

Dokument	GesKR 2007 S. 24
Autor	Benedikt Maurenbrecher, Ansgar Schott
Titel	Private Rechtsgeschäfte von Organpersonen
Seiten	24-38
Publikation	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Herausgeber	Daniel Daeniker, Frank Gerhard, Urs Kägi, Till Spillmann, Rudolf Tschäni, Hans-Ueli Vogt, Rolf Watter, Matthias Wolf
Frühere Herausgeber	Dieter Dubs, Jean-Baptiste Zufferey
ISSN	1661-7673
Verlag	Dike Verlag AG

Private Rechtsgeschäfte von Organpersonen

Benedikt Maurenbrecher/Ansgar Schott*

GesKR 2007 S. 24

I. Einleitung**

Als private Rechtsgeschäfte von Organpersonen werden hier Rechtsgeschäfte bezeichnet, die Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung einer Gesellschaft in der Verfolgung persönlicher Interessen abschliessen und die die betreffende Organperson in einen Konflikt mit den Interessen ihrer Arbeitgeberin (oder einer ihrer Konzerngesellschaften) bringen können.

Private Rechtsgeschäfte von Organpersonen lassen sich grundsätzlich einteilen in Geschäfte, die die Organperson für die Gesellschaft als deren Vertreter vornimmt (Gesellschaftsgeschäfte) und solche, die die Organperson nur im eigenen Namen vornimmt und auf deren Gegenseite weder die Gesellschaft noch eine Konzerneinheit, sondern ein konzernfremder Dritter steht (Drittgeschäfte). Es sei zunächst kurz aufgezeigt, welche Geschäfte hierdurch angesprochen werden. Im Folgenden beschränkt sich der Beitrag aber auf die Drittgeschäfte, soweit sich keine Parallelen zu den Gesellschaftsgeschäften ergeben. Solche Drittgeschäfte haben in Lehre und Praxis wesentlich weniger Beachtung gefunden als die Gesellschaftsgeschäfte. Der Einfachheit halber wird in diesem Beitrag davon ausgegangen, dass es sich um Geschäfte von Organpersonen einer Aktiengesellschaft handelt.

Zunächst werden die typischen Fallgruppen privater Rechtsgeschäfte von Organpersonen (nachfolgend II.), deren rechtliche Grundlagen (nachfolgend III.) sowie die sich daraus ergebenden Grenzen (nachfolgend IV.) dargestellt. Die Erkenntnisse daraus werden sodann auf die Drittgeschäfte angewendet (V.). Abschliessend wird auf die Möglichkeiten zur Bewältigung der Probleme bei Drittgeschäften eingegangen (VI.).

* Dr. iur. Benedikt Maurenbrecher, MBA, und Dr. iur. Ansgar Schott, beide Homburger Rechtsanwälte, Zürich.

** Der Beitrag beruht auf einem am 23. Oktober 2003 anlässlich eines Seminars der Universität St. Gallen gehaltenen Referat. Herrn Dr. Daniel Daeniker, LL.M., Rechtsanwalt, danken wir für wertvolle Hinweise zur schriftlichen Fassung.



II. Gesellschafts- und Drittgeschäfte

1. Gesellschaftsgeschäfte

Die privaten Rechtsgeschäfte, bei denen die Organperson eine Vertreterhandlung ausführt, lassen sich in folgende Fallgruppen einteilen:

GesKR 2007 S. 24, 25

1. An erster Stelle sei das Selbstkontrahieren (Insichgeschäft) erwähnt, bei dem das Organ auf der einen Seite namens der Gesellschaft und auf der anderen Seite im eigenen Namen handelt.¹ Das Organ kann dabei gewissermassen mit sich selbst Verträge über Güter oder Dienstleistungen abschliessen, also etwa Grundstücke der Gesellschaft an sich selbst verkaufen oder sich selbst einen Kredit durch die Gesellschaft einräumen. Weiter kommen auch Verträge in Frage, mit denen die Stellung der Organperson gegenüber der Gesellschaft festgelegt wird, also z.B. Arbeits- oder Mandatsverträge, die die Gesellschaft mit dem Organ abschliesst.²

Insichgeschäfte sind gemäss der bundesgerichtlichen Formel³ und der überwiegenden Auffassung in der Lehre⁴ grundsätzlich unzulässig. Zulässig ist das Geschäft, wenn es im Voraus oder nachträglich durch ein über- oder nebengeordnetes Organ genehmigt wird oder die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist, wie etwa wenn es zu Marktpreisen⁵ abgeschlossen wurde.⁶ Nach der neueren Praxis des Bundesgerichts bedarf es bei einem Insichgeschäft, das durch den Mehrheitsaktionär einer Gesellschaft abgeschlossen wird, aus Gründen des Minderheitenschutzes der Zustimmung der Generalversammlung.⁷

2. Zu den bekannten Fällen privater Geschäfte zählen weiter die oft als Eigengeschäfte (Interzessionsgeschäfte) bezeichneten Rechtsgeschäfte. Dabei geht es darum, dass die Gesellschaft gegenüber einem Dritten eine Verpflichtung zu Gunsten des Organs übernehmen soll: Z.B. verspricht das Organ namens der Gesellschaft dem Dritten gegenüber, dass die Gesellschaft die Schulden des Organs übernimmt oder dem Dritten eine Real- oder Personalsicherheit zu Gunsten des Organs einräumt.⁸

Nach richtiger Auffassung der Lehre sind solche Geschäfte nach Massgabe von [Art. 718a Abs. 2 OR](#) dem Dritten gegenüber ungültig, wenn dieser bösgläubig ist. Die oben genannte Ungültigkeitsregel für Insichgeschäfte findet hier also auf Grund des Drittschutzes keine (analoge) Anwendung.⁹ Anwendbar ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber die erwähnte Regel betreffend die Zustimmung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ bzw. durch die Generalversammlung bei Geschäften, welche der

1 Die Doppelvertretung als die zweite Form eines Insichgeschäfts stellt kein privates Rechtsgeschäft der Organperson dar.

2 Zur Festsetzung der eigenen Vergütung insbes. Daniel Daeniker, Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, SJZ 15/2005, 381 ff., 385.

3 Grundlegend [BGE 89 II 326](#), zuletzt [BGE 127 III 333](#); zur Entwicklung der Rechtsprechungspraxis ausführlich Ansgar Schott, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Diss. Zürich 2002 (= ZSPR 178), 30 ff.

4 Schott (FN 3), 34 ff. m.w.H. und Ausführungen zur Kontroverse in der Lehre.

5 Vgl. [BGE 39 II 568 f.](#); BK-Zäch, [OR 33 N 12](#); BK-Fellmann, [OR 398 N 111](#); BSK [OR I-Watter](#), Art. 33 N 19 und Art. 718a N 12; ZK-Homburger, [OR 717 N 909](#); kritisch Schott (FN 3), 131 ff.

6 [BGE 126 III 363](#), [BGE 127 III 334](#); Schott (FN 3), 197 ff. m.w.H.; Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2/2003, 102 ff.

7 [BGE 126 III 366](#), dazu ausführlich Schott (FN 3), 208 ff.; vgl. auch Handelsgericht Zürich, ZR 71 (2005), 260.

8 Vgl. Dieter Zobl, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 6/1989, 289 ff.; ders. Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Schwander/Gehrig (Hrsg.), Banken und Bankenrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 183 ff.; Rolf Watter, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen, Organe, speziell bei sogenanntem "Missbrauch der Vertretungsmacht", Diss. Zürich 1985 (= SSW 81), N 106; Schott (FN 3), 86 ff.; umfassend: Dieter Aebi, Interzession - Kreditsicherung im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001 (= SSW 206) und Arnold F. Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs, Diss. Zürich 2004 (= ZSPR 188). Vgl. auch die Diskussion zu den sog. upstream securities; dazu etwa Oliver Banz, Sicherheiten zugunsten von Aktionären (sog. Upstream Securities), in: von der Crone/Forstmoser/Weber/Zäch (Hrsg.); Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zürich 2004, 193 ff.; Oliver Blum, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, [AJP 6/2005, 705 ff.](#) sowie Markus R. Neuhaus/Rolf Watter, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, 173 ff.

9 Vgl. Zobl (FN 8), 305 ff.; Schott (FN 3), 88 ff. mit einer Darstellung zur Kontroverse und weiteren Hinweisen.



Mehrheitsaktionär abschliesst.¹⁰ Eine besondere Rechtsfolge ergibt sich sodann im Aktienrecht, wenn das Eigengeschäft zu Gunsten des Organs als Aktionär abgeschlossen wurde und dabei das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (vgl. [Art. 678 Abs. 2 OR](#)) bzw. das Verbot der Einlagenrückgewähr ([Art. 680 Abs. 2 OR](#)) verletzt wurde. Ob das Geschäft bei Verletzung dieser Vorschriften ohne weiteres nichtig ist oder ob auch hier auf die Bösgläubigkeit des Dritten abzustellen ist, wird in der Lehre kontrovers behandelt.¹¹

3. In den letzten Jahren hat sich im Zusammenhang mit den Entwicklungen im Bereich der Unternehmensfinanzierung eine weitere Gruppe von Interessenkonflikt-Situationen ergeben. Zwar unterscheidet sie sich in Bezug auf die rechtliche Behandlung nicht unbedingt von den Eigen- bzw. Insichgeschäften, jedoch weist sie auf Grund der besonderen wirtschaftlichen Gegebenheiten eine gewisse Eigenständigkeit auf. Es geht um substantielle Transaktionen der Gesellschaft, wie namentlich Unternehmensübernahmen¹², Management Buy-Outs, Aktien- und Optionsprogramme oder auch

GesKR 2007 S. 24, 26

Unternehmensauktionen¹³, bei denen sich das Organ in einer Interessenkonflikt-Situation befindet.¹⁴ Da bei solchen Geschäften erhebliche wirtschaftliche Interessen des Managements bzw. der betreffenden Organperson involviert sein können, sollen sie nach einem Teil der Lehre insbesondere durch umfassende Offenlegungs- und Ausstandspflichten kontrolliert werden.¹⁵

2. Drittgeschäfte

Rechtsgeschäfte mit Interessenkonfliktpotential, welche die Organperson mit Dritten vornimmt, lassen sich etwa in folgende (nicht abschliessende) Fallgruppen einteilen:

1. Die Organperson eignet sich durch das Geschäft mit dem Dritten eine Geschäftschance der Gesellschaft an.¹⁶ Als Beispiel dient der Fall, bei dem der Direktor einer Immobiliengesellschaft ein vielversprechendes Grundstück auf eigene Rechnung statt auf Rechnung der Gesellschaft erwirbt.

2. Die Organperson tätigt ein Geschäft, mit welchem sie ihre Unabhängigkeit kompromittiert, indem sie sich etwa Schmiergeldzahlungen oder Provisionen im Hinblick auf die Vergabe von Aufträgen der Gesellschaft versprechen lässt.

3. Die Organperson schliesst ein Geschäft ab, das zu ihrer eigenen Rufschädigung und damit indirekt zu einer Schädigung der Reputation der Gesellschaft führt. Hierzu sind illegale Handlungen, aber auch Geschäfte mit Personen von zweifelhaftem Ruf zu zählen.

4. Ein Sonderfall ist der Missbrauch von Gesellschaftsinformationen. Hier geht es darum, dass das Organ interne Informationen über die Gesellschaft, deren Beziehungen zu Abnehmern und Lieferanten oder über den Markt zum eigenen Vorteil ausnützt. Soweit es sich nicht um die Aneignung von Geschäftschancen handelt, geht es insbesondere um die hier nur am Rande behandelten Insidergeschäfte.

5. Nicht weiter untersucht werden sollen die in der Literatur bereits eingehend behandelten Geschäfte oder Handlungen von Organpersonen, welche die eigene Gesellschaft konkurrenzieren. Zu denken ist dabei etwa

¹⁰ Grundlegend [BGE 126 III 363 f.](#); vgl. auch Handelsgericht Zürich (FN 7), 258 f.

¹¹ Vgl. die umfassende Darstellung bei Rusch (FN 8), 114 f. und 146 f. m.w.H.

¹² Dazu Adriano Margiotta, Interessenkonflikte des Verwaltungsrats im Rahmen öffentlicher Übernahmeangebote, in: Schweizerische Übernahmekommission (Hrsg.), Schweizerisches Übernahmerecht in der Praxis, Zürich 2005, 131 ff.; Andrin Schnydrig/Markus Vischer, Die Transaktionsvereinbarung bei öffentlichen Übernahmen, [AJP 10/2006, 1192 ff.](#), insbes. 1196 ff.

¹³ Dazu Heinz Schärer/David Oser Unternehmensauktionen - ausgewählte Fragen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich 2006, 125 ff., insbes. 153 ff.

¹⁴ Vgl. Markus Ruffner, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, 239; ders., Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften - eine ökonomische Analyse, ZSR NF 119 (2000) II, 215 ff.; Daniel Daeniker, Die zwei Hüte des Verwaltungsrates: Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen, in: Tschäni (Hrsg.), Mergers and Acquisitions VII, Zürich 2005, 113 ff.; Andreas Bohrer, Corporate Governance and Capital Market Transactions in Switzerland, Habil. Zürich 2005, N 716 ff.; vgl. ferner Arie Gerszt, "Goldene Fallschirme" im Schweizerischen Recht, Seminararbeit Universität St. Gallen, 2004.

¹⁵ Vgl. insb. Ruffner, Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften (FN 14), 217.

¹⁶ In der US-Praxis als *conversion of corporate opportunity* bezeichnet; vgl. dazu Daeniker (FN 14), 131 m.w.H.



an das Abwerben von Kunden oder Arbeitnehmern¹⁷ oder die gleichzeitige Tätigkeit eines Direktors oder Verwaltungsrats für einen Konkurrenten¹⁸. Ähnliche Probleme ergeben sich auch im Zusammenhang mit Mehrfachmandaten in Unternehmen, die zueinander in Geschäftsbeziehungen stehen.¹⁹

6. Zuweilen gibt es Konstellationen, bei denen Drittgeschäfte und Gesellschaftsgeschäfte kombiniert vorkommen. Zu denken ist etwa an den Fall, dass sich Organpersonen an einer Managementbeteiligungsgesellschaft beteiligen, welche dann einerseits Beteiligungen an dritten Unternehmen erwirbt und andererseits mit der Gesellschaft Geschäfte abschliesst, indem sie etwa von dieser Kredite erhält.

III. Grundlagen

1. Rechtsstellung von Organpersonen

Wie private Rechtsgeschäfte von Organpersonen zu behandeln sind, hängt zunächst von der Rechtsstellung der jeweiligen Organperson ab. Die rechtliche Qualifikation der Organstellung ist in Lehre und Rechtsprechung zum Teil umstritten.

- Zum einen wird das Verhältnis der Mitglieder der obersten geschäftsführenden Organe zur Gesellschaft als ein gesellschaftsrechtliches aufgefasst.²⁰ Entsprechend unterstehen diese Personen den aktienrechtlichen Pflichten, insbesondere der Sorgfalts- und Treuepflicht nach [Art. 717 OR](#) und der Auskunftspflicht nach [Art. 715a OR](#).

- Zum andern wird eine schuldrechtliche Komponente postuliert, welche von der herrschenden Lehre und vom Bundesgericht oft als auftragsrechtlich oder

GesKR 2007 S. 24, 27

auftragsähnlich qualifiziert wird.²¹ Danach sind für die Bestimmung des Pflichtenhefts die [Art. 398 ff. OR](#) heranzuziehen, wobei angesichts der besonderen Regelung der Sorgfalts- und Treuepflicht in [Art. 717 Abs. 1 OR](#) für eine Anwendung von [Art. 398 Abs. 1 und 2 OR](#) wenig Raum bleibt, weshalb auf sie im Folgenden nicht weiter eingegangen wird.

- Zudem wird vom Bundesgericht und einem Grossteil der Lehre die Ansicht vertreten, dass auch eine arbeitsvertragliche Stellung in Frage kommt, insbesondere wenn die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird. Dabei sei für die Annahme eines Arbeitsvertrages entscheidend, ob die Organperson in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, durch das sie Weisungen empfängt.²² Das Bundesgericht fasst in einem kürzlich ergangenen Entscheid seine bisherige, teilweise widersprüchliche Rechtsprechung dahingehend zusammen, dass es tendenziell die Direktoren oder Vizedirektoren als Arbeitnehmer²³ und die Verwaltungsräte als Beauftragte betrachtet, es aber auch schon entschieden habe, dass Verwaltungsräte in

¹⁷ Vgl. statt vieler Ullin Streiff/Adrian von Känel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Zürich 1992, [Art. 321a OR](#) N 7; [BGE 104 II 28 ff.](#)

¹⁸ Dazu Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 32 ff.

¹⁹ Dazu Peter Forstmoser, Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Vogt/Zobl (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Basel 2002, 9 ff., 17 ff.

²⁰ Grundlegend Adrian Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds, Diss. Zürich 1990 (= SSHW 130), 113 ff.; vgl. weiter statt vieler Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel (FN 18), § 28 N 1 ff. und Peter Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 13 N 88.

²¹ ZK-Bürgi, [OR 708](#) N 14 ff.; ZK-Staehelin/Vischer, [OR 319](#) N 42; Streiff/von Känel (FN 17), [Art. 319 OR](#) N 6; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Zürich 1999, 58 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel (FN 18), § 28 N 10; Böckli (FN 20), § 13 N 88; Roland von Büren, SPR VIII/6, 401; vgl. auch [BGE 125 III 81](#), [BGE 128 III 131 f.](#), [BGE 130 III 216](#).

²² [BGE 128 II 131 f.](#), [BGE 130 III 216](#); ZK-Staehelin/Vischer, [OR 319](#) N 42; BK-Rehbinder, [OR 319](#) N 52; Böckli (FN 20), § 13 N 89. Zum Delegierten insbes.: Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel (FN 18), § 28 N 154 und Roland Müller, Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, [AJP 12/2001, 1367 ff.](#) Zum Verwaltungsratspräsidenten insbes.: Ivo W. Hungerbühler, Der Verwaltungsratspräsident, Diss. Zürich 2003 (= SSHW 219), 167 ff. Das Arbeitsverhältnis ablehnend etwa Müller/Lipp/Plüss (FN 21), 56 ff. Für einen Überblick und eine kritische Stellungnahme zu Rechtsprechung und Lehre vgl. Ueli Sommer, Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungs- und anderen Organverträgen, [AJP 9/2004, 1059 ff.](#) sowie umfassend Roland Müller, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005, 40 ff.

²³ Vgl. zu den Konsequenzen [BGE 4C.110/2005 vom 6. Juli 2005](#) betr. missbräuchliche Entlassung.

²⁴ [BGE 128 III 132](#) mit Hinweisen zu früheren Entscheiden.



einem Arbeitsverhältnis stehen können.²⁴ Es hält dabei aber auch fest, dass die Beurteilung des Rechtsverhältnisses auf Grund der Besonderheiten des konkreten Falles vorzunehmen sei.²⁵

Umstritten ist auch bei Annahme eines arbeitsrechtlichen Verhältnisses, ob dieses parallel und selbständig zum mandatsrechtlichen hinzukommt oder letzteres ersetzt.²⁶ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt bei Anwendung der Bestimmungen über den Arbeitsvertrag ein arbeits- und gesellschaftsrechtliches Doppelverhältnis vor, was zur Folge habe, dass die Organperson bei ihrer Pflichterfüllung auch die Sorgfalts- und Treuepflicht nach [Art. 321a OR](#) zu berücksichtigen hat.²⁷ Bei einer Verletzung der Treuepflicht sei jedoch jeweils getrennt zu prüfen, ob die arbeitsrechtliche oder die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verletzt ist, wobei es sich in der Regel erweise, dass die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht weiter geht als die arbeitsrechtliche.²⁸ So hielt das Bundesgericht in einem wohl eher fraglichen Entscheid dafür, dass ein Arbeitnehmer-Verwaltungsrat nicht befugt sei, seine persönlichen arbeitsvertraglichen Interessen bei den Verhandlungen mit der Gesellschaft vorrangig wahrzunehmen. Vielmehr müsse er sich an marktüblichen Bedingungen ausrichten und jegliche Begünstigung vermeiden, auch wenn das Geschäft seitens der AG z.B. von der Verwaltungsratspräsidentin unterzeichnet wird.²⁹

2. Wirtschaftliche Privatsphäre von Organpersonen

Verwaltungsräte und Direktoren sind in ihrem privaten Bereich grundsätzlich frei. Dieser Grundsatz bildet den Gegenpol zur Pflichtbindung von Organen. Er gilt sowohl für den Bereich der Intim- wie auch der Privatsphäre und selbst dann, wenn die persönlichen Aktivitäten nicht im Interesse der Unternehmung sind.³⁰ Geschützt ist z.B. der religiöse und sexuelle Privatbereich des Verwaltungsratspräsidenten einer kotierten Unternehmung, auch wenn er ein Reputationsrisiko für die Gesellschaft darstellen könnte. Ebenso ist auch ein unersetzbarer Forschungsleiter frei, in seiner Freizeit Risikosportarten auszuüben.

Geschützt wird grundsätzlich auch die wirtschaftliche Privatsphäre von Organen, einschliesslich der privaten finanziellen Verhältnisse.³¹ Arbeitsrechtlich gilt dabei der Grundsatz, dass Weisungen des Arbeitgebers nur dann einen Eingriff in Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers rechtfertigen, wenn diese zur Durchführung des Arbeitsvertrags und zur Wahrung berechtigter

GesKR 2007 S. 24, 28

Interessen des Arbeitgebers unbedingt erforderlich sind.³² Dabei verlangt das Gebot des Schutzes der Persönlichkeit des Arbeitnehmers ([Art. 328 OR](#)) eine Abwägung der Interessen im Einzelfall.³³ Dies muss grundsätzlich auch für Organe gelten, die im Arbeitsverhältnis stehen. Allerdings kann sich eine Organperson nicht auf das Recht zur Entfaltung ihrer Persönlichkeit berufen, wenn sie dadurch ihre gesellschaftsrechtlichen Pflichten vernachlässigen würde.³⁴ Analoges gilt u.E. grundsätzlich auch im Auftragsrecht.³⁵ Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist deshalb die Feststellung, dass Organpersonen in ihrer privaten Geschäftstätigkeit grundsätzlich frei sind, soweit nicht besondere

²⁵ [BGE 128 III 132](#); vgl. dazu auch Thomas Geiser/Kai-Peter Uhlig, Arbeitsverhältnisse im Konzern, [ZBJV 2003, 762 f.](#)

²⁶ Für eine parallele Anwendung vgl. etwa Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A., Bern 2003, § 16 N 376; Plüss (FN 20), 129; anders wohl Böckli (FN 20), § 13 N 89 und von Büren (FN 21), 403.

²⁷ [BGE 130 III 216](#) m.w.H. Kritisch dazu: Sommer (FN 22), 1061; Karin Eugster/Hans Caspar von der Crone, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, [SZW 2004, 434 ff.](#), 438 und 441 f.; Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone, Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft, [SZW 4/2002, 260 ff.](#), 263 f.; Roland von Büren/Hans Peter Walter, Die wirtschaftliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2004, [ZBJV 2005, 750 ff.](#), 754 f.

²⁸ [BGE 130 III 216 f.](#); vgl. dazu Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer (FN 22), 6 f., 279 f. und 290 f.

²⁹ BGE 4C.402/1998 vom 14. Dezember 1999, redigiert von Thomas Geiser, Praxis 3/2000 Nr. 50, 285 ff. Allerdings handelte es sich bei der Verwaltungsratspräsidentin um die Schwester des oben genannten Arbeitnehmer-Verwaltungsratsmitgliedes.

³⁰ Dazu etwa BSK [ZGB-Meili](#), Art. 28 N 24 ff.

³¹ BSK [ZGB-Meili](#), Art. 28 N 26 m.w.H.

³² BK-Rehbinder, [OR 328](#) N 7 m.w.H.; BSK [OR](#) I-Rehbinder/Portmann, Art. 328 N 5.

³³ Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, [Art. 321a OR](#) N 2 c).

³⁴ Praxis 3/2000 Nr. 50, 285 ff., 288.

³⁵ In der Lehre wird die Grenze der auftragsrechtlichen Weisungserteilung insbesondere bei rechtswidrigen und unsittlichen wie auch schikanösen Anordnungen gezogen: BK-Fellmann, [OR 397](#) N 82 ff.; BSK [OR](#) I-Weber, Art. 397 N 7.



Beschränkungen beachtet werden müssen. Solche Beschränkungen können sich insbesondere bei Interessenkonflikten ergeben.

3. Interessenkonflikte von Organpersonen

Eine Organperson kann sich in einem Interessenkonflikt befinden, wenn sie über Interessen der Gesellschaft zu entscheiden hat, die eigenen Interessen oder Interessen anderer Personen, denen sie nahe steht oder zu deren Interessenwahrung sie sich verpflichtet hat, widersprechen. Die Lehre grenzt dabei den eigentlichen Interessenkonflikt von der blossen Interessenberührung ab.³⁶ Gefragt wird bei dieser Unterscheidung danach, ob die Gesellschaftsinteressen den anderweitigen Interessen mehr oder weniger diametral gegenüber stehen oder diese nur streifen. Nur im ersteren Fall liegt ein eigentlicher Interessenkonflikt vor.³⁷ Klassische Fälle von Interessenkonflikten sind Insichgeschäfte, da die Organperson dort auf beiden Seiten des Verhandlungstisches sitzt, sowie Eigengeschäfte (Interzession), da das Geschäft klar (auch) im Interesse der Organperson abgeschlossen wird.³⁸ Abgesehen von diesen Fällen ist die Abgrenzung nicht immer einfach, da der Unterschied ein gradueller ist und die Grenze auf Grund der Intensität der Betroffenheit bezüglich der Eigen- bzw. Fremdinteressen des Organs gezogen wird.³⁹ Die Unterscheidung ist rechtlich deshalb von Bedeutung, da an Interessenkonflikt und Interessenberührung zum Teil unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. In beiden Fällen hat das betreffende Organ seinem Vorgesetzten bzw. das Verwaltungsratsmitglied dem Präsidenten die Situation offenzulegen. Soll sodann über den Abschluss des Geschäfts ein Beschluss gefasst werden (vgl. zu den anderen möglichen Massnahmen der Konfliktlösung nachstehenden Abschnitt IV./1./1.1/a.), so wird bei einem Interessenkonflikt verlangt, dass das betreffende Organ von vornherein in den Ausstand tritt, während bei einer blossen Interessenberührung das Organ von der Stimmabgabe nicht zwingend ausgeschlossen werden soll.⁴⁰ Auch wenn die Grenzziehung manchmal Schwierigkeiten bereitet, ist bei Drittgeschäften wohl grundsätzlich eher von einer blossen Interessenberührung auszugehen, da sich die Interessen der Gesellschaft und die Interessen des Organs im Allgemeinen nicht diametral gegenüber stehen.

IV. Grenzen privater Rechtsgeschäfte von Organpersonen

1. Privatrechtliche Grenzen

1.1 Treuepflicht

a. Aktienrechtliche Treuepflicht

Gemäss [Art. 717 Abs. 1 OR](#) müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Es handelt sich bei der vorliegend behandelten Fragestellung um eine Unterlassungspflicht: Ein Verwaltungsrat oder Direktor darf zulasten der Gesellschaft weder Eigen- noch Drittinteressen verfolgen.⁴¹ Er hat mit anderen Worten in der Regel die eigenen Interessen sowie die Interessen ihm nahestehender Personen den Interessen der Gesellschaft unterzuordnen.⁴² Dies gilt

³⁶ Grundlegend: Böckli (FN 20), § 13 N 633 ff. Ebenso: Lukas Handschin, Treuepflichten des Verwaltungsrats bei der gesellschaftlichen Entscheidungsfindung, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht*, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 169 ff.; Margiotta (FN 12), 133; Benedikt Maurenbrecher, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, [AJP 11/1998, 1327 ff.](#), 1338 f. Ähnlich die Unterscheidung "akuter", "potentieller" bzw. "latenter" Interessenkonflikt: Forstmoser (FN 19), 13 ff.; Michael Lazopoulos, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Diss. Zürich 2004 (= SSHW 237), 97 ff.; Schärer/Oser (FN 13), 156.

³⁷ Böckli (FN 20), § 13 N 638 f.

³⁸ Schärer/Oser (FN 13), 157.

³⁹ Böckli (FN 20), § 13 N 636 ff.; Schärer/Oser (FN 13), 156 f.; Margiotta (FN 12), 133 f.

⁴⁰ Böckli (FN 20), § 13 N 634 f., 643 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 18), § 28 N 32; ZK-Homburger, [OR 717 N 894 ff.](#); Maurenbrecher (FN 36) 1338 f.; Handschin (FN 36), 172 ff.; Forstmoser (FN 19), 18 ff.; Schott (FN 3), 259; Daeniker (FN 14), 131; Schärer/Oser (FN 13), 157.

⁴¹ Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel (FN 18), § 28 N 27.

⁴² Vgl. statt vieler BSK [OR II-Watter](#), Art. 717 N 15.



grundsätzlich auch im Bereich von Ermessensentscheidungen und besonders beim Handeln im Interessenkonflikt.⁴³ Wie erwähnt, ist

GesKR 2007 S. 24, 29

gemäss bundesgerichtlicher - wohl eher etwas weit gehender - Rechtsprechung dem Gesellschaftsinteresse auch der Vorrang einzuräumen, wenn daneben (grundsätzlich legitime) arbeitsvertragliche Interessen bestehen.⁴⁴

Als treuwidrig gilt das Abschliessen von Insigengeschäften und Eigengeschäften sowie die Konkurrenzierung der Gesellschaft.⁴⁵ Weiter impliziert die Treuepflicht das Verbot des Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Tatsachen, wobei hier das aktienrechtliche Verbot weiter geht als das strafrechtliche. Gegen die Treuepflicht wird nämlich nicht nur bei Effektentransaktionen im Rahmen von Unternehmensübernahmen und ähnlichen Tatbeständen i.S.v. [Art. 161 Abs. 3 StGB](#) verstossen, sondern z.B. auch beim Verkauf von Aktien im Vorfeld einer Gewinnwarnung.⁴⁶ Unklar ist die Tragweite des aktienrechtlichen Insiderverbots dagegen, wenn z.B. ein Finanzchef auf Grund seiner Analyse über einen Konkurrenten dessen Aktien für die Gesellschaft und für sich privat kauft. U.E. liegt hierin keine Verletzung der Treuepflicht, solange eine spürbare Benachteiligung der Gesellschaft nicht zu erwarten ist.⁴⁷

Aufgrund der Vielzahl möglicher Konstellationen lassen sich Interessenkonflikte nicht ausschliessen, sondern nur kontrollieren. In der Lehre wird deshalb verlangt, dass der Verwaltungsrat beim Vorliegen eines möglichen Interessenkonflikts die notwendigen Massnahmen trifft, um zu verhindern, dass zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt wird. In allen Fällen hat das Organ Interessenkonflikte grundsätzlich offenzulegen. Daneben werden in der Regel vier Massnahmen erwähnt, wie bei Interessenkonflikten vorzugehen ist:⁴⁸

- Zunächst wird verlangt, dass das Gesellschaftsorgan *at arm's length* handelt, also so, wie wenn es das Geschäft mit Dritten abschliessen würde.⁴⁹ Ein verlässlicher Indikator für den angemessenen Wert der Gegenleistung liegt dann vor, wenn ein eigentlicher Marktpreis gegeben ist, was grundsätzlich einen Handel des jeweiligen Guts in grösserem Umfang voraussetzt.⁵⁰

- Weiter besteht auch die Möglichkeit, das Geschäft von einem neben- oder übergeordneten Organ genehmigen zu lassen. Diese Regel gilt nicht nur für Rechtsgeschäfte der Organperson mit der Gesellschaft, sondern auch für Rechtsgeschäfte mit Dritten.⁵¹ Soll das Geschäft durch einen Mehrheitsaktionär abgeschlossen werden, so liegt die Genehmigungskompetenz gemäss der bundesgerichtlichen Praxis aus Minderheitenschutzgründen bei der Generalversammlung.⁵²

- Geht dem Rechtsgeschäft ein Beschluss voraus bzw. soll das Geschäft, nachdem der Interessenkonflikt gemeldet wurde, vom Gremium beurteilt werden, so besteht unter Umständen eine Ausstandspflicht. Diese verbietet es dem betroffenen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglied, in bestimmten Fällen an der Beschlussfassung oder allenfalls darüber hinaus schon an der Beratung über das betreffende Traktandum teilzunehmen. Allerdings dürfte nur bei direkten Interessenkonflikten, also insbesondere bei Eigengeschäften, eine Ausstandspflicht von vornherein gegeben sein. Bei blossen Interessenberührungen, bei denen keine direkte Schädigung der Gesellschaft zu befürchten ist, reicht dagegen eine Offenlegung an den Verwaltungsrat oder dessen Präsidenten aus.⁵³

⁴³ Hans Caspar von der Crone, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikums-gesellschaft, ZSR 2/2000, 236 ff., 243 f.: "Sie (die Treuepflicht) verbietet es Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, den für die Auftragsausführung eingeräumten Spielraum unter Missachtung der Interessen der Aktionäre zum eigenen Vorteil auszunützen."

⁴⁴ Vgl. BGE zit. in FN 29.

⁴⁵ Vgl. etwa BSK [OR II-Watter](#), Art. 717 N 17 f.

⁴⁶ Böckli (FN 20), § 13 N 614 ff.; vgl. auch BSK [OR II-Watter](#), Art. 717 N 19.

⁴⁷ Allerdings wird die vorsichtige Organperson ein sog. *front running* vermeiden, um nicht den Eindruck der Benachteiligung der Gesellschaft zu erwecken.

⁴⁸ Ein Teil der Lehre erwähnt als weitere Massnahmen die Möglichkeit der Bildung von Ausschüssen, der Bestellung von Beiständen sowie den Rücktritt; vgl. dazu etwa Margiotta (FN 12), 149 ff.; Michael Lazopoulos, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, [AJP 2/2006, 139 ff.](#), 146 f. m.w.H.

⁴⁹ Vgl. etwa: Böckli (FN 20), § 13 N 646; BSK [OR II-Watter](#), Art. 717 N 15; Bohrer (FN 14), N 716; Lazopoulos (FN 36), 140.

