

Zeitschrift für

Vergleichende Rechts- wissenschaft

Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht

2

Peter V. Kunz

Editorial – Sonderheft „Schweizerisches Aktienrecht 4.0“ (91)

Peter V. Kunz

Globalisierung des schweizerischen Aktienrechts (94)

Thomas Jutzi/Jan Heller

Digitalisierung im Schweizer Aktienrecht (123)

Karin Müller/Linus Bättig

Rechtsschutz bei technischen Problemen
in der hybriden und virtuellen Generalversammlung (151)

Harald Bärtschi

Verantwortlichkeit für Nachhaltigkeit (173)

Pascal Zysset

Kapital der Aktiengesellschaft (196)

Nina Reiser/Michael Kallenberg

Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Ausgewählte
Aspekte unter Berücksichtigung des neuen Art. 717a OR
(222)

Peter Jung

Das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre nach dem
neuen schweizerischen Aktienrecht – Vorwärts, rückwärts,
seitwärts, ran! (240)

Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung des neuen Art. 717a OR

Nina Reiser/Michael Kallenberg*

ZVglRWiss 124 (2025) 222–239

Den im Zuge der Schweizer Aktienrechtsrevision neu implementierten Art. 717a des Schweizer Obligationenrechts (OR) und die revidierte Ziff. 19 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass, ausgewählte Aspekte der Pflichten des Verwaltungsrates von Aktiengesellschaften im Umgang mit Interessenkonflikten zu untersuchen. Die unterlassene Offenlegung und das Handeln im Interessenkonflikt von Verwaltungsräten verletzen die Treue- bzw. Sorgfaltspflicht nach Art. 717 OR, die im beschränkten Umfang auch nach Austritt aus dem Verwaltungsrat nachwirken. Die Verletzung dieser Pflichten kann Schadenersatzansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und strafrechtliche Rechtsfolgen begründen. Art. 717a OR führt sodann keine neuen Pflichten ein, sondern kodifiziert bloß bestehende Pflichten. Demnach müssen Verwaltungsratsmitglieder sie selbst betreffende Interessenkonflikte dem Verwaltungsrat gegenüber unverzüglich und vollständig offenlegen (Abs. 1). Dieser hat die Maßnahmen zu ergreifen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft erforderlich sind (Abs. 2). Unseres Erachtens ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber eine flexible Ausgestaltung gewählt und auf starre aktienrechtliche Anforderungen verzichtet hat. Es ist jedoch empfehlenswert, die Pflichten und den Umgang mit Interessenkonflikten im Organisationsreglement zu konkretisieren. Allfällige weitergehende Vorgaben sollten für Bankaktiengesellschaften im Aufsichtsrecht und für kotierte Gesellschaften im SCBP geregelt werden.

This article takes the newly implemented Article 717a of the Swiss Code of Obligations (CO) and the revised Section 19 of the Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) as an opportunity to examine selected aspects of the duties of the board of directors in dealing with conflicts of interest in companies limited by shares. The failure to disclose and acting in conflicts of interest by board members violates their duty of loyalty and care under art. 717 CO, which continues to apply to a limited extent even after the individual has left the board. Breaches of these duties

* Prof. Dr. iur. Nina Reiser, LL.M., Rechtsanwältin, ist assoziierte Professorin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen (HSG), Vizedirektorin am Institut für Law and Economics (ILE-HSG), mit dem Center for Financial Services Innovation (FSI-HSG) affiliert und Titularprofessorin an der Universität Zürich. Michael Kallenberg, M.A. HSG in Law and Economics, ist wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am ILE-HSG.

may give rise to liability claims under corporate law and may also entail criminal consequences. Article 717a CO does not introduce new duties but merely codifies existing ones. Accordingly, board members shall disclose conflicts of interest affecting themselves to the board of directors immediately and comprehensively (paragraph 1). The board of directors shall then take the necessary measures to safeguard the company's interests (paragraph 2). In our view, it is commendable that the legislator has chosen a flexible approach and refrained from rigid requirements under corporate law. Nonetheless, it is advisable to specify the duties and procedures for handling conflicts of interest in the company's organizational regulations. Any additional requirements should be addressed in supervisory law for banks and by the SCBP for listed companies.

I n h a l t

I. Einleitung	223
II. Grundlagen	224
1. Terminologie	224
2. Merkmale	225
a) Situative und strukturelle Interessenkonflikte	225
b) Intensität	225
c) Doppelvertretung und Selbstkontraktion	226
III. Umgang mit Interessenkonflikten	227
1. Präventive Maßnahmen	228
2. Offenlegung	229
3. Einpersonengesellschaft	230
4. Ausstand	231
5. Doppelbeschluss	232
6. Genehmigung durch die Generalversammlung und Fairness Opinion	232
IV. Nachwirkung von Interessenkonflikten	232
V. Rechtsfolgen eines ungenügenden Umgangs mit Interessenkonflikten	234
VI. Bankaktiengesellschaften im Speziellen	236
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und Würdigung	238

I. Einleitung

Interessenkonflikte sind in der heutigen arbeitsteiligen¹ Wirtschaft allgegenwärtig und bergen wirtschaftliche, moralische und rechtliche Risiken für Unternehmen und Verwaltungsrätinnen. Die Kodifizierung des neuen Art. 717a OR² im Zuge der Aktienrechtsrevision und die revidierte Ziff. 19 des SCBP³ stellen aktuelle, relevante rechtliche Entwicklungen zum Umgang

¹ Fischer, Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, 2019, S. 11.

² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht – OR) (SR 220).

³ Beim durch *economiesuisse* herausgegebenen Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) handelt es sich um eine Leitlinie und Empfehlung, die sich primär an schweizerische Publikumsgesellschaften richtet, SCBP, 2023, 6. Die-

mit Interessenkonflikten dar. Diese Entwicklungen sind Resultat der wachsenden gesellschaftlichen Beachtung der Problematik⁴ und geben Anlass, die Pflichten des Verwaltungsrates von Aktiengesellschaften im Umgang mit Interessenkonflikten näher zu betrachten. Nach grundlegenden Ausführungen zur Terminologie und zu den Merkmalen von Interessenkonflikten (Ziff. II.) untersucht der vorliegende Beitrag den Umgang des Verwaltungsrates damit (Ziff. III.), deren Nachwirkung (Ziff. IV.) und die Rechtsfolgen eines ungenügenden Umgangs mit Interessenkonflikten (Ziff. V.). Ein besonderer Schwerpunkt liegt anschließend auf Bankaktiengesellschaften (Ziff. VI.). Abschluss bilden eine Zusammenfassung der Ergebnisse und eine Würdigung (Ziff. VII.).

II. Grundlagen

1. Terminologie

Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet Interesse jede individualpsychische „Begehrendisposition“, die allein von subjektiven Wertungen abhängt. Dieses Begriffsverständnis wird im rechtlichen Sprachgebrauch objektiviert.⁵ Bislang hat sich indes kein einheitliches Verständnis des Rechtsbegriffs „Interessenkonflikt“ etabliert.⁶

Im Aktienrecht leitet sich die Pflicht, die persönlichen Interessen denen der Gesellschaft unterzuordnen, aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR ab.⁷ Unter Gesellschaftsinteressen sind gemäß dem „stakeholder“ Ansatz nicht nur die Interessen der Aktionärinnen, sondern auch diejenigen der Gläubigerinnen, Arbeitnehmerinnen, Kunden, Lieferanten und des Gemeinwesens gemeint.⁸ Ausgangspunkt ist der statutarische Zweck der Gesellschaft.⁹ Das Obligationenrecht erwähnt den Terminus neu lediglich in Art. 717a OR ohne weitergehende Definition. Eine Konkretisierung erfährt der Begriff in Ziff. 19 SCBP, wonach ein Interessenkonflikt dann vorliegt, wenn sich ein Verwaltungsratsmitglied gegensätzlichen Interessen ausgesetzt sieht.¹⁰ Dadurch entsteht die Notwendigkeit, bestimmte Interessen

se ist abrufbar unter <https://economiesuisse.ch/en/publications/swiss-code-best-practice-corporate-governance> (Abruf: 29. 12. 2024).

4 Watter, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022, 250, 250; Kunz, Interessenkonflikte – aktienrechtliche Lösungen, ZBJV 160 (2024), 379, 380.

5 Kumpan, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht: Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, 2014, S. 15 und 17.

6 Kumpan (Fn. 5), S. 11; Kunz, ZBJV 160 (2024), 379, 382.

7 Watter, in: Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II (BSK OR II), Art. 530–964l OR, 6. Aufl. 2024, Art. 717a OR, Rn. 6.

8 Watter/Roth Pellanda, in: Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964l OR, 6. Aufl. 2024, Art. 717 OR, Rn. 1a.

9 Watter/Roth Pellanda, in: Watter/Vogt (Fn. 8), Art. 717 OR, Rn. 16.

10 SCBP 2023 (Fn. 3), Ziff. 19.

zugunsten anderer zurückzustellen oder aufzugeben.¹¹ Das betreffende Verwaltungsratsmitglied muss sich also als „Diener zweier Herren“ entscheiden, welche Interessen stärker zu gewichten sind.¹²

2. Merkmale

a) Situative und strukturelle Interessenkonflikte

Zunächst ist zwischen situativen und strukturellen Interessenkonflikten zu unterscheiden.¹³ Situative Interessenkonflikte sind auf einen bestimmten Einzelfall beschränkt. Beispiele hierfür sind Insichgeschäfte oder die Annahme finanzieller Zuwendungen.¹⁴ Demgegenüber bestehen strukturelle Interessenkonflikte dauerhaft und führen zu einer allgemeinen Beeinflussung der Organitätigkeit.¹⁵ Letztere liegen insbesondere dann vor, wenn das Verwaltungsratsmitglied für mehrere Geschäftsherren, beispielsweise gleichzeitig für eine Konkurrenz- oder Konzerngesellschaft, tätig ist.¹⁶ Weitere Beispiele für strukturelle Interessenkonflikte sind die Vertretung der Interessen einer Großaktionärin¹⁷ oder das Halten einer wesentlichen Aktienbeteiligung an einer Konkurrenzgesellschaft.

b) Intensität

Sodann sind bloße Interessenberührungen von Interessenkonflikten zu unterscheiden. Eine Konfliktsituation wird erst ab einer gewissen Intensität relevant, sodass eine Intervention zum Schutz des Geschäftsherrn oder Dritter rechtlich geboten ist.¹⁸ Die Intensität von Interessenkonfliktsituationen kann nach den zwei durch *Böckli* entwickelten Kriterien „Kollisionsrichtung“ und „Interessendruck“ bestimmt werden.¹⁹

Bei der Kollisionsrichtung geht es um die Frage, in welchem Gegensatz die Verfolgung unterschiedlicher Interessen zueinanderstehen. Schließt das Verwaltungsratsmitglied persönlich ein Geschäft mit der Gesellschaft ab, stehen die Interessen der Gesellschaft im diametralen Gegensatz zu denjenigen des Verwaltungsratsmitglieds. So führt etwa eine Preisreduktion von einem Schweizer Franken zu einem Gewinn von einem Schweizer Franken für das

11 *Kumpan* (Fn. 5), S. 22 m. w. N.

12 *Fischer* (Fn. 1), S. 37 m. w. N.

13 *Bühler*, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar (ZK), Die Aktiengesellschaft: Generalversammlung und Verwaltungsrat und Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl. 2018, Art. 717 OR, Rn. 129.

14 *Sethe*, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, 375, 376.

15 *Bühler*, in: Handschin (Fn. 13), Art. 717 OR, Rn. 129.

16 *Fischer* (Fn. 1), S. 54f.

17 *Sethe*, SZW 2018, 375, 376.

18 *Fischer* (Fn. 1), S. 43f.

19 *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 9 Verwaltungsrat, Rn. 798 ff.

beteiligte Verwaltungsratsmitglied und zu einem Verlust in gleicher Höhe für die Gesellschaft.²⁰ Neben der Richtung hat auch der Druck der kollidierenden Interessen Einfluss auf die Intensität des Interessenkonflikts.²¹ Ein hoher Interessendruck liegt bei einer einmaligen Gelegenheit, große eigene Vorteile zu gewinnen, vor.²² Dabei kann die Verfolgung der jeweiligen Interessen je nach Konstellation von unterschiedlicher Wichtigkeit sein. Der Interessendruck ist umso höher, wenn neben wirtschaftlichen Anreizen und psychologischen Motiven auch noch rechtliche Zwänge hinzukommen.²³ Ein qualifizierter Fall des Interessenkonflikts besteht sodann, wenn der Interessendruck zusätzlich durch gegenläufige rechtliche Pflichten (etwa durch die Treuepflicht aufgrund des Einsitzes im Verwaltungsrat einer Konkurrenzgesellschaft) verstärkt wird.²⁴

c) Doppelvertretung und Selbstkontraktion

Häufig treten Interessenkonflikte ferner bei Vertretungsverhältnissen auf. Doppelvertretung meint in diesem Kontext die gleichzeitige Vertretung mehrerer Gesellschaften durch eine Person, beispielsweise bei einem Vertragsschluss. Hiervon ist die Selbstkontraktion zu unterscheiden, bei der das Verwaltungsratsmitglied beim Vertragsschluss zum einen eine Gesellschaft vertritt und zum anderen selbst als Gegenpartei auftritt.²⁵ In allen Fällen der Vertretung ist die Vertretene darauf angewiesen, dass der Vertreter ausschließlich ihre Interessen wahrt und persönliche Interessen ignoriert.²⁶ Das Selbstkontrahieren ist gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig, da es nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt ist, und führt zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts.²⁷ Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn ein übergeordnetes Organ den Verwaltungsrat hierzu ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt.²⁸ Darüber hinaus ist es denkbar, die Vertragsbedingungen durch eine unabhängige Fairness Opinion als marktüblich bestätigen zu lassen.²⁹ Die nachträgliche Genehmigung kann auch durch ein konfliktfreies Verwaltungsratsmitglied erfolgen, das nach Offenlegung aller Umstände das betreffende Geschäft genehmigt. Die Genehmigung durch die Generalversammlung als übergeordnetes Organ kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der gesamte Verwaltungsrat befangen ist.³⁰ Inwieweit die Ge-

20 Böckli (Fn. 19), § 9 Rn. 801.

21 Böckli (Fn. 19), § 9 Rn. 801.

22 Böckli (Fn. 19), § 9 Rn. 801.

23 Fischer (Fn. 1), S. 45.

24 Böckli (Fn. 19), § 9 Rn. 801.

25 Böckli (Fn. 19), § 9 Rn. 775 f.

26 Steininger, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, ZStP 238, (2011), S. 3.

27 BGE 144 III 388 E. 5.1.

28 BGE 144 III 388 E. 5.1.; Böckli (Fn. 19), § 9 Rn. 779.

29 BGE 144 III 388 E. 5.1.; Böckli (Fn. 19), § 9 Rn. 779.

30 Sethe, SZW 2018, 375, 379 m. w. N.

neralversammlung diesfalls über Fragen entscheiden darf, die in die unübertragbare Kompetenz des Verwaltungsrates gemäß Art. 716a OR fallen, hat das Bundesgericht bisher offengelassen. Demnach ist die Generalversammlung in solchen Fällen zumindest nicht offensichtlich unzuständig.³¹ Zum Schutz der Aktionärsinteressen rechtfertigt sich u.E. diesfalls eine Abweichung vom sog. Paritätsprinzip.³²

III. Umgang mit Interessenkonflikten

Vorab ist zwischen eigenen Interessenkonflikten und solchen anderer Verwaltungsratsmitglieder zu unterscheiden. Während der korrekte Umgang mit eigenen Interessenkonflikten den Kern der Treuepflicht bildet,³³ basiert derjenige mit fremden Interessenkonflikten auf der Sorgfaltspflicht (vgl. Art. 717 Abs. 1 OR).³⁴ In vielen Konstellationen sind die Grenzen zwischen der Sorgfalts- und Treuepflicht jedoch verschwommen. Die dogmatische Unterscheidung hat in der Praxis kaum Auswirkungen, da sich beide Pflichten ohnehin ergänzen.³⁵ Der neue Art. 717a OR statuiert nun explizit für das von einem Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsratsmitglied in Abs. 1 eine persönliche Offenlegungspflicht. Den Verwaltungsrat als Organ trifft in der Folge nach Abs. 2 der genannten Bestimmung eine Handlungspflicht.³⁶ Demnach hat der Verwaltungsrat die Maßnahmen zu ergreifen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind. Beide Pflichten sind aber nicht neu und

31 BGer, 9. 10. 2023 – 4A_130/2023, E. 3.2.

32 Gl.M. Isler: „Da durch den Abschluss potentiell treuwidriger Geschäfte letzten Endes stets die Interessen der Aktionäre gefährdet oder verletzt werden, muss es diesen auch zustehen, den Abschluss von Insihgeschäften zu genehmigen oder abzulehnen. Aufgrund der besonderen Interessenlage rechtfertigt es sich, in diesem speziellen Falle vom Paritätsprinzip abzuweichen.“ Dem ist zuzustimmen, und zwar auch in Bezug auf die übrigen Fälle von Interessenkonflikten“ (Isler, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, SSHW 297 [2010], S. 189). Nach dem Paritätsprinzip des Schweizer Aktienrechts sind der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat bestimmte Aufgaben zugewiesen, wobei Abweichungen von diesen gesetzlichen Zuständigkeiten unzulässig sind (Häusermann, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, 2015, S. 172).

33 Schweighofer, Die aktienrechtliche Geschäftschancenlehre, SSHW 363 (2023), Rn. 160.

34 Ivanovic, Interessenkonflikte bei Organpersonen von Finanzmarktunternehmen: unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der FINMA und zugleich ein Beitrag zur Corporate Governance von Finanzmarktunternehmen, Diss. 2024, Rn. 351 und 366; Fischer (Fn. 1), S. 139 ff.; Watter/Roth Pellanda, in: Watter/Vogt (Fn. 8), Art. 717 OR, Rn. 6a und 15.

35 Fischer (Fn. 1), S. 162.

36 Botschaft vom 23. 11. 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399, 572.

wurden zuvor aus der erwähnten Sorgfalts- und Treuepflicht gemäß Art. 717 OR abgeleitet.³⁷

1. Präventive Maßnahmen

Aus der Treuepflicht ergibt sich die Pflicht, die persönlichen Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte, soweit antizipierbar, gar nicht erst auftreten.³⁸ Über strukturelle Interessenkonflikte gilt es, bereits vor der Wahl in den Verwaltungsrat aufzuklären.³⁹ Nach der Wahl ist keine weitere Offenlegung mehr notwendig, außer es treten neue Verwaltungsratsmitglieder hinzu, denen der Interessenkonflikt noch nicht bekannt ist.⁴⁰ Die Informationspflicht nach Art. 717a Abs. 1 OR ist allgemein gehalten, um Spielraum für die Ausgestaltung des Verfahrens, typischerweise in einem Organisationsreglement, zu lassen.⁴¹ Eine statutarische Regelung des Umgangs mit Interessenkonflikten im Verwaltungsrat wäre hingegen unzulässig, da dies in die unübertragbare und unentziehbare Organisationskompetenz des Verwaltungsrates nach Art. 716a Abs. 1 Ziff 2 OR fällt.⁴² Theoretisch denkbar ist die Konkretisierung der vorliegend thematisierten Pflichten durch Ausbildung eines Gewohnheitsrechts über eine längere Zeit. So kann sich etwa eine Ausstandspflicht aus einer andauernden, unangefochtenen und ununterbrochenen Übung ergeben, wenn alle Beteiligten davon überzeugt sind, dass es sich dabei bei Interessenkonflikten um eine verbindliche Ordnung handelt.⁴³ Die klare Regelung im Organisationsreglement ist u.E. indes aus Rechtssicherheitsüberlegungen einer nicht kodifizierten betrieblichen Übung vorzuziehen. Außerhalb der zwingenden Kompetenzen des Verwaltungsrates besteht die Möglichkeit der Bildung von konfliktfreien Ausschüssen.⁴⁴ Bei einem dauerhaften strukturellen Interessenkonflikt bleibt dem betroffenen Verwaltungsratsmitglied aber nur der Rücktritt.⁴⁵ Der Vorsitzende des Verwaltungsrates kann schließlich die Offenlegungspflicht nach Art. 717a Abs. 1 OR durch routinemäßiges Abfragen von

37 *Schenker/Schenker*, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, 2023, S. 266; *Bühler*, in: Handschin (Fn. 13), Art. 717 OR, Rn. 113 ff.; *Watter*, GesKR 2022, 250, 252; *Watter*, in: *Watter/Vogt* (Fn. 7), Art. 717a OR, Rn. 12; BGE 130 III 213, E. 2.2.2.

38 *Von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 1317; *Fischer* (Fn. 1), S. 219 ff.; *Kunz*, ZBJV 160 (2024), 379, 407; Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 36), BBl 2017, 399, 571; vgl. auch SCBP 2023 (Fn. 3), Ziff. 19.

39 *Fischer* (Fn. 1), S. 208.

40 *Watter*, GesKR 2022, 250, 252.

41 *Von der Crone* (Fn. 38), Rn. 1511. Dies drängt sich insbesondere bei Konzernverhältnissen auf (vgl. Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 36), BBl 2017, 399, 571 f.).

42 *Sommer*, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäß Art. 717 Abs. 1 OR, SSHW 298 (2011), S. 61 f.

43 *Sommer*, SSHW 298 (2011), S. 65 f.

44 *Sethe*, SZW 2018, 375, 386.

45 Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 36), BBl 2017, 399, 572; *Sethe*, SZW 2018, 375, 385 m. w. N.

Interessenkonflikten zu Beginn jeder Verwaltungsratssitzung vorwegnehmen.⁴⁶

2. Offenlegung

Die erwähnte Informationspflicht nach Art. 717a Abs. 1 OR dient dazu zu verhindern, dass der Interessenkonflikt Einfluss auf die Willensbildung des Verwaltungsrates nimmt, bevor dieser die notwendigen Maßnahmen ergreifen kann.⁴⁷ Die neue Bestimmung stellt aber weder neue Unabhängigkeitserfordernisse auf noch schreibt sie eine zwingende Ausstandspflicht vor.⁴⁸ Die Offenlegung gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung hat unverzüglich, d.h. sobald der Konflikt erkannt wurde bzw. hätte erkannt werden müssen,⁴⁹ und vollständig zu erfolgen. Dies gilt nicht erst, wenn bereits ein unauflösbarer Widerspruch vorliegt, sondern auch schon für potenzielle Interessenkonflikte.⁵⁰ Nach einem Teil der Lehre genügt dafür bereits der Anschein eines Interessenkonflikts, wobei der Verwaltungsrat diesfalls auch von Maßnahmen absehen kann.⁵¹ Der Anschein eines Interessenkonflikts liegt beispielsweise bei Geschäften mit Familienmitgliedern vor und zwar unabhängig von den Verhältnissen und ob den Familienmitgliedern überhaupt Vorteile zukommen.⁵² Wegen der fehlenden gesetzlichen Konkretisierung und angesichts der möglichen Folgen sollten u.E. im Zweifel stets ein Interessenkonflikt angenommen und auch bereits relevante Interessensberührungen offengelegt werden.⁵³ Verdächtigen Verwaltungsratsmitglieder ein anderes Mitglied, einem nicht offengelegten Interessenkonflikt zu unterliegen, so ist das betreffende Verwaltungsratsmitglied damit zu konfrontieren und zu befragen.⁵⁴ Die Offenlegungspflicht untersteht des Weiteren keiner Formvorschrift. Aus Beweisgründen ist indes empfehlenswert, diese mittels Sitzungsprotokolls oder mit einem Bestätigungsschreiben, z.B. per E-Mail, zu dokumentieren.⁵⁵ Auch faktische Organe unterliegen der Informationspflicht bei Interessenkonflikten.⁵⁶ Begrenzt wird die Offenlegungspflicht ferner durch gesetzliche oder

46 *Fischer*, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit, GesKR 2024, 474, 486 f.

47 *Schenker/Schenker* (Fn. 37), S. 253.

48 *Watter*, in: *Watter/Vogt* (Fn. 7), Art. 717a OR, Rn. 5.

49 *Watter*, in: *Watter/Vogt* (Fn. 7), Art. 717a OR, Rn. 14.

50 Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 36), BBl 2017, 399, 572.

51 *Watter*, in: *Watter/Vogt* (Fn. 7), Art. 717a OR, Rn. 10.

52 *Kunz*, Erweiterte Verwaltungsratspflichten im Aktienrecht?, SJZ 2024, 651, 656.

53 Gl.M. *Chapuis/Duss*, in: *Kren Kostkiewicz/Amstutz/Wolf/Fankhauser* (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar (OFK)*, 4. Aufl. 2022, Art. 717a OR, Rn. 2; *Watter*, GesKR 2022, 250, 252.

54 *Schenker/Schenker* (Fn. 37), S. 267.

55 *Gericke/Böttcher*, Interessenkonflikte unter dem neuen Aktienrecht, SZW 2021, 339, 343.

56 *Facincani/Plüss*, in: *Roberto/Trüeb* (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK)*, Bd. 6, 4. Aufl. 2023, Art. 717a OR, Rn. 4.

vertragliche Geheimhaltungspflichten wie auch gesetzliche Verbote (z.B. Verbot der Weitergabe einer Insiderinformation).⁵⁷ Im Anschluss an die Offenlegung des Interessenkonflikts ist das betroffene Mitglied sodann anzuhören. In der Folge befindet der Verwaltungsrat mittels Feststellungsbeschluss über das Vorliegen und die Tragweite des Interessenkonflikts. Liegt ein Interessenkonflikt vor, entscheidet der Verwaltungsrat in einem nächsten Schritt über die konkret zu ergreifenden Maßnahmen.⁵⁸ In der Praxis erfolgt die Offenlegung schließlich oftmals zuerst an die Verwaltungsratspräsidentin. Falls erforderlich, informiert diese dann wiederum das gesamte Gremium. Der Beurteilung der Verwaltungsratspräsidentin kommt insofern eine große Bedeutung zu, als sie auch von der Benachrichtigung des Gesamtgremiums absehen kann, wenn sie zum Schluss kommt, dass kein relevanter Interessenkonflikt vorliegt.⁵⁹ Ein solches Vorgehen bedingt aber einer entsprechenden Normierung im Organisationsreglement.⁶⁰ Mangels einer solchen Regelung ist der gesamte Verwaltungsrat Adressat der Information.⁶¹

3. Einpersonengesellschaft

Als Einpersonengesellschaft gilt eine Aktiengesellschaft, in der eine Person alleiniger Verwaltungsrat und Aktionär ist.⁶² Bei diesen Gesellschaften sind sämtliche Verträge nach Art. 718b OR schriftlich abzufassen. Die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen diese Formvorschrift ist in der Lehre umstritten. Während ein Teil der Lehre diesfalls die Nichtigkeit bejaht, sprechen sich andere dafür aus, dass es sich hierbei lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt.⁶³ Nicht zuletzt aus Rechtssicherheitsüberlegungen sollte Nichtigkeit nur ganz ausnahmsweise angenommen werden.⁶⁴ Gegen die Nichtigkeit spricht darüber hinaus, dass die entsprechenden Dokumente ansonsten bei nachträglicher Reue oder z.B. bei einem Unternehmensverkauf einfach vernichtet werden könnten, um die Gesellschaft von den vertraglichen Pflichten faktisch zu

⁵⁷ *Fischer* (Fn. 1), S. 212.

⁵⁸ *Chapuis/Duss*, in: Kren Kostkiewicz/Amstutz/Wolf/Fankhauser (Fn. 53), Art. 717a OR, Rn. 5.

⁵⁹ *Böckli* (Fn. 19), § 9, Rn. 828.

⁶⁰ Vgl. z.B. Organisationsreglement der Vontobel Holding AG vom 1. 2. 2024 abrufbar unter https://www.vontobel.com/siteassets/about-vontobel/corporate-governance/corporate-governance-regulations/20240201_vontobel-holding-ag_business-regulations_en.pdf (Abruf: 29. 12. 2024), Ziff. 7.3.

⁶¹ *Chapuis/Duss*, in: Kren Kostkiewicz/Amstutz/Wolf/Fankhauser (Fn. 53), Art. 717a OR, Rn. 3; *Watter*, *GesKR* 2022, 250, 252f.; *Watter*, in: *Watter/Vogt* (Fn. 7), Art. 717a OR, Rn. 15.

⁶² *Schweighofer* (Fn. 33), Rn. 135.

⁶³ *Sethe*, *SZW* 2018, 375, 383 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. mit ähnlichen Überlegungen zur Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen etwa *Tanner*, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Bd. 6, 4. Aufl. 2023, Art. 706b OR, Rn. 1.

befreien.⁶⁵ Bei Einpersonengesellschaften wird zudem davon ausgegangen, dass auch mit Interessenkonflikten behaftete Geschäfte in Selbstkontraktion von der Generalversammlung genehmigt und damit gültig sind.⁶⁶ Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger werden dabei gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nicht berücksichtigt, da ihnen die Möglichkeit bleibt, ihre Ansprüche über die paulianische Anfechtung oder die Verantwortlichkeitsklage geltend zu machen.⁶⁷

4. Ausstand

Ausstandspflichten lassen sich graduell zwischen einem Ausschluss von der Beratung (Stimmverbot), von der Beratung und Beschlussfassung (Teilnahme- und Stimmverbot) bis zu einer vollständigen Abschottung von allen Informationen (inkl. Protokoll) abstufen. Dabei bildet ein Teilnahme- und Stimmverbot den Regelfall. Ein reines Stimmverbot als abgeschwächter Ausstand bietet sich an, wenn das betroffene Verwaltungsratsmitglied über für die Beratung wertvolle Informationen verfügt. Eine vollständige Abschottung ist bei besonders intensiven Interessenkonflikten angebracht.⁶⁸ Die Gesetzgeberin und davor bereits der Bundesrat in seiner Botschaft von 2016⁶⁹ sind von einer zwingenden Ausstandspflicht abgerückt.⁷⁰ Damit bleibt es u.E. zu Recht im Ermessen und in der Verantwortung des Verwaltungsrates, im Einzelfall die adäquaten Mittel im Umgang mit Interessenkonflikten zu wählen. Ferner kann das Wissen eines mit einem Interessenkonflikt belasteten Verwaltungsratsmitglieds für die Willensbildung des gesamten Organs wichtig sein, was ebenfalls gegen eine zwingende Ausstandspflicht spricht.⁷¹ Sodann könnten die anderen Verwaltungsratsmitglieder ohnehin geneigt sein, den Interessen des konfliktbehafteten Verwaltungsrates im Ausstand entgegenzukommen mit der Erwartung eines Gegenrechts bei nächster Gelegenheit.⁷² Demgegenüber steht die u.E. abzulehnende Auffassung, aus der Treuepflicht des Verwaltungsrates nach Art. 717 OR lasse sich stets eine Ausstandspflicht bei Interessenkonflikten ableiten.⁷³ Anders als im Vereinsrecht⁷⁴ ist eine solche im Aktienrecht nicht ausdrücklich vorgesehen. Der Verwaltungsrat handelt als Organ grundsätzlich im Kollektiv und ist auch gesamthaft verantwortlich. Ein Ausstand von einem oder mehreren Verwaltungsratsmitgliedern kann deshalb

65 Sethe, SZW 2018, 375, 383.

66 Von der Crone (Fn. 38), Rn. 1320.

67 BGE 144 III 388 E. 5. 3. 2.

68 Fischer (Fn. 1), S. 270f.

69 Fn. 36.

70 Bohrer, Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern, GesKR 2023, 3, 9.

71 Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 36), BBl 2017 399, 572.

72 Von der Crone (Fn. 38), Rn. 1513.

73 Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009 (Vorauslage), § 13 Rn. 643 m. w. N.

74 Art. 68 ZGB.

dazu führen, dass die restlichen Verwaltungsratsmitglieder Entscheidungen in einer nicht repräsentativen Minderheit fällen.⁷⁵

5. *Doppelbeschluss*

Ein in der Praxis regelmäßig anzutreffendes Vorgehen sind zweistufige Abstimmungen, nämlich zuerst im Gesamtverwaltungsrat und danach nochmals ohne die befangenen Mitglieder.⁷⁶ Dadurch soll verhindert werden, dass die betroffenen Verwaltungsratsmitglieder durch Ausschluss von der Beschlussfassung aus ihrer Verantwortlichkeit entlassen werden.⁷⁷ Aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht ergibt sich ohnehin die Pflicht für die restlichen Verwaltungsratsmitglieder, aktiv gegen ein Geschäft zu opponieren, falls dieses gegen das Gesellschaftsinteresse verstößt.⁷⁸

6. *Genehmigung durch die Generalversammlung und Fairness Opinion*

Die unter Ziff. II. 2. c. beschriebenen Möglichkeiten, die Nichtigkeit bei Selbstkontraktion abzuwenden, insbesondere mittels Genehmigung des Geschäfts durch die Generalversammlung oder die Einholung einer Fairness Opinion, stehen auch im Umgang mit anderen Arten von Interessenkonflikten offen. In einer Fairness Opinion bestätigt ein unabhängiger Dritter, dass die betreffende Transaktion „at arm's length“, d. h. zu marktüblichen Konditionen erfolgt.⁷⁹ Es versteht sich von selbst, dass dabei neben dem Preis auch sämtliche weitere Eckpunkte der Transaktion mitzuberücksichtigen sind.⁸⁰

IV. *Nachwirkung von Interessenkonflikten*

Die Gesetzgeberin äußert sich nicht zur Nachwirkung von Interessenkonflikten. Die wie erwähnt⁸¹ unbestrittenermaßen als Basis für den vorliegend diskutierten Umgang mit Interessenkonflikten dienende Treue- und Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR beginnt mit der Mandatsannahme durch das betreffende Verwaltungsratsmitglied. Eine spätere Handelsregistereintragung wirkt lediglich deklaratorisch.⁸² Mit dem Austritt aus dem Verwaltungsrat, z. B. durch Rücktritt, Nichtwiederwahl oder Abwahl, enden alle körperschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten des betreffenden Verwaltungsratsmit-

⁷⁵ Von der Crone (Fn. 38), Rn. 1513.

⁷⁶ Vgl. z. B. Das Organisationsreglement der UBS Group AG vom 1. 7. 2024 ist abrufbar unter <https://www.ubs.com/global/de/our-firm/governance/ubs-group-ag/regulations.html> (Abruf: 29. 12. 2024), Ziff. 30.4.

⁷⁷ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 36), BBl 2017 399, 572.

⁷⁸ Schweighofer (Fn. 33), Rn. 164.

⁷⁹ Watter, in: Watter/Vogt (Fn. 7), Art. 717a OR, Rn. 22.

⁸⁰ BGer, 9. 10. 2023 – 4A_84/2023, E. 3.3.3.

⁸¹ Vgl. Ziff. II. 1.

⁸² Schweighofer (Fn. 33), Rn. 195.

glieds sofort. Etwaige Vertragsverhältnisse mit der Gesellschaft bestehen aber weiter und sind separat zu kündigen.⁸³ Anders als zum Teil im Arbeitsrecht⁸⁴ hat der Gesetzgeber nicht nur bei den Pflichten im Kontext von Interessenkonflikten, sondern auch bei der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR im Generellen darauf verzichtet, eine Nachwirkung nach Mandatsbeendigung zu kodifizieren. Die herrschende Lehre geht u.E. aber zu Recht von einer Nachwirkung der Treuepflicht aus.⁸⁵ Zur Dauer der Nachwirkung hält das Bundesgericht in einem älteren Entscheid fest, dass die aktienrechtliche Treuepflicht eines Verwaltungsratsmitglieds für ein bis zwei Jahre nachwirkt und sich auf eine Unterlassungspflicht beschränkt.⁸⁶ In der Lehre wird teilweise von einer Nachwirkung von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren ausgegangen.⁸⁷

Beim Umfang der Nachwirkung besteht sodann weitestgehend Einigkeit in Bezug auf eine Geheimhaltungs- und Aktenrückgabepflicht.⁸⁸

Ansonsten wären diese Pflichten wertlos, da sich ein Verwaltungsratsmitglied durch bloße Niederlegung des Mandats von ihnen entziehen könnte.⁸⁹ Die Geheimhaltungspflicht dauert in vollem Umfang und ohne zeitliche Beschränkung fort, wobei der Kreis geheimnisbedürftiger Tatsachen mit der Zeit immer kleiner wird.⁹⁰ Darüber hinaus ist vorliegender Ansicht nach von fixen Vorgaben zu Dauer bzw. Umfang wie auch von einer längeren Dauer als zwei Jahre im Grundsatz abzusehen und die Nachwirkung auf Unterlassungspflichten zu beschränken. Im Gegensatz etwa zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁹¹ sieht das Obligationenrecht sodann auch kein explizites Konkurrenzverbot für Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft vor. Ein solches leitet sich aber ebenfalls aus der allgemeinen Treuepflicht nach Art. 717 OR ab. Dabei ist nicht nur eine direkte Konkurrenzierung untersagt, sondern beispielsweise auch eine signifikante finanzielle Beteiligung an einer Konkurrenzgesellschaft.⁹² In der Lehre besteht Uneinigkeit darüber, ob das

83 Bockli (Fn. 19), § 9 Rn. 80; BGE 111 II 480 E. 1a.

84 Vgl. Art. 321a Abs. 4 OR.

85 Für viele: Bockli (Fn. 19), § 9 Rn. 767; so auch für das deutsche Recht Kumpan (Fn. 5), S. 129 m. w. N.

86 BGER, 28. 2. 2011 – 6B_6092010.

87 Bockli (Fn. 73), § 13 Rn. 669 wobei in der 5. Aufl. (Fn. 19) keine Zeitangaben mehr genannt werden.

88 Watter/Roth Pellanda, in: Watter/Vogt (Fn. 8), Art. 717 OR, Rn. 20e; Homburger, in: Gauch/Schmid, Zürcher Kommentar (ZK), Die Aktiengesellschaft: Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, 2. Aufl. 1997, Art. 717 OR, Rn. 841; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 28 Rn. 64.

89 Sommer (Fn. 42), S. 80.

90 Sommer (Fn. 42), S. 80f.; Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze: Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl. 2005, Rn. 1903.

91 Art. 812 Abs. 3 OR.

92 Krneta (Fn. 90), Rn. 1912.

Konkurrenzverbot auf die Dauer der Mandatsausübung beschränkt ist oder, ähnlich wie die Geheimhaltungs- und Aktenrückgabepflicht, noch eine gewisse Zeit nachwirkt.⁹³ Diese Frage ist insbesondere relevant, wenn keine vertragliche Regelung getroffen wurde. Dabei gilt es aber zu beachten, dass die aktienrechtliche Treuepflicht weder vertraglich noch durch Statuten, interne Reglemente oder betriebliche Übung aufgehoben oder eingeschränkt werden kann.⁹⁴ Der Verwaltungsrat darf während der nachwirkenden Treuepflicht keine Drittgeschäfte tätigen, welche die Gesellschaft schädigen.⁹⁵ Gegen ein darüber hinaus nachwirkendes aktienrechtliches Konkurrenzverbot spricht, dass die Tätigkeit als Verwaltungsrat in der Regel eine Nebenbeschäftigung darstellt, bei der ein nachwirkendes Konkurrenzverbot bei nicht kotierten Gesellschaften oft nicht bzw. nicht angemessen finanziell entschädigt wird.⁹⁶ Im Arbeitsrecht dient hingegen eine Karenzentschädigung dazu, die Auswirkungen eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots abzumildern. Anders als beim deutschen Wettbewerbsverbot ist sie im Schweizer Arbeitsrecht zwar keine Gültigkeitsvoraussetzung. Sie wirkt sich jedoch gemäß Art. 340a Abs. 2 OR positiv zugunsten der Arbeitgeberin bei der gerichtlichen Beurteilung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots aus.⁹⁷

V. Rechtsfolgen eines ungenügenden Umgangs mit Interessenkonflikten

Die Verletzung von Art. 717a Abs. 2 bedeutet regelmäßig eine Verletzung der Sorgfalts- bzw. Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR, wofür der betroffene Verwaltungsrat nach Art. 754 ff. OR persönlich haftbar gemacht werden kann.⁹⁸ Bei persönlicher Bereicherung kommt zudem die Rückerstattungskla-

93 Für eine Nachwirkung des aktienrechtlichen Konkurrenzverbots sprechen sich aus:

Böckli (Fn. 73), § 13 Rn. 669a; in Bezug auf die Unzulässigkeit des direkten Wechsels zur Konkurrenz *Kissling*, *Der Mehrfachverwaltungsrat*, SSHW 250, (2006), Rn. 90; *Schweighofer* (Fn. 33), Rn. 196; *Sommer* (Fn. 42), S. 81 als nachwirkendes „abgeschwächtes Konkurrenzverbot“. Dagegen: *Bühler* in: *Handschin* (Fn. 13), Art. 717 OR, Rn. 181; *Böckli* (Fn. 19), § 9 Rn. 768; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 88), § 28 Rn. 64; *Pellanda*, *Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten – Unter besonderer Berücksichtigung des Konkurrenzverbotes*, GesKR 2012, 72, 79; *Sunaric*, in: *Honsell* (Hrsg.), *Kurzkomentar zum Obligationenrecht*, 2014, Art. 717 OR, Rn. 9.

94 *Sommer* (Fn. 42), S. 67.

95 *Schweighofer* (Fn. 33), Rn. 196.

96 *Pellanda*, GesKR 2012, 72, 79; für kotierte Gesellschaften vgl. auch Art. 735c Abs. 1 Ziff. 2 OR.

97 *Räber*, *Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag de lege lata und de lege ferenda*, *Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft* 145, 2020, Rn. 590, 591 und 603.

98 Für viele: *Fischer*, GesKR 2024, 474, 478.

ge nach Art. 678 OR in Betracht.⁹⁹ Der Nachweis eines Schadens gestaltet sich jedoch oft schwierig. Die unterlassene Offenlegung führt zunächst zu einem suboptimalen Entscheid, der erst in der Folge einen rechtlich relevanten Schaden verursachen kann. Die verlängerte Kausalkette erschwert den Kausalitätsnachweis erheblich. Diese hohen Hürden des Zivilwegs führen in diesem Kontext daher zu einer verringerten Abschreckwirkung von Schadenersatzansprüchen für Verwaltungsräte.¹⁰⁰ Der neue Art. 717a OR bedeutet zudem keine Verschärfung der Haftung von Verwaltungsratsmitgliedern, da die Bestimmung keine zusätzlichen Handlungspflichten bei Interessenkonflikten kodifiziert.¹⁰¹ Verdichtet sich der Interessenkonflikt zu einem Organisationsmangel, z. B. weil der gesamte Verwaltungsrat einem relevanten Interessenkonflikt unterliegt, ist sodann der Einsatz eines Sachverwalters nach Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 2 OR denkbar.¹⁰²

Darüber hinaus beeinflusst die unterlassene Offenlegung eines Interessenkonflikts die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule. Die Business Judgment Rule schützt Verwaltungsratsbeschlüsse vor einer inhaltlichen gerichtlichen Überprüfung, sofern sie auf einer ausreichenden Informationsbasis und frei von Interessenkonflikten getroffen wurden, selbst wenn sich diese später als fehlerhaft erweisen sollten.¹⁰³ In solchen Fällen wird zugunsten des Verwaltungsrates eine pflichtgemäße Geschäftsführung vermutet. Bestand hingegen ein Interessenkonflikt, so kehrt die Vermutungslage und es wird eine Pflichtverletzung vermutet.¹⁰⁴ Infolgedessen erfolgt eine umfassende inhaltliche Überprüfung des Geschäftsentscheids,¹⁰⁵ was die Verteidigung gegen Verantwortlichkeitsklagen erheblich erschwert.¹⁰⁶ Es gilt nachzuweisen, dass der Entscheid nicht nur vertretbar, sondern auch im Interesse der Gesellschaft lag.¹⁰⁷ Ein unzureichender Umgang mit Interessenkonflikten kann eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB¹⁰⁸ darstellen und den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen, was strafrechtliche

⁹⁹ *Steininger* (Fn. 26), S. 263.

¹⁰⁰ *Fischer* (Fn. 1), S. 213 f.

¹⁰¹ *Fischer*, *GesKR* 2024, 474, 478; *Kunz*, *SJZ* 2024, 651, 664.

¹⁰² *Watter*, in: *Watter/Vogt* (Fn. 7), Art. 717a OR, Rn. 22; BGer, 29. 5. 2015 – 4A_717/2014, E. 2.5.2; *Fischer*, *GesKR* 2024, 474, 485 f.

¹⁰³ *Kunz*, *SJZ* 2024, 651, 656; BGer, 31. 9. 2019 – 4A_623/2018, E. 3.1; BGE 139 III 26 E. 3.2.

¹⁰⁴ BGer, 13. 12. 2016 – 4A_259/2016, E. 5.2; *Fischer*, Vortrag am Seminar „Interessenkonflikte: Recht & Best Practice: Aktuelle Rechtsfragen rund um Verwaltungsrat und Geschäftsleitung“ des Europa Instituts an der Universität Zürich vom 1. 10. 2024, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit – Haftungsfragen im Kontext von Interessenkonfliktregeln, Geschäftsermessen und BJR, Folie 15.

¹⁰⁵ BGer, 27. 6. 2017 – 4A_642/2016, E. 2.1; *Fischer* (Fn. 104), Vortrag, Folie 14; *Kunz*, *SJZ* 2024, 651, 655.

¹⁰⁶ Vgl. *Kunz*, *ZBJV* 160 (2024), 379, 405.

¹⁰⁷ *Fischer* (Fn. 104), Vortrag, Folie 16.

¹⁰⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. 12. 1937 (SR 311.0).

Folgen nach sich ziehen kann. Gerade in Fällen, in denen nicht marktkonforme Geschäfte im Rahmen von Selbstkontraktion und Doppelvertretung sowie ohne Genehmigung eines übergeordneten Organs abgeschlossen werden, besteht damit ein Strafbarkeitsrisiko für Verwaltungsratsmitglieder.¹⁰⁹

VI. Bankaktiengesellschaften im Speziellen

Die meisten Banken sind als Aktiengesellschaften organisiert.¹¹⁰ Dabei gehen abweichende Normen des Bankenaufsichtsrechts denjenigen des Aktienrechts als *lex specialis* vor.¹¹¹ Banken unterliegen im Vergleich zu anderen Aktiengesellschaften strengeren Vorgaben zur Corporate Governance, um den in Art. 4 FINMAG¹¹² festgelegten Zielen der Finanzmarktaufsicht, insbesondere dem Anleger- und Funktionsschutz, gerecht zu werden. So besteht für Banken beispielsweise die Pflicht einer Trennung von Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorganen nach Art. 11 Abs. 2 BankV¹¹³. Strengere Vorgaben zur Corporate Governance von Banken *de lege ferenda* sind außerdem Gegenstand aktueller rechtspolitischer Diskussionen.¹¹⁴ Zudem sind sie aufsichtsrechtlich verpflichtet, den Umgang mit Interessenkonflikten zu regeln.¹¹⁵ Darüber hinaus sind die erörterten aktienrechtlichen Bestimmungen ebenfalls anwendbar. In diesem Zusammenhang lohnt sich ein Blick in die Normierung des Umgangs mit Interessenkonflikten in den Organisationsreglementen von Banken, die durchaus unterschiedlich erfolgt. Bei der folgenden Betrachtung handelt es sich um eine Auswahl bedeutender Banken der Kategorien 1 bis 3.¹¹⁶ Bei der

109 *Steininger* (Fn. 26), S. 289f.

110 Vgl. Die Liste der von der FINMA bewilligten Banken und Wertpapierhäuser vom 26. 12. 2024 ist abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/finma-public/bewilligte-institute-personen-und-produkte> (Abruf: 29. 12. 2024).

111 *Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe: Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmungen zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, 2004, S. 162ff.; *Reiser*, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 2022, 401, 411.

112 Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. 6. 2007 (SR 956.1).

113 Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. 4. 2014 (SR 952.02).

114 Vgl. Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission: Die Geschäftsführung der Bundesbehörden im Kontext der CS-Krise vom 17. 12. 2024, 23.427, S. 136f.; Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität vom 10. 4. 2024, S. 234ff.

115 FINMA-Rundschreiben 17/1 „Corporate Governance – Banken“ vom 22. 9. 2016 (zuletzt geändert: 31. 10. 2019), ist abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben> (Abruf: 29. 12. 2024), Rn. 29; *Emmenegger/Kurzbein*, Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, GesKR 2010, 462, 470.

116 Vgl. Liste der von der FINMA bewilligten Banken und Wertpapierhäuser vom 26. 12. 2024 (Fn. 110).

Julius Bär Group AG¹¹⁷, der Vontobel Holding AG¹¹⁸ und der Zürcher Kantonalbank¹¹⁹ besteht eine absolute Ausstandspflicht für Verwaltungsratsmitglieder mit einem Interessenkonflikt sowohl bei der Beratung als auch bei der Beschlussfassung. Im Gegensatz dazu haben die Verwaltungsratsmitglieder der UBS Group AG trotz Interessenkonflikt in der Regel an Beratungen und Diskussionen teilzunehmen. Die Abstimmungen werden doppelt durchgeführt, d.h. einmal mit und einmal ohne das betreffende Mitglied, wobei eine verbindliche Entscheidung das gleiche Ergebnis in beiden Abstimmungen voraussetzt. Ein Ausschluss des betreffenden Mitglieds von Beratungen und Diskussionen ist nur bei Vorliegen von außerordentlichen Umständen, über die der gesamte Verwaltungsrat befindet, vorgesehen.¹²⁰ Eine Grundlage für die vollständige Abschottung eines Verwaltungsratsmitglieds, als graduell höchste Form des Ausstands¹²¹, findet sich hingegen nur im Organisationsreglement der Vontobel Holding AG.¹²² Diese unterschiedlichen Regelungen sind Ausdruck der aktienrechtlichen Flexibilität, die auch durch das Bankaufsichtsrecht keine Einschränkung erfährt.

Im Vergleich zum Aktienrecht setzt das Bankenaufsichtsrecht sodann erhöhte Anforderungen an die Zusammensetzung des Verwaltungsrates. Insbesondere verlangt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, dass der Verwaltungsrat einer Bank zu mindestens einem Drittel aus unabhängigen Mitgliedern besteht. Dabei gilt ein Verwaltungsratsmitglied als unabhängig, wenn es weder bei der Bank noch bei dessen Prüfgesellschaft in den letzten zwei Jahren tätig war, keine geschäftlichen Beziehungen unterhält, die zu Interessenkonflikten führen und weder selbst eine qualifizierte Beteiligung an der Bank hält noch einen solchen Aktionär vertritt.¹²³ Die Forderung nach Unabhängigkeit vom qualifizierten Aktionär dient insbesondere den Gläubigerinteressen.¹²⁴ Das sich wie erwähnt an kotierte Aktiengesellschaften richtende SCBP geht noch weiter und fordert, dass mindestens die Hälfte des Verwaltungsrates aus unabhängigen Mitgliedern bestehen muss.¹²⁵ Bei kotierten

117 Das Organisationsreglement der Julius Bär Group AG vom 17. 4. 2020 ist abrufbar unter <https://www.juliusbaer.com/en/media-investors/corporate-governance> (Abruf: 29. 12. 2024), Ziff. 8.8.

118 Organisationsreglement der Vontobel Holding AG (Fn. 60), Ziff. 7.3.

119 Das Organisationsreglement der Zürcher Kantonalbank vom 15. 12. 2022 (Fassung vom 14. 12. 2023) ist abrufbar unter <https://www.zkb.ch/de/ueber-uns/unser-unternehmen/corporate-governance.html> (Abruf: 29. 12. 2024), § 30.

120 Organisationsreglement der UBS Group AG (Fn. 76), Ziff. 30.4.

121 Fischer (Fn. 1), S. 271.

122 Organisationsreglement der Vontobel Holding AG (Fn. 60), Ziff. 7.3.

123 FINMA-Rundschreiben 17/1 „Corporate Governance – Banken“ (Fn. 115), Rn. 17 ff.

124 Watter, Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern, GesKR 2019, 601, 604.

125 SCBP 2023 (Fn. 3), Ziff. 10.

Bankaktiengesellschaften geht somit die strengere Anforderung des SCBP grundsätzlich vor, wobei hier das Prinzip „comply or explain“ gilt.¹²⁶

In der Literatur wird teilweise eine solche Unabhängigkeit des Verwaltungsrates vom Unternehmen und dem kontrollierenden Aktionär auch für sämtliche nicht kotierten Aktiengesellschaften gefordert.¹²⁷ Die gegenteilige Ansicht wird damit begründet, dass gerade Personen, die der Gesellschaft oder wichtigen Aktionären nahestehen, in der Regel im Interesse der Gesellschaft entscheiden, da sie von Fehlentscheidungen stärker betroffen sind.¹²⁸ Die aktienrechtliche Kodifizierung der Unabhängigkeit des Verwaltungsrates bzw. eines bestimmten Mitgliederanteils erscheint wenig sinnvoll.¹²⁹ Die überwiegende Mehrheit der Aktiengesellschaften sind nicht kotiert und auch nicht dem Bankengesetz unterstellt. Gerade im weit verbreiteten Fall von Einpersonengesellschaften, in denen Personenidentität zwischen Alleinaktionär sowie einzigem und exekutivem Verwaltungsratsmitglied besteht, wäre eine solche Unabhängigkeit zudem faktisch auch kaum umsetzbar.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und Würdigung

Die fehlende Offenlegung und das Handeln im Interessenkonflikt von Verwaltungsräten können weitreichende Folgen haben. Abgesehen von Ausnahmefällen wie der nichtigen Selbstkontraktion bleiben Verwaltungsratsbeschlüsse grundsätzlich gültig, selbst wenn Interessenkonflikte vorgelegen haben. Allerdings stellt die unterlassene Offenlegung eines Interessenkonflikts bzw. das Unterlassen entsprechender Maßnahmen eine Verletzung der Treue- bzw. Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR dar. Diese Pflichten wirken u.E. im beschränkten Umfang auch nach Austritt aus dem Verwaltungsrat nach. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines ungenügenden Umgangs mit Interessenkonflikten bzw. die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist sodann die Business Judgment Rule nicht anwendbar. Darüber hinaus können auch strafrechtliche Rechtsfolgen drohen.

Der im Zuge der Aktienrechtsrevision implementierte Art. 717a OR führt keine neuen bzw. über die bestehenden allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflichten gemäß Art. 717 OR hinausgehenden Pflichten ein, sondern kodifiziert lediglich bereits bestehende Pflichten. So sind Interessenkonflikte stets offenzulegen. Ob und welche Maßnahmen der Verwaltungsrat beim Vorliegen von Interessenkonflikten ergreifen muss, hängt von der Art und der Intensi-

126 SCBP 2023 (Fn. 3), Ziff. 34.

127 Nur ein VR-Mitglied, das sich gegenüber niemandem verpflichtet fühlt, ist in der Lage, im Interesse des Unternehmens zu denken und zu handeln. Als unabhängig gilt, wer keine oder nur unbedeutende Beziehungen zum Unternehmen oder zum kontrollierenden Aktionär hat.“ (*Krmeta* [Fn. 90], Rn. 108 ff., Zitat aus Rn. 108).

128 Watter, GesKR 2019, 601, 604 f.

129 So auch Watter, GesKR 2019, 601, 607.

tät¹³⁰ des Interessenkonflikts ab. Die konkreten Pflichten und Abläufe im Umgang mit Interessenkonflikten sollten daher im Organisationsreglement geregelt werden. Flexible aktienrechtliche Bestimmungen sind dabei starren Vorgaben, wie einer zwingenden Ausstandspflicht bei Interessenkonflikten, vorzuziehen. In diesem Sinne ist Art. 717a OR daher positiv zu würdigen. Allfällige weitergehende Vorgaben sind für Bankaktiengesellschaften im Aufsichtsrecht und für kotierte Gesellschaften im SCBP zu regeln.

130 Vgl. auch SCBP 2023 (Fn. 3), Ziff. 19.