

# Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013

Herausgegeben von

Susanne Kalss, Holger Fleischer  
und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

*Susanne Kals* ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

*Holger Fleischer* ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

*Hans-Ueli Vogt* ist Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-153214-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

## Inhaltsverzeichnis

*Mathias Habersack*

Gesellschafts- und Gruppeninteresse im Recht der abhängigen AG ..... 1

*Ulrich Torggler*

Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht ..... 25

*Peter V. Kunz*

Konzernhaftungen ..... 49

Diskussion (*Julia Nicolussi / Michael Zwirchmayr*) ..... 85

*Andreas Bohrer*

Corporate Governance – eine schweizerische Sicht.  
Rechtspolitische Überlegungen aus Anlass  
des Gutachtens von Prof. Dr. Mathias Habersack  
für den 69. Deutschen Juristentag in München, 2012 ..... 89

Diskussion (*Marlies Zinner / Michael Zwirchmayr*) ..... 103

*Martin Winner*

Wertermittlung bei dominierten Transaktionen.  
Gibt es Alternativen zur Bewertung? ..... 109

*Holger Fleischer*

Unternehmensbewertung und Bewertungsabschlüsse beim  
Ausscheiden aus einer geschlossenen Kapitalgesellschaft.  
Deutschland – Österreich – Schweiz – Frankreich –  
Vereinigte Staaten ..... 137

Diskussion (*Lukas Eder*) ..... 163

*Inhaltsverzeichnis*

<i>Friedrich Rüffler</i>	
Umwandlungsrecht – Alternativmodelle .....	167
<i>Peter Jung</i>	
Planwidrige Schutzlücken im Schweizer Strukturänderungsrecht .....	179
Diskussion ( <i>Julia Told</i> ) .....	221
<i>Lars Klöhn</i>	
Die private Durchsetzung des Marktmanipulationsverbots. Europarechtliche Vorgaben und rechtsökonomische Erkenntnisse .....	229
<i>Johannes Zollner</i>	
Kursmanipulation – Einblick in das österreichische Sanktionssystem .....	251
Diskussion ( <i>Julia Nicolussi / Michael Zwirchmayr</i> ) .....	273
Autorenverzeichnis .....	277

# Konzernhaftungen

PETER V. KUNZ \*

I.	Vorbemerkungen .....	50
1.	Konzernrechtskodifikation? .....	50
2.	Konzernbegriff .....	51
3.	Verbreitete Kritik an Konzernen .....	52
II.	Konzernrechtliche Aspekte .....	53
1.	Ausgangslage .....	53
a)	Grundlagen .....	53
b)	Einzelbetrachtung v. Gesamtbetrachtung .....	56
c)	Beistandszwang im Konzern? .....	58
2.	Verschiedene Rechtsgebiete .....	62
a)	Strafrechtliche Ansprüche .....	62
b)	Privatrechtliche Ansprüche .....	67
c)	Spezialität im Bucheffektenrecht .....	71
3.	Konzern(privat)rechtliche Besonderheiten .....	72
a)	Durchgriff .....	72
b)	Materielle Organschaft .....	73
c)	Organhaftung .....	74
d)	Konzernvertrauen .....	75
e)	Weitere Haftungsformen .....	80
4.	Künftiges Recht .....	81
a)	Verzicht auf Regelung .....	81
b)	Internationale Konzerne? .....	82
III.	Schlussbemerkungen .....	82

---

\* Überarbeitete sowie erweiterte Fassung eines anlässlich des „3. Deutsch-österreichisch-schweizerischen Symposiums zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ am 24. Mai 2012 in Wien gehaltenen Referats; der vorliegende Beitrag entstand mit großer Unterstützung durch MLaw Sarah Kamber, wissenschaftliche Assistentin an meinem Lehrstuhl am Institut für nationales und internationales Wirtschaftsrecht der Universität Bern (<[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)>); der Aufsatz wurde im August 2012 abgeschlossen.

## I. Vorbemerkungen

### 1. Konzernrechtskodifikation?

In der Schweiz wird Konzernrecht als Teilrechtsgebiet sowie als „Krone“ des Wirtschaftsrechts anerkannt, indes gibt es *keine Konzernrechtskodifikation*. Es besteht also keine zusammenhängende gesetzliche Ordnung zum (wirtschaftlichen) Phänomen des Konzerns, obwohl eine Kodifikation insbesondere des Konzerngesellschaftsrechts immer wieder in Politik<sup>1</sup> und in Wissenschaft<sup>2</sup> thematisiert wird. Bei den Normen konzernrechtlicher Natur handelt es sich meist um *arbiträre Einzelregelungen* zu wirtschaftsrechtlichen Sonderfragen.

Eine Konzernrechtskodifikation wird mit der aktuellen sog. „großen“ Aktienrechtsrevision, deren Ende im heutigen Zeitpunkt nicht absehbar ist (Stichwort: „Abzocker“-Initiative), erneut nicht eingeführt werden. Dies ist m.E. zu bedauern, denn ein *legislativer Handlungsbedarf* mindestens für Teile des Konzernrechts kann wohl kaum bestritten werden<sup>3</sup>. Ein entsprechender parlamentarischer Vorstoß<sup>4</sup> wurde im Jahr 2009 abgeschrieben. Immerhin sind einige Konzernrechtsthemen kürzlich gesetzgeberisch (neu) geregelt worden, und zwar – als Beispiele – der Konzernbegriff<sup>5</sup> sowie die Konzernrechnungspflicht<sup>6</sup>.

*Aktiengesellschaften* (AG) dominieren in der Schweiz nach wie vor die Landschaft der zahlreichen Gruppenunternehmungen – sowohl quantitativ als auch qualitativ. Obwohl andere Gesellschaftsformen (z.B. Genossenschaften: „Migros“, „Coop“, „Raiffeisen“-Banken oder „Mobiliar“-Versiche-

---

<sup>1</sup> Eine Übersicht findet sich im Schlussbericht der *Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“* des EJPD vom 24. September 1993: 69 ff. (die Schaffung eines „umfassenden [formellen] Konzernrechts“ in der Schweiz hat die Expertenkommission in der Folge nichtsdestotrotz „mehrheitlich abgelehnt“: a.a.O. 78).

<sup>2</sup> Diese *rechtspolitische Debatte* wird bereits seit Jahrzehnten geführt – statt vieler: *Druey*, in: FS Koller, 1993, S. 223 ff.; v. *Graffenried*, Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung, 1976, S. 133 ff.

<sup>3</sup> M.E. sollte z.B. der *Schutz der „freien Aktionäre“* geregelt werden (etwa durch die Einführung eines eigentlichen Austrittsrechts); weiter könnte beispielsweise die *Wählbarkeit von juristischen Personen* in VR von AG vorgesehen werden (konkret: Obergesellschaft des Konzerns wird in VR der Untergesellschaft gewählt); schließlich wären *Interessenkonflikte von fiduziarischen VR* in Konzernen ein weiterer möglicher – und sinnvoller – Regelungsbereich.

<sup>4</sup> Motion 07.3479 („Schaffung eines schweizerischen Konzernrechts“) – eingereicht im Jahr 2007 – durch NR *Recordon*: „Der Bundesrat wird beauftragt, in der Dritten Abteilung des Obligationenrechts (OR) einen neuen Titel auszuarbeiten, der das Konzernrecht regelt“.

<sup>5</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.

<sup>6</sup> Als Überblick: *Kunz*, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2012, S. 210 ff.

rung) sowie die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) ebenfalls wichtig sind, liegt im Folgenden – mit Ausnahmen<sup>7</sup> – der *Fokus auf AG*.

## 2. Konzernbegriff

Konzerne dürfen nicht mit „einzelnen Gesellschaften“ gleichgesetzt werden. Vielmehr handelt es sich, etwas trivialisiert, um *Gruppen von* („verbundenen“) *Unternehmungen*, d.h. einerseits um eine Mehrzahl von rechtlich selbständigen Gesellschaften und andererseits unter wirtschaftlich einheitlicher Leitung<sup>8</sup>. Der sog. Konzernbegriff wird von Gesetzes wegen *nicht abschließend* definiert<sup>9</sup>. Das *Gesellschaftsrecht* kennt immerhin seit den 1990er-Jahren zur Rechnungslegung von Unternehmensgruppen einen eigenständigen Begriff<sup>10</sup>.

Art. 663e Abs. 1 aOR führte vor 20 Jahren eine aktienrechtliche *Legaldefinition* ein<sup>11</sup>: „Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), (...)“. Diese Umschreibung befand sich im Rechnungslegungsrecht der AG als Tatbestand zur Konsolidierungspflicht der Obergesellschaft als Rechtsfolge. Außerdem verwendet das aktuelle Revisionsrecht in Art. 728 Abs. 6 OR den gleichen Ansatz<sup>12</sup>. Der *aktienrechtliche* Konzernbegriff gelangte mittels legaler *Verweisungen* auf *andere* Unternehmensformen zur Anwendung<sup>13</sup>.

Nach Mehrheitsmeinung<sup>14</sup> führte Art. 663e aOR<sup>15</sup> für den aktienrechtlichen Konzernbegriff ursprünglich das sog. *Leitungsprinzip* ein<sup>16</sup>. Dies bedeutete, dass die *tatsächliche* Leitung ausgeübt werden musste, damit überhaupt von einem Konzern gesprochen werden konnte. Die *Möglichkeit*

<sup>7</sup> Besonderheiten bestehen v.a. beim statutarischen Beistandszwang: Vgl. dazu hinten 1.1.c)cc).

<sup>8</sup> Insofern sind *quantitative* sowie *qualitative* Elemente zu berücksichtigen; allg.: Harsch, Die einheitliche Leitung im Konzern, 2005, *passim* sowie Beyeler, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, 2004, *passim*.

<sup>9</sup> Kunz, ZBJV 148 (2012) 354, 355.

<sup>10</sup> Übersicht: Harsch (Fn. 8), S. 7 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Statt aller: Beyeler (Fn. 8), S. 3 ff. m.w.N.

<sup>12</sup> 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“.

<sup>13</sup> Art. 764 Abs. 2 OR: *Kommandit-AG*; Art. 801 OR: *GmbH*; Art. 858 Abs. 2 OR – gewisse *Genossenschaften*, nämlich Kreditgenossenschaften sowie konzessionierte Versicherungsgenossenschaften.

<sup>14</sup> Differenzierend: Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, 2001, § 14 Rn. 14 ff.

<sup>15</sup> Obwohl sich die Bestimmung auf die *Rechnungslegung* bezog, herrschte die Tendenz vor, Art. 663e aOR zu *generalisieren* – dabei wurde m.E. häufig übersehen, dass es *verschiedene Konzernbegriffe* gibt.

<sup>16</sup> Detailliert: Beyeler (Fn. 8), S. 113 ff.; Harsch (Fn. 8), S. 25 ff.

zur Kontrolle einer anderen Unternehmung, die im konkreten Einzelfall realiter nicht wahrgenommen wurde, genügte eben gerade *nicht* zur Konzernierung.

Dieses Prinzip wird hinsichtlich der Rechnungslegung durch Gesetzesrevision über Bord geworfen, d.h. es wird künftig bei Konzernen vom sog. *Kontrollprinzip* ausgegangen<sup>17</sup>. Dadurch wird für eine Konzernierung keine tatsächliche Beherrschung mehr vorausgesetzt. Die Beherrschungsmöglichkeit einer anderen Gesellschaft wird genügen<sup>18</sup>. Dies führt u.a. dazu, dass das Bestehen eines Konzernunternehmens bzw. eines Konzerns leichter beweisbar wird. Außerdem erweitert das Kontrollprinzip den Konsolidierungskreis im Rahmen der Konzernrechnung, was sich positiv auf den Minderheitenschutz auswirkt<sup>19</sup>.

### 3. Verbreitete Kritik an Konzernen

Dem Begriff „Konzern“ kommt in erster Linie *legale* Bedeutung zu, indem dieser Terminus sozusagen den Oberbegriff für eine – wie auch immer definierte – „Organisationseinheit“ darstellt<sup>20</sup>. Unbesehen dessen löst diese Begrifflichkeit v.a. bei *juristischen Laien* zahlreiche *populäre* Assoziationen (nicht zuletzt aus Filmen) aus, die oft an „Konspiration“ o.Ä. gemahnen und negativ belastet sind<sup>21</sup>: „Multis“, „Großunternehmen“, „Konglomerate“, „Banken u. Versicherungen“, „Riesenkonkurs“, „Gewinnmaximierung“, „unübersichtliche Beteiligungsverhältnisse“, „Gier“, „GV in Turnhalle“, „Boni“, „Massenentlassungen“, etc.

Konzernen haftet nicht selten ein zweifelhaftes Image an, was sie zu *rechtspolitischen Angriffsobjekten* machen kann. Dies ist gerade in der Schweiz jüngst der Fall bei einer im Jahr 2011 lancierten Allianz „Recht ohne Grenzen“, die hinsichtlich einer spezifischen *Konzernhaftung* nun-

<sup>17</sup> Hierzu statt vieler: Kunz (Fn. 6), S. 199 ff.

<sup>18</sup> Art. 963 Abs. 1 OR: „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 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 abzuberufen“ (Ziff. 2) oder auf andere Weise einen „beherrschenden Einfluss ausüben kann“ (Ziff. 3) – dass also die *Kontrolle realiter wahrgenommen* werden muss, ist *kein Kriterium* (mehr).

<sup>19</sup> Kunz (Fn. 14), § 14 Rn.16.

<sup>20</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.

<sup>21</sup> Die folgenden Assoziationen basieren auf einer informellen Umfrage im Rahmen einer Vorlesung des Unterzeichners an der Universität Bern.



mehr „Klare Regeln für Schweizer Konzerne. Weltweit“ verlangt<sup>22</sup>. Außerdem werden Unternehmensgruppen regelmäßig mit immensen Haftungssubstraten gleichgesetzt (Stichwort: „Deep Pockets“), was erst mit einem anderen, jedoch populären Negativbegriff sozusagen „gestoppt“ werden kann, nämlich „Konzerninsolvenz“.

Negative Assoziationen zu Unternehmensgruppen werden oft in *Medienbeiträgen* in der Schweiz oder im Ausland bedient (teils mit gutem Grund); Beispiele der jüngeren Vergangenheit<sup>23</sup>: „Konzerne pfeifen auf Dialog über Lohngleichheit“, „Tobacco groups challenge Australia’s new law“, „Nonchalance eines Großkonzerns“, „Ermittlungen gegen Konzerne“, „Der Tepco-Konzern erhält noch mehr Staatsgelder“, „Der Allianz-Konzern mit satten Abschreibungen“, „Telecomkonzerne in der Kostenfalle“, „French shipping group in debt moves“, „Luxus-Renten für Konzernbosse“ oder „Deutsche Konzerne wieder deutsch“.

## II. Konzernrechtliche Aspekte

### I. Ausgangslage

#### a) Grundlagen

##### aa) Haftung des Konzerns

Haftung bezweckt – nebst Schadensausgleich – Verhaltenssteuerung und nicht anders verhält es sich bei Konzernen<sup>24</sup>. Es gibt, vorbehaltlich der Problematik der Konzerninsolvenz, keinen Konzernsachverhalt der Wirtschaftsrealität, der (mindestens bei juristischen Laien) ähnlich *emotionale Reaktionen* auslöst wie das Stichwort „Konzernhaftung(en)“; dies mag allenfalls in Zusammenhang mit den generell negativen Assoziationen<sup>25</sup> betreffend Unternehmensgruppen erklärbar sein. Heute besteht eine unüberschaubare Literaturflut zur Konzernhaftung<sup>26</sup>, wobei *kein einheitliches inhaltliches* Verständnis festzustellen ist.

<sup>22</sup> Vgl. dazu hinten I.4.b); die „Kampagne *Recht ohne Grenzen*“ (getragen von immerhin ca. 50 NGO, nämlich u.a. von „Amnesty International“, „Brot für alle“, „Erklärung von Bern“, „Fastenopfer“, „Greenpeace“, „Helvetas“ und „Swissaid“) als Teil der sog. „European Campaign for Corporate Justice“ *kritisiert* verschiedene Schweizer Konzerne, nämlich etwa „Glencore“, „Nestlé“, „Novartis“ oder „Roche“.

<sup>23</sup> Es handelt sich um Titel in Medienbeiträgen in den Jahren 2011/2012.

<sup>24</sup> *Amstutz*, Überlegungen zu einem konzernorganisatorischen Haftungsrecht, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, 2007, S. 127.

<sup>25</sup> Vgl. dazu vorne I.3.

<sup>26</sup> Auswahl: *Albers-Schönberg*, Haftungsverhältnisse im Konzern, 1980; v. *Büren*, SZW 71 (1999), 54; *Brechbühl*, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, 1998; *Caflisch*, SAG 34 (1961/62), 94; *Druey*, SZW 75 (2001), 190; *Forstmoser*, Haftung im Konzern,

Die Thematik der Konzernhaftung löst häufig Missverständnisse oder *falsche Erwartungen* aus etwa bei Politikern oder bei sonstigen Laien, die wohl nicht zuletzt durch die umgangssprachliche „Familien-Terminologie“ („Mutter“, „Tochter“ etc.) verursacht sein dürften. Doch in der Schweiz gibt es keine „familienähnliche Haftungen“ mit Bezug auf Unternehmensgruppen<sup>27</sup>. Konzernhaftung stellt einen Oberbegriff<sup>28</sup> sowie einen *legalen Sammelbegriff* dar, unter den unterschiedliche Haftungsvarianten<sup>29</sup> fallen.

Zusammengefasst werden können *vier zentrale Ausgangsfragen* möglicher (privatrechtlicher) Konzernhaftungen<sup>30</sup> wie folgt: „1) Haftet bei Ausfall der Untergesellschaft die Obergesellschaft für die Verbindlichkeiten ihrer Tochter? 2) Haftet die beherrschte Gesellschaft für Verbindlichkeiten der herrschenden? 3) Haften die Organe der beherrschten Gesellschaft für Schäden, die sie in Ausübung von Weisungen der herrschenden Gesellschaft begründen? 4) Haften die Organe der herrschenden Gesellschaft persönlich aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit für bei der beherrschten Gesellschaft entstandene Schäden?“<sup>31</sup>. Weitere Fragen bzw. Haftungskonstellationen<sup>32</sup> erscheinen denkbar.

Der *Begriff* „Konzernhaftung(en)“ ist eigentlich falsch oder weckt mindestens einen falschen Eindruck, denn der Konzern als solcher kann – ins-

---

in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, 2000, 89; *Imhof*, Die Verantwortlichkeit der Konzernobergesellschaft als Ausfluss faktischer Organschaft?, 2002; *Kunz*, Klarstellungen zum Konzernhaftungsrecht 29 (2011), 41; *Kuzmic*, Haftung aus „Konzernvertrauen“, 1998; *Münch*, ZBJV 130 (1994), 767; *Risch*, Die Haftung aus Konzernvertrauen, 2009; *Sauerwein*, La responsabilité de la société mère, 2006; *Tobler*, Die Haftungsverhältnisse im verbundenen Unternehmen, 1948; *Vogel*, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft (...), 1997; *ders.*, in: FS Druey, 2002, S. 607; *Vogel/Küpfer*, Haftungsrisiken im Konzern, insbesondere bei Sanierungen, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, 2011, S. 65; *Zweifel*, in: FS Meier-Hayoz, 1972, S. 126.

<sup>27</sup> In „richtigen“ Familien (natürlicher Personen) sind hingegen gegenseitige Haftungen durchaus weit verbreitet; im Verhältnis „Eltern – Kinder“: *Unterhaltspflicht* gemäß Art. 276 ZGB; im Verhältnis „Kinder – Eltern“ oder im „Verhältnis Geschwister – Geschwister“: *Unterstützungspflicht* gemäß Art. 328 ZGB; generelle Haftung des *Familienoberhaupt*s: Art. 333 ZGB.

<sup>28</sup> *Kunz* (Fn. 26), S. 42.

<sup>29</sup> Übersichten finden sich etwa bei: v. *Büren/Stoffel/Weber*, Grundriss, Rn. 1666 ff.; *Druey*, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., 2010, § 1 Rn. 96; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 11 Rn. 450 ff.; *Forstmoser* (Fn. 26); *Zweifel*, in: FS Meier-Hayoz, 1972, S. 126, 127 ff.; zudem: *Amstutz* (Fn. 24), S. 143 ff.

<sup>30</sup> Generell: *Eschenbruch*, Konzernhaftung der Unternehmer und der Manager, 1996.

<sup>31</sup> *Jörg*, Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2007, S. 19, 102 f.; regelmäßig wird insbesondere die *erste Frage* bei der Thematik der Konzernhaftung zu beantworten versucht.

<sup>32</sup> Im Folgenden interessieren ausschließlich die Haftungen von *Konzernunternehmen* und *nicht* mögliche Verantwortlichkeiten ihrer *Organe* (z.B. VR).

besondere mangels Rechtspersönlichkeit – *überhaupt nie* haften<sup>33</sup>. Daran ändert selbst der Umstand nichts, dass in seltenen Ausnahmefällen ein Konzern als eG gemäß Art. 530 ff. OR zu qualifizieren ist<sup>34</sup>. Es geht folglich bei der Konzernhaftung bzw. bei Konzernhaftungen immer nur um die *Haftung von einzelnen Gesellschaften* der jeweiligen Unternehmensgruppe<sup>35</sup>, insofern wäre ein Terminus wie etwa „Konzerngesellschaftshaftung“ angemessener, wenn auch unüblich.

Haftung wird im vorliegenden Zusammenhang, etwas trivialisiert, gleichgesetzt mit einem *finanziellen* „Eintreten müssen“ entweder für eigenes Fehlverhalten oder für Schadensverursachung durch einen Dritten (z.B. durch „verwandte“ Gruppenunternehmungen), für die indes der Haftpflichtige ebenfalls zur Verantwortung gezogen wird. Insofern müssen bei der Konzernhaftung nebst den *privatrechtlichen* Zurechnungen<sup>36</sup> einerseits außerdem *strafrechtliche* Verantwortlichkeiten<sup>37</sup> andererseits berücksichtigt werden. M.E. gehört die Thematik der Konzernhaftung(en) somit sowohl zum Privatrecht als auch zum Strafrecht.

#### *bb) Haftung von Konzerngesellschaft(en)*

Während die Unternehmensgruppe *als solche niemals* „eintreten muss“, können einzelne Konzerngesellschaften – sei es auf privatrechtlicher oder sei es auf strafrechtlicher Basis – zur Verantwortung herangezogen werden. In der Schweiz gibt es *de lege lata keine Automatismen* der Haftung, d.h. insbesondere haften Obergesellschaften nicht ohne weiteres für Untergesellschaften<sup>38</sup>. Ein Haftungsberechtigter hat sich somit jeweils auf eine *spezifische Anspruchsgrundlage* zu berufen, die vom *Haftenden irgendwie* „verursacht“ wurde<sup>39</sup> – wobei eine bloße Konzernzugehörigkeit keine „Ursache“ darstellt.

<sup>33</sup> Anders wäre es nur, aber immerhin, wenn im Hinblick auf Konzernhaftungen eine *Gesamtbetrachtung* von Unternehmensgruppen angewendet würde: *Einsele*, ZVglRWiss 94 (1995) 125, 126.

<sup>34</sup> Vgl. dazu hinten 1.3.e); hierzu: *Kunz*, ZBJV 148 (2012) 354 ff., v.a. S. 358 ff. m.w.N.; selbst durch eine solche Rechtsqualifikation entsteht *keine Rechtspersönlichkeit*, und die Unternehmensgruppe ist nach wie vor *nicht passivlegitimiert* – die Schadensliquidation führt zu einer Belastung der einfachen Gesellschafter, d.h. zur „Umlagerung“ auf die *einzelnen Konzernunternehmungen*, die untereinander solidarisch haftbar werden: Art. 533 OR.

<sup>35</sup> Vgl. dazu hinten 1.1.a)bb).

<sup>36</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.b) sowie 1.3.

<sup>37</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.a).

<sup>38</sup> Statt aller: *Druey* (Fn. 29), § 1 Rn. 96, a.A.; *Forstmoser* (Fn. 26), S. 125 („keine Einheitshaftung“); *Kuzmic* (Fn. 26), S. 22 („Grundsatz der Nichthaftung“); es gelangt m.a.W. der *Grundsatz des „caveat creditor“* zur Anwendung: *Münch*, ZBJV 130 (1994) 767, 768.

<sup>39</sup> Die „Ursachen“ liegen z.B. in Verträgen oder in Delikten (vgl. dazu hinten 1.2.b)bb)), die von der jeweils *haftenden* Konzernunternehmung *geschlossen* oder *began-*

Es kann *nicht generell* gesagt werden, dass – wenn überhaupt – Obergesellschaften für ihre Untergesellschaften („Down-stream“) oder vice versa („Up-stream“) oder abhängige Unternehmungen untereinander („Side-stream“ bzw. „Cross-stream“) haften. Insofern erscheint folglich die „Haftungsrichtung“ *irrelevant* bei allfälligen Konzernhaftungen. In der Wirtschaftsrealität stehen jedoch in aller Regel mögliche Verantwortlichkeiten der *herrschenden* Unternehmungen<sup>40</sup> – insbesondere unter dem pragmatischen Aspekt von „Deep Pockets“ – im Vordergrund<sup>41</sup>. Doch rechtlich zwingend ist dies nicht.

### b) Einzelbetrachtung v. Gesamtbetrachtung

Konzerne beruhen auf dem sog. *Trennungsprinzip*, d.h. sämtliche Gruppen-gesellschaften führen juristische Eigenleben<sup>42</sup>. Das Bundesgericht bringt dies etwa wie folgt zum Ausdruck: „Das schweizerische Recht kennt (...) kein eigentliches Konzernrecht und behandelt jede Gesellschaft 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 Anteilnehmers zu tätigen haben“<sup>43</sup>.

Es dominiert der *Grundsatz der Einzelbetrachtung*, und nur in Ausnahmefällen erfolgt eine Gesamtbetrachtung. M.E. falsch wäre indes ein „Entweder – oder“<sup>44</sup>, denn „der Konzern (stellt) immer unter gewissen Aspekten eine *Einheit*, unter anderen aber eine *Mehrzahl von Einheiten* (dar). Alle Theorien, die generell entweder auf die eine oder die andere Seite zielen, schütten das Kind mit dem Bade aus. Die Idee selbst würde damit preisgegeben“<sup>45</sup>.

Die Lehre befasst sich *konzerndogmatisch* intensiv mit diesem „für Juristen fast unerträglichen Gemisch von „Einheit“ und Vielheit“ (...)“<sup>46</sup>, ohne

---

gen wurden – oder schließlich in einem (Konzern-)Vertrauen (vgl. dazu hinten 1.3.d)), das extern durch die in Anspruch genommene und damit *haftende* Konzerngesellschaft geweckt worden ist.

<sup>40</sup> Eschenbruch (Fn. 30), Rn. 3001 ff.

<sup>41</sup> Oftmals geht es um vertragliche Ansprüche gegenüber der Obergesellschaft beispielsweise aus Patronatserklärungen o.Ä.: vgl. dazu hinten 1.2.b)bb).

<sup>42</sup> Die folgenden thematischen Ausführungen finden sich in mehreren Publikationen des Unterzeichners; allg.: Druey (Fn. 29), § 1 Rn. 90 ff.; Bertschinger, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 1997, Rn. 293 ff. m.w.N.; Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, 1992, S. 183 ff.; v. Büren, Der Konzern, SPR VIII/6, 2. Aufl., 2005, S. 78.

<sup>43</sup> BGE 138 II 61 Erw. 4.1; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>44</sup> Kunz (Fn. 26), S. 42.

<sup>45</sup> Druey (Fn. 29), § 1 Rn. 98; Hervorhebungen im Original.

<sup>46</sup> Böckli (Fn. 29), § 11 Rn. 154.

dass überzeugende Lösungen aufgezeigt worden wären<sup>47</sup>. Pragmatisch betrachtet will das Trennungsprinzip „allen Beteiligten einen angemessenen Anteil am „Konzernkuchen“ sichern“<sup>48</sup>. Eine umfassende Gesamtbetrachtung – teils als sog. Einheitstheorie bezeichnet – muss *abgelehnt* werden<sup>49</sup>.

Eine *dogmatisch bruchlose Lösung* zum Konzern („Vielheit“ v. „Einheit“) ist *unmöglich*, d.h. ein „Spagat des Konzernrechts“<sup>50</sup> scheint unvermeidlich – nicht anders verhält es sich notabene in ausländischen Rechtsordnungen. Teilweise fließen konzernspezifische Elemente einer Gesamtbetrachtung (etwa „Konzernwissen“) in die grundsätzliche Einzelbetrachtung jeder Gruppenunternehmung ein. Bei den meisten *praxisrelevanten Konzernsachverhalten* ist von *Einzelbetrachtungen* auszugehen; als Beispiele können genannt werden: Konzernfinanzierungen<sup>51</sup> sowie – im Folgenden von Interesse – Konzernhaftungen<sup>52</sup>.

Das Trennungsprinzip wird *rechtspolitisch* z.T. kritisiert: „[Beim] Gläubigerschutz (...) wiegt der Mangel schwer, denn er gestattet es, zwischen juristisch säuberlich getrennten, ökonomisch aber zweifelsfrei zusammengehörenden Einheiten *hin und her zu jonglieren*. So können etwa Aktiven einer einzelnen Gesellschaft des Konzerns durch Verrechnung oder Dividendenzahlung innerhalb des Konzerns dem legitimen Zugriff von Gläubigern entzogen werden (...). Die Swissair-Affäre ist ein besonders krasses und bedauerliches Beispiel für diesen *Missbrauch des Prinzips der „kommunizierenden Röhren“* (...)“<sup>53</sup>.

Immer wieder kommen *singuläre Gesamtbetrachtungen* im Konzernrecht der Schweiz vor<sup>54</sup>. Eine umfassende Regelung würde m.E. jedoch die

<sup>47</sup> Übersicht zur Debatte: *Bertschinger* (Fn. 42), Rn. 293 ff.

<sup>48</sup> *Bertschinger* (Fn. 42), Rn. 296 a.E.

<sup>49</sup> Überzeugend: *Böckli* (Fn. 29), § 11 Rn. 155 f. m.w.N.; früh bereits: *Cafilisch*, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, 1960, S. 206 ff.; Hinweise: *Albers-Schönberg* (Fn. 26), S. 12; m.E. schließt dies nicht aus, gewisse *Konzerne als eG* zu qualifizieren: vgl. dazu hinten 1.3.e).

<sup>50</sup> *Jörg* (Fn. 31), S. 31 (Zwischentitel).

<sup>51</sup> Statt aller: *Kunz*, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, Bd. V, Bern 2010, S. 80 ff.

<sup>52</sup> Übersicht: *Jörg* (Fn. 31), S. 102 ff.; *Kunz* (Fn. 26); eine Ausnahme von der Regel stellt etwa die haftungsrechtliche Spezialität des Durchgriffs dar.

<sup>53</sup> Aus der *Begründung einer Motion* (Hervorhebungen hinzugefügt) zur „Schaffung eines schweizerischen Konzernrechts“ aus dem Jahr 2007, die im Jahr 2009 abgeschlossen wurde.

<sup>54</sup> Mehrheitlich wird von einer sog. *modifizierten Einheitstheorie* ausgegangen: *Cafilisch* (Fn. 49), S. 210; *Albers-Schönberg* (Fn. 26), S. 12.; *Bertschinger* (Fn. 42), Rn. 299 spricht hingegen von einem sog. *modifizierten Trennungsprinzip* – für eine Gesamtbetrachtung bzw. eine „Einheitsbetrachtung des Konzerns“ plädierend: *Nobel*, Aktiengesellschaft, Konzern und Unternehmen, in: *FS Weber*, Bern 2011, S. 160 ff. (nach eigener Einschätzung „im Lichte der Wirklichkeit“: a.a.O. 162).

Daseinsberechtigung der Unternehmensgruppe prinzipiell in Frage stellen. Es handelt sich somit zwar um *relativ seltene*, allerdings gewichtige *Ausnahmesituationen*<sup>55</sup>. Gesamtbetrachtungen werden durch Rechtssetzungen (z.B. Konzernrechnung<sup>56</sup>, konsolidierte Finanzmarktaufsichten<sup>57</sup> oder Konzernbesteuerung<sup>58</sup>) und durch Rechtsanwendungen (z.B. Durchgriff durch die Untergesellschaft auf die Obergesellschaft<sup>59</sup>, Einsichtsrecht der Aktionäre der herrschenden Gesellschaft bei abhängigen Unternehmungen<sup>60</sup> oder Wissenszurechnung im Konzern<sup>61</sup>) begründet<sup>62</sup>.

### c) Beistandszwang im Konzern?

#### aa) Inhaltliche Umschreibungen

Die Begriffe „Beistand“ oder „Beistandszwang“ oder „Beistandspflicht“ o.Ä. sind dem normativen Konzernrecht unbekannt<sup>63</sup>. Eine *konzernrechtliche Legaldefinition* findet sich weder in Rechtssetzung noch in Rechtsanwendung; im Zivil- bzw. im Familienrecht findet sich die Terminologie hingegen an verschiedenen Stellen (z.B. Art. 159 Abs. 3 ZGB [„Ehe“] oder Art. 272 ZGB [„Kindsverhältnis“]), doch m.E. dürfen Konzerne und Familien nicht gleichgesetzt werden. Verschiedene Berührungspunkte scheinen zwischen *Konzernbeistand* auf der einen Seite sowie *Konzernhaftung* auf der anderen Seite offensichtlich:

In Bezug auf Haftung sowie auf Beistand können inhaltliche *Unterschiede* festgestellt werden. Beispielsweise ist Haftung – als finanzielles „Eintreten müssen“<sup>64</sup> – „rückwärtsorientiert“, d.h. es geht primär darum, einen (entstandenen) Schaden durch einen Haftpflichtigen auszugleichen.

<sup>55</sup> Gl.M.: *Handschin* (Fn. 42), S. 183 ff., v.a. S. 186 ff.

<sup>56</sup> Konzernrechnung bzw. konsolidierte Jahresrechnung: Art. 663e ff. aOR.

<sup>57</sup> Beispiele: Art. 43 Abs. 3 FINMAG („konsolidierte Aufsicht“); Art. 18 Abs. 3 NBG („Mindestreserven auf konsolidierter Basis“) statt aller: *Vogel/Küpfer* (Fn. 26), S. 69 f.

<sup>58</sup> Beispiele: Art. 61 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 DBG; allg.: BGE 138 II 57 („verdeckte Gewinnausschüttung“).

<sup>59</sup> Hierzu: BGE 108 II 213; BGE 113 II 31; BGE 130 III 495; grundlegend: *Kobierski*, *Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht*, 2012.

<sup>60</sup> BGE 132 III 71 – diese bundesgerichtliche Rechtsprechung soll ins künftige Aktienrecht übernommen werden: Art. 697<sup>bis</sup> Abs. 3 E-OR; Botschaft: BBl 2008 1608 FN 24 sowie 1672.

<sup>61</sup> Hinweise: *Jörg* (Fn. 31), S. 96 ff.

<sup>62</sup> Ein eigentliches *Konzept für Gesamtbetrachtungen* ist zwar nicht ersichtlich – immerhin besteht m.E. bei den aktuellen Ausnahmefällen von einer Einzelbetrachtung sozusagen der „gemeinsame Nenner“ darin, dass *Missbrauchssituationen* des Trennungsprinzips *verhindert* werden sollen.

<sup>63</sup> Die folgenden Ausführungen zum Beistandszwang finden sich teils ebenfalls bei *Kunz*, *Beistandszwang in Konzernverhältnissen?*, SJZ 109 (2013) 1.

<sup>64</sup> Vgl. dazu vorne 1.1.a)aa).

Der Beistandszwang erscheint hingegen „gegenwartsorientiert“ – Beistand soll m.a.W. geleistet werden, solange es überhaupt (noch) irgend etwas „nützt“<sup>65</sup>. Eine weitere Differenz liegt bei der *Leistungsdestination* der Unterstützung<sup>66</sup>.

Daneben sind jedoch inhaltliche *Übereinstimmungen* festzustellen. Die zentrale Identität von Haftung sowie von Beistand besteht darin, dass es in erster Linie um *finanzielle* Unterstützungen geht. Allfällige sonstige „Hilfestellungen“ im Konzern – gerade etwa in personeller Hinsicht (Doppelorganschaften<sup>67</sup> etc.)<sup>68</sup> oder unter sonstigen Aspekten (z.B. gemeinsame Konzernrechtsdienste) – sind indes weder als Haftung noch als Beistand innerhalb der Unternehmensgruppe zu qualifizieren. Es kann m.E. durchaus gesagt werden, dass Haftung sowie Beistandszwang *zwei Seiten derselben Medaille* darstellen.

#### *bb) Faktisches sowie Rechtliches*

Prinzipiell unterschieden werden muss für Unternehmensgruppen zwischen *faktischen* Beistandszwängen einerseits sowie *rechtlichen* Beistandszwängen andererseits. Im konzernrechtlichen Zusammenhang bedeutet „faktisch“ bzw. tatsächlich, dass Konzernunternehmungen andere Gruppengesellschaften finanziell unterstützen, ohne dass sie rechtlich verpflichtet sind, d.h. im Grundsatz freiwillig; hingegen meint „rechtlich“, dass – notabene unbesehen der konkreten juristischen Basis<sup>69</sup> – ein klagbarer Rechtsanspruch besteht.

In der Schweiz besteht ein sog. *faktischer Beistandszwang* zwischen Konzernunternehmungen<sup>70</sup> einzig als (äußerst seltene) Ausnahme von der Regel. M.W. erstmals im Jahr 1990 wurde eine solche Zwangssituation

---

<sup>65</sup> Es handelt sich nicht um (reguläre) Finanzierungen, sondern vielmehr um das Bewältigen einer *finanziellen Krisensituation*; insofern besteht eine inhaltliche Verwandtschaft zur Konzerninsolvenz.

<sup>66</sup> Während bei der Haftung die *geschädigte* Partei (also im Konzernverhältnis ein Dritter) die Leistung erhält, geht beim Beistand die Unterstützung nicht an einen geschädigten Dritten, sondern an die sozusagen „*beistandsbedürftige*“ Partei (also im Konzernverhältnis ein anderes Gruppenunternehmen).

<sup>67</sup> Doppelorganschaften haben zwar funktionale Gründe, doch spielen sie ebenfalls eine gewichtige Rolle im Hinblick auf Konzernhaftungen: Vgl. dazu hinten 1.3.c).

<sup>68</sup> Teilweise werden *Arbeitnehmer* innerhalb eines Konzerns „*ausgeliehen*“, wobei m.E. keine Gesamtbetrachtung möglich ist – die Personalstrategie wird durch die herrschende Unternehmung vorgegeben; allg.: *Geiser/Uhlig*, ZBJV 139 (2003), S. 757 ff.

<sup>69</sup> Als *rechtliche* Grundlagen kommen v.a. das *Gesetz* auf der einen Seite sowie *privatautonome Abreden* (also: Vertrag oder Statuten) auf der anderen Seite in Frage.

<sup>70</sup> Idealtypischerweise geht es um Beistand der *Obergesellschaft* zugunsten einer oder mehrerer abhängigen Unternehmungen im Konzern, also um „Down-stream“-Situationen; es kommen aber durchaus ebenfalls z.B. „Side-stream“-Situationen vor (etwa Schwestergesellschaften): BGE 116 Ib 341 Erw. 3. b.

vom Bundesgericht bejaht mit BGE 116 Ib 331 („CS Holding“)<sup>71</sup>, und zwar in Bezug auf einen *Bankkonzern* („Credit Suisse“). Allfällige legale Konsequenzen einer Erwartungshaltung<sup>72</sup> gegenüber einer Unternehmensgruppe ergeben sich v.a. infolge einer *öffentlichen Wahrnehmung* des Konzerns als wirtschaftliche Einheit<sup>73</sup>:

„Wie die Eidgenössische Bankenkommission [EBK, heute: FINMA] zutreffend festhält, besteht ein *faktischer Beistandszwang* einer Bank gegenüber einem anderen Unternehmen des Bank- und Finanzbereichs grundsätzlich dann, wenn aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen eine *derart enge Verbindung* zwischen beiden Gesellschaften hergestellt wird, dass sie als Bestandteile derselben wirtschaftlichen Einheit bzw. Unternehmung erscheinen<sup>74</sup>; selbst eine sog. negative Patronatserklärung<sup>75</sup> hätte nichts geändert<sup>76</sup>.

Dieses Urteil des Bundesgerichts, das i.c. einen faktischen Beistandszwang als Ausnahme bejahte<sup>77</sup>, jedoch in der Doktrin scharf kritisiert wurde<sup>78</sup>, darf *nicht überschätzt* werden; m.E. darf der Entscheid *nicht verallgemeinert* werden<sup>79</sup>. Einerseits ging es ausschließlich um einen *Bankkonzern*, und Finanzgruppen werden – gerade in der Erwartungshaltung des Publikums (Stichwort: „Bank Run“) – oftmals anders betrachtet bzw. behandelt

---

<sup>71</sup> Hierzu: *Druey/Vogel*, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, 1999, S. 128 ff.; *Weber*, SZW 82 (2010) 469, 477 f.; im Wesentlichen bestätigt mit: BGE 4A\_188/2008 v. 9. September 2008: Erw. 5.2.

<sup>72</sup> Allg.: *Abegglen*, in: FS v. Büren, 2009, S. 657, 673.

<sup>73</sup> Diese Wahrnehmung kann sich ergeben z.B. aus gemeinsamer Kennzeichnung oder aus Verflechtungen auf Ebene des Eigenkapitals oder des Personals; insofern besteht ein gewisses Näheverhältnis zum Haftungstatbestand des *Konzernvertrauens*: vgl. dazu hinten 1.3.d).

<sup>74</sup> BGE 116 Ib 339 Erw. 3. a.; Hervorhebungen hinzugefügt – und weiter: „Wer wen beherrscht, ist dabei nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, dass ein allfälliger Zusammenbruch der CS First Boston einen Vertrauensschwund für die Schweizerische Kreditanstalt zur Folge hätte, den sie mit allen Mitteln abzuwenden trachten müsste, was mit *finanziellem Beistand an die Schwestergesellschaft* zu geschehen hätte“ (a.a.O. 341 Erw. 3. b.); Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>75</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.b)cc).

<sup>76</sup> BGE 116 Ib 342 f. Erw. 6.

<sup>77</sup> Das Ergebnis wurde insbesondere mit einer *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* im Bereich des *Konzernfinanzmarktrechts* begründet: „Es liegt auf der Hand, dass für die Beurteilung der sich in einem atypischen Bankkonzern für eine der Aufsicht [sc. EBK bzw. FINMA] unterstehende Bank aus dem wirtschaftlichen Verbundsystem ergebenden Risiken eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an Stelle einer formalrechtlichen Betrachtung Platz zu greifen hat“ (BGE 116 Ib 339 Erw. 3. a).

<sup>78</sup> Statt aller: *Forstmoser* (Fn. 26), S. 124 („Der Entscheid ist sicher kein Meisterwerk“).

<sup>79</sup> Ähnlich: *Forstmoser* (Fn. 26), S. 125.



als beispielsweise Industriekonzerne<sup>80</sup>. Andererseits stand bei der konkreten Rechtsfolge nicht eine Haftung im Vordergrund<sup>81</sup>, sondern eine *aufsichtsrechtliche* Maßnahme<sup>82</sup>.

Ein sog. *rechtlicher Beistandszwang* zwischen Gruppengesellschaften besteht, mindestens von Gesetzes wegen<sup>83</sup>, de lege lata basierend auf Konzernrecht *nicht*. Das Bundesgericht hielt unmissverständlich fest: „Eine allgemeine rechtliche Beistandspflicht der Muttergesellschaft hat die Vorinstanz zu Recht verneint (...)“<sup>84</sup>. Ausnahmen kommen – in der Wirtschaftsrealität relativ selten – einzig basierend auf *privatautonom* Abmachungen (sc. Verträge der Gesellschafter oder Statuten der Gesellschaften) vor<sup>85</sup>.

### cc) Privatautonome Aspekte

Konzerne sind, etwas trivialisiert, *legale „Netzwerke“*, mittels deren zwischen allen oder zwischen einzelnen Gruppenunternehmungen mehr oder weniger intensive „Verflechtungen“ begründet werden<sup>86</sup>. Im Vordergrund der Unternehmensgruppe stehen *Verträge* einerseits sowie *Beteiligungen* andererseits. Rechte und Pflichten von Konzerngesellschaften (und teils von konzernfremden Dritten) haben deshalb meist eine vertragliche Basis oder eine statutarische Grundlage – nicht anders verhält es sich bei *privatautonom* Beistandszwängen. In der Wirtschaftsrealität ist dies m.E. nicht selten der Fall.

Ein (erster) rechtlicher Beistandszwang innerhalb eines Konzerns kann sich aus *vertraglichen* Pflichten ergeben. In Frage kommen beispielsweise Gesellschafterverträge zwischen Gruppenunternehmungen (ABV o.Ä.) sowie Garantien o.Ä.; ein privatautonomer Beistandszwang (und eine spätere

---

<sup>80</sup> BGE 116 Ib 337 „Der Bankkonzern wird nämlich stärker als der Industrie- oder Handelskonzern als wirtschaftliche Einheit wahrgenommen“; zu Finanzkonzernen: Weber, SZW 82 (2010) 469, 476 ff.

<sup>81</sup> Hervorgehoben mit BGE 4A\_188/2008 vom 9. September 2008: Erw. 5.2.

<sup>82</sup> Diese bundesgerichtliche *Rechtsanwendung* hat sich in finanzmarktkonzernrechtlichen *Rechtssetzungen* niedergeschlagen, nämlich erstmals im Jahr 1994 in Art. 13a Abs. 1 aBankV (AS 1995 253) sowie aktuell in Art. 3c Abs. 1 lit. c BankG („rechtlich verpflichtet oder faktisch gezwungen [...], Gruppengesellschaften beizustehen“) sowie in Art. 12 Abs. 2 BankV (AS 2006 4307), und zwar wie folgt: „Ein Beistandszwang (...) kann sich aufgrund anderer Umstände ergeben, insbesondere aufgrund: a. personeller oder finanzieller Verflechtungen; b. der Verwendung einer gemeinsamen Firma; c. eines einheitlichen Marktauftritts; oder d. von Patronatserklärungen“.

<sup>83</sup> Kunz, ZBJV 148 (2012), 354, 356 Rn.12.

<sup>84</sup> BGE 4A\_188/2008 vom 9. September 2008: Erw. 5.2; aus der Lehre: Forstmoser (Fn. 26), S. 125.

<sup>85</sup> Vgl. dazu hinten 1.1.c)cc).

<sup>86</sup> Statt vieler: Amstutz (Fn. 24), S. 130 ff.

Haftung) kann sich zudem aus Patronatserklärungen<sup>87</sup> ergeben. Mangels empirischer Erkenntnisse steht kaum Allgemeingültiges fest.

Ein (zweiter) privatautonomer Ansatz sind *statutarische* Pflichten zum konzerninternen Beistand. Auf entsprechende finanzielle Unterstützungen können einerseits AG als Gruppengesellschaften – heute nach wie vor die zentrale Konzerngesellschaftsform – zwar *nicht* verpflichtet werden<sup>88</sup>, doch gegenteilig verhält es sich andererseits in erster Linie bei GmbH sowie bei Genossenschaften. Bei GmbH sowie bei Genossenschaften können Beistandszwänge statutarisch durch *Nachschusspflichten* im Sinne von Art. 795 OR sowie von Art. 871 OR begründet werden<sup>89</sup>. M.E. erscheint es zudem nicht ausgeschlossen, aus sog. *Konzernklauseln* – selten in der Wirtschaftsrealität – eine Beistandspflicht abzuleiten<sup>90</sup>.

## 2. Verschiedene Rechtsgebiete

### a) Strafrechtliche Ansprüche

#### aa) Unternehmensverantwortlichkeit

Die verbreitete Kritik an (internationalen) Konzernen<sup>91</sup> ist nicht zuletzt mit zahlreichen realen oder vermeintlichen „Skandalen“ zu erklären, bei denen Haftungsdebatten und Strafverfolgungsdiskussionen geführt wurden, und zwar *de lege lata* sowie *de lege ferenda*<sup>92</sup>. Konzerne werden in Verbindung gebracht z.B. mit Schädigungen aus Großrisiken („Fukushima“, „Bhopal“, „Amoco Cadiz“<sup>93</sup> etc.), mit Bestechungen oder mit unzulässigen Preis-

<sup>87</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.b)bb); re Beistandszwang: *Forstmoser* (Fn. 26), S. 125.

<sup>88</sup> Art. 680 Abs. 1 OR: „Der Aktionär [sc. eine Gruppenunternehmung mit Beteiligung an einer anderen Konzerngesellschaft] kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag“ – mit dieser Regelung sind z.B. *statutarische Nachschusspflichten* zugunsten von AG (sic!) als Konzernunternehmen *ausgeschlossen* (ebenso Haftungen: Vgl. dazu hinten 1.2.b)aa)).

<sup>89</sup> Zur *GmbH* etwa Art. 772 Abs. 2 OR/Art. 776a Abs. 1 Ziff. 1 OR sowie Art. 795 Abs. 2 OR: „Sehen die Statuten eine Nachschusspflicht [zugunsten von GmbH] vor, so müssen sie den Betrag der mit einem Stammanteil verbundenen Nachschusspflicht festlegen. Dieser darf das Doppelte des Nennwertes des Stammanteils nicht übersteigen“ (zu den materiellen Voraussetzungen: Art. 795a ff. OR); zur *Genossenschaft* insbesondere Art. 833 Ziff. 5 OR/Art. 837 OR sowie Art. 871 Abs. 2 OR: „Die Nachschusspflicht [zugunsten von Genossenschaften] kann unbeschränkt sein, sie kann aber auch auf bestimmte Beträge oder im Verhältnis zu den Mitgliederbeiträgen oder den Genossenschaftsanteilen beschränkt werden“.

<sup>90</sup> Generell zu sog. *statutarischen Konzernklauseln* etwa: *Beyeler* (Fn. 8), S. 64 ff.

<sup>91</sup> Vgl. dazu vorne 1.1.c).

<sup>92</sup> Vgl. dazu hinten 1.4.b).

<sup>93</sup> Hierzu: *Antunes*, in: FS Lutter, 2000, S. 995, 996.

absprachen<sup>94</sup>. Hierbei bestehen *Überschneidungen* zwischen Haftung und Strafverfolgung<sup>95</sup>.

Bei Haftungen geht es um privatrechtliche Schadenersatzansprüche<sup>96</sup>, und bei strafrechtlichen Verantwortlichkeiten handelt es sich um öffentlich-rechtliche Ansprüche des Gemeinwesens. Im konzernrechtlichen Zusammenhang stehen für betroffene Gruppenunternehmungen keine Freiheitsstrafen, sondern *Buß*en oder *Geldstrafen* zur Diskussion, die beispielsweise zugunsten Geschädigter verwendet werden können (Art. 73 Abs. 1 lit. a StGB i.V.m. Art. 102 StGB). Unter diesen spezifischen Aspekten können m.E. ausgewählte *strafrechtliche* Aspekte unter der Thematik „Konzernhaftung“ abgehandelt werden<sup>97</sup>.

Für den Bereich des eigentlichen Kernstrafrechts galt lange Zeit das römischrechtliche Prinzip, dass *juristische Personen nicht strafbar* sind („societas delinquere non potest“)<sup>98</sup>. Diese Regel scheint nunmehr national und international überholt zu sein<sup>99</sup>. Im Jahr 2003 führte Art. 102 StGB unter dem Titel: „Verantwortlichkeit des Unternehmens“ eine Ordnung ein, die nicht zuletzt für Konzerne bedeutsam ist<sup>100</sup>. Es wird eine *sekundäre* Verantwortlichkeit<sup>101</sup> sowie eine *primäre* Verantwortlichkeit<sup>102</sup> von „Unternehmen“ vorgesehen.

---

<sup>94</sup> Im Jahr 2011 erließ die Bundesanwaltschaft betreffend den französischen „Alstom“-Konzern eine Einstellungsverfügung gegen die Muttergesellschaft und erteilte der schweizerischen Tochtergesellschaft eine Buße in Höhe von CHF 2,5 Mio. wegen Bestechungen in Lettland, in Tunesien und in Malaysia; hierzu: *Nadelhofer de Canto*, Millionenbuße gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, GesKR 1/2012, S. 129 ff.

<sup>95</sup> *Heine*, Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen (...)*, Basel 2007, S. 93 ff.

<sup>96</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.b) sowie 1.3.

<sup>97</sup> Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf *juristische Personen* als Konzernunternehmen; generell ausser Acht bleiben hingegen allfällige strafrechtliche Aspekte für inkriminierte Angestellte von Unternehmensgruppen (sc. *natürliche* Personen).

<sup>98</sup> Dieser strafrechtliche Grundsatz gelangt(e) nicht allein in der Schweiz, sondern in einer Mehrzahl ausländischer Rechtsordnungen zur Anwendung.

<sup>99</sup> Grundlegend zur Thematik statt vieler: *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, 1995.

<sup>100</sup> Hierzu: *Heiniger*, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, 2010; zudem: *Niggli/Gfeller*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, 2007, S. 151, 168 ff.; *Schubarth*, Konzernstrafrecht: Verdeckte Zuwendungen – Konzernsanierung – Organhaftung – Unternehmenshaftung, in: *Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis*, 2008, Rn. 71 ff.

<sup>101</sup> Art. 102 Abs. 1 StGB: „Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner

Konzernstrafrechtlich stellt sich die Grundfrage, ob Unternehmensgruppen als „Unternehmen“ gemäß Art. 102 StGB zu qualifizieren sind<sup>103</sup>. Konzerne sind nämlich nicht ausdrücklich als mögliche Täter erwähnt<sup>104</sup> und fallen nicht unter lit. a, lit. b oder lit. d von Art. 102 Abs. 4 StGB; als (einfache) „Gesellschaft“ (lit. c) können Konzerne nur, aber immerhin in Ausnahmefällen<sup>105</sup> bezeichnet werden. Trotzdem wendet ein Teil der Lehre die Bestimmung auf Konzerne an<sup>106</sup>: „Dies hat zur Folge, dass die Konzernleitungsgesellschaft für in ihren abhängigen Gesellschaften begangene Straftaten [finanziell] einzustehen hat (...)“<sup>107</sup>.

### bb) Bemessungsfaktoren

Bei strafrechtlichen Aspekten erscheint nicht allein das Prinzip der Strafbarkeit als solches maßgeblich (sc. Anwendbarkeit von Art. 102 StGB), sondern – mindestens bei Bejahung des Grundsatzes – außerdem die konkreten Bemessungsfaktoren einerseits sowie mögliche Verteidigungen andererseits. Nicht anders verhält es sich bei Unternehmensgruppen.

Für den Fall, dass Art. 102 StGB auf Konzerne also anwendbar sein sollte<sup>108</sup>, müssen *Bemessungsfaktoren* für strafrechtliche Sanktionen ermittelt werden. Im Vordergrund stehen sowohl die Schwere der Tat als auch der Organisationsmangel sowie der angerichtete Schaden. Außerdem soll

---

bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Buße bis zu 5 Millionen Franken bestraft“.

<sup>102</sup> Art. 102 Abs. 2 StGB: „Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260<sup>ter</sup>, 260<sup>quinquies</sup>, 305<sup>bis</sup>, 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quinquies</sup> oder 322<sup>septies</sup> Absatz 1 oder um eine Straftat nach Artikel 4a Absatz 1 lit. a UWG, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern“.

<sup>103</sup> Hierzu: *Heiniger*, (Fn. 100); *Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, 2006, S. 131 ff.

<sup>104</sup> Art. 102 Abs. 4 StGB enthält eine *Legaldefinition* der entsprechenden Unternehmen, nämlich „a. juristische Personen des Privatrechts; b. juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften; c. Gesellschaften; d. Einzelunternehmen“.

<sup>105</sup> Vgl. dazu hinten 1.3.e).

<sup>106</sup> Detailliert: *Heiniger* (Fn. 100), Rn. 436 ff.; generell: *Niggli/Gfeller* (Fn. 100), S. 168 ff.; *Schubarth* (Fn. 100), Rn. 79 ff.; m.E. gelangt dadurch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise („contra legem“) bzw. eine voraussetzungslose *Gesamtbetrachtung* des Konzerns zur Anwendung, die gerade im Strafrecht problematisch erscheint; kritisch ebenfalls: *Forster* (Fn. 103), S. 136 ff. (es gibt also *keine* „strafrechtliche Konzernzustandshaftung“: a.a.O. 136); *Ryser*, Outsourcing – Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung, 2006, Rn. 382 ff.

<sup>107</sup> *Heiniger* (Fn. 100), Rn. 461.

<sup>108</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.a)aa).

die Buße nach der *wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit* des Unternehmens bemessen werden (Art. 102 Abs. 3 StGB). M.E. kann unter diesem Aspekt u.a. die konsolidierte Jahresrechnung bzw. die Konzernrechnung herangezogen werden.

Allfällige *Konzerngewinne* stellen allerdings nur einen möglichen Bemessungsfaktor für Bussen dar; insbesondere sind Gewinne keine Schranke und bilden keine Verteidigung gegen Strafverfolgung (bei Art. 102 StGB geht es folglich um „wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ und nicht um „Profitabilität“). Somit dürfen oder müssen weitere Faktoren – etwa: *Konzernumsätze* oder *Anzahl der Konzernmitarbeiter* – berücksichtigt werden.

Die heftigsten Kontroversen<sup>109</sup>, immerhin seit mehr als 40 Jahren, lösten bis anhin sog. *Kartellbußen* innerhalb der EU<sup>110</sup> aus<sup>111</sup>, und zwar v.a. in Bezug auf Bemessungsfaktoren sowie auf Compliance innerhalb der Unternehmensgruppe als Verteidigung<sup>112</sup>. Debattiert werden Verfügungen bzw. Entscheide – als Beispiele<sup>113</sup> – re „Akzo Nobel“<sup>114</sup> oder re „Schindler“<sup>115</sup>; im Wesentlichen gelten sämtliche Konzernunternehmungen als „Haftungseinheit“<sup>116</sup>. Im Kartellstrafrecht der EU werden Vorkehrungen zur *Compliance nicht als Verteidigung* zugelassen<sup>117</sup>, was gerade in der Schweiz kritisch beurteilt wird<sup>118</sup>.

---

<sup>109</sup> Statt aller: *Hofstetter/Ludescher*, in: FS v. Büren, 2009, S. 485 (zum Vorwurf einer „Konzernsippenhaftung“: a.a.O. 487 m.w.N. in FN 2; a.M.: *Kokott/Ditterf*, WuW 62 (2012) 670, 675 ad FN 33).

<sup>110</sup> Hinweise: *Hopt*, Haftung im Konzern offenbart Lücken des Europarechts, Handelsblatt Nr. 187 (2011) 18; zudem: *Heiniger* (Fn. 100), Rn. 473 ff.; *Hofstetter/Ludescher*, in: FS v. Büren, 2009, S. 485, 487 ff.: generell: *Heinemann*, in: FS v. Büren, 2009, S. 595, 598 f.

<sup>111</sup> Kartellbußen sind „strafrechtsähnlicher Natur“: *Kokott/Ditterf*, WuW 62 (2012) 670, 671; theoretische Basis dürfte die sog. „Enterprise-Theorie“ (dazu: *Antunes*, in: FS Lutter, 2000, S. 995, 1001 f.; *Landwehr*, Die Durchgriffshaftung in konzernverbundenen Gesellschaften, 2000, S. 103 ff.) sein.

<sup>112</sup> Vgl. dazu hinten I.2.a)cc); zur Entwicklung in der EU: *Karst*, WuW 62 (2012) 150; allg.: *Verse*, ZHR 175 (2011) 401.

<sup>113</sup> Übersicht: *Kokott/Ditterf*, WuW 62 (2012) 670.

<sup>114</sup> Rechtssache C-97/08 P vom 10. September 2009: Rn. 55 ff., v.a. Rn. 58 ff.; in diesem Zusammenhang etwa: *Hofstetter/Ludescher*, in: FS v. Büren, 2009, S. 485, 488 f.

<sup>115</sup> Die EU-Kommission verhängte im Jahr 2007 eine Buße in Höhe von *Euro 144 Mio.*, die in der Folge gerichtlich bestätigt wurde; „Schindler“ wehrte sich dagegen im Jahr 2011: Rechtssache C-501/11 P sowie C 347/19 f. (der siebte Rechtsmittelgrund betrifft die „Mithaftung der Muttergesellschaft“).

<sup>116</sup> *Kokott/Ditterf*, WuW 62 (2012) 670, 672.

<sup>117</sup> In diesem Sinne: *Hofstetter/Ludescher*, in: FS v. Büren, 2009, 493 m.w.N.; differenzierend: *Karst*, WuW 62 (2012) 150 ff. und v.a. S. 156.

<sup>118</sup> Vgl. dazu hinten I.2.a)cc).

### cc) Compliance als Verteidigung

Bei *Compliance* handelt es sich um ein Organisationskonzept<sup>119</sup> mit Rechtsfolgen, durch das Gesellschaften die Einhaltung von Regulierungen (und von Selbstregulierungen) sowie von allfälligen internen Ordnungen sicherzustellen versuchen<sup>120</sup>. Dadurch sollen u.a. *Risiken minimiert* werden, die z.B. aus „Gesetzesverstößen“ resultieren. Compliance spielt seit jeher im *Bankenrecht* eine wichtige Rolle, wird aber nunmehr ebenfalls im *Kartellrecht* einerseits<sup>121</sup> sowie seit einiger Zeit im *Konzernrecht* andererseits<sup>122</sup> intensiv debattiert.

Wegen einer EU-Buße in Höhe von mehr als Euro 140 Mio. gegen „Schindler“<sup>123</sup> im Zusammenhang mit einem „Liftkartell“ wurde in der Schweiz rechtspolitische Kritik laut, die in der Folge eine Art von *konzernstrafrechtlicher Compliance-Verteidigung* bei Kartellrechtsverstößen postulierte<sup>124</sup>. Ein späteres Mitglied des VR von „Schindler“ brachte im Jahr 2007 einen politischen Vorstoß ins Eidgenössische Parlament ein<sup>125</sup>, der zu folgendem Kartellgesetzentwurf führte („lex Schindler“)<sup>126</sup>:

„Vorkehrungen zur Verhinderung von Verstößen gegen das Kartellgesetz, die das Unternehmen getroffen hat und die seiner Größe, Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sind, sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen, wenn sie vom Unternehmen nachgewiesen werden“ (Art. 49a Abs. 2 E-KG)<sup>127</sup>. Das Anliegen wurde und wird in der Doktrin meist wohlwollend betrachtet<sup>128</sup>. M.E. bleiben indes *viele Fragen offen* für die Rechts-

<sup>119</sup> Allg.: *Buff*, Compliance (...), Diss. Zürich 2000; *Kellerhals*, in: FS v. Büren, 2009, S. 535.

<sup>120</sup> Zudem können damit *ethische* Aspekte verbunden sein.

<sup>121</sup> *Kellerhals*, in: FS v. Büren, 2009, S. 535, 543 ff. sowie S. 546 ff.; *Heinemann*, in: FS v. Büren, 2009, S. 595, 619 ff.

<sup>122</sup> Zur Rechtslage in Deutschland: *Verse*, ZHR 175 (2011) 401.

<sup>123</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.a)bb).

<sup>124</sup> Detailliert: *Hofstetter/Ludischer*, in: FS v. Büren, 2009, S. 485, 494 ff.; Compliance soll im vorliegenden Zusammenhang somit gegen *strafrechtliche* Ansprüche schützen; die Thematik „Compliance“ wird aber in weiteren wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten diskutiert – z.B. im *Bankenaufsichtsrecht* oder im *Gesellschaftsrecht* (beispielsweise re Verantwortlichkeit des VR).

<sup>125</sup> Motion 07.3856 („Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht“) durch StR *Schweiger*; im Vordergrund stand eine *Sanktionsbefreiung*, doch entschied sich der NR bei der Behandlung für eine bloße *Sanktionsminderung*.

<sup>126</sup> Kritik (v.a. an den personellen „Verflechtungen“ von „Schindler“ mit der Politik): *Vonplon*, Geheimmission im Bundeshaus, HZ 34 (2012) 9.

<sup>127</sup> Botschaft: BBI 2012 3931 f. sowie 3959 f.; Gesetzesentwurf: BBI 2012 3996 f.

<sup>128</sup> Etwa *Heinemann*, in: FS v. Büren, 2009, S. 595, 619: „Bei suboptimalen, aber ernsthaften Anstrengungen sollte die Sanktion zumindest reduziert werden können“ – jedoch gegen den „Vorschlag vollständiger Exkulpation“ (a.a.O. 620); kritischer: *Kokott/Dittert*, WuW 62 (2012) 670, 678: „Ein Compliance-Programm, das offenkundig nicht

anwendung<sup>129</sup>, was der Rechtssicherheit (nicht zuletzt in Konzernen) nicht förderlich ist.

## b) Privatrechtliche Ansprüche

### aa) Normatives

Haftung bedeutet, etwas trivialisiert, dass ein „Dritter“ für „nicht eigenes“ Verhalten finanziell einzustehen hat. Dass – als Beispiel – ein Darlehensnehmer seine eigene Vertragspflichten (z.B. vertragliche Rückzahlungsobligation) zu erfüllen hat, bedarf keiner weiteren Begründung. *Rechtssetzungen* sehen hingegen *keine spezifischen* Haftungsgrundlagen im Konzern vor – immerhin mit Ausnahme des Bucheffektenrechts<sup>130</sup>. Insofern sind primär die beiden *regulären Grundlagen des OR* beachtlich (also: Vertrag sowie Delikt)<sup>131</sup>.

Etwas *differenzierter* fällt hingegen die *gesellschaftsrechtliche* Analyse zur Haftung von Konzerngesellschaften aus Beteiligungen aus, d.h. also nicht aus rechtsgeschäftlichen Vernetzungen innerhalb einer Unternehmensgruppe. Maßgeblich erscheint erneut die normative Ausgangslage. Einerseits hängt die Antwort nach der Haftung von Gruppenunternehmungen allerdings davon ab, um *welche Konzerngesellschaftsform* es geht (nämlich: AG auf der einen Seite oder GmbH bzw. Genossenschaften anderer Seite)<sup>132</sup>; andererseits handelt es sich nicht um eine Haftung ex lege, sondern um eine *statutarische* Regelung.

### bb) Vertrag sowie Delikt

Wer sich aus Vertrag (sc. Art. 1 ff. OR) zu einer finanziellen Leistung verpflichtet, etwa zur Rückzahlung eines Darlehens, muss sich auf dieser Obligation „behaften“ lassen<sup>133</sup>. Nichts anderes ergibt sich aus Verträgen,

---

zum gewünschten Erfolg geführt hat, ist auf den ersten Blick keine besonders überzeugende Verteidigung in einem Kartellverfahren“; zudem: *Verse*, ZHR 175 (2011) 401.

<sup>129</sup> Unklar sind z.B. die *Anforderungen* an solche „Vorkehrungen“ bzw. an ein „Compliance“-Konzept („angemessen“); ausserdem darf es nicht genügen, einzig sog. *Check-Listen* „abzuarbeiten“.

<sup>130</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.c).

<sup>131</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.b)bb).

<sup>132</sup> Sollte es sich bei einer Gruppengesellschaft z.B. um eine AG – die häufigste Konzernunternehmung – handeln, besteht *keine Haftung* für andere Konzerngesellschaften, die als Aktionäre daran beteiligt sind: „Die Aktionäre (...) haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich“ (Art. 620 Abs. 2 OR); allg.: *Albers-Schönberg* (Fn. 27), S. 120 ff.; *Groner*, SJZ 101 (2005) 1; zudem bereits: *Tobler* (Fn. 26), S. 87 ff., v.a. S. 96 ff.; *Woernle*, Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen AG, 1970.

<sup>133</sup> Generell zu Konzernverhältnissen: *Kuzmic* (Fn. 26), S. 34 ff.; bereits: *Tobler* (Fn. 26), S. 58 ff.

die von *Konzernunternehmen* abgeschlossen wurden. In der Praxis z.B. der Konzerntfinanzierung<sup>134</sup> ergibt sich jedoch regelmäßig, dass sich Gruppenunternehmen für andere Konzerngesellschaften zur Leistung verpflichten.

In aller Regel geht es bei konzernrechtlichen „Dritthaftungen“ („Besicherungen“, „Personalsicherheiten“ o.Ä.)<sup>135</sup> um herrschende Unternehmen der Gruppe, doch – im Prinzip – kommt jede Gesellschaft in Frage. Eine erste Grundlage bilden *Bürgschaften* (Art. 492 ff. OR)<sup>136</sup>. Eine zweite Basis kann sich aus *Garantien* gemäß Art. 111 OR<sup>137</sup> ergeben, wobei „Erklärungen“ der Obergesellschaft jeweils nach dem Vertrauensprinzip zu interpretieren sind; zur Auslegung von Werbeaussagen gilt für Konzernverhältnisse: „Die Übernahme einer Garantiehaftung darf (...) nicht leichthin angenommen werden“<sup>138</sup>.

Als weitere „Dritthaftung“ nebst Bürgschaften oder Garantien kommen *Patronatserklärungen* – meist der Obergesellschaft<sup>139</sup> – in Frage, die legislativ nicht geregelt sind. Ein eigentliches Rechtsinstitut ist nicht bekannt, d.h. es gibt nicht „die“ Patronatserklärung, sondern die *Auslegung der „Erklärung“* ist maßgeblich. Es kann sich um eine vertragliche Haftung handeln – oder eben: „tertium datur“<sup>140</sup>. Während Bürgschaften und Garantien zwangsläufig rechtsverbindlich sind<sup>141</sup>, trifft dies auf Patronatserklärungen nicht immer zu.

Nebst Vertrag kann sich schließlich eine Haftung der herrschenden Gesellschaft ebenfalls aus *Delikt* bzw. aus unerlaubter Handlung (Art. 41

<sup>134</sup> Allg.: Kunz, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Kunz et al. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, 2010, S. 45, 80 ff.

<sup>135</sup> Statt vieler: *Risch* (Fn. 26), S. 163 ff.

<sup>136</sup> Art. 492 Abs. 1 OR: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen“.

<sup>137</sup> Art. 111 OR: „Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet“ („Vertrag zu Lasten eines Dritten“).

<sup>138</sup> BGE 120 II 334 Erw. 3.a.; im konkreten Fall wurde beispielsweise selbst die Verwendung des *Unternehmens-Logos* auf *Briefpapier* und auf *Titelseiten von Werbebroschüren* nicht als ausreichend für einen Vertrag qualifiziert – zudem: „Aus der werbemäßigen Betonung der Konzernzugehörigkeit (...) allein und *ohne ausdrückliche Zusage* aber durfte die Klägerin nicht schließen, die Beklagte wolle eine Garantieverpflichtung eingehen. Die Beklagte trifft daher keine vertragliche Haftung“ (a.a.O. 335 Erw. 3.b.; Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>139</sup> *Altenburger*, Die Patronatserklärungen als „unechte“ Personalsicherheiten, 1978, S. 39 sowie S. 96 ff.

<sup>140</sup> Vgl. dazu hinten 1.2.b)cc).

<sup>141</sup> Der zentrale legale Unterschied liegt darin, dass *Garantien nicht akzessorisch* zur Hauptschuld sind, wohingegen sich *Bürgschaften als akzessorisch* erweisen, d.h. nur der Bürge, aber nicht der Garant kann allenfalls Einreden aus dem Grundverhältnis geltend machen; weiterführend: *Wiegand*, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, in: *Personalsicherheiten*, 1997, S. 175 ff.



OR)<sup>142</sup> ergeben. Eine Obergesellschaft kann z.B. aus deliktischem Verhalten von *Doppelorganen* bei einer Tochtergesellschaft zur Verantwortung gezogen werden<sup>143</sup>: „Aufgrund [von Art. 722 OR] hat die Konzern-Muttergesellschaft unter Umständen für *Eingriffe ihrer Organe* in die *Geschäftsführung der Tochtergesellschaft* einzustehen“<sup>144</sup>. Für eine solche Organhaftung der herrschenden Unternehmung müssen indes weitere Voraussetzungen erfüllt sein<sup>145</sup>.

Das allfällige deliktische Verhalten von Muttergesellschaften in Bezug auf Untergesellschaften kann *verschiedene „Interventionsformen“* annehmen (z.B. Anstiftung, Gehilfenschaft oder Mittäterschaft). Für den Fall, dass die Obergesellschaft – als Beispiel – die Untergesellschaft negativ beeinflusst mit dem Ziel eines Vertragsbruchs, liegt ein Delikt vor<sup>146</sup>; sollte die Handlung bzw. Intervention, die bei Dritten zu einer Schädigung führt, zwar „nicht widerrechtlich, sondern lediglich unanständig, sittenwidrig im weitesten Sinne“ sein<sup>147</sup>, kann die herrschende Unternehmung trotzdem haftbar werden<sup>148</sup>.

### cc) *Dichotomie?*

Traditionellerweise werden privatrechtliche Haftungsansprüche binär entweder auf *Vertrag* oder auf *Delikt* abgestützt<sup>149</sup>. Dabei erweist sich diese praxisrelevante<sup>150</sup> „Zuordnung“ nicht immer als klar oder als unbestritten, denn es bestehen konzeptionelle „Grauzonen“ zwischen Vertrag sowie

---

<sup>142</sup> Art. 41 Abs. 1 OR: „Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“; generell: *Zweifel*, in: FS Meier-Hayoz, 1972, S. 126, 131; v. *Planta*, Die Haftung des Hauptaktionärs, 1981, S. 88 f.; *Kuzmic* (Fn. 26), S. 43 ff.; im Detail: *Handschin* (Fn. 42), S. 293 ff.

<sup>143</sup> Organhaftung: Art. 722 OR i.V.m. Art. 41 OR.

<sup>144</sup> BGE 124 III 299 Erw. 5.a.

<sup>145</sup> Insbesondere wird *vorausgesetzt*, dass die in Frage stehende Person sowohl Organ der Obergesellschaft als auch Organ der Untergesellschaft und außerdem ihr Verhalten widerrechtlich (Art. 41 Abs. 1 OR) oder sittenwidrig (Art. 41 Abs. 2 OR) war: BGE 124 III 299 Erw. 5.a. a.E. (weder der sog. Gefahrensatz noch Art. 2 ZGB können zur Begründung der Widerrechtlichkeit herangezogen werden: a.a.O. 300 ff. Erw. 5.b./c.); eine deliktische Haftung wurde i.c. ebenfalls abgelehnt: BGE 120 II 335 Erw. 4.

<sup>146</sup> *Yilmaz*, Die Verantwortlichkeit im Konzern nach schweizerischem, türkischem und deutschem Recht, 1988, S. 88 m.w.N.

<sup>147</sup> *Handschin* (Fn. 42), S. 298.

<sup>148</sup> Art. 41 Abs. 2 OR: „Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt“; anders als bei Art. 41 Abs. 1 OR genügt *Fahrlässigkeit nicht* für eine Haftbarkeit.

<sup>149</sup> Zur Entwicklung dieser Dichotomie: *Immenhauser*, Das Dogma von Vertrag und Delikt – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung, 2003.

<sup>150</sup> Die Bedeutung liegt z.B. in den Unterschieden bei *Verjährungsfristen* sowie bei *Beweislasten*.

Delikt<sup>151</sup> – dies ist erkennbar beispielsweise<sup>152</sup> beim *Konzernvertrauen*, das als (neue)<sup>153</sup> Anspruchsgrundlage in der Rechtsprechung begründet wurde<sup>154</sup>.

Die Doktrin hat in den letzten Jahren verschiedene *Konzepte zur Ausdehnung* der Konzernhaftung entwickelt, die mindestens teilweise zu heftigen Debatten geführt haben. Der Meinungsstreit zur allfälligen Qualifikation von *Konzernen als eG* (oder eben nicht)<sup>155</sup> kann am besten in diesem haftungsrechtlichen Kontext verstanden werden<sup>156</sup>. Eine weitere wissenschaftliche Auseinandersetzung zur Konzernhaftung fand statt bei der Frage, inwiefern „*Konzernerklärungen*“ ein Konzernvertrauen zu begründen vermögen (oder eben nicht)<sup>157</sup>.

Gewisse sog. *Patronatserklärungen* der Obergesellschaft<sup>158</sup> können ausnahmsweise als Verträge<sup>159</sup> qualifiziert werden – und andere eben nicht<sup>160</sup>, d.h. sie befinden sich ebenfalls sozusagen in einer konzeptionellen „Grauzone“ und sind insbesondere *nicht* notwendigerweise rechtsverbindlich (z.B. als „Letters of Intent“ oder als „Letters of Awareness“)<sup>161</sup>.

Ob vertragliche Pflichten bestehen oder ob Rechtsunverbindlichkeit anzunehmen ist, hängt von den *konkreten* Erklärungen ab, d.h. es gibt nicht einfach „die“ Patronatserklärung<sup>162</sup>. In der Wirtschaftsrealität werden meist verschiedene *Klauseln* unterschieden (teils als „Keep Well Agreements“

<sup>151</sup> Beispielsweise wird bei sog. *Gefälligkeiten* in der Schweiz (nach wie vor) eine *deliktische* Haftung angenommen: BGE 137 III 543 ff. Erw. 5; außerdem: SJZ 108 (2012) 21 f.; m.E. können Gefälligkeiten im *Verhältnis unter Konzerngesellschaften* ebenfalls vorkommen – jedoch meistens selten.

<sup>152</sup> *Brechbühl* (Fn. 26), S. 98 ff.

<sup>153</sup> Kritisch: *Widmer*, ZSR 120 (2001) 101 f.

<sup>154</sup> Vgl. dazu hinten 1.3.d).

<sup>155</sup> Vgl. dazu vorne 1.3.e).

<sup>156</sup> Insbesondere v. *Büren* (Fn. 42), S. 184 f. behandelt diese *Strukturfrage* als Thema der Konzernhaftung.

<sup>157</sup> Vgl. dazu hinten 1.3.e); im Detail: v. *der Crone/Walter*, SZW 73 (2001) 53.

<sup>158</sup> Allg.: *Altenburger* (Fn. 139); *Müllhaupt*, SAG 50 (1978) 109; *Nobel*, Patronatserklärung und ähnliche Erscheinungen im nationalen und internationalen Recht, in: Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstagung, Bd. 4, 1997, S. 55; *Schnyder*, SJZ 86 (1990) 57; *Risch* (Fn. 26), S. 143 ff.; als Überblick: *Böckli* (Fn. 29), § 11 Rn. 496 ff.; zudem: *Geigy-Werthemann*, in: FS zum schweizerischen Juristentag, 1973, S. 21.

<sup>159</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.b)bb).

<sup>160</sup> Statt vieler: *Loser*, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, 2005, Rn. 847 ff.; *Schnyder*, SJZ 86 (1990) 57, 58.

<sup>161</sup> *Geigy-Werthemann*, in: FS zum schweizerischen Juristentag, 1973, S. 21, 25 ff.; *Yilmaz* (Fn. 146), S. 86 ff.

<sup>162</sup> Die in Frage stehende Patronatserklärung muss *ausgelegt* werden: *Müllhaupt*, SAG 50 (1978) 109, 111 f.; es gibt „weiche“ und „harte“ Erklärungen: *Nobel* (Fn. 158), S. 69 ff. („Eiertanz“).

o.ä. bezeichnet)<sup>163</sup>, nämlich etwa<sup>164</sup> „Veranlassungsklauseln“, „Beibehaltung der Beteiligung“, „Ausstattung mit hinreichendem Eigenkapital“, „vertragkonforme Einflussnahme“ sowie „Information über relevante Entwicklungen“.

### c) Spezialität im Bucheffektenrecht

Eine *Besonderheit de lege lata* zur Konzernhaftung findet sich im *Bucheffektenrecht*, d.h. bei der mediatisierten Wertpapierverwahrung<sup>165</sup>. In diesem Bereich spielen sog. Verwahrungsstellen gemäß Art. 4 BEG eine zentrale Rolle<sup>166</sup>. Verwahrungsstellen sind im Grundsatz für ihre Tätigkeiten privatrechtlich haftbar im Rahmen von Art. 33 Abs. 1 BEG, wobei diese *Haftbarkeit eingeschränkt* werden kann durch „Einschaltung“ einer sog. Drittverwahrungsstelle<sup>167</sup> bzw. durch entsprechende Delegation (Art. 33 Abs. 2 BEG)<sup>168</sup>.

Sozusagen als Gegen Ausnahme zu dieser Ordnung gibt es für Verwahrungsstellen allerdings *keine Haftungsbeschränkung* bei allfälligen *Konzernverhältnissen*: „Die Verwahrungsstelle haftet für das Verschulden der Drittverwahrungsstelle wie für eigenes Verschulden, wenn diese: (...) b. mit der Verwahrungsstelle eine wirtschaftliche Einheit bildet“ (Art. 33 Abs. 4 lit. b BEG). Insofern besteht eine *gesetzliche Konzernhaftung* zulasten der *delegierenden* Verwahrungsstelle<sup>169</sup>. M.W. besteht keine vergleichbare Regelung im (privatrechtlichen) Konzernhaftungsrecht der Schweiz.

<sup>163</sup> Auswahl: *Böckli* (Fn. 29), § 11 Rn.497; *Brechbühl* (Fn. 26), S. 118 ff.; *Risch* (Fn. 26), S. 161 f.; *Schnyder*, SJZ 86 (1990) 57 sowie S. 59 f.

<sup>164</sup> Eine Erklärung, dass *keine Unterstützung gewährt* wird (*negative Patronatserklärung*) wurde im *aufsichtsrechtlichen* Entscheid „CS Holding“ (BGE 116 Ib 342 f. Erw. 6) als nicht ausreichend bzw. als nicht glaubwürdig qualifiziert: Vgl. dazu vorne 1.1.c)bb).

<sup>165</sup> Allg.: *Kunz*, Legislative Aktivitäten im Finanzmarktrecht – zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG), in: *Anlagerecht*, SBT 2007 – Schweizerische Bankrechtstagung 2007, 2007, S. 25.

<sup>166</sup> Inländische Verwahrungsstellen sind insbesondere *Finanzintermediäre* (also Banken, Effektenhändler, Fondsleitungen etc.: Art. 4 Abs. 2 BEG), die als wesentliche Tätigkeit für Personen oder Personengesamtheiten sog. *Effektenkonten* führen (Art. 4 Abs. 1 BEG).

<sup>167</sup> Drittverwahrungsstellen sind *Verwahrungsstellen für (andere) Verwahrungsstellen*: Art. 5 lit. a BEG.

<sup>168</sup> Bei Verwahrung von Bucheffekten bei Drittverwahrungsstellen *haften* delegierende Verwahrungsstellen *ausschließlich* „für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion der Drittverwahrungsstelle sowie bei der Überwachung der dauernden Einhaltung der Auswahlkriterien“ (Art. 33 Abs. 2 BEG), was eine Ausnahme vom Grundsatz der Haftung der Verwahrungsstelle darstellt; eine vergleichbare *Haftungsbeschränkung* auf sog. „*curae in eligendo, in instruendo et in custodiendo*“ findet sich beispielsweise ebenfalls im Gesellschaftsrecht, nämlich bei der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 Abs. 2 OR).

<sup>169</sup> Botschaft BEG: BBl 2006 9384; hierzu: *Kunz*, in: *Basler Kommentar zum Wertpapierrecht*, 2012, Rn. 4 zu Art. 4 BEG; *ders.*, (Fn. 165), S. 53 Fn. 164 – m.E. spielt es

### 3. Konzern(privat)rechtliche Besonderheiten

#### a) Durchgriff

Der sog. *Durchgriff* („piercing the corporate veil“)<sup>170</sup> stellt ein national sowie international bekanntes Rechtsinstitut insbesondere des Gesellschaftsrechts sowie des Steuerrechts dar<sup>171</sup>. In den meisten Staaten ergibt sich die Basis – notabene im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise<sup>172</sup> – aus Rechtsanwendungen (z.B. in der Schweiz und in Deutschland), teils jedoch auch aus Rechtssetzungen (Beispiel: China). Es geht um einen *privatrechtlichen* Anspruch, der sich weder aus Vertrag noch aus Delikt ergibt. Mit dem Durchgriff soll verhindert werden, dass eine Gesellschaft *rechtsmissbräuchlich* „vorgeschoben“ wird<sup>173</sup>.

Unternehmensgruppen gelten als eine „der klassischen Spielwiesen für Durchgriffsüberlegungen“<sup>174</sup>. Im *konzernrechtlichen* Zusammenhang können beispielsweise Gläubiger von Untergesellschaften versucht sein, durch ihre Schuldner sozusagen „hindurchzugreifen“ auf deren Obergesellschaft<sup>175</sup>. Bei Konzernen erscheint besonders gefährlich, wenn rechtlich selbständige Gesellschaften realiter nicht als rechtliche selbständige Unternehmungen, sondern sozusagen als „Teile eines Ganzen“ behandelt werden; beispielsweise gehört das Gesellschaftsvermögen der Tochtergesellschaft nicht einfach der Muttergesellschaft.

Im Jahr 2011 hielt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang fest (BGE 137 III 550: „Givaudan“)<sup>176</sup>: „Selon la doctrine, il existe une *confusion des sphères* [sog. Sphärenvermischung] lorsqu’extérieurement, l’identité d’une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société-mère, au d’autres termes lorsqu’une *apparence d’unité* est créée par des *signes extérieurs* tels que des raisons sociales identiques ou très sembla-

---

keine Rolle, ob die Verwahrungsstelle die Obergesellschaft oder eine Untergesellschaft im Konzern ist.

<sup>170</sup> Auswahl: BGE 108 II 213; BGE 113 II 31; BGE 130 III 495; BGE 137 III 550; Literatur: *Dennler*, *Durchgriff im Konzern*, 1984; *Kobierski* (Fn. 59); spezifisch zu Konzernsituationen etwa: *Landwehr* (Fn. 111); *Sauerwein* (Fn. 26), S. 301 ff.; *Kuzmic* (Fn. 26), S. 97 ff.; *Forstmoser* (Fn. 26), S. 131 f.; zudem: *Caflich*, SAG 34 (1961/61) 94, 96 ff.; *Groner*, SJZ 101 (2005) 1, 4 ff.; rechtsvergleichend (USA und Deutschland): *Landwehr* (Fn. 111).

<sup>171</sup> *Kobierski* (Fn. 59).

<sup>172</sup> Die *dogmatische* Begründung bleibt umstritten – statt vieler: *Vogel/Küpfer* (Fn. 26), S. 65, 86; *Dennler* (Fn. 170), S. 27 ff.

<sup>173</sup> Beispiel: BGE 137 III 552 Erw. 2.3.1 („abus de droit“).

<sup>174</sup> *Forstmoser* (Fn. 26), S. 89, 131; zudem: *Einsele*, ZVglRWiss 94 (1995) 125, 126 f.; *Druey/Vogel* (Fn. 71), S. 59 ff.

<sup>175</sup> Bei dieser Konstellation geht es um einen sog. *direkten Durchgriff* im Konzern.

<sup>176</sup> Rezension: *Wintsch/Reichart*, GesKR 2/2012, S. 287; für eine deutsche Übersetzung des französischen Originaltextes: Pra 101 (2012) Nr. 41.

bles, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques“<sup>177</sup>. Eine solche *Sphärenvermischung* kann einen Durchgriff nahelegen<sup>178</sup>.

### b) Materielle Organschaft

Bei der sog. *materiellen Organschaft* („faktisches Organ“ o.Ä.)<sup>179</sup> geht es um privatrechtliche haftungs- bzw. Verantwortlichkeitsansprüche, und zwar weder aus Vertrag noch aus Delikt, sondern auf *gesellschaftsrechtlicher* Basis (Art. 754 ff. OR)<sup>180</sup>. Mit der Geschäftsführung einer Gesellschaft „befasst“ sind nicht allein formelle Organe (z.B. VR), sondern außerdem materielle bzw. faktische Organe<sup>181</sup>. Der materielle Organbegriff wird durch die Intensität des Einflusses auf Willensbildungen bestimmt, wobei das Problem beim „Maßstab“ liegt. Rechtsprechung<sup>182</sup> sowie Doktrin befassen sich seit Jahrzehnten mit der Thematik.

Lange Zeit war in Praxis und in Lehre *umstritten*, ob eine herrschende Unternehmung *überhaupt* als faktisches Organ einer abhängigen Unter-

---

<sup>177</sup> BGE 137 III 553 Erw. 2.3.2; der Leitsatz aus Pra 101 (2012) Nr. 41 lautet wie folgt: „Der Anschein der Einheit kann durch äußerliche Anzeichen wie identische oder sehr ähnliche Firmen oder identische Sitze, Räumlichkeiten, Organe, Angestellte oder Telefonnummern erweckt werden. Im vorliegenden Fall wurde eine Sphärenvermischung angenommen, welche dem Verletzten erlaubte, sowohl von der Mutter- als auch von der Tochtergesellschaft Schadenersatz zu verlangen“; i.c. wird in der Doktrin teils argumentiert, dass es sich *nicht* um einen *Durchgriff*, sondern um eine *Rechtsscheinhaftung* handle: *Wintsch/Reichart*, GesKR 2/2012, S. 287, 289 f. m.w.N.

<sup>178</sup> Für eine Beweislastumkehr: *Woernle* (Fn. 132), S. 76 f.; weitere Indizien sprechen für ein missbräuchliches „Vorschieben“ (und damit für einen Durchgriff), nämlich etwa die *Unterkapitalisierung einer abhängigen* Gesellschaft; statt aller: *Vogel/Küpfer* (Fn. 26), S. 65, 87 ff.; *Denkler* (Fn. 170), S. 56 ff.

<sup>179</sup> Teils wird in der Lehre zwischen faktischem Organ und materiellem Organ differenziert: *Vogel* (Fn. 26), S. 263 f.; generell zur Situation in Konzernen: *Vetter/Gutzwiller*, GesKR 2/2010, S. 224, 226 ff.

<sup>180</sup> Hierzu: *Sauerwein* (Fn. 26), S. 13 ff.; v. *Planta* (Fn. 142), S. 83 ff.

<sup>181</sup> Art. 754 Abs. 1 OR: „(...) Alle mit der Geschäftsführung (...) befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen“.

<sup>182</sup> Als faktische bzw. als materielle Organe gelten „Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die *Willensbildung* der Gesellschaft *massgebend mitbestimmen* (...). Eine *bloße Mithilfe* bei der Entscheidung genügt demgegenüber für eine Organstellung nicht (...). Die Person muss in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnehmen“; Hervorhebungen hinzugefügt (BGE 4A\_306/2009: Erw. 7.1.1); außerdem: BGE 114 V 218; BGE 117 II 570; BGE 128 III 29; BGE 132 III 523; Hinweise: *Vetter/Gutzwiller*, GesKR 2/2010, S. 224 ff.

nehmung qualifiziert werden könne<sup>183</sup>; immerhin betrachtete ein Teil der Lehre die materielle Organschaft als „Mittelpunkt der Konzernhaftung“<sup>184</sup>. M.E. gibt es in dieser Hinsicht jedoch *kein Konzernprivileg*, d.h. die reguläre Rechtsprechung zum materiellen Organbegriff gilt konsequenterweise bei *sämtlichen* Gruppenunternehmen<sup>185</sup>. Diesem Ansatz folgte nunmehr ebenfalls das Bundesgericht.

Mit dem Urteil „UBS“ wurde im Jahr 2010 bestätigt, dass *Obergesellschaften* durchaus materielle Organe von abhängigen Unternehmungen sein können, wenn auch nicht zwangsläufig<sup>186</sup>: „Im Konzern kann eine *übergeordnete* Gesellschaft (Muttergesellschaft) namentlich dadurch als *faktisches Organ* der Untergesellschaft bzw. Tochtergesellschaft nach Art. 754 OR verantwortlich werden, dass sie sich als herrschende Gesellschaft in die *Verwaltung und Geschäftsführung* der Tochtergesellschaft *einmisch* (...). Eine bloße Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochter vermag allerdings *regelmäßig keine* Organverantwortung gegenüber der Tochter zu begründen. (...)“<sup>187</sup>.

### c) Organhaftung

Bei der sog. Organhaftung geht es um privatrechtliche Ansprüche, die sich weder aus Vertrag noch aus Delikt ergeben, sondern eine *gesellschaftsrechtliche* Basis aufweisen (sc. Art. 55 ZGB<sup>188</sup> sowie z.B. Art. 722 OR<sup>189</sup>). Bei der Organhaftung haften also – trotz missverständlichem Terminus –

<sup>183</sup> Allg.: Vogel (Fn. 26), S. 394 ff.; ders., in: FS Druey, 2002, S. 607, 623 ff.; Albers-Schönberg (Fn. 26), S. 168 f.; v. Büren (Fn. 42), S. 204 ff.; Handschin (Fn. 42), S. 317 ff.; Abegglen, in: FS v. Büren, 2009, S. 657, 670; Forstmoser (Fn. 26), S. 128 f.; Caflisch, SAG 34 (1961/62), S. 94, 99; Vetter/Gutzwiller, GesKR 2/2010, S. 224, 226 f.; Imhof (Fn. 26), S. 44 ff. sowie S. 60 ff.; allg.: Woernle (Fn. 132), S. 38 f.; nebst *Obergesellschaften* kommen *deren VR* als faktische Organe in Frage: BGE 128 III 93 f. Erw. 3. a.

<sup>184</sup> Imhof (Fn. 26), S. 270.

<sup>185</sup> In der Wirtschaftsrealität steht jeweils die *Muttergesellschaft* im Vordergrund, doch die Rechtsprechung zur faktischen Organschaft kann m.E. ebenfalls – als Beispiel – eine *Schwestergesellschaft* oder eine *andere abhängige* Unternehmung im Konzern betreffen, sofern die erforderliche „Einmischung“ stattfindet.

<sup>186</sup> Materielle Organschaften stellen somit ebenfalls *keine Haftungsautomatismen* dar.

<sup>187</sup> BGE 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 7.1.1 – eine materielle Organschaft entsteht nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen einer *delegierten oder usurpierten Zuständigkeit* der Obergesellschaft und einer Einflussnahme aus *organtypischer* Stellung (a.a.O.); als m.E. konzernrechtlich besonders „risikobelastet“ für die Bejahung einer faktischen Organschaft sind *Doppelorgane* (a.a.O. Erw. 7.1.2) – hierzu bereits: Kunz (Fn. 26), S. 41, 48.

<sup>188</sup> Art. 55 Abs. 2 ZGB: „Sie [sc. die Organe] verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch in sonstiges Verhalten“.

<sup>189</sup> Art. 722 OR in Bezug auf AG: „Die Gesellschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht“.

nicht Organe, sondern *Gesellschaften* für ihre Organe<sup>190</sup>, und zwar sowohl für deren rechtsgeschäftliches als auch für deren deliktisches Verhalten.

Bei Konzernverhältnissen kann dies eine *Haftung der Obergesellschaft* auslösen, weil herrschende Unternehmungen oftmals eigenes „Personal“ in abhängige Gesellschaften delegieren (teils Hilfspersonen [etwa den eigenen Rechtsanwalt] und teils eigene Organe [z.B. den CEO der herrschenden Unternehmung], so dass von sog. *Doppelorganen* gesprochen wird): „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“<sup>191</sup>.

#### d) Konzernvertrauen

##### aa) Verortung

Privatrechtliche Haftungsansprüche werden meistens auf Vertrag oder auf Delikt abgestützt<sup>192</sup> oder haben eine gesellschaftsrechtliche Basis (v.a. materielle Organschaft<sup>193</sup> sowie Organhaftung<sup>194</sup>). Anders verhält es sich beim sog. *Konzernvertrauen*, das vor knapp zwei Jahrzehnten vom Bundesgericht<sup>195</sup> ohne normativen Ansatzpunkt sozusagen „erfunden“ bzw. „entdeckt“ wurde. Konzernvertrauen wird als Unterart der sog. *Vertrauenshaftung* qualifiziert<sup>196</sup> und steht außerhalb der Kategorisierungen<sup>197</sup> von Vertrag oder Delikt.

Haftung aus Konzernvertrauen ist ein Paradebeispiel dafür, dass Konzernrecht – nicht allein in der Schweiz – in erster Linie durch *Rechtsanwendung* geschaffen wird. Teils folgen Rechtssetzungen nach, doch bis anhin nicht hinsichtlich Haftung(en) im Konzern. Rechtspolitisch wurde im Jahr 2001 zwar ein Versuch unternommen, im Gesetz das Konzernver-

<sup>190</sup> Statt vieler: *Zweifel*, in: FS Meier-Hayoz, 1972, S. 126, 130 f.; *Sauerwein* (Fn. 26), S. 53 ff.

<sup>191</sup> BGE 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 7.1.2; außerdem: BGE 124 II 297; zudem: *Kunz* (Fn. 26), S. 41, 45 sowie S. 48.

<sup>192</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.b)bb).

<sup>193</sup> Vgl. dazu vorne 1.3.b).

<sup>194</sup> Vgl. dazu vorne 1.3.c).

<sup>195</sup> Vgl. dazu hinten 1.3.d)bb).

<sup>196</sup> Es geht um eine „Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo“: BGE 120 II 335 Erw. 5.a, a.A.; das Bundesgericht erkennt bis heute (mindestens) *drei Unterarten der Vertrauenshaftung*, nämlich die Culpa in Contrahendo, das erweckte Konzernvertrauen sowie die Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft (zum letzteren Aspekt: a.a.O. 337 Erw. 5.a); generell: *Widmer*, ZSR 120 (2001) 101; zum Hintergrund im deutschen Recht: *Brechbühl* (Fn. 26), S. 34 ff.; *Risch* (Fn. 26), S. 12 ff.; grundlegend zur Schweiz: *Loser* (Fn. 160).

<sup>197</sup> *Kunz* (Fn. 26), S. 41, 42 („zwischen Vertrag und Delikt“).

trauen zu legiferieren, doch eine entsprechende Motion im NR wurde abgelehnt<sup>198</sup>.

Beim Konzernvertrauen, das m.E. dogmatisch etwas gewagt erscheint<sup>199</sup> und nach wie vor irgendwie „in der Luft hängt“, handelt es sich sozusagen um eine schweizerische Ausgestaltung einer sog. *Rechtsscheinhaftung* und nicht um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise<sup>200</sup>. Die praktischen Rechtsunsicherheiten hinsichtlich dieser Haftungsvariante beruhen darauf, dass die bisherige Praxis<sup>201</sup> jeweils *Treuwidrigkeiten* voraussetzt. Zentrale Kritik am Konzernvertrauen liegt an dessen legaler Verschwommenheit. Die Praxis hat sich – entgegen anfänglichen Befürchtungen – aber als durchaus „akzeptabel“ für Konzerne erwiesen.

### bb) Praxisentwicklungen

Kantonale Gerichte haben sich m.W. kaum abschließend mit Fragen zum Konzernvertrauen beschäftigt, und das Bundesgericht hat erst *wenige Urteile* entscheiden können<sup>202</sup>, die allerdings jeweils zu einer Unzahl von Stellungnahmen in der Lehre<sup>203</sup> führten. Die Praxis begann im Jahr 1994 mit „Swissair“ (BGE 120 II 331)<sup>204</sup>, die bereits im Jahr 1997 mit „Omni Holding“ (BGE 123 III 220)<sup>205</sup> und im Jahr 1998 mit „Motor-Columbus“ (BGE 124 III 297)<sup>206</sup> fortgesetzt bzw. präzisiert wurde. Mit „UBS“ (BGE 4A\_306/2009)<sup>207</sup> folgte nach längerer Zeit im Jahr 2010 der jüngste Entscheid zum Konzernvertrauen.

<sup>198</sup> Vgl. dazu hinten 1.4.a).

<sup>199</sup> Kunz (Fn. 26), S. 41, 42; äusserst kritisch: *Amstutz/Watter*, Konzernhaftung, AJP 4 (1995), S. 508; *Widmer*, ZSR 120 (2001) 101.

<sup>200</sup> Gl.M.: *Risch* (Fn. 26), S. 5 f.; grundlegend zur Thematik einer Rechtsscheinhaftung: *Fleischer*, ZHR 193 (1999) 461, 471 ff. m.w.N.; allg.: *Brechbühl* (Fn. 26), S. 102 f.; *Wintsch/Reichart*, GesKR 2/2012, S. 287, 289 f.; außerdem Hinweise in: BGE 137 III 553 Erw. 2.3.2 („l'apparence juridique“); zur Rechtsscheinlehre generell: *Rusch*, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, 2010, S. 21 ff.

<sup>201</sup> Vgl. dazu hinten 1.3.d)bb).

<sup>202</sup> Hinweise: *Kunz* (Fn. 26), S. 41, 43; v. *Büren*, in: FS Hausheer, 2002, S. 631, 632 ff.; *Vogel*, in: FS Druey, 2002, S. 607, 626 ff.

<sup>203</sup> Auswahl: v. *Büren*, in: FS Hausheer, 2002, S. 631; *Druey*, in: FS Lutter, 2000, S. 1069; *ders.*, SZW 75 (2001) 190; *Sauerwein* (Fn. 26), S. 338 ff.; *Kuzmic* (Fn. 26), S. 165 ff.; *Losser* (Fn. 170), Rn. 983 ff.; *Rusch* (Fn. 200), S. 8 ff.; Hinweise zur den diversen Lehrmeinungen: *Risch* (Fn. 26), S. 61 ff.

<sup>204</sup> Monographien: *Brechbühl* (Fn. 26), S. 43 ff.; *Kuzmic* (Fn. 26); *Risch* (Fn. 26), insb. S. 113 ff.; zudem: *Münch*, ZBJV 130 (1994) 767; *Druey/Vogel* (Fn. 71), S. 119 ff.; *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461, 464 ff.

<sup>205</sup> Statt vieler: *Forstmoser* (Fn. 26), S. 132 f.; v. *Büren*, in: FS Hausheer, 2002, S. 631, 637.

<sup>206</sup> Besprochen: v. *Büren*, SZW 71 (1999) 54 ff.; zur Entwicklung nach „Swissair“: *Risch* (Fn. 26), S. 33 ff. m.w.N.; zudem: *Forstmoser* (Fn. 26), S. 133.

<sup>207</sup> Hierzu etwa: *Kunz* (Fn. 26) S. 41; *Vogel/Küpfer* (Fn. 26), S. 65, 91 ff.



Mit dem Urteil „Swissair“<sup>208</sup>, bei dem v.a. eine „Berührung mit einer Konzernverbindung“<sup>209</sup> im Zentrum stand, wurde erstmals Konzernvertrauen in der Schweiz *bejaht*. Sollte eine herrschende Unternehmung gegenüber Geschäftspartnern einer abhängigen Gesellschaft bestimmte Erklärungen abgeben oder allenfalls „*Werbeaussagen*“ zu verantworten haben<sup>210</sup>, kann dies die Obergesellschaft haftbar machen:

„Im Konzernverhältnis kann das in die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit des Konzerns *erweckte Vertrauen* ebenso schutzwürdig sein [wie dasjenige bei Vertragsverhandlungen]. Wenn Erklärungen der Konzern-Muttergesellschaft bei Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft in dieser Weise *Vertrauen hervorrufen*, so entsteht [eine rechtliche Sonderverbindung], aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben (...). Die *Verletzung solcher Pflichten* kann *Schadenersatzansprüche* auslösen“<sup>211</sup>.

Eine Haftung der herrschenden Gesellschaft kommt indes nur in *Ausnahmefällen* in Frage: „Die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen ist (...) an strenge Voraussetzungen zu knüpfen. (...) 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“<sup>212</sup>. Zuerst muss somit ein entsprechendes *Vertrauen begründet* – also eine eigentliche „rechtliche Sonderverbindung“ geschaffen<sup>213</sup> – werden, das in der Folge *treuwidrig enttäuscht* wird<sup>214</sup>.

---

<sup>208</sup> Es ging um ein „Time-Sharing“ Modell für Ferien-Wohnungen, für die Investoren gesucht wurden; das Urteil betreffend erwecktes (und enttäushtes) Konzernvertrauen war kontrovers in der Lehre.

<sup>209</sup> *Druey*, in: FS Lutter, 2000, S. 1069, 1071 (Titel); Konzernvertrauen könnte konzeptionell durchaus als Rechtsfolge einer „werbewirksame[n] Selbstdarstellung“ des Konzerns als „wirtschaftliche Einheit“ verstanden werden: *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461, 463.

<sup>210</sup> Die Konzernverbindung mit „Swissair“ wurde in den Unterlagen der Tochterunternehmung „*werbemässig herausgestrichen*“, und zwar mit *Zustimmung der Obergesellschaft*: BGE 120 II 333 Erw. 1; es steht nach Bundesgericht fest: „Auch Werbeaussagen können berechnete Erwartungen wecken und damit haftungsrechtliche Bedeutung erlangen“ (a.a.O. 334 Erw. 2 a.E.) – nicht ausreichend sind Werbeaussagen, „in denen bloss in allgemeiner Form auf eine bestehende Konzernverbindung hingewiesen wird“: BGE 124 III 304 Erw. 6; Hervorhebungen hinzugefügt (Hinweise auf Brief- bzw. auf Geschäftspapier oder in Werbeunterlagen der Muttergesellschaft genügen i.c. nicht: a.a.O.).

<sup>211</sup> BGE 120 II 336 Erw. 5.a; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>212</sup> BGE 120 II 336 Erw. 5.a; Hervorhebungen hinzugefügt – bestätigt: BGE 124 III 303 Erw. 6.

<sup>213</sup> BGE 120 II 336 Erw. 5.a.

<sup>214</sup> BGE 120 II 336 f. Erw. 5.a. (bestätigt: BGE 124 III 304 Erw. 6); ein solches (erwecktes) Konzernvertrauen kann beispielsweise durch eine *Unterkapitalisierung* der abhängigen Unternehmung enttäuscht werden oder dadurch, dass die Obergesellschaft nicht

Das nachfolgende Urteil „Omni Holding“ äußerte sich ebenfalls zum Konzernvertrauen<sup>215</sup>, das i.c. *zurückgewiesen* wurde<sup>216</sup>, doch „potentiell gefährlich“ für Konzerne wie folgt: „Das den Vertrauenstatbestand begründende Verhalten kann auch erst *nach* dem Vertragsschluss des Dritten mit der Tochtergesellschaft erfolgen. (...) Dass unter besonderen Umständen auch eine *Tochtergesellschaft* einen Vertrauenstatbestand *bezüglich ihrer Muttergesellschaft* schaffen kann, ist nicht von vornherein auszuschließen. (...)“<sup>217</sup>.

Im Entscheid „Motor-Columbus“<sup>218</sup> hat das Bundesgericht angebliches Konzernvertrauen *abgelehnt* und dabei die *hohen Schranken* für eine Haftung einer herrschenden Unternehmung (erneut) hervorgehoben: „Der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft hat deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und kann das *Bonitätsrisiko nicht* einfach *generell auf die Muttergesellschaft* abwälzen“<sup>219</sup>. Somit war bzw. ist unstrittig, dass das „bloße Bestehen einer Konzernverbindung“ kein Konzernvertrauen begründet<sup>220</sup>.

Das Bundesgericht bestätigte: „Schutz verdient nicht, wer bloß *Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit* oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird. Eine Haftung entsteht nur, wenn die *Muttergesellschaft* durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung *erweckt*, später aber in treuwidriger Weise *enttäuscht* (...)“<sup>221</sup>.

---

verhindert, dass die Tochtergesellschaft *falsche Informationen* gibt (BGE 120 II 337 Erw. 5.a).

<sup>215</sup> BGE 123 III 230 f. Erw. 4. e.

<sup>216</sup> Erneut wies das Bundesgericht – wie bereits früher sowie in ständiger Praxis seither – auf „strenge Voraussetzungen“ für eine Konzernhaftung hin: BGE 123 III 231 Erw. 4. e.

<sup>217</sup> BGE 123 III 231 Erw. 4. e; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>218</sup> Es ging vom Sachverhalt her um einen Zusammenbruch eines EDV-System, der zu hohen Schädigungen führte – erneut standen *Werbeunterlagen* sowie *Geschäftspapier* zur Debatte (BGE 124 III 304 Erw. 6.b); das Bundesgericht befasste sich zudem mit der Thematik einer deliktischen Haftung bzw. der Organhaftung (Art. 41 OR i.V.m. Art. 722 OR): Vgl. dazu vorne 1.3.c).

<sup>219</sup> BGE 124 III 303 Erw. 6; Hervorhebungen hinzugefügt – ausserdem: „Schutz verdient nicht, wer bloß Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird“ (a.a.O).

<sup>220</sup> BGE 124 III 304 Erw. 6.a.

<sup>221</sup> BGE 124 III 304 Erw. 6.a; Hervorhebungen hinzugefügt.

Das Urteil UBS<sup>222</sup>, das i.c. Konzernvertrauen *verneinte*, führte die strenge Praxis fort: „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 unesehen 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. (...)“<sup>223</sup>.

Weiter stellte das Bundesgericht klar: „Allerdings ist die Erwartung, dass ohne vertragliche Verpflichtung eine Leistung erbracht werde, *grundsätzlich nicht schützenswert*, da es dem Vertrauenden in aller Regel *zumutbar* ist, sich durch einen entsprechenden *Vertragsschluss abzusichern*. (...) Das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung kann nur ganz ausnahmsweise Schutz finden“<sup>224</sup>. Oder m.a.W.: Wer keinen Vertrag schließt, ist selber schuld<sup>225</sup> – und dies gilt gerade „unter Profis“ (wie Banken)<sup>226</sup>.

Teilweise wurden und werden in der Gerichtspraxis immer wieder Versuche unternommen, das primär zur Haftung entwickelte Konzept des erweckten sowie enttäuschten Konzernvertrauens auf weitere konzernrechtliche Themen sozusagen „*auszudehnen*“ – beispielsweise hat sich das Bezirksgericht Zürich im Jahr 2004 im Zusammenhang mit der Kollokation eines konzerninternen Sanierungsdarlehens („Mutterdarlehen“) auf das Konzernvertrauen berufen, um einen *konkludenten Rangrücktritt* zu begründen<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> Rezension des (nicht amtlich publizierten) Urteils: *Kunz* (Fn. 26), S. 41, 43 ff.; es ging vom Sachverhalt her um einen *Konsortialkredit* an eine Tochterunternehmung, die *konzerninterne IT-Leistungen* erbrachte (später eingestellt), für den allerdings *keine vertragliche* Besicherung durch die Muttergesellschaft vorlag – der geltend gemachte Schaden belief sich auf CHF 100 Mio.; betroffen waren ausschließlich „Profis“, nämlich hochqualifizierte Banken.

<sup>223</sup> BGE 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 5.1; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>224</sup> BGE 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010: Erw. 5.1; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>225</sup> *Kunz* (Fn. 26), S. 41, 47: „*Je professioneller* die Geschäftspartner, *desto zurückhaltender* die Praxis zum Konzernvertrauen“; Hervorhebungen im Original.

<sup>226</sup> Mit aller Deutlichkeit nun BGE 4A\_306/2009 vom 8. Februar 2010: „So kann es im Kreditgeschäft von darin *spezialisierten Banken* schon *grundsätzlich nicht* angehen, dass sich diese bei der Kreditgewährung auf informelle Angaben verlassen und bei deren Nichteinhaltung die Vertrauenshaftung geltend machen. Vielmehr ist von *professionellen Marktteilnehmern* zu erwarten, dass sie von Personen oder Gesellschaften, die an der Gewährung eines Kredits (mit)interessiert sind und für dessen Rückzahlung bzw. für die Bonität des Kreditnehmers eintreten sollen [sc. Obergesellschaft], substantielle Sicherheiten im Rahmen einer *vertraglichen* Regelung verlangen (...)“; Hervorhebungen hinzugefügt (Erw. 5.4.2).

<sup>227</sup> ZR 104 (2005) Nr. 21 – m.E. ist das *Ergebnis* eines konkludenten Rangrücktritts (anstelle der oftmals geforderten Umqualifizierung eines solchen Darlehens als Eigenkapital) zu *begrüßen*, allerdings nicht basierend auf einer Argumentation zum Konzernvertrauen; gl.M.: *Huber*, SZW 78 (2006), S. 282 ff.

### e) Weitere Haftungsformen

Traditionellerweise befasst sich die Doktrin gerne mit Konzernhaftungsthemen, was angesichts deren Emotionalität sowie wegen der Kritik an Konzernen<sup>228</sup> nachvollziehbar ist. In der Schweiz wurden im Verlauf der Zeit nebst den alten „Klassikern“ (Vertrag, Delikt, Konzernvertrauen etc.) *weitere Varianten für Konzernhaftungen* zur Diskussion gestellt. Dabei geht es v.a. um zwei mögliche Haftungsvarianten, nämlich einerseits die Theorie vom „Konzern als einfache Gesellschaft“ sowie andererseits die Theorie der „Konzernerklärung“:

Kontrovers debattiert wird die Frage, ob *Konzerne als eG* gemäß Art. 530 ff. OR zu qualifizieren sind oder nicht<sup>229</sup>. Aus Angst vor (angeblichen) Haftungsrisiken wird in der Lehre diese Frage – pragmatisch – meist verneint; eine Qualifikation darf allerdings nicht von den Rechtsfolgen abhängig gemacht werden. M.E. stellen Konzerne als Ausnahme eG dar<sup>230</sup>, ohne dass dies zu *unhaltbaren Haftungen* bei Unternehmensgruppen führt<sup>231</sup>.

Mindestens ein Teil der Lehre betrachtet sog. *Konzernerklärungen*, die typischerweise nicht von Obergesellschaften, sondern von Untergesellschaften abgegeben werden, als mögliche Haftungsgrundlage<sup>232</sup>. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um eine „werbemäßige Hervorhebung der Konzernzugehörigkeit“<sup>233</sup> bzw. um eine „Reputationsleihe“<sup>234</sup>. Sollte die Erklärung bzw. *Offenlegung freiwillig* erfolgen<sup>235</sup>, kann dies m.E. – je nach Form und Inhalt – durchaus einen erweiterten Vertrauenstatbestand mit Ersatzpflichten erfüllen<sup>236</sup>.

<sup>228</sup> Vgl. dazu vorne I.3.

<sup>229</sup> Zur Ausgangslage; Kunz (Fn. 6), S. 202 ff.; detailliert: *ders.*, ZBJV 148 (2012) 354, 358 ff.

<sup>230</sup> Kunz, ZBJV 148 (2012) 354, 358 ff.

<sup>231</sup> Prinzipiell kann ein Gläubiger einer Konzernunternehmung gegen *jede* Konzerngesellschaft vorgehen: Art. 544 Abs. 3 OR; doch werden m.E. die Haftungsrisiken erheblich überschätzt – für *Delikte* wird niemals gehaftet und für *Rechtsgeschäfte* einzig im Rahmen einer sog. bürgerlichen Stellvertretung gemäß Art. 32 OR (insofern ist eine Vollmacht erforderlich – v. Büren, SZW 71 (1999) 54 f.); generell: Kunz, ZBJV 148 (2012) 354, 361 f.

<sup>232</sup> Es handelt sich m.E. um eine *Ausdehnung* des Konzernvertrauens: v. *der Crone/Walter*, SZW 73 (2001) 53; ablehnend: v. *Büren*, in: FS Hausheer, 2002, S. 631, 639 ff., der diese Autoren als „Hardliner im Bereich der Konzernhaftung“ bezeichnet (a.a.O. 639); *Druey*, SZW 75 (2001) 190 ff.; *Risch* (Fn. 26), S. 181 ff.

<sup>233</sup> *Loser* (Fn. 160), Rn. 817; generell: *Druey*, in: FS Lutter, 2000, S. 1069, 1071 ff.

<sup>234</sup> Terminus: v. *der Crone/Walter*, SZW 73 (2001) 53, 66.

<sup>235</sup> Es besteht *keine generelle bzw. umfassende Konzerntransparenz* in der Schweiz, d.h. Konzernzugehörigkeiten müssen i.d.R. nicht offengelegt werden.

<sup>236</sup> *Loser* (Fn. 160), Rn. 817 ff.; es kommt dabei zu *Überschneidungen* mit dem Konzernvertrauen.

#### 4. Künftiges Recht

##### a) Verzicht auf Regelung

Seit Jahrzehnten gibt es in der Schweiz immer wieder rechtspolitische Bestrebungen sowie parlamentarische Vorstöße, um ein (mehr oder weniger) kodifiziertes Konzernrecht zu schaffen. Meist waren „Aufhänger“ de lege ferenda Aspekte der *Konzernhaftung(en)*; als Beispiele erwähnt seien eine Motion im NR aus dem Jahr 2001<sup>237</sup> sowie eine Motion im NR aus dem Jahr 2007<sup>238</sup> – sämtliche Bestrebungen blieben *bis anhin erfolglos*.

Die Revision insbesondere des (*Konzern-*)*Rechnungslegungsrechts* hat zwar konzernrechtliche Neuerungen eingeführt, doch die Konzernhaftung gehört nicht dazu. Im Rahmen der aktuellen „großen“ *Aktienrechtsrevision* steht eine Regelung zur Konzernhaftung ebenfalls nicht zu Debatte. Nichtsdestotrotz bleibt diese konzernrechtliche Thematik infolge einer *Petition* nach wie vor auf der rechtspolitischen Traktandenliste<sup>239</sup>.

Eine konzernspezifische Norm für eine Verantwortlichkeit von Obergesellschaften fehlt im Konzernrecht de lege lata<sup>240</sup>. Eine *umfassende Ordnung* für Konzernhaftung(en) scheint überflüssig zu sein und ist auch nicht in ausländischen Rechtsordnungen vorgesehen. M.E. würde es allerdings Sinn machen, gewisse *prozessuale Regelungen* vorzusehen (z.B. eine Beweislastumkehrung infolge Konzernnähe zugunsten geschädigter Dritter)<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Dieser Vorstoß versuchte, das *Konzernvertrauen* als generelle Haftungsgrundlage bei Konzernen zu legiferieren; Motion 01.3201 („Wer Vertreter in Verwaltungsräte schickt, soll mithaften!“) durch NR *Gross* wurde im Jahr 2002 im NR abgelehnt (auch als Postulat); Inhalt: „Die Artikel 754 ff. des Obligationenrechts (OR), welche die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft regeln, seien zu ergänzen, indem eine *subsidiäre Ausfallhaftung* für widerrechtliche Schädigung der Aktionärinnen und Aktionäre und der Gläubigerinnen und Gläubiger von Gesellschaften statuiert wird, die durch *Vertreter im Verwaltungsrat* einen *maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensleitung* ausüben; dies nach den Grundsätzen der vom Bundesgericht entwickelten Vertrauenshaftung (so genanntes *Konzernvertrauen*) (...)“; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>238</sup> Motion 07.3479 („Schaffung eines schweizerischen Konzernrechts“) durch NR *Recordon* wurde im Jahr 2009 abgeschrieben; zwar beabsichtigte der Vorstoß eine *umfassende* Regelung des Konzernrechts, doch ergibt sich aus dessen Begründung, dass v.a. eine legislative Ordnung für verschiedene *Konzernhaftungsaspekte* (z.B. „Konzern als einfache Gesellschaft“ sowie „Konzernvertrauen“) angestrebt wurde.

<sup>239</sup> Vgl. dazu hinten I.4.b).

<sup>240</sup> *Vogel*, in: FS *Druey*, 2002, S. 607, 609.

<sup>241</sup> *Hofstetter*, *Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne*, 1995, S. 232: „Eine funktionale Auslegung von Art. 754 OR (...) ergibt deshalb für eng verstrickte Konzernverhältnisse, dass den Tochtergläubigern bloss der Beweis für die Existenz eines (mittelbaren) Schadens sowie der Ausübung einheitlicher Leitung obliegt. Kann dieser Beweis erbracht werden, ist von einer Haftungsvermutung zu Lasten der Konzernmuttergesellschaft auszugehen“; zudem: v. *der Crone/Walter*, SZW 73 (2001) 53, 62; ablehnend: *Druey*, SZW 75 (2001) 190, 193.

### b) Internationale Konzerne?

Rechtspolitische Kritik an (internationalen) Konzernen ist sozusagen „en vogue“, und zwar nicht zuletzt auf nationaler Ebene. Kürzlich wurde sogar eine eigentliche *Haftungsausdehnung* in der Schweiz thematisiert<sup>242</sup>. Die Allianz „Recht ohne Grenzen“<sup>243</sup> strebt mit einer rechtspolitischen Kampagne seit dem Jahr 2011 eine Art „gesetzliche Konzernhaftung“ internationaler schweizerischer Konzerne für Rechtsverletzungen im Ausland<sup>244</sup> an.

Eine *Petition* verlangt in diesem Zusammenhang die Schaffung entsprechender gesetzlicher Grundlagen im Konzernrecht<sup>245</sup>, so dass „Menschen, die durch die Tätigkeiten von Schweizer Konzernen, ihren Tochterfirmen und Zulieferern Schaden erleiden, hier [sc. in der Schweiz] Klage einreichen und Wiedergutmachung verlangen können“<sup>246</sup>. Die *Petition*, die innert acht Monaten von 135'285 Personen unterzeichnet wurde, ist im Jahr 2012 eingereicht worden<sup>247</sup>. Nichtsdestotrotz scheinen m.E. Gesetzesanpassungen unwahrscheinlich.

## III. Schlussbemerkungen

Es gibt (de lege lata) *keine konzernrechtlichen Haftungsautomatismen* in der Schweiz, d.h. weder die Obergesellschaft noch abhängige Gruppenunternehmen haften unbesehen für andere verbundene Gesellschaften; eine gesetzliche Konzernhaftung besteht nur in einem seltenen Sonderfall<sup>248</sup>. Haftungen basieren vielmehr auf einem *ursächlichen Verhalten* des Haftpflichtigen (z.B. Vertrag<sup>249</sup> oder Delikt<sup>250</sup> oder erwecktes Vertrauen<sup>251</sup> bei Dritten).

*Konzernvertrauen* stellt einen „Swiss finish“ der konzernrechtlichen Rechtsanwendung dar, der im Ausland meist nicht verstanden wird. Dogmatisch handelt es sich – anders als insbesondere beim Durchgriff<sup>252</sup> – um

---

<sup>242</sup> Allg. zur Haftung internationaler Konzerne: *Hofstetter* (Fn. 241).

<sup>243</sup> Vgl. dazu vorne 1.3.

<sup>244</sup> Beispiele: *Menschenrechtsverletzungen* sowie *Umweltverschmutzungen*.

<sup>245</sup> Titel: „Konzerne an die Leine“; Inhalt: „Ich fordere Bundesrat und Parlament auf, dafür zu sorgen, dass Firmen mit Sitz in der Schweiz die Menschenrechte und die Umwelt weltweit respektieren müssen“.

<sup>246</sup> Begründung Nr. 2 der *Petition* „Konzerne an die Leine“ der Allianz „Recht ohne Grenzen“.

<sup>247</sup> Allg.: *Peyer*, NZZ 194 (2012), 21.

<sup>248</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.c).

<sup>249</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.b)bb).

<sup>250</sup> Vgl. dazu vorne 1.2.b)bb).

<sup>251</sup> Vgl. dazu vorne 1.3.d).

<sup>252</sup> Vgl. dazu vorne 1.3.a).

keine wirtschaftliche Betrachtungsweise, sondern um eine Rechtsscheinhafung<sup>253</sup>. Bis anhin wurden in diesem Zusammenhang indes erst wenige Urteile gesprochen, doch es ist klar, dass *strenge Voraussetzungen* beachtet werden müssen<sup>254</sup>. M.E. kommt das Konzept des Konzernvertrauens wohl fast nur in „Retail“-Situationen zum Tragen (sc. „Swissair“), hingegen *kaum* „*unter Profis*“ (sc. „UBS“).

Schließlich stehen (de lege ferenda) Konzernhaftungen zurzeit *nicht ernsthaft* zu Debatte<sup>255</sup> – immerhin strebt eine Petition eine Sonderregelung für internationale Konzerne an<sup>256</sup>. Der Versuch zur Regelung des Konzernvertrauens blieb ohne Erfolg<sup>257</sup>. Trotz aller rechtspolitischen Vorbehalte dürften *prozessuale Regeln* im Hinblick auf Konzernhaftungen durchaus Sinn machen<sup>258</sup>. Es handelt sich allerdings um sensible Themen.

---

<sup>253</sup> Vgl. dazu vorne 1.4.a).

<sup>254</sup> Vgl. dazu vorne 1.3.d)bb).

<sup>255</sup> Vgl. dazu vorne 1.4.

<sup>256</sup> Vgl. dazu vorne 1.4.b).

<sup>257</sup> Vgl. dazu vorne 1.4.a).

<sup>258</sup> Vgl. dazu vorne 1.4.a).