

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI

Harald Bärtschi
Christoph B. Bühler
Lukas Glanzmann
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Urs Schenker
Alexander Vogel / Daniel Küpfer



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ
OLIVER ARTER
FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:

HARALD BÄRTSCHI
CHRISTOPH B. BÜHLER
LUKAS GLANZMANN
FLORIAN S. JÖRG
PETER JUNG
PETER V. KUNZ
URS SCHENKER
ALEXANDER VOGEL / DANIEL KÜPFER



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-8779-4



Mix
Produktgruppe aus verbildlicher
Waldbirtschaft und anderen
kontrollierten Herkünften

Cert.no. S05-COC-023903
www.fsc.org
© 1996 Forest Stewardship Council

Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst

PETER JUNG

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst | 273 |
| 1. Anwendungsbereich der Regeln für Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht | 274 |
| 1.1 Fälle des Selbstkontrahierens | 274 |
| 1.2 Fälle der unmittelbaren Doppelvertretung | 275 |
| 1.3 Fälle mit vergleichbaren Interessenkonflikten | 275 |
| 1.3.1 Eigengeschäfte | 276 |
| 1.3.2 Näheverhältnisse | 276 |
| 1.3.3 Einflussnahme auf Vertreter, Untervertreter oder Nebenvertreter | 277 |
| 1.3.4 Einseitige Rechtsgeschäfte | 278 |
| 1.3.5 Beschlüsse | 279 |
| 2. Zulässigkeit und Wirksamkeit von Insichgeschäften im Gesellschaftsrecht | 280 |
| 2.1 Allgemeine Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen | 281 |
| 2.1.1 Zulässigkeit und Wirksamkeit des Selbstkontrahierens | 281 |
| 2.1.1.1 Ausschluss einer Benachteiligung durch die Natur oder die Ausgestaltung des Vertretungsgeschäfts | 282 |
| 2.1.1.2 Stellung des Vertreters als (Quasi-)Alleingesellschafter (Interessenidentität) | 283 |
| 2.1.1.3 Zustimmung der vertretenen Gesellschaft | 284 |
| 2.1.1.3.1 Modalitäten der Zustimmung einer Aktiengesellschaft | 285 |
| 2.1.1.3.2 Modalitäten der Zustimmung einer GmbH | 290 |
| 2.1.1.3.3 Modalitäten der Zustimmung einer Personengesellschaft | 292 |
| 2.1.2 Zulässigkeit und Wirksamkeit der unmittelbaren Doppelvertretung | 293 |
| 2.1.3 Zulässigkeit und Wirksamkeit von Geschäften mit vergleichbaren Interessenkonflikten | 294 |
| 2.2 Besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen im Kapitalgesellschafts- und Genossenschaftsrecht | 295 |
| 2.2.1 Anwendungsvoraussetzungen | 295 |
| 2.2.2 Rechtsfolgen | 296 |
| 3. Rechtsfolgen unwirksamer Insichgeschäfte | 297 |
| 3.1 Haftung des Vertreters als Vertreter ohne Vertretungsmacht | 297 |
| 3.2 Haftung und Abberufung des Vertreters aufgrund einer Pflichtverletzung | 298 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 3.3 | Rückerstattung rechtsgrundlos erlangter Leistungen bzw. verdeckter Gewinnausschüttungen | 298 |
| 3.4 | Anfechtbarkeit von Beschlüssen | 299 |
| 4. | Fazit | 299 |
| | Literaturverzeichnis | 300 |

Interessenkonflikte bei der Vornahme von Rechtsgeschäften durch einen Gesellschafter oder ein Organmitglied gehören insbesondere in kleineren Verhältnissen und bei Zugehörigkeit zu einem Konzern zu den alltäglichen Problemen des Gesellschaftsrechts. Sie haben daher auch immer wieder die Rechtsprechung beschäftigt¹, die mit Recht auch im Bereich der organschaftlichen Vertretung (unter Einschluss der Liquidatoren²) die allgemeinen Grundsätze betreffend die Insihgeschäfte von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Stellvertretern herangezogen hat³. Für die Beteiligten ist es dabei wichtig, neben den verschiedenen Arten der betroffenen Geschäfte (1.) die für diese geltenden Spielregeln (2.) sowie die mit ihnen verbundenen Unwirksamkeits- und Haftungsrisiken (3.) genau zu kennen.

1. Anwendungsbereich der Regeln für Insihgeschäfte im Gesellschaftsrecht

1.1 Fälle des Selbstkontrahierens

Die eine Grundkonstellation der im Folgenden zu erörternden Fälle von Insihgeschäften im Gesellschaftsrecht bildet das sog. Selbstkontrahieren⁴. Dabei schliessen ein oder mehrere Gesellschafter, Organmitglieder

¹ BGE 39 II 561; BGE 50 II 168; BGE 63 II 173; BGE 89 II 321; BGE 95 II 442; BGE 95 II 617; BGE 98 II 211; BGer ZR 77 (1978), S. 126 (Nr. 44); BGE 111 II 284; BGE 120 II 5; BGer 4C.402/1998 = Pra 2000 Nr. 50; BGE 126 III 361; BGE 127 III 332; BGer 4C.148/2002; BGer 4C.212/2002; BGer 4C.25/2005; BGer 4C.327/2005; BGE 132 III 758; BGer 4A_134/2007; KGer SG GVP 1997 Nr. 33 SJZ 95 (1999), S. 328; HGer ZH ZR 104 (2005), S. 257 ff. (Nr. 71).

² BGer 4C.148/2002.

³ BGE 63 II 173, 174 f.; BGE 89 II 321, 324 ff.; BGE 126 III 361, 363 ff.; BGer 4C.18/2001.

⁴ Beispiele aus der Rechtsprechung bilden die Entscheidungen BGE 39 II 561; BGE 50 II 168; BGE 95 II 442; BGer 4C.25/2005; BGer 4C.327/2005; KGer SG GVP 1997 Nr. 33 SJZ 95 (1999), S. 328.

bzw. Bevollmächtigte als Vertreter der Gesellschaft mit sich selbst einen Vertrag. Der massgebliche Interessenkonflikt entsteht dabei auf Seiten des Vertragspartners der Gesellschaft, der nicht nur die Interessen der von ihm zu vertretenden Gesellschaft wahrzunehmen hat, sondern daneben auch seine eigenen Interessen als Vertragspartner verfolgen möchte.

1.2 Fälle der unmittelbaren Doppelvertretung

In den Fällen einer unmittelbaren⁵ Doppelvertretung werden beide oder (bei mehrseitigen Verträgen) mehrere Vertragspartner durch denselben rechtsgeschäftlichen (Doppelvertretung i.e.S.) oder organschaftlichen (Doppelorganschaft) Vertreter vertreten⁶. Der massgebliche Interessenkonflikt entsteht damit in der Person des Vertreters, der nicht allein die Interessen einer Vertragspartei wahrzunehmen hat⁷. Es droht die Bevorzugung einer der vertretenen Personen⁸. Ferner ist die kontroverse Verhandlung des Vertragsinhalts nicht gewährleistet.

1.3 Fälle mit vergleichbaren Interessenkonflikten

In Rechtsprechung⁹ und Literatur¹⁰ wird darüber hinaus erwogen, alle oder bestimmte Regeln über Insichgeschäfte auch auf vergleichbare Interessenkonflikte zu erstrecken. Dies ist nicht nur eine Frage der Gleichbehandlung hinreichend ähnlicher Fälle, sondern auch eine Frage des Schutzes

⁵ Zu den Fällen der sog. mittelbaren Doppelvertretung siehe unter 1.3.3.

⁶ Beispiele aus der Rechtsprechung bilden die Entscheidungen BGE 63 II 173, 174 f.; BGE 93 II 461, 480 ff.; BGE 95 II 617, 621 f.; BGE 98 II 211, 219; BGer ZR 77 (1978), S. 126 ff. (Nr. 44); BGer 4C.18/2001; BGer 4C.212/2002; BGer 4C.35/2005; BGE 132 III 758; BGer 4A_134/2007.

⁷ ZK-HOMBURGER, N 908 zu Art. 717 OR; BasK-WATTER, N 13 zu Art. 718a OR; ZOBL, S. 302; für die Unbeachtlichkeit des bei der Doppelvertretung entstehenden Interessenkonflikts u.a. auch unter Hinweis auf das französische Recht allerdings KEICHER, S. 74 f., und EGGER, S. 55; für eine Sonderbehandlung der Doppelvertretung in neuerer Zeit auch KISSLING, N 257 ff.

⁸ DÜRR, S. 43.

⁹ BGE 89 II 321 (bejahend); BGE 111 II 284 (bejahend); BGE 126 III 361 (bejahend); BGer 4C.327/2005 (bejahend); BGer 4C.402/1998 = Pra 2000 Nr. 50 (ablehnend).

¹⁰ BasK-WATTER/SCHNELLER, N 19 zu Art. 33 OR; weitgehend ablehnend SCHOTT, S. 76 ff., und ZOBL, S. 304 ff.

der Regeln über Insichgeschäfte gegen Umgehungen. In Betracht kommen die folgenden Situationen:

1.3.1 Eigengeschäfte

In den Fällen des sog. Eigengeschäfts kontrahiert der rechtsgeschäftliche oder organschaftliche Vertreter der Gesellschaft zwar formell mit einem Dritten, das Geschäft liegt aber nicht (allein) im Interesse der vertretenen Gesellschaft, sondern (auch) in seinem eigenen. Der massgebliche Interessenkonflikt entsteht mithin in der Person des Vertreters, der neben den von ihm als Vertreter wahrzunehmenden Interessen der Gesellschaft (auch) seine eigenen Interessen verfolgt. Beispiele für Eigengeschäfte bilden die von Gesellschaftsseite erfolgende Sicherung einer Schuld des bei Abschluss des Sicherungsgeschäfts (Schuldbeitritt, Bürgschaftsübernahme) als ihr Vertreter Handelnden¹¹ sowie die Erfüllung einer Verbindlichkeit des dabei als ihr Vertreter Handelnden durch die Gesellschaft¹². Aufgrund der Ähnlichkeit dieser Fälle ist eine entsprechende Anwendung der Regeln über Insichgeschäfte geboten¹³.

1.3.2 Näheverhältnisse

Auch wirtschaftliche oder persönliche Näheverhältnisse zu einer am Rechtsgeschäft beteiligten rechtsfähigen Person oder Personengesamtheit können vergleichbare Interessenkonflikte heraufbeschwören. Die Konstellationen sind sehr vielfältig, wobei man sie letztlich stets auf die beiden Grundformen des Selbstkontrahierens und der unmittelbaren Doppelvertretung zurückführen kann, indem man die durch das Näheverhältnis verbundenen Personen als eine einzige Person betrachtet. Ein solcher Identifikationsdurchgriff liesse sich jedoch nur schwer begründen. Bei natürlichen Personen ist er dem Recht unbekannt und bei rechtsfähigen Gesellschaften wäre damit eine Missachtung ihrer rechtlichen Verselbständigung gegenüber den Gesellschaftern verbunden. Vorzugswürdig ist daher in diesen Fällen die Annahme eines dem Selbstkontrahieren bzw. der unmittelbaren Doppelvertretung vergleichbaren Interessenkonflikts.

¹¹ Siehe dazu BGE 57 II 556, 560 (bejahend); BGE 89 II 321 (bejahend); BGer 4C.327/2005 (bejahend); BGE 111 II 284 (ablehnend); BGer 4C.402/1998 = Pra 2000 Nr. 50 (ablehnend); BasK-WATTER/SCHNELLER, N 19 zu Art. 33 OR.

¹² BGE 126 III 361, 363 f.

¹³ A.A. SCHOTT, S. 86 ff., und ZOBL, S. 305 f.

Ein wirtschaftliches Näheverhältnis kann zu einer Gesellschaft insbesondere durch eine namhafte Beteiligung entstehen. So liegt beispielsweise ein dem Selbstkontrahieren vergleichbarer Interessenkonflikt vor, wenn zwei Aktiengesellschaften zwar durch zwei verschiedene Vertreter vertreten werden, der eine Vertreter jedoch an der von ihm nicht vertretenen Aktiengesellschaft zu 100 % beteiligt ist¹⁴. Erfasst werden dabei nicht nur die Fälle einer Stellung als alleiniger oder beherrschender Gesellschafter. Die unmittelbare oder über persönlich bzw. wirtschaftlich nahe stehende Personen vermittelte Beteiligung an der Gesellschaft muss lediglich einen dem Selbstkontrahieren oder der Doppelvertretung noch vergleichbaren Interessenkonflikt heraufbeschwören.

Ein persönliches Näheverhältnis zur Gesellschaft bzw. zu einer am Rechtsgeschäft beteiligten natürlichen Person kann vor allem durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit einem massgeblich beteiligten Gesellschafter bzw. Gesellschaftsorganmitglied oder mit einem Vertragspartner der Gesellschaft entstehen. So liegt beispielsweise ein der unmittelbaren Doppelvertretung vergleichbarer Interessenkonflikt vor, wenn zwei Aktiengesellschaften bei einem Vertragsschluss zwar durch unterschiedliche Personen vertreten werden, die beiden Vertreter jedoch miteinander verheiratet sind¹⁵.

1.3.3 Einflussnahme auf Vertreter, Untervertreter oder Nebenvertreter

Ein Insichgeschäft kann umgangen werden, indem der Betroffene einen Dritten als Vertreter bzw. Untervertreter einschaltet. Unterliegt der Dritte bei der Vornahme des Vertretungsgeschäfts jedoch den Weisungen des Betroffenen, besteht wiederum ein dem Insichgeschäft vergleichbarer Interessenkonflikt¹⁶.

¹⁴ Vgl. dazu BGer 4C.327/2005 (in casu bestand sogar nur eine Mehrheitsbeteiligung an der anderen Aktiengesellschaft, die allerdings durch die Ehefrau des Mehrheitsaktionärs vertreten wurde, so dass neben dem wirtschaftlichen auch noch ein persönliches Näheverhältnis bestand).

¹⁵ Siehe dazu auch den Fall BGer 4C.327/2005, in dem der Ehemann zugleich noch Mehrheitsaktionär der von seiner Ehefrau vertretenen Aktiengesellschaft und mithin zugleich noch ein wirtschaftliches Näheverhältnis gegeben war; einen der Doppelvertretung vergleichbaren Fall trotz gegebenen Geschwisterverhältnisses hingegen verneinend BGer 4C.402/1998 = Pra 2000 Nr. 50.

¹⁶ Andeutungsweise auch KISSLING, N 253.

So kann etwa der einzige Verwaltungsrat, der mit der von ihm allein vertretenen Aktiengesellschaft einen Vertrag schliessen möchte, einen Dritten nach Art. 721 i.V.m. Art. 32 ff., 458 ff. OR zum rechtsgeschäftlichen Vertreter der Aktiengesellschaft oder nach Art. 32 ff. OR zum eigenen Bevollmächtigten bestellen. In diesen Fällen kann der alleinige Verwaltungsrat aufgrund seines Weisungsrechts gegenüber dem rechtsgeschäftlichen Vertreter einen Einfluss auf das Ob und Wie des Vertragsschlusses ausüben, so dass auch hier der für das Selbstkontrahieren bzw. die unmittelbare Doppelvertretung typische Interessenkonflikt auftritt¹⁷.

Auch der beispielsweise von zwei Gesellschaften mbH jeweils rechtsgeschäftlich nach Art. 33 Abs. 2 OR Bevollmächtigte sollte bei einem Vertragsschluss zwischen den von ihm vertretenen Gesellschaften den Regeln über die Doppelvertretung nicht einfach dadurch entgehen können, dass er auf einer Seite einen von ihm weisungsabhängigen Unterbevollmächtigten einschaltet (sog. mittelbare Doppelvertretung).

Ähnliches gilt, wenn bei angeordneter Kollektivvertretung die Aktiengesellschaft einen Vertrag mit einem Kollektivvertreter schliesst, der die Aktiengesellschaft dabei zwar nicht vertritt (dann würde es sich um einen Fall des Selbstkontrahierens handeln), aber doch den anderen Kollektivvertreter zu einem ihm günstigen Vertragsschluss ermächtigt bzw. diesen genehmigt¹⁸. In dem zuletzt genannten Fall kann man die vorgängige Ermächtigung zum alleinigen Handeln bzw. die nachträgliche Genehmigung des alleinigen Handelns des anderen Kollektivvertreters zugleich als einseitiges Rechtsgeschäft mit vergleichbarem Interessenkonflikt qualifizieren¹⁹.

1.3.4 Einseitige Rechtsgeschäfte

Die Problematik von Insichgeschäften ist nicht auf den Abschluss von Verträgen beschränkt. Vergleichbare Interessenkonflikte können nämlich auch bei der Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte entstehen²⁰. Dies gilt vor allem dann, wenn sie wie die Genehmigung, Anfechtung, Kündigung

¹⁷ Vgl. dazu BGE 89 II 321 (Bestellung eines Prokuristen durch einen Direktor mit der an den Prokuristen gerichteten Weisung, Forderungen der Gesellschaft zahlungs- oder sicherungshalber an den Direktor abzutreten).

¹⁸ Siehe dazu für einen Fall der Doppelvertretung BGE 95 II 617, 621 f.

¹⁹ Zu dieser vierten Fallgruppe vergleichbarer Interessenkonflikte siehe sogleich unter 1.3.4.

²⁰ Siehe dazu auch den generellen Hinweis in BGE 57 II 556, 560.

oder Optionsrechtsausübung Vertragsbeziehungen mit dem Vertreter begründen, beenden oder umgestalten²¹. So steht der Verwaltungsrat, der den von ihm im eigenen Namen mit einem für die Aktiengesellschaft ohne Vertretungsmacht handelnden Dritten abgeschlossenen Vertrag nunmehr als organschaftlicher Vertreter der Aktiengesellschaft nach Art. 38 Abs. 1 OR genehmigt, ersichtlich in demselben Interessenkonflikt wie im Falle des Selbstkontrahierens. Auch dann, wenn sich ein Kollektivvertreter von dem anderen Kollektivvertreter einer Kollektivgesellschaft zu einem Vertragsschluss mit sich selbst ermächtigen lässt, stellt nicht erst der Vertragsschluss, sondern bereits die Ermächtigung zur Alleinvertretung, die sich der betroffene Kollektivvertreter auch selbst erteilen muss, ein Insichgeschäft mit entsprechendem Interessenkonfliktpotential dar.

1.3.5 Beschlüsse

Vergleichbare Interessenkonflikte können schliesslich noch bei Beschlüssen auftreten, wenn ein Gesellschafter bzw. Exekutivorganmitglied in eigener Sache bzw. derjenigen einer nahe stehenden Person mit abstimmt, als Stimmrechtsvertreter agiert oder Stimmen zugleich für sich und als Vertreter eines anderen Stimmberechtigten bzw. mehrerer Stimmberechtigter abgibt²². Hier gilt es allerdings für die Stimmabgabe in der General- bzw. Gesellschafterversammlung zu beachten, dass Art. 695 und Art. 806a OR nach herrschender Meinung als abschliessend gelten und andere als die dort geregelten Interessenkonflikte daher keine Berücksichtigung finden, insbesondere dass eine analoge Anwendung von Art. 68 ZGB nicht in Betracht kommt²³. Etwas anderes ergibt sich angesichts dieser Sonderregelungen auch nicht aus der für GmbH-Gesellschafter nach Art. 803 OR geltenden Treuepflicht, sofern die GmbH-Statuten nicht Regelungen zur Ausstandspflicht enthalten. Lediglich bei Personengesellschaftern²⁴ kann die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ebenso wie die organschaftliche Treuepflicht bei Exekutivorganmitgliedern (Art. 717

²¹ Siehe dazu auch BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 3 zu Art. 718b OR, die als Beispiel die Kündigung eines für die Aktiengesellschaft günstigen Vertrages mit einem Verwaltungsratsmitglied durch diese Person nennen.

²² BK-ZÄCH, N 79 zu Art. 33 OR; SCHOTT, S. 249.

²³ BGE 83 II 57, 64; ZK-BÜRGI, N 15 f. zu Art. 695 OR; BÖCKLI, § 12 N 454 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 75 f.; für die GmbH BK-RIEMER, N 120 Vor Art. 60-79 ZGB.

²⁴ Für eine Ausstandspflicht von Personengesellschaftern bei Interessenkonflikten SCHOTT, S. 262.

Abs. 1, Art. 812 Abs. 2 OR) eine Pflicht zum Ausstand bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung bzw. des Gesamtorgans begründen²⁵. Auch dort sind im Rahmen der Treuepflicht allerdings die Benachteiligungsgefahren gegen das legitime Interesse des Betroffenen, an der Willensbildung der Gesellschaft bzw. ihres Organs im eigenen Interesse mitzuwirken, abzuwägen²⁶.

2. Zulässigkeit und Wirksamkeit von Insichgeschäften im Gesellschaftsrecht

Im Gegensatz zu vielen ausländischen Rechtsordnungen²⁷ blieb die Regelung der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Insichgeschäften im Schweizer Recht über lange Zeit fast ausnahmslos²⁸ der Rechtsprechung überlassen. Da auch die seit 1.1.2008 in Kraft stehenden Sonderregelungen der Art. 718*b*, Art. 814 Abs. 4 und Art. 899*a* OR nur für bestimmte Gesellschaften zusätzliche Formanforderungen aufstellen (2.2), bleiben nach einhelliger Meinung auch insoweit die von der Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten allgemeinen materiellen Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen anwendbar (2.1)²⁹.

²⁵ CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 646; HANDSCHIN, S. 172 ff.

²⁶ Daher im Ergebnis für eine Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung nur bei „Interessenkonflikten von besonders hoher Intensität“ LAZOPOULOS, Interessenkonflikte, S. 135 ff.

²⁷ Siehe etwa § 181 BGB und § 35 Abs. 3 GmbHG (deutsches Recht) sowie Art. L. 223-19 ff. und L. 225-38 ff. C.com. (französisches Recht).

²⁸ Siehe lediglich zum Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs Art. 436 ff. OR.

²⁹ Siehe nur GLANZMANN, S. 77 f., und WALDBURGER, S. 419; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 9 zu Art. 718*b* OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 246; BÖCKLI, § 13 N 605c, hält allerdings Art. 718*b* OR ohne nähere Begründung dann für unanwendbar, wenn der Vertrag wirksam genehmigt wurde.

2.1 Allgemeine Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen

2.1.1 Zulässigkeit und Wirksamkeit des Selbstkontrahierens

Zum Schutze der vertretenen Gesellschaft ist das Selbstkontrahieren ihres Vertreters nach Rechtsprechung³⁰ und ganz herrschender Lehre³¹ grundsätzlich unzulässig. Die Art und Weise des Zustandekommens des Geschäfts, die einen Interessenkonflikt heraufbeschwört, begründet unabhängig von einer Inhaltskontrolle die Vermutung von dessen Unzulässigkeit. Dem Vertreter fehlt für solche Geschäfte die Vertretungsmacht³². Das Geschäft ist schwebend unwirksam i.S.v. Art. 38 OR³³. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Gefahr einer Übervorteilung der vertretenen Gesellschaft ausgeschlossen werden kann³⁴ oder die Gesellschaft aus anderen Gründen wie insbesondere einer Zustimmung ausnahmsweise einmal nicht schutzbedürftig sein sollte. Da das Verbot dem Schutz der Gesellschaft und allenfalls noch mittelbar demjenigen von Minderheitsgesellschaftern³⁵ und Gläubigern³⁶ der Gesellschaft dient, kann das Verbot in diesen Fällen teleologisch reduziert werden. Der Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung³⁷, die eine blosser Fiktion darstellt, bedarf es

³⁰ BGE 39 II 561, 568; BGE 95 II 442, 453; BGE 95 II 617, 621; BGE 126 III 361, 363; BGer 4C.212/2002.

³¹ Siehe nur BÖCKLI, § 13 N 602; im Begründungsansatz, nicht jedoch im Ergebnis abweichend BasK-WATTER, N 12 ff. zu Art. 718a OR; krit. HUGUENIN, S. 526 f. (Vorzugswürdigkeit einer Inhaltskontrolle auf Verlangen nach dem Modell von Art. 678 Abs. 2 OR gegenüber der geltenden Ungültigkeitsvermutung der Rechtsprechung); zweifelnd auch ENGEL, S. 415 f.

³² ZOBL, S. 303; STUTZ/VON DER CRONE, S. 104; auch wenn man zunächst nur von einer im Innenverhältnis generell (so DÜRR, S. 44) bzw. in bestimmten Fällen (so BasK-WATTER, N 12 zu Art. 718a OR) fehlenden Vertretungsbefugnis ausgeht, kann die fehlende interne Befugnis nach Art. 718a Abs. 2 OR wegen der Bösgläubigkeit des bewusst ohne wirksame Ermächtigung mit sich selbst kontrahierenden Vertreters (so SCHOTT, S. 199 f.) bzw. in Ermangelung eines Verkehrsgeschäfts mit einem unabhängigen Dritten (so DÜRR, S. 44, und BasK-WATTER, N 12a zu Art. 718a OR) auch dem Vertreter als Vertragspartner entgegengehalten werden.

³³ BasK-WATTER/SCHNELLER, N 19 zu Art. 33 OR; CR-CHAPPUIS, N 32 zu Art. 33 OR; KOLLER, § 21 N 31; ENGEL, S. 415.

³⁴ So die zu enge, seit BGE 39 II 561, 566, jedoch in ständiger Rechtsprechung wiederholte Formel des Bundesgerichts.

³⁵ Zum Ziel des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern insbesondere BGE 126 III 361, 366 f.

³⁶ Dazu unten bei Fn. 49 ff.

³⁷ So aber etwa BGE 39 II 561, 568, und BGE 93 II 461, 482.

dabei nicht. Man kann drei Grundkonstellationen einer fehlenden Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft unterscheiden³⁸:

2.1.1.1 *Ausschluss einer Benachteiligung durch die Natur oder die Ausgestaltung des Vertretungsgeschäfts*

Unproblematisch ist das Selbstkontrahieren zunächst dann, wenn die Natur des abgeschlossenen Vertrags eine Benachteiligung der vertretenen Gesellschaft von vornherein ausschliesst. Dies ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Vertreter ein für die Gesellschaft rechtlich lediglich vorteilhaftes Geschäft mit sich selbst abschliesst³⁹. Wie bei Rechtsgeschäften von beschränkt handlungsunfähigen Personen geht es auch hier um die rechtliche und nicht die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit des betreffenden Vertrags. Daher darf das Geschäft überhaupt keine unmittelbaren rechtlichen Verpflichtungen für die Gesellschaft mit sich bringen, was nur sehr selten der Fall ist.

Zu den kraft ihrer Natur zulässigen Rechtsgeschäften gehört auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber der sie dabei vertretenden Person⁴⁰, sofern man die Erfüllung überhaupt als Rechtsgeschäft ansieht⁴¹. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung fällig und nicht verrechenbar ist, da in diesen Fällen der leistungspflichtigen Gesellschaft wiederum kein Nachteil entstehen kann.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre soll die Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft auch dann entfallen, wenn der Vertreter den Vertrag mit sich selbst zu Markt- bzw. sonstigen Drittbedingungen („*at arm's length*“) abschliesst (vgl. auch Art. 436 OR)⁴². In dieser

³⁸ Denkbar ist auch eine Zweigliederung in eine Zulässigkeit kraft inhaltlicher (materielle Angemessenheit) und kraft prozeduraler (Zustimmung) Rechtfertigung (dazu BÖCKLI, § 13 N 603).

³⁹ BGE 59 II 111, 112 f. (Übernahme einer Bürgschaft durch den Vormund).

⁴⁰ BGE 39 II 561, 568; KEICHER, S. 56 ff.; vgl. dazu auch im deutschen Recht § 181 BGB; offengelassen von BGE 57 II 556, 560 f., und BGE 89 II 321, 324 ff.

⁴¹ Zur Rechtsnatur der Erfüllung SCHWENZER, N 73.09.

⁴² Die Zulässigkeit bei einem Verkauf unter Marktpreis verneinend BGE 39 II 561, 569 f.; die Zulässigkeit beim Verkauf eines Gegenstands ohne Markt- oder Börsenpreis verneinend BGE 82 II 388, 393; siehe zur herrschenden Lehre etwa BK-ZÄCH, N 83 zu Art. 33 OR, und VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 681; speziell für die Festsetzung der eigenen Vergütung durch den Verwaltungsrat AEPLI, S. 273; bei fehlenden Markt- bzw. Börsenpreisen kann ggf. der Abschluss des Geschäfts zu den von einem neutralen

Allgemeinheit kann dem jedoch nicht gefolgt werden, da der Gesellschaft nicht nur durch das Wie (z.B. Verkauf zu unvorteilhaften Bedingungen), sondern auch durch das Ob (z.B. Verkauf einer für die Produktion wichtigen Maschine, Erwerb eines nutzlosen Gegenstands) und das Wann (z.B. Verkauf in einer Niedrigpreisphase) eines Vertrages ein Nachteil entstehen kann, vor dem sie durch das Selbstkontrahierungsverbot zu schützen ist⁴³. Nur wenn daher auch andere Nachteile für die Gesellschaft ausgeschlossen sind, entfällt ihre Schutzbedürftigkeit. Bei einem Abschluss zu Drittbedingungen sind diese besonderen Nachteile allerdings von demjenigen darzulegen, der sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages beruft⁴⁴.

2.1.1.2 *Stellung des Vertreters als (Quasi-)Alleingesellschafter (Interessenidentität)*

Im Innenverhältnis unproblematisch sind sodann die Fälle, in denen der Vertreter direkt oder über Treuhänder alle Anteile der betroffenen Gesellschaft hält⁴⁵. Dann besteht nämlich eine sog. Interessenidentität, die einen Interessenkonflikt zwischen der Gesellschaft und ihrem rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Alleingesellschafter als Vertreter ausschliesst⁴⁶. Die Gesellschaft bzw. ihr (Quasi-)Alleingesellschafter verdienen auch in diesem Fall keinen Schutz (vor sich selbst). Der Alleingesellschafter könnte auch generell oder im Einzelfall eine formelle Zustimmung erwirken bzw. durch Generalversammlungsbeschluss selbst herbeiführen⁴⁷. Da wegen der Interessenidentität das Verbot von Insichgeschäften erst gar nicht zum Tragen kommt, bedarf es allerdings nicht der zumeist rein fiktiven Annahme einer stillschweigenden Zustimmung der Gesellschaft⁴⁸.

Probleme bestehen hier allenfalls im Aussenverhältnis, wenn die Gesellschaft – wie zumeist – Gläubiger hat. Es stellt sich dann die Frage, ob die Gläubiger rechtspolitisch Schutz verdienen bzw. ob rechtstechnisch

Sachverständigen vorgeschlagenen Bedingungen (sog. *fairness opinion*) zulässig sein (vgl. ROTH PELLANDA, N 347 f.; LAZOPOULOS, Massnahmen, S. 141).

⁴³ Differenzierend auch SCHOTT, S. 131 ff.

⁴⁴ VON DER CRONE, S. 8; mit Ausnahme des Abschlusses von Verträgen zu Bedingungen einer „*fairness opinion*“ auch KISSLING, N 250 ff.

⁴⁵ BGE 50 II 168, 182 ff.; BGE 126 III 361, 365 ff.; BGer 4C.148/2002; HGer ZH ZR 104 (2005), S. 257 ff. (Nr. 71); vgl. auch BGE 132 III 758, 764 (eine Aktienkapitalbeteiligung von 47 % begründete keine Interessenidentität).

⁴⁶ PORTMANN, S. 100 ff.; KEICHER, S. 54.

⁴⁷ BGer 4C.148/2002; zu den Modalitäten der Zustimmung näher unter 2.1.1.3.

⁴⁸ Anders noch BGE 50 II 168, 184 f.

die Gläubigerinteressen einen Teil des Interesses der vertretenen Gesellschaft bilden und so ein Interessenkonflikt entstehen kann⁴⁹. Mit Recht hat das Bundesgericht⁵⁰ die Frage zuletzt in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Lehre⁵¹ verneint, da Gläubigerinteressen zumindest bis zur Eröffnung des Gesellschaftskonkurses⁵² Drittinteressen sind und die Gläubiger wie auch sonst bei nachteiligen Geschäften der Gesellschaft lediglich mittelbar betroffen sind. Den Gesellschaftsgläubigern stehen mit den paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG) sowie der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) zudem andere Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung. Aus Sicht der Gläubiger ist ein Selbstkontrahieren jedenfalls dann unproblematisch, wenn es zu Drittbedingungen (*at arm's length*) erfolgt und auch sonst eine Benachteiligung der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann⁵³.

2.1.1.3 Zustimmung der vertretenen Gesellschaft

Nach dem allgemeinen Grundsatz „*volenti non fit iniuria*“ ist der beim Selbstkontrahieren bestehende Interessenkonflikt schliesslich unbeachtlich, wenn die Gesellschaft zustimmt. In der Praxis spielt dies eine sehr wichtige Rolle. Die Gesellschaft hat bei der Erteilung der Zustimmung keine Gläubigerinteressen zu beachten⁵⁴. Die Zustimmung der Gesellschaft kann sich entweder aufgrund einer generellen organisationsrechtlichen Ermächtigung oder im Einzelfall aufgrund vorgängiger Ermächtigung bzw. nachträglicher Genehmigung durch hierfür kompetente unabhängige Organe der Gesellschaft ergeben. Die sehr unterschiedlichen Modalitäten der Zustimmung richten sich nach der Gesellschaftsform, den allgemein für die Gesellschaft bestehenden gewillkürten Organisationsregelungen sowie dem Vorhandensein von zur Zustimmung fähigen anderen Vertretern, was sogleich näher betrachtet werden soll.

⁴⁹ Davon noch ausgehend BGE 50 II 168, 184 f.

⁵⁰ BGE 126 III 361, 366 f.; vgl. dazu auch schon BGE 93 II 461, 481 (keine Berücksichtigung von Gläubigerinteressen bei der Genehmigung des Vertretergeschäfts durch den Vertretenen).

⁵¹ Siehe nur EGGER, S. 58; KEICHER, S. 54 f.; ZOBL, S. 312 f.; BÖCKLI, § 13 N 608; a.A. CR-PETER/CAVADINI, N 10 zu Art. 718b OR, und STUTZ/VON DER CRONE, S. 109.

⁵² Mit Eröffnung des Gesellschaftskonkurses dient das Gesellschaftsvermögen nach Art. 197 Abs. 1 SchKG als Konkursmasse der gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger, so dass deren Befriedigungsinteresse zu berücksichtigen ist.

⁵³ Siehe dazu oben bei Fn. 42 ff.

⁵⁴ Siehe dazu generell BGE 93 II 461, 481.

Bei der Zustimmung handelt es sich nicht um einen lediglich internen Vorgang, der den Interessenkonflikt durch eine mit dem abzuschliessenden bzw. abgeschlossenen Geschäft konforme Willensbildung der Gesellschaft schlicht aufheben würde, da auch bei einer von allen Gesellschaftern gegebenen Zustimmung immer noch ein prinzipieller Interessengegensatz zwischen Gesellschaft und Vertreter verbleibt, sofern nicht der soeben erwähnte Sonderfall einer (Quasi-)Einpersonengesellschaft⁵⁵ gegeben ist. Die Zustimmung der Gesellschaft ist vielmehr nach Art. 33 Abs. 2 OR (generelle oder einzelfallbezogene Ermächtigung) bzw. Art. 38 OR (Genehmigung) als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren. Mit Ausnahme der generellen organisationsrechtlichen Ermächtigung der kraft Gesellschaftsorganisationsrechts zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Vertreter ist sie damit ihrerseits ein gegenüber dem Vertreter bzw. Erklärungsgegner vorzunehmendes Vertretungsgeschäft⁵⁶. Die Abgabe dieser Zustimmungserklärung fällt daher grundsätzlich in die Kompetenz der Vertretungsorgane⁵⁷. Die Ermächtigung und die Genehmigung des Selbstkontrahierens sind gegenüber dem Vertreter zu erklären. Sie können jeweils auch stillschweigend erteilt werden⁵⁸, wobei sich der Wille zur Zustimmung unzweifelhaft aus den Umständen ergeben muss und etwa nicht schon in der allgemeinen Genehmigung einer Jahresrechnung erblickt werden kann, sofern bei deren Erläuterung nicht ausdrücklich auf das in Frage stehende Geschäft hingewiesen wurde⁵⁹.

2.1.1.3.1 Modalitäten der Zustimmung einer Aktiengesellschaft

In einer Aktiengesellschaft kann sich die Ermächtigung zum Selbstkontrahieren durch organschaftliche Vertreter zunächst in genereller Form aus dem Organisationsreglement (vgl. Art. 716b OR)⁶⁰ oder den Statuten (vgl.

⁵⁵ Zur Interesseneinheit bei (Quasi-)Einpersonengesellschaften siehe oben bei Fn. 45 ff.

⁵⁶ So auch BGE 127 III 332, 335; gegen die Qualifikation als Vertretungsakt SCHOTT, S. 199 f.

⁵⁷ Dazu sogleich näher unter 2.1.1.3.1-3.

⁵⁸ BGer 4C.335/1999 E. 4a.; BGer 4C.148/2002 (Möglichkeit der stillschweigenden Zustimmung auch bei Formbedürftigkeit des Vertretungsgeschäfts); BGer 4C.25/2005 E. 1 (stillschweigende Zustimmung bei Beteiligung aller Aktionäre am Vertretungsgeschäft); BGer 4C.327/2005.

⁵⁹ Dazu BGer 4C.327/2005.

⁶⁰ A.A. SCHOTT, S. 212 f., der wegen der für die Gesellschaft bei generellen Ermächtigungen bestehenden Gefahren eine statutarische Regelung verlangt.

Art. 718 Abs. 1 S. 2 OR)⁶¹ ergeben. Eine generelle Ermächtigung durch blossen Beschluss der Generalversammlung ist nur dann zulässig, wenn diese Möglichkeit durch die Statuten⁶² eröffnet wird.

Bestehen in einer Aktiengesellschaft neben- oder übergeordnete Vertreter, so können diese die im Übrigen als Vertretungsgeschäft zu qualifizierende Zustimmung⁶³ nach Massgabe der hierfür bestehenden Vertretungsregeln erteilen⁶⁴, sofern sie nicht ihrerseits einem Interessenkonflikt unterliegen⁶⁵ oder hierzu wiederum der Mitwirkung des Betroffenen bedürfen⁶⁶. Dies gilt auch dann, wenn die betroffenen Vertreter von der Generalversammlung bestellt worden sein sollten⁶⁷. Grundsätzlich können nur über- oder nebengeordnete Vertreter die Zustimmung erteilen, da einem untergeordneten Vertreter (z.B. Prokurist) die nötige Unabhängigkeit fehlt, so dass bei Abgabe der Zustimmungserklärung ein vergleichbarer Interessenkonflikt entsteht⁶⁸. Etwas anderes sollte nur gelten, wenn eine gemischte Kollektivvertretung vorgesehen ist und an der Zustimmungserklärung ein weiterer unabhängiger und nebengeordneter Vertreter mitwirkt⁶⁹. Aufgrund der unterschiedlichen Möglichkeiten, die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in der Aktiengesellschaft auszuge-

⁶¹ Nach Art. 718 Abs. 1 S. 2 OR können abweichende Regelungen zur Vertretungsmacht des Verwaltungsrats ausdrücklich auch in den Statuten festgelegt werden, so dass das Paritätsprinzip jedenfalls insoweit (zur generellen Diskussion um die Zulässigkeit statutarischer Regelungen zur Organisation des Verwaltungsrats siehe BÖCKLI, § 13 N 101, einerseits und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 29 N 3 f., andererseits) einer statutarischen Regelungsoption nicht im Wege steht; so im Ergebnis auch ZOBL, S. 303; a.A. BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 13 zu Art. 718b OR.

⁶² Das Organisationsreglement des Verwaltungsrats kann eine derartige Ermächtigung zur generellen Beschlussfassung durch die Generalversammlung hingegen nicht vorsehen, da die Geschäftsführung und Vertretung nach Art. 716b Abs. 2 und Art. 718 Abs. 2 OR nur auf Delegierte und Direktoren, nicht jedoch auf die Generalversammlung übertragen werden können; dazu auch SCHOTT, S. 213.

⁶³ Als Vertretungsgeschäft qualifizieren die generelle Ermächtigung rechtsgeschäftlicher Vertreter nach Art. 32 ff., Art. 458 ff. OR sowie die Ermächtigung zu bzw. Genehmigung von einzelnen Geschäften.

⁶⁴ BGE 127 III 332, 334 f. (Besprechung durch STUTZ/VON DER CRONE, S. 102 ff.).

⁶⁵ So aber im Fall von BGER 4C.25/2005 E. 1.

⁶⁶ Zur Unmöglichkeit einer Genehmigung durch den anderen Kollektivzeichnungsberechtigten BGE 95 II 617, 622.

⁶⁷ So auch SCHOTT, S. 200 f.

⁶⁸ LAZOPOULOS, Interessenkonflikte, S. 123 f.; BasK-WATTER, N 12a zu Art. 718a OR; vgl. dazu auch die Ausführungen bei Fn. 16 ff. (1.3.3).

⁶⁹ Die Möglichkeit einer Mitwirkung von untergeordneten Vertretern hingegen generell verneinend SCHOTT, S. 201 f.

stalten, ergeben sich für die Zustimmung durch über-, neben- und untergeordnete Vertreter die folgenden Konstellationen:

- Nach dispositivem Gesetzesrecht besteht im Aussenverhältnis Einzelvertretungsmacht (Art. 718 Abs. 1 S. 2 OR) und im Innenverhältnis Gesamtvertretungsbefugnis (Art. 716b Abs. 3 OR) zugunsten der Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Zustimmung eines einzigen Verwaltungsratsmitglieds führt in diesen Fällen nach Art. 718a Abs. 2 OR nur dann zur Wirksamkeit des Geschäfts, wenn gutgläubige Dritte Schutz verdienen, was angesichts ihrer zumeist (ggf. aufgrund einer Zurechnung) gegebenen Kenntnis des Interessenkonflikts nur selten der Fall sein wird⁷⁰. Nach der gesetzlichen Regellage ist daher ein Beschluss der Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden und nicht von dem Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsräte erforderlich (Art. 713 Abs. 1 OR), sofern nicht das Organisationsreglement des Verwaltungsrats oder die Statuten⁷¹ hierfür abweichende Regelungen enthalten.
- Sind einzelne weitere Verwaltungsratsmitglieder zur Vertretung ermächtigt (Art. 718 Abs. 1 S. 2 OR) und befugt (Art. 716b Abs. 1 OR), können diese die Zustimmung auch mit Wirkung gegenüber bösgläubigen Personen erteilen, sofern es sich nicht um ein zwingend dem Gesamtverwaltungsrat zugewiesenes Geschäft (Art. 716a OR) handelt⁷² und sie nicht ihrerseits einem Interessenkonflikt unterliegen⁷³.

⁷⁰ In den Fällen des Selbstkontrahierens kennt der vom Interessenkonflikt betroffene Vertreter die gesellschaftsinternen Regelungen zur Vertretungsbefugnis oder muss diese zumindest kennen, sofern er nicht ausnahmsweise einem entschuldbaren Irrtum über z.B. die Wirksamkeit einer Zustimmung oder das Vorliegen einer Interessenidentität unterliegt; diese Bösgläubigkeit des Vertreters wird auch in den Fällen der Doppelvertretung den Vertretenen nach den Grundsätzen der Wissensvertretung zugerechnet; denkbar ist ein Schutz gutgläubiger Dritter damit fast nur in den Fällen eines sog. Eigengeschäfts (siehe dazu auch die Annahme der Gutgläubigkeit in BGE 111 II 284, 290, sowie generell zu den vergleichbaren Interessenkonflikten bei Eigengeschäften oben unter 1.3.1); in einschlägigen Fällen kann sich die Bösgläubigkeit des Dritten bei Zweifeln auch aus der Verletzung von Erkundigungspflichten ergeben (dazu nur ZOBL, S. 308).

⁷¹ Zur Zulässigkeit auch statutarischer Regelungen siehe bereits oben Fn. 61.

⁷² Dazu auch STUTZ/VON DER CRONE, S. 110.

⁷³ SCHOTT, S. 199 ff.; LAZOPOULOS, Interessenkonflikte, S. 121 f.; im Ergebnis, wenn auch lediglich auf die Einzelvertretungsmacht im Aussenverhältnis nach Art. 718 Abs. 1 S. 2 OR abstellend, zudem BGE 127 III 332, 334; a.A. OFK-CHAPUIS, N 9 zu

- Ist ausnahmsweise im Statut oder Organisationsreglement in genereller Form oder speziell für derartige Zustimmungsgeschäfte eine Gesamtvertretungsmacht durch alle Verwaltungsratsmitglieder vorgesehen und im Handelsregister eingetragen (Art. 718 Abs. 1 S. 2, Art. 718a Abs. 2 OR), ist die Zustimmung aller erforderlich.
- Wurde die Zustimmungskompetenz im Einzelfall durch Vorlage des Betroffenen dem Gesamtverwaltungsrat übertragen oder hat der Gesamtverwaltungsrat die von ihm als grundlegend erachtete Entscheidung an sich gezogen⁷⁴, so erteilt dieser die Zustimmung durch einen mit der Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden und nicht von dem Interessenkonflikt betroffenen Verwaltungsräte (Art. 713 Abs. 1 OR), sofern nicht das Organisationsreglement des Verwaltungsrats oder die Statuten⁷⁵ hierfür abweichende Regelungen enthalten.
- Besteht zwischen dem von einem Interessenkonflikt betroffenen Vertreter und dem zustimmenden Vertreter eine Kollektivvertretung zu zweien, bedarf es, sofern sich nicht aus den Statuten oder dem Organisationsreglement etwas anderes ergibt, der Zustimmung eines dritten Vertreters, da der zweite Kollektivvertreter wiederum der Zustimmung des Betroffenen bedarf, dessen Mitwirkung aber erneut ein zustimmungsbedürftiges Selbstkontrahieren darstellt, und da sich nur so das im Zweifel gewollte Prinzip einer Mitwirkung von vier unabhängigen Augen verwirklichen lässt⁷⁶.

Die Zustimmung zu einem Geschäft, das dem Gesellschaftszweck widerspricht, kann nur von der Generalversammlung erteilt werden, da die Vertretungsmacht von organschaftlichen und rechtsgeschäftlichen Vertretern nach Art. 718a Abs. 1 OR zwingend durch den Gesellschaftszweck begrenzt wird. Bezieht sich die zu beschliessende Zustimmung nur auf das konkrete Geschäft, ist zwar nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR analog ein

Art. 717 OR (Zustimmung durch Gesamtverwaltungsrat als übergeordnetes Vertretungsorgan).

⁷⁴ Für eine generelle ausschliessliche Kompetenz des Gesamtverwaltungsrats OFK-CHAPUIS, N 9 zu Art. 717 OR.

⁷⁵ Zur Zulässigkeit auch statutarischer Regelungen siehe bereits oben Fn. 61.

⁷⁶ BGE 95 II 617, 622; LAZOPOULOS, Interessenkonflikte, S. 123; zur Bedeutung des Vier-Augen-Prinzips im Zusammenhang mit Interessenkonflikten vgl. auch die UEK-Empfehlung vom 30.6.2004 E. 6.2.2.3 (abrufbar unter http://www.takeover.ch/public/data/documents/contentelements/0200-Scintilla_AG-Empfehlung_Scintilla_AG_vom_30_Juni_2004-20040630-de.pdf).

qualifizierter Mehrheitsbeschluss, jedoch keine Änderung der Statuten erforderlich⁷⁷.

Fraglich ist, ob das Recht der Zustimmung zu einzelnen Vertretungsgeschäften den vorhandenen zustimmungsfähigen Vertretern exklusiv zusteht oder ob die Zustimmung daneben auch von der Generalversammlung erteilt werden kann⁷⁸. Betrachtet man die Zustimmung zu einzelnen Geschäften, wie soeben dargelegt⁷⁹, ihrerseits als Vertretungsgeschäft, so ist eine Parallelkompetenz der Generalversammlung abzulehnen. Zur Vornahme von Vertretungsgeschäften sind nach Art. 716, Art. 718 Abs. 1 OR nämlich zunächst nur sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats mit grundsätzlicher Einzelunterschrift sowie ggf. nach Art. 718 Abs. 2, Art. 716b OR die Delegierten und Direktoren bzw. nach Art. 721 OR die in eine gemischte Kollektivvertretung einbezogenen anderen Bevollmächtigten ermächtigt. Eine Vertretungskompetenz der Generalversammlung sieht das Gesetz hingegen bewusst nicht vor (vgl. Art. 698 Abs. 2 OR), so dass diese nicht ohne Not als für die Erteilung der Zustimmungserklärung kompetent angesehen werden kann⁸⁰. Insbesondere ist die Generalversammlung aufgrund des Paritätsprinzips trotz ihrer Kompetenz zur Bestellung des Verwaltungsrats nicht als ein diesem übergeordnetes Organ anzusehen⁸¹. Eine Parallelkompetenz der Generalversammlung käme nur dann in Betracht, wenn man die Zustimmung entgegen der hier vertretenen Ansicht als eine bloss intern durch konforme Willensbildung der Gesellschaft erfolgende Aufhebung des Interessenkonflikts betrachtete, da die Generalversammlung einen entsprechenden Willen der Gesellschaft bilden könnte.

Fehlt es in einer Aktiengesellschaft hingegen an einem zur Zustimmung fähigen weiteren Vertreter, ist eine Zustimmung der Generalversammlung erforderlich⁸². Die Generalversammlung wird insoweit notge-

⁷⁷ So auch SCHOTT, S. 208; a.A. KISSLING, N 228.

⁷⁸ Bejahend für die auf Vorlage durch den Verwaltungsrat erfolgende Zustimmung LAZOPOULOS, Interessenkonflikte, S. 124 ff.

⁷⁹ Oben bei Fn. 55 ff.

⁸⁰ So im Ergebnis auch SCHOTT, S. 206 f. (blosse Notzuständigkeit der Generalversammlung vor dem Hintergrund des Paritätsprinzips); KISSLING, N 238 ff.; ROTH PELLANDA, N 357 (allenfalls Notzuständigkeit und Konsultativabstimmung); generell gegen eine Delegation der laufenden Geschäftsführung „nach oben“ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 71.

⁸¹ ZOBEL, S. 309 f.; STUTZ/VON DER CRONE, S. 108 f.

⁸² BGE 127 III 332, 334 f. (Besprechung durch STUTZ/VON DER CRONE, S. 102 ff.); BGer 4C.25/2005 E. 1; vgl. auch KGer SG GVP 1997 Nr. 33 SJZ 95 (1999), S. 328; ferner

drungen als Ersatzvertretungsorgan der Aktiengesellschaft tätig. Sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, kann die Generalversammlung den Beschluss nach Art. 703 OR mit einfacher Mehrheit fassen. Kann die Generalversammlung als Ersatzorgan nicht innert vertretbarer Zeit tätig werden, kommt auch die (generell subsidiäre) Bestellung eines Ersatzbeistands in analoger Anwendung von Art. 403 Abs. 1 ZGB n.F. in Betracht⁸³.

Aus einer Entscheidung des Bundesgerichts, die einen mit Insihgeschäften vergleichbaren Interessenkonflikt eines Mehrheitsgesellschafters betraf und zum Schutz der Minderheitsaktionäre eine „Ermächtigung bzw. Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses“ verlangte⁸⁴, wurde aufgrund der Unanfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen vereinzelt sogar die Notwendigkeit zu einem Generalversammlungsbeschluss über die Zustimmung zu Geschäften von Mehrheitsaktionären abgeleitet⁸⁵. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen, da der durch die Anfechtungsklage ohnehin nur beschränkt gewährte Minderheitenschutz keine Änderung der nach dem Paritätsprinzip differenziert ausgestalteten aktienrechtlichen Kompetenzordnung rechtfertigt. Der notwendige Minderheitenschutz ist unter den jeweiligen Voraussetzungen über die Nichtigkeits- (Art. 714 OR), die Rückerstattungs- (Art. 678 Abs. 2 und 3 OR) sowie die (auch präventiv wirkende) Verantwortlichkeitsklage (Art. 754, Art. 756 f. OR) zu wahren.

2.1.1.3.2 Modalitäten der Zustimmung einer GmbH

In einer GmbH kann sich die Ermächtigung zum Selbstkontrahieren durch organschaftliche Vertreter zunächst in genereller Form aus den Statuten ergeben, wobei die Statuten ggf. durch ein Reglement konkretisiert werden (vgl. Art. 809 Abs. 1 S. 2, Art. 814 Abs. 2 OR). Die Statuten

ZOBL, S. 310 f.; KISSLING, N 240; für den Sonderfall der Festlegung der eigenen Vergütung durch den Verwaltungsrat AEPLI, S. 274.

⁸³ Siehe dazu auch die Erwähnung in BGE 39 II 561, 569; zur subsidiären Anwendung der Beistandschaft auf juristische Personen BGE 126 III 499, 500 f. (vor Streichung von Art. 393 Ziff. 4 ZGB a.F.); zur analogen Anwendung von Art. 392 Ziff. 1 und 2 ZGB a.F. auf juristische Personen CHK-AFFOLTER/STECK/VOGEL, N 10 und 16 zu Art. 392 ZGB; für den hier interessierenden Zusammenhang auch LAZOPOULOS, Interessenkonflikte, S. 132 ff.; krit. KISSLING, N 241; ROTH PELLANDA, N 361, und ZOBL, S. 311 f.

⁸⁴ BGE 126 III 361, 366.

⁸⁵ So im Ansatz, wenn auch differenzierend SCHOTT, S. 208 ff.

können die Gesellschafterversammlung auch zu einem generellen Ermächtigungsbeschluss ermächtigen.

Die Erteilung der Zustimmung zu einzelnen Vertretungsgeschäften ist auch bei der GmbH ihrerseits ein Vertretungsgeschäft⁸⁶, für dessen Vornahme im Aussenverhältnis die Regeln von Art. 814 bzw. Art. 32 ff., Art. 458 ff. OR gelten. Wegen der zumeist gegebenen Bösgläubigkeit des Vertragspartners bzw. Erklärungsgegners sind aber auch hier die im Innenverhältnis bestehenden Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung von besonderer Bedeutung (Art. 814 Abs. 4 i.V.m. Art. 718a Abs. 2 OR)⁸⁷, wobei zwischen den verschiedenen Vertretungsarten zu differenzieren ist:

- Betrifft das Selbstkontrahieren einen untergeordneten Vertreter (z.B. einen Prokuristen), ist im Innenverhältnis eine (vorbehaltlich abweichender statutarischer Regelung) mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen getroffene Zustimmungsentscheidung der Geschäftsführer erforderlich (Art. 809 Abs. 1 und 4 OR), wobei die ihrerseits einem Interessenkonflikt unterliegenden Geschäftsführer nicht stimmberechtigt sind. Die Statuten können insoweit nach Art. 811 Abs. 1 OR insbesondere noch vorsehen, dass die Geschäftsführer eine Zustimmungsentscheidung der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorlegen müssen (Ziff. 1) bzw. können (Ziff. 2). Insoweit kann dann ggf. nach Art. 807 OR auch ein statutarisches Vetorecht einzelner Gesellschafter gegen einen derartigen Beschluss der Gesellschafterversammlung Beachtung verlangen.
- Betrifft das Selbstkontrahieren hingegen einen Gesellschaftergeschäftsführer bzw. einen Fremdgeschäftsführer, bedarf die Zustimmungserteilung durch die kompetenten Vertreter im Innenverhältnis nach Art. 803 Abs. 3 bzw. Art. 812 Abs. 2 OR grundsätzlich der Zustimmung durch alle Gesellschafter, da das Selbstkontrahieren eine gegen die Treuepflicht verstossende Tätigkeit im Sinne von Art. 803 Abs. 3 S. 1 OR darstellt. Die Statuten können insoweit allerdings auch einen nach Art. 808b Abs. 1 Ziff. 7 bzw. Abs. 2 OR mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden Entscheid der Gesellschafterversammlung vorsehen (Art. 803 Abs. 3 S. 2 OR), wobei auch hier ggf. noch ein Vetorecht einzelner Gesellschafter nach Art. 807 OR zu beachten ist.

⁸⁶ Siehe dazu oben bei Fn. 55 ff.

⁸⁷ Vgl. dazu die Ausführungen für die Aktiengesellschaft bei Fn. 70.

2.1.1.3.3 Modalitäten der Zustimmung einer Personengesellschaft

In einer Personengesellschaft kann sich die Ermächtigung zum Selbstkontrahieren durch Gesellschafter und Fremdgeschäftsführer zunächst in genereller Form aus dem Gesellschaftsvertrag⁸⁸ oder aus einem Beschluss der Gesellschafter⁸⁹ ergeben. Dies gilt auch für aussergewöhnliche Geschäfte, da Art. 535 Abs. 3 OR nach zutreffender Ansicht zumindest für im Gesellschaftsvertrag bzw. Beschluss konkret genannte Geschäfte nicht nur bei den Personenhandelsgesellschaften (vgl. Art. 557 Abs. 1 und Art. 598 Abs. 1 OR), sondern auch bei der einfachen Gesellschaft (vgl. Art. 535 Abs. 1 OR) abdingbar ist⁹⁰.

Im Übrigen stellt auch hier die Ermächtigung bzw. Genehmigung ein Vertretungsgeschäft dar, dessen wirksame Vornahme von den hierfür im Aussen- (Art. 543 Abs. 3, Art. 555, Art. 563 f., Art. 603 OR) und Innenverhältnis (Art. 535, Art. 557, Art. 598, Art. 535 OR) bestehenden Regelungen abhängt⁹¹. Von besonderer Bedeutung sind dabei die im Innenverhältnis grundsätzlich gegebene Einzelgeschäftsführungsbefugnis und das Widerspruchsrecht jedes anderen zur Geschäftsführung befugten Gesellschafters (Art. 535 Abs. 2 OR) sowie das Erfordernis eines grundsätzlich einstimmig zu fassenden (vgl. Art. 534 OR) Gesellschafterbeschlusses bei aussergewöhnlichen Geschäften (Art. 535 Abs. 3 OR). Das Insichgeschäft wird dabei zwar nicht generell⁹², aber doch sehr häufig ein aussergewöhnliches Geschäft i.S.v. Art. 535 Abs. 3 OR darstellen, da der Interessenkonflikt bereits erheblich zur Aussergewöhnlichkeit des Geschäfts beitragen wird⁹³. Denkbar ist auch, dass die Gesellschafter die Zustimmungentscheidung über gewöhnliche Geschäfte an sich ziehen und über diese nach Art. 534 OR Beschluss fassen.

⁸⁸ Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit sowie aus Art. 535 Abs. 1, Art. 557 Abs. 1 und Art. 598 Abs. 1 OR.

⁸⁹ Dies ergibt sich aus Art. 535 Abs. 1 OR sowie aus Art. 557 Abs. 2 bzw. Art. 598 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 535 Abs. 1 OR.

⁹⁰ A.A. für die einfache Gesellschaft aufgrund der von ihm angenommenen zwingenden Natur von Art. 535 Abs. 3 OR SCHOTT, S. 220; zur Abdingbarkeit von Art. 535 Abs. 3 OR siehe ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 22 und 146 zu Art. 534-535 OR.

⁹¹ Zur regelmässigen Bedeutung auch der im Innenverhältnis bestehenden Regelungen aufgrund der in aller Regel gegebenen Bösgläubigkeit des Vertragspartners bzw. Erklärungsgegners (vgl. Art. 564 Abs. 2 OR) siehe bereits oben bei Fn. 70.

⁹² Vgl. dazu auch die Sonderregelungen von Art. 718b S. 2, Art. 814 Abs. 4 und Art. 899a S. 2 OR, die sämtlich von der Möglichkeit von Insichgeschäften im Rahmen des laufenden Geschäftsgangs ausgehen.

⁹³ Daher sogar generell von der Aussergewöhnlichkeit ausgehend SCHOTT, S. 220.

2.1.2 Zulässigkeit und Wirksamkeit der unmittelbaren Doppelvertretung

Für die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Doppelvertretung sollte grundsätzlich⁹⁴ dasselbe gelten wie für das Selbstkontrahieren. Möglich sollte sie daher nur in den soeben unter 2.1.1 beschriebenen Fällen einer unproblematischen Natur des Geschäfts, der Interessenidentität und der Zustimmung der vertretenen Gesellschaft sein. Daneben werden zumeist aber auch noch zwei weitere Ausnahmen vom Verbot der Doppelvertretung zugelassen:

Zum einen soll nach der Rechtsprechung die Doppelvertretung in Fällen zulässig sein, in denen der Vertreter kein eigenes Interesse am Vertragsschluss hat⁹⁵. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass das allfällige Eigeninteresse des Doppelvertreters am Vertrag bzw. seine mangelnde Neutralität nur das eine Problem der Doppelvertretung bildet. Das andere Problem, dass nämlich bei einer Doppelvertretung der Vertrag nicht ohne weiteres im freien Widerstreit der von einer einzigen Person zu vertretenen Interessen ausgehandelt werden kann, bleibt nämlich auch ohne ein Eigeninteresse des Vertreters bestehen.

Zum anderen hat das Bundesgericht in einer das HGer Zürich bestätigenden Entscheidung von 1978⁹⁶ in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Lehre⁹⁷ kraft stillschweigender Gestattung eine Ausnahme vom Doppelvertretungsverbot für diejenigen Doppelorgane angenommen, die Verträge zwischen konzernverbundenen Gesellschaften abschliessen. Danach sollen die Konzernierung und die damit praktisch notwendige⁹⁸ Bestellung von Doppelorganen eine stillschweigende Ermächtigung zur Doppelvertretung enthalten. Es könne weder darauf ankommen, ob dabei die eine oder die andere Gesellschaft benachteiligt worden sei, noch erst recht, ob Dritte davon betroffen worden seien. Diese Ausnahme kann aber ebenfalls nicht befürwortet werden. Denn hierdurch wird zu sehr das ein-

⁹⁴ Ein kleiner Unterschied besteht lediglich insoweit, als die Genehmigung einer Doppelvertretung nicht nur gegenüber dem Vertreter, sondern auch gegenüber dem Erklärungsgegner abgegeben werden kann.

⁹⁵ BGE 98 II 211, 219; in diese Richtung auch BGer ZR 77 (1978), S. 126 ff. (Nr. 44); generell für die Zulässigkeit der Doppelvertretung zudem KEICHER, S. 74 f.; siehe auch PORTMANN, S. 96 f.

⁹⁶ BGer ZR 77 (1978), S. 126 ff. (Nr. 44).

⁹⁷ Siehe nur VON BÜREN, S. 393 f.; LAZOPOULOS, Interessenkonflikte, S. 130; KISSLING, N 225 f.; ZOBL, S. 303; im Ergebnis ebenso und generell auf die Natur des Konzernverhältnisses Bezug nehmend EGGER, S. 55, und PORTMANN, S. 97.

⁹⁸ Dazu näher FORSTMOSER, S. 388 ff.

heitliche Konzerninteresse bzw. das Interesse der Muttergesellschaft gegenüber dem Minderheits- und Gläubigerschutz im Bereich der Tochtergesellschaft begünstigt, deren Interessenwahrnehmung durch die Doppelvertretung der Doppelorgane gefährdet ist⁹⁹. Die Beachtung zumindest der Interessen der Minderheitsaktionäre einer in casu allerdings nicht konzernverbundenen Gesellschaft hat das Bundesgericht inzwischen auch ausdrücklich anerkannt¹⁰⁰. Hält man, wie oben dargelegt¹⁰¹, mit dem Bundesgericht einen gesonderten Schutz der Gläubiger für entbehrlich, ist die Doppelvertretung aufgrund einer zwischen den vertretenen Gesellschaften bestehenden und durch die einheitliche Konzernleitung praktizierten Interesseneinheit aber jedenfalls bei einer (Quasi-)Alleingeschaffterstellung der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft zulässig¹⁰².

2.1.3 Zulässigkeit und Wirksamkeit von Geschäften mit vergleichbaren Interessenkonflikten

Bei vergleichbaren Interessenkonflikten (oben unter 1.3) ist das Vertretungsgeschäft zunächst in allen Fällen wirksam, in denen auch das Selbstkontrahieren (oben unter 2.1.1) bzw. die Doppelvertretung (oben unter 2.1.2) zulässig wäre.

Darüber hinaus ist in diesen Fällen noch zu berücksichtigen, dass die sonstigen Interessenkonflikte für Dritte oft nur schwer erkennbar sind. Daher gewährt die Rechtsprechung Vertragspartnern, die gutgläubig auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut haben, nach den Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht mit Recht Vertrauensschutz¹⁰³. Damit ist das Vertretungsgeschäft immer dann wirksam, wenn der Dritte den Interessenkonflikt weder kannte noch kennen musste. Im Bereich der handelsrechtlichen Stellvertretung erfordert das Kennenmüssen eine mit der groben Fahrlässigkeit vergleichbare Evidenz des Missbrauchs¹⁰⁴. Dieser Gutgläubensschutz wird jedoch nur selten relevant, da die Vertragspartner bzw. Erklärungsgegner im Übrigen aufgrund eigener oder zure-

⁹⁹ Krit. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 126 f., und SCHOTT, S. 230 ff.

¹⁰⁰ BGE 126 III 361, 366 f.

¹⁰¹ Oben bei Fn. 49 ff.

¹⁰² Vgl. dazu die generellen Ausführungen zur Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bei Interesseneinheit oben bei Fn. 45 ff. (2.1.1.2).

¹⁰³ BGE 120 II 5, 9 f.; BGE 126 III 361, 363 f.; BGer 4C.25/2005 E. 1; zustimmend auch ROTH PELLANDA, N 360.

¹⁰⁴ EGGER, S. 64.

chenbarer Kenntnis des Interessenkonflikts zumeist als bösgläubig anzusehen sind¹⁰⁵.

2.2 Besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen im Kapitalgesellschafts- und Genossenschaftsrecht

Im Anwendungsbereich der zum 1.1.2008 in Kraft getretenen Art. 718*b*, Art. 814 Abs. 4 und Art. 899*a* OR gelten zusätzliche formelle Zulässigkeitsanforderungen. Da die gesetzlichen Regelungen nur einen Ausschnitt der Problematik der Insichgeschäfte betreffen, schaffen sie mehr Probleme, als sie lösen¹⁰⁶.

2.2.1 Anwendungsvoraussetzungen

Der Anwendungsbereich der neuen Normen ist zunächst auf Aktiengesellschaften (Art. 718*b* OR), Kommanditaktiengesellschaften (Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 718*b* OR), Gesellschaften mbH (Art. 814 Abs. 4 OR) und Genossenschaften (Art. 899*a* OR) beschränkt. Im Gegensatz zur EU-Richtlinie 89/667/EWG¹⁰⁷ gelten sie nicht nur für Einpersonengesellschaften und Vertretungsgeschäfte von Gesellschaftern¹⁰⁸.

Erforderlich ist sodann nach dem Wortlaut der Vorschriften der Abschluss eines Vertrags. Eine entsprechende Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte und – sofern diese überhaupt vom Verbot des Insichgeschäfts erfasst werden¹⁰⁹ – Beschlüsse erscheint jedoch wegen der Vergleichbarkeit der Interessenkonflikte ganz generell und jedenfalls dann angezeigt, wenn diese sich auf einen Vertrag beziehen (z.B. Anfechtung, Zustimmungsbeschluss).

Bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts muss die Gesellschaft sodann durch die mit ihr den Vertrag schliessende Person vertreten worden sein. Vom Wortlaut der Vorschrift wird danach in jedem Fall das Selbstkontra-

¹⁰⁵ Siehe dazu oben bei Fn. 70.

¹⁰⁶ Krit. auch GLANZMANN, S. 77 („wenig geglückte Änderung“), und WALDBURGER, S. 418 („unglücklich“; „Anlass zu zahlreichen Auslegungsfragen“).

¹⁰⁷ Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. Nr. L 395/40 v. 30.12.1989 (sog. Einpersonen-GmbH-Richtlinie).

¹⁰⁸ Dies begründend BASK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 1 zu Art. 718*b* OR.

¹⁰⁹ Dazu oben bei Fn. 22 ff. (1.3.5).

hieren erfasst¹¹⁰. Da man nach dem noch möglichen Wortsinn und jedenfalls nach der Ratio der Vorschriften, die eine Transparenz bei dem Selbstkontrahieren vergleichbaren Interessenkonflikten herstellen möchten, auch den Vertreter noch als eine den Vertrag abschliessende Person ansehen kann, wird auch die Doppelvertretung erfasst¹¹¹. Schliesslich erscheint eine analoge Anwendung auf sonstige Interessenkollisionen (1.3) angebracht, da diese vom Gesetzgeber offenbar übersehenen Fälle den klassischen Formen des Insihgeschäfts hinreichend ähnlich sind und sich gerade auch bei ihnen die Notwendigkeit schriftlicher Fixierung aufdrängt¹¹².

Schliesslich muss der Wert der Gesellschaftsleistung über 1'000 CHF liegen oder es darf sich nicht um ein Rechtsgeschäft des laufenden Geschäfts handeln. Die Wertbestimmung erfolgt dabei aufgrund eines Drittvergleichs, d.h. insbesondere zum Markt- oder Börsenkurs¹¹³. Bei zusammenhängenden Verträgen werden die Geschäftswerte addiert¹¹⁴, um Umgehungen zu vermeiden. Geschäfte, bei denen sich der Wert der Gesellschaftsleistung nicht bestimmen lässt, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers generell den Sonderregeln unterliegen¹¹⁵. Demgegenüber könnte man durchaus auch an eine analoge Anwendung des Befreiungstatbestands denken, wenn es sich um inhaltlich unbedeutende Verträge des laufenden Geschäfts handelt¹¹⁶.

2.2.2 Rechtsfolgen

Rechtsfolge einer Anwendbarkeit von Art. 718*b*, Art. 814 Abs. 4 und Art. 899*a* OR ist das Erfordernis einer schriftlichen Abfassung (Art. 13 ff. OR) des konkreten Geschäfts (vollständiger Erklärungsinhalt, Unterschriften)¹¹⁷. Die Schriftform betrifft ausdrücklich das Geschäft selbst, so dass anders als nach Art. 5 Abs. 1 RL 89/667/EWG die blosser Aufnahme in

¹¹⁰ A.A. offenbar CHK-PLÜSS/KUNZ/KÜNZLI, N 6 zu Art. 718*b* OR.

¹¹¹ So auch CR-PETER/CAVADINI, N 3 zu Art. 718*b* OR; KISSLING, N 256.

¹¹² Ebenfalls für eine ausdehnende Anwendung BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 2 zu Art. 718*b* OR.

¹¹³ Siehe nur GLANZMANN, S. 77.

¹¹⁴ Siehe nur CR-PETER/CAVADINI, N 6 zu Art. 718*b* OR.

¹¹⁵ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Änderungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.201, S. 2002, 3230.

¹¹⁶ So der Vorschlag von BÖCKLI, § 13 N 605*b*.

¹¹⁷ BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 4 zu Art. 718*b* OR.

eine Niederschrift nicht ausreichend ist¹¹⁸. Auch die Protokollierung einer Generalmächtigung zu Insichgeschäften¹¹⁹ oder die Schriftform einer Zustimmungserklärung bzw. eines Zustimmungsbeschlusses für den Einzelfall (vgl. 2.1.1.3)¹²⁰ sind nach dem Wortlaut und der Ratio der Vorschrift, die Transparenz hinsichtlich von Abschluss und Inhalt des eigentlichen Insichgeschäfts herstellen möchte, nicht genügend.

Da der Gesetzgeber nichts Abweichendes vorgesehen hat, ergibt sich aus einem Formmangel nach der allgemeinen Regel von Art. 11 Abs. 2 OR grundsätzlich die Unwirksamkeit des Geschäfts¹²¹. Sofern gutgläubige Dritte betroffen sind, wie dies namentlich in den Fällen eines Eigengeschäfts möglich ist¹²², erscheint dies allerdings als unangebracht. Hier ist ausserdem stossend, dass es der Alleingesellschafter und -verwaltungsrat später in der Hand hat, sich unter Vorlage eines Schriftstücks auf die Wirksamkeit eines ihm günstigen Geschäfts zu berufen, sich aber der Erfüllung eines für ihn inzwischen ungünstigen Geschäfts durch Nichtvorlage eines ggf. vernichteten Schriftstücks zu entziehen¹²³.

3. Rechtsfolgen unwirksamer Insichgeschäfte

3.1 Haftung des Vertreters als Vertreter ohne Vertretungsmacht

Gegenüber dem potentiellen Vertragspartner, der den Interessenkonflikt weder kannte noch hätte kennen müssen, haftet der Vertreter, dessen Vertretungsgeschäft von der Gesellschaft nicht noch nachträglich wirksam genehmigt wurde, als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Art. 39 Abs. 1 OR¹²⁴. Sofern der Vertreter nicht auf eine Ermächtigung bzw. Genehmigung durch die Gesellschaft vertrauen durfte, trifft ihn auch ein Verschulden, so dass der Richter nach

¹¹⁸ WALDBURGER, S. 418 mit Fn. 55; a.A. GLANZMANN, S. 78.

¹¹⁹ A.A. GLANZMANN, S. 78.

¹²⁰ A.A. BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 4 zu Art. 718b OR.

¹²¹ CR-PETER/CAVADINI, N 7 zu Art. 718b OR; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 11 zu Art. 718b OR; krit. und einschränkend GLANZMANN, S. 78 f., sowie BÖCKLI, § 13 N 605d.

¹²² Siehe dazu oben bei Fn. 70.

¹²³ Siehe dazu die zutreffenden Bedenken von BÖCKLI, § 13 N 605d.

¹²⁴ Siehe zur Anwendung der Regelungen über die Vertretung ohne Vertretungsmacht bei unzulässigen Insichgeschäften BGE 63 II 173, 174 f., und BGE 82 II 388, 393.

Art. 39 Abs. 2 OR auch auf den Ersatz weiteren Schadens erkennen kann, sofern dies der Billigkeit entspricht.

3.2 Haftung und Abberufung des Vertreters aufgrund einer Pflichtverletzung

Der Vertreter haftet als Gesellschaftsorgan (Verwaltungsrat, Geschäftsführer, Verwaltungsmitglied, Liquidator) unter den Voraussetzungen der Art. 754, Art. 764 Abs. 2, Art. 769, Art. 827 und Art. 916 OR gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern. Daneben kommt eine Haftung des Vertreters nach Art. 97 Abs. 1, Art. 398 Abs. 1 und Art. 321e OR wegen einer Verletzung des dem Organ- bzw. Vertretungsverhältnis zugrunde liegenden Vertrags (Auftrag, Arbeitsvertrag) in Betracht. Als Gesellschafter einer Personengesellschaft kann der Vertreter nach Art. 538 Abs. 1, 2 OR bzw. (bei Vergütung) nach Art. 398 OR gegenüber seinen Mitgesellschaftern verantwortlich sein. In allen diesen Fällen begründet das Handeln im Interessenkonflikt die Vermutung für eine Pflichtverletzung¹²⁵, die der Betroffene durch den Nachweis formeller (Zustimmung) oder materieller (Abschluss zu Marktbedingungen im Interesse der Gesellschaft, Interesseneinheit) Umstände zu widerlegen hat¹²⁶. Die Pflichtverletzung kann zudem einen (wichtigen) Grund für die Abberufung des Vertreters nach den jeweils einschlägigen Regelungen (z.B. Art. 539, Art. 705, Art. 741 OR) bilden¹²⁷.

3.3 Rückerstattung rechtsgrundlos erlangter Leistungen bzw. verdeckter Gewinnausschüttungen

Wurden aufgrund eines Geschäfts, das als Insihgeschäft bzw. wegen eines vergleichbaren Interessenkonflikts unwirksam ist, Leistungen ausgetauscht, sind diese entweder nach Art. 62 ff. OR oder nach Art. 641 Abs. 2 ZGB zurückzuerstatten¹²⁸.

Sofern der Vertreter als Gesellschafter oder Exekutivorganmitglied einer Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft oder GmbH durch

¹²⁵ STUTZ/VON DER CRONE, S. 106.

¹²⁶ VON DER CRONE, S. 7 ff.

¹²⁷ Siehe etwa BGE 132 III 758, 764.

¹²⁸ DÜRR, S. 47.

das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft eine Leistung erhalten hat, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur eigenen Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft steht, kann die Gesellschaft diese Leistung als sog. verdeckte Gewinnausschüttung nach Art. 678 Abs. 2, Art. 764 Abs. 2, Art. 800 OR zurückverlangen, wobei auch ein Gesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft klagen kann. Bedeutung kann die Rückerstattung etwa im Falle deutlich übersetzter und unverhältnismässiger Entschädigungsleistungen an Exekutivorganmitglieder erlangen¹²⁹.

3.4 Anfechtbarkeit von Beschlüssen

Beschlüsse, an denen ein Gesellschafter aufgrund eines Interessenkonflikts nicht hätte mitwirken dürfen (z.B. Art. 695, Art. 806a OR), sind im Falle der Kausalität der unberechtigten Stimmabgabe anfechtbar (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 808c OR). Die Beschlüsse von Exekutivorganen, bei denen Interessenkonflikte eher berücksichtigt werden können¹³⁰, sind hingegen nach herrschender Meinung nicht anfechtbar¹³¹.

4. Fazit

Im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des Verbots von Insichgeschäften und des Gebots ihres schriftlichen Abschlusses sind noch immer viele Fragen offen. Es empfiehlt sich daher in der Praxis, derartige Geschäfte mit der Zustimmung der vertretenen Gesellschaft und schriftlich vorzunehmen sowie dabei ausdrücklich und begründet auf den Abschluss zu Fremdbedingungen hinzuweisen. Die Zustimmung der Gesellschaft sollte nach Möglichkeit von einem übergeordneten Vertreter oder von allen unabhängigen nebengeordneten Vertretern durch gemeinsamen Beschluss erteilt werden. Anderenfalls drohen nicht nur die Unwirksamkeit des Geschäfts, sondern auch Schadensersatzforderungen der Gesellschaft und Dritter.

¹²⁹ BÖCKLI, § 13 N 242.

¹³⁰ Siehe oben bei Fn. 22 ff. (1.3.5).

¹³¹ Siehe dazu nur BÖCKLI, § 13 N 264 f. m.w.N.

Literaturverzeichnis

- AEPLI, VIKTOR: Entschädigung des Verwaltungsrates, SZW 2002, S. 269.
- AMSTUTZ, MARC/BREITSCHMID, PETER/FURRER, ANDREAS ET AL. (Hrsg.) (CHK-BEARBEITER): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- VON BÜREN, ROLAND: Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, SPR VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005.
- VON BÜREN, ROLAND/STOFFEL, WALTER A./WEBER, ROLF H.: Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich 2007.
- BÜRGI, WOLFGANG F. (ZK-BÜRGI): Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft (Art. 660 - 697 OR), Zürich 1957.
- CHAUDET, FRANÇOIS/CHERPILLOD, ANNE/LANDROVE, JUAN CARLOS: Droit suisse des affaires, 3. Aufl., Basel et al. 2010.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR: Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1994, S. 1.
- DÜRR, ROGER: Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Zürich 2005.
- EGGER, AUGUST: Missbrauch der Vertretungsmacht, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum siebenzigsten Geburtstage von Carl Wieland, Basel 1934, S. 47.
- ENGEL, PIERRE: Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997.
- FORSTMOSER, PETER: Horizontale Integration im Konzern, in: SCHWEIZER, RAINER J./BURKERT, HERBERT/GASSER, URS (Hrsg.): Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 383.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- GLANZMANN, LUKAS: Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 88 (2007), S. 69.
- HANDSCHIN, LUKAS: Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: KRAMER, ERNST A./NOBEL, PETER/WALDBURGER, ROBERT: Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, S. 169.
- HOMBURGER, ERIC: Zürcher Kommentar zu Art. 717 OR, Zürich 1997.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel/Genf/ München 2008.
- HUGUENIN, CLAIRE: Insihgeschäfte im Aktienrecht, in: KRAMER, ERNST A./NOBEL, PETER/WALDBURGER, ROBERT: Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, S. 521.
- KEICHER, WALTER HEINRICH: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, Bern 1940.
- KISSLING, MISCHA: Der Mehrfachverwaltungsrat, Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Zürich 2006.
- KOLLER, ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009.
- KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA/NOBEL, PETER/SCHWANDER, IVO/WOLF, STEPHAN (Hrsg.) (OFK-BEARBEITER): Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Bern 2009.
- LAZOPOULOS, MICHAEL (Interessenkonflikte): Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004.

- LAZOPOULOS, MICHAEL (Massnahmen): Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2006, S. 139.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.
- PORTMANN, ROLF: Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Zürich 1941.
- RIEMER, HANS MICHAEL (BK-RIEMER): Berner Kommentar: Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, Bern 1990.
- ROTH PELLANDA, KATJA: Organisation des Verwaltungsrates – Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Zürich 2007.
- SCHOTT, ANSGAR: Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002.
- SCHWENZER, INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009.
- STUTZ, BETTINA/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, Bemerkungen zu BGE 127 III 332, SZW 2003, S. 102.
- THÉVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (Hrsg.) (CR-BEARBEITER): Commentaire romand – Codes des obligations I, Basel 2003.
- WALDBURGER, MARTIN: Die „kleine“ Aktienrechtsrevision (Teil 1) – Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung, GesKR 4/2007, S. 411.
- WATTER, ROLF: Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sog. „Missbrauch der Vertretungsmacht“, Zürich 1985.
- ZÄCH, ROGER (BK-ZÄCH): Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung – Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990.
- ZOBL, DIETER: Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, S. 289.

