw. Art. 812 Abs. 1 OR zugrunde gelegten Pflichten der Organpersonen. Insoweit ist die BJR eine Rechtsanwendungsregel. Die unerlässliche inhaltliche Überprüfung des Geschäftsentscheids und des Entscheidprozesses erfolgt zurückhaltend im Sinne einer Vertretbarkeitsprüfung. Zi.

L'auteur analyse les principes établis par la jurisprudence du Tribunal fédéral relatifs à la «Business Judgement Rule» (BJR) et examine de manière critique la compréhension qu'elle reflète. Il propose alors un correctif dans la manière de traiter la BJR avec pour conséquence qu'il s'agirait de s'attaquer uniquement au comportement d'un organe qui enfreint clairement ses devoirs. La BJR n'est pas dépourvue de base légale, elle a son fondement dans les devoirs des organes, définis aux art. 717 al. 1 et 812 al. 1 CO, et est ainsi une règle juridique d'application. Le contrôle inévitable du contenu de la décision commerciale et du processus décisionnel doit être effectué avec retenue et de manière à examiner si la décision et le processus sont défendables. P.P.