

## Die Doppelvertretung im Aktienrecht

Bundesgerichtsurteil 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012 in Sachen SE Swiss Estates AG gegen die Generalbau Rudolf Lüthy AG

Mit Bemerkungen von lic. iur. Ralph Straessle und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt
2. Prozessgeschichte

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

#### III. Bemerkungen

1. Einleitung
  - 1.1 Rechtliche Behandlung von Insichgeschäften
  - 1.2 Insichgeschäft, Doppelvertretung und Selbstkontrahieren
  - 1.3 Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis
2. Grundsätzliche Ungültigkeit des Insichgeschäfts
  - 2.1 Allgemeines
  - 2.2 Ungültigkeitsfolge
3. Ausnahmsweise Gültigkeit des Insichgeschäfts
  - 3.1 Aufgrund der besonderen Natur des Rechtsgeschäfts
    - 3.1.1 Die einzelnen Fallgruppen
    - 3.1.2 Fallgruppen zur Annäherung an einen unbestimmten Rechtsbegriff
  - 3.2 Aufgrund einer Ermächtigung oder Genehmigung durch den Vertretenen
    - 3.2.1 Zustimmung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ
    - 3.2.2 Zustimmungsberechtigung des Verwaltungsrats als Gremium oder durch Delegierte
    - 3.2.3 Zustimmungsberechtigung der Generalversammlung

#### IV. Ergebnis

#### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

##### 1. Sachverhalt

Der vorliegenden Auseinandersetzung liegen zwei Verträge zwischen der SE Swiss Estates AG (nachfolgend «Estates AG») und der Generalbau Rudolf Lüthy AG (nachfolgend «Lüthy AG»)<sup>1</sup> zugrunde, welche am 28. April 2009 abgeschlossen wurden. Mit dem ersten Vertrag trat die Lüthy AG eine Forderung über CHF 3 276 590 zum Nominalwert an die Estates AG ab. Die Kaufpreisschuld für die abgetretene Forderung wurde dem Kontokorrent der Estates AG bei der Lüthy AG belastet. Im Anschluss daran wurde ein Vertrag über ein pfandgesichertes Darlehen der Lüthy

AG an die Estates AG in der Höhe der Kaufpreisschuld mit einem jährlichen Darlehenszins von 2,5% begründet, das die Kontokorrentforderung ersetzen sollte. Zur Sicherstellung des Darlehens wurde ein im Eigentum der Estates AG stehender Inhaberschuldbrief im Wert von CHF 4 000 000 als Faustpfand übergeben.

Die Verträge vom 28. April 2009 – Forderungskauf und Darlehen – sind durch die gleichen zwei Personen als Vertreter sowohl der Lüthy AG als auch der Estates AG verhandelt und unterzeichnet worden. Es handelte sich um A und B, welche in beiden Gesellschaften eine Kollektivzeichnungsberechtigung als Verwaltungsratsmitglieder besaßen. Damit lag beim Abschluss beider Verträge eine Doppelvertretung beziehungsweise ein Insichgeschäft vor.

Zwei Monate später kündigte die Lüthy AG den Darlehensvertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Frist per 30. September 2009. Weil in der Folge eine Rückzahlung der Darlehenssumme unterblieb, leitete die Lüthy AG mit Zahlungsbefehl vom 15. Januar 2010 eine Betreibung auf Pfandverwertung gegen die Estates AG ein.

##### 2. Prozessgeschichte

Am 15. Juni 2010, d.h. während des laufenden Betreibungsverfahrens, erhob die Estates AG beim Handelsgericht Zürich Klage auf Herausgabe des sich im Besitz der Lüthy AG befindenden Inhaberschuldbriefes. Dabei machte sie geltend, die beiden Verträge seien infolge Doppelvertretung ungültig. Es sei aus diesem Grund kein Pfandrecht begründet worden und es stehe ihr das Recht zu, die Auslieferung des Inhaberschuldbriefes aus Art. 641 Abs. 2 ZGB zu verlangen. Die Lüthy AG ihrerseits reichte am 29. November 2010 Klage auf Bezahlung der Darlehenssumme nebst den aufgelaufenen Zinsen ein.

Das Handelsgericht vereinigte die beiden Verfahren. Mit Urteil vom 25. Mai 2012 verpflichtete es die Lüthy AG, den Inhaberschuldbrief herauszugeben und wies deren Klage ab.<sup>2</sup> In der Folge erhob die Lüthy AG Beschwerde in Zivilsachen. Sie beantragte dem Bundesgericht, die Klage der Estates AG abzuweisen, die Höhe der kantonalen Gerichtsgebühr herabzusetzen und den von ihr im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Begehren zu entsprechen. Das Bundesgericht

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Die Parteibezeichnungen ergeben sich aus einer auf <http://www.swiss-estates.ch> verlinkten Pressemitteilung, welche unter <http://www.presseportal.ch> (zuletzt besucht am 5. Juni 2013) eingesehen werden kann.

<sup>2</sup> Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. Mai 2012, Geschäfts-Nr. HG100174-O.

hiess in seinem Urteil vom 3. Dezember 2012 die Beschwerde mit Bezug auf die Gerichtsgebühr für das kantonale Verfahren gut.<sup>3</sup> In den übrigen Punkten folgte es den Erwägungen des Handelsgerichts und wies die Beschwerde der Lüthy AG ab.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

Die Estates AG hat in ihrer Klage vor Handelsgericht geltend gemacht, am 28. April 2009 habe hinsichtlich beider Verträge eine Doppelvertretung vorgelegen, welche zu deren Ungültigkeit geführt habe. Als Konsequenz würden der Lüthy AG weder Ansprüche aus Forderungskauf oder Darlehen noch aus der Pfandbestellung zustehen. Die Lüthy AG wiederum war der Ansicht, dass die beiden Verträge bei einer wirtschaftlichen Betrachtung die Gefahr einer Benachteiligung ausschliessen würden. Darüber hinaus hätte auf beiden Seiten die jeweilige Vertretene den beiden Verträgen zugestimmt.

Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung zur Doppelvertretung:<sup>4</sup> Diese habe grundsätzlich die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, (i) die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ist nach der Natur des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen oder (ii) es liegt eine vorgängige Ermächtigung oder (iii) eine nachträgliche Genehmigung durch den Vertretenen vor.<sup>5</sup> Entsprechend diesem Schema prüfte das Bundesgericht in einem ersten Schritt, ob im vorliegenden Sachverhalt die Natur des Rechtsgeschäfts eine Benachteiligungsgefahr ausgeschlossen hat. Wie schon das Handelsgericht kam es zum Schluss, dass eine solche Gefahr bei der Abtretung einer Forderung zum Nominalwert regelmässig gegeben sei, da dem Nominalbetrag eine Forderung gegenüberstehe, die mit einem Inkassorisiko belastet sei. Dass die Schuldnerin im Moment der Abtretung solvent gewesen sei, ändere nichts daran, weil sich dieser Zustand jeder-

zeit ändern könne. Nicht massgebend sei weiter, dass die Bilanzierung der Forderung zum Nennwert erfolgt sei und sich das Geschäft somit «bilanzneutral» ausgewirkt habe. Ebenfalls unwesentlich sei, ob sich das Geschäft im Ergebnis tatsächlich ungünstig auswirke oder nicht.<sup>6</sup>

In einem zweiten Schritt prüfte das Bundesgericht, ob bei den beiden Gesellschaften eine Ermächtigung (*ex ante*) oder Genehmigung (*ex post*) in der Form eines Verwaltungsratsbeschlusses vorgelegen hat. Die Lüthy AG machte in diesem Zusammenhang geltend, der Verwaltungsrat der Estates AG habe am 6. April 2009 ihre beiden Vertreter zum Abschluss der fraglichen Geschäfte ermächtigt. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass sich der Verwaltungsrat der Estates AG zu diesem Zeitpunkt aus den drei Mitgliedern A, B und C zusammensetzte. So wie die ersten zwei Verwaltungsratsmitglieder habe sich auch C in einem Interessenkonflikt befunden, weil er bereits eine Woche vorher ebenfalls in den Verwaltungsrat der Lüthy AG gewählt worden sei. Obwohl er kurze Zeit später wieder abgewählt worden war und während seiner Amtsdauer keine einzige Sitzung stattgefunden habe, habe er am 6. April 2009 nicht als konfliktfreies Verwaltungsratsmitglied gegolten. Bei der Estates AG habe somit eine gültige Ermächtigung zum Abschluss der beiden Verträge gefehlt. Das Vorliegen einer nachträglichen Genehmigung seitens der Lüthy AG wurde nicht geltend gemacht.<sup>7</sup>

