



Kommentar zu: Urteil: [6B_818/2017](#) vom 18. Januar 2018
Sachgebiet: Straftaten
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: Strafrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Gesellschaftsrecht und Finanzmarktrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Genehmigung von Insichgeschäften bei der Aktiengesellschaft

Autor / Autorin

Lea Altermatt, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

Ausgehend vom Urteil des Bundesgerichts 6B_818/2017 vom 18. Januar 2018 besprechen die Autoren die Genehmigungsfähigkeit bzw. Genehmigung von Insichgeschäften durch die Generalversammlung. Im genannten Urteil verneinte das Bundesgericht die Genehmigungsfähigkeit und Genehmigung des Insichgeschäfts und bestätigte u.a. den Schuldspruch gegen den Präsidenten des Verwaltungsrats aufgrund ungetreuer Geschäftsbesorgung.

Sachverhalt

[1] X. (Beschwerdeführer) war Mehrheitsaktionär der A. AG, einer an der Berner Börse kotierten Gesellschaft mit Sitz in Zürich. Am 12. Januar 2009 stellte der Beschwerdeführer der A. AG Rechnung über CHF 253'634 (CHF 76'000 Honorar und CHF 177'634 für Kursverluste) für die in den Jahren 2006 bis 2008 mit seinen eigenen Titeln der A. AG (Namenaktien und Partizipationsscheinen) betriebene Kursbewirtschaftung oder -glättung (*Market Making*). Der damalige Verwaltungsrat bestritt diese Forderung und verweigerte deren Verbuchung. Nachdem der Beschwerdeführer ab August 2009 selber Präsident des Verwaltungsrats geworden war sowie seine Ehefrau Mitglied des Verwaltungsrats (je mit Kollektivunterschrift zu zweien), liess er die Rechnung rückwirkend im Geschäftsjahr 2008 zulasten des Unternehmensberatungsaufwands und zugunsten seines Kontokorrents bei der A. AG verbuchen. Die betreffende Jahresrechnung wurde am 6. November 2009 von der Generalversammlung genehmigt (Sachverhaltsabschnitt A.).

[2] Das Bezirksgericht Zürich sprach den Beschwerdeführer am 27. Januar 2016 der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 [StGB](#) und der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig. Die erstinstanzlichen Schuldsprüche wurden vom Obergericht des Kantons Zürich

bestätigt. Der Beschwerdeführer erhob daraufhin Beschwerde in Strafsachen (Sachverhaltsabschnitte B., C., D. und E.).

Erwägungen

[3] Das Bundesgericht behandelte zuerst den Schuldspruch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung. Das Bundesgericht führte aus, dass der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt sei, wenn jemand, der aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird. Verdeckte Gewinnausschüttungen an ein Mitglied des Verwaltungsrats bzw. einen Aktionär seien grundsätzlich pflichtwidrig im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, da sie den Interessen der übrigen Aktionäre und möglicherweise auch Dritter zuwiderlaufen würden (E. 1.2.1, 1.2.2).

[4] Der Beschwerdeführer bestritt vor Bundesgericht nicht mehr, dass keine vertragliche oder ausservertragliche Grundlage für die Rechnung bestanden habe. Er behauptete allerdings, dass die Rechnung mit der Genehmigung der Jahresrechnung 2008 als Insichgeschäft genehmigt worden sei und er deshalb berechtigt gewesen sei, den Betrag als Geschäftsaufwand zu verbuchen (E. 1.4.2, 1.5.1).

[5] Das Bundesgericht erläuterte seine ständige Rechtsprechung, wonach das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig sei, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führe. Selbstkontrahieren habe deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Dieselben Regeln würden auch für die Doppelvertretung zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe gelten. Auch in diesen Fällen bedürfe es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung des Vertretenen bzw. durch ein neben- oder übergeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung bestehe (BGE [127 III 332](#) E. 2a S. 333 f.; BGE [126 III 361](#) E. 3a S. 363 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts [6B 300/2016](#) vom 7. November 2016 E. 4.4.2; Urteil des Bundesgerichts [4A 195/2014](#) vom 27. November 2014 publiziert in: BGE [140 III 602](#), nicht publizierte E. 6.1). Bei einem Insichgeschäft, das durch den Mehrheitsaktionär einer Gesellschaft abgeschlossen werde, bedürfe es aus Gründen des Minderheitenschutzes der Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses der Generalversammlung (BGE [126 III 361](#) E. 5a S. 366) (E. 1.5.2).

[6] In der Folge entkräftete das Bundesgericht die Argumentation des Beschwerdeführers. Es sei zum einen bereits zweifelhaft, ob ein Insichgeschäft im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliege. Der Beschwerdeführer sei nämlich im Zeitpunkt des *Market Makings* (2006 bis 2008) formell kein Mitglied des Verwaltungsrats gewesen, es sei damals kein entsprechendes Geschäft abgeschlossen worden und die Rechnung sei damals auch nicht durch den Verwaltungsrat akzeptiert worden. Zum anderen habe die Generalversammlung nur über die Jahresrechnung 2008 abgestimmt. Aus der Erfolgsrechnung sei der Rechnungsbetrag über CHF 253'634 für das *Market Making* nicht gesondert hervorgegangen. Ausserdem sei eine Genehmigung eines Insichgeschäfts für *Market Making* weder traktandiert (vgl. Art. 700 Abs. 2 und 3 [OR](#)) oder protokolliert, noch von den Aktionären noch vom Revisor als solche erkannt und verstanden worden. Das Bundesgericht kam deshalb zum Schluss, dass das Geschäft, wenn es überhaupt ein Insichgeschäft sein sollte, nicht als Insichgeschäft von der Generalversammlung genehmigt worden sei. Weiter führte das Bundesgericht aus, die Vorinstanz habe willkürfrei festgestellt, dass der Beschwerdeführer vorsätzlich und in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht gehandelt habe (E. 1.5.3 – E. 1.7).

[7] Anschliessend bestätigte das Bundesgericht noch den Schuldspruch wegen Urkundenfälschung (E. 2). Die Beschwerde wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (E. 3).

Kurzkommentar

[8] *Definition des Insichgeschäfts.* Das Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung werden unter dem Begriff Insichgeschäft zusammengefasst. Als Selbstkontrahieren («*contrat avec soi-même proprement dit*»/«*contratto con sé stesso in senso proprio*») wird bezeichnet, wenn der Vertreter für den Vertretenen mit sich selbst als Gegenpartei einen Vertrag abschliesst. Bei der Doppelvertretung («*double représentation*»/«*doppia rappresentanza*») handelt der Vertreter für beide Vertragsparteien und schliesst den Vertrag im Namen dieser beiden Parteien ab (ANSGAR SCHOTT, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Diss. Univ. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 51; PETER BÖCKLI, *Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR*, GesKR 3/2012, S. 354 ff., S. 355).

[9] *Schriftlichkeitserfordernis.* Gemäss Art. 718b [OR](#) muss der Vertrag schriftlich abgefasst werden, wenn die Gesellschaft beim Abschluss eines Vertrags durch diejenige Person vertreten wird, mit der sie den Vertrag abschliesst. Dieses Erfordernis gilt nicht für Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000 nicht übersteigt. Art. 718b OR ist wohl kumulativ zu verstehen zu den bereits von der Rechtsprechung erarbeiteten materiellen Anforderungen (ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], *Obligationenrecht II*, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 718b N. 9).

[10] *Genehmigung des Insichgeschäfts.* Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind das Selbstkontrahieren und die Doppelvertretung in der Aktiengesellschaft grundsätzlich unzulässig. Es sei denn die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ist nach der Natur des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen oder es liegt eine Ermächtigung bzw. Genehmigung durch den Verwaltungsrat oder die Generalversammlung vor (erstmalig BGE [39 II 561](#); für neuere Rechtsprechung vgl. Rz. 5). Auch die herrschende Lehre geht nach dem Grundsatz «*volenti non fit iniuria*» von der Genehmigungsfähigkeit eines Insichgeschäfts aus (ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], *Obligationenrecht II*, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 718a N. 12b; PETER JUNG, *Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst*, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg [Hrsg.], *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI*, Bern 2011, S. 273 ff., S. 281; a.A. CLAIRE HUGUENIN, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger [Hrsg.], *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 521 ff., S. 526 f.). Das Rechtsgeschäft befindet sich bis zur Genehmigung in einer schwebenden Unwirksamkeit (vgl. Art. 38 Abs. 1 OR; RALPH STRAESSLE/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Die Doppelvertretung im Aktienrecht*, SZW 4/2013, S. 338 ff., S. 342). Das Bundesgericht wendet die Rechtsprechung zu den Insichgeschäften unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle an, wo nicht eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch sonst ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliegt. Denn grundsätzlich ist gemäss Bundesgericht davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen (Urteil des Bundesgerichts [4A_645/2017](#) vom 22. August 2018 E. 5.1 m.w.H.; u.a. besprochen von JEAN-LUC CHENAUX/JOSÉPHINE MARMY, *Opérations pour propre compte au sein de sociétés unipersonnelles: une confirmation bienvenue*, in: Bulletin CEDIDAC 2018 Nr. 78; MARKUS VISCHER, *Entscheidbesprechungen*, BGer 4A_645/2017: Arbeitsvertrag, Abgangsentschädigung, AJP 11/2018, S. 1400 ff.). Der Begriff des Insichgeschäfts im weiteren Sinn umfasst damit auch das Handeln in einem Interessenkonflikt.

[11] *Generalversammlung als Genehmigungsorgan für Insichgeschäfte.* Die Zustimmungsberechtigung der Generalversammlung soll geboten sein, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats das Insichgeschäft (im weiteren Sinn) abgeschlossen hat und dieses ein anderes Mitglied des Verwaltungsrats nicht konfliktfrei genehmigen kann (STRAESSLE/VON DER CRONE, a.a.O., S. 348; BGE [127 III 332](#) E. 2b/aa S. 335 m.w.H.).

[12] *Durchbrechung des Paritätsprinzips.* Nach dem Paritätsprinzip kommen jedem Organ bestimmte nicht entziehbare Aufgaben zu (PETER NOBEL, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung*, Bern 2017, § 4 N. 294 ff.). Die Generalversammlung darf deshalb keine Befugnisse des Verwaltungsrats an sich ziehen (BETTINA STUTZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, *Kontrolle von Interessenskonflikten im Aktienrecht*, SZW 2/2003, S. 102 ff., S. 108). Durch die Genehmigung eines

Insichgeschäfts (im weiteren Sinn) durch die Generalversammlung wird das Paritätsprinzip allerdings in fraglicher Weise durchbrochen (MARKUS VISCHER, «Volenti non fit iniuria» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 11/2016, S. 1485 ff., S. 1491).

[13] *Aktionärs-, Gläubiger- und Gesellschaftsinteresse*. Das Bundesgericht erachtet das Gesellschafts- und Aktionärsinteresse bei einer Gesellschaft mit einem Alleinaktionär als deckungsgleich (BGE [126 III 361](#) E. 5a S. 366; BGE [50 II 168](#) E. 5 S. 183 f.). Bei einer Gesellschaft mit Minderheitsaktionären seien dagegen die Gesellschafts- und Aktionärsinteressen nicht deckungsgleich. Im ersten Fall genüge als Ermächtigung bzw. Genehmigung des Insichgeschäfts (im weiteren Sinn) die Ermächtigung bzw. die Genehmigung durch den Alleinaktionär in welcher Form auch immer, z.B. auch ausserhalb einer korrekt durchgeführten Generalversammlung und damit z.B. auch implizit und informell. Im zweiten Fall müsse die Ermächtigung bzw. Genehmigung dagegen mittels eines anfechtbaren Generalversammlungsbeschlusses erfolgen (s. E. 1.5.2; BGE [126 III 361](#) E. 5 S. 366 f.). Nicht geboten sei hingegen ein Schutz der Interessen der Gesellschaft selbst oder der Gläubiger (BGE [126 III 361](#) E. 5a S. 366 f., so teilweise bereits BGE 93 II 461 E. 6a S. 481, a.A. noch BGE [50 II 168](#) E. 5 S. 183 f.). Die Gläubiger seien vielmehr geschützt durch die paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. [SchKG](#)) und die Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrats (BGE [126 III 361](#) E. 5a S. 366 f.).

