

**Peter V. Kunz**  
**Oliver Arter**  
**Florian S. Jörg**  
(Herausgeber)

# **Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII**

**Peter Böckli**  
**Christoph B. Bühler**  
**Hans-Jakob Diem**  
**Lukas Glanzmann**  
**Florian S. Jörg**  
**Peter Jung**  
**Peter V. Kunz**  
**Stefan Oesterhelt**  
**Martin Schenk**  
**Urs Schenker**



**Stämpfli Verlag**



---

Peter V. Kunz  
Oliver Arter  
Florian S. Jörg  
(Herausgeber)

**Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII**



---

# Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ  
OLIVER ARTER  
FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:

PETER BÖCKLI  
CHRISTOPH B. BÜHLER  
HANS-JAKOB DIEM  
LUKAS GLANZMANN  
FLORIAN S. JÖRG  
PETER JUNG  
PETER V. KUNZ  
STEFAN OESTERHELT  
MARTIN SCHENK  
URS SCHENKER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

ISBN 978-3-7272-0530-9

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com) sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-0531-6

Judocu ISBN 978-3-0354-1484-4

printed in  
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

---

# Tätigkeiten sowie Rechtsrisiken der Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften

PETER V. KUNZ<sup>1</sup>

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Vorbemerkungen.....</b>	<b>122</b>
1.1	Ausgangslage .....	122
1.2	Organisatorische Aspekte.....	123
1.2.1	Konzernstruktur(en).....	123
1.2.2	Tochtergesellschaften.....	124
1.2.2.1	Organe.....	124
1.2.2.2	Fokus: VR bei AG.....	125
1.3	Trennungsprinzip .....	126
<b>2.</b>	<b>Rechtsfragen bei Untergesellschaften.....</b>	<b>127</b>
2.1	Konzerninteresse(n) als Basis?.....	127
2.2	Interessenkonflikte sowie «doppelter Pflichtenexus».....	128
2.2.1	Perspektive auf Obergesellschaft.....	128
2.2.2	Perspektive auf Untergesellschaft(en).....	129
2.2.3	Folgen für VR-Mitglieder .....	130
2.3	Ausgewählte Problembereiche .....	131
2.3.1	Tätigkeiten im Allgemeinen.....	131
2.3.2	Sensitive Bereiche .....	132
2.3.2.1	Informationen im Konzern .....	132
2.3.2.2	Konzerninterne Verträge .....	133
2.4	Rechtsrisiken bei Konzernvorrang .....	134
2.5	Minimierung der Risiken.....	136
2.5.1	Grundverteidigung durch BJR.....	136
2.5.2	Prinzip des «Dealing at Arm's Length» .....	137
2.5.3	Statutarische Konzernklauseln .....	138
2.5.4	Vertragliche Absicherungsmöglichkeiten .....	140
2.5.5	Prinzip des «Just Say No».....	140
<b>3.</b>	<b>Schlussbemerkungen.....</b>	<b>141</b>
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>143</b>

---

<sup>1</sup> Ich bedanke mich bei Rechtsanwältin CAROLE BECK sowie bei Rechtsanwältin EVA LAEDERACH, wissenschaftliche Assistentinnen am Institut für nationales und internationales Wirtschaftsrecht der Universität Bern (www.iwr.unibe.ch), für ihre Unterstützung.

## 1. Vorbemerkungen

### 1.1 Ausgangslage

Die Wirtschaft der Schweiz ist *intensiv konzerniert*, und in einigen Bereichen beherrschen *Konzerne* (Synonym: Unternehmensgruppen) sogar einzelne Industriezweige<sup>2</sup>. Heutzutage haben Konzerne – auch im Ausland – eine *umfassende Verbreitung* gefunden<sup>3</sup>. Nach früheren Schätzungen gehörten mehr als 50% sämtlicher schweizerischen Aktiengesellschaften (AG) zu Unternehmensgruppen; heute kann davon ausgegangen werden, dass *ca. 70% aller Körperschaften* sowie die *meisten Publikumsgesellschaften* konzerniert sind<sup>4</sup>.

Unternehmensgruppen sowie die einzelnen Gruppengesellschaften haben das *Konzernrecht* zu beachten. In der Schweiz – wie in den meisten Staaten – gibt es zwar keine *eigentliche Konzernrechtskodifikation*<sup>5</sup>, nichtsdestotrotz ergibt sich das Konzernrecht in weitem Umfang aus *Rechtssetzungen* bzw. *Rechtsnormen*<sup>6</sup>. Doch *Rechtsanwendungen*, also Urteile von Gerichten sowie Verfügungen von Behörden, erweisen sich als nicht weniger bedeutsam<sup>7</sup>. Sollten keine Spezialbestimmungen für Unternehmensgruppen bestehen, werden oftmals die *«normalen» Normen* bei Konzernsachverhalten *konzernspezifisch interpretiert*.

Das Konzernrecht stellt sozusagen die *«Krone» des Wirtschaftsrechts* als Rechtsgebiet dar, das seinerseits auf den drei Rechtsgebieten Privatrecht, öffentliches Recht und Strafrecht basiert. Der vorliegende Beitrag behandelt in erster Linie *gesellschaftsrechtliche Fragestellungen*<sup>8</sup>, nämlich ausgewählte Themen der Unternehmensführung bei abhängigen Gruppengesellschaften (konkret: Pflichten der Exekutiven sowie Risiken). Das

---

<sup>2</sup> Dies trifft beispielsweise auf die *Finanzbranche* zu.

<sup>3</sup> JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 12 N 1.

<sup>4</sup> Statistik: KUNZ, Konzernrecht, N 89 m.w.H.; VON DER CRONE, § 15 N 1.

<sup>5</sup> Anders verhält es sich insbesondere in *Deutschland*; das deutsche Aktiengesetz (dAktG) sieht seit dem Jahr 1965 eine zusammenhängende Konzernregelung in § 15 ff. dAktG und in § 291 ff. dAktG vor.

<sup>6</sup> Auf Bundesebene finden sich *generell-abstrakte* Bestimmungen in der Bundesverfassung, in zahlreichen Bundesgesetzen sowie in vielen Bundesverordnungen; Hinweise: KUNZ, Konzernrecht, N 58 ff.; Konzernrechtsnormen kommen ebenfalls auf den anderen beiden Staatsebenen vor.

<sup>7</sup> Vereinzelt werden solche *individuell-konkreten* Gerichtsurteile und Behördenverfügungen in nachfolgende Rechtssetzungen integriert, also *legifertiert*.

<sup>8</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 1.2.2.

Konzerngesellschaftsrecht steht folglich im Vordergrund der Abhandlung<sup>9</sup>.

## 1.2 Organisatorische Aspekte

### 1.2.1 Konzernstruktur(en)

Bei einem Konzern handelt es sich im Wesentlichen um eine *Gruppe* von *rechtlich selbständigen Unternehmen* unter einer *einheitlichen Leitung*. D.h. sämtliche Unternehmensgruppen setzen drei konstitutive Elemente<sup>10</sup> voraus: eine Mehrzahl von Gesellschaften (Minimum: zwei)<sup>11</sup>, eine rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Gruppengesellschaften sowie eine Konzernleitung über alle Unternehmen der Gruppe<sup>12</sup>.

Im Übrigen gibt es indes keinen «Typus» und kein «Modell» für Konzerne<sup>13</sup>. In der Schweiz vorherrschend sind *Beteiligungskonzerne*, wobei m.E. ebenfalls Vertragskonzerne rechtlich möglich sind<sup>14</sup>. Die primäre Verbindung zwischen der Mutter- sowie den Tochtergesellschaft(en) ergibt sich dabei aus *Beteiligungen*, also aus der direkten oder indirekten Berechtigung der Obergesellschaft am Eigenkapital der übrigen Konzerngesellschaft(en)<sup>15</sup>. Es handelt sich m.a.W. um ein *Rechtsverhältnis* «*Gesellschafter – Gesellschaft(en)*».

---

<sup>9</sup> Statt aller als Übersichten: KUNZ, Gesellschaftsrecht, S. 198 ff.; JUNG/KUNZ/BARTSCHI, § 12 *passim*; JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 19 ff.

<sup>10</sup> Hierzu detailliert: KUNZ, Konzernrecht, N 17 ff. sowie v.a. N 114 m.w.H.

<sup>11</sup> Jeder Konzern umfasst jeweils nur, aber immerhin, *eine Muttergesellschaft* und *mindestens eine Tochtergesellschaft* (teils gibt es hunderte oder tausende abhängige Unternehmen).

<sup>12</sup> Konzernleitung bedeutet, etwas trivialisiert, die Macht der herrschenden Gesellschaften, den abhängigen Gesellschaften *zu sagen*, «*wo's lang geht*»; deshalb werden Konzerngesellschaften teils als «verbundene» Unternehmen bezeichnet: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 35 (Zwischentitel).

<sup>13</sup> Kategorisierungen: JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 29 ff.; JÖRG, Grundlagen, S. 23 f.; VON DER CRONE, § 15 N 9 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 145 ff.

<sup>14</sup> A.M.: BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 145, der von einer *Nichtigkeit* ausgeht.

<sup>15</sup> Zum *Beteiligungskonzern* generell: KUNZ, Konzernrecht, N 97 ff. (zentral ist die Beteiligung «von oben nach unten», also der Muttergesellschaft an den Tochtergesellschaften, doch kommen auch Beteiligungsrichtungen «seitwärts» oder «von unten nach oben» vor: a.a.O. N 99); die bei den meisten Unternehmensgruppen zusätzlich bestehenden *konzerninternen* «*Vertragsnetze*» (z.B. Lizenzverträge oder Darlehensverträge) dienen *nicht der Konzernleitung*.

Unternehmensgruppen basieren auf *hierarchischen* Strukturen, etwas trivialisiert: «von oben nach unten». An der Spitze jedes Konzerns befindet sich jeweils eine *Obergesellschaft* (Synonyme: herrschende Gesellschaft oder Muttergesellschaft)<sup>16</sup>, die – notabene mittels Konzernleitung – einer oder mehreren *Untergesellschaften* (Synonyme: abhängige Gesellschaften oder direkte bzw. indirekte Tochtergesellschaften)<sup>17</sup> vorschreibt, «wo's lang geht».

Die *Konzernleitungsmacht* des herrschenden Unternehmens ergibt sich meist aus seiner Beteiligung (als Gesellschafter) und damit aus dem *Stimmrecht aus Eigenkapital* an der Tochterunternehmung (als Gesellschaft). Der Umfang der Konzernierung spielt eine wichtige Rolle; für die Exekutive einer Tochtergesellschaft ist zentral (z.B. betreffend Informationen)<sup>18</sup>, ob es sich um *Alleinbeteiligungen* oder um *Nicht-Alleinbeteiligungen* handelt<sup>19</sup>.

## 1.2.2 Tochtergesellschaften

### 1.2.2.1 Organe

In der Schweiz sind Aktiengesellschaftskonglomerate<sup>20</sup> sowie GmbH-Konglomerate vorherrschend<sup>21</sup>. Als *Tochtergesellschaften* erscheinen *nicht alle Gesellschaftsformen* wirklich geeignet<sup>22</sup>. Im Vordergrund für den Einsatz als abhängige Unternehmen stehen primär solche Gesellschaften, die ohne Weiteres in die Konzernleitung integriert und folglich beherrscht werden

<sup>16</sup> Der Terminus «*Muttergesellschaft*» wird z.T. in Normen aufgeführt; Beispiel: Art. 4<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG.

<sup>17</sup> Rechtssetzungen verwenden häufig «*Tochtergesellschaft*»; also z.B. Art. 659b OR, Art. 43 Abs. 6 lit. a FINMAG, Art. 3 Abs. 7 BankG oder Art. 17 lit. a FinfraG.

<sup>18</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.1.

<sup>19</sup> Details: KUNZ, Konzernrecht, N 182 ff./N 185 ff.; Nicht-Alleinbeteiligung bedeutet, dass es *konzernfremde Gesellschafter* – meist als «freie Aktionäre» bzw. «freie Gesellschafter» bezeichnet (a.a.O. N 305 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 14 N 17 ff.) – gibt; es kann durchaus behauptet werden, dass *mehr Risiken* (und ausserdem ein grösserer Aufwand) mit *Nicht-Alleinbeteiligungen* verbunden sind.

<sup>20</sup> Statt aller: VON BÜREN, S. 76 ff.

<sup>21</sup> Hinweise: KUNZ, Konzernrecht, N 224 f. sowie N 226 ff.; HANDSCHIN, Tochtergesellschaft, S. 69 f. (betreffend GmbH); ebenfalls verbreitet sind Genossenschaftskonglomerate (a.a.O. N 231 ff.) wie z.B. Migros, Coop, Raiffeisen, Mobiliar oder Fenaco, auf die indes nicht weiter eingegangen werden soll; zum Genossenschaftskonglomerat statt vieler: HANDSCHIN, Konzern, S. 70 ff.

<sup>22</sup> KUNZ, Konzernrecht, N 217 ff. m.w.H.

können; dazu gehören insbesondere Körperschaften wie z.B. *AG* und *GmbH*.

Das Gesellschaftsrecht enthält *keine speziellen Konzernrechtsnormen* für Organe von *abhängigen* Unternehmen in Unternehmensgruppen. Dies bedeutet, dass bei den *AG* – auf der einen Seite – Generalversammlungen (GV: Art. 698 ff. OR), Verwaltungsräte (VR: Art. 707 ff. OR) sowie Revisionsstellen (Art. 727 ff. OR) und bei den *GmbH* – auf der anderen Seite – Gesellschafterversammlungen (GV: Art. 804 ff. OR), Geschäftsführungen (Art. 809 ff. OR) sowie Revisionsstellen (Art. 818 OR i.V.m. Art. 727 ff. OR) vorkommen.

### 1.2.2.2 *Fokus: VR bei AG*

Die Muttergesellschaften nehmen die Konzernleitung in den Tochtergesellschaften in deren *GV* (durch Ausübung des Stimmrechts) sowie durch deren *Exekutiven* (v.a. VR) wahr. Diese Exekutiven geraten in der Wirtschaftsrealität immer wieder in Interessenkonflikte<sup>23</sup>, weil sie sich in einer eigentlichen «Sandwichposition» befinden<sup>24</sup>. Die folgende Darstellung ist auf *VR bzw. VR-Mitglieder von AG als Untergesellschaften* fokussiert<sup>25</sup>.

Für den VR von abhängigen Konzerngesellschaften sind die regulären aktienrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 707 ff. OR zu beachten. Die *Muttergesellschaft* selber darf *nicht Mitglied des VR* sein (Art. 707 Abs. 3 OR)<sup>26</sup>, d.h., sie kann nur, aber immerhin, VR-Mitglieder in der GV der abhängigen Unternehmung wählen<sup>27</sup>. Freie Gesellschafter und v.a. *freie Aktionäre* bei Nicht-Alleinbeteiligungen<sup>28</sup> haben im Rahmen von Art. 709 Abs. 1 OR keinen konzerngesellschaftsrechtlichen Vertretungsanspruch im VR der Tochtergesellschaft<sup>29</sup>. Auch bei den Konzernaktiengesellschaft-

---

<sup>23</sup> Generell: LAZOPOULOS, S. 35 ff.; VON PLANTA, S. 137 ff.

<sup>24</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.

<sup>25</sup> In der schweizerischen Wirtschaftsrealität sind abhängige Gesellschaften «heute weit überwiegend» als AG organisiert: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 86; die Überlegungen können im Wesentlichen ebenfalls auf *Geschäftsführungen von GmbH* als Tochtergesellschaften angewendet werden; betreffend GmbH: HANDSCHIN, Tochtergesellschaft, S. 74 ff.

<sup>26</sup> M.E. sollte dies *de lege ferenda* zur Diskussion gestellt werden: Vgl. dazu hinten Ziff. 3; zur Rechtslage *de lege lata* bei GmbH: HANDSCHIN, Tochtergesellschaft, S. 77 ff.

<sup>27</sup> Allg.: SOMMER, S. 235; KÄCH, S. 56.

<sup>28</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.1; generell: KUNZ, Minderheitenschutz, § 14 N 17 ff. m.w.H.

<sup>29</sup> JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 12 N 88/N 106.

ten sind nur *natürliche Personen* zulässig als Mitglieder im VR; bei Untergesellschaften kommen verschiedene «Kategorisierungen» in Frage.

Es erscheint konzerngesellschaftsrechtlich prinzipiell bedeutungslos, welcher «Kategorie»<sup>30</sup> ein konkretes Mitglied des VR angehört. Sämtliche VR-Mitglieder von Tochtergesellschaften müssen nämlich die *identischen Pflichten beachten*. Aktienrechtlich im Vordergrund stehen in aller Regel die Pflichten gemäss Art. 717 OR, also die Sorgfaltspflicht, die Treuepflicht sowie die Gleichbehandlungspflicht. Für die *VR von Tochtergesellschaften* ist die «Gretchenfrage», *wem* diese Pflichten geschuldet werden<sup>31</sup>.

### 1.3 Trennungsprinzip

Das konzerngesellschaftsrechtliche *Trennungsprinzip* stellt die Basis von Unternehmensgruppen dar<sup>32</sup>, d.h., dem Konzern als solchem kommt – prinzipiell – *keine selbständige rechtliche* Bedeutung zu, sondern die jeweiligen Gruppengesellschaften führen ein juristisches Eigenleben<sup>33</sup>. Insofern gelangt der *Grundsatz der Einzelbetrachtung* bei Unternehmensgruppen einerseits sowie bei Gruppenunternehmen andererseits zur Anwendung<sup>34</sup>.

In einzelnen wirtschaftsrechtlichen Teil- oder Unterteilrechtsgebieten sowie für gewisse Konzernsachverhalte gilt die *Ausnahme einer Gesamt-*

<sup>30</sup> Im Wesentlichen kann zwischen den von der Unternehmensgruppe *unabhängigen* sowie den *abhängigen* Mitgliedern des VR unterschieden werden; bei den abhängigen VR-Mitgliedern wird weiter differenziert zwischen den typischen *fiduziarischen* Mitgliedern (z.B. ein von der Mutter beauftragter Anwalt) sowie den *Doppelorganen* (Beispiel: Der CFO der Obergesellschaft – oder ein anderer Arbeitnehmer – wird zum VR-Mitglied der Untergesellschaft gewählt; generell: SCHILTKNECHT, S. 19); die *abhängigen* Mitglieder des VR dienen primär der Integration der Tochtergesellschaft in die Unternehmensgruppe mittels Konzernleitung (KUNZ, Konzernrecht, N 136 ff.; zudem: FORSTMOSER, *passim*).

<sup>31</sup> Beispielsweise wird bei der Treuepflicht explizit auf die «*Interessen der Gesellschaft*» verwiesen (Art. 717 Abs. 1 a.E. OR); konzernrechtlich zu diskutieren wird sein, ob damit die Interessen der «*eigenen*» AG des VR oder der *Muttergesellschaft* oder die *Konzerninteressen* gemeint sind: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.

<sup>32</sup> Allg.: KUNZ, Gesellschaftsrecht, S. 201; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 2 N 16 ff./§ 12 N 29.

<sup>33</sup> BGE 138 II 61 Erw. 4.1.: «Das schweizerische Recht (...) behandelt *jede Gesellschaft* [eines Konzerns] als ein *rechtlich selbständiges Gebilde* mit eigenen Organen (...); Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>34</sup> Detailliert zur konzernrechtlichen Einzelbetrachtung: KUNZ, Konzernrecht, N 240 ff. m.w.H.

*betrachtung*, so dass die Unternehmensgruppe als solche zum massgeblichen Ansatzpunkt wird<sup>35</sup>. Für den Fall, dass für die Tätigkeiten der VR von abhängigen Konzerngesellschaften eine solche Gesamtbetrachtung statt eine Einzelbetrachtung zu berücksichtigen wäre, müssten die VR-Mitglieder eine «Konzernbrille» tragen und die entsprechenden Konzerninteressen<sup>36</sup> berücksichtigen.

## 2. Rechtsfragen bei Untergesellschaften

### 2.1 Konzerninteresse(n) als Basis?

Zwar werden *Konzerninteressen* – als Prinzip<sup>37</sup> – vorausgesetzt<sup>38</sup>, doch enthält das schweizerische Recht keine Legaldefinition dazu. Während unter dem Konzerninteresse von einem Teil der Lehre eine bloss mathematische Aufaddierung aller Einzelgesellschaftsinteressen verstanden wird, geht es m.E. vielmehr um ein «*primär konzernorientiertes Interesse der Obergesellschaft basierend auf ihrer Konzernleitung*»<sup>39</sup>.

Die Thematik des Konzerninteresses erweist sich gerade im Hinblick auf allfällige *Haftungen von VR-Mitgliedern der Untergesellschaften* als zentral, also: Dürfen Konzerninteressen für das Verhalten der abhängigen VR rechtlich massgeblich sein (Stichwort: *Konzerneinrede*<sup>40</sup>)? In der Praxis sowie in der Lehre wird die Frage nach einer *Vorrangigkeit der Konzerninteressen* kontrovers diskutiert<sup>41</sup>, grossmehrheitlich indes – m.E. zu Recht – abgelehnt<sup>42</sup>.

Auf Unternehmensgruppen wird, mindestens prinzipiell, das *Trennungsprinzip* angewendet, so dass eine *Einzelbetrachtung* im Hinblick auf

---

<sup>35</sup> KUNZ, Konzernrecht, N 245 ff.; zudem: VON DER CRONE, § 15 N 36.

<sup>36</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.

<sup>37</sup> Zur Thematik der Konzerninteressen: KUNZ, Konzernrecht, N 152 ff.; generell: BÖCKLI, Konzerninteresse, S. 226 ff.; JÖRG, Grundlagen, S. 34 ff.; SOMMER, S. 309 ff.; LAZOPOULOS, S. 62 f.; SCHOTT, S. 223 f.

<sup>38</sup> Zahlreiche Urteile befassen sich mit den Konzerninteressen: BÖCKLI, Konzerninteresse, S. 231 ff. m.w.H.

<sup>39</sup> KUNZ, Konzernrecht, N 152 a.E.; Hervorhebungen im Original; zur Frage nach einem «Konzernzweck»: HANDSCHIN, Konzern, S. 93.

<sup>40</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.3.

<sup>41</sup> BÖCKLI, Konzerninteresse, S. 227 ff.; KUNZ, Konzernrecht, N 155 f.; SOMMER, S. 319 ff.; KÄCH, S. 71 ff.; SCHILTKNECHT, S. 123 f.

<sup>42</sup> Statt aller: KUNZ, Konzernrecht, N 156 m.w.H.; HANDSCHIN, Konzern, S. 108.

die VR von abhängigen Unternehmungen vorzunehmen ist<sup>43</sup>. Vor diesem Hintergrund können grundsätzlich die *Konzerninteressen nicht Basis* für die Tätigkeiten von Tochtergesellschaften sein. Dies erschwert nicht zuletzt das Geschäftsgebaren der VR-Mitglieder von Untergesellschaften, befinden sich diese Personen doch in einer «*Sandwichposition*» in der Wirtschaftsrealität<sup>44</sup>.

## 2.2 Interessenkonflikte sowie «doppelter Pflichtenexus»

### 2.2.1 Perspektive auf Obergesellschaft

Die Obergesellschaft steht *hierarchisch an der Konzernspitze*, meistens ebenfalls im Organigramm der Unternehmensgruppe<sup>45</sup>, und bestimmt, «wo's lang geht», notabene im Rahmen ihrer *Konzernleitung*. Bei den Beteiligungskonzernen<sup>46</sup> beherrscht die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaft(en), direkt oder indirekt mittels Berechtigungen am Eigenkapital, d.h., die Unternehmensgruppe wird durch *Ausübung von Stimmrechten* geführt<sup>47</sup>.

Da die Mutter selber nicht VR-Mitglied der Tochter ist bzw. sein kann<sup>48</sup>, werden natürliche Personen gewählt, oftmals als «*Delegierte*» der *Obergesellschaft* (v.a. fiduziarische Mitglieder des VR<sup>49</sup> der Untergesellschaft oder als Doppelorgane<sup>50</sup>). Diese Personen werden tätig auf einer *doppelten Rechtsgrundlage*, nämlich einer gesellschaftsrechtlichen Wahl<sup>51</sup>

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.

<sup>44</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.

<sup>45</sup> Gelegentlich wird ein Konzern geleitet durch eine *Managementgesellschaft*, die strukturell nicht die Muttergesellschaft der Unternehmensgruppe, sondern eine Tochtergesellschaft ist; allg.: KUNZ, Konzernrecht, N 179 f.; VON BÜREN, S. 50 f.

<sup>46</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.1.

<sup>47</sup> Das herrschende Unternehmen ist (*direkt oder indirekt*) *Gesellschafter* der abhängigen Unternehmung.

<sup>48</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.2.2.

<sup>49</sup> Zum *fiduziarischen VR-Mitglied*: KÄCH, S. 4 ff.; VON DER CRONE, § 15 N 57/N 63; LAZOPOULOS, S. 7 ff.; LIPS-RAUBER, S. 41 ff.

<sup>50</sup> Zur *Doppelorganschaft*: JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 39; VON DER CRONE, § 15 N 110 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 236 ff.; VON PLANTA, S. 130 f.; SCHOTT, S. 222 f.

<sup>51</sup> Berücksichtigt werden muss das *Gesellschaftsrecht* und insbesondere das *Aktienrecht*: Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR; die VR-Mitglieder (auch bei abhängigen Konzerngesellschaften) können gesellschaftsrechtlich *jederzeit abberufen* werden im Rahmen von Art. 705 Abs. 1 OR: «Die Generalversammlung ist berechtigt, die Mitglieder des Ver-

in den VR und andererseits einer vertraglichen Basis mit der Muttergesellschaft<sup>52</sup>. Insbesondere abhängige Mitglieder des VR befinden sich dadurch in einem Interessenkonflikt<sup>53</sup>.

## 2.2.2 Perspektive auf Untergesellschaft(en)

Das *herrschende Unternehmen* ist – direkt oder indirekt – massgeblicher Gesellschafter der Untergesellschaft. Konzerngesellschaftsrechtlich stehen der Obergesellschaft indes nur, aber immerhin, *Gesellschafterrechte bzw. Aktionärsrechte* gegenüber der abhängigen Unternehmung zu<sup>54</sup>. Der VR der Tochtergesellschaft muss dies bei seiner Tätigkeit beachten und entsprechende *Schranken setzen* für die Vorgaben oder die «Wünsche» der Mutter.

Die VR-Mitglieder von Untergesellschaften stehen vor diesem Hintergrund potentiell in einem *heiklen Interessenkonflikt*; insbesondere droht eine jederzeitige Abberufung im Rahmen von Art. 705 OR<sup>55</sup>. Das einzelne (abhängige) VR-Mitglied befindet sich folglich in der Wirtschaftsrealität faktisch in einer unangenehmen «Sandwichposition» und hat einen «*doppelten Pflichtenexus*» zu berücksichtigen<sup>56</sup>, sozusagen als «Diener

---

waltungsrates (...) abzurufen», wobei Entschädigungsansprüche – aufgrund der vertraglichen Basis – vorbehalten bleiben (Art. 705 Abs. 2 OR).

<sup>52</sup> Bei den abhängigen VR-Mitgliedern (KÄCH, S. 6 f.) wird in aller Regel ein *Vertrag mit der Obergesellschaft* geschlossen; bei den Doppelorganen handelt es sich meist um einen Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR: a.a.O. 18 ff.) und bei den fiduziarischen Mitgliedern des VR um einen Auftrag (Art. 394 ff. OR: a.a.O. 13 ff.; VISCHER, S. 491 f.); aufgrund des *Vertragsrechts* können solche Verträge *jederzeit gekündigt* werden (Einzelarbeitsvertrag: Art. 335 Abs. 1 OR, meist verbunden mit einer gleichzeitigen Freistellung des gekündigten Arbeitnehmers; zum Auftrag: Art. 404 Abs. 1 OR).

<sup>53</sup> Sollte sich beispielsweise ein solches VR-Mitglied einer Tochter *nicht «konzerntreu» verhalten*, droht ihm die Abberufung sowie – bei Doppelorganen sowie bei fiduziarischen Mitgliedern – eine Kündigung des Einzelarbeitsvertrags oder des Auftragsverhältnisses.

<sup>54</sup> In der Praxis stösst dies nicht selten auf *Unverständnis seitens der Muttergesellschaft* und trifft sowohl auf Alleinbeteiligungen als auch auf Nicht-Aleinbeteiligungen zu.

<sup>55</sup> Dies stellt ein eigentliches «*Damoklesschwert*» im Hinblick auf ein «*(Un-)Wohlverhalten*» dar; zu diesen Interessenkonflikten: JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 44 ff.; JÖRG, Grundlagen, S. 33 ff. und v.a. S. 37 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 37, schreibt von einem «*drohenden Unterton*» der Obergesellschaft.

<sup>56</sup> Hierzu: KUNZ, Konzernrecht, N 283 ff.; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 12 N 89 f.; JÖRG, Grundlagen, S. 56 ff.; JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 62 f.; VÖGELI/GEIGER, S. 75 ff.; SOMMER, S. 247 ff.

zweier Damen» (nämlich der Tochtergesellschaft und der Muttergesellschaft)<sup>57</sup>.

Das Bundesgericht löst den Konflikt *immer zugunsten der Untergesellschaft*, was zwar nicht in jedem Fall praxis- bzw. konzerntauglich sein dürfte, m.E. aufgrund der Rechtslage de lege lata jedoch unvermeidlich erscheint. Das höchste Gericht betrachtet die Konzerntochtergesellschaft als «ein rechtlich selbständiges Gebilde mit *eigenen Organen*, welche die Geschäfte *im Interesse der besagten Gesellschaft* und nicht in demjenigen des Konzerns, anderer Gesellschaften oder des sie beherrschenden Anteilshabers zu tätigen» hat<sup>58</sup>.

### 2.2.3 Folgen für VR-Mitglieder

Die *Interessen der Tochtergesellschaft* stehen für deren VR im Vordergrund<sup>59</sup>, ohne «wenn» und «aber». Dies bedeutet, dass die VR-Mitglieder insbesondere ihre Pflichten<sup>60</sup> in Bezug auf die *konkrete Untergesellschaft* und nicht auf die Obergesellschaft oder auf den Konzern zu erfüllen haben. Deshalb ist für die VR von abhängigen Gesellschaften z.B. *keine Konzerneinrede* möglich<sup>61</sup>; die wohl *sicherste Risikominimierung* betreffend allfällige «Konzernwünsche» der herrschenden Unternehmung lautet: «Just Say No»<sup>62</sup>.

Das Bundesgericht brachte dies – als Beispiel – in einem Urteil aus dem Jahr 2004 zum Ausdruck: «[Die Klägerin gemäss Art. 754 OR ist] durch die *zu Gunsten der Konzernschwester* erfolgte Gutschrift geschädigt worden. (...) Der Beklagte hat insoweit offensichtlich und für ihn erkennbar *nicht im Interesse der Gesellschaft* gehandelt, *deren Organ* er ist. Er hat insoweit seine Treuepflicht gegenüber der Klägerin schuldhaft verletzt»<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> JÖRG, Grundlagen, S. 49 ff.; JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 59 ff.

<sup>58</sup> BGE 138 II 61 Erw. 4.1.; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>59</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.

<sup>60</sup> Zentral sind die Pflichten gemäss *Art. 717 OR*: «<sup>1</sup>Die Mitglieder des Verwaltungsrates (...) müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. <sup>2</sup>Sie haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln».

<sup>61</sup> In Bezug auf *Verantwortlichkeitsklagen* (Art. 754 ff. OR): KUNZ, Konzernrecht, N 156; zudem: BÖCKLI, Konzerninteresse, S. 233 ff.

<sup>62</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.5.

<sup>63</sup> BGE 130 III 219 Erw. 2.2.2.; Hervorhebungen hinzugefügt; hierzu: SOMMER, S. 313 f.

## 2.3 Ausgewählte Problembereiche

### 2.3.1 Tätigkeiten im Allgemeinen

Die Geschäftstätigkeiten von Tochtergesellschaften haben ausschliesslich im Rahmen *ihres Gesellschaftszwecks* zu erfolgen. Der statutarische Zweck<sup>64</sup>, der nicht notwendigerweise übereinstimmt mit den Konzerninteressen<sup>65</sup>, ist rechtlich massgeblich; dies trifft insbesondere ebenfalls zu für die *Pflichten des VR* (Art. 717 OR)<sup>66</sup> sowie für die *zulässigen Rechtsgeschäfte*, die für die konkrete abhängige Unternehmung abgeschlossen werden dürfen<sup>67</sup>.

Durch Statutengestaltung kann das *zulässige Tätigkeitsfeld verbreitert* werden. Dies dürfte gerade im Zusammenhang mit Unternehmensgruppen sinnvoll sein (u.a. zum Schutz der VR von Tochtergesellschaften sowie zur Rechtsbeständigkeit von Rechtsgeschäften). Vor diesem Hintergrund werden *statutarische Konzernklauseln* interessant<sup>68</sup>. Die sozusagen «roten Linien» für den VR ergeben sich aus Art. 716a OR<sup>69</sup>; diese Kompetenzen sind sowohl *unübertragbar* als auch *unentziehbar*, notabene selbst bei Alleinbeteiligungen<sup>70</sup>.

In Konzernsachverhalten ist der Informationstransfer oft ausschlaggebend; der *Informationsfluss durch Tochtergesellschaften* kommt nur, aber immerhin, in geregelten Bahnen zustande<sup>71</sup>. Für die abhängigen Gesellschaften, als rechtlich selbständige Unternehmen, gilt die Vertragsfrei-

---

<sup>64</sup> Zum Zweck bei Untergesellschaften: JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 46 f.

<sup>65</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

<sup>66</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3; generell: JÖRG, Grundlagen, S. 27 f. sowie S. 32 ff.

<sup>67</sup> Art. 718a Abs. 1 OR: «Die zur Vertretung befugten Personen [z.B. VR-Mitglieder] können im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann».

<sup>68</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.3.

<sup>69</sup> Es gibt *keine konsolidierte Betrachtung*, sondern einzig eine *Einzelbetrachtung*; statt vieler: BÖCKLI, Stellung, S. 48; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 298 ff.; VON DER CRONE, § 15 N 62 m.w.H.; SOMMER, S. 249 f.; SCHILTKNECHT, S. 89 ff.; FORSTMOSER, S. 386 ad Fn 14.

<sup>70</sup> BÖCKLI, Stellung, S. 50 ff., spricht in Bezug auf Art. 716a OR von der «Magna charta einer eigenständigen Aktiengesellschaft» (a.a.O. S. 50: Titel).

<sup>71</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.1; als *Beispiele* wird auf den Informationstransfer betreffend die Konzernrechnung, auf allfällige Informationsprivilegien für Grossgesellschafter (z.B. also die Obergesellschaft) sowie auf restriktive Informationen in Sondersituationen (Stichwort: Bankkundengeheimnis) hingewiesen; generell: JÖRG, Grundlagen, S. 65.

heit<sup>72</sup> im Rahmen des Gesellschaftsrechts (Art. 718a OR etc.); insofern spielen *konzerninterne Verträge* in der Konzernpraxis eine wichtige Rolle («Vertragsnetze»)<sup>73</sup>.

## 2.3.2 Sensitive Bereiche

### 2.3.2.1 Informationen im Konzern

Die VR-Mitglieder haben eine *Geheimhaltungspflicht* in Bezug auf die «eigene» Untergesellschaft (z.B. Art. 717 OR<sup>74</sup> sowie Art. 162 StGB). Das Konzernrecht enthält keine Spezialregel für Unternehmensgruppen, so dass die Obergesellschaft keinen Anspruch auf einen ungebremsten Informationsfluss geltend machen kann<sup>75</sup>. Das *herrschende Unternehmen* und allenfalls andere Gruppenunternehmen können Informationen über Tochtergesellschaften folglich ausschliesslich als *Gesellschafter mittels Art. 697 ff. OR* verlangen<sup>76</sup>.

In der Lehre werden die heute in der Praxis «anerkannten» *Informationsprivilegien für Grossaktionäre* kontrovers debattiert<sup>77</sup>, wobei m.E. eine restriktive Handhabung naheliegend erscheint<sup>78</sup>. Es gibt in Konzernverhältnissen für die Obergesellschaft *kein generelles Privileg*, Tochterinformationen zu erhalten<sup>79</sup>. Eine Zurückhaltung dürfte in jedem Fall erforderlich sein, wenn die abhängige Unternehmung eine *Publikumsgesellschaft* ist oder wenn sie *keine Alleinbeteiligung* darstellt<sup>80</sup>, d.h. wenn freie Gesellschafter vorhanden sind.

<sup>72</sup> Allg.: KUNZ, Konzernrecht, N 266 f. sowie N 611 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 413 ff.

<sup>73</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.2; als *Beispiele* sollen die für die Praxis besonders wichtigen Darlehensverträge sowie Lizenzverträge angesprochen werden.

<sup>74</sup> Diese Pflicht stellt *Teil der Treuepflicht* des VR dar (Art. 717 Abs. 1 OR); SOMMER, S. 179 ff.; statt vieler: KÄCH, S. 104 ff.; LIPS-RAUBER, S. 85 ff.; VON PLANTA, S. 56.

<sup>75</sup> KUNZ, Transparenz(en), S. 130 ff.; differenzierend: LIPS-RAUBER, S. 91 ff.

<sup>76</sup> Generell: JÖRG, Grundlagen, S. 44 ff.

<sup>77</sup> Übersicht zur Doktrin: KUNZ, Konzernrecht, N 670 Fn 2119; ausserdem: JÖRG, Grundlagen, S. 45 ff.; KÄCH, S. 120 ff.

<sup>78</sup> Statt aller: KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 73 ff.; KUNZ, Konzernrecht, N 670 f.; mit detaillierten Hinweisen: BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 700 ff.

<sup>79</sup> Differenzierend: KUNZ, Konzernrecht, N 670 f. m.w.H.; in jedem Fall braucht es eine *Interessenabwägung* des VR der abhängigen Gesellschaft betreffend die Pflichten gemäss Art. 717 OR.

<sup>80</sup> M.E. muss der VR *im Zweifelsfall* gegenüber der Muttergesellschaft einen *Informationsfluss verhindern*; ausserdem: VON DER CRONE, § 15 N 64 ff.

Diese strengen Prinzipien müssen relativiert werden im Zusammenhang mit der konsolidierten Jahresrechnung bzw. *Konzernrechnung* (Art. 963 ff. OR), die von der Muttergesellschaft erstellt werden muss. Es ist naheliegend, dass ein *Informationsfluss* «von unten nach oben» stattzufinden hat, damit überhaupt eine Konzernrechnung erstellt werden kann<sup>81</sup>. Konzernrechtlich besteht eine *Pflicht des VR der abhängigen* Gesellschaft zur Lieferung entsprechender Informationen («Zahlenmaterial») an die Obergesellschaft<sup>82</sup>.

Einen durchaus praxisrelevanten *Sonderfall* stellen *Banken als Tochtergesellschaften* dar. Es kann – aus welchen Gründen auch immer – für die (ausländische) Obergesellschaft von Interesse sein, die *Identität von Bankkunden* der (schweizerischen) Untergesellschaft in Erfahrung zu bringen. Gewisse Datenübermittlungen «von unten nach oben» sind zwar unerlässlich, aus Gründen des *Bankkundengeheimnisses* darf indes die *Kundenidentität konzernintern nicht offengelegt* werden<sup>83</sup>, was der VR sicherstellen muss.

### 2.3.2.2 *Konzerninterne Verträge*

Die *Gruppenunternehmen* – hingegen nicht die Unternehmensgruppen – sind rechts- sowie handlungsfähig, d.h., sie können, basierend auf der Vertragsfreiheit, ohne Weiteres etwa *konzerninterne Verträge* abschliessen<sup>84</sup>. Als wichtig erweisen sich die *Konditionen*, zu denen die Vertragsabschlüsse zustande kommen. Zwar gibt es bei Konzernverhältnissen ebenfalls keinen «richtigen Preis», doch ein *Vergleichsmaßstab* muss beachtet werden<sup>85</sup>.

In der Konzernrealität kommen häufig *Lizenzverträge* zwischen Gruppengesellschaften betreffend Immaterialgüterrechte (z.B. Konzernmarken oder Patente) vor<sup>86</sup>. Indem die Lizenzschädigungen entweder «zu hoch» oder «zu tief» angesetzt werden, können gruppeninterne Ge-

---

<sup>81</sup> KUNZ, *Transparenz(en)*, S. 131 ff. sowie S. 135 f.

<sup>82</sup> Hierzu: KUNZ, *Konzernrecht*, N 658 ff. sowie N 671/N 672.

<sup>83</sup> Im Detail: KUNZ, *Konzernrecht*, N 450 ff.; die herrschende Gesellschaft kann z.B. sowohl die Konzernleitung als auch die Kontrolle aufgrund von *anonymisierten* Daten ausüben (a.a.O. N 453).

<sup>84</sup> BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 11 N 427 ff.; HANDSCHIN, *Konzern*, S. 115 ff.; VON BÜREN, S. 393 ff.

<sup>85</sup> *Prinzip des «Dealing at Arm's Length»*: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2; zudem: KUNZ, *Konzernrecht*, N 266.

<sup>86</sup> Statt aller: BÖCKLI, *Aktienrecht*, § 11 N 432; VON BÜREN, S. 395.

winnverschiebungen vorkommen<sup>87</sup>. Der VR der Tochtergesellschaft muss im Rahmen von Art. 717 OR dafür besorgt sein, dass die *Entschädigungen aus Lizenzen* nicht «zu tief»<sup>88</sup> oder nicht «zu hoch»<sup>89</sup> sind, und dies konzernintern durchsetzen.

Des Weiteren potentiell problematisch sind *Darlehensverträge* zwischen Gruppengesellschaften («Financial Assistance»)<sup>90</sup>, zumindest wenn die abhängige Gesellschaft entweder die herrschende Gesellschaft («Up-stream») oder eine andere Tochtergesellschaft («Side-stream») finanziert<sup>91</sup>. Bei konzerninternen Darlehensverträgen muss der VR der Tochter, nicht zuletzt zum eigenen Schutz, erneut das Prinzip des «Dealing at Arm's Length» beachten<sup>92</sup>.

## 2.4 Rechtsrisiken bei Konzernvorrang

Sollte der VR einer Konzernuntergesellschaft bei seiner Tätigkeit einen *Konzernvorrang akzeptieren*, ist dies mit *zahlreichen Rechtsrisiken* verbunden, notabene sowohl für die abhängige Gesellschaft selber<sup>93</sup> als auch für die einzelnen Mitglieder des VR persönlich. Es geht angesichts der Vielzahl von potentiellen Risiken nicht darum, eine abschliessende Darstellung vermitteln zu wollen. Hingewiesen wird nur auf einige *Beispiele der Praxis*<sup>94</sup>.

<sup>87</sup> Wenn die Erträge bzw. die Gewinne aus Immaterialgüterrechten zu einer Konzerngesellschaft (z.B. einer IT-Gesellschaft) mit steuergünstigem Standort «verschoben» werden, dient dies dem Konzern meist zur *Steuroptimierung*; das Konzernsteuerrecht bemüht sich jedoch, Gegensteuer zu geben; Hinweise: KUNZ, Konzernrecht, N 563 ff. und v.a. N 578 ff.; durch solche Vermögens- bzw. Gewinnverschiebungen können die *Gläubiger* von Tochtergesellschaften sowie die *freien Aktionäre* benachteiligt werden.

<sup>88</sup> Szenario: Tochtergesellschaft als *Lizenzgeberin*.

<sup>89</sup> Szenario: Tochtergesellschaft als *Lizenznehmerin*.

<sup>90</sup> Zur Begrifflichkeit: LANZ/RYSER, S. 33.

<sup>91</sup> Rechtlich gleich verhält es sich bei gewissen konzernexternen Verträgen, nämlich bei *Besicherungen* (v.a. Bürgschaften oder Garantien) durch eine Tochtergesellschaft gegenüber einem Dritten, und zwar für Schulden der Muttergesellschaft («Up-stream») oder einer anderen Untergesellschaft («Side-stream»); tendenziell *weniger heikel* sind hingegen «Down-stream“-*Verhältnisse* (seien es Darlehen oder Besicherungen); hierzu: KUNZ, Konzernrecht, N 730 bzw. N 735 je m.w.H.; JÖRG, Konzerngesellschaftsrecht, S. 48 ff.

<sup>92</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2; statt aller: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 83 f.

<sup>93</sup> Beispielsweise könnte die *Gültigkeit von konzerninternen Verträgen* in Frage gestellt werden, wenn die Abmachungen in Verletzung der Vertretungsmacht abgeschlossen wurden: Art. 718a Abs. 1 OR.

<sup>94</sup> Betroffen sind im Übrigen *alle vier Rechtsgebiete*.

Auf *privat- bzw. wirtschaftsrechtlicher* Ebene steht die zivile Haftbarkeit aufgrund der Verantwortlichkeit als VR-Mitglied gemäss Art. 754 ff. OR im Vordergrund<sup>95</sup>. Zwar bestehen einige Risikominimierungsmöglichkeiten, gerade etwa die Business Judgment Rule<sup>96</sup> oder die statutarischen Konzernklauseln<sup>97</sup>. Nichtsdestotrotz gehen VR ein finanzielles Risiko ein, wenn sie sich primär um die «Mutterwünsche» oder um die Konzernvorgaben kümmern. Für *fiduziarische VR-Mitglieder* werden die Risiken nicht reduziert<sup>98</sup>.

Das Strafrecht spielt – unter verschiedenen Aspekten – in Konzernverhältnissen eine wichtige Rolle<sup>99</sup>, nicht zuletzt im Hinblick auf die Verantwortung der VR von abhängigen Unternehmen<sup>100</sup>. Auf *strafrechtlicher* Ebene kommen in diesem Zusammenhang *viele Straftatbestände* als Risiken in Frage (z.B. Veruntreuung: Art. 138 StGB; Gläubigerschädigung: Art. 164 StGB; Misswirtschaft: Art. 165 StGB; Gläubigerbevorzugung: Art. 167 StGB)<sup>101</sup>; besonders hervorzuheben ist die *ungetreue Geschäftsbesorgung* (Art. 158 StGB)<sup>102</sup>, beispielsweise bei der «Financial Assistance»<sup>103</sup> zwischen Konzerngesellschaften<sup>104</sup>.

Die Praktikerdoktrin in der Schweiz ist z.T. versucht, die unbestrittene<sup>105</sup> *Priorität der Interessen der Tochtergesellschaft* in Frage zu stellen (oder zumindest zu relativieren). Dies wird in aller Regel mit angeblich pragmatischen «*Erfordernissen der Konzernpraxis*» o.Ä. begründet<sup>106</sup>.

---

<sup>95</sup> Statt vieler: JÖRG, Grundlagen, S. 68 ff.; VON DER CRONE, § 15 N 63; VON PLANTA, S. 102 ff.; insbesondere riskieren die VR-Mitglieder von Untergesellschaften, *privat- bzw. gesellschaftsrechtlich haftbar* gemacht zu werden, wenn freie Aktionäre bzw. freie Gesellschafter einerseits sowie konzernfremde Gesellschaftsgläubiger andererseits vorhanden sind; m.E. faktisch nur ein relativ geringes Haftungsrisiko (v.a. im Rahmen von Art. 754 ff. OR) besteht hingegen, wenn es sich bei der Tochtergesellschaft um eine *Alleinbeteiligung* im Konzern handelt, die *keine (oder fast keine) Gläubiger* hat.

<sup>96</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.1.

<sup>97</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.3.

<sup>98</sup> Allg.: LIPS-RAUBER, S. 126 ff.; immerhin werden regelmässig Schadloshaltungen vereinbart: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.4.

<sup>99</sup> Zum *Konzernstrafrecht*: KUNZ, Konzernrecht, N 589 ff.

<sup>100</sup> Statt aller: SCHUBARTH, *passim*.

<sup>101</sup> Übersicht: LANZ/RYSER, S. 33 sowie S. 40 ff.

<sup>102</sup> Hierzu: VON DER CRONE, § 15 N 63; LANZ/RYSER, S. 33 ff.

<sup>103</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.2.

<sup>104</sup> Die rechtlichen Risiken sind besonders stark *bei «Up-stream-» oder bei «Side-stream-»-Verhältnissen*, und zwar unbeschrieben davon, ob es um Darlehen oder Besicherungen geht; im Detail: LANZ/RYSER, S. 33 ff.; SCHUBARTH, N 14 ff.

<sup>105</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.

<sup>106</sup> SOMMER, S. 321 (Titel: «Relativierung aus praktischer Sicht»).

Tatsächlich kommen in der Wirtschaftsrealität einige Mechanismen vor, mit denen *Risiken minimiert* werden (z.B. statutarische Konzernklauseln<sup>107</sup> oder Verträge<sup>108</sup>)<sup>109</sup>.

## 2.5 Minimierung der Risiken

### 2.5.1 Grundverteidigung durch BJR

Die *Business Judgment Rule* (BJR)<sup>110</sup> ist eine Rechtsanwendungsregel<sup>111</sup> des schweizerischen Verantwortlichkeitsrechts. Es geht, etwas trivialisiert, um eine «*Immunitätsregel*» für potentiell haftbare Personen gemäss Art. 754 ff. OR, also insbesondere für VR-Mitglieder. Die BJR legt, unter gewissen Voraussetzungen, eine *richterliche Zurückhaltung* nahe<sup>112</sup>. Die Doktrin spricht sich – immerhin mit Ausnahmen<sup>113</sup> – zugunsten der BJR als Prinzip aus, und das Bundesgericht bestätigt deren Anwendbarkeit in jüngeren Urteilen<sup>114</sup>.

Ohne die BJR explizit zu erwähnen, wird festgehalten: «Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von *Geschäftsentscheiden* Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem *einwandfreien*, auf einer *angemessenen Informationsbasis* beruhenden und von *Interessenkonflikten freien* Entscheidprozess zustande gekommen sind»<sup>115</sup>. Folglich müssen für die An-

---

<sup>107</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.3.

<sup>108</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.4.

<sup>109</sup> Das VR-Mitglied sollte sich indes im Klaren sein, dass es diese «*Notbehelfe*» auf *eigenes Risiko* eingeht; die «sichersten» Verteidigungen sind das Prinzip des «*Dealing at Arm's Length*» (vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2) sowie das Prinzip des «*Just Say No*» (vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.5).

<sup>110</sup> Detaillierte Ausführungen: KUNZ, BJR, *passim*.

<sup>111</sup> In einigen Ländern – z.B. in Deutschland sowie in Liechtenstein – wird die BJR in der gesellschaftsrechtlichen *Rechtssetzung* vorgesehen.

<sup>112</sup> Dogmatischer Ansatzpunkt für die BJR-Verteidigung ist die *Pflichtwidrigkeit* als Haftungsvoraussetzung der Verantwortlichkeit: Art. 754 Abs. 1 OR; wenn die BJR im konkreten Fall bejaht wird, erweist sich das Verhalten des VR nicht als pflichtwidrig, was zu einer Ablehnung der Haftungsansprüche führt.

<sup>113</sup> Grundlegend zur Kritik: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 115 ff.; nunmehr etwas pragmatischer: KUNZ, BJR, S. 281 Fn 84.

<sup>114</sup> BGE 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 7.2.4.; BGE 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 5.1.; BGE 4A\_375/2012 vom 20. November 2012: Erw. 3.2.

<sup>115</sup> BGE 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012: Erw. 5.1.; Hervorhebungen hinzugefügt.

wendbarkeit der BJR vier «Hürden» überquert werden<sup>116</sup>: Geschäftsentcheid, einwandfreier Entscheidungsprozess, angemessene Informationsbasis sowie Fehlen von Interessenkonflikten.

Für *Konzernsituationen* gelangt das höchste Gericht zum Schluss: «Das schliesst nicht aus, in Bezug auf Geschäfte, bei denen ein besonderer Wissensstand über die Faktoren zur Einschätzung des Risikos vorhanden ist oder erwartet werden darf, wie namentlich bei solchen *unter Konzerngesellschaften*, einen *strengeren Massstab* anzulegen»<sup>117</sup>; das Urteil wurde kritisiert<sup>118</sup>. Die Formulierung «unter Konzerngesellschaften» ist *zu generalisierend* ausgefallen<sup>119</sup>; eine Einschränkung der BJR in Bezug auf Unternehmensgruppen kann einzig «Down-stream», hingegen *weder* «Up-stream» noch «Side-stream» erfolgen<sup>120</sup>.

Die Verantwortlichkeits- bzw. Haftungsrisiken für die VR-Mitglieder von Untergesellschaften werden durch die BJR *minimiert*, weil sich diese Personen ohne Weiteres auf dieses Prinzip berufen dürfen. Es besteht m.a.W. in Konzernverhältnissen *keine generelle Reduktion* der BJR<sup>121</sup>. Zwar haben abhängige VR – aufgrund ihrer «Sandwichposition» – konzeptionell einen Interessenkonflikt<sup>122</sup>. Die bundesgerichtliche «Hürde» betreffend BJR bedeutet indes, dass *kein konkreter Interessenkonflikt* bestanden haben darf.

## 2.5.2 Prinzip des «Dealing at Arm's Length»

Das *Prinzip des «Dealing at Arm's Length»* – ehemals im Steuerrecht entwickelt – stellt geradezu den «Heiligen Gral» des Konzernrechts in Bezug auf die Verhaltensgrundsätze für VR von Untergesellschaften dar, und zwar bei *gruppeninternen Kontakten* (z.B. bei Verträgen zwischen den einzelnen Gruppengesellschaften)<sup>123</sup>. Es dürfen, etwas trivialisiert, *keine Sonderbehandlungen* allein aufgrund der Konzernzugehörigkeit gewährt werden<sup>124</sup>.

---

<sup>116</sup> KUNZ, BJR, S. 277 f.

<sup>117</sup> BGE 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012; Erw. 5.1.; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>118</sup> VOGT/BÄNZIGER, S. 623 ff. m.w.H.

<sup>119</sup> Ebenfalls kritisch: VOGT/BÄNZIGER, S. 623 ff.

<sup>120</sup> KUNZ, BJR, S. 280 Fn 70.

<sup>121</sup> In diesem Sinne: KUNZ, BJR, S. 280; KUNZ, Konzernrecht, N 253 ff. m.w.H.

<sup>122</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.

<sup>123</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.2.

<sup>124</sup> In Vertragsverhältnissen sind *angemessene Entschädigungen* bzw. *ausgewogene Konditionen* zu vereinbaren; statt aller: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 84; HAND-

M.E. bietet das Prinzip des «Dealing at Arm's Length» de lege lata den *besten Schutz für abhängige VR* in Konzernverhältnissen. Zwar stimmt es, dass in Marktwirtschaften kein «richtiger Preis» besteht (und bestehen kann), doch geht es nicht darum. Mit diesem Schutzprinzip wird nur, aber immerhin, ein «objektiver Marktvergleich»<sup>125</sup> bzw. ein *Drittvergleich* angesprochen. D.h., Gruppengesellschaften dürfen sich in geschäftlicher Hinsicht nicht «umarmen» lassen, sondern müssen geradezu auf «Arm-distanz» – wie mit *konzernfremden Dritten* – bleiben; ein Rechtsgeschäft – als Beispiel – darf nur geschlossen werden, wenn es mit einer *Dritt-partei zu denselben Konditionen* getätigt würde<sup>126</sup>.

Zu erheblichen Risiken für die VR von Tochtergesellschaften können z.B. *Konzernfinanzierungen* (v.a. durch gruppeninterne Darlehen oder durch Besicherungen zugunsten anderer Konzerngesellschaften)<sup>127</sup> werden. In solchen Situationen muss ebenfalls das Prinzip des «Dealing at Arm's Length» berücksichtigt werden<sup>128</sup>, zum Schutz von allfälligen freien Gesellschaftern sowie von Gläubigern der betroffenen Untergesellschaft<sup>129</sup>.

### 2.5.3 Statutarische Konzernklauseln

Bei Untergesellschaften (noch) relativ selten kommen *statutarische Konzernklauseln* vor<sup>130</sup>, was erstaunlich erscheint. Mit solchen Statutenbe-

---

SCHIN, Konzern, S. 115 ff.; LAZOPOULOS, S. 117 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 437 (betreffend Austauschverträgen).

<sup>125</sup> In diesem Sinne: VON BÜREN, S. 166 m.w.H. in Fn 529; generell: FORSTMOSER, S. 394.

<sup>126</sup> Die Rede ist deshalb oft von einem «*Drittmannstest*» (politisch korrekter: «*Drittpersonentest*»).

<sup>127</sup> Besonders heikel sind Verhältnisse «*Up-stream*» oder «*Side-stream*»: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.3.

<sup>128</sup> Hierzu: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 83 f.; detailliert: KUNZ, Konzernrecht, N 722 ff.; im *Drittvergleich* müssen wohl insbesondere die folgenden *Fragen beantwortet* werden: Soll die Tochtergesellschaft überhaupt (vor dem Hintergrund z.B. der eigenen finanziellen Lage oder der wirtschaftlichen Gesamtsituation) einen solchen Vertrag mit einer anderen Gruppenunternehmung schliessen? Ist der Vertrag vom an sich allein zuständigen VR allenfalls noch der GV zur (Konsultativ-)Beschlussfassung vorzulegen (gerade für den Fall, dass es freie Aktionäre gibt)? Welche marktüblichen Sicherheiten müssen verlangt werden? Wie hoch sind die marktüblichen Zinsen? Wie steht es mit der Amortisation (Umfang, Zeitraum etc.) des Darlehens? Braucht es einen schriftlichen Vertrag?

<sup>129</sup> KUNZ, Konzernrecht, N 339 m.w.H.

<sup>130</sup> Hinweise: KUNZ, Konzernrecht, N 261 ff. und v.a. N 263 ff.; zudem: SOMMER, S. 324 f.

stimmungen könnten m.E. nämlich Risiken erheblich minimiert werden, und zwar sowohl für die Tochtergesellschaft selber (Vertretungsmacht: Art. 718a Abs. 1 OR) als auch für deren VR-Mitglieder (Verantwortlichkeit: Art. 754 ff. OR). Im Wesentlichen geht es darum, die *Untergesellschaft* sozusagen *statutarisch «in den Dienst»* der Konzernmutter oder des Konzerns zu stellen<sup>131</sup>.

Eine mögliche statutarische Konzernklausel – konkret im Hinblick auf *Konzernfinanzierungen* – könnte lauten wie folgt: «Die Gesellschaft kann ihren direkten oder indirekten Muttergesellschaften sowie deren oder ihren direkten oder indirekten Tochtergesellschaften Darlehen oder andere Finanzierungen aller Art gewähren und für Verbindlichkeiten von solchen anderen Gesellschaften Sicherheiten aller Art stellen, insbesondere in Form von Garantien, Pfändern, Globalzessionen, Sicherungsübereignungen, Sicherungsabtretungen und Schadloshaltungserklärungen, ob entgeltlich oder nicht. Die Gesellschaft darf zu diesem Zweck auch im Interesse des Konzerns oder einzelner ihrer Konzerngesellschaften handeln»<sup>132</sup>.

Es braucht einen *GV-Beschluss* (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR), damit die Konzernklausel in die Statuten einer abhängigen Unternehmung aufgenommen werden kann. Ein «regulärer» Beschluss der GV gemäss Art. 703 OR reicht nicht aus, weil es sich im Minimum um eine *Zweckänderung* handelt, für die ein *qualifiziertes Mehr* erforderlich ist<sup>133</sup>. M.E. wird nicht mit jeder statutarischen Konzernklausel, sondern nur, aber immerhin, je nach konkreter Ausgestaltung die *Gewinnstrebigkeit* der Konzerntochter *aufgehoben*, so dass eine *Einstimmigkeit* des Beschlusses der GV nötig wird (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR<sup>134</sup>)<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Insoweit kann – je nach Ausgestaltung – von «*Konzernunterwerfungsklauseln*» gesprochen werden.

<sup>132</sup> Bei dieser Formulierung handelt es sich um ein konkretes Beispiel aus der Praxis: KUNZ, Konzernrecht, N 264 (zu bemängeln ist, dass in einem Konzern *nicht mehrere Muttergesellschaften* vorkommen können).

<sup>133</sup> Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR, d.h., es bedarf eines Beschlusses der GV, «der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienennwerte auf sich vereinigt».

<sup>134</sup> Ein *einstimmiger GV-Beschluss*, notabene *sämtlicher* Aktionäre und nicht allein der in der GV vertretenen Gesellschafter, dürfte bei eigentlichen «*Konzernunterwerfungsklauseln*» angebracht sein; die Rechtsfolge bei Verletzung dieser Vorgabe ist *Anfechtbarkeit* und *nicht Nichtigkeit* der Statutenbestimmung: «Anfechtbar sind insbesondere Beschlüsse [der GV], die (...) die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufheben» (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

## 2.5.4 Vertragliche Absicherungsmöglichkeiten

Es gibt *verschiedene vertragliche* Möglichkeiten, um für abhängige VR-Mitglieder eine Absicherung ihrer Tätigkeit in Unternehmensgruppen zu vereinbaren. In Mandatsverträgen, doch ebenfalls in Einzelarbeitsverträgen betreffend Untergesellschaften, kommen in der Praxis regelmässig «*Hold harmless*»-Klauseln (Synonyme: Schadloshaltungs-, Enthaltungs- oder Freistellungsklauseln)<sup>136</sup> vor, die – zumindest im Prinzip – zulässig sind<sup>137</sup>. Immerhin sind die *guten Sitten* zu beachten, deren Verletzung zur Nichtigkeit (Art. 20 OR) führt<sup>138</sup>.

In der Konzernpraxis spielen *Privatversicherungen* eine vergleichbare Rolle wie solche vertraglichen Freizeichnungen durch andere Gruppengesellschaften. In der Wirtschaftsrealität werden die Risiken für die abhängigen Mitglieder der VR nicht selten durch *D&O-Versicherungen* («Directors and Officers Insurances»)<sup>139</sup> minimiert. Die vertraglichen Zusicherungen können indes ausschliesslich die *Haftungsthematik* entschärfen, eine allfällige *strafrechtliche* Verantwortlichkeit bleibt davon unberührt<sup>140</sup>.

## 2.5.5 Prinzip des «Just Say No»

Die Konzernuntergesellschaften bzw. deren VR stehen in einem Interessenkonflikt und haben einen «doppelten Pflichtenexus» zu beachten<sup>141</sup>. In diesem Zusammenhang sind die *Interessen der Tochtergesellschaft* *prioritär*, wenn sie im Widerspruch zu den Interessen der Muttergesell-

<sup>135</sup> Vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass «Konzernunterwerfungsklauseln» mit einer Aufhebung der Gewinnstrebigkeit faktisch wohl ausschliesslich bei *Alleinbeteiligungen* realistisch erscheinen, hätte doch jeder freie Aktionär ein «Vetorecht».

<sup>136</sup> Detailliert: VISCHER, S. 491 ff. m.w.H.; FORSTMOSER, S. 399 f., bezeichnet solche Abmachungen als «flankierende Massnahmen» zum Schutz der VR bei Konzerntochtergesellschaften; Beispiel für eine Vertragsklausel: SCHILTKNECHT, S. 163.

<sup>137</sup> JÖRG, Grundlagen, S. 70; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 437a; SOMMER, S. 325; KÄCH, S. 26; LIPS-RAUBER, S. 162 f.; VÖGELI/GEIGER, S. 79 f.

<sup>138</sup> Vor diesem Hintergrund dürfte z.B. eine Freizeichnung für *vorsätzlich verursachte* Schädigungen als *nichtig* zu betrachten sein: VISCHER, S. 492.

<sup>139</sup> Statt aller: SOMMER, S. 325; LAZOPOULOS, S. 149 ff. und v.a. S. 151 ff.; teils wird geltend gemacht, dass die *Gesellschaft verpflichtet* sei zum Abschluss einer solchen D&O-Versicherung: SCHILTKNECHT, S. 56 ff.; KÄCH, S. 28 m.w.H.

<sup>140</sup> Hinweise: VON DER CRONE, § 15 N 63 a.E.

<sup>141</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.

schaft (oder des Konzerns) stehen<sup>142</sup>. Die abhängigen VR-Mitglieder können somit *faktisch unter Druck* geraten durch «Wünsche» der Obergesellschaft.

Sollte diesem Druck nachgegeben werden, geht der VR erhebliche Risiken ein. In der Praxis sind zwar *diverse Risikominimierungsmöglichkeiten* in Gebrauch (Beispiele: BJR<sup>143</sup>, das Prinzip des «Dealing at Arm's Length»<sup>144</sup>, statutarische Konzernklauseln<sup>145</sup> oder vertragliche Freizeichnung<sup>146</sup> und D&O-Versicherungen<sup>147</sup>). M.E. gibt es jedoch bei Druck auf eine Konzerntochtergesellschaft nur eine wirklich wirksame Abwehr gegenüber der Obergesellschaft bzw. dem Konzern, nämlich: «*Just Say No*» («Nancy Reagan»-Verteidigung)<sup>148</sup>.

### 3. Schlussbemerkungen

Die Tätigkeit als *VR-Mitglied einer Konzernuntergesellschaft* gehört zu den grössten Herausforderungen – nicht allein in rechtlicher Hinsicht – in der Wirtschaftsrealität. Dies gilt nicht allein, wenn sich die Muttergesellschaft «einmisch»<sup>149</sup>; potentiell besteht immer ein *Interessenkonflikt* zwischen den Interessen der herrschenden und der abhängigen Unternehmung<sup>150</sup>. Die Lösung solcher Konflikte erinnert an die «Quadratur eines Kreises»<sup>151</sup>.

Das *Trennungsprinzip* bei Unternehmensgruppen<sup>152</sup> führt dazu, dass für die VR von abhängigen Gesellschaften (und ihre konzernrechtliche Tätigkeitsperspektive) im Prinzip eine *Einzelbetrachtung* statt eine Gesamtbetrachtung zur Anwendung kommt. Doch dies ist ohne Zweifel

---

<sup>142</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.

<sup>143</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1.

<sup>144</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.2.

<sup>145</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.3.

<sup>146</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.4.

<sup>147</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.4.

<sup>148</sup> Der Slogan «*Just Say No*» geht auf eine *Anti-Drogen-Kampagne* in den USA in den 1980er Jahren («War on Drugs») und auf die damalige First Lady, NANCY REAGAN, zurück.

<sup>149</sup> Die *grundsätzliche Legalität* einer «*Einmischung*» der Obergesellschaft ist unbestritten, stellt dies doch Teil der Konzernleitung dar: Vgl. dazu vorne Ziff. 1.2.1.

<sup>150</sup> Die Gesellschaftsinteressen der Tochtergesellschaft brauchen nicht deckungsgleich mit den Konzerninteressen zu sein: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1.

<sup>151</sup> FORSTMOSER, S. 393 (betreffend horizontale Integration bzw. Personalunion).

<sup>152</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.

leichter gesagt als getan. In der Konzernrealität fallen insofern die *Theorie* (Stichwort: «doppelter Pflichtenexus») sowie die *Praxis* (z.B. VR, die es dann in ihrem Konzern doch nicht ganz «so genau» nehmen) nicht selten erheblich auseinander.

Die «*Notbehelfe*» der *Konzernrealität* (v.a. vertragliche Absicherungen für abhängige Mitglieder von VR)<sup>153</sup> scheinen bis anhin zwar durchaus praxistauglich zu sein, doch *Rechtssicherheit fehlt*. M.E. wäre deshalb ein Eingreifen *de lege ferenda* sinnvoll<sup>154</sup>:

Beispielsweise könnte auf das legale Erfordernis von *natürlichen Personen* als VR von Untergesellschaften *verzichtet* werden, so dass Obergesellschaften direkt gewählt werden dürften; ermöglichen würde dies eine Revision von Art. 707 Abs. 3 OR<sup>155</sup>. Als weiteres Beispiel ist zu erwähnen, dass schon vor Jahren eine *Regulierung fiduziarischer VR-Mitglieder* vorgeschlagen wurde; es könnte (v.a. gegenüber herrschenden Unternehmen als Alleinaktionären) die *Geheimhaltungspflicht relativiert* sowie die *Weisungsbefolgung als zulässig* bezeichnet werden, und zwar generell innerhalb von Unternehmensgruppen<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.4.

<sup>154</sup> In der aktuellen «*grossen Aktienrechtsrevision*» werden indes *konzernrechtliche Aspekte ignoriert*.

<sup>155</sup> KUNZ, Konzernrecht, N 949/N 951.

<sup>156</sup> LIPS-RAUBER, S. 194: «Wird eine Aktiengesellschaft mehrheitlich von einem Konzern beherrscht und erwachsen ihr daraus Vorteile, welche die Ungleichbehandlung von Aktionären sachlich rechtfertigen, so sind Weisungen unter den gleichen Voraussetzungen zulässig, sofern der Gleichbehandlungsanspruch der Aktionäre gewahrt bleibt» (Erläuterungen: a.a.O. S. 196); eine rechtspolitische Diskussion anregend: VON PLANTA, S. 178 ff.

## Literaturverzeichnis

- BÖCKLI, PETER (Stellung): Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: BAER, CHARLOTTE M.: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, S. 35.
- BÖCKLI, PETER (Aktienrecht): Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- BÖCKLI, PETER (Konzerninteresse): Konzern und Konzerninteresse (...), in: SETHE, ROLF/ISLER, PETER: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, S. 203.
- FORSTMOSER, PETER: Horizontale Integration im Konzern, in: RAINER J. SCHWEIZER/HERBERT BURKERT/URS GASSER (Hrsg.): Festschrift für J. N. Druey, Zürich 2002, S. 383.
- HANDSCHIN, LUKAS (Konzern): Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil., Basel 1992.
- HANDSCHIN, LUKAS (Tochtergesellschaft): Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern, in: SUTTER-SOMM, THOMAS/SCHNYDER, ANTON K. (Hrsg.): Festgabe für Franz Hasenböhler, Zürich 2004, S. 67.
- JÖRG, FLORIAN S. (Konzerngesellschaftsrecht): Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, S. 19.
- JÖRG, FLORIAN S. (Grundlagen): Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften, in: KUNZ, PETER V./ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 19.
- JUNG, PETER/KUNZ, PETER V./BÄRTSCHI, HARALD: Gesellschaftsrecht, Zürich 2016.
- KÄCH, SIMON: Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 2001.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Unternehmensfinanzierung): Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: KUNZ, PETER V./JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 45.
- KUNZ, PETER V. (Transparenz(en)): Transparenz(en) im Konzern, in: SETHE, ROLF/HEINEMANN, ANDREAS/HILTY, RETO M./NOBEL, PETER/ZÄCH, ROGER (Hrsg.): Kommunikation, Festschrift für R. H. Weber, Bern 2011, S. 123.
- KUNZ, PETER V. (Gesellschaftsrecht): Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 2012.
- KUNZ, PETER V. (BJR): Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 86 (2014), S. 274.
- KUNZ, PETER V. (Konzernrecht): Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016.
- LANZ, MARTIN/RYSER, ROLAND M.: Strafrechtliche Aspekte der Financial Assistance, GesKR 2008, S. 33.
- LAZOPOULOS, MICHAEL: Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss., Zürich 2004.
- LIPS-RAUBER, CHRISTINA: Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss., Zürich 2005.

- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012.
- SCHILTKNECHT, RETO: Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften (...), Diss., Bern 1996.
- SCHOTT, ANSGAR: Insihgeschäft und Interessenkonflikt, Diss., Zürich 2002.
- SCHUBARTH, MARTIN: Konzernstrafrecht: Verdeckte Vorteilszuwendungen – Konzernsanierung – Organhaftung – Unternehmenshaftung, in: ACKERMANN, JÜRG-BEAT/WOHLERS, WOLFGANG (Hrsg.): Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, S. 1.
- SOMMER, CHRISTA ALEXANDRA: Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss., Zürich 2010.
- VISCHER, MARKUS: Schadloshaltungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 12 (2003), S. 491.
- VÖGELI, EDUARD/GEIGER, ROMAN: Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften im Konzern – Zentrales Legal Management und Corporate Governance, SJZ 102 (2006), S. 73.
- VOGT, HANS-UELI/BÄNZIGER, MICHAEL: Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts (...), GesKR 2012, S. 607.
- VON BÜREN, ROLAND: Der Konzern, SPR VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005.
- VON PLANTA, FLURIN: Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss., Zürich 1988.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR: Aktienrecht, Bern 2014.