

EuropaInstitut an der Universität Zürich

2. Tagung zum Konzernrecht: «Umstrukturierungen und Haftung im Konzern»

Zürich, 15. September 2021

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Umstrukturierungen und Verantwortlichkeiten der Organe in Unternehmensgruppen

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

- I. Vorbemerkungen
- II. Konzernrechtliche Grundlagen
- III. Spannungsfelder
- IV. Sorgfaltspflicht(en) in Einzelfällen
- V. Schlussbemerkungen

I. Vorbemerkungen

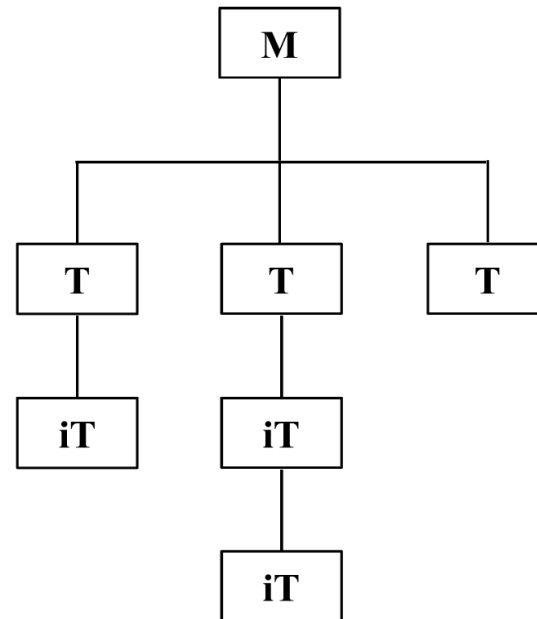
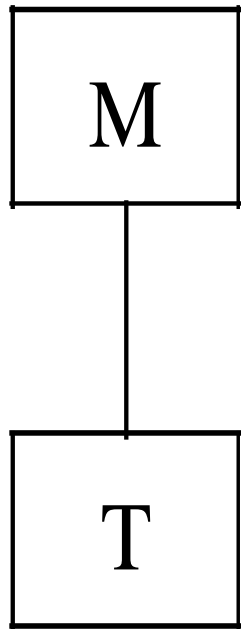
A. Was ist ein «Konzern»?

- *Mehrzahl* von Unternehmungen (vgl. Skizzen, S. 4)
- Gesellschaften als solche haben *rechtliche Selbständigkeit*
- *einheitliche Leitung* («Konzernleitung»)

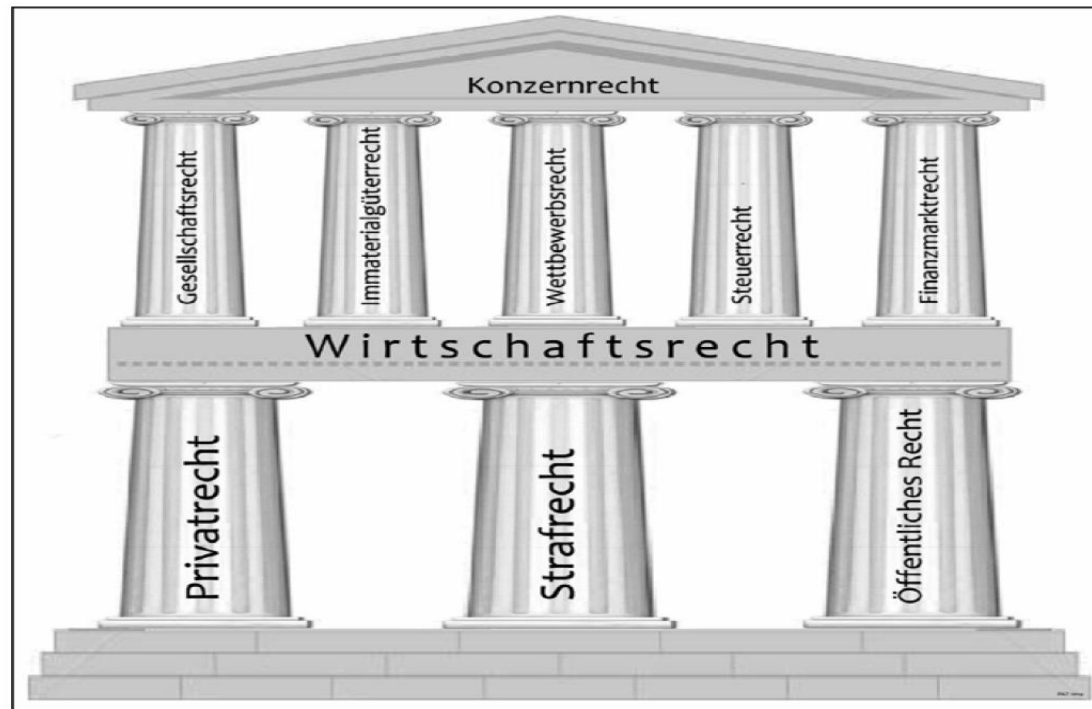
B. Was ist «Konzernrecht»?

