

Horizontale Integration im Konzern

Inhaltsübersicht	Seite
I. Horizontale versus vertikale Integration	384
II. Die Konzernproblematik und das Fehlen einer umfassenden gesetzlichen Ordnung	385
1. Die einheitliche Leitung als Voraussetzung und Krux des Konzerns	385
2. Fehlen einer gesetzlichen Ordnung	386
3. Unlösbares Konzernparadox	387
III. Sicherstellung der einheitlichen Leitung mittels Personalunion	388
1. Massnahmen zur Sicherstellung der einheitlichen Leitung im Konzernverbund	388
2. Vertikale und horizontale Personalunion als Mittel zur Sicherstellung der Konzerneinheit	389
IV. Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung: Zulässigkeit der personellen Integration	389
V. Problematik der Personalunion von Organpersonen mehrerer Gesellschaften	390
1. Im Allgemeinen	390
2. Interessenkonflikte bei vertikaler und horizontaler Integration	391
3. Unterschiedliche Alarmstufen	392
4. Exkurs: Outsourcing und horizontale Integration	393
VI. Haftungsrisiken bei horizontaler Integration	394
1. Haftung im Konzern im Allgemeinen	394
2. Zusätzliche Haftungsrisiken bei horizontaler Integration	395
VII. Massnahmen zur Entschärfung von Konflikten aufgrund horizontaler Integration	396
1. Der Ausstand – untaugliches Mittel zur Lösung von Konflikten bei horizontaler Integration	396
2. Abgrenzung der geschäftlichen Interessen der verbundenen Gesellschaften und organisatorische Vorkehrungen	397
3. Personelle Massnahmen	398
4. Flankierende Massnahmen	399
VIII. Schlussbemerkung	400

Fragt man nach dem Schweizer Juristen, der sich mit der Konzernproblematik am nachhaltigsten auseinander gesetzt hat, dann fällt die Antwort leicht: Jean Nicolas Druey. Seit Jahrzehnten befasst er sich mit Konzernrecht – de lege lata et ferenda, aus nationaler wie aus internationaler Sicht, auf der Ebene der Gesetzgebung wie der

Kasuistik¹. Es liegt daher nahe, in einem als Hommage für Jean Nicolas Druey vorgesehenen Aufsatz ein Thema des Konzernrechts zu behandeln².

I. Horizontale versus vertikale Integration

Soweit ersichtlich handeln Judikatur und Literatur in der Schweiz fast ausschliesslich von der *vertikalen Integration* im Konzern³ und damit insbesondere von den Problemen, welche sich aus der Sicherstellung der im Konzern begrifflich vorausgesetzten einheitlichen Leitung⁴ durch eine Obergesellschaft ergeben, daraus, dass diese ihre eigenen Organe in die Tochtergesellschaft(en) abordnet oder aber die von ihr⁵ bestellten Organe der Tochtergesellschaften an Weisungen der Muttergesellschaft bindet.

Von der Doktrin kaum beachtet⁶ und bisher nicht Gegenstand der Judikatur geworden ist dagegen die in der Praxis ebenfalls – wenn auch viel seltener – vorkommende *horizontale Integration*: die Sicherstellung einer einheitlichen Leitung dadurch, dass für mehrere Tochtergesellschaften ein identisch zusammengesetzter Verwaltungs-

¹ Vgl. etwa JEAN NICOLAS DRUEY, *Der Konzern als unumgänglicher Regelungsgegenstand*, in: DRUEY (Hrsg.), *Das St. Galler Konzernrechtsgespräch*, Bern 1988, 235 ff.; DERS., *Der Konzern im neuen Aktienrecht*, in: Symposium BAER, Bern 1993, 47 ff.; DERS., *Das deutsche Konzernrecht* aus der Sicht des übrigen Europa, in: LUTTER (Hrsg.), *Konzernrecht im Ausland*, ZGR Sonderheft 11, Berlin 1994, 310 ff.; DERS., *Die drei Paradoxe des Konzernrechts*, in: FS BAER, Bern 1998, 75 ff.; DERS., *Verantwortlichkeit aus Leitung*, in: FS ZÖLLNER, Köln 1999, 129 ff.; DERS., *Leitungsrecht und -pflicht im Konzern*, in: BAER (Hrsg.), *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 1 ff.; DERS., *Schweizerisches Konzernrecht – Traktandum des Gesetzgebers?*, in: FS KOLLER, Bern 1993, 223 ff.; DERS., *«Konzernvertrauen»*, in: FS LUTTER, Köln 2000, 1069 ff.; DERS., *Aufgaben eines Konzernrechts*, ZSR NF 99 (1980) II. Halbbd. 273 ff.; DERS., *Stimmbindung* in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich 1998 = SnA 13, 13 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zürich 1999.

² Meine Assistentin, lic. iur. Catrina Erb, und mein Assistent, lic. iur. Christian Habegger, haben an der Ausarbeitung dieses Aufsatzes engagiert mitgewirkt, insbesondere durch das Sichten und Zuordnen von Literatur und Judikatur. Ich danke ihnen für ihre wertvolle Unterstützung.

³ Beispiele aus der Judikatur finden sich in BGE 72 II 275, BGE 117 II 570, BGE 124 III 297, solche aus der Literatur etwa bei ROLAND VON BÜREN, *Der Konzern: Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens*, in: MEIER-HAYOZ (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. 8. Handelsrecht Halbbd. 6, Basel 1997, 163 ff. und 308 f.; LUKAS HANDSCHIN, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994, 317 ff.; KRISTINA KUZMIC, *Haftung aus Konzernvertrauen*, Diss. Zürich 1998 = SSHW 187, 68 ff.; DRUEY/VOGEL (FN 1), 359 ff.

⁴ Vgl. Art. 663e Abs. 1 OR.

⁵ Kraft ihres Stimmengewichts.

⁶ Vgl. immerhin MAX ALBERS-SCHÖNBERG, *Haftungsverhältnisse im Konzern*, Diss. Zürich 1980 = SSHW 44, 36 f.

rat oder gar eine einzige Geschäftsleitung eingesetzt wird. Die Rechtsprobleme, welche sich aus einer solchen horizontalen *Personalunion* ergeben, sind nur zum Teil identisch mit denen einer vertikalen Integration. Einige dieser Probleme sollen im Folgenden skizziert werden⁷.

* * *

Nachstehend soll zunächst an die rechtliche Problematik des Konzerns und ihre nur bruchstückhafte Regelung im kodifizierten schweizerischen Recht erinnert werden (Ziff. II.). Anschliessend wird kurz auf die Möglichkeit einer Sicherstellung der einheitlichen Leitung im Konzern durch *Personalunion* eingegangen (Ziff. III.). Dargelegt wird sodann, dass die personelle horizontale Integration zwar grundsätzlich zulässig ist (Ziff. IV.), dass sie aber spezifische Probleme schafft (Ziff. V.). Weiter wird auf mögliche Haftungsrisiken bei einer horizontalen Integration (Ziff. VI.) und Massnahmen zu deren Entschärfung (Ziff. VII.) hingewiesen. In Ziff. VIII. schliesslich findet sich eine kurze Schlussbemerkung *de lege ferenda*.

II. Die Konzernproblematik und das Fehlen einer umfassenden gesetzlichen Ordnung

1. Die einheitliche Leitung als Voraussetzung und Krux des Konzerns

a) Konzerne zeichnen sich – so die Legaldefinition von Art. 663e Abs. 1 OR – dadurch aus, dass mehrere «Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen» gefasst sind. Für das Vorliegen eines Konzerns sind daher aus rechtlicher Sicht zwei Elemente entscheidend:

- Ein Konzern besteht aus mehreren *rechtlich selbständigen Gesellschaften*⁹ (in der Praxis zumeist Aktiengesellschaften).
- Diese rechtlich selbständigen Gesellschaften sind *wirtschaftlich* und insbesondere *führungsmässig zu einer Einheit* zusammengefasst¹⁰.

⁷ Dabei geht es nur darum, auf die sich stellenden Fragen hinzuweisen, keineswegs dagegen um eine erschöpfende Behandlung derselben. Auf einen umfassenden wissenschaftlichen Apparat wird daher verzichtet.

⁸ Dazu statt aller DRUEY, *Leitungsrecht* (FN 1), 3, mit Hinweis auf die Debatte darüber, ob eine effektive Ausübung der Leitung verlangt ist oder ob die blossе Tatsache der Beherrschung genügt.

⁹ Vgl. statt vieler VON BÜREN (FN 3), 15 FN 65.

¹⁰ Vgl. statt vieler HANDSCHIN (FN 3), 31 f.

Ob zum Konzern – wie dies Druey und andere postulieren¹¹ – auch eine Leitungspflicht gehört, mag hier offen bleiben.

b) Der einheitlichen Leitung eines Konzerns steht nun aber entgegen, dass auch für Konzerntochtergesellschaften¹² die in Art. 717 Abs. 1 OR enthaltene Regel gilt, wonach die Gesellschaftsorgane «die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren» müssen¹³.

Ebenso gilt auch für in einen Konzern integrierte Aktiengesellschaften die in Art. 716a Abs. 1 OR enthaltene gehaltvolle Liste von Aufgaben, die dem Verwaltungsrat einer jeden Gesellschaft nicht nur *unübertragbar*, sondern auch *unentziehbar* zugewiesen sind¹⁴, wozu etwa die Oberleitung (einschliesslich der Festlegung der Strategie und der Organisation) und die wichtigsten finanziellen und personellen Entscheide gehören^{15, 16}.

2. Fehlen einer gesetzlichen Ordnung

a) Wer nun eine gesetzliche Lösung dieses Konflikts zwischen einheitlicher Leitung einer Mehrheit von Gesellschaften und selbständiger Verfolgung der Eigeninteressen einer jeder dieser Gesellschaften erwartet, wird enttäuscht: Bekanntlich kennt das

¹¹ DRUEY, *Leitungsrecht* (FN 1), 24 ff.; vgl. auch MARC AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, Diss. Zürich 1997 = ASR 551, Rz. 585.

¹² Vgl. HANDSCHIN (FN 3), 51 ff.; FLURIN VON PLANTA, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss. Zürich 1988 = Zürcher Studien zum Privatrecht 59, 55.

¹³ Art. 717 Abs. 1 OR erwähnt neben dem Verwaltungsrat auch «Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind» und macht damit deutlich, dass die Norm für *alle* mit der Geschäftsführung befassten Personen gilt, vgl. ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar zu OR 707–726, Zürich 1997, Art. 717 N 769; BOTSCHAFT des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (SR 83.015), 181.

¹⁴ Vgl. PETER BÖCKLI, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Schriften zum neuen Aktienrecht Bd. 7, Zürich 1994, 59 ff.; ADRIAN W. KAMMERER, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 1997 = SSHW 180, 257 ff. Beide Autoren unterscheiden jedoch zwischen einer 100% beherrschten Konzerntochter, für welche Art. 716a OR entsprechend den geänderten Umständen *sinngemäss* anzuwenden sei und dem Fall der Untergesellschaft mit gestreutem Aktionariat, auf welchen die Bestimmung *in vollem Umfange* zum Tragen komme.

¹⁵ Vgl. statt vieler KAMMERER (FN 14), 138 ff.

¹⁶ Hinweise dafür, dass diese Bestimmung bei in einen Konzern integrierten Gesellschaften nicht oder nur modifiziert gelten solle, wie dies von einem Teil der Lehre propagiert wird (vgl. vorne FN 14), gibt es im Gesetz nicht.

schweizerische Aktienrecht – anders als etwa das deutsche¹⁷ – *kein kodifiziertes Konzernrecht*, mit Ausnahme eines Teilbereichs, nämlich der Rechnungslegung^{18, 19}.

b) In der Lehre hat es nicht an Anstrengungen gefehlt, den Widerspruch zwischen einheitlicher Leitung einer Mehrzahl von Gesellschaften und eigennützig sowie eigenverantwortlicher Leitung einer jeden Einzelgesellschaft auszubehnen²⁰. Voll zu überzeugen vermag aber keiner dieser Versuche, die gegensätzlichen Postulate zu harmonisieren.

3. Unlösbares Konzernparadox

a) Damit wird das schweizerische Konzernrecht geprägt von einem dogmatisch letztlich *nicht lösbaren Paradox*^{21, 22}. Dieses führt zu einem «dramatischen Interessenkonflikt abhängiger Verwaltungsräte, die als Organe der abhängigen Gesellschaft einerseits deren Interessen zu vertreten, gleichzeitig aber auch die Konzerninteressen wahrzunehmen haben», und «das geltende Normgefüge [bietet] keine Handhabe» für dessen Lösung²³.

Daran ändert auch die Sicherstellung der einheitlichen Meinungsbildung mittels *horizontaler Integration* anstelle einer *vertikalen* nichts. Vielmehr ist der Konflikt in einem solchen Fall – wie zu zeigen sein wird²⁴ – noch akzentuiert.

b) Eine ausgewogene Betrachtung wird freilich auch berücksichtigen müssen, dass einer Gesellschaft aus ihrer Einbindung in den Konzern regelmässig *nicht nur Nach-*

¹⁷ Der Konzern wird in § 18 AktG definiert und im 3. Buch des Aktiengesetzes unter dem Titel «Verbundene Unternehmen» (§§ 291–338 AktG) umfassend behandelt.

¹⁸ Vgl. hierzu Art. 663e ff. OR. Vereinzelt finden sich im Gesetz weitere konzernrelevante Bestimmungen, vgl. etwa Art. 659b OR.

¹⁹ Damit ist freilich nicht gesagt, dass es in der Schweiz – von der Rechnungslegung abgesehen – kein Konzernrecht gäbe: Vielmehr wird durch DRUEY/VOGEL (FN 1) überzeugend nachgewiesen, dass kasuistisch geschaffenes Recht eine Vielzahl von Konzernrechtsfragen klärt, freilich nicht die in diesem Aufsatz diskutierten. Vgl. dazu auch die umfassende Analyse bestehender konzernrechtlicher Normen in verschiedenen Rechtsgebieten durch VON BÜREN (FN 3), 73 ff.

²⁰ So z.B. ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6), 197 ff. und besonders fundiert PETER BÖCKLI, Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: BAER (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern/Stuttgart/Wien 2000), 35 ff.

²¹ Welches freilich nicht das einzige ist, vgl. DRUEY, *Paradoxe* (FN 1).

²² Vgl. PETER FORSTMOSER: Haftung im Konzern, in: BAER (Hrsg.): Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern/Stuttgart/Wien 2000), 89 ff., 97.

²³ ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 225 ff., 244.

²⁴ Dazu hinten bei V. 2. c und VI. 2.

*teile, sondern auch Vorteile erwachsen*²⁵. Es muss zulässig sein, in einem gewissen Umfang eine «Saldobetrachtung» zugrunde zu legen und die Nachteile der Einbindung mit den Vorteilen der Konzernierung zu «kompensieren»²⁶.

III. Sicherstellung der einheitlichen Leitung mittels Personalunion

1. Massnahmen zur Sicherstellung der einheitlichen Leitung im Konzernverbund

Die organisatorischen Massnahmen, mit welchen die einheitliche Leitung im Konzern sichergestellt wird, sind von einer schier unbegrenzten Vielfalt²⁷. So werden mit den Organen der Tochtergesellschaften etwa Weisungsbefolgungspflichten vereinbart oder Weisungen auch ohne besondere vertragliche Grundlage durchgesetzt. Zwischen Verantwortlichen der Mutter- und solchen der Tochtergesellschaften können direkte Rapport- und Weisungswege bestehen, unter Umgehung des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft²⁸. Einheitlichkeit kann sodann auch dadurch sichergestellt werden, dass einzelne Funktionen bei den Konzerntöchtern ausgegliedert und durch eine konzernerneigene Managementgesellschaft wahrgenommen werden²⁹.

Besonders wichtig aber – und im vorliegenden Kontext entscheidend – ist die *Sicherstellung der Einheit durch personelle Verflechtung*³⁰:

²⁵ Vgl. DRUEY, *Paradoxe* (FN 1), 82.

²⁶ So überzeugend ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 242, wonach «die Interessenwürdigung sich nicht auf den einzelnen Akt oder die einzelne Angelegenheit beschränken darf, sondern... die Vorteile aus der Dauerbeziehung als solcher zu berücksichtigen sind». Vgl. auch VON BÜREN (FN 3), 295, wonach der Verwaltungsrat der Untergesellschaft gehalten ist, bei der Ausführung einer Weisung der Obergesellschaft die «Vor- und Nachteile, welche für die Untergesellschaft ... mit der Befolgung der konkreten Weisung entstehen, gegeneinander abzuwägen».

²⁷ DRUEY, *Leitungsrecht* (FN 1), 5; vgl. auch BOTSCHAFT (FN 13), 74.

²⁸ Zu diesem in der Praxis bedeutsamen, in Lehre und Judikatur aber bisher kaum zur Kenntnis genommenen Phänomen vgl. FORSTMOSER (FN 22), 105.

²⁹ Vgl. dazu etwa RONALD U. RUEPP, *Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft*, Diss. Zürich 1994 = SSHW 157; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, *Der Verwaltungsrat*, 2.A. Zürich 1999, 425 f.

³⁰ Vgl. statt vieler ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6), 35 ff. Dazu sogleich III. 2.

2. Vertikale und horizontale Personalunion als Mittel zur Sicherstellung der Konzerneinheit

a) Üblich ist in Konzernen die *vertikale* Personalunion: Personen, die in der Obergesellschaft Funktionen als Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung ausüben, werden zugleich auch als Organe von Tochtergesellschaften bestellt, wobei sie dort dieselbe Funktion ausüben können, aber nicht müssen.

Eine andere Form der Integration durch Personalunion kommt dagegen bis heute nur *vereinzelt* vor: Es ist dies die *horizontale* Integration, welche sich dadurch auszeichnet, dass die gleichen Personen in mehreren Tochtergesellschaften dieselben oder vergleichbare Aufgaben wahrnehmen³¹.

b) Beide Arten der Integration können auf *verschiedenen Stufen* erfolgen: auf Verwaltungsrats-³² oder auf Geschäftsleitungsebene oder auf beiden. Besonders verbreitet ist eine Organisation, in welcher dieselben Personen bei verschiedenen Konzerngesellschaften unterschiedliche Funktionen ausüben³³: So ist etwa der Chief Executive Officer der Muttergesellschaft bei der Tochtergesellschaft Präsident des Verwaltungsrates und der Chief Financial Officer der Obergesellschaft Mitglied des Verwaltungsrates bei der Tochter.

Sodann kann die *Intensität* der Integration unterschiedlich sein: Die Organfunktionen sind vollständig oder nur teilweise mit identischen Personen besetzt³⁴.

IV. Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung: Zulässigkeit der personellen Integration

a) Auszugehen ist davon, dass das schweizerische Recht für die Exekutivorgane – Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – *keine Unvereinbarkeitsbestimmungen* kennt³⁵. Die Personalunion in der Exekutive verschiedener Gesellschaften ist daher nach schwei-

³¹ Vgl. ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6), 36 f.

³² Die Personalunion auf Stufe des Verwaltungsrates wird denn auch vom Bundesrat in der BOTSCHAFT (FN 13), 74, als «häufiges und besonders effizientes Konzernierungsmittel» bezeichnet.

³³ Vgl. ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6), 36.

³⁴ Für die Sicherstellung der einheitlichen Leitung genügt es in der Praxis zumeist, wenn etwa der Präsident des Verwaltungsrates und/oder der Vorsitzende der Geschäftsleitung bei allen betroffenen Gesellschaften dieselbe Person ist, während die übrigen Mitglieder des Gremiums von Gesellschaft zu Gesellschaft variieren können.

³⁵ Dagegen macht Art. 727c OR für die Revisionsstelle deren Unabhängigkeit vom Verwaltungsrat und von einem über die Stimmenmehrheit verfügenden Aktionär zur Wählbarkeitsvoraussetzung, vgl. GRAZIANO PEDROJA/ROLF WATTER, Basler Kommentar zu Art. 727–731a OR, Basel 1994, Art. 727c N 1 ff.

zerischem Recht *weder verboten noch auch nur eingeschränkt*³⁶. Insbesondere steht auch keine Rechtsnorm einer Struktur entgegen, nach welcher eine Person gleichzeitig in mehreren Gesellschaften dieselbe Funktion ausübt. Dies gilt für die horizontale Integration ebenso wie für die vertikale.

b) Für den *Verwaltungsrat* im Besonderen fördert das Gesetz sogar die (vertikale) Integration: Art. 707 Abs. 3 OR statuiert, es könnten dann, wenn an einer Gesellschaft eine juristische Person (die Muttergesellschaft) beteiligt sei, als Mitglied des Verwaltungsrates «an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden»³⁷. Für die horizontale Personalunion auf Verwaltungsratsebene sieht das Gesetz nichts – mithin auch kein Verbot – vor.

V. Problematik der Personalunion von Organpersonen mehrerer Gesellschaften

1. Im Allgemeinen

Obwohl rechtlich zulässig, ist die Kumulation von Funktionen in mehreren Konzerngesellschaften *nicht unproblematisch*, stellt sie doch eine Quelle von stets latent vorhandenen *Interessenkonflikten* dar: Das in mehreren verbundenen Gesellschaften aktive Organmitglied muss zwangsläufig sein Verhalten in verschiedenen Funktionen bzw. verschiedenen Gesellschaften in Einklang bringen³⁸. Dies kann sinnvoll nur dadurch geschehen, dass die *Partikularinteressen der einzelnen Gesellschaft in den Hintergrund* geschoben und dass Entscheidungen im Lichte eines «*übergeordneten*» *Gesamtinteresses* getroffen werden³⁹. Wie eingangs ausgeführt⁴⁰ entspricht ein solches Verhalten zwar dem Prinzip der *Konzerneinheit*, es läuft aber der Pflicht zuwider, die *Individualinteressen* der einzelnen Gesellschaft zu fördern⁴¹.

³⁶ Vgl. ALFRED SIEGWART, Zürcher Kommentar zu Art. 620–659 OR, Zürich 1945, Einl. N 212; ebenso BGE 50 II 183.

³⁷ Vgl. HOMBURGER (FN 13), Art. 707 N 63 ff.; MARTIN WERNLI, Basler Kommentar zu Art. 707–715a OR, Basel 1994, Art. 707 N 32 ff.; N 32 ff.; VON PLANTA (FN 12), 103 f.

³⁸ Vgl. ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6) 83, 87 f.

³⁹ Vgl. FORSTMOSER (FN 22), 118 f.; MARTIN PLÜSS, Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern, Diss. Gais 1977, 17. Die Bindung an die Interessen der herrschenden Gesellschaft enden dort, wo deren Durchsetzung gegen zwingendes Recht verstossen würde oder sittenwidrig wäre, vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 167; MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 29), 428; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, Art. 717 N 1893.

⁴⁰ Vgl. vorne II. 1.

⁴¹ Vgl. vorne II. 3. a.

2. Interessenkonflikte bei vertikaler und bei horizontaler Integration

a) Theoretisch ist die Rechtslage klar: Eine in mehreren Gesellschaften als Organ tätige Person muss sich jederzeit bewusst sein, welchen Hut sie jeweils trägt, in welcher Funktion sie tätig ist⁴²: Handelt sie als Organ der einen Gesellschaft, dann hat sie deren – und nur deren – Interessen zu wahren⁴³, auch wenn sie zugleich Organ einer anderen Gesellschaft ist. Diese Regelung funktioniert im Konzern jedoch nur beschränkt, entspricht doch dem Sinn der Personalunion zwischen Konzerngesellschaften eine *einheitliche* und gerade *nicht gesellschaftsspezifische* Betrachtungsweise⁴⁴. Und vom «Vertreter» des Konzerns bzw. der Konzernobergesellschaft wird erwartet, dass er die Konzerneinheit sicherstellt⁴⁵.

b) Bei der *vertikalen Integration*, im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, stellt sich die Problematik von Interessengegensätzen in der Praxis freilich nur selten in voller Schärfe⁴⁶: Nach herrschender schweizerischer Lehre gilt für abgeordnete Verwaltungsratsmitglieder und allgemein für fiduziarisch tätige Organpersonen die Theorie des «doppelten Pflichtnexus»⁴⁷, wonach zwar die Pflichten gegenüber der eigenen Gesellschaft vorgehen, Drittweisungen aber immerhin insoweit befolgt werden dürfen, als dies im Rahmen des oft weiten *freien Ermessensbereichs* möglich ist⁴⁸.

Vor allem aber sind die *Interessen* von Mutter- und Tochtergesellschaft *oft im Einklang*: Eine Konzernobergesellschaft hat in aller Regel ebenso ein Interesse an der

⁴² Vgl. FORSTMOSER (FN 22), 119. – Vgl. auch den von Economiesuisse verabschiedeten und voraussichtlich auf den 1.7.2002 in Kraft tretenden «Swiss Code of Best Practice» Ziff. 16: «Jedes Mitglied von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat seine persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft möglichst vermieden werden.»

⁴³ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 28 N 162; HOMBURGER, (FN 13), Art. 709 N 186 und KRNETA (FN 39), Art. 709 N 368, alle generell zum «Vertreter» einer juristischen Person im Sinne von Art. 709 OR.

⁴⁴ Vgl. ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6), 37.

⁴⁵ Vgl. KAMMERER (FN 14), 249 f.; ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6), 36.

⁴⁶ Vgl. FORSTMOSER (FN 22), 103.

⁴⁷ Vgl. ALBERS-SCHÖNBERG (FN 6), 91 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 28 N 177; FORSTMOSER (FN 20), 108.

⁴⁸ Näheres hierzu bei PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. Zürich 1987, N 698, mit weiteren Angaben sowie etwa bei PETER BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge..., ZBJV 129, 1993, 475 ff., 486; HANSJÖRG APPENZELLER, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Diss. Zürich 1996 = SSHW 173, 49; WERNER DE CAPITANI, Der delegierte Verwaltungsrat, SJZ 90, 1994, 347 ff. sowie DRUEY, *Stimmbindung* (FN 1), 13 ff. Kritisch ist zu dieser Auffassung immerhin angemerkt worden, dass auch im Rahmen des Ermessens Entscheide im besten Gesellschaftsinteresse zu treffen sind, womit Drittinteressen eigentlich nur soweit befolgt werden dürfen, «als das Gesellschaftsinteresse selbst den gleichen Entscheid fordert...», SILVIO CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft..., Zürich 1961, 145.

Prosperität der Tochtergesellschaft, deren Gross- oder Alleinaktionärin sie ist, wie andere Aktionärinnen auch; finanzielle Erfolge der Tochtergesellschaft schlagen sich entsprechend in der Bilanz der Muttergesellschaft nieder.

Probleme ergeben sich jedoch dann, wenn mehrere Konzerngesellschaften im gleichen Gebiet tätig sind und sich somit konkurrenzieren. Die Konzernleitung wird diesfalls danach trachten, eine Geschäftschance in derjenigen Gesellschaft anfallen zu lassen, bei welcher der grösste Nutzen für den Konzern erbracht wird, was für eine andere Konzerngesellschaft allenfalls nachteilig ist.

c) Bei der *horizontalen Integration* stellt sich die *Gefahr von Interessenkonflikten verschärft*: Zwischen Schwestergesellschaften ergibt sich – anders als zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft – in der Regel *keine Interessenparallelität*, sondern es bestehen im Gegenteil Rivalitäten, und dies besonders ausgeprägt, wenn Schwestergesellschaften Konkurrentinnen sind und so die Förderung der einen Gesellschaft fast zwangsläufig der anderen zum Nachteil gereicht. Für das in zwei Schwestergesellschaften – womöglich in gleicher Funktion – tätige Organ lassen sich als «Diener zweier Herren» Loyalitätskonflikte kaum vermeiden. Aber auch wenn die verschiedenen Gesellschaften in unterschiedlichen Branchen oder Geschäftsbereichen tätig sind, sind Konflikte für das Doppelorgan praktisch unvermeidlich, und sei es nur im Kampf um die knappen Ressourcen des Konzerns.

3. Unterschiedliche Alarmstufen

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Konfliktproblematik je nach Konstellation von unterschiedlicher Tragweite ist:

a) Kaum Probleme stellen sich – und hierin unterscheidet sich die horizontale Integration nicht von der vertikalen⁴⁹ – dann, wenn an den integrierten Gesellschaften jeweils eine 100%-Beteiligung der Obergesellschaft besteht. Diesfalls brauchen keine Interessen von Minderheitsaktionären beachtet zu werden⁵⁰, und es ist bei den einzelnen Tochtergesellschaften – von einem praktischen Gesichtspunkt aus – nur (aber immerhin) darauf zu achten, dass die Gläubiger befriedigt werden können⁵¹. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung können sich daher darauf beschränken, bei den betreuten Gesellschaften für deren Liquidität und Zahlungsfähigkeit sowie für die Einhaltung der Rechtsordnung zu sorgen⁵², dies zwar im Bewusstsein, dass die ihnen als Organen zwingend zugewiesenen Aufgaben materiell nicht erfüllt werden, aber

⁴⁹ Dazu FORSTMOSER (FN 22), 135 ff.

⁵⁰ Vgl. VON BÜREN (FN 3), 111.

⁵¹ Vgl. KRNETA (FN 39), Art. 717 N 1894.

⁵² Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. A. Zürich 1996, N 1634; KRNETA (FN 39), a.a.O.

auch im Wissen darum, dass die Konzernmutter als einzige Aktionärin mit diesem Vorgehen einverstanden ist und Gläubiger nur ein Interesse daran haben können, nicht zu Schaden zu kommen⁵³.

b) Grundlegend anders verhält es sich, wenn an Tochtergesellschaften auch *Drittaktionäre* beteiligt sind⁵⁴. Deren Anspruch darauf, dass ihre Gesellschaft konsequent im *eigenen Interesse* geführt wird, kollidiert mit den Konzerninteressen, welche es als sinnvoll erscheinen lassen können, die Interessen der einen Konzerngesellschaft zugunsten einer anderen hintanzustellen⁵⁵.

Noch weiter verschärft wird die Kollisionsproblematik, wenn eine Konzernmutter an verschiedenen Tochtergesellschaften *in unterschiedlichem Masse beteiligt* ist. Aus Konzernsicht liegt es dann nahe, diejenige Gesellschaft zu Lasten anderer Beteiligungen besonders zu fördern, bei welcher der höchste Gewinnanspruch besteht.

c) Vor der Quadratur des Kreises schliesslich steht derjenige, der in mehreren *sich konkurrenzierenden Tochtergesellschaften* gleiche Funktionen auszuüben hat, wie etwa eine Person, welche die Funktion des Chief Executive Officers oder des Marketingchefs bei mehreren Tochtergesellschaften, die in gleichen Märkten und mit gleichen oder vergleichbaren Produkten aktiv sind, betreut. Interessenkonflikte dürften dann unvermeidlich sein, etwa wenn entschieden wird, welcher der verschiedenen Gesellschaften eine Geschäftschance zur Bearbeitung zugewiesen wird.

4. Exkurs: Outsourcing und horizontale Integration

a) Wie bereits eingangs erwähnt⁵⁶, werden in Konzernen häufig einzelne Funktionen in spezialisierten Gruppengesellschaften – Managementgesellschaften, Finanzgesellschaften, solchen für Forschung und Entwicklung – konzentriert. Gegen ein solches Outsourcing ist in der Regel nichts einzuwenden⁵⁷, und die dadurch geschaffenen Synergien kommen auch den ausgliedernden (Tochter-)Gesellschaften zugute⁵⁸.

b) Funktionen, deren Outsourcing zulässig ist, müssen auch einer Konzentration im Sinne einer horizontalen Integration – die entsprechende Funktion wird nicht von der Einzelgesellschaft wahrgenommen, sondern von einer Organisation, die gleichzeitig Teil mehrerer Tochtergesellschaften ist – zugänglich sein. Freilich sollten dann

⁵³ Vgl. FORSTMOSER (FN 22), 136.

⁵⁴ Vgl. KRNETA (FN 39), Art. 717 N 1895.

⁵⁵ Vgl. VON BÜREN (FN 3), 112 f.; FORSTMOSER (FN 22), 137.

⁵⁶ Vgl. vorne vor FN 29.

⁵⁷ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 29), 425 f.

⁵⁸ Dazu eingehend RUEPP (FN 29), 123 ff.

auch analoge Schutzvorkehrungen getroffen werden: So wie im Verkehr mit einer anderen Gruppengesellschaft das Arm's Length Principle⁵⁹ gelten sollte, muss es den Tochtergesellschaften erlaubt sein, Dienstleistungen, welche bei Dritten am Markt günstiger zu haben sind, nicht von der (mit Schwestergesellschaften gemeinsam betriebenen) eigenen Abteilung zu beziehen.

VI. Haftungsrisiken bei horizontaler Integration

1. Haftung im Konzern im Allgemeinen

Aus der Integration mehrerer Gesellschaften mittels einheitlicher Leitung ergeben sich spezifische *Haftungsrisiken*, die unterschiedlich begründet werden können^{60, 61}.

- Mitglieder von *Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft* können für Schäden verantwortlich gemacht werden, weil sie dem Konzerninteresse gegenüber den Eigeninteressen ihrer Gesellschaft den Vorrang gegeben haben^{62, 63}.
- Die Mitglieder von *Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Muttergesellschaft* können für Schäden, die bei der Tochtergesellschaft eintreten, als deren faktische⁶⁴ Organe haftbar werden.
- Sodann können die Mitglieder von *Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Muttergesellschaft* für Schäden, die bei der Tochtergesellschaft eintreten, als *Organe der Konzernobergesellschaft* verantwortlich werden⁶⁵.

⁵⁹ Vgl. KRNETA (FN 39), Art. 717 N 1895; ROLF WATTER, Basler Kommentar zu Art. 716–722 OR, Basel 1994, Art. 717 N 15; zum Begriff vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 40 N 349.

⁶⁰ Ausführlich hierzu FORSTMOSER (FN 22), 99 ff.

⁶¹ Wie bereits vorne bei V. 3. b erwähnt, ist das Haftungsrisiko entscheidend davon abhängig, ob eine Tochtergesellschaft zu 100% oder nur mehrheitlich von der Muttergesellschaft beherrscht wird.

⁶² Dabei ist die Theorie des «doppelten Pflichtnexus» anwendbar (dazu vorne V. 2. b und FN 47). Die Zulässigkeit von sogenannten Mandatsverträgen, welche die von der Konzernobergesellschaft delegierte Organperson verpflichtet, ihre Rechte und Pflichten in der Tochtergesellschaft weisungsgebunden auszuüben, ist umstritten; vgl. FORSTMOSER (FN 22), 106 ff. m.w.Verw. Dazu eingehend HOMBURGER (FN 13), Art. 717 N 919 ff.; zum Meinungsstand von BÜREN (FN 3), 166.

Unbestritten ist hingegen, dass das Verwaltungsratsmitglied, welches *Weisungen* der Muttergesellschaft befolgt und dadurch die Tochtergesellschaft schädigt, Gläubigern und Drittaktionären gegenüber *persönlich* verantwortlich wird; vgl. FORSTMOSER (FN 22), 109 m.w.Verw.

⁶³ Zur Situation von Doppelorganen siehe hinten FN 65.

⁶⁴ Das bloss faktische Organ wird wie ein formelles Organ haftbar, allerdings nur in jenen Bereichen, in welchen es tatsächlich Einfluss genommen hat; vgl. FORSTMOSER (FN 22), 121 m.w.Verw.

⁶⁵ FORSTMOSER (FN 22), 114 ff.

- Und schliesslich kann die *Muttergesellschaft selbst* bei Fehlverhalten für Schäden der Tochtergesellschaft haften, sei es als faktisches Organ der Tochtergesellschaft⁶⁶, aufgrund einer Durchgriffshaftung⁶⁷ oder schliesslich aus erwecktem Konzernvertrauen^{68, 69}.

2. Zusätzliche Haftungsrisiken bei horizontaler Integration

Bei der horizontalen Integration wird der *Kreis der potentiell Verantwortlichen erweitert*:

- So kann sich eine Haftung für Verpflichtungen einer Konzerngesellschaft nicht nur auf die Muttergesellschaft, sondern auch auf durch gemeinsame Organe zusammengefasste *Schwestergesellschaften* erstrecken⁷⁰.
- Weiter kann eine Haftung *einzelner Organpersonen* nicht nur damit begründet werden, es sei den Interessen der *Muttergesellschaft* vor denen der Tochtergesellschaft der Vorrang eingeräumt worden, sondern auch gestützt darauf, eine *Schwestergesellschaft* sei auf Kosten einer anderen *bevorzugt* worden. Besonders dann, wenn Personen in identischer Funktion bei mehreren Tochtergesellschaften, die im Markt als Konkurrentinnen auftreten, tätig sind, dürfte ein solcher Vorwurf

⁶⁶ Die Möglichkeit einer faktischen Organstellung wird von der herrschenden Lehre bejaht; vgl. FORSTMOSER (FN 22), 128 f. m.w.Verw.

⁶⁷ Zum Durchgriff vgl. statt vieler DRUEY/VOGEL (FN 1), 119 ff.; FORSTMOSER (FN 22), 131 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 60 N 48, § 62 N 47 ff.

⁶⁸ So das Bundesgericht in BGE 120 II 335. Vgl. dazu statt vieler den Kommentar von JEAN NICOLAS DRUEY in SZW 1995, 93 ff.; DRUEY/VOGEL (FN 1), 119 ff.; FORSTMOSER (FN 22), 132 ff.

⁶⁹ Für weitere Ansätze (z.B. Hilfspersonen- und Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 Abs. 1 OR resp. Art. 55 Abs. ZGB und Art. 722 OR oder Haftung für den delegierten Vertreter i.S.v. Art. 707 Abs. 3 OR) vgl. FORSTMOSER (FN 22), 123 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 60 N 40 ff.

⁷⁰ Ob dies aufgrund eines *Querdurchgriffs* geschehen kann, ist offen: Die herrschende Lehre verlangt für einen Durchgriff, dass ein Abhängigkeits- resp. Beherrschungsverhältnis zwischen den beiden betroffenen Gesellschaften vorliegt; vgl. DRUEY/VOGEL (FN 1), 89 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 62 N 54 f. Auch Art. 55 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 722 OR oder Art. 55 OR kommen als Haftungsgrundlage kaum in Betracht, ebensowenig wie – ausser bei Vorliegen einer gegenseitigen Beteiligung – eine Haftung der Schwestergesellschaft als faktisches Organ. Denkbar ist dagegen eine allfällige Rückerstattungspflicht der begünstigten Gesellschaft nach Art. 678 OR, wonach Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahestehende Personen verpflichtet sind, die ihnen durch die Gesellschaft zugeflossenen geldwerten Leistungen, welche in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen (sog. verdeckte Gewinnausschüttungen), zurückzuerstatten. Unter «nahestehende Personen» i.S.v. Art. 678 Abs. 1 OR können auch Konzernschwestergesellschaften fallen; vgl. PETER KURER, Basler Kommentar zu Art. 675–682 OR, Basel 1994, Art. 678 N 8.

nicht leicht zu entkräften sein, da es dann schwer zu begründen sein wird, weshalb eine Geschäftschance bei einer Gesellschaft wahrgenommen wurde, der anderen aber vorenthalten blieb⁷¹.

VII. Massnahmen zur Entschärfung von Konflikten aufgrund horizontaler Integration

Besteht ein aktuelles Konfliktpotential, dann ist zu prüfen, wie Konflikte im konkreten Fall verhindert werden können. Zumindest bis zu einem gewissen Grad ist dies durch statutarische, reglementarische, organisatorische und personelle Massnahmen möglich, worauf im Folgenden eingetreten wird⁷². Vorab ist aber darauf hinzuweisen, dass das übliche Mittel gegen Interessenkonflikte im Falle der horizontalen Integration versagt:

1. Der Ausstand – untaugliches Mittel zur Lösung von Konflikten bei horizontaler Integration

a) Lehre und Praxis kennen für die Lösung von Interessenkonflikten im Gesellschaftsrecht ein probates Mittel: den *Ausstand*. Teilweise wird er gesetzlich zwingend verordnet, so etwa für Vereinsbeschlüsse⁷³ oder in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft für den Entlastungsbeschluss⁷⁴. Eine gesetzliche *Ausstandspflicht bei Verwaltungsratsbeschlüssen* kennt das Aktienrecht zwar nicht⁷⁵, sie wird jedoch in der Praxis allgemein befolgt und ist häufig im Organisationsreglement der Gesellschaft vorgesehen⁷⁶.

b) Ausstandsregeln sind aber nur dann eine Lösung, wenn Interessenkonflikte bloss *vereinzelte* auftreten. Wo jemand in mehreren sich konkurrenzierenden Unterneh-

⁷¹ Auch der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) gilt als Schaden im Sinne der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 36 N 58.

⁷² Wiederum ist daran zu erinnern, dass die Problematik bei 100%-Beteiligungen weitgehend entschärft ist, während sie sich akut stellt, wenn in den einzelnen verbundenen Gesellschaften *Minderheitsaktionäre* mit je nach Gesellschaft unterschiedlichen Interessen beteiligt sind.

⁷³ Vgl. Art. 68 ZGB.

⁷⁴ Vgl. Art. 695 Abs. 1 OR.

⁷⁵ Siehe jedoch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 28 N 34 betreffend Ausstandspflicht bei der Abstimmung über Verträge zwischen der Gesellschaft und einem Verwaltungsratsmitglied.

⁷⁶ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 28 N 32 f.

men gleichzeitig im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung tätig ist, muss es strukturbedingt zu *permanenten Interessenkonflikten* kommen, und dafür kann der *Ausstand keine Lösung* sein. Es sind daher andere Massnahmen zu diskutieren:

2. Abgrenzung der geschäftlichen Interessen der verbundenen Gesellschaften und organisatorische Vorkehrungen

a) Eine präventive Massnahme zur Vermeidung von Interessenkonflikten kann darin bestehen, *Konkurrenzsituationen gar nicht erst aufkommen zu lassen*, indem zwischen den betroffenen Gesellschaften im Voraus klare Regeln aufgestellt werden, in welchen Bereichen bzw. nach welchen Kriterien einer der Gesellschaften Priorität einzuräumen ist. Allerdings werden dadurch Kollisionen nicht vollständig ausgeräumt: Offen bleibt etwa die Frage, wie die (regelmässig knappen) Ressourcen des Konzerns zu allozieren sind, und zumindest insoweit müssen Personen, die in mehreren Schwes-tergesellschaften gleiche Funktionen ausüben, eine Entscheidung treffen⁷⁷.

b) Die Fokussierung der Geschäftsbereiche resp. die Prioritätenordnung der betreffenden Gesellschaften kann auf der Stufe des *Organisationsreglements* festgehalten werden. Ein solches kann jedoch nicht etwa als Konzernreglement durch die Obergesellschaft oder durch die Gruppe erlassen werden. Vielmehr muss es – mit den jeweiligen gesellschaftsspezifischen Regelungen – durch die Verwaltungsräte der einzelnen Tochter- bzw. Schwes-tergesellschaften beschlossen werden, da nur so der unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenz des Verwaltungsrates, die Grundlagen für die strategische und taktische Ausrichtung der eigenen Gesellschaft festzulegen⁷⁸, Genüge getan wird. Zudem darf der Verwaltungsrat einer Gesellschaft – wenn er seiner Sorgfaltspflicht⁷⁹ nachkommen und eine persönliche Haftung wegen Verletzung seiner Pflichten⁸⁰ vermeiden will – der Gesellschaft nur dann eine Selbstbeschränkung durch Fokussierung des Geschäftsbereichs oder Prioritätenordnung auferlegen, wenn diese – zumindest auch – im Interesse der eigenen Gesellschaft liegt, was zwar denkbar, aber nicht leichthin anzunehmen ist⁸¹.

⁷⁷ Vgl. vorne V. 2. c.

⁷⁸ Art. 716a Abs. 1 OR; dazu PETER FORSTMOSER, *Eingriffe* der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, SZW 66 (1994) 169 ff., 171 ff.

⁷⁹ Art. 717 Abs. 1 OR.

⁸⁰ Art. 754 Abs. 1 OR.

⁸¹ Wie schon vorne bei FN 26 angemerkt, können insgesamt die Vorteile einer Einbindung in den Konzern überwiegen.

c) Eine weitergehende Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche mehrerer Schwestergesellschaften darf wohl nur durch die jeweilige *Generalversammlung* vorgenommen werden, indem der Zweck der Gesellschaft durch einen GV-Beschluss abgeändert und eingeschränkt wird⁸². Dadurch lässt sich eine Abgrenzung der Geschäftstätigkeit von mehreren nebeneinander im gleichen Konzern aktiven Gesellschaften vornehmen.

Dabei ist jedoch Folgendes zu beachten: Die nachträgliche Abänderung bzw. Eingrenzung des Gesellschaftszwecks kann zur Folge haben, dass eine Gesellschaft auf lukrative Geschäftsfelder verzichten muss. Darin liegt – zwar nicht formell, wohl aber materiell – eine *Abkehr vom Prinzip der Gewinnstrebigkeit*, und eine solche bedarf der Einstimmigkeit der Aktionäre⁸³. Beschlüsse, welche diesem Erfordernis zuwiderlaufen, sind anfechtbar⁸⁴. Ohne Risiko kann daher eine solche Abgrenzung nur in den Gründungsstatuten oder aber bei zu 100% beherrschten Tochtergesellschaften vollzogen werden⁸⁵.

d) Nicht selten wird in Konzernen der umgekehrte Weg gegangen. Potentielle Interessenkonflikte werden nicht durch eine klare Abgrenzung der Tätigkeitsgebiete vermieden, sondern es wird im Gegenteil in einer Flucht nach vorn gerade die *interne Konkurrenzierung* begrüßt: Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der einzelnen Tochtergesellschaften sollen konsequent deren Eigeninteressen – auch zulasten von Schwestergesellschaften – durchsetzen.

Dieses am Prinzip des Survival of the fittest orientierte Konzept kann jedoch bei Personalunion nicht spielen, da dem in mehreren Gesellschaften gleichzeitig Tätigen nichts anderes übrig bleibt als der Entscheid zugunsten der einen – und damit zwangsläufig zulasten der anderen – Gesellschaft.

3. Personelle Massnahmen

a) Die wirksamste Massnahme zur Vorbeugung von Interessenkonflikten besteht wohl darin, dass die *Personalunion zwischen den Tochtergesellschaften aufgebrochen* wird, indem die Exekutivorgane bei den verschiedenen Gesellschaften zumindest teilweise – und vorzugsweise mehrheitlich – *unterschiedlich zusammengesetzt* werden:

⁸² Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁸³ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR. Dazu DRUEY, *Leistungsrecht* (FN 1), 17; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 2 N 57.

⁸⁴ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR, dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 39), § 2 N 56/§ 25 N 32; PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001, § 1 N 215.

⁸⁵ DRUEY, *Leistungsrecht* (FN 1), 16 f. weist in diesem Zusammenhang auf die beschränkte praktische Bedeutung von statutarischen Klauseln hin, die eine Konzerngesellschaft auf den Dienst am Konzernganzen verpflichten.

So kann der Verwaltungsrat neben den Vertretern der Konzernobergesellschaft auch von dieser unabhängige⁸⁶ Mitglieder umfassen. Oder es werden auf der Stufe der Geschäftsleitung die Überlappungen möglichst klein gehalten, indem etwa nur gerade der Vorsitzende in allen Gesellschaften derselbe ist, während im Übrigen die Geschäftsleitung der verschiedenen Gesellschaften unterschiedlich bestellt ist. Schliesslich können Massnahmen auf beiden Ebenen kombiniert werden.

b) Für diejenigen Organpersonen, welche nicht in Personalunion bei mehreren Schwestergesellschaften gleichzeitig tätig sind, sollten *Anreize* geschaffen werden, damit sie sich besonders *für die Interessen der eigenen Gesellschaft* einsetzen:

- Geschäftsleitungsmitglieder können durch Bonussysteme und andere Formen der Motivation veranlasst werden, Vorteile für die eigene Gesellschaft (und nicht für den Gesamtkonzern) anzustreben, indem ihre Honorierung und Beurteilung strikt an die Ergebnisse der eigenen Gesellschaft und nicht an diejenigen der Gruppe als Ganzes geknüpft werden.
- Im Verwaltungsrat können die «unabhängigen» Mitglieder einen Ausschuss bilden, dessen Aufgabe darin besteht, Interessenkonflikte zwischen den Schwestergesellschaften und im Verhältnis zum Konzern zu beurteilen. Diesem Ausschuss könnte auch das Recht zustehen, unabhängige Dritte als Berater beizuziehen.

c) Wird eine solche horizontale⁸⁷ und vertikale⁸⁸ Desintegration vorgesehen, kann Konflikten eher mit Ausstandsregeln⁸⁹ begegnet werden, da die Entscheidungsfähigkeit der juristischen Person auch dann erhalten bleibt, wenn die Konzernvertreter wiederholt in den Ausstand treten müssen⁹⁰.

4. Flankierende Massnahmen

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass die allgemein in Konzernverhältnissen angebrachten flankierenden Massnahmen zur Minimierung der Haftungsrisiken auch in Fällen der horizontalen Integration sinnvoll sind:

⁸⁶ Vgl. jedoch VON PLANTA (FN 12), 107, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass die unabhängige Persönlichkeit «häufig so unabhängig nicht ist».

⁸⁷ In den Exekutivorganen sind auch «unabhängige» Personen vertreten.

⁸⁸ Die Integration wird nur auf einer Ebene, im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung, vorgenommen.

⁸⁹ Vgl. dazu vorne VII. 1.

⁹⁰ In Frage gestellt wird damit freilich die einheitliche Leitung, welche kennzeichnendes Merkmal des Konzerns ist; vgl. vorne II. 1. a.

So werden etwa die vom Konzern «entsandten» Mitglieder des Verwaltungsrates – und allenfalls auch der Geschäftsleitung – nebst der Bindung durch einen Treuhandvertrag durch eine *Schadloshaltungserklärung* abgesichert⁹¹.

Weiter sind die Abhängigkeitsverhältnisse *offen zu deklarieren*, d.h. es ist durch Transparenz dafür zu sorgen, dass bei Dritten keine falschen Erwartungen erweckt werden^{92, 93}.

VIII. Schlussbemerkung

Die Integration von Gruppengesellschaften in den Konzern ist im schweizerischen Recht problematisch, weil sie die Verpflichtung zur Gewinnoptimierung bei den konzernierten Einzelgesellschaften in Frage stellt. Dies gilt nicht nur für die vertikale, sondern ebenso für die seltener vorkommende horizontale Integration. Bei dieser stellen sich – wie aufgezeigt – zusätzliche Probleme⁹⁴. Durch eine Reihe von Massnahmen können Interessenkonflikte zwar gemildert, nicht aber völlig entschärft werden.

Daher sei zum Schluss einmal mehr die von Jean Nicolas Druey wiederholt aufgeworfene Frage gestellt: Brauchen wir nicht doch ein (umfassenderes) kodifiziertes Konzernrecht?^{95, 96}

⁹¹ Dazu VON BÜREN (FN 3), 165 ff.; FORSTMOSER (FN 22), 109.

⁹² Die Transparenz im Konzern wird schon durch gewisse gesetzliche Bestimmungen sichergestellt, so durch die Regelungen über die Konzernrechnung (Art. 663e ff. OR), über die Offenlegung von Beteiligungen (Art. 663a Abs. 4 und 663b Ziff. 7 OR) sowie betreffend die Berücksichtigung wechselseitiger Beteiligungen (Art. 659b OR). Siehe dazu DRUEY/VOGEL (FN 1), 34 ff.

⁹³ Die Betonung der Offenlegung einer Einbindung in den Konzern wirkt sich freilich auch insofern aus, als sie eine Durchgriffs- oder Vertrauenshaftung fördert.

⁹⁴ Siehe vorn VI. 2.

⁹⁵ DRUEY, *Aufgaben* (FN 1), 334 f.; DERS., *Konzern als Regelungsgegenstand* (FN 1), 243; DERS., *Traktandum* (FN 1), 246; DERS., *Paradoxe* (FN 1), 86 ff.; DERS., *Leistungsrecht* (FN 1), 30.

⁹⁶ Mehrheitlich wird dies immer noch abgelehnt, vgl. etwa den Schlussbericht des Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» von 1993, 19 ff., 78; DRUEY/VOGEL (FN 1), 9.

Sonderdruck aus:

Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut
Assistenz Prof. Dr. P. Forstmoser
Rämistrasse 74 / 12
8001 Zürich

Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Rainer J. Schweizer / Herbert Burkert / Urs Gasser

PETER FORSTMOSER

Horizontale Integration im Konzern