



**Nicolas Facincani**

lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zürich  
www.vfs-partner.ch



**Reto Sutter**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, dipl. Steuer-  
experte  
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zürich  
www.vfs-partner.ch



Dieser Fachbeitrag steht Ihnen auch als Audio-Datei zur Verfügung: auf [www.trex.ch](http://www.trex.ch) gehen, direkt hören oder herunterladen.

## Aktienrechtsrevision

# Interessenkonflikte im Verwaltungsrat

Gemäss neu redigiertem Art. 717a OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über sie betreffende Interessenkonflikte informieren (Art. 717a Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat ergreift die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind (Art. 717a Abs. 2 OR).

## 1. Interessenkonflikt

Der Begriff «Interessenkonflikt» wird im Obligationenrecht nur in Art. 717a OR verwendet und wird nicht definiert.<sup>1</sup> Damit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher mit Inhalt zu füllen ist.

Der Definitionsversuch, wonach ein Interessenkonflikt vorliegt, «wenn in einem Rechtsgeschäft der Handelnde zur Wahrung der Interessen eines anderen verpflichtet ist und gleichzeitig gegenläufige eigene Interessen hat»,<sup>2</sup> vermag die Leere etwas zu füllen, vermag aber letztlich auch nur bedingt einer anwendbaren Definition zu genügen.

Allgemein wird unter einem Interessenkonflikt<sup>3</sup> ein Konflikt verstanden, der durch das Zusammentreffen gegensätzlicher Interessen in einer Person entsteht, die ihren Ursprung im unterschiedlichen Status dieser Person haben.<sup>4</sup> Der Begriff setzt sich zusammen aus den Begriffen «Interesse» und «Konflikt», welche es in Bezug auf den Interessenkonfliktbegriff von Art. 717a OR auszulegen gilt.

### 1.1 Interesse

Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats den Interessen der Gesellschaft verbunden. Diese gilt es zu wahren. Bei einer näheren Betrachtung ist der Hinweis auf

die Gesellschaftsinteressen jedoch inhaltslos. In der Lehre herrschte lange Uneinigkeit, ob damit die Interessen der Aktionäre (sog. Shareholder-Value-Ansatz)<sup>5</sup> oder die Interessen anderer wichtiger Anspruchsgruppen (z.B. Arbeitnehmende, Geschäftspartnerinnen und Kunden, sog. Stakeholder-Value-Ansatz)<sup>6</sup> gemeint sind. Dieser Lehrstreit scheint zugunsten des Stakeholder-Value-Ansatzes überwunden zu sein.<sup>7</sup> Folgt man den neusten Entwicklungen, gelten als Gesellschaftsinteresse im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR wohl die Interessen einer sog. «wider stakeholder community»<sup>8</sup>, was weiter geht als die Interessen «nur» der Stakeholder im Stakeholder-Value-Ansatz. Dementsprechend referenziert auch der Swiss Code<sup>9</sup> auf die Interessen der Aktionärinnen und Aktionäre und die Interessen der Arbeitnehmenden, Geschäftspartnerinnen und Kunden sowie von Gesellschaft und Umwelt.<sup>10</sup> Ob dabei sogar die Interessen zu Gesellschaftsinteressen werden können, ist ungeklärt, wobei die Behörden (namentlich Straf- und Steuerbehörden) nach wie vor von einer Einzelbetrachtung ausgehen und ein Konzerninteresse als Gesellschaftsinteresse in der Regel mit dem Hinweis des fehlenden Konzernrechts verneinen.

Damit lässt sich der Begriff «Gesellschaftsinteresse» nicht allgemeingültig definieren. Es muss die Frage, was die Gesellschaftsinteressen einer Aktiengesellschaft sind, für jede Aktiengesell-

schaft anhand deren Grösse, Eigentümerstruktur, Branche, Marktmacht usw. konkret bestimmt werden.

### 1.2 Konflikt

Der Konflikt (Interessenkonflikt) kann verschiedenen eingeordnet und abgegrenzt werden. Zum einen ist der Interessenkonflikt aus Sicht der Intensität von der blossen Interessenberührung abzugrenzen. Zum anderen kann unterschieden werden, ob ein Interessenkonflikt einzelfallbezogen oder strukturell<sup>11</sup> auftritt. Drittens stellt sich die Frage, ob der Interessenkonflikt akut, latent oder nur potenziell gegeben ist.<sup>12</sup>

### 1.3 Intensität des Interessenkonflikts

Nicht jede Art nicht kongruenter Interessen führt zu einem eigentlichen Interessenkonflikt. Allerdings besteht ein Interessenkonflikt auch nicht nur dann, wenn die fraglichen Interessen diametral aufeinanderprallen und die eine Partei das verliert, was die andere gewinnt. Das Aktienrecht verlangt vom Mitglied des Verwaltungsrats keine absolute Unabhängigkeit<sup>13</sup> und akzeptiert daher, dass sich verschiedene Interessenlagen bilden können. Demnach können unterschiedliche Interessen bestehen und gegebenenfalls gewahrt werden, wobei diese unterschiedlichen Interessen keinen Konflikt auslösen, weil ihnen die erforderliche Intensität fehlt, um die unvor-

eingenommene Urteilsbildung des Verwaltungsrats zu gefährden.<sup>14</sup> Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Einzel- und Gesellschaftsinteressen konkurrenzieren oder wenn aus dem möglichen Vorteil des belasteten Mitglieds des Verwaltungsrats (oder derjenigen Person, die dieses Mitglied mit der Wahrung ihrer Interessen [nebst der Aktiengesellschaft] betraut hat) keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen droht.<sup>15</sup> Hier spricht man von einer Interessenberührung.

Teilweise wird vertreten, dass bereits bei einer potenziell entscheidungsrelevanten Interessenberührung die Informationspflicht gemäss Art. 717a Abs. 1 OR greift.<sup>16</sup> Dem ist in dieser apodiktischen Form nicht zuzustimmen.<sup>17</sup> Gemäss der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Interessenberührung nicht um einen Interessenkonflikt, weil die Intensitätshürde zum Konflikt nicht erreicht wird. Zudem wird nach der hier vertretenen Auffassung die Informationspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR erst dann ausgelöst, wenn sich ein Konflikt einigermaßen konkretisiert, und nicht schon, wenn dieser nur potenziell vorhanden ist (vgl. nachfolgend auch zu den Gegenmeinungen und deren Quellen).<sup>18</sup>

#### 1.4 Auslöser des Interessenkonflikts

Bei der Frage, wodurch der Interessenkonflikt ausgelöst wird, richtet sich das Augenmerk häufig auf einzelfallbezogene Interessenkonflikte, welche als klassisches Problem in der Praxis von Verwaltungsräten gelten; daneben sind allerdings auch strukturelle Interessenkonflikte zu beachten.<sup>19</sup>

Der **einzelfallbezogene** Interessenkonflikt tritt sporadisch bei einem konkreten Einzelgeschäft auf, bei dem es zu einer Kollision der Interessen der Gesellschaft und derjenigen eines Mitglieds des Verwaltungsrats kommt. Das sich im Konflikt befindende Mitglied muss sich potenziell für die Wahrung eines Interesses entscheiden, was zur Bedrohung der unbefangenen Willensbildung des Verwaltungsrats führen kann. Die mit den Gesellschaftsinteressen kollidierenden Interessen können dabei diejenigen des Mitglieds des Verwaltungsrats selber sein oder Interessen nahestehender Personen oder Personen, mit deren Interessenwahrung es betraut ist, betreffen.

**Strukturelle** Interessenkonflikte treten dagegen aufgrund der rechtlichen oder tatsächlichen Struktur auf. Sie ergeben sich oft bei Mehrfachmandaten. Das konfliktbehaftete Mitglied des Verwaltungsrats ist «Diener zweier Herren» und sieht sich einer Pflichtenkollision gegenüber, bei der das Bundesgericht einen strengen Massstab anlegt.<sup>20</sup> Häufige Fälle von strukturellen Interessenkonflikten betreffen Mitglieder von Verwaltungsräten, die als fiduziarische Erhaltungsräte handeln bzw. die eine Aktionärin oder

eine Obergesellschaft im betreffenden Verwaltungsrat vertreten. Mithin muss also im Konzernverhältnis mit Mehrfachvertretungen regelmässig von strukturellen Interessenkonflikten ausgegangen werden.<sup>21</sup>

#### 1.5 Reifegrad des Interessenkonflikts

Ein Interessenkonflikt kann schliesslich akut, latent oder potenziell sein. Während unbestritten ist, dass ein akuter Interessenkonflikt unter Art. 717a OR gemeldet werden muss, kann sich die Frage stellen, ob dies bei latenten oder potenziellen Interessenkonflikten ebenfalls gilt.

Diesbezüglich hält die einschlägige Botschaft fest, dass es für die Informationspflicht ohne Bedeutung sei, ob bloss ein potenzieller Interessenkonflikt vorliege oder bereits ein unhöflicher Widerspruch entstanden sei.<sup>22</sup> Dies geht nach der hier vertretenen Auffassung zu weit. Ein potenzieller Interessenkonflikt hat sich zum einen ja gerade noch nicht verwirklicht und ist eben nur «möglich». Zudem kann es kaum im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein, jede Art von potenziellem Interessenkonflikt einer Informationspflicht zu unterstellen. Vielmehr bräuchte es auch hier eine Auseinandersetzung mit der Eintretenswahrscheinlichkeit eines potenziellen Interessenkonflikts, womit es dann wohl zur Unterscheidung zwischen wahrscheinlich eintretenden und wahrscheinlich nicht eintretenden Interessenkonflikten kommen müsste, was erneute Abgrenzungsprobleme mit sich bringen würde. Sobald sich ein potenzieller Interessenkonflikt konkretisiert, führt dies zur Meldepflicht nach Art. 717a OR.<sup>23</sup>

Demgegenüber dürfte dann aber klar sein, dass ein latenter Interessenkonflikt gemeldet werden muss.

## 2. Handlungspflichten bei Interessenkonflikten

Das Aktienrecht sieht in Art. 717a OR explizite Handlungspflichten im Fall von Interessenkonflikten vor.<sup>24</sup> Es wird ein Verhaltensstandard für die Mitglieder des Verwaltungsrats gesetzt. Dabei wird von einer Informationspflicht sowie einer Handlungspflicht gesprochen.<sup>25</sup> Diese stellen eine Konkretisierung der Treuepflichten<sup>26</sup> des Verwaltungsrats dar.<sup>27</sup>

### 2.1 Informationspflichten

Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung haben den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über sie betreffende Interessenkonflikte zu informieren.<sup>28</sup> Die Information an den Verwaltungsrat muss «vollständig» sein, d.h. insbesondere einen allfälligen Wissensvorsprung des vom Interessenkonflikt betroffenen Mitglieds ausgleichen.

Damit die Informationspflicht ausgelöst wird, ist nach der hier vertretenen, aber nicht unumstrittenen Meinung zu unterscheiden,<sup>29</sup> ob bloss ein potenzieller Interessenkonflikt vorliegt oder ob bereits ein unauflösbarer Widerspruch entstanden ist.<sup>30</sup> Notwendig erscheint u.E. in jedem Fall, dass sich das Potenzial eines Interessenkonflikts anhand einer konkret bestehenden oder unmittelbar bevorstehenden Situation abzeichnet bzw. dass sich der Interessenkonflikt konkretisiert.<sup>31</sup> Die Information muss an den Verwaltungsrat gerichtet sein, wobei in der Regel die Information an den Verwaltungsratspräsidenten erfolgen dürfte, welcher dann den Gesamtverwaltungsrat informiert.<sup>32</sup> Die Information kann mündlich erfolgen.

Die Information muss unverzüglich erfolgen, d.h., wenn der entsprechende Interessenkonflikt erkannt wird,<sup>33</sup> sodass noch Massnahmen getroffen werden können, um negative Auswirkungen des Interessenkonflikts zu verhindern.<sup>34</sup> Wurde ein genereller Interessenkonflikt schon vor der Wahl in den Verwaltungsrat offengelegt, so ist u.E. eine spätere Offenlegung nicht mehr notwendig.<sup>35</sup>

Sodann verlangt die Vollständigkeit der Information, dass der Sachverhalt so beschrieben wird, dass die Art und die Intensität des Interessenkonflikts eingeschätzt werden können. Auch geschäftliche und private Beziehungen müssen daher gegebenenfalls offengelegt werden.<sup>36</sup>

### 2.2 Weitere Massnahmen

Das Gesetz schreibt lediglich vor, dass der Verwaltungsrat zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft<sup>37</sup> diejenigen Massnahmen ergreifen muss, die nötig sind.<sup>38</sup> Das Gesetz schreibt aber nicht vor, welche Massnahmen konkret zu ergreifen wären, womit dem Verwaltungsrat in organisatorischer Hinsicht Flexibilität zugestanden wird.<sup>39</sup> Ebenso verzichtet das Gesetz darauf, den Verwaltungsrat zu verpflichten, die Einzelheiten zu den Massnahmen und den Interessenkonflikten im Organisationsreglement zu regeln.<sup>40</sup> Er kann den Entscheid über die Massnahmen auch an den Präsidenten des Verwaltungsrats oder einen Ausschuss delegieren.<sup>41</sup>

#### 2.2.1 Mögliche Massnahmen im Allgemeinen

Wie bereits erwähnt, enthält das Gesetz keine Anordnung, welche Massnahmen im Falle eines Interessenkonflikts zu ergreifen sind. Diese sind im Einzelfall zu bestimmen aufgrund der Art und der Intensität des Interessenkonflikts. Dabei muss sichergestellt werden, dass die Interessen der Gesellschaft gewahrt bleiben. Berücksichtigt werden muss aber in jedem Fall die Verhältnismässigkeit einer Massnahme.<sup>42</sup> Sie muss daher geeignet und auch erforderlich sein.<sup>43</sup>

### 2.2.2 Mögliche Massnahmen im Besonderen

Die juristische Lehre hat verschiedene Massnahmen im Zusammenhang mit dem Umfang von Interessenkonflikten entwickelt.

#### 1. Fairness Opinion und Expertengutachten

Durch eine unabhängige Drittmeinung kann ein Geschäft aus einer unbefangenen Sicht beurteilt werden.<sup>44</sup> Somit wird die Beschlussfassung des Verwaltungsrats nicht durch einen Interessenkonflikt beeinflusst.

#### 2. Markttest

Geht es um den Abschluss eines Vertrags, können Angebote von Dritten eingeholt werden, um die vorliegende Offerte zu beurteilen.<sup>45</sup>

#### 3. Ausstand

Der Ausstand ist im Gesetz nicht vorgesehen,<sup>46</sup> doch dürfte es sich hierbei um die am häufigsten angewandte Massnahme im Rahmen der Lösung eines Interessenkonflikts handeln. Hier tritt die Mitwirkung so weit wie nötig hinter dem Interesse an einer integren Willensbildung des Verwaltungsrats zurück. Dabei muss die befangene Person ihr Wissen mitteilen.<sup>47</sup>

Dabei kann das mit einem Interessenkonflikt belastete Mitglied des Verwaltungsrats entweder bereits von der Diskussion ausgeschlossen werden – man spricht hier von einer qualifizierten Ausstandspflicht<sup>48</sup> – oder aber das Mitglied darf mitberaten, aber nicht abstimmen.<sup>49</sup> Dies ist im Einzelfall aufgrund des Gesellschaftsinteresses und des Grades des Interessenkonflikts zu entscheiden.

#### 4. Doppelte Beschlussfassung

Eine andere Möglichkeit besteht im sogenannten zweistufigen Verfahren. Hier findet zuerst eine Abstimmung im Kreis aller Mitglieder des Verwaltungsrats und anschliessend ohne das mit dem Interessenkonflikt belastete Mitglied statt. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass zuerst der Kreis der unbefangenen Mitglieder des Verwaltungsrats einen Beschluss fasst und dieser anschliessend vom Gesamtverwaltungsrat genehmigt wird.<sup>50</sup>

Da die befangenen Mitglieder des Verwaltungsrats hier an der Diskussion teilnehmen, besteht die Gefahr der Beeinflussung der Willensbildung.<sup>51</sup>

#### 5. Genehmigung durch neben- oder übergeordnete Organe

Hier geht es darum, die Beschlüsse des Gesamtverwaltungsrats entweder von Sonderausschüssen, bestehend aus unbefangenen Mitgliedern,<sup>52</sup> oder durch die Generalversammlung zu genehmigen.<sup>53</sup> Ausserhalb unentziehbarer Kompetenzen des Verwaltungsrats wäre auch die Genehmigung durch das Management denkbar.<sup>54</sup>

Möglich wäre auch, dass ein Ausschuss des Verwaltungsrats im Falle eines Interessen-

konflikts selbst einen bindenden Beschluss fasst und nicht nur den bereits gefassten Beschluss genehmigt.<sup>55</sup>

#### 6. Informationssperre

Als massivster Eingriff ist der Ausschluss von Informationen zu sehen. Diese Massnahme darf nur zum Einsatz kommen, wenn bereits die Weitergabe der Information an ein befangenes Mitglied des Verwaltungsrats die Gesellschaft schädigen könnte.<sup>56</sup> Dies kommt etwa infrage, wenn der Befangene auch Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung eines potenziellen Vertragspartners, mit dem ein Geschäft eingegangen werden soll, ist.<sup>57</sup> Hier wird aber verlangt, dass dem betroffenen Mitglied des Verwaltungsrats die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt wird.<sup>58</sup>

In Extremfällen kann die Informationssperre so weit gehen, dass auch die Einladung nicht an die befangenen Mitglieder verschickt wird und somit die entsprechenden Mitglieder des Verwaltungsrats gar nichts von der Sitzung wissen.<sup>59</sup>

#### 7. Rücktritt

Besteht für ein Mitglied des Verwaltungsrats ein dauerhafter Interessenkonflikt, kann das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat die richtige Option sein.<sup>60</sup>

#### 8. Prozessvertreter oder Sachwalter

Führt ein Interessenkonflikt dazu, dass der Verwaltungsrat in Bezug auf ein bestimmtes Geschäft keine Entscheide mehr fällen kann und somit etwa im Rahmen eines Prozesses die Gesellschaft nicht mehr vertreten kann, so drängt sich in gewissen Situationen der Einsatz einer unabhängigen Drittperson auf.<sup>61</sup>

#### 9. Organisationsmangelklage

Aufgrund eines Interessenkonflikts kann sich die Situation ergeben, dass eine Gesellschaft nicht mehr handlungsfähig ist. In diesem Fall wäre eine Klage nach Art. 731b OR zu erheben, mit dem Begehren, dass das Gericht die nötigen Massnahmen trifft, gegebenenfalls auch die Einsetzung eines Sachwalters.<sup>62</sup>

#### 10. Keine Massnahme

Liegt kein eigentlicher Interessenkonflikt, sondern lediglich eine Berührung der Interessen vor, so kann von weiteren Massnahmen abgesehen werden.<sup>63</sup>

### 2.3 Insichgeschäfte

Interessenkonflikte können sich insbesondere auch dann ergeben, wenn Organe der Aktiengesellschaft bzw. Mitglieder des Verwaltungsrats mit Dritten Verträge abschliessen und dabei die Gesellschaft direkt vertreten. Es soll daher auch auf diese spezielle Konstellation eingegangen werden.

#### 2.3.1 Vertretung der Gesellschaft

Art. 718a OR regelt die Möglichkeit einer im Handelsregister mit Zeichnungsrechten einge-

tragenen Person, die Gesellschaft zu vertreten. Dabei wird zwischen der rechtlichen Kompetenz, eine Gesellschaft nach aussen zu vertreten<sup>64</sup>, und der internen Ermächtigung,<sup>65</sup> die Gesellschaft zu verpflichten, unterschieden.<sup>66</sup>

Nach Art. 718a Abs. 1 OR dürfen die Verwaltungsräte im Umfang ihrer Zeichnungsberechtigung alle Rechtshandlungen, die der Zweck der AG mit sich bringen kann, abschliessen. Nur jene Rechtsgeschäfte, die durch den Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen werden, werden von der Vertretungsmacht nicht gedeckt.<sup>67</sup> Vertretungshandlungen, die durch den Gesellschaftszweck nicht gedeckt sind, sind für die Gesellschaft in jedem Fall unverbindlich.

Nach der gesetzlichen Regelung<sup>68</sup> kann die Vertretungsmacht aber einerseits auf den Geschäftsbetrieb der Haupt- oder einer Zweigniederlassung beschränkt werden. Andererseits kann anstelle der Einzelzeichnungsberechtigung die Kollektivunterschrift vorgesehen werden.<sup>69</sup> Weitere Einschränkungen können intern beliebig vorgesehen, jedoch im Handelsregister nicht eingetragen werden.<sup>70</sup> Die im Handelsregister nicht eintragbaren Beschränkungen haben **gutgläubigen Dritten** gegenüber allerdings keine Wirkung.<sup>71</sup>

#### 2.3.2 Insichgeschäfte

Aufgrund des immanenten Interessenkonflikts ist es grundsätzlich nicht erlaubt, dass ein Mitglied des Verwaltungsrats oder eine andere mit der Vertretung der Gesellschaft betraute Person<sup>72</sup> mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschliesst<sup>73</sup> oder als Vertreter beider Vertragsparteien auftritt.<sup>74</sup> Insichgeschäfte sind nur dann zulässig,<sup>75</sup> wenn mit ausdrücklicher Vollmacht gehandelt oder das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt wird<sup>76</sup> oder wenn keine Gefahr der Übervorteilung besteht.<sup>77</sup> Eine stillschweigende Ermächtigung kann bei konzernmässiger Verflechtung der beteiligten Gesellschaften vermutet werden.<sup>78</sup> Eine Genehmigung durch die übergeordnete Generalversammlung ist dann nicht notwendig, wenn der vertretende Verwaltungsrat Alleinaktionär ist.<sup>79</sup>

#### 2.3.3 Schriftlichkeit

Gemäss Art. 718b OR muss bei Insichgeschäften der entsprechende Vertrag schriftlich abgefasst werden, es sei denn, es handelt sich um ein laufendes Geschäft, bei welchem die Leistung der entsprechenden Gesellschaft 1000 Franken nicht übersteigt. Ohne besondere Form sind demnach nur Verträge mit entsprechend kleinem Umfang gültig, etwa im Bereich des üblichen Geschäfts der Gesellschaft. Trotzdem sind die materiellen Regeln für Insichgeschäfte einzuhalten.

Unzulässige Insichgeschäfte sind grundsätzlich nichtig. Gutgläubenschutz ist in Fällen des Selbstkontrahierens mangels eines beteiligten Dritten bei der Doppelvertretung infolge Wissenszurech-

nung in der Regel ausgeschlossen.<sup>80</sup> Nichteinhaltung der Formvorschrift kann unseres Erachtens ebenfalls zur Nichtigkeit führen, etwa dann, wenn der Vertragsabschluss nicht im Nachhinein durch einen protokollierten Beschluss des Verwaltungsrats bestätigt wird.<sup>81</sup>

### 3. Rechtsfolgen

Art. 717a OR sieht keine speziellen Rechtsfolgen vor, falls die Informationspflicht missachtet oder die Ergreifung geeigneter Massnahmen unterlassen wird oder falls die Information nicht unverzüglich und vollständig erfolgt.

Falls es aufgrund der Verletzung der Pflichten nach Art. 717a OR zu einem Schaden für die Gesellschaft kommt, kann dies eine Verantwortlichkeitsklage gegenüber den fehlbaren Verwaltungsratsmitgliedern aus Art. 754ff. OR nach sich ziehen. Nachdem das Vorhandensein eines Interessenkonflikts eine tatsächliche Vermutung für eine Pflichtwidrigkeit begründet, kann sich das in die Verantwortung genommene Mitglied des Verwaltungsrats nicht auf die sogenannte Business Judgment Rule<sup>82</sup> berufen.<sup>83</sup>

Daneben ist auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit denkbar, namentlich könnte Art. 158 StGB<sup>84</sup> verletzt sein.

Die Nichtigkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses, welcher unter Verletzung von Art. 717a OR zustande gekommen ist, dürfte kaum je gegeben sein;<sup>85</sup> einer Anfechtung sind Beschlüsse des Verwaltungsrats ohnehin nicht zugänglich.<sup>86</sup> ■

<sup>1</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 251.  
<sup>2</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 241 m.w.H.  
<sup>3</sup> Synonym zu Interessenskonflikt und Interessenkollision.  
<sup>4</sup> Vgl. Wikipedia «Interessenkonflikt», 27.2.2023.  
<sup>5</sup> BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 OR N 16, 37.  
<sup>6</sup> Steininger, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*, Diss. Zürich 2011, S. 53f.  
<sup>7</sup> Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 377.  
<sup>8</sup> Sutter-Rüdisser, *Corporate Governance in die Zukunft gedacht*, EXPERTsuisse-Jahrestagung 2021, Folie 28.  
<sup>9</sup> Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.  
<sup>10</sup> Art. 9 Abs. 1 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.  
<sup>11</sup> Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 377 m.w.H., wo der strukturelle Interessenkonflikt auch als kategorischer Konflikt und der einzelfallbezogene Interessenkonflikt auch als situativer Konflikt bezeichnet wird; vgl. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 807, welcher den einzelfallbezogenen als persönlichen Interessenkonflikt bezeichnet.  
<sup>12</sup> Vgl. Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 342.  
<sup>13</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 796.  
<sup>14</sup> Vgl. Tschäni/Diem, *Interessenkonflikte in M&A-Transaktionen, Mergers & Acquisitions XVIII*, S. 75.  
<sup>15</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 251.  
<sup>16</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 342 m.w.H.  
<sup>17</sup> Andere Auffassung: Art. 19 Abs. 2 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance.

<sup>18</sup> Teilweise zustimmend: Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 342 und 344.  
<sup>19</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 807.  
<sup>20</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 814.  
<sup>21</sup> Stark einschränkend: Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 822f.; Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 342; vgl. zum Ganzen von der Crone, *Aktienrecht*, 2. Aufl., § 18 N 1318.  
<sup>22</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, S. 399ff., S. 572 m.w.H.; vgl. auch Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 384f.  
<sup>23</sup> Vgl. auch Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 797.  
<sup>24</sup> Im schweizerischen Aktienrecht gibt es keine Unabhängigkeitserfordernisse für den Verwaltungsrat; siehe hierzu Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 250. Ebenso ist die Anzahl möglicher Mandate nicht beschränkt.  
<sup>25</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 340. Massnahmen, wie Interessenkonflikte verhindert werden sollen, werden demgegenüber nicht vorgesehen.  
<sup>26</sup> Art. 717 OR.  
<sup>27</sup> Gericke/Böttcher, *Interessen im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 341.  
<sup>28</sup> Art. 717a Abs. 1 OR.  
<sup>29</sup> Vgl. oben Punkt 1.6.  
<sup>30</sup> Andere Auffassung: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, S. 399ff., S. 571. Es besteht keine Pflicht zur Offenlegung von Interessenberührungen. Eine solche Offenlegung kann aber geboten sein; Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 252.  
<sup>31</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 342.  
<sup>32</sup> Liegt kein Interessenkonflikt vor, ist die Information des Gesamtverwaltungsrats durch den Präsidenten nicht notwendig.  
<sup>33</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 252.  
<sup>34</sup> Sommer, *Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 Abs. 1 OR*, Diss. Zürich 2010, S. 106.  
<sup>35</sup> Siehe auch Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 252.  
<sup>36</sup> Vgl. Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 343. Bestehen allerdings rechtlich bindende Verbote zur vollständigen Offenlegung und gehen diese vor, ist darauf hinzuweisen.  
<sup>37</sup> Zum Gesellschaftsinteresse siehe etwa von der Crone, *Aktienrecht*, 2. Aufl., § 18 N 1516; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 OR N 16.  
<sup>38</sup> Art. 717a Abs. 2 OR.  
<sup>39</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 344.  
<sup>40</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 344. Unklar ist, ob das betroffene Mitglied des Verwaltungsrats an der Entscheidung mitwirken darf. Unseres Erachtens müsste das befangene Mitglied hier in den Ausstand treten. Vgl. auch Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 253.  
<sup>41</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 253; a.A. Böckli, *Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR*, GesKR 2012, S. 366f.  
<sup>42</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 344.  
<sup>43</sup> So kann das befangene Mitglied, soweit sinnvoll, am Entscheidprozess teilnehmen; Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 250.  
<sup>44</sup> Lazopoulos, *Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates*, Diss. Zürich 2004, S. 118ff.; von der Crone, *Aktienrecht*, 2. Aufl., § 18 N 1514.  
<sup>45</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 345.  
<sup>46</sup> Vgl. Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 250; vgl. zum Ganzen auch Müller/Lipp/Plüss, *Der Verwaltungsrat*, 5. Aufl., N 3.575f.  
<sup>47</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 836.  
<sup>48</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 838.  
<sup>49</sup> Vgl. Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 253; siehe zum Ausstand etwa Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 385.  
<sup>50</sup> Siehe zu den verschiedenen Varianten etwa Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 385; oder Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 345.

<sup>51</sup> Vgl. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 832, welcher diese Massnahme nur für leichte Fälle als geeignet sieht.  
<sup>52</sup> Diese Lösung steht im Rahmen von Entscheidungen gemäss Art. 716a OR nicht zur Verfügung.  
<sup>53</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 254.  
<sup>54</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 345.  
<sup>55</sup> Vgl. Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 386; von der Crone, *Aktienrecht*, 2. Aufl., § 18 N 1319. Auch hier ist aber die zwingende aktienrechtliche Kompetenzordnung zu beachten.  
<sup>56</sup> Dabei ist im Einzelfall zu entscheiden, ob immerhin das Abstimmungsprotokoll zugestellt werden soll.  
<sup>57</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 345f.  
<sup>58</sup> Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 844.  
<sup>59</sup> Sog. totale Abschottung; siehe hierzu Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 254.  
<sup>60</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, S. 399ff., S. 572; Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 385.  
<sup>61</sup> Solche Regelungen befinden sich im Aktienrecht auch bereits in Art. 678 Abs. 5 OR und Art. 756 Abs. 2 OR.  
<sup>62</sup> Vgl. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., § 9 N 851.  
<sup>63</sup> Sommer, *Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 Abs. 1 OR*, Diss. Zürich 2010, S. 199f.  
<sup>64</sup> Sog. Vertretungsmacht.  
<sup>65</sup> Sog. Vertretungsbefugnis.  
<sup>66</sup> CHK-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 718a OR N 1.  
<sup>67</sup> BGE 128 III 129 E. 1b/aa; BSK OR II-Watter, Art. 718 OR N 4.  
<sup>68</sup> Art. 718a Abs. 2 OR.  
<sup>69</sup> Zu den verschiedenen Möglichkeiten siehe etwa BGE 121 III 362 E. 2b und 3.  
<sup>70</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 30 N 97.  
<sup>71</sup> Zur Gutgläubigkeit siehe etwa BGE 126 III 361 E. 3a.  
<sup>72</sup> Etwa ein Direktor oder ein Prokurist als Stellvertreter der Gesellschaft.  
<sup>73</sup> Sog. Selbstkontrahieren.  
<sup>74</sup> Sog. Doppelvertretung; vgl. BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 718b OR N 8; siehe hierzu auch Rusch, *Board Service Providers, Besetzung des Gesamtverwaltungsrates mit einer juristischen Person?*, in: Müller/Forrer/Zuur (Hrsg.), *Das Aktienrecht im Wandel*, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, S. 315ff., S. 325f.  
<sup>75</sup> Siehe hierzu auch Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 378.  
<sup>76</sup> BGE 126 III 361 E. 3a.  
<sup>77</sup> Vgl. etwa 93 II 461 E. 6; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 30 N 123.  
<sup>78</sup> CHK-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 718a OR N 6.  
<sup>79</sup> Vgl. BGE 144 III 388; vgl. zum Ganzen auch Müller/Lipp/Plüss, *Der Verwaltungsrat*, 5. Aufl., N 3.577.  
<sup>80</sup> Siehe zu den Rechtsfolgen auch Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 378ff.  
<sup>81</sup> Die Rechtsfolgen sind allerdings umstritten, siehe hierzu etwa ZK OR-Bühler, Art. 718b OR N 9.  
<sup>82</sup> Vgl. zum Ganzen Facincani/Sutter, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Business Judgment Rule*, TREX 6/2019, S. 346ff.  
<sup>83</sup> Gericke/Böttcher, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, SZW 2021, S. 346; Sethe, *Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*, SZW 2018, S. 385 m.w.H.; a.A. Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 255.  
<sup>84</sup> Ungetreue Geschäftsbesorgung.  
<sup>85</sup> Watter, *Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*, GesKR 2022, S. 255 m.w.H.  
<sup>86</sup> BGE 109 II 239 E. 3b; BGE 76 II 51 E. 2; von der Crone, *Aktienrecht*, 2. Aufl., § 17 N 1183.