



Die Steuerungskrise des Rechts und die Prozeduralisierung

Eine Analyse anhand
der aktienrechtlichen
Verantwortlichkeit

XAVIER GRIVEL, BLaw

Seit dem Übergang vom Sozialstaat zum Präventionsstaat im 20. Jahrhundert sieht sich das Recht neuen Anforderungen ausgesetzt, für welche seine bisherigen Regulierungsmechanismen kaum noch ausreichen; es lässt sich eine sogenannte Steuerungskrise beobachten. Verschiedene Lösungsansätze werden vorgeschlagen, um diese Krise zu bewältigen, unter welchen derjenige der Prozeduralisierung eine besondere Erwähnung verdient. Ein Beispiel derartiger Prozeduralisierung lässt sich im schweizerischen Aktienrecht finden.

Inhaltsübersicht

I. Einführung	1
II. Die Grenzen des materiellen Rechts	3
A. Die Systemtheorie und ihre Begriffe	3
1. Das System und seine Umwelt	3
2. Die Subsysteme und die Polykontextualität	4
B. Die Steuerungskrise des Rechts	5

1. Die Entwicklung der Steuerungskrise	5
2. Die Vollzugsdefizite	6
3. Die symbolische Gesetzgebung und ihre Folgen	7
4. Das regulatorische Trilemma	8
C. Das prozedurale Recht als Lösung	10
1. Die Implementation, die Reformalisierung und die Steuerung der Selbstregulierung	10
2. Die Selbstreferenz als Kriterium	11
III. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage	13
A. Die Haftung nach Art. 754 OR	13
B. Die Entwicklung der Pflichtverletzung	14
1. Die Pflichtverletzung vor 2012	14
2. Die Business Judgement Rule	16
IV. Fazit	18

I. Einführung

Anfang April 2018 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich in einem den Konkurs der Swissair Gruppe betreffenden Fall entschieden, dass die Verantwortlichkeitsklage der Liquidatoren gegen vierzehn ehemalige Manager der Swissair abzuweisen sei. Obwohl es die Richter als erwiesen ansehen, dass die Swissair durch Zahlungen an ihre

Muttergesellschaft Kapitalvorschriften (insbesondere Art. 678 Abs. 2 OR) verletzt hat, ist es den klagenden Liquidatoren nicht gelungen, so das Handelsgericht, deutlich darzulegen, wie die Manager hätten handeln sollen, um ihre Pflichten rechtmässig zu erfüllen.

Solch widersprüchliche Situationen – es kann den Managern keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, obwohl Kapitalvorschriften verletzt wurden – können im Recht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund seiner Komplexität oft gefunden werden. Das Recht stösst nämlich an seine Grenzen, wenn eng mit der Geschäftsführung verknüpfte Entscheidungen beurteilt werden müssen – und dies aufgrund von zwei Hauptschwierigkeiten: Geschäftsentscheidungen setzen einerseits technische Kompetenzen voraus, über welche die Gerichte in den meisten Fällen nicht verfügen. Andererseits ist den Managern ein ausreichender Ermessensspielraum zuzugestehen, da sie sonst die für eine gewünschte Weiterentwicklung der Wirtschaft und stetiger Innovation notwendigen Risiken kaum noch eingehen. Die Richter müssen somit darauf achten, nicht sämtliche Fehlentscheidungen eines Verwaltungsrates als Pflichtverletzungen zu betrachten, und sich nicht (ausschliesslich) von der Argumentation allfälliger Gegenparteien beeinflussen zu lassen.

Diese Schwierigkeiten entstammen insbesondere der sogenannten «Steuerungskrise des Rechts». Darunter versteht man, dass das materielle Recht, so wie es bis heute angewendet wurde, von der wachsenden Komplexität der zu regelnden Situationen überfordert wird. Die Mittel, die zu seiner Verfügung stehen, reichen nicht mehr aus, um die aktuelleren Probleme zu lösen. Denkt man

zum Beispiel an das neue Phänomen der Blockchain oder an den Cambridge-Analytica-Skandal, so merkt man schnell, dass sich die Gesellschaft dermassen beschleunigt hat, dass das Recht – zumindest in seiner aktuellen Form – sie kaum noch einzuholen vermag. Darüber hinaus sind die Gefahren so gross (so wurden im Fall Cambridge Analytica die Daten von mehr als 87 Mio. Facebook-Nutzern unrechtmässig bearbeitet), dass der nachträgliche Schadenersatz nicht mehr ausreicht; der Staat und das Recht sollen präventiv handeln können.

Mit Blick auf diese Elemente ist es somit unbestreitbar, dass sich das Recht weiterentwickeln muss, will es seinen Steuerungs- und Kontrollaufgaben gerecht werden. Eine mögliche Lösung wäre in diesem Zusammenhang die Anwendung von prozeduralem Recht. Darunter versteht man, dass das Recht den betroffenen Gesellschaftsbereich nicht mehr materiell¹ erfasst, sondern es wird sich darauf beschränken, die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens (sei es die Einhaltung einer Frist oder die Gewährung von Informationsrechten) zu verlangen. Die übrige Regulierung wird mithin Spezialisten übertragen.

In diesem Aufsatz wird es somit zunächst darum gehen, die Steuerungskrise des Rechts und ihren Ursprung vorzustellen. Anschliessend wird der Lösungsvorschlag der Prozeduralisierung des Rechts behandelt, bevor die Analyse mit Ausführungen zur geltenden *Business Judgment Rule* enden.

¹ Unter dem Begriff des materiellen Rechts versteht man Regelungen, welche konkret und im Voraus schon bestimmen können, was rechtens ist oder nicht. Es gäbe somit eine Art inhaltlicher Gerechtigkeit, die in allen richtigen Entscheidungen gefunden werden könnte. Auf das Aktienrecht angewandt, würde dies zum Beispiel bedeuten, dass das Recht konkret bestimmen

könnte, welche Verhalten in einer gegebenen Situation dem Gesellschaftsinteresse dienen. Vgl. dazu DRENHAUS MARK, Das Gesellschaftsinteresse im Schweizer Aktienrecht, Ein systemtheoretischer Rundgang, in: Marcel Alexander Niggli/Marc Amstutz/Marc Bors (Hrsg.), Grundlegendes Recht, Bd. 24, Basel 2015, S. 73 ff.

II. Die Grenzen des materiellen Rechts

A. Die Systemtheorie und ihre Begriffe

Um die Überlegungen zu Steuerungskrise und Prozeduralisierung verständlich zu machen, ist es unentbehrlich, einige Aspekte von NIKLAS LUHMANNs Systemtheorie vorzustellen. Diese Theorie ist hochkomplex, weshalb nur ein Theorieausschnitt mit Bezug auf die hier zu behandelnde Rechtsproblematik behandelt werden kann. Ziel dieses Kapitels ist es, dem Leser die Grundbegriffe und -konzepte der Systemtheorie zu erläutern. Dabei soll immer im Kopf behalten werden, dass LUHMANN seine Theorie entwickelt hat, um der Komplexität der Gesellschaft gerecht zu werden. Seines Erachtens nach hat die Soziologie dem Verständnis der Gesellschaft unnötige Grenzen gesetzt, welche eine angemessene Beschreibung der menschlichen Beziehungen verhindert. Daher versucht er, diese Grenzen zu überwinden.²

1. Das System und seine Umwelt

LUHMANNs Systemtheorie stützt sich auf eine Grundunterscheidung von erheblicher Bedeutung: diejenige zwischen einem System und seiner Umwelt. Er hält fest, dass «ein System ... die Differenz zwischen System und Umwelt ist.»³ Mit anderen Worten wird es nur zwischen zwei Seiten unterschieden: alles, was nicht System ist, ist Umwelt dieses Systems. In diesem Zusammenhang muss

ein System somit nicht als eine Einheit betrachtet werden, sondern als eine Differenz.⁴ Für die Soziologie und auch für diesen Aufsatz sind vor allem die Systeme relevant, welche die heutige, funktional differenzierte Gesellschaft bilden, wie beispielsweise die Wirtschaft, das Recht oder die Wissenschaft.⁵ Dabei ist hervorzuheben, dass sich der Mensch nicht innerhalb des Gesellschaftssystems befindet, sondern in seiner Umwelt, denn das Gesellschaftssystem besteht aus Kommunikation.⁶ Sie ist «der basale Prozess sozialer Systeme, der die Elemente produziert, aus denen diese Systeme bestehen.»⁷ Um zu funktionieren, verfügen die Systeme zudem über einen Code, welcher mit Bezug auf das Gesellschaftssystem die Möglichkeit darstellt, eine bestimmte Kommunikation anzunehmen oder zu verweigern.⁸

Grundlegend ist ausserdem, dass ein System sich selbst beobachten muss, um zu verstehen, dass es ein «System-in-einer-Umwelt-anderer-Systeme»⁹ ist. Das heisst, dass es andere Systeme gibt, welche sich auch dadurch kennzeichnen, dass sie autonom, i.e. operativ geschlossen, sind. Diese operative Geschlossenheit bedeutet, dass «die Operationen eines Systems auf den Operationen desselben Systems aufbauen»¹⁰ – aus Kommunikation entsteht Kommunikation –, also mit anderen Worten, dass die Ausgrenzung des Systems von seiner Umwelt von ihm selbst vorgenommen wird. Dies darf jedoch nicht zur Folge haben, dass das System seine Umwelt nicht mehr berücksichtigt.¹¹ Es stimmt zwar, dass Letztere keinen direkten Einfluss auf

² DRENHAUS (Fn. 1), S. 53.

³ LUHMANN NIKLAS, Einführung in die Systemtheorie, Heidelberg 2002, S. 66.

⁴ LUHMANN (Fn. 3), S. 91.

⁵ AMSTUTZ MARC, Vertragskollisionen, Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 161 ff., S. 167.

⁶ DRENHAUS (Fn. 1), S. 54; LUHMANN (Fn. 3), S. 78; TEUBNER GUNTHER, Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm?, Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtsetzung, in: Dieter Grimm/Werner Maihofer

(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. XIII, Opladen 1988, S. 45 ff., S. 46.

⁷ LUHMANN NIKLAS, Soziale Systeme, Grundrisse einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main 1984, S. 192.

