



29. April 2022

## **Die Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder**

### **Geschäftsführungsorgane: Aufgaben, Zuständigkeiten, Pflichten**

#### **Pflichten der Geschäftsführungsorgane im Allgemeinen**

*Verhaltenspflichten gemäss Art. 717 OR*

- Sorgfaltspflicht (Abs. 1)
- Treuepflicht, Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen (Abs. 1)
- Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre (Abs. 2)

*Funktionen der Verhaltenspflichten der Geschäftsführungsorgane*

- Korrelat zum Fehlen von Aktionärspflichten (abgesehen von der Liberierungspflicht) (Art. 680 Abs. 1 OR)
- Verhaltenssteuerung im Prinzipal-Agenten-Verhältnis zwischen den Aktionären und den mit der Geschäftsführung befassten Personen
- persönliche Verantwortung und Verantwortlichkeit (siehe Art. 754 OR) in der juristischen Person



## Treuepflicht im Allgemeinen

(i) Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen (Treuepflicht im weiteren Sinn); (ii) Treuepflicht im engeren Sinn

### *Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen*

- Grundfrage des Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance: Wozu sind Gesellschaften (Unternehmen) da, wem haben sie zu dienen?
- «Shareholder Value»-Ansatz, «Stakeholder»-Value-Ansatz; soziale Verantwortung von Unternehmen; «ESG» (Environmental, Social, Governance), «CSR»; das «Unternehmen»
- rechtliche Funktion des «Gesellschaftsinteresses»
- Berücksichtigung verschiedener Interessen bei der Festlegung des Gesellschaftsinteresses; Abgrenzung zum Interessenkonflikt

## Treuepflicht im engeren Sinn

*Wahrung der Interessen der Gesellschaft, nicht der eigenen Interessen oder derjenigen nahestehender Personen*

- Grundsätze und Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten
- Grundsätze und Regeln zum Abschluss von Rechtsgeschäften, die die unabhängige Wahrung der Gesellschaftsinteressen gefährden

*Wahrung der Interessen der Gesellschaft, nicht der Interessen einzelner Aktionäre, etwa des Mehrheitsaktionärs oder kontrollierenden Aktionärs, zum Beispiel:*

- Anwendung einer statutarischen Vinkulierungsbestimmung im Sinn von Art. 685b OR (siehe BGE 145 III 351 E. 3.2, S. 356 ff.; «Sika»-Urteil, E. 8.3, S. 45)
- Beachtung von Art. 680 Abs. 2 und Art. 678 Abs. 2 OR und Wahrung der Interessen der Konzernmuttergesellschaft (BGer 4A\_268/2018 vom 18. November 2019, E. 6.5.4.4)
- Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 717 Abs. 2 OR) beim Rückkauf eigener Aktien (siehe ausserordentliche Generalversammlung der Roche Holding AG vom 26. November 2021)

*Wahrung der Interessen der Gesellschaft, nicht der Interessen Dritter*

- aber: Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger in einer Sanierungssituation



## Grundsätze und Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten

### *Begriff*

- Interessenkonflikt
- Interessenberührung
- «Interessenkollision»
- jedenfalls *nicht*: Interessenskonflikt

### *Rechtsgrundlagen*

- Art. 717a nOR («Interessenkonflikte»)
- Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR)
- Grundsätze der bürgerlichen Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) zu den Insichgeschäften

### *Tatbestände des Handelns im Interessenkonflikt*

- Insichgeschäfte (Doppelvertretung, Selbstkontrahieren)
- sonstiges Handeln im Interessenkonflikt, zum Beispiel Abschluss eines Geschäfts mit einer anderen Gesellschaft, an der das handelnde Verwaltungsratsmitglied massgeblich beteiligt ist

### *Pflichten im Zusammenhang mit Interessenkonflikten (und Interessenberührungen): Allgemeines*

- Pflicht, den Gesellschaftsinteressen den Vorrang einzuräumen
- Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten
- Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten und Interessenberührungen (Art. 717a Abs. 1 nOR)
- Pflicht zur Ergreifung von Massnahmen zur Vermeidung nachteiliger Auswirkungen von Interessenkonflikten («Kontrolle» von Interessenkonflikten) (Art. 717a Abs. 2 nOR): der «Kern der Treuepflicht»



*Der korrekte Umgang mit Interessenkonflikten*

1. Offenlegung des Interessenkonflikts
2. Kontrolle des Interessenkonflikts

Das Handeln unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts ist zulässig, wenn

- keine Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft aufgrund der Natur des Geschäfts besteht;
- zum Abschluss des Geschäfts durch ein nebengeordnetes (unabhängige Verwaltungsratsmitglieder) oder übergeordnetes Organ (Generalversammlung) ermächtigt wird; oder
- der Abschluss des Geschäfts durch ein nebengeordnetes (unabhängige Verwaltungsratsmitglieder) oder übergeordnetes Organ (Generalversammlung) genehmigt wird.

Das Handeln unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts ist überdies dann zulässig, wenn der Schwere («Intensität») des Interessenkonflikts entsprechende Massnahmen getroffen werden, wie insbesondere:

- Ausstand (bei der Beschlussfassung, auch bei der Beratung oder vollständiger Ausschluss des Zugangs zu Information)
- objektive und unabhängige Beurteilung des Geschäfts – Frage der nachträglichen Beurteilung
- Abschluss des Geschäfts zu Drittbedingungen («at arm's length») (unklar, ob für sich allein genügend)

*Rechtsfolgen einer Verletzung der Regeln über die Kontrolle von Interessenkonflikten*

1. Rechtsfolge mit Bezug auf das betreffende Rechtsgeschäft
  - a) Im Fall eines Inlichgeschäftes: «Ungültigkeit»
    - fehlende Vertretungsmacht, weil vom Gesellschaftszweck nicht gedeckt
    - fehlende Vertretungsbefugnis, weil nicht im Interesse der vertretenen Gesellschaft
  - b) Bei Geschäften, die sonst unter dem Einfluss eines Interessenkonflikts abgeschlossen werden: grundsätzlich fehlende Rechtswirksamkeit
    - fehlende Vertretungsbefugnis, weil nicht im Interesse der vertretenen Gesellschaft
    - Ausnahme: Schutz des guten Glaubens in Bezug auf die Vertretungsbefugnis



## 2. Rechtsfolge mit Bezug auf die handelnde Person

Es liegt eine Verletzung der Treuepflicht vor, an die verschiedene Rechtsfolgen anknüpfen können, namentlich:

- persönliche Verantwortlichkeit (Art. 754 OR)
- Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung (siehe insbesondere Art. 321a und Art. 398 Abs. 2 OR)
- aufsichtsrechtliche Sanktionen
- strafrechtliche Rechtsfolgen (siehe insbesondere Art. 158 Ziff. 1 StGB)

### **Grundsätze und Regeln zum Abschluss von Rechtsgeschäften, die die unabhängige Wahrung der Gesellschaftsinteressen gefährden**

*Allgemeines: Pflicht zur unabhängigen Wahrung der Gesellschaftsinteressen*

Verbot des Abschlusses von Rechtsgeschäften, die die unabhängige Wahrung der Gesellschaftsinteressen gefährden – auch wenn kein Interessenkonflikt, sondern nur eine Interessenberührung besteht

Private Rechtsgeschäfte von Geschäftsführungsorganen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung

*Tatbestände des Abschlusses von Rechtsgeschäften, die die unabhängige Wahrung der Gesellschaftsinteressen gefährden (können)*

Verbot der unzulässigen Aneignung von Geschäftschancen («corporate opportunities»)

Konkurrenzverbot

Verletzung von Geschäftsgeheimnissen

Verbot des Ausnützens von Insiderinformationen (siehe auch Art. 142 FinfraG)

Verbot der Annahme persönlicher Vorteile (passive Bestechung) (siehe auch Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG)



*Pflichten im Zusammenhang mit Geschäften, die die unabhängige Wahrung der  
Gesellschaftsinteressen gefährden (können)*

1. Offenlegung der Interessenberührung
2. Unterlassung des Abschlusses des Geschäfts