

Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht

Urteil des Bundesgerichts 127 III 332 vom 2. Mai 2001 i.S. Erbgemeinschaft J.M. (Berufungsklägerin) gegen K. AG (Berufungsbeklagte)

Urteil des Bundesgerichts 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999 i.S. W, C und T (Berufungskläger) gegen H Immobilien Holding AG (Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Bettina Stutz und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

Inhaltsübersicht

I. BGE 127 III 332

A. Ausgangslage

B. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Insichgeschäft
2. Genehmigung durch ein «über- oder nebengeordnetes Organ»
3. Ergebnis

II. Bemerkungen

A. Insichgeschäft

1. Richterrechtliche Regel
2. Organvertretung

B. Generalisierbarkeit der richterrechtlichen Regel

C. Genehmigung

1. Genehmigung durch andere Verwaltungsratsmitglieder
2. Genehmigung durch die Generalversammlung

III. Fazit

Thema der folgenden Urteilsbesprechung ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Interessenkonflikten im Aktienrecht. Im Zentrum steht dabei BGE 127 III 332, in dem über die Gültigkeit eines von einem Verwaltungsrat abgeschlossenen Insichgeschäfts zu entscheiden war. Ergänzend soll auf BGE 4C.397/1998² eingegangen werden, in dem das Bundesgericht die Bedeutung einer Genehmigung einzelner Rechtshandlungen durch den Alleinaktionär zu beurteilen hatte.

I. BGE 127 III 332

A. Ausgangslage

Strittig war in BGE 127 III 332 die Gültigkeit eines Abtretungsvertrags über eine Schadenersatzforderung.³ Die A. AG hatte eine Schadenersatzforderung gegen die Beklagte K. AG an die klägerische Erbgemeinschaft J.M. abgetreten. Die Abtretungs-

erklärung war seitens der A. AG von deren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat A.M. unterzeichnet worden. A.M. gehörte nun allerdings zugleich der klägerischen Erbgemeinschaft J.M. an und vertrat dieselbe. Damit war von einer Doppelvertretung beziehungsweise einem Selbstkontrahieren auszugehen.

In seinem Urteil vom 10. November 1998 kam das Handelsgericht zum Schluss, dass das Insichgeschäft im vorliegenden Fall unzulässig sei, weil es der klägerischen Erbgemeinschaft nicht gelungen sei, eine besondere Ermächtigung zur Doppelvertretung beziehungsweise eine nachträgliche Genehmigung durch die A. AG beizubringen. Dementsprechend wies es die Schadenersatzklage gegen die Beklagte K. AG mangels Aktivlegitimation der Erbgemeinschaft J.M. ab.⁴ Dagegen erhob die Klägerin Berufung beim Bundesgericht.⁵

B. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Insichgeschäft

In seinem Urteil geht das Bundesgericht zuerst auf die Frage ein, ob beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen das Selbstkontrahieren beziehungsweise die Doppelvertretung zulässig ist. Es führt aus:

«Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führt. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Dieselben Regeln gelten auch für die Doppelvertretung zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe.»⁶

Mit Bezug auf die Organvertretung konkretisiert dies das Bundesgericht folgendermassen:

«Auch in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 mit weiteren Hinweisen).»⁷

¹ Bettina Stutz ist wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Der BGE 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999 war bereits Gegenstand einer Urteilsbesprechung von Urs Bertschinger. Vgl. Urs Bertschinger, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, SZW 72 (2000), S. 197 ff.

³ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 1.

⁴ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 1.

⁵ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 2 a. A.

⁶ BGE 127 III 332 Erw. 2.a.

⁷ BGE 127 III 332 Erw. 2.a.

2. Genehmigung durch ein «über- oder nebengeordnetes Organ»

Zur Frage, wer bei einer Aktiengesellschaft als Genehmigungsinstanz in Frage kommt, nimmt das Bundesgericht wie folgt Stellung:

«Welches Gesellschaftsorgan im konkreten Fall als über- oder nebengeordnet zu gelten hat, wurde in der Rechtsprechung bislang allerdings noch nicht konkretisiert. Nach dem neuen Aktienrecht ist vermutungsweise von der Einzelzeichnungsberechtigung der Verwaltungsräte auszugehen (Art. 718 Abs. 1 Satz 2 OR [...]). Dies bedeutet, dass jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrates nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung auch ein Insichgeschäft eines anderen Verwaltungsrates nachträglich genehmigen kann (...).»⁸

Ergänzend erklärt das Bundesgericht in einem obiter dictum:

«Wenn hingegen der Verwaltungsrat, der das Insichgeschäft abgeschlossen hat, das einzige Verwaltungsratsmitglied ist, steht kein nebengeordnetes Organ zur Genehmigung zur Verfügung. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass als übergeordnetes Organ die Generalversammlung für die Genehmigung des Insichgeschäfts zuständig ist (...).»⁹

Zurückkommend auf den konkreten Einzelfall stellt das Bundesgericht vorweg fest:

«Im vorliegenden Fall hat der Verwaltungsratspräsident der A. AG mit Schreiben vom 2. Februar 1998 erklärt, dass der einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat A.M. zur Abtretung der Forderung der A. AG gegen die K. AG an die Erbengemeinschaft J.M. ermächtigt gewesen sei (Abtretungsvertrag vom 11. Februar 1997).»¹⁰

Daran anknüpfend gelangt es in der Folge zum Schluss:

«[...] mit dem Schreiben des Verwaltungsratspräsidenten der A. AG vom 2. Februar 1998 [ist] das umstrittene Insichgeschäft, mit welchem die Ansprüche an die klägerische Erbengemeinschaft abgetreten wurden, nachträglich von einem zuständigen Organ genehmigt worden [...]. Die betreffende Abtretung ist daher nicht zu beanstanden.»¹¹

3. Ergebnis

Mit dem Argument, die umstrittene Abtretung sei entgegen der Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zürich nachträglich von einem zuständigen Organ genehmigt worden und folglich gültig zustande gekommen, heisst das Bundesgericht die Be-

rufung gut und weist die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.¹²

II. Bemerkungen

A. Insichgeschäft

Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn eine Person mit der Wahrung fremder Interessen beauftragt wurde und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen sie sich potentiell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihr zur Wahrung übertragenen Interessen begeben.¹³ Hintergrund des Interessenkonflikts bildet also die Interessenwahrung.

