

Universität St. Gallen
St. Galler Gesellschaftsrechtstag XIII
Zürich, 4. Mai 2017

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Konzernverträge

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)
Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

- I. Konzernstrukturen
- II. Grundprinzipien für Konzernverträge
- III. Konzernierungsverträge?
- IV. Verträge im Konzern*aussen*verhältnis
- V. Verträge im Konzern*innen*verhältnis
- VI. Konzernvertragsklauseln

Vorbemerkungen

Literatur



I. Konzernstrukturen

A. Verortung



I. Konzernstrukturen

B. Konstitutive Elemente

➤ **Minimum, aber kein Maximum**

Total Minimum: 2, nämlich 1 Mutter und 1 Tochter; immer nur 1 Mutter zulässig, aber kein Maximum bei Tochtergesellschaften (also: 1 – z.B. 10'000/Citigroup).

➤ **Rechtlich selbständige Unternehmen**

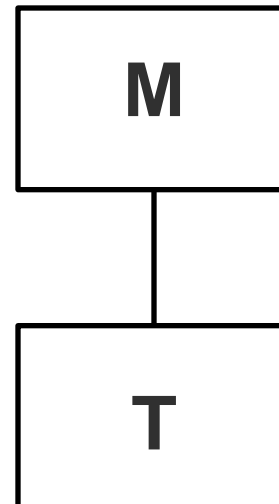
Rechtliche Selbständigkeit grenzt ab von Filiale/Zweigniederlassung; *nicht Rechtsfähigkeit* gemeint – Beispiele: juristische Personen, natürliche Personen sowie Rechtsgemeinschaften.

➤ **Einheitliche Leitung**

Macht zu bestimmen, «*wo's lang geht*»; zu den Mitteln der Begründung: v.a. *Stimmrechte* bzw. Beteiligungen, doch ebenfalls möglich: *Statuten* oder *Vertrag* (OR 963 II Ziff. 3).

I. Konzernstrukturen

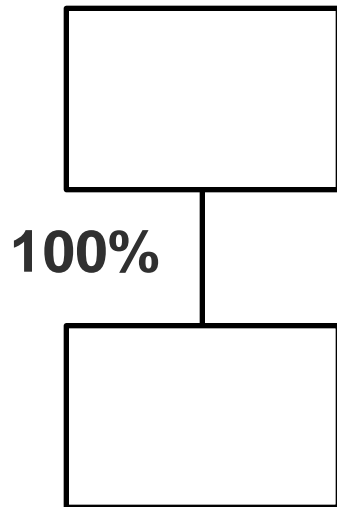
C. Minimalstruktur



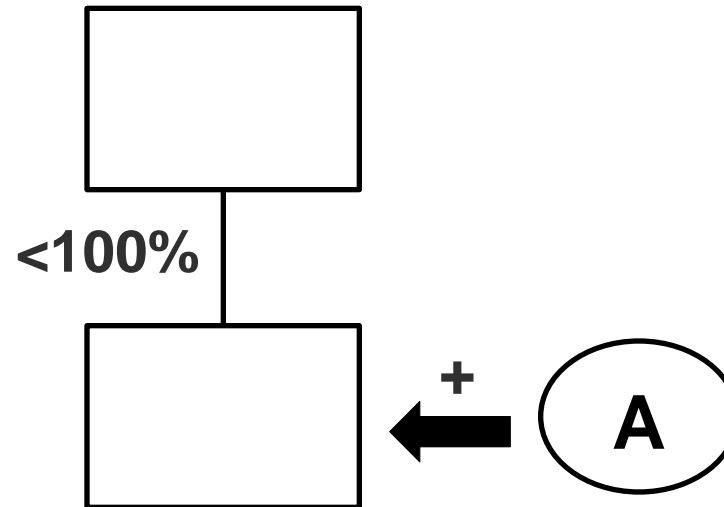
I. Konzernstrukturen

D. Beteiligungsszenarien

a) 100%-Beteiligung

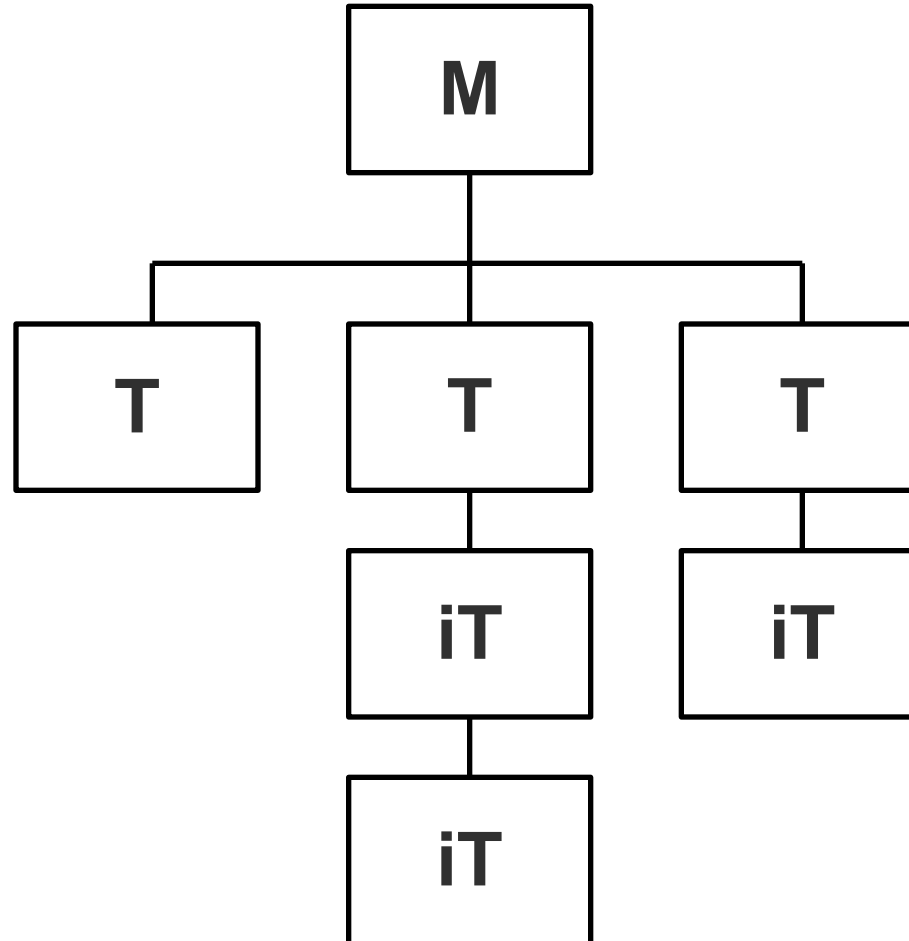


b) Freie Gesellschafter



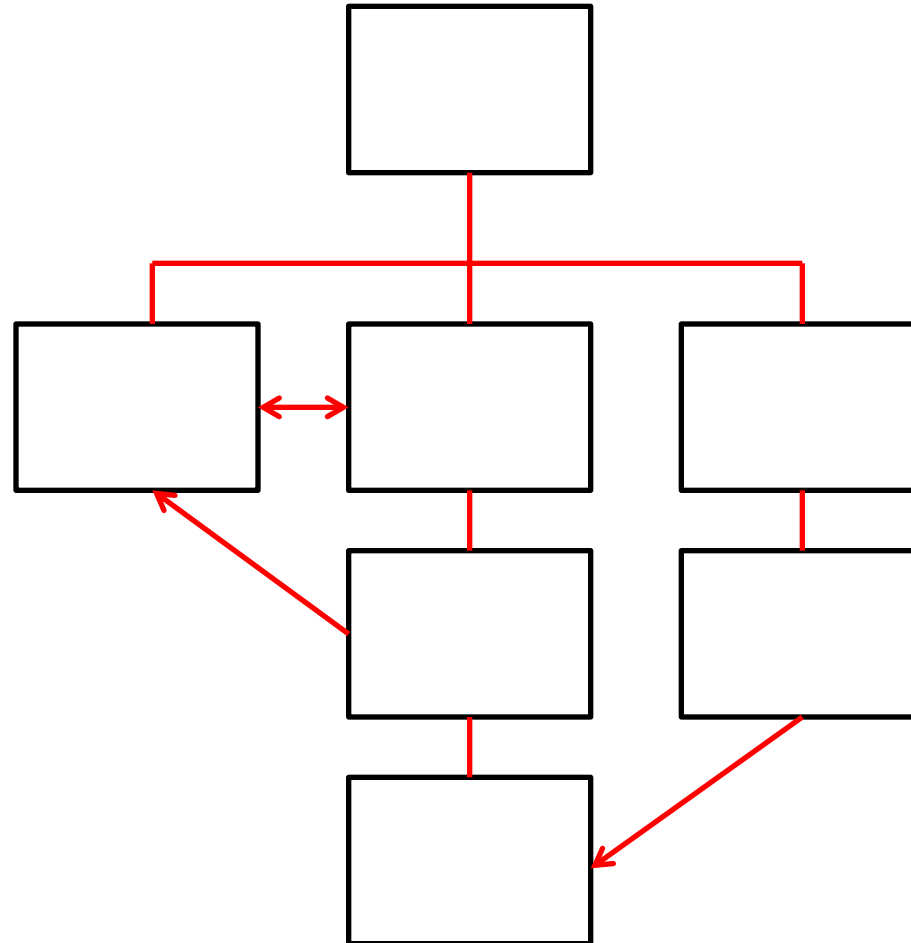
I. Konzernstrukturen

E. «Grundmodell»



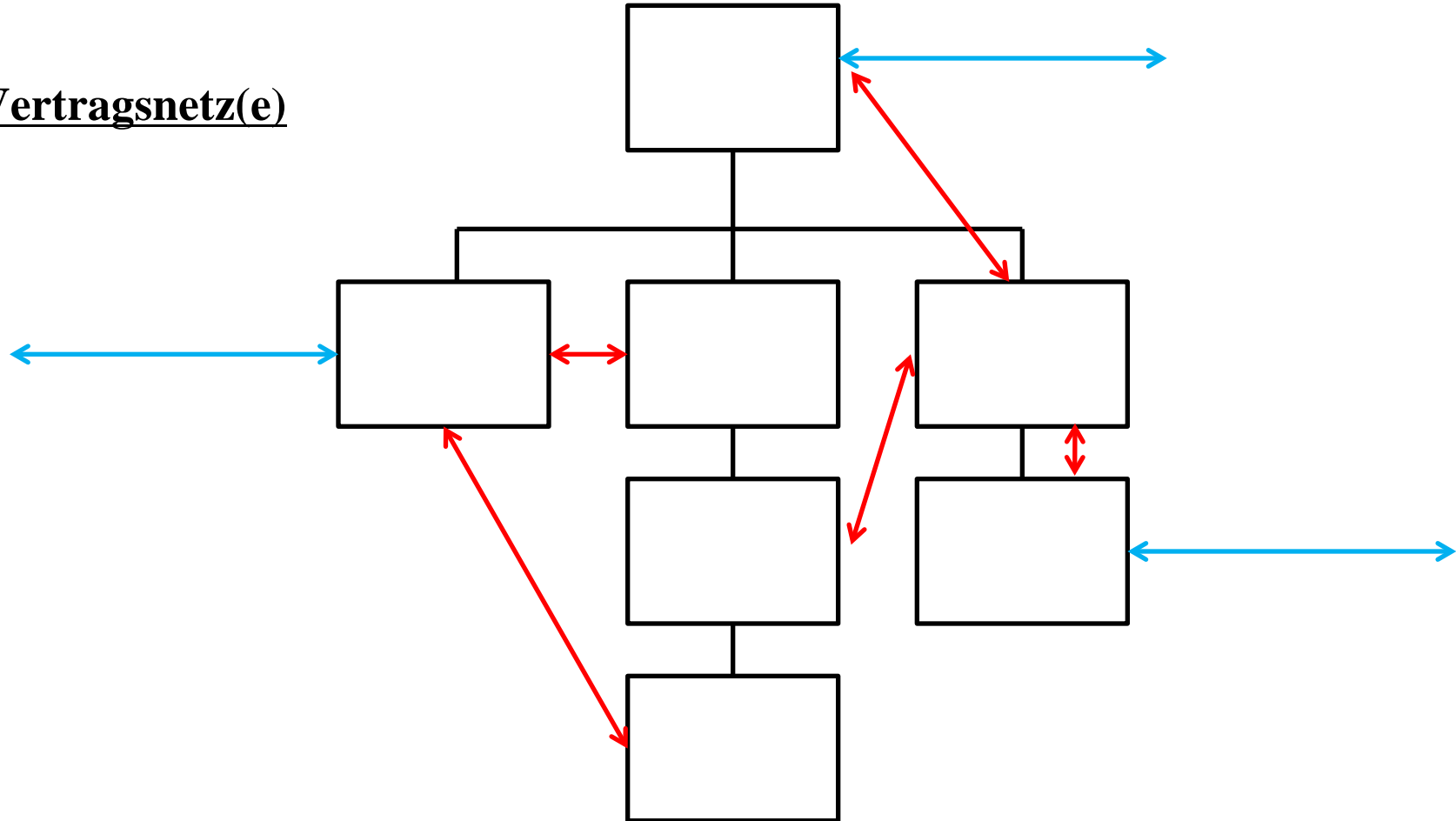
I. Konzernstrukturen

F. Beteiligungen



I. Konzernstrukturen

G. Vertragsnetz(e)



II. Grundprinzipien für Konzernverträge

A. Privatautonomie

➤ Vertragsfreiheit

Realität: *konzerninterne Vertragsnetze* (z.B. Lizenzverträge, Darlehensverträge, Verträge re Dienstleistungen im Konzern/Compliance etc.) dominieren die Konzernpraxis; prinzipiell gilt jeweils *Vertragsfreiheit* (OR 11/OR 19), indes mit verschiedenen *Relativierungen*.

➤ Rechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften

Im Konzernrecht dominiert das *Trennungsprinzip*, d.h. *jedes Konzernunternehmen* als solches ist *rechtlich selbständig* und hat Vertragsschlussfreiheit (v.a. Rechts- und Handlungsfähigkeit); die Terminologie ist eigentlich falsch, statt «Konzernvertrag» sollte es «*Konzerngesellschaftsvertrag*» heissen, weil der *Konzern* als solcher *nicht Vertragspartei* ist bzw. sein kann.

➤ Gesamtbetrachtung bei Konzernverträgen?

Teil der (deutschen) Lehre will eine *Gesamtbetrachtung bei Konzernverträgen* vornehmen (z.B. konzernweite «Weiterbeschäftigungspflicht»), was m.E. in der Schweiz *de lege lata* unzulässig ist; privatautonom erscheint Gesamtbetrachtung vereinbar: *vertragliche Konzernklauseln*.

II. Grundprinzipien für Konzernverträge

B. Relativierungen der Vertragsfreiheit (I/II)

➤ **Schranke 1: Konzernleitung**

Konzernleitung macht meist «Vorgaben» für konzerninterne und für konzernexterne Verträge, d.h. Vertragsfreiheit *faktisch relativiert* für *Untergesellschaften* in Konzernen.

➤ **Schranke 2: Vertretungsmacht**

Exekutive von *Untergesellschaft* hat *Vertretungsmacht* (OR 718a I) zu beachten, d.h. Zweck der Unternehmung ist gesellschaftsrechtliche Grenze, z.T. «erweitert» durch *statutarische Konzernklauseln* (in der Praxis v.a. im Zusammenhang mit konzerninternen Finanzierungen).

➤ **Schranke 3: Interessen «freier Gesellschafter»**

Doppelter Pflichtenexus («Sandwich») bei *Untergesellschaften*, wenn «*freie Gesellschafter*» vorhanden, d.h. der VR muss *auch diese* Interessen berücksichtigen (OR 717).

II. Grundprinzipien für Konzernverträge

B. Relativierungen der Vertragsfreiheit (II/II)

➤ Schranke 4: «Dealing at Arm's Length»

Bei konzerninternen Verträgen dürfen *keine* «Sonderkonditionen» zugunsten anderer Konzerngesellschaften vereinbart werden, ansonsten entstehen erhebliche Rechtsrisiken; es geht im Wesentlichen darum, konzerninterne «Vermögensverschiebungen» zu verhindern.

➤ Kriterien des «Drittvergleichs»

Insbesondere im Zusammenhang mit Finanzierungsverträgen: z.B. *Schriftform* des Darlehensvertrages, *Zinskonditionen*, *Sicherungen*, *Amortisation* bzw. Rückzahlung des Betrages – Hinweise: BGE 140 III 543 Erw. 4.3.

➤ Rechtliche Risiken der Verletzung des «Drittvergleichs»

Auswahl – *Aktienrecht*: OR 718a (Nichtigkeit) sowie OR 678 (Rückforderungsklage); *Strafrecht*: StGB 158 (ungetreue Geschäftsbesorgung) sowie StGB 146 (Betrug); *SchKG-Risiken* sowie zudem *steuerrechtliche Risiken*.

III. Konzernierungsverträge?

A. Typologie

➤ Beteiligungskonzerne

Konzernleitung basiert auf den *Stimmrechten*, d.h. auf *Beteiligungen am AK* (folglich scheiden PS a priori aus); bei Beteiligungskonzernen gibt es meist ebenfalls viele Verträge bzw. sogar *Vertragsnetze*, doch dienen sie *nicht der Beherrschung*, sondern bestehen *zusätzlich* zur Beteiligung.

➤ Vertragskonzerne

Vertragskonzern bedeutet *mehr als Vertragsnetz*, d.h. die *Kontrolle/Konzernleitung wird vereinbart* (= Konzernierungsverträge); m.E. gilt bei Vertragskonzernen die Vermutung, dass sie dadurch als eine *einfache Gesellschaft* (OR 530 ff.) qualifiziert werden können.

➤ Realien in der Schweiz (und im Ausland)

In Schweiz *dominieren Beteiligungskonzerne*; 1 Vertragskonzern immer genannt: *Clientis*; in *Deutschland*: Vertragskonzerne im Vordergrund gemäss § 291 ff. dAktG.

III. Konzernierungsverträge?

B. Rechts(un)sicherheit

➤ Vertragstypen bei Konzernierungsverträgen

Nicht gemeint sind «normale» Vertragsnetze, sondern Verträge *zur Konzernleitung*; Beispiele: «Beherrschungsverträge», «Gewinngemeinschaftsverträge», «Gewinnabführungsverträge» oder auch «Betriebspachtverträge» (generell: § 291 ff. dAktG); solche Konzernierungsverträge stellen in der Schweiz *Innominatskontrakte* dar.

➤ Meinungsstreit in der Schweiz

Teil der schweizerischen Lehre erachtet Vertragskonzerne als unzulässig bzw. sogar *nichtig*; m.E. sind sie indes durchaus *zulässig*; OR 963 II Ziff. 3 macht die Debatte de lege lata eigentlich obsolet: «Eine juristische Person kontrolliert ein anderes Unternehmen, wenn sie (...) aufgrund (...) eines Vertrags (...) einen beherrschenden Einfluss ausüben kann».

IV. Verträge im Konzernausserverhältnis

A. Grundsatz: unproblematisch

➤ Vertragsfreiheit und Konzernleitung

Vertragsfreiheit der Konzerngesellschaften ist rechtlicher «Leitstern» in diesem Bereich; in der Praxis dürfte regelmässig als Schranke die *Konzernleitung* (mit-)entscheiden; Vorsicht: Es muss das *Kartellrecht beachtet* werden – es handelt sich nicht um Konzernverkehr, sondern um *Drittverkehr*.

➤ Verträge mit Dritten als «Drittvergleich»

Verträge im Konzernausserverhältnis können einen «*Rückkoppelungseffekt*» haben für das Konzerninnenverhältnis, indem sie als *Massstab* für ein «*Dealing at Arm's Length*» bzw. für einen «*Drittvergleich*» *herangezogen* werden können; Praxisrelevanz: *vertragliche Konzernklauseln*, die zu einer privatautonomen Gesamtbetrachtung führen.

IV. Verträge im Konzernausserverhältnis

B. Beispiele

➤ Einzelarbeitsverträge

Es gibt *keinen* «Konzernarbeitgeber», d.h. einzelne Gesellschaft ist Vertragspartei; z.T. wird vereinbart, dass für Arbeitnehmer ein *konzerninterner Einsatz* oder ein *Ausleihen als «Springer»* möglich ist; die Obergesellschaft schliesst teils Rahmenverträge ab; allg.: BGE 130 III 213.

➤ Finanzierungsverträge

Darlehen sowie *Besicherungen für andere Konzerngesellschaften* (sc. Patronatserklärungen, Bürgschaften oder Garantien – solche Besicherungen haben ev. Innenwirkungen, v.a. «upstream» sowie «sidestream»); Dritter (z.B. Bank) hat *Risiko* wegen «Dealing at Arm's Length»: OR 718a bzw. *Vertretungsmacht/Nichtigkeitsrisiko* – Darleiher verlangen oft «*Legal opinions*».

V. Verträge im Konzerninnenverhältnis

A. Grundsatz: potentiell problematisch

➤ Dreh- und Angelpunkt: «Dealing at Arm's Length»

Prinzip stellt zentralen *Schutzmechanismus* für Konzernverhältnisse dar; wichtig v.a. bei «*freien Gesellschaftern*», aber ebenfalls bedeutsam für *Gläubigerschutz* (neu soll E-OR 678 eine Aktivlegitimation für *Gläubiger* vorsehen, notabene nur, aber immerhin, in *Konzernsituationen*).

➤ Manipulationsmöglichkeiten

In Konzernpraxis kommen generelle «*Vermögensverschiebungen*» (z.B. «*Konkursvorsorge*») oder «*Gewinnverschiebungen*» (Beispiel: «*Steuerplanung*») vor; ökonomisch gibt es *keinen* «*richtigen*» Preis; Beispiele der Praxis: *zu hohe/zu tiefe* Zinsen oder *zu hohe/zu tiefe* «*Lizenzgebühren*»; Grundfrage: Was sind *angemessene Transferpreise* («*Verrechnungspreise*»)?

➤ Absicherungsmöglichkeiten (v.a. im Steuerbereich)

Besondere Relevanz: *Steuer-Rulings*; internationale Entwicklung: BEPS.

V. Verträge im Konzerninnenverhältnis

B. Beispiele

➤ Lizenzverträge

Es geht um Bewirtschaftung von *Immaterialgüterrechten* (z.B. Konzernmarken), teils durch spezifische *IT-Gesellschaften* als Untergesellschaften; solche Lizenzverträge werden nicht selten instrumentalisiert für «Gewinnverschiebungen».

➤ Finanzierungsverträge

Darlehen zwischen Konzerngesellschaften; (*externe*) *Besicherungen* können *Innenwirkungen* haben, in erster Linie «*upstream*» und «*sidestream*», hingegen weniger «*downstream*»; Sonderfall: «*Cash Pooling*», bei dem Bundesgericht die Vereinbarkeit re «*Dealing at Arm's Length*» generell in Frage zu stellen scheint («*Swisscargo*»: BGE 140 III 544 Erw. 4.5. a.A.).

VI. Konzernvertragsklauseln

A. Bedeutung und (ausgewählte) Klauseln

➤ Privatautonome Gesamtbetrachtung

Vertragliche Konzernklauseln – meist in Verträgen von *Obergesellschaft/externe Dritte* – nehmen eine *Ausdehnung* auf den *gesamten Konzern* vor, also auf andere Konzerngesellschaften (es geht m.a.W. um das Konzernausserverhältnis); grösste Praxisrelevanz: *Verrechnungsklauseln* einerseits und *KonkurrenzklauseIn* andererseits.

➤ 1. Anpassungsklausel

Mit vertraglichen Anpassungsklauseln verpflichtet sich die Vertragspartei dazu, die *Vertragspflichten* auf *Konzerngesellschaften* «auszudehnen», d.h. *andere* Gruppenunternehmen in die Wirkung des Vertrags «miteinzubeziehen», ohne dass sie zu Vertragsparteien werden; der Inhalt der Klausel ergibt sich aus *Vertragsauslegung im Einzelfall* (OR 18).

VI. Konzernvertragsklauseln

B. Weitere vertragliche Konzernklauseln

➤ 2. Schiedsklausel

Schiedsabreden sind v.a. in konzernexternen Verträgen verbreitet (unnötig in konzerninternen Verträgen, weil Konzernleitung eigentliche Streitigkeiten verhindert); «Ausdehnung» von konkreter Vertragspartei auf *mit ihr verbundene* Unternehmungen.

➤ 3. Verrechnungsklausel

Verrechnungsklauseln insbesondere in konzernexternen Verträgen kommt grösste Praxisrelevanz zu – wurden von Doktrin intensiv behandelt; konkret: *Konzerngesellschaft als Schuldnerin* wird Recht gewährt, *Forderungen anderer Konzernunternehmen* gegenüber Drittgläubigern zur Verrechnung zu bringen; m.E. sind *einseitige* Verrechnungsklauseln im *Konkurs des Dritten* rechtsungültig.

➤ 4. Konkurrenzklausele

Konkurrenzverbote für Arbeitnehmer gelten *nicht automatisch konzernweit*, können indes entsprechend *vereinbart* werden.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

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

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch