

Haftung im Konzern*

PROF. DR. PETER FORSTMOSER

Inhaltsübersicht

I. Das schweizerische Konzernrecht im Spannungsfeld zwischen einheitlicher Leitung des Gesamtunternehmens und Selbstverantwortung der juristischen Einzelperson	92
1. Konzernrealität und schweizerisches Konzernrecht	93
2. Folgen für die Haftungsproblematik	98
II. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern	99
1. Abgrenzungen	99
2. Übersicht über die potentiell Verantwortlichen	100
3. Haftung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft	101
3.1. Die Ausgangslage	101
3.2. Das Dilemma der vom Konzern eingesetzten Organvertreter	102
3.3. Mittel der Einflussnahme im Konzern	104
3.4. Probleme der rechtlichen Umsetzung des betriebswirtschaftlich Sinnvollen	105
3.5. Möglichkeiten zur Minimierung der Haftungsrisiken	106
3.6. Von den Schwierigkeiten, die Eigeninteressen von Tochtergesellschaften festzustellen	112
3.7. Der Rücktritt als ultima ratio	113
3.8. Exkurs: Konzernfreie Verwaltungsratsmitglieder und Doppelorgane	113

* Überarbeitete und erweiterte Fassung eines am 1. Juni 1999 im Rahmen einer Veranstaltung der Weiterbildungsstufe HSG gehaltenen Referats.
Herrn Lukas Blättler, meinem Assistenten, danke ich für seine Unterstützung bei der Ausarbeitung der Schriftfassung.

4. Haftung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft für bei der Tochtergesellschaft eingetretene Schäden.....	114
4.1. Haftungsrisiken als Organ der Konzernobergesellschaft	114
4.2. Haftungsrisiken als formelles Organ der Tochtergesellschaft.....	118
4.3. Haftungsrisiken als faktisches Organ der Tochtergesellschaft.....	121
5. Haftung der Revisionsstellen	121
6. Haftung der Muttergesellschaft für Fehlverhalten im Rahmen von Tochtergesellschaften?	123
6.1. Der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit aller Aktiengesellschaften, auch im Konzernverbund.....	124
6.2. Faktischer Beistandszwang im Konzern?	124
6.3. Haftung aus dem Recht der einfachen Gesellschaft?	125
6.4. Haftung der Muttergesellschaft als materielles oder faktisches Organ der Tochtergesellschaft?.....	128
6.5. Haftung für den delegierten "Vertreter" im Sinne von OR 707 III?....	130
6.6. Durchgriffshaftung.....	131
6.7. Haftung aus Konzernvertrauen	132
6.8. Weitere Haftungsgrundlagen	134
6.9. Ergebnis.....	134
III. Der entscheidende Unterschied zwischen der Hundertprozent-Beteiligung und einer Kontrollmehrheit (bzw. -minderheit)	135
IV. Schlussbemerkungen	138
1. Nochmals: Die Konzernproblematik	138
2. Praktische Vorhaben zur Verminderung des Haftungsrisikos	138
3. Rechtspolitische Anliegen	139
Literaturverzeichnis	141

Das schweizerische Konzernrecht¹ regelt bekanntlich – wie im Folgenden in Erinnerung zu rufen sein wird – nur einen *Teilbereich* des Konzernrechts: die Rechnungslegung. Im Übrigen gilt für Gesellschaften, die in einen Konzern eingebunden sind, das allgemeine Aktienrecht². Daraus ergeben sich letztlich unlösbare *Rechtskonflikte* (vgl. Ziff. I.), aber auch eine differenzierte und *spezielle Haftungsordnung* für alle an der Führung und Kontrolle eines Konzerns Beteiligten, die Exekutiv- und Kontrollorgane der Tochtergesellschaften und der Muttergesellschaft und schliesslich auch der Muttergesellschaft selbst (vgl. Ziff. II.). Aus praktischer Sicht besteht dabei ein grundlegender Unterschied zwischen Konzernen, die über blosse Mehrheits- oder gar lediglich kontrollierende Minderheitsbeteiligungen geführt werden, und solchen, bei denen die Obergesellschaft die Tochtergesellschaften stimmen- und kapitalmässig zu hundert Prozent beherrscht (vgl. Ziff. III.).

¹ Die Literatur zum Konzernrecht ist mittlerweile unübersehbar. Hingewiesen sei auf die folgenden schweizerischen *Standardwerke* zum Konzernrecht im allgemeinen: Marc Amstutz: Konzernorganisationsrecht, Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik (Diss. Zürich 1993 = ASR 551); Roland von Büren: Der Konzern. Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens (Schweiz. Privatrecht VIII/6, Basel/Frankfurt 1997); Jean Nicolas Druey/Alexander Vogel: Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte (Zürich 1999); Lukas Handschin: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht (Habil. Basel, Zürich 1994). Zur ausländischen und europäischen Regelung vgl. statt aller Jean-Nicolas Druey: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 14, Bern/Stuttgart 1988); Forum Europaeum Konzernrecht für Europa, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1998 672 ff; Marcus Lutter/Eberhard Scheffler/Uwe H. Schneider: Handbuch der Konzernfinanzierung (Köln 1998). Speziell zu den *Haftungsfragen* nach schweizerischem Recht vgl. etwa Max Albers-Schönberg: Haftungsverhältnisse im Konzern (Diss. Zürich 1980 = SSHW 44); Beat Brechbühl: Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen (Diss. Bern 1998 = ASR 617); Kristina Kuzmic: Haftung aus "Konzernvertrauen" (Diss. Zürich 1998 = SSHW 187); Reto Schiltknecht: Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften (Diss. Bern 1997 = ASR 592); Alexander Vogel: Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft (Diss. St. Gallen 1997 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 51); Wolfgang Zürcher: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrecht-Konzern (Diss. Zürich 1993 = ASR 457). Vgl. auch die Hinweise hinten im Literaturverzeichnis.

² Hier und im Folgenden wird davon ausgegangen, dass es sich bei Konzerngesellschaften um Aktiengesellschaften handelt, was in der Praxis zwar die Regel ist, aber nicht ausnahmslos zutrifft. Die besonderen Probleme, die sich etwa beim Genossenschaftskonzern ergeben, bleiben ausgeklammert.

Nach Ansicht des Autors lässt sich das *Spannungsfeld zwischen Selbständigkeit und Einheit im Konzern* teilweise – aber nur teilweise – durch gesellschaftsrechtliche und schuldvertragliche Massnahmen neutralisieren. Eine dogmatisch wie für praktische Bedürfnisse befriedigende Lösung könnte nur der Gesetzgeber schaffen (vgl. Ziff. IV.).

I. Das schweizerische Konzernrecht im Spannungsfeld zwischen einheitlicher Leitung des Gesamtunternehmens und Selbstverantwortung der juristischen Einzelperson

Der schweizerische Gesetzgeber hat – vielleicht mit gutem Grund, aber das ist umstritten – die *Realität des Konzerns* nur bruchstückhaft zur Kenntnis genommen und geregelt^{3,4}: Im *Rechnungslegungsrecht* trägt er dem Konzern – der zu einer *wirtschaftlichen Einheit zusammengefassten Mehrheit von juristisch selbständigen Personen* – Rechnung⁵. Dagegen fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen für die beiden weiteren in der Konzernrealität entscheidenden Fragen:

- Inwieweit dürfen Organe der Muttergesellschaft direkt in die Entscheidungsfindung bei Tochtergesellschaften *eingreifen* und dürfen Organe von Tochtergesellschaften im Interesse der Muttergesellschaft und des Konzernganzen handeln sowie *Weisungen* der Muttergesellschaft *befolgen*?
- Und wie ist die *Haftung aller Beteiligten* – einschliesslich der Muttergesellschaft selbst – zu beurteilen, wenn der Konzern als Einheit geführt und die einzelnen Konzerngesellschaften in das Konzernganze integriert werden? Dieser zweiten Frage ist hier nachzugehen.

³ Bereits der groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" hat in seinem Schlussbericht von 1993 darauf hingewiesen, dass eine umfassende Kodifikation des Konzernrechts in Anbetracht des drängenderen Handlungsbedarfs an anderen Orten vorerst hinten zu stellen sei.

⁴ Dass es dagegen in der Schweiz ein weit gespanntes Konzernrecht in der Form von *Richterrecht* gibt, haben soeben Druey/Vogel (zit. Anm. 1) eindrücklich dargelegt. Eine eigentliche konzernrechtliche Abhandlung stellt übrigens die als Einheit in ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 225-259 erfolgte Publikation von fünf Zürcher Entscheiden dar.

⁵ Vgl. OR 663e.

Im Folgenden wird zunächst auf die paradoxe schweizerische *Konzernrechtsregelung* hingewiesen (Ziff. 1.), anschliessend auf die Folgen, die sich daraus für die *Verantwortlichkeit im Rahmen von Tochtergesellschaften* ergeben (Ziff. 2.).

1. Konzernrealität und schweizerisches Konzernrecht

a) Aus rechtlicher Sicht sind für das Vorliegen eines Konzerns zwei Elemente entscheidend^{5a}:

- Ein Konzern besteht aus mehreren *rechtlich selbständigen Gesellschaften* (in der Praxis regelmässig Körperschaften, zumeist Aktiengesellschaften).
- Diese rechtlich selbständigen Gesellschaften sind jedoch *wirtschaftlich* und insbesondere *führungsmässig* zu einer *Einheit* zusammengefasst⁶.

In der *Rechtswirklichkeit* ist die *Konzernverbundenheit* äusserst verbreitet, ja sie dürfte bei den volkswirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften die Regel bilden, und es steht fest, dass die Grosszahl der Publikumsgesellschaften nicht selbständige Einzelkämpferinnen sind, sondern Obergesellschaften eines Konzerns⁷. Aber auch bei den nicht kotierten Gesellschaften, die von privaten Anlegern gehalten werden, handelt es sich nicht selten um *Konzernobergesellschaften*, und sei es auch nur deshalb, weil die "Substanz" der Unternehmung in eine *Immobilien-gesellschaft* eingebracht worden ist, während sich die *unternehmerische Tätigkeit* in einer *Betriebsgesellschaft* abspielt.

b) Der Gesetzgeber hat dieser Realität wie erwähnt in einem – aber auch *nur in einem* – Punkt Rechnung getragen: Er verlangt von Konzernen – mit gewissen

^{5a} Vgl. die Legaldefinition in OR 663e I.

⁶ Die führungsmässige Einheit wird regelmässig mittels Weisungen und anderen Formen der *Einflussnahme der Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaften* sichergestellt. Diese Konstellation wird in der Literatur jeweils zugrunde gelegt, und es gehen auch die nachfolgenden Ausführungen davon aus.

Bisher kaum beachtet worden ist, dass in der Praxis auch *Massnahmen zur Vereinheitlichung auf horizontaler Ebene* vorkommen: Mehrere Gruppengesellschaften werden personell identischen Verwaltungsräten und/oder einer für alle Gesellschaften einheitlichen Geschäftsleitung unterstellt.

⁷ Eine Untersuchung von 1991 ergab, dass von 306 börsenkotierten Gesellschaften lediglich 89 nicht in einem Konzern verbundene "Einzelgesellschaften" waren. Detaillierte Aussagen aus neuerer Zeit sind meines Wissens nicht erhältlich. Eine stichprobenweise Untersuchung ergab, dass von 30 untersuchten Gesellschaften auf dem Kursblatt der Schweizer Börse alle in eine Konzernstruktur eingebettet sind.

Ausnahmen⁸ – eine *Konzernrechnung*, also die *rechnungsmässige Zusammenfassung der zu einem Konzern gehörenden Gesellschaften* so, wie wenn sie auch rechtlich eine Einheit bilden würden, vgl. OR 663e⁹.

Im Übrigen ist nach schweizerischem Recht eine in einen Konzern eingebundene Gesellschaft *gleich zu behandeln wie eine unabhängige Einzelgesellschaft*, eine Gesellschaft also, deren Führung ausschliesslich auf ihre *Eigeninteressen* ausgerichtet ist.

Daraus ergibt sich zweierlei:

- Eine in einen Konzern eingebundene Aktiengesellschaft untersteht wie eine selbständige Gesellschaft den Bestimmungen des Aktienrechts¹⁰, womit insbesondere die folgenden beiden zwingenden Regeln¹¹ zu beachten sind:
 - Gemäss OR 717 I müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates (was – stellvertretend – für die Mitglieder aller Exekutivorgane stehen dürfte) "die Interessen der Gesellschaft [und das heisst: der *eigenen* Gesellschaft] in guten Treuen wahren."
 - Und nach OR 716a kommen dem Verwaltungsrat jeder Aktiengesellschaft – auch einer in einen Konzern eingebundenen Tochtergesellschaft – bestimmte gehaltvolle Aufgaben *unübertragbar und unentziehbar* zu, worunter die *Oberleitung der Gesellschaft*¹², die *Festlegung ihrer Organisation*¹³, die *Oberaufsicht*¹⁴, und die *Ernennung und Abberufung* der weiteren Exekutivorgane¹⁵.

⁸ Vgl. OR 663e II.

⁹ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das schweizerische Aktienrecht in einigen weiteren – isolierten – Punkten die Konzernrealität berücksichtigt: Kennzeichnungspflicht für die finanziellen Beziehungen zu anderen Konzerngesellschaften (OR 663a IV und 663b Ziff. 7. und 10.), Pflicht zur Bekanntgabe der Beteiligungsverhältnisse (OR 663c), Vorschriften betreffend den Erwerb von Aktien durch Tochtergesellschaften (OR 659b). Weitere Sonderregeln für Konzerngesellschaften ergeben sich aus dem Börsenrecht.

¹⁰ So neuestens ausdrücklich auch ZR 98 (1999) 243.

¹¹ Eine dritte zwingende Bestimmung, die im Konzernverbund Probleme aufgeben kann, ist die Pflicht der Verwaltungsratsmitglieder, "die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln", OR 717 II.

¹² OR 716a I Ziff. 1.

¹³ OR 716a I Ziff. 2.

¹⁴ OR 716a I Ziff. 5.

¹⁵ OR 716a I Ziff. 4. – Zur Frage, ob OR 716a I auf Verwaltungsratsmitglieder von Tochtergesellschaften überhaupt anwendbar sei, siehe sogleich nachstehend.

- Trotz dieser egoistischen Zielsetzung und eigenverantwortlichen Führungsstruktur einer jeden AG – auch einer konzernverbundenen – wird die Existenz von Konzernen und wird damit die Unterstellung einer Mehrzahl von Aktiengesellschaften unter einheitliche Leitung vom Gesetz als selbstverständlich und offenbar rechtens vorausgesetzt.

b) Es ist in der Lehre wiederholt versucht worden, der "Antinomie zwischen wirtschafts- und machtpolitischer Fremdbestimmung und grundsätzlicher rechtlicher Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft"¹⁶ Rechnung zu tragen und den *immanenten Widerspruch zwischen einheitlicher Leitung mehrerer Gesellschaften und eigennütziger sowie eigenverantwortlicher Leitung einer jeden Aktiengesellschaft auch im Rahmen des Konzerns* auszubebenen. So hat Peter Böckli die Ansicht vertreten, der Katalog von OR 716a I finde auf die "Untergesellschaften" im Konzern – mindestens im Falle einer Beherrschung von 100% oder nur wenig unter 100% – keine direkte Anwendung¹⁷. I respectfully disagree:

Es gibt verschiedene Gründe, die dagegen sprechen, bei Vorliegen eines Konzerns die Vorschriften von OR 716a und 717 nicht oder mit anderem als dem für selbständige Gesellschaften verbindlichen Gehalt anzuwenden:

aa) Zwar trifft durchaus zu, dass es der Gesetzgeber bewusst abgelehnt hat, ausserhalb des Rechnungslegungsrechts spezifische Regeln für Konzerngesellschaften aufzustellen. Daraus ergibt sich aber m.E. keineswegs die Freiheit, durch Lehre und Praxis solche Regeln in Abweichung vom gesetzlich verankerten Aktienrecht zu schaffen. Diese Möglichkeit bestünde nur, wenn entweder das Schweigen des Gesetzgebers als planwidrige Unvollständigkeit, mithin als echte Lücke, oder aber als qualifiziertes Schweigen zu werten wäre, und zwar als qualifiziertes Schweigen in dem Sinne, dass der Gesetzgeber auf eine Regel *ganz bewusst* verzichtet hat, weil er die Ordnung der Praxis überlassen wollte¹⁸. So ist es aber hinsichtlich des Konzernrechts gerade nicht: Vielmehr war der Gesetzgeber der Ansicht, es erübrige sich ausserhalb der Rechnungslegung eine besondere Ordnung, da die Konzernrealität vorderhand auch mit den allgemeinen aktienrechtlichen Regeln erfasst werden könne. Das Aktienrecht habe weiterhin eine

¹⁶ ZR 98 (1999) 245.

¹⁷ Vgl. dessen Aufsatz in dieser Publikation, insb. III/1.2.

¹⁸ Vgl. dazu grundlegend Arthur Meier-Hayoz in Berner Kommentar zu ZGB 1-10 (Bern 1996) Art. 1 N 255 ff und David Dürr in Zürcher Kommentar zu ZGB 1-7 (Zürich 1998) Art. 1 N 351.

Einheit zu bilden¹⁹. Deshalb ist auch die Ansicht, OR 716a sei zu weit gefasst und deshalb teleologisch zu reduzieren²⁰, problematisch. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber der Ansicht war – und wohl immer noch ist²¹ –, dass sich ausserhalb der Rechnungslegung die rechtlichen Probleme von Konzernen mit dem Einheitsaktienrecht lösen lassen. Damit müssen aber auch für Konzernuntergesellschaften die Bestimmungen von OR 717 I – Interessenwahrungspflicht zugunsten der *eigenen* Gesellschaft – und von OR 716a – Unübertragbarkeit und Unentziehbarkeit bestimmter grundlegender Aufgaben des Verwaltungsrates einer jeden Aktiengesellschaft – *direkte Anwendung* finden.

bb) Daran ändert auch die Anerkennung der Konzernrealität in OR 663e nichts: Diese Bestimmung enthält ausschliesslich Regeln für die Rechnungslegung und keinerlei Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber Konzerne mit Bezug auf die organisatorische Struktur und die Verantwortlichkeit von den allgemeinen aktienrechtlichen Anforderungen entbinden wollte.

cc) Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Einbindung in einen Konzern *nur rudimentär offengelegt* werden muss:

- Gesellschaftsintern, gegenüber nicht zum Konzern gehörenden Aktionären ergeben sich bei der Muttergesellschaft einige Hinweise aus den Angaben, die in Bilanz und Anhang zu den Beteiligungen und hinsichtlich der Verbindlichkeiten gegenüber anderen Konzerngesellschaften gemacht werden müssen²². Bei Tochtergesellschaften ist die Information noch knapper²³. Selbst den Umfang der Beteiligung der Muttergesellschaft erfährt der Aktionär einer Tochtergesellschaft nur, falls diese kotiert ist²⁴.

¹⁹ Bereits in der Übersicht zur bundesrätlichen Botschaft über die Revision des Aktienrechts (BBl 1983 II 745 ff) wird unmissverständlich klargestellt: "Er [der Entwurf] hält am Prinzip der Einheit des Aktienrechts fest und nimmt nur in wenigen Einzelpunkten eine differenzierte Regelung vor." (746). Dieser Grundsatz ist in der ganzen parlamentarischen Diskussion nie ernsthaft in Zweifel gezogen worden.

²⁰ Zur sog. teleologischen Reduktion vgl. BGE 121 III 224 E. 1 d/bb und Ernst A. Kramer: Teleologische Reduktion, in: Beiheft 15 zur ZSR (Basel 1993) 65 ff, besonders 72.

²¹ In neuerer Zeit hat der Gesetzgeber zwar die Einheit des Aktienrechts aufgebrochen. Das differenzierende Kriterium ist aber nicht der Konzernatbestand, sondern die Börsenkotierung.

²² Vgl. OR 663a IV und 663b Ziff. 7.

²³ Sie beschränkt sich auf Angaben zu Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber anderen Gesellschaften des Konzerns, OR 663a IV.

²⁴ Vgl. OR 663c und BEHG 20.

- *Extern*, auch im Verhältnis zu Gläubigern, besteht eine Informationspflicht nur bei kotierten Gesellschaften²⁵.

Fehlt es aber an ausreichender Publizität, dann darf den Minderheitsaktionären und vor allem den Gläubigern eine Abweichung von der erwarteten gesetzlichen Ordnung nicht zugemutet werden.

c) Zusammenfassend ist zu konstatieren: Das schweizerische Konzernrecht ist geprägt von einem dogmatisch letztlich *nicht lösbaren Paradox*²⁶:

- Das Gesetz setzt den Konzern im Sinne einer *einheitlichen Leitung mehrerer Gesellschaften* explizit voraus²⁷, es nimmt daher auch in Kauf, dass im Zuge dieser einheitlichen Leitung die Interessen einer Einzelgesellschaft denen des Konzerns als Ganzem untergeordnet werden.
- Gleichzeitig aber verlangt der Gesetzgeber von den Exekutivorganen *aller* Aktiengesellschaften – auch der konzernverbundenen –, dass sie ihre Gesellschaft in deren *Eigeninteresse* führen sollen und dass sie die grundlegenden organisatorischen, finanziellen und personellen Entscheide *in eigener Verantwortung und ausgerichtet auf das Eigeninteresse der eigenen Gesellschaft* zu fällen haben.

d) Allerdings ist die Kontroverse in ihrer praktischen Bedeutung auch wieder zu entschärfen: Selbst wenn der Verwaltungsrat einer Konzerntochtergesellschaft faktisch oder gar formell entgegen OR 716a I Ziff. 1. die gesamte Oberleitung an die Muttergesellschaft abgibt und selbst wenn sich eine Tochtergesellschaft unter Hintanstellung aller Eigeninteressen ganz in den Dienst des Konzerns stellt, hat dies für die getätigten Rechtsgeschäfte keine *direkten* rechtlichen Konsequenzen. Die Geschäftsführungshandlungen bleiben gültig und sind unanfechtbar²⁸, die von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen sind verbindlich²⁹. Es ist

²⁵ Vgl. OR 697h.

²⁶ Es ist dies nicht das einzige, vgl. Jean Nicolas Druey: Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: FS Bär (Hg. Roland von Büren, Bern 1998) 75 ff.

²⁷ OR 663e I.

²⁸ Vgl. statt vieler Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 31 N 41 sowie etwa ZR 86 (1987) Nr. 127 S. 310 f.

²⁹ Zu weit geht wohl ein in ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 225 ff abgedruckter Entscheid, wonach Rechtshandlungen, die gegen den aktienrechtlichen Endzweck der Gewinnstrebigkeit verstossen, nichtig sein sollen (a.a.O. S. 249 E.4.2.2). Als gegen den Endzweck einer Gesellschaft verstossend werden in jenem Entscheid erwähnt "unentgeltliche Vermögenszuwendungen, auch Liberalitäten genannt, sowie die faktische Liquidation der Gesellschaft durch freiwillige Veräusserung des Gesellschaftsvermögens" (a.a.O.). Zumindest im Konzernzusammenhang dürfte von Nichtigkeit

dies auch eine Erklärung dafür, dass die Konzernrealität trotz des Fehlens passender rechtlicher Grundlagen funktioniert.

Einschneidend können dagegen die *indirekten* Folgen, die *haftungsrechtlichen Konsequenzen* sein:

2. Folgen für die Haftungsproblematik

Für die Haftungsproblematik ergeben sich aus dem Konzernparadox eine Reihe von Folgerungen, aber auch von offenen Fragen:

a) Von selbst versteht sich, dass eine *Konzernuntergesellschaft ihren Gläubigern gegenüber in gleicher Weise haftet wie jede selbständige Aktiengesellschaft*. Anzunehmen ist auch, dass sie die Interessen der nicht dem Konzern angehörigen Drittaktionäre ebenso zu wahren hat wie eine selbständige Gesellschaft.

b) Dagegen ist offen, inwieweit die *Exekutivorgane einer Konzernuntergesellschaft* – die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung dieser Gesellschaft – der *Konzernrealität Rechnung tragen dürfen oder gar müssen* und inwieweit sie andererseits den allgemeinen aktienrechtlichen Grundsätzen zu genügen und sich ausschliesslich auf das Eigeninteresse der eigenen Gesellschaft auszurichten haben³⁰. Offen ist auch, mit welchen Massnahmen im Rahmen des geltenden Rechts der Konzernrealität angemessen Rechnung getragen werden kann³¹.

c) Für die *Exekutivorgane der Obergesellschaft* steht sodann fest, dass sie deren eigene Interessen wahrzunehmen haben, auch im Hinblick auf die Verwaltung der Beteiligungen an Tochtergesellschaften. Offen ist dagegen, ob sie in die Geschicke von Tochtergesellschaften eingreifen dürfen oder gar müssen und – falls sie dies tun – welches die Haftungsfolgen für sie selbst, aber auch für die Obergesellschaft sind³².

d) Unklar ist weiter, ob die *Revisionsstellen*³³ auf die Konzernrealität Rücksicht nehmen sollen und wie sich diese auf ihre Verantwortlichkeit auswirkt³⁴.

wegen eines Verstosses gegen die Pflicht zur Verfolgung des Endzwecks der Gewinnstrebigkeit kaum je gesprochen werden.

³⁰ Dazu nachstehend Ziff. II. 2.

³¹ Dazu nachstehend Ziff. II. 3.3., II. 3.5., II. 3.7. und II. 4.3.; zusammenfassend Ziff. IV. 1.

³² Dazu nachstehend. Ziff. II. 4. und II. 6.

³³ Die für die einzelnen Tochtergesellschaften und die Muttergesellschaft zuständigen Revisionsstellen wie auch die Konzernrechnungsprüferin.

³⁴ Dazu nachstehend Ziff. II. 5.

e) Und schliesslich ist nicht klar, ob – und unter welchen Umständen und aufgrund welcher rechtlichen Basis – eine *Konzernobergesellschaft* für die Verpflichtungen ihrer Untergesellschaften einzustehen hat³⁵.

Diesen Fragen wird im Folgenden nachgegangen.

II. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern

1. Abgrenzungen

Wenn im Folgenden von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im Konzern die Rede ist, dann ist dieses Thema vorab in doppelter Hinsicht sowohl einzugrenzen wie auch auszuweiten:

Zu den Eingrenzungen:

- Eingeschränkt wird das Thema insofern, als nur die Haftung für Schaden im Zusammenhang mit *Tochtergesellschaften* behandelt wird. Denn die Haftung von Organen der Muttergesellschaft für Fehlverhalten im Rahmen der eigenen Gesellschaft richtet sich nach den allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen, auf die hier nicht eingetreten werden soll^{36,37}.

³⁵ Dazu Ziff. II. 6.

³⁶ Zum aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht vgl. zum bisherigen Recht und allgemein: Bürgi/Nordmann: Zürcher Kommentar zu OR 739 bis 771 (Zürich 1979) Art. 752 ff; Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987); Kurt J. Gross: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1990 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht 33); Jörg Meier-Wehrli: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft ... (Diss. Zürich 1968 = Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 296). Zum revidierten Recht vgl. insbesondere Peter Widmer in Basler Kommentar zum OR II (Art. 530-1186) (Basel/Frankfurt 1994) zu Art. 754 ff; Peter Böckli: Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996) N 1965 ff; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (zit. Anm. 28) § 36 f; ferner Peter Forstmoser in Schweiz. Juristische Kartothek, Karte 406 (Genf 1994). Vgl. sodann auch zu den Pflichten des Verwaltungsrates nach revidiertem Recht Eric Homburger: Zürcher Kommentar zu OR 707-726 (Zürich 1997) insb. OR 716a ff.

³⁷ Im Rahmen der Verpflichtungen gegenüber der *eigenen* Gesellschaft stellt sich freilich auch die Frage, welche Pflichten sich im Rahmen eines Konzerns hinsichtlich der Beteiligungen stellen und wie sich dies auf die persönliche Verantwortlichkeit auswirkt, vgl. dazu nachstehend bei Anm. 90 ff.

- Sodann wird weder auf die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung – Schaden, schuldhaftes Pflichtwidrigkeit und Kausalzusammenhang – noch auf die aktienrechtlichen Besonderheiten hinsichtlich der Legitimation³⁸, der Solidarität, der verfahrensrechtlichen Vorschriften³⁹ und der Verjährung⁴⁰ eingegangen. Auch hiezu sei auf die einschlägige Literatur⁴¹ verwiesen.

Ausgeweitet wird das Thema dagegen in den folgenden zwei Bereichen:

- Zunächst ist nicht nur von der Verantwortlichkeit der formellen Organe einer Tochtergesellschaft die Rede, sondern es wird auch geprüft, inwieweit Organe der Muttergesellschaft oder diese selbst für Schaden, der bei der Tochtergesellschaft oder in deren Umfeld entsteht, verantwortlich werden.
- Und diese Prüfung erfolgt überdies nicht nur anhand der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen von OR 754 ff, sondern auch gestützt auf allfällige weitere Haftungsgrundlagen⁴².

2. Übersicht über die potentiell Verantwortlichen

a) Tritt im Umfeld einer Konzerntochtergesellschaft oder bei dieser selbst ein Schaden ein, dann hat in erster Linie *diese Gesellschaft* selbst den Schaden zu tragen: Wie jede juristische Person muss sie das rechtmässige Handeln ihrer Vertreter⁴³, aber auch das unerlaubte Handeln ihrer Organe⁴⁴ und Hilfspersonen⁴⁵ gegen sich gelten lassen. Darauf wird im Folgenden nicht eingegangen.

b) Ist die Tochtergesellschaft nicht in der Lage, Schadenersatz zu leisten, oder tritt Schaden bei ihr selbst ein, dann stellt sich die Frage der Haftung weiterer Personen:

³⁸ OR 756 f.

³⁹ OR 759, 761.

⁴⁰ OR 760.

⁴¹ Vgl. vorn Anm. 36.

⁴² Diese spielen vor allem bezüglich der Haftung einer Konzernobergesellschaft eine Rolle, vgl. dazu Ziff. 6.

⁴³ Vgl. OR 718, ZGB 55 I, dazu Rolf Watter: Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe... (Diss. Zürich 1985 = SSHW 81) und Dieter Zobl: Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989) 289 ff.

⁴⁴ OR 722, ZGB 55 II.

⁴⁵ OR 55, dazu Karl Spiro: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (Bern 1984).

- In Betracht kommen zunächst die *Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft* als mit der Geschäftsführung "befasste" Personen im Sinne von OR 754 I. Vgl. dazu Ziff. 3.
- Weiter fragt es sich, ob – und allenfalls unter welchen Voraussetzungen – *Organpersonen der Muttergesellschaft* aufgrund des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts haftbar werden können. Vgl. dazu Ziff. 4.
- Dieselbe Frage stellt sich für die *Revisionsstellen*: Offenkundig ist die Haftung der Revisionsstelle der Konzerntochtergesellschaft selbst aufgrund von OR 755, zu prüfen sind aber auch eine allfällige Haftung der Revisionsstelle der Muttergesellschaft wie auch des Konzernprüfers im Sinne von OR 731a. Vgl. dazu Ziff. 5.
- Von besonderer praktischer Bedeutung ist schliesslich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine *Konzernobergesellschaft selbst* für Schaden, der bei einer Konzerntochter oder in ihrem Umfeld eingetreten ist, haftbar wird. Die Basis hierfür ist nach Lehre und Praxis nicht nur im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht zu suchen, sondern auch in anderen – vorwiegend auf ZGB 2 II abgestützten – Rechtsgrundlagen. Vgl. dazu Ziff. 6.

3. Haftung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft

3.1. Die Ausgangslage

"Um sicherzustellen, dass ihre Interessen im Verwaltungsrat der Konzern[unter]gesellschaft vertreten und wahrgenommen werden, entsendet die Obergesellschaft in aller Regel (natürliche) Person ihres Vertrauens in den Verwaltungsrat der Konzern[unter]gesellschaft."⁴⁶ In der Regel werden der Verwaltungsrat und damit – indirekt – auch die Geschäftsleitung einer Konzerntochtergesellschaft

⁴⁶ Adrian W. Kammerer: Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1997 = SSHW 180) 249. Eine zusätzliche Massnahme kann – wie in Anm. 6 erwähnt – darin bestehen, dass die Verwaltungsräte mehrerer Tochtergesellschaften identisch besetzt und/oder diese Tochtergesellschaften einer einzigen Geschäftsleitung unterstellt werden. Allenfalls besteht Personalunion auch nur hinsichtlich des Vorsitzenden des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, während die übrigen Mitglieder jeweils nur für eine einzige Tochtergesellschaft tätig sind. Und schliesslich kann auch eine Mehr- oder Minderheit der beiden Gremien in mehreren Gesellschaften gleichzeitig tätig sein, während andere Mitglieder nur für eine einzige Gruppengesellschaft bestellt sind.

von der Konzernobergesellschaft bestimmt. Ausnahmsweise finden sich im Verwaltungsrat auch Vertreter einer aussenstehenden Minderheit, namentlich von Publikumsaktionären bei Konzerntochtergesellschaften, die nicht zu hundert Prozent in den Konzern integriert sind.

Vom *Vertreter einer Aktionärsminorität* wird später⁴⁷ kurz die Rede sein; die folgenden Ausführungen befassen sich mit den "Vertretern" des Konzerns, d.h. den aufgrund der Stimmkraft der Konzernobergesellschaft in den Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaften gewählten⁴⁸ Organpersonen.

3.2. Das Dilemma der vom Konzern eingesetzten Organvertreter

a) Diese "Vertreter" befinden sich in einem eigentümlichen *Dilemma*: Sie fühlen sich verpflichtet, die Interessen der Konzernobergesellschaft und des Gesamtkonzerns zu wahren, sie erhalten nicht selten auch konkrete Weisungen für die Ausübung ihres Mandats oder sind zumindest – aufgrund eines Mandatsvertrags oder aufgrund ihrer Organfunktion auch in der Muttergesellschaft – beauftragt, in der Tochtergesellschaft für die Beachtung der Interessen der Muttergesellschaft und des Konzerns zu sorgen. Und gleichzeitig sollten sie OR 717 I beachten und die "Interessen der Gesellschaft" (und das heisst: ihrer *eigenen* Gesellschaft) "in guten Treuen wahren", und sie sollten auch die Organisations-, Leitungs- und Kontrollfunktionen von OR 716a wahrnehmen, obwohl diese Aufgaben konzernweit *einheitlich* betreut werden und die Kompetenzen effektiv bei der Muttergesellschaft liegen. Die Wahrnehmung von Führungsaufgaben wird vom Gesetz gebieterisch verlangt, gleichzeitig aber ist sie im Konzern letztlich unerwünscht⁴⁹.

Damit steht das von der Muttergesellschaft entsandte Mitglied des Verwaltungsrates einer Tochtergesellschaft vor der *Quadratur des Kreises*:

⁴⁷ Vgl. Ziff. 3.8.

⁴⁸ Vgl. OR 707 III.

⁴⁹ Die Problematik wird besonders deutlich in *internationalen Konzernen* mit Tochtergesellschaften in verschiedenen Staaten, worunter auch der Schweiz. Es scheint, dass das schweizerische Recht dem Verwaltungsrat gehaltvollere Aufgaben zuweist als die Rechtsordnungen anderer Staaten. In inter- oder multinationalen Konzernen ist der Verwaltungsrat der Schweizer Tochtergesellschaft daher nicht selten ein Störfaktor, wenn er seine gesetzlichen Aufgaben wahrnimmt. Viel lieber würde es gesehen, wenn auf Aktivitäten und namentlich auf die Durchführung von Verwaltungsratssitzungen verzichtet würde.

- Als "Beauftragter" der Muttergesellschaft fühlt es sich verpflichtet, "die ihm übertragenen Geschäfte ... vertragsgemäss zu besorgen"⁵⁰, also die Interessen der Muttergesellschaft und des Konzerns in guten Treuen zu wahren, dem "Auftraggeber", d.h. der Muttergesellschaft "für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes"⁵¹ geradzustehen. In dieser Loyalitätspflicht zugunsten der Muttergesellschaft und damit des Konzerns als Ganzem fühlt sich das Mitglied des Leitungsorgans der Tochtergesellschaft bestärkt durch den Umstand, dass es – gemäss OR 707 III – offen oder verdeckt als "Vertreter" der Muttergesellschaft (die ihrerseits die Konzerninteressen vertritt) gewählt worden ist.
- Zugleich kann aber das "delegierte" Verwaltungsratsmitglied die Augen vor dem zwingenden Gesetzesrecht nicht verschliessen, weder vor der Pflicht, die Interessen der (eigenen!) Gesellschaft in guten Treuen zu wahren⁵² noch vor der Zuweisung einer gehaltvollen Reihe von wichtigen Aufgaben⁵³.

Aus praktischer Erfahrung kann der Autor dieser Zeilen immerhin darauf hinweisen, dass sich der – theoretisch letztlich unlösbare – Interessenkonflikt zwischen den Interessen der eigenen (Tochter-)gesellschaft und denen der Muttergesellschaft und des Konzerns in der Praxis nur selten in der ganzen Schärfe stellt: In aller Regel haben Konzerne und haben damit auch ihre Muttergesellschaften Freude an prosperierenden Töchtern, so dass die Hintanstellung von Interessen der eigenen Gesellschaft zugunsten der Obergesellschaft oder des Konzerns die Ausnahme bleibt.

Zu beachten ist sodann, dass aus der Einbindung in den Konzern regelmässig nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile erwachsen. Es muss daher in einem gewissen Umfang eine "Saldomethode" vertretbar sein, durch welche auch "die Vorteile aus der Dauerbeziehung als solcher zu berücksichtigen sind"⁵⁴. So kann "der einzelne Vorgang für eine Tochter nachteilig sein, lässt sich aber als strategisches Kalkül innerhalb des ganzen Verhältnisses begründen, weil Kompensation erwartet werden kann..."⁵⁵.

⁵⁰ OR 394 I.

⁵¹ OR 398 II.

⁵² OR 717 I.

⁵³ OR 716a I.

⁵⁴ ZR 98 (1999) 242.

⁵⁵ ZR, a.a.O.

b) Die "Entscheidungsharmonie" ist damit freilich keineswegs hergestellt:

- Zum einen entspricht es dem Wesen der dem Konzern eigenen "einheitliche[n] Leitung", dass einzelne Konzerngesellschaften ihre Interessen denen der Konzerneinheit hintanstellen müssen⁵⁶.
- Und zum Zweiten lässt sich im Konzernverbund nicht selten schwer feststellen, was denn eigentlich dem Eigeninteresse entspricht und inwieweit sich Leistungen im Gesamtinteresse letztlich zugunsten der eigenen Gesellschaft auswirken⁵⁷.

Etwas theatralisch vielleicht, aber durchaus richtig hat der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich kürzlich festgehalten:

"Im ausgeführten dramatischen Interessenkonflikt abhängiger Verwaltungsräte, die als Organe der abhängigen Gesellschaft einerseits deren Interessen zu vertreten, gleichzeitig aber die Konzerninteressen wahrzunehmen haben, bietet das geltende Normgefüge keine Handhabe."⁵⁸

3.3. Mittel der Einflussnahme im Konzern

Die Einflussnahme des Konzerns in Konzerntochtergesellschaften sollte durch deren Verwaltungsrat erfolgen. Praxis ist dies freilich nicht:

- Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Verwaltungsratsmitglieder von Tochtergesellschaften sich regelmässig vertraglich verpflichten müssen, ihr Mandat in den Schranken von guten Sitten und Gesetz – und mit "Gesetz" ist offenbar weder die Interessenwahrungspflicht von OR 717 I noch die Liste unübertragbarer Aufgaben von OR 716a gemeint – gemäss den *Weisungen der Muttergesellschaft* auszuüben. Die Willensbildung erfolgt daher nicht frei, sondern

⁵⁶ Die kleine, kreative Gesellschaft muss etwa ihre gewinnträchtige Entwicklung entschädigungslos oder zu unangemessenen Bedingungen einer Schwestergesellschaft abtreten, die über ein weit grösseres Distributionsnetz verfügt und so den Konzernnutzen maximieren kann.

⁵⁷ Zu diesem Problem vgl. nachstehend bei Anm. 64.

⁵⁸ ZR 98 (1999) 244. In ähnlich blumigem Stil führt der Richter sodann aus, "dass es objektiv betrachtet in bestimmten Fällen ein *Widerstandsrecht bzw. eine Widerstandspflicht* des 'Belehnten' gegenüber dem 'Lehensherrn', d.h. der Tochter-Gesellschaft gegenüber dem Mutterhaus, der Einzelgesellschaft gegenüber der Konzernleitung gibt. Mindestens insoweit behält als Kriterium und Mass das formelle Gesellschaftsrecht für die Beurteilung der Handlungen der Einzelgesellschaften seine Gültigkeit."

weisungsgebunden, womit der Ausrichtung auf die Interessen der eigenen Gesellschaft zwangsläufig Schranken gesetzt sind.

- Zum Zweiten sieht die *Realität* nochmals anders aus⁵⁹: Es ist nämlich zumeist nicht etwa so, dass der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft von der Muttergesellschaft Weisungen erhalten und diese umsetzen würde (was immerhin einen Entscheid dieses Verwaltungsrates und damit eine gewisse Triage bei der Weiterleitung der Anordnungen beinhalten würde), sondern es wird dieser Verwaltungsrat oft schlicht *ausgeblendet*: Die Rapport- und Weisungswege im Konzern laufen nicht über den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft, sondern direkt vom bei der Muttergesellschaft Zuständigen zum Verantwortlichen der Tochtergesellschaft: Der Chief Financial Officer der Muttergesellschaft bestimmt die Finanzplanung auch der Tochtergesellschaften, und der Forschungschef der Tochtergesellschaft erhält vom für Forschung und Entwicklung im Konzern Verantwortlichen die Parameter, innerhalb denen er seine eigene Abteilung einzusetzen hat. Der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft wird über diese Rapport- und Befehlswege – bestenfalls – informiert. Zu sagen hat er nichts, und im Gesamtinteresse des Konzerns betrachtet wäre es nur hinderlich, wenn er die konzerninternen Kreise stören würde. "Was ich nicht weiss, macht mir nicht heiss" ist im Konzernganzen oft die Devise, aber sie steht in krassem Konflikt zu den gesetzlichen Pflichten, die sich aus OR 717 I und 716a I ergeben.

3.4. Probleme der rechtlichen Umsetzung des betriebswirtschaftlich Sinnvollen

Die konsequente Einbindung der Tochtergesellschaften in den Konzern macht betriebswirtschaftlich Sinn. Sie wird vom Gesetz – OR 663e I – auch vorausgesetzt.

Zugleich ist aber nicht zu übersehen, dass dieser Einbindung grundlegende Bestimmungen des Aktienrechts entgegenstehen.

Damit stellt sich die Frage, wie sich das unternehmerisch Gebotene mit dem rechtlich zwingend Vorgeschriebenen vereinen lässt. Denn wenn sich eine solche Harmonie nicht erstellen lässt, ist das Resultat so oder so unbefriedigend:

⁵⁹ Dies ist bisher weder vom Gesetzgeber noch – soweit ersichtlich – von Lehre oder Judikatur zur Kenntnis genommen worden.

- Entweder widersetzt sich der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft mannhaf den Einwirkungen der Mutter. Dann wird er – das kleinere Übel – abgesetzt und ersetzt oder – gesamtwirtschaftlich schwerer wiegend – es bricht der Konzern auseinander.
- Oder aber der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft benimmt sich so, wie es jedermann von ihm erwartet, nämlich bestenfalls wie ein Abteilungs- oder Spartenleiter einer Grossgesellschaft, der die Weisungen seiner Vorgesetzten zu erfüllen hat und der sich in dem ihm belassenen Freiraum nach den Interessen der Gesamtunternehmung ausrichten sollte, eher aber als Statist, der dem Konzerngeschehen mehr oder weniger interessiert, jedenfalls aber tatenlos zuschaut.

In beiden Fällen hat das Verwaltungsratsmitglied (und in gleicher Weise auch das Mitglied der Geschäftsleitung) *persönliche Konsequenzen* zu tragen:

- Werden die Interessen der eigenen Gesellschaft stur durchgeboxt, dann geht die betreffende Organperson zwar ehrenhaft, aber rasch unter: Sie wird ersetzt durch einen Nachfolger, der bereit ist, sich den Konzernweisungen zu unterziehen.
- Tut dagegen das Verwaltungsrats- oder auch Geschäftsleitungsmitglied das, was von ihm erwartet wird, ordnet es sich in den Konzern ein und dessen Bedürfnissen unter, dann droht die *persönliche Verantwortlichkeit*.

3.5. Möglichkeiten zur Minimierung der Haftungsrisiken

a) Zu prüfen ist im Folgenden, wie diese Fahrt zwischen Skylla und Charybdis am besten unternommen wird, wobei schon eingangs gesagt sein mag, dass die "beste aller Welten" auf der Basis des geltenden schweizerischen Rechts nicht angesteuert werden kann.

Zentral erweist sich dabei die *Haftungsproblematik*. Auf sie wird im Folgenden eingegangen, wobei die Frage im Zentrum steht, mit welchen Mitteln das Risiko einer persönlichen Schadenersatzpflicht der Organpersonen von Tochtergesellschaften minimiert werden kann.

b) Als Instrument zur Einbindung von Tochtergesellschaften in einen Konzern bietet sich der *Mandatsvertrag* an, durch welchen die in Konzerntöchter delegierten Organpersonen verpflichtet werden, ihre Rechte und Pflichten *weisungsgebunden* auszuüben. Ob solche Treuhand- und Mandatsverträge mit Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern von Tochtergesellschaften zulässig

sind, war schon unter bisherigem Aktienrecht umstritten. Unter revidiertem Recht scheint vor allem die gesetzliche Auflistung von unübertragbaren und untrennbaren Aufgaben des Verwaltungsrates in OR 716a ihrer Rechtmässigkeit entgegenzustehen.

aa) Eine ziemlich umfassende Übersicht über die Lehrmeinungen findet sich im Zürcher Kommentar von Eric Homburger⁶⁰. Es wird hier auf jene Darstellung verwiesen. Erwähnt seien lediglich zwei Extrempositionen:

Während Appenzeller⁶¹ der Ansicht ist, es sei gegen "vertragliche Bindungen hinsichtlich der Stimmabgabe im Verwaltungsrat ... grundsätzlich nichts einzuwenden", ist Böckli⁶² der Auffassung, unter revidiertem Recht sei eine vertragliche Stimmbindung für Abstimmungen im Verwaltungsrat "nicht mehr denkbar". Nach Böckli können sich die Aktionäre "nicht durch einen Vertrag die Verwaltungsratsmitglieder in dem Sinne untertan machen, dass der Verwaltungsrat hinsichtlich seiner essentiell körperschaftlichen Entscheide auf die Befolgung der Beschlüsse oder Normen einer unter den Aktionären bestehenden einfachen Gesellschaft" oder – so ist für den Konzernatbestand zu ergänzen – einer Muttergesellschaft "verpflichtet würde"⁶³.

bb) Persönlich halte ich einen Mittelweg für richtig, wobei ich der Ansicht bin, dass sich in dieser Frage durch die Aktienrechtsreform aus zwei Gründen letztlich *nichts geändert* hat:

- Zum einen war schon unter bisherigem Recht praktisch unbestritten, dass dem Verwaltungsrat die *Verantwortung für die Grundsatzentscheide* in einer Gesellschaft zukommt und dass er sich dieser Aufgabe nicht dadurch entledigen kann, dass er sie auf einen Dritten (z.B. den Hauptaktionär, im Konzern also die Konzernobergesellschaft) überträgt oder es zulässt, dass dieser Dritte an seiner Stelle die Entscheide trifft.
- Die "unübertragbaren und untrennbaren Aufgaben" kommen sodann dem *Verwaltungsrat als Gremium* zu. Damit ist nichts darüber ausgesagt, wie sich die einzelnen *Mitglieder* dieses Gremiums ihre Meinung bilden sollen und ob

⁶⁰ Zit. Anm. 36, Art. 716a N 528 ff.

⁶¹ Hansjörg Appenzeller: Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften (Diss. Zürich 1996 = SSHW 173) 49.

⁶² Peter Böckli: Aktionärsbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, ZBJV 129 (1993) 475 ff, 486.

⁶³ So ders. in Schweizer Aktienrecht (zit. Anm. 36) N 757a; Böckli hat sich allerdings nicht speziell zum Konzern geäußert.

sie sich dabei an die Weisungen Dritter halten dürfen. Diesbezüglich gilt (nach wie vor) die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht, wie sie in Art 717 I des revidierten Rechts in inhaltlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Art. 722 I umschrieben ist.

Wegleitend ist m.E. wie bisher die Theorie des "doppelten Pflichtnexus", 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* eines Verwaltungsrates möglich ist. Eine Pflichtverletzung, die zu einer persönlichen Verantwortlichkeit des abgeordneten Verwaltungsratsmitgliedes führen kann, liegt damit nur dann vor, wenn bei *Interessenkollisionen* nicht dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang gegeben wird⁶⁴. Kritisch ist zu dieser Auffassung immerhin darauf hingewiesen worden, dass auch im Rahmen des Ermessens Entscheide im besten Gesellschaftsinteresse zu treffen sind, womit Drittinteressen eigentlich nur soweit befolgt werden dürften, "als das Gesellschaftsinteresse selbst den gleichen Entscheid fordert ..."⁶⁵.

cc) Bei *zu hundert Prozent beherrschten Tochtergesellschaften* kann die Weisungsbefolgungspflicht m.E. weitergehen als im Falle der blossen Mehrheits- oder gar Minderheitsbeteiligung: Es sind dann keine Rechte von Drittaktionären zu berücksichtigen, und die Konzernobergesellschaft als Alleinaktionärin hat ein legitimes Interesse an der Weisungsbefolgung, dessen Schranken nur durch das Interesse der Gläubiger⁶⁶ und die Allgemeininteressen⁶⁷ gesetzt sind⁶⁸.

⁶⁴ Näheres hiezu bei Forstmoser, *Verantwortlichkeit* (zit. Anm. 36) N 698, mit weiteren Angaben. Aus der seither erschienenen Literatur seien neben den Publikationen von Böckli (zit. Anm. 62) und Appenzeller (zit. Anm. 61) etwa erwähnt: Werner de Capitani: *Der delegierte Verwaltungsrat*, SJZ 90 (1994) 347 ff; Jean-Nicolas Druey: *Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat*, in: *Rechtsfragen um die Aktionärsbindungsverträge* (Zürich 1998 = SnA 13) 13 ff; Claire Huguenin Jacobs: *Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht* (Zürich 1994) 290 ff sowie die sich in Bearbeitung befindliche Dissertation von Simon Käch: *Der Delegierte der juristischen Person im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft*.

⁶⁵ So Silvio Cafiisch: *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft* (Diss. Zürich 1961) 145. Dazu ist zu bemerken, dass begriffsnotwendig ein Ermessen nur bestehen kann, wenn verschiedene mögliche Entscheidungen der eigenen Gesellschaft gleich viel Nutzen bringen.

⁶⁶ Als Interesse an der Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft.

⁶⁷ An der Einhaltung von Recht und guten Sitten.

⁶⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 179 ff, wo das Zürcher Obergericht erklärt hat, eine vertragliche Verpflichtung von Mitgliedern des Verwaltungs-

c) Nur am Rande sei erwähnt, dass dem fiduziarisch tätigen Verwaltungsratsmitglied einer Tochtergesellschaft neben dem *aktienrechtlichen* Haftungsrisiko auch ein *vertragliches* droht: eine Haftung für Nicht- oder Schlechterfüllung des Mandatsvertrages⁶⁹.

d) Einig ist man sich, dass das Verwaltungsratsmitglied, welches Weisungen der Muttergesellschaft befolgt und dadurch die Tochtergesellschaft und ihre Minderheitsaktionäre oder gar deren Gläubiger schädigt, *persönlich verantwortlich* wird⁷⁰. Dem wird in der Praxis durch *Verpflichtungen der Muttergesellschaft zur Schadloshaltung* begegnet, und es ist das Recht auf Schadloshaltung durch die Muttergesellschaft das synallagmatische Gegenstück zur Weisungsbefolgungspflicht.

e) Das Recht auf Schadloshaltung ist für das in eine Tochtergesellschaft delegierte Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglied – und von ihrer Sicht der Dinge ist an dieser Stelle ausschliesslich die Rede – freilich ungenügend: Zwar besteht dadurch eine Absicherung für den Katastrophenfall – jedenfalls solange, als die Muttergesellschaft zahlungsfähig bleibt. Die emotional wie zeitlich äusserst starke Belastung durch Verantwortlichkeitsprozesse ist jedoch als Risiko nicht

rates, unter dem Vorbehalt zwingender gesetzlicher und statutarischer Vorschriften den Willen und die Weisungen des rechtlichen oder tatsächlichen Alleinaktionärs zu befolgen, sei weder rechts- noch sittenwidrig. Zu diesem Entscheid vgl. auch Peter Jäggi: Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen) Verwaltungsrat, SJZ 56 (1960) 1 ff. Eine Zusammenfassung des Entscheides findet sich in SAG 32 (1959/60) 135 ff. Die Rechtmässigkeit von Mandatsverträgen wird bestätigt durch das Zuger Kantonsgericht in GVP Zug 1991/92 123-125, zusammengefasst in SZW 66 (1994) 299r 129.

⁶⁹ Vgl. dazu den soeben in Anm. 68 erwähnten Entscheid des Kantonsgerichts Zug, wo einem treuhänderisch tätigen Verwaltungsratsmitglied der Anspruch auf Vergütung und Auslagenersatz abgesprochen wurde, weil es sein Mandat nicht korrekt ausgeübt hatte.

⁷⁰ Fragwürdig nicht amtlich publizierter BGE in SAG 23 (1950/51) 184 ff, wo als haftungsmildernd berücksichtigt wurde, dass Verwaltungsratsmitglieder nur pro forma tätig waren. Eine entsprechende Reduktion kann jedenfalls nur gegenüber den beherrschenden und weisungsbefugten Aktionären zur Diskussion stehen. – Eindeutig dagegen ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 248 f: "Ein Verstoss gegen das Gesellschaftsinteresse kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der handelnden Organe zur Folge haben... So stellt eine sachlich unmotivierte Überweisung, welche ein Verwaltungsrat ausschliesslich auf Weisung der Konzernleitung im Rahmen einer konsolidierten Geschäftsführung tätigt, eine Sorgfaltspflichtverletzung dar" (mit Hinweisen auf Literatur und Judikatur).

vom Tisch. Wünschbar ist daher aus der Sicht treuhänderisch tätiger Organpersonen, dass die Muttergesellschaft geradesteht sowohl für die korrekte Berücksichtigung der Interessen der Minderheitsaktionäre wie auch für die Wahrung der Gläubigerinteressen.

Während Konzerne zugunsten von Minderheitsaktionären – soweit ersichtlich – kaum je Zusagen machen, die über wenig aussagekräftige Erklärungen – etwa, man werde die Minderheitsaktionäre (aktienrechtlich) gleich behandeln wie sich selbst – hinausgehen, werden zugunsten einzelner Gläubiger von Konzerntöchtern seitens der Muttergesellschaft häufig Erklärungen abgegeben. Diese werden zumeist in die Form der *Patronatserklärung*⁷¹ gekleidet. Und wiederum befinden wir uns vor der Quadratur des Kreises: Während die Gläubiger von Tochtergesellschaften – und mit ihnen die Organpersonen dieser Tochtergesellschaften – eine *verbindliche Risikomittragung* erwarten, achtet die Muttergesellschaft streng darauf, *keinerlei Rechtspflichten* einzugehen⁷².

Wie Patronatserklärungen und ähnliche Aussagen im Einzelnen rechtlich zu qualifizieren sind, muss hier offen bleiben⁷³. Erwähnt sei nur, dass das vom Bundesgericht im berühmten *Swissair-Entscheid*⁷⁴ entwickelte Konzept einer Haftung aus Konzernvertrauen⁷⁵ dem Interesse der Organpersonen von Tochtergesellschaften an starken – rechtlich und nicht nur moralisch verbindlichen – Bindungen der Muttergesellschaft entgegenkommen dürfte.

f) Das Risiko der Organpersonen einer Tochtergesellschaft, im Falle einer Verantwortlichkeitsklage im Regen stehen gelassen zu werden, kann durch eine *ehrliche Deklaration* der Einbindung in den Konzern verringert werden. Schon die Bezeichnung der Tochtergesellschaft mit einer Firma, deren Kern mit der Firma

⁷¹ Vgl. dazu statt vieler Peter Nobel: Patronatserklärungen und ähnliche Erscheinungen im nationalen und internationalen Recht, Berner Bankrechtstag Band 4 (Bern 1997) 55 ff und Peter R. Altenburger: Die Patronatserklärungen als "unechte" Personalsicherheiten (Diss. Basel 1979 = SSHW 40), beide mit zahlreichen weiteren Literaturangaben. Zur Judikatur vgl. die im Anhang des Aufsatzes von Peter Nobel aufgeführten kantonalen, bundesgerichtlichen und ausländischen Entscheide.

⁷² Dies schon deshalb, weil Rechtspflichten zugunsten von Tochtergesellschaften in der Rechnungslegung offen zu legen sind und die Jahresrechnung einer Muttergesellschaft oft äusserst unattraktiv aussehen würde, wenn alle Aussagen zugunsten von Tochtergesellschaften als Verbindlichkeiten bilanziert werden müssten.

⁷³ Vgl. dazu die in Anm. 71 zit. Literatur.

⁷⁴ BGE 120 II 331 ff.

⁷⁵ Dazu nachstehend Ziff. 6.7.

der Mutter übereinstimmt, reduziert das Haftungsrisiko: Zwar werden Gläubiger sich nicht auf die Schadloshaltung durch die Muttergesellschaft verlassen dürfen, auch aufgrund des Konzepts einer Haftung aus Konzernvertrauen nicht. Die Muttergesellschaft bzw. der Konzern als Ganzes werden es sich aber aus Imagegründen kaum leisten können, eine nach ihnen benannte Tochtergesellschaft fallen zu lassen, es sei denn, sie befänden sich selbst in einer existenziellen Krise⁷⁶.

Gegenüber den Gläubigern und allfälligen Minderheitsaktionären lässt sich eine gewisse Risikobeschränkung sodann durch entsprechende *statutarische Bestimmungen* erreichen:

- Welche Ziele eine AG verfolgen soll, ist anhand des *in den Statuten umschriebenen Zwecks* zu beurteilen. Da eine AG jeden rechtlich erlaubten Zweck verfolgen kann, kann einer Tochtergesellschaft statutarisch aufgetragen werden, sich in den Dienst des Konzerns zu stellen, für das Konzernganze Dienstleistungen zu erbringen. Eine solche Festschreibung auf Hilfsfunktionen im Rahmen des Konzerns und zugunsten konzernverbundener Gesellschaften findet sich nicht selten in den Statuten von Managementgesellschaften⁷⁷. Ist der Zweck entsprechend begrenzt, dann kann weder der Gesellschaft noch ihren Organen ein Vorwurf daraus erwachsen, dass auf andere, profitablere Aktivitäten zugunsten der Dienstleistungen für den Konzern verzichtet wird.
- Weiter vermindert wird das Haftungsrisiko, wenn überdies explizit *auf eine gewinnstrebige Tätigkeit* verzichtet wird, wie es OR 620 III ausdrücklich zulässt^{77a}. Auch im Rahmen ihrer Dienstleistungen zugunsten von verbundenen Gesellschaften kann eine so orientierte Gesellschaft auf die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen verzichten.

Ein Allheilmittel sind Konzernklauseln und der Verzicht auf die Gewinnstrebigkeit allerdings nicht. Zu Recht hat Jean Nicolas Druey auf zwei Punkte hingewiesen⁷⁸:

- Für den *Verzicht auf Gewinnstrebigkeit* braucht es Einstimmigkeit, da damit ein nach herrschender Lehre absolut wohlverworbene Recht der Aktionäre

⁷⁶ Dies ist das Wesen des sog. faktischen Beistandszwangs. Dazu auch hinten Ziff. 6.2.

⁷⁷ Vgl. dazu Ronald U. Ruepp: Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft (Diss. Zürich 1994 = SSHW 157) 5.

^{77a} Die Ausrichtung auf eine Tätigkeit zugunsten des Konzerns bedeutet für sich allein noch keinen Verzicht auf Gewinnstrebigkeit.

⁷⁸ Vgl. dessen Aufsatz in dieser Publikation, insb. II/4.

aufgegeben wird. Und eine Zweckänderung kann zwar nach Gesetz grundsätzlich mit qualifiziertem Mehr auch gegen den Willen einer Minderheit beschlossen werden⁷⁹. Doch fragt es sich, ob die Neuausrichtung auf einen Hilfszweck innerhalb eines Konzerns nicht indirekt als Verzicht auf ein gewinnoptimierendes Verhalten zu werten und daher der Einstimmigkeitsregel zu unterwerfen ist. Wäre dem nicht so, dann müsste zumindest aufgrund der allgemeinen Regeln des Minderheitenschutzes⁸⁰ – namentlich der Pflicht zur (nicht nur formellen, sondern auch materiellen) Gleichbehandlung aller Aktionäre und des Prinzips der schonenden Rechtsausübung – geprüft werden, ob sich allfällige Minderheitsaktionäre eine entsprechende Änderung des Gesellschaftszwecks gefallen lassen müssen.

Aus praktischen Gründen kommen wohl die besprochenen statutarischen Bestimmungen nur in Betracht, wenn eine Konzerntochter als Einpersonengesellschaft gegründet oder wenn sie zu einer solchen geworden ist.

- Sodann dürfen die Gläubiger einer jeden Aktiengesellschaft, auch einer als solche deklarierten Konzern-Hilfsgesellschaft, erwarten, dass die Organe für eine *gesunde finanzielle Basis* sorgen⁸¹. Eine Unterkapitalisierung kann daher auch bei konzerninternen Hilfsgesellschaften nicht toleriert werden, es sei denn, sie werde durch variable Sicherheiten seitens des Konzerns ausgeglichen.

3.6. Von den Schwierigkeiten, die Eigeninteressen von Tochtergesellschaften festzustellen

Am Rande sei angemerkt, dass es für das Organ einer Konzerntochtergesellschaft oft gar nicht leicht festzustellen ist, ob ein Entscheid im Eigeninteresse der eigenen Gesellschaft liegt. Eine nicht selten anzutreffende Situation mag als *Beispiel* dienen:

Der Konzern als Ganzes und namentlich die Muttergesellschaft sind in Schiefelage geraten. Sämtliche Tochtergesellschaften werden aufgefordert, alle verfügbaren Mittel der Konzernobergesellschaft zu überlassen und durch die – entschädigungslose – Übernahme von Personal- oder auch Realsicherheiten zugunsten der Muttergesellschaft diese zu stützen. Ein weiteres Mal muss das Verwaltungsratsmitglied einer Tochtergesellschaft in einer solchen Konstellation zwischen Skylla und Charybdis navigieren:

⁷⁹ OR 704 I Ziff. 1.

⁸⁰ Vgl. dazu im Überblick Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (zit. Anm. 28) § 3 N 55 ff.

⁸¹ Vgl. Druey (zit. Anm. 78).

- Gibt die Tochtergesellschaft ihr letztes Hemd für die (allenfalls ausländische) Muttergesellschaft her und geht die Sache schief, dann werden nicht nur die Privatgläubiger der eigenen Gesellschaft, sondern auch die Steuerbehörden mit guten Erfolgsaussichten ein ersatzpflichtiges Fehlverhalten rügen.
- Weigert sich aber der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft, auf die Ansinnen der Muttergesellschaft einzugehen, dann droht ihm im besseren Fall die Entlassung aus dem Amt, wobei der Nachfolger die Problematik erbt. Im schlechteren Fall fördert er damit den Zusammenbruch der Muttergesellschaft und damit den Untergang des Konzerns, wobei auch die eigene Gesellschaft in den Strudel gerissen werden könnte.

So oder so besteht ein erhebliches Haftungsrisiko und werden die sorgsam mit der Muttergesellschaft ausgehandelten Rechte auf Schadloshaltung zu Nonvaleurs.

3.7. Der Rücktritt als ultima ratio

In einem solchen Fall ist wohl der *Rücktritt* für das Organ der Konzerntochter die beste aller schlechten Möglichkeiten, ein für den Konzern allerdings unbefriedigender Ausweg.

Aus der Sicht der Organperson sei immerhin erwähnt, dass der Rücktritt in einer solchen Situation wohl nie als im Sinne von OR 404 II "zur Unzeit" erfolgt⁸² zu qualifizieren ist, weshalb sich für das zurückgetretene Mitglied in seinem Abwehrkampf gegen Ersatzansprüche wenigstens nicht noch eine weitere Front öffnet.

3.8. Exkurs: Konzernfreie Verwaltungsratsmitglieder und Doppelorgane

In einer komfortableren Position befindet sich das *konzernfreie Verwaltungsratsmitglied* einer Konzerntochtergesellschaft⁸³, da ihm die Gewissensbisse des Konzernvertreters erspart bleiben. Angemerkt sei nur, dass auch der konzernfreie

⁸² Dass OR 404 auf Verwaltungsratsmandate analog anwendbar ist, ist zwar nicht unumstritten, aber doch herrschende Lehre; vgl. Böckli (zit. Anm. 36) N 1470a und Martin Wernli, in: Basler Kommentar zu OR 530-1186 (Basel 1994) Art. 711 N 5.

⁸³ Zu diesem vgl. Kammerer (zit. Anm. 46) 251 f, mit Hinweisen auf Albers-Schönberg (zit. Anm. 1) und Andreas von Planta: Doppelorganshaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Vischer (Zürich 1983) 597 ff.

Minderheitsvertreter sich an den Gesamtinteressen zu orientieren hat, da für *reine Interessenvertreter* im Verwaltungsrat einer AG kein Platz ist⁸⁴.

Zur besonderen Situation von *Doppelorganen*, die sowohl in der Tochter- wie auch in der Muttergesellschaft tätig sind, vgl. nachstehend Ziff. 4.2.

4. Haftung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft für bei der Tochtergesellschaft eingetretene Schäden

Die Organpersonen der Muttergesellschaft – im Wesentlichen die Mitglieder ihres Verwaltungsrates sowie der Geschäfts- oder Konzernleitung – sind in erster Linie ihrer eigenen Gesellschaft und deren Aktionären und Gläubigern verpflichtet. Dabei fragt es sich, ob sich aus der Konzernsituation besondere Pflichten und – damit verbunden – Haftungsrisiken ergeben, vgl. Ziff. 4.1.

Nicht selten werden Organpersonen der Konzernobergesellschaft in die Organe von Konzerntöchtern *delegiert*⁸⁵. Vgl. dazu Ziff. 4.2.

Und schliesslich nehmen Organpersonen der Konzernobergesellschaft regelmässig *faktisch* Entscheidungskompetenzen bei Konzerntöchtern für sich in Anspruch, da nur so eine einheitliche Leitung gewährleistet werden kann. Es fragt sich, ob dies zu einer materiellen Organstellung bei den Tochtergesellschaften mit entsprechenden haftungsrechtlichen Konsequenzen führt. Vgl. dazu Ziff. 4.3.

4.1. Haftungsrisiken als Organ der Konzernobergesellschaft

a) Die Vorgaben für die Organe der Konzernobergesellschaft sind zunächst klar: Sie müssen – wie die Organe einer jeden Aktiengesellschaft – "die Interessen der

Gesellschaft [und das will auch hier heissen: der eigenen Gesellschaft] in guten Treuen wahren"⁸⁶.

In der Regel dürften die Interessen der Obergesellschaft mit denen des Konzerns übereinstimmen. Doch ist dies keineswegs immer der Fall, schon gar nicht dann, wenn Konzerntöchter nicht zu hundert Prozent beherrscht sind:

In der Lehre ist die Problematik der Vernachlässigung der Eigeninteressen von Konzern*tochtergesellschaften* im Interesse des Gesamtkonzerns und damit der Obergesellschaft ausführlich behandelt worden⁸⁷. Nach den Erfahrungen des Autors kommt aber auch der umgekehrte Fall – die Unterstützung von Konzerntöchtern *zu Lasten der Muttergesellschaft* und ihrer Aktionäre – keineswegs selten vor:

Erleidet eine Konzerntochter existenzbedrohende Verluste, dann wird die Muttergesellschaft diese Tochter nicht selten durch *à fonds perdu*-Beiträge oder auf andere Weise – etwa durch Personal- oder auch Realsicherheiten – unterstützen, während die Minderheitsaktionäre der Tochtergesellschaft nicht zu entsprechender Solidarität verpflichtet werden können. Damit erbringt die Konzernobergesellschaft eine *Sonderleistung zugunsten der Tochtergesellschaft*, die auch den Minderheitsaktionären der Tochter und ihren Gläubigern zugute kommt. Und sie tut dies *auf Kosten ihrer eigenen Aktionäre*. Kann dies den Organen der Muttergesellschaft zum Vorwurf gemacht werden?

In der Regel wird man dies verneinen: Das Schicksal der Muttergesellschaft ist dermassen stark mit dem des Konzerns und damit aller Tochtergesellschaften verknüpft, dass es zumeist einer *Sound Business Decision*⁸⁸ entspricht, Tochtergesellschaften auch dann zu stützen, wenn hiezu keine Rechtspflicht besteht. Unbestritten ist dies aber nicht. So soll dem Vernehmen nach versucht worden sein, die Organe einer ehemaligen Kantonalbank sogar strafrechtlich (!) zur

⁸⁴ Dies folgt schon aus OR 717 I: Es sind die Gesellschaftsinteressen zu wahren.

⁸⁵ Häufig ist etwa die Kumulation des Präsidiums in den Verwaltungsräten der Mutter- und der wichtigeren Tochtergesellschaften. Verbreitet ist sodann die Delegation von Mitgliedern der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft oder der Konzernleitung in die Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften. Gelegentlich werden auch – im Interesse einer einheitlichen Leitung – bestimmte Funktionen bei mehreren Schwes-tergesellschaften in Personalunion von einer einzigen Person wahrgenommen, der zudem oft auch eine Organstellung bei der Konzernobergesellschaft zukommt.

⁸⁶ OR 717 I.

⁸⁷ So besonders bei Flurin von Planta: Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrats der abhängigen Konzerngesellschaft (Diss. Zürich 1988) 3 ff und passim; vgl. dazu auch nachstehend Ziff. 4.2.

⁸⁸ Für solche können Organpersonen nicht zur Verantwortlichkeit gezogen werden, auch dann nicht, wenn sich die Entscheidung im Nachhinein als falsch herausstellen sollte, vgl. Andrea R. Grass: Business Judgement Rule (Diss. Zürich 1998 = SSHW 186) passim.

Rechenschaft zu ziehen, weil sie eine überschuldete Tochtergesellschaft nicht einfach – wie es das Recht erlaubt hätte – in Konkurs fallen liessen⁸⁹.

b) Während vor diesem Hintergrund auf der einen Seite postuliert werden kann, auch Konzernobergesellschaften hätten sich am gesetzlichen Konzept der AG als Einzelkämpferin zu orientieren und für sie selbst nachteilige Massnahmen zugunsten von Tochtergesellschaften und des Konzerns insgesamt zu unterlassen, wird auf der anderen Seite in der Lehre die Ansicht geäussert, es bestehe eine eigentliche *Konzernleitungspflicht*, die dem Verwaltungsrat einer Konzernobergesellschaft auferlege, die Leitung der eigenen Gesellschaft *auf die Konzerninteressen auszurichten*. So schliesst Homburger⁹⁰ aus OR 663e eine Pflicht des Verwaltungsrates der Obergesellschaft zur "Konzernleitung", woraus sich Recht und Pflicht ableiten sollen, "den Verwaltungsräten der Untergesellschaften Weisungen zu erteilen ...". Und Amstutz⁹¹ verlangt, es müsse "die Verwaltung der Konzernspitze stets den *Kernbereich* ... in der eigenen Hand behalten; sie ist gehalten, das Konzerngeschehen in strategie-, organisations-, finanz- und personalpolitischer Hinsicht jederzeit 'im Griff' zu haben." Die Organe der Konzernobergesellschaft müssten daher "besagte Funktionsbereiche fortwährend (1) in ihrer Grundstruktur (neu)gestalten, (2) in ihrer prozessualen Entwicklung beeinflussen und (3) strategisch sowie operativ kontrollieren". Eine Delegation "nur schon einer dieser Facetten der Konzernleitung würde gegen das Gesetz verstossen." – Eine Konzernleitungspflicht des geschäftsführenden Organs der Obergesellschaft nehmen auch ein neuester Zürcher Entscheid⁹² sowie – aus strafrechtlicher Sicht – das Bundesricht^{92a} an.

Eine solche *Pflicht zur Konzernleitung*⁹³ lässt sich m.E. aus dem Gesetz jedoch *nicht ableiten*: Wohl geht das Gesetz von der Konzernrealität aus, und es knüpft

⁸⁹ Dies erscheint freilich als unhaltbar.

⁹⁰ Zit. Anm. 36, N 938.

⁹¹ Zit. Anm. 1, N 585.

⁹² Vgl. ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 243 E. 1.4.4. Ansätze finden sich auch in einem bei Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 372 referierten Zürcher Entscheid von 1982.

^{92a} BGE 122 IV 127 f.

⁹³ Die Figur der Konzernleitungspflicht wurde – soweit ersichtlich – erstmals (für das deutsche Recht) von Peter Hommelhoff: Die Konzernleitungspflicht (Köln 1982) umfassend entwickelt. Sie definiert sich nach Hommelhoff wie folgt (a.a.O. 417): "Hält eine Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft eine Beteiligung, die es ihr ermöglicht, auf das Geschehen in der anderen Gesellschaft beherrschenden Einfluss zu nehmen, so ist die Gesellschaft ihren Gesellschaftern gegenüber verpflichtet, dieses Einflusspotential auch tatsächlich auszunutzen. Diese Verpflichtung wurzelt in der gesellschaftsrechtlichen Zweckverfolgungspflicht...".

daran auch bestimmte Rechtsfolgen – in erster Linie die Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung – an. Eine Pflicht zur einheitlichen Leitung ist aber nirgends verankert. Daraus ergibt sich m.E., dass der schweizerische Gesetzgeber zwar von einem *Recht* zur einheitlichen Führung einer Gruppe verbundener Gesellschaften ausgeht (denn in der Regelung eines Teilbereichs des Konzernrechts – des Rechnungslegungsrechts – liegt implizit eine Sanktionierung des Konzerntatbestandes), dass er aber die einheitliche Leitung nicht vorschreibt, selbst dann nicht, wenn eine Obergesellschaft Tochtergesellschaften zu hundert Prozent beherrscht.

c) Das heisst nun freilich nicht, dass sich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung einer Obergesellschaft um deren Beteiligungen nicht zu kümmern brauchen. Wohl aber ist zu differenzieren:

- Die Obergesellschaft kann sich als *reine Finanzholding* verstehen, die im Wesentlichen – wie jede andere Aktionärin auch – an einer Optimierung des Ertrags ihrer Anlagen interessiert ist. Die Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrates (und einer allfälligen Geschäftsleitung) der Obergesellschaft beschränken sich diesfalls auf sorgfältige Investitions- und Devestitionsentscheide sowie darauf, die Aktionärsrechte in den Tochtergesellschaften sorgfältig wahrzunehmen. Dazu gehören die Bestellung eines qualifizierten Verwaltungsrates, der Entscheid von Finanzierungsfragen im Sinne von Kapitalerhöhungen und -reduktionen sowie von Gewinnausschüttungen, die allfällige Modifikation des Gesellschaftszwecks, die Durchsetzung einer informativen Berichterstattung im jährlichen Geschäftsbericht. Sodann sind die Konsequenzen für die Ausübung der Aktionärsrechte zu ziehen. Weitere Pflichten gibt es nicht; eine Konzernleitungspflicht – falls sie denn, was hier aber abgelehnt wird, aus OR 663e abgeleitet werden könnte – wäre mangels Vorliegen eines Konzerns gegenstandslos.
- Der Verwaltungsrat und – im Rahmen der delegierten Kompetenzen – die Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft dürfen jedoch weitergehen und die formelle wie faktische Macht der Obergesellschaft dazu verwenden, eine *einheitliche Leitung* aller Konzerngesellschaften durchzusetzen. Diesfalls trifft sie – analog zu den Regeln für die faktische oder materielle Organstellung⁹⁴ – eine erweiterte Verantwortung: Sie haben ihre Leitungsfunktion "mit aller Sorgfalt"⁹⁵ zu erfüllen, wobei die Optik die der *Obergesellschaft und des*

⁹⁴ Dazu nachstehend Ziff. 4.3.

⁹⁵ OR 717 I.

Konzernganzen sein soll. In der Regel dürften dabei die Interessen der Obergesellschaften und des Konzerns übereinstimmen. Ist dies nicht der Fall, dann wird man den Organen einer Konzernobergesellschaft, die sich als solche auch nach aussen definiert hat, das Recht einräumen, im Interesse des Konzerns auch einmal die Einzelinteressen der eigenen Gesellschaft hintan zu stellen. Schrankenlos darf dies jedoch nicht geschehen, und die Interessen der eigenen Gesellschaft müssen zumindest dann konsequent vorgehen, wenn ihre eigene Existenz auf dem Spiel steht⁹⁶.

Hilfreich mag es – wie bei Tochtergesellschaften⁹⁷ – auch bei der Muttergesellschaft sein, die Einbindung in den Konzern im statutarischen Zweckartikel zu verankern. Hat die Obergesellschaft den Zweck, eine Gruppe als Einheit zu führen, entschärfen sich manche potentielle Interessenkonflikte.

- Zwischen der blossen Verwaltung von Beteiligungen und einer einheitlichen Konzernführung sind mancherlei Schattierungen denkbar. So kann etwa auf Tochtergesellschaften je nach Umfang oder zeitlichem Horizont der Beteiligung unterschiedlich Einfluss genommen werden. Auch kann den Tochtergesellschaften grundsätzlich die Entscheidungsfreiheit belassen werden, mit Ausnahme von bestimmten "Powers reserved", d.h. von Kompetenzen, die der Obergesellschaft und ihren Organen vorbehalten bleiben.

4.2. Haftungsrisiken als formelles Organ der Tochtergesellschaft

a) Wie erwähnt sind in Konzernen *Doppelorgane* häufig: Der oder die bei der Obergesellschaft für eine bestimmte Tochtergesellschaft oder Funktion Verantwortliche nimmt ein entsprechendes Mandat im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft wahr, aufgrund einer formellen Wahl in den Verwaltungsrat oder gestützt auf die Bestellung als Geschäftsleitungsmitglied durch den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft, der seinerseits die Weisungen der Muttergesellschaft befolgt hat.

⁹⁶ Konkret: Eine notleidende Tochtergesellschaft darf durch die Muttergesellschaft gestützt werden, auch wenn es billiger zu stehen käme, sie in Konkurs gehen zu lassen. Sollte aber die verwandtschaftliche Hilfe das Überleben der Muttergesellschaft (und die Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtungen) in Frage stellen, dann müsste die Tochtergesellschaft fallen gelassen werden - eine Konsequenz, die das Bundesgericht in seinem Entscheid zum faktischen Beistandszwang (BGE 116 Ib 331 ff) nicht beachtet hat. Vgl. dazu auch nachstehend Ziff. 6.2.

⁹⁷ Dazu vorn bei Anm. 76.

Als Grundsatz ist bei solchen Doppelmandaten *Trennschärfe* zu verlangen: Die betreffende Person muss sich stets bewusst sein, in welcher Funktion sie jeweils tätig ist, *welchen Hut sie trägt*. Je nachdem sind der Entscheidung die Interessen der Obergesellschaft (bzw. des Konzerns als Ganzem) oder aber die der einzelnen Tochtergesellschaft zugrunde zu legen.

b) Konsequenz lässt sich eine solche Differenzierung freilich kaum vollziehen. Das Herz des Delegierten der Muttergesellschaft wird in aller Regel für den Konzern schlagen, der Abgeordnete wird seine Entscheidungen – unabhängig davon, ob er bei der Mutter- oder der Tochtergesellschaft tätig ist – im Gesamtinteresse fällen, und er wird sich dabei – falls er juristisch gebildet ist – auf OR 663e I berufen.

Dazu ist zwar aus der Sichtweise des Konzerns nichts einzuwenden, im Gegenteil: Das Organ, das den Partikularinteressen einer einzelnen Gesellschaft den Vorrang gegenüber den übergeordneten Interessen des Konzerns gibt, ist unerwünscht.

Haftungsrechtlich ergibt sich aber ein anderes Bild: Das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht macht keinen Unterschied danach, ob eine Organperson völlig unabhängig ist, ob sie als Vertreterin einer Gruppe von Minderheitsaktionären oder ob sie schliesslich als Vertreterin einer juristischen Person (der Konzernobergesellschaft) im Sinne von OR 707 III gewählt wurde. In allen Fällen besteht die Verpflichtung, die Interessen der eigenen Gesellschaft bestmöglich zu wahren, und stets führt die Missachtung dieser Pflicht zu einer persönlichen Verantwortlichkeit für dadurch verursachten Schaden.

c) In der Realität scheint diese Problematik freilich weniger brisant als sie aufgrund der theoretischen Ausgangslage erscheint:

- Für die zu hundert Prozent gehaltene Tochtergesellschaft ist darauf hinzuweisen, dass es haftungsrechtlich letztlich nur darauf ankommt, dass die Schulden bezahlt werden können⁹⁸. Ist dies sichergestellt, dann kann das von der Muttergesellschaft delegierte Organmitglied auch dann ruhig schlafen, wenn es die Interessen der Tochter bewusst hintanstellt.
- Sind an einer Tochtergesellschaft auch aussenstehende Aktionäre beteiligt, dann stehen diesen grundsätzlich aufgrund von OR 756 I Ansprüche auf Schadenersatz zu. In der Praxis spielen diese Ansprüche aber – ausserhalb von Konkursen – eine denkbar geringe Rolle. Dies aus vier Gründen:

⁹⁸ Vgl. dazu auch nachstehend Ziff. III.

- Zum Ersten lässt die "Business Judgement Rule"⁹⁹ weiten Raum für die Ausübung von Ermessen. Der Nachweis, dass ein unternehmerischer Entscheidung zum Nachteil der eigenen Gesellschaft und ihrer Minderheitsaktionäre gefasst wurde, wird daher nur selten zu erbringen sein.
- Zum Zweiten befindet sich der Minderheitsaktionär – trotz aller Verbesserungen seiner Informationslage im revidierten Aktienrecht – regelmässig in einem Informationsnotstand¹⁰⁰. Meist wird er von Entscheidungen, die zwar zum Vorteil des Konzerns, aber zugleich zum Nachteil der eigenen Gesellschaft gefällt wurden, gar keine Kenntnis haben.
- Drittens ist die Konsequenz einer Aktionärsklage, nämlich die Leistung von Schadenersatz "an die Gesellschaft"¹⁰¹, nicht eben ein Ansporn zur Klageerhebung.
- Schliesslich ist auch das Damoklesschwert der Verfahrenskosten trotz OR 756 II klageverhindernd, zumal erste Gerichtsentscheide von der Möglichkeit, klagende Aktionäre kostenmässig zu entlasten, ernüchternd einschränkend Gebrauch gemacht haben¹⁰².

Immerhin wird sich das delegierte Organmitglied in der Regel durch eine *Schadloshaltungserklärung* absichern, wenn es nicht davon ausgeht, dass sich die Pflicht zur Schadloshaltung ohnehin aus dem Mandats- oder Arbeitsvertragsverhältnis zur Muttergesellschaft ergibt. Die Aussicht auf Schadloshaltung ist beruhigend, auch wenn sie nur solange etwas Wert ist, als die Muttergesellschaft zahlungsfähig bleibt und obwohl sie dem Organ die Mühsal eines Verantwortlichkeitsprozesses nicht abnimmt.

⁹⁹ Dazu Grass, zit. Anm. 88.

¹⁰⁰ In den bisher zur Sonderprüfung ergangenen Entscheiden wurden hohe Anforderungen an die Einsetzung eines Sonderprüfers gestellt, so dass sich auch diese Waffe nur begrenzt zur Informationsbeschaffung eignen wird.

¹⁰¹ OR 756 I.

¹⁰² So hat es das Zürcher Handelsgericht in zwei parallelen, gegen die damalige Schweiz. Bankgesellschaft gerichteten Anfechtungsprozessen der Grossaktionärin "BK Vision" einerseits und eines vergleichsweise kleinen Aktionärs auf der anderen Seite in beiden Fällen abgelehnt, die Prozesskosten teilweise der beklagten Gesellschaft aufzuerlegen, vgl. NZZ vom 17.9.1996 S. 27. Hinsichtlich der analogen Regelung für Verantwortlichkeitsprozesse müsste folgerichtig von gleichen Wertungen ausgegangen werden.

4.3. Haftungsrisiken als faktisches Organ der Tochtergesellschaft

Organpersonen der Konzerngesellschaft oder einer Managementgesellschaft nehmen oft auch *bloss tatsächlich* wie Organe in Tochtergesellschaften Einfluss. Es kommen dann die Regeln über die Haftung aus materieller Organstellung zum Zug^{102a}:

Das materielle Organ wird wie ein formelles verantwortlich, jedoch nur in den Bereichen, in denen es Einfluss genommen hat – in diesen freilich umfassend und nicht etwa nur für die einzelne Einwirkung, sondern auch für pflichtwidrige Unterlassungen¹⁰³.

5. Haftung der Revisionsstellen

a) Im Konzern sind mehrere Revisionsstellen involviert:

- die Revisionsstelle der Muttergesellschaft,
- diejenigen der Tochtergesellschaften und schliesslich
- der Konzernrechnungsprüfer im Sinne von OR 731a.

Daraus ergeben sich keine spezifischen Haftungsprobleme: Jede Revisionsstelle hat *ihre eigene Aufgabe zu erfüllen*, also die Rechnung der Mutter- oder der jeweiligen Tochtergesellschaft oder die Konzernrechnung zu überprüfen und hierüber Bericht zu erstatten.

b) Eine Besonderheit liegt jedoch darin, dass in Konzernen – in aller Regel zweckmässigerweise – die *Prüfungsfunktionen bei den verschiedenen Gesellschaften oft in Personalunion* von einer einzigen Revisionsgesellschaft ausgeübt werden. Die Probleme sind freilich nicht dieselben wie bei Doppelfunktionen in Exekutivorganen¹⁰⁴:

^{102a} Vgl. nun auch Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 368 ff.

¹⁰³ Hat etwa der Finanzchef der Muttergesellschaft die Entscheidungen über die Anlagepolitik an sich gezogen oder die einheitliche Verwaltung der Liquidität aller Konzerngesellschaften durchgesetzt, dann kann eine Verantwortung auch dann gegeben sein, wenn erforderliche Anweisungen unterblieben. Vgl. im Übrigen zum materiellen Organbegriff und seiner haftungsrechtlichen Tragweite hinten Ziff. 6.4.

¹⁰⁴ Zu jenen vorn Ziff. 4.2.

- Der Revisionsstelle wird *meist klar sein, für welche rechtliche oder wirtschaftliche Einheit sie tätig ist*. Die Prüfungsaufgabe¹⁰⁵ ist diesbezüglich eindeutig, und spätestens bei der Berichterstattung¹⁰⁶, die an einen bestimmten Adressaten zu richten ist, wird jeder Zweifel beseitigt.
- Doch ist der *Ausübung des Revisionsmandats* in mehreren Gesellschaften Rechnung zu tragen: In analoger Anwendung der Regeln zur *Wissensvertretung*¹⁰⁷ wird man einer Revisionsstelle, die in mehreren Konzerngesellschaften (und allenfalls auch als Konzernprüferin) tätig ist, nicht gestatten, Scheuklappen anzulegen. Vielmehr wird ihr ihr *gesamtes Wissen* anzurechnen sein, auch im Hinblick auf allfällige Pflichtverletzungen¹⁰⁸.

c) Für Revisionsstellen von *Tochtergesellschaften* stellt sich oft die Frage, inwieweit Zusicherungen der Muttergesellschaft bei der Beurteilung der Ertragslage der Tochtergesellschaft berücksichtigt werden dürfen. Anzulegen sind m.E. dieselben Massstäbe wie bei Zusagen Dritter. Danach dürfen Rangrücktrittserklärungen, die den gesetzlichen Anforderungen entsprechen¹⁰⁹, und andere formgültige und vertretungsrechtlich einwandfreie Zusagen beachtet werden, während bloss Absichtserklärungen bei der Beurteilung der Bilanz ausser Acht zu lassen sind.

d) Auch wenn die Revisionsstelle der *Muttergesellschaft* – in dieser Funktion – nur deren Rechnung zu prüfen hat, muss sie sich mit den Bilanzen der Tochtergesellschaften auseinandersetzen: Zumindest dann, wenn die Beteiligung an einer Tochtergesellschaft ein wesentliches Aktivum darstellt, muss eine selbständige Bewertung erfolgen¹¹⁰.

¹⁰⁵ Vgl. OR 728.

¹⁰⁶ Vgl. OR 729 und allenfalls 729a.

¹⁰⁷ Dazu grundlegend Heinz Reichwein: *Wie weit ist der Aktiengesellschaft und anderen juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen...?*, SJZ 66 (1970) 1 ff sowie Kurt Sieger: *Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung* (Diss. Zürich 1979). Eine umfassende Rechtsprechungsübersicht findet sich bei Hans Michael Riemer in *Berner Kommentar zu ZGB 52-59* (Bern 1993) Art. 54/55 N 47ff.

¹⁰⁸ Soweit ersichtlich ist dies noch nie genauer untersucht worden; es scheint aber nichts dagegen zu sprechen, derjenigen Revisionsstelle, die mehrere Konzerneinheiten revidiert, das gesamte Wissen anzurechnen, schon deshalb nicht, weil ein revisionsstelleninternes Konzept von "chinese walls" sich in der Praxis kaum verwirklichen liesse und ein solches auch im Hinblick auf die Prüfungsaufgabe unsinnig wäre.

¹⁰⁹ Vgl. dazu etwa Böckli (zit. Anm. 36) N 1700 ff.

¹¹⁰ So schon das HGER ZH am 19.3.1975 und das BGER am 11.11.1975 in den *Solidago-Entscheiden* (publiziert in ST 1/1976 4 ff und 9/1976 24 ff).

6. Haftung der Muttergesellschaft für Fehlverhalten im Rahmen von Tochtergesellschaften?

a) In der Theorie wird die Frage einer Haftung der Organpersonen von Tochtergesellschaften, welche die Interessen ihrer eigenen Gesellschaft denen des Konzerns hintanstellen, liebevoll besprochen, ebenso die Haftung von Organpersonen, die von der Muttergesellschaft delegiert und in einer doppelten Organfunktion tätig sind. In der Gerichtspraxis sind diese Verantwortlichkeiten zwar durchaus existent – in der Tat werden beim Zusammenbruch von Konzernen regelmässig die Exekutivorgane sowohl der Mutter- wie auch der Tochtergesellschaft eingeklagt –, und die Verantwortlichkeitsklagen sind für die Betroffenen auch äusserst belastend. Geld zu holen ist bei den in Exekutivorganen tätig gewesenen Personen freilich meist nur beschränkt, weshalb – immer aus einer praxisorientierten Optik – diesen Klagen *begrenzte Bedeutung* zukommt.

b) Schon eher bedeutsam sind Klagen gegen die Revisionsstellen, deshalb eben, weil professionelle Revisoren versichert sind und daher aufgrund einer erfolgreichen Verantwortlichkeitsklage auch mit einer entsprechenden Zahlung gerechnet werden kann¹¹¹.

c) Die "natürliche" Anspruchspartnerin für Verantwortlichkeitsbegehren im Konzern ist aber die *Konzernobergesellschaft*. Sie hat die einheitliche Leitung im Konzern durchgesetzt und davon profitiert. Es erscheint daher als angemessen, dass sie im Katastrophenfall auch die Konsequenzen trägt.

Zur Belangbarkeit von Konzernobergesellschaften hat sich die Lehre vieles einfallen lassen, und die Praxis hat sich ihr angeschlossen, ja sie ist der Theorie teils – in der Konstruktion einer Vertrauenshaftung – gar vorangegangen¹¹². Ob dieser Vielfalt darf freilich die Ausgangslage nicht übersehen werden: dass nämlich auch im Konzern die *Einzelgesellschaft* als eigene juristische Person für ihre Verpflichtungen grundsätzlich *allein* einzustehen hat und dass die Organe einer jeden Gesellschaft grundsätzlich für die Handlungen und Unterlassungen *dieser* Gesellschaft – und nur für sie – verantwortlich sind.

¹¹¹ Diese Tendenzen werden von Teilen der Lehre unterstützt, vgl. Roger Groner/Hans-Ueli Vogt in *recht 16* (1998) 257 ff. Andernorts wird dagegen kritisiert, dass Revisionsgesellschaften oft weit mehr zu leisten haben als ihrer Verantwortung für Schaden und ihrem Verschulden entspricht, vgl. Peter Böckli: *Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle* (Zürich 1994 = SnA 8) 12 f und Peter Forstmoser: *Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht* (Zürich 1997 = Schriftenreihe der Treuhand-Kammer 151) N 5, 130 f.

¹¹² Vgl. zu den verschiedenen Ansätzen nachfolgend Ziff. 6.2.-6.8.

6.1. Der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit aller Aktiengesellschaften, auch im Konzernverbund

a) Als Grundsatz gilt, dass auch im Konzernverbund für alle Verpflichtungen – seien sie vertraglich, ausservertraglich oder durch ungerechtfertigte Bereicherung begründet – *nur die direkt betroffene Gesellschaft* einstehen muss¹¹³. Andere Konzerngesellschaften haften nicht, auch nicht die *Konzernobergesellschaft*, die sich als (Haupt- oder Allein-)Aktionärin auf den Grundsatz von OR 620 II berufen kann, wonach die Aktionäre "für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich" haften¹¹⁴.

b) Zumindest die Lehre – teils aber auch die Praxis – scheint sich nun freilich weniger für den Grundsatz als für die *Ausnahmen* zu interessieren: So sind mehr als ein halbes Dutzend Begründungen entwickelt worden, die eine *Durchbrechung des Grundsatzes* rechtfertigen sollen. Auf sie sei im Folgenden eingegangen, wobei die Fülle sowohl der Probleme wie der Lösungsansätze dazu zwingt, nur die grossen Striche zu zeichnen und für die Einzelheiten auf die abundante Literatur und teils auch die Judikatur zu verweisen.

6.2. Faktischer Beistandszwang im Konzern?

a) Im Entscheid 116 I b 331 ff¹¹⁵ hat das Bundesgericht im Hinblick auf einen Bankkonzern die These aufgestellt, zwischen den einzelnen Gesellschaften bestehe ein *faktischer Beistandszwang*. Konkret wurde daraus die Folgerung gezogen, dass die bankengesetzlich erforderlichen Eigenmittel auf Konzernebene vorhanden sein müssen.

b) Der Entscheid ist sicher kein Meisterwerk. Das Bundesgericht beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die von der Bankenkommission vorgetragenen Argumente nachzubeten und zu erklären, diese seien "zutreffend". Auf Gegenargumente wird kaum eingegangen, so vor allem nicht auf den Umstand, dass Beistand in der Realität in den Fällen, in welchen er für den Konzern als Ganzes zu existentiellen Problemen geführt hätte, stets abgelehnt worden ist^{116, 117}.

¹¹³ Vgl. ZR 98 (1999) 235 E. 3.1.2.

¹¹⁴ Der Grundsatz der Selbständigkeit ist in einem neuesten Entscheid des Bundesgerichts bestätigt worden (Urteil 4C.10/1999 vom 8. 4. 1999, zusammengefasst durch Forstmoser/Untersander in SJZ 95 [1999] 474 f und kurz besprochen durch Peter Nobel in SZW 71 [1999] 258 ff).

¹¹⁵ Vgl. dazu auch Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 128 ff.

¹¹⁶ Vgl. die Argumentation in BGE 116 Ib 339 ff.

c) Vor allem aber ergibt sich aus dem Entscheid – auch wenn man ihn akzeptiert – *keine Einheitshaftung des Konzerns*:

- Das Bundesgericht hatte sich mit einer spezifischen Frage – der Eigenmittelunterlegung – zu befassen, und die Hinweise darauf, dass die Gesellschaften einer Bankengruppe "eine wirtschaftliche Einheit bilden"¹¹⁸ würden, erfolgt eher beiläufig und jedenfalls nicht als Ausgangspunkt für grundsätzliche konzernrechtliche Erwägungen.
- Vor allem aber betont auch das Bundesgericht, dass es sich um einen (allfälligen) *faktischen Zwang ohne rechtliche Verpflichtungen* handelt, dass also eine *Rechtspflicht gerade nicht besteht*¹¹⁹.

d) Aus dem faktischen kann dann ein *rechtlicher* Beistandszwang werden, wenn eine Konzerngesellschaft zugunsten einer anderen eine verbindliche Unterstützungszusage oder auch eine Patronatserklärung abgibt. Und selbst ohne rechtlichen Bindungswillen kann eine rechtliche Verpflichtung aus erwecktem Konzernvertrauen entstehen¹²⁰. Der Umstand der Konzernverbundenheit für sich allein ist jedoch hierfür niemals ausreichend.

6.3. Haftung aus dem Recht der einfachen Gesellschaft?

a) In der Lehre ist die Auffassung vertreten worden, Konzerne seien als einfache Gesellschaften, gebildet durch die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften, zu qualifizieren¹²¹. Die Folgen dieser These wären für die Gläubiger von Konzerntochtergesellschaften ebenso positiv wie für Konzerne fatal: Sämtliche Konzerngesellschaften hätten für alle von sämtlichen anderen Konzerngesell-

¹¹⁷ Auch die Eidg. Bankenkommission scheint dem faktischen Beistand zumindest dann, wenn er sich für Schweizer Gläubiger negativ auswirken könnte, kritisch gegenüberzustehen. So soll sie dem Vernehmen nach beim Bekanntwerden der Turbulenzen um die Barings Bank als Erstes den Transfer von Mitteln dieser Bank aus der Schweiz ins Ausland gesperrt haben.

¹¹⁸ A.a.O. 341.

¹¹⁹ A.a.O. 338.

¹²⁰ Vgl. dazu nachstehend Ziff. 6.7.

¹²¹ So Henry Peter/Francesca Birchler: Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW 70 (1998) 113 ff. – Zum Problem neuestens auch Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 103, 174.

schaften eingegangenen Verpflichtungen wie für eigene Verbindlichkeiten primär, unbeschränkt und solidarisch einzustehen¹²².

b) Die Unterwerfung der Konzerne unter das Recht der einfachen Gesellschaft ist in der *Lehre* von anderer Seite m.E. *zu Recht abgelehnt* worden¹²³: Weder entspricht die Qualifikation als einfache Gesellschaft dem Konzernbild des Gesetzgebers, noch gebieten die Erwartungen der Gläubiger eine Einheitshaftung, noch lässt sich auf der Grundlage der einfachen Gesellschaft eine im Regelfall angemessene Ordnung entwickeln:

- Der Gesetzgeber stellt klar, dass es sich beim Konzern um eine Zusammenfassung von (selbständigen) Gesellschaften handelt, und er sieht die Einheitsbehandlung nur in *einem* Bereich – für die Rechnungslegung – vor.
- Der Gläubiger, der mit einer Konzerntochtergesellschaft Verträge abschliesst, kennt seinen Vertragspartner, und er weiss, dass ihm nur dieser verpflichtet ist. Genügt ihm dessen Bonität nicht, dann mag er zusätzliche, allenfalls durch andere Konzerngesellschaften zu stellende Sicherheiten verlangen, woraus sich dann eine Haftung im Konzern – aber nicht eine solche aus Konzernrecht – ergeben mag. Wird mit einer Konzerntochter von schlechter Bonität ein Vertrag abgeschlossen, so schlägt sich dies zudem regelmässig in den Bedingungen nieder, und es wäre unfair, den Vertragspartner einerseits von vorteilhafteren Bedingungen – etwa höheren Zinssätzen für ein Darlehen – profitieren zu lassen und ihm andererseits das Recht zu geben, sich am Vermögen anderer Gesellschaften mit einem höheren Rating schadlos zu halten.
- Konzerngesellschaften dürften untereinander kaum je förmlich einen Gesellschaftsvertrag abschliessen. Es müsste folglich ein konkludenter Vertragsschluss unterstellt werden. Ein solcher ist im Bereich der einfachen Gesellschaft möglich. Da Konzerngesellschaften jedoch in aller Regel keine Notwendigkeit eines Gesellschaftsverhältnisses sehen, wird es ihnen regelmässig am – auch für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages notwendigen – Vertragswillen fehlen¹²⁴.

¹²² Dies zumindest dann, wenn sie im Namen der Gruppe auftreten, vgl. OR 544 III; dazu auch Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (8. A. Bern 1998) § 12 N 30 und 66 ff.

¹²³ Vgl. Roland von Büren/Michael Huber: Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist - eine Replik, SZW 70 (1998) 213 ff.

¹²⁴ Vgl. auch Vogel (zit. Anm. 1) 178.

- Und schliesslich ist daran zu erinnern, dass des einen Freud stets auch des andern Leid ist: Wird den Gläubigern einer Konzerntochtergesellschaft erlaubt, sich aus dem Vermögen anderer Konzerngesellschaften und namentlich der Konzernobergesellschaft schadlos zu halten, dann geschieht dies auf Kosten der Aktionäre und vielleicht auch der Gläubiger dieser anderen Gesellschaften. Hiefür besteht – ausser in besonderen Situationen – kein Anlass.

c) Auch das *Bundesgericht* steht der Bewältigung von konzernrechtlichen Problemen durch eine Subsumtion unter das Recht der einfachen Gesellschaft skeptisch gegenüber. So hat es in BGE 124 III 297 ff.¹²⁵ entschieden, dass der für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft notwendige Beitrag zur gemeinsamen Zweckerreichung durch einen „gemeinsamen Marktauftritt“ allein nicht nachgewiesen sei.

d) In zwei besonderen Konstellationen dürfte sich die Einheitsbehandlung des Konzerns – gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft oder mit anderer Begründung – freilich rechtfertigen lassen:

- zum Ersten dann, wenn ein Konzern – wie es seit einigen Jahren immer öfter geschieht – konsequent dazu übergegangen ist, die einzelnen juristischen Einheiten als leere Hüllen, als rechtlich erforderliches Übel zu betrachten und die betriebswirtschaftliche Struktur völlig losgelöst von rechtlichen Abschnittsgrenzen zu kreieren. Wenn der Konzern selbst die rechtliche Selbständigkeit seiner Einzelgesellschaften nicht mehr beachtet, dann erscheint es als richtig, auch dem Gläubiger einer Konzerngesellschaft das Recht auf eine "Einheitsbetrachtung" einzuräumen und ihn zum Konzerngläubiger zu machen. Zu diesem Schluss führen auch traditionelle Konzepte wie die sogleich zu behandelnden der materiellen Organschaft, des Durchgriffs und der Vertrauenshaftung.
- Sodann dann, wenn einzelne Konzerngesellschaften sich für die gemeinsame Bearbeitung einzelner Projekte zusammenschliessen. In solchen Fällen kann eine einfache Gesellschaft vorliegen, aber nicht aufgrund konzernspezifischer Besonderheiten, sondern schlicht deshalb, weil die Zusammenarbeit alle Tatbestandselemente der einfachen Gesellschaft erfüllt.

¹²⁵ In der amtlichen Veröffentlichung fehlen diese Ausführungen. Vgl. aber die Besprechung des Entscheides durch Roland von Büren in SZW 71 (1999) 54 ff.

6.4. Haftung der Muttergesellschaft als materielles oder faktisches Organ der Tochtergesellschaft?¹²⁶

a) Aufgrund des faktischen oder materiellen Organbegriffs sind dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht nicht nur die formell bestellten Organe unterworfen, sondern alle diejenigen, "die tatsächlich Organen vorbehaltene Entschiede treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen"^{127,128}.

Dieses materielle Organverständnis, dem sich auch der Gesetzgeber ausdrücklich angeschlossen hat¹²⁹, kann nach herrschender Lehre auch für die Haftung der Muttergesellschaft im Konzern fruchtbar gemacht werden. Danach ergibt sich ein differenziertes Ergebnis:

b) Solange sich die Organe und Hilfspersonen der Konzernobergesellschaft darauf beschränken, die Aktionärsrechte auszuüben, ist eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft abzulehnen¹³⁰. Dagegen kann eine Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft, ihren Minderheitsaktionären und allenfalls den Gläubigern dann eintreten, wenn sich Organpersonen oder Hilfspersonen der Obergesellschaft *direkt oder indirekt in Verwaltung und Geschäftsführung*

der Tochtergesellschaft einmischen. Nicht nur der Handelnde, auch die Obergesellschaft selbst wird dann zum materiellen Organ der Tochtergesellschaft.

c) Dies setzt freilich voraus, dass man davon ausgeht, dass die materielle oder faktische Organanstellung nicht auf natürliche Personen beschränkt ist. Die herrschende Lehre bejaht die Möglichkeit einer materiellen oder faktischen Organanstellung juristischer Personen¹³¹, und auch das Bundesgericht hat in einem obiter dictum erklärt, es entspreche "überwiegender Lehrmeinung, die herrschende Gesellschaft ... bei Einmischung in die Verwaltung und Geschäftsführung der konzernmässig untergeordneten Gesellschaften ihnen gegenüber aus Art. 754 Abs. 1 OR verantwortlich zu machen"¹³². Eine Minderheitsmeinung schliesst dagegen aus OR 707 III, wonach juristische Personen als solche nicht in Verwaltungsräte gewählt werden können, dass juristische Personen – und damit Konzernobergesellschaften – der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht direkt unterstellt werden können¹³³. Im Resultat ändert sich freilich wenig, da auch die Minderheitslehre davon ausgeht, dass die Konzernobergesellschaft für die Organ- und Hilfspersonen, die für sie in der Tochtergesellschaft tätig sind, gestützt auf OR 722 und ZGB 55 II bzw. auf OR 55 I einzustehen haben¹³⁴. Umstritten ist nur, ob im Falle der Hilfspersonenhaftung eine Entlastung gemäss OR 55 II möglich ist¹³⁵.

d) In der Praxis hat die Haftung aus faktischer oder materieller Organanstellung – obwohl eigentlich naheliegend – bisher kaum eine Rolle gespielt¹³⁶.

¹²⁶ Vgl. dazu insb. Vogel (zit. Anm. 1) 255 ff, insb. 349 ff; sodann etwa von Büren (zit. Anm. 1) 176 ff; Forstmoser (zit. Anm. 1) 708 ff; Handschin (zit. Anm. 1) 329 ff; Hofstetter (zit. Anm. 1) 193 ff sowie (de lege ferenda) 230 ff; Andreas von Planta: Die Haftung des Hauptaktionärs (Diss. Basel 1981 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A Band III) 83 ff; Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 346 ff.

¹²⁷ BGE 107 II 349 f; vgl. auch etwa BGE 121 III 159 sowie aus der Literatur statt vieler Peter Forstmoser: Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Meier-Hayoz (Zürich 1982) 125 ff; ders. (zit. Anm. 36) N 657 ff; Raoul-Philip Bachmann: Mehrstufige Übernahmen schweizerischer Publikumsgesellschaften... (Diss. Zürich 1992 = SSW 147) 204 ff; Kurt Jean Gross (zit. Anm. 36) 76 ff; Andreas Hünerwadel: Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Hauptaktionärs beim Kontrollverkauf (Diss. Zürich 1995 = SSW 162) 95 ff; Andreas Länzlinger: Die Haftung des Kreditgebers (Diss. Zürich 1992 = SSW 138) 190 ff sowie die in Anm. 126 zitierte Literatur.

¹²⁸ Die Begriffe des materiellen und des faktischen Organs werden hier synonym verwendet; zur Differenzierung vgl. Vogel (zit. Anm. 1) 263 ff.

¹²⁹ In revOR 754 I ist von "mit der Geschäftsführung ... *befassten* Personen" die Rede, statt wie früher von "*betrauten* Personen", womit neben den formellen auch bloss materielle Organe erfasst werden sollten.

¹³⁰ Zu wenig differenziert m.E. St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1983 Nr. 45 S.110 ff (referiert auch in SAG 57 [1985] S. 188 Nr. 26) wo erklärt wird, es sei die Haftpflicht der Einmann-AG für delegierte Organe grundsätzlich zu bejahen, weil ein Handeln des Vertreters in völliger Selbständigkeit nicht denkbar sei.

¹³¹ So mit besonders ausführlicher Begründung Vogel (zit. Anm. 1) 349 ff, 389 f.

¹³² BGE 117 II 574.

¹³³ So insb. von Büren (zit. Anm. 1) 156; anders dagegen noch von Büren in Symposium Bär (Bern 1993) 47 ff, 63 und ders. in ZBJV 131 (1995) 87.

¹³⁴ Dazu auch Kari Spiro: Zur Haftung für Doppelorgane, in: FS Vischer (Zürich 1983) 639 ff, insbesondere 641 f.

¹³⁵ Ablehnend mit ausführlicher Begründung Vogel (zit. Anm. 1) 394, bejahend von Büren (zit. Anm. 1) 179. Die Meinungsdivergenz ist von geringer praktischer Bedeutung, da der Entlastungsbeweis – worauf von Büren zu Recht hinweist – in der Regel misslingen dürfte.

¹³⁶ Vgl. die Hinweise bei Vogel (zit. Anm. 1) 349 Anm. 31 und 390 f Anm. 246 - 248.

6.5. Haftung für den delegierten "Vertreter" im Sinne von OR 707 III?¹³⁷

a) Nach OR 707 III kann eine juristische Person zwar – wie soeben erwähnt – als solche nicht in den Verwaltungsrat gewählt werden, doch sind "an ihrer Stelle ihre Vertreter wählbar". Dass der gewählte Vertreter *persönlich* den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen untersteht, ist offenkundig¹³⁸. Stark umstritten ist dagegen, ob in Fällen einer Delegation nach OR 707 III neben dem delegierten Verwaltungsratsmitglied auch die *delegierende juristische Person* aus aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht haftbar werden kann¹³⁹.

b) M.E. ist auch diese Frage *differenziert* zu beantworten, wobei als Grundlage erneut der *funktionelle Organbegriff* dient: Danach wird die delegierende Gesellschaft dann haftbar, "wenn sie über ihren Vertreter tatsächlich an der Willensbildung der AG teilnimmt und korporative Aufgaben erfüllt"¹⁴⁰, "sobald sie sich in der andern Gesellschaft 'organtypisch' zu benehmen beginnt, wenn sie durch den Entsandten – manifestiert durch die Art seines tatsächlichen Wirkens – so handelt, wie ein echtes Organmitglied handeln würde, und die Prärogative erkennbar für sich in Anspruch nimmt"¹⁴¹, also dann, "wenn sie aufgrund ihres tatsächlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der AG als faktisches Organ angesehen werden kann"¹⁴².

Falls dagegen der oder die Gewählte das Amt frei und ohne Instruktionen seitens der delegierenden Gesellschaft ausüben kann, ist deren Haftung aufgrund von OR 707 III m.E. abzulehnen.

¹³⁷ Vgl. dazu Zürcher (zit. Anm. 1) 169 ff sowie Forstmoser (zit. Anm. 36) N 716 ff, mit zahlreichen weiteren Angaben.

¹³⁸ Vgl. dazu vorn Ziff. 3.

¹³⁹ Vgl. die ausführliche Literaturübersicht bei Forstmoser (zit. Anm. 36) N 720 ff; aus neuerer Zeit ist insbesondere noch zu ergänzen: Ronald Ruepp (zit. Anm. 77) 66 und passim.

¹⁴⁰ Forstmoser (zit. Anm. 36) N 727.

¹⁴¹ Böckli (zit. Anm. 36) N 1992.

¹⁴² Martin Wernli in Basler Kommentar zu OR II (Basel/Frankfurt 1994) Art. 707 N 40.

6.6. Durchgriffshaftung¹⁴³

a) Der Konzern ist eine der klassischen Spielwiesen für Durchgriffsüberlegungen. In der Tat finden sich denn auch in der Literatur zur Konzernhaftung regelmässig ausführliche Stellungnahmen zu den Möglichkeiten einer Durchgriffshaftung¹⁴⁴, und in der allgemeinen Durchgriffsliteratur spielen Holdinggesellschaft und Konzern eine wesentliche Rolle¹⁴⁵. Dabei lässt sich der allgemeine Tenor dahingehend zusammenfassen, dass die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften dann zu ignorieren ist, wenn die Berufung auf das Trennprinzip und die Eigenständigkeit der juristischen Personen als *missbräuchlich* erscheint, "wenn eine zweck- und funktionswidrige Verwendung des Rechtsinstitutes der AG vorliegt, die von der Rechtsordnung nicht anzuerkennen ist"¹⁴⁶.

b) In der Praxis – zumindest der neueren – scheint dagegen der Durchgriff nicht die erwartete Vorrangstellung im Instrumentarium der Konzernhaftung zu haben, was sich in Rechtsprechungsübersichten zeigt¹⁴⁷. Sodann befasst sich die Judikatur offenbar weniger mit dem Haftungs- als mit einem generellen Zurechnungsdurchgriff, aus welchem sich eine primäre Verpflichtung aus der Konzernobergesellschaft ergeben kann¹⁴⁸.

Die Gerichte scheinen anderen Konzepten den Vorrang zu geben – das Bundesgericht allen voran der vor einigen Jahren für das Konzernrecht fruchtbar gemachten Vertrauenshaftung¹⁴⁹, wobei betont wird, dass kein Durchgriffsfall vor-

¹⁴³ Zum *Durchgriff allgemein* vgl. Markus Wick: Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG (Diss. Basel 1996 = SSHW 170); sodann Silvio Caflisch (zit. Anm. 65) 149 ff, Carsten Ebenroth: Zum „Durchgriff“ im Gesellschaftsrecht, SAG 57 (1985) 124 ff; Peter Forstmoser: Schweizerisches Aktienrecht (Zürich 1981) § 1 N 84 ff; Eric Homburger: Zum „Durchgriff“ im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67 (1971) 249 ff; Kuzmic (zit. Anm. 1) 97 ff; Vogel (zit. Anm. 1) 163 ff und Rolf H. Weber: Juristische Personen (SPR II/4 Basel 1998) 102 ff mit weiteren Hinweisen. In der Judikatur ist besonders ausführlich ZR 98 (1999) S. 235 ff E 3.2.

¹⁴⁴ Vgl. die Hinweise vorstehend Anm. 143.

¹⁴⁵ Vgl. die Literatur- und Judikaturhinweise bei Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 59 ff.

¹⁴⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (zit. Anm. 28) § 62 N 52. Ähnlich sind die Aussagen in der Judikatur, vgl. etwa ZR 98 (1999) 235 f.

¹⁴⁷ Ausführlich etwa Kuzmic (zit. Anm. 1) 104 ff sowie neuestens Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 59 ff.

¹⁴⁸ Umfangreiche Beispielsammlungen finden sich bei Forstmoser, Aktienrecht (zit. Anm. 143) § 1 N 121 ff und Kuzmic (zit. Anm. 1) 104 ff sowie neuestens bei Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 59 ff.

¹⁴⁹ Dazu sogleich nachstehend.

liege, wenn eine Muttergesellschaft aus Konzernvertrauen einzustehen habe¹⁵⁰. In einem neusten Entscheid hat das Bundesgericht – freilich nicht im Konzernzusammenhang – die Eigenständigkeit einer jeden juristischen Person stark hervorgehoben und einen – in jenem Falle umgekehrten – Durchgriff abgelehnt, nicht zuletzt mit der Begründung, dass "das Vermögen der juristischen Person ... zunächst ihren eigenen Gläubigern haftet"¹⁵¹. Dies ist auch im Rahmen des Konzerns stets zu beachten.

6.7. Haftung aus Konzernvertrauen¹⁵²

a) Man erinnert sich: 1994 hat das Bundesgericht in einem kühnen Entscheid – BGE 120 II 331 ff – die Swissair Beteiligungen AG für die Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft – die IGR – haftbar gemacht, weil diese in Werbung und Korrespondenz intensiv auf die Einbindung in die Swissair Gruppe hingewiesen und erklärt hatte, überall, wo ihre eigene Firma stehe, stehe "Swissair darunter und selbstverständlich auch dahinter. Denn die IGR ist zwar ein selbständiges Unternehmen der Swissair Beteiligungen AG, arbeitet aber nach den gleichen unternehmerischen Maximen wie ihre Mutter."¹⁵³ Von diesen Aussagen hatte sich die Swissair Beteiligungen AG nicht distanziert, und sie hatte davon gewusst¹⁵⁴. Das Bundesgericht erklärte hiezu, es könne "[er]wecktes Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft ... unter Umständen auch bei Feh-

len einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage haftungsbegründend" sein, was sich aus einer "Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo" ergebe¹⁵⁵.

An diesen Entscheid hat sich eine überaus intensive Diskussion in der Lehre angeschlossen, er wurde zum Gegenstand mehrerer Monographien und zahlreicher Urteilsbesprechungen und ist auch in Standardwerken gebührend beachtet worden¹⁵⁶.

b) Heute – einige Jahre später – macht es den Anschein, es sei der – je nachdem als Chance begrüsst oder als Gefahr abgelehnte – *Durchbruch einer Einheitsbehandlung des Konzerns nicht erfolgt*. Eine Betrachtung seither ergangener Urteile des Bundesgerichts macht dies deutlich:

- Zwar hat das Bundesgericht die Vertrauenshaftung offenbar lieb gewonnen, was sich auch in Entscheiden zu anderen Rechtsfragen zeigt¹⁵⁷.
- Und in einem Urteil von 1997 – BGE 123 III 220 ff – steht sogar der folgende ominöse, einen Anhänger der klassischen gesellschaftsrechtlichen Dogmatik erschreckende Satz: "Dass unter besonderen Umständen auch eine Tochtergesellschaft einen Vertrauenstatbestand bezüglich ihrer Muttergesellschaft schaffen kann, ist nicht von vornherein auszuschliessen."¹⁵⁸ Im konkreten Fall wurde jedoch die Berufung auf eine Vertrauenshaftung im Konzern abgewiesen, obwohl der Konzern nach den Aussagen des Bundesgerichts "eine äusserst verwirrende Situation und ein grosses Verwechslungs- und Täuschungspotential geschaffen" hatte¹⁵⁹. Damit stellte das Bundesgericht klar, dass eine Vertrauenshaftung im Konzern nur in engen Grenzen zu bejahen ist.
- Dass die Haftung aus enttäuschem Konzernvertrauen keine Carte blanche für eine Einheitshaftung im Konzern sein kann, hat das Bundesgericht 1998 in BGE 124 III 297 ff nochmals bestätigt¹⁶⁰. Es betont, dass eine Vertrauenshaftung "nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht" kommen könne:
"Der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft hat deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und kann das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Die Muttergesellschaft hat nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und

¹⁵⁰ BGE vom 29.1.1996 im Bulletin CEDIDAC Nr. 27 1996 1 ff, zusammengefasst in SZW 68 (1996) 274 r2.

¹⁵¹ Urteil 4C. 10/1999, vgl. vorn Anm. 115.

¹⁵² Vgl. dazu statt vieler die Monographien von Brechbühl, Kuzmic und Vogel sowie die Gesamtdarstellung von Druey/Vogel, alle zit. Anm. 1; aus der Vielzahl der Besprechungen und Kommentierungen seien erwähnt: Rolf Bär in ZBJV 132 (1996) 454 ff und in ZBJV 134 (1998) 764 ff; Roland von Büren in SZW 71 (1999) 54 ff; Rainer Gonzenbach in recht 13 (1995) 117 ff; Markus Wick in AJP 4 (1995) 1270 ff, Marc Amstutz/Rolf Watter in AJP 4 (1995) 504, Jean Nicolas Druey in recht 13 (1995) 177. Aus der ausländischen Literatur zur Haftung aus Konzernvertrauen sei etwa erwähnt Marcus Lutter in Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk (Köln 1997) 229 ff. Allgemein zur Vertrauenshaftung sodann Hans Peter Walter: Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 (1996) 273 ff. und neustens Ariane Morin: Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, Sem (doctrine) 122 (2000) 161 ff.

¹⁵³ BGE 120 II 334 f, ausführlich wiedergegeben auch bei Druey/Vogel (zit. Anm. 1) 119 ff.

¹⁵⁴ Vgl. a.a.O. 335.

¹⁵⁵ A.a.O. 334 f.

¹⁵⁶ Vgl. die Hinweise in Anm. 152.

¹⁵⁷ Vgl. etwa BGE 121 III 350 ff, 355.

¹⁵⁸ A.a.O. 231.

¹⁵⁹ BGE, a.a.O. 225.

¹⁶⁰ Vgl. insb. die Ausführungen auf S. 303 f.

haftet bei dessen Scheitern den Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg erwächst. Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer einer eigenen Unvorsichtigkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird. Eine Haftung entsteht nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und in ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht ..."¹⁶¹.

Damit wird die Tragweite der Vertrauenshaftung auf Fälle begrenzt, für welche auch nach traditionellen Konzepten – Durchgriffshaftung, Haftung der Mutter- oder einer Managementgesellschaft als faktisches oder materielles Organ – eine Haftung begründet werden könnte.

6.8. Weitere Haftungsgrundlagen

Zu diesem bunten Strauss von möglichen Grundlagen einer Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften kommen Zurechnungsnormen hinzu, die zwar nicht konzernspezifisch sind, aber in einem Konzern typische Anwendungsfelder finden können. Dazu gehören einerseits die schon erwähnten¹⁶² Hilfspersonen- und Geschäftsherrenhaftungen, die m. E. abzulehnende „Haftung aus Grossaktionärsstellung“ und Varianten der Rechts-scheinhaftung¹⁶³. Diese Konzepte beruhen auf ähnlichen wie den vorstehend skizzierten Überlegungen. Sie sollen hier nicht weiter diskutiert werden.

6.9. Ergebnis

Eine Durchsicht der verschiedenen potentiellen Grundlagen für eine Haftung der Konzernobergesellschaft führt zu einem trivialen Resultat:

Trotz einer abundanten Literatur und trotz neuen Konzepten des Bundesgerichts ist die Haftung einer Konzernobergesellschaft letztlich nach zwei Grundsätzen zu beurteilen, die seit je her galten:

- Auszugehen ist von der rechtlichen Selbständigkeit einer jeden juristischen Person und somit davon, dass auch im Konzern grundsätzlich *nur die Einzel-*

¹⁶¹ A.a.O. 303 f, mit Hinweis auf BGE 120 II 335 f und 121 III 355 f.

¹⁶² Vorn 6.2.-6.7.

¹⁶³ Ein Überblick findet sich bei Vogel (zit. Anm. 1) 151 ff. Zu einer allfälligen Haftung aus Grossaktionärsstellung vgl. auch Andreas von Planta (zit. Anm. 126) passim.

gesellschaft für deren Verpflichtungen aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung einzustehen hat.

- Von diesem Grundsatz ist jedoch dann abzuweichen, wenn die Muttergesellschaft oder eine andere konzernverbundene Gesellschaft *aufgrund von Treu und Glauben eine Verantwortung trifft*¹⁶⁴ bzw. – le revers de la médaille – wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit und die ausschliessliche Haftung der Tochtergesellschaft als missbräuchlich erscheint¹⁶⁵.

Die verschiedenen in Lehre und Praxis entwickelten Theorien basieren letztlich alle auf ZGB 2. Sie mögen die Abgrenzungskriterien konkretisieren und dadurch zu einer besseren Vorhersehbarkeit von Entscheidungen beitragen. Doch scheint der Ertrag gering im Verhältnis zum in der Theorie betriebenen Aufwand.

III. Der entscheidende Unterschied zwischen der Hundertprozent-Beteiligung und einer Kontrollmehrheit (bzw. -minderheit)

- a) Die einheitliche Leitung im Konzern kann auf einer stimmen- und kapitalmässigen *Beteiligung zu hundert Prozent*, sie kann aber auch lediglich auf einer *stimmenmässigen Mehrheits-*¹⁶⁶ oder starken *Minderheitsbeteiligung* beruhen, verbunden mit einer kapitalmässigen Mehrheits- oder auch Minderheitsbeteiligung¹⁶⁷.

Kapitalmässige Minderheits- und Mehrheitsbeteiligungen unterscheiden sich hinsichtlich der Haftungsrisiken kaum. Ein *qualitativer Unterschied* besteht dagegen zwischen der blossen Mehrheitsbeteiligung – und sei sie auch noch so gross – und der Beteiligung zu hundert Prozent:

¹⁶⁴ ZGB 2 I.

¹⁶⁵ ZGB 2 II.

¹⁶⁶ Beispiele für eine Beherrschung durch Mehrheitsbeteiligung sind etwa die Berner Allgemeine Versicherungsgesellschaft im Rahmen der schweizerischen Allianz-Gruppe sowie die Crossair AG als Tochtergesellschaft der SAir Group.

¹⁶⁷ Eine Beherrschung trotz Kapitalminderheit kann mittels Stimmrechtsaktien erreicht werden oder bei der – in neuerer Zeit freilich weitgehend ausser Mode geratenen – Eigenfinanzierung auch durch Partizipationsscheine sowie schliesslich aufgrund der Tatsache, dass in Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem Aktionärskreis selten mehr als 50% der Stimmen der Publikumsaktionäre in der Generalversammlung vertreten sind.

b) Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, welche – wie vorstehend gezeigt – die in den Exekutivorganen sowohl der Tochtergesellschaften wie auch der Muttergesellschaft tätigen natürlichen Personen, aber auch die involvierten Revisionsstellen und schliesslich die Muttergesellschaft selbst erfasst, räumt bekanntlich Klagerechte sowohl der Gesellschaft wie auch jedem einzelnen Aktionär und schliesslich – aber nur im Falle der Zahlungsunfähigkeit – den Gläubigern ein¹⁶⁸. Daraus ergibt sich, dass im *zu hundert Prozent beherrschten Konzern* ein Risiko letztlich nur im Fall der *Überschuldung* besteht: Denn die Gesellschaft selbst und die Konzernmuttergesellschaft als Alleinaktionärin können *keinerlei Ansprüche geltend machen*, solange ein im Rahmen des Konzerns tätiges *Organ* nach Weisungen der Konzernobergesellschaft gehandelt hat¹⁶⁹. Den Gläubigern aber steht ein Klagerecht nur *im Konkurs* sowie im Falle eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* zu¹⁷⁰.

c) Von einem praktischen Gesichtspunkt aus können sich daher die für eine Konzerntochter Tätigen solange, als ihre Gesellschaft stimmen- und kapitalmässig von der Konzernobergesellschaft – allenfalls im Verbund mit weiteren Konzerngesellschaften – zu hundert Prozent beherrscht ist, darauf beschränken, für die *Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft* und die *Einhaltung der (schweizerischen) Rechtsordnung* zu sorgen, im vollen Bewusstsein davon, dass die gesetzliche Vorgabe der gewinnstrebigen Geschäftsführung und dass zwingendes Recht – etwa die Liste der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben eines jeden Verwaltungsrates gemäss OR 716a – verletzt sind, im Vertrauen aber auch darauf, dass die (einzige) Aktionärin mit diesem Vorgehen einverstanden ist und Gläubigern keinerlei Klagerechte zustehen, solange sie nicht zu Schaden kommen¹⁷¹.

d) Der Autor hat auch aus anderen Gründen nie recht verstanden, weshalb sich Konzerne – wenn sie eine Beteiligung nicht lediglich im Sinne einer bei Finanzbe-

darf leicht liquidierbaren Investition auf Zeit verstehen¹⁷² – willentlich auf *Mehrheitsbeteiligungen beschränken*. Wohl wird dadurch Kapital eingespart, doch bringt dies nicht nur Führungsnachteile mit sich; es ist auch schwer ersichtlich, was die Ersparnis soll:

- Die Minderheitsaktionäre einer Konzerntochtergesellschaft haben Anspruch darauf, dass ihre Gesellschaft konsequent im *eigenen Interesse* geführt wird womit – wie eingangs gezeigt¹⁷³ – die einheitliche Führung und damit das prägende Merkmal eines Konzerns in Frage gestellt wird. Und auch wenn bis heute Klagen von Minderheitsaktionären wegen Missachtung der Eigeninteressen einer Konzerntochtergesellschaft kaum vorgekommen sind, könnte sich dies in Zukunft ändern¹⁷⁴.
- Darüber hinaus aber wird die Konzernleitung davon überzeugt sein, dass es sich bei der Beteiligung an einer Tochtergesellschaft um ein *gutes, ertragbringendes Investment* handelt. Andernfalls hätte man die Beteiligung nicht erworben oder würde man sie zu veräussern suchen. Der Konzern wird sich dabei als "best owner" verstehen, denn sonst würde ein rationales Verhalten die Devestition nahe legen. Ist dem aber so, dann ist nicht einsichtig, weshalb der Konzern die – aufgrund der eigenen Anstrengungen – bei der Tochtergesellschaft erlangten Erfolge mit Drittaktionären teilen will.

e) Am Rande sei erwähnt, dass ähnliche Differenzierungen hinsichtlich der Risikolage auch dann zu machen sind, wenn mehrere Gruppengesellschaften durch personell identische Verwaltungsräte und/oder Geschäftsleitungen zusammengefasst werden¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Vgl. OR 754 I, 755 und die Konkretisierungen hiezu in OR 756 I und 757 I. Zur Klageordnung allgemein und unter altem Recht siehe Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 36); zum revidierten Recht vgl. Widmer (zit. Anm. 36) zu Art. 756 f. Zur neuesten Bundesgerichtspraxis vgl. BGE 122 III 176 ff und 125 III 86 ff.

¹⁶⁹ Die Klage der die Weisungen erteilenden Obergesellschaft, aber auch die Klage der Gesellschaft selbst würden – als "venire contra factum proprium" – gegen Treu und Glauben verstossen.

¹⁷⁰ Vgl. OR 757 I und SchKG 260 bzw. 325.

¹⁷¹ Vgl. auch Peter Forstmoser: Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht (Zürich 1992 = SNA 2) 16.

¹⁷² Dafür eignen sich besonders Mehrheits- oder auch Minderheitsbeteiligungen an börsenkotierten Gesellschaften, wie sie von einer Reihe von Schweizer Publikumsgesellschaften gehalten werden (vgl. die in der FuW vom 11.12.1999 S. 21 erwähnten Beispiele).

¹⁷³ Vgl. vorn Ziff. I.

¹⁷⁴ Problematisch ist es in dieser Hinsicht etwa, wenn eine Beteiligung vor allem dazu dienen soll, Absatz oder Zulieferungen zugunsten anderer Konzerngesellschaften zu sichern, ohne dass das "arm's-length-principle" strikte gewahrt wird.

¹⁷⁵ Vgl. dazu den Hinweis in Anm. 6: Solange die durch Personalunion zusammengefassten Gesellschaften jeweils zu 100% beherrscht sind, können Business Opportunities frei der einen oder anderen Gesellschaft zugewiesen werden. Erhebliche Probleme ergeben sich dagegen bei blossen Mehrheitsbeteiligungen und vor allem dann, wenn die unter einheitlicher Leitung stehenden Tochtergesellschaften mit unterschiedlichen Mehrheiten beherrscht werden und sich ihre Geschäftsfelder überlappen.

IV. Schlussbemerkungen

1. Nochmals: Die Konzernproblematik

Abschliessend sei nochmals betont, dass dem Konzern des schweizerischen Rechts ein Widerspruch inhärent ist: der Gegensatz zwischen der Verfolgung von Eigeninteressen und der *Selbstverantwortlichkeit* einer jeden Aktiengesellschaft¹⁷⁶ – auch der in einen Konzern eingebetteten Gesellschaft – einerseits und der *einheitlichen Leitung* des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit auf der anderen Seite.

Dieser Widerspruch ist letztlich nicht lösbar, und die im Konzern Tätigen können sich dem Interessenkonflikt zwischen der Einzelgesellschaft und dem Konzernganzen nicht entziehen. Daraus ergibt sich auch die *spezifisch konzernrechtliche Haftungs- und Verantwortlichkeitsproblematik*, die vorstehend für die einzelnen Betroffenen skizziert worden ist.

2. Praktische Vorhaben zur Verminderung des Haftungsrisikos

a) Aus praktischer Sicht ist diese Problematik freilich stark vermindert, wenn Konzerntochtergesellschaften stimmen- und kapitalmässig zu hundert Prozent beherrscht sind. Auch wenn das Recht eigentlich mehr verlangt, genügt es diesfalls zur Vermeidung eines Haftungsrisikos, die Zahlungsfähigkeit einer jeden Tochtergesellschaft sicherzustellen.

b) Genügt es bei der zu hundert Prozent gehaltenen Tochtergesellschaft, dass die Verantwortlichen für deren Zahlungsfähigkeit sorgen, dann drängen sich weitere Schutzvorkehrungen auf, wenn an einer Konzerngesellschaft auch aussenstehende Aktionäre beteiligt sind. Haftungsrisiken sind diesfalls kaum zu vermeiden. Wohl aber lassen sie sich minimieren.

Einige Massnahmen sind erörtert worden:

- Die Ausrichtung auf die Konzerninteressen sollte nur im Rahmen des oft grossen Ermessensspielraums, der einem Exekutivorgan zukommt, erfolgen. Entscheide, welche erkennbar zum Nachteil der eigenen Gesellschaft sind, dürfen nicht gefällt werden.

¹⁷⁶ OR 717 I, 716a I.

- Die Einbettung der Tochtergesellschaft in den Konzern ist offenzulegen, insbesondere durch eine entsprechende Zweckumschreibung und (allenfalls) den Verzicht auf Gewinnstrebigkeit.
- Die Handelnden haben einen legitimen Anspruch darauf, im Gegenzug zu ihrer Bindung an Weisungen vom Konzern bei allfälligen Ersatzansprüchen schadlos gehalten zu werden.
- Es ist sicherzustellen, dass der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaften – wenn schon die Rapport- und Weisungswege an ihm vorbeigehen – über die für die Geschäftsführung relevanten Entscheide umfassend informiert wird.

Erwähnt sei ergänzend noch die Möglichkeit, Versicherungsdeckung durch eine konzernweite Directors and Officers Liability (D&O)-Versicherung zu erlangen¹⁷⁷. Auch eine Versicherung befreit freilich nicht vom Ärger, von der zeitlichen Beanspruchung und vom Imageverlust, die mit Verantwortlichkeitsklagen verbunden sind.

3. Rechtspolitische Anliegen

Eine Lösung der konzernrechtlichen Quadratur des Zirkels könnte aber letztlich nur durch den Gesetzgeber erreicht werden. Dieser müsste bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang bei einer Konzerntochter die Gesamtinteressen des Konzerns den eigenen Partikularinteressen vorangestellt werden dürfen und welche Folgen dies für die Ansprüche von Minderheitsaktionären und Gläubigern hätte.

Bis heute ist dieses – vom Autor unterstützte – Postulat in Minderheit geblieben¹⁷⁸. Für die Argumente der Gegner muss man Verständnis aufbringen:

¹⁷⁷ Vgl. dazu Daniel Bandle: L'assurance D&O (Diss. Lausanne 1999 = SSHW 191) sowie etwa Stephan Fuhrer: Vermögensschaden – Haftpflichtversicherung (Diss. Basel 1988 = SSHW 108); Klaus Hütte: Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 7 (1998) 1294 ff.; Alfred Bachmann in "Invest" (FuW-Beilage) November 1997, 62 ff. und Klara Reber in Schweizer Versicherung 5/1999 30 ff.

¹⁷⁸ Auch der groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht", dessen Schlussbericht von 1993 die rechtspolitischen Anstrengungen in der Schweiz stark beeinflusst hat und weiter beeinflussen dürfte, hat die Schaffung eines umfassenden Konzernrechts mehrheitlich abgelehnt mit der Begründung, dass "die Schweiz sonst über den Stand der Regelungen in anderen Ländern hinausgehen müsste." Vgl. Schlussbericht 19 ff, 78.

- Die Materie ist komplex.
- Es besteht das Risiko, dass sich die Schweiz in der Rolle eines konzernrechtlichen Musterknaben international Nachteile einhandeln würde, zumal die wenigsten Länder ein umfassendes Konzernrecht kennen¹⁷⁹.
- Und schliesslich: In der Praxis hat man sich bisher durchgewurstelt, und es dürfte dies – mit Unterstützung durch eine pragmatisch orientierte Rechtsprechung – auch weiterhin möglich sein.

Gesetzesänderungen sind daher auf absehbare Zeit nicht zu erwarten. Umso mehr ist zu verlangen, dass sich die in Konzernen Engagierten des spezifisch konzernrechtlichen Haftungsrisikos bewusst sind und dass diejenigen Massnahmen getroffen werden, die eine Minimierung dieses Risikos, aber auch die Wahrung der legitimen Interessen der aussenstehenden Aktionäre und der Gläubiger gewährleisten.

¹⁷⁹ Das prominenteste Beispiel ist Deutschland, dessen Ordnung vereinzelt auch andern Ländern als Vorbild gedient hat.

Literaturverzeichnis

- AEBI DIETER: Interzession. Kreditsicherung im Interesse des Aktionärs in Konzern- und personalistischen Verhältnissen (Diss. Zürich 2000, Titel wird allenfalls noch geändert)
- ALBERS-SCHÖNBERG MAX: Haftungsverhältnisse im Konzern (Diss. Zürich 1980 = SSHW 44)
- ALTENBURGER PETER R.: Die Patronatserklärungen als "unechte" Personalsicherheiten (Diss. Basel 1979 = SSHW 40)
- AMSTUTZ MARC: Konzernorganisationsrecht – Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik (Diss. Zürich 1993 = ASR 551)
- APPENZELLER HANSJÖRG: Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften (Diss. Zürich 1996 = SSHW 173)
- BACHMANN RAOUL-PHILIP: Mehrstufige Übernahmen schweizerischer Publikumsgesellschaften (Diss. Zürich 1992 = SSHW 147)
- BANDLE DANIEL: L'assurance D&O (Diss. Lausanne 1999 = SSHW 191)
- BÖCKLI PETER: Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, in: ZBJV 129 (1993) 475 ff
- BÖCKLI PETER: Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle (Zürich 1994 = SnA 8)
- BÖCKLI PETER: Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1996)
- BRECHBÜHL BEAT: Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen (Diss. Bern 1998 = ASR 617)
- VON BÜREN ROLAND: Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens (Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Basel/Frankfurt 1997)
- VON BÜREN ROLAND/HUBER MICHAEL: Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, in: SZW 70 (1998) 213 ff
- BÜRGI WOLFHART/NORDMANN-ZIMMERMANN URSULA: Zürcher Kommentar zu Art. 739 bis 771 OR (Zürich 1979)
- CAFUSCH SILVIO: Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1961)
- DE CAPITANI WERNER: Der delegierte Verwaltungsrat, in: SJZ 90 (1994) 347 ff
- DRUEY JEAN NICOLAS: Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: FS Bär (Hg. Roland von Büren, Bern 1998) 75 ff
- DRUEY JEAN NICOLAS: Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge (Zürich 1998 = SnA 13) 7 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS (Hg.): Das St. Galler Konzernrechtsgespräch – Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 14, Bern/Stuttgart 1988)

- DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER: Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte (Zürich 1999)
- DÜRR DAVID: Zürcher Kommentar zu Art. 1 ZGB (Zürich 1998)
- EBENROTH CARSTEN THOMAS: Zum "Durchgriff" im Gesellschaftsrecht, in: SAG 57 (1985) 124 ff
- FORSTMOSER PETER: Schweizerisches Aktienrecht (Zürich 1981)
- FORSTMOSER PETER: Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Meier-Hayoz (Zürich 1982) 125 ff
- FORSTMOSER PETER: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987)
- FORSTMOSER PETER: Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht (Zürich 1992 = SnA 2)
- FORSTMOSER PETER: Die privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht, SJK 406 (Genf 1994)
- FORSTMOSER PETER: Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht (Zürich 1997 = Schriftenreihe der Treuhänder-Kammer 151)
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996)
- FORUM EUROPAEUM: Konzernrecht für Europa, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1998 672 ff
- FÜHRER STEPHAN: Vermögensschaden – Haftpflichtversicherung (Diss. Basel 1988 = SSHW 108)
- GRASS ANDREA R.: Business Judgement Rule (Diss. Zürich 1998 = SSHW 186)
- GROSS KURT J.: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1990 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht 33)
- HANDSCHIN LUKAS: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht (Habil. Basel, Zürich 1994)
- HOFSTETTER KARL: Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne (Habil. Zürich, Tübingen 1995)
- HOMBURGER ERIC: Zum "Durchgriff" im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: SJZ 67 (1971) 249 ff
- HOMBURGER ERIC: Zürcher Kommentar zu Art. 707 bis 726 (Zürich 1997)
- HOMMELHOFF PETER: Die Konzernleitungspflicht (Köln 1982)
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht (Zürich 1994)
- HÜNERWADEL ANDREAS: Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Hauptaktionärs beim Kontrollverkauf (Diss. Zürich 1995 = SSHW 162)
- HÜTTE KLAUS: Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, in: AJP 7 (1998) 1294 ff
- JÄGGI PETER: Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen) Verwaltungsrat, in: SJZ 56 (1960) 1 ff

- KAMMERER ADRIAN W.: Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1997 = SSHW 180)
- KRAMER ERNST A.: Teleologische Reduktion – Plädoyer für einen Akt methodentheoretischer Rezeption, in: Beiheft 15 zur ZSR 1993 65 ff
- KUZMIC KRISTINA: Haftung aus "Konzernvertrauen" (Diss. Zürich 1998 = SSHW 187)
- LÄNZLINGER ANDREAS: Die Haftung des Kreditgebers (Diss. Zürich 1992 = SSHW 138)
- LUTTER MARCUS: Haftung aus Konzernvertrauen? in: Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk (Köln 1997) 229 ff
- LUTTER MARCUS/SCHEFFLER EBERHARD/SCHNEIDER UWE H.: Handbuch der Konzernfinanzierung (Köln 1998)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR: Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB (Bern 1966)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (8. A. Bern 1998)
- MEIER-WEHRLI JÖRG: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff OR/41 ff BankG (Diss. Zürich 1968 = Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 296)
- NOBEL PETER: Patronatserklärungen und ähnliche Erscheinungen im nationalen und internationalen Recht, in: Berner Bankrechtstag 4 (Bern 1997) 55 ff
- PETER HENRY/BIRCHLER FRANCESCA: Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, in: SZW 70 (1998) 113 ff
- VON PLANTA ANDREAS: Die Haftung des Hauptaktionärs (Diss. Basel 1981 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A, Band III)
- VON PLANTA ANDREAS: Doppelorganschaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Vischer (Zürich 1983) 587 ff
- VON PLANTA FLURIN: Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft (Diss. Zürich 1988)
- REICHWEIN HEINZ: Wie weit ist der Aktiengesellschaft und anderen juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen ... ? in: SJZ 66 (1970) 1 ff
- RIEMER HANS MICHAEL: Berner Kommentar zu Art. 52 bis 59 ZGB (Bern 1993)
- RUEPP RONALD U.: Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft (Diss. Zürich 1994 = SSHW 157)
- SCHILTKNECHT RETO: Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften (Diss. Bern 1997 = ASR 592)
- SIEGER KURT: Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung (Diss. Zürich 1979)
- SPIRO KARL: Zur Haftung für Doppelorgane, in: FS Vischer (Zürich 1983) 639 ff
- SPIRO KARL: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (Bern 1984)

- VOGEL ALEXANDER: Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft (Diss. St. Gallen 1997 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 51)
- WATTER ROLF: Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe (Diss. Zürich 1985 = SSHW 81)
- WEBER ROLF H.: Juristische Personen (Schweizerisches Privatrecht II/4, Basel/Frankfurt 1998)
- WERNLI MARTIN: Kommentar zu Art. 711 OR, in: Basler Kommentar zum OR II (Art. 530 bis 1186, Basel/Frankfurt 1994)
- WICK MARKUS: Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG (Diss. Basel 1996 = SSHW 170)
- WIDMER PETER: Kommentar zu Art. 754 ff OR, in: Basler Kommentar zum OR II (Art. 530 bis 1186, Basel/Frankfurt 1994)
- ZOBL DIETER: Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, in: ZBJV 125 (1989) 289 ff
- ZÜRCHER WOLFGANG: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrecht-Konzern (Diss. Zürich 1993 = ASR 457)

St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht

Charlotte M. Baer
(Herausgeberin)

Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht

Sonderdruck aus:
Charlotte M. Baer (Hrsg.):
Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht
«St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht»
Band 59, VII + 218 Seiten, kartoniert Fr. 52.– / DM 58.– / öS 424.–
Verlag Paul Haupt Bern · Stuttgart · Wien
ISBN 3-258-06148-3

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich

Sonderdruck