Das Bundesgericht geht von einem Insichgeschäft des Verwaltungsrats A.M. aus. Unter «Insichgeschäft» werden nach Lehre und Rechtsprechung die Sachverhalte des Selbstkontrahierens sowie der Doppelvertretung verstanden.¹⁴ Beim Selbstkontrahieren schliesst ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft ab. Bei der Doppelvertretung bringt eine Person als Vertreter zweier Parteien in sich ein Rechtsgeschäft zwischen den beiden Parteien zum Entstehen. Solche Geschäfte tragen regelmässig die Gefahr von Interessenkonflikten in sich.¹⁵ In casu manifestiert sich dies darin, dass A.M. als Verwaltungsrat der A. AG verpflichtet ist, bei seiner Geschäftsführung die Interessen der Gesellschaft zu wahren,¹⁶ als Mitglied der Erbengemeinschaft und als deren Vertreter nimmt er zugleich eigene beziehungsweise andere ihm übertragene Interessen wahr.¹⁷

¹² BGE 127 III 332 Erw. 2.b)cc.

¹³ Vgl. dazu Hans Caspar von der Crone, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), S. 1 ff., S. 2; Lukas Handschin, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/ Basel/Genf 2003, S. 169 ff., S. 171 f.

¹⁴ Vgl. statt vieler Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 2000, § 42 N. 42.18 ff.

¹⁵ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 2.a; vgl. statt vieler Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. A., Zürich 1998, Nr. 1439.

¹⁶ Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR. Vgl. zum so genannten *Principal-Agent-Problem* in der Aktiengesellschaft Hans Caspar von der Crone, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR NF 119 (2000), II, S. 235 ff., S. 241 ff.

¹⁷ Vgl. Art. 398 Abs. 2 OR, in dem die Pflicht des Beauftragten zur «getreuen Ausführung» des Auftrags statuiert wird.

⁸ BGE 127 III 332 Erw. 2.b.

⁹ BGE 127 III 332 Erw. 2.b)aa.

¹⁰ BGE 127 III 332 Erw. 2.b.

¹¹ BGE 127 III 332 Erw. 2.b)cc.

1. Richterrechtliche Regel

Die Rechtsprechung setzte sich zuerst im Rahmen des bürgerlichen Stellvertretungsrechts mit der Problematik des Selbstkontrahierens auseinander. Im Gegensatz zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁸ enthält das OR keine einschlägige Regelung. In richterlicher Rechtsfortbildung war daher eine Regel zu entwickeln.¹⁹ Ausgangspunkt dieser Regel ist eine negative Vermutung über den Umfang der Vollmacht des Vertreters: Wegen des regelmässig vorhandenen Interessenkonflikts kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Vollmacht des Vertreters ein Selbstkontrahieren abdeckt.²⁰ Diese Vermutung kann nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf zwei Arten widerlegt werden: *einerseits* durch den Nachweis, dass die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist, *andererseits* durch den Nachweis, dass der Vertretene den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt hat.²¹ Kann die negative Vermutung widerlegt werden, so ist das Inschlaggeschäft gültig zustande gekommen. Diese richterrechtliche Regel findet gemäss Bundesgericht analoge Anwendung auf die Doppelvertretung sowie auf die Vertretung juristischer Personen durch deren Organe.²²

¹⁸ Vgl. § 181 BGB.

¹⁹ Grundlegend: BGE 39 II 561, 566 ff.; vgl. weiter: BGE 126 III 361, 363 ff.; BGE 106 Ib 145, 148; BGE 99 Ia 1, 9; BGE 95 II 617, 621; BGE 95 II 442, 453; BGE 89 II 321, 324 ff.; BGE 82 II 388, 392; BGE 63 II 173, 174; BGE 57 II 556, 560 ff.; BGE 50 II 168, 182 ff.; vgl. *in casu*: BGE 127 III 332 Erw. 2.a.

²⁰ Vgl. dazu den Entscheid der III. Zivilkammer des St. Galler Kantonsgerichts vom 11.12.1996 [GVP 1997 Nr. 33], wiedergegeben in: SJZ 95 (1999), S. 328 ff., S. 328; vgl. weiter von der Crone, *Interessenkonflikte*, S. 5 f.; Rolf Watter, *Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht»*, Diss. Zürich 1985, S. 23 N. 32, S. 38 f. N. 59; Roger Zäch, *Berner Kommentar zu Art. 32–40 OR*, Bern 1990, Art. 33 N. 82, N. 88; Rolf H. Weber, *Praxis zum Auftragsrecht und zu besonderen Auftragsarten*, Bern 1990, S. 89.

²¹ Vgl. statt vieler BGE 89 II 321, 326; BGE 127 III 332 Erw. 2.a.

²² Grundlegend: BGE 63 II 173, 174; vgl. weiter: BGE 4C.212/2002 Erw. 3.2; BGE 126 III 361, 363 ff.; BGE 112 II 503, 506; BGE 106 Ib 145, 148; BGE 95 II 617, 621 ff.; BGE 93 II 461, 481; vgl. *in casu*: BGE 127 III 332 Erw. 2.a.

2. Organvertretung

a) Bürgerliche Stellvertretung – Organvertretung

Ein Teil der Lehre sieht in der abstrakten Umschreibung von Inhalt und Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht²³ einen grundlegenden strukturellen Unterschied zwischen der Organvertretung und der bürgerlichen Stellvertretung. Die Vertreter dieser Auffassung betonen die zentrale Bedeutung der Rechtssicherheit, die im Handelsrecht stärker zu gewichten sei als die materielle Gerechtigkeit im Einzelfall. Deshalb bilde die Vertretungsmacht den massgebenden Anknüpfungspunkt für organschaftliche Vertreterhandlungen. In erster Linie entscheidend sei mit anderen Worten, ob das fragliche Rechtsgeschäft im Rahmen der Vertretungsmacht liege, was wohl meistens der Fall sein dürfte. Auf die Vertretungsbefugnis²⁴ dagegen sei nur bei fehlender Gutgläubigkeit der Gegenpartei einzugehen.²⁵

Nach der hier vertretenen Ansicht überwiegen allerdings die strukturellen Gemeinsamkeiten der Organvertretung mit der bürgerlichen Stellvertretung. Genauso wie sich bei der bürgerlichen Stellvertretung nur der Gutgläubige auf den Umfang einer Vollmacht kundgabe verlassen darf,²⁶ kann sich bei der Organvertretung nur der Gutgläubige auf die abstrakt definierte Vertretungsmacht berufen.²⁷ Gegenüber

²³ Vgl. Art. 718a Abs. 1 OR: «Die zur Vertretung befugten Personen können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.» Vgl. zur Vertretungsmacht als «rechtliches Können» statt vieler Hans Michael Riemer, *Personenrecht des ZGB, 2. A.*, Bern 2002, § 19 N. 556.

²⁴ Vgl. zur Vertretungsbefugnis als «rechtliches Dürfen» Riemer, § 19 N. 557. Vgl. weiter Art. 718a Abs. 2 Teilsatz 1 OR, nach dem interne Beschränkungen der Vertretungsbefugnis dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden können.

²⁵ Vgl. Dieter Zobl, *Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht*, ZBJV 125 (1989), S. 289 ff., S. 289 ff. m. w. H., insbesondere S. 290 und S. 296 f.; gl. M. Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A.*, Zürich 1988, S. 623 f.; oft auch die Praxis des Bundesgerichts: In BGE 95 II 442 (Prospera) behandelt das Bundesgericht die fraglichen Rechtsgeschäfte allein unter dem Aspekt der Vertretungsmacht, anstatt die Gutgläubigkeit der Vertragsgegnerin zu prüfen, die wohl verneint hätte werden müssen [BGE 95 II 442 Erw. 5 und 7]. Vgl. weiter BGE 126 III 361 Erw. 3; BGE 4C.402/1998, in: Pra 89 (2000), Nr. 50, S. 285 ff., S. 287; hingegen BGE 111 II 284 Erw. 3. Vgl. die Kritik zum Prospera-Entscheid von Watter, *Verpflichtung*, S. 70 ff. N. 108.

²⁶ Vgl. Art. 34 Abs. 3 OR.

²⁷ Vgl. Art. 718a Abs. 2 Teilsatz 1 OR; vgl. dazu Rolf Watter, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*,

dem Bösgläubigen zählt allein die Vertretungsbefugnis. Anknüpfungspunkt für Vertreterhandlungen kann und soll deshalb auch bei der organschaftlichen Vertretung die Vertretungsbefugnis bilden, welche sich aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt.²⁸ Auch im Handelsrecht muss das Ziel der Verwirklichung des materiellen Rechts im Vordergrund stehen.

Zuerst ist also zu prüfen, ob die in Frage stehende Vertreterhandlung durch die Vertretungsbefugnis gedeckt ist oder mit anderen Worten, ob der Vertreter durfte, was er tat. Erst im Fall einer Überschreitung der Vertretungsbefugnis muss auf die Vertretungsmacht zurückgegriffen und die Gutgläubigkeit der Gegenpartei abgeklärt werden.²⁹ Fälle des Verkehrsschutzes stellen damit die Ausnahme und nicht die Regel dar. Immerhin zeigt sich gerade in diesen pathologischen Fällen die Besonderheit der Organvertretung: Der Umfang der Vertretungsmacht wird im Gesetz³⁰ – im Sinn einer gesetzlich fixierten Kundgabe der Vollmacht – abstrakt umschrieben, um dem besonderen Bedürfnis des Geschäftsverkehrs nach Rechtssicherheit gerecht zu werden.³¹

b) Kontrolle von Interessenkonflikten

Die richterrechtliche Regel wird oft als Beschränkung der in Art. 718a Abs. 1 OR umschriebenen Vertretungsmacht verstanden.³² Interessenkonflikte be-

schlagen nun allerdings das Innenverhältnis zwischen der vertretenen Gesellschaft und dem Organvertreter.³³ Sie betreffen damit gerade nicht die Vertretungsmacht, sondern die Vertretungsbefugnis. Beim Insichgeschäft entfällt infolge Wissensanrechnung über Bestand und Umfang der Vertretungsbefugnis die Gutgläubigkeit und damit die Möglichkeit der Berufung auf die Vertretungsmacht. Dem Bösgläubigen gegenüber zählt allein die Vertretungsbefugnis.³⁴

Dem Insichgeschäft gleichzustellen sind Rechtsgeschäfte, die im eigenen Interesse des Vertreters mit einem unbeteiligten Dritten abgeschlossen werden. Gegenüber gutgläubigen Dritten kann die Vertretungswirkung hier allerdings trotz fehlender Vertretungsbefugnis gestützt auf die abstrakt definierte Vertretungsmacht eintreten.³⁵

c) Ergebnis

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen: Die richterrechtliche Regel ist auf die Vertretung einer Aktiengesellschaft durch deren Organe anwendbar.³⁶ Die Zulässigkeit des Insichgeschäfts – *in casu* des umstrittenen Abtretungsvertrags zwischen der A. AG und der Erbgemeinschaft J.M. – wird deshalb nicht vermutet, sondern muss nachgewiesen werden.

B. Generalisierbarkeit der richterrechtlichen Regel

Kommt ein Handeln unter Interessenkonflikt in einem Rechtsgeschäft mit einem gutgläubigen Dritten oder in einer Tathandlung zum Ausdruck, so stellt sich statt der Frage nach dem gültigen Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts diejenige nach der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des betreffenden Organs.

Die richterrechtliche Regel über das Selbstkontrahieren setzt formell bei der Vollmacht an. Ihre materielle Grundlage allerdings hat sie in der auftrags-

Obligationenrecht II, *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter* (Hrsg.), 2. A., Basel/Genf/München 2002, Art. 718a N. 8 ff.; *Rolf H. Weber*, Schweizerisches Privatrecht, Juristische Personen, *Pierre Tercier* (Hrsg.), Bd. II/4, S. 162 Fn. 113. *Zobl* sieht darin Konzessionen, die der Gesetzgeber bei beiden Arten der Stellvertretung je an das andere System gemacht hat (*Zobl*, S. 290).

²⁸ Gl. M. *Watter*, Verpflichtung, S. 10 f. N. 13, S. 19 ff. N. 30, S. 129 N. 166 ff. m. w. H., der auf die Unterscheidung Vertretungsbefugnis – Vertretungsmacht verzichten will; *derselbe*, Basler Kommentar, Art. 718 N. 19, Art. 718a N. 10. Diese Betrachtungsweise anerkennt, dass in den Fällen des Gutgläubenschutzes die Vertretungswirkung nicht auf der «Macht» des Vertreters beruht, sondern auf dem guten Glauben des Dritten, der geschützt wird. Vgl. dazu *Gauch/Schluép/Schmid/Rey*, Nr. 1408.

²⁹ Gl. M. *Watter*, Verpflichtung, S. 129 f. N. 168 und insbesondere Fn. 564, S. 144 ff. N. 179 ff. m. w. H.; *derselbe*, Basler Kommentar, Art. 718a N. 9; a. M. *Zobl*, S. 296 f.

³⁰ Vgl. Art. 718a Abs. 1 OR; im Gegensatz dazu Art. 33 Abs. 3 OR für die bürgerliche Stellvertretung.

³¹ Gl. M. *Watter*, Verpflichtung, S. 10 f. N. 13, S. 129 N. 167, S. 145 N. 179; vgl. auch *Gauch/Schluép/Schmid/Rey*, Nr. 1457; *Weber*, Schweizerisches Privatrecht, S. 162.

³² Vgl. u. a. BGE 126 III 361 Erw. 3.a; unter Art. 718 Abs. 1 aOR BGE 95 II 442 Erw. 5; *Zobl*, S. 303 und 305.

³³ Gl. M. *Zobl*, S. 304.

³⁴ Gl. M. *Watter*, Verpflichtung, S. 157 ff. N. 196, S. 39 N. 59.a und b; *von der Crone*, Interessenkonflikte, S. 6.

³⁵ Vgl. *Watter*, Verpflichtung, S. 144 N. 178.c; zur bürgerlichen Stellvertretung *derselbe*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), 2. A., Basel/Frankfurt am Main 1996, Art. 33 N. 19; für das Handeln des Prokuristen *Weber*, Praxis, S. 138; *Schwenzer*, § 42 N. 42.21; vgl. auch BGE 126 III 361 Erw. 3.a.

³⁶ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 2.a.

rechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR).³⁷ Nach Art. 396 Abs. 2 OR umfasst der Auftrag diejenige Vollmacht, die für seine *sorgfältige und getreue* Ausführung notwendig ist.³⁸ Handelt der Beauftragte unter Interessenkonflikt, so verletzt er vermuthungsweise seine Treuepflicht – es sei denn, er zeigt, dass eine Benachteiligung des Auftraggebers ausgeschlossen ist, oder dass eine ausdrückliche Ermächtigung vorlag beziehungsweise das Geschäft nachträglich genehmigt wurde.

Auch der Verwaltungsrat steht in einem Mandatsverhältnis zur Gesellschaft. Im Rahmen dieses Mandatsverhältnisses ist er nach Art. 717 Abs. 1 OR zur sorgfältigen und getreuen Wahrung der Gesellschaftsinteressen verpflichtet.³⁹ Wie im Auftragsrecht wird sein pflichtgemässes Verhalten vermutet – es sei denn, er handle unter Interessenkonflikt.⁴⁰ Die Regeln über die Auswirkungen eines Interessenkonflikts auf die Vertretungsbefugnis eines Organs sind also wiederum Ausdruck einer allgemeineren Regel über die Vermutung des sorgfältigen und getreuen Handelns von Organen: Handelt ein Organ einer AG unter Interessenkonflikt, so kann es sich nicht auf die Vermutung der sorgfältigen und getreuen Mandatserfüllung berufen, sondern hat gerade im Gegenteil die durch den Interessenkonflikt begründete Vermutung einer Verletzung der Treuepflicht zu widerlegen.⁴¹

In ihrer generalisierten Form begründet die richterrechtliche Regel über das Handeln unter

Interessenkonflikt somit eine Vermutung der Pflichtverletzung: Wer nicht zeigen kann, dass eine Benachteiligung der Gesellschaftsinteressen ausgeschlossen ist beziehungsweise eine Genehmigung vorliegt, hat seine Pflichten verletzt und wird damit nach den Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für einen allfälligen Schaden haftbar.

C. Genehmigung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es zur Zulässigkeit eines Inschlaggeschäfts entweder des Nachweises der fehlenden Gefahr einer Benachteiligung – beispielsweise durch eine externe Bewertung (*fairness opinion*) – oder aber «*einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ [...]*»⁴². Das Konzept der Genehmigung entstammt dem Auftragsrecht. Der Auftraggeber kann dort jedes Handeln ausserhalb des Auftrags nachträglich genehmigen und damit auftragskonform machen.⁴³

Als Genehmigungsinstanz kommen laut Bundesgericht bei einer Aktiengesellschaft die restlichen Verwaltungsratsmitglieder oder – falls vom Interessenkonflikt der gesamte Verwaltungsrat betroffen ist – die Generalversammlung in Frage.⁴⁴ Den nicht vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitgliedern beziehungsweise der Generalversammlung ist jedoch nur beschränkt oder gar nicht die Stellung eines Auftraggebers eigen. Es bestehen daher gewichtige Unterschiede zur auftragsrechtlichen Konstellation.

1. Genehmigung durch andere Verwaltungsratsmitglieder

a) Kompetenz zur Genehmigung

Das Bundesgericht begründet die Genehmigungs-kompetenz eines einzelnen Mitglieds des Verwaltungsrats wie folgt:

⁴² BGE 127 III 332 Erw. 2.a. Im Folgenden wird lediglich von der Genehmigung gesprochen, die in diesem Zusammenhang der vorgängigen Ermächtigung beziehungsweise dem Handeln auf Weisung gleichgestellt werden kann. Die sich dabei ergebende Regelung der Genehmigungs-kompetenz gilt generell für das Genehmigen von Handlungen unter Interessenkonflikt. Vgl. *Schott*, S. 99, S. 196.

⁴³ Vgl. Art. 38 Abs. 1 OR; *Schott*, S. 115, S. 175 ff.; *von der Crone*, *Interessenkonflikte*, S. 8.

⁴⁴ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 2.b)aa.

³⁷ Vgl. *von der Crone*, *Interessenkonflikte*, S. 7; *derselbe*, ZSR, S. 244 Fn. 16; *Weber*, *Praxis*, S. 89.

³⁸ Im Grunde handelt es sich bei Art. 396 Abs. 2 OR um eine Auslegungsregel. Das Gesetz vermutet, dass der Auftraggeber dem Beauftragten stillschweigend diejenige Vollmacht erteilt, die zur Vornahme der in Auftrag gestellten Rechtshandlungen notwendig ist. Vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Nr. 1352; *Schwenzer*, § 42 N. 42.07.

³⁹ Vgl. zur Treuepflicht *von der Crone*, ZSR, S. 243 ff.; *Watter*, *Basler Kommentar*, Art. 717 N. 15 ff.

⁴⁰ Entsprechend verhält es sich mit der Beweislage bei Art. 754 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 8 ZGB: Pflichtwidriges Verhalten ist von demjenigen zu beweisen, der daraus rechtliche Folgen ableiten will.

⁴¹ Vgl. *von der Crone*, *Interessenkonflikte*, S. 7 f.; *Lukas Glanzmann*, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR NF 119, 2000, II, S. 135 ff., S. 166; wohl auch die III. Zivilkammer des St. Galler Kantonsgerichts, SJZ, S. 328 ff.; vgl. auch *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 210), S. 400 ff., insbesondere S. 402 ff.; kritisch *Ansgar Schott*, *Inschlaggeschäft und Interessenkonflikt*, Diss. Zürich 2002 (= Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 178), S. 43.

«Dies [die Kompetenz jedes einzelnen Mitglieds des Verwaltungsrats nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung, ein Inschlaggeschäft eines anderen Verwaltungsrats nachträglich zu genehmigen] hat schon deshalb zu gelten, weil es einem Verwaltungsrat selbstredend möglich sein muss, ein von einem anderen Verwaltungsratsmitglied abgeschlossenes Geschäft, das er selbst ohne weiteres abschliessen könnte, nachträglich auch zu genehmigen (...).»⁴⁵

Ob das einzelne Verwaltungsratsmitglied auch selbst das in Frage stehende Geschäft mit dem vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitglied hätte abschliessen können, anstatt es zu genehmigen, hängt von seiner Kompetenz zur Geschäftsführung ab.⁴⁶ Fehlt es dem Verwaltungsratsmitglied im fraglichen Bereich an der Geschäftsführungsbefugnis, ist es auch nicht in der Lage, ein entsprechendes Geschäft mit dem Betroffenen zu genehmigen. Der gute Glaube des Vertragspartners, das heisst des vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitglieds, ist regelmässig nicht gegeben, da er den Umfang und Bestand der Vertretungsbefugnis des genehmigenden Verwaltungsratsmitglieds kennt oder zumindest kennen müsste. Dem nicht Gutgläubigen gegenüber beurteilt sich nach Art. 718a Abs. 2 OR *e contrario* die Gültigkeit der Vertreterhandlung nach der Vertretungsbefugnis und nicht nach der Vertretungsmacht.⁴⁷ Ausschlaggebend ist damit nicht, ob das genehmigende Verwaltungsratsmitglied formell zeichnungsberechtigt, sondern ob es für das betreffende Geschäft materiell vertretungsbefugt ist.

Demzufolge ist aufgrund der internen Kompetenzordnung zu entscheiden, ob dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied die Kompetenz zum Genehmigungsentscheid zukommt. Gemäss Art. 716b Abs. 1 OR kann die Kompetenz zur Geschäftsführung im Bereich der delegierbaren Aufgaben, die sich *e contrario* aus Art. 716a Abs. 1 OR ergeben, an einzelne Verwaltungsratsmitglieder übertragen werden.⁴⁸ Im Fall einer Delegation kommt dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied eigenständige Entscheidungskom-

petenz im Bereich der delegierten Aufgaben zu. Insofern und nur insoweit ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass das einzelne Verwaltungsratsmitglied zum Genehmigungsentscheid kompetent ist.⁴⁹

b) Bereich der Kernkompetenzen des Verwaltungsrats

Für die unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR hingegen verbleibt die Entscheidungskompetenz stets beim Gesamtverwaltungsrat.⁵⁰ In diesem Bereich kommt lediglich ein Ausstand des einzelnen, vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitglieds bei der Beschlussfassung in Betracht.⁵¹ Dabei dürfte der Ausstand eines einzelnen oder sogar einzelner Verwaltungsratsmitglieder – je nach Grösse des Gremiums – als unproblematisch zu qualifizieren sein.⁵² Müsste jedoch eine Mehrzahl der Verwaltungsratsmitglieder in den Ausstand treten, könnte der Entscheid nicht mehr als Beschluss des Kollektivs gewertet werden. Stattdessen läge ein Sachverhalt der unzulässigen Delegation vor. Eine formelle Genehmigung fällt hier ausser Betracht.

Immerhin kann die ergänzende Beratung und Genehmigung eines Geschäfts durch die nicht vom Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsratsmitglieder für die Vermutungsordnung relevant sein.⁵³ Die mit dem Interessenkonflikt begründete negative

⁴⁵ BGE 127 III 332 Erw. 2.b)aa.

⁴⁶ Vgl. aber BGE 127 III 332 Erw. 2.b)bb.

⁴⁷ Gl. M. Schott, S. 199 ff.

⁴⁸ Vgl. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N. 22 ff.; vgl. auch Böckli, der einen nach unten funktionierenden Genehmigungsvorbehalt des Verwaltungsrats im Bereich der delegierbaren Geschäftsführungsangelegenheiten als zulässig erachtet (Peter Böckli, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser [Hrsg.], Schriften zum neuen Aktienrecht, Bd. 7, Zürich 1994, S. 33).

⁴⁹ BGE 127 III 332 Erw. 2.b. Ebenso pauschal erklärt Zobl, auf den sich das Bundesgericht stützt, dass bei Vorhandensein von anderen Verwaltungsratsmitgliedern diese für die Genehmigung zuständig seien [Zobl, S. 309 f.]. Ebenfalls undifferenzierend Zäch, Vorbemerkungen zu Art. 38–39 N. 4.

⁵⁰ Vgl. Art. 716b Abs. 3 OR. Vgl. Peter Forstmoser, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, ST 76 (2002), S. 485 ff., S. 487; zum Kollegialsystem des Verwaltungsrats Martin Weber, Vertretung im Verwaltungsrat, Diss. Zürich 1994, S. 118; vgl. weiter Böckli, der auch eine Entscheidelegation unter Genehmigungsvorbehalt im Bereich der Kernkompetenzen als nicht zulässig erachtet, da dadurch der Verwaltungsrat auf die Entscheidung «ja oder nein» beschränkt werden würde (Böckli, Kernkompetenzen, S. 12 und insbesondere S. 33).

⁵¹ Dies entspricht der Empfehlung des *Swiss Code of Best Practice* (Peter Böckli, *swiss code of best practice for corporate governance*, *economiesuisse* [Hrsg.], Dielsdorf Juli 2002, Nr. 16; verfügbar unter <http://www.economiesuisse.ch>). Vgl. zur Pflicht, im Fall eines direkten Interessenkonflikts in den Ausstand zu treten, Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, Rz. 1642 f.; Handschin, S. 172 f.; zum Ganzen Schott, S. 258 f.

⁵² Vgl. Martin Weber, S. 118 f.

⁵³ Vgl. von der Crone, Interessenkonflikte, S. 9; Glanzmann, S. 166.

Vermutung kann bekanntlich nicht nur durch den Nachweis der Ermächtigung oder Genehmigung beseitigt werden, sondern auch durch den Nachweis, dass eine Benachteiligung der Gesellschaftsinteressen ausgeschlossen ist. Dieser Nachweis kann nicht nur mit dem Abstützen auf einen Marktpreis oder mit einer externen Bewertung (*fairness opinion*), sondern eben auch mit der getrennten Beratung und Beschlussfassung durch die restlichen Verwaltungsratsmitglieder geführt werden. Formell allerdings handelt es sich dabei nicht um eine Genehmigung, sondern vielmehr um die externe Abstützung eines Entscheids, der vom gesamten, auch die vom Interessenkonflikt betroffenen Mitglieder mitumfassenden Leitungsgremium getroffen wurde.

2. Genehmigung durch die Generalversammlung

Steht kein nebengeordnetes Organ zur Genehmigung zur Verfügung, so ist gemäss Bundesgericht «als übergeordnetes Organ die Generalversammlung für die Genehmigung des Inschlaggeschäfts zuständig».⁵⁴ In BGE 4C.397/1998 äussert sich das Bundesgericht zur Bedeutung einer Genehmigung einzelner Rechtshandlungen durch den Alleinaktionär.

a) Interessenkonflikt und Erwägungen in BGE 4C.397/1998

Im Entscheid 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999 geht es um Verantwortlichkeitsansprüche gegen fiduziarisch tätige Verwaltungsräte. Die Stellung eines fiduziarisch tätigen Verwaltungsrats ist untrennbar mit einer Pflichten- und Interessenkollision verbunden: Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR müssen «die Mitglieder des Verwaltungsrates [...] ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren». Der Verwaltungsrat ist damit nicht nur den Interessen der Aktionäre verpflichtet, sondern den Interessen der Gesellschaft als Ganzes.⁵⁵ Ein fiduziarisch tätiger Verwaltungsrat wird jedoch zugleich die Interessen seines Treugebers wahrnehmen.⁵⁶

Im fraglichen Entscheid hatten die beklagten Organe auf Weisung des Treugebers beziehungsweise Alleinaktionärs Zahlungen veranlasst, ohne deren Rechtsgrund näher zu überprüfen. Das Bundesgericht kommt in seinem Urteil zum Schluss:

«Da Pflichtwidrigkeit bei Einwilligung des Verletzten ausscheidet, bleibt dem ins Recht gefassten Organ aber der Nachweis offen, er habe im Einverständnis mit dem nachmalig Geschädigten gehandelt (...). Handelt der fiduziarisch tätige Verwaltungsrat etwa auf Weisung seines Treugebers, und ist dieser zugleich Alleinaktionär, so ist auch die Gesellschaft mit der Verantwortlichkeitsklage ausgeschlossen (...).»⁵⁷

Analog der Regelung über die Déchargeerteilung entfällt eine Haftung gegenüber der Gesellschaft, wenn diese beziehungsweise deren Alleinaktionär in Kenntnis der Verhältnisse Organhandlungen toleriere, die normalerweise Schadenersatzansprüche im Sinn von Art. 754 OR begründen würden.⁵⁸

b) Kompetenz zur Genehmigung

Laut Bundesgericht ist als «übergeordnetes Organ» die Generalversammlung zur Genehmigung zuständig.⁵⁹ Die Generalversammlung ist allerdings wegen der in Lehre und Rechtsprechung unbestrittenen Paritätstheorie dem Verwaltungsrat gegenüber nicht hierarchisch übergeordnet und darf keine verwaltungsrechtlichen Befugnisse an sich ziehen.⁶⁰ Umgekehrt ist eine Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrats an die Generalversammlung – auch im Bereich der delegierbaren Aufgaben – ausgeschlossen.⁶¹ Mit der Bezeichnung als «übergeordnetes Or-

Vogt/Dieter Zobl (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil und das Ganze*, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, S. 9 ff.

⁵⁷ BGE 4C.397/1998 Erw. 2.b)bb.

⁵⁸ Vgl. BGE 4C.397/1998 Erw. 2.b)bb. Vgl. auch die Zusammenfassung bei Pierre Tercier/Walter A. Stoffel, *Das Gesellschaftsrecht 1999/2000*, SZW 72 (2000), S. 285 ff., S. 287 f.

⁵⁹ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 2.b)aa.

⁶⁰ Die Qualifizierung der Generalversammlung als «oberstes Organ der Aktiengesellschaft» nach Art. 698 Abs. 1 OR ist unter geltendem Recht nur insofern berechtigt, als deren Befugnisse besonders bedeutsam sind (z. B. Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats). Vgl. dazu Peter Forstmoser, *Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeit und Grenzen*, SZW 66 (1994), S. 169 ff., S. 170; Urs Bertschinger, *Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung*, AJP 8 (2001), S. 901 ff., S. 903.

⁶¹ Böckli begründet dies damit, dass – obwohl die reine Logik des Art. 716a OR die Geschäftsführung nicht als «un-

⁵⁴ Vgl. BGE 127 III 332 Erw. 2.b)aa.

⁵⁵ Dazu sogleich unter [II.C.2.b].

⁵⁶ Vgl. zum vergleichbaren Fall eines «delegierten Verwaltungsrats» Werner de Capitani, *Der delegierte Verwaltungsrat*, SJZ 90 (1994), S. 347 ff.; vgl. allgemein zu Verhaltensregeln bei Interessenkonflikten von Verwaltungsratsmitgliedern Peter Forstmoser, *Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern*, in: Nedim Peter

gan» lässt sich folglich keine Genehmigungskompetenz der Generalversammlung begründen.⁶²

Infolge des Paritätsprinzips ist ebenso wenig die Zuständigkeit der Generalversammlung zum Genehmigungsentscheid in ihrer Eigenschaft als nebengeordnetes Organ gegeben. Einerseits obliegt dem Verwaltungsrat nach Art. 717 Abs. 1 OR die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft und nicht bloss derjenigen der Mehrheit des Aktionariats.⁶³ Andererseits ist eine direkte Einflussnahme der Generalversammlung durch Weisungen auf das Verhalten des Verwaltungsrats unzulässig.⁶⁴ Diese gesetzliche Zuständigkeitsordnung kann entgegen dem Bundesgericht nicht durch Zustimmung aller Aktionäre beziehungsweise des Alleinaktionärs aufgehoben werden.⁶⁵ Das Paritätsprinzip schützt nicht nur die Aktionäre, sondern auch die Gläubiger der Gesellschaft. Interessenkonflikte gefährden nicht nur die Interessen von Minderheitsaktionären, sondern die pflichtgemässe Wahrung der Interessen der Gesellschaft an sich und damit insbesondere auch jene der Gesellschaftsgläubiger.⁶⁶ Die Verweisung der Gläubiger zur Durchsetzung ihrer Interessen in den Konkurs der Gesellschaft ist nicht sachgerecht und bietet ihnen keinen gleichwertigen Schutz.⁶⁷ Eine Gleichstel-

lung der Gesellschaftsinteressen mit jenen eines Alleinaktionärs liesse sich höchstens in Sachverhalten rechtfertigen, in denen eine Gefährdung der Gläubigerinteressen von vornherein ausgeschlossen ist.

c) Rechtswirkungen der Genehmigung

Die Generalversammlung kann nicht als Auftraggeberin des Verwaltungsrats verstanden werden. Ein Genehmigungsbeschluss ihrerseits wirkt somit – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – nicht haftungsbefreiend.⁶⁸ Die Kongruenz zwischen verwaltungsrätlicher Geschäftsführungskompetenz und seiner aktienrechtlichen Verantwortlichkeit darf nicht verwischt werden.⁶⁹ Ebenso wenig ist eine der Déchargeerteilung⁷⁰ entsprechende Regelung gützuheissen.⁷¹ Die materielle Tragweite des Entlastungsbeschlusses ist in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt, insbesondere wirkt der Entlastungsbeschluss nicht gegenüber den Gläubigern. Eine derartig differenzierende Behandlung lässt sich im Hinblick auf Verantwortlichkeitsansprüche rechtfertigen. Die Frage, ob eine Verantwortlichkeitsklage erhoben werden kann,

Abschluss potentiell treuwidriger Geschäfte letzten Endes stets die Interessen der Aktionäre gefährdet oder verletzt werden, weshalb es diesen auch zustehen müsse, den Abschluss von Inselfgeschäften zu genehmigen oder abzulehnen [Zobl, S. 310 ff. m. w. H.]. Diese Ansicht führt dazu, dass grösste Verstösse gegen die Sorgfaltspflichten folgenlos bleiben, falls es nicht zum Konkurs kommt. Vgl. auch BGE 126 III 361 Erw. 5.a; vgl. dagegen BGE 50 II 168 Erw. 5, in dem das Bundesgericht eine Schädigung der Gesellschaft ausschloss, wenn die Interessensphären der juristischen Person und des Alleinaktionärs sich decken würden und keine Gläubigerinteressen gefährdet seien; BGE 4C.402/1998, in: Pra 89 (2000), Nr. 50, S. 285 ff., S. 289 (Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen trifft auch den als Verwaltungsrat tätigen Einmannaktionär.). Gl. M. *Walter A. Stoffel/Michel Heinzmann*, Interessendurchgriff? Eine problematische Beurteilung von Eigeninteressenkonflikten der Organe in der Aktiengesellschaft, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 199 ff., S. 202 Fn. 6, S. 206, S. 208 ff. (mit ausführlichen Erwägungen zu BGE 126 III 361).

entziehbar» erscheinen lasse – Art. 716 OR für die Geschäftsführung den Verwaltungsrat einsetze. Des Weiteren sei nach Art. 716b OR jede Delegation der Geschäftsführung nur rechtmässig, wenn der Verwaltungsrat sie im Organisationsreglement anordne. Zudem bedeute Delegation Weiterdauern der Verantwortung, der Weisungs- und Aufsichtspflicht. Eine derartige Einspannung der Generalversammlung in die Geschäftsführung sei aber nicht möglich (Böckli, Aktienrecht, Rz. 1578f). Gl. M. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 30 N. 71; *Forstmoser*, SZW, S. 171; *derselbe*, ST, S. 487; *von der Crone*, Interessenkonflikte, S. 9; a. M. für den Bereich der delegierbaren Aufgaben *Urs Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N. 256 ff.

⁶² Gl. M. *Schott*, S. 206.

⁶³ Vgl. *Forstmoser*, ST, S. 487.

⁶⁴ Vgl. demgegenüber das Weisungsrecht des Auftraggebers nach Art. 397 OR. Zum Konzernparadox vgl. *Forstmoser*, ST, S. 487 m. w. H.; *Böckli*, Kernkompetenzen, S. 59 ff.

⁶⁵ Vgl. BGE 4C.397/1998 Erw. 2.b)bb.

⁶⁶ Dass den Interessen der Gläubiger auf der Stufe der aktienrechtlichen Institutionen Rechnung getragen wird, zeigt sich an deren Recht, im Konkurs der Gesellschaft Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend zu machen (Art. 757 OR). Vgl. auch den indirekten Gläubigerschutz in Art. 725 OR; vgl. zum Ganzen *von der Crone*, ZSR, S. 241, der vom Schutz einer Gruppe von «qualifizierten Stakeholdern» spricht.

⁶⁷ A. M. scheint das Bundesgericht *in casu* zu sein; ebenfalls *Zobl*, der insbesondere damit argumentiert, dass durch den

⁶⁸ Vgl. dazu BGE 100 II 384 Erw. 2; vgl. weiter die einzelnen Lehrmeinungen unter [Fn. 72].

⁶⁹ Vgl. *Böckli*, Aktienrecht, Rz. 1578f. Dem Bundesgericht ist insoweit zuzustimmen ist, als ein Verantwortlichkeitsanspruch des Alleinaktionärs kaum denkbar wäre, soweit ein Organ gestützt auf seine Weisung handelt. Vgl. zum Problem einer Verantwortlichkeit der Aktionäre von Inhaberaktien *Bertschinger*, AJP, S. 907.

⁷⁰ Vgl. Art. 758 OR.

⁷¹ Vgl. Erw. 2.b)bb in BGE 4C.397/1998.

muss nicht für alle potentiellen Geschädigten gleich beantwortet werden. Der Untergang des Klagerechts der entlastenden Aktionäre muss deshalb nicht notwendigerweise auch den Untergang des Klagerechts der übrigen Aktionäre und der Gläubiger zur Konsequenz haben. Über die Frage nach dem gültigen Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts dagegen ist einheitlich zu entscheiden: Ein unter Interessenkonflikt abgeschlossener Vertrag besteht oder er besteht nicht.⁷²

Einem Generalversammlungsentscheid kann deshalb höchstens die Funktion einer externen Abstützung einer unter Interessenkonflikt stehenden Rechts-handlung zukommen.⁷³ Vorbehalte sind allerdings auch hier am Platz: Einerseits ist die Generalversammlung konzeptuell nicht ohne Weiteres in der Lage, Geschäftsführungsentscheide zu fällen.⁷⁴ Die

Aktionäre müssten auf den Informationsstand gebracht werden, welcher der Verwaltungsrat gehabt hätte.⁷⁵ Auch besteht keine Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft. Damit ist den Interessen der Gläubiger, die am Entscheidungsprozess nicht beteiligt sind, nicht ohne weiteres genügend Rechnung getragen. Andererseits bestehen praktische Bedenken: Die Mehrheit in der Generalversammlung wird oft dieselben Interessen verfolgen wie jene im Verwaltungsrat.⁷⁶ Ein Generalversammlungsentscheid kann deshalb nur dann zur Beseitigung der negativen Vermutung führen, wenn eine angemessene Information der Aktionäre gewährleistet ist, wenn die unmittelbar am Entscheid interessierten Aktionäre auf eine Mitwirkung verzichten und wenn der Entscheid keine Gläubigerinteressen betrifft.⁷⁷ Diese Voraussetzungen dürften in der Praxis selten erfüllt sein.

III. Fazit

Handelt ein Organ einer Aktiengesellschaft unter Interessenkonflikt, so ist statt pflichtgemäßem pflichtwidriges Verhalten zu vermuten. Andere Organe können diesen Mangel durch Genehmigung beseitigen, wenn sie ihrerseits zum Entscheid in der Sache kompetent sind. Im Bereich der nicht delegierbaren Kernkompetenzen ist eine solche Genehmigung dem Gesamtverwaltungsrat vorbehalten. Abzulehnen ist die vom Bundesgericht zumindest für den Sachverhalt der Einpersonen-AG als zulässig erachtete formelle Genehmigung von Geschäftsführungsentscheiden unter Interessenkonflikten durch die Generalversammlung.

⁷² Zu den Rechtswirkungen eines Genehmigungsentscheids der Generalversammlung: Gl. M. *Georg Krneta*, Praxis-kommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, N. 1159 ff.; *Forstmoser*, SZW, S. 173 Fn. 21 (jedoch unter Vorbehalt der Einmann-AG!); *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 30 N. 72 (für den Bereich der undelegierbaren Aufgaben); ebenso *Böckli*, Kernkompetenzen, S. 41; *Zäch*, Vorbemerkungen zu Art. 38–39 N. 4; vgl. weiter *Bärtschi*, S. 314 ff. (rein konsultativ im Bereich der unübertragbaren Aufgaben); gl. M. für den Bereich der undelegierbaren Aufgaben *Bertschinger*, Arbeitsteilung, N. 269 (im Bereich der delegierbaren Aufgaben haftungsbeschränkende Wirkung im Sinn von Art. 754 Abs. 2 OR, Qualifizierung der zustimmenden Aktionäre als faktische Organe), N. 250 ff.; *derselbe*, Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 309 ff., S. 322 ff.; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, 2. A., Zürich 1999, S. 294 f. (im Bereich der undelegierbaren Aufgaben rein konsultativ, bei delegierbaren Aufgaben Wirkung wie eine Décharge); vgl. weiter *Stoffel/Heinzmann*, S. 206 ff.; a. M. *Marie-Therese Müller*, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die Generalversammlung, AJP 6 (1992), S. 784 ff., S. 786 f. (Beschlussdelegation auch im Bereich der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen zulässig, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats bleibt für die pflichtgemässe Vorbereitung des Geschäfts und die nötige Information und Dokumentation der Generalversammlung bestehen); ähnlich *Watter*, Basler Kommentar, Art. 716 N. 7; grundsätzlich für die Zulässigkeit einer Genehmigung durch die Generalversammlung *Zobl*, S. 310 ff. m. w. H.; *Schott*, S. 206 ff.

⁷³ Vgl. *von der Crone*, Interessenkonflikte, S. 9.

⁷⁴ Vgl. *Glanzmann*, S. 150; *Böckli*, Aktienrecht, Rz. 1645a; a. M. *Bertschinger*, Arbeitsteilung, N. 260 ff.; *derselbe*, FS Druey, S. 313 ff.

⁷⁵ Vgl. zur Informationsasymmetrie *von der Crone*, ZSR, S. 259 ff.

⁷⁶ Vgl. dazu *Böckli*, Aktienrecht, Rz. 1645a.; *Handschin*, S. 178.

⁷⁷ Vgl. dazu die Empfehlung der Übernahmekommission i.S. Unaxis Holding AG/Esec Holding AG vom 6. Juni 2000, jedoch aufgehoben durch die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission i.S. Unaxis Holding AG/Esec Holding AG vom 23. Juni 2000 (beides verfügbar unter <http://www.copa.ch>); vgl. auch zur Vorlage eines Entscheids über das anzuwendende Rechnungslegungswerk *Bertschinger*, AJP, S. 903 ff., insbesondere S. 905.