- Schweiz kennt *keine Konzernrechtskodifikation i.e.S.*
- *Rechtssetzungen* und *Rechtsanwendungen* machen Konzernrecht aus
- jüngst: *indirekter Gegenvorschlag* zur KVI – heute: Panel
- Konzernrecht stellt einen eigentlichen *Querschnittsbereich* dar (vgl. Skizze, S. 5)

Was ist ein «Konzern»?



Was ist «Konzernrecht»?



Unbedingt kaufen...



I. Vorbemerkungen

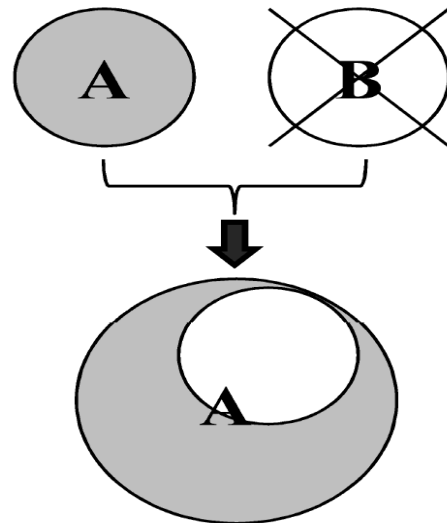
C. Was sind «Umstrukturierungen»?

- Fehlen einer eigentlichen *Legaldefinition*
- *FusG*: vier Transaktionen (vgl. Skizzen, S. 7 – S. 10)
- Transaktionen *ausserhalb FusG*
- *Sanierungen* einzelner Konzerngesellschaften oder des «Konzerns»

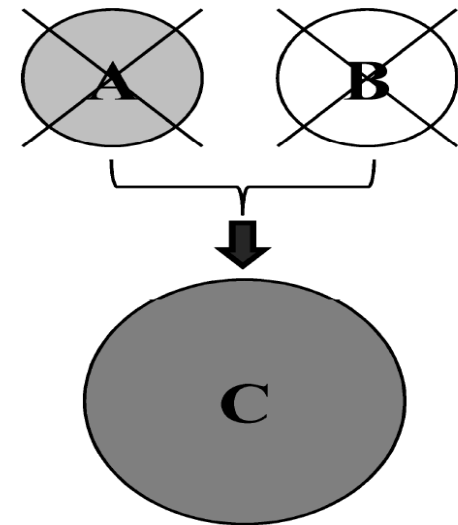
FusG-«Umstrukturierungen»

Fusionen

Absorptionsfusion

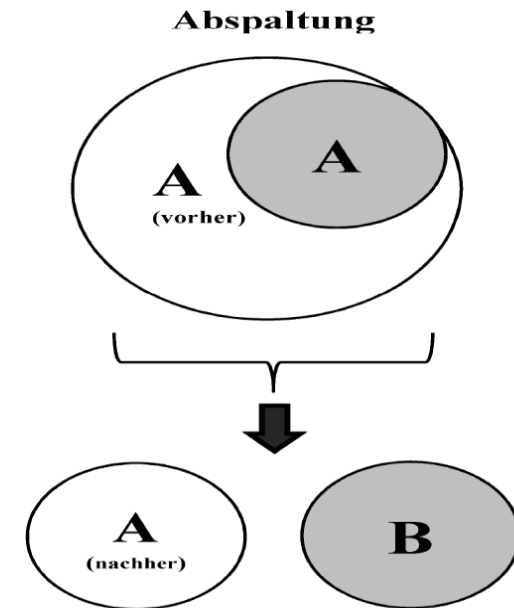
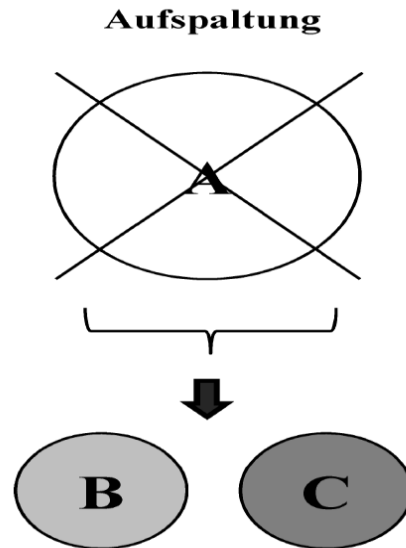