⁵⁰ Schott (FN 3), 131 ff., insbesondere 138 ff.

⁵¹ Das Bundesgericht stellt fälschlicherweise auf die formelle Zeichnungsberechtigung und nicht auf die interne Geschäftsführungsbefugnis ab; vgl. hierzu die Kritik bei Schott (FN 3), 199 ff. Wie hier Lazopoulos (FN 36), 142.

⁵² [BGE 126 III 366](#); Schott (FN 3), 208 ff.; Stutz/von der Crone (FN 6), 108; Daeniker (FN 14), 126; Lazopoulos (FN 36), 141 ff.; Rusch (FN 8), 160.

⁵³ Böckli (FN 20), § 13 N 634 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 31 ff.; ZK-Homburger (FN 5), [OR 717](#) Art. N 894 ff., Peter V. Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 12 N 123; Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A., Bern 2005, N 1896 ff.; Maurenbrecher (FN 36), 1338 f.; Schott (FN 3), 259 m.w.H. Abweichend Hans Caspar von der Crone, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1/1994, 1 ff., 5.



- Schliesslich erwähnt die Lehre auch die Möglichkeit, die Angemessenheit des Geschäfts durch ein externes Gutachten (*fairness opinion*) überprüfen zu lassen, wobei es sich hierbei im Allgemeinen um eine zusätzliche Massnahme handelt, welche die obgenannten Massnahmen eher ergänzt.⁵⁴ Bei den vorliegend zu beurteilenden Drittgeschäften dürfte das externe Gutachten allerdings aus praktischer Sicht kaum von Bedeutung sein.

GesKR 2007 S. 24, 30

b. Arbeitsrechtliche Treuepflicht

Nach [Art. 321a Abs. 1 OR](#) trifft den Arbeitnehmer die allgemeine Pflicht, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Auch hierbei handelt es sich primär um eine Unterlassungspflicht.⁵⁵ Sie gilt in erhöhtem Mass für leitende Angestellte⁵⁶ und kommt bei Direktoren und Delegierten kumulativ zur aktienrechtlichen Treuepflicht hinzu. Konkret geht es um Zweierlei:

- Zum einen hat der Arbeitnehmer generell alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.⁵⁷ Allerdings gilt dieses Schädigungsverbot ausserhalb der Verrichtung der dienstlichen Tätigkeiten nur eingeschränkt.⁵⁸

- Zum andern ist es dem Arbeitnehmer verboten, Vergünstigungen anzunehmen oder zu verlangen, die ihm zum Zweck gegeben werden, dem Dritten durch pflichtwidriges Verhalten zum Nachteil des Arbeitgebers einen Vorteil zu verschaffen.⁵⁹ Nebst der Annahme eigentlicher Schmier- und Bestechungsgelder⁶⁰ ist auch die Entgegennahme anderer Vorteile verpönt, sofern der Arbeitgeber dadurch unmittelbar oder mittelbar benachteiligt werden könnte.⁶¹ Problematisch können dabei sowohl materielle Vergünstigungen wie etwa Darlehen zu besseren als zu Marktkonditionen als auch die Entgegennahme immaterieller Vorteile, wie z.B. eine besonders positive Darstellung in den Medien, sein. Nach bundesgerichtlicher Auffassung genügt es zudem, dass die Interessen des Arbeitgebers verletzt sein könnten, ohne dass nachzuweisen ist, dass der Arbeitnehmer unter dem Einfluss von Zuwendungen die Interessen des Arbeitgebers tatsächlich verletzt hat.⁶²

Als arbeitsrechtlich zulässig zu erachten ist dagegen die Annahme von Vergünstigungen:

wenn kein bestimmtes, pflichtwidriges Verhalten erwartet wird, so dass von einem eigentlichen Geschenk und nicht von einer Schmiergeldzahlung gesprochen werden kann;⁶³ oder

wenn der Arbeitnehmer auf diesen Vorteil einen legitimen Anspruch hat, was insbesondere auch dann der Fall ist, wenn die Entgegennahme des Vorteils vom Arbeitgeber (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet wird.

Die Abgrenzung zwischen illegitimem und legitimem Vorteil kann jedoch schwierig sein. Als Beispiel seien die "Frequent Flyer"-Meilen erwähnt, die von den Fluggesellschaften auch dann dem Manager persönlich gutgeschrieben werden, wenn dieser geschäftlich unterwegs ist. Der Manager soll dazu bewogen werden, möglichst oft mit derselben Fluggesellschaft zu fliegen. Setzt der Manager die gesammelten Meilen für private Reisen und nicht für Geschäftsreisen ein, so nimmt er u.E. einen unzulässigen Vorteil an, sofern die Gesellschaft solches Handeln nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt hat, wovon bei zahlreichen

⁵⁴ Wie hier wohl auch Forstmoser (FN 19), 18; Daeniker (FN 14), 128 f.; Margiotta (FN 12), 164 ff. A.A. von der Crone (FN 53), 9, der eine externe Bewertung dem Vorliegen eines Marktpreises gleichsetzt und als "gleichwertiges Surrogat" bezeichnet; sowie Lazopoulos (FN 36), 141.

⁵⁵ Vgl. BSK [OR I-Brühwiler](#), Art. 321a N 2b); BSK [OR I-Rehbinder/Portmann](#), Art. 321a N 2.

⁵⁶ [BGE 104 II 29 f.](#), [BGE 127 III 86](#); ZK-Staehelin/Vischer, [OR 321a](#) N 8; Frank Vischer, SPR VII/4, 157; BK-Rehbinder, [OR 321a](#) N 9.

⁵⁷ Das Leisten von Schwarzarbeit und die Konkurrenzierung des Arbeitgebers werden in [Art. 321a Abs. 3 OR](#) speziell angesprochen.

⁵⁸ Vischer (FN 56), 156; tendenziell strenger BK-Rehbinder, Art. 321a N 3.

⁵⁹ BK-Rehbinder, [OR 321a](#) N 4.

⁶⁰ [BGE 92 II 190](#): "Sie bringen den Empfänger in Gefahr, bei der Erfüllung der dienstlichen Obliegenheiten die Interessen des Dienstherrn den Interessen des Gegners oder dem eigenen Wunsch nach Bereicherung hintanzustellen." Allerdings wird die Annahme von Schmiergeldern teils auch als zulässig erachtet; vgl. Vischer (FN 56), 161 und Thomas Geiser, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Diss. Basel, Bern 1983 (= ASR 481), 322 f.

⁶¹ ZK-Staehelin/Vischer, [OR 321a](#) N 26.

⁶² [BGE 92 II 190](#); vgl. auch Brühwiler (FN 33), [Art. 321a OR](#) N 2 b) und ZK-Staehelin/Vischer, [OR 321a](#) N 26.

⁶³ Zur Abgrenzung des Schmiergelds vom Geschenk vgl. Geiser (FN 60), 319 f.



Unternehmen wohl ausgegangen werden kann. Eine Pflichtverletzung liegt dann aber dennoch vor, wenn der Manager, nur um Meilen zu sammeln, teurere Fluggesellschaften oder längere Reiserouten wählt.⁶⁴

1.2 Informationspflicht

a. Aktienrechtliche Informationspflicht

Die Informations- oder Offenlegungspflicht ist die zweite privatrechtliche Schranke, die es zu beachten gilt. Aktienrechtlich beruht sie auf folgenden Grundlagen:

- Als Ausdruck der aktienrechtlichen Treuepflicht haben Organpersonen eine Informationspflicht. Dazu gehört, dass sie zumindest den Verwaltungsratspräsidenten⁶⁵ bzw. Vorsitzenden der Geschäftsleitung über jede ins Gewicht fallende Interessenkollision von sich aus informieren.⁶⁶
- Zudem statuiert [Art. 715a OR](#) ein differenziertes Auskunfts- und Einsichtsrecht der einzelnen Verwaltungsratsmitglieder über alle Angelegenheiten der Gesellschaft. Kehrseite dieses Rechts ist eine spontane Berichterstattungspflicht zumindest des

GesKR 2007 S. 24, 31

Delegierten und der Direktoren. Diese sind verpflichtet, den Verwaltungsrat, jedenfalls anlässlich der Verwaltungsratssitzungen, über alle Angelegenheiten zu informieren, die für dessen Tätigkeit von Relevanz sind.⁶⁷

Daraus folgt, dass grundsätzlich für sämtliche Organpersonen eine Pflicht zur unaufgeforderten Offenlegung massgeblicher Informationen besteht.⁶⁸ Nach der Lehre bezieht sich die Informationspflicht auch auf Umstände, die nicht aus dem Unternehmen stammen, aber einen Bezug zu diesem haben.⁶⁹ Ein solcher Bezug ist nicht nur bei einem eigentlichen Interessenkonflikt, sondern grundsätzlich auch bei einer einfachen Interessenberührung gegeben⁷⁰, weshalb die betreffende Organperson in beiden Fällen ihre Geschäftsabsichten offen zu legen hat. Allerdings darf die aktienrechtliche Offenlegungspflicht nicht überspannt werden. Offenzulegen ist nur, was auf Grund der Interessenlage und des Ausmasses des Geschäfts geeignet ist, Entscheidungen des betreffenden Organs massgeblich zu beeinflussen. Andernfalls würde der Verwaltungsrat mit Informationen von zweitrangiger Bedeutung überschwemmt.

b. Arbeitsrechtliche Informationspflicht

Nebst der aktienrechtlichen Offenlegungspflicht besteht für Arbeitnehmer eine arbeitsrechtliche Informationspflicht, die teils aus der Treuepflicht ([Art. 321a OR](#)) direkt, teils aus der sich auf letztere abstützenden Rechenschaftspflicht abgeleitet wird.⁷¹ Die Organperson hat deshalb ihren Arbeitgeber über Interessenkollisionen aufzuklären, soweit diese für die Entscheidungsfindung in der Geschäftsleitung relevant sein können. Eine arbeitsrechtliche Informationspflicht wird zwar nur zurückhaltend angenommen, soweit die Informationen den Privatbereich des Arbeitnehmers oder Dritter tangieren. Ein Vorbehalt wird hier aber insbesondere für Geschäftsleitungsmitglieder gemacht, soweit sich ausserbetriebliche Informationen auf den Geschäftsgang auswirken können.⁷²

⁶⁴ Vgl. dazu Peter Schmid, Vom Swiss-Travelclub zu Miles&More der Lufthansa, NZZ vom 19.01.06, Nr. 15, 11 mit Vorschlägen, wie das ungewollte Meilensammeln von der Firma unterbunden werden kann.

⁶⁵ Als Ansprechpartner für die Offenlegung von Interessenkollisionen ist der Verwaltungsratspräsident besser geeignet als der Gesamtverwaltungsrat; vgl. auch Ziff. 16 des Swiss Code of Best Practice, dazu unten IV./2./2.1.

⁶⁶ BSK [OR](#) II-Wernli, Art. 715a N 8.

⁶⁷ BSK [OR](#) II-Wernli, Art. 715a N 8.

⁶⁸ Vgl. Böckli (FN 20), § 13 N 634 und 652; Meier-Hayoz/Forstmoser/Nobel (FN 18), § 28 N 32; Forstmoser (FN 19), 18; Handschin (FN 36), 180 f.

⁶⁹ Jean-Nicolas Druey, Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes, SZW 2/1993, 49 ff., 52.

⁷⁰ Vgl. Böckli (FN 20), § 13 N 634; Krneta (FN 53), N 1896.

⁷¹ Vgl. Streiff/von Kaenel (FN 17), [Art. 321b OR](#) N 2; Geiser (FN 60), 173 ff.; ferner Vischer (FN 56), 162.

⁷² Zum Ganzen Geiser (FN 60), 179 f.



c. Exkurs: Neue Bestimmungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Die geplanten Bestimmungen zum neuen Revisionsrecht, die voraussichtlich am 1. Januar 2008 in Kraft treten,⁷³ schreiben gemäss Art. 728 revOR im Rahmen der ordentlichen Revision vor, dass die Revisionsstelle unabhängig sein muss. Die Unabhängigkeit darf dabei weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein (Abs. 1). In Abs. 2 werden sodann beispielhaft Fälle aufgezählt, bei denen die Unabhängigkeit nicht gegeben ist.

Die neue Bestimmung von Art. 728 revOR lässt sich zwar grundsätzlich nicht auf andere Organe anwenden. Namentlich Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder unterliegen nicht diesem strengen generellen Gebot der Unvoreingenommenheit.⁷⁴ In der Regel führen die in Abs. 2 genannten Situationen aber auch bei anderen Organen zu einem Interessenkonflikt (bzw. einer Interessenberührung). So besteht etwa bei Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern auf Grund obgenannter aktien- bzw. arbeitsrechtlicher Bestimmungen im Allgemeinen eine Informationspflicht, wenn sie über Angelegenheiten entscheiden, die:

- das eigene Anstellungsverhältnis betreffen;
- eine dritte Gesellschaft betreffen, an welcher sie eine bedeutende Beteiligung haben bzw. gegenüber der eine wesentliche Forderung oder Schuld besteht;
- eine Person betreffen, zu der sie eine enge Beziehung haben;⁷⁵
- die Gesellschaft in eine wirtschaftliche Abhängigkeit zum Verwaltungsratsmitglied bringen könnte;
- Verträge betreffen, die nicht zu marktconformen Bedingungen abgeschlossen werden (vgl. zum Handeln *at arm's length* bereits oben IV./1./1.1/a.); oder
- ihnen persönlich einen besonderen Vorteil einbringen (insbesondere bei Geschenken).

2. Kapitalmarktrechtliche Grenzen

2.1 Swiss Code of Best Practice

Im Jahr 2002 wurde der Swiss Code of Best Practice (SCBP) für Schweizer Publikumsgesellschaften veröffentlicht. Ziffer 16 SCBP lautet wie folgt:

"Jedes Mitglied von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat seine persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft möglichst vermieden werden."

Würde man diese Bestimmung weit auslegen, so führte dies für Organpersonen zu erheblichen zusätzlichen Beschränkungen. Während die aktien- und arbeitsrechtlichen Vorschriften im Wesentlichen der Verhinderung einer Benachteiligung der Gesellschaft durch Interessenkonflikte und damit der Bewältigung bestehender

GesKR 2007 S. 24, 32

Interessenkonflikte dienen, zielt Ziff. 16 SCBP auf die Verhinderung der Entstehung von Interessenkonflikten ab und bezieht dabei das persönliche Umfeld ausdrücklich mit ein. Ob ein solches Gebot im schweizerischen Milizsystem praktikabel ist, sei dahingestellt. Jedenfalls hat der Code blossen Empfehlungscharakter und kann somit allenfalls als Auslegungshilfe für unbestimmte Rechtsbegriffe wie etwa "Treuepflicht" herangezogen werden.⁷⁶ Vor allem aber ist Ziff. 16 SCBP nur programmatischer Natur. Dies geht aus den konkreten Handlungsanweisungen in den Erläuterungen zu Ziff. 16 hervor. Verlangt wird insbesondere, dass das betroffene Verwaltungsrats- oder Geschäftsführungsmitglied im Falle des Interessenkonflikts den Verwaltungsrats-Präsidenten benachrichtigt, bei der Willensbildung im Verwaltungsrat in den Ausstand tritt und bei Rechtsgeschäften mit der Gesellschaft den Grundsatz beachtet, wonach der Abschluss zu *arm's length*-Bedingungen zu erfolgen hat. Es wird somit nur wiedergegeben, was nach herrschender

⁷³ Vgl. <www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/rechnungslegung_und.html>.

⁷⁴ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 3999.

⁷⁵ Vgl. auch [Art. 68 ZGB](#).

⁷⁶ Zur Rechtsnatur vgl. Peter Böckli, Corporate Governance and "Swiss Code of Best Practice", in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 257 ff., 284 f.

⁷⁷ Schott (FN 3), 216; ferner von der Crone (FN 43), 243.

Rechtsauffassung ohnehin gemäss der Treuepflicht gilt.⁷⁷ Für das Verhalten im Privatbereich oder für Privatgeschäfte mit Dritten ergeben sich daraus keine neuen Regeln.

2.2 Regelwerk der Schweizer Börse und neue Transparenzvorschriften im Aktienrecht

a. Vergütungen

Die von der SWX Swiss Exchange erlassene Corporate-Governance-Richtlinie (RLCG) beschränkt sich auf die Bewältigung institutioneller Interessenkonflikte. Für geschäftsführende Organpersonen sind nach dem Grundsatz "*comply or explain*" im Jahresbericht insbesondere Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien bedeutender Institutionen und andere Interessenbindungen offenzulegen, für Verwaltungsratsmitglieder zusätzlich Kreuzverflechtungen.⁷⁸ Für die hier zu behandelnden Privatgeschäfte sehen die Richtlinien keine besonderen Regeln vor.

Zu beachten ist jedoch, dass gemäss Ziff. 5 ff. RLCG Vergütungen an Verwaltungsratsmitglieder sowie Mitglieder der Geschäftsleitung im Gesamtbetrag zwingend offenzulegen sind. Dazu sind auch Einkünfte der betreffenden Person zu zählen, auf welche die Gesellschaft einen Herausgabeanspruch hat (z.B. Schmiergelder), jedoch darauf verzichtet.⁷⁹

Mit dem Inkrafttreten der verschärften Transparenzvorschriften im Aktienrecht am 1. Januar 2007 ist diese Vorschrift der Schweizer Börse allerdings (weitgehend) gestrichen worden, da Publikumsgesellschaften gemäss dem neuen Art. 663b^{bis} OR direkte und indirekte Vergütungen an Verwaltungsrats- und Geschäftsführungsmitglieder sowie deren nahestehende Personen im Anhang zur Bilanz anzugeben haben.⁸⁰ Als Vergütung gilt dabei namentlich auch der Verzicht auf Forderungen (Abs. 2 Ziff. 7). Zudem hat die Offenlegung im Gegensatz zur SWX-Richtlinie individuell und nicht nur gesamthaft zu erfolgen. Mit dieser Bestimmung soll insbesondere auch die Praxis ans Tageslicht gebracht werden, wonach sich Mitglieder des Verwaltungsrats Vergütungen durch Selbstkontrahieren oft selber zusprechen.⁸¹

b. Management Transaktionen

Gemäss dem neuen, seit 1. Juli 2005 geltenden Art. 74a und dem revidierten Art. 81 Ziff. 7 Kotierungsreglement der SWX Swiss Exchange sowie der dazugehörigen Richtlinie betr. Offenlegung von Management-Transaktionen (RLMT) müssen sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung einer an der SWX Swiss Exchange kotierten Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz den Erwerb und die Veräusserung von Beteiligungsrechten und damit in Zusammenhang stehender Finanzinstrumente an der Gesellschaft melden, sofern ein bestimmter Schwellenwert erreicht wurde. Diese Offenlegungspflicht soll zwar die Informationsversorgung der Anleger fördern.⁸² Sie kann jedoch auch der Gesellschaft dazu dienen, Insidertransaktionen der Organpersonen aufzudecken.

Bei der Kotierung von Beteiligungsrechten hat die Gesellschaft zudem im Kotierungsprospekt die Art und den Umfang der Interessen ihrer Verwaltungs-, Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane anzugeben, soweit es sich um Geschäfte ausserhalb der normalen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft oder andere, der Form oder der Sache nach ungewöhnliche oder für die Gesellschaft wesentliche Geschäfte der Gesellschaft während des laufenden und des vorhergegangenen

GesKR 2007 S. 24, 33

Geschäftsjahres handelt.⁸³ Relevante Gesellschaftsgeschäfte solcher Organpersonen sind somit grundsätzlich offenzulegen.

⁷⁸ Vgl. Ziff. 3.2, 3.3 und 4.3 RLCG sowie dazu den Kommentar der SWX Swiss Exchange (Stand: 1. August 2006) (www.swx.com/admission/being_public/governance_de.html).

⁷⁹ Ähnliche Transparenzvorschriften gelten für die Unternehmen und Anstalten des Bundes gemäss dem Bundesgesetz über die Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen des obersten Kaderns und der Mitglieder leitender Organe von Unternehmen und Anstalten des Bundes. Vgl. dazu auch die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung), vom 23. Juni 2004, BBl 2004 4474.

⁸⁰ Botschaft (FN 79), 4471. Die SWX Swiss Exchange verlangt aber weiterhin Angaben über Inhalt und Festsetzungsverfahren der Entschädigungen und Beteiligungsprogramme (vgl. Ziff. 5.1 RLCG in der Fassung vom 1. Januar 2007).

⁸¹ Botschaft (FN 79), 4475.

⁸² Vgl. Rn 1 RLMT; Antoinette Gasser/Tamara Farrè, Management-Transaktionen von Gross- und Familienaktionären, [ST 10/2005, 765 ff.](#), 765 f.

⁸³ SWX Swiss Exchange, Schema A zum Kotierungsreglement, Ziff. 1.2.3 i.V.m. 1.2.1 lit. a.



c. Offenlegung von Interessenkonflikten

Über das bestehende Regelwerk und die geplante Aktienrechtsrevision hinaus geht Hans Caspar von der Crone. Er fordert für Publikumsgesellschaften in Analogie zu den übernahmerechtlichen Regeln von [Art. 31 UEV-UEK](#) eine generelle Offenlegung von Interessenkonflikten im Geschäftsbericht der Gesellschaft. Immerhin soll dies nur für wesentliche Interessenkonflikte gelten - Vorgänge also, "deren Einfluss auf das Gesamtergebnis der Unternehmung für sich allein oder kumulativ mit anderen bedeutend genug sind, um sie für die Meinungsbildung der Adressaten der Jahresrechnung relevant zu machen".⁸⁴ Allerdings findet dieser Vorschlag im geltenden Recht keine Stütze, da im schweizerischen Recht der an die Aktionäre gerichtete Geschäftsbericht nicht ein umfassendes Bild über sämtliche Umstände zu geben hat, welche für eine Geschäfts- oder Anlageentscheidung Dritter relevant sein können.

3. Strafrechtliche Grenzen

3.1 Ungetreue Geschäftsführung

Es ist anerkannt, dass private Rechtsgeschäfte von Organpersonen unter Verletzung der aktien- oder arbeitsrechtlichen Treuepflicht eine ungetreue Geschäftsführung im Sinne von [Art. 158 Abs. 1 StGB](#) begründen können. Denn die ersten beiden Tatbestandselemente - das Vorliegen einer Geschäftsführerstellung und die Verletzung einer damit zusammenhängenden Pflicht - sind grundsätzlich erfüllt.⁸⁵ Bei privaten Geschäften mit Dritten dürfte es jedoch schwierig sein, den notwendigen Vermögensschaden sowie die Schadenskausalität nachzuweisen. Dies gilt sogar bei krassen Fällen, wie etwa der Annahme von Schmiergeldern. Zum einen tritt nämlich der strafrechtlich relevante Schaden noch nicht mit der Annahme des Geldes ein, sondern erst mit der anschliessenden Vermögensdisposition zulasten der Gesellschaft (z.B. mit dem Abschluss eines ungünstigen Geschäfts mit einem Lieferanten). Zum anderen ist der Schaden, der durch das Folgegeschäft eintritt, oft nur hypothetischer Natur. Er besteht z.B. in einem entgangenen Preisvorteil gegenüber einer Konkurrenzofferte.⁸⁶ Gerade bei Geschäften, die im Ermessensbereich des Organs liegen, wird ein solcher Schaden und der Zusammenhang mit der Vorteilsgewährung nur ausnahmsweise nachweisbar sein. So hat das Bundesgericht z.B. den Präsidenten einer Baugenossenschaft freigesprochen, der im Zusammenhang mit dem Kauf von Bauland vom Verkäufer nachträglich eine Provision erhalten hatte. Entscheidend war dabei auch, dass die nachträgliche Provisionszahlung bei den Vertragsverhandlungen keine nachweisbare Rolle gespielt hatte.⁸⁷

3.2 Aktive und passive Privatbestechung

Auf den 1. Juli 2006 traten das Strafrechtsübereinkommen sowie das Zusatzprotokoll des Europarates über Korruption und in diesem Zusammenhang die neuen Korruptions-Strafbestimmungen in Kraft.⁸⁸ Der bisherige [Art. 4 lit. b UWG](#), der lediglich die aktive Privatbestechung pönalisierte, wurde aufgehoben und dafür neu [Art. 4a UWG](#) eingefügt, der unter dem Titel "Bestechen und sich bestechen lassen" nebst der aktiven Bestechung ([Art. 4a lit. a UWG](#)) auch die passive Bestechung ([Art. 4a lit. b UWG](#)) auf Antrag unter Strafe stellt. Gemäss [Art. 4a lit. b UWG](#) (passive Privatbestechung) macht sich strafbar, "wer als Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt". [Art. 4a Abs. 2 UWG](#) nimmt jedoch vertraglich vom Dritten - also in unserem Zusammenhang der Gesellschaft - genehmigte sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile vom Anwendungsbereich der Privatbestechung aus. Die Tathandlungen sowie der Begriff des nicht

⁸⁴ Von der Crone (FN 43), 246.

⁸⁵ Vgl. BSK [StGB](#) II-Niggli, Art. 158 N 21 f. und 56 f.

⁸⁶ Vgl. Niklaus Schmid, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsdelikte im Tätigkeitsbereich der Aktiengesellschaft, SAG 1974, 101 ff., 117.

⁸⁷ Unveröffentlichter BGE vom 19.01.1968, zit. bei Schmid (FN 86), 117. Vgl. auch [BGE 80 IV 53](#) (keine Veruntreuung bei Annahme von Schmiergeldern, da es sich nicht um anvertrautes Vermögen handelt) und dagegen das bei Hans Dubs, Strafbarkeit der Privatbestechung, in: Ackermann/Rehberg/Donatsch (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 383 ff., 386 zit. Basler Urteil (Verurteilung von Vorstandsmitgliedern einer Wohnbaugenossenschaft wegen Annahme privater "Angebote" durch Handwerker).

⁸⁸ Vgl. <www.ejpd.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2006/ref_2006-02-150.html>. Dazu auch Peter Volkart, Verbot der privaten Bestechung, newsletter Herbst 2006, 3 ff.



gebührenden Vorteils wurden dabei von den Artikeln zur geltenden aktiven und passiven Amtsträgerbestechung ([Art. 322^{ter} ff. StGB](#)) übernommen.⁸⁹

Ein wichtiger Unterschied zur Amtsträgerbestechung besteht jedoch darin, dass bei der Privatbestechung in

GesKR 2007 S. 24, 34

jedem Fall ein sog. Äquivalenzzusammenhang zwischen dem Vorteil und der Handlung (oder Unterlassung) gegeben sein muss. Dies bedeutet, dass der in Aussicht gestellte Vorteil geradezu für die pflichtwidrige Handlung angeboten bzw. gewährt werden muss, wobei der Bestochene die pflichtwidrige Handlung nicht wirklich vorzunehmen braucht.⁹⁰ Fehlt diese Äquivalenz, liegt keine Straftat vor, da anders als bei der Amtsträgerbestechung die blosser Vorteilszuwendung bzw. -annahme nicht ebenfalls unter Strafe gestellt wird ([Art. 322^{quinqüies}](#) und [Art. 322^{sexies}](#) StGB).⁹¹ Blosser Anfüterung und Klimapflege ("Goodwill-Zahlungen") sind somit bei der Privatbestechung, anders als bei der Amtsträgerbestechung, nicht erfasst.⁹²

Schliesslich wurde mit Einführung des neuen [Art. 4a UWG](#) auch der Deliktscatalog der primären Strafbarkeit des Unternehmens ergänzt. Gemäss dem neuen [Art. 102 Abs. 2 StGB](#) (in der Fassung vom 1. Januar 2007) ist nämlich bei aktiver Bestechung das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen strafbar, wenn es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu vermeiden.⁹³

V. Beurteilung der Zulässigkeit von Drittgeschäften

1. Aneignung von Geschäftschancen

Das Aneignen von Geschäftschancen wird in der US-amerikanischen Rechtslehre unter der sog. *corporate opportunity doctrine* abgehandelt. Nach dieser Theorie ist es der Organperson auf Grund ihrer Treuepflicht (*duty of loyalty*) grundsätzlich verboten, eine der Gesellschaft zustehende Gelegenheit zum Abschluss eines Geschäfts selber wahrzunehmen.⁹⁴ Ein solches Verbot ergibt sich auf Grund der Treuepflicht der Verwaltungsräte und Direktoren auch nach schweizerischem Recht.⁹⁵ Damit stellt sich die zentrale Frage, wann eine Geschäftschance der Gesellschaft zuzuordnen ist:

- Die Geschäftschance ist sicher immer dann der Gesellschaft zuzuordnen, wenn das betreffende Organ von der Geschäftsmöglichkeit in Ausübung seiner Organpflicht erfahren hat und das Geschäft in den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft fällt.⁹⁶ So verletzt etwa der Direktor einer Immobiliengesellschaft, dem der Makler der Gesellschaft eine günstige Liegenschaft anbietet, seine Treuepflicht, wenn er die Liegenschaft ohne Erlaubnis der Gesellschaft für sich selber kauft.

- Da die Treuepflicht unteilbar sei, soll dasselbe nach einem Teil der (deutschen) Lehre für den Fall gelten, dass der Geschäftshinweis aus dem privaten Bereich der Organperson stammt, und zwar unabhängig davon, ob ein besonderer Bezug zur Organstellung gegeben ist.⁹⁷ Ein solcher genereller Vorrang der Gesellschaftsinteressen vor den Privatinteressen stellt u.E. aber einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die wirtschaftliche Privatsphäre der Organperson dar. So ist etwa der CFO einer Gesellschaft, der als

⁸⁹ Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokoll des Europarates über Korruption, vom 10. November 2004, BBl 6983 ff., 7011.

⁹⁰ Vgl. BSK [StGB](#) II-Pieth, Art. 322^{ter} N 43.

⁹¹ Botschaft (FN 89), 7012.

⁹² Vgl. zum Strafrecht Daniel Jositsch, Der Tatbestand des Anfüterens im Korruptionsstrafrecht, [ZStrR 2000, 53 ff.](#), 61 ff.; Pieth (FN 90), [Art. 322^{quinqüies} StGB](#) N 3 und 10.

⁹³ Vgl. Botschaft (FN 89), 7024.

⁹⁴ Vgl. Kunz (FN 53), § 8 N 27; Bohrer (FN 14), N 373 und Daeniker (FN 14), 130 f., je m.w.H. Vgl. zum deutschen Recht: BGH NJW 1986, 586; dazu Holger Fleischer, zur Privatsphäre von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern: Organpflichten, organschaftliche Zurechnung und private Umstände, NJW 2006, 3239 f.

⁹⁵ Vgl. etwa Böckli (FN 20), § 13 N 606; Kunz (FN 53), § 8 N 28; Rita Trigo Trindade, De devoir de fidélité des dirigeants de la société anonyme lors de conflits d'intérêts, SemJud 15/1999, 385 ff., 394, 405 f.; Bohrer (FN 12), N 374 f.; für das deutsche Recht Klaus J. Hopt, in Aktiengesetz, Großkommentar, 4. A., Berlin etc. 1999, § 93 AktG N 166.

⁹⁶ Hopt (FN 95), § 93 AktG N 168. Dieser Tätigkeitsbereich ist im Zweifel weit zu fassen und kann auch Geschäfte in angrenzenden Tätigkeitsfeldern und sonstige Geschäfte erfassen, an denen die Gesellschaft aus anderen Gründen ein konkretes Interesse hat.

⁹⁷ So nach deutscher Praxis für Vorstands- (nicht aber Aufsichtsrats-)Mitglieder; vgl. BGH WM 1985, 144 und zum Meinungsstand Hopt (FN 95), § 93 AktG N 169.



Privatmann von seinem Anlageberater auf eine unterbewertete, illiquide Aktie hingewiesen wird, nicht verpflichtet, diese auch oder sogar zuerst für die Gesellschaft zu kaufen, und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschaft ebenfalls an der Börse investiert. Etwas anderes mag allerdings dann gelten, wenn die Investitionsmöglichkeit den Kernbereich der Gesellschaft beschlägt, also insbesondere wenn die fragliche Gesellschaft im Finanzbereich tätig ist.

- Schwieriger zu beurteilen sind dagegen jene Fälle, bei denen unklar ist, ob die Geschäftschance dem Organ primär als Privatperson oder auf Grund dessen Stellung in der Gesellschaft eher letzterer zuzuordnen ist. Erwähnt sei das Beispiel, dass eine Bank einen Verwaltungsratsdelegierten einer hochprofitablen, nichtkotierten Gesellschaft besonders zuvorkommend bedient, indem sie ihm bei sog. "hot issues" (vielversprechenden Börsengängen) Zuteilungen macht, die vergleichbaren Bankkunden nicht unbedingt gewährt werden.⁹⁸ Hier dürfte nicht ohne

GesKR 2007 S. 24, 35

weiteres feststellbar sein, ob die Zuteilungen zum Zwecke der Beziehungspflege zu einem vielversprechenden "Private Banking"-Kunden oder in der Hoffnung auf die Erteilung eines einträglichen "Investment Banking"-Mandates durch die Organperson erfolgten. Und selbst wenn der Nachweis einer privaten Anfütterung gelänge, stellte die Annahme solcher Zuteilungen nicht ohne weiteres eine Verletzung der Treuepflicht dar. Von einer Aneignung einer Geschäftschance kann nämlich nur dann die Rede sein, wenn der Dritte bereit wäre, das Geschäft statt mit dem Organ mit der Gesellschaft abzuschliessen. Davon kann aber nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Erfolgte nämlich die grosszügige Wertschriftenzuteilung tatsächlich in der Hoffnung, dass die Organperson die Bank bevorzugt behandelt, kann nicht angenommen werden, die Bank hätte diesen Vorteil auch der Gesellschaft zukommen lassen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass von einer treuwidrigen Aneignung von Geschäftschancen durch eine Organperson nur dann ausgegangen werden kann, wenn erstens die Geschäftschance im Tätigkeitsbereich der Gesellschaft liegt, zweitens die Geschäftschance dem Verwaltungsrat oder Direktor in Ausübung oder auf Grund seiner Stellung als Organ zugänglich gemacht wird, drittens die Gesellschaft die Geschäftschance voraussichtlich selbst wahrnehmen würde, wenn sie Gelegenheit dazu hätte, und viertens der Dritte bereit ist, das Geschäft auch mit der Gesellschaft abzuschliessen.

2. Kompromittierung der Unabhängigkeit

Als Grundsatz gilt, dass die Unabhängigkeit des Organs gewahrt werden soll.⁹⁹ Aus vertrags- und aktienrechtlicher Sicht sind deshalb wirtschaftlich relevante Verträge mit wichtigen Kunden oder Abnehmern des Arbeitgebers zum persönlichen Vorteil des Arbeitnehmers ohne weiteres treuwidrig. Ausserhalb dieser klaren Fälle stellt sich jedoch die Frage, wann ein genügend enger Konnex zwischen Vorteilsgewährung und Handeln des Organs besteht und was unter dem Titel der Sozialadäquanz (noch) unbedenklich ist. Selbst im Bereich der Amtsbestechung lässt sich der Begriff der Vorteilsgewährung nur schwer eingrenzen.¹⁰⁰ Im Privatverkehr hat er zudem grundsätzlich einen anderen Gehalt, da Networking und Klimapflege im Gegensatz zum Verkehr mit Behörden im Geschäftsleben unter Privaten zum normalen Geschäftsgebaren gehören. Entsprechend gilt wie vorne dargelegt nach [Art. 4a UWG](#) nur die eigentliche Bestechung, nicht aber die Anfütterung oder Klimapflege als unlauter.¹⁰¹ Für die Annahme von Vorteilen muss deshalb im privaten Geschäftsverkehr grundsätzlich ein erheblich grosszügigerer Massstab als im Korruptionsstrafrecht gelten.

Unzulässig sind somit nur Vorteile, die deutlich über das hinausgehen, was im betreffenden Geschäftskreis üblich ist, und die zudem bei objektiver Betrachtung geeignet sind, konkrete Entscheide der betreffenden Organperson erheblich zu beeinflussen. Dies ist bei Vorteilen von geringem Wert grundsätzlich nicht der

⁹⁸ Vgl. dazu den unter der Bezeichnung "*friends of Frank-accounts*" bekanntgewordenen Fall: Ein hochrangiger Manager einer Investmentbank führte in den Börsenboomjahren Anlagekonti ein, um auserlesene Kadermitglieder von Hightech-Firmen mit den begehrten IPO-Aktien zu beliefern, wobei die Konti angeblich zur Akquisition von Investmentbanking-Mandaten eingerichtet wurden (dazu etwa NZZ am Sonntag vom 01.12.02, Nr. 38, 51 und NZZ vom 04.05.04, Nr. 102, 102). Vgl. zum Ganzen auch Daniel Daeniker, Zuteilungsgrundsätze bei Aktienplatzierungen, in: von der Crone/Forstmoser/Weber/Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zürich 2004, 341 ff.

⁹⁹ Vgl. zum Arbeitsrecht [BGE 92 II 193](#).

¹⁰⁰ BSK [StGB](#) II-Pieth, Art. 322^{quinquies} N 11 nennt lediglich zwei Beispiele touristischer Vergünstigungen für Beamte.

¹⁰¹ Dazu oben IV./3./3.2.

¹⁰² In Art. 728 revOR ist von "wertvollen Geschenken" die Rede.



Fall.¹⁰² Andernfalls wäre die Teilnahme an "Frequent Flyer"-Programmen ebenso unzulässig wie etwa das Upgrading in die erste Klasse des Leiters eines Reisebüros.

Eine wesentlich tiefere Schwelle besteht dagegen bei der Pflicht zur Offenlegung möglicher Interessenkonflikte. Denn angesichts der zentralen Rolle des Vertrauensverhältnisses in und zwischen der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat müssen Organe bereits den Eindruck vermeiden, dass sie bei ihren Entscheidungen durch Eigen- oder Drittinteressen beeinflusst sein könnten. Es besteht deshalb u.E. die Pflicht, zumindest den direkten Vorgesetzten auch über übliche und relativ weniger bedeutende Vergünstigungen oder Vorteile in allgemeiner Form zu informieren, soweit ein möglicher Bezug zu den Entscheidungskompetenzen des Empfängers erkennbar ist. Dies gilt nicht nur für den Verwaltungsratsdelegierten, der von einer Bank mit Rücksicht auf seine berufliche Funktion privat besonders zuvorkommend behandelt wird. Vielmehr muss z.B. auch der Leiter eines Reisebüros seinem Vorgesetzten mitteilen, dass er von Airlines häufig Upgrades erhält. Ebenso sind freundschaftliche Beziehungen zu dritten Geschäftspartnern der Gesellschaft offenzulegen. Gleichsam dürften in analoger Anwendung von Art. 728 Abs. 2 revOR wesentliche direkte oder indirekte Beteiligungen an solchen Geschäftspartnern oder Forderungen oder Schulden gegenüber diesen Personen offenkundig sein. Dasselbe gilt auch für Fälle, die zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit führen, sowie für den Abschluss von wichtigeren Verträgen zu nicht marktkonformen Bedingungen.

3. Kompromittierung der Reputation

Gerade für Publikumsgesellschaften ist Reputation ein zentraler Wert. Die Reputation der Gesellschaft hängt dabei nicht zuletzt auch von der Reputation ihrer Mitglieder der obersten Führungsebene ab.¹⁰³ Zählt

GesKR 2007 S. 24, 36

man - nebst vielen anderen Faktoren - zur Reputation das Resultat des Verzichts auf ein kurzfristiges opportunistisches Verhalten¹⁰⁴, so bieten private Geschäfte von Organpersonen einiges Konfliktpotential.

Was gilt z.B., wenn der Verwaltungsratsdelegierte einer börsenkotierten Gesellschaft persönliche Verbindungen zu Personen mit zweifelhaftem Ruf hat und die Angelegenheit von den Medien aufgegriffen wird? Oder wie ist der Fall zu beurteilen, bei dem Mitglieder des Managements einer kotierten Private Equity-Gesellschaft nach allen Regeln der Kunst parallel zu ihrer Gesellschaft in junge, vielversprechende Unternehmen investieren und ein Reputationsschaden entsteht, weil das Publikum nicht glauben will, dass die Vorsichtsmassnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten tatsächlich eingehalten wurden?

Gilt für diese Fälle der arbeitsrechtliche Grundsatz, wonach der Angestellte - und insbesondere der leitende Angestellte - auch in der Freizeit alles zu unterlassen hat, was sich negativ auf den Arbeitgeber und seinen Betrieb auswirken könnte?¹⁰⁵ U.E. ist dies zu verneinen, soweit nicht entsprechende Vereinbarungen mit dem Angestellten getroffen wurden.¹⁰⁶ Auch leitenden Angestellten ist unter der Treuepflicht nicht alles verboten, was sich negativ auf das Unternehmen auswirken könnte. Vielmehr muss ein qualifizierter Bezug zur Tätigkeit des Organs bzw. der Gesellschaft gegeben sein. So sind z.B. negative private Bemerkungen eines Direktors über seinen Arbeitgeber als Treuepflichtverletzung zu werten, nicht aber allgemeine wirtschaftskritische Äusserungen desselben.¹⁰⁷ Auch wenn solche, aus der Sicht der Gesellschaft problematische Aussagen gegebenenfalls einen Vertrauensverlust auslösen und damit Anlass zu einer ordentlichen Kündigung geben können, liegt hier keine Vertragsverletzung vor. Allerdings wird bei Publikumsgesellschaften das Reputationsrisiko-Management immer mehr zum Bestandteil des allgemeinen Risikomanagements. Und da ein solches nur funktionieren kann, wenn ein entsprechender Informationsfluss besteht, muss es u.E. möglich sein, vertraglich, in den Statuten oder im Organisationsreglement

¹⁰³ Von der Crone (FN 43) 265; ders., NZZ vom 27.01.2001, Nr. 22, 29; vgl. auch Jean-Marc Schaller, Finanzanalysten-Recht, Die Berufstätigkeit der Finanzanalysten im Rahmen des Privat-, Straf- und Aufsichtsrechts, Diss. Zürich 2004 (= SSB 79), 24.

¹⁰⁴ Von der Crone (FN 43) 261 und 266; vgl. auch Ruffner, ZSR 21/2000 (FN 14), 215 (Kontrollmechanismus, der disloyales Verhalten verhindert).

¹⁰⁵ So etwa ZK-Staehelin/Vischer, [OR 321a](#) N 14.

¹⁰⁶ Solche Vereinbarungen bestehen z.B. in Form von Handelsverboten bei Banken, womit den Angestellten auch zum Schutz der Reputation der Bank unabhängig von einem effektiven Insiderwissen der Handel in bestimmten Aktien untersagt wird.

¹⁰⁷ Eine Treuepflichtverletzung liegt u.E. aber vor, wenn die Äusserungen geradezu wirtschaftsfeindlich sind, z.B. wenn das bestehende Wirtschaftssystem öffentlich generell abgelehnt wird. Gemäss ZK-Staehelin/Vischer, [OR 321a](#) N 30, sind allgemein wirtschaftsfeindliche Äusserungen auf Grund der arbeitsrechtlichen Treuepflicht nicht erlaubt.



entsprechende Informationspflichten vorzusehen.¹⁰⁸ Dies gilt zumindest in Bezug auf den vermögensmässigen Privatbereich von Organpersonen.

VI. Rechtliche Bewältigung von Drittgeschäften

1. Folgen bei Unzulässigkeit

Abgesehen von einer allfälligen ausserordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. einer Abberufung des Organs bestehen drei klassische Massnahmen zur Sanktionierung von treuwidrigen Geschäftsabschlüssen infolge eines Interessenkonflikts, nämlich: erstens die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, zweitens die Herausgabepflicht und drittens die Ungültigkeit des Vertrags. Wendet man diese Korrekturmechanismen auf Privatgeschäfte mit Drittpersonen an, so ergibt sich Folgendes:

(1) Das treuwidrige Drittgeschäft kann zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des Organs führen. Wie bei der (arbeits-)vertraglichen Schadenersatzpflicht setzt diese - neben dem Nachweis der Treuepflichtverletzung¹⁰⁹ - insbesondere einen Schaden voraus. Dieser ist bei der unzulässigen Aneignung von Geschäftschancen u.a. dann nachweisbar, wenn das Geschäft zu besseren als zu Marktkonditionen abgeschlossen wurde, so dass der Gesellschaft dadurch ein Gewinn entgeht.¹¹⁰ Dagegen lassen sich aus Reputationsverlusten von Organpersonen, die auf den Ruf der Gesellschaft abfärben, nur ausnahmsweise bezifferbare Vermögensschäden der Gesellschaft ableiten. Denn die Auswirkungen dürften im diffusen Bereich verbleiben, soweit es sich nicht - wie z.B. bei Treuhandgesellschaften - um reputationsgesteuerte Unternehmen handelt. Die bei Skandalen teilweise zu beobachtende negative Kursveränderung trifft in der Regel vor allem die Aktionäre, die jedoch kaum eine Klagemöglichkeit haben.¹¹¹ Auch im Falle

GesKR 2007 S. 24, 37

der Annahme von Vergünstigungen durch das Organ ist zunächst nur ein Reputationsrisiko gegeben, ohne dass die Gesellschaft bereits einen Vermögensschaden erlitten hat. Letzterer tritt z.B. erst dann ein, wenn ein Einkaufsmanager für die AG eine Einkaufstransaktion tätigt und die AG nachweisen kann, dass und in welchem Umfang die Konditionen ohne Vergünstigungen besser ausgefallen wären. Selbst bei einer Bestechung des Organs wird aber der Schadens- bzw. Kausalitätsnachweis häufig nur schwer zu erbringen sein. Ein Schaden kann schliesslich auch derart eintreten, dass sich auf Grund des Reputationsverlusts die Kapitalkosten für die Gesellschaft erhöhen (sog. Kapitalkostenschaden), was sich jedoch ebenfalls nur schwer beweisen lässt.¹¹²

(2) Vielversprechender - wenn auch betragsmässig häufig der Mühe nicht wert - ist dagegen im Fall des Aneignens von Geschäftschancen sowie der Annahme von Vergünstigungen durch die Organperson der Herausgabeanspruch der Gesellschaft. Ein solcher besteht, sofern Arbeitsrecht anwendbar ist, gemäss [Art. 321b OR](#)¹¹³ und in den übrigen Fällen gemäss der auftragsrechtlichen Regel von [Art. 400 OR](#)¹¹⁴. Dabei hat die Organperson die treuwidrig erworbenen Leistungen sowohl nach Arbeits- wie nach Auftragsrecht auch dann herauszugeben, wenn diese - wie namentlich bei Bestechungsgeldern - nur für sie bestimmt waren.¹¹⁵ Ablieferungspflichtig sind nicht nur solche Leistungen, die der Arbeitnehmer oder Beauftragte für die Gesellschaft erworben hat, sondern auch solche, die dieser bei Wahrung seiner Treuepflicht für die

¹⁰⁸ Vgl. auch Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer (FN 22), 489.

¹⁰⁹ Anders dagegen von der Crone (FN 53), 7 ff., der beim Interessenkonflikt von der Vermutung ausgeht, dass das Organ pflichtwidrig handelte und deshalb diesem die Beweislast für pflichtgemässes Verhalten auferlegt. Vgl. auch ders., Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 1/2006, 2 ff., 8, m.w.H.

¹¹⁰ Zahlt das Organ dagegen einen Marktpreis, ist ein Schaden wohl zu verneinen. Denn der Marktpreis reflektiert letztlich eine faire Entschädigung für die mit der Investition verbundenen Gewinn- und Verlustchancen. In einem solchen Fall wäre es nicht angemessen, wenn die Gesellschaft (nur) den Gewinn aus profitablen Geschäften an sich ziehen könnte.

¹¹¹ Der Aktionär ist in diesem Fall zwar unmittelbar geschädigt, er wird wohl aber kaum die Widerrechtlichkeit nach [Art. 41 Abs. 1 OR](#) begründen können bzw. bei einer Klage gemäss [Art. 754 Abs. 1 OR](#) eine Rechtsnorm finden, welche seinem Schutz dient. Vgl. dazu ausführlich Böckli (FN 20), § 18 N 238 ff; vgl. auch Peter Forstmoser/Thomas Sprecher/Gian Andri Töndury, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005, N 79 ff. und 191 ff.

¹¹² Vgl. Schaller (FN 103), 95 f.

¹¹³ Vgl. ZK-Staehelin/Vischer, [OR 321b](#) N 1; Vischer (FN 56), 161.

¹¹⁴ BK-Fellmann, [OR 400](#) N 27 f. und 131.

¹¹⁵ Vgl. zum Arbeitsrecht Vischer (FN 56), 161 und zum Auftragsrecht BK-Fellmann, [OR 400](#) N 131 f. m.w.H.



Gesellschaft hätte erwerben müssen. Für die Annahme einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. einen Herausgabeanspruch nach [Art. 423 Abs. 2 OR](#)¹¹⁶ bleibt somit kein Raum.

(3) Die Vorteilsgewährung bzw. Bestechung durch den Dritten geschieht naturgemäss im Hinblick auf ein Folgegeschäft. Es stellt sich dabei die Frage, ob dieses Folgegeschäft, welches das bestochene Organ namens der Gesellschaft abschliesst, ungültig ist. Zum einen kann sich die Gesellschaft auf Täuschung gemäss [Art. 28 OR](#) berufen oder ferner einen Grundlagenirrtum gemäss [Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR](#) geltend machen.¹¹⁷ Beide Einwendungen sind jedoch nur möglich, wenn davon ausgegangen wird, dass sich die bestechende Partei wegen des Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht auf das Prinzip berufen kann, wonach das Wissen des Organs der Gesellschaft zuzurechnen ist (Prinzip der Wissenszurechnung).¹¹⁸

Zum anderen bietet sich aber auch ein gesellschaftsrechtlicher Lösungsweg an: Im Allgemeinen kann davon ausgegangen werden, dass die Vertretungsbefugnis zum Abschluss eines Geschäfts nicht gegeben ist, wenn sich das Geschäft als interessen- oder pflichtwidriges Vertreterhandeln erweist (vgl. [Art. 718a Abs. 2 OR](#)).¹¹⁹ Ob der Abschluss eine Pflichtverletzung darstellt, muss auf Grund der konkreten Umstände beurteilt werden. Ist dies zu bejahen, so ist das Vertretergeschäft ungültig, wenn die Gegenpartei bösgläubig ist (vgl. [Art. 718a Abs. 2 OR](#))¹²⁰, bzw. befindet sich in der Schwebe, soweit es nicht durch die Gesellschaft genehmigt wird.¹²¹ Von der Bösgläubigkeit ist zumindest dann auszugehen, wenn es sich bei der Gegenpartei um dieselbe Person handelt, die das Organ bestochen hat. Die Genehmigung kann entsprechend den Regeln zum Insichgeschäft durch ein über- oder nebengeordnetes Organ erfolgen. Ist die handelnde Organperson Mehrheitsaktionär, so bedarf es nach der bundesgerichtlichen Regel gar der Zustimmung durch die Generalversammlung.¹²²

Die Gesellschaft hat die Leistung an den Dritten auf Grund des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung nach [Art. 62 ff. OR](#) geltend zu machen.¹²³ Von einer verdeckten Gewinnausschüttung im Sinne von [Art. 678 Abs. 2 OR](#) kann hier nicht die Rede sein, da keine Leistung an das Verwaltungsratsmitglied erbracht wurde.

2. Verfahrensregeln

Die vorstehende Analyse hat gezeigt, dass die klassischen Sanktionsdrohungen bei Drittgeschäften von eingeschränkter Wirksamkeit sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man im Bereich der privaten Korruption von einer hohen Dunkelziffer¹²⁴ ausgeht. Umso

GesKR 2007 S. 24, 38

grösseres Augenmerk muss deshalb den Verfahrensregeln zur Bewältigung von Interessenkonflikten zukommen. Allerdings sind auch hier nicht alle Massnahmen gleich geeignet:

- Die Ausstandsregeln gelten grundsätzlich nur dann, wenn sich die eigenen Interessen und die Interessen der Gesellschaft diametral gegenüber stehen. Da bei Drittgeschäften meist nur eine Interessenberührung vorliegt, finden die Ausstandsregeln hier kaum Anwendung.¹²⁵
- Allgemeine Gebote zur Vermeidung von Interessenkonflikten, wie sie Ziffer 16 des Swiss Code of Best Practice vorschreiben, sind mangels Konkretisierung der Handlungsanweisung von beschränktem praktischen Gehalt.

¹¹⁶ Vgl. Vischer (FN 56), 161.

¹¹⁷ Vgl. Eveline Wyss/Hans Caspar von der Crone, Bestechung bei Vertragsschluss, SZW 1/2003, 35 ff., 38 f.; vgl. auch Pierre Tercier, La corruption et le droit des contrats, SemJud 10/1999, 223 ff.

¹¹⁸ Wyss/von der Crone (FN 117), 39 f.

¹¹⁹ Vgl. Zobl, ZBJV 6/1989 (FN 8), 296; Urteil des Handelsgerichts Zürich, ZR 104 (2005), 258.

¹²⁰ Zum Aufmerksamkeitsgrad, der vom Dritten verlangt wird, vgl. BGer in Praxis 84 (1995) Nr. 10 (Caves Mövenpick AG); dazu auch Zobl, ZBJV 6/1989 (FN 8), 299 f. und 307 f.; BSK [OR](#) II-Watter, Art. 718a N 11 und Schott (FN 3), 96 ff. m.w.H.

¹²¹ Zum Schwebezustand und dessen Beendigung vgl. Schott (FN 3), 113 ff.

¹²² Vgl. oben II./1. Ziff. 2.

¹²³ Vgl. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, N 43.06.

¹²⁴ Vgl. Zora Ledergerber, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Diss. Zürich, Bern 2005 (= SSA 64), N 16 m.w.H., wonach die Dunkelziffer im Bereich der privaten Korruption gar bei 100 Prozent liege.

¹²⁵ Vgl. oben IV./1./1.1/a.



- Beabsichtigt deshalb ein Unternehmen, Interessenkonflikte über eine präventive Verhaltenssteuerung zu vermeiden, muss es auf das Unternehmen zugeschnittene, spezifische Regeln erlassen. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Pflicht zur Offenlegung erheblicher Interessenkonflikte, die nach dem Gesagten sowohl aktienrechtlich als auch vertragsrechtlich gilt und alle beurteilungsrelevanten Umstände umfasst.¹²⁶ Als erheblich gelten grundsätzlich alle nicht gerade offensichtlichen¹²⁷ Umstände, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, den Anschein zu erwecken, das betreffende Organ könne bei seiner Entscheidung durch Eigen- oder Drittinteressen beeinflusst werden. In diesem Rahmen sind sowohl die Annahme von Vergünstigungen¹²⁸ wie auch die Eröffnung von Geschäftschancen offenlegungspflichtig, soweit ein gewisser Bezug zur Funktion der Organperson bei der Gesellschaft besteht und es nicht um vernachlässigbare Beträge geht. Um Unsicherheiten zu vermeiden, kann die Gesellschaft die Informationspflichten z.B. in einer Weisung näher umschreiben. Analoges gilt für die Offenlegung von Tatsachen, welche für die Gesellschaft ein Reputationsrisiko darstellen könnten.

- Wurde die Situation durch das betroffene Organ offengelegt, stellt sich die Frage der Genehmigung. Einer formellen Genehmigung von Drittgeschäften durch Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglieder bedarf es insbesondere beim Aneignen von Geschäftschancen (*corporate opportunity*), wobei die betroffene Organperson bei der Beschlussfassung in den Ausstand zu treten hat. Dagegen genügt bei der Annahme von Vorteilen oder dem Eingehen von Reputationsrisiken durch geschäftsführende Organpersonen das Einschreiten eines weisungsbefugten Organs, ohne dass es eines Beschlusses bedarf; bei nicht-exekutiven Verwaltungsräten kann allerdings auch hier eine formelle Genehmigung durch Beschluss unter Ausschluss der betroffenen Person angebracht sein.

Erfolgt eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung durch das zuständige Organ, ist das Geschäft zwischen der betreffenden Organperson und dem Dritten gültig. Denn wenn der Verwaltungsrat nicht-marktkonforme In-sich-Geschäfte zwischen einem Geschäftsführer und der Aktiengesellschaft genehmigen kann, so muss dies umso mehr auch für Drittgeschäfte der Organperson gelten.¹²⁹ Vorbehalten bleibt jedoch eine allfällige aktienrechtliche Verantwortlichkeit des genehmigenden Organs.

¹²⁶ Vgl. auch Trigo Trindade (FN 95), 404.

¹²⁷ Offensichtlich ist z.B., dass ein Organ bei Lohnverhandlungen mit der Gesellschaft eigene Interessen verfolgt.

¹²⁸ Nicht dagegen deren Zurückweisung.

¹²⁹ So auch Trigo Trindade (FN 95), 405 f. mit Bezug auf das Aneignen von Geschäftschancen.