Schliesslich setzte sich das Bundesgericht mit dem Argument der Lüthy AG auseinander, die Handelnden hätten nach Treu und Glauben gehandelt und berechnete Interessen wahrgenommen. Hierzu hielt es zunächst fest, dass eine ausgeglichene Wahrung der Interessen gerade die Krux bei der Doppelvertretung sei. Der Interessenkonflikt beziehe sich auch auf die Frage, welche Interessen berechtigterweise wahrgenommen werden dürfen und ob allfällige berechnete Interessen der einen Partei denjenigen der anderen entgegenstehen würden. Dass die Vertreter überzeugt sind, berechnete Interessen wahrzunehmen, könne deshalb für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht genügen.<sup>8</sup>

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Verträge vom 28. April 2009 ungültig seien. Aus diesem Grund habe das Handelsgericht zu Recht einer-

<sup>3</sup> BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012.

<sup>4</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe *Ansgar Schott*, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Diss., Zürich 2002, 30 ff.; erstmals befasste sich das Bundesgericht in BGE 39 II 561 mit der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. Der aktuelle Leitentscheid stellt BGE 127 III 332 dar. Dieser Entscheid wurde bei *Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone*, *Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht*, SZW 2003, 102 ff. besprochen.

<sup>5</sup> BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.

<sup>6</sup> BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.1.2.

<sup>7</sup> BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.2 ff.

<sup>8</sup> BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.3.1.

seits die Klage der Estates AG auf Herausgabe des Schuldbriefes gutgeheissen und andererseits die Gegenklage der Lüthy AG auf Bezahlung der Darlehenssumme abgewiesen.

### III. Bemerkungen

#### 1. Einleitung

##### 1.1 Rechtliche Behandlung von Insichgeschäften

Im Zentrum der Entscheide des Handelsgerichts und des Bundesgerichts stehen Fragen im Zusammenhang mit der Doppelvertretung im Aktienrecht. Das Gesetz enthält spezifisch zu dieser Thematik einzig eine Formvorschrift. Seit dem 1. Januar 2008 schreibt Art. 718b OR für sämtliche Insichgeschäfte<sup>9</sup> mit Leistungen im Wert von über CHF 1000 die Schriftlichkeit vor. Wird das Schriftformerfordernis nicht eingehalten, hat dies nach überwiegender Lehre die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Konsequenz.<sup>10</sup> Nachfolgend wird untersucht, welche Grundsätze die Rechtsprechung entwickelt hat, um dem Schutzbedürfnis der vertretenen Person bei Vorliegen von Insichgeschäften gerecht zu werden.

##### 1.2 Insichgeschäft, Doppelvertretung und Selbstkontrahieren

Das Insichgeschäft gilt als Oberbegriff für die Tatbestände des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung. Beim Selbstkontrahieren erfolgt der Vertragsschluss durch den Vertreter mit sich selbst als Vertragspartner. Im Fall der Doppelvertretung vertritt der Vertreter gleich beide Vertragsparteien.<sup>11</sup> Für die

Begriffsbestimmung und die rechtliche Behandlung<sup>12</sup> spielt es keine Rolle, ob es sich um eine rechtsgeschäftliche oder um eine organschaftliche Vertretung handelt.

##### 1.3 Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis

Im Bereich der aktienrechtlichen Organvertretung ist zwischen der umfassenden Vertretungsmacht, dem «rechtlichen Können», und der konkreten Vertretungsbefugnis, dem «rechtlichen Dürfen», zu unterscheiden. Die Vertretungsmacht umfasst all jene Rechtsgeschäfte, die ein Organ im Aussenverhältnis abschliessen kann. Sie ergibt sich aus der formellen Stellung des Verwaltungsratsmitglieds durch den Handelsregistereintrag und umfasst alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a Abs. 1 OR). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Rechtsgeschäfte nur dann nicht mehr vom Gesellschaftszweck erfasst, wenn sie durch diesen «geradezu ausgeschlossen» sind.<sup>13</sup> Die Vertretungsbefugnis ist demgegenüber die gesellschaftsinterne Berechtigung, ein bestimmtes Rechtsgeschäft für die AG abzuschliessen. Sie ergibt sich aus der internen Kompetenzordnung sowie aus den in diesem Zusammenhang ergehenden Entscheidungen des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung.

#### 2. Grundsätzliche Ungültigkeit des Insichgeschäfts

##### 2.1 Allgemeines

Nach weitgehend einhelliger Lehre<sup>14</sup> und konstanter Rechtsprechung sind Selbstkontrahieren und Dop-

<sup>9</sup> Der Wortlaut deutet bloss auf das Selbstkontrahieren hin. Nach herrschender Ansicht bezieht sich die Bestimmung aber auf sämtliche Insichgeschäfte. Zum Anwendungsbe- reich vgl. *Rolf Watter/Katja Roth Pellanda*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–1186, 4. Aufl., Basel 2012, N 2 f. zu Art. 718b.

<sup>10</sup> Zur Frage, ob es sich um eine Ordnungs- oder Gültigkeitsvorschrift handelt, vgl. *Watter/Roth Pellanda* (Fn. 9), N 10 f. zu Art. 718b. Im vorliegenden Fall wurden die beiden Verträge vom 28. April 2009 schriftlich abgefasst und durch A und B in Vertretung beider Vertragsparteien unterzeichnet.

<sup>11</sup> Vgl. zu den Begriffsbeschreibungen *Stutz/von der Crone* (Fn. 4), 103 m.w.H.

<sup>12</sup> Rechtsprechung und Lehre wenden die für den Bereich der rechtsgeschäftlichen Vertretung nach Art. 32 ff. OR entwickelten Regeln zu Insichgeschäften im Grundsatz auch auf die Vertretung durch Gesellschaftsorgane an. Zum Teil wird aber die Ansicht vertreten, dass im Handelsrecht aufgrund der erhöhten Publizität durch das Handelsregister und dem erhöhten Bedürfnis nach Rechtssicherheit für die Zustimmung generell auf die Vertretungsmacht anstatt auf die Vertretungsbefugnis abzustellen sei (vgl. hinten III.1.3; ferner *Claire Huguenin*, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), *Festschrift für Peter Bockli*, Zürich 2006, 521 ff., 524 ff.).

<sup>13</sup> BGE 116 II 320, E. 3a m.w.H.

<sup>14</sup> Zur Lehre vgl. *Peter Bockli*, *Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR*, GesKR 2012,

pelvertretung grundsätzlich unzulässig.<sup>15</sup> Liegt beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein unzulässiges Selbstkontrahieren oder eine unzulässige Doppelvertretung vor, hat dies die Ungültigkeit des Geschäfts zur Folge. Ferner erweist sich das Verhalten der im Auftragsverhältnis stehenden, kontrahierenden Person fallweise als pflichtwidrig.<sup>16</sup> Die Pflichtwidrigkeit ist für die Frage einer allfälligen Haftung<sup>17</sup> im Innenverhältnis relevant. Beim Insichgeschäft ist die Haftungsfrage aber insofern von sekundärer Bedeutung, als das Rechtsgeschäft und deshalb i.d.R. auch der dem Vertretenen durch Abschluss dieses Geschäfts entstandene Schaden entfallen.

Ferner enthält das Aktienrecht in Art. 678 Abs. 2 OR eine Verpflichtung des Vertreters, Leistungen, welche zum Nachteil der vertretenen Gesellschaft erfolgt sind, dieser zurückzuzahlen. Die Bestimmung sieht für bösgläubige<sup>18</sup> Aktionäre, Verwaltungsräte

354 ff., Fn. 15; soweit ersichtlich, gibt es in der Doktrin bloss *Huguenin*, die sich für einen alternativen Ansatz ausspricht. Nach diesem Ansatz sollen Insichgeschäfte, welche die Aktiengesellschaft nicht mit Dritten, sondern mit ihr nahestehenden Personen abschliesst, grundsätzlich gültig sein. Eine Inhaltskontrolle soll nur dann möglich sein, wenn eine nach Art. 678 OR anfechtungsberechtigte Partei den «Mangel» fristgerecht geltend macht (*Huguenin* [Fn. 12], 526 und 533).

<sup>15</sup> Obwohl der Wortlaut des am 1. Januar 2008 neu eingefügten Art. 718b OR das Gegenteil andeutet, gilt die Rechtsprechung der grundsätzlichen Ungültigkeitsfolge weiterhin. Die Regeln wurden ursprünglich für das Selbstkontrahieren entwickelt (BGE 39 II 561) und später auch für die Doppelvertretung übernommen. In der Lehre und Rechtsprechung wird zudem die Ausdehnung von deren Anwendungsbereich auf weitere, ähnlich gelagerte Geschäfte mit Interessenkonflikten diskutiert. (Vgl. zum Ganzen *Peter Jung*, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI*, Bern 2011, 273 ff., 275 ff.). Nach der hier vertretenen Auffassung, spielt diese Ausdehnung aber keine Rolle, weil der Interessenkonflikt stets eine Frage der Vertretungsbefugnis und somit immer gleich zu behandeln ist.

<sup>16</sup> *Hans Caspar von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1994, 1 ff., 8. Zum gerichtlichen Vorgehen bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden, wenn ein Interessenkonflikt vorliegt, vgl. *Daniel Brugger/Hans Caspar von der Crone*, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsführungsentscheiden, SZW 2013, 101 ff., 107 f.

<sup>17</sup> Im Aktienrecht: Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR aufgrund einer Verletzung der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR.

<sup>18</sup> Es ist in der Lehre umstritten, ob die in Art. 678 Abs. 1 OR erwähnte Voraussetzung der Bösgläubigkeit ebenfalls für die verdeckte Gewinnausschüttung von Abs. 2 gilt (vgl.

und diesen nahe stehenden Personen eine Rückerstattungspflicht bei verdeckten Gewinnausschüttungen vor. Als solche gelten Leistungen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Im Verhältnis zur Ungültigkeitsfolge aufgrund fehlender Vertretungswirkung sind die Anforderungen an eine Rückerstattungspflicht viel spezifischer und die Hürden zur Durchsetzung deutlich höher. Zudem ist die Rückerstattungspflicht – wie die Haftungsfrage – der Ungültigkeitsfolge nachrangig: Ein in dieser Sache angerufenes Gericht würde vorab prüfen, ob das betreffende Insichgeschäft überhaupt gültig ist. Erst wenn es zum Ergebnis gelangt ist, dass das Geschäft selbst gültig ist, würde es in einem zweiten Schritt die Frage einer allfälligen Haftung für den aus dem Geschäft entstandenen Schaden oder die Frage einer Rückerstattungspflicht beurteilen.<sup>19</sup> Weil im vorliegenden besprochenen Entscheid weder die Haftungsfrage noch die verdeckte Gewinnausschüttung ein Thema waren, beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Ungültigkeitsfolge der Doppelvertretung.

## 2.2 Ungültigkeitsfolge

Wird die Gesellschaft gegen aussen durch ein Organmitglied vertreten, treten die Rechtswirkungen des Geschäfts direkt bei der Gesellschaft ein, falls das Organmitglied im Umfang seiner Vertretungsmacht gehandelt hat. Dies ist grundsätzlich selbst dann der Fall, wenn das betreffende Organmitglied mit Abschluss des Geschäfts seine Vertretungsbefugnis überschreitet. Für Geschäfte mit gutgläubigen Vertragspartnern gilt daher die Regel, dass für das Eintreten der Vertretungswirkung einzig entscheidend ist, ob das Rechtsgeschäft durch den Gesellschaftszweck nicht «geradezu ausgeschlossen» ist. Dieser weite Umfang der Vertretungsmacht rechtfertigt sich dadurch, dass der Gesellschaftszweck im Sinne einer institutionalisierten Rechtsscheinvollmacht für jedermann im Handelsregister einsehbar ist. Das Vertrauen

*Peter Kurer/Christian Kurer*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–1186, 4. Aufl., Basel 2012, N 27 ff. zu Art. 678; *Huguenin* [Fn. 12], 530). Die Bösgläubigkeit bezieht sich hier nicht auf die Vertretungsmacht und -befugnis, sondern auf die Tatbestandsmerkmale der Rückerstattungspflicht.

<sup>19</sup> *Huguenin* (Fn. 12), 528.

in den Bestand der Vollmacht soll geschützt werden; ihr weiter und abstrakter Umfang dient m.a.W. dem Verkehrsschutz. Fehlt ein Verkehrsschutzbedürfnis, besteht hierfür aber keine Rechtfertigung. Kennt eine Vertragspartei die internen Verhältnisse ihres Gegenübers, kann sie sich nicht mehr auf die abstrakt umschriebene Vertretungsmacht des Organvertreters berufen. Sie gilt in dieser Hinsicht nicht mehr als gutgläubig und muss sich die konkrete Vertretungsbefugnis des Organvertreters entgegenhalten lassen (Art. 718a Abs. 2 OR).

Bei Vorliegen einer Doppelvertretung gibt es keinen gutgläubigen Dritten i.S.v. Art. 718a Abs. 2 OR. Der Vertreter ist hier über seine Vertretungsbefugnis für die beiden Auftrag- oder Arbeitgeber bestens im Bilde. Genauso wie eine Zurechnung eines Willensmangels des Vertretenen an die vertretene Vertragspartei stattfindet,<sup>20</sup> ist bei der Doppelvertretung auch das Wissen des Vertreters über die jeweilige Vertretungsbefugnis den beiden vertretenen Parteien anzurechnen. Aufgrund des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses können sich die Vertragsparteien nicht mehr auf die abstrakt formulierte Vertretungsmacht des Gegenübers berufen. Vertretungswirkungen können dementsprechend nur herbeigeführt werden, wenn das Rechtsgeschäft von der jeweiligen Vertretungsbefugnis abgedeckt ist. Weil bei der Doppelvertretung der Vertreter gleichzeitig die Interessen beider Parteien zu wahren hat, besteht grundsätzlich die Vermutung, dass das Geschäft nicht im Interesse des Vertretenen liegt und daher stillschweigend durch die Vertretungsbefugnis ausgeschlossen ist.<sup>21</sup> Mit anderen Worten ist das Rechtsgeschäft ungültig, weil aufgrund der fehlenden Vertretungsbefugnis bei der Gesellschaft keine Rechtswirkungen eintreten. Nach Ansicht des Bundesgerichts ergibt sich die Ungültig-

keit eines Insichgeschäfts indessen aufgrund der fehlenden Vertretungsmacht des Vertreters. Das Insichgeschäft sei ungültig, weil es ausserhalb des Gesellschaftszwecks liege.<sup>22</sup> Die Zuordnung zu Vertretungsmacht und -befugnis spielt bei Insichgeschäften im Endeffekt allerdings keine Rolle: Weil die Gegenseite ein und dieselbe Person wie die konfliktbetroffene Seite ist, kann sie ohnehin nicht gutgläubig sein.

Ein ungültiges Insichgeschäft gilt mangels Zurechenbarkeit an den Vertretenen zunächst als «schwebend» unwirksam.<sup>23</sup> Der Rechtsmangel der fehlenden Vertretungswirkung kann einerseits geheilt werden, indem der Vertreter darlegt, dass die Benachteiligungsgefahr durch die Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist. Andererseits können die vertretenen Parteien selbst aktiv werden und das Geschäft im Nachhinein genehmigen.

### 3. Ausnahmsweise Gültigkeit des Insichgeschäfts

#### 3.1 Aufgrund der besonderen Natur des Rechtsgeschäfts

##### 3.1.1 Die einzelnen Fallgruppen

Ein Insichgeschäft ist ausnahmsweise gültig, wenn es seiner Natur nach die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst. Zur Bestimmung, wann eine solche Ausnahme vorliegt, lassen sich unter Berücksichtigung der in diesem Zusammenhang ergangenen Rechtsprechung folgende Fallgruppen bilden:<sup>24</sup> (1) Geschäfte zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit, (2) Geschäfte zum Vorteil des Vertretenen, (3) Geschäfte unter Konzerngesellschaften, (4) Geschäfte mit objektiver Preisbestimmung und (5) Geschäfte mit besonderen vertraglichen Abreden.

##### (1) Reine Erfüllungsgeschäfte

Schon in seiner Entscheid von 1913 bestimmte das Bundesgericht, dass reine Erfüllungsgeschäfte nicht von der grundsätzlichen Unzulässigkeit von Insichgeschäften erfasst werden.<sup>25</sup> Auch bei reinen Er-

<sup>20</sup> Rolf Watter; in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. Aufl., Basel 2011, N 24 zu Art. 32.

<sup>21</sup> Die Interessenkonformität des Geschäfts wird bei Vorliegen eines Interessenkonflikts nicht vermutet. Sie muss durch das vertretende Organ hinsichtlich beider Vertragsparteien dargelegt werden. So sieht es das Bundesgericht für jene Geschäfte vor, die zwar kein Insichgeschäft darstellen, bei denen aber ein Interessenkonflikt vorliegt: «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» (BGE 126 III 361, E. 3a).

<sup>22</sup> BGE 126 III 361, E. 3a.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 38 Abs. 1 OR.

<sup>24</sup> Zu den Fallgruppen siehe Schott (Fn. 4), 123 ff. und Jung (Fn. 15), 281 ff.

<sup>25</sup> BGE 39 II 561, E. 3. Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – bis jetzt noch nie zur Frage geäußert, was unter einem «reinen Erfüllungsgeschäft» genau zu verstehen ist (vgl. BGE 89 II 321, E. 5).

füllungsgeschäften sind allerdings Fälle denkbar, bei denen der Vertretene einer Benachteiligungsgefahr ausgesetzt ist. So könnte allein schon die Wahl der Art der Erfüllungshandlung eine solche bewirken. Bestehen beispielsweise zwei sich gegenüberstehende Forderungen und ist die Gegenpartei illiquide, besteht bei der Tilgung durch Zahlung an diese die Gefahr der Benachteiligung der liquiden Partei. Der Vertreter der liquiden Partei müsste in diesem Fall die Verrechnung erklären, um die vertretene Partei nicht einem unnötigen Inkassorisiko auszusetzen. Wird aber mit einer Erfüllungshandlung ein bestimmter Gläubiger gegenüber den anderen Gläubigern der vertretenen Gesellschaft bevorzugt, ist das kein Problem. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Inschlaggeschäft sollen einzig dem Schutzbedürfnis der vertretenen Person, nicht aber demjenigen ihrer Gläubiger gerecht werden.<sup>26</sup>

Im vorliegenden Fall handelte es sich bei den beiden Verträgen vom 28. April 2009 nicht um reine Erfüllungsgeschäfte. Sie lassen sich somit nicht unter diese Fallgruppe einordnen.

## (2) Vorteilsgeschäfte

Bringt ein Geschäft bloss Vorteile für den Vertretenen mit sich,<sup>27</sup> lässt sich *e contrario* daraus schliessen, dass dieser keine Gefahr läuft, benachteiligt zu werden. Die Fallgruppe mit Geschäften zum Vorteil des Vertretenen kann allerdings nur beim Selbstkontrahieren eine Rolle spielen. Bei der Doppelvertretung, wo auf beiden Seiten eine Vertretung vorliegt, kann das Vorteilsgeschäft nicht zur ausnahmsweisen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts führen: ein einseitig vorteiliges synallagmatisches Geschäft ist für die Gegenseite regelmässig nachteilig.<sup>28</sup> Würde beispielsweise das Darlehen aus Sicht der Estates AG aufgrund des Zinssatzes von 2,5% als vorteilhaft erachtet werden, würde sich dieser Vorteil seitens der ebenfalls vertretenen Lüthy AG als Nachteil auswirken.

## (3) Konzerngeschäfte

Die Lüthy AG hatte vor Handelsgericht u.a. auch das Vorliegen eines Konzernverhältnisses zwischen ihr und der Estates AG geltend gemacht. Mit Kaufvertrag vom 20. November 2007 übernahm die Estates AG die Aktien der Lüthy AG. Dieser Kaufvertrag wurde aber am 30. März 2009 rückwirkend wieder aufgehoben. Am 6. April 2009 (Zeitpunkt der angeblichen Ermächtigung) und am 28. April 2009 (Zeitpunkt des Vertragsschlusses) waren die beiden Gesellschaften somit nicht zu einem Konzern verbunden.<sup>29</sup>

Liegt bei einem Konzernverhältnis eine sog. Doppelorganschaft<sup>30</sup> zur Erleichterung der einheitlichen Leitung vor, sind Interessenkonflikte systeminhärent. Es besteht hier ein Zielkonflikt zwischen dem Eigeninteresse der einzelnen Gesellschaft einerseits und der einheitlichen Leitung andererseits.<sup>31</sup> Für die betreffenden Verwaltungsratsmitglieder stellt sich bei Konzerngeschäften (ob in Doppelvertretung oder nicht) immer die Frage, inwiefern sie befugt sind, das Interesse des Konzerns wahrzunehmen. Eine Orientierung am Konzerninteresse erweist sich dann als unproblematisch, wenn es zu einer Angleichung der gleichzeitig verfolgten Interessen kommt.<sup>32</sup> Dies ist

<sup>29</sup> Es kommt noch hinzu, dass die Estates AG den Rückabwicklungsvertrag vom 30. März 2009 beim Bezirksgericht Zürich angefochten hat. Ihr Begehren auf Herausgabe der Aktien wurde erst mit Beschluss vom 26. Juli 2011 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen (Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. Mai 2012, Geschäfts-Nr. HG1 00174-O, E. 5 unter «IV. Materielles»).

<sup>30</sup> Mehrfachmandate, auch in Konzerngesellschaften, sind zulässig und in der Schweiz angesichts der vielen zu besetzenden Stellen durchaus eine Notwendigkeit (vgl. *Peter Forstmoser*, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Nedin Peter Vogt/ Dieter Zobl (Hrsg.), *Liber amicorum für Hermann Schulin*, Basel 2002, 10 ff.). Problematisch ist dies aber insbesondere in Konkurrenzsituation und bei gegenseitigen Geschäftsbeziehungen (*Thomas Alexander Steininger*, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Diss., Zürich 2011, 154 ff.).

<sup>31</sup> *Peter Forstmoser*, Haftung im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 59, Bern 2000, 89 ff., 138. Treten zwei Konzerngesellschaften in eine Geschäftsbeziehung, stellt sich grundsätzlich das Problem, dass je vorteiliger das Geschäft für die eine Seite ist, es umso nachteiliger für die andere Seite ist.

<sup>32</sup> Vgl. zum Ganzen *Karin Eugster/Hans Caspar von der Crone*, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, SZW 2004, 434 ff., 440; *Lukas Handschin*, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschafts-

<sup>26</sup> Ebenso *Schott* (Fn. 4), 128.

<sup>27</sup> Beispiele hierfür sind die Schenkung und die Bürgschaft. Sobald aber ein Synallagma gegeben ist, kann kein Vorteilsgeschäft vorliegen (vgl. *Schott* [Fn. 4], 152 ff.).

