

Wirtschaftsuniversität Wien
3. Deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium
zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Wien, 24. Mai 2012

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Konzernhaftungen

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Universität Bern/Schweiz
Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Konzernrechtliche Aspekte
3. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

a) Konzernrechtskodifikation?

- Beispiele im Ausland:
v.a. Deutschland + Portugal

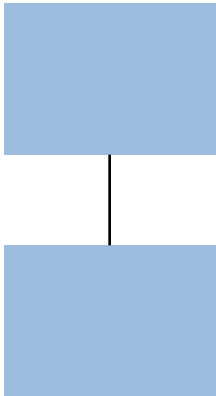
- *Schweiz*:
(wiederholte) rechtspolitische *Ablehnung* einer „zusammenhängenden“ Ordnung

- *Rechtsquellen* des Konzernrechts:
Rechtssetzung + Praxis (sc. Gerichte sowie Behörden)

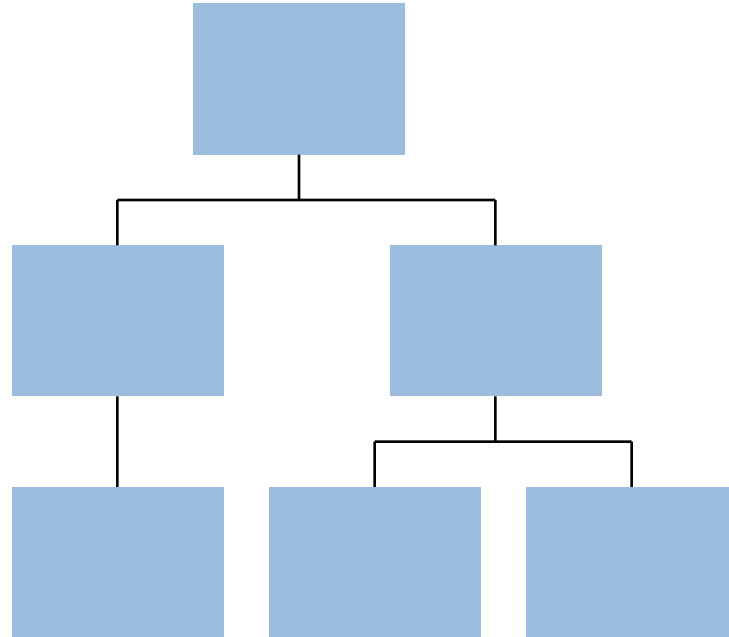
- Rechtssetzung:
Vielzahl von Einzelbestimmungen (Aktienrecht, Bankenrecht etc.)

Vorbemerkungen

a)



b)



Vorbemerkungen

b) Konzernbegriff

- *Grundverständnis* des Konzerns:
z.B. Art. 663e OR (neu: Art. 963 E-OR) – was sind *Minimalanforderungen* an Konzern?
- *Aktienrechts-Revision*:
Paradigmenwechsel vom sog. *Leitungsprinzip* zum sog. *Kontrollprinzip*...
- *Regelfall* einer *Einzelbetrachtung*:
Beispiel: „Pflichtnexus“ des VR von abhängigen Unternehmungen (+ „*Konzernhaftung*“ ...)
- *Ausnahmefall* einer *Gesamtbetrachtung*:
Beispiele: Konzernrechnung + (finanzmarktrechtliche) Aufsicht

Vorbemerkungen

Art. 663e Abs. 1 OR

«Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), so erstellt sie eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung).»

Art. 963 E-OR

«Kontrolliert eine rechnungslegungspflichtige juristische Person ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen, so muss sie im Geschäftsbericht für die Gesamtheit der kontrollierten Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) erstellen.»

Konzernrechtliche Ausgangslage

a) Haftung des Konzerns?

- Qualifikation eines Konzerns:
fehlende *Rechtspersönlichkeit*, d.h. insbesondere *keine Passivlegitimation*

- Konzern als sog. *einfache Gesellschaft*:
umstritten – z.B. PVK in ZBJV/Mai 2012; selbst bei eG unverändert

- Einzelbetrachtung v. Gesamtbetrachtung:
Konzernhaftung = „relativierte Einzelbetrachtung“ (nämlich: Durchgriff)

- Fazit:
Konzern *als solcher* haftet niemals, d.h. es gibt *keine* „Konzernhaftung“ ...

Konzernrechtliche Ausgangslage

b) Haftung der Konzerngesellschaft(en)?

- Konzern-Haftungsprinzip:
keine (konzernrechtlichen) Haftungsautomatismen

- ev. Haftung der *Obergesellschaft*:
Hauptinteresse der Gläubiger (= „deep pockets“) + Hauptverantwortlichkeit (Durchgriff etc.)

- ev. Haftung der *Untergesellschaft*:
insbesondere bei Konzernfinanzierungs-„Beihilfen“ („up-stream“ + „cross-stream“)

- Fazit:
Konzerngesellschaften haften basierend auf *eigenem* (Fehl-)Verhalten...

Konzernrechtliche Ausgangslage

c) Beistandszwang im Konzern?

- Grundverständnis:
Beistand sozusagen als „*Kehrseite*“ der Haftung im Konzern

- *rechtliche* Beistandspflicht:
Prinzip = nein; ev. bei Konzern als eG?

- *faktische* Beistandspflicht:
v.a. bei *Bankkonzernen* (bejaht in „CS-Holding“-Urteil: BGE 116 Ib 331)

- Fazit:
kein (rechtlicher) Beistandszwang im „regulären“ Konzern

Ausgewählte Anspruchsgrundlagen

a) Privatrecht

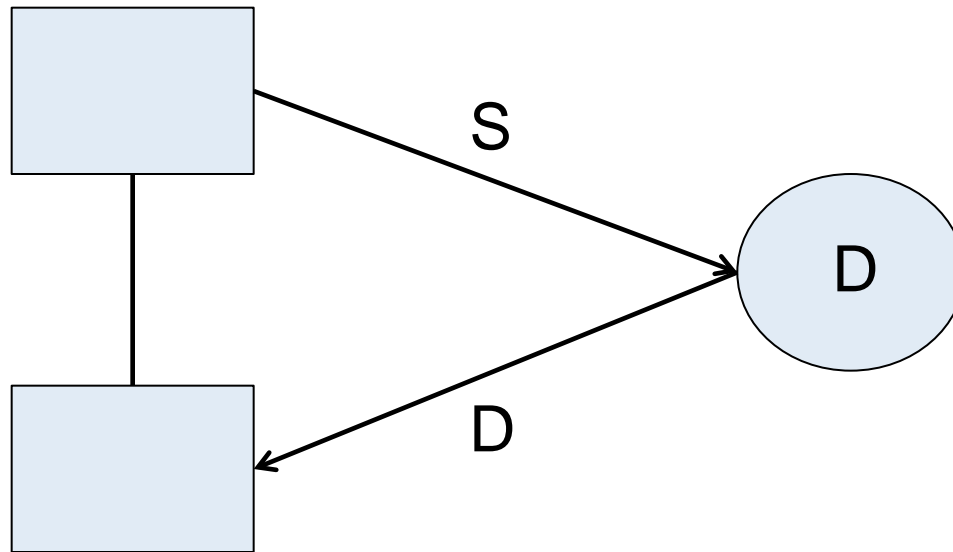
- *deliktische* Basis:
Art. 41 OR – v.a. bei „Interventionen“ von Konzernunternehmungen

- *vertragliche* Basis:
konzernexterne Finanzierungen = *Vertragsfreiheit* (Art. 20 OR)

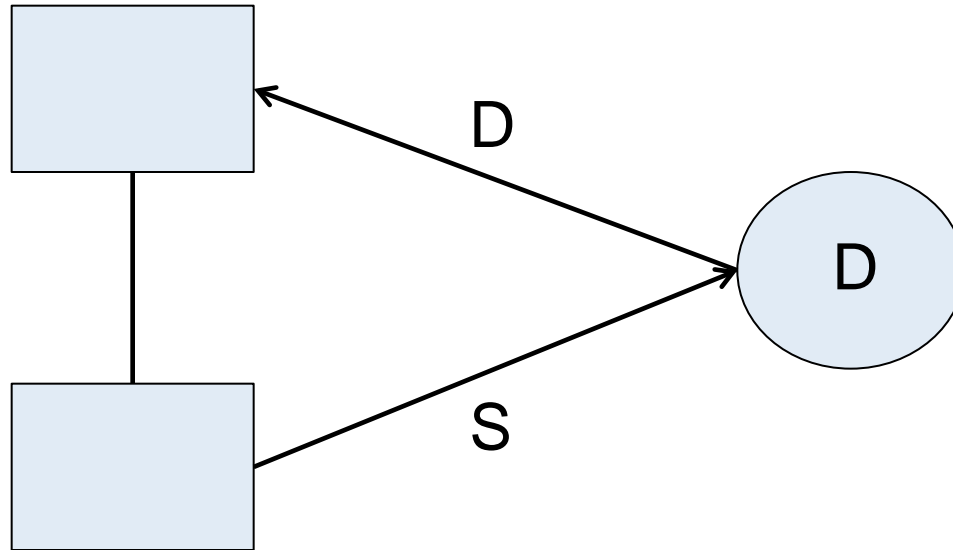
- vertragliche Besicherungen von (externen) Darlehen:
Bürgschaften + Garantien

- Spezialproblematik:
sog. *Patronatserklärungen* zugunsten Dritter

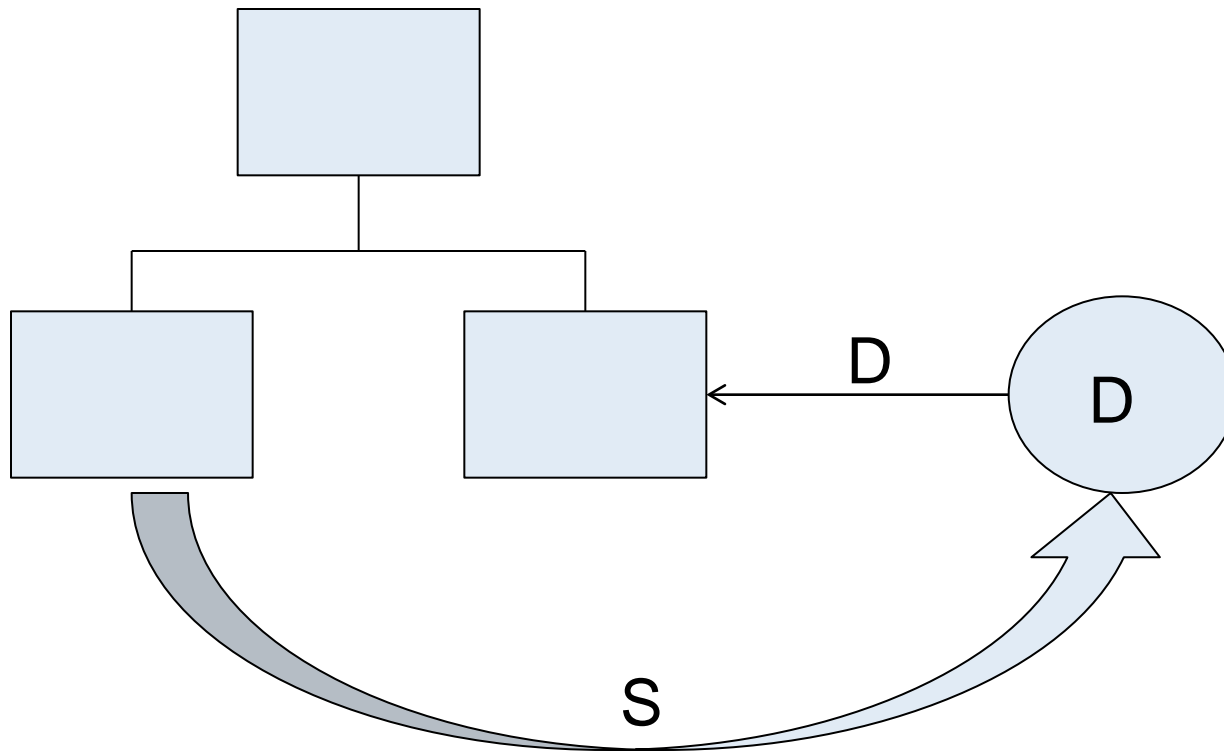
Situation „Down-Stream“



Situation „Up-Stream“



Situation „Cross-Stream“



Ausgewählte Anspruchsgrundlagen

b) Öffentliches Recht

- **Prinzip:**
sozusagen „Gleichbehandlung“ mit Privatrecht

- **Ausnahme:**
Art. 33 Abs. 4 lit. b BEG (SR 957.1)

Ausgewählte Anspruchsgrundlagen

Art. 33 Abs. 4 lit. b BEG

⁴ Die *Verwahrungsstelle haftet* für das Verschulden der Drittverwahrungsstelle wie für eigenes Verschulden, wenn diese:

- a. für die Verwahrungsstelle selbstständig und dauernd die gesamte Effektenverwaltung und die Abwicklung von Effektengeschäften erledigt;
oder
- b. mit der Verwahrungsstelle eine *wirtschaftliche Einheit* bildet.

Ausgewählte Anspruchsgrundlagen

c) Künftiges Recht

- Konzernrecht im Allgemeinen:
OR 1993 + z.B. Group de réflexion

- aktuelle „grosse“ Aktienrechtsrevision:
div. Konzernrechtsnormen, aber *Konzernhaftung ignoriert*

- umstritten:
sog. „*internationale Multis*“

- jüngste *rechtspolitische* Entwicklung:
Allianz „Recht ohne Grenzen“ = *Petition „Konzerne an die Leine“* (2011)

Ausgewählte Anspruchsgrundlagen

Petition „Recht ohne Grenzen - Klare Regeln für Schweizer Konzerne. Weltweit.“

„Wir fordern Bundesrat und Parlament auf, dafür zu sorgen, dass Firmen mit Sitz in der Schweiz die Menschenrechte und die Umwelt weltweit respektieren müssen.

Es braucht *gesetzliche* Grundlagen,

- damit *Schweizer Konzerne* für ihre Tätigkeiten, *ihre Tochterfirmen* und Zulieferer vorsorglich Massnahmen (Sorgfaltspflicht) treffen müssen, um hier und anderswo Menschenrechtsverletzungen und Umweltvergehen zu verhindern.
- damit Menschen, die durch die Tätigkeiten von Schweizer Konzernen, ihren Tochterfirmen und Zulieferern Schaden erleiden, *hier Klage einreichen* und *Wiedergutmachung verlangen* können.“

Konzernspezifisches

a) Gesellschaftsrechtliche Basis

- *Durchgriff* („piercing the corporate veil“):
z.B. BGE 108 II 213, BGE 113 II 31, BGE 130 III 495

- *materielle Organschaft* („faktisches Organ“):
z.B. BGE 114 V 218, BGE 117 II 570, BGE 128 III 29, BGE 132 III 523

- *Organhaftung*:
z.B. BGE 124 III 297, BGer 4A_306/2009

- *prinzipielle Haftungsvoraussetzung*:
Obergesellschaft zur Verantwortung gezogen für eigenes (Fehl-)Verhalten...

Konzernspezifisches

b) Konzernvertrauen (I/II)

- *Theorie:*
jüngste Form der Konzernhaftung (BGE: 1994 + 1998 + 2010)

- **Vertrauenshaftung:**
Inspiration aus Deutschland = *Oberbegriff*

- sozusagen *Unterformen:*
Culpa in Contrahendo + falscher Rat/mangelhaft Auskunft + sog. *Konzernvertrauen*

- **Reaktionen:**
erhebliche „Ängste“ bzw. *Unsicherheiten* in der Wirtschaftsrealität...

Konzernspezifisches

b) Konzernvertrauen (II/II)

- *Praxis:*
Bundesgericht (www.bger.ch) entwickelt konzernspezifische Rechtsprechung

- BGE 120 II 331:
Urteil re „Swissair“: Konzern-Hinweise in Werbung etc. (i.c. „Retail“)

- BGE 124 III 297:
Urteil re „Motor Columbus“ = Entschärfung der Bedenken gegen „Swissair“

- BGer 4A_306/2009 (nicht amtl. publ.):
Urteil re „UBS“: Anforderungen *verschärft* „unter Profis“ (z.B. Banken)

Konzernspezifisches

BGE 120 II 331, E. 5a, S. 336:

„Im Konzernverhältnis kann das in die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit des Konzerns *erweckte Vertrauen* ebenso schutzwürdig sein wie dasjenige, das sich die Partner von Vertragsverhandlungen hinsichtlich der Richtigkeit, der Ernsthaftigkeit und der Vollständigkeit ihrer gegenseitigen Erklärungen entgegenbringen. Wenn *Erklärungen der Konzern-Muttergesellschaft* bei Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft in dieser Weise Vertrauen *hervorrufen*, so entsteht deshalb eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung (...), aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben (...). Die Verletzung solcher Pflichten kann *Schadenersatzansprüche* auslösen“; Hervorhebungen hinzugefügt.

Konzernspezifisches

BGE 124 III 297, E. 5.a, S. 299 f.:

„Nach Art. 722 OR haftet die Aktiengesellschaft für den Schaden aus *unerlaubten Handlungen* (Art. 41 OR), die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht. Aufgrund dieser Vorschrift hat die *Konzern-Muttergesellschaft* unter Umständen für Eingriffe *ihrer* Organe in die Geschäftsführung der *Tochtergesellschaft* einzustehen (...). Eine derartige Organhaftung setzt allerdings voraus, dass die fraglichen Handlungen *unerlaubt im Sinne von Art. 41 OR*, mithin widerrechtlich oder zumindest sittenwidrig (Art. 41 Abs. 2 OR) sind (...), und dass die Personen, von denen die Handlungen ausgegangen sind, *sowohl* als Organe der Muttergesellschaft *als auch* als Organe der Tochtergesellschaft gehandelt haben (...).“; Hervorhebungen hinzugefügt.

Konzernspezifisches

BGer 4A_306/2009:

E. 5.1.: „Der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft hat deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und kann das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Die Muttergesellschaft hat nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und haftet bei dessen Scheitern den Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg erwächst. (...) Das *bloße Bestehen einer Konzernverbindung* vermag somit *keine Grundlage* für eine Vertrauenshaftung abzugeben. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken“; Hervorhebungen hinzugefügt.

E. 7.1.1: „Eine Haftung der Muttergesellschaft als *faktisches Organ* nach Art. 754 OR kann unter den dargestellten Voraussetzungen insbesondere eintreten, wenn die Organe der Tochtergesellschaft gleichzeitig Organe der Muttergesellschaft, mithin *Doppelorgane*, sind und sich in der Eigenschaft als Organ der Muttergesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischen und dieser dabei einen Schaden verursachen. In diesem Fall, d. h., wenn ein Organ der Muttergesellschaft von dieser als Organ in die Tochtergesellschaft eingesetzt bzw. entsandt wird, haftet sie *überdies* nach Art. 722 OR für dessen rechtswidriges Handeln als Organ der Muttergesellschaft (...)“.

Konzernspezifisches

c) Besonderheiten

- Bemessungsgrundlagen:
Einzelbetrachtung v. Gesamtbetrachtung?

- Compliance-Programme:
aktuelle *Kartellgesetz-Revision* = Lex „Schindler“...

- Prozessuale Aspekte:
Beweiserleichterung(en) = ev. Beweislastumkehr?

- *Rechtsvergleichung* zur Konzernhaftung
z.B. Europäische Union (EU) = Fall „Schindler“

Schlussbemerkungen

1. Konzernhaftung de lege lata

Es gibt heute (noch) *keine konzernrechtlichen Haftungsautomatismen* in der Schweiz, d.h. die Obergesellschaft haftet nicht unbesehen für Untergesellschaften. Haftungen *ex lege* sind äusserst selten. Die Anforderungen in der Praxis erweisen sich als *streng* (jüngst: „UBS“).

2. Allgemeine Haftungsgrundlagen

Im Vordergrund stehen *deliktische* Forderungen (selten) sowie *vertragliche* Ansprüche (v.a. *Besicherungen* von externen Konzernfinanzierungen – Bürgschaften + Garantien).

3. Konzernvertrauen

Neue Rechtsfigur im schweizerische Haftungsrecht, die bei der *Vertrauenshaftung* „aufgehängt“ wird – in Wirtschaftsrealität äusserst selten. Fragen: Liegt überhaupt ein Konzernvertrauen i.c. vor? Wird dieses Konzernvertrauen i.c. enttäuscht? Bei Profis gilt ohne Vertrag: „*selber schuld*“...

4. Konzernhaftung de lege ferenda

Heute keine (offiziellen) rechtspolitischen Bemühungen – Zukunft der *Petition* „*Allianz ohne Grenzen*“ erscheint unsicher; *Regelung prozessualer* Aspekte erscheint sinnvoll.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch