

# Konzern

---

<p><strong>IMPRESSUM<br />

<br />

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone</strong></p>

<p><strong>FS 21 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, MLaw Giovanni Dazio, RA MLaw Bruno Mahler</strong></p>

<p><strong>HS 20</strong> <strong>Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, RA MLaw Oliver Dalla Palma, LL.M.</strong><br />

<strong>HS 19 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, MLaw Sandro Bernet<br />

HS 18 MLaw Corina Moschen, MLaw Olivia Wipf, MLaw Fleur Baumgartner<br />

HS 17 RA M.A. HSG Richard Allemann, MLaw Thomas Grob, RAin MLaw Patricia Reichmuth, MLaw Olivia Wipf<br />

HS 15 RA lic. iur. Olivier Baum, RA MLaw Alexander Wherlock<br />

HS 14 RA M.A. HSG Yves Mauchle, MLaw Felix Buff, MLaw Martin Monsch<br />

HS 13 RA MLaw Daniel Brugger, RA M.A. HSG Simon Bühler,<br />

MLaw Martin Monsch<br />

HS 12 MLaw Adriano Huber, RA M.A. HSG Valentin Jentsch,<br />

lic. iur. Matthias Trautmann, HS 11 RA lic. iur. oec. Jan Hoffmann,<br />

lic. iur. Benedict Burg<br />

FS 11 lic. iur. Benjamin Bloch, RA lic. iur. oec. Jan Hoffmann,<br />

RA M.A. HSG Valentin Jentsch, RA lic. iur. oec. Matthias Maurer<br />

HS 10 lic. iur. Tiffany Ender, lic. iur. Benedict Burg<br />

FS 10 RA MLaw Johannes Vetsch, FS 09 RAin lic. iur. Nina Reiser<br />

HS 08 RAin lic. iur. et rer. pol. Catherine Chammartin<br />

HS 07 lic. iur. Alex Domeniconi, lic. iur. Martina Isler,<br />

lic. iur. Matti Läser, lic. iur. Tatjana Linder<br />

WS 06/07 lic. iur. Eva Bilek, RA lic. iur. Urs Hoffmann-Nowotny; SS 04 lic. iur. Guillaume Vionnet, lic. iur. Karin Eugster, lic. iur. Loïc Pfister, lic. iur. Thilo Pachmann</strong><br />

<br />

<br />

Zitiervorschlag: von der Crone et al.; RechtEck, die Internetplattform zum Handels- und

Wirtschaftsrecht; [http://www.rechteck.uzh.ch/\[...\]](http://www.rechteck.uzh.ch/[...]); besucht am 27.10.2021.</p>

<p><strong>Vgl. auch die französische Version zum Handels- und Wirtschaftsrecht (bitte

1. Grundlagen	4
1.1. Ausgangslage	4
1.2. Konzernbegriff	5
1.3. Rechtsquellen	6
1.4. Arten des Konzerns	6
1.5. Entstehungsgründe	7
1.6. Rechtsvergleichung	8
2. Führung des Konzerns	10
2.1. Konzernleitung	10
2.2. Leitung der Konzerntochter	11
2.2.1. Vollständig kontrollierte Konzerntochter	12
2.2.2. Mehrheitlich kontrollierte Konzerntochter	12
3. Einfügung in den Konzern	13
3.1. Notwendigkeit von GV-Beschlüssen	13
3.2. Umgang mit Minderheiten	14
4. Rechnungslegung	15
5. Haftung im Konzern	16
5.1. Verantwortlichkeit der Konzernmutter	17
5.2. Haftung für Konzernvertrauen	17
5.2.1. Problemstellung	17
5.2.2. Tatbestand	19
5.3. Durchgriff	20
5.4. Haftung aus unerlaubter Handlung	21

---

auf Icon oben rechts klicken)

---

# 1. Grundlagen

---

## Grundlagen

- Ausgangslage
- Konzernbegriff
- Rechtsquellen
- Arten des Konzerns
- Entstehungsgründe
- Rechtsvergleichung

---

### 1.1. Ausgangslage

#### Allgemeines

- Enorme Bedeutung: Mehrheit der schweizerischen AGs sind Teil eines Konzerns
- Transnationales Phänomen durch Globalisierung
- Konzern als die rechtlichen Einheiten übergreifende wirtschaftliche Einheit
- Kein einheitliches Konzernrecht
- Fragmentarische Sonderregelungen für unterschiedlich homogene Unternehmensmehrheiten

#### Grundsatz

- Trennungsprinzip: Konzerngesellschaften sind sowohl im Innen- wie im Aussenverhältnis wie unabhängige Dritte zu behandeln

#### Ausnahme

- Anknüpfung an miteinander verbundene rechtliche Einheiten

#### Problemfelder

- Art. 716a OR (unübertragbare VR-Aufgaben)
- Art. 717 OR (Sorgfalts- und Treuepflicht)
- Haftung im Konzern
- Minderheitsaktionäre

#### Konzernrechtsdogmatik

#### Weitere Theorien neben dem Trennungsprinzip

- Einheitstheorie:
    - Der Konzern bildet nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine rechtliche Einheit;
    - dies widerspricht dem weltweiten Konzernrecht, welches von rechtlich selbstständigen Unternehmen ausgeht.
-

- Konzern als einfache Gesellschaft:
  - Willenseinigung der beteiligten Gesellschaften auf einen gemeinsamen Zweck;
  - dagegen spricht beim Unterordnungskonzern, dass die Willensbildung der Untergesellschaften nicht selbstständig erfolgt.

---

## 1.2. Konzernbegriff

### Vom Leitungs- zum Kontrollprinzip

- Das frühere Aktienrecht setzte für die Konsolidierungspflicht die tatsächliche Ausübung einer einheitlichen Leitung voraus (sog. Leitungsprinzip, Art. 663e Abs. 1 aOR).
- Auf dieses Kriterium wird unter dem seit dem 1. Januar 2013 geltenden Recht verzichtet, weil die tatsächliche Einflussnahme kaum nachzuweisen ist. Ausschlaggebend ist nach Art. 963 OR ausschliesslich die Kontrollmöglichkeit (sog. Kontrollprinzip).
- 2 Unterschiede
  - Einheitliche Leitung / Kontrolle (insb. durch Mitgliedschaftsrechte)
  - Tatsächliche Ausübung / Möglichkeit der Ausübung

Nach Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie:

1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ (Generalversammlung) verfügt;
2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans (Verwaltungsrat) zu bestellen oder abzuberufen; oder
3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

### Kontrollprinzip

Bei der Frage, ob ein Konzern vorliegt, wird im angelsächsischen Recht ebenfalls auf das "control"-Prinzip abgestellt, bei welchem die blosse Möglichkeit der Einflussnahme relevant ist.

IFRS und US-GAAP folgen grundsätzlich dem Kontrollprinzip. Die Anwendung der IFRS oder US-GAAP Rechnungslegungsstandards ist für am Hauptsegment der SIX kotierte Unternehmen seit 2005 obligatorisch. Das Kontrollprinzip der IFRS-Regelung wurde seither weiter differenziert. Gemäss IFRS 10 setzt die Kontrolle nunmehr voraus:

- Verfügungsgewalt über das Beteiligungsunternehmen (entsteht aus Rechten);
  - Schwankende Renditen;
  - Verknüpfung zwischen Verfügungsgewalt und den schwankenden Renditen.
-

---

### 1.3. Rechtsquellen

Fragmentarische Sonderregelungen für unterschiedlich homogene Unternehmensmehrheiten (kein einheitliches Konzernrecht)

- Art. 963 OR - Art. 963b OR (Konzernrechnung)
- Art. 659b OR (eigene Aktien)
- Art. 727 Abs. 1 OR [Ziff. 3], Art. 728 Abs. 6 OR, Art. 728a Abs. 1 OR [Ziff. 1], Art. 728b Abs. 2 OR [Ziff. 4], Art. 731 Abs. 1 OR und Art. 731 Abs. 3 OR (Revision)
- Art. 3c Abs. 1 BankG, Art. 12 Abs. 1 BankV (Finanzgruppe) Art. 23a BankV (Bankenkonzernrechnung)
- Art. 120 f. FinfraG (Meldepflicht) und Art. 135 FinfraG, Art. 163 FinfraG (Angebotspflicht)
- weitere Erlasse (insb. KG [Konzernprivileg & Unternehmenszusammenschlüsse], BewG [ausländische Beherrschung], MWSTG [Gruppenbesteuerung])

---

### 1.4. Arten des Konzerns

Unterscheidungskriterien

- Nach den Beherrschungsverhältnissen
  - Beteiligungskonzern (regelmässig Holding)
  - Vertragskonzern
- Nach der hierarchischen Struktur
  - Unterordnungs- oder Subordinationskonzern (auch einheitlicher Konzern)
  - Gleichordnungs- oder Kooperationskonzern (auch körperschaftlicher Konzern; insb. Genossenschaft)
- Nach der Organisation
  - Zentrale Konzerne
  - Dezentrale Konzerne
- Nach der Wirtschaftsstufe
  - Horizontale Konzerne (gleiche Wirtschaftsstufe)
  - Vertikale Konzerne (vor- oder nachgelagerte Wirtschaftsstufe)

#### Holdinggesellschaften

Holdinggesellschaft

- Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Art. 671 Abs. 4 OR)

#### Verträge zur Konzernbildung

- Übernahmeverträge (z.B. Vermögensübertragung oder Fusionsverträge nach Fusionsgesetz)
  - Joint-Venture Vertrag: Gemeinschaftsunternehmen wird gemeinsam mit (oft) paritätischer Beteiligung der Muttergesellschaften geführt
-

- Aktionärbindungsverträge: Poolverträge müssen einen beherrschenden Einfluss ermöglichen, um als Konzerne zu gelten (Art. 963 Abs. 2 OR [Ziff. 3])

---

## 1.5. Entstehungsgründe

### Haftungsbeschränkung

- Aktionär haftet nicht für Gesellschaftsschulden (Art. 620 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 1 OR)
- Risikoallokation und -beschränkung
- Indirekt: Gewährleistung der Systemstabilität

### Globalisierung

- Probleme des grenzüberschreitenden Verkehrs von Waren, Kapital und Personen (Zölle & ähnliche Handelshemmnisse)
- Nationale Vorteile (Steuererleichterungen, Marktzutritt, Subventionen)
- Konfligierende Rechtssysteme
- Know-how und Übersicht der lokalen Leitung

### Handelbarkeit des Unternehmens

- Übertragung von Beteiligungsrechten an Konzerngesellschaft ist einfacher als Eigentumsübertragung durch Speziälsukzession (vgl. Art. 181 OR)
- Relativiert durch Institut der Vermögensübertragung nach Art. 69 FusG
- Haftungsmässig ist eine Übertragung von Beteiligungsrechten dennoch vorteilhafter (vgl. Art. 75 FusG)
- Optimierung der Finanzierung durch Teilkotierung
- Handelbarkeit selbst ist oft Ursache für Konzernbildung (Aufkauf anderer Gesellschaften)

### Steuerliche & kartellrechtliche Gründe

#### Zweck der Haftungsbeschränkung

- Kapitalsammlung
  - Spezialisierung durch Kompetenzübertragung
  - Handelbarkeit der Gesellschaftsanteile
  - Animierung von Investitionen
  - Reduktion der Hemmschwelle zur unternehmerischen Tätigkeit
  - Diversifikation des Vermögensportfolios privater Anleger
  - Steigerung der Innovationskraft
  - Systemstabilität
-

## 1.6. Rechtsvergleichung

- **Deutschland**
  - Umfassend geregeltes Konzernrecht
  - Vertragskonzern als rechtmässiger Konzern
  - Faktische Konzerne werden zugelassen und durch Nachteilsausgleich und Abhängigkeitsberichte reguliert
- **Frankreich und USA**
  - Kein umfassendes Konzernrecht

### Deutschland

Das deutsche Aktiengesetz von 1965 sieht eine weltweit spezielle Erfassung des Konzernrechts vor:

- Vertragskonzerne;
- faktische Konzerne;
- qualifiziert faktische Konzerne.

#### Vertragskonzern

- Unternehmen werden durch Beherrschungsverträge (Abtretung der Oberleitung) und Gewinnabführungsverträge aneinander gebunden. Diese Verträge sind gesellschaftsrechtlich normierte Statute, welche die rechtliche Eingliederung der Gesellschaften erlauben.
- Ein Vertragskonzern entsteht durch Eingliederungsbeschluss der Gesellschaften mit 3/4-Mehrheit.
- Die Leistungen aufgrund der Verträge gelten als rechtmässig. Es ist ein Mindesthaftungssubstrat für die Gläubiger vorgesehen. Für die aussenstehenden Aktionäre besteht Dividendenersatz.

#### Faktischer Konzern

- Abhängigkeitsverhältnis ohne Eingliederungsbeschluss und ohne Unternehmensverträge.
- Dies führt nach deutscher Auffassung zu einer Gefährdung der Aktionärs- und Gläubigerinteressen. Anders als beim Vertragskonzern besteht keine Ausgleichs- und Abfindungspflicht für die aussenstehenden Aktionäre. Deshalb muss der VR folgende Dinge berücksichtigen (§ 317 AktG):
  - Nachteilsausgleich (Ausgleichung des Schadens der Einflussnahme der beherrschenden Gesellschaft);
  - Abhängigkeitsbericht (durch Vorstand der abhängigen Gesellschaft).
- Dadurch will der Gesetzgeber das Management verpflichten, die Gesellschaft im gemeinsamen Interesse aller Aktionäre zu führen.

#### Qualifiziert faktischer Konzern

- Dieser entsteht durch vollständige Eingliederung und Instrumentalisierung ohne Unternehmensvertrag.
- Dadurch funktioniert das gesetzlich vorgesehene System mit Nachteilsausgleich und Abhängigkeitsbericht nicht mehr und es besteht ein permanenter Unrechtstatbestand. Objektiver Missbrauch der Einflussmöglichkeiten und



schwere Nachteile gegenüber der beherrschten Gesellschaft sind möglich.

Folgen für die Haftung bei faktischem Konzern

- Verschuldensunabhängige Haftung des beherrschenden Unternehmens durch die Pflicht zum Nachteilsausgleich.
- Haftung des Vorstandes für die Pflicht zur Erstellung des Abhängigkeitsberichtes.
- Haftung im qualifiziert faktischen Konzern: Pflicht zur Sicherheitsleistung an die Gläubiger sowie erhöhte Haftung, da ein permanenter Missbrauch besteht.

#### Frankreich

Ausgangspunkt: Rechtliche Selbstständigkeit der Tochtergesellschaften.

Keine Haftung der Mutter bei Solvenz der Tochter, falls (kumulativ):

- Rechtfertigung des Handelns der Mutter bei vorliegender Konzernstrategie;
- langfristig ausgewogene Massnahmen;
- genügende finanzielle Ressourcen der Tochter (Rozenblum-Doktrin).

Haftung der Mutter bei Zahlungsunfähigkeit der Tochter, falls (alternativ):

- Vortäuschung des Rechtsscheins eines einheitlichen Unternehmens;
- Einmischung der Mutter in Dinge der Tochter;
- Faktische Gesellschaft (société de fait);
- mittelbare Organschaft;
- Verlusttragung.

Sonderordnung in Frankreich: Einbezug der Mutter in das Insolvenzverfahren der konkursiten Tochter (extension).

#### USA

In den USA gibt es kein eigentliches Bundeskonzernrecht (Gesellschaftsrecht ist auf Gliedstaatenebene geregelt, hingegen Bundeskapitalmarktrecht), sondern nur einzelne Rechtsnormen, die der Korrektur von Missbräuchen in Haftungsfragen dienen:

- Schadenersatz für aussenstehende Aktionäre;
  - Haftungsdurchgriff (piercing the corporate veil) bei missbräuchlicher Instrumentalisierung der Tochter;
  - Haftung der Mutter als faktisches Organ;
  - Rangrückversetzung der Forderungen.
-

## 2. Führung des Konzerns

---

### Führung des Konzerns

Zu unterscheiden sind:

- Konzernleitung
- Leitung der Konzerntochter

---

### 2.1. Konzernleitung

#### Recht auf Konzernleitung

- Früher wurde aus Art. 663e Abs. 1 aOR ein Recht auf Konzernleitung abgeleitet
- Unter dem Kontrollprinzip ergibt sich dies nicht mehr direkt aus der Gesetzesbestimmung (vgl. Art. 963 OR, allerdings Art. 728 Abs. 4 OR, Art. 963 Abs. 4 OR, Art. 13 MWSTG)
- Konzernleitung ist gegebene Rechtswirklichkeit

#### Problematik

- Konflikt mit den unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates der Konzerntochter (Art. 716a OR)
- Fiduziarische Verwaltungsräte
  - Treuhänderische Ausübung des Verwaltungsratsmandats bei der Konzerntochter für die Muttergesellschaft
  - Doppelter Pflichtenexus (siehe sogleich, Leitung der Konzerntochter)
- Unproblematisch ist blosser Ausübung der Mitgliedschaftsrechte
- Ausübung einer einheitlichen Leitung führt zur faktischen Organschaft von Verwaltungsräten der Muttergesellschaft und der Muttergesellschaft selbst (teilw. strittig)
- Bindung der Konzernleitung an die Organpflichten gegenüber der Konzerntochter (Art. 716a OR & Art. 717 OR) aufgrund faktischer Organschaft (ansonsten Verantwortlichkeit)

#### Lösung

- Änderung des Endzwecks der kontrollierten Tochtergesellschaft und Unterordnung unter die Konzerninteressen
- Zustimmung sämtlicher Aktionäre der Konzerntochter

#### Pflicht zur Konzernleitung

- VR der Konzernmutter hat Geschäfte zu führen (Art. 716a OR): Verwaltung der und Einflussnahme auf die Tochtergesellschaften als Aktivum der Konzernmutter (Oberleitung, Organisation, Finanzen, etc.)
  - Keine generelle Pflicht zur Leitung
    - Motiv der Haftungsbeschränkung bei Konzernbildung
    - Gefahr der Haftung (Verantwortlichkeit und Geschäftsherrenhaftung) bei
-

Ausübung einer einheitlichen Leitung (vgl. auch Zurechnung nach Art. 722 OR bzw. Art. 55 ZGB)

- Haftungsfreie Delegation über Mitgliedschaftsrechte (ungleich Art. 716b OR)
- Pflicht zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte
  - Aufwand für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte übersteigt bei einer Kontrollbeteiligung nicht den möglichen Nutzen (anders allenfalls bei kleinen Beteiligungen)

#### Leitungsinstrumente

- Ausübung der Mitgliedschaftsrechte (sofern als Leitungsinstrument zu bezeichnen)
- Verträge
- Doppelorgane
- fiduziarische Verwaltungsräte
- Konzernweisungen: Aufforderung zur selbstständigen Umsetzung von Unternehmenszielen, Weisungen sind für die Tochtergesellschaft nicht verbindlich

#### Delegation der Geschäftsleitung

- Delegation nach Art. 716b OR an eine Managementgesellschaft grundsätzliche zulässig
- Ausnahme bei Publikumsgesellschaften (Art. 95 Abs. 3 BV [lit. b])
- Organstellung der mit der Geschäftsführung im Konzern betrauten natürlichen Personen auch bei Delegation an eine Managementgesellschaft (Art. 754 OR)

---

## 2.2. Leitung der Konzerntochter

### Problem

- Widerspruch der unübertragbaren Kompetenzen des VR nach Art. 716a OR zur Rechtswirklichkeit der Konzernleitung
  - Doppelter Pflichtenexus des fiduziarischen Verwaltungsrates
  - Welche Interessen muss der VR wahren (Art. 717 OR)?
    - Einschränkung der Geheimhaltungspflicht aufgrund der Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung
    - Missachtung der Gesellschaftsinteressen führt zur Verantwortlichkeit (Art. 754 OR)

### Doppelter Pflichtenexus

Die Konzernmutter entsendet VR-Mitglieder in die Tochtergesellschaften. Dies führt zu einem doppelten Pflichtenexus. Die VR-Mitglieder werden durch Treuhandverträge an sie gebunden.

- Das VR-Mitglied verpflichtet sich, Weisungen der Muttergesellschaft zu befolgen. Ihm wird im Gegenzug Schadloshaltung (vor Verantwortlichkeitsklagen) zugesichert.
  - Vor der mit einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens strafrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 158 StGB) kann das VR-Mitglied nicht geschützt werden.
-

### 2.2.1. Vollständig kontrollierte Konzerntochter

#### Möglichkeiten bei 100%-Töchtern

- Keine Zweck-Änderung
  - Verwaltungsrat der Konzerntochter bleibt nach Art. 716a OR und Art. 717 OR gegenüber der Tochtergesellschaft verpflichtet
  - Frage der Zulässigkeit einer faktischen Zweckänderung
- Zweck-Änderung
  - Unterordnung der Gesellschaftsinteressen unter die Interessen des Konzerns (oder der Muttergesellschaft) ist durch Abänderung des Endzwecks der Gewinnstrebigkeit wohl zulässig (vgl. Art. 706 Abs. 2 OR [Ziff. 4])
  - Folge: Verwaltungsrat der Konzerntochter kann sich grundsätzlich auch an Weisungen der Konzernmutter halten, die im Interesse des Konzerns (oder der Muttergesellschaft) liegen und nicht in jenem der Tochter
  - Residuale Pflichten gegenüber der Tochtergesellschaft
    - Verwaltungsrat der Konzerntochter bleibt zur nachhaltigen, zumindest gewinnneutralen Geschäftsführung verpflichtet (Verantwortlichkeit zumindest gegenüber Altgläubigern)
    - Solvenz, Steuerzahlung

### 2.2.2. Mehrheitlich kontrollierte Konzerntochter

#### Möglichkeiten bei mehrheitlich kontrollierten Konzerntöchtern

- Unterordnung der Gesellschaftsinteressen unter die Konzerninteressen ist de facto nicht möglich (100%-ige Zustimmung erforderlich)
  - Folge: Ein Vorrang der Interessen des Konzerns (oder der Muttergesellschaft) führt zu Verletzungen der Treue- und Sorgfaltspflicht sowie des Gleichbehandlungsgebotes (Art. 717 OR)
  - Art. 716a OR findet bei beiden Gesellschaften voll Anwendung und führt zu einem "dealing at arm's length", d.h., beide Gesellschaften sind eigenständig zu führen
- Einzige Möglichkeiten
  - Kaufangebot an Minderheitsaktionäre (evtl. Kraftloserklärung nach Art. 137 FinfraG)
  - Evtl. Squeeze-out-Fusion (vgl. Art. 8 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG)

#### Verträge zur Konzernbildung

- Übernahmeverträge (z.B. Vermögensübertragung oder Fusionsverträge nach Fusionsgesetz)
- Joint-Venture Vertrag: Gemeinschaftsunternehmen wird gemeinsam mit (oft) paritätischer Beteiligung der Muttergesellschaften geführt
- Aktionärbindungsverträge: Poolverträge müssen einen beherrschenden Einfluss ermöglichen, um als Konzerne zu gelten (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR)

## 3. Einfügung in den Konzern

---

### Einfügung in den Konzern

#### Fragen

- Notwendigkeit von GV-Beschlüssen
- Umgang mit Minderheiten

---

#### 3.1. Notwendigkeit von GV-Beschlüssen

GV-Beschluss der übernehmenden Gesellschaft (Muttergesellschaft): Kompetenzen des VR (Art. 716 OR und Art. 716a OR)

GV-Beschluss der übernommenen Gesellschaft (Tochtergesellschaft): Zweckänderungen (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR)

#### GV-Beschluss der übernehmenden Gesellschaft

Notwendigkeit eines GV-Beschlusses der übernehmenden Gesellschaft wird im Schrifttum kontrovers beantwortet. Es besteht noch keine Rechtsprechung zu dieser Frage. Die h.L. äussert sich dazu wie folgt:

- Keine Ermächtigung der GV erforderlich für Erwerb der ausschlaggebenden Stimmrechtsquote einer bisher eigenständigen Unternehmung.
- Der VR führt die Geschäfte der Gesellschaft (Art. 716 OR und Art. 716a OR). Die Übernahme von Unternehmen fällt in seinen Kompetenzbereich.
- Vorauszusetzen ist aber, dass der Gesellschaftszweck der übernehmenden Gesellschaft diesen Vorgang abdeckt und die Statuten nicht besondere Bestimmungen vorsehen (Zweck umfasst jenen der Tochtergesellschaft oder zumindest Beteiligungsmöglichkeit).
- Sofern der Zweckartikel der übernehmenden Gesellschaft geändert werden muss, ist ein Beschluss der GV notwendig (Art. 718a Abs. 1 OR und Art. 698 Abs. 2 OR [Ziff. 1] i.V.m. Art. 704 Abs. 1 OR [Ziff. 1]).
- Es handelt sich insb. nicht um einen Fusionsbeschluss i.S.v. Art. 18 FusG (auch keine analoge Anwendung).

#### GV-Beschluss der übernommenen Gesellschaft

Ein Beschluss der GV der übernommenen Gesellschaft ist notwendig bei

---

Zweckänderung.

- Mehrheitsbeteiligung ohne Eingliederung (dealing at arm's length): Zweckänderung nicht nötig.
- Mehrheitsbeteiligung mit Mitberücksichtigung der Konzerninteressen: Änderung des Gesellschaftszwecks erforderlich (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR).
- Unterordnung der Gesellschaftsinteressen unter die Konzerninteressen (oder die Interessen der Muttergesellschaft) ist mit der Abänderung des Endzwecks der Gewinnstrebigkeit und der Zustimmung aller Aktionäre möglich (Art. 706 Abs. 2 OR [Ziff. 4]). Es verbleiben die residualen Aufgaben (Nachhaltigkeit, Solvenz, Steuern).
- Unabhängigkeitsklauseln und Vinkulierungsbestimmungen i.S.v. Art. 685b Abs. 2 OR müssen geändert werden (siehe Kapitel "Aktien, PS und Genussscheine").

Der Zweck einer Konzerngesellschaft könnte wie folgt lauten:

- Nebenordnung:
  - "Die X AG als Tochter der Y AG bezweckt im Rahmen des Konzerns die Herstellung von [...]."
  - "Der Verwaltungsrat berücksichtigt bei seinen Geschäftsführungsentscheiden die Konzerninteressen."
- Unterordnung
  - "Der Verwaltungsrat stellt die Interessen des Konzerns über die Interessen der Gesellschaft."
  - "Gesellschaftszweck der X AG, als Teil der Y Gruppe, ist die Gewinnmaximierung der Y AG."

---

## 3.2. Umgang mit Minderheiten

### Problem

- Kollision von Interessen von Mehrheits- und Minderheitsinteressen

### Grundsatz des CH-Rechts

- weder allgemeines Austrittsrecht der Minderheitsaktionäre
- noch ein allgemeines Ausschliessungsrecht der Konzernmutter

### Rechtsbehelfe der Minderheitsaktionäre

- Verantwortlichkeitsklage (Art. 752 ff. OR, Art. 108 FusG)
- Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR, Art. 691 Abs. 3 OR, Art. 106 FusG)
- Feststellung der Nichtigkeit von GV- und VR-Beschlüssen (Art. 706b OR und Art. 714 OR)
- Rückerstattungsklagen (Art. 678 OR, Art. 680 OR)
- Auflösung oder andere zumutbare Lösung bei wichtigem Grund (z.B. Missbrauch der Mehrheitsmacht), Austrittsrecht der Aktionäre (Art. 736 OR [Ziff. 4])

### Ausschluss der Minderheit

- Einvernehmlicher Ausschluss
-

- Freiwilliges Kaufangebot: Kaufangebot nach Aktienrecht (Wahrung der aktienrechtlichen Grundprinzipien), bei kotierten Gesellschaften Regelung in Art. 125 ff. FinfraG sowie Art. 135 Abs. 2 FinfraG und Art. 9 UEV (Gleichbehandlung)
- Pflichtangebot nach Art. 135 FinfraG: Opting-up (Art. 135 Abs. 1 FinfraG) oder Opting-out (Art. 125 Abs. 4 FinfraG)
- Einseitiger Ausschluss
  - Kraftloserklärung nach Art. 137 FinfraG (98 %)
  - Squeeze-out-Fusion mit Abfindung nach Art. 8 FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG (90 %)

#### Auflösungsklage

##### Wichtige Gründe

- Faktische Unterordnung unter Konzerninteressen kombiniert mit der Beschränkung der Eigenkapitalrendite der Tochtergesellschaft auf ein Minimum;
- Unverantwortlich riskante Unternehmenspolitik;
- Anhaltend schlechte Geschäftsführung;
- Missbrauch der Machtstellung des übernehmenden Konzerns.

##### Voraussetzung für Auflösung

- Interessenabwägung zugunsten der Minderheitsaktionäre gegen die Interessen der Konzernmutter, Arbeitnehmer und Gläubiger am Fortbestand der Gesellschaft (Auflösung ist fast unmöglich, aber eine andere Massnahme, insbesondere ein entgeltlicher Ausstieg, ist möglich)

## 4. Rechnungslegung

---

### Rechnungslegung

Wichtige Pflicht bei Vorliegen eines Konzerns ist die konsolidierte Rechnungslegung

- Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung nach Art. 963 OR [Abs. 1 und 2]
  - Befreiung gem. Art. 963a Abs. 1 OR
  - Gegenausnahme nach Art. 963a Abs. 2 OR
  - Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard (i.S.v. Art. 962 f. OR) nach Art. 963b OR
-

- Prüfung der Konzernrechnung (Art. 727 Abs. 1 OR [Ziff. 3] sowie Art. 728a Abs. 1 OR [Ziff. 1], Art. 728b Abs. 2 OR [Ziff. 4], Art. 731 Abs. 1 OR und Art. 731 Abs. 3 OR)
- Pflicht zur ordentlichen Revision für alle Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind (Art. 727 Abs. 1 OR [Ziff. 3], rechtsformunabhängig alle Gesellschaften)

## 5. Haftung im Konzern

---

### Haftung im Konzern

#### Grundsätze der Konzernhaftung

- Aktionäre haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich (Art. 620 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 1 OR)
- Konzern haftet nach aussen nicht als Ganzes: Konzernverhältnis begründet keine black box
- Einzelne Gläubiger haben grundsätzlich nur Ansprüche gegen die Gesellschaften, die sich ihnen gegenüber verpflichtet haben

#### Ausnahmen

- Verantwortlichkeit der Konzernmutter
  - Haftung für Konzernvertrauen
  - Durchgriff
  - Weitere Haftungstabestände
-



### 5.1. Verantwortlichkeit der Konzernmutter

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 OR): Haftung des Organs gegenüber den Gläubigern und Minderheitsaktionären für pflichtwidrig verursachte Schäden

- Konzernobergesellschaft und deren VR als potentiell faktische Organe der Tochtergesellschaft (Begriff des faktischen Organs: Alle Personen, die massgebend an der Willensbildung der AG teilnehmen und korporative Aufgaben selbstständig erfüllen)
- Keine generelle Garantenstellung der Konzernmutter für die Verbindlichkeiten der Konzerntochter
  - Keine Verantwortlichkeit für ökonomisches Gedeihen der Tochter (jedenfalls nicht aus der Sicht der Tochter)
  - Scheitern ohne Sorgfaltspflichtverletzung begründet keine Haftung der Konzernobergesellschaft
- Doppelorganschaft als spezielles Problem
  - Schwierigkeit der Zurechnung zur Tochter- oder Muttergesellschaft
  - Insichgeschäfte (Doppelvertretung; teilweise wird Einschränkung des Verbots befürwortet)

### 5.2. Haftung für Konzernvertrauen

- Allgemeines
- Tatbestand

#### 5.2.1. Problemstellung

#### Allgemeines

##### Fragestellung

- Welche Erwartungen erweckt der Hinweis: „Eine Gesellschaft der Nestlé-Gruppe“?
  - Tochtergesellschaft gibt solche Erklärungen ab, um im Rechtsverkehr mehr Kredit- und Glaubwürdigkeit zu haben
  - Konzernleitung hingegen möchte ein durchsetzbares Zahlungsverprechen vermeiden
- Wer muss die Konzernklärung abgeben, damit sie eine Haftung der Konzernobergesellschaft begründen kann?

##### Konzernerklärung

- Konzernklärungen (z.B. Patronatserklärungen oder letters of awareness) sind Ausdruck der Integration der Gesellschaft in den Konzern, bspw.
  - Bestätigung, dass es sich um eine Tochtergesellschaft handelt
  - Kundgabe der Absicht, die Beteiligung beizubehalten
  - Öffentliche Kenntnisnahme des Vertragsabschlusses der Tochter
  - Ausstattung mit Eigenkapital während des Kredits
- Je nach Formulierung kann die Klausel zu einer direkten Verpflichtung der Muttergesellschaft gegenüber den Vertragspartnern der Tochtergesellschaft führen (Garantievertrag gem. Art. 111 OR)

Problem

- Konzernklärungen, welche keine Garantieverprechen (Art. 111 OR) beinhalten, führen dazu, dass die Adressaten erwarten, dass die Muttergesellschaft die Tochter nach ihren Geschäftsgrundsätzen führt.
- Die Konzernklärung zeigt nach aussen, dass die Muttergesellschaft für good corporate citizenship der Tochtergesellschaft sorgt.
- Wird entsprechend dem erweckten Anschein Einfluss auf die Tochtergesellschaft genommen, so begründet dies eine faktische Organstellung der Konzernmutter, welche für ihr Verhalten verantwortlich wird (Art. 754 OR).

---

### 5.2.2. Tatbestand

Voraussetzungen der Haftung aus Konzernvertrauen:

1. Subsidiarität zu vertraglichen Ansprüchen
2. Rechtliche Sonderverbindung
3. Vertrauenserweckendes Verhalten
4. Unmöglichkeit des Vertragsschlusses (zufolge bestehender Machtverhältnisse oder Abhängigkeit des Vertrauenden) und Unzumutbarkeit des Verzichts auf das Geschäft
5. Erwecktes Vertrauen
6. Schutzwürdigkeit des Vertrauens
7. Vertrauensbetätigung: Vornahme einer Vermögensdisposition (insb. Darlehensgewährung oder Kauf auf Rechnung ohne Sicherheiten)
8. Treuwidrige Enttäuschung des Vertrauens: Verhalten entgegen dem erweckten Vertrauen ist fast immer treuwidrig (allenfalls Rechtfertigungsgründe)
9. Schaden
10. Adäquater Kausalzusammenhang zwischen:
  - dem vertrauenserweckenden Verhalten und der aufgrund des Vertrauens erfolgten Vermögensdisposition (erster Teil des Kausalzusammenhangs); sowie
  - der treuwidrigen Enttäuschung des erweckten Vertrauens und des dadurch beim Vertrauenden eingetretenen Schadens (zweiter Teil des Kausalzusammenhangs)

#### Sonderverbindung

Das Bundesgericht hat sich de facto trotz formellem Festhalten am Kriterium der Sonderverbindung von diesem Kriterium gelöst, indem es ausführte, ein unmittelbarer Kontakt zwischen der Konzernmutter und dem Dritten sei nicht zwingend erforderlich. Umgekehrt kann gesagt werden, dass die Sonderverbindung gerade durch das vertrauenserweckende Verhalten begründet wird.

Nicht nur wendet das Bundesgericht das Kriterium de facto nicht an, auch in der Lehre ist das Kriterium von verschiedener Seite auf Kritik gestossen.

#### Vertrauenserweckendes Verhalten

Durch eine Konzernklärung kann der Rechtsschein entstehen, dass die

---

Muttergesellschaft ein gewisses Verhalten an den Tag legen wird (Wahrnehmung ihrer Führungsverantwortung insb. Art. 716a OR und Art. 717 OR).

#### Denkbare Beispiele

- Aussagen über Bonität der Konzerntochter, deren Zuverlässigkeit oder Vertrauenswürdigkeit
- Aussage, dass Tochtergesellschaft stets mit genügend Eigenkapital ausgestattet werde (allenfalls bereits Garantievertrag nach Art. 111 OR)

#### Zurechenbarkeit des Verhaltens

- Typischerweise gibt die Tochtergesellschaft und nicht die Muttergesellschaft die Konzernklärung ab. Dagegen müsste der Verwaltungsrat der Konzernmutter eingreifen. Bei Duldung ist das vertrauenserweckende Verhalten der Tochter ihm zurechenbar. Es ist kaum vorstellbar, dass er von einer systematischen Konzernklärung der Konzerntochter keine Kenntnis hat.

#### Schutzwürdiges Vertrauen

- Faktische Unmöglichkeit (oder Unzumutbarkeit) eines Vertragsschlusses mit der Konzernmutter, namentlich aufgrund der bestehenden Machtverhältnisse oder Abhängigkeit des Vertrauenden
- Unzumutbarkeit des Verzichts auf das Geschäft

---

### 5.3. Durchgriff

#### Begriff

- Durchgriff ist das Beiseiteschieben der juristischen Person und der Rückgriff auf den wirtschaftlich Berechtigten ("piercing the corporate veil")
- An die Stelle der verschiedenen rechtlichen Einheiten wird die diese übergreifende wirtschaftliche Einheit gesetzt

#### Bedeutung

- Relativ enger Anwendungsbereich und ultima ratio
- Durchgriff ist zur Verantwortlichkeit aus faktischer Organstellung subsidiär
- Dennoch: 129 exakte Treffer bei Durchsuchung der weiteren Bundesgerichtsurteile seit 2000

#### Bundesgerichtliche Voraussetzungen

- Wirtschaftliche Identität der Personen oder zumindest eine wirtschaftliche Beherrschung eines Rechtssubjekts über ein anderes (wirtschaftliche Einheit)
- Rechtsmissbräuchlichkeit der Berufung auf die auf die Dualität (durch Bezweckung eines ungerechtfertigten Vorteils)
  - Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften
  - Qualifizierte Schädigung Dritter
  - Kausalität zwischen den Verhaltensweisen und der qualifizierten Schädigung

- Subsidiarität zu anderen Rechtsbehelfen (ultima ratio)
- Beim Durchgriff durch den Vertragspartner: Enttäuschung der berechtigten Erwartungshaltung (Vertrauensprinzip)

#### Fallgruppen

- Unterkapitalisierung (Gefährdung der unabhängigen Überlebensfähigkeit; NY-Taxi)
- Sphären- und Vermögensvermischung (Missachtung der Grundstruktur der Gesellschaft)
- Fehlen einer übergeordneten Rechtsordnung (failed state)
- Fremdsteuerung zur Verfolgung von Sonderinteressen der beherrschenden Gesellschaft?

#### Verschmelzen der Wirkungsbereiche

- bei Verschmelzen der Wirkungsbereiche primär Abstellen auf den dadurch geschaffenen Rechtsschein
  - entscheidend: welcher Rechtsschein wurde nach Treu und Glauben bei Dritten aufgrund des tatsächlichen Handelns der Mutter- bzw. Tochtergesellschaft geschaffen? (Verpflichtung der Muttergesellschaft oder der Tochtergesellschaft?)
  - Muttergesellschaft muss sich diesen - für sie negativen - Rechtsschein entgegenhalten lassen (Grundsatz der Rechtsscheinvollmacht)
- Kriterien
  - Firmenbezeichnung
  - Firmensitze / Räumlichkeiten
  - Organe und Beschäftigte
  - Telefonnummer
  - Gesellschaftszweck
- Bsp.
  - 2 Firmen: "Givaudan-Roure Aktiengesellschaft" & "Givaudan-Roure (International) AG"
  - "Givaudan Roure AG" kann für beide Firmen stehen
  - Daneben hatten die zwei Gesellschaften denselben Sitz, einen analogen Gesellschaftszweck und gemeinsame Vertreter

---

#### 5.4. Haftung aus unerlaubter Handlung

#### Weitere Haftungstatbestände

- Haftung der Mutter aus Art. 722 OR i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZGB für Schäden aus unerlaubter Handlung ihrer Organe (Art. 41 OR)
  - Konzernmutter kann als Geschäftsherrin aus Art. 55 OR oder aufgrund der Hilfspersonenhaftung von Art. 101 OR für die Tochtergesellschaft einstehen müssen
  - Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR & Wiederaufleben der Liberierungspflicht nach Art. 680 OR
  - Anfechtung im Konkurs (Art. 214 SchKG, Art. 285 ff. SchKG)
-