

# Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda

Rolf Sethe\*

*Conflicts of interest are a threat to the functioning of the board of directors and the management of a public limited company. This paper looks into the legal regime applicable in cases of a conflict of interest while dealing with third parties. It then tries to establish rules to safe-*

*guard an internal decision-making process solving conflicts of interest. Finally it assesses the effectiveness of article 717a that was proposed in the ongoing revision of the law governing public limited companies.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
  - 1. Definition und Themenabgrenzung
  - 2. Beispiele für Interessenkonflikte
  - 3. Wahrung der Interessen der Gesellschaft
  - 4. Unabhängigkeit versus Interessenkonflikt
- III. Die Bewältigung von Interessenkonflikten de lege lata
  - 1. Insichgeschäfte
  - 2. Eigengeschäfte (materielles Selbstkontrahieren)
  - 3. Einzelfallbezogene Interessenkonflikte
  - 4. Strukturelle Interessenkonflikte
  - 5. Zwischenfazit
- IV. Geplante Regelung der Interessenkonflikte in der Aktienrechtsrevision
  - 1. Die verschiedenen Entwürfe
  - 2. Eigene Lösung
- V. Fazit

## I. Einleitung

Wer fremde Interessen, wie diejenigen der Gesellschaft oder der Gesellschafter, wahren soll, darf diese weder mit eigenen noch mit Interessen Dritter vermischen. Hierin läge ein objektiver Verstoss gegen organschaftliche und auftrags- oder arbeitsrechtliche Pflichten.<sup>1</sup> Niemand soll sich heimlich zum Die-

ner zweier Herren<sup>2</sup> machen dürfen, denn es besteht die Gefahr, dass der – für das Zustandekommen einer ausgewogenen Vereinbarung vorausgesetzte – Interessengegensatz zwischen den potentiellen Vertragsparteien nicht funktioniert und sich deshalb statt des Gesamtinteresses Sonderinteressen durchsetzen. Der Fall *Raiffeisen/Vincenz*, der derzeit die Gemüter in der Schweiz bewegt,<sup>3</sup> zeigt eindrücklich, wie brisant Interessenkonflikte in einer Unternehmensleitung werden können. Zudem ist die Regelung zur Bewältigung von Interessenkonflikten auch ein Standortfaktor; die Schweiz ist beim Minderheitenschutz von Investoren im internationalen Umfeld inzwischen weit abgeschlagen.<sup>4</sup>

Ziel des nachfolgenden Beitrags ist es zu untersuchen, ob die rechtlichen Regeln ausreichen, um Interessenkonflikte im Verwaltungsrat zu vermeiden bzw. angemessen zu bewältigen. Dabei werden in einem ersten Schritt die Grundlagen des Themas gelegt (II.). Sodann werden die vorhandenen Regeln zu Interessenkonflikten herausgearbeitet (III.). Es schliesst sich ein Abschnitt zur Regelung der Interessenkonflikte in der laufenden Aktienrechtsrevision (IV.) sowie ein Gesamtfazit (V.) an.

\* Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M., Universität Zürich. Ich danke Herrn RA Tobias Aggteleky, Herrn RA Stefan Härtner, und Frau BLaw Rahel Reichlin für die kritische Durchsicht des Beitrags.

<sup>1</sup> Peter Böckli, Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 2012, 359, nennt dies gar eine «ausgesprochen stossende, ja empörende Konstellation», bei der «subjektiv der Verdacht eines Verrats» im Raum stehe.

<sup>2</sup> «Il servitore di due padroni» («Der Diener zweier Herren») von 1745 ist das bekannteste Bühnenstück des italienischen Dramatikers Carlo Goldoni (1707–1793), das als eines der Hauptwerke der Commedia dell'arte gilt.

<sup>3</sup> Vgl. die Medienmitteilung der FINMA vom 14. Juni 2018.

<sup>4</sup> Sie belegt nach einer Erhebung der Weltbank Platz 108 von 189 Ländern, vgl. *World Bank, Doing Business 2018 – Regional Profile OECD High Income*, 35, <[http://www.doingbusiness.org/reports/~/\\_/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Profiles/Regional/DB2018/OECD-High-Income.pdf](http://www.doingbusiness.org/reports/~/_/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Profiles/Regional/DB2018/OECD-High-Income.pdf)>.

## II. Grundlagen

### 1. Definition und Themenabgrenzung

Die Rechtsordnung geht davon aus, dass jeder Teilnehmer des Rechtsverkehrs seine Interessen selbst wahrnimmt. Sind bei Geschäften mit Dritten Interessensgegensätze vorhanden, treten sie – wie das Beispiel des Kaufs zeigt – regelmässig offen zutage. Anders ist dies in Rechtsverhältnissen, in denen jemand die Wahrnehmung seiner Interessen einer anderen Person anvertraut. Hier besteht die Gefahr, dass diese Person ihre Interessenwahrungspflicht vernachlässigt und ihre eigenen Interessen oder die Interessen einer weiteren Person vorrangig berücksichtigt. Diese Konstellation wird im Folgenden mit dem Begriff des Interessenkonflikts umschrieben. Ein solcher liegt vor, wenn der Handelnde zur Wahrung der Interessen Dritter verpflichtet ist und gleichzeitig eigene, gegenläufige Interessen hat. Nimmt eine Person die Interessen mehrerer Personen wahr (z.B. bei Mehrfachvertretungen), begründen diese kollidierenden Drittinteressen den Interessenkonflikt. Ausreichend ist bereits der Anschein der Befangenheit in der Person des Interessenwahrers. Eine tatsächliche Beeinflussung muss noch nicht stattgefunden haben.<sup>5</sup>

Allerdings reicht nicht jedes noch so geringfügige Eigeninteresse aus, um einen Interessenkonflikt zu begründen; vielmehr muss es eine gewisse Erheblichkeit aufweisen.<sup>6</sup> So ist es selbstverständlich und von der Rechtsordnung anerkannt, dass ein Verwaltungsratsmitglied für seine Tätigkeit eine Gegenleistung erhalten darf. Daher stellt der Umstand, dass ein Organmitglied Anspruch auf eine Entlohnung hat, als solches noch keinen rechtserheblichen Interessen-

konflikt dar.<sup>7</sup> Sollte das Verwaltungsratsmitglied dagegen seine Pflichten in der AG hintanstellen, weil für ihn das Honorarinteresse im Vordergrund steht, läge ein rechtserheblicher Interessenkonflikt vor.

Ursachen von und Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten sind auch Gegenstand intensiver ökonomischer Forschung, die hier nicht vertieft wiedergegeben werden kann.<sup>8</sup>

### 2. Beispiele für Interessenkonflikte

Die Rechtsregeln zum Umgang mit Interessenkonflikten dienen dazu, den Geschäftsherrn vor dem Opportunismus des Interessenwahrers zu schützen.<sup>9</sup> Im Gesellschaftsrecht finden sich zahlreiche Konstellationen, in denen ein solcher Opportunismus zutage treten kann und häufig auch tritt. Zum einen können sog. *strukturelle Interessenkonflikte* (auch kategorischer Konflikt genannt<sup>10</sup>) auftreten, also solche, die sich aufgrund der rechtlichen oder tatsächlichen Struktur der Rechtsbeziehung ergeben. Zu nennen sind Insihgeschäfte, die Doppelorganschaft inner- oder ausserhalb eines Konzerns, die «Vertreter» eines Grossaktionärs oder einer Aktionärsgruppe im Verwaltungsrat oder die Wahrnehmung von Berater- oder Gutachter Tätigkeiten neben dem Amt als Verwaltungsrat. Entsprechendes Konfliktpotential bietet auch die Festsetzung der Vergütung des Verwaltungsrats durch diesen selbst.

Zum anderen kann es zu *einzelfallbezogenen Interessenkonflikten* (auch situative Konflikte genannt<sup>11</sup>) kommen, die auf der Persönlichkeit des Interessenwahrers fussen oder durch Eigen- oder Drittinteressen ausgelöst werden, wie etwa Insihgeschäfte, die Annahme finanzieller Zuwendungen, die Nutzung von Unternehmensressourcen, Geschäftschancen oder Insiderwissen, die Beteiligung eines Organmitglieds an Konkurrenzunternehmen oder an der Zielgesellschaft

<sup>5</sup> Hierin unterscheiden sich die Regeln über die Beschlussfassung im Verwaltungsrat von denen des Verantwortlichkeitsrechts. Letzteres setzt einen Schaden voraus, so dass aufgrund des Interessenkonflikts eine tatsächliche Beeinflussung des Vermögens der Gesellschaft stattgefunden haben muss. Der blosser Anschein eines Interessenkonflikts begründet – sofern nicht ein bezifferbarer Reputationschaden vorliegt – keine Verantwortlichkeitsansprüche.

<sup>6</sup> BGer 4A\_147/2014, E. 3.1.2; dazu *Christoph B. Bühler/Nicolas Spichtin*, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR 2015, 150 ff.

<sup>7</sup> *Rolf Sethe*, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 178.

<sup>8</sup> Ausführlich *Damian Fischer*, Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Habil. Zürich 2018 (im Erscheinen), § 2; *Christoph Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Tübingen 2014, 58 ff.

<sup>9</sup> *Fischer* (Fn. 8), § 4 B.1.a.

<sup>10</sup> *Christoph B. Bühler*, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum OR, Zürich 2018, Art. 717 N 129.

<sup>11</sup> *ZK OR-Bühler* (Fn. 10), Art. 717 N 129.

im Übernahmekampf. Auch kann das Organmitglied sein Interesse am Erhalt der eigenen beruflichen Position dem Wohl des Unternehmens in einem Take-over überordnen. Oft spielen nichtmonetäre Motive bei der Entstehung von Interessenkonflikten eine Rolle, wie die Förderung von Familie, Freunden oder Geschäftspartnern, das Streben nach Anerkennung, die Vermeidung von Imageschäden und die Mitgliedschaft in Interessenverbänden.

*Strukturelle und einzelfallbezogene Interessenkonflikte* unterscheiden sich also hinsichtlich des Auslösers des Konflikts. Bei Ersteren ist es die Struktur der Rechtsbeziehung, bei Letzteren ein einzelnes Ereignis, meist persönlicher Natur. Die Unterscheidung hat sich in der Diskussion des Themas etabliert und soll daher nachfolgend beibehalten werden, auch wenn sich Ansätze zur Bewältigung beider Konfliktarten überschneiden. So kann der Ausstand sowohl bei strukturellen als auch einzelfallbezogenen Interessenkonflikten das Mittel der Wahl sein.

### 3. Wahrung der Interessen der Gesellschaft

Der Verwaltungsrat hat die «Interessen der Gesellschaft» in guten Treuen zu wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Was unter dem Unternehmensinteresse zu verstehen ist, war Gegenstand intensiver Diskussion und hat sich im Laufe der Zeit gewandelt (Shareholder-versus Stakeholder-Value-Ansatz).<sup>12</sup> Heute kann als gesichert gelten, dass die Interessen von Shareholdern und Stakeholdern langfristig parallel ausgerichtet sind und daher gewahrt werden, wenn der Verwaltungsrat eine nachhaltige Steigerung des Unternehmenswerts anstrebt. Das Unternehmensinteresse kann jedenfalls nicht immer mit dem Aktionärsinteresse und schon gar nicht mit dem Interesse der Mehrheit gleichgesetzt werden,<sup>13</sup> obwohl diese Interessen natürlich eine gewichtige Rolle spielen, wie folgende Überlegungen zeigen:

Der Verwaltungsrat als Ganzes ist in gewisser Weise stets interessenengebunden. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass seine Mitglieder von der Mehrheit der Aktionäre gewählt werden und daher typischerweise den Vorstellungen dieser Mehrheit entsprechen. Auch ist es erlaubt, dass sich der Mehrheitsaktionär als eines von mehreren Mitgliedern oder gar als einziges Mitglied in den Verwaltungsrat wählen lässt. Schliesslich finden sich vier Fälle, in denen das Aktienrecht die Einsitznahme von Vertretern mit Sonderinteressen in den Verwaltungsrat vorsieht, nämlich den Vertreter einer beteiligten juristischen Person oder Handelsgesellschaft (Art. 707 Abs. 3 OR), den Vertreter von Minderheitsaktionären (Art. 709 Abs. 2 OR), den Vertreter verschiedener Aktienkategorien (Art. 709 Abs. 1 OR) und den entsandten Vertreter von Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 762 OR). Diese Personen nehmen schon aufgrund der Art der Bestellung Partikularinteressen wahr. Das Gesetz geht also davon aus, dass der Verwaltungsrat nicht neutral ist, sondern durchaus auch die Interessen bestimmter Shareholder im Auge haben darf, solange er die Minderheitenschutzrechte einhält (insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung). Darüber hinaus wird und muss er aber auch immer die Interessen sonstiger mit dem Unternehmen verbundener Interessengruppen (Arbeitnehmer, Gläubiger) im Auge behalten.

### 4. Unabhängigkeit versus Interessenkonflikt

Im Zuge der Diskussion um eine gute Corporate Governance wurde erstmals im Cadbury Report<sup>14</sup> vorgeschlagen, dass eine Mehrheit des *board of directors* aus «unabhängigen» Mitgliedern (*outside directors*) bestehen soll, um eine ausreichende Aussensicht im Unternehmen zu gewährleisten und eine angemessene Kontrolle der *executive members of the board* sicherzustellen.<sup>15</sup> Mittlerweile finden sich vergleichbare Regelungen in nahezu allen Corporate Governance Kodices der OECD-Staaten. In der Schweiz ist die Unabhängigkeit in den Ziff. 12 und 14 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance nie-

<sup>12</sup> Vgl. etwa M. Drenhaus, Das Gesellschaftsinteresse im Schweizer Aktienrecht, Diss. Fribourg, Basel 2015; C. A. Lambert, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1992; Christa A. Sommer, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich 2010, 36 ff. Thomas Alexander Steininger, Interessenkonflikte des Verwaltungsrats, Diss. Zürich 2011, 53 ff.

<sup>13</sup> Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., 2018, § 10 N 218, 265 ff., § 16 N 672 m.w.N.

<sup>14</sup> The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, Ziff. 4.1. und 4.10 ff.

<sup>15</sup> Zur Diskussion in der Schweiz statt vieler Böckli (Fn. 1), 360 ff.; Jean Nicolas Druet, Unabhängig entscheiden, SJZ 2016, 565 ff. m.w.H.

dergelegt. Während die Frage der Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern erst seit rund 25 Jahren diskutiert wird, ist die Vorgabe der Unabhängigkeit der Revisionsstelle sehr viel älter. Sie ist heute auf Gesetzesstufe sehr detailliert in den Art. 728, 729 OR, 11 RAG geregelt.

Von der Frage der Unabhängigkeit sollte inhaltlich und terminologisch diejenige der Interessenkonflikte getrennt werden. Während Letztere einen Anwendungsfall der organschaftlichen Treuepflicht im Einzelfall (Art. 717 Abs. 1 OR) darstellt, geht es beim Thema der Unabhängigkeit um die abstrakte Gewährleistung einer funktionsfähigen internen und externen Kontrolle in einer AG. Beide Themen stellen sich überschneidende Kreise dar, denn ein Interessenkonflikt im Einzelfall kann auch die Unabhängigkeit eines Organs im Allgemeinen gefährden, etwa wenn ein Verwaltungsratsmitglied ein ihm nahe stehendes Revisionsunternehmen beauftragt.

### III. Die Bewältigung von Interessenkonflikten de lege lata

#### 1. Insichgeschäfte

##### 1.1 Bedeutung

Insichgeschäfte umfassen zwei äusserlich unterschiedliche, in ihrer Konfliktrichtigkeit aber gleiche Vorgänge, nämlich das Selbstkontrahieren und die Doppel- oder gar Mehrvertretung. Beim Selbstkontrahieren nimmt der Vertreter ein Rechtsgeschäft<sup>16</sup> zwischen der von ihm vertretenen Person und sich selbst vor. Er ist auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts involviert und verfolgt Eigeninteressen, weshalb er in Bezug auf die Wahrnehmung der Interessen des von ihm Vertretenen befangen ist (*Gefahr des Egoismus*). Demgegenüber nimmt der Doppel- oder Mehrfachvertreter ein Rechtsgeschäft zwischen zwei oder mehr Parteien vor, die von ihm vertreten werden. Er ist nicht selbst Partei des Rechtsgeschäfts. Seine Befangenheit beruht hier nicht auf Eigeninteressen, sondern auf unterschiedlichen Fremdinteressen, die er nicht gleichzeitig vollumfänglich wahren kann (*Gefahr der Parteilichkeit*).<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Oder eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung und faktisches Verhalten, vgl. Ansgar Schott, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Diss. Zürich 2002, 71 ff.

<sup>17</sup> Schott (Fn. 16), 44.

Insichgeschäfte spielen sowohl in strukturellen als auch in einzelfallbezogenen Konfliktsituationen eine Rolle. Sie finden sich in der Praxis vor allem bei Einpersonengesellschaften sowie bei kleineren Unternehmen, deren Verwaltungsrat häufig Einzelzeichnungsbefugnis hat. Anfällig sind auch Gesellschaften, in denen ein Mehrheitsaktionär oder eine Gruppe von dominierenden Aktionären den Verwaltungsrat stellen. Hier geht es zumeist um die Begünstigung der eigenen Interessen zulasten der Minderheitsaktionäre. In grösseren Unternehmen und Publikumsgesellschaften sind Insichgeschäfte dagegen eher selten. Denn diese haben typischerweise einen Verwaltungsrat mit unabhängigen Mitgliedern, denen meist keine Zeichnungsberechtigung zusteht, und geschäftsführenden Mitgliedern mit Kollektivunterschrift. Zudem greifen besondere Regeln (Gesetz oder Selbstregulierung) ein, die Interessenkonflikte verhindern sollen, wie etwa die Art. 21, 14 Abs. 2 Ziff. 9 VegüV zur Tätigkeit bei Konzerngesellschaften und Berater-tätigkeiten oder die Art. 7, 18, 2 Ziff. 4 VegüV zur Festsetzung der Vergütung.<sup>18</sup> Aber auch bei grösseren Unternehmen und Publikumsgesellschaften kommen Interessenkonflikte vor, etwa wenn ein besonders dominanter Verwaltungsratspräsident alle gesetzlichen und internen Schranken kraft seiner Autorität überwindet oder anders formuliert, wenn die übrigen Organmitglieder nicht den Mut zum Nein-Sagen haben.

##### 1.2 Rechtsfolgen

Rechtsprechung und herrschende Meinung gehen davon aus, dass Insichgeschäfte schwebend unwirksam sind und bei Ablehnung durch den Geschäftsherrn endgültig unwirksam werden.<sup>19</sup> Begründet

<sup>18</sup> Die VegüV hat den immanenten Interessenkonflikt bei der Festsetzung der Vergütung entschärft, aber nicht gänzlich behoben, da ein mittels Aktienoptionen entlohnter Verwaltungsrat sein Handeln oft auf kürzere Zeiträume einstellt, um mit einem hohen Kurs seine Aktienoptionen wertvoller zu machen, und dabei das langfristige Interesse der AG aus den Augen verlieren kann.

<sup>19</sup> Zuletzt BGE 126 III 361, 363; 127 III 332, 334 f.; BGE 4C.148/2002, E. 3.1; BGE 138 III 755, 772; Böckli (Fn. 1), 355 f.; Rolf Watter, in: Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum OR*, Band 1, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 33 N 19; Band 2, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 718 N 21 und Art. 718a N 2, 12b; ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 718b N 10; Peter Forstmoser, *Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern*, in: Vogt/Zobl (Hrsg.), *Festschrift für Hermann Schulin*, Basel 2002, 16; Schott (Fn. 16), 40 ff., 113, 279;

wird dies zumeist wie folgt: Bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung fehle dem Handelnden von vornherein die Vertretungsmacht nach Art. 32 Abs. 1 OR; bei der organschaftlichen Vertretung folge dieses Ergebnis aus Art. 718a Abs. 1 OR. Danach umfasse die Vertretungsmacht bei der AG alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen könne. Dies wird weit verstanden und erfasst alle Rechtsgeschäfte, die vom objektiv verstandenen Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind. Insichgeschäfte seien nie vom Gesellschaftszweck gedeckt. Auf einen Gutglaubensschutz komme es nicht an.<sup>20</sup>

Dieser Ansatz überzeugt im Ergebnis, bedarf aber einer Präzisierung in der Begründung, denn das Insichgeschäft lässt nicht direkt die Vertretungsmacht, sondern zunächst die Vertretungsbefugnis entfallen. Der Mangel im Innenverhältnis schlägt sodann auf das Aussenverhältnis durch, sofern der Dritte bösgläubig war. Dies ist hier immer der Fall, denn Letzterer ist beim Insichgeschäft identisch mit dem Vertreter und wusste daher von der fehlenden Vertretungsmacht. Auch bei der Doppelvertretung liegt Bösgläubigkeit vor, da der Vertreter beider Vertragspartner Auslöser des Interessenkonflikts war und sich die vertretenen Parteien dieses Wissen zurechnen lassen müssen. Zudem fehlt es an einem Verkehrsgeschäft. Somit entfällt die Vertretungsmacht.<sup>21</sup> Das Gleiche gilt hinsichtlich der organschaftlichen Vertretungsmacht. Hier ist die Vertretungsmacht im Aussenverhältnis sogar standardisiert (Art. 718a Abs. 2 OR) und über den Eintrag im Handelsregister öffentlich kundgetan (Art. 43 Abs. 1 lit. e HRegV). Wiederum ist der Vertreter bösgläubig, sodass der Mangel im Innenverhältnis auf die Vertretungsmacht im Aussenverhältnis durchschlägt. Anders formuliert: Nicht das Selbstkontrahieren als solches bewirkt den Wegfall der Vertretungsmacht, sondern der Umstand, dass

dem Vertragspartner das Wissen des Vertreters zugerechnet wird und zur Bösgläubigkeit führt. Mit dieser Lösung vermeidet man es, ohne Not bei öffentlich kundgetanen Vollmachten eine im Gesetz nicht vorgesehene Fallgruppe des Wegfalls der Vertretungsmacht zur Schliessung einer vermeintlichen Gesetzeslücke erfinden zu müssen. Die vorhandenen Tatbestände des Vertretungsrechts lösen das Insichgeschäft angemessen. Die Lösung für die AG ergibt sich daher nicht aus Art. 718a Abs. 1 OR, sondern aus dessen Absatz 2 Halbsatz 1.

Watter will bei der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretung nicht zwischen Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht unterscheiden (das «Dürfen» bestimmt das «Können»),<sup>22</sup> kommt aber dennoch zu gleichen Ergebnissen, nämlich dass im Fall eines erkennbaren Interessenkonflikts bei Insichgeschäften (und bei Eigengeschäften, dazu unter III. 2) der gute Glaube entfällt.<sup>23</sup>

Die strenge Rechtsfolge der Unwirksamkeit dient dem Schutz des Vertretenen. Er muss nicht nachweisen, im konkreten Einzelfall inhaltlich benachteiligt worden zu sein. Vielmehr reicht es aus, den Sachverhalt des Selbstkontrahierens bzw. der Doppelvertretung darzulegen, wodurch zugleich die Bösgläubigkeit belegt ist. Der Vertreter muss entweder das Vorliegen einer Genehmigung oder das Fehlen einer Benachteiligung beweisen.<sup>24</sup>

Rechtsprechung und herrschende Lehre unterscheiden damit die Fallgruppe der Insichgeschäfte von derjenigen des Missbrauchs der Vertretungsmacht und derjenigen der Kollusion. Das Insichgeschäft ist unwirksam. Beim Missbrauch der Vertretungsmacht entfällt die Vertretungsmacht nur dann, wenn der Geschäftsgegner den Missbrauch der Vertretungsmacht kannte oder hätte erkennen müssen.<sup>25</sup> Bei der Kollusion liegt ein sittenwidriges und damit nichtiges Zusammenwirken von Vertreter und Vertragspartner zulasten des Vertretenen vor. Nach der hier vertretenen Ansicht lassen sich die Fälle des Insichgeschäfts und des Missbrauchs der Vertretungsmacht hingegen in die gleiche Fallgruppe einordnen,

Sommer (Fn. 12), 135 f.; Dieter Zobl, Problem der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989) 289, 303; a.M. Jean Nicolas Druey, Interessenkonflikte, in: Baer (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern 2005, 75 (Nichtigkeit).

<sup>20</sup> Repräsentativ BGE 89 II 321, 324 («Gesetzeslücke»); Schott (Fn. 16), 48.

<sup>21</sup> Ebenso Roger Zäch/Adrian Künzler, in: Berner Kommentar OR, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 33 N 30, 87, Art. 38 N 12; Böckli (Fn. 1), 356 (Text bei Fn. 33); Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003, 102, 104 ff.; Hans Caspar von der Crone, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1994, 1, 6.

<sup>22</sup> BSK OR I-Watter (Fn. 19), Art. 33 N 13; BSK OR II-Watter (Fn. 19), Art. 718a N 5, 10.

<sup>23</sup> BSK OR I-Watter (Fn. 19), Art. 33 N 19; BSK OR II-Watter (Fn. 19), Art. 718a N 5, 11.

<sup>24</sup> Zur Beweislastverteilung Schott (Fn. 16), 43.

<sup>25</sup> Schott (Fn. 16), 38 ff.; Zobl (Fn. 19), 308.

und der Prüfstein ist jeweils die Gutgläubigkeit des Dritten, die bei Insichgeschäften stets fehlt.

Ein Teil der Lehre<sup>26</sup> möchte demgegenüber die für das Vertragsrecht entwickelte Lösung nicht in das Gesellschaftsrecht übernehmen, da das Regel-/Ausnahmeverhältnis dort nicht passe. Statt von einer Unwirksamkeit des Geschäfts auszugehen, die durch eine Genehmigung oder den Nachweis der Nichtbenachteiligung der Gesellschaft überwunden werden könne, solle man besser alle Geschäfte für gültig halten und dem nach Art. 678 OR aktiv legitimierten Personenkreis die Möglichkeit geben, die Unwirksamkeit des Geschäfts geltend zu machen, sofern dieses für die Gesellschaft nachteilig sei (Inhaltskontrolle). Dieser Ansatz hat sich – m.E. zu Recht – nicht durchgesetzt.<sup>27</sup> Er passt dogmatisch nicht zu Art. 678 OR, bei dem es sich um einen besonderen Bereicherungsanspruch handelt, der in seinem Absatz 1 die Unrechtmässigkeit der Leistung voraussetzt und gerade keine eigenen Kriterien für deren Prüfung enthält. Auch sein Absatz 2 eignet sich nicht für eine solche Prüfung, da die Tatbestandsvoraussetzungen «in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft» gerade nicht die Gefahren von Insichgeschäften erfassen. Neben diese dogmatischen Bedenken tritt die Frage, wer das Risiko der Unwirksamkeit tragen soll. Der Ansatz der Gegenansicht verschiebt dieses zur Gesellschaft, die nicht nur die Situation eines Insichgeschäfts darlegen, sondern auch noch die inhaltliche Nachteilhaftigkeit des Geschäfts für die Gesellschaft beweisen muss. Die Lösung der herrschenden Meinung und der hier vertretenen Ansicht bürdet Letzteres dem Insichhandelnden auf, der nachweisen muss, dass das Geschäft für den Vertretenen nicht nachteilig war (dazu unten III.1.5). Dies ist folgerichtig, denn der Vertreter ist weniger schutzwürdig als die Gesellschaft und deren Gläubiger. Der Insichhandelnde erhält so den Anreiz, sich bereits vor der Vornahme des Geschäfts um die Zulässigkeit seines Tuns zu kümmern und eine Ermächtigung einzuholen.

### 1.3 Ausdehnung der Regeln über Insichgeschäfte auf weitere Fallgruppen

Die strengen Rechtsfolgen, die an Insichgeschäfte geknüpft sind, werden zu Recht auch auf Fälle angewendet, in denen der Vertreter seine Aufgabe an einen Untervertreter weitergibt, dem gegenüber er weisungsbefugt ist, um mit diesem dann im eigenen Namen das Rechtsgeschäft abzuschliessen.<sup>28</sup> Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, dass der Vertreter seine Doppelrolle dadurch verdeckt, dass er zur Wahrnehmung seiner eigenen Interessen einen eigenen weisungsunterworfenen Vertreter einschaltet (sog. Eigenvertreter) und selbst die Interessen der Gegenpartei wahrnimmt.<sup>29</sup> Die Regeln über Insichgeschäfte gelten auch, wenn die AG im Gründungsstadium Geschäfte gemäss Art. 645 OR von den Gründern übernimmt.<sup>30</sup> Sie gelten weiterhin, wenn ein Organvertreter einer AG mit einer von ihm beherrschten und daher wirtschaftlich mit ihm identischen Gesellschaft einen Vertrag abschliesst.<sup>31</sup>

Nicht als Insichgeschäfte betrachtet werden hingegen Geschäfte des Vertreters mit ihm nahe stehenden Personen<sup>32</sup> (Ehegatten, Kinder, enge Verwandte).<sup>33</sup> Hier liegt gerade keine Personenidentität oder Weisungsabhängigkeit vor. Zudem entfaltet das Geschäft Aussenwirkung, sodass der Rechtsverkehr zu schützen ist. Daher ist ein solches Geschäft nur unwirksam, wenn sich die Voraussetzungen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht nachweisen lassen. Ist es wirksam, kommt nur eine Verantwortlichkeit des Vertreters im Innenverhältnis in Betracht, sofern der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, weil das Geschäft nicht zu Marktkonditionen geschlossen wurde.

<sup>28</sup> BGE 89 II 321, 323 f.; *Schott* (Fn. 16), 77 ff.

<sup>29</sup> OGer SH, OGE 10/2015/2 vom 25. August 2017, E. 4.3; *Schott* (Fn. 16), 82 f.

<sup>30</sup> *Markus D. Vischer*, Die Geschäftsausübung für die AG in ihrem Gründungsstadium, SZW 2014, 63, 67.

<sup>31</sup> BGer 4C.327/2005, E. 3.2.5.

<sup>32</sup> Der in diesem Kontext häufig verwendete Begriff der «nahe stehenden Person» ist gesetzlich nicht definiert und wird teilweise auf familienrechtliche Nähebeziehungen bezogen, teilweise darüber hinaus auf von einer Person beherrschte juristische Personen und Rechtsgemeinschaften und teilweise auch auf Organmitglieder und deren Angehörige, vgl. etwa *Huguenin* (Fn. 26), 522 f.

<sup>33</sup> BGer 4C.402/1998, E. 1 = Pra 2000 Nr. 50, 285 ff.; *Schott* (Fn. 16), 83 ff.

<sup>26</sup> *Claire Huguenin*, Insichgeschäfte im Aktienrecht, in: *Kramer/Nobel/Waldburger* (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, 526 ff.; *Mischa Kissling*, Der Mehrfachverwaltungsrat, Diss. Zürich 2006, N 257 ff., 271.

<sup>27</sup> Statt vieler *Böckli* (Fn. 1), 355; *Sommer* (Fn. 12), 136 f.

#### 1.4 Ausnahme 1: Zustimmung des Vertretenen

Der Vertreter kann sich vor der Vornahme des Geschäfts vom Verbot des Insigeschäfts befreien lassen (Einwilligung des Vertretenen). Versäumt er dies, besteht die Rechtsfolge von Insigeschäften in der schwebenden Unwirksamkeit des Geschäfts. Es wird für den Vertretenen wirksam, wenn er es genehmigt,<sup>34</sup> und endgültig unwirksam, wenn er die Genehmigung verweigert.

Handelt es sich beim Vertretenen um eine juristische Person, kann gerade nicht das befangene Organmitglied die Genehmigung erteilen. Hierfür ist nach Ansicht des Bundesgerichts ein «neben- oder übergeordnetes Organ» zuständig: Ist eines von mehreren Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitgliedern befangen, kann ein unbefangenes, allein zeichnungsberechtigtes Mitglied oder bei Gesamtvertretung eine entsprechend notwendige Anzahl konfliktfreier Mitglieder und/oder Direktoren bzw. Prokuristen das Geschäft genehmigen.<sup>35</sup> Voraussetzung ist allerdings die vollständige Offenlegung aller relevanten Umstände.

Sind hingegen alle Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrats befangen oder unterschreitet die Anzahl der nicht befangenen Mitglieder die für die Zeichnungsberechtigung notwendige Mindestzahl, ist das «übergeordnete» Organ zuständig. Bei diesem handelt es sich um dasjenige Organ, das für die Bestellung und Abberufung zuständig ist: Übergeordnetes Organ der Geschäftsleitung ist folglich der Verwaltungsrat,<sup>36</sup> übergeordnetes Organ des Verwaltungsrats die Generalversammlung.<sup>37</sup> Voraussetzung einer Genehmigung durch das übergeordnete

te Organ ist ebenfalls die vollständige Offenlegung aller relevanten Umstände. Die Genehmigung durch die Generalversammlung ist daher recht umständlich<sup>38</sup> und erfolgt durch ein Organ, das an sich nicht mit Fragen der Geschäftsführung betraut ist.<sup>39</sup> Dies ist aber, wie etwa das Beispiel der Kontrolltransaktionen zeigt, mitunter der einzig verfügbare Weg zur Bewältigung eines Interessenkonflikts.<sup>40</sup>

Problematisch ist der Fall, dass der befangene Verwaltungsrat zugleich Aktionär oder gar Mehrheitsaktionär ist. Das Recht der Generalversammlung der AG kennt – anders als das Vereinsrecht (Art. 68 ZGB) – kein umfassendes Stimmverbot bei Befangeneheit des Aktionärs, sondern regelt nur zwei Fälle, nämlich die Stimmverbote bei eigenen Aktien (Art. 659a Abs. 1 OR) und bei Entlastung als Mitglied des Verwaltungsrats (Art. 695 OR). Der Gesetzgeber sieht diese Vorschriften als abschliessend an und hat die Einführung eines allgemeinen Stimmrechtsverbots abgelehnt.<sup>41</sup> Die Gegenansicht<sup>42</sup> hat sich nicht durchgesetzt, da ein Aktionär (in dem im Vergleich zum Vereinsrecht viel engeren Anwendungsbereich von Art. 698 OR) seine Interessen in der Generalversammlung durchsetzen darf. Andernfalls würde man das Prinzip der Mehrheitsherrschaft in der AG ausser Kraft setzen, und der Mehrheitsaktionär dürfte etwa bei der Frage der Dividendenausschüttung nicht

<sup>34</sup> Die Genehmigung sollte und wird typischerweise ausdrücklich erfolgen, doch hat die Rechtsprechung auch schon konkludent erteilte Genehmigungen anerkannt, BGE 93 II 461, 482; BGer 4C.148/2002, E. 3.1.

<sup>35</sup> BGE 127 III 332, 334 f.; BGer 4A\_360/2012, E. 4.2.; BSK OR II-Watter (Fn. 19), Art. 718a N 12b; Zobl (Fn. 19), 309 f.; Daniel Jenny, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 2012, N 816 m.w.N. auch zur a.M.

<sup>36</sup> BSK OR II-Watter (Fn. 19), Art. 718a N 12b.

<sup>37</sup> Etwa BGE 127 III 332, 334 f.; BGer 4C.148/2002, E. 3.1.; Zobl (Fn. 19), 310 f. Allerdings scheidet eine Genehmigung durch die Generalversammlung aus, wenn es sich um eine Entscheidung zu einer unübertragbaren Aufgabe gemäss Art. 716a Abs. 1 OR handelt, vgl. Dorothea Herren, Harmonie und Kollision beim verwaltungsrätlichen Umgang mit den Gesellschaftsinteressen, AJP 2015, 203, 211.

<sup>38</sup> Böckli (Fn. 1), 370, will daher nicht die Generalversammlung als übergeordnetes Organ einschalten, sondern favorisiert den Weg über Art. 731b OR.

<sup>39</sup> Gemäss BGE 127 III 332, 334 f. stellt die Genehmigung durch die Generalversammlung ein Geschäft mit Aussenwirkung dar, ebenso Peter Jung, Insigeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 285.

<sup>40</sup> Sommer (Fn. 12), 188.

<sup>41</sup> Der Vorschlag in Art. 693 Abs. 3 (Botschaft über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I 205, 393) wurde vom Parlament abgelehnt, vgl. StenBul SR 1931 II 407 f.; 1935 I 98; StenBul NR 1934 II 304, 322; 1935 II 185 f. Dem folgt die herrschende Meinung, vgl. statt vieler Peter Böckli, Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 435, 454 ff., 461 m.w.N.

<sup>42</sup> Von der Crone (Fn. 21), 1, 9 Fn. 41 – in Widerspruch zu 4 f., wo ein Stimmverbot des Aktionärs gerade verneint wird; vgl. auch Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 12 N 124, der eine Ausstandspflicht annimmt, wenn den Aktionär eine Treuepflicht trifft, was Kunz entgegen der herrschenden Meinung im Einzelfall bejaht.

mehr mitstimmen, obwohl ihm mangels Treuepflicht die Verfolgung egoistischer Ziele gerade erlaubt ist. Auch würde die Konzernsteuerung verunmöglicht. Daher darf der Aktionär (der zugleich Verwaltungsratsmitglied ist) bei der Genehmigung des Insigeschäfts trotz seiner Befangenheit mitstimmen.<sup>43</sup> Die inhaltliche Kontrolle wird dadurch erreicht, dass jeder Mitaktionär Anfechtungsklage erheben<sup>44</sup> und insbesondere eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder des Gebots der schonenden Rechtsausübung rügen kann. Übt ein Aktionär einen derart beherrschenden Einfluss aus, dass er als faktisches Organ anzusehen ist, kommt zudem die Verantwortlichkeitsklage in Betracht.<sup>45</sup> Handelt es sich um einen Alleinaktionär, bedarf es einer solchen Kontrolle zum Schutz der Gesellschafter naturgemäss nicht.<sup>46</sup>

Eine Genehmigung durch das übergeordnete Organ der Generalversammlung erweist sich dann als problematisch, wenn es sich nicht nur um das Fällen einer einzelnen Entscheidung, sondern um die Wahrnehmung einer dauerhaften Aufgabe handelt, wie etwa das Führen eines Prozesses um eine durch den Verwaltungsrat erhobene Anfechtungsklage oder eine Verantwortlichkeitsklage der AG gegen alle aktuellen Verwaltungsratsmitglieder. In beiden Fällen müsste der Verwaltungsrat die Interessen der AG und seine eigenen Interessen wahrnehmen, sodass alle Organmitglieder befangen sind. Die «übergeordnete» Generalversammlung ist allerdings nicht in der Lage, diese Geschäfte wahrzunehmen, bestehen diese doch in einer Vertretung im Aussenverhältnis und erfordern nicht nur eine punktuelle Entscheidungsfindung, sondern ein längerfristiges Engagement. Damit fallen sowohl der Verwaltungsrat als auch die Generalversammlung als Entscheidungsträger aus. Für solche Fälle sieht Art. 706a Abs. 2 OR (direkt

bzw. analog) die Bestellung eines besonderen Prozessvertreters der AG vor.<sup>47</sup>

Problematisch ist weiterhin der Fall, dass die Genehmigung zu dem Geschäft eilt und die Einberufung der Generalversammlung nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann. Dieses Hindernis lässt sich nur durch die Bestellung eines Sachwalters überwinden (Art. 731b OR).<sup>48</sup>

Eine stillschweigende Ermächtigung nimmt die herrschende Lehre bei Geschäften einer Doppelvertretung von Doppelorganen im Konzern an. Dies überzeugt, sofern eine hundertprozentige Beherrschung vorliegt, nicht aber, wenn Minderheitsaktionäre vorhanden sind.<sup>49</sup>

#### 1.5 Ausnahme 2: Benachteiligung des Vertretenen ausgeschlossen

Die mit einem Insigeschäft verbundene Gefährdung der Interessen des Vertretenen entfällt allerdings, wenn dessen Benachteiligung aufgrund der Natur des Rechtsgeschäfts von vornherein ausgeschlossen ist, wie etwa bei einem für den Vertretenen rechtlich lediglich vorteilhaften Geschäft<sup>50</sup> sowie bei der blossen Erfüllung oder Verrechnung einer bereits bestehenden, ihrerseits wirksam vereinbarten Verbindlichkeit.<sup>51</sup> Der Gesellschaft wird zudem kein Nachteil entstehen, wenn das Geschäft zu marktüblichen Konditionen (*dealing at arm's length*) zustande kommt. Dies erfordert, dass es einen Markt für das Geschäft gibt, sodass man die Konditionen vergleichen kann. Zudem setzt die Ausnahme nicht nur einen marktüblichen Preis voraus. Zu prüfen ist vielmehr auch, ob die übrigen Konditionen des Geschäfts (z.B. Besicherung) marktüblich sind.<sup>52</sup> Denn zu Recht wird eingewandt, dass die Marktüblichkeit von Preis und sonstigen Konditionen allein nicht ausreichend ist, um

<sup>43</sup> Böckli (Fn. 1), 356 Fn. 30; Schott (Fn. 16), 258, 260 m.w.N.; Sommer (Fn. 12), 119. Enger Stutz/von der Crone (Fn. 21), 110, wonach ein Generalversammlungsbeschluss nur zur Genehmigung des Geschäfts führen könne, wenn eine angemessene Information der Aktionäre gewährleistet sei, die unmittelbar am Entscheid interessierten Aktionäre auf eine Mitwirkung verzichteten und der Entscheid keine Gläubigerinteressen betreffe.

<sup>44</sup> BGE 126 III 361, 366; Schott (Fn. 16), 232 f.

<sup>45</sup> Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in: Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR, Band 2, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 716a N 3a.

<sup>46</sup> Zur Frage des Gläubigerschutzes sogleich Text bei Fn. 56.

<sup>47</sup> A.M. Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich 2013, 105 f., der Art. 731b OR anwenden will.

<sup>48</sup> Nicht anzuwenden sind die Vorschriften zur Beistandschaft, BGer 4A\_717/2014, E. 2.3; a.M. Jung (Fn. 39), 290.

<sup>49</sup> Ebenso Jung (Fn. 39), 293 f. m.w.N.

<sup>50</sup> Jung (Fn. 39), 282.

<sup>51</sup> So ausdrücklich BGE 39 II 561, 568; BK OR-Zäch/Künzler (Fn. 21), Art. 33 N 83; mangels reinen Erfüllungsgeschäfts offen gelassen in BGE 57 II 556, 561; 89 II 321, 327.

<sup>52</sup> BGer 6B\_300/2016, E. 4.4.2; BGE 140 III 533, 544 (Cash Pooling ohne Sicherheiten).

einen Nachteil der Gesellschaft zu verneinen. Diese Kriterien erlauben nämlich keine Aussage darüber, ob die Gesellschaft das Geschäft überhaupt benötigte.<sup>53</sup> Daher müssen sämtliche Eckpunkte der Transaktion (Notwendigkeit des Geschäfts, Menge, Zeitpunkt) in die Betrachtung einbezogen werden. Bei Fehlen von Marktpreisen und in anderen Zweifelsfällen wird in der Praxis die Meinung einer sachverständigen Person (*fairness opinion*) eingeholt.

Schliesslich entfällt die Gefahr der Benachteiligung der Gesellschaft, wenn ein Alleinaktionär handelt, da dessen Interessen mit denen «seiner» Gesellschaft deckungsgleich sind,<sup>54</sup> zumal man hier auch eine stillschweigende Genehmigung annehmen kann (s. oben III.1.4 a.E.). Anders verhält es sich, wenn der Handelnde nicht Allein-, sondern bloss Mehrheitsaktionär ist, denn in diesem Fall kann durchaus ein Interessenkonflikt auftreten. Aus Gründen des Minderheitenschutzes ist zu verlangen, dass eine Ermächtigung bzw. Genehmigung mittels eines (ggf. anzufechtenden) Generalversammlungsbeschlusses erteilt wurde.<sup>55</sup> Die Interessen von Gesellschaftsgläubigern bezieht das Bundesgericht nicht ein, denn das Verbot der Inschlaggeschäfte diene allein dem Schutz des Vertretenen, also der Gesellschaft; den Gesellschaftsgläubigern stünden mit der Pauliana und der Verantwortlichkeitsklage Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung.<sup>56</sup>

## 1.6 Schriftformerfordernis

Das Schriftformerfordernis von Art. 718b OR dient als ein zusätzlicher Schutz, um bei Einpersonengesellschaften für eine ausreichende Dokumentation zu sorgen. Die Einführung der Vorschrift sollte aber nicht die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Inschlaggeschäften beseitigen.<sup>57</sup>

Umstritten ist die Rechtsfolge der Formvorschrift. Ein Teil des Schrifttums bejaht bei einem Verstoss die Nichtigkeit (Art. 11 Abs. 2 OR); die Gegenansicht sieht hierin entweder nur eine Ordnungsvorschrift oder aber lässt eine (nachträgliche) Protokollierung des Beschlusses ausreichen.<sup>58</sup> Gegen die Nichtigkeitsfolge spricht der Umstand, dass sie dem Alleingesellschafter und Verwaltungsrat die Möglichkeit verschafft, ein mit der Gesellschaft vereinbartes (und anderweitig auch nachweisbares) Geschäft bei nachträglicher Reue oder ungünstigem Verlauf durch die Vernichtung der Urkunde faktisch zu beseitigen. Solange er Alleingesellschafter ist, erweist sich dies regelmässig als unproblematisch. Anders ist dies jedoch, wenn er die Gesellschaft an einen Dritten verkauft oder nachträglich weitere Aktionäre aufnimmt.<sup>59</sup>

## 2. Eigengeschäfte (materielles Selbstkontrahieren)

Von den Fällen des formellen Selbstkontrahierens zu unterscheiden sind die sog. Eigengeschäfte (materielles Selbstkontrahieren), bei denen der Vertreter im Namen des Vertretenen mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abschliesst, dabei aber nicht die Interessen des Vertretenen wahrt, sondern (auch) seine eigenen. Im Unterschied zu den Fällen des Selbstkontrahierens liegt hier ein echtes Verkehrsgeschäft mit einem Dritten vor. Somit stellt sich die Frage, ob die Schutzwürdigkeit des Dritten Vorrang vor dem Schutz des Vertretenen genießt. Das Bundesgericht hat dies im Entscheid «Schwegler AG» mit folgenden Erwägungen bejaht: «Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen ... Eine stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis kann aber dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Der Interessenkonflikt vermag die Vertretungsmacht nur zu begrenzen, wenn er für den Dritten erkennbar war oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte

<sup>53</sup> Böckli (Fn. 1), 357; Jung (Fn. 39), 282 f.

<sup>54</sup> So pointiert BGE 126 III 361, 366; BK OR-Zäch/Künzler (Fn. 21), Art. 33 N 81.

<sup>55</sup> S. Text bei und nach Fn. 44.

<sup>56</sup> BGE 126 III 361, 366 f.; BGer 4C.148/2002, E. 3.2; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 71; von der Crone (Fn. 21), 10; Jung (Fn. 39), 284; Zobl (Fn. 19), 312; im Ergebnis auch Forstmoser (Fn. 19), 16 Fn. 30; a.M. noch BGE 50 II 168, 184 (in einem obiter dictum); Herren (Fn. 37), 203 ff.; kritisch auch Böckli (Fn. 1), 370; Steininger (Fn. 12), 260 f., 330.

<sup>57</sup> ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 718b N 11; Watter/Roth Pellanda (Fn. 45), Art. 718b N 9 – jeweils m.w.N.; nicht ausdrücklich angesprochen in BGer 4A\_195/2014, E. 4.

<sup>58</sup> Meinungsüberblick bei ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 718b N 9; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 45), Art. 718b N 11.

<sup>59</sup> Kritisch daher Böckli (Fn. 41), § 13 N 605d; Böckli (Fn. 1), 357; Jung (Fn. 39), 297.

erkennen müssen ... Die Rechtslage ist bei einem Geschäft mit Interessenkonflikt mithin nicht dieselbe wie beim Selbstkontrahieren. Während beim Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung die Vertretungsmacht grundsätzlich fehlt und nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände besteht, schliesst der blosse Interessenkonflikt aus Gründen der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht nicht von vornherein aus, sondern lässt sie nur entfallen, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen. Dann aber fehlt es an der Vertretungsmacht, selbst wenn sich der Interessenkonflikt im konkreten Fall nicht zum Nachteil der vertretenen Person ausgewirkt hat ... Der Interessenkonflikt bewirkt, dass der rechtsgeschäftliche Wille nicht fehlerfrei zustande kommen und damit das Rechtsgeschäft für den Vertretenen nicht wirksam werden kann.»<sup>60</sup> Unterliegt ein Organmitglied also einem Interessenkonflikt (ohne dass ein Fall des Selbstkontrahierens vorliegt), sind von seiner Vertretungsmacht nach dem mutmasslichen Willen der AG stillschweigend jene Geschäfte ausgeschlossen, die auf interessen- bzw. pflichtwidrigem Vertreterhandeln beruhen. Ist der Interessenkonflikt für den Dritten nicht erkennbar (Massstab der groben Unsorgfalt), kann dieser auf die Vertretungsmacht gemäss Handelsregistereintrag vertrauen.<sup>61</sup> Im Ergebnis wendet das Bundesgericht damit die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht an.

Demgegenüber will ein Teil des Schrifttums – vor allem in Konstellationen ausserhalb des Gesellschaftsrechts – die Regel des Selbstkontrahierens anwenden und Eigengeschäfte für unwirksam erachten, sofern nicht eine der genannten Ausnahmen eingreift.<sup>62</sup> Diese Ansicht kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis und damit auch die Beweislast um. Gegen sie spricht, dass man den Dritten mit Risiken konfrontiert, die aus dem – für ihn oft nicht erkennbaren – Innenverhältnis der Gesellschaft stammen. Ver-

kehrsgeschäfte mit Dritten, bei denen es zu einem Auseinanderfallen von rechtlichem Dürfen und Können kommt, unterwirft man im übrigen Vertretungsrecht den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, um gutgläubige Vertragspartner zu schützen. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum es bei Eigengeschäften anders sein sollte.

### 3. Einzelfallbezogene Interessenkonflikte

#### 3.1 Sorgfalts- und Treuepflicht als Ausgangspunkt

Während Inselfälle und Eigengeschäfte das Thema der Vertretung der AG betreffen, finden sich darüber hinaus in der Praxis zahlreiche einzelfallbezogene Interessenkonflikte, die die Beschlussfassung innerhalb des Verwaltungsrats betreffen. Das Aktienrecht sieht keine allgemeine Regelung zur Bewältigung solcher Interessenkonflikte vor und unterscheidet sich damit vom Vereinsrecht (vgl. Art. 68 ZGB). Massstab ist allein die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR). Aus dieser werden je nach Intensität des Interessenkonflikts einzelfallbezogene Pflichten abgeleitet. Diese beziehen sich auf das einzuhaltende Verfahren, auf das Verhalten, das vom Betroffenen erwartet wird, und auf die Reaktion des Organs, das mit dem Interessenkonflikt konfrontiert ist.

#### 3.2 Offenlegung

So versteht es sich von selbst, dass das von einem Interessenkonflikt betroffene Organmitglied *Transparenz* herstellen und die übrigen Organmitglieder über das Bestehen eines potentiellen Interessenkonflikts informieren muss. Dabei wird die Pflicht zur Offenlegung nicht erst dann ausgelöst, wenn die Schwelle zu einem Interessengegensatz erreicht ist oder gar eine Pflichtenkollision besteht. Vielmehr sind bereits solche Konstellationen anzuzeigen, die lediglich die Sphäre der Gesellschaft berühren.<sup>63</sup> Denn es ist Aufgabe des Verwaltungsrats, darüber zu befinden, ob

<sup>60</sup> BGE 126 III 361, 363 f.; ebenso BGer 4A\_147/2014, E. 3.1.1.

<sup>61</sup> BGer 4A\_617/2013, E. 5.1; 4A\_459/2013, E. 3.2.1; 4A\_147/2014, E. 3.1.1; *Schott* (Fn. 16), 86 ff.; *Jung* (Fn. 39), 294. Grundsätzlich ebenso *Böckli* (Fn. 1), 357 f. Er lässt die Vertretungsmacht aber nur entfallen, wenn der Dritte sowohl den Interessenkonflikt hätte erkennen müssen als auch die Gefahr einer Schädigung der Gesellschaft. Letzteres überzeugt mich nicht.

<sup>62</sup> BK OR-Zäch/Künzler (Fn. 21), Art. 33 N 78; BSK OR I-Watter (Fn. 19), Art. 33 N 19 – jeweils m.w.N.

<sup>63</sup> *Böckli* (Fn. 41), § 13 N 635; *Rolf Watter*, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates, in: Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich 2010, 293.

der potentielle Interessenkonflikt so erheblich ist, dass er die Interessen der Gesellschaft betrifft.<sup>64</sup>

### 3.3 Ausstand

Vorab sei bemerkt, dass der Ausstand nur dann ein taugliches Mittel zur Interessenkonfliktvermeidung *innerhalb* eines Organs darstellt, wenn sich die Befangenheit lediglich auf einzelne seiner Mitglieder bezieht. Sind aus strukturellen (z.B. Übernahmesituation, Vergütung) oder persönlichen Gründen (z.B. Befangenheit in einer Familien-AG) alle Mitglieder des Organs betroffen, bleibt nur die Genehmigung durch das übergeordnete Organ (s. oben III.1.4). In diesem Fall tritt gleichsam der Verwaltungsrat als Ganzes in den Ausstand.

Umstritten ist, ob und wann das von einem Interessenkonflikt betroffene Organmitglied in den Ausstand treten muss. Eine Ansicht lehnt den *Ausstand* als taugliches Mittel zur Konfliktvermeidung im Verwaltungsrat unter Hinweis auf die Eigenschaft des Verwaltungsrats als Kollektivgremium ab. Eine Ausstandspflicht könne dazu führen, dass die Vertreter des Hauptaktionärs nicht mitstimmen dürften und die Minderheit im Verwaltungsrat allein entscheide.<sup>65</sup> Die herrschende Gegenansicht sieht demgegenüber die Ausstandspflicht als geeignetes Mittel zur Bewältigung von Interessenkonflikten an.<sup>66</sup> Dabei wird in neuerer Zeit zu Recht eine differenzierte Betrachtungsweise vorgenommen. Im Regelfall schei-

det eine Mitwirkung des Betroffenen bei der Beratung über die Erheblichkeit des Konflikts, bei der Beratung der eigentlichen Sachfrage und bei der Beschlussfassung aus. Es kann im Einzelfall jedoch sinnvoll sein, den Betroffenen zu Beginn der Beratungen noch einzubeziehen, wenn er über bestimmte Informationen verfügt, die für die Beschlussfassung relevant sind.<sup>67</sup> Das Bundesgericht hat sogar festgestellt, dass ein Organmitglied eine Pflichtverletzung begeht, wenn es in den Ausstand tritt, obwohl es Kenntnis davon hat, dass ein bestimmtes Geschäft die Gesellschaft schädigt.<sup>68</sup> Wenn der Verwaltungsrat allerdings in dem Dilemma steckt, sich vor allem auf Informationen stützen zu müssen, über die innerhalb des Gremiums nur das befangene Mitglied verfügt, sollte dies Anlass für die Einholung eines externen Expertenrats sein.<sup>69</sup>

Um das von der Mindermeinung aufgeworfene Problem von Zufallsmehrheiten zu lösen, die aufgrund des Ausstandes einzelner Organmitglieder entstehen könnten, wird zudem vorgeschlagen, eine doppelte Abstimmung durchzuführen, einmal mit und einmal ohne das befangene Mitglied. Nur wenn beide Abstimmungen eine Mehrheit erreichen, gelte der Beschluss als gefasst.<sup>70</sup>

### 3.4 Amtsniederlegung

Ist der persönliche<sup>71</sup> Interessenkonflikt erheblich und dauerhaft, reicht ein Ausstand nicht aus; vielmehr muss der Betroffene eine seiner *Aufgaben niederlegen*.<sup>72</sup>

<sup>64</sup> Die Aufdeckung möglicher Interessengegensätze und deren Beurteilung hat erhebliche Auswirkungen auf einen möglichen Verantwortlichkeitsprozess, sollte die Gesellschaft zu Schaden kommen. Das BGer verneint die Anwendung der Business Judgment Rule und nimmt eine volle inhaltliche Überprüfung des Entscheids vor, wenn dieser durch einen Interessenkonflikt beeinflusst war. Das BGer geht sogar noch einen Schritt weiter und stellt fest, dass ein Interessenkonflikt zwar nicht per se pflichtwidrig sei, aber eine tatsächliche Vermutung für eine Pflichtwidrigkeit begründe, vgl. BGer 4A\_259/2016 und 4A\_267/2016, E. 5.2; ebenso *von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 56), § 4 N 271; *Stutz/von der Crone* (Fn. 21), 106; kritisch *Leo Rusterholz/Lukas Held*, Beweisfragen im Zusammenhang mit der Business Judgment Rule, GesKR 2017, 228, 230 ff. *Von der Crone* (Fn. 21), 5.

<sup>65</sup> BGer 4A\_462/2009, E. 6.3 (insoweit nicht abgedruckt in BGE 136 III 322); *Böckli* (Fn. 41), § 13 N 643 ff., *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 34; *von der Crone*, Aktienrecht (Fn. 56), § 4 N 241. Offen gelassen bei *Schott* (Fn. 16), 259.

<sup>67</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechtsrevision) vom 21.12.2007, BBl 2007, 1688; BSK OR II-*Watter/Roth Pellanda* (Fn. 45), Art. 717 N 6a; ZK OR-*Bühler* (Fn. 10), Art. 717 N 142; *Sethe* (Fn. 7), 179; a.M. *Böckli* (Fn. 1), 368; *Georg Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl. Bern 2005, Art. 717 N 1898.

<sup>68</sup> BGer 4A\_462/2009, E. 6.3 (insoweit nicht abgedruckt in BGE 136 III 322).

<sup>69</sup> *Böckli* (Fn. 1), 368.

<sup>70</sup> *Watter* (Fn. 63), 295, der zudem vertritt, dass es für die doppelte Abstimmung keiner Statutenregelung bedürfe. Zur Kritik an diesem Vorschlag vgl. Text nach Fn. 108.

<sup>71</sup> Bei einem strukturellen Konflikt wäre eine solche Lösung dagegen nicht angezeigt, da sie die gesetzliche Wertentscheidung, keine Unvereinbarkeitsbestimmungen vorzusehen, unterlaufen würde, vgl. III. 4.3.

<sup>72</sup> *Böckli* (Fn. 41), § 13 N 645.

### 3.5 Bildung eines Ausschusses

Sofern keine zwingende Kompetenz des Verwaltungsrats besteht (vgl. etwa Art. 716a OR), bietet sich als prozedurales Mittel zur Vermeidung von regelmässig auftretenden persönlichen Interessenkonflikten (z.B. innerhalb der Familie einer Familien-AG) auch die Bildung eines konfliktfreien Ausschusses mit Entscheidungskompetenz an.

### 3.6 Fairness Opinion

Wie bereits erwähnt, entfällt die aus einem Interessenkonflikt drohende Gefahr einer Schädigung der Gesellschaft, wenn die Rahmenbedingungen des Geschäfts, also insbesondere der Preis und die wesentlichen Vertragsbedingungen, marktüblich sind (*dealing at arm's length*, dazu oben III.1.5). Hierzu kann im Einzelfall die Einholung eines Expertengutachtens (*fairness opinion*) notwendig sein.<sup>73</sup>

### 3.7 Einsetzung eines Prozessvertreters oder Sachwalters

Die Einsetzung einer neutralen Person ist erforderlich, wenn andernfalls eine Prozessführung ausgeschlossen (Art. 706a Abs. 2 OR) oder der Verwaltungsrat aufgrund des Interessenkonflikts gelähmt wäre (Art. 731b OR).<sup>74</sup>

## 4. Strukturelle Interessenkonflikte

### 4.1 Vorgaben für die Zusammensetzung des Verwaltungsrats

Ein Mittel zur Vermeidung von strukturellen Interessenkonflikten im Verwaltungsrat wären Vorgaben hinsichtlich der Zusammensetzung des Gremiums. Sieht man von den eingangs (oben II.3) bereits erwähnten Vorschriften über die Vertreter von Aktionärsgruppen (Art. 707 Abs. 3, 709 und 762 OR) ab, ist die Besetzung des Verwaltungsrats jedoch nicht näher geregelt. Es bleibt der Autonomie der Gesellschafter überlassen, welche Grösse das Leitungsorgan haben soll, ob eine Delegation von Aufgaben auf eine Geschäftsführung gewollt ist und welche inhalt-

lichen Anforderungen an die Organmitglieder gestellt werden.

### 4.2 Begrenzung der Anzahl an Verwaltungsratsmandaten

Im Zuge der Aktienrechtsreform 1968/91 wurde diskutiert, die Anzahl an Verwaltungsratsmandaten bei Publikumsgesellschaften zu beschränken,<sup>75</sup> aber zu Recht wieder verworfen. Denn das Anforderungsprofil solcher Mandate ist höchst unterschiedlich, und die Anzahl allein sagt nichts über die damit verbundene tatsächliche Arbeitsbelastung aus.<sup>76</sup> Zudem ist die Begrenzung der Anzahl der Mandate kein taugliches Mittel zur Verhütung von Interessenkollisionen, es sei denn, man begrenzt sie radikal auf ein einziges Mandat.

### 4.3 Unvereinbarkeitsregeln

#### 4.3.1 Ausgangslage

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, Unvereinbarkeitsbestimmungen zur Vermeidung struktureller Interessenkonflikte vorzusehen. Es ist daher nicht untersagt, Leitungsfunktionen zu übernehmen bei Unternehmen, die (1) zueinander in Rechtsbeziehungen stehen oder (2) die gar Konkurrenzunternehmen sind. Eine Person darf daher Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmandate in mehreren Gesellschaften wahrnehmen, die auf dem gleichen Markt tätig sind oder die aus sonstigen Gründen gegenläufige Interessen haben. Auch ist (3) die Doppelorganschaft «ein in der schweizerischen Konzernpraxis weit verbreitetes und rechtlich zulässiges Mittel zur Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Konzernleitung».<sup>77</sup> (4) Schliesslich finden sich auch Überkreuzbeteiligungen, bei denen Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder in den Leitungsorganen wechselseitig vertreten sind (*interlocking directors*).

Die Rechtsprechung hat die Wertentscheidung des Gesetzgebers respektiert und das Ansinnen abgelehnt, gleichsam über die Hintertür des Art. 731b OR

<sup>73</sup> Jenny (Fn. 35), N 815; ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 717 N 145 ff.

<sup>74</sup> S. Text nach Fn. 46 und bei Fn. 79

<sup>75</sup> So noch in Art. 707 Abs. 4 E-OR des bundesrätlichen Entwurfs von 1983, vgl. die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983, 917 f.

<sup>76</sup> Aus diesem Grund hat es auch das BGer 4A\_248/2009, E. 8, abgelehnt, allein aus der Wahrnehmung mehrere Mandate ein Übernahmeverschulden abzuleiten.

<sup>77</sup> BGer 4A\_522/2011, E. 2.3.

eine Unvereinbarkeitsbestimmung einzuführen. Die mit einer Doppelorganschaft einhergehenden *potenziellen* Interessenkonflikte stellen keinen Organisationsmangel dar.<sup>78</sup> Ein solcher liegt nur vor, wenn der Interessenkonflikt akut wird und zu einer dauerhaften Lähmung des Verwaltungsrats führt.<sup>79</sup>

#### 4.3.2 Interessenwahrung bei Mehrfachmandaten und Überkreuzverflechtungen

Folglich sind Mehrfachmandate zulässig, und die Lösung für diese strukturellen Interessenkonflikte muss auf der Ebene der Sorgfalts- und Treuepflicht gesucht werden. Herrschend ist die Theorie des doppelten Pflichtenexus.<sup>80</sup> Verwaltungsratsmitglieder mit Mehrfachmandaten müssen versuchen, die Interessen der AG, in der sie aktuell tätig sind, und die Interessen der weiteren Gesellschaft, in der sie Organmitglied sind, in Übereinstimmung zu bringen, was wegen des oft bestehenden Ermessensspielraums möglich ist. Geht dies jedoch im konkreten Einzelfall nicht, müssen die Interessen der Gesellschaft, in der das Verwaltungsratsmandat aktuell ausgeübt wird, den Vorrang haben.<sup>81</sup> Notfalls müssen sie nach Aufdeckung des Konflikts in den Ausstand treten. Eine Pflichtverletzung liegt folglich nur vor, wenn bei widerstreitenden Interessen nicht dem Gesellschaftsinteresse, sondern dem Interesse der anderen Gesellschaft (häufig die Konzernobergesellschaft) der Vorrang eingeräumt wird.

Die Theorie des doppelten Pflichtenexus hat zwei Schwächen.<sup>82</sup> Sie ist einerseits zu wenig streng, denn auch im Rahmen des Ermessens müssten Entscheidungen im besten Gesellschaftsinteresse getroffen werden, sodass selbst bei Bestehen eines Ermes-

sensspielraums nicht der kleinste gemeinsame Nenner der Interessen beider Gesellschaften massgeblich sein sollte, sondern das beste Interesse der Gesellschaft, für die das Organmitglied gerade entscheiden soll.<sup>83</sup> Andererseits ist sie viel zu streng. Denn sie berücksichtigt nicht, dass das Konzerninteresse es erfordern kann, auch solche Weisungen zu befolgen, die dem Interesse der Einzelgesellschaft zuwiderlaufen, dem Konzern insgesamt aber dienen.<sup>84</sup> Dies anerkennt das Bundesgericht nicht, sondern verschärft im Gegenteil noch die Pflichtenlage der Organmitglieder, indem es aus dem Doppelmandat sogar eine erhöhte Sorgfaltspflicht ableitet, sofern spezifisches Wissen über die Konzerngesellschaft vorhanden ist.<sup>85</sup> Der Verwaltungsrat muss sich daher seine Kenntnisse über die eine Gesellschaft bei Entscheidungen in der anderen Gesellschaft zurechnen lassen. Die Lehre will diese Schwäche dadurch überwinden, dass man dem Konzerninteresse jedenfalls dann folgen darf, wenn dessen Förderung Teil des statutarischen Zwecks der abhängigen Gesellschaft ist oder sie vollständig beherrscht wird.<sup>86</sup>

Konzerninterne Verträge müssen aus Gründen des Steuerrechts und zum Schutz der aussenstehenden Aktionäre und Gläubiger zu marktüblichen Konditionen geschlossen werden.<sup>87</sup> Für den Abschluss solcher Verträge werden zudem die Regeln der In-sichgeschäfte fruchtbar gemacht. Bei einer hundertprozentigen Beherrschung geht man von einer stillschweigenden Ermächtigung durch die abhängige

<sup>78</sup> BGer 4A\_522/2011, E. 2.3; *Schönbächler* (Fn. 47), 103 f.

<sup>79</sup> ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 717 N 159; *Schönbächler* (Fn. 47), 99 f., 102; *Hans Caspar von der Crone/Melanie Gottini*, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht, SZW 2016, 512, 522.

<sup>80</sup> BGer 4C.143/2003, E. 6; 4A\_717/2014, E. 2.3; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 45), Art. 716a N 3; ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 717 N 210 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 13), § 16 N 667, § 24 N 54; kritisch *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 264 f.; *Böckli* (Fn. 41), § 11 N 485.

<sup>81</sup> *Böckli* (Fn. 41), § 11 N 298 ff., 429a, weist insbesondere auf Art. 716a OR hin, der dem Verwaltungsrat der Untergesellschaft Residualaufgaben i.S.v. Art. 716a OR auferlegt.

<sup>82</sup> *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 13), § 23 N 54, 87, erstes Lemma.

<sup>83</sup> So etwa *Bärtschi* (Fn. 80), 264 f.; *Silvio Caflisch*, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961, 145.

<sup>84</sup> Auf die hierzu geführte Diskussion kann aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden, vgl. stattdessen *Peter Böckli*, «Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus Schweizer Sicht, in: *Weber et al* (Hrsg.), Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 177 ff.

<sup>85</sup> BGer 4A\_74/2012, E. 5.1; vgl. auch BGE 130 III 213, E. 2.2.2 f.; BGer 4A\_306/2009, E. 7.2.1 ff.

<sup>86</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 45), Art. 717 N 16a m.w.N.; *Peter V. Kunz*, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, N 261 ff., 727.

<sup>87</sup> BGE 140 III 533, 544 (Cash Pooling); BGer 2C\_322/2017, E. 3 (Steuern); *Böckli* (Fn. 41), § 11 N 262; *Florian S. Jörg*, Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften, in: *Kunz/Arter/Jörg* Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 19, 41; *Kunz* (Fn. 86), N 266, 296, 310, 625, 722 ff.; *Peter V. Kunz*, Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken, GesKR 2017, 172, 176.

Gesellschaft aus. Sind bei ihr aussenstehende Aktionäre vorhanden, bedarf es hingegen eines Generalversammlungsbeschlusses.<sup>88</sup>

#### 4.3.3 Interessenwahrung bei Organmitgliedschaft in konkurrenzierenden Gesellschaften

Die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Verwaltungsratsmandaten in konkurrenzierenden Gesellschaften oder Gesellschaften mit geschäftlichen Verflechtungen ist gesetzlich nicht geregelt. Eine Ansicht hält sie wegen der organschaftlichen Treuepflicht generell für unzulässig.<sup>89</sup> Dies erweist sich jedoch als praxisfern, da Unternehmen oft auf das Know-How von Branchenkennern angewiesen sind und sich häufig nicht die gesamten Tätigkeitsfelder der betroffenen Unternehmen überschneiden, sondern nur Teilbereiche, in denen der Betreffende nötigenfalls in den Ausstand treten kann.<sup>90</sup> Daher hängt die Zulässigkeit solcher Mandate vom Einzelfall ab. Liegt sie vor, ist die Theorie des doppelten Pflichtenexus massgebend. Die Organmitglieder müssen sich jeweils im Klaren darüber sein, für welche der Gesellschaften sie gerade tätig sind, und dürfen nur deren Interessen wahren. Lässt sich ihr Interessenkonflikt nicht auf diese Weise lösen, müssen sie bei der Wahrnehmung von Geschäftschancen das Prioritätsprinzip einhalten<sup>91</sup> und notfalls in den Ausstand treten.<sup>92</sup>

#### 4.3.4 Interessenwahrung bei gesetzlichen oder fiduziarischen Interessenvertretern

In der Praxis finden sich oft fiduziarische Interessenvertreter im Verwaltungsrat einer AG. Ihr Mandat be-

ruht entweder auf einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 707 Abs. 3, 709, 762 OR, dazu oben II.3) oder auf einem Arbeits-, Mandats- oder Aktionärsbindungsvertrag. Die fiduziarischen Interessenvertreter stehen in einem doppelten Pflichtenexus gegenüber den delegierenden Personen und gegenüber der AG. Die Zulässigkeit dieser Doppelrolle ist anerkannt, und es besteht Einigkeit, dass die fiduziarischen Organmitglieder im Rahmen des Gesellschaftsinteresses die Sonderinteressen wahrnehmen dürfen.<sup>93</sup> Besteht ein Konflikt zwischen dem Gesellschaftsinteresse und den Sonderinteressen, muss Ersterem Vorrang eingeräumt werden. Umstritten ist heute nur noch, ob die fiduziarischen Interessenvertreter Weisungsrechten unterliegen dürfen und wenn ja, von wem.<sup>94</sup>

#### 4.3.5 Weitere strukturelle Interessenkonflikte

Das Aktienrecht kennt einige weitere strukturelle Interessenkonflikte, die sich aus der Zuständigkeitsverteilung innerhalb der AG ergeben. So ist etwa der Verwaltungsrats einer privaten AG (für Publikumsgesellschaften vgl. Art. 7 VegüV) für die Festsetzung der eigenen Vergütung zuständig. Als prozedurales Mittel zur Vermeidung dieses Interessenkonflikts kommt die Bildung eines Ausschusses in Betracht.<sup>95</sup>

## 5. Zwischenfazit

Natürlich bleibt es der Gesellschaft unbenommen, Vorkehrungen für strukturelle und persönliche Interessenkonflikte im Organisationsreglement bzw. in einer vom Verwaltungsrat zu erlassenden Regelung über Interessenkonflikte zu treffen. Solche Vorgaben finden sich vor allem in grösseren Unternehmen und Publikumsgesellschaften. In der Praxis orientieren sich viele Unternehmen (auch wenn sie nicht in dessen Anwendungsbereich fallen) an Ziff. 17 des Swiss Code of Best Practice. Dagegen fehlt bei kleinen und mittleren Unternehmen, die von Interessenkonflikten gerade besonders betroffen sind (vgl. oben III.1.1), oft ein Problembewusstsein und folglich eine präventive Regelung.

Auf den ersten Blick erscheint die heutige Gesetzeslage unbefriedigend. Die Schweiz verfügt im Akti-

<sup>88</sup> S. Text bei und nach Fn. 44 sowie Böckli (Fn. 41), § 11 N 429a, 430; Michael Buchser/Michael Müller, Die Haftung einer Muttergesellschaft und ihrer Organe für Geschehnisse im Hause der Konzerntochter – ein Zusammenspiel diverser Anspruchsgrundlagen, in: Böhme et al. (Hrsg.), FS Fischer, Zürich 2016, 49, 77 f.; Schott (Fn. 16), 208 f., 231.

<sup>89</sup> Plüss/Facincani-Kunz, in: Schweizer Kommentar zum Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 717 OR N 8; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 45), Art. 717 N 18 (ausnahmsweise Zulässigkeit, wenn die Generalversammlung bei der Wahl von der Konkurrenzsituation wusste).

<sup>90</sup> ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 717 N 174 ff.; Forstmoser (Fn. 19), 20 f.; Sommer (Fn. 12), 152 ff.; wohl auch Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014, 281.

<sup>91</sup> Forstmoser (Fn. 19), 21.

<sup>92</sup> Forstmoser (Fn. 19), 22; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (Fn. 13), § 16 N 668.

<sup>93</sup> Bärtschi (Fn. 80), 265; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 45), Art. 716a N 3.

<sup>94</sup> Stand der Diskussion wiedergegeben bei BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 45), Art. 716a N 3.

<sup>95</sup> Einzelheiten bei ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 717 N 148 ff.

enrecht nur über wenige punktuelle gesetzliche Vorgaben für strukturelle Interessenkonflikte, wie etwa Art. 706a Abs. 2 OR oder die Regelung der VegüV. Ein Konzernrecht (ob die Verabschiedung eines solchen wirklich helfen würde, muss hier offen bleiben) ist nicht in Sicht, sodass man eine Lösung des Interessenkonflikts immer auf der Ebene der einzelnen Sachentscheidung suchen muss. Auf den zweiten Blick erscheint dieser Befund jedoch wesentlich weniger dramatisch, denn auch Rechtsordnungen, die detailliertere Vorgaben für strukturelle Konflikte kennen,<sup>96</sup> können nicht jede Situation antizipieren und müssen daher einzelfallgerechte Lösungen finden. Angesichts der Vielzahl möglicher Interessenkonflikte und angesichts der Vielfalt an Unternehmensorganisationen kommt man daher nicht umhin, für jede Gesellschaft ein individuelles Konzept zur Bewältigung struktureller Interessenkonflikte zu entwickeln. Es macht daher wenig Sinn, einzelne Massnahmen zur Vermeidung oder Bewältigung von Interessenkonflikten gesetzlich vorzuschreiben. Überzeugender ist es, eine Pflicht des Verwaltungsrats zu statuieren, systematisch und fortlaufend mögliche Konflikte zu erfassen. Organmitglieder haben zudem die Pflicht, mögliche Sonderinteressen aufzudecken.<sup>97</sup> Welche Massnahmen dann zu ergreifen sind, hängt von der Unternehmensstruktur und -organisation ab und muss daher in das pflichtgemässe Ermessen des Verwaltungsrats gestellt werden. Da die Erfahrung jedoch zeigt, dass sich viele Verwaltungsräte zu spät, nämlich erst in der Konfliktsituation, mit dem Thema befassen, erscheint es sachgerecht, den Verwaltungsrat präventiv zum Erlass eines Reglements zu verpflichten.

#### IV. Geplante Regelung der Interessenkonflikte in der Aktienrechtsrevision

##### 1. Die verschiedenen Entwürfe

Der Bundesrat war der Ansicht, er müsse eine bestehende Regelungslücke schliessen. Im Zuge der Aktienrechtsrevision hat er daher eine Regelung für die Behandlung struktureller und einzelfallbezogener Interessenkonflikte vorgeschlagen, die an Ziff. 17 des Swiss Code of Best Practice angelehnt ist. Mit inhaltlich unwesentlicher Ergänzung zum Vorentwurf 2005<sup>98</sup> sah Art. 717a E-OR des bundesrätlichen Entwurfs 2007<sup>99</sup> folgende Massnahmen vor: (1) *Informationspflicht*: Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung sollten den Verwaltungsratspräsidenten unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte informieren. Befindet sich der Präsident in einem Interessenkonflikt, so sollte er sich an den stellvertretenden Präsidenten wenden. (2) *Transparenz im Verwaltungsrat*: Anschliessend sollte, soweit erforderlich, der Gesamtverwaltungsrat informiert werden. (3) *Handlungspflicht*: Dieser sollte die erforderlichen Massnahmen ergreifen. (4) *Ausstandspflicht*: Bei der Beschlussfassung über die entsprechenden Massnahmen war eine zwingende Ausstandspflicht der betroffenen Person vorgesehen. (5) Zudem stellte die Botschaft klar, dass die Organmitglieder gehalten sind, Interessenkonflikte soweit wie möglich zu vermeiden, ohne dass sich dies aber im Entwurfstext niederschlug.<sup>100</sup> (6) Zusätzlich zum Vorentwurf griff der Gesetzgeber im Entwurf von 2007 einen strukturellen Interessenkonflikt heraus. Art. 717b E-OR 2007 untersagte die Einflussnahme auf Vergütungsentscheidungen bei Überkreuzbeteiligungen von Publikumsgesellschaften.

Dieser Vorschlag wurde grundsätzlich begrüsst;<sup>101</sup> nur einige Details stiessen auf Kritik, wie die *stets* zwingende Ausstandspflicht oder die Tatsache, dass der Bundesrat nur einen der strukturellen Interessenkonflikte herausgriff,<sup>102</sup> oder der Umstand,

<sup>96</sup> Deutschland etwa hat durch die Trennung der Unternehmensleitung in Vorstand und Aufsichtsrat immer ein Organ auf Leitungsebene, das im Interessenkonfliktfall als Reserve zur Verfügung stehen kann, vgl. etwa §§ 89, 112 AktG. Zudem kennt es ein Konzernrecht. Dennoch sind in der Praxis immer wieder Probleme zu beobachten, dazu *Carlos Robles y Zepf*, Praxisrelevante Probleme der Mehrvertretung bei der GmbH und der Aktiengesellschaft gem. § 181 2. Alt. BGB, BB 2012, 1876 ff.

<sup>97</sup> *Böckli* (Fn. 1), 364; a.M. *Krneta* (Fn. 67), Art. 707 N 191; *Michael Lazopoulos*, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004, 108 ff.

<sup>98</sup> Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005.

<sup>99</sup> Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2007, 1751 ff.

<sup>100</sup> Botschaft (Fn. 67), BBl 2007, 1688; zustimmend *Böckli* (Fn. 41), § 13 N 655e; a.M. *Forstmoser* (Fn. 19), 15 («treuherzig»).

<sup>101</sup> *Böckli* (Fn. 1), 365 ff.; *Böckli* (Fn. 41), § 13 N 655 ff.

<sup>102</sup> *Rolf Watter/Katja Roth Pellanda*, Geplante Neuerungen betreffend die Organisation des Verwaltungsrates, GesKR 2008, Sondernummer, 129, 135 ff.; *Watter* (Fn. 63), 293 ff.

dass der Entwurf keine Pflicht zum Abschluss interessenkonfliktbehafteter Geschäfte zu Drittbedingungen enthielt.<sup>103</sup>

Der Vorentwurf 2014 übernahm die Regelung nahezu unverändert. Lediglich der Hinweis auf die Mitglieder der Geschäftsleitung war entfallen, da deren Befangenheit nun zwingend im Organisationsreglement zu regeln war (Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4 VE-OR). Auf eine Regelung der Vergütungsentscheidungen bei Überkreuzbeteiligungen wurde verzichtet. Die Regelungen im Vorentwurf wurden ebenfalls überwiegend begrüsst.<sup>104</sup>

Im bundesrätlichen Entwurf von 2016<sup>105</sup> wurde der Text dann drastisch verschlankt und enthielt nur noch die alle Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung treffende Informationspflicht und die Pflicht des Verwaltungsrats, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Die Handlungspflicht des Verwaltungsrats ist im Organisationsreglement zu konkretisieren (Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4 E-OR). Auf eine Regelung des Ausstands wurde ebenso verzichtet wie auf die Regelung, dass erst der Präsident/sein Stellvertreter informiert werden und diese ihrerseits den Verwaltungsrat in Kenntnis setzen müssen. In seiner Begründung zum Verzicht auf die Ausstandsregelung machte sich der Bundesrat die Kritik von *Watter* und *Roth Pellanda* zu eigen, wonach die Pflicht zum Ausstand im Einzelfall kontraproduktiv sein kann.<sup>106</sup> Auch übernahm er in der Botschaft deren Begründung zur Notwendigkeit mehrstufiger Abstimmungen, ohne dass sich dies im Text der Vorlage niederschlug.<sup>107</sup>

Die nun sehr viel einfachere Regelung stiess auf ein geteiltes Echo. Ein Teil des Schrifttums kritisiert die Regelung als «amputiert und sinnentleert».<sup>108</sup> Während die Publikumsgesellschaften sich nahezu

durchgängig an die Regelung des Swiss Code of Best Practice hielten, seien die übrigen rund 200 000 Aktiengesellschaften ohne Leitlinie. Auch wenn die Ausstandspflicht nicht in allen Fällen ein probates Mittel zur Lösung eines Interessenkonflikts sei, müsse sie doch bei den Handlungsanweisungen erwähnt werden. Es müsse deutlich werden, dass der Betroffene bei der Frage, ob der Konflikt erheblich sei, zwar angehört werde, bei der Beschlussfassung aber in jedem Fall in den Ausstand treten müsse. Auch in der zweiten Phase, nämlich bei der Entscheidung über zu ergreifende Massnahmen sei eine Anhörung des Betroffenen möglich; bei der Entscheidung eine Mitwirkung aber auszuschliessen. Die Notwendigkeit mehrstufiger Abstimmungen wird verneint, denn gerade bei der Befangenheit von mehreren Organmitgliedern könnten die Interessen der Gesellschaft dadurch beeinträchtigt werden, dass diese Mehrheit eine Entscheidungsblockade herbeiführe. Einige Autoren begrüsst die Kürzung der Regelung, da es wenig Sinn mache, aus der Vielzahl möglicher Reaktionsmöglichkeiten allein den Ausstand zu erwähnen.<sup>109</sup>

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat in ihrer Sitzung vom 3. Mai 2018 mit 15 zu 7 Stimmen bei 1 Enthaltung die Streichung von Art. 717a E-OR beschlossen.<sup>110</sup> Der Nationalrat ist dem in seinen Beratungen am 15. Juni 2018 mit 143 zu 53 Stimmen gefolgt, da die Norm nicht jegliche mögliche Konfliktkonstellation erfasse. Zudem hätten die Organe gegenüber der Gesellschaft eine Treuepflicht, die auch den Umgang mit Interessenkonflikten beinhalte. Schliesslich gebe es mit dem Swiss Code of Best Practice eine ausreichende Anleitung zum Umgang mit Interessenkonflikten.<sup>111</sup> Auch wurde die Erwähnung der Interessenkonflikte in Art. 716b Abs. 2 Ziff. 4 E-OR gestrichen.<sup>112</sup>

<sup>103</sup> Böckli (Fn. 41), § 13 N 655 f.

<sup>104</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht vom 17. September 2015, 21; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 571; ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 717 N 163.

<sup>105</sup> Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 683 ff.

<sup>106</sup> Botschaft (Fn. 104), 572, die die in Fn. 102 genannten Quellen zitiert.

<sup>107</sup> S. Text bei Fn. 70.

<sup>108</sup> Peter Böckli, Kritischer Blick auf die Botschaft und den Entwurf zur Aktienrechtsrevision 2016, GesKR 2017, 133, 148 f. Kritisch auch ZK OR-Bühler (Fn. 10), Art. 717 N 164.

<sup>109</sup> Zustimmend Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe?, SJZ 2017, 153, 158; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (Fn. 13), § 10 N 245, § 16 N 672. Neutral Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen, aber auch Schwachstellen, GesKR 2017, 25, 40.

<sup>110</sup> Fahne vom 24. Mai 2018.

<sup>111</sup> Sitzung des NR vom 15. Juni 2018, AB 2018 N 1141, 1146.

<sup>112</sup> Sitzung des NR vom 14. Juni 2018, AB 2018 N 1097.

## 2. Eigene Lösung

Es ist vernünftig, dass der Nationalrat mit seiner Streichung von Art. 717a E-OR die Debatte nochmals komplett neu eröffnet. Die bisherigen Vorschläge übersehen, dass es eine Vielzahl von strukturellen und persönlichen Interessenkonflikten gibt. In Art. 717a E-OR hatte man immer nur den persönlichen Interessenkonflikt vor Augen. Angesichts der Vielzahl möglicher Interessenkonflikte und der Vielfalt an Unternehmensorganisationen kann das Gesetz als abstrakt-generelle Regelung keine passgenaue Lösung bieten. Unglücklich war auch, dass man Geschäfte mit nahe stehenden Personen übersah, obwohl dieses Thema sehr viel Aufmerksamkeit verdient hätte.<sup>113</sup> Zudem war der Vorschlag, den Verwaltungsrat im Organisationsreglement zu verpflichten, den Umgang mit Interessenkonflikten zu regeln, untauglich. Ein Organisationsreglement benötigt man nur, wenn eine Delegation der Geschäftsführung vorgenommen werden soll. Ist dies nicht der Fall, entfällt damit auch die Pflicht, den Umgang mit Interessenkonflikten zu regeln. Die an sich gute Idee, die Gesellschaft selbst zu verpflichten, den Umgang mit Konflikten zu lösen, war also am falschen Ort platziert. Schliesslich ist zu bemängeln, dass man das Thema nur bei der AG thematisierte, obwohl Interessenkonflikte bei allen Rechtsformen eine Rolle spielen. Man sollte daher in der nächsten Runde der parlamentarischen Beratungen Art. 717a E-OR nachbessern und nicht einfach abschreiben.

Angesichts der Tatsache, dass die breite Masse der Gesellschaften Interessenkonflikte zumeist nicht aktiv managt, sondern – wenn überhaupt – im Einzelfall eine Lösung sucht, wäre es falsch, den Status Quo beizubehalten und allein auf die Art. 717 Abs. 1 OR zu setzen. Die oben dargestellte Debatte, was man aus dieser Vorschrift ableiten kann oder auch nicht, belegt eine grosse Rechtsunsicherheit. Zudem muss die Aufmerksamkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats für das Thema geweckt werden. Nötig ist daher eine rechtsformneutrale Organisationspflicht für alle Gesellschaften. Es reicht nicht aus, nur eine Transpa-

renzpflicht von befangenen Organmitgliedern vorzuschreiben. Auch die Pflichten des Leitungsorgans müssen verankert werden, insbesondere die Pflicht zum Erlass eines Reglements zum Umgang mit Interessenkonflikten und die Pflicht, bei Geschäften mit nahe stehenden Personen Drittbedingungen einzuhalten. Die Regelung, die in Art. 717a OR platziert und in Art. 536, 812 Abs. 1, 902 OR in Bezug genommen werden müsste, könnte wie folgt lauten:

*(1) Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, im Unternehmen bestehende oder sich abzeichnende Interessenkonflikte systematisch und fortlaufend zu erfassen. Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung sind verpflichtet, mögliche aus ihrer Sphäre stammende Beeinträchtigungen ihrer Interessenwahrungspflicht gegenüber der Gesellschaft unverzüglich und vollständig dem Verwaltungsrat anzuzeigen. Der Verwaltungsrat prüft unter Ausstand des/der Betroffenen, ob darin ein für die Gesellschaft relevanter Interessenkonflikt liegt.*

*(2) Der Verwaltungsrat erlässt ein Reglement zum Umgang mit strukturellen und einzelfallbezogenen Interessenkonflikten. Dieses enthält insbesondere Vorgaben, welche Massnahmen der Verwaltungsrat ergreift, um eine Gefährdung der Interessen der Gesellschaft zu verhindern.<sup>114</sup>*

*(3) Sofern eine Revision vorgeschrieben ist, prüft die Revisionsstelle das Vorhandensein eines funktionsfähigen Reglements und macht Stichproben zu dessen Einhaltung.*

*(4) Geschäfte der Gesellschaft mit Organmitgliedern, mit Aktionären und mit Personen, die Organmitgliedern oder Aktionären nahe stehen, dürfen nur zu Drittbedingungen geschlossen werden. Nötigenfalls ist eine neutrale Begutachtung einzuholen.*

## V. Fazit

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass es für die verschiedenen Konfliktsituationen keine einheitliche Methode zu deren Bewältigung gibt. Notwendig sind daher auf das jeweilige Unternehmen abgestimmte Massnahmen. Die bislang vom Bundes-

<sup>113</sup> Dies hat die EU erkannt, vgl. die Regelung der «Related Party Transactions» in Art. 9c der EU-Aktionärsrechte-Richtlinie vgl. die Richtlinie (EU 2017/828) vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABL. EU L 132 vom 20. Mai 2017, 1 ff.

<sup>114</sup> Wie etwa Anhörung des Betroffenen, Ausstand, Errichtung einer Chinese Wall, Einholung einer Fairness Opinion, Einsetzung eines Ausschusses oder Sachwalters, Abstandnehmen von einem Geschäft oder Amtsniederlegung.

rat vorgelegten Fassungen von Art. 717a E-OR waren zu schematisch, da sie aus den in Betracht kommenden Massnahmen allein den Ausstand erwähnten. Zudem wäre eine rechtsformneutrale Vorschrift erforderlich.

Dass der Nationalrat im Juni 2018 die Streichung der Norm beschlossen hat, sollte als Chance begriffen werden, das Thema nochmals grundlegend zu analysieren. Die Vorstellung des Nationalrats, Art. 717 OR reiche als gesetzliche Lösung aus, ignoriert die Realität. Die Mehrzahl der kleinen und mittleren Unter-

nehmen vernachlässigt das Thema der Vermeidung und Bewältigung von Interessenkonflikten. Es wird zu selten Vorsorge betrieben, indem man solche Konflikte systematisch erfasst und präventiv Lösungswege entwickelt. Verwaltungsräte sind daher mitunter in der akuten Konfliktlage überfordert. Notwendig ist deshalb eine Norm, die den Verwaltungsrat zu entsprechender Vorsorge und zum Erlass einer conflict of interest policy verpflichtet (vgl. den entsprechenden Vorschlag unter IV.).