

---

● **Forum**

---

## **Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation**

Von Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown)  
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung,  
Universität Bern

### I. Einleitung

Das *Wirtschaftsrecht* stellt m. E. ein selbstständiges Rechtsgebiet dar und bildet – im Verhältnis zum Privatrecht, zum öffentlichen Recht sowie zum Strafrecht – sozusagen die «Klammer» oder sogar die «Krone». Bei dieser Metapher können *Konzernrechtsthemen* als «*Diamanten der Krone*» bezeichnet werden, nämlich dem Motto folgend: Wirtschaftsrecht ist Recht für Fortgeschrittene, und *Konzernrecht* stellt *Wirtschaftsrecht für Fortgeschrittene* dar.<sup>1</sup>

Konzernrecht findet sich bei sämtlichen wirtschaftsrechtlichen Themen, d. h., es geht um Wirtschaftsrecht jeweils aus der *Perspektive des Konzerns*. Dabei dürfen Konzerne nicht mit einzelnen Gesellschaften verwechselt oder damit gleichgesetzt werden. Vielmehr sind *Konzerne* de iure *Gruppen von («verbundenen») Unternehmungen*, also jeweils eine Mehrzahl von rechtlich selbstständigen Gesellschaften unter wirtschaftlich einheitlicher Leitung.<sup>2</sup>

Es gibt kein «Modell» für Konzernstrukturen, sondern es herrscht eine *ausserordentliche Typenvielfalt* vor.<sup>3</sup> Eine frühere Schätzung über die Zahl

---

1 PETER V. KUNZ, Klarstellungen zur Konzernhaftung, recht 29 (2011) 41.

2 Insofern sind einerseits *quantitative* Aspekte sowie andererseits *qualitative* Elemente zu berücksichtigen, nämlich das Erfordernis von mindestens zwei Konzernunternehmungen sowie die Notwendigkeit einer einheitlichen Leitung über diese Konzerngesellschaften; die Konzernleitung verbindet – sozusagen als «Leim» – die einzelnen Unternehmungen miteinander bzw. untereinander, sodass Konzerne oft als «verbundene Unternehmen» bezeichnet werden: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (10. A. Bern 2007) § 24 N 35 ff.; allg. zur Thematik: SEBASTIAN HARSCH, Die einheitliche Leitung im Konzern (Diss. Bern 2005) *passim* sowie KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht (Diss. Zürich 2004) *passim*.

3 JEAN NICOLAS DRUEY, Gesellschafts- und Handelsrecht (10. A. Zürich 2010) § 1 N 84.

von Unternehmensgruppen besagt, dass wahrscheinlich *mehr als 50%* der AG und der GmbH zu einem Konzern gehören.<sup>4</sup> Eine andere Schätzung geht dahin, dass heutzutage vermutlich sogar etwa *70% der Körperschaften* sowie *sämtliche Publikumsgesellschaften* konzerniert sind.<sup>5</sup> Unbestritten dürfte in jedem Fall sein, dass Konzerne in der Schweiz eine *enorm weite Verbreitung* haben.<sup>6</sup>

Nicht zuletzt unter diesem quantitativen Aspekt der Konzernbedeutung muss überraschen, dass zahlreiche konzernrechtliche Grundfragen durch Praxis und Lehre (noch) nicht befriedigend beantwortet wurden. Unsicherheiten bestehen hinsichtlich einiger *Rechtsqualitäten* bei Unternehmensgruppen, auf die beispielhaft – nämlich betreffend Konzernbegriff<sup>7</sup> sowie Konzernqualifikation<sup>8</sup> – eingegangen werden soll<sup>9</sup>; in der Doktrin wird seit langer Zeit insbesondere darüber gestritten, ob *Konzerne als einfache Gesellschaften* zu qualifizieren sind<sup>10</sup>.

## II. Rechtsqualitäten

### A. Begriff des Konzerns

#### 1. Gegenwart

Der Konzern als Rechtsbegriff wird in den aktuellen Wirtschaftsrechtssetzungen der Schweiz nicht abschliessend umschrieben. Immerhin kennt das *Gesellschaftsrecht* (und dabei in erster Linie das Aktienrecht) seit Beginn der 1990er-Jahren einen eigenständigen Begriff, der sich aller-

---

4 DRUEY (Fn. 3) § 1 N 85.

5 PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (Bern 2011) 176 Anm. 619.

6 Es bestehen *keine Statistiken* in diesem Bereich, und zwar als Folge der *mangelhaften Transparenz* betreffend Konzernexistenz – einerseits müssen bzw. können Unternehmensgruppen nicht im Handelsregister eingetragen werden, andererseits ist das Bestehen eines Konzerns firmenrechtlich nicht anzuzeigen.

7 Vgl. dazu hinten II. A.

8 Vgl. dazu hinten II. B.

9 Diese Ausführungen werden bei anstehenden Monografien des Unterzeichners ebenfalls integriert.

10 Vgl. dazu hinten II. B. 2.

dings von anderen Konzernbegriffen<sup>11</sup> – beispielsweise im Steuerrecht, im Kartellrecht, im Börsenrecht oder im Bankenrecht<sup>12</sup> – unterscheidet.

Art. 663e Abs. 1 OR<sup>13</sup> enthält eine *aktienrechtliche Legaldefinition*: «Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), (...)». Diese Umschreibung befindet sich im heutigen Rechnungslegungsrecht als Tatbestand der Konsolidierungspflicht. Ausserdem verwendet das Revisionsrecht denselben Ansatz<sup>14</sup>. Dieser Konzernbegriff des Aktienrechts gelangt mittels *Verweisungen* auf *andere* Unternehmensformen zur Anwendung<sup>15</sup>.

Nach Mehrheitsmeinung führte Art. 663e OR<sup>16</sup> im Rahmen der aktienrechtlichen Rechnungslegung das sog. *Leitungsprinzip* ein<sup>17</sup>. Dies bedeutet, dass eine *tatsächliche* Leitung ausgeübt werden muss, damit überhaupt von einem Konzern gesprochen werden kann.<sup>18</sup> Die blosser *Möglichkeit* zur Kontrolle einer anderen Unternehmung, die im konkreten Einzelfall indes realiter nicht wahrgenommen wird, genügt eben gerade *nicht* zur Konzernierung.

## 2. Zukunft mit teilweisem Paradigmenwechsel

Das bisherige konzern(aktien)rechtliche Prinzip zur «einheitlichen Leitung»<sup>19</sup> in einem Konzern soll im Rahmen der anstehenden Aktienrechts-

11 Übersicht: HARSCH (Fn. 2) 7 ff. m. w. H.

12 Eine Finanzgruppe setzt gemäss Art. 3c Abs. 1 BankG voraus, dass zwischen den Konzerngesellschaften eine *wirtschaftliche Einheit* oder ein (rechtlicher bzw. faktischer) *Beistandszwang* vorhanden ist; der bankenrechtliche Konzernbegriff erscheint somit zwar ähnlich, indes nicht identisch mit dem Konzernbegriff gemäss Art. 663e Abs. 1 OR – insbesondere gibt es *keine Beistandspflicht* im Gesellschaftsrecht.

13 Statt aller: BEYELER (Fn. 2) 3 ff. m. w. H.

14 Art. 728 Abs. 6 OR: «Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit erfassen auch Gesellschaften, die mit der zu prüfenden Gesellschaft oder der Revisionsstelle unter einheitlicher Leitung stehen»; bei der ordentlichen Revision von Jahresrechnungen (und allenfalls von Konzernrechnungen) muss eine umfassende Konzernunabhängigkeit beachtet werden; ausserdem: Art. 11 Abs. 1 lit. a RAG.

15 Art. 764 Abs. 2 OR: *Kommandit-AG*; Art. 801 OR: *GmbH*; Art. 858 Abs. 2 OR – gewisse *Genossenschaften*, nämlich Kreditgenossenschaften sowie konzessionierte Versicherungsgenossenschaften.

16 Obwohl sich die Bestimmung auf die *Rechnungslegung* bezieht, herrscht in der Lehre die Tendenz vor, Art. 663e OR zu *generalisieren* – dabei wird häufig übersehen, dass es verschiedene Konzernbegriffe gibt.

17 Detailliert: BEYELER (Fn. 2) 113 ff.; HARSCH (Fn. 2) 25 ff.

18 Hierzu statt aller: ROLAND VON BÜREN/WALTER STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts (3. A. Zürich 2011) N 1552.

19 Leitungsprinzip: Vgl. dazu vorne II. A. 1.

revision zumindest für die Rechnungslegung über Bord geworfen werden.<sup>20</sup> M. a. W. dürfte in Zukunft bei Konzernen und bei deren Rechnungslegung vom sog. *Kontrollprinzip* ausgegangen werden,<sup>21</sup> das ohnehin seit langer Zeit auf internationaler Ebene weit verbreitet ist.

Dieses (neue) Prinzip wird hinsichtlich der Rechnungslegung für eine Konzernierung keine tatsächliche Beherrschung mehr voraussetzen. Die Beherrschungsmöglichkeit einer anderen Gesellschaft soll vielmehr genügen.<sup>22</sup> Dies führt insbesondere dazu, dass das Bestehen eines Konzernunternehmens bzw. eines Konzerns in Zukunft *leichter beweisbar* wird. Ausserdem erweitert das Kontrollprinzip den Konsolidierungskreis im Rahmen der Konzernrechnung, was sich m. E. positiv auf den *Minderheitenschutz* auswirken dürfte.<sup>23</sup>

## B. Qualifikation des Konzerns

### 1. Konzern als juristische Person?

Der Konzern wird (im Ausland) teils als «*Gesellschaft zweiten Grades*» bezeichnet. In der Schweiz finden sich keine solchen Analogien. Bei der Umschreibung dominiert der ökonomische Aspekt (z. B. «Konzern als wirtschaftliches Phänomen»). Es dürfte unbestritten sein, dass Unternehmensgruppen *keine juristischen Personen* sind (keine AG, keine

---

20 Zum anstehenden *Paradigmenwechsel*: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (Fn. 18) N 1568.

21 Bereits unter geltendem Aktienrecht gilt das Kontrollprinzip etwa beim *Erwerb eigener Aktien* nicht durch die Obergesellschaft, sondern durch abhängige Unternehmungen (Art. 659b OR); ebenfalls schon heute ist das Kontrollprinzip bei *Bankkonzernen* anwendbar.

22 Art. 963 Abs. 1 E-OR (BBl 2008, 1800): «Kontrolliert eine rechnungslegungspflichtige juristische Person eine oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen, so muss sie im Geschäftsbericht für die Gesamtheit der kontrollierten Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) erstellen»; zur «Kontrolle» genügt gemäss Art. 963 Abs. 2 E-OR, wenn die juristische Person «direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt» (Ziff. 1) oder «direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzubrufen» (Ziff. 2) oder auf andere Weise einen «beherrschenden Einfluss ausüben kann» (Ziff. 3) – dass also die *Kontrolle realiter wahrgenommen* werden muss, wird *kein Kriterium* (mehr) sein.

23 PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht* (Habil. Bern 2001) § 14 N 16.

GmbH etc.);<sup>24</sup> umstritten ist hingegen eine Rechtsqualifikation als einfache Gesellschaft.<sup>25</sup>

Trotz fehlender Rechtssubjektivität von Unternehmensgruppen wäre es legal, dass (etwa vertraglich verbundene) Konzernunternehmen gemeinsam eine *juristische Person gründen* und in der Folge deren Gesellschafter sind. Diese neue Gesellschaft würde ebenfalls in die Gruppe integriert. Es sind Situationen denkbar, in denen eine solche «Konzernumkehrstruktur»<sup>26</sup> m. E. durchaus sinnvoll sein könnte.<sup>27</sup> M. W. bestehen in der Schweiz jedoch keine Unternehmensgruppen, die (zusätzlich) als juristische Personen organisiert sind.

## 2. *Konzern als einfache Gesellschaft?*

### a) Rechtsunsicherheiten

Konzerne stellen *nicht eo ipso* eine bestimmte Gesellschaftsform dar. Ein Konzern besteht, was seinen Begriff anbelangt,<sup>28</sup> aus einer Mehrzahl von zwar rechtlich selbstständigen, aber wirtschaftlich verbundenen Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Ob eine solche Unternehmensgruppe juristisch als *einfache Gesellschaft* gemäss Art. 530 ff. OR qualifiziert werden kann (oder sogar muss), stellt m. E. in erster Linie eine Strukturfrage dar. Regelmässig wird diese Thematik indes im Zusammenhang mit Konzernhaftung(en) debattiert.<sup>29</sup>

Die heutzutage noch h. M. spricht sich – teils ohne vertiefte Auseinandersetzung – generell *gegen* eine Rechtsqualifikation des Konzerns als einfache Gesellschaft aus.<sup>30</sup> Die juristische Fragestellung führte vor einigen Jahren zu einer heftigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung, die nach

24 Statt aller: FLORIAN S. JÖRG, *Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht*, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II* (Bern 2007) 31.

25 Vgl. dazu hinten II. B. 2.

26 *Beteiligungskonzerne* funktionieren *gerade umgekehrt*, indem die Obergesellschaft direkt oder indirekt an den Untergesellschaften beteiligt ist.

27 Bei GmbH – als Beispiel – könnten *statutarische Nebenleistungspflichten* u. Ä. vorgesehen werden.

28 Vgl. dazu vorne II. A.

29 In diesem Sinne etwa: ROLAND VON BÜREN, *Der Konzern*, SPR VIII/6 (2. A. Basel 2005) 184 f.

30 BGE 4C.217/2003 vom 29. Januar 2004; Erw. 3.3 («majorité de la doctrine»); statt aller: VON BÜREN (Fn. 29) 184 f.; PETER FORSTMOSER, *Haftung im Konzern*, in: *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht* (Bern 2000) 125 ff.; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht* (4. A. Zürich 2009) § 11 N 157 ff.

wie vor ungelöst scheint.<sup>31</sup> Einige Autoren (u. a. der Unterzeichner)<sup>32</sup> lassen – mindestens als *Ausnahme* – unter bestimmten Voraussetzungen eine Qualifikation gewisser Konzerne als einfache Gesellschaft zu.<sup>33</sup>

Gegner argumentieren m. E. oftmals (*zu*) *ergebnisorientiert*: «Die Folgen dieser These [sc. Qualifikation einer Unternehmensgruppe als einfache Gesellschaft] wären für die Gläubiger von Konzerntochtergesellschaften ebenso positiv wie für die Konzerne fatal»;<sup>34</sup> oder: «Völlig absurd und unpraktikabel wären sodann die Rechtsfolgen (...)».<sup>35</sup> Juristisch vorgebracht wird im Wesentlichen, dass im Rahmen von Art. 530 OR insbesondere ein *gemeinsamer Zweck* der Konzernunternehmen sowie ein *Gesellschaftsvertrag* fehlen.

Angesichts der erheblichen Praxisrelevanz der Fragestellung (z. B. im Hinblick auf die Konzernhaftung) überrascht, dass die Thematik (noch) zu *keinen klärenden Urteilen* geführt hat. M. W. haben weder kantonale Gerichte<sup>36</sup> noch das Bundesgericht<sup>37</sup> bis anhin Konzernhaftungsansprüche auf das Recht der einfachen Gesellschaft abgestützt; in einem Urteil aus dem Jahre 2004 hat das Bundesgericht die Frage zwar im konkreten Fall, aber *nicht generell* verneint,<sup>38</sup> sodass weiterhin auf eine höchstrichterliche Klärung gewartet wird.

---

31 Im Zentrum der damaligen Debatte: HENRY PETER/FRANCESCA BIRCHLER, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW 70 (1998) 113 ff., v. a. 117 ff.; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL HUBER, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 70 (1998) 213 ff.; VON BÜREN (Fn. 29) 184 f.; und schliesslich erneut: HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER, Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples, in: FS für R. von Büren (Basel 2009) 131 ff.

32 FORSTMOSER (Fn. 30) 127; KUNZ (Fn. 5) 180.

33 Vgl. dazu hinten II. B. 2. b).

34 FORSTMOSER (Fn. 30) 125 – dieser Autor lässt mindestens in *Ausnahmefällen* immerhin eine Rechtsqualifikation als einfache Gesellschaft («gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft oder mit anderer Begründung») zu: a. a. O. 127.

35 Hierzu: VON BÜREN (Fn. 29) 184; ähnlich pragmatisch argumentiert BÖCKLI (Fn. 30) § 11 N 164, der beispielsweise von «unhaltbaren Konsequenzen» spricht.

36 Hinweise zu kantonalen Urteilen: VON BÜREN (Fn. 29) 185 Anm. 633.

37 Für eine Rechtsqualifikation des Konzerns m. E. nicht einschlägig: BGE 124 III 297 (a. M.: VON BÜREN [Fn. 29] 185 ad Anm. 634); hierzu: JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte (Zürich 1999) 174 Anm. 76.

38 BGE 4C.217/2003 vom 29. Januar 2004: «Même si l'on ne rejetait pas d'emblée la conception des auteurs minoritaires, l'existence d'une société simple, en l'espèce, serait douteuse. En effet, la défenderesse n'est pas liée à la société en question par un contrat spécifique. Il n'apparaît pas non plus que les deux entités aient mis en commun leurs moyens dans le cadre du but qu'elles poursuivaient (...)» (Erw. 3.3).

b) Regelfall und Ausnahmekonstellationen

Stark ergebnisorientierte bzw. primär praxisfokussierte Argumente («Was nicht sein darf, kann nicht sein») vermögen die vorliegende Rechtsfrage nicht befriedigend zu beantworten, obwohl bei höchstrichterlichen Rechtsanwendungen immer wieder (zu) intensive Praktikabilitätsüberlegungen zu beobachten sind. Juristisch geht es nämlich einzig um die Entscheidung, ob ein Konzern die *Voraussetzungen einer einfachen Gesellschaft* gemäss Art. 530 Abs. 1 OR erfüllt (oder eben nicht),<sup>39</sup> nämlich: Mehrzahl von Gesellschaftern,<sup>40</sup> gemeinsamer Zweck, gemeinsame Kräfte oder Mittel sowie vertragliche Basis.

Unternehmensgruppen stellen im Regelfall de iure keine einfachen Gesellschaften dar, was die Doktrin – oft (zu) apodiktisch – erkennt. M. E. kann in *Ausnahmefällen* indes ein *Konzern als einfache Gesellschaft qualifiziert* werden (mit entsprechenden Konsequenzen),<sup>41</sup> nämlich in den folgenden, in der Wirtschaftsrealität eher seltenen Konstellationen:

Vermutungsweise bestehen einfache Gesellschaften bei sog. *Vertragskonzernen*. Die vertragliche Basis einer einfachen Gesellschaft ergibt sich aus dem Grundvertrag solcher Gruppen,<sup>42</sup> in dem beispielsweise der gemeinsame Zweck des Konzerns sowie die dafür einzusetzenden Mittel der Konzernunternehmungen vereinbart werden. Immerhin scheinen vertragliche Ausgestaltungen möglich, die eine solche Qualifikation verhindern.

Ausnahmsweise sind die in der Schweiz vorherrschenden sog. *Beteiligungskonzerne* ebenfalls einfache Gesellschaften, und zwar, wenn innerhalb einer solchen Unternehmensgruppe eine *weitgehende Interessengleichschaltung* zwischen den Konzernunternehmen erfolgt.<sup>43</sup>

Dies kann insbesondere der Fall sein (i) durch *Alleinbeteiligungen* sowie (ii) durch *Konzernklauseln*, die (iii) mit *Doppelorganschaften* ergänzt oder kombiniert werden. Ein «gemeinsamer Zweck» der Konzerngesellschaften (nämlich: Verfolgung des Konzerninteresses) erscheint in einer solchen Konstellation kaum bestreitbar.<sup>44</sup> Als «gemeinsame Mittel» genügt bereits

39 Art. 530 Abs. 2 OR ist mangels einer Regelung des Konzerns m. E. ohne Weiteres erfüllt.

40 Ein Konzern besteht *immer* aus einer *Mehrzahl* von Konzernunternehmen; ausserdem bestehen bei einfachen Gesellschaften keine Einschränkungen im Hinblick auf mögliche Gesellschafter, d. h., juristische Personen kommen – anders als bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften – ohne Weiteres in Frage.

41 Vgl. dazu hinten III.

42 Dadurch wird in jedem Fall das (allfällige) bundesgerichtliche Kriterium eines «*contrat spécifique*» erfüllt: BGE 4C.217/2003: Erw. 3.3 a. E.

43 KUNZ (Fn. 5) 180.

44 Daraus ergibt sich ein «*animus societatis*» als rechtlicher Bindungswille.

der Status der Konzernunternehmen als einfache Gesellschafter.<sup>45</sup> Eine «vertragliche Basis» liegt etwa vor, wenn die Gesellschaften gemeinsame Projekte haben.<sup>46</sup>

Im Einzelfall kann es m. E. vorkommen, dass *nicht sämtliche* Konzernunternehmungen als einfache Gesellschafter zu betrachten sind, d. h., die Rechtsqualifikation als einfache Gesellschaft bezieht sich nicht notwendigerweise auf alle Gesellschaften des Konzerns.<sup>47</sup>

### III. Schluss

Unternehmensgruppen, deren (rechnungslegungsrechtlicher) Begriff zurzeit einen grundlegenden Paradigmenwechsel erlebt,<sup>48</sup> bilden in der Schweiz keine separate Rechtskategorie à la «Gesellschaften zweiten Grades». Konzerne sind einerseits keine juristischen Personen<sup>49</sup> und stellen andererseits – im Regelfall – keine Rechtsgemeinschaften dar; in (seltenen) Ausnahmefällen kann indes m. E. ein *Konzern als einfache Gesellschaft* qualifiziert werden.<sup>50</sup>

Eine solche Rechtsqualifikation hat Folgen für die *Konzernhaftung*. Mangels Rechtsfähigkeit einer einfachen Gesellschaft haftet zwar die Unternehmensgruppe als solche nicht, doch darf ein Haftungsgläubiger – basierend auf *Art. 544 Abs. 3 OR* – gegen *jede* Konzernunternehmung vorgehen.<sup>51</sup> Ein Haftungsausschluss kann zwischen einfachen Gesellschaftern *nicht vereinbart* werden. Indes werden m. E. die Haftungsrisiken sowie sons-

---

45 Zur Beitragspflicht durch blosser *Gesellschafterstellung* (mit unbeschränkter persönlicher Haftung): MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE (Fn. 2) § 12 N 39 a. E.; in der Wirtschaftsrealität sind Konzernunternehmen ausserdem oft *unterstützend* tätig (z. B. betreffend konzerninterne Finanzierungen), was einen Beitrag darstellt.

46 Eine einfache Gesellschaft muss z. B. bejaht werden, «wenn einzelne Konzerngesellschaften sich für die gemeinsame Bearbeitung einzelner Projekte zusammenschliessen»: FORSTMOSE (Fn. 30) 127.

47 Sollten beispielsweise in einer Tochterunternehmung sog. *freie Gesellschafter* (also Gesellschafter, die nicht zu dieser Unternehmensgruppe gehören) vorhanden sein, kann diese Konzernuntergesellschaft *nicht als einfache Gesellschafterin* betrachtet werden.

48 Vgl. dazu vorne II. A. 2.

49 Vgl. dazu vorne II. B. 1.

50 Vgl. dazu vorne II. B. 2.

51 Unter dem *Aspekt von «deep pockets»* dürfte regelmässig gegen die *Konzernobergesellschaft* vorgegangen werden; ein Gläubiger könnte sich aber ebenso *irgend-eine andere* Gruppengesellschaft (allenfalls eine «Finanzierungsgesellschaft» im Konzern) aussuchen, für die *Art. 544 Abs. 3 OR* ebenfalls gilt.



tige (angebliche) «Absurditäten»<sup>52</sup> bei der Qualifikation eines Konzerns als einfache Gesellschaft überschätzt.<sup>53</sup>

Eine junge Lehrmeinung schlägt eine (rechtspolitisch wohl wenig wahrscheinliche) Klärung *de lege ferenda* vor, nämlich durch einen *neuen Absatz 3* von Art. 530 OR: «Keine einfache Gesellschaft im Sinne dieser Bestimmung bilden die zu einem Konzern verbundenen Unternehmen, sofern sich deren gemeinsame Interessen lediglich auf den Endzweck beziehen».<sup>54</sup>

---

52 Unter dem *Aspekt von «deep pockets»* dürfte regelmässig gegen die *Konzernobergesellschaft* vorgegangen werden; ein Gläubiger könnte sich aber ebenso *irgend-eine andere* Gruppengesellschaft (allenfalls eine «Finanzierungsgesellschaft» im Konzern) aussuchen, für die Art. 544 Abs. 3 OR ebenfalls gilt.

53 Zur Haftungssituation: Bei einfachen Gesellschaften haften die Gesellschafter niemals für *Delikte* und für *Rechtsgeschäfte* einzig im Rahmen der bürgerlichen Stellvertretung.

54 PATRIC ALESSANDER BRAND, Aspekte der Fremdfinanzierung im Schweizer Aktienrechtskonzern, Jusletter vom 22. August 2011, Rz. 246.