⁸ DRENHAUS (Fn. 1), S. 55; LUHMANN NIKLAS, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, S. 221 ff.

⁹ AMSTUTZ (Fn. 5), S. 166.

¹⁰ DRENHAUS (Fn. 1), S. 55.

¹¹ DRENHAUS (Fn. 1), S. 55; LUHMANN (Fn. 3), S. 92 f.; LUHMANN (Fn. 8), S. 93.

ein System haben kann, in dem Sinne, dass sie ein System nicht dazu zu zwingen vermag, sich anders zu organisieren oder zu operieren. Unentbehrlich bleibt allerdings, dass das System seine Umwelt beobachtet, und dass es die dabei gewonnenen Informationen verarbeitet, um sich mit Hilfe seiner eigenen Unterscheidungen und Operationen an die Gesamtgesellschaft anzupassen.¹²

Dies ist unter anderem dank strukturellen Kopplungen¹³ möglich, worunter «Beobachtungsschemata [zu verstehen sind], die ... geeignet sind, Ereignisse in der Umwelt mit Informationswert zu versehen und zum Anlass für weitere eigene Operationen zu machen».¹⁴ Solche Kopplungen verhindern die Selbstorganisation – für die Systemtheoretiker: die «Autopoiesis» – der Systeme nicht. Es handelt sich nur um eine Verbindung zwischen zwei Systemen, dank welcher Ereignisse, die im einen System geschehen, im anderen wahrgenommen werden können.¹⁵ Dadurch, dass diese Kopplungen die Irritation der gekoppelten Systeme ermöglichen, können sie auch zu einer Reaktion des betroffenen Systems führen.¹⁶ Auf diese Weise kann die unerlässliche «informationelle Offenheit»¹⁷ der operativ geschlossenen Systeme sichergestellt werden.¹⁸

2. Die Subsysteme und die Polykontextualität

In der Systemtheorie ist eine Unterscheidung innerhalb einer anderen Unterscheidung möglich, womit sichergestellt wird, dass die

Theorie auch komplexeren Situationen gerecht wird.¹⁹ Dies bedeutet auch, dass innerhalb eines Systems Subsysteme entstehen können, welche sich wie die anderen Systeme dadurch kennzeichnen, dass sie sich von ihrer Umwelt differenzieren.²⁰ So können beispielsweise das Recht oder die Wirtschaft als Subsysteme des Gesellschaftssystems erwähnt werden. Auch sie verfügen über einen Code, um zu operieren: Der Code des Rechtssystems ist die Unterscheidung zwischen Unrecht und Recht, während derjenige des Wirtschaftssystems die Unterscheidung zwischen Zahlung und Nicht-Zahlung ist.²¹ Durch die ständige Anwendung dieser Codes, welche die ganze Kommunikation innerhalb ihres jeweiligen Systems versehen, können sich die Systeme ausdifferenzieren, i.e. ihre Autopoiesis durchführen.²² In diesem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, dass manche Systeme als Subsysteme mehrerer anderer Systeme betrachtet werden können. Dies gilt zum Beispiel für das System der Aktiengesellschaft. Obwohl sich diese hauptsächlich im Wirtschaftssystem befindet, das heisst mit dem Code «Zahlung/Nicht-Zahlung» operiert, kann nicht ausser Acht bleiben, dass für sie zusätzlich noch das Rechtssystem eine bedeutende Rolle spielt. Aufgrund des Einflusses des Rechts auf die Aktiengesellschaft muss sich diese auch rechtlich selbstbeobachten, womit gemeint ist, dass sie sich auch mit dem Code «Recht/Unrecht» befassen muss.²³

Darüber hinaus ist es wichtig, die Beziehungen zwischen den verschiedenen Systemen

¹² AMSTUTZ (Fn. 5), S. 166 f.; LUHMANN (Fn. 8), S. 92 f.

¹³ LUHMANN setzt Voraussetzungen, damit man von einer strukturellen Kopplung sprechen kann: eine lose Kopplung der Organisation, eine existierende Bindung zwischen den Systemen und die operative Schliessung dieser Systeme. Vgl. dazu DRENHAUS (Fn. 1), S. 101 ff.; LUHMANN (Fn. 8), S. 102 ff.

¹⁴ AMSTUTZ (Fn. 5), S. 166; ASCHKE MANFRED, Kommunikation, Koordination und soziales System, Theoretische Grundlagen für die Erklärung der Evolution von Kultur und Gesellschaft, Stuttgart 2002, S. 78.

¹⁵ DRENHAUS (Fn. 1), S. 60 f.; LUHMANN (Fn. 3), S. 121.

¹⁶ LUHMANN (Fn. 8), S. 103.

¹⁷ DRENHAUS (Fn. 1), S. 55.

¹⁸ AMSTUTZ (Fn. 5), S. 166 f.; DRENHAUS (Fn. 1), S. 55; LUHMANN (Fn. 8), S. 92 f.

¹⁹ DRENHAUS (Fn. 1), S. 53.

²⁰ DRENHAUS (Fn. 1), S. 56.

²¹ DRENHAUS (Fn. 1), S. 56, 70.

²² DRENHAUS (Fn. 1), S. 56 f.

²³ DRENHAUS (Fn. 1), S. 70 f.

näher zu betrachten. In diesem Kontext unterscheidet LUHMANN zwischen der Funktion eines Systems und seinen Leistungen. Die Funktion soll so verstanden werden, dass sie sich auf die Gesamtgesellschaft bezieht. So ist zum Beispiel die Funktion des Rechtssystems die Stabilisierung normativer Erwartungen, oder, mit DRENHAUS gesprochen, die «kontrafaktische Sicherung von Erwartungen»^{24, 25} Davon müssen die Leistungen unterschieden werden, «die das Recht für seine innergesellschaftliche Umwelt und vor allem für die anderen Funktionssysteme der Gesellschaft erbringt», worunter zum Beispiel die Verhaltenssteuerung und die Konfliktlösung fallen.²⁶ Dabei handelt es sich nur um Leistungen und nicht um die Funktion des Rechtssystems, weil auch andere Alternativen zur Verfügung der betroffenen Systeme stehen, um das gewollte Ergebnis sicherzustellen.²⁷ «Der Unterschied von Funktion und Leistungen liegt mithin vor allem in der Reichweite funktionaler Äquivalente».²⁸

Das Vorhandensein verschiedener Subsysteme, hat zur Folge, dass eine gleiche Kommunikation nicht nur für ein einziges Subsystem eine Bedeutung haben kann, sondern auch für andere, sich unterscheidende Subsysteme.²⁹ Dieses Phänomen, welches unmittelbar aus der Komplexität der Gesellschaft folgt, nennt man in der Systemtheorie die Polykontextualität.³⁰ Vor diesem Hintergrund ist es unerlässlich, dass die Subsysteme der Fragmentierung der Gesellschaft

Rechnung tragen.³¹ Damit ist gemeint, dass sie die Bedeutungen, welche eine Kommunikation in anderen Subsystemen haben kann, berücksichtigen müssen – dass sie diese also beobachten müssen – um ihre eigenen Operationen anpassen zu können. Dies ist die direkte Folge des Umstands, dass die Leistungen eines Subsystems für mehrere anderen Subsysteme relevant sein können.³²

Mit den Beobachtungsperspektiven der Systemtheorie ist es nun möglich, die Frage der Grenzen des materiellen Rechts zu beleuchten.

B. Die Steuerungskrise des Rechts

1. Die Entwicklung der Steuerungskrise

Was manche Autoren mit dem Begriff der Steuerungskrise bezeichnen, findet seinen Ursprung im Übergang vom Sozialstaat zum Präventionsstaat im Verlauf des 20. Jahrhunderts.³³ Ab diesem Zeitpunkt werden die Staatsaufgaben immer zahlreicher und breiter und das Bedürfnis der Bevölkerung nach Sicherheit kann aufgrund der zunehmenden Komplexität der Gesellschaft nicht mehr wie vorher repressiv und restitativ behandelt werden: Es ist nicht mehr eine Rechtssicherheit zu gewährleisten, sondern eine Rechtsgütersicherheit.³⁴ Damit ist unter anderem

²⁴ DRENHAUS (Fn. 1), S. 58.

²⁵ DRENHAUS (Fn. 1), S. 58; LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1997, S. 131, 156 f.

²⁶ LUHMANN (Fn. 25), S. 156 f.

²⁷ Hier gibt LUHMANN das Beispiel des ausserrechtlichen Kreditkartensystems, welches sicherzustellen vermag, dass bestimmte erwartete Handlungen (zum Beispiel die Rückgabe eines gemieteten Autos) tatsächlich durchgeführt werden. Vgl. dazu LUHMANN (Fn. 25), S. 157 ff.

²⁸ LUHMANN (Fn. 25), S. 160.

²⁹ Siehe dazu das Beispiel des Vertrages von DRENHAUS, welcher unter Umständen eine rechtliche, eine wirtschaftliche oder sogar eine moralische Bedeutung erlangen kann. DRENHAUS (Fn. 1), S. 58 f.

³⁰ DRENHAUS (Fn. 1), S. 58; TEUBNER GUNTHER, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Hans-Martin Pawlowski/Gerd Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, Die Verschiedenheit der Kulturen und die Allgemeinheit des Rechts, Stuttgart 1996, S. 199 ff., S. 203 f.

³¹ TEUBNER (Fn. 30), S. 204.

³² DRENHAUS (Fn. 1), S. 58 f.; TEUBNER (Fn. 30), S. 203 f.

³³ CALLIESS GRALF-PETER, Prozedurales Recht, Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Bd. 19, Baden-Baden 1999, S. 57.

³⁴ CALLIESS GRALF-PETER, Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?, in: Gralf-Peter Calliess et al. (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz,

gemeint, dass der nachträgliche Schadenersatz nicht mehr ausreicht. Der Staat soll vielmehr darum besorgt sein, bestimmte Verletzungen schon im Voraus zu erkennen und sie präventiv zu verhindern. Es können in diesem Zusammenhang verschiedene Gründe vorliegen, die eine präventive Handlung des Staates rechtfertigen. So ist es der Fall, wenn zum Beispiel die Identität des Täters (auch nachträglich) nicht festgestellt werden kann, oder wenn die verursachten Schäden entweder nicht ersetzbar, oder gar nicht hinnehmbar sind.³⁵ Problematisch ist diese Umwandlung, weil sie eine höhere Steuerungskapazität des Rechts voraussetzt, da immer mehr Sachverhalte geregelt werden müssen: Es reicht nicht mehr aus, vorzusehen, dass ein Schaden ersetzt werden muss; ein Bedürfnis nach weitergehenden und effizienteren Steuerungsmöglichkeiten ist entstanden. Aus diesem Grund fand eine Verrechtlichung der Gesellschaft statt, worunter nicht nur eine Vergesetzlichung zu verstehen ist, sondern auch eine Bürokratisierung und eine Justizialisierung.³⁶ All dies erfolgte allerdings unter der falschen Annahme, das Recht würde als Steuerungsinstrument genügen. Die Gesellschaft war inzwischen zu komplex geworden, sodass das Recht sie nicht mehr zu regeln vermochte. Dies führte zur bekannt gewordenen Formel «Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts».³⁷ Verschiedene Elemente, die gemeinsam zu dieser Krise beigetragen haben, können ausgemacht werden.

2. Die Vollzugsdefizite

Eine erste Grenze des materiellen Rechts, welche sich in der Praxis feststellen lässt, sind die sogenannten Vollzugsdefizite des Rechts. Die Implementationsforschung ist indes zum Schluss gelangt, «dass das *law in the books* nur wenig mit dem *law in action* zu tun hatte»³⁸, womit gemeint ist, dass die vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze in der Realität kaum noch so umgesetzt werden, wie er es sich im Zeitpunkt ihrer Verabschiedung vorstellte.³⁹ Laut CALLIESS liegt dies an zwei Umständen: Einerseits wird der Vollzug gesetzgeberischer Erlasse von der Eigenlogik der Verwaltung und der Rechtsprechung erschwert. Dies hängt damit zusammen, dass die drei Gewalten jeweils ihrer eigenen Rationalität folgen. Damit ist gemeint, dass unterschiedliche Denk- und Argumentationsweisen vorherrschen, je nachdem, ob sich der Gesetzgeber, ein Richter oder die Verwaltung mit einer Frage beschäftigt.⁴⁰ Als Beispiel kann der immer wieder anzutreffende Fall eines Bundesamtes oder einer Direktion erwähnt werden, welche nicht über die nötigen Mittel verfügen, um ihre Aufgabe sorgfältig durchzuführen. Als Ergebnis davon wird die Verwaltung ihre Praxis den verfügbaren Ressourcen anpassen müssen, was unausweichlich zur Auslegung des Gesetzes führen wird, welche derjenigen des Gesetzgebers und der Richter nicht mehr entspricht (und entsprechen kann). Insofern wird sich das durch die Verwaltung und die Gerichtsbarkeit vollgezogene Recht immer von den Vorstellungen der Politik unterscheiden.⁴¹

Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, S. 465 ff., S. 467; DENNINGER ERHARD, Der Präventions-Staat, in: Kritische Jurisprudenz 21 (1988), S. 1 ff., S. 3 ff.

³⁵ CALLIESS (Fn. 34), S. 467; Vgl. für eine ausführliche Analyse DENNINGER (Fn. 34), S. 3 ff.

³⁶ CALLIESS (Fn. 34), S. 468.

³⁷ CALLIESS (Fn. 34), S. 468 f.

³⁸ CALLIESS (Fn. 33), S. 74; CALLIESS (Fn. 34), S. 469.

³⁹ CALLIESS (Fn. 33), S. 74, mit Hinweisen.

⁴⁰ VOIGT RÜDIGER, Politik und Recht, Beiträge zur Rechtspolitologie, 3. Aufl., Bochum 1993, S. 13.

⁴¹ In Zusammenhang mit dieser Frage stellt CALLIESS in seinem Aufsatz das Beispiel des Steuer-

Andererseits stellt man fest, dass auch die «Interessen der Rechtsadressaten»⁴² einem angemessenen Vollzug des Rechts entgegenstehen. Es ist nämlich so, dass auch in gewissen Bereichen und Gruppen der Gesellschaft eine eigene Logik gefunden werden kann, welche mit derjenigen des Rechts kaum zu vereinbaren ist. Dies lässt sich dadurch erklären, dass es sich um andere Teilsysteme der Gesellschaft handelt, welche ebenfalls operativ geschlossen sind. Die Rolle einer von aussen kommenden Gesetzgebung wird auf diese Weise beeinträchtigt.⁴³ Besonders eindeutig in diesem Zusammenhang ist das Beispiel der Wirtschaft. Diese wird von einem grundsätzlich ganz einfachen Prinzip regiert: der Gewinn soll ständig maximiert werden. Problematisch ist jedoch, dass dieses Prinzip die wirtschaftlichen Akteure dazu bewegt, vor jeder Entscheidung eine Abwägung durchzuführen, die bestimmen soll, welche mögliche Lösung die am besten Geeignete ist, entweder den Gewinn zu maximieren oder den unvermeidbaren Verlust zu minimieren. Im Ergebnis können Entscheidungen getroffen werden, welche zwar rechtswidrig, für das Unternehmen aber immerhin – und trotz der resultierenden Strafe – effizienter⁴⁴ als die Befolgung des Rechts sind.⁴⁵ Insofern kann von Gesetzesvollzug kaum noch die Rede sein.

3. Die symbolische Gesetzgebung und ihre Folgen

Ein zweiter Grund der Steuerungskrise des Rechts liegt in der symbolischen Gesetzgebung. Darunter versteht man, dass die Ineffektivität gewisser Gesetze oder Erlasse im

Voraus schon festgestellt werden kann, weil es von vornherein auch klar ist, dass sie nicht vollgezogen werden können (oder sogar müssen). Im Gegensatz zu den Vollzugsdefiziten liegt hier der unmögliche Vollzug nicht in vom Gesetzgeber unabhängigen Umständen, wie den knappen finanziellen Verhältnissen der Verwaltung, sondern es entspricht seinem Willen, dass die betroffenen Gesetze nicht umgesetzt und angewendet werden. Damit kann allerdings nicht gemeint sein, dass sie auf die Gesellschaft gar keinen Einfluss hätten.⁴⁶ Ihre Verabschiedung rechtfertigt sich aus anderen Gründen, die nicht etwa in der Vorstellung liegen, sie würden dann tatsächlich vollgezogen. Vielmehr lassen sich nach CALLIESS vier Normengruppen unterscheiden, je nachdem, welches Motiv der Verabschiedung zugrunde liegt:⁴⁷

- In der ersten Gruppe findet man Gesetze, die dem Wertbekenntnis moralischer und ethischer Ideen dienen, obwohl sie aufgrund technischer oder anderer Grenzen möglicherweise nicht durchsetzbar sind. So zweifelt CALLIESS die Durchsetzbarkeit eines Abtreibungsverbot an.⁴⁸
- Die zweite Gruppe besteht aus Gesetzen mit moralischem Appellcharakter. Sie haben das Ziel, auf die Bevölkerung einzuwirken, werden jedoch unter Umständen nie wirksam. Zu denken ist etwa an Umweltdelikte, die sich in speziellen Umweltsetzen finden lassen.⁴⁹

rechts vor. Insbesondere macht er darauf aufmerksam, dass die steuerrechtlichen Normen von der Steuerverwaltung immer mehr als «nicht verbindliche Grundsatzanweisungen» betrachtet werden, womit ein richtiger Gesetzesvollzug verhindert wird. Vgl. CALLIESS (Fn. 33), S. 74 f.; CALLIESS (Fn. 34), S. 469 f.

⁴² CALLIESS (Fn. 33), S. 75.

⁴³ TEUBNER (Fn. 6), S. 46 ff.

⁴⁴ Siehe dazu BIRMINGHAM ROBERT L., *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, in: *Rutgers Law Review* 24 (1970), S. 273 ff.

⁴⁵ CALLIESS (Fn. 33), S. 75 f.; CALLIESS (Fn. 34), S. 469 f.

⁴⁶ NEWIG JENS, *Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung*, in: Michelle Cottier/Josef Estermann/ Michael Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, Baden-Baden 2010, S. 301 ff., S. 304.

⁴⁷ CALLIESS (Fn. 34), S. 470 f.

⁴⁸ CALLIESS (Fn. 34), S. 470.

⁴⁹ Als Beispiel können die Strafbestimmung im Bundesgesetz über die Fischerei erwähnt werden (Art. 16 ff. BGF); Vgl. CALLIESS (Fn. 34), S. 470, welcher das Beispiel des deutschen StGB gibt.

- Die sogenannten Alibigesetze bilden die dritte Gruppe. Sie bezwecken in Krisensituationen eine Beruhigung der Bürger durch Vorspiegelung einer kontrafaktischen Lagebeherrschung. Als typisches Beispiel lassen sich Anti-Terror-Gesetze erwähnen.⁵⁰
- Schliesslich sind Kompromissgesetze zu finden, deren Ziel es ist, im Sinne eines Kompromisses allen Ansprüchen zu genügen, indem das von einem Teil der Bevölkerung (oder des Parlaments) gewünschte Gebot oder Verbot zwar verabschiedet, seine Umsetzung allerdings durch fast unerfüllbare Voraussetzungen erschwert wird, um den Wünschen seiner Gegner zu entsprechen.⁵¹

Die symbolische Gesetzgebung ist allerdings insofern problematisch, als sie ebenfalls Gegenstand von den schon mit Bezug auf andere Gesetze angesprochenen Vollzugsdefiziten sein kann. Dies bedeutet, dass auch symbolische Erlasse dem Risiko unterliegen, dass die Verwaltung oder die Gerichte eine Auslegung ihres Inhalts vertreten, welche derjenigen des Gesetzgebers nicht entspricht. Als Beispiel könnte man sich vorstellen, dass ein als Kompromissgesetz verabschiedeter Erlass in der Tat von der Verwaltung streng angewendet wird – indem zum Beispiel der Erfüllung bestimmter repressiver Bestandteile weniger Gewicht gegeben wird –, ohne dass auf den tatsächlichen Willen des Gesetzgebers Rücksicht genommen wird. Unter Umständen führen solche Umstände zu wirtschaftlichen oder sozialen Konsequenzen, auf welche die Gesellschaft nicht vorbereitet ist, da sie der Meinung des Gesetzgebers nach nie hätten eintreten sollen.⁵²

4. Das regulatorische Trilemma

Die soeben behandelten Probleme hat TEUBNER in einer systemtheoretischen Analyse des materiellen Rechts und seiner Grenzen zusammengeführt. In seinem Beitrag «Das regulatorische Trilemma» stellt er insbesondere die Folgen einer Überlegalisierung der Gesellschaft und einer Verrechtlichung der menschlichen Beziehungen vor, um später seine eigene Lösung vorzuschlagen.⁵³

Da es sich in TEUBNERS Aufsatz um eine systemtheoretische Analyse handelt, geht er folgerichtig davon aus, dass alle Teilsysteme der Gesellschaft operativ geschlossen sind, i.e. selbstreferentiell sind. In diesem Zusammenhang sind vor allem die Teilsysteme Recht und Politik relevant. Sie werden als regulierende Systeme betrachtet. Das grosse Problem der staatlichen Regulierung der Gesellschaft wird darin erkannt, dass bei einer solchen Regulierung nicht nur zwei, sondern drei Systeme beteiligt sind: das regulierende System des Rechts, der zu regulierende gesellschaftliche Bereich – welcher ebenfalls ein Teilsystem der Gesellschaft ist –, und die Politik. Da alle drei Systeme jedoch selbstreferentiell sind, kann das eine das andere nicht direkt beeinflussen. Um es mit TEUBNERS Worten zu sagen, sind die «Grenzen der Regulierung ... durch die dreifachen Grenzen der Selbstproduktion definiert.»⁵⁴ Wie schon erwähnt ist es für das regulierende System nur möglich, das andere System zu beobachten und dank struktureller Kopplung dafür zu sorgen, dass sich dieses an einen bestimmten Sachverhalt anpasst. Somit kann nur die Selbststeuerung der Systeme beeinflusst werden, welche sicherstellt, dass die Regulierung mit allen drei Systemen kompatibel ist. Damit kann man nun mit TEUBNER die Formel des regulatorischen Trilemmas ausdrücken: «Wenn Regulierung nicht den Bedingungen der strukturellen

⁵⁰ CALLIESS (Fn. 34), S. 471.

⁵¹ CALLIESS (Fn. 34), S. 471.

⁵² CALLIESS (Fn. 33), S. 77 f.; CALLIESS (Fn. 34), S. 471 ff.

⁵³ TEUBNER GUNTHER, Das Regulatorische Trilemma, Zur Diskussion um postinstrumentale

Rechtsmodelle, in: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Bd. 13 (1984), S. 109 ff., S. 109.

⁵⁴ TEUBNER (Fn. 53), S. 128.

Kopplung von Recht, Politik und Gesellschaft gehorcht, dann muss es notwendigerweise in Regulierungsversagen enden.»⁵⁵

Dank dieser Formel können sodann drei Formen von Regulierungsversagen unterschieden werden:⁵⁶

- Die «Inkongruenz» von Recht, Politik und Gesellschaft:⁵⁷ In diesem Fall hat die vom Recht und von der Politik eingesetzte Regulierung die operative Geschlossenheit, die Selbstreflexion und die Autopoiesis des regulierten Systems nicht beachtet und kennzeichnet sich dadurch, dass sie mit diesem inkompatibel ist. Aus dieser Inkompatibilität folgt, dass das regulierte System nicht reagiert, dass sich also sowohl die Ziele des Rechts als auch der Politik nicht realisieren. Da, wo die zwei Letztgenannten eine Reaktion des regulierten Systems hervorrufen wollen, wird dieses weiterhin nach seinen eigenen Regeln operieren. TEUBNER nennt dieses Versagen «den symbolischen Gebrauch von Politik und Recht»⁵⁸, weshalb CALLIESS von der «Desintegration der Politik» spricht.⁵⁹
- Die «Überlegalisierung» der Gesellschaft:⁶⁰ Hier sind wiederum die Kommunikationen der verschiedenen Systeme inkompatibel zueinander. Das regulierte System wurde auch nicht beobachtet oder das Ergebnis der vorgenommenen Beobachtung wurde in ungenügender Weise berücksichtigt. Dieser Fall unterscheidet sich jedoch dadurch vom Vorigen, dass die Regulierung hier einen Einfluss auf das regulierte System hat. Dieser Einfluss ist allerdings so stark, dass er zur «Desintegra-

tion»⁶¹ des regulierten Systems führen kann. Da die innerlichen Elemente, i.e. die Eigenrationalität des Systems, nicht berücksichtigt worden sind, ist die durchgesetzte Regulierung zwar im Vergleich zum Fall der Inkongruenz effizient, sie zerstört aber gleichzeitig die Kommunikationen des regulierten Systems, verunmöglicht seine Autopoiesis und vernichtet es.⁶²

- Die «Übersozialisierung» des Rechts:⁶³ Diese dritte Regulierungsversagenskonstellation betrifft nicht das regulierte System, sondern das regulierende Rechtssystem. Seine Regulierung ist effizient, aber die Bemühungen des Rechts, das regulierte System immer vertiefter zu beobachten und zu regulieren, haben ungewollte Effekte zum Ergebnis, welche die innerlichen Kommunikationen des Rechtssystems in diesem Sinne bedrohen, dass sie von ihm nicht mehr verarbeitet werden können. TEUBNER schreibt dazu, das Recht werde von der Politik und von dem zu regulierenden Gesellschaftsbereich «erobert», womit gemeint ist, dass es «politisiert», «ökonomisiert», usw. wird.⁶⁴ Die Reproduktion des Rechtssystems wird verhindert, was schlussendlich seine «Desintegration» verursacht.⁶⁵

Diesen drei Fällen ist gemeinsam, dass der operativen Geschlossenheit der Systeme nicht genug Rechnung getragen wird, und dass somit die vom materiellen und regulatorischen Recht eingesetzte Regulierung den Bedingungen der strukturellen Kopplung nicht entsprechen.⁶⁶ Vor diesem Hintergrund hat sich TEUBNER überlegt, die Gren-

⁵⁵ TEUBNER (Fn. 53), S. 128; siehe auch CALLIESS (Fn. 34), S. 476.

⁵⁶ TEUBNER (Fn. 53), S. 128 ff.

⁵⁷ TEUBNER (Fn. 53), S. 128.

⁵⁸ TEUBNER (Fn. 53), S. 128 f.

⁵⁹ CALLIESS (Fn. 34), S. 476.

⁶⁰ TEUBNER (Fn. 53), S. 129.

⁶¹ CALLIESS (Fn. 34), S. 476.

⁶² CALLIESS (Fn. 34), S. 476 f.; TEUBNER (Fn. 53), S. 129.

⁶³ TEUBNER (Fn. 53), S. 129.

⁶⁴ TEUBNER (Fn. 53), S. 129.

⁶⁵ CALLIESS (Fn. 34), S. 476.

⁶⁶ TEUBNER (Fn. 53), S. 130.

zen des materiellen Rechts dadurch zu überwinden, dass das Recht die anderen Teilsysteme nicht mehr materiell zu beeinflussen versuchen soll, sondern dass es ihre operative Geschlossenheit in Kauf nehmen soll, indem es sie prozedural reguliert. Dies würde durch Steuerung ihrer Selbstregulierung erfolgen.⁶⁷

C. Das prozedurale Recht als Lösung

1. Die Implementation, die Reformalisierung und die Steuerung der Selbstregulierung

Um den Kontext zu verstehen, der zu TEUBNERS Vorschlag geführt hat, soll nicht nur dieser vorgestellt werden, sondern auch zwei andere Forschungsrichtungen, die Implementation und die Reformalisierung.⁶⁸ Beide wurden entwickelt, um die Effektivität des Rechts wiederherzustellen.

Die Implementationsforschung geht von der seit langem nicht mehr in Frage gestellten Tatsache aus, dass das Ergebnis und die Wirkung politischer Programme sehr stark von ihrer Durchsetzung durch die Verwaltung abhängen. Der Meinung der Implementationsforscher nach folgt aus dieser Erkenntnis, dass «eine für rechtlich verbindlich erklärte Gesetzesnorm nicht automatisch auch de facto verbindlich ist.»⁶⁹ Für sie liegt somit der Kern der Krise des regulatorischen Rechts darin, dass dieses kein geeignetes Mittel ist, um die politischen Programme in die Wirklichkeit umzusetzen. Entsprechend schlagen sie vor, dem Recht neue Instrumente und Mechanismen zur Verfügung zu stellen, damit es seine Steuerungsaufgabe

wieder erfüllen kann.⁷⁰ Diese Mechanismen würden von den konkreten Umständen abhängen, d.h. insbesondere von den Zielen, welche von den in Frage stehenden politischen Programmen verfolgt werden. Vorstellbar wären zum Beispiel neue Durchführungsinstanzen, wobei MAYNTZ betont, dass Implementationsstrukturen in diesem Zusammenhang von erheblicher Bedeutung sind.⁷¹ Mit anderen Worten ist es das Ziel dieses strategischen Modells, das Recht durch die Beschaffung neuer Instrumente zu verstärken, damit es seinen Aufgaben wieder gerecht wird.⁷² Dabei bemerkt man allerdings, vor dem Hintergrund des soeben über das regulatorische Trilemma Gesagte, dass mit solchen Strategien ein hohes Risiko verbunden ist, nämlich der von TEUBNER gefürchteten «Übersozialisierung» des Rechts, da dieses zwecks Effektivität immer mehr politisiert wird.⁷³

Das strategische Modell der Reformalisierung stützt sich seinerseits auf eine ganz unterschiedliche Prämisse: für die Vertreter dieser These liegt der Grund der Steuerungskrise in den Kosten, seien sie ökonomischer oder sozialer Natur, welche durch die rechtliche Regulierung verursacht werden. Gemäss diesem aus den liberalen und neoliberalen Theorien des 20. Jahrhunderts stammenden Modell ist die Gesellschaft mittlerweile so komplex, dass es für eine staatsinterventionistische Gesetzgebung unmöglich ist, kohärent zu bleiben und alle Lebensbereiche zu regulieren.⁷⁴ Laut HAYEK wird beispielsweise jeder Entwicklungsschritt moderner Gesellschaften – d.h. jedes neue Gesetz oder jede neue Verordnung – dadurch verur-

⁶⁷ TEUBNER (Fn. 53), S. 122 ff.

⁶⁸ TEUBNER (Fn. 53), S. 120 ff.

⁶⁹ MAYNTZ RENATE, Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet, in: Renate Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme, Empirische Forschungsgebiete, Königstein 1980, S. 236 ff., S. 236.

⁷⁰ MAYNTZ (Fn. 69), S. 242 ff.; TEUBNER (Fn. 53), S. 120 f.

⁷¹ Dabei versteht er unter Implementationsstruktur «die Gesamtheit der steuernd, kontrollierend o-

der unmittelbar durchführend mit der Implementation eines bestimmten Programms befassten administrativen Einheiten»; Vgl. dazu MAYNTZ (Fn. 69), S. 245.

⁷² TEUBNER (Fn. 53), S. 121.

⁷³ TEUBNER (Fn. 53), S. 121, 129 f.

⁷⁴ HAYEK FRIEDRICH AUGUST, Law, Legislation and Liberty, A new statement of the liberal principles of justice and political economy, Volume I. Rules and Order, Chicago 1973, S. 65; TEUBNER (Fn. 53), S. 121.

sacht, dass der vorige Schritt all die mit seiner Verabschiedung und seinem Inkrafttreten verbundenen Konsequenzen nicht vorhersehen konnte und mithin neue Probleme geschaffen hat.⁷⁵ Gezielt wird auf eine Reduktion der staatlichen Interventionen und eine Maximierung der Freiheit durch Entrechtlichung der Gesellschaft und Privatisierung der Staatsaufgaben. Das Recht soll ausschliesslich dazu dienen, den verschiedenen Akteuren einen sicheren Rahmen zur Verfügung zu stellen, innerhalb dessen diese frei und autonom handeln können.⁷⁶ TEUBNER kritisiert dieses Modell: Für ihn wird der Tatsache nicht genügend Rechnung getragen, dass die Teilsysteme der Gesellschaft ihre Umwelt beobachten und berücksichtigen müssen, um sich mit ihr koordinieren zu können. Das Ergebnis der Reformalisierung ist insofern einerseits eine erhöhte Rationalität der Subsysteme, andererseits aber eine Zerstörung der Kontakte mit ihrer Umwelt, was eine Desintegration der Gesamtgesellschaft zur Folge haben könnte.⁷⁷

In Ablehnung dieser zwei Modelle stellt TEUBNER einen dritten Lösungsvorschlag vor: denjenigen der Steuerung der Selbstregulierung. Dieses strategische Modell stammt aus Theorien, die sich für eine mittelbare und abstraktere rechtliche Steuerung einsetzen und nach welchen sich das Recht auf die Steuerung der selbstregulatorischen Prozesse der verschiedenen Lebensbereiche konzentrieren soll, anstatt das System direkt zu steuern. Die Vertreter solcher Theorien gehen davon aus, dass direkte Eingriffe des Staats in gewissen Situationen zu einem schlechten Ergebnis führen können, weil solche Regelungen nicht anpassungsfähig ge-

nug sind, um mit der wachsenden Komplexität der modernen Gesellschaft umgehen zu können.⁷⁸ Wie schon mehrmals hervorgehoben wurde, verfügt jedes Teilsystem der Gesellschaft über seine eigene Rationalität, seine eigene Logik, welche die übrigen Systeme nur beobachten können, ohne auf sie einen direkten Einfluss nehmen zu können. Dies gilt auch für das Rechtssystem: Seine Eigenlogik kann nicht den jeweiligen zu regulierenden Systemen angepasst werden, weil diese ebenfalls immer komplexer werden, da sie auf ihrer eigenen Kommunikation aufbauen, um sich weiterzuentwickeln.⁷⁹ Als Lösung zu diesem Problem wird folgende Formel vorgeschlagen: «rechtliche Strukturvorgaben für gesellschaftliche Selbstregulierung».⁸⁰ Man spricht hier auch von «Prozeduralisierung».⁸¹ Darunter versteht man, dass das Recht die lernfähigen Subsysteme fördern und kontrollieren muss, und dass es ihnen mithin erlauben soll, autonom zu bleiben, indem es keine direkte Regelung ihres Verhaltens einzusetzen versucht, sondern eine «Regulierung von Organisation, Verfahren und Neuverteilung von Steuerungsrechten».⁸² Dadurch soll es indes möglich sein, die Subsysteme zu beeinflussen, ohne dass ihre Rationalität oder diejenige des Rechtssystems in Gefahr gerät.

2. Die Selbstreferenz als Kriterium

Um das beste strategische Modell zwischen den drei soeben vorgestellten Lösungen wählen zu können, schlägt TEUBNER vor, die zur Zeit seines Aufsatzes noch junge Theorie selbstreferentieller Systeme anzuwenden. Diese kennzeichnet sich dadurch, dass sie sich nicht mehr auf die inneren Abläufe der verschiedenen Systeme, sondern

⁷⁵ HAYEK (Fn. 74), S. 65.

⁷⁶ HAYEK (Fn. 74), S. 94 ff.; TEUBNER (Fn. 53), S. 121 f.

⁷⁷ TEUBNER (Fn. 53), S. 126.

⁷⁸ BOHNERT WERNER/KLITZSCH WOLFGANG, Gesellschaftliche Selbstregulierung und staatliche Steuerung. Steuerungstheoretische Anmerkungen zur Implementation politischer Programme, in: Renate Mayntz (Hrsg.), Implemen-

tation politischer Programme, Empirische Forschungsgebiete, Königstein 1980, S. 200 ff., S. 206; TEUBNER (Fn. 53), S. 122.

⁷⁹ TEUBNER (Fn. 53), S. 122.

⁸⁰ TEUBNER (Fn. 53), S. 123.

⁸¹ WIETHÖLTER RUDOLF, Materialization and Proceduralization in Modern Law, in: Gunther Teubner (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin/New York 1985, S. 221 ff., S. 231 ff.

⁸² TEUBNER (Fn. 53), S. 123.

auf deren Beziehungen mit ihrer Umwelt, also mit den übrigen Systemen, konzentriert.⁸³ Die Hervorhebung dieser Beziehungen bedeutet nicht, dass es sich nicht mehr um geschlossene Systeme handelt. Vielmehr gehört es zur Definition eines selbstreferentiellen Systems, dass es operativ geschlossen ist.⁸⁴ Dieser Theorie nach müssen die Sozialsysteme allerdings gleichzeitig offen sein, um sich der Gesamtgesellschaft anpassen und um sich damit weiterentwickeln zu können. In diesem Zusammenhang wurde der Begriff der «informationellen Offenheit»⁸⁵ angeführt. Dies bedeutet nichts anderes, als dass sie ihre Umwelt mittels Beobachtungsmechanismen – wie zum Beispiel die schon angesprochenen strukturellen Kopplungen – berücksichtigen und ihre Einflüsse verarbeiten müssen.⁸⁶

Nach dieser mit Hilfe der Theorie selbstreferentieller Systeme durchgeführten Analyse der verschiedenen vorgeschlagenen Modelle gelingt TEUBNER zum Schluss, dass nur die dritte Lösung anwendbar ist. Denn während das strategische Modell der Implementation in ein regulatorisches Trilemma führt, verursacht die Reformalisierung eine «soziale Selbstschliessung» der gesellschaftlichen Teilsysteme, welche die notwendige Koordination dieser Systeme in Gefahr bringt.⁸⁷ Nur die Regulierung der Selbststeuerung kann mithin ein befriedigendes Ergebnis liefern, weil nur sie die Strukturen der Teilsysteme zu beeinflussen versucht (i.e. die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandenen Elemente eines Systems und ihre Beziehungen zueinander), ohne ihre reproduktive Organisation zu berühren. So erklärt HEJL:

«Würde die Organisation verändert, so entstünden andere Systeme oder nicht analysierbare Entitäten, weshalb dieser Fall nicht als Transformation autopoietischer Systeme bezeichnet werden kann; er ist ihr Zerfall.»⁸⁸ Externe regulatorische Einflüsse können, wie schon oben erwähnt, bis zur Desintegration des regulierten Systems führen.⁸⁹

Dies bedeutet nicht, dass es für das Recht überhaupt nicht möglich ist, einige Beziehungen und Sachverhalte materiell zu bestimmen.⁹⁰ Es ist vorstellbar, dass sich das Rechtssystem bei gewissen erwarteten Verhaltensänderungen die Mühe macht, die Beziehungen des regulierten Teilsystems zu seiner Umwelt zu beobachten, bis es dieses und seine interne Rationalität besser zu erfassen vermag. In diesem Falle wäre es möglich, dass die vom Recht eingesetzten Normen den gewünschten Effekt hervorrufen. Solche Regelungen setzen jedoch ein Verständnis der Organisation der anderen Systeme voraus, welches für das Recht in den meisten Fällen nicht erreichbar ist, weil die sozialen Subsysteme so komplex geworden sind, dass das Rechtssystem sie kaum noch so weitgehend beobachten kann. Möglich sind jedoch «Konzeptualisierungen, Typologisierungen und besondere Einzelfallstudien»⁹¹, dank welcher sich das Recht den zu regulierenden Systemen annähern kann. Dabei würde es sich um Normen handeln, die die systeminterne Organisation der Subsysteme achten würden, indem sie die Verantwortung, ein der Gesamtgesellschaft angemessenes Verhalten sicherzustellen, bei den regulierten Systemen belassen würden, wobei das Recht nur Grenzen setzen würde, welche nicht

⁸³ HEJL PETER M., Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die soziologische Systemtheorie, in: Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, 13. Bd. (1982), S. 45 ff., S. 49; LUHMANN NIKLAS, The Self-Reproduction of Law and its Limits, in: Gunther Teubner (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin/New York 1985, S. 111 ff., S. 112; TEUBNER (Fn. 55), S. 124.

⁸⁴ Hier wird auf die Vorstellung der systemtheoretischen Begriffe des Systems und der Autopoie-

sis verwiesen. Operative Geschlossenheit bedeutet, dass die systeminternen Kommunikationen auf bereits vorhandenen Kommunikationen aufbauen. Vgl. dazu LUHMANN (Fn. 3), S. 92 f.; TEUBNER (Fn. 53), S. 125.

⁸⁵ DRENHAUS (Fn. 1), S. 55.

⁸⁶ HEJL (Fn. 83), S. 58 f.; TEUBNER (Fn. 53), S. 125.

⁸⁷ TEUBNER (Fn. 53), S. 125 f.

⁸⁸ HEJL (Fn. 83), S. 57.

⁸⁹ HEJL (Fn. 83), S. 58; TEUBNER (Fn. 53), S. 127.

⁹⁰ Insbesondere DRENHAUS (Fn. 1), S. 165 ff.

⁹¹ TEUBNER (Fn. 53), S. 131.

überwunden werden dürften.⁹² Eine solche Entwicklung lässt sich beispielweise im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage feststellen.

III. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage

A. Die Haftung nach Art. 754 OR

Obwohl die Aktionäre als Eigentümer bzw. Mitglieder der Gesellschaft betrachtet werden können, gehört es zur Natur der Aktiengesellschaft als Körperschaft, dass sie die Leitung und die Verfügung über ihre Gesellschaft einem Fremdorgan (dem Verwaltungsrat) delegieren. Ihre einzige Pflicht liegt darin, ihre Kapitaleinlage zu leisten (Art. 680 Abs. 1 OR). Eine Pflicht, geschweige denn ein Recht, die Gesellschaft und ihre Geschäfte zu leiten, steht ihnen nicht zu, und auch wenn ein Aktionär als Mitglied des Verwaltungsrates gewählt wird, sind die Aktionärs- und die Verwaltungsratsmitgliedseigenschaften klar zu unterscheiden.⁹³ Trotz ihres Teilnahmerechts an der Generalversammlung gemäss Art. 689 Abs. 1 OR, die als oberstes Organ der Aktiengesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR) die «*letzte Entscheidung*»⁹⁴ trifft, womit gemeint ist, dass sie zum Beispiel über Statutenänderungen oder die Zusammensetzung des Verwaltungsrates entscheidet, bleiben die Einflussmöglichkeiten der Aktionäre mit Bezug auf die Geschäftsführung marginal. Dafür sind der Verwaltungsrat und die von ihm gewählte Geschäftsleitung, wenn eine solche vorhanden ist, zuständig (Art. 716 Abs. 2 OR).⁹⁵

Da die vorgesehene Möglichkeit, an der Generalversammlung teilzunehmen oder die Mitglieder des Verwaltungsrates abzuwählen, nicht ausreicht, um die Interessen der Aktionäre und ihrer Gesellschaft zu schützen, sieht das schweizerische Aktienrecht besondere Klagemechanismen vor, mittels welcher die Aktionäre (und unter Umständen die Gläubiger der Gesellschaft) Entscheide des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung nachträglich anfechten oder die verantwortlichen Personen direkt beklagen können. Obwohl das OR auch eine Prospekt- (Art. 752 OR), eine Gründungs- (Art. 753 OR) und eine Revisionshaftung (Art. 755 OR) vorsieht, ist mit Bezug auf die Prozeduralisierung des Rechts vor allem die von Art. 754 OR geregelte Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation relevant (Verwaltungsratsmitglieder können nichtsdestotrotz auch aufgrund der Prospekt- oder der Gründungshaftung schadenersatzpflichtig sein⁹⁶), weshalb auf die anderen drei nicht eingegangen wird.

Art. 754 Abs. 1 OR besagt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich sind, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Ob diese aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Haftung aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR), der vertraglichen Haftung gemäss Art. 97 ff. OR oder sogar der vertrauensrechtlichen Haftung zuzuordnen ist, ist in der Lehre zwar höchst umstritten, braucht hier aber nicht weiter erforscht

⁹² TEUBNER (Fn. 53), S. 131 ff.

⁹³ DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 7 Nr. 41; JUNG PETER/KUNZ PETER V./BÄRTSCHI HARALD, Gesellschaftsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, § 8 Nr. 3.

⁹⁴ BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 Nr. 15, Hervorhebung im Original.

⁹⁵ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 93), § 13 Nr. 1 ff.; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (Fn. 93),

§ 8 Nr. 3; WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Kommentar zu Art. 716–717 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR (BSK OR II), 5. Aufl., Basel 2016, Nr. 9 ff. zu Art. 716 OR.

⁹⁶ KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005, Nr. 2050.

zu werden.⁹⁷ Die meisten Autoren geben ausserdem zu, dass diese Diskussion seit der Einführung eines objektivierten Verschuldensmassstabes durch das Bundesgericht an Bedeutung verloren hat.⁹⁸ In diesem Zusammenhang ist es interessant festzuhalten, dass sich das Risiko für ein Verwaltungsratsmitglied, auf Verantwortlichkeit eingeklagt zu werden, in den letzten Jahren erhöht hat, obwohl nicht ausser Acht gelassen werden darf, wie es KRNETA auch betont, dass eine erhebliche Anzahl von Verwaltungsratsmitgliedern ihre Funktion während Jahrzehnten ausgeübt haben, ohne je mit dieser Frage konfrontiert worden zu sein.⁹⁹

B. Die Entwicklung der Pflichtverletzung

1. Die Pflichtverletzung vor 2012

Damit eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage vom aktivlegitimierten Geschädigten erfolgreich erhoben werden kann, müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein. Das verantwortliche Organ muss nämlich durch vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung einen Schaden verursacht haben (vgl. Art. 754 Abs. 1 OR). Im Hinblick auf die Krise des regulatorischen Rechts und auf den Lösungsvorschlag, das Recht in bestimmten Bereichen zu «prozeduralisieren», ist allerdings die Entwicklung der vierten Voraussetzung der Haftung nach Art. 754

Abs. 1 OR, der Pflichtverletzung, besonders interessant. Bevor sich nämlich die aus dem amerikanischen Recht stammende *Business Judgement Rule* 2012 in die schweizerische Rechtsprechung einsetzte (obwohl auch in früheren Entscheiden implizite Hinweise auf ihre Vorgaben gefunden werden können),¹⁰⁰ wurden die Entscheidungen von Verwaltungsräten von den Gerichten gänzlich anders beurteilt als in der nun geltenden Praxis. Relevant ist die Pflichtverletzung insbesondere auch deshalb, weil sie die einzige Voraussetzung ist, welche keinen Begriff des allgemeinen Haftpflichtrechts darstellt. Vielmehr handelt es sich um ein Element, das der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit spezifisch ist.¹⁰¹

Grundsätzlich ist eine Pflichtverletzung dann gegeben, wenn ein Verwaltungsratsmitglied Pflichten missachtet, die ihm von Gesetz oder Statuten der Aktiengesellschaft auferlegt wurden.¹⁰² Wenn die verletzte Norm hinreichend konkret und spezifisch ist (das heisst, dass sie ein ganz bestimmtes Verhalten gebietet oder verbietet), stellt das Kriterium der Pflichtverletzung grundsätzlich kein weiteres Problem dar. In solchen Fällen werden dem Richter nämlich objektive Massstäbe zur Verfügung gestellt, welche ihm erlauben, die Handlungen und die Unterlassungen eines Verwaltungsrates fast problemlos zu beurteilen.¹⁰³ So ist es zum Beispiel der Fall mit Bezug auf die Pflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 699 Abs. 1 und 2 OR, eine Generalversammlung inner-

⁹⁷ Divergierende Meinungen vertreten unter anderem BÖCKLI (Fn. 94), § 18 Nr. 432 ff.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 93), § 14 Nr. 8 ff.; FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36, Nr. 35 ff.

⁹⁸ BGE 112 II 172 E. I.2.b; Urteil des BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.6; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 93), § 14 Nr. 10; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 97), § 36 Nr. 40, 80.

⁹⁹ KRNETA (Fn. 96), Nr. 2051 f.

¹⁰⁰ KUNZ PETER V., Business Judgement Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, in: SZW 2014, S. 274 ff., S. 276 mit weiteren Hinweisen; STOFFEL WALTER A., Das Gesellschaftsrecht 2013/Le

droit des sociétés 2013, in: SZW 2014, S. 212 ff., S. 220.

¹⁰¹ GRASS ANDREA R., Business Judgement Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998 (SSHW 186), S. 103.

¹⁰² BGE 110 II 391 E. 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 97), § 36 Nr. 70; NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgement Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 (SSHW 266), S. 82.

¹⁰³ GRASS (Fn. 101), S. 104 f., 127 f.

halb sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres einzuberufen: Entweder beruft der Verwaltungsrat die Generalversammlung innerhalb sechs Monaten ein, und erfüllt auf diese Art seine gesetzliche Pflicht, oder er macht es nicht, wodurch er aber Art. 699 Abs. 1 OR verletzt.¹⁰⁴

Im Gegenteil dazu ist eine Pflichtverletzung viel schwieriger zu beurteilen, wenn der Verwaltungsrat die in Frage stehende Entscheidung im Rahmen seiner Geschäftsführung gefällt hat, wo er über einen grösseren Ermessensspielraum verfügt.¹⁰⁵ In einer solchen Situation stellt das Gesetz nämlich nicht ausdrücklich fest, was vom Verwaltungsrat erwartet werden darf.¹⁰⁶ Obwohl die allgemein geltenden Pflichten des Verwaltungsrates – wie zum Beispiel die Sorgfalts-, die Treue- und die Gleichbehandlungspflicht¹⁰⁷ – stets beachtet werden müssen, bedürfen sie der Konkretisierung und der Auslegung des Richters, damit sie zur Beurteilung eines konkret vor Gericht stehenden Falles verwendet werden können. GRASS gibt in diesem Zusammenhang das Beispiel der «sorgfältigen» Vermögensverwaltung: Das Aktienrecht schreibt weder die Art und Weise vor, wie das Vermögen verwaltet werden muss, noch was mit dem Begriff «sorgfältig» in diesem Rahmen gemeint ist, sondern es ist die Aufgabe der mit der Geschäftsführung befassten Personen, eine Anlagepolitik zu bestimmen. Die Risiken, welche der Verwaltungsrat eingehen darf, sind ebenfalls nicht definiert. Die Aufgabe des Richters hat sich insofern erschwert.¹⁰⁸ Dass die sich auf die Geschäftsführungstätigkeit

des Verwaltungsrates stützenden Entscheidungen so komplex zu beurteilen sind, lässt sich dadurch erklären, dass das Aktienrecht den verschiedenen Akteuren keine «Verhaltensmuster»¹⁰⁹ zur Verfügung stellt. Dies führt dazu, dass der Richter eine allfällige die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates begründende Pflichtverletzung «anhand seiner eigenen persönlichen Auffassung richtiger Geschäftsführung»¹¹⁰ überprüfen muss. Gemäss TERCIER müssen die das Verhalten der Geschäftsführer regelnden Normen von den Gerichten jeweils mit Blick auf die konkreten Umstände aktualisiert und angepasst werden.¹¹¹ Problematisch ist eine solche Lösung dennoch vor allem dann, wenn das Gericht seine Überlegungen nicht auf eigene Erfahrung oder auf Gutachten von Wirtschaftsspezialisten stützt, sondern sich von den Argumenten der Gegenpartei beeinflussen lässt. Vom Standpunkt der möglicherweise haftenden Personen aus gesehen ist diese Vorgehensweise für die nachträgliche Beurteilung von Entscheiden besonders gefährlich, weil die Richter dazu neigen könnten, sämtliche Fehlentscheidungen der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrates als Verletzungen ihrer Sorgfaltspflicht zu betrachten.¹¹² Aus diesem Grund hat die Praxis versucht, eine Lösung zu finden, welche es ihr ermöglicht, sich der immer komplexeren und dynamischeren Wirtschaft anzupassen, indem gewisse Entscheidungen der Kontrolle der Judikative entzogen werden, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen.¹¹³ Genau dies erlaubt die gegenwärtig von den schweizerischen Gerichten angewendete *Business Judgement Rule*.¹¹⁴

¹⁰⁴ GRASS (Fn. 101), S. 104.

¹⁰⁵ BÖCKLI (Fn. 94), § 18 Nr. 399; GRASS (Fn. 101), S. 105.

¹⁰⁶ GRASS (Fn. 101), S. 105.

¹⁰⁷ BÖCKLI (Fn. 94), § 18 Nr. 380 ff.

¹⁰⁸ GRASS (Fn. 101), S. 106.

¹⁰⁹ GRASS (Fn. 101), S. 104, 107.

¹¹⁰ GRASS (Fn. 101), S. 107.

¹¹¹ TERCIER PIERRE, Quelques remarques sur la responsabilité et les devoirs des administrateurs, in: Gérard Hertig (Hrsg.), Kolloquium Alain Hirsch, Die Führung der Gesellschaften und die

Einhaltung der Regeln, Zürich 1996, S. 33 ff., S. 35.

¹¹² GRASS (Fn. 101), S. 107 f.; ROUILLER NICOLAS/BAUEN MARC/BERNET ROBERT/LASSERRE ROUILLER COLETTE, La société anonyme suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, Nr. 584.

¹¹³ BÖCKLI (Fn. 94), § 18 Nr. 400; VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 Nr. 263 ff.; GRASS (Fn. 101), S. 108 ff.

¹¹⁴ Dazu VON DER CRONE: «Soweit schweizerische Gerichte in der Vergangenheit unternehmerische Entscheide zu beurteilen hatten, prüften sie

2. Die Business Judgement Rule

Die *Business Judgement Rule* stellt eine Rechtsanwendungsregel dar, welche besagt, dass die Gerichte ihre Kognition bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden von Geschäftsleitung und/oder Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft¹¹⁵ einschränken müssen. Insofern gebietet sie richterliche Zurückhaltung.¹¹⁶ Ziel dieser Regel ist es, innovative Geschäftsentscheidungen zu schützen, indem Fehlentscheide – oder anders gesagt Geschäftsfehler – nicht automatisch als haftungsbegründende Pflichtverletzungen betrachtet werden. Vielmehr sollen die mit der Geschäftsführung befassten Personen über einen grosszügigen Ermessensspielraum verfügen, welcher ihnen erlaubt, aufgrund ihrer Erfahrung und ihrer Kenntnisse die besten Entscheide zu treffen, ohne dabei die Folgen eines möglichen Fehlers ständig fürchten zu müssen.¹¹⁷ Nur dann, wenn unvernünftige Risiken eingegangen werden, soll die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder in Frage kommen.¹¹⁸ Entwickelt wurde die *Business Judgement Rule* schon am Anfang

des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Common Law, bevor sie sich – so wie das übrige Wirtschaftsrecht – internationalisiert hat.¹¹⁹

Die *Business Judgement Rule* wurde vom Bundesgericht zunächst als obiter dictum erwähnt, bevor die aktuellere Formel entwickelt wurde.¹²⁰ Die aktuelle Fassung lautet: «Das Bundesgericht anerkennt 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 Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.»¹²¹ Damit sich Verwaltungsratsmitglieder im Rahmen einer nachträglichen Überprüfung auf die *Business Judgement Rule* berufen können, um sich gegen eine allfällige Verantwortlichkeitsklage verteidigen zu können, müssen mithin vier Voraussetzungen erfüllt werden.¹²²

diese auf Vertretbarkeit und nicht auf unternehmerische Zweckmässigkeit. Insbesondere verzichteten sie soweit ersichtlich durchgehend darauf, ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung zu setzen.» VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: SZW 2006, S. 2 ff., S. 6; Vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 97), § 3 Nr. 13.

¹¹⁵ Die *Business Judgement Rule* kann auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder für Genossenschaften zur Anwendung gelangen. Im vorliegenden Aufsatz wird sie allerdings ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des Aktienrechts behandelt.

¹¹⁶ KUNZ (Fn. 100), S. 274; KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001, § 6 Nr. 115; STOFFEL WALTER A., Das Gesellschaftsrecht 2014/Le droit des sociétés 2014, in: SZW 2015, S. 138 ff., S. 138.

¹¹⁷ HABLÜTZEL OLIVER, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2009 (SSHW 278), S. 169 f.; KUNZ (Fn. 100), S. 274.

¹¹⁸ HABLÜTZEL (Fn. 117), S. 170; KRNETA (Fn. 96), Nr. 1820 f.

¹¹⁹ KUNZ (Fn. 100), S. 275.

¹²⁰ Siehe zum Beispiel das Urteil des BGER 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4; ROUILLER/BAUEN/BERNET/LASSERRE ROUILLER (Fn. 112), Nr. 584a; STOFFEL (Fn. 100), S. 220.

¹²¹ BGE 139 III 24 E. 3.2; Urteil des BGER 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1; GERI-CKE DIETER/WALLER STEFAN, Kommentar zu Art. 754–757 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR (BSK OR II), 5. Aufl., Basel 2016, Nr. 31 zu Art. 754 OR; KUNZ (Fn. 100), S. 276.

¹²² Auf die Frage, ob der Richter trotz der Erfüllung aller Voraussetzungen einen angeblich sachlich nicht vertretbaren Entscheid materiell überprüfen darf, wird hier nicht näher eingegangen. Vgl. dazu befürwortend BÖCKLI (Fn. 94), § 13 Nr. 591 ff.; ablehnend aber GERI-CKE/WALLER (Fn. 121), Nr. 31a zu Art. 754 OR. Letztere betonen zu Recht, dass ein Entscheid, welcher «in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen [ist]», kaum je materiell unvertretbar sein sollte. Ausserdem

Erstens muss es sich bei dem in Frage stehenden Entscheid um einen Geschäftsentscheid handeln.¹²³ Welche Entscheidungen konkret unter diesem Begriff zu subsumieren sind, ist in der Lehre allerdings umstritten. Während GRASS die Auffassung vertritt, dass «jeder Entscheid des Verwaltungsrates» als Geschäftsentscheid im Sinne der *Business Judgement Rule* zu gelten hat,¹²⁴ ist KUNZ der Ansicht, dass nur «*business case[s]*» i.e.S. ... bei [denen] unterschiedliche (Geschäfts-)Ansichten vorkommen können»¹²⁵ betroffen sind. Zusätzlich kann noch darauf hingewiesen werden, dass die *Business Judgement Rule* vor allem für aktive Fehlentscheide gedacht ist, währenddem sie mit Bezug auf Unterlassungen wohl nur selten zur Anwendung gelangen wird.¹²⁶

Zweitens muss dieser Geschäftsentscheid am Schluss eines einwandfreien Entscheidprozesses gefällt worden sein. Dabei steht im Vordergrund, dass die Vorbereitung, die Beratung und die Beschlussfassung sorgfältig zu erfolgen haben.¹²⁷ Wichtig ist mit anderen Worten, dass die internen Reglemente beachtet (so zum Beispiel das Organisationsreglement von Art. 716b OR), und dass die Sitzungen des Verwaltungsrates gültig einberufen werden.¹²⁸ Dies bedeutet unter anderem, dass jedes Mitglied die relevanten Unterlagen rechtzeitig erhält, und dass eine angemessene Vorbereitung auf die Sitzungen

stattfindet.¹²⁹ BÖCKLI betont, dass für wichtige Entscheidungen auch Alternativen zu überprüfen seien, um sicherzustellen, dass der beste und geeignetste Entscheid gefällt wird.¹³⁰

Der Geschäftsentscheid muss sich drittens auf eine angemessene Informationsbasis stützen. Da es allerdings nicht das Ziel der *Business Judgement Rule* ist, die erforderlichen Informationen materiell und nachträglich zu bestimmen, muss nur (aber immerhin) geprüft werden, ob die unerlässlichen und unverzichtbaren Informationen berücksichtigt wurden.¹³¹ Aufgrund der unvorhersehbaren Natur der Wirtschaft hat während der nachträglichen Kontrolle stets eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Eigenrationalität der Wirtschaft stattzufinden, um zu bestimmen, welche Informationsbasis als angemessen gilt.¹³² Einer angemessenen Informationsbasis kann ohne Zweifel der Miteinbezug externer Berater und Gutachter dienlich sein.¹³³

Viertens wird das Fehlen von Interessenkonflikten vorausgesetzt.¹³⁴ Dass dieses Thema im Aktienrecht – vor allem mit Bezug auf Verwaltungsräte – von erheblicher Bedeutung ist, ist nicht neu.¹³⁵ Mit Blick auf die *Business Judgement Rule* soll laut KUNZ «Vermei-

kann man sich fragen, ab wann ein Entscheid als solcher «sachlich nicht vertretbar» ist. Es kann bezweifelt werden, dass der Zweck der *Business Judgement Rule*, die Aufgabe der Richter zu vereinfachen und sie der Realität der Wirtschaft anzupassen, erreicht werden kann, wenn solche unbestimmte Begriffe jeweils noch definiert werden müssen.

¹²³ GRASS (Fn. 101), S. 112 ff.; KUNZ (Fn. 100), S. 277.

¹²⁴ GRASS (Fn. 101), S. 112 f.

¹²⁵ KUNZ (Fn. 100), S. 277, Hervorhebung im Original.

¹²⁶ BÖCKLI (Fn. 94), § 13 Nr. 594a f.; KUNZ (Fn. 100), S. 277.

¹²⁷ GRASS (Fn. 101), S. 180.

¹²⁸ Für einen Fall, in welchem die Voraussetzung des einwandfreien Entscheidprozesses unter anderem wegen der ungültigen Einberufung einer Sitzung verletzt wurde, vgl. das Urteil des BGer

4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 3.3; STOFFEL (Fn. 116), S. 139 f.

¹²⁹ GRASS (Fn. 101), S. 180 f.; KUNZ (Fn. 100), S. 277 f.

¹³⁰ BÖCKLI (Fn. 94), § 13 Nr. 589.

¹³¹ GRASS (Fn. 101), S. 179.

¹³² KUNZ (Fn. 100), S. 278.

¹³³ KUNZ (Fn. 100), S. 278; NIKITINE (Fn. 102), S. 272 ff.

¹³⁴ BÖCKLI (Fn. 94), § 13 Nr. 590; GRASS (Fn. 101), S. 175 ff.; KUNZ (Fn. 100), S. 278.

¹³⁵ Insbesondere: BÖCKLI (Fn. 94), § 13 Nr. 633 ff.; VON DER CRONE (Fn. 113), § 4 Nr. 18 f., 68 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 97), § 28 Nr. 25 ff.; HANDSCHIN LUKAS, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag,

dungsmechanismen für Interessenkonflikte»¹³⁶ vorgesehen werden, um diese Voraussetzung und diejenige des einwandfreien Entscheidprozess zu erfüllen. In diesem Zusammenhang geht die herrschende Lehre davon aus, dass ein Entscheid des Verwaltungsrats, welcher wegen eines Interessenkonflikts als mangelhaft zu betrachtet ist, von den unabhängigen Verwaltungsratsmitgliedern von der Generalversammlung genehmigt werden kann.¹³⁷ Als Vermeidungsmechanismen für Interessenkonflikte können zusätzlich auch die *Arm's Length*-Prinzipien von grosser Hilfe sein. Nach diesen sollen sich die Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung nicht anders verhalten in geschäftlichen Beziehungen mit ihnen nahestehenden Personen oder mit Aktionären als gegenüber Dritten.¹³⁸

Erfüllt die Entscheidung eines Verwaltungsrates diese Voraussetzungen nicht, so bedeutet dies allerdings noch nicht, dass sie zwingend als Pflichtverletzung betrachtet wird.¹³⁹ Als Rechtsanwendungsregel besagt die *Business Judgement Rule* nur, dass die Richter ihre Kognition einschränken, wenn sie Entscheidungen nachträglich beurteilen, die die oben genannten Voraussetzungen erfüllen. Dies bedeutet, dass ihre Kognition nicht eingeschränkt ist, wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, nicht also, dass die Entscheidung auf jeden Fall eine Pflichtverletzung darstellt. So dürfen die Richter, wenn sie prozedurale Mängel feststellen, eine inhaltliche Überprüfung durchführen.¹⁴⁰ Es ist dann möglich, dass die Entscheidung trotz dieser prozeduralen Mängel gültig ist.

Mit der Übernahme der *Business Judgement Rule* hat sich das schweizerische Recht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit somit

im Sinne von TEUBNERS Vorschlag «prozeduralisiert», insbesondere um eine Übersozialisierung des Rechtssystems und eine Desintegration des regulierten Systems (i.e. des Systems der Aktiengesellschaft) zu vermeiden.¹⁴¹ Wo die Richter vorher einen Entscheid des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung auch nachträglich auf dessen Inhalt hin überprüfen durften, wird nun die Kognition der Gerichte bei nachträglichen Kontrollen eingeschränkt, soweit bestimmte prozedurale Voraussetzungen erfüllt sind. Die Notwendigkeit solcher prozeduraler Alternativen lässt sich dabei durch die steigende Komplexität der Gesellschaft und insbesondere des Wirtschaftssystems erklären.¹⁴²

IV. Fazit

In den vorstehenden Überlegungen wurde gezeigt, dass das Recht und seine Regulierungsinstrumente in gewissen Bereichen an ihre Grenzen stossen. Nach hier vertretener Auffassung hat mit der Entwicklung des Präventionsstaates eine Steuerungskrise begonnen: Die Gesellschaft verlangt vom Recht immer mehr Steuerungsfähigkeit, welches diese Aufgabe mit den zur Verfügung stehenden Mitteln kaum erfüllen kann. Es werden ständig spezifischere und komplexere Begriffe angewendet, die anschliessend den Gerichten und der Verwaltung überlassen sind. Die Richter verfügen allerdings nicht über die notwendigen Kenntnisse und Ressourcen, um Entscheidungen von Spezialisten (seien sie beispielsweise Mitglieder eines Verwaltungsrates oder Informatiker) inhaltlich zu überprüfen. Aus diesem Grund haben sich Rechtstheoretiker anderen Wissenschaften zugewendet, um mögliche Lösungen zu finden. Eine dieser Lösungen ist die im Bereich der Soziologie entwickelte

Zürich/Basel/Genf 2003, S. 169 ff., S. 171 ff.; TRIGO TRINDADE RITA, Le devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, in: SJ 1999 II, S. 385 ff.

¹³⁶ KUNZ (Fn. 100), S. 278.

¹³⁷ BÖCKLI (Fn. 94), § 13 Nr. 647; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 97), § 30 Nr. 122 f.; NIKITINE (Fn. 102), S. 193 ff.

¹³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 97), § 40 Nr. 349; GRASS (Fn. 101), S. 178.

¹³⁹ VON DER CRONE (Fn. 113), § 4 Nr. 277.

¹⁴⁰ VON DER CRONE (Fn. 113), § 4 Nr. 277 f.

¹⁴¹ Insbesondere TEUBNER (Fn. 53), S. 123.

¹⁴² DRENHAUS (Fn. 1), S. 78 ff.

Systemtheorie. So schlägt TEUBNER vor, die Grenzen des materiellen Rechts durch Prozeduralisierung zu überwinden. Diese Methode erlaubt es dem Rechtssystem, komplexere Situationen zu bewältigen, da die inhaltlichen Regelungen den zu regelnden gesellschaftlichen Systemen überlassen wird. Das Recht wird sich dabei nur (aber immerhin) darum kümmern müssen, dass gewisse prozedurale Voraussetzungen erfüllt werden. Diese Entwicklung ist insbesondere mit Bezug auf aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen von Interesse, wo bereits in den letzten Jahren eine bedeutsame Prozeduralisierung des Rechts durch die Einführung der *Business Judgment Rule* stattgefunden hat. Inwiefern diese Praxisänderung schon einen Einfluss auf Verwaltungsräte und auf Gerichte gehabt hat, ist noch schwer zu beurteilen. Man kann sich vorstellen, dass sich die Verwaltungsräte mehr Mühe geben werden, während ihrer Sitzungen die Erfüllung der prozeduralen Voraussetzungen sorgfältig zu dokumentieren, damit sie sich im Falle einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage verteidigen können. Sicher ist auf immerhin, dass sich das Bundesgericht in seinen neueren Entscheiden jedes Mal auf die Verletzung einer Voraussetzung der *Business Judgment Rule* gestützt hat, bevor es eine angebliche Pflichtverletzung inhaltlich analysiert hat.¹⁴³

Als Ergebnis kann nunmehr festgestellt werden, dass sich das Recht weiterentwickeln muss, um mit den Entwicklungen der Gesellschaft mithalten zu können. Es wird jeden Tag deutlicher, dass seine aktuellen Instrumente nicht mehr ausreichen. Als Lösung können Theorien und Methoden anderer wissenschaftlicher Bereiche in Betracht gezogen werden, wie dies mit Bezug auf die Systemtheorie erfolgte. Diese Theorie kann zwar kritisiert werden, beispielsweise bleiben die Beziehungen zwischen den verschiedenen gesellschaftlichen Systemen trotz des Begriffes der strukturellen Kopplungen noch schwer begreifbar und erklärbar. Zudem ist sie – zumindest für Juristen – sehr abstrakt,

sodass das Gefühl aufkommen kann, ihre praktische Anwendung sei einem engen Expertenkreis vorbehalten. Sie kann allerdings von Nutzen sein, um Vorschläge zu entwickeln, welche der Komplexität der Gesamtgesellschaft und den Bedürfnissen der verschiedenen Teilsysteme gerecht werden würden. Insbesondere bezüglich der Rolle, die das prozedurale Recht in den nächsten Jahren spielen wird, kann sie einige Antworten geben und Lösungsansätze vermitteln. Diese Bewegungen und die Entwicklung des Rechtssystems sollen nicht als ein Versagen des Rechts verstanden werden. Vielmehr müssen sie als notwendige Schritte betrachtet werden, welche dem Recht ermöglichen, seine Regulierungsaufgabe auch mit Bezug auf die künftigen, immer anspruchsvoller werdenden Herausforderungen unserer Gesellschaft zu erfüllen.

¹⁴³ Siehe zum Beispiel das Urteil des BGer 4A_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1,

in welchem Interessenkonflikte festgestellt worden waren.