[14] *Stellungnahme*. Das Bundesgericht stützte sich im vorliegenden Fall für seine rechtlichen Ausführungen zum Insichgeschäft (im weiteren Sinn) wie ausgeführt schwergewichtig auf das Präjudiz BGE [126 III 361](#) und bestätigt es (s. E. 1.5.2). Die in BGE [126 III 361](#) (und in weiteren und auch im hier besprochenen Urteil) ausgedrückte Meinung des Bundesgerichts, wonach zwischen Gesellschaften mit einem Alleinaktionär und Gesellschaften mit Minderheitsaktionären in Bezug auf die Behandlung von Insichgeschäften (im weiteren Sinn) zu differenzieren sei, ist abzulehnen. Zumal schon fraglich ist, ob man denn überhaupt in Durchbrechung des Paritätsprinzips die Ermächtigung bzw. Genehmigung von Insichgeschäften (im weiteren Sinn) im Verwaltungsrat in bestimmten Konstellationen dem Aktionariat überlassen will. Mindestens aber ist die Meinung des Bundesgerichts abzulehnen, bei Gesellschaften mit einem Alleinaktionär könne die Ermächtigung bzw. Genehmigung von Insichgeschäften (im weiteren Sinn) ausserhalb einer korrekt durchgeführten Generalversammlung und damit z.B. auch implizit und informell erfolgen (zum Ganzen VISCHER, AJP 11/2018, a.a.O., S. 1400 ff.; VISCHER, AJP 11/2016, a.a.O., S. 1490 ff.; kritisch zu BGE [126 III 361](#) bzw. der entsprechenden Rechtsprechung schon HUGUENIN, a.a.O., S. 526 f.; WALTER A. STOFFEL/MICHEL HEINZMANN, Interessendurchgriff?, in: Hans Caspar von der Crone et al. [Hrsg.], Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 199 ff., S. 203 ff.).

[15] Begrüssenswert sind dagegen die Ausführungen des Bundesgerichts zu den Anforderungen an eine Ermächtigung bzw. Genehmigung eines Insichgeschäfts (im weiteren Sinn), indem es klarstellt, dass nur eine «*informed decision*» eine wirksame Ermächtigung bzw. Genehmigung sein kann. Entsprechend liegt mit der Genehmigung der Jahresrechnung in der Generalversammlung mangels spezieller Hervorhebung in der Erfolgsrechnung oder im Revisionsbericht und mangels spezieller Traktandierung oder Protokollierung und damit fehlender Erkennbarkeit durch die Aktionäre und den Revisor (s. E. 1.5.3, 1.5.4) keine «*informed decision*» (s. dazu VISCHER, AJP 11/2016, a.a.O., S. 1490) vor. Hingewiesen werden kann schlussendlich noch auf die im besprochenen Urteil (s. E. 1.5.5) explizit offengelassene und in der Lehre umstrittene Frage, ob sich der vom Insichgeschäft (im weiteren Sinn) betroffene Aktionär der Stimme enthalten muss (bejahend VISCHER, AJP 11/2016, a.a.O., S. 1491).

MLaw LEA ALTERMATT, Anwaltspraktikantin, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Lea Altermatt / Dario Galli / Markus Vischer, Genehmigung von Insichgeschäften bei der Aktiengesellschaft, in: dRSK, publiziert am 18. April 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch