



Kommentar zu: Urteil: [4A_645/2017](#) vom 22. August 2018, zur Publikation vorgesehen
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Gesellschaftsrecht

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

Selbstkontrahierungs- und «Golden Parachute»-Verbot

Analoge Rechtsanwendung der Selbstkontrahierungs- und «Golden Parachute»-Regeln auf formalrechtlich vergleichbare Sachverhalte

Autor / Autorin

Daniel Donauer, Theodor Härtsch

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Lukas Handschin



Im vorliegenden Entscheid bestätigt das Bundesgericht seine neuere Rechtsprechung, wonach die Prinzipien bzw. das Verbot des Selbstkontrahierens auch dann Anwendung finden, wenn formalrechtlich kein Insichgeschäft angenommen werden kann. Es erörtert in diesem Kontext zudem die Stellung der Aktionäre als Alleineigentümer sowie die Verhältnisse bei vollständig kontrollierten Gruppengesellschaften hinsichtlich einer allfälligen Genehmigungspflicht. Zugleich lässt das Bundesgericht offen, ob börsenrechtliche Regelungen auch auf ausserbörsliche Sachverhalte analog angewendet werden sollen, schliesst dies aber nicht aus.

Sachverhalt

[1] B. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) war mit Wirkung ab 1. Januar 2002 als Chief Financial Officer (CFO) und als Mitglied der operativen Geschäftsleitung der Aa. Gruppe tätig. Diese bestand aus der Aa2. AG; deren Aktien wurden vollumfänglich von der Aa1. AG gehalten. Alleinige Aktionärin der Aa1. AG war wiederum die Aa. Holding AG mit zwischengeschalteter Aa. Europe Ltd. Formelle Arbeitgeberin war zunächst die Aa1. AG. Im Jahre 2003 wurde das Arbeitsverhältnis auf die Aa2. AG übertragen. Am 6. März 2006 wurde der Arbeitsvertrag insofern geändert, als dem Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens der Arbeitgeberin vor dem 1. März 2009 eine Abfindung in der Höhe von zwei Jahresgrundgehältern geschuldet war. Am 11. Dezember 2006 wurde dem Arbeitnehmer auf den 31. Dezember 2007 gekündigt und er wurde sofort freigestellt. Die Parteien stritten sich in der Folge über den Abfindungsanspruch von zwei Jahresgehältern und darüber, welches Ersatzeinkommen sich der Arbeitnehmer an den Lohnfortzahlungsanspruch während der Kündigungsfrist anrechnen lassen müsse. Im Jahre 2008 fusionierten die Aa1. AG und die Aa2. AG und firmierten neu unter Aa1. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin).

[2] Mit Klage vom 15. Februar 2007 beim Bezirksgericht Uster verlangte der Kläger unter anderem, die Beklagte sei zur Bezahlung der Abgangsentschädigung zu verpflichten. Mit Urteil und Beschluss vom 23. Mai 2016 wies das Bezirksgericht die Hauptklage ab. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und hielt im Wesentlichen an den vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehren fest. Mit Urteil vom 19. Oktober 2017 schützte das Obergericht die Berufung des Klägers teilweise und verpflichtete die Beklagte zur

Bezahlung der Abgangsentschädigung.

[3] Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 4. Dezember 2017 beantragt die Beklagte beim Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage sei abzuweisen. Der Beschwerdegegner trägt auf Abweisung der Beschwerde an, soweit darauf einzutreten ist.

Erwägungen

[4] Zu beurteilen bleibt damit die Abgangsentschädigung über CHF 500'000. Die Vereinbarung vom 6. März 2006 betreffend die Abgangsentschädigung wurde seitens der Arbeitgeberin, der Aa2. AG, durch C., Director of Human Resources, sowie D. als CEO unterschrieben. C. verfügte über eine Zeichnungsberechtigung zu zweien, D. war (einziger) Verwaltungsrat der Aa2. AG sowie der Aa1. AG. D. und der Kläger waren zudem die einzigen Verwaltungsräte der Aa. Holding AG. Eine gleichlautende Klausel wurde am selben Tag zugunsten von D. im Rahmen von dessen Arbeitsvertrag mit der Aa2. AG vereinbart. Dieses Dokument unterschrieben wiederum C. und der Beschwerdegegner für die Arbeitgeberin. D. verzichtete in der Folge auf die Abgangsentschädigung in Bezug auf seine Person.

[5] Die E. AG einerseits sowie D. und der Beschwerdegegner andererseits schlossen am 26. Januar 2006 einen Aktienkaufvertrag (Stock Purchase Agreement). Vertragsgegenstand waren die von der E. AG gehaltenen Aktien der Aa. Holding AG sowie ein Darlehen der E. AG an die Aa. Holding AG (E. 3.1). Am gleichen Tag und als Anhang zum Aktienkaufvertrag schlossen D. und der Beschwerdegegner einerseits und die Ab. International Corporation auf der anderen Seite einen Optionsvertrag (E. 3.2). Durch das Eingehen der genannten Verträge wurden D. und B. zeitweise alleinige Eigentümer der Aa. Holding AG.

[6] Vor der Ergänzung der Arbeitsverträge am 6. März 2006 fand am 2. März 2006 eine ausserordentliche Generalversammlung der Arbeitgeberin (Aa2. AG) in Anwesenheit von D. als deren Verwaltungsrat und dem Beschwerdegegner als Vertreter aller Aktien statt. Einziges Traktandum war die Anpassung der Arbeitsverträge von D. und dem Beschwerdegegner; diese wurde einstimmig genehmigt (E. 3.3).

[7] Die Vorinstanz erwog, dass beim Abschluss der Änderungsverträge vom 6. März 2006 zwar kein eigentliches Selbstkontrahieren vorgelegen habe, da für beide Parteien verschiedene Personen gehandelt hätten. Die Regeln zum Selbstkontrahieren seien aber nach dem Urteil des Bundesgerichts [4C.25/2005](#) vom 15. August 2005 (teilweise publiziert in [BGE 131 III 636](#)) analog anzuwenden, wenn auf Seiten der Gesellschaft ein Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft und jenen des handelnden Organs vorliege. Das sei hier der Fall, weil D. und der Beschwerdegegner bei ihren jeweiligen Änderungsverträgen gegenseitig voneinander abhängig gewesen seien. Deshalb hätten die Verträge durch ein übergeordnetes Organ, nämlich die Generalversammlung der Arbeitgeberin, genehmigt werden müssen. Diesbezüglich stellte die Vorinstanz fest, D. habe den Beschwerdegegner rechtsgültig zur Vertretung aller Aktien an der Generalversammlung der Aa2. AG vom 2. März 2006 ermächtigen können, da er im massgeblichen Zeitpunkt einziger Verwaltungsrat der Alleinaktionärin (Aa1. AG) gewesen sei. Unabhängig von den Ausführungen der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe nichts zur Vertretung sämtlicher Aktien der Aa2. AG behauptet, könne auch ohne förmliche Ermächtigung auf die Vertretungsbefugnis des Beschwerdegegners geschlossen werden, nämlich gestützt auf das von D. mitunterzeichnete Generalversammlungsprotokoll. Der Beschwerdegegner habe somit alle Aktien vertreten. Unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten sei deshalb davon auszugehen, dass durch den Beschluss der Generalversammlung die Ergänzung des Arbeitsvertrages mit dem Beschwerdegegner vom 6. März 2006 genehmigt worden sei. Dass die Generalversammlung nicht mit unabhängigen Personen besetzt gewesen sei, sei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil [4C.25/2005](#) vom 15. August 2005) kein Hinderungsgrund; auch in diesem Präjudiz habe die genehmigende General- bzw. Universalversammlung aus den gleichen Personen bestanden, die gleichzeitig die vertragschliessenden Verwaltungsräte gewesen seien. Liege ein gültiger Beschluss der Generalversammlung vor, brauche auf die konzernrechtliche Betrachtung, auf die sich der Beschwerdegegner berufe, nicht eingegangen zu werden. Weiter verneinte die Vorinstanz das Bestehen eines Treuhandvertrages zwischen dem Beschwerdegegner (und D.) und der Ab. International Corporation während der Latenzzeit, also bis zur Ausübung der Option durch Ab. International Corporation. Schliesslich begründete die Vorinstanz ausführlich in einem abschliessenden Punkt, weshalb ihres Erachtens die Vertragsergänzung betreffend Abgangsentschädigung (auch) im Interesse der Beschwerdeführerin gelegen habe, ohne diese

Ausführungen allerdings in einen rechtlichen Rahmen zu stellen. Auf einen zur Verrechnung gestellten Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ging sie nicht weiter ein, da dieser vor der Erstinstanz nur unsubstantiiert vorgebracht worden war (E. 4).

[8] Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt bzw. das Geschäft nachträglich genehmigt. Dies gilt auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe. Auch in diesem Fall bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht ([BGE 127 III 332](#) E. 2; [BGE 126 III 361](#) E. 3a). Das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle an, in welchen nicht eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch sonst ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliegt. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen ([BGE 126 III 361](#) E. 3a; Urteil [4A_195/2014](#) und [4A_197/2014](#) vom 27. November 2014 E. 6.1, nicht publ. in [BGE 140 III 602](#); zit. Urteil [4C.25/2005](#) vom 15. August 2005 E. 1.1, nicht publ. in: [BGE 131 III 636](#); vgl. auch Urteil [4A_55/2017](#) vom 16. Juni 2017 E. 5.2.1). Ein Schutzbedürfnis (der vertretenen Gesellschaft) entfällt aber, wenn der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär ist, da unter diesen Umständen zwingend zu folgern ist, dass der Abschluss des betreffenden Geschäftes zugleich dem Willen der Generalversammlung entspreche und deshalb von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt werde ([BGE 126 III 361](#) E. 5a; Urteil [4C.93/2007](#) vom 13. August 2007 E. 2.2) (E. 5.1).

[9] Die Beschwerdeführerin legt einlässlich dar, weshalb keine Genehmigung der Vereinbarungen über die Abgangsentschädigung vorliege. Es handle sich um ein Insichgeschäft, da sich D. und der Beschwerdegegner «über's Kreuz» begünstigt hätten; ein solches sei vom Gesellschaftszweck nicht erfasst. Keine der Parteien, insbesondere auch nicht der Beschwerdegegner, hätten im kantonalen Verfahren behauptet, die damalige Alleinaktionärin Aa1. AG habe mittels eines Beschlusses ihres Verwaltungsrates rechtsgültig über die Vertretung ihrer Aktien in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft Aa2. AG beschlossen. Indem die Vorinstanz wegen der Unterzeichnung des Protokolls der Generalversammlung vom 2. März 2006 auf eine formlose Ermächtigung geschlossen habe, habe sie die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 [ZPO](#) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 [BV](#)) verletzt. Auch in materieller Hinsicht könne mit dem Beschluss der Generalversammlung keine gültige Ermächtigung zur Einräumung der strittigen Abgangsentschädigungen vorgelegen haben. Denn seit einem entsprechenden Beschluss der Aa. Holding AG im Oktober 2005 habe ein Zinsmoratorium bestanden. Durften aufgrund der angespannten Ertrags- und Liquiditätslage keine Zinsen mehr bezahlt werden, so gelte dies umso mehr für die Abgangsentschädigung (E. 5.2).

[10] Das Bundesgericht hielt fest, dass es hier nicht um den (vertretungsrechtlichen) Aspekt des Schutzes eines (gutgläubigen) Dritten geht. Die Vorinstanz ging wie dargelegt davon aus, dass die Ergänzung des Arbeitsvertrages ein Insichgeschäft war und eine Ermächtigung durch die Generalversammlung als übergeordnetes Organ erfordert hätte. Darauf bezieht sich die Beschwerdeführerin. Damit berücksichtigt sie aber nicht die Tatsache, dass nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz die sich im Zuge der Änderungsverträge «über's Kreuz» begünstigenden Personen die alleinigen Eigentümer der A.a. Holding AG waren, welche wiederum die alleinige Eigentümerin aller Tochter- und Enkelgesellschaften war. Die Situation ist entsprechend vergleichbar mit jener eines Alleinaktionärs. Es fehlt an gegenläufigen Interessen. Gemäss [BGE 126 III 361](#) bedarf es in einem solchen Fall keiner zusätzlichen Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ bzw. eine solche wird stillschweigend angenommen. Das bezieht sich sowohl auf die Generalversammlung der Enkelgesellschaft – hier also der Arbeitgeberin – wie auf die Generalversammlung der Muttergesellschaft (Aa1. AG). Die Rügen der Beschwerdeführerin, die sich auf die fehlende Ermächtigung des Verwaltungsrates der Muttergesellschaft durch deren Generalversammlung beziehen, gehen daher an der Sache vorbei (E. 5.3.1).

[11] [BGE 126 III 361](#) ist in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen. Mit dieser Entscheidung wich das Bundesgericht von seiner früheren Rechtsprechung ab ([BGE 50 II 168](#)), in welcher es noch die Interessen von Gesellschaftsgläubigern als ebenfalls erheblich erachtete. Es erwog, namentlich in Anlehnung an ZOBG den Gesellschaftsgläubigern stünden mit den paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. [SchKG](#)) und der Verantwortlichkeitsklage gegenüber den Verwaltungsratsmitgliedern (Art. 754 [OR](#)) andere Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung. Demgegenüber ist nach verschiedenen Lehrmeinungen der Hinweis auf die paulianischen Anfechtungsmöglichkeiten und Verantwortlichkeitsansprüche fragwürdig, denn damit seien die Gläubiger schlechter geschützt als mit einer direkten materiellen Ungültigkeit des fraglichen Geschäfts bzw. ein solches Vertretungshandeln könne die Gesellschaft und damit das Haftungssubstrat der Gläubiger schädigen. Darüber hinaus sei die Argumentation auch unlogisch, denn sie setze voraus, dass die Nichtberücksichtigung der Gläubigerinteressen durch den Verwaltungsrat beim Selbstkontrahieren oder anderen Handlungen im Interessenkonflikt zwar pflichtwidrig sein könne, der Verwaltungsrat jedoch unter dem Gesichtswinkel der Vertretungsmacht bzw. des Handelns im Gesellschaftsinteresse nicht gehalten sei, Gläubigerinteressen zu berücksichtigen. Ein anderer Teil der Lehre stimmt [BGE 126 III 361](#) zu, bzw. teilt die dort vertretene Auffassung (E. 5.3.2).

[12] Würde man im Sinn der im [BGE 126 III 361](#) kritisierenden Lehre am Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ auch bei fehlendem Interessengegensatz zwischen Aktionären und handelnden Organen festhalten, so liefe dies auf ein rein fiktives Erfordernis hinaus. Mit der ausdrücklichen Zulassung der Einpersonengesellschaft durch Art. 625 [OR](#) und der Regelung gemäss Art. 718b [OR](#) betreffend Verträgen zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter (Schriftform), die im Rahmen der (kleinen) Aktienrechtsreform als Teil der Revision des GmbH-Rechts mit Wirkung ab 1. Januar 2008 eingefügt wurden, hat der Gesetzgeber bestätigt, dass Insihgeschäfte unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht grundsätzlich unzulässig sind. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass der Vorentwurf zu Art. 718b [OR](#) das Erfordernis der Schriftlichkeit explizit für Verträge zwischen einem Alleinaktionär und der von diesem vertretenen Gesellschaft vorgesehen hatte. Diese Regelung war in den Vernehmlassungen begrüsst, jedoch als zu spezifisch empfunden worden, weshalb nun alle Insihgeschäfte und nicht nur jene der Einpersonengesellschaften erfasst werden (Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], [BBl 2001 3148](#), 3230). Auch angesichts dieser auf den vorliegenden Fall in zeitlicher Hinsicht zwar noch nicht anwendbaren Gesetzgebung, die aber hinsichtlich der Einpersonengesellschaft die mit [BGE 126 III 361](#) getroffenen Wertungen bestätigt, besteht für das Bundesgericht kein Anlass, von diesem Präjudiz abzuweichen. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin beim Abschluss der Änderungsverträge vom 6. März 2006 gültig vertreten war (E. 5.3.2).

[13] Eine andere Frage ist, ob die Abgangsentschädigung wegen ihres Inhalts gesellschaftsrechtlich unzulässig ist. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vertragsänderung vom 6. März 2006 sei ein eigentlicher «goldener Fallschirm» und nicht im Interesse der Gesellschaft gewesen. Die vorinstanzliche Beurteilung der Interessenlage sei willkürlich und die Vorinstanz habe damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Eine solche (interessenwidrige) Vereinbarung sei auch aktienrechtlich unzulässig, weil sie der wirtschaftlichen Zweckverfolgung der Aktiengesellschaft widerspreche. Der Entscheid verletze auch Art. 725 [OR](#), denn gemäss dieser Bestimmung habe der Verwaltungsrat in einer angespannten finanziellen Situation wie vorliegend Sanierungsmassnahmen zu treffen und nicht liquide Mittel zu verschleudern (E. 6.1).

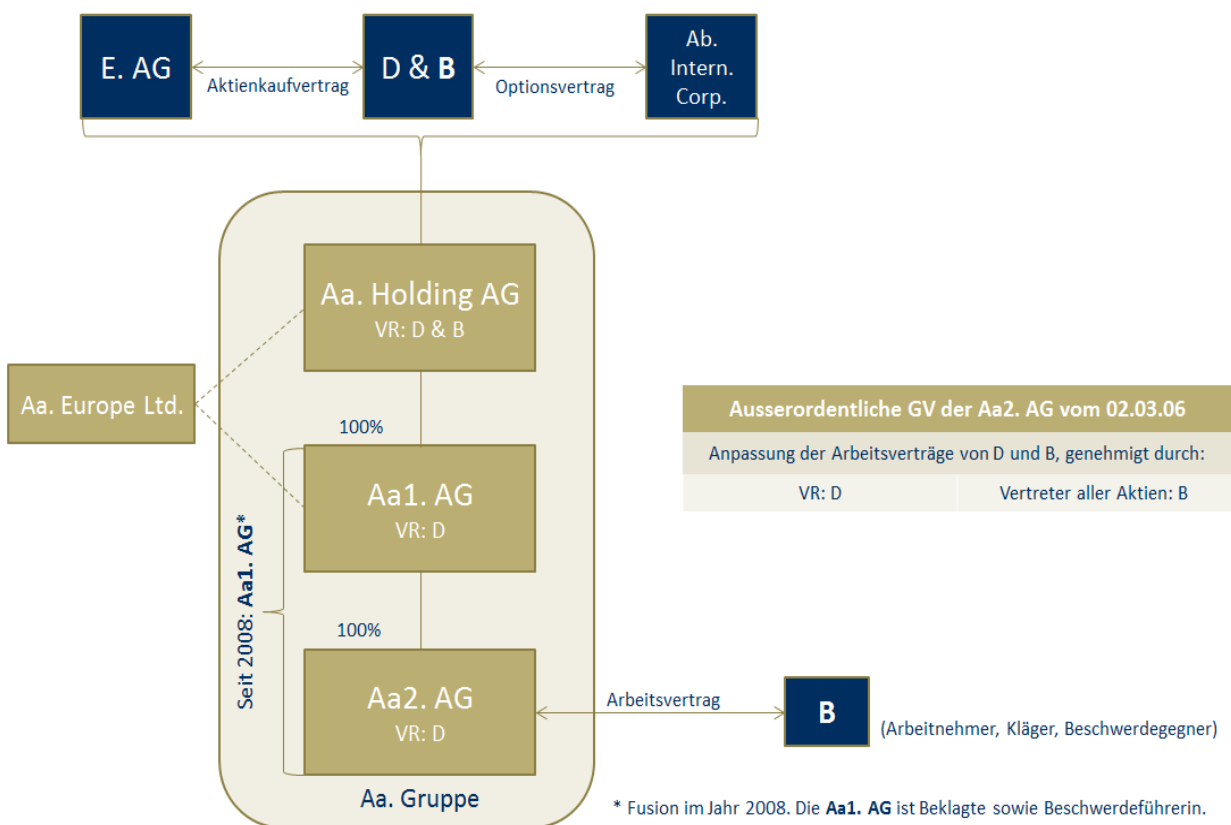
[14] Der Beschwerdegegner hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin habe im vorinstanzlichen Verfahren nie behauptet, die Abgangsentschädigung sei ausserhalb des Zwecks der Gesellschaft gelegen und damit aktienrechtlich unzulässig. Sie habe nur argumentiert, die Abgangsentschädigung sei nicht rechtsgültig vereinbart worden, weil ein Insihgeschäft ohne gültige Genehmigung durch die Generalversammlung vorgelegen habe. Auch auf Art. 725 [OR](#) habe sie sich vorinstanzlich nicht berufen. Mangels materiellem Durchlaufen des Instanzenzugs könne daher auf diese Rügen nicht eingetreten werden. Für die Rügen, die dem Bundesgericht vorgetragen werden, muss der kantonale Instanzenzug ausgeschöpft worden sein; und zwar nicht nur formell, sondern auch materiell, indem die Rügen soweit möglich schon vor der Vorinstanz vorgebracht werden müssen ([BGE 143 III 290](#) E. 1.1; Urteile des Bundesgerichts [4A_647/2015](#) und [4A_649/2015](#) vom 11. August 2016 E. 5.2.2, nicht publ. in [BGE 142 III 557](#); je mit Hinweisen). Eine neue rechtliche Argumentation ist demgegenüber vor Bundesgericht zulässig unter der Voraussetzung, dass sie sich im Rahmen des von der Vorinstanz festgestellten

Sachverhalts bewegt ([BGE 130 III 28](#) E. 4.4 mit Hinweisen; zit. Urteile [4A 647/2015](#) und [4A 649/2015](#) vom 11. August 2016 E. 5.2.2). Daraus folgt, dass die Rechtsfrage zwar zu behandeln ist, dies aber gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz. Solche liegen hier insofern vor, als sich die Vorinstanz eingehend zur Interessenlage äusserte, ohne diese Ausführungen allerdings rechtlich einzuordnen (E. 6.2).

[15] Abgangsentschädigungen sind oft an Kontrollwechsel gebunden. Entsprechend bestand für Übernahme-situationen börsenkotierter Aktiengesellschaften bereits im Zeitpunkt der vorliegenden Transaktionen gemäss aArt. 35 Abs. 2 lit. c der Verordnung der Übernahmekommission vom 21. Juli 1997 über öffentliche Kaufangebote (UEV-UEK; [SR 954.195.1](#)) ein Verbot für den Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der obersten Geschäftsleitung, welche «unüblich hohe Entschädigungen für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft» vorsahen. Vorliegend sind die börsenrechtlichen Regeln nicht anwendbar. Die Interessenlage ist aber mit derjenigen in einer eigentlichen Übernahme-situation insofern vergleichbar, als wegen der eingeräumten Kaufoption ein Kontrollwechsel unmittelbar drohte, womit auch die Position des Beschwerdegegners bedroht war. In der Lehre wird denn auch die Auffassung vertreten, dass «goldene Fallschirme», mit denen Mitgliedern des Verwaltungsrates oder des Managements sehr hohe Abgangsentschädigungen zugestanden werden, nicht nur börsen-, sondern auch aktienrechtlich unzulässig sind, da sie gegen das Gesellschaftsinteresse (Art. 717 OR) verstossen. Inwieweit dieser Auffassung grundsätzlich zu folgen ist, muss hier nicht entschieden werden, denn vorliegend ist wiederum die besondere Situation zu beachten, dass die Vereinbarung der Abgangsentschädigungen einen Anspruch der beiden Alleinaktionäre begründete. Analog der vertretungsrechtlichen Beurteilung in [BGE 126 III 361](#) ist deshalb das Gesellschaftsinteresse mit dem Interesse der beiden Alleinaktionäre gleichzusetzen. Die Vereinbarung der Abgangsentschädigung kann somit auch nicht allgemein wegen Verstoss gegen Gesellschaftsinteressen gestützt auf Art. 717 OR als ungültig qualifiziert werden (E. 6.3). Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (E. 8).

Kommentar

[16] Übersicht:



[17] Der Kerngehalt des vorliegenden Urteils sowie die darin beantworteten Streitfragen lassen sich durch die

nachfolgende Passage konzise darstellen:

«Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist das Selbstkontrahieren grundsätzlich unzulässig, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führt. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Dieselben Regeln gelten auch für die Doppelvertretung zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe. Auch in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht. Das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung 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 davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen. Ein Schutzbedürfnis (der vertretenen Gesellschaft) entfällt aber, wenn der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär ist, da unter diesen Umständen zwingend zu folgern ist, der Abschluss des betreffenden Geschäfts entspreche zugleich dem Willen der Generalversammlung und werde deshalb von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt».

[18] Basierend auf dem abschliessenden Satz der vorangehenden Ausführungen lehnte das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Annahme eines unzulässigen und damit ungültigen Insichgeschäfts ab. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung beinhaltet dadurch zwei Grundregeln, denen jeweils ein Ausnahmetatbestand gegenübergestellt ist:

1. Obwohl formal ein Insichgeschäft vorliegt, das deshalb grundsätzlich ungültig ist, kann sich ein solches unter den vom Bundesgericht genannten Voraussetzungen ausnahmsweise als zulässig erweisen (vgl. die kursive Passage oberhalb; nachfolgend als formales Insichgeschäft bezeichnet).
2. Obwohl formal kein Insichgeschäft vorliegt, können bestimmte Sachverhalte diesem materiell gegebenenfalls äusserst nahekommen, weswegen sich eine analoge Anwendung der Regeln zum Insichgeschäft aufdrängt. Sofern jedoch keine Gesellschaftsinteressen gefährdet werden, was bei der Alleineigentümerschaft regelmässig zu bejahen ist, ist die Ungültigkeit der fraglichen Geschäfte wiederum zu verneinen (vgl. die kursive Passage oberhalb; hier als materielles Insichgeschäft bezeichnet).

[19] Dieser Doppelmechanismus bzw. die Gleichstellung von formalen und materiellen Insichgeschäften ist nach der hier vertretenen Ansicht zu befürworten. Dadurch wird im Ergebnis eine Umgehung der formalen Regeln zum Insichgeschäft über die Verwendung besonderer korporativer Strukturen verhindert, ohne dabei eine zu extensive Erweiterung der ordentlichen Selbstkontrahierungsregeln zulasten der Rechtssicherheit vorzunehmen.

[20] Interessant ist weiter, dass das Bundesgericht das Fehlen eines schutzwürdigen Interesses bei einem (materiellen) Insichgeschäft auch dann annimmt, wenn keine eigentliche Alleineigentümerschaft vorliegt, sondern mehrere Eigentümer nebeneinander bestehen. Unseres Erachtens ist die bundesgerichtliche Auffassung zu befürworten; bei der Eruiierung eines schutzwürdigen Gesellschaftsinteresses kann es nämlich keine Rolle spielen, ob sich der Konflikt zwischen einem oder aber mehreren Aktionären auf der einen sowie den Gesellschaftsorganen auf der anderen Seite abspielt, solange sämtliche Aktionäre gleichermassen in die fraglichen (materiellen) Insichgeschäfte involviert sind.

[21] Das Bundesgericht bestätigt somit im vorliegenden Entscheid die mit [BGE 126 III 361](#) eingeläutete Änderung der Rechtsprechung gegenüber dem alten [BGE 50 II 168](#). Dieser erachtete auch noch Gläubigerinteressen als relevant und hätte für den vorliegenden Fall eine Genehmigungspflicht vorgesehen (vgl. E. 5.3.2). Unseres Erachtens korrekt hält das Bundesgericht dazu nun sinngemäss fest, dass diese «klassische» Auffassung lediglich ein fiktives Genehmigungserfordernis herbeiführen würde (vgl. 5.3.2). Entsprechend lehnte es denn auch

die Auffassung der Beschwerdeführerin zu Recht ab und erachtete sie hinsichtlich des Abschlusses der Änderungsverträge vom 6. März 2006 als gültig vertreten.

[22] In der Folge musste sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob gegebenenfalls die vereinbarte Abgangsentschädigung aufgrund ihres Inhalts aus gesellschaftsrechtlicher Sicht unzulässig war (Verbot eines goldenen Fallschirms oder «Golden Parachute»-Verbot). Diese hätte gegen das Gesellschaftsinteresse nach Art. 717 OR verstossen, so die Beschwerdeführerin argumentierend. Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Das Mass der Sorgfalt ist dabei ein objektiviertes und bemisst sich nach dem Verhalten, welches von einem vernünftigen und gewissenhaften Menschen unter gleichen Umständen erwartet werden darf (ADRIAN PLÜSS/DOMINIQUE FACINCANI-KUNZ, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb, Schweizer Handkommentar, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 717 N 2). Aus dieser Formulierung schloss das Bundesgericht richtigerweise, dass eine Verletzung dieser Pflicht im vorliegenden Fall gar nicht vorliegen konnte, da die Interessen der Gesellschafter sowie diejenigen der Organe aufgrund von Personalunion identisch waren.

[23] Obwohl im hier besprochenen Fall nicht notwendig, äusserste sich das Bundesgericht zumindest in Ansätzen ebenfalls über eine potenzielle analoge Anwendung börsenrechtlicher Regeln, in concreto über das «Golden Parachute»-Verbot (vgl. Art. 20 Ziff. 1 der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV; [SR 221.331](#)). Demnach sind Abgangsentschädigungen, die vertraglich vereinbart oder statutarisch vorgesehen sind, börsenrechtlich unzulässig. Obwohl die börsenrechtlichen Regelungen in der vorliegenden Konstellation formal keine Anwendung fanden, schloss das Bundesgericht eine analoge Anwendung hinsichtlich der Beurteilung der Interessenlage nicht kategorisch aus. Es hielt dazu fest, dass eine Interessenlage, sofern mit derjenigen bei einer börsenrechtlichen «Golden Parachute»-Situation vergleichbar, durchaus dahingehend zu überprüfen wäre. Das Bundesgericht nahm damit Bezug auf zahlreiche Lehrmeinungen, welche die analoge Heranziehung von börsenrechtlichen Regelungen im Rahmen von Art. 717 OR befürworten. Aufgrund seiner vorangehenden Ausführungen, wonach indirekte (konzerninterne) Alleineigentümerschaft ebenfalls einen Interessenkonflikt bei Selbstkontrahierung ausschliesst, verzichtete das Bundesgericht bedauerlicherweise auf eine abschliessende Stellungnahme hinsichtlich des analogen Beizugs der «Golden Parachute»-Regeln auf ausserbörsliche Gesellschaften und liess die Frage offen.

[24] Eine analoge Anwendung widerspräche unseres Erachtens jedoch einerseits formalrechtlich dem Willen des Gesetzgebers, welcher für «private» Gesellschaften eine solche Norm gerade nicht eingeführt hat. Des Weiteren würde eine solche extensive Ausdehnung die grundsätzlich bestehende Vertragsautonomie verletzen, welche in aller Regel solange gelten muss, als keine explizite gesetzliche Grundlage dahingehende Einschränkungen vorsieht. Unseres Erachtens sollte deshalb von einer Übertragung börsenrechtlicher Regeln abgesehen werden.

DANIEL DONAUER, MLaw, ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich

THEODOR HÄRTSCH, lic. iur, MBA, ist Partner und Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Theodor Härtsch, Selbstkontrahierungs- und «Golden Parachute»-Verbot, in: dRSK, publiziert am 5. November 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch