

Das Aktienrecht im Wandel

Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt

Herausgegeben von
Matthias P.A. Müller
Lucas Forrer
Floris Zuur

DIKE 

Das Aktienrecht im Wandel

Zum 50. Geburtstag
von Hans-Ueli Vogt

Herausgegeben von

Matthias P. A. Müller

M.A. HSG

Lucas Forrer

MLaw

Floris Zuur

MLaw

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-136-4

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Lucas Forrer / Matthias P. A. Müller / Floris Zuur</i> Das Aktienrecht im Wandel der Digitalisierung Entstehung der Gesellschaft, Willensbildung der Organe und Blockchain-Technologie	1
<i>Christoph B. Bühler</i> «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht	29
<i>Lukas Müller / David P. Henry</i> Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen	45
<i>Harald Bärtschi</i> Verantwortung für soziales Unternehmertum Eine Auslegeordnung aus Schweizer Perspektive	71
<i>Alexander F. Wagner</i> Vom Mythos der Best Practice in der Corporate Governance	97
<i>Andreas Bohrer</i> «Better Regulation» im Wirtschaftsrecht Anregungen an den Gesetzgeber in der Schweiz	109
<i>Susanne Kals</i> Mehr Gestaltungsfreiheit für das österreichische Aktienrecht	131
<i>Holger Fleischer</i> Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen und Lieferketten: Eine rechtsvergleichende Skizze im Lichte der Konzernverantwortungsinitiative	145
<i>Urs Schenker</i> Das Kapitalband Flexibilisierung des Kapitals mit Gefahren für Aktionäre und Gläubiger	169

Valentina Hirsiger-Meier

Bezugsrechtsausschluss und Ausgabebetrag
Möglichkeiten und Schranken einer Ausgabe von börsenkotierten Aktien
an einen Drittinvestor 193

Patrick Schmidt

Die Sanierung nach künftigem Aktienrecht 215

Thomas Werlen / Remo Decurtins

Die Harmonika als Schnittmenge der Verfahren zu Kapitalherabsetzung,
-erhöhung und Sanierung
Probleme in der Praxis und Blick auf die Aktienrechtsreform 235

Hans Caspar von der Crone / Sandro Bernet

Der Tagungsort der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht
Zwischen Gesellschaftssitz und Internet 259

Daniel M. Häusermann

Ein Stimmgeheimnis für die Publikumsgesellschaft? 277

Rolf Watter / Laura Widmer

Arbeitsvertragliche Lohnansprüche und «Say-on-Pay»
Was, wenn die vorgeschlagene Vergütung abgelehnt wird? 299

Arnold F. Rusch

Board Service Providers
Besetzung des Gesamtverwaltungsrates mit einer juristischen Person? 315

Florian Schweighofer

Aktienkapital in ausländischer Währung 329

Stefan Knobloch

Weitgehende Abschaffung der Inhaberaktien und weitere Neuerungen
durch das Global-Forum-Gesetz 345

Christoph Burckhardt

Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision 367

Severin Harisberger

Die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs nach Art. 678 OR
im Konkurs der Gesellschaft
Ein Beitrag insbesondere zur Bedeutung von Art. 678 Abs. 6 E-OR 389

Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag

Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen

*Lukas Müller / David P. Henry**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	46
II.	Rechtsnatur der Transaktionen mit nahestehenden Personen	46
	1. Vertretung im Allgemeinen	48
	2. Interessenkonflikte und Vertretungsmacht	49
	3. Wer ist nahestehende Person?	50
	4. Weitere zivilrechtliche Rahmenbedingungen	52
	5. Formerfordernisse	54
III.	Massnahmen bei Transaktionen mit nahestehenden Personen	55
	1. Unternehmensinterne Regelung	55
	a) Grundsätzliches	55
	b) Erlass eines Reglements durch den Verwaltungsrat	55
	c) Elemente eines Reglements	57
	d) Information sowie Beratung und Beschlussfassung im Besonderen	59
	2. Information und Offenlegung	62
	a) Grundsätzliches	62
	b) Im Verwaltungsrat	63
	c) In der Generalversammlung	64
	d) Rechnungslegung	64
	aa) Regelung nach IFRS	64
	bb) Rechnungslegung nach OR	66
	e) Konsequenzen einer unvollständigen Offenlegung	68
IV.	Fazit	69

* Prof. Dr. oec. et lic. iur. Lukas Müller, LL.M., MA UZH, Rechtsanwalt, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, IFF-HSG, Universität St. Gallen, und Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen.
Dr. iur. HSG David P. Henry, LL.M. (Berkeley), MCI Arb, Rechtsanwalt.
Die Autoren vertreten ihre eigenen Ansichten und binden ihre Arbeitgeber nicht.

I. Einleitung

Als Einstiegsbeispiel möge folgendes Szenario dienen: Die Publikumsgesellschaft A prüft im Rahmen einer strategischen Neuausrichtung die Veräußerung eines Unternehmensteils. Für den Verkaufsprozess soll eine Investmentbank mandatiert werden. Das Verwaltungsratsmitglied M ist Vorsitzender des Verwaltungsausschusses der Gesellschaft A, welcher vom Verwaltungsrat mit der Suche und der Mandatierung einer geeigneten Investmentbank beauftragt wurde. Der Ausschuss vergibt das Mandat an die Investmentbank B, welche zwar im Rahmen der Ausschreibung, wie auch zwei andere Bankinstitute, für die geplante Transaktion geeignet erschien, zugleich aber die höchste Vergütung verlangte. Die Lebenspartnerin von M ist Managing Director und Gesellschafterin der beauftragten Ländergesellschaft der Bank B.

Dieses Szenario legt unter anderem die folgenden Fragen nahe: Befand sich M während des Auswahlverfahrens in einem Interessenkonflikt, bzw. handelt es sich bei M um eine «nahestehende Person» im rechtlichen Sinne? In welchen (persönlichen oder sachlichen) Konstellationen wäre die Vergabe unproblematisch(er) gewesen? Spielt es z.B. eine Rolle, ob M Vorsitzender oder einfaches Mitglied des Ausschusses war? Wie hätte M sich verhalten müssen, wie der Ausschuss, und wie der Verwaltungsrat? Muss die Gesellschaft A die Transaktion ausweisen, und, wenn ja, wann und mit welchem Detaillierungsgrad? Welche Rechtsbehelfe stehen den Aktionären der Gesellschaft A zu? Wie könnte eine praxisgerechte, allgemeine Regelung für solche und ähnliche Fälle innerhalb der Gesellschaft A aussehen?

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass Transaktionen, Geschäftsbeziehungen und Geschäftsvorfälle (nachfolgend «Transaktionen») mit nahestehenden Personen nicht nur rechtliche Schwierigkeiten mit sich bringen können, sondern auch Reputationsrisiken. Deshalb ist ein angemessener Umgang mit solchen Fällen zentral, sei es in der effektiven Ausgestaltung eines intern verbindlichen Prozesses, sei es in der Handhabung im Einzelfall, sei es in der Kommunikation und Rechenschaftsablage darüber.

II. Rechtsnatur der Transaktionen mit nahestehenden Personen

Im Geschäftsalltag kann es bei Aktiengesellschaften oder bei anderen Gesellschaftsformen und Unternehmen zu Transaktionen mit nahestehenden Personen (z.B. Mitglieder des Verwaltungsrats, Geschäftsführung, Kontrollaktionäre und Grossaktionäre, und mit ihnen verwandte oder anderweitig besonders verbundene Personen¹) kommen. Das ist an sich

¹ Vgl. die allgemeine Definition unten II.3.

nichts Verwerfliches. Im Gegenteil, es kann durchaus sein, dass nahestehende Personen zu den wichtigsten Geschäftspartnern von Unternehmen gehören.² Transaktionen mit nahestehenden Personen können jedoch problematisch sein, wenn sich diese Personen damit potenziell Vermögenswerte aneignen, die eigentlich der Gesellschaft zustehen, und dadurch andere Aktionäre oder Gläubiger zu Schaden kommen.

In diesem Zusammenhang stellen sich in der Praxis regelmässig die folgenden Fragen:³ Wie sind diese Transaktionen rechtlich zu beurteilen, wenn sie sich nachteilig auf die Gesellschaft bzw. auf die nicht nahestehenden Personen auswirken? Sind diese Transaktionen gültig oder anfechtbar? Gibt es für die Gesellschaft und andere Aktionäre Klagemöglichkeiten? Und wie können legitime Transaktionen abgewickelt werden, damit diese nicht angreifbar sind? Damit verbunden ist auch die Frage nach einem angemessenen Umgang mit potenziellen oder drohenden Interessenkonflikten.

Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen und ihnen nahestehenden Personen können mangels wirtschaftlicher Interessengegensätze⁴ durch sachfremde Zielsetzungen beeinflusst werden und sich dadurch von Geschäftsvorfällen zwischen unabhängigen Parteien unterscheiden.⁵ Transaktionen mit nahestehenden Personen sind im schweizerischen Zivilrecht bislang nicht im Detail analysiert worden.⁶ Stattdessen sind Rechtsprechung und Literatur zum Insichgeschäft und zu allgemeinen vertragsrechtlichen Problemen zahlreich. Diese Transaktionen sind aber nicht notwendigerweise Insichgeschäfte und bislang eher ein Thema der Rechnungslegung bzw. der Offenlegung im Geschäftsbericht.⁷ Es geht hierbei um die Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen (*«related party disclosures»*). Dies sagt allerdings noch nichts darüber aus, wie solche Sachverhalte hinsichtlich des rechtlichen Zustandekommens und der Gültigkeit zu behandeln sind.

² Vgl. LUCA ENRIQUES/GERARD HERTIG/HIDEKI KANDA/MARIANA PARGENDLER, *Related Party Transactions*, in: Reinier Kraakman *et al.* (Hrsg.), *Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3. A., Oxford 2017, 145 f.

³ Vgl. ENRIQUES/HERTIG/KANDA/PARGENDLER (FN 2), 145 f.

⁴ Es kann hierbei etwa um die Verkäufe von Halbfabrikaten oder Waren gehen, die innerhalb des Konzerns zwischen Konzerngesellschaften zu wesentlich anderen Konditionen verkauft werden als ausserhalb des Konzerns; vgl. IAS 24.7.

⁵ Vgl. IAS 24.1.

⁶ Vgl. ROLF SETHE, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, 375 ff., 380 m.w.H.

⁷ Vgl. z.B. MARCO SPADIN, *Nahestehende Personen nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS (IAS 24)*, Diss. Zürich 2008 (= SSHW Bd. 276), *passim*; vgl. auch unten III.2.d).

1. Vertretung im Allgemeinen

Jede Aktiengesellschaft handelt entweder durch ihre Organe oder durch ihre Vertreter. Die Vertretungsmacht – «das Können» – eines Mitglieds des Verwaltungsrats wird in Art. 718a OR definiert. Rechtsgeschäftliche Handlungen, die ohne Vertretungsmacht vorgenommen werden, sind für die Gesellschaft grundsätzlich unverbindlich. Ausnahmen hiervon stellen die *culpa in contrahendo*, die unerlaubte Handlung, die ungerechtfertigte Bereicherung oder die Geschäftsführung ohne Auftrag dar.⁸

Zur Vertretung befugte Organvertreter können für die Gesellschaft nur jene Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Handlungen sind zweckkonform, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch den Zweck nicht geradezu ausgeschlossen werden.⁹ Zweckwidrig sind beispielsweise die Veräusserung des gesamten Betriebs ohne Liquidationsbeschluss¹⁰ oder Schenkungen, die sehr gross sind und die wirtschaftliche Kraft einer Gesellschaft tangieren oder gar übersteigen.¹¹ Unentgeltliche Leistungen können ebenfalls problematisch sein.¹²

Ein besonderer Fall der Beschränkung der Vertretungsmacht¹³ ist bei Insichgeschäften gegeben. Ein Insichgeschäft liegt vor, wenn ein Vertreter einen Vertrag mit der Gesellschaft, die er vertritt, und mit sich selbst abschliesst (Selbstkontrahieren), oder wenn er zwischen zwei verschiedenen Gesellschaften, die er beide vertritt (Doppelvertretung), einen Vertrag abschliesst. Ein Insichgeschäft ist ebenfalls gegeben, wenn ein Organ einen Prokuristen anweist, mit ihm ein Geschäft abzuschliessen.¹⁴ In dieser Konstellation wird lediglich eine Person vorgeschoben, damit es für Dritte nicht offensichtlich ist, dass ein Insichgeschäft vorliegt.

Insichgeschäfte sind wegen der fehlenden Vertretungsmacht des Vertreters grundsätzlich unzulässig.¹⁵ Diese Geschäfte sind nur dann rechtswirksam, wenn die Gefahr der Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder die Gesellschaft den Vertreter zum Geschäftsabschluss ermächtigt hat. Im Sinne einer «*best practice*»

⁸ Vgl. BGer, 4A_455/2018, 9.10.2019, E. 5.1 (amtliche Publikation vorgesehen).

⁹ Vgl. BGE 116 II 320 E. 3a; SETHE (FN 6), 379.

¹⁰ Vgl. BGE 100 II 384 E. 2b.

¹¹ Vgl. BSK OR II-WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-VERFASSER), Art. 718a N 4.

¹² Vgl. Kassationsgericht ZH, 20.8.1999, E. 4.2.2, in: ZR 1999, 240 ff., 249; zu Spenden vgl. ROLF WATTER/THOMAS ROHDE, Die Spendenkompetenz des Verwaltungsrates, in: Roger Zäch (Hrsg.), Individuum und Verband – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 329 ff., 335 f.

¹³ Vgl. Art. 718b OR.

¹⁴ Vgl. BGE 89 II 321 E. 4.

¹⁵ Vgl. BGE 144 III 388 E. 5; BGE 126 III 327 E. 3a.

und um Rechts- und Reputationsrisiken zu vermeiden, sollten Insihgeschäfte vorgängig genehmigt werden. Es ist aber auch die nachträgliche Genehmigung durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder oder die Generalversammlung möglich.

Mitglieder des Verwaltungsrats können nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung Insihgeschäfte eines anderen Mitglieds genehmigen.¹⁶

Eine stillschweigende Ermächtigung ist zu vermuten, wenn keine Benachteiligungsgefahr besteht.

Eine Genehmigung durch die Generalversammlung ist immer dann zu vermuten, wenn der Vertreter Alleinaktionär ist oder wenn ihm alle Konzerngesellschaften gehören. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger sind in diesem Fall für die Gültigkeit der Transaktion unerheblich.¹⁷

2. Interessenkonflikte und Vertretungsmacht

Jeder Teilnehmer des Rechtsverkehrs darf grundsätzlich seine eigenen Interessen verfolgen. Diese Aussage gilt jedoch nicht absolut, wenn jemand die Interessenwahrnehmung einer anderen Person anvertraut. Probleme entstehen, wenn eine handelnde Person zur Wahrung der Interessen Dritter verpflichtet ist und gleichzeitig eigene, konfligierende Interessen wahrnimmt.

In der Praxis lassen sich Interessenkonflikte oftmals nicht vermeiden; entscheidend ist deshalb der angemessene Umgang mit ihnen.

Wenn ein Interessenkonflikt vorhanden ist, beschränkt dies die Vertretungsmacht nicht. Die Vertretungsmacht ist aber laut Bundesgericht dann nicht gegeben, wenn der Interessenkonflikt für den Dritten erkennbar war oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Wenn kein Interessenkonflikt erkennbar ist, kann sich der Vertragspartner auf die Vertretungsbefugnis gemäss Handelsregistereintrag verlassen.¹⁸

Für publikumsorientierte Unternehmen ist das Thema «Interessenkonflikt» noch schwieriger zu handhaben, da nicht nur rechtliche Vorgaben einzuhalten sind, sondern auch Reputationsüberlegungen anzustellen sind. Die Kontrolle durch die Öffentlichkeit und drohende

¹⁶ Vgl. BGE 127 III 357 E. 2b.

¹⁷ Vgl. BGE 144 III 388 E. 5.1; BGE 126 III 361 E. 5b.

¹⁸ Vgl. BGer, 4A_147/2014, 19.11.2014, E. 3.1.1.

Reputationsverluste können dazu anhalten, an sich legitime Transaktionen nicht durchzuführen oder nachträglich bekannt gewordene Transaktionen rückgängig zu machen respektive in Zukunft darauf zu verzichten.¹⁹

3. Wer ist nahestehende Person?

Die nahestehende Person wird seit 1991 im Gesellschaftsrecht erwähnt, aber nicht definiert.²⁰ Gemäss Art. 678 Abs. 1 und 2 OR steht der Gesellschaft und dem Aktionär allerdings ein Anspruch auf Rückerstattung für ungerechtfertigte Bezüge zu Lasten der Gesellschaft gegen Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahestehende Personen zu. Des Weiteren finden sich seit 2007 Offenlegungsvorschriften für die Vergütung und Beteiligungen der Leitungsorgane börsenkotierter Unternehmen im OR.²¹ Diese Vorschriften erstrecken sich ebenfalls auf Geschäftsvorfälle mit nahestehenden Personen. Seit 2008 wurden die Bestimmungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme auf die Verwendung des Liberierungsbetrags für Geschäftsvorfälle mit Aktionären sowie ihnen nahestehenden Personen beschränkt.²² Im Revisionsrecht gibt es eine Vorgabe, dass die Revisionsstelle nicht als unabhängig gilt, sofern die an der Revision beteiligten Personen den Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder anderen nahestehenden Personen mit Entscheidungsfunktion nahestehen.²³ Das künftige Aktienrecht soll zudem die Regelung des Art. 16 VegüV ins Gesetz überführen. Demnach soll die Offenlegung von Vergütungen, Darlehen und Kredite an nahestehende Personen im Vergütungsbericht erfolgen.²⁴ Dabei sollen im Vergütungsbericht die nicht marktüblichen Vergütungen, welche die Gesellschaft direkt oder indirekt an Personen ausgerichtet hat, die gegenwärtigen oder früheren Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder des Beirats nahestehen, sowie Darlehen und

¹⁹ Vgl. BEAT GYGI, Managerlöhne als Privatsache, Einstellung der Strafuntersuchung gegen ABB-Pensionäre Barnevik und Lindahi, NZZ vom 6.10.2005, 21; SERGIO AIOLFI, Die 72-Millionen-Franken-Frage – Wie Novartis-Chef Daniel Vasella zu seinem Anspruch kam, NZZ vom 22.2.2013, 25.

²⁰ Vgl. CONRADIN CRAMER, Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht, GesKR 2016, 159 ff., 160 ff.

²¹ Vgl. Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 3 Ziff. 3 OR; CRAMER (FN 20), 160 f.

²² Vgl. Art. 628 Abs. 2 OR.

²³ Vgl. Art. 728 Abs. 5 OR; CRAMER (FN 20), 161.

²⁴ Vgl. Art. 16 VegüV; Art. 734c Abs. 1 Ziff. 1 und 2 E-OR 2016 (Entwurf des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht], BBl 2017 683 ff.).

Kredite, die zu nicht marktüblichen Bedingungen gewährt wurden und noch ausstehen, offengelegt werden.²⁵ Dabei müssen die Namen der nahestehenden Personen nicht angegeben werden.²⁶

Das «Nahestehen» kann viele Ursachen haben. Es kann auf einer verwandtschaftlichen, wirtschaftlichen, rechtlichen oder tatsächlichen Nähe beruhen.²⁷ Eine unwiderlegbare Vermutung des Nahestehens ergibt sich in verwandtschaftlichen und weiteren familienrechtlichen Verbindungen gemäss Art. 20 Abs. 2 ZGB. Bei anderen verwandtschaftlichen Verbindungen (z.B. Schwägerschaft) muss nicht zwingend eine unwiderlegbare Vermutung gegeben sein, zumal bei der Auflösung einer Ehe die Schwägerschaft bestehen bleibt.²⁸ Faktische Lebensgemeinschaften sind ebenfalls ein deutliches Zeichen für ein Nahestehen. Eine Organstellung, sei es formell oder faktisch, sowie ein Konzernverhältnis oder eine signifikante Beteiligung an einer Gesellschaft, bilden ebenfalls eine unwiderlegbare Vermutung des Nahestehens.²⁹ Vertragliche Beziehungen, soweit sich daraus eine Abhängigkeit der Unternehmung ergeben kann, sind ein Indiz für das Nahestehen. Eine solches Indiz ist gegeben, sobald ein Vertragspartner einen wesentlichen Einfluss auf das Geschäft (z.B. strategisch, finanziell oder operationell) oder auf den Geldfluss, den Gewinn oder die Rendite ausüben kann. Diese Interpretation kann sich an die steuerrechtlichen Überlegungen anlehnen, wonach erheblich marktunübliche Bedingungen ein Indiz dafür sein können, dass ein Geschäftsvorfall zumindest erklärungsbedürftig sein kann.³⁰ Dabei gilt es indes dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es Situationen gibt, in welcher ein Vertragspartner effektiv die konkreten Marktumstände zu seinen Gunsten ausnützen kann. Entsprechend darf die allfällige Marktunüblichkeit «nur» ein starkes Indiz, aber keine hinreichende Bedingung sein.³¹

²⁵ Vgl. Art. 734c Abs. 1 Ziff. 1 und 2 E-OR 2016 (FN 24).

²⁶ Vgl. Art. 734c Abs. 2 E-OR 2016 (FN 24).

²⁷ Vgl. CRAMER (FN 20), 163 f.

²⁸ Vgl. Art. 21 Abs. 2 ZGB; CRAMER (FN 20), 163 f.

²⁹ Vgl. PETER BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 712; CRAMER (FN 20), 165 ff.

³⁰ Vgl. LUKAS GLANZMANN, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, in Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 19 ff., 24 f.; LUKAS MÜLLER, Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolge bei Verletzung und Revisionsvorschlag, AJP 2012, 1412 ff., 1420; CRAMER (FN 20), 167 ff.

³¹ Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 8 N 560k.

4. Weitere zivilrechtliche Rahmenbedingungen

In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht erwogen, dass es die Rechtsprechung zum Insichgeschäft unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle anwendet, in denen nicht ein eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch sonst ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliegt.³² Das Bundesgericht hat mit dieser Erwägung Geschäftsvorfälle und Transaktionen mit nahestehenden Personen aber nicht ausdrücklich erwähnt.

Es kann problematisch sein, wenn ein Geschäftsvorfall mit einer nahestehenden Person zu Bedingungen abgewickelt wird, die gegenüber unabhängigen Dritten so nicht zustande gekommen wären. Falls sachfremde Interessen auf eine Geschäftsbeziehung eingewirkt haben, darf jedoch nicht unbesehen die Doktrin des Insichgeschäfts auf einen solchen Sachverhalt angewandt werden. Bei Transaktionen mit nahestehenden Personen liegt streng genommen kein Insichgeschäft vor.³³ Es wird ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und einer nahestehenden Person geschlossen. Entsprechend besteht weder eine Personenidentität zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen noch ist ein Fall der Doppelvertretung gegeben. Die Nichtigkeit sollte deshalb bei Transaktionen mit nahestehenden Personen zurückhaltend, nur als *ultima ratio*, etwa bei eigentlichen Missbräuchen der Vertretungsmacht, die Rechtsfolge sein.³⁴ Demzufolge ist zu prüfen, welche rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Planung, Gestaltung, Ausführung, Information und Offenlegung einer Transaktion zu beachten sind.

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, die sich als interessen- oder pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen.³⁵ In offensichtlichen Fällen, in denen eine Transaktion mit nahestehenden Personen einem Insichgeschäft entspricht, ist die analoge Anwendung der Regelung betreffend Interessenkonflikte sinnvoll. In den übrigen Fällen sollten sich die Gerichte zurückhalten. Der Staat sollte nicht von Anfang an Verträge als nichtig qualifizieren. Eine solche Zurückhaltung sollte nur schon deshalb an den Tag gelegt werden, da grundsätzlich die Vertragsfreiheit gilt und die *Ex-post*-Überprüfung eines Geschäftsvorfalles (inkl. eines allfälligen «*hindsight bias*») andere Erkenntnisse zu Tage fördern kann als die *Ex-ante*-Perspektive in den Schuhen der konkreten Personen.

³² Vgl. BGE 144 III 388 E. 5.1.

³³ Vgl. SETHE (FN 6), 380.

³⁴ Die Doktrin zum Insichgeschäft kennt den Fall, dass ein Mitglied des Verwaltungsrats ein Insichgeschäft formell einem ihm weisungsgebundenen Prokuristen zur Unterschrift gibt, damit dieses auf den ersten Blick nicht als Selbstkontrahieren erkennbar ist, obschon es aus ökonomischer Perspektive als Insichgeschäft qualifiziert; vgl. BGE 89 II 321 E. 4; SETHE (FN 6), 380.

³⁵ Vgl. BGE 144 III 388 E. 5.1.

Das Gesellschaftsrecht enthält einige Normen, die Transaktionen mit nahestehenden Personen einschränken. Einerseits erfasst, wie bereits erwähnt, die Doktrin zum Insihgeschäft den Extremfall, in dem eine Person in der Konstellation der Selbst- oder Doppelvertretung agiert. Bei den weniger extremen Fällen greift diese Doktrin allerdings nicht, da gar nicht dieselben Personen handeln. Dennoch können diese Geschäftsvorfälle aufgrund der personellen, organisatorischen, wirtschaftlichen oder juristischen Nähe mit der Gegenpartei zu Bedingungen abgeschlossen werden, die gegenüber unabhängigen Dritten auf dem Markt (*«at arm's length»*) nicht zustande gekommen wären. Diese Transaktionen sind unter dem Gesichtspunkt der einschlägigen zwingenden Gesetzesbestimmungen und Klagen zu prüfen. Besonders erwähnenswert ist insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr, das vor allem in Konzernverhältnissen oder bei Verträgen mit Aktionären relevant sein könnte.³⁶ Hierbei ist insbesondere bei der Gestaltung des *«cash pooling»*³⁷ innerhalb eines Konzerns, bei der Vergabe von Sanierungsdarlehen oder bei der Ausschüttung von gesetzlichen Kapitalreserven (z.B. Agio) der jeweils einschlägigen Rechtsprechung Rechnung zu tragen.³⁸

Eine Transaktion mit nahestehenden Personen ist ferner nach Art. 678 OR und nach Art. 717 in Verbindung mit Art. 754 OR zu prüfen. Wenn eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt oder wenn der Gesellschaft durch eine unsorgfältige oder treuwidrige Gewährung von Vorteilen gegenüber nahestehenden Personen ein Schaden entsteht, ist entsprechend die Rückerstattung durch die begünstigte Person bzw. Ersatz des entstandenen Schadens durch das Organ bzw. die Geschäftsleitung zu leisten.

Ein Geschäftsvorfall mit einer nahestehenden Person kann unter Umständen nichtig sein, sofern die Transaktion zwischen der Gesellschaft und einem Aktionär oder einer dem Aktionär nahestehenden Person abgewickelt wird.³⁹ Hier ist zu vermeiden, dass diese Transaktion eine verbotene Einlagenrückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR darstellt.⁴⁰ Ein Aktionär hat nicht das Recht, seinen Einlagebetrag zurückzufordern. Transaktionen, die di-

³⁶ Vgl. BSK OR II-VOGT (FN 11), Art. 680 N 17a; BGE 140 III 533 ff.

³⁷ Vgl. nachstehend Ziff. III.2.d)bb).

³⁸ Vgl. Art. 680 Abs. 2 OR; BGE 140 III 533 ff. E. 4.2; BGE 109 II 128 ff. E. 2; HANS-UELI VOGT/ANNA PETER, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr, GesKR 2011, 228 ff., 229 f., 231 ff.; DAVID OSER/HANS-UELI VOGT, Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigem Aktienrecht, GesKR 2012, 10 ff., 19 ff.

³⁹ Vgl. BGE 109 II 128 E. 2; BGE 140 III 533 E. 4.2; BSK OR II-VOGT (FN 11), Art. 680 N 17a; LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen – Praktische Auswirkungen des Urteils BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, ST 2015, 131 ff., 132.

⁴⁰ Vgl. BGE 140 III 533 E. 4.1; VOGT/PETER (FN 39), 228 ff., 229 f.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 16 N 104 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 9 N 60.

rekt oder indirekt in einer Rückleistung des durch das Gesellschaftsrecht geschützten Aktienkapitalbetrags resultieren, sind nichtig. Beträge, die aufgrund eines nichtigen Geschäfts ausbezahlt wurden, sind zurückzuerstatten.⁴¹ Immerhin ist aber innerhalb eines gewissen Rahmens die Auszahlung von Agio an Aktionäre zulässig, sofern die allgemeinen Voraussetzungen einer Dividendenausschüttung eingehalten werden.⁴²

Neben dem Gesellschaftsrecht sind unter Umständen auch arbeitsvertragliche oder auftragsrechtliche Treuepflichten sowie öffentlich-rechtliche Einschränkungen zu beachten. Das ist insbesondere für diejenigen Personen relevant, die sich in einem arbeitsvertraglichen oder auftragsrechtlichen Verhältnis zum Unternehmen befinden. Diese Personen unterliegen ihrerseits der arbeitsvertraglichen Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR oder der auftragsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR; diese Treuepflichten verlangen u.E. jeweils eine Offenlegung eines Interessenkonfliktes. Aus dem öffentlichen Recht sind insbesondere Vorgaben des Anwalts- oder Revisionsrechts zu beachten, wonach Interessenkonflikte oder bestimmte Vertragskonstellationen von Gesetzes wegen verboten sind.⁴³

Schliesslich sind auch gesellschafts- oder börsenrechtliche Vorgaben zur Offenlegung einer Transaktion mit nahestehenden Personen zu beachten. Die Normen zur Offenlegung haben jedoch keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Geschäfte, da der Geschäftsbericht lediglich abbildet, aber keine Grundlage zur Genehmigung darstellt. Es geht bei der Offenlegung stattdessen um die Schaffung von Transparenz und Rechenschaftsablage, weshalb darauf in Abschnitt III.2. zurückzukommen ist.

5. Formerfordernisse

Insichgeschäfte gemäss Art. 718b OR müssen grundsätzlich schriftlich sein. Keiner besonderen Form bedürfen Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000 nicht übersteigt.⁴⁴ Schriftlichkeit im Kontext von Art. 718b OR ist grundsätzlich mit Art. 13 OR gleichzusetzen. Eine Verletzung der Schriftform resultiert in der Nichtigkeit des entsprechenden Geschäfts.⁴⁵ Nach herrschender Lehre genügt auch ein dokumentierter Beschluss des zuständigen Organs dem Schriftformerfordernis gemäss Art. 718b OR.⁴⁶

⁴¹ Vgl. BSK OR II-VOGT (FN 11), Art. 680 N 17a f.

⁴² Vgl. BGE 140 III 533 E. 6; GLANZMANN/WOLF (FN 39), 132.

⁴³ Man denke hierbei insbesondere an Art. 12 lit. c oder lit. e BGFA, wonach Interessenkonflikte oder bestimmte Erfolgshonorare unzulässig sind. Siehe dazu auch die Unabhängigkeitsbestimmungen des Revisionsrecht; vgl. z.B. Art. 728 und Art. 729 OR.

⁴⁴ Vgl. Art. 718b OR.

⁴⁵ Vgl. Art. 11 OR.

⁴⁶ Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 11), Art. 718b N 4.

Das Schriftformerfordernis von Art. 718b OR soll analog auf Situationen angewandt werden, in denen sich die Vertreter der Aktiengesellschaft in einer mit dem Insichgeschäft vergleichbaren Interessenkonfliktsituation befinden.⁴⁷ Eine solche kann vorliegen, wenn eine Transaktion oder ein anderer Geschäftsvorfall mit nahestehenden Personen gegeben ist.

Wenn eine Transaktion mit nahestehenden Personen abgewickelt wird, ist dies analog Art. 718b OR schriftlich festzuhalten. Zusätzlich ist entsprechend den anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften dieser Sachverhalt im Geschäftsbericht offenzulegen.⁴⁸

III. Massnahmen bei Transaktionen mit nahestehenden Personen

1. Unternehmensinterne Regelung

a) Grundsätzliches

Aus der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats folgt die Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden.⁴⁹ Weil sich im Unternehmensalltag gerade bei grösseren Unternehmen Interessenkonflikte aber nicht *a priori* vermeiden lassen, ist ein angemessener Umgang mit diesen Situationen anzustreben. Dazu gehört auch, ein entsprechendes Bewusstsein bei allen Mitarbeitern und eine transparente und risikoadäquate Unternehmenskultur zu schaffen.

Der Erlass eines Reglements durch den Verwaltungsrat⁵⁰ ist ein Instrument für den angemessenen Umgang mit Interessenkonflikten. Ein weiteres wichtiges Instrument ist die interne Revision, die mit entsprechenden Prüfhandlungen routinemässig auch den Bereich der Transaktionen mit Nahestehenden zumindest stichprobenartig überprüfen und festgestelltes Verbesserungspotential dem Prüfungsausschuss oder dem Verwaltungsrat nicht nur rapportieren sollte, sondern auch die notwendigen Massnahmen vorschlagen und deren Implementierung, unter Umständen zusammen mit der Compliance-Abteilung, verfolgen muss.

b) Erlass eines Reglements durch den Verwaltungsrat

Angesichts der praktischen Relevanz von Transaktionen mit nahestehenden Personen (bzw. von Interessenkonflikten im Allgemeinen) und deren Schädigungspotential empfiehlt es

⁴⁷ Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 11), Art. 718b N 2.

⁴⁸ Vgl. unten III.2.d).

⁴⁹ Vgl. PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2011, § 11 N 102.

⁵⁰ Siehe dazu sogleich.

sich, dass der Verwaltungsrat ein Reglement (Weisung oder «*Policy*») zum Umgang mit (potenziellen, latenten oder aktuellen) Interessenkonflikten (das – als Teilmenge von Interessenkonflikten – auch die Transaktionen mit nahestehenden Personen umfasst) erlässt.

Ein solches «Reglement betreffend Interessenkonflikte» («*Conflict of Interest Policy*») sollte unternehmensweit und für sämtliche Mitarbeiter, nicht nur für Organpersonen gelten. Für letztere können zusätzliche Pflichten vorgesehen werden, etwa im Zusammenhang mit den jährlichen Offenlegungspflichten, insbesondere bei Publikumsgesellschaften.⁵¹

Die Empfehlung für eine allgemeine unternehmensinterne Regelung ergibt sich auch mit Blick auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1⁵² und Ziff. 5 OR⁵³. Für den Erlass eines diesbezüglichen Reglements ist zunächst der Verwaltungsrat innerhalb seiner unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben zuständig.⁵⁴ Weitere Delegationen sind denkbar, soweit diese nicht die Organisation, sondern praktische Ausführungsbestimmungen für ein Geschäft betreffen und keine Organkompetenzen tangieren.⁵⁵

Nachfolgend werden in einem ersten Schritt Empfehlungen zum allgemeinen Regelungsinhalt eines solchen Reglements aus einer Praxissicht gegeben, um in einem zweiten Schritt vertieft auf die Problematik von Transaktionen mit nahestehenden Personen und auf den Umgang mit ihnen einzugehen.

Wie bei sämtlichen (unternehmensweit gültigen) Richtlinien empfiehlt sich ein der Organisationsstruktur angemessener «*roll-out*»-Prozess, wobei die Geschäftsleitung allfälliger Konzernuntergesellschaften bzw. lokale oder regionale Compliance-Mitarbeiter («*Compliance Officers*») ebenfalls eine wichtige Rolle spielen. Wie bei sämtlichen wichtigen Reglementen gehört u.E. insbesondere auch ein systematisches Compliance-Konzept inklusive Schulungen, Überwachungen und Kontrolle zu den Bestandteilen einer effektiven Compliance-Organisation.⁵⁶ Die Organisation und Beaufsichtigung der Compliance ist Aufgabe

⁵¹ Vgl. ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014, 464 ff.; LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PETER BARMETTLER, in: Dieter Pfaff *et al.* (Hrsg.), *Rechnungslegung nach Obligationenrecht*, veb.ch Praxiskommentar, 2. A., Zürich 2019 (zit. VERFASSER, veb.ch Praxiskommentar), Art. 958 OR N 34 ff. m.w.H.

⁵² Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen.

⁵³ Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.

⁵⁴ Vgl. Art. 716 f. OR; FORSTMOSER (FN 49), § 14 N 27 ff.

⁵⁵ Vgl. FORSTMOSER (FN 49), § 14 N 30 ff.

⁵⁶ Vgl. DANIEL LENGAUER/LEA RUCKSTUHL, *Compliance*, Zürich/Basel/Genf 2017, 35 ff.

des Verwaltungsrats.⁵⁷ Dies gilt in besonderem Masse für Reglemente mit hoher Praxisrelevanz für vermutungsweise einen grossen Teil der Mitarbeiter, wie dies im vorliegenden Bereich der Fall ist.

Es versteht sich von selbst, dass der Verwaltungsrat bzw. die Compliance-Abteilung die Aktualität des Reglements regelmässig überprüfen und das Dokument gegebenenfalls anpassen muss, um Rechtsänderungen und Entwicklungen der «*best practice*» Rechnung zu tragen.

c) Elemente eines Reglements

Ein adäquates Reglement zu Interessenkonflikten sollte u.E. mindestens die folgenden Punkte regeln:

- Anwendungsbereich (grundsätzlich sämtliche Personen eines Unternehmens);
- Zweckbestimmung;
- Beziehung zu anderen Reglementen des Unternehmens (z.B. «*Code of Conduct*» oder «*Code of Ethics*», Organisationsreglement, Insiderreglement usw.);
- Grundsatz des Ausrichtens sämtlichen Handelns und allfälliger Ermessensausübung am Unternehmensinteresse;
- Definition eines Interessenkonfliktes (weit verstanden, auch die Möglichkeit und den blossen Anschein eines Konflikts enthaltend);
- Definition weiterer relevanter Begriffe wie beispielsweise «nahestehende Person», «finanzielles Interesse» usw.;
- Beispiele für Gebiete, in denen Interessenkonflikte im Unternehmensalltag auftreten können (Geschenke, Zuwendungen, Dienstleistungen usw., hierarchische Abhängigkeitsverhältnisse, Personenidentität bei nahestehenden [beaufsichtigten] Unternehmen; Vergabe von externen Aufträgen⁵⁸, Zweitbeschäftigungen ausserhalb des Unternehmens, Gelegenheit zum Geschäftsabschluss («*Corporate Business Opportunities*») oder Beteiligung an Konkurrenz- oder Drittunternehmen, Verwendung vertraulicher kursrelevanter Informationen usw.).

⁵⁷ Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR.

⁵⁸ Beispielsweise wenn Mitglieder des Verwaltungsrats zusätzlich als selbständige Berater tätig sind, oder wenn ein Mitarbeiter eine geschäftliche Beziehung in einem früheren Anstellungsverhältnis aufgebaut hat.

- grundsätzliche Pflicht, von einer Transaktion mit Nahestehenden abzusehen und diese – vorgängig – zu melden, sofern und soweit ein Interessenkonflikt besteht oder bestehen könnte;⁵⁹
- Regelung der Ausstandspflicht in Gremiensitzungen, insbesondere wenn über Verträge zwischen der Gesellschaft und einem Mitglied oder einer ihm nahestehenden Person abgestimmt wird;
- (vorgängige) Genehmigungspflicht für Transaktionen mit Nahestehenden, wobei die genehmigende Stelle dem Gesuchsteller hierarchisch übergeordnet sein muss, um Abhängigkeiten auszuschliessen;
- Pflicht (insbesondere auch von Vorgesetzten), angemessen mit gemeldeten Interessenkonflikten umzugehen (einschliesslich Dokumentation derselben);
- allfällig weitergehende Pflichten von Personen in leitender Stellung (z.B. jährliches Ausfüllen eines Fragebogens);
- Meldepflicht bei Verdachtsfällen und Ansprechpartner (z.B. Group/Local Compliance, Ombudsperson, anonyme Meldestelle und dgl.);
- (bei internationalen Unternehmensgruppen) Vorbehalt lokaler Gesetzgebung, falls eine solche höhere Anforderungen stellt;
- Hinweis auf Folgen bei Verstössen;
- Inhaltsverantwortlicher.

Überlegenswert scheint es auch, eine Bestimmung in das Reglement aufzunehmen, wonach Transaktionen mit Nahestehenden stets dem Prinzip «*at arm's length*» genügen müssen. Dadurch dürfte das Schädigungspotential bezüglich der Gesellschaft eher entfallen. Im Anwendungsfall wäre substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die Drittbedingungen eingehalten werden. Auch der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) sieht vor, dass Transaktionen der Gesellschaft mit Organmitgliedern, mit Aktionären und mit Personen, die Organmitgliedern oder Aktionären nahestehen, in der Regel zu Drittbedingungen («*at arm's length*») geschlossen werden sollen (auch um Ansprüche aus Art. 678 und Art. 754 OR zu vermeiden).⁶⁰

Grundsätzlich ist zu empfehlen, dass sämtliche gemeldeten und bearbeiteten Interessenskonflikte unternehmens- bzw. konzernweit systematisch erfasst werden; nicht nur auf Stufe

⁵⁹ Hierbei ist allerdings der Tatsache Rechnung zu tragen, dass es auch sinnvolle und im Gesellschaftsinteresse liegende Transaktionen mit nahestehenden Personen geben kann. Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften ist zudem die gesellschaftsinterne Genehmigung der Vergütung erforderlich, da hier keine grundsätzliche Kompetenz der Generalversammlung gegeben ist; vgl. THOMAS ALEXANDER STEININGER, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2011 (= ZStP Bd. 238), 86 ff.

⁶⁰ Ziff. 17 SCBP.

Verwaltungsrat und Konzern-/Geschäftsleitung, sondern für sämtliche Mitarbeiter. Die Einhaltung der Richtlinie sollte sodann regelmässig, stichprobenartig oder als Schwergewichtspunkt, durch die Interne Revision überprüft werden.

Bezüglich der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung empfiehlt es sich aus Transparenzgründen und auch zum Schutze des Unternehmens in der Praxis sodann, jährlich nicht nur meldepflichtige Konstellationen⁶¹ abzufragen, sondern allfällige Interessenkonflikte routinemässig in einem weiten Sinne abzufragen. Dazu gehören beispielsweise andere Tätigkeiten, auch selbständiger Art, Mandate bei anderen Unternehmen und Organisationen, Geschäftsbeziehungen mit Lieferanten, Dienstleistern, Kunden oder Konkurrenten und Beteiligungen an Unternehmensteilen, die in jüngerer Zeit vom Unternehmen veräussert oder erworben wurden.

Es ist zu erwähnen, dass ein Unternehmen in Bezug auf Interessenkonflikte nicht nur reglementarische Massnahmen, wie sie vorstehend dargelegt sind, treffen kann, sondern auch organisatorische Vorkehrungen, etwa die Errichtung von Informationsbarrieren («*Chinese Walls*»). Eine solche Massnahme hängt von der Branche, den Tätigkeiten und der Organisation des Unternehmens ab. Dies kann beispielsweise bei Finanzdienstleistungsunternehmen angezeigt sein, indem solche Informationsbarrieren zwischen verschiedenen Abteilungen (Analystenabteilung, Eigenhandel, Investment Banking usw.) errichtet werden.⁶²

d) Information sowie Beratung und Beschlussfassung im Besonderen

Wenngleich sich die Thematik um Transaktionen mit nahestehenden Personen grundsätzlich für alle Mitarbeiter eines Unternehmens stellen kann, so konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf den Verwaltungsrat und die Geschäftsführung. Dies einerseits wegen der zusätzlichen Dimension der Corporate Governance, andererseits auch wegen der damit verbundenen weiteren Aspekte wie beispielsweise der Offenlegung im Geschäftsbericht. Dies gilt umso mehr bei Publikumsgesellschaften, an welche strengere Anforderungen hinsichtlich der Corporate Governance und der Offenlegung gestellt werden.

Für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung sollten die Bestimmungen für den Umgang mit Interessenkonflikten, insbesondere aufgrund ihrer Implikationen für die Modalitäten der Beschlussfassung, spezifisch im Organisationsreglement der Gesellschaft verankert werden. Es besteht freilich die Möglichkeit, ergänzend auf das Reglement betreffend Interessenkonflikte⁶³ zu verweisen.

⁶¹ Vgl. unten III.2.d)aa).

⁶² Vgl. MICHAEL RASCH, Banken – ein einziger Interessenkonflikt, NZZ vom 13.10.2011, 35.

⁶³ Vgl. oben III.1.b).

Zu Beginn steht die Pflicht einer jeden Person im Unternehmen, aber insbesondere der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Interessenkonflikte offenzulegen. Erst die Offenlegung ermöglicht es, die im Einzelfall angezeigten Massnahmen zu treffen, um mit dem Interessenkonflikt angemessen umzugehen. Die Offenlegungspflicht ergibt sich für ein Verwaltungsratsmitglied bereits aus seiner aktienrechtlichen Treuepflicht.⁶⁴ Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt, dass das Organ «mittels geeigneter Massnahmen sicherstellt, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden.»⁶⁵ Bei Transaktionen mit nahestehenden Personen muss die Information des zuständigen Gremiums vor dem Vertragsabschluss erfolgen.

Bei der Offenlegungspflicht handelt es sich um eine persönliche Pflicht, und sie sollte für potenzielle, latente und aktuelle Interessenkonflikte gelten. Diese Pflicht geht damit auch über die Regelung des Aktienrechts hinaus, das keine zwingende Ausstandspflicht kennt.⁶⁶ Eine aktienrechtliche Ausstandspflicht ist grundsätzlich nur analog den Regeln zum Selbst- und Doppelkontrahieren gegeben.⁶⁷ Im Organisationsreglement können die entsprechenden Ausstandspflichten erweitert werden.⁶⁸

Das jeweilige Verwaltungsratsmitglied sollte den Interessenkonflikt zum frühestmöglichen Zeitpunkt offenlegen. Das ergibt sich allein schon aus der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats.⁶⁹ Dies gilt auch für potenzielle Interessenkonflikte.⁷⁰ Als Adressat der Offenlegung bietet sich der Verwaltungsratspräsident an. Dieses Vorgehen empfiehlt auch der SCBP.⁷¹ Der Verwaltungsratspräsident sollte einen eigenen Interessenkonflikt dem Vizepräsidenten offenlegen. Alternativ käme dafür u.E. auch der Vorsitzende des Prüfungsausschusses infrage.

Der SCBP sieht vor, dass der Verwaltungsratspräsident (bzw. der Vizepräsident) «einen der Intensität des Interessengegensatzes entsprechenden Entscheid des Verwaltungsrats» beantragt.⁷²

⁶⁴ Art. 717 OR. Die übrigen Personen, die sich in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis zum Unternehmen befinden, unterliegen ihrerseits der arbeitsvertraglichen Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR), die u.E. die Offenlegung eines Interessenkonfliktes verlangt.

⁶⁵ Vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.2; Art. 717 Abs. 1 OR.

⁶⁶ Vgl. FORSTMOSER (FN 49), § 11 N 104.

⁶⁷ Vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 121; FORSTMOSER (FN 49), § 11 N 105.

⁶⁸ Vgl. FORSTMOSER (FN 49), § 11 N 105 f.

⁶⁹ Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR.

⁷⁰ Vgl. SETHE (FN 6), 375 ff., 384 m.w.Nw.

⁷¹ Vgl. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziff. 17.

⁷² Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Ziff. 17. Das Regelwerk sieht vor, dass «eine Person, die in einem dauernden Interessenkonflikt steht, [...] dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nicht angehören» kann.

Gemäss SCBP beschliesst der Gesamtverwaltungsrat über die erforderlichen Massnahmen, und zwar unter Ausstand des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds. Möglich wäre es auch, dass, wie es in Art. 717a Abs. 3 VE-OR 2014⁷³ vorgesehen war, der Verwaltungsratspräsident allein über die zu treffenden Massnahmen beschliessen kann. Ein Entscheid des Verwaltungsrates bringt allerdings mit sich, dass das gesamte Gremium in diesem Falle über den Interessenkonflikt informiert sein muss, was u.E. aus Transparenzgründen ohnehin in jedem Falle zu empfehlen ist. Als Zwischenvariante könnte der Verwaltungsrat auch einen Ausschuss mit dieser Aufgabe betreuen. Im Rahmen der zwingenden und unübertragbaren Kompetenzen von Art. 716a OR hat ein solcher Ausschluss allerdings nur Vorschlags- und keine Beschlusskompetenz.

Was den Ausstand des Betroffenen in der Abstimmung über die Sachfrage angeht, so ist dabei u.E. zu differenzieren: Während der Ausstand für die Beschlussfassung *prima facie* naheliegend erscheint, ist zu erwägen, das betroffene Mitglied im Rahmen des Beratungsprozesses (und gegebenenfalls sogar des Beschlussfassungsprozesses) nicht prinzipiell auszuschliessen. Die Anwesenheit des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds kann sich nämlich anbieten, damit es, sofern notwendig, allfällige Fragen sowohl zum Interessenkonflikt als auch zur Sachthematik beantworten kann. Mit anderen Worten ist zu unterscheiden zwischen dem Ausstand bei der Beratung und dem Ausstand bei der Beschlussfassung.⁷⁴ Im Einzelfall kann es konkret sinnvoll sein, das betroffene Verwaltungsratsmitglied zu Einzelheiten des Konflikts und – noch wichtiger – zu Aspekten der eigentlichen Sachfrage zu befragen. Gerade bezüglich des zu beschliessenden Gegenstandes kann es nämlich sein, dass das entsprechende Mitglied über vertieftes Wissen verfügt, auf welches der Verwaltungsrat zugreifen können sollte. Darauf hinzuweisen bleibt aber, dass der Verwaltungsrat bzw. die von Interessenkonflikten freien Mitglieder (*«disinterested members»*) sich im Zweifelsfalle oder bei Fehlen weiterer Informationsquellen zusätzliche (externe) Informationen oder Einschätzungen einholen sollten, auch um den Schutz durch die Business Judgment Rule aufrechtzuerhalten, da diese eine genügende Informationsgrundlage für einen Entscheid des Verwaltungsrates verlangt.

Eine weitere Differenzierung kann sich sodann bei der eigentlichen Beschlussfassung anbieten: Während die wohl herrschende Lehre davon ausgeht, dass ein ausstandspflichtiges Mitglied in der Sachfrage nicht mitstimmen darf, wird auch vorgeschlagen, doppelt über einen Beschluss abzustimmen, bei dem ein oder mehrere Mitglieder des Gremiums einem Interessenkonflikt unterliegen. Gemäss diesem Konzept der «doppelten Beschlussfassung» kommt ein gültiger Beschluss nur dann zustande, wenn der Beschluss in beiden Abstimmungen, d.h. mit und ohne das betreffende Verwaltungsratsmitglied, die erforderliche

⁷³ Vorentwurf des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) 2014 (zit. VE-OR 2014).

⁷⁴ Vgl. SETHE (FN 6), 385.

Mehrheit findet.⁷⁵ Im Gegensatz zum Ausstand bei Beratung und Beschlussfassung und zum Ausstand bei der Beschlussfassung allein wird das betreffende Mitglied damit für den Beschluss mitverantwortlich. Das Organisationsreglement der Gesellschaft sollte den für die Gesellschaft geltenden Beschlussfassungsprozess auf jeden Fall genau regeln.

2. Information und Offenlegung

a) Grundsätzliches

Um das Risiko von aktienrechtlichen Verantwortungsklagen zu verringern, kann eine geplante Transaktion mit nahestehenden Personen auch der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden.⁷⁶ Durch die Genehmigung wird das Geschäft wirksam, durch die Ablehnung hingegen endgültig unwirksam.⁷⁷

In der Generalversammlung dürfen die vom Interessenkonflikt betroffenen Personen mitstimmen, da es – anders als im Vereinsrecht (Art. 68 ZGB), beim Ruhen der Stimmrechte bei eigenen Aktien (Art. 659a OR) und bei der Déchargeerteilung (Art. 695 OR) – kein grundsätzliches Stimmverbot im Falle von Interessenkonflikten gibt.⁷⁸

Die vom Interessenkonflikt betroffene Person sollte in den Ausstand zu treten. Zu unterscheiden ist, ob die Person vorgängig noch angehört werden soll oder ob sogar die Anhörung eine unzulässige Einflussnahme sein kann. Sofern das Verwaltungsratsmitglied, das einen Interessenkonflikt hat, nicht in den Ausstand tritt, bringt dies im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage Nachteile mit sich. Nur wer keinen Interessenkonflikt bei der Fällung eines Geschäftsentscheides hat, kann vom Schutz der Business Judgment Rule profitieren.⁷⁹ Bei der Genehmigung eines solchen Entscheides wird die entsprechende Person also von sich aus das Interesse haben, in den Ausstand zu treten.

Die Geschäfte sind im jeweiligen Gremium zu protokollieren und zu dokumentieren. Die Protokollierung im Verwaltungsrat erfolgt regelmässig durch den Sekretär des Verwaltungsrats. Verwaltungsratsmitglieder, die sich im Ausstand befinden, haben gestützt auf

⁷⁵ Zum ursprünglich von ROLF WATTER vorgeschlagenen Konzept und zur Rezeption vgl. SETHE (FN 6), 385 m.w.Nw.

⁷⁶ Dies freilich innerhalb der Rahmenbedingungen von Art. 716a OR.

⁷⁷ Vgl. SETHE (FN 6), 381.

⁷⁸ Vgl. SETHE (FN 6), 381 f. m.w.Nw.

⁷⁹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 40), § 16 N 813 ff.

Art. 715a OR das Recht, entsprechende Protokolle und Dokumentationen einzusehen, und können dieses Recht auch mittels Klage durchsetzen.⁸⁰

Falls die Genehmigung durch unabhängige Mitglieder des Verwaltungsrats (z.B. Prüfungsausschuss) nicht möglich ist, sollte das entsprechende Geschäft der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden.

Die Information und Offenlegung einer Transaktion mit nahestehenden Personen muss adressatengerecht und auf die entsprechenden Umstände angepasst werden. Die Unterrichtung des Verwaltungsrats und der Generalversammlung hat im Idealfall *ex ante* zu erfolgen, um potenzielle Haftungs- und Reputationsrisiken zu minimieren. Mit der Unterrichtung des Verwaltungsrats sind die entsprechenden Transaktionsinhalte umfassend offenzulegen. Demgegenüber hat die Unterrichtung im Rahmen einer Generalversammlung zwecks Genehmigung einer Transaktion der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Aktionäre grundsätzlich keine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft haben. Falls eine Transaktion mit nahestehenden Personen Geschäfts-, Fabrikations- oder Berufsgeheimnisse tangiert, hat der Geheimnisschutz regelmässig Vorrang. Dabei kann allerdings das Dilemma bestehen, dass eine Genehmigung unter Umständen die Kenntnis über die Art der Geheimnisse voraussetzt. Problematisch ist, dass einerseits die Transaktion zur Genehmigung vorgelegt wird und dass andererseits die Generalversammlung Kenntnis darüber haben muss, was die Eckpunkte bzw. die Konditionen des zu genehmigenden Geschäfts sind. Geschäftsgeheimnisse oder der Abschluss von Geschäften an sich könnten durch treuwidrig handelnde Aktionäre gefährdet werden. Entsprechend sollte im Zweifelsfalle das Interesse an der Geheimhaltung in der Generalversammlung höher gewichtet werden als das Interesse der Aktionäre an einer vollständigen (vorherigen) Offenlegung.⁸¹

Die Offenlegung von Transaktionen mit nahestehenden Personen im Geschäftsbericht orientiert sich an den anwendbaren Rechnungslegungsstandards und verfolgt andere Ziele als die Offenlegung gegenüber dem Verwaltungsrat oder der Generalversammlung. Mit dem Geschäftsbericht erfolgt *ex post* die Rechenschaftsablage; damit wird nachträglich Transparenz über Geschäftsvorfälle geschaffen.

b) Im Verwaltungsrat

Verwaltungsratsmitglieder haben von sich aus Transparenz über Sachverhalte zu schaffen, die einen Interessenkonflikt begründen können. Es sind bereits Sachverhalte offenzulegen,

⁸⁰ Grundlegend hierzu BGE 144 III 100 E. 5.

⁸¹ Eine gewisse Leitlinie zur Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse und dem Informationsinteresse der Aktionäre könnte die Rechtsprechung zur Sonderprüfung bieten; vgl. z.B. BGer, 4A_223/2019, 16.10.2019, E. 2 ff.; URS SCHENKER, Die Sonderprüfung – ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, 18 ff., 27 f.

die nicht nur einen potenziellen Interessengegensatz zwischen Gesellschaft und Verwaltungsratsmitglied erzeugen könnten, sondern auch solche, die lediglich die Sphäre der Gesellschaft tangieren. Es ist Aufgabe des Verwaltungsrats, darüber zu befinden, ob ein potenzieller Interessenkonflikt die Interessen der Gesellschaft in genügender Intensität betrifft.⁸² Die entsprechende Anleitung kann im Organisationsreglement festgehalten werden.

Dabei hat die interne Information vorgängig zur geplanten Transaktion zu erfolgen. Dies ist auch aus dem Grund geboten, dass sich eine abgelehnte Transaktion unter Umständen nicht wieder rückgängig machen lässt. Ausserdem ist es problematisch, ein Gremium vor vollendete Tatsachen zu stellen.

c) In der Generalversammlung

Die Information in der Generalversammlung hat einerseits vorgängig zur Genehmigung eines kritischen Geschäfts zu erfolgen und ist andererseits nachträglich im Geschäftsbericht offenzulegen. Bei Publikumsgesellschaften sind, was die Vergütung im Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 3 BV und der VegüV betrifft, die einschlägigen Vorgaben zu beachten. Diese können ebenfalls für Transaktionen mit nahestehenden Personen relevant sein.

Zusätzlich hat die Generalversammlung gemäss Art. 958 Abs. 3 OR den Geschäftsbericht zu genehmigen. Entsprechend sind für die nachträgliche Offenlegung die Vorgaben der Buchführung und Rechnungslegung einzuhalten.

d) Rechnungslegung

Publikumsorientierte Unternehmen müssen zusätzlich zur Jahresrechnung nach OR einen Abschluss nach einem anerkannten Standard im Sinne des Art. 962 OR erstellen. Hierzu gehören insbesondere die International Financial Reporting Standards (IFRS). Die Rechnungslegung erfolgt im Geschäftsbericht. Mit der Rechnungslegung sollen die Anspruchsgruppen über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens informiert werden.⁸³

aa) Regelung nach IFRS

Die IFRS regeln die Offenlegung von Geschäftsbeziehungen mit nahestehenden Personen und Unternehmen insbesondere in IAS 24. Dabei gehen die IFRS davon aus, dass sich diese Geschäftsbeziehungen von jenen mit unabhängigen Dritten unterscheiden können und die

⁸² Vgl. SETHE (FN 6), 384 f.

⁸³ Vgl. Art. 958 Abs. 1 und 2 OR; LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PETER BARMETTLER, veb.ch Praxiskommentar (FN 51), Art. 958 N 6.

Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens durch diese Transaktionen beeinflusst werden kann.⁸⁴ Für den Konzernabschluss gelten zusätzliche Regeln, auf die jedoch an dieser Stelle nicht eingegangen wird.⁸⁵

In IAS 24 sind unter anderem folgende Fragen geregelt:⁸⁶

- Wer ist ein nahestehendes Unternehmen oder eine nahestehende Person?
- Um welche Geschäftsvorfälle handelt es sich?
- Wie sind die ausstehenden Salden (einschliesslich verbleibender Verpflichtungen) zwischen einem Unternehmen und den ihm nahestehenden Unternehmen oder einer nahestehenden Person zu ermitteln?
- Welche Angaben sind im Geschäftsbericht zu machen?

Die Offenlegungspflichten nach IAS 24 sind nicht allumfassend, sondern in bestimmten Aspekten eingeschränkt. Es müssen beispielsweise keine Aussagen darüber gemacht werden, wie der Jahresabschluss ohne Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen ausgesehen hätte. Ebenso muss keine Stellungnahme zur Marktüblichkeit der Transaktionsbedingungen erfolgen. Eine solche Stellungnahme ist nur dann zulässig, sofern die Marktüblichkeit substantiiert nachgewiesen werden kann.⁸⁷

Die Offenlegungspflichten gemäss IAS 24 werden durch Geschäftsgeheimnisse nicht eingeschränkt.⁸⁸ Für die Beurteilung der Marktbedingungen ist der wirtschaftliche Gehalt der Beziehung ausschlaggebend; es genügt nicht, allein die rechtliche Gestaltung zu prüfen.⁸⁹

Mit der Offenlegung der Sachverhalte zu nahestehenden Personen geht es hauptsächlich darum, dass die Aktionäre und weiteren Anspruchsgruppen besser verstehen können, welche Akteure aufgrund ihres Näheverhältnisses zur Unternehmung Transaktionsbedingungen beeinflussen können.⁹⁰ Entsprechend sollten Share- und Stakeholder auch abschätzen können, ob ein solches Näheverhältnis potenziell Einfluss auf den Jahresabschluss und das operative Geschäft haben könnte.⁹¹

⁸⁴ Vgl. THOMAS SENGER/ANDRÉ PRENGEL, Beck'sches IFRS-Handbuch, Kommentierung der IFRS/IAS, 5. A, München 2016, § 20 N 1.

⁸⁵ Vgl. hierzu IAS 31.48, IAS 28.22.

⁸⁶ Vgl. NORBERT LÜDENBACH/WOLF-DIETER HOFFMANN/JENS FREIBERG, IFRS Kommentar, 17. A., Freiburg i.Br. 2019, § 30 N 1 ff.; SENGER/PRENGEL (FN 84), § 20 N 4.

⁸⁷ Vgl. IAS 24.23; LÜDENBACH/HOFFMANN/FREIBERG (FN 86), § 30 N 29.

⁸⁸ Vgl. SENGER/PRENGEL (FN 84), § 20 N 5.

⁸⁹ Vgl. IAS 24.10.

⁹⁰ Vgl. WILEY (Hrsg.), Interpretation and Application of IFRS Standards, Somerset (NJ, USA) 2019, 821.

⁹¹ Vgl. WILEY (FN 90), 824.

Eine Unternehmung, die einen Abschluss nach IFRS erstellt, muss folgende Eckpunkte einer Transaktion mit nahestehenden Personen offenlegen um das Potenzial eines künftigen Einflusses auf den Jahresabschluss der Unternehmung zu verstehen:⁹²

- das Wesen bzw. die Charakteristiken der Transaktion mit der nahestehenden Person;
- wesentliche Informationen über die Transaktion und ausstehende Leistungen.

Dabei sind mindestens folgende Punkte anzugeben:⁹³

- der Betrag einer Transaktion;
- offene Forderungen und Leistungen sowie die darauf anwendbaren Geschäftsbedingungen, insbesondere, ob diese Forderungen mit Sicherheiten verbunden sind;
- Angaben zu nicht einbringlichen Forderungen und Leistungen im Vergleich zu den ausstehenden Forderungen und Leistungen sowie zu den mit der Eintreibung der Forderungen und Leistungen verbundenen Aufwendungen.

Die Offenlegung muss dabei für die folgenden Kategorien gesondert erfolgen:⁹⁴

- Konzernmutter;
- Tochtergesellschaften und andere Gesellschaften, über die eine gemeinsame Kontrolle (Joint-Venture) oder ein signifikanter Einfluss ausgeübt werden kann;
- wichtiges Führungspersonal der Unternehmung (*«key management personnel»*) oder der mit ihr im Konzern verbundenen Unternehmungen;
- andere nahestehende Personen.

bb) Rechnungslegung nach OR

Es gibt im OR keine allgemeine Regelung zur Offenlegung von Transaktionen mit nahestehenden Personen. Zum einen sind Angaben in der Bilanz oder im Anhang zur Bilanz erforderlich, zum anderen Angaben im Vergütungsbericht.⁹⁵

Das OR gibt dem Bilanzersteller die Wahl, ob ein Geschäftsvorfall mit einer nahestehenden Person direkt als Sonderposten in der Bilanz erfasst oder ob er im Anhang zur Bilanz erläutert werden soll. Laut BÖCKLI wählen die meisten Unternehmungen die zweite Variante, um die Bilanz von Details zu entlasten und stattdessen die näheren Angaben im Anhang anzugeben.⁹⁶ In Art. 959a Abs. 4 OR heisst es bei der Mindestgliederung zur Bilanz: «Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber direkt oder indirekt beteiligten Organen sowie gegenüber Unternehmen, an denen direkt oder indirekt eine Beteiligung besteht, müssen

⁹² Vgl. LÜDENBACH/HOFFMANN/FREIBERG (FN 86), § 30 N 25 ff.; WILEY (FN 90), 829.

⁹³ Vgl. WILEY (FN 90), 829.

⁹⁴ Vgl. LÜDENBACH/HOFFMANN/FREIBERG (FN 86), § 30 N 30 ff.; WILEY (FN 90), 829.

⁹⁵ Vgl. Art. 959a Abs. 4 OR, Art. 663b^{bis} OR; Art. 16 VegüV.

⁹⁶ Vgl. BÖCKLI (FN 29), N 710, 424.

jeweils gesondert in der Bilanz oder im Anhang ausgewiesen werden.» Dieser separate Ausweis von Transaktionen mit nahestehenden Personen ist zweckmässig, da er gegenüber Dritten Aufschluss darüber geben kann, ob ein Geschäftsvorfall, der mit einem nicht unabhängigen Dritten stattfand, einem Drittvergleich standhalten kann (*«at arm's length»*).⁹⁷

Ergänzend sind Angaben im Vergütungsbericht zwingend offenzulegen, soweit Leistungen mit Vergütungscharakter an nahestehende Personen erfolgen oder wenn Darlehen oder andere Forderungsbestände mit nahestehenden Personen offen sind.⁹⁸ Im Vergütungsbericht sind allerdings nur solche Leistungen offenzulegen, die nicht zu marktüblichen Bedingungen erfolgen. Hier unterscheidet sich die Regelung des Gesellschaftsrechts von derjenigen der IFRS, die nicht nach der Marktüblichkeit der Leistungen fragt. Nach IFRS und Swiss GAAP FER hat ein Ausweis sämtlicher wesentlicher Transaktionen und Geschäftsvorfälle mit nahestehenden Personen zu erfolgen, nicht nur jener, die zu marktunüblichen Bedingungen abgeschlossen wurden.⁹⁹ Die Marktüblichkeit ist ohnehin schwierig zu bestimmen, und ein Bilanzersteller kann mit relativ grossem Ermessen behaupten, dass ein Geschäftsvorfall marktüblich sei, weshalb in Grenzfällen die Offenlegung entfallen kann.

Einen wichtigen Fall der Offenlegungspflicht einer Transaktion mit nahestehenden Personen stellt das Cash Pooling dar.¹⁰⁰ Beim Cash-Pooling-System nach der Methode des *«zero balancing»* werden alle Forderung und Verbindlichkeiten der Untergesellschaft bei einer Pool-Bank zentralisiert und automatisch auf die diejenigen Konzerngesellschaften übertragen, die als *«pool leader»* die flüssigen Mittel im Konzern zentral verwalten. Dabei tauschen die Untergesellschaften ihre Nettoforderungen gegen eine konzerninterne *«upstream»*- oder *«cross stream»*-Forderung gegenüber der *«pool leader»*-Gesellschaft ein. Das kann in gewissen Fällen zu Klumpenrisiken mit einem ungesicherten Darlehen an eine Konzerngesellschaft führen. Jene Schuldnerin wird meistens die ihr zugeflossenen Nettomittel im Konzerninteresse verwenden, ausleihen oder verpfänden.¹⁰¹ Hier ist insbesondere das Leiturteil des Bundesgerichts in Sachen Swisscargo AG zu beachten, die das Cash Pooling einschränkt.¹⁰² Für das *«Cash Pooling»* bedarf es einer statutarischen Grundlage; die Liquidität der Gesellschaften ist dergestalt zu planen, dass keine Klumpenrisiken entstehen; die Darlehensbedingungen im Cash Pooling müssen bezüglich der Besicherung und allfälliger weiterer Bedingungen einem Drittvergleich standhalten und schriftlich festgehalten

⁹⁷ Vgl. ROBERT GUTSCHE, veb.ch Praxiskommentar (FN 51), Art. 959a N 195.

⁹⁸ Vgl. Art. 16 VegüV.

⁹⁹ Vgl. BSK VegüV-WATTER/MAIZAR (FN 11), Art. 16 N 6; LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016, N 574r.

¹⁰⁰ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 40), § 24 N 68 ff.; BÖCKLI (FN 29), N 710a; BGer, 4A_268/2018, 18.11.2019, E. 6.5 und E. 7.

¹⁰¹ Vgl. BÖCKLI (FN 29), N 710a.

¹⁰² Vgl. BGE 140 III 533 ff.; BÖCKLI (FN 29), N 485.

werden.¹⁰³ Sofern Leistungen und Gegenleistungen offensichtlich nicht im Gleichgewicht stehen, kann eine verdeckte Gewinnausschüttung nach Art. 678 OR vorliegen. Ausserdem sind nur maximal so viele flüssige Mittel für das «*cash pooling*» von «*up stream*»- oder «*cross-stream*»-Darlehen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, zu disponieren, wie frei verwendbare Reserven der Gesellschaft im Sinne von Art. 959 Abs. 2 Ziff. 3 lit. d OR vorhanden sind.¹⁰⁴

e) **Konsequenzen einer unvollständigen Offenlegung**

Die unvollständige Information und Offenlegung kann zu Verfahrensmängeln in der Beschlussfassung führen. Dabei stellt sich die Frage, ob der Fehler bereits im Vorfeld der Genehmigung eines Geschäfts oder erst danach mit der Offenlegung im Geschäftsbericht geschieht. Der Verwaltungsrat und die Generalversammlung müssen vor der Genehmigung einer Transaktion mit nahestehenden Personen die notwendige Informationsgrundlage haben. Andernfalls kann ein Beschluss fehlerhaft sein. Aktionäre können Beschlüsse, die aufgrund unvollständiger Information gefasst werden, allenfalls anfechten. Fälle der Nichtigkeit sind kaum denkbar, da ein Beschluss nur dann nichtig ist, wenn er die Grundfesten der Gesellschaft in Frage stellt.¹⁰⁵ Allfällige Entlastungsbeschlüsse der Generalversammlung können bei nicht vollständiger Offenlegung einer Transaktion mit nahestehenden Personen aufgrund von Willensmängeln angefochten werden.¹⁰⁶ Andere Beschlüsse der Generalversammlung können, sofern die Offenlegung einer Transaktion mit nahestehenden Personen im Geschäftsbericht oder im Rahmen eines Beschlusses zur Genehmigung einer entsprechenden Transaktion erfolgen, ebenfalls aufgrund von Willensmängeln angefochten werden.¹⁰⁷ Ausserdem ist die unvollständige Unterrichtung eine Gesetzesverletzung und somit zugleich auch ein unsorgfältiges Verhalten des Verwaltungsrats.¹⁰⁸ Sofern eine Transaktion

¹⁰³ Vgl. BGE 140 III 533 E. 4; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 40), § 24 N 84 ff.; BÖCKLI (FN 29), N 485b.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 140 III 533 E. 4; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 40), § 24 N 78; BÖCKLI (FN 29), N 485b.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 704 und Art. 714 OR; BERTRAND G. SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009 (= SSHW Bd. 285), § 14 N 11.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 95 II 320 E. 4.1; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, (FN 11), Art. 706 N 6 ff.; SCHOTT (FN 105), § 14 N 19.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 23 in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 67), § 25 N 45; SCHOTT (FN 105), § 14 N 21 ff.

¹⁰⁸ Vgl. die ähnliche Überlegung zur unvollständigen Offenlegung bei der Compliance in Bezug auf Massnahmen zur Einhaltung der Geschlechterrichtwerte im Entwurf zum künftigen Aktienrecht: MATTHIAS P. A. MÜLLER/LUCAS FORRER, Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, 1015 ff., 1028 ff.

mit nahestehenden Personen zu einem Schaden der Gesellschaft führt, kann mittels Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 754 OR Schadenersatz verlangt werden.

Die Revisionsstelle hat die Pflicht, die Jahresrechnung zu prüfen. Sofern die ordentliche Revision durchgeführt wird, muss die Revisionsstelle prüfen, ob die Jahresrechnung dem Gesetz und dem gewählten Regelwerk (z.B. IFRS oder Swiss GAAP FER) entspricht.¹⁰⁹ Nach der eingeschränkten Revision hat die Revisionsstelle lediglich zu prüfen, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Jahresrechnung nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht.

Die unvollständige Offenlegung einer Transaktion mit nahestehenden Personen ist von der (ordentlichen) Revisionsstelle zu beanstanden, da dies eine Gesetzesverletzung im Hinblick auf die Erstellung der Bilanz und des Anhangs darstellen kann. Die Revisionsstelle hat die Pflicht, Gesetzesverstösse dem Verwaltungsrat schriftlich zu melden.¹¹⁰ Sofern die Verstösse gegen das Gesetz und das gewählte Rechnungslegungswerk wesentlich sind, hat die ordentliche Revisionsstelle zudem die Generalversammlung zu informieren.¹¹¹

Bei der eingeschränkten Revision gibt es im Hinblick auf nicht offengelegte Transaktionen mit nahestehenden Personen keine mit Art. 728c OR vergleichbare Anzeigepflicht.¹¹² Stattdessen hat die Revisionsstelle entsprechende Sachverhalte bei der Abschlussprüfung gemäss Praxis im Revisionsbericht festzuhalten, obschon keine grundsätzliche gesetzliche Pflicht hierzu besteht.¹¹³ Einen Einfluss auf das Prüfungsurteil muss dies aber nicht zwingend haben.¹¹⁴

Sofern die Revisionsstelle entdeckte Verletzungen von Gesetz oder Statuten nicht meldet, kann dies bei dadurch adäquat kausal verursachten Schäden eine Haftung aus der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 755 OR nach sich ziehen.

IV. Fazit

Für Transaktionen mit nahestehenden Personen ist die Doktrin zum Insichgeschäft nicht für alle Fälle und nur mit Zurückhaltung anwendbar. Transaktionen mit nahestehenden Personen sind zwar im Zweifel dem Verwaltungsrat (und im Falle der Befangenheit oder der

¹⁰⁹ Vgl. Art. 728 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

¹¹⁰ Vgl. Art. 728c Abs. 1 OR.

¹¹¹ Vgl. Art. 728c Abs. 2 OR.

¹¹² Stattdessen beschränkt sich die Anzeigepflicht nur auf Fälle der offensichtlichen Überschuldung, wenn der Verwaltungsrat untätig bleibt; siehe Art. 729c OR.

¹¹³ Vgl. BSK OR II-PIFFNER/WATTER, (FN 11), Art. 729b N 20b.

¹¹⁴ Vgl. BSK OR II-PIFFNER/WATTER, (FN 11), Art. 729b N 20d.

Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsrats der Generalversammlung) zur Genehmigung vorzulegen, die Gültigkeit des Geschäfts hängt jedoch nur bei jenen Geschäften, die einem Insichgeschäft gleichkommen, von der Genehmigung des Gremiums ab. Immerhin kann aber durch die Genehmigung eines unabhängigen Verwaltungsrats oder der Generalversammlung ein Rückabwicklungs- oder Haftungsrisiko reduziert werden. Das zuständige Gremium bedarf dabei der für die Beurteilung des Geschäfts nötigen Informationen.

Der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung sollten in der Gesellschaft und im Konzern bestehende oder sich abzeichnende Interessenkonflikte systematisch und fortlaufend erfassen. Dabei ist in allgemeiner Form zu regeln, wie und wann solche Sachverhalte vorgängig dem Verwaltungsrat sowie der Generalversammlung und nachträglich in der Jahresrechnung oder in deren Anhang offenzulegen sind.

In jedem Fall soll der Verwaltungsrat unter Ausstand des Betroffenen prüfen, ob ein fraglicher Sachverhalt einen relevanten Interessenkonflikt darstellt. Folglich ist der Sachverhalt durch die restlichen Mitglieder des Verwaltungsrates zu prüfen, und gegebenenfalls haben sie über den Ausstand zu beschliessen. Falls die restlichen Mitglieder des Verwaltungsrats ebenfalls Interessenkonflikte beim entsprechenden Geschäft haben, soll die Generalversammlung über das Geschäft beschliessen.

In der Praxis ist es empfehlenswert, wenn der Verwaltungsrat eine *«best practice»* zum Umgang mit Interessenkonflikten formuliert. Dies kann z.B. in einem Reglement erfolgen unter Angabe von Beispielsachverhalten. Dabei sind Vorgaben zu definieren, welche Massnahmen der Verwaltungsrat ergreifen soll, um eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen zu verhindern. Im Zweifel sollten heikle Geschäfte mit Organmitgliedern, mit Aktionären und mit Personen, die Organmitgliedern oder Aktionären nahestehen, zu Drittbedingungen geschlossen werden, nur schon, um Reputationsprobleme oder Ansprüche insbesondere aus Art. 678 OR und Art. 754 OR zu vermeiden.