<sup>28</sup> Ebenso *Schott* (Fn. 4), 160 und Urteil des Handelsgerichts vom 25. Mai 2012, Geschäfts-Nr. HG100174-O, E. 3.3 unter «IV. Materielles».

etwa der Fall, wenn die Statuten in der Zweckumschreibung die Konzerneingliederung erwähnen. Weiter kommt es zu einer Interessenangleichung, wenn die Muttergesellschaft Alleininaktionärin der Tochtergesellschaft ist.<sup>33</sup> Diese Ausnahme umfasst auch den Fall, bei dem der Vertreter zugleich Alleininaktionär ist. Auch hier entfällt ein Schutzbedürfnis.<sup>34</sup>

Abgesehen von diesen Fällen tendiert die Rechtsprechung dazu, die Doppelvertretung bei Konzerngeschäften ganz allgemein als zulässig zu erachten.<sup>35</sup> So ging das Bundesgericht von einer stillschweigenden Zustimmung zu Insichgeschäften aus, falls diese «bei wirtschaftlich eng verbundenen Gesellschaften» vom gleichen Vertreter abgeschlossen werden.<sup>36</sup> Die besondere Natur von Konzerngeschäften würde demnach bewirken, dass die in Vertretung handelnden Verwaltungsratsmitglieder keine Zustimmung einholen müssten. Eine Zustimmung zur Doppelvertretung wäre im Konzern schon implizit vorhanden.<sup>37</sup> Sobald es aber bei einer Konzerngesellschaft eine Aktionärsminorität gibt, die ein Interesse daran hat, dass es in ihrer Gesellschaft zu keinem übermässigen Mittelabfluss kommt, kann die Zustimmung nicht als gegeben erachtet werden.<sup>38</sup> Der konfliktbehaftete Teil des Verwaltungsrats müsste aufgrund seiner Treuepflicht entweder dafür sorgen, dass die Natur des Rechtsgeschäfts eine Benachteiligungsfahr ausschliesst oder die Zustimmung durch konfliktfreie Verwaltungsratsmitglieder oder die Generalversammlung einholen. Nach der hier vertretenen Ansicht greift die Annahme der grundsätzlichen Zulässigkeit der Doppelvertretung bei Konzerngeschäften zu kurz.

ternen Entscheidfindung, 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 2003, 169 ff., 175.

<sup>33</sup> Die Grundsätze zu den Insichgeschäften dienen dem Schutz der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftsgläubigern. Ab Konkurseröffnung stehen den Gesellschaftsgläubigern die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG und die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR zur Verfügung (BGE 126 III 361, E. 5a).

<sup>34</sup> BGE 50 II 168, E. 5 und 126 III 361, E. 5a.

<sup>35</sup> Zur Lehre vgl. *Katja Roth Pellanda*, *Organisation des Verwaltungsrates*, Diss., Zürich/St. Gallen 2007, 184; *Schott* (Fn. 4), 227 f.

<sup>36</sup> BGE 127 III 332, E. 2c.

<sup>37</sup> *Michael Lazopoulos*, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Diss., Zürich 2004, 94.

<sup>38</sup> Ebenso *Steininger* (Fn. 30), 130.

#### (4) Geschäfte mit objektiver Preisbestimmung

Erfolgt bei einem Insichgeschäft die Preisbestimmung nach objektiven Kriterien, so ist das noch kein Beweis dafür, dass die Natur des Geschäfts die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst. Immerhin sollte der Abschluss zu Marktkonditionen aber genügen, die Vermutung der Ungültigkeit des Geschäfts in ihr Gegenteil zu kehren.<sup>39</sup> Liegt ein Markt- oder Börsenpreis vor, kann auf diesen abgestellt werden.<sup>40</sup> Besteht für das Kaufobjekt kein Markt- oder Börsenpreis, kann als Alternative das Ergebnis einer externen Bewertung (sog. Fairness Opinion) beigezogen werden.<sup>41</sup> So schreibt der Gesetzgeber beispielsweise auch im Börsenrecht für einen vergleichbaren Sachverhalt die Einholung einer Fairness Opinion vor: Besteht die Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots, muss der Preis des Angebots mindestens gleich hoch sein wie der Börsenkurs des betreffenden Beteiligungspapiers. Es kann jedoch vorkommen, dass ein Beteiligungspapier, für welches ein Angebotspreis bestimmt werden soll, zwar einen Börsenpreis hat, dieser aber wegen zu geringen Handels des Papiers zu wenig aussagekräftig ist.<sup>42</sup> In diesem Fall wird das Papier so behandelt, als hätte es keinen Börsenpreis, und es muss nach Art. 40 Abs. 4 BEHV-FINMA eine Bewertung durch die Offenlegungsstelle, d.h. durch eine unabhängige Drittinanz, erfolgen. Diese durch die

<sup>39</sup> *Von der Crone* (Fn. 16), 9. Nach *Böckli* ergibt sich die Gültigkeit eines zu Drittbedingungen abgeschlossenen Geschäfts nur dann, wenn die weiteren relevanten Punkte für den Geschäftsabschluss vorbestimmt oder bestimmbar waren (*Böckli* [Fn. 14], 357).

<sup>40</sup> Gemäss Bundesgericht sind Insichgeschäfte grundsätzlich unzulässig, wenn sie «keinen Markt- oder Börsenpreis haben und deren Verkaufspreis auch nicht etwa ein für allemal vom Vertretenen festgesetzt worden ist [...]» (BGE 39 II 561, E. 3). Wurde der Preis vom Vertretenen selbst festgesetzt, kann wohl regelmässig von einer entsprechenden Zustimmung ausgegangen werden.

<sup>41</sup> *Von der Crone* (Fn. 16), 9; ebenso *Böckli* (Fn. 14), 368; eine neutrale Begutachtung wird ebenfalls in Ziff. 16 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) der Economiesuisse (Hrsg.), Stand 2007 vorgeschlagen; a.A. *Schott* (Fn. 4), 141, mit der Begründung, dass das Einholen eines Gutachtens nicht geeignet sei für Insichgeschäfte.

<sup>42</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. illiquiden Beteiligungspapieren. Als solche gelten Titel, die während einer bestimmten Periode nicht an mindestens der Hälfte der Tage gehandelt worden sind. Vgl. dazu Mitteilung Nr. 2 der UEK zum Begriff der Liquidität vom 3. September 2007.

Praxis der Übernahmekommission entwickelte Regel lässt sich sinngemäss auf die Thematik der In-sichgeschäfte übertragen.

(5) Geschäfte mit besonderen vertraglichen Abreden

Im vorliegenden Fall argumentierte die Lüthy AG, dass die aus dem Forderungskauf herrührende Gefahr der Benachteiligung durch den Darlehensvertrag behoben werden konnte. Das Bundesgericht war dem gegenüber der Ansicht, die Verträge müssten isoliert betrachtet werden. Es betonte, dass die Benachteiligungsgefahr «nach der Natur des Geschäfts» ausgeschlossen sein müsse.<sup>43</sup> Der zweite Vertrag kann so gesehen keinen Einfluss auf die Natur des ersten nehmen. Vertragliche Abreden hingegen bilden einen Bestandteil eines Rechtsgeschäfts und sind daher mitbestimmend für dessen Natur. Mittels zusätzlicher Vertragsklauseln sollte aus diesem Grund die Vermutung der Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen in ihr Gegenteil gekehrt werden können. Das Bundesgericht war hinsichtlich des ersten Vertrages der Ansicht, dass der Verkauf einer Forderung zum Nominalwert nicht genügen würde, um die Gefahr einer Benachteiligung auszuschliessen. Die Benachteiligung liege beim Forderungskauf hauptsächlich darin, dass jederzeit die Möglichkeit bestehe, dass der Schuldner der verkauften Forderung zahlungsunfähig werde.<sup>44</sup> Ohne Vorhandensein eines Markt- oder Börsenpreises bildet den Ausgangspunkt für die Wertbestimmung einer Forderung jeweils ihr Nominalwert. Dieser ist um das Inkasso- und Ausfallrisiko und den Zeitwert des Geldes zu berichtigen.

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts geht hervor, dass das Hauptproblem beim vorliegenden Geschäft die Tatsache war, dass beim Kauf einer Forderung zum Nominalwert «dem Entgelt im Nominal-

betrag eine mit einem Inkassorisiko belastete Forderung gegenüber steht.»<sup>45</sup> Dem Forderungskauf hätte dementsprechend dadurch zur Gültigkeit verholfen werden können, dass die Lüthy AG mittels besonderer vertraglicher Abrede sowohl das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin als auch des Nichtbestehens der Forderung<sup>46</sup> übernommen hätte. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass «bei der entgeltlichen Abtretung einer Forderung zum Nominalwert nur dann eine gleichwertige Forderung besteht, wenn die Einbringlichkeit der Forderung zugesichert wird».<sup>47</sup> Wird die Einbringlichkeit der Forderung bloss zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zugesichert, handelt es sich um eine Zusicherung der Bonität nach Art. 171 Abs. 2 OR. Soll die Einbringlichkeit auch in Zukunft weiter Bestand haben, so ist sie als Garantie i.S.v. Art. 111 OR zu qualifizieren. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht festgestellt, dass eine Zusicherung der Bonität nicht in jedem Fall zugleich auch eine Garantie für die Einbringlichkeit der Forderung beinhaltet. Im Zweifel würde der Verkäufer nicht auch noch das Risiko einer späteren Änderung der Verhältnisse übernehmen. Es könne sich aber aus den besonderen Begleitumständen ergeben, dass mit der Abgabe der Zusicherung der Bonität auch eine Garantie für die Einbringlichkeit der Forderung übernommen werde.<sup>48</sup> Weiter könnte die Zusicherung der Einbringlichkeit auf den ersten Blick auch als Zusicherung i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR qualifiziert werden. Für die Garantie spricht aber, dass das Fortbestehen der Einbringlichkeit ausserhalb des Einflussbereichs der Verkäuferin liegt und damit eine prospektive Bedeutung hat.<sup>49</sup> Als Fazit kann damit festgehalten werden, dass beim Kauf einer Forderung zum Nominalwert die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen dadurch ausgeschlossen werden kann, dass als besondere vertragli-

<sup>43</sup> BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.1.2.

<sup>44</sup> Beispielsweise müsse in jedem Moment damit gerechnet werden, dass gegen diesen unvorhergesehene Schadenersatzansprüche auftauchen (BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.1.2). Es gibt zwar nahezu risikolose Forderungen (z.B. die Bundesanleihe), abgesehen von diesen seltenen Ausnahmefällen muss aber jederzeit mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass der Schuldner aufgrund unvorhergesehener Umstände zahlungsunfähig wird. Vorliegend geht aus dem Urteil des Handelsgerichts hervor, dass es sich bei der Schuldnerin der fraglichen Forderung um die unbestrittenermassen solvente Muttergesellschaft der Estates AG handelt. Die Lüthy AG machte deshalb u.a. geltend, es habe weder ein Inkassorisiko (Bonität) noch ein Ausfallrisiko (Verität) bestanden.

<sup>45</sup> BGer 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.1.2.

<sup>46</sup> Der Zedent haftet nach Art. 171 Abs. 1 OR nur für den Bestand der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung, falls sie zu diesem Zeitpunkt bereits existiert (*Daniel Girsberger*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. Aufl., Basel 2011, N 8 zu Art. 171). Für den zeitlich späteren Bestand besteht keine Haftung nach Art. 171 Abs. 1 OR.

<sup>47</sup> BGer 5A\_353/2011 vom 31. Oktober 2011, E. 5.2.

<sup>48</sup> Zum Ganzen BGE 47 II 183, E. 2.

<sup>49</sup> Vgl. auch BGE 122 III 426, E. 5b und 5c: Hier ging es um die zukünftige Überbaubarkeit eines verkauften Grundstücks.

che Abrede die Einbringlichkeit der Forderung im Sinne einer Garantie nach Art. 111 OR vereinbart wird.

### 3.1.2 Fallgruppen zur Annäherung an einen unbestimmten Rechtsbegriff

Das Handelsgericht hat in seinen Erwägungen auf Fallgruppen abgestellt, wie sie in der Lehre vorgeschlagen werden. Es ging dabei von der Annahme aus, dass sich ein Sachverhalt unter eine dieser Fallgruppen subsumieren lassen müsste, ansonsten eine Benachteiligungsgefahr bestehen würde.<sup>50</sup> Werden Fallgruppen bei unbestimmten Rechtsbegriffen im Sinne eines Numerus clausus verstanden, besteht aber die Gefahr, dass am Einzelfall vorbei entschieden wird. So gibt es denn keine objektiven Kriterien, welche einer weiteren oder einer engeren Formulierung der Fallgruppen entgegenstehen würden.<sup>51</sup> Zudem kann sich eine Benachteiligung des Vertretenen aus fallgruppenfremden Kriterien, wie aus dem Zeitpunkt des Abschlusses, aus dem Umfang des Geschäfts oder aus der Person des Geschäftspartners ergeben.<sup>52</sup> Konkret kann sich eine Benachteiligung z.B.daraus ergeben, dass das Geschäft nicht sinnvoll ist und damit nicht im Interesse der vertretenen Gesellschaft liegt.<sup>53</sup> Handkehrum kann die Zuordnung zu einer Fallgruppe auch kein Garant für das Fehlen einer Benachteiligungsgefahr sein. Sobald bei einem unbestimmten Rechtsbegriff<sup>54</sup> die konkreten Umstände eine Rolle spielen, ist eine Einzelfallentscheidung gefragt. Allein ausgehend von standardisierten Fallgruppen lässt sich somit keine sachverhaltsgerechte Schlussfolgerung mittels deduktiver Beweisführung herleiten. Es fällt denn auch auf, dass das Bundesgericht in seinen Erwägungen von der Argumentationsweise des Handelsgerichts abwich und auf die Zuhilfenahme von vorformulierten Fallgruppen verzichtete.<sup>55</sup>

## 3.2 Aufgrund einer Ermächtigung oder Genehmigung durch den Vertretenen

### 3.2.1 Zustimmung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ

Schliesst die Natur eines Insichgeschäfts die Benachteiligung des Vertretenen nicht aus, kann diesem mit einer besonderen Ermächtigung oder nachträglichen Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ zur Gültigkeit verholfen werden. Bei der Aktiengesellschaft kommen nach Bundesgericht hierfür die übrigen Verwaltungsratsmitglieder oder die Generalversammlung in Frage.<sup>56</sup> Der Verwaltungsrat hat allerdings auch die Möglichkeit, die operative Führung der Gesellschaft an eine personell vollständig von ihm getrennte Geschäftsleitung zu delegieren. Erfolgt in einem solchen Fall der Abschluss eines Insichgeschäfts durch ein Geschäftsleitungsmitglied, könnte auch ein anderes – ihm nebengeordnetes – Geschäftsleitungsmitglied dem Geschäft zustimmen. Die Zustimmung des neben- oder übergeordneten Organs muss nicht eine ausdrückliche sein; wie vorne am Beispiel des Konzerngeschäfts gesehen, kann sie durchaus auch stillschweigend erfolgen.<sup>57</sup>

### 3.2.2 Zustimmungsberechtigung des Verwaltungsrats als Gremium oder durch Delegierte

#### (1) Erfordernis der Zuständigkeit

Nach der Ansicht des Bundesgerichts handelt es sich bei der Zustimmung durch ein anderes Verwaltungsratsmitglied um einen Akt der Vertretung der Gesellschaft.<sup>58</sup> Massgeblich sei daher die Zeichnungsberechtigung des jeweiligen Mitglieds. Besitzt ein Verwaltungsratsmitglied eine Kollektivzeichnungsberechtigung, kann es demnach einem Insich-

<sup>50</sup> Urteil des Handelsgerichts vom 25. Mai 2012, Geschäfts-Nr. HG100174-O, E. 3.3 unter «IV. Materielles».

<sup>51</sup> So gesehen spielt in jede vorformulierte Fallgruppe das Moment der Willkür mit hinein.

<sup>52</sup> Ebenso Böckli (Fn. 14), 357.

<sup>53</sup> Von der Crone (Fn. 16), 9.

<sup>54</sup> Vorliegend die «besondere Natur» des Rechtsgeschäfts.

<sup>55</sup> Es stellte bloss auf die konkreten Umstände des Einzelfalls i.S.v. Art. 4 ZGB ab.

<sup>56</sup> BGE 127 III 332, E. 2b f.

<sup>57</sup> Vgl. vorne III.3.1.1(3). In BGER 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999 genügte es, dass der Alleinaktionär Kenntnis vom fraglichen Geschäft hatte und nichts dagegen unternahm, m.a.W. dieses tolerierte (Stutz/von der Crone [Fn. 4], 108 m.w.H.). In zwei weiteren Entscheiden ging es von einer konkludenten Genehmigung der Generalversammlung aus, wenn an einem Vertrag die Gesamtheit der Aktionäre beteiligt ist (BGER 4C.25/2005 vom 15. August 2005, E. 1.3 und 4C.148/2002 vom 30. Juli 2002, E. 3.1).

<sup>58</sup> Während sich die Geschäftsführung auf die interne Leitung der Gesellschaft bezieht, hat die Vertretung das rechtsgeschäftliche Handeln der Gesellschaft gegen ausen zum Gegenstand (BGE 127 III 332, E. 2b.bb m.w.H.).

geschäft grundsätzlich nicht allein zustimmen.<sup>59</sup> Das Bundesgericht begründet seinen Standpunkt mit dem Argument, dass es sich bei der Zustimmung um einen Akt der Vertretung der Gesellschaft und nicht um eine Geschäftsführungshandlung handelt. Die Ursache für die fehlende Vertretungswirkung und damit des Rechtsmangels liegt aber genau genommen gerade in einem Geschäftsführungsentscheid des kontrahierenden Verwaltungsratsmitglieds. Es handelt sich insofern um eine Frage der korrekten Mandatsausführung des Organvertreters, die in erster Linie das Innenverhältnis der vertretenen Gesellschaften betrifft und sich erst in zweiter Linie als Folge der fehlenden Vertretungsbefugnis gegen aussen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auswirkt. Konsequenterweise sollte aus diesem Grund beim internen Geschäftsführungsentscheid und bei dem diesem vorausgehenden Entscheidungsprozess angesetzt werden, um den Rechtsmangel zu heilen. So muss der Entscheid im Nachhinein abgestützt werden können, indem eine Fairness Opinion eingeholt wird oder indem das dafür intern zuständige Organ das Geschäft absegnet. Das für die Geschäftsführung kompetente Organ ist der Verwaltungsrat als Gremium, soweit diese nicht nach Massgabe des Organisationsreglements delegiert wurde (Art. 716 Abs. 3 OR). Die Zeichnungsberechtigung begründet zwar die Vermutung einer Genehmigungsberechtigung allein aus der Überlegung, dass wer ein Geschäft selbst abschliessen dürfte, auch in der Lage sein muss, ein solches zu genehmigen. Sie stellt aber für sich allein weder ein Erfordernis noch einen Nachweis für die Kompetenz zur Genehmigung dar. So wenig wie die Zeichnungsberechtigung bei der Zustimmung durch die Generalversammlung ein formelles Kriterium darstellt, so wenig tut sie es bei einer Zustimmung auf der Ebene des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung. Entscheidend ist hier vielmehr, wer nach der internen Ordnung für das in Frage stehende Rechtsgeschäft zuständig ist.

<sup>59</sup> Ein Geschäft könne aber dann ausnahmsweise durch ein kollektivzeichnungsberechtigtes Mitglied genehmigt werden, wenn der Abschluss durch ein gleichermassen konfliktfreies Mitglied mit ebenfalls Kollektivzeichnungsberechtigung erfolgt sei (BGE 128 III 129, E. 2b und BGER 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.2.1).

## (2) Erfordernis der Konfliktfreiheit

### (a) Interessenkonflikt generell

Wer einem Rechtsgeschäft zustimmen will, muss in Bezug auf dieses Geschäft frei von einem Interessenkonflikt sein. Ein Interessenkonflikt bezeichnet allgemein das Dilemma der gleichzeitigen Wahrung der Interessen mehrerer Personen, welche bei jeder zu treffenden Entscheidung voneinander abweichen können. Bei einem Vertragsschluss liegt er vor, wenn am Geschäft eine Person beteiligt ist, die aufgrund ihrer Stellung die Interessen beider Vertragsparteien zu wahren hat.<sup>60</sup> Beim Insichgeschäft ist dies stets der Fall. Ein Interessenkonflikt bei Vertragsschluss kann aber auch dann in Erscheinung treten, wenn der Vertrag kein Insichgeschäft darstellt. So beispielsweise wenn ein Vertreter mit einer dritten Person kontrahiert, weil er dieser eine persönliche Gefälligkeit schuldet. Oder wenn zwei Verwaltungsratsmitglieder in Doppelorganschaft mit jeweils Einzelzeichnungsberechtigung für je eine der beiden vertretenen Gesellschaften unterschreiben. Interessenkonflikte, die den Tatbestand des Insichgeschäfts nicht erfüllen, sind im Grundsatz gleich zu behandeln, wie solche, die den Tatbestand erfüllen. Es ist ebenfalls davon auszugehen, dass interessenwidriges,<sup>61</sup> im Sinne von nicht konfliktfreiem, Vertreterhandeln von der Vertretungsbefugnis stillschweigend ausgeschlossen ist. Hier stellt sich aber das Problem, dass die Gegenseite eine Drittperson ist. Einer solchen kann die stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis nur dann entgegengehalten werden, wenn sie bösgläubig ist: Damit das Geschäft ungültig ist, muss sie den Interessenkonflikt gekannt haben oder hätte

<sup>60</sup> BGER 4A\_360/2012 vom 3. Dezember 2012, E. 4.2.2. Die abstrakte Gefahr abweichender Interessen genügt somit; ein eigentlicher Zielkonflikt ist nicht nötig. Vgl. auch *Stutz/von der Crone* (Fn. 4), 103 m.w.H. Eine ähnliche Situation besteht im Anwaltsrecht: Gemäss Art. 12 lit. c BGFA haben Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, zu meiden. Dies hat zur Konsequenz, dass die Doppelvertretung zweier gegeneinander im Prozess stehender Parteien untersagt ist. Im Gegensatz zum Insichgeschäft genügt einerseits die abstrakte Möglichkeit eines Interessenkonflikts nicht (BGE 134 II 108, E. 4), andererseits kann aber beim tatsächlichen Vorliegen eines Interessenkonflikts die Zustimmung der vertretenen Parteien am Verbot der Doppelvertretung nichts ändern (*Niklaus Studer*; Die Doppelvertretung nach Art. 12 lit. c BGFA, Anwaltsrevue 6–7/2004, 234 f., 235).

<sup>61</sup> BGE 126 III 361, E. 3a.

ihn bei gebührender Aufmerksamkeit erkennen müssen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Für das Fehlen der Vertretungsbefugnis genügt bereits, dass ein Interessenkonflikt abstrakt vorliegt. Ob er sich im konkreten Fall zum Nachteil der vertretenen Person auswirkt oder nicht, spielt keine Rolle.<sup>62</sup>

#### (b) Interessenkonflikt beim Doppelmandat

Die Lüthy AG machte vor Gericht geltend, der Verwaltungsratspräsident der Estates AG (nachfolgend «C») habe die Geschäfte vom 28. April 2009 unmittelbar nach deren Abschluss genehmigt. Zwar sei C am 30. März 2009 ebenfalls in den Verwaltungsrat der Lüthy AG gewählt worden, die entsprechende Publikation im SHAB sei aber erst am 1. Mai 2009 erfolgt. Weiter habe C bis zu seiner Abwahl am 21. Juli 2009 nie für die Lüthy AG gehandelt und es habe in dieser Zeit keine Verwaltungsratssitzung stattgefunden.<sup>63</sup> Das Bundesgericht teilte die Ansicht der Lüthy AG nicht. Es hielt fest, dass für das Bestehen eines Interessenkonfliktes bereits die Wahl in den Verwaltungsrat genüge. C galt somit ab dem 30. März 2009 nicht mehr als konfliktfrei und vermochte den Geschäften ab diesem Zeitpunkt folglich nicht mehr zuzustimmen.

#### (3) Zustimmung durch das gesamte Gremium

Die Zustimmung zum Geschäft durch das Gesamtgremium des Verwaltungsrates hat mit einem Mehrheitsbeschluss der konfliktfreien Verwaltungsratsmitglieder zu erfolgen. Die Lüthy AG hat in diesem Zusammenhang geltend gemacht, am 28. April 2009 hätte eine Verwaltungsratssitzung der Estates AG stattgefunden, anlässlich welcher C als Präsident die Genehmigung allein hätte beschliessen können. Gemäss Statuten hätte er auch das Recht dazu. Es komme beim Verwaltungsratsbeschluss nicht auf die Zeichnungsbefugnis an, sondern auf seine Organstellung als Verwaltungsrat. Das Bundesgericht wies die Argumentation der Lüthy AG dahingehend ab, als es C ebenfalls als nicht konfliktfreies Mitglied erachtete.<sup>64</sup> Es wich damit der Frage aus, ob die Zustimmung durch ein einziges stimmendes Verwaltungsratsmitglied mit blosser Kollektivzeichnungsbefugnis

im Rahmen eines Verwaltungsratsbeschlusses gültig erfolgen kann. Unseres Erachtens sollte ein solcher Beschluss möglich sein, da bei der Zustimmung ohnehin nicht die Zeichnungsbefugnis, sondern die interne Zuständigkeit ausschlaggebend ist.

#### (4) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es bei der internen Abstützung eines Insihgeschäfts auf Ebene des Verwaltungsrats oder der von ihm mit der Geschäftsführung betrauten Personen drei Erfordernisse zu beachten gilt: Erstens darf das zustimmende Organ oder die zustimmende Person dem vertragsschliessenden Vertreter hierarchisch nicht unterstellt sein, zweitens muss das Organ oder die Person nach der internen Ordnung für solche Geschäfte zuständig sein und drittens dürfen sich an der Zustimmung nur Personen beteiligen, die als konfliktfrei gelten. Sollte eines dieser Erfordernisse nicht erfüllt sein, besteht alternativ die Möglichkeit, eine Fairness Opinion durch Dritte oder die Zustimmung durch die Generalversammlung einzuholen.

#### 3.2.3 Zustimmungsbefugnis der Generalversammlung

Die Zustimmung zum Insihgeschäft kann alternativ auch durch die Generalversammlung als «übergeordnetes Organ» erfolgen. Von dieser Möglichkeit muss insbesondere dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Verwaltungsrat, der das Insihgeschäft abgeschlossen hat, das einzige Verwaltungsratsmitglied ist, oder wenn im Gremium kein weiteres konfliktfreies Mitglied vorhanden ist.

Auf der Ebene der Generalversammlung stellt sich wiederum die Frage, ob sich ein nicht konfliktfreier Aktionär beim Ermächtigungs- oder Genehmigungsbeschluss der Stimme enthalten muss. Das Bundesgericht selbst hat sich zur Frage der Stimmrechtbefugnis nicht konfliktfreier Aktionäre noch nicht explizit geäussert.<sup>65</sup> Ein Teil der Lehre spricht sich ge-

<sup>62</sup> BGE 126 III 361, E. 3a.

<sup>63</sup> Urteil des Handelsgerichts vom 25. Mai 2012, Geschäfts-Nr. HG100174-O, E. 4.1 unter «IV. Materielles».

<sup>64</sup> Dazu vorne III.3.2.2(2)(a).

<sup>65</sup> In BGE 126 III 361, E. 5a hielt es fest, dass die Minderheitsaktionärin einen allfälligen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung anfechten kann. In der Lehre wird z.T. geltend gemacht, dass das Bundesgericht hier von der Annahme ausgegangen sei, dass für den nicht konfliktfreien Aktionär kein Stimmrechtsausschluss bestehe. Damit es überhaupt zu einem den Interessen der Minderheitsaktionärin zuwiderlaufenden Beschluss hätte kommen können, müsste zwangsläufig der nicht konfliktfreie Mehrheitsaktionär seine Stimme ebenfalls abgegeben ha-

gen einen Stimmrechtsausschluss konfliktbehafteter Aktionäre aus<sup>66</sup> und begründet dies hauptsächlich damit, dass es sich um einen gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluss handeln würde, bei welchem die Aktionäre ihr Stimmrecht grundsätzlich auch in eigener Sache ausüben können.<sup>67</sup> Genau genommen handelt es sich aber bei der Zustimmung durch die Generalversammlung nicht um einen Generalversammlungsbeschluss im formellen Sinne. Aufgrund des Paritätsprinzips ist die Generalversammlung gar nicht in der Lage, selbst Geschäftsführungsentscheide zu treffen.<sup>68</sup> Die Genehmigung eines In-sich-Geschäfts durch die Generalversammlung hat bloss die Funktion einer Konsultation und stellt deshalb eine Beschlussform *extra lege* dar. Aufgrund der besonderen Funktion des Beschlusses können nur die konfliktfreien Aktionäre teilnehmen. Ansonsten würde die fehlende Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft dazu führen, dass der Verfolgung von Eigeninteressen keine Schranken gesetzt wären. Wenn der Verwaltungsrat mit einem Geschäft ohnehin bloss die Interessen des Mehrheitsaktionärs verfolgt hat, verkäme ein anschliessender Generalversammlungsbeschluss mit dessen Beteiligung zur Farce und dem Missbrauch wären Tür und Tor geöffnet. Ein Mehrheitsaktionär hätte beispielsweise mittels nachträglicher Genehmigung die Möglichkeit, die Gesellschaft zugunsten einer anderen von ihm beherrschten Gesellschaft zu bereichern.<sup>69</sup> Minderheits-

aktionäre und Gesellschaftsgläubiger könnten diesem Vorgehen keinen Einhalt gebieten, sondern hätten bloss nachträglich die Möglichkeit, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben. Bei der Zustimmung durch die Generalversammlung handelt es sich somit um einen besonderen Beschluss durch die Mehrheit der von einem Interessenkonflikt freien Minderheit der Mitglieder.

#### IV. Ergebnis

Die Doppelvertretung hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ist nach der Natur des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen oder es liegt eine Ermächtigung oder Genehmigung durch den Vertretenen vor. Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Organvertretung in der Aktiengesellschaft dem Begriff der sog. «besonderen Natur des Rechtsgeschäfts» schärfere Konturen verliehen. Insbesondere hat es klargestellt, dass eine Forderungsabtretung zu ihrem Nominalwert die Benachteiligungsgefahr des Käufers in der Regel nicht ausschliesst. Dass die Schuldnerin im Moment der Abtretung solvent ist, würde nichts daran ändern. Dieser Zustand könne sich unvorhergesehen jederzeit ändern. Ob sich das Geschäft tatsächlich ungünstig auswirken wird, ist nach Ansicht des Bundesgerichts nicht massgebend.

Die Ermächtigung oder Genehmigung zum In-sich-Geschäft kann in der Aktiengesellschaft durch den Verwaltungsrat als nebengeordnetes Organ oder durch die Generalversammlung als übergeordnetes Organ erfolgen. Hinsichtlich der Zustimmung durch den Verwaltungsrat hat das Bundesgericht klargestellt, dass eine solche nur durch Mitglieder erfolgen kann, die frei von Interessenkonflikten sind. Ein Mitglied gilt unter anderem nicht mehr als konfliktfrei, sobald es rein formell die Interessen der Gegenpartei ebenfalls zu wahren hat. Die Zustimmungsberechtigung des einzelnen Mitglieds ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht aufgrund von dessen Zeichnungsberechtigung, sondern aufgrund der internen Zuständigkeitsordnung.

ben. Vgl. *Arnold F. Rusch*, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss., Zürich 2004, 74; *Martina Isler*, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Diss., Zürich/St.Gallen 2010, 192; *Walter A. Stoffel/Michel Heinzmann*, Interessendurchgriff?, 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 2003, 199 ff., 207.

<sup>66</sup> *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 454 ff.; *Isler* (Fn. 65), 191 f.

<sup>67</sup> Das Vereinsrecht kennt in Art. 68 ZGB explizit einen solchen Stimmrechtsausschluss. Das Aktienrecht aber verfolge einen anderen Ansatz, indem es diverse materielle Schutznormen (z.B. Art. 718b OR) und Klagerechte vorsehe (*Böckli* [Fn. 66], § 12 N 461).

<sup>68</sup> *Stutz/von der Crone* (Fn. 4), 109.

<sup>69</sup> Siehe auch die Praxis der Übernahmekommission zum selektiven Opting out nach Art. 22 Abs. 3 BEHG: Stehen sich beim Entscheid Mehrheits- und Minderheitsaktionäre gegenüber, ist als spezielles Quorum die Mehrheit der Minderheit massgebend (Verfügung 518/01 der Übernah-