Kombinationsfusion



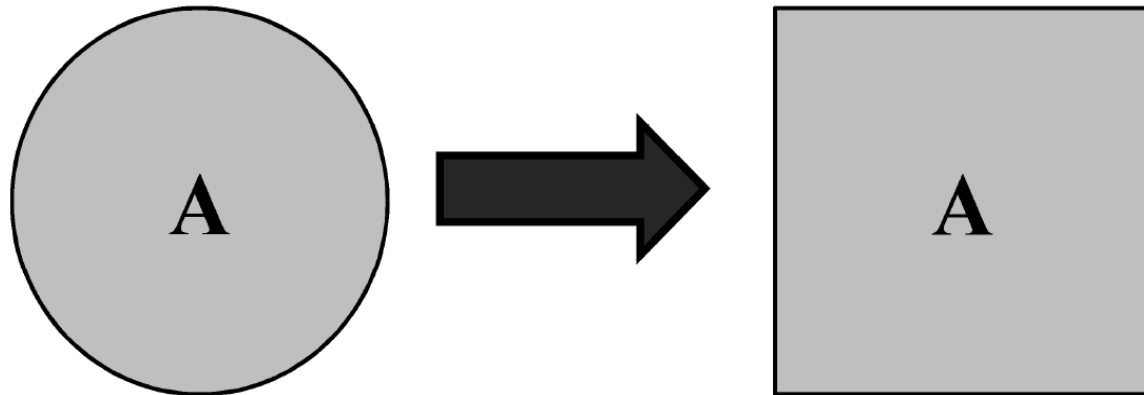
FusG-«Umstrukturierungen»

Spaltungen



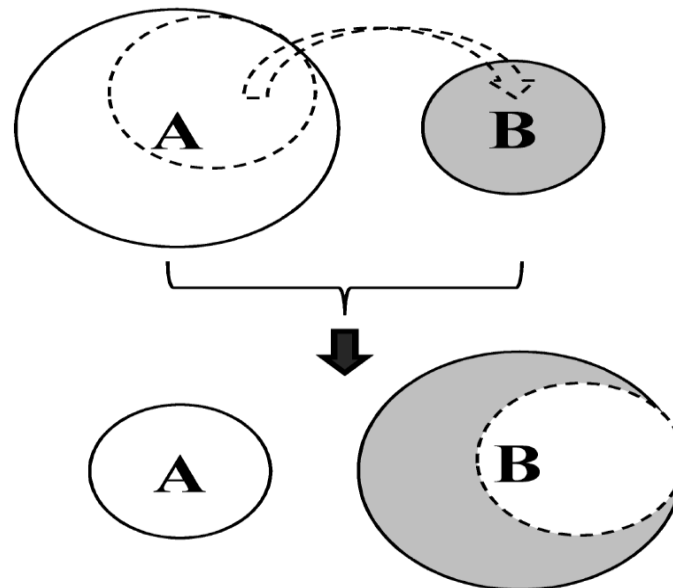
FusG-«Umstrukturierungen»

Umwandlungen



FusG-«Umstrukturierungen»

Vermögensübertragungen



II. Konzernrechtliche Grundlagen

A. Trennungsprinzip

- Einheit v. Vielheit: ungelöstes «*Paradoxon des Konzerns*»
- Grundsatz: *Einzelbetrachtung*, d.h. Trennungsprinzip
- Ausnahme (BGE 138 III 775 f.): *Gesamtbetrachtung* zulässig

B. «Dealing at Arm's Length»

- Verbot von «*Privilegierungen*» oder von «*Benachteiligungen*» im Konzern
- Beispiel: Konzerndarlehen (Schriftform, Zinsen, Sicherung, Amortisation etc.)
- kritischer Bereich a priori: *Sanierung(ssituation)en* bei Konzernen

II. Konzernrechtliche Grundlagen

C. Konzernunternehmen

- *Obergesellschaft*: Wer kann leiten bzw. «beherrschen»?
- *Untergesellschaft*: Wer kann geleitet bzw. «beherrscht» werden?
- Fokus (und in Praxis überwiegend): «AG-Konzerne»

D. Konzernstrukturperspektiven

- *Obergesellschaft*: VR u.a. mit «Konzernperspektive»
- *Untergesellschaft(en)*: mind. zwei konzernspezifische *Spannungsfelder*
- Folgen für jeweilige Sorgfaltspflichten
- Grundsatz: «Konzerninteressen» stellen *keine* «Verteidigung» dar

III. Spannungsfelder

A. Herrschende Unternehmung

- *Doppelperspektive*: Obergesellschaft als solche und Konzern
- VR befindet sich im «driver's seat»: *Konzernleitung, Konzernstrategie* etc.

B. Abhängige Unternehmungen (generell im Konzern-Fokus)

- Problembereich 1: VR von Untergesellschaften in «*Sandwich*»-Position
- Problembereich 2: ev. «*freie Aktionäre*» erscheinen intensiv gefährdet

C. Interessenten und Interessenkonflikte

- AG vs. Aktionäre vs. Gläubiger; Beispiel: «*Squeeze-out Merger*»
- *Grundprinzipien* (v.a. Einzelbetrachtung und «*Dealing*») «lösen» Konflikte

IV. Sorgfaltspflicht(en) in Einzelfällen

A. Muttergesellschaft

- *Konzernstrategie*: inklusive Umstrukturierungen
- heikel: «Beeinflussung» durch Vorgaben (ev. *faktische Organschaft*)
- heikel: *Finanzierungen*

B. Tochtergesellschaft(en)

- Re «*doppelter Pflichtenexus*»: Einrede des blossen «*Vollzugs*»?
- VR beachtet Priorität der Interessen der «*eigenen*» AG
- ev. «*Widerstandspflicht*»: Art. 706 f. OR, Art. 754 ff. OR, Art. 678 OR
- mittelbarer *Eigenschutz*: D&O-Versicherungen, «hold harmless» etc.

IV. Sorgfaltspflicht(en) in Einzelfällen

C. FusG-Transaktionen

- Beispiel re T-VR: primär zuständig für «*Legalitätskontrolle*»
- Beispiel re M-VR: «Wie werden wir in Tochter die «*freien Aktionäre*» los?»
- Thema: *erleichterte Fusion* – konzerninterne «Ausdehnung»?

D. Transaktionen zu Sanierungszwecken

- Fokus der *Fremdkapitalfinanzierung*: *Darlehen* sowie *Besicherungen*
- heikel: «*up-stream*» sowie «*cross-stream*» – «*Dealing*» nötig
- weniger heikel: «*down-stream*» – ausser: *a priori hoffnungslose Sanierungen*

V. *Schlussbemerkungen*

1. *(Un-)Möglichkeiten von Mutter-VR*

Umstrukturierungen bei Untergesellschaften sind Teil der *Konzernstrategie*, d.h. Obergesellschaft kann im Rahmen ihrer *Konzernleitung* – notabene als (Haupt-)Aktionärin – Transaktionen bei Untergesellschaften durchsetzen; Massstab ist die *gesellschaftsrechtliche Legalität*, weitergehende «Einmischungen» können *haftungsbegründend* sein (Beispiel: T-«Fusionsvorgaben» bei Raiffeisen).

2. *(Un-)Freiheiten von Tochter-VR*

Einzig legale «Verteidigung» ist die Beachtung von *Art. 717 OR* im Hinblick auf die «*eigene*» Tochtergesellschaft, denn «Einrede des Konzerninteresses» ist nicht wirksam, auch nicht im Hinblick auf «*angeordnete*» *Umstrukturierungen*; T-VR hat allenfalls eine *Widerstandspflicht* (Klagen, VR-Rücktritt etc.), in erster Linie wenn «*freie Aktionäre*» vorhanden sind.

3. *Indirekter Gegenvorschlag zur KVI*

Neu (wohl 2022) gilt Transparenz über *nichtfinanzielle Belange* für «Grossgesellschaften» im Rahmen von *Art. 964^{bis} Abs. 1 nOR*: Umweltbelange (inkl. Tierschutz bzw. Tierversuche) und Menschenrechte etc.; dazu gehören ebenfalls «*Arbeitnehmerbelange*» (*Art. 964^{ter} Abs. 1 nOR*), wodurch ev. *Umstrukturierungen* in der Berichterstattung zu thematisieren sind.

V. Schlussbemerkungen



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 684 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch