



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Alexander Vogel

Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts

Tagung zu Konzernrecht
Tagungsband 2020



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Alexander Vogel

Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts

Tagung zu Konzernrecht
Tagungsband 2020



Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts von Alexander Vogel wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Alexander Vogel – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-532-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-533-4 (PDF)

978-3-03805-534-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-532>

Version: 1.01 – 20221027

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/aktuelle-herausforderungen-und-entwicklungen-des-konzernrechts/>.

Vorwort

Am 8. September 2020 führte das Europa Institut an der Universität Zürich (EIZ) ein Seminar zum Thema „Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts“ durch. Dies war die erste Zürcher Tagung zum Konzernrecht, sie bildete den Auftakt einer neuen Veranstaltungsreihe rund um das Thema Konzern in rechtlicher Hinsicht.

Auch in Zukunft sollen die Tagungen zum Konzernrecht in regelmässigen Abständen durchgeführt werden und den Teilnehmern neben rein fachlichen Aspekten und Überblicken auch die Gelegenheit zum Austausch unter Praktikern und Spezialisten geben, die sich regelmässig mit konzernrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen.

Die erste Tagung zum Konzernrecht gab einen Überblick über die neuesten Entwicklungen in einzelnen, für die Konzernpraxis in der täglichen Arbeit relevanten Rechtsgebieten. Neben verschiedenen handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Themen wie Corporate Governance und Compliance in der Gruppe, Haftungsthemen, Konzernfinanzierung sowie Umstrukturierungen wurden auch arbeits- und steuerrechtliche Themen mit einem Gruppenfokus dargestellt. Hierdurch wurde dem Praktiker ein Einblick in mögliche Massnahmen zur Antizipation allerfalliger zukünftiger Regelungen gegeben.

Während Lukas Glanzmann einen Überblick über die wichtigsten Herausforderungen bei Konzernfinanzierungen und Barbara Brauchli Rohrer über verschiedene damit verbundene steuerliche Aspekte gaben, referierten Karl Hofstetter und Christoph B. Bühler zu den Themen Unternehmensverantwortung und Konzernverantwortungsinitiative, die Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“ sowie über die Rolle von Corporate Governance und Compliance in der Gruppe. Thomas Geiser berichtete über neuste Entwicklungen, namentlich in der Rechtsprechung zum Arbeitsrecht im Konzern, gefolgt von einer umfassenden Übersicht über Umstrukturierungen als (heikles) Sanierungsinstrument in einer Gruppe mit diversen Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung von Alexander Vogel. Das Referat von Walter A. Stoffel beleuchtete schliesslich die Aspekte Konzernvertrauen und Konzerninteresse anhand von Beispielen aus der neueren bundesgerichtlichen Praxis. Eine lebhaftige Paneldiskussion mit Vertretern von Befürwortern und Gegnern der Konzernverantwortungsinitiative zu den Kernaspekten dieser Initiative wie auch zum Gegenvorschlag bildete den Abschluss der Tagung. Die Referate – mit Ausnahme derjenigen von Barbara Brauchli Rohrer und Walter A. Stoffel – fanden Eingang in diesen Tagungsband.

Für das gute Gelingen der Tagung, insbesondere vor dem Hintergrund der andauernden Pandemie und den damit verbundenen neuen Herausforderungen, sowie der Veröffentlichung dieses Tagungsbandes möchte ich mich herzlich bei den Referenten und Verfassern der Beiträge bedanken. Ein besonderer Dank gilt ebenfalls den Mitarbeitern des Europa Instituts, Andreas Kellerhals und Carrie Joda sowie Iris Geiger von MLL Legal für die Organisation der Tagung sowie Sue Osterwalder für die Gestaltung dieses Bandes.

Zürich, im Herbst 2022

Dr. Alexander Vogel

Inhaltsübersicht

Konzern-Kreditfinanzierungen unter Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020 9

Prof. Dr. LUKAS GLANZMANN, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Baker & McKenzie Zürich, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister, Titularprofessor an der Universität St. Gallen

Unternehmensverantwortung als Zusammenspiel von Markt, Recht, Ethik und Corporate Governance 53

Prof. Dr. KARL HOFSTETTER, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Konzernverantwortungsinitiative: Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“ 73

Prof. Dr. CHRISTOPH B. BÜHLER, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei böckli bühler partner, Basel, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Konzern in der Krise: Umstrukturierungen als (heikles) Sanierungsinstrument 93

Dr. ALEXANDER VOGEL, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Meyerlustenberger Lachenal, Zürich/Zug

Arbeitsrecht im Konzern: neuere Tendenzen in Rechtsprechung und Praxis 149

Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS GEISER, Rechtsanwalt, Universität St. Gallen

Konzern-Kreditfinanzierungen unter Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020

Lukas Glanzmann*

Inhalt

I.	Einleitung	10
II.	Strukturen von Konzern-Kreditfinanzierungen	11
1.	Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Strukturen	11
2.	Drittbedingungen („at arm’s length“) bei Konzern-Kreditfinanzierungen	14
a)	Die Bedeutung von Drittbedingungen	14
b)	Relevante Sichtweise	16
c)	Wann liegen Drittbedingungen vor?	17
aa)	Drittbedingungen bei Darlehen	17
bb)	Relevanter Zeitpunkt	20
cc)	Drittbedingungen bei Drittsicherheiten	21
dd)	Berücksichtigung des Konzernverbunds	22
d)	Wirtschaftliche Folgen von nicht zu Drittbedingungen gewährten Leistungen	23
aa)	Downstream-Leistungen	23
bb)	Upstream-Leistungen	24
cc)	Cross-stream-Leistungen	25
3.	Heilung von Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Strukturen	25
III.	Zweckkonformität und Interessenkonflikte	27
1.	Zweckkonformität einer Leistung	27
2.	Interessenkonflikte	29
3.	Andere Beschränkungen der Vertretungsbefugnis	33
a)	Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung bei der GmbH	33
b)	Klumpenrisiken	33
IV.	Kapitalschutzvorschriften	34
1.	Leistungen zu Lasten des geschützten Eigenkapitals	34
a)	Welche Eigenkapitalpositionen können betroffen sein?	34
b)	Relevante Bilanzverhältnisse in zeitlicher Hinsicht	36

* Der vorliegende Text basiert auf folgendem Aufsatz des Autors: Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011, 229–248. Stand der Judikatur und Literatur ist anfangs 2021. Der Autor dankt Benedikt Rutscheidt, Rechtsanwalt, für die wertvolle Mitarbeit sowie Sammy Guidoum, Rechtsanwalt, und Dr. Markus Wolf, Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegengenommen.

2.	Leistungen zu Lasten des Grundkapitals	37
a)	Verbot der Einlagerückgewähr	37
b)	Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen das Verbot der Einlagerückgewähr?	38
c)	Rechtsfolgen der Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr	39
aa)	Bei Darlehen	39
bb)	Bei Sicherheiten	40
3.	Leistungen zu Lasten der Reserven	41
a)	Reserveschutzvorschriften	41
b)	Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen die Reserveschutzvorschriften?	43
c)	Rechtsfolgen einer Verletzung der Reserveschutzvorschriften	44
aa)	Bei Eingriff in die geschützten Reserven	44
bb)	Bei Eingriff in die frei verwendbaren Reserven	44
V.	Kapitalersetzende Darlehen	46
VI.	Fazit	48
	Literaturverzeichnis	49

I. Einleitung

Seit der Publikation des Aufsatzes „Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank“¹ sind über zehn Jahre vergangen. In dieser Zeit sind zu dem Thema nicht nur verschiedene Schriften publiziert worden, sondern auch einige Bundesgerichtsurteile ergangen.² Zudem wird auch die im Sommer 2020 verabschiedete Aktienrechtsrevision Auswirkungen auf die Finanzierungspraxis haben.³ Deswegen rechtfertigt es sich, diesen Aufsatz in einer aktualisierten Form zu publizieren.

Im Folgenden werden zuerst die Strukturen bei Konzern-Kreditfinanzierungen dargestellt (II.). Danach werden typische rechtliche Aspekte von Konzern-Kreditfinanzierungen erörtert, nämlich Fragen der Zweckkonformität bzw. der Folgen von Interessenkonflikten (III.), des Kapitalschutzes (IV.) und kapitalersetzender Darlehen (V.). Hierbei handelt es sich um Themen, die beim Vorliegen internationaler Sachverhalte vom auf die Gesellschaft anwendbaren Recht

¹ Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierungen, 229 ff.

² Dies vor allem in Folge des Zusammenbruchs der Swissair-Gruppe: Vgl. BGE 140 III 533 („Swisscargo“), Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 („Flightlease“) und Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 („Swissair“).

³ Die am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Normen des neuen Aktienrechts werden mit revOR zitiert.

bestimmt werden (Art. 155 IPRG). Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf Gesellschaften, für die nach Art. 154 IPRG Schweizer Recht anwendbar ist.

Nicht eingegangen wird auf die paulianische Anfechtung von Upstream- und anderen Drittsicherheiten sowie auf die Einschränkungen, die sich aufgrund des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes oder der Covid-19-Härtefallverordnung ergeben.⁴

Obwohl die Ausführungen primär die AG im Konzernverbund adressieren, gelten sie grundsätzlich auch für die GmbH.

II. Strukturen von Konzern-Kreditfinanzierungen

1. Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Strukturen

Konzern-Kreditfinanzierung zeichnen sich dadurch aus, dass an der Finanzierung mindestens zwei Gesellschaften des gleichen Konzerns beteiligt sind. Konkret ist dies in folgenden Konstellationen möglich:

- Eine Konzerngesellschaft gewährt einer anderen Konzerngesellschaft ein Darlehen. Als Darlehen gelten insbesondere auch Forderungen gegenüber dem Pool-Leader in einem physischen bzw. *zero balancing* Cash Pool,⁵ nicht jedoch Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, solange diese eine übliche Zahlungsfrist haben.⁶
- Ein Kreditgeber, z.B. eine Bank, gewährt einer Konzerngesellschaft einen Kredit, der durch eine andere Konzerngesellschaft besichert wird. Einer Sicherheit gleichgestellt ist die Solidarschuldnerschaft (auch aufgrund einer kumulativen Schuldübernahme) in Bezug auf all jene Beträge, welche die solidarisch haftende Gesellschaft nicht selber als Kredit beansprucht hat.⁷ Der gleiche wirtschaftliche Effekt kann zudem eintreten, wenn eine Konzerngesellschaft ein Kreditinstrument (z.B. eine Erfüllungs- oder Anzahlungsgarantie) zugunsten einer Vertragspartei einer anderen Konzerngesellschaft ausstellen lässt. Somit ist der Begriff „Sicherheit“ nachfolgend umfassend zu verstehen.

⁴ Vgl. dazu Glanzmann, Covid-19, 265 ff.

⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013 E. 2.

⁶ Vgl. ExpertSuisse, Cash Pooling, 5; Schenker, 233.

⁷ Vgl. zur kumulativen Schuldübernahme Arpagaus, N 1601.

Aus diesen Konstellationen ergeben sich drei verschiedene Grundstrukturen, die als Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Struktur bezeichnet werden:

- Bei einer Downstream-Struktur erbringt eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer Tochtergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Tochtergesellschaft oder als Drittsicherheit zu Gunsten des Kreditgebers, der die Tochtergesellschaft finanziert.

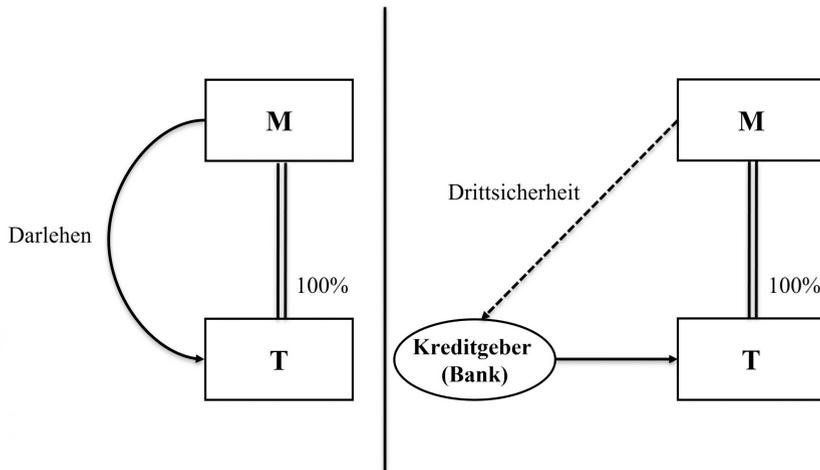


Abbildung 1: Downstream-Strukturen

- Bei einer Upstream-Struktur erbringt eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer Muttergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Muttergesellschaft oder als Drittsicherheit zu Gunsten des Kreditgebers, der die Muttergesellschaft finanziert.

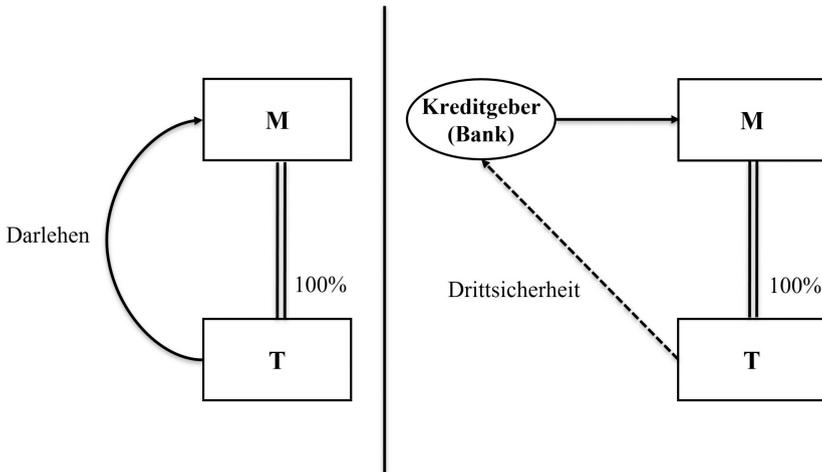


Abbildung 2: Upstream-Strukturen

- Bei einer Cross-stream-Struktur⁸ erbringt eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer Schwestergesellschaft, und zwar entweder in Form eines Darlehens an die Schwestergesellschaft (z.B. von T1 an T2) oder als Drittsicherheit zu Gunsten des Kreditgebers, der die Schwestergesellschaft (vorliegend T1) finanziert.

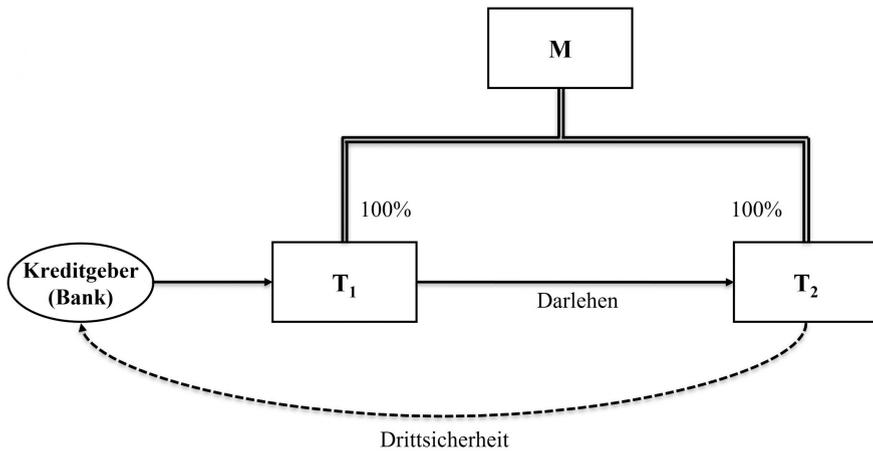


Abbildung 3: Cross-stream-Strukturen

⁸ Teilweise wird dafür auch der Ausdruck Sidestream-Struktur verwendet.

Zu beachten ist, dass eine Downstream-Leistung auch eine verdeckte Upstream- oder Cross-stream-Leistung sein kann. Dies ist der Fall, wenn eine Gesellschaft eine Leistung zu Gunsten ihrer nicht zu 100% gehaltenen Tochtergesellschaft erbringt. Wird diese Leistung nicht zu Drittbedingungen gewährt, dann erfolgt im Umfang derer Beteiligungen eine Leistung an die anderen Gesellschafter der Tochtergesellschaft. Sofern es sich bei diesen anderen Gesellschaftern um Ober- oder Schwestergesellschaften der leistenden Gesellschaft handelt, liegt im Resultat im entsprechenden Umfang eine Upstream- oder Cross-stream-Leistung vor.

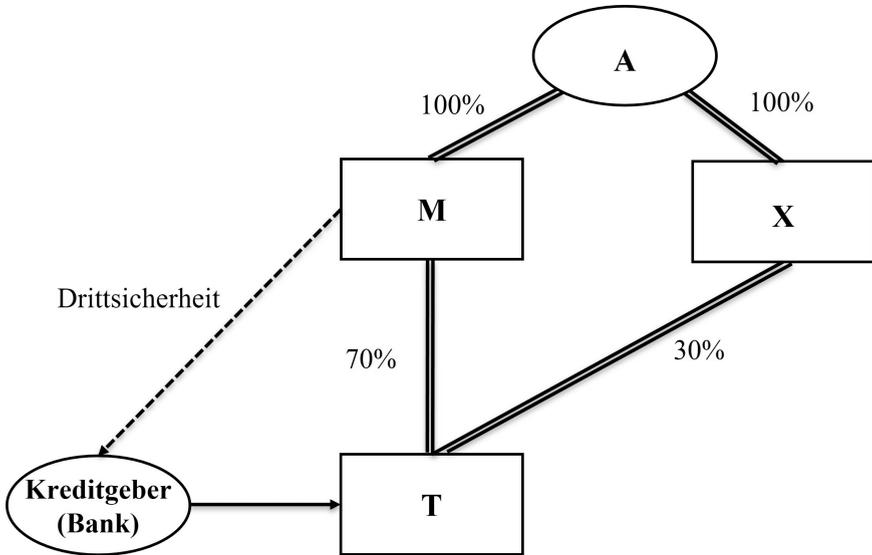


Abbildung 4: Verdeckte Upstream-Struktur

Anstatt einer anderen Gruppengesellschaft können insbesondere bei Upstream-Leistungen auch natürliche Personen Begünstigte sein. Aus Sicht der leistenden Gesellschaft ist eine solche Leistung gleich zu behandeln wie jene an eine andere Gruppengesellschaft.

2. Drittbedingungen („at arm's length“) bei Konzern-Kreditfinanzierungen

a) Die Bedeutung von Drittbedingungen

Die rechtlichen Probleme von Konzern-Kreditfinanzierungen gründen einerseits darin, dass der Konzern im Schweizer Privat- und Insolvenzrecht in der Regel nicht als Einheit behandelt wird. Vielmehr gilt jede Konzerngesellschaft als eigenständiges Rechtssubjekt, das seinen eigenen Interessen verpflicht-

tet ist. Schon aus diesem Grund müssen Geschäfte zwischen einzelnen Konzerngesellschaften grundsätzlich zu Drittbedingungen (*at arms' length*) abgeschlossen werden. Dies gilt, obschon das Gesetz den Konzern vereinzelt als Einheit behandelt, wie etwa bei der Konsolidierungspflicht⁹ oder der Möglichkeit der Vereinheitlichung der Zuständigkeit bei Insolvenzverfahren.¹⁰

Andererseits müssen Kredit- von Eigenkapitalfinanzierungen abgegrenzt werden. Obwohl jene unbestrittenermassen auch zulässig sind, sind diese die typischen (aber eben nicht ausschliesslichen) Finanzierungsformen zwischen verbundenen Gesellschaften. Eigenkapitalfinanzierungen kommen in einem Downstream-Verhältnis als Beteiligung an einer Kapitalerhöhung oder als Einlage mittels Zuschusses in die Reserven, in einem Upstream-Verhältnis als Rückzahlung von Kapitalreserven, Dividendenausschüttung oder Kapitalherabsetzung vor. Ausser bei Kapitalerhöhungen erfolgen all diese Eigenkapitalfinanzierungen ohne direkte Gegenleistung. Aus diesem Grund stellt sich bei einer Kreditfinanzierung, bei der die Aussicht auf Rückzahlung von Beginn an zweifelhaft ist oder keine oder eine zu geringe Gegenleistung gewährt wird, die Frage, ob es sich um ein Darlehen oder um eine Eigenkapitalfinanzierung handelt.¹¹ Da Letztere, ausser dem Zuschuss in die Reserven, alle formbedürftig sind, steht damit auch die Rechtmässigkeit der Finanzierung zur Disposition. Deswegen ist bei Konzern-Kreditfinanzierungen der zentrale Aspekt, ob diese Drittbedingungen entsprechen.

Der Drittvergleich kann auch bei der Beurteilung, ob der Verwaltungsrat sorgfältig gehandelt hat, eine Rolle spielen.¹² Dabei geht es aber nicht darum, ob eine Kreditfinanzierung oder eine verdeckte Eigenkapitalfinanzierung vorliegt.

⁹ Art. 963 des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

¹⁰ Art. 4a des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1). Weitere Beispiele, bei denen das Gesetz eine Konzernbetrachtung zugrunde legt, finden sich z.B. beim Erwerb eigener Aktien im Konzern (Art. 659b und 671 Abs. 4 revOR), bei der Meldepflicht der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 697j Abs. 2 und 3 OR), bei der Unabhängigkeit der Revisionsstelle (Art. 728 Abs. 6 OR), bei den Vergütungsbestimmungen (Art. 626 Abs. 3 und 735d revOR) oder bei der erleichterten Fusion (Art. 23 des Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301).

¹¹ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541.

¹² Vgl. unten [II.2.b](#).

b) *Relevante Sichtweise*

Bei der Beurteilung, ob ein Kredit Drittbedingungen entspricht, ist vorab zu klären, aus welcher Perspektive diese Frage zu beantworten ist: Gilt die Sichtweise des Kreditgebers (er hätte den Kredit zu den nämlichen Konditionen auch einem Dritten gewährt) oder jene des Kreditnehmers (dieser hätte den Kredit zu den nämlichen Konditionen auch von einem unabhängigen Dritten erhalten)?

Für die Abgrenzung zwischen Kredit- und Eigenkapitalfinanzierung kann nicht relevant sein, ob der Kreditgeber den nämlichen Kredit auch einem Dritten gewährt hätte.¹³ Denn damit kann keine Aussage über die Werthaltigkeit des Kredits gemacht werden, könnte der Kreditgeber doch auch gegenüber einem Dritten unsorgfältig sein und so den Drittmannstest erfüllen. Hinzu kommt, dass dieser Dritte über die gleiche Bonität verfügen müsste wie der Kreditnehmer, damit der Test aussagekräftig wird. Es wären also zwei zusätzliche Elemente einzubauen: Zum einen wäre von einem sorgfältig handelnden Kreditgeber auszugehen und zum anderen müsste der Dritte die gleiche Bonität aufweisen wie der Kreditnehmer. Wenn nun geprüft wird, ob dieser abstrakte Kreditgeber, z.B. eine Bank, einem Dritten, der die gleiche Bonität wie der Kreditnehmer aufweist, den Kredit gewähren würde, besagt der Test letztlich nichts anderes, als wenn man prüft, ob auch ein unabhängiger Dritter den Kredit dem Kreditnehmer gewährt hätte.

Aus diesem Grund ist der Drittvergleich aus der Perspektive des Kreditnehmers zu führen, d.h., es ist zu fragen, ob dieser den Kredit zu den nämlichen Konditionen auch von einem unabhängigen Dritten, insbesondere einer Bank, erhalten hätte.¹⁴ Kann diese Frage bejaht werden, dann ist der Kredit als werthaltig zu betrachten und in einer Upstream- oder Cross-stream-Struktur nicht von einer verdeckten Ausschüttung bzw. in einer Downstream-Struktur nicht von einer verdeckten Einlage auszugehen.

Der Drittvergleich aus Sicht des Kreditgebers mag immerhin bei der Beantwortung der Frage helfen, ob ein Kreditgeber sorgfältig gehandelt hat.¹⁵ Da aber bei der Prüfung der Sorgfalt grundsätzlich ein objektiver Standard anzu-

¹³ Gl.M. Handschin, 279; Cathomas, Marktconformität, 212; a.M. BGE 140 III 533 E. 4.3 S. 543; BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4; ExpertSuisse, Cash Pooling, 8.

¹⁴ Glanzmann/Wolf, Cash Pooling, 4; gl.M. von Büren/Lüthi, 87; Handschin, 279.

¹⁵ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

wenden ist,¹⁶ lässt sich alleine gestützt auf den Drittvergleich nicht abschliessend beurteilen, ob etwa die Gewährung eines Darlehens sorgfältig war oder z.B. ein Klumpenrisiko¹⁷ darstellt.

c) *Wann liegen Drittbedingungen vor?*

aa) *Drittbedingungen bei Darlehen*

Das massgebende Kriterium für die Beurteilung, ob ein Darlehen Drittbedingungen entspricht, ist dessen Werthaltigkeit und damit Rückzahlungswahrscheinlichkeit. Wenn der Wille und die Fähigkeit bestehen, das erhaltende Geld zurückzubezahlen, liegt ein Darlehen und keine Eigenkapitalfinanzierung vor. Sind sich die Parteien hingegen einig, dass das Darlehen nicht zurückzuzahlen ist, so fehlt es an der Hauptpflicht des Kreditnehmers, nämlich der Rückzahlung des Darlehens.¹⁸ In diesem Fall ist das Darlehen fiktiv, d.h., es liegt materiell eine verdeckte Ausschüttung (bei einer Upstream-Struktur) bzw. Einlage (bei einer Downstream-Struktur) vor. Das Gleiche gilt, wenn von vornherein klar ist, dass das Darlehen nicht zurückbezahlt werden kann.¹⁹

Da letztlich die Rückzahlungswahrscheinlichkeit des Darlehens zu testen ist, sind die in dieser Hinsicht relevanten Aspekte dem Drittvergleich zu unterziehen. Dazu gehören in Abhängigkeit der Bonität des Kreditnehmers die Besicherung des Darlehens,²⁰ die Höhe der Darlehenssumme, die Laufzeit des Darlehens sowie dessen Kündbarkeit (Kündigungsgründe und -fristen).²¹ Dies hat im Ergebnis auch das Bundesgericht anerkannt, verneint es doch im *Swisscargo-Entscheid* die Drittbedingungen primär wegen der fehlenden Besicherung des Darlehens, womit es letztlich die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs in Frage stellt.²² Richtigerweise hat das Bundesgericht seine apodiktische Haltung zur Besicherung im *Flightlease-Urteil* relativiert und festgehalten, dass sich aus dem *Swisscargo-Entscheid* keine generelle Pflicht zur Besicherung von Darlehen ergebe.²³ Als Sicherheit muss auch eine Konzerngarantie genügen, wenn diese auch für eine Bank eine ausreichende Sicherheit wäre. Dass diese Garantie in der Insolvenz des Konzerns ebenfalls

¹⁶ Statt vieler BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26.

¹⁷ Vgl. unten [III.3.b](#).

¹⁸ Glanzmann, Darlehensvertrag, 4.

¹⁹ Glanzmann, Darlehensvertrag, 4 f.

²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.214/2001 vom 29. Oktober 2001 E. 4.

²¹ Gl.M. *ExpertSuisse*, Cash Pooling, 8 f.

²² BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544 f.

²³ BGer 4A_603/2014 E. 7.2.1.3.

ausfallen kann, trifft zwar zu, verhindert aber nicht die Erfüllung des Drittvergleichs. Eine Bank wäre nämlich genau gleich von einem solchen Ausfall betroffen.²⁴

Die Werthaltigkeit einer Darlehensforderung kann sich auch daraus ergeben, dass der Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer eine verrechenbare Schuld hat. Im Betrag, in dem eine Verrechnung möglich ist, ist die Forderung für den Kreditgeber werthaltig.²⁵

Für sich allein nicht ausschlaggebend ist die Höhe des Zinssatzes und ob der Zins ausbezahlt oder kapitalisiert wird.²⁶ Insbesondere bietet die Bezahlung eines Marktzinssatzes oder des von der ESTV publizierten Zinssatzes²⁷ keinen „safe harbor“.²⁸ Ist der Zinssatz ohne ersichtlichen Grund vergleichsweise zu tief oder zu hoch, dann findet im Umfang der Zinsdifferenz eine finanzielle Leistung an die jeweils andere Partei statt. Ist das Darlehen unverzinslich, so kann dies in einem normalen Zinsumfeld ein Indiz für das Fehlen der Rückzahlungspflicht und somit für das Vorliegen eines fiktiven Darlehens sein, denn es ist – obwohl zulässig – nicht üblich, dass im kaufmännischen Verkehr ein Darlehen zinslos gewährt wird.²⁹

Bei der Beurteilung der Höhe des Zinssatzes darf und muss die Tatsache der Konzernzugehörigkeit berücksichtigt werden: Wenn eine Gesellschaft z.B. im Rahmen eines Cash-Pooling einer anderen Konzerngesellschaft ein Darlehen gewährt, erhält sie einen höheren Zins als wenn sie das Geld bei einer Bank anlegte; gleichzeitig muss der Kreditnehmer aber weniger bezahlen, als wenn er sich bei einer Bank refinanzierte.³⁰ Die Tatsache allein, dass der Zinssatz nicht jenem eines Bankkredits entspricht, besagt somit nicht, dass er einem Drittvergleich nicht standhält. Dazu bedarf es einer auch im Verhältnis zu anderen konzerninternen Konstellationen offensichtlichen Abweichung.³¹

²⁴ Glanzmann/Wolf, Konzernfinanzierungen, 132.

²⁵ Vgl. BGer 4A_603/2014 E. 7.2.1.3. Die Verrechenbarkeit ist nicht mehr gegeben, wenn eine der Forderungen nachrangig ist; vgl. dazu Glanzmann, Mezzanine-Finanzierung, 12.

²⁶ Gf.M. ExpertSuisse, Cash Pooling, 8 f.; Sethe, 441; Glanzmann/Wolf, Cash Pooling, 4; a.M. wohl Maurer/Handle, 292, die dem Zins eine wesentliche Bedeutung zumessen.

²⁷ Vgl. Eidg. Steuerverwaltung ESTV, Rundschreiben „Steuerlich anerkannte Zinssätze 2021 für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken“ vom 28. Januar 2021 sowie „Steuerlich anerkannte Zinssätze 2021 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen“ vom 29. Januar 2021.

²⁸ Glanzmann/Wolf, Konzernfinanzierungen, 132.

²⁹ Vgl. Art. 313 Abs. 2 OR.

³⁰ Glanzmann, Darlehensvertrag, 20 f.

³¹ Vgl. unten [II.2.c\)dd](#).

Gänzlich ohne Relevanz für die Werthaltigkeit ist die Form des Darlehensvertrags,³² obwohl es selbstverständlich zu einer guten Corporate Governance gehört, diesen schriftlich abzuschliessen.³³

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Upstream-Darlehen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, Ausschüttungscharakter.³⁴ Demgegenüber kann nach der hier vertretenen Meinung nicht jede geringfügige Abweichung von Drittbedingungen eine Umqualifizierung des Kreditverhältnisses in ein Eigenkapitalverhältnis bewirken.³⁵ Vielmehr ist den Parteien ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen. Deshalb darf der Drittvergleich nur dann als nicht erfüllt gelten, wenn das Darlehen in den relevanten Punkten „offensichtlich“ nicht Drittbedingungen entspricht.³⁶ Offensichtlich von Drittbedingungen abgewichen wird z.B., wenn das Darlehen nicht besichert ist, obwohl der Kreditgeber im Zeitpunkt der Darlehensgewährung weiss oder wissen müsste, dass die Bonität des Kreditnehmers so schlecht ist, dass dieser nicht fähig sein wird, die Darlehenssumme zurückzuzahlen.³⁷ In die gleiche Kategorie fällt in der Regel auch das unbesicherte Darlehen ohne vertragliche Kündigungsmöglichkeit mit einer festen Laufzeit von z.B. über zehn Jahren.³⁸

Bei Darlehen, die offensichtlich nicht Drittbedingungen entsprechen oder fiktiv sind, liegt kein Kredit-, sondern ein Eigenkapitalverhältnis vor. Deswegen dürfen diese Darlehen auch nicht mit ihrem vollen Nominalwert bilanziert werden.³⁹ Demgegenüber geht das Bundesgericht davon aus, dass ein Darlehen Ausschüttungscharakter haben könne, ohne dass es in seinem Wert be-

³² Glanzmann/Wolf, Cash Pooling, 4 f; vgl. auch analog BGE 138 II 57 E. 5.1.1 S. 63; a.M. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG130015-O vom 20. Januar 2014, E. 5.1.4.2.3, obwohl es im konkreten Fall sogar einen Rahmenvertrag gegeben hat.

³³ Allenfalls ergibt sich das Schriftlichkeitserfordernis aber aus Art. 718b OR; vgl. dazu unten [III.2.](#)

³⁴ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541 f.

³⁵ Anders offenbar BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544.

³⁶ Dies steht im Einklang mit den zukünftig verschärften Voraussetzungen einer Rückforderungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR. Zum offensichtlichen Missverhältnis s. BGE 140 III 602 E. 8.2 S. 605 f.

³⁷ Glanzmann, Darlehensvertrag, 4 f.; Analog betr. simuliertes Darlehen bei einem steuerrechtlichen Entscheid BGE 138 II 57 E. 7.4.3 S. 68 f.

³⁸ In diesem Fall gilt weder die sechswöchige Kündigungsfrist nach Art. 318 OR, noch ist z.B. eine Kündigung aus wichtigem Grund wegen Zahlungsgefährdung zulässig; vgl. BGE 100 II 345 E. 4 S. 350.

³⁹ Maurer/Handle, 293.

richtigt werden müsse.⁴⁰ Dies ist ein Widerspruch in sich, denn was Ausschüttungscharakter hat, wird nicht zurückbezahlt.⁴¹ Damit kann kein Darlehen mehr vorliegen.

bb) Relevanter Zeitpunkt

Der relevante Zeitpunkt für die Beurteilung, ob Drittbedingungen vorliegen, ist die Ausrichtung des Darlehens. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Darlehen während seiner Laufzeit notleidend werden kann. Dies darf dem Drittvergleich nicht schaden. Aus diesem Grund kann ein ursprünglich Drittbedingungen entsprechendes Darlehen nachträglich nicht ohne Weiteres Ausschüttungscharakter erhalten, sofern der Kreditgeber das Darlehen so verwaltet, wie es ein unabhängiger Dritter auch tun würde. Soweit erforderlich sind auf dem Darlehen Wertberichtigungen vorzunehmen,⁴² die zwar direkt das Eigenkapital des Kreditgebers reduzieren, aber das Darlehen deswegen nicht in eine Eigenkapitaldisposition umwandeln.

Das Bundesgericht hat diese Sichtweise bei der Beurteilung eines vermeintlich kapitalersetzenden Downstream-Darlehens ausdrücklich geteilt.⁴³ Im *Swisscargo*-Entscheid geht es hingegen davon aus, dass ein Darlehen eine kapitalrechtlich relevante Ausschüttung sein könne, obwohl dieses keiner Wertberichtigung bedarf und somit werthaltig ist.⁴⁴ Dieser Schluss ist inkohärent mit der Aussage, dass eine Konzerngesellschaft uneingeschränkt Darlehen zu Drittbedingungen vergeben könne.⁴⁵ Im Ergebnis führte dies nämlich dazu, dass die Vergabe von Darlehen zu Drittbedingungen nur zulässig ist, „sofern alles gut geht“: Würde das ursprünglich unproblematische Darlehen notleidend, dann läge plötzlich doch eine Eigenkapitaldisposition vor und es trä-

⁴⁰ In seinem ersten *Swisscargo*-Urteil hat das Bundesgericht ausgeführt, dass das Handelsgericht die Guthaben der *Swisscargo AG* gegenüber der *Cash-Pool-Leaderin* zutreffend als Darlehen qualifiziert habe (BGer 4A_248/2012 E. 2). Gemäss Sachverhalt im zweiten *Swisscargo*-Urteil (BGE 140 III 533) waren die entsprechenden Darlehen nicht im Wert berichtigt worden.

⁴¹ Gl.M. Brand, *Upstream-Darlehen*, N 1033 ff.

⁴² Bei der Beurteilung des Werts sind entgegen der Auffassung des Bundesgerichts (BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544 f.) auch Ereignisse nach dem Bilanzstichtag zu berücksichtigen; vgl. dazu im Allgemeinen Glanzmann, *Bilanzstichtag*, 257 ff.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 5C.226/2005 vom 2. März 2006 E. 4.

⁴⁴ Vgl. Glanzmann/Wolf, *Konzernfinanzierungen*, 134.

⁴⁵ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 542.

ten insbesondere in einem Upstream-Verhältnis drastische Rechtsfolgen ein, sofern der Kreditgeber die Voraussetzungen für die Ausrichtung eines nicht Drittbedingungen entsprechenden Darlehens nicht erfüllt.⁴⁶

cc) *Drittbedingungen bei Drittsicherheiten*

Bei der Beurteilung, ob eine Drittsicherheit einem Drittvergleich standhält, ist zwischen dem Valuta-, Sicherungs- und Deckungsverhältnis zu unterscheiden.⁴⁷ Wenn die Forderung eines unabhängigen Dritten, z.B. einer Bank, besichert wird, werden das Valuta- und das Sicherungsverhältnis vermutungsweise Drittbedingungen entsprechen. Nicht zwingend ist dies jedoch beim Deckungsverhältnis, also im Verhältnis zwischen dem Kreditnehmer und dem Sicherheitengeber, da dieses konzernintern besteht. Deshalb muss der Drittvergleich anhand des Deckungsverhältnisses gemacht werden.

Das Deckungsverhältnis umfasst insbesondere den Auftrag zur Bestellung der Drittsicherheit, die Entschädigung für die Drittsicherheit sowie – soweit nicht eine gesetzliche Subrogation erfolgt⁴⁸ – den Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers gegenüber dem Kreditnehmer im Falle der Inanspruchnahme bzw. Verwertung der Drittsicherheit.⁴⁹ Bei der Prüfung, ob das Deckungsverhältnis einem Drittvergleich standhält, ist einmal zu beachten, dass der Sicherheitengeber den Auftrag zur Bestellung einer Sicherheit in den meisten Fällen nur deshalb annehmen wird, weil der Kreditnehmer dem gleichen Konzern angehört. Doch dies alleine ist noch kein Grund, dass das Deckungsverhältnis dem Drittvergleich nicht standhält, denn die Tatsache der Konzernzugehörigkeit darf auch hier in die Beurteilung einfließen.⁵⁰

Im Übrigen ist die Frage, ob das Deckungsverhältnis Drittbedingungen entspricht, unter den gleichen Aspekten zu prüfen wie ein Darlehensverhältnis, ausser dass dieses während der Laufzeit der Sicherheit selbstverständlich nie kündbar ist. Bei der Prüfung der Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruchs sind etwaige Verrechnungsmöglichkeiten ebenfalls zu berücksichtigen.⁵¹ Zudem ist zu beachten, dass die Gewährung von Drittsicherheiten im gewöhnli-

⁴⁶ Vgl. dazu unten [IV.2.c\)aa\)](#) bzw. [IV.3.c\)](#).

⁴⁷ Das Valutaverhältnis ist das Verhältnis zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer, das Sicherungsverhältnis ist die Beziehung zwischen dem Kreditgeber und dem Sicherheitengeber und das Deckungsverhältnis ist jenes zwischen dem Kreditnehmer und dem Sicherheitengeber; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 3924.

⁴⁸ Vgl. z.B. Art. 507 OR für die Bürgschaft.

⁴⁹ Zobl, Bankgarantie, 48 ff.

⁵⁰ Vgl. unten [II.2.c\)dd\)](#).

⁵¹ Vgl. oben [II.2.c\)aa\)](#). Vgl. dazu auch Fischer/Genoud, 177.

chen Bankgeschäft, z.B. die Ausstellung einer Bankgarantie, an die Bedingung geknüpft sein kann, dass der mögliche Regressanspruch besichert wird. Deshalb muss unter Umständen auch bei einer gruppeninternen Sicherheit verlangt werden, dass der Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers besichert wird, damit die Sicherheit als zu Drittbedingungen abgeschlossen gilt.

Ob die Entschädigung für die Sicherheit, also z.B. eine Garantiekommission, einem Drittvergleich standhält, ist unter den gleichen Aspekten zu beurteilen wie beim Darlehenszins.⁵²

dd) Berücksichtigung des Konzernverbunds

Bei Konzern-Kreditfinanzierungen kann die Tatsache der Zugehörigkeit zu einem Konzern in zweierlei Hinsicht relevant sein: Einerseits kann sie beim Drittvergleich eine Rolle spielen, andererseits ist sie bei der Prüfung der Sorgfaltspflichten zu berücksichtigen.

Die Analyse, ob bei einer Kreditfinanzierung zwischen verbundenen Gesellschaften Drittbedingungen vorliegen, ist grundsätzlich anhand einer gesamtheitlichen Betrachtung im Einzelfall vorzunehmen. Damit kann und muss auch die Konzernzugehörigkeit berücksichtigt werden.⁵³ Es wurde bereits aufgezeigt, dass sich z.B. bei einem konzerninternen Darlehen objektiv ein anderer Zinssatz rechtfertigen lässt als bei einem Bankdarlehen.⁵⁴ Weiter kann auch die Werthaltigkeit einer Darlehens- bzw. Regressforderung durch die Konzernzugehörigkeit begründet sein, weil die vielfältigen Beziehungen zwischen den Parteien eine Verrechnungsmöglichkeit begründen.⁵⁵

Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit bei der Beurteilung der Drittbedingungen die Konzernzugehörigkeit kaum berücksichtigt.⁵⁶ Im *Swissair-Urteil* hat es im Rahmen der Prüfung der Pflichtwidrigkeit eine Änderung der Rechtsprechung begründet: Richtigerweise hält es fest, dass „mit Blick

⁵² Vgl. oben [II.2.c\)aa](#).

⁵³ ZR 98 (1999) Nr. 52, Urteil B.1, 239 ff. E. 4.3.1; *Druey*, 313; von Büren/Lüthi, 72 ff.

⁵⁴ Vgl. oben [II.2.c\)aa](#).

⁵⁵ Vgl. oben [II.2.c\)cc](#).

⁵⁶ Vgl. dazu den sehr strengen BGer 4C.214/2001 E. 4, wonach es in einer Sanierungssituation pflichtwidrig sein kann, ein langfristig kreditiertes Darlehen an eine andere Konzerngesellschaft nicht sicherzustellen, oder auch BGE 130 III 213 E. 2.2.2 S. 219, wonach das Organ einer Gesellschaft von Gesetzes wegen verpflichtet ist, allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren; im Ergebnis ähnlich Urteil des Bundesgerichts 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010 E. 2.2. sowie BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544 f., wo das Bundesgericht die Frage stellte, ob bei der Teilnahme an einem Cash-Pool der Drittmanntest überhaupt je erfüllt werden könne.

auf die Vorteile der Konzernzugehörigkeit nicht einfach isoliert das Gesellschaftsinteresse der betreffenden Gesellschaft Massstab bilden kann, sondern in einem gewissen Grad auch das Konzerninteresse mitberücksichtigt werden muss“.⁵⁷ Im konkreten Fall befand es, dass nicht Drittbedingungen entsprechende Darlehen, welche die damalige Swissair anderen Konzerngesellschaften (namentlich der Flightlease AG) gewährte, dennoch im Gesellschaftsinteresse der Swissair lagen, da diese ein Interesse am Fortbestand des Konzerns und der Schwestergesellschaften hatte, weil sie ansonsten ihren Flugbetrieb nicht hätte fortführen können.⁵⁸ Damit hat das Bundesgericht aber nicht irgendwie geartete Konzerninteressen abstrakt berücksichtigt, sondern anerkannt, dass das Interesse am Fortbestand des Konzerns bzw. einzelner Konzerngesellschaften im eigenen Interesse einer anderen Konzerngesellschaft liegen kann, bspw. wenn jene eine wichtige (operative) Funktion erfüllt.⁵⁹ Im Ergebnis lag deshalb keine Pflichtverletzung vor, obwohl der Drittmannstest nicht erfüllt war. Leider hat das Gericht dies explizit als aussergewöhnlichen Fall bezeichnet,⁶⁰ obwohl gerade solche Situationen bei Konzernfinanzierungen regelmässig anzutreffen sind.

d) *Wirtschaftliche Folgen von nicht zu Drittbedingungen gewährten Leistungen*

aa) *Downstream-Leistungen*

Sofern eine Downstream-Leistung zu Gunsten der Tochtergesellschaft nicht zu Drittbedingungen ausgerichtet wird, führt sie zu einer Bereicherung der Tochtergesellschaft. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Downstream-Darlehen nicht verzinslich oder fiktiv ist.⁶¹ Den gleichen wirtschaftlichen Effekt hat die Einräumung einer Drittsicherheit, für welche die Tochtergesellschaft keine Entschädigung bezahlen muss oder die sonst einem fiktiven Darlehen entspricht.⁶²

Die gleiche Downstream-Leistung führt aber nicht in jedem Fall zu einer Entreichung bei der Muttergesellschaft. Diesbezüglich ist zu differenzieren:

- Wenn die Tochtergesellschaft zu 100% gehalten wird und überlebensfähig ist, widerspiegelt sich der Wert der Downstream-Leistung in einem ent-

⁵⁷ BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

⁵⁸ BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

⁵⁹ So schon Glanzmann/Wolf, Sanierung, 3.

⁶⁰ BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

⁶¹ Vgl. oben [II.2.c\)aa](#).

⁶² Vgl. oben [II.2.c\)cc](#).

sprechenden Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft.⁶³ Bei einer rein bilanziellen Betrachtung führt eine solche Downstream-Leistung bei der Muttergesellschaft nicht zu einer Entreicherung.⁶⁴ Wird die Leistung in Form eines Darlehens erbracht, dann kann es hingegen liquiditätsmässig durchaus einen Unterschied machen, ob das Geld bei der Muttergesellschaft oder bei der Tochtergesellschaft liegt.

- Anders liegt der Fall, wenn nicht mehr ernsthaft mit einer Gesundung der finanziell angeschlagenen Tochtergesellschaft und damit auch der Rückerstattung der gewährten Downstream-Leistung gerechnet werden darf. Dann werden primär die Gläubiger der Tochtergesellschaft begünstigt, ohne dass sich der Wert der Downstream-Leistung in einem Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft widerspiegeln würde.⁶⁵ Bei einer rein substanzmässigen Betrachtung erfolgt im Umfang der auszubuchenden Downstream-Leistung eine Entreicherung der Muttergesellschaft. Hingegen kann eine solche Leistung für die Muttergesellschaft nicht nur aus Reputationsgründen vorteilhaft sein, sondern auch weil die Tochtergesellschaft eine wichtige Funktion für die Kreditgeberin erfüllt oder weil deren Insolvenz bei der Kreditgeberin aufgrund eines sog. „cross default“ z.B. zur Zahlungsunfähigkeit führen würde.⁶⁶
- Wenn die Tochtergesellschaft nicht zu 100% gehalten wird, dann kann eine verdeckte Upstream- oder Cross-stream-Leistung vorliegen, sofern nicht alle Gesellschafter anteilmässig die gleiche Leistung erbringen.⁶⁷

bb) Upstream-Leistungen

Eine Upstream-Leistung, die nicht Drittbedingungen entspricht, führt zu einer Entreicherung der leistenden Gesellschaft, weil die Leistung die Sphäre der Tochtergesellschaft verlässt. Anders als bei einer Downstream-Leistung steht einer solchen Upstream-Leistung nie ein direkter Gegenwert bei der leistenden Gesellschaft, also bei der Tochtergesellschaft gegenüber. Hingegen ist es

⁶³ ZR 98 (1999) Nr. 52, Urteil B.1, 239 ff., E. 4.4.3. Gl.M. Kunz, 86; a.M. Lorandi, 1302, der die Downstream-Leistung in Form einer Sicherheit als gegenleistungslos betrachtet.

⁶⁴ BGer 4A_74/2012 E. 4.2.

⁶⁵ ZR 98 (1999) Nr. 52, Urteil B.1, 239 ff. E. 4.4.3; BGer 4A_391/2009 E. 2.2; BGer 4A_74/2012 E. 4.2.

⁶⁶ Glanzmann/Wolf, Sanierung, 3; vgl. BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

⁶⁷ Vgl. oben [II.1](#).

möglich, dass der Tochtergesellschaft aufgrund einer Upstream-Leistung andere Vorteile zukommen, weil sie z.B. aus operativen Gründen auf die Kreditnehmerin angewiesen ist.⁶⁸

Bei der die Upstream-Leistung empfangenden Muttergesellschaft führt die Leistung bei einer substanzmässigen Betrachtung nicht zu einer Bereicherung, weil sich der Beteiligungswert an der Tochtergesellschaft im gleichen Betrag reduziert.

Wird eine Upstream-Leistung an eine Gesellschafterin ausgerichtet, die nicht 100% der Anteile an der Tochtergesellschaft hält, dann führt dies zu einer Bereicherung dieser Gesellschafterin; daneben liegt aber noch eine Ungleichbehandlung der anderen Gesellschafter der Tochtergesellschaft vor.

cc) *Cross-stream-Leistungen*

Cross-stream-Leistungen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, führen zu einer Bereicherung der empfangenden Gesellschaft und zu einer Entreichung der leistenden Gesellschaft. Bei Schwester-Gesellschaften, die nicht symmetrisch von den gleichen Gesellschaftern gehalten werden, führen solche Cross-stream-Leistungen zudem zu einer Ungleichbehandlung der Gesellschafter,⁶⁹ weil eine Cross-stream-Leistung auch als eine Upstream-Leistung an die Muttergesellschaft mit einer anschliessenden Downstream-Leistung an die empfangende Schwestergesellschaft verstanden werden kann. Aufgrund dieser sog. Dreieckstheorie werden Cross-stream-Leistungen aus handelsrechtlicher Sicht grundsätzlich gleich behandelt wie Upstream-Leistungen.⁷⁰

3. Heilung von Downstream-, Upstream- und Cross-stream-Strukturen

Konzern-Kreditfinanzierungen führen häufig zu unerwünschten Strukturen, sei dies aus rechtlicher Sicht⁷¹ oder aus wirtschaftlichen Überlegungen.⁷² Deshalb kann es in gewissen Situationen erwünscht sein, Downstream-, Up-

⁶⁸ Vgl. oben [II.2.c\)dd](#)); BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

⁶⁹ Vgl. zuvor [II.2.d\)bb](#)).

⁷⁰ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541 f.; vgl. Böckli, Aktienrecht, § 11, N 449r; Neuhaus/Watter, 212 f.

⁷¹ Vgl. insbesondere die Probleme bei Upstream- und Cross-stream-Strukturen für den Kapitalschutz, unten [IV](#).

⁷² Dazu gehört z.B. das Problem der strukturellen Subordination; vgl. dazu Hünerwadel/Trançhet, 372.

stream- und Cross-stream-Strukturen zu beseitigen. Die Bereinigung solcher Strukturen hat oft steuerliche Implikationen, auf die hier aber nicht weiter eingegangen wird.

Eine Möglichkeit, unerwünschte Finanzierungsstrukturen zu beseitigen, ist, die verschiedenen an einer Kreditfinanzierung beteiligten Konzerngesellschaften zu fusionieren. In diesem Fall steht z.B. der kreditgebenden Bank nur noch eine Konzerngesellschaft als Kreditnehmerin gegenüber, die unter Umständen gleichzeitig auch noch die Sicherheiten bestellt.

Die Upstream-Struktur einer Sicherheit kann in eine direkte Besicherung überführt werden, wenn der Kreditnehmer gegenüber dem Sicherheitengeber eine Forderung hat und diese Forderung sicherungshalber an den Kreditgeber (z.B. eine Bank) abgetreten wird. Im Verwertungsfall kann der Kreditgeber aus der abgetretenen Forderung gegen den Sicherheitengeber vorgehen, wobei die Sicherheit eine eigene Verbindlichkeit dieser Gesellschaft besichert. Allerdings trifft dies nur im Betrag der abgetretenen Forderung zu, d.h., bezüglich eines den Forderungsbetrag übersteigenden Kreditbetrags bestünde immer noch eine Upstream-Struktur. Zudem muss die Sicherheit nicht nur den Kredit, sondern auch sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Kreditgebers gegenüber dem Sicherheitengeber besichern.

Eine Upstream-Sicherheit bzw. eine strukturelle Subordination kann auch durch einen sog. „*debt push-down*“ geheilt werden. In diesem Fall übernimmt der Sicherheitengeber vom Kreditnehmer die Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditgeber, wodurch wiederum eine direkte Besicherung entsteht. Die Übernahme der Verbindlichkeiten kann dadurch erfolgen, dass der Kreditnehmer eine Forderung gegenüber dem Sicherheitengeber begründet, wobei der Sicherheitengeber seine diesbezügliche Schuldpflicht durch Übernahme der Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditgeber erfüllt. Die Forderung kann z.B. durch einen Dividendenbeschluss oder durch ein Kaufgeschäft begründet werden; bei Letzterem verkauft der Kreditnehmer dem Sicherheitengeber z.B. eine andere Gesellschaft, womit der Kreditnehmer gegenüber dem Sicherheitengeber eine Kaufpreisforderung begründet.

III. Zweckkonformität und Interessenkonflikte

I. Zweckkonformität einer Leistung

Organe können eine Gesellschaft nur bezüglich solcher Handlungen gültig vertreten, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.⁷³ Das Bundesgericht vertritt bei der Beurteilung der Zweckkonformität einer Handlung zu Recht eine sehr liberale Haltung: Nach seiner konstanten Rechtsprechung ist eine Handlung zweckkonform, sofern sie durch den Zweck nicht geradezu ausgeschlossen wird.⁷⁴ Somit sind selbst ungewöhnliche Geschäfte zweckkonform, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck liegen.⁷⁵ Für diese Beurteilung massgebend ist der in den Statuten verankerte Zweck.⁷⁶

Liegt eine Handlung ausserhalb des Gesellschaftszwecks, dann mangelt es den Organen an Vertretungsmacht.⁷⁷ Eine entsprechende Rechtshandlung ist für die vertretene Gesellschaft einseitig unverbindlich, wobei die Gegenpartei keinen Gutglaubensschutz genießt;⁷⁸ für diese ist der Vertrag zudem grundsätzlich bindend.⁷⁹ Immerhin hat sie aber die Möglichkeit, von der Gesellschaft innerhalb einer angemessenen Frist eine Erklärung zu verlangen, ob diese das Geschäft genehmigt; mit der Genehmigung wird das Geschäft für die vertretene Gesellschaft verbindlich.⁸⁰ Die Gesellschaft kann das Geschäft genehmigen, indem sie den statutarischen Zweck entsprechend anpasst. Einer formellen Anpassung des Gesellschaftszwecks gleichgestellt ist ein Beschluss der General- bzw. Gesellschafterversammlung, der mit dem gleichen qualifizierten Quorum gefasst wird.⁸¹ Die Erfüllung eines nicht zweckkonformen Vertrags durch die Gesellschaft führt hingegen bei einer Überschreitung des Gesellschaftszwecks nicht ohne Weiteres zu einer Genehmigung des Geschäfts.⁸²

⁷³ Art. 718a Abs. 1 OR für die AG bzw. Art. 814 Abs. 4 OR für die GmbH.

⁷⁴ BGE 116 II 320 E. 3a S. 323; Urteil des Bundesgerichts 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008 E. 2.1; Zobl, Vertretungsmacht, 292.

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_245/2018 vom 21. November 2018 E. 6.2.

⁷⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 8, N 53; BSK OR II-Watter, Art. 718a OR, N 2.

⁷⁷ Gl.M. Bühler/Spichtin, 153.

⁷⁸ Zobl, Vertretungsmacht, 296 f.

⁷⁹ Schwenger/Fountoulakis, N 43.04.

⁸⁰ Art. 38 Abs. 1 OR; Zobl, Vertretungsmacht, 296 f.; wohl auch Banz, 197.

⁸¹ BSK OR II-WATTER, Art. 718a OR, N 2; BGE 100 II 384 E. 2 S. 387 ff.

⁸² Anders bei der Stellvertretung ohne Ermächtigung gemäss Art. 38 OR; vgl. BGE 43 II 293 E. 3 S. 390 f.; Schwenger/Fountoulakis, N 43.03.

Wird das Geschäft nicht genehmigt, ist dieses endgültig unwirksam⁸³ und die bereits empfangene Leistung zurückzuerstatten. Ist ein Darlehen noch nicht ausbezahlt, dann ist der Kreditgeber nicht verpflichtet, die Darlehenssumme an den Kreditnehmer auszurichten. Wurde die Darlehenssumme bereits ausbezahlt, dann ist der Kreditnehmer verpflichtet, diese aufgrund der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuzahlen;⁸⁴ bei einem Upstream- oder Cross-stream-Darlehen kann eine Rückerstattung bei gegebenen Voraussetzungen auch aufgrund von Art. 678 OR gefordert werden. Liegt ein Sicherheitenvertrag ausserhalb des Gesellschaftszwecks des Sicherheitengebers, dann darf der besicherte Kreditgeber die Sicherheit nicht verwerten. Dies bedeutet, dass z.B. eine Garantie nicht durchgesetzt werden kann oder bezüglich eines an den Kreditgeber übertragenen Pfandgegenstands ein Vindikationsanspruch⁸⁵ besteht.⁸⁶ Wurde die Sicherheit bereits verwertet, dann hat der Sicherheitengeber einen Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.⁸⁷

Nach einem Teil der Lehre ist bei der Beurteilung der Zweckkonformität einer Leistung zusätzlich zu prüfen, ob das konkrete Geschäft mit dem Endzweck übereinstimmt („konkreter Test“).⁸⁸ Der Endzweck liegt in der Regel im Erzielen und Ausschütten von Gewinnen.⁸⁹ Weil von der Erfüllung des konkreten Tests die Vertretungsmacht der Organe abhängt, müsste der Vertragspartner die Konsequenzen einer Nichterfüllung vollumfänglich tragen, ohne dass er zur Beurteilung, ob der konkrete Test erfüllt wird, in der Lage wäre oder sich auf seinen guten Glauben berufen könnte. Deshalb gehen das Bundesgericht und die wohl h.L. zu Recht davon aus, dass die Zweckkonformität nur anhand des statutarischen Zwecks zu prüfen ist.⁹⁰ Sollte der konkrete Test dennoch auch massgebend sein, so dürfte dieser selbst dann erfüllt werden, wenn die finanzielle Leistung nicht zu Drittbedingungen gewährt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt nämlich für die Aufrechterhaltung der Gewinnstrebigkeit, dass die Gesellschaft langfristig eine gewinnbringende Tätigkeit verfolgt, selbst wenn sie vorübergehend keinen Gewinn er-

⁸³ Schwenzer/Fountoulakis, N 43.05.

⁸⁴ Art. 39 Abs. 3 OR.

⁸⁵ Art. 641 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

⁸⁶ Vgl. Schwenzer/Fountoulakis, N 43.06; Zobl, Sicherungsgeschäfte, 191.

⁸⁷ Art. 39 Abs. 3 OR.

⁸⁸ So etwa Aebi, 65 f.; Neuhaus/Watter, 190 Fn. 82; Schärer, 126.

⁸⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 8, N 46.

⁹⁰ Vgl. BGE 111 II 284 E. 3 S. 288 ff., BGer 4A_485/2008 E. 2.2.1; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 21, N 5; Zobl, Vertretungsmacht, 292 f.

wirtschaftet.⁹¹ Durch die Gewährung eines Darlehens oder Einräumung einer Drittsicherheit dürfte aber kaum je die Gewinnstrebigkeit in diesem Sinne aufgegeben werden.⁹²

Aufgrund der obenstehenden Ausführungen sind finanzielle Leistungen zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft zweckkonform, solange die Statuten solche Leistungen nicht geradezu ausschliessen.⁹³ Dennoch ist es in der Praxis nicht unüblich, den statutarischen Zweck dahingehend anzupassen, dass dieser solche Leistungen ausdrücklich vorsieht:

„Die Gesellschaft kann an Konzernfinanzierungen teilnehmen, insbesondere indem sie ihren direkten oder indirekten Gesellschaftern oder anderen Konzerngesellschaften Kredite gewährt oder für deren Verbindlichkeiten gegenüber Dritten Sicherheiten aller Art gewährt, auch wenn diese Kredite oder Sicherheiten im ausschliesslichen Interesse ihrer direkten oder indirekten Gesellschafter oder anderen Konzerngesellschaften liegen und unentgeltlich gewährt werden.“

Weil im Teilsatz „...auch wenn diese Kredite oder Sicherheiten [...] unentgeltlich gewährt werden“ eine partielle Aufgabe der Gewinnstrebigkeit gesehen werden kann, bedürfen solche Statutenänderungen der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.⁹⁴

2. Interessenkonflikte

Die Vertretungsfähigkeit der Organe ist nicht nur bei fehlender Vertretungsmacht, sondern auch bei mangelnder Vertretungsbefugnis beschränkt. Anders als bei fehlender Vertretungsmacht wird der gute Glaube des Dritten bei mangelnder Vertretungsbefugnis geschützt.⁹⁵ Gegenüber diesem ist die vertretene Gesellschaft an den Vertrag gebunden, auch wenn die Organe keine Befugnis hatten, die Gesellschaft zu vertreten. Bei Bösgläubigkeit des Dritten treten hingegen bezüglich der die Vertretungsbefugnis missachtenden Handlungen die gleichen Rechtsfolgen ein, wie bei einer Überschreitung der Vertretungsmacht.⁹⁶

⁹¹ BGE 100 II 384 E. 4, S. 393 ff.; Jutzi, 263.

⁹² Gl.M. Grünenfelder, 32.

⁹³ A.M. offenbar Brand, Swissair, 147, der eine ausdrückliche statutarische Ermächtigung für eine rechtmässige Konzernorganisation für eine Cash Pool-Teilnahme voraussetzt.

⁹⁴ Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 808c OR; gl.M. Aebi, 73 f.; Grünenfelder, 37; Neuhaus/Watter, 192; a.M. Rusch, 25 f.; von Büren, 86 f.

⁹⁵ Vgl. Art. 718a Abs. 2 OR; Zobl, Vertretungsmacht, 297.

⁹⁶ BSK OR II-Watter, Art. 718a OR, N 8; Zobl, Vertretungsmacht, 297; vgl. oben [III.1](#).

Die Vertretungsbefugnis kann insbesondere beim Vorliegen eines Interessenkonflikts beschränkt sein.⁹⁷ Ein typischer Fall eines Geschäfts mit einem Interessenkonflikt ist das Insichgeschäft. Dieses liegt vor, wenn ein Organ mit sich selber („Selbstkontrahieren“) oder zwischen zwei Gesellschaften, die es beide vertritt („Doppelvertretung“), einen Vertrag abschliesst.⁹⁸ Doch selbst wenn die an einer Finanzierung beteiligten Konzerngesellschaften nicht von den gleichen Organen vertreten werden, befinden sich deren Organe oft in einem Interessenkonflikt: Sie müssen einerseits die Weisungen der Konzernobergesellschaft beachten (sei dies aus rein faktischen Zwängen oder weil sie z.B. bei dieser angestellt sind) und andererseits als Organ der Gesellschaft gleichzeitig in deren Interesse handeln. Damit ist die Interessenlage dieselbe wie bei einem Insichgeschäft, weshalb das Bundesgericht die beiden Fälle gleich behandelt.⁹⁹

Insichgeschäfte sind gemäss konstanter Rechtsprechung wegen der Gefahr von Interessenkollisionen grundsätzlich unzulässig.¹⁰⁰ Rechtswirksam sind diese Geschäfte nur, wenn die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder die Gesellschaft den Vertreter zum Geschäftsabschluss ermächtigt hat.¹⁰¹ Die Ermächtigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.¹⁰² Eine stillschweigende Ermächtigung ist insbesondere bei einer konzernmässigen Verflechtung der beteiligten Gesellschaften zu vermuten.¹⁰³ Ferner ist auch eine nachträgliche Genehmigung möglich. Diese kann entweder durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder¹⁰⁴ oder durch die Gesellschafter vorgenommen werden. Eine Genehmigung durch die Gesellschafter kann mittels eines anfechtbaren Beschlusses

⁹⁷ Zobl, Vertretungsmacht, 305 ff.

⁹⁸ Böckli, Aktienrecht, § 13, N 602 f.; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 13, N 47; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30, N 121 ff.

⁹⁹ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f. m.w.Nw.

¹⁰⁰ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; 127 III 332 E. 2a S. 333. Diese Rechtsprechung hat auch nach Einführung von Art. 718b OR (wonach Verträge schriftlich abgeschlossen werden müssen, wenn die Gesellschaft durch diejenige Person vertreten wird, mit der sie den Vertrag abschliesst) weiterhin Gültigkeit: BGE 144 III 388 E. 5.1 S. 390. Ungeklärt bleibt hingegen, welche Rechtsfolgen die Nichteinhaltung des Schriftlichkeitserfordernisses nach sich zieht; hierzu: OFK OR-Glanzmann, Art. 718b OR, N 6; BSK OR II-Watter/Pellanda, Art. 718b OR, N 9; Waldburger, 419. Das Bundesgericht hat diese Frage jüngst offengelassen (Urteil des Bundesgerichts 4A_545/2019 vom 13. Februar 2020 E. 5.2.4).

¹⁰¹ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; 127 III 332 E. 2 S. 333 ff.; 144 III 388 E. 5.1 S. 390.

¹⁰² BGE 93 II 461 E. 6a S. 482.

¹⁰³ ZR 1978 126, 128. Eine stillschweigende Ermächtigung wird auch vermutet, wenn keine Benachteiligungsgefahr besteht (BGE 93 II 461 E. 6a S. 481 f.).

¹⁰⁴ VR-Mitglieder können nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung Insichgeschäfte eines anderen VR-Mitglieds genehmigen (BGE 127 III 332 E. 2b S. 344 f.).

oder durch Zustimmung aller Gesellschafter erteilt werden.¹⁰⁵ Zudem ist sie immer dann zu vermuten, wenn die Handlungen des Vertreters dem Alleingesellschafter zugerechnet werden können; die Frage, ob eine Handlung im Gesellschaftsinteresse liegt, muss nämlich gemäss Bundesgericht allein aus Sicht des Gesellschafters, nicht jedoch aus Sicht der Gläubiger beantwortet werden.¹⁰⁶ Die Interessen der Gläubiger sind unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftsinteresses nicht relevant, weil ihnen mit der paulianischen Anfechtungsklage und der Verantwortlichkeitsklage andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.¹⁰⁷

Bei einer typischen Gruppenfinanzierung, d.h., wenn sämtliche in eine Finanzierung einbezogenen Gesellschaften zu 100% miteinander verbunden sind und es keine Minderheitsgesellschafter gibt, sind aufgrund dieser Bundesgerichtspraxis die Voraussetzungen für eine stillschweigende Ermächtigung zu bzw. Genehmigung von Handlungen unter Interessenkollisionen regelmässig gegeben. Vereinbarungen, die von Organen in einem Interessenkonflikt abgeschlossen wurden, sind deshalb ohne Weiteres gültig.¹⁰⁸

Bestehen bei der leistenden Gesellschaft Minderheitsgesellschafter, dann ist zu differenzieren, ob es sich um eine Downstream-Leistung oder um eine Upstream- bzw. Cross-stream-Leistung handelt:

- Downstream-Leistungen sind regelmässig gültig, selbst wenn sie nicht Drittbedingungen entsprechen. Solche Leistungen führen nämlich strukturbedingt nur dann zu einer Benachteiligung der leistenden Gesellschaft, wenn die *begünstigte* Gesellschaft kaum mehr überlebensfähig ist oder nicht zu 100% gehalten wird.¹⁰⁹ Doch selbst in diesen Fällen ist eine entsprechende Leistung uneingeschränkt zulässig: Es steht ausser Zweifel, dass eine Gesellschaft sich jederzeit mittels Eigenkapital an einer Tochtergesellschaft beteiligen kann, ohne diese Beteiligung von ihren Gesellschaftern genehmigen zu lassen.¹¹⁰ Damit muss es auch zulässig sein, dass eine Gesellschaft eine nicht Drittbedingungen entsprechende finanzielle Leistung zu Gunsten einer Tochtergesellschaft erbringt, denn diese ist für die leistende Gesellschaft nicht nachteiliger als eine Kapitalbeteiligung. Somit ist es weder nötig noch üblich, dass z.B. eine Publikumsgesellschaft einen

¹⁰⁵ BGE 126 III 361 E. 5a S. 365 f.

¹⁰⁶ BGE 126 III 361 E. 5a S. 366 f.; bestätigt in 144 III 388 E. 5.3.2 S. 392 ff.

¹⁰⁷ BGE 126 III 361 E. 5a S. 366 f.; Zobl, Vertretungsmacht, 295 f.

¹⁰⁸ GLM. Grünenfelder, 49 f.

¹⁰⁹ Vgl. oben [II.2.d\)aa](#).

¹¹⁰ Vgl. allerdings die Einschränkung aufgrund eines Genehmigungsvorbehalts der Gesellschafterversammlung; unten [III.3.a](#)).

Generalversammlungsbeschluss einholt, um eine Garantie zu Gunsten einer Tochtergesellschaft zu genehmigen. Entsprechende Geschäfte liegen in der Kompetenz des VR und sind alleine unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit der Organe¹¹¹ und allenfalls der paulianischen Anfechtung zu beurteilen.¹¹²

- Anders ist die Situation bei Upstream- und Cross-stream-Leistungen. Werden solche Leistungen in einem Interessenkonflikt erbracht, so ist die Vertretungsbefugnis nur dann gegeben, wenn diese Drittbedingungen entsprechen. Upstream- und Cross-stream-Leistungen, die nicht Drittbedingungen entsprechen,¹¹³ können hingegen für die leistende Gesellschaft nachteilig sein, weshalb die in einem Interessenkonflikt handelnden Organe keine diesbezügliche Vertretungsbefugnis haben.¹¹⁴ In diesem Fall ist jedoch eine Heilung des Interessenkonflikts möglich. Nach Ansicht des Bundesgerichts kann die Generalversammlung eine Ermächtigung bzw. Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses erteilen oder es kann die Zustimmung aller Aktionäre eingeholt werden.¹¹⁵ Wird keine solche Ermächtigung oder Genehmigung beigebracht, dann sind Upstream- und Cross-stream-Leistungen für die leistende Gesellschaft trotzdem unverbindlich, wenn der Dritte den Interessenkonflikt kannte oder hätte kennen sollen.¹¹⁶ Falls die Dritte eine Bank ist, muss wohl in den meisten Fällen davon ausgegangen werden, dass diese einen bestehenden Interessenkonflikt bei einer Gruppenfinanzierung erkannte oder zumindest bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen.¹¹⁷

Keinen Einfluss auf diese Rechtsprechung haben die mit der Aktienrechtsrevision 2020 neu eingeführten Pflichten für den gesellschaftsinternen Umgang mit Interessenskonflikten: Danach müssen die einzelnen Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratsmitglieder den Verwaltungsrat unverzüglich und

¹¹¹ Vgl. dazu z.B. BGer 4A_391/2009 E. 2.2; Glanzmann/Wolf, Sanierung, 5 ff.

¹¹² Vgl. oben [Fn. 107](#).

¹¹³ Dies gilt auch schon dann, wenn die Leistung noch nicht einem fiktiven Darlehen entspricht; vgl. dazu oben [II.2.c\)aa\)](#) und [II.2.c\)cc\)](#).

¹¹⁴ A.M. Grünfelder, 52 f., der bei einer konzernmässigen Einbindung der Gesellschaft eine stillschweigende Genehmigung annimmt, selbst wenn es Minderheitsaktionäre gibt.

¹¹⁵ BGE 126 III 361 E. 5a S. 365 f.; Neuhaus/Watter, 192 f.

¹¹⁶ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1.

¹¹⁷ Grünfelder, 46. Zum guten Glauben s. BSK OR II-Watter, Art. 718a OR, N 11 ff.

vollständig über die sie betreffenden Interessenskonflikte informieren, worauf dieser die zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen erforderlichen Massnahmen ergreift.¹¹⁸

3. Andere Beschränkungen der Vertretungsbefugnis

a) *Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung bei der GmbH*

Ein spezieller Fall der Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Organe ist der Genehmigungsvorbehalt nach Art. 811 Abs. 1 Ziff. 2 OR. Danach können die Statuten einer GmbH anordnen, dass bestimmte Entscheide der Gesellschafterversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. Bei der AG wäre eine solche Statutenbestimmung ungültig.¹¹⁹

Nach richtiger Auffassung beschränkt ein Genehmigungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung nur die Vertretungsbefugnis, nicht aber die Vertretungsmacht der Organe.¹²⁰ Damit kann sich eine Vertragsgegenpartei auf ihren guten Glauben berufen, wenn die fragliche Regelung nicht im Handelsregister publiziert ist¹²¹ und sie von der entsprechenden Statutenbestimmung auch sonst weder Kenntnis hatte noch haben musste.¹²² Ob eine kreditgebende Bank gutgläubig ist, muss im konkreten Fall beurteilt werden.

b) *Klumpenrisiken*

Schliesslich wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Vertretungsbefugnis auch beschränkt sei, wenn die Leistung zu einem Klumpenrisiko führt. Ein Klumpenrisiko liegt vor, wenn bei der Anlage des Gesellschaftsvermögens die Risikoverteilung mangelhaft ist.¹²³ Das Eingehen eines Klumpenrisikos kann gegen die Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrats bei der Vermögensanlage verstossen.¹²⁴ Weil die betreffende Lehre davon ausgeht, dass jede pflichtwid-

¹¹⁸ Art. 717a revOR.

¹¹⁹ Böckli, Aktienrecht, § 13, N 293.

¹²⁰ BSK OR II-Watter/Pellanda, Art. 811 OR, N 10; Böckli, GmbH-Recht, 33 f.

¹²¹ Der Genehmigungsvorbehalt kann als „zusätzliche Tatsache“ gemäss Art. 30 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411) im Handelsregister publiziert werden. Restriktiver zur Eintragungsfähigkeit zusätzlicher Tatsachen gemäss Art. 30 HRegV; Zihler, *passim*.

¹²² Weil der Genehmigungsvorbehalt nicht im Handelsregister eingetragen werden muss, richtet sich die Gutgläubigkeit nicht nach Art. 936b Abs. 2 OR.

¹²³ BGE 113 II 52 E. 3b S. 57 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_19/2020 vom 19. August 2020 E. 3.5.5.

¹²⁴ Glanzmann, Darlehensvertrag, 171; Sethe, 441.

rige Handlung eines Organs ausserhalb der Vertretungsbefugnis liegt,¹²⁵ wäre die finanzielle Leistung nur dann gültig erbracht, wenn der Dritte gutgläubig war. Meines Erachtens ist diese Auffassung abzulehnen, weil sie zu einer ungerechtfertigten Gefährdung der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr führt; die adäquate Rechtsfolge für eine unsorgfältige Handlung ist die Verantwortlichkeit des entsprechenden Organs.¹²⁶ Aus diesem Grund müssen finanzielle Leistungen uneingeschränkt gültig sein, auch wenn sie zu einem Klumpenrisiko führen.¹²⁷

IV. Kapitalschutzvorschriften

I. Leistungen zu Lasten des geschützten Eigenkapitals

a) Welche Eigenkapitalpositionen können betroffen sein?

Im Gegensatz zu den grundsätzlich unproblematischen Downstream-Strukturen haben Upstream- und Cross-stream-Finanzierungen, die nicht zu Drittbedingungen ausgerichtet werden, den Charakter einer verdeckten Ausschüttung.¹²⁸ Anders als bei einer formellen Ausschüttung, bei der frei verwendbares Eigenkapital in eine Verbindlichkeit umgewandelt wird, die anschliessend getilgt wird, verfügt die Gesellschaft nicht direkt über bestimmte Eigenkapitalpositionen, sondern disponiert über ihre Aktiven. Um die Rechtsfolgen einer solchen Verfügung über Vermögenswerte zu beurteilen, stellt sich die Frage, in welche Eigenkapitalpositionen damit eingegriffen wird. Diese Frage kann anhand der folgenden Darstellung beantwortet werden:¹²⁹

¹²⁵ BSK OR II-Watter/Pellanda, Art. 718a OR, N 5; Zobl, Vertretungsmacht, 295 f.

¹²⁶ GLM. Blum, 714.

¹²⁷ GLM. Blum, 714; Böckli, Sondervermögen, 544.

¹²⁸ Vgl. oben [II.1](#) und [II.2.a](#).

¹²⁹ Die in der Bilanz ausgewiesenen Reserven sind gemäss ihrer Schutzintensität gegliedert und nicht gemäss Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b–g revOR.

Bilanz

Gliederung gem. Schutzintensität

Aktiven	Passiven
	Fremdkapital
⑥	Grundkapital (Aktien- und PS-Kapital, Stammkapital)
⑤	Reserve für eigene Anteile im Konzern (Art. 659b Abs. 2 revOR)
	Aufwertungsreserve (Art. 725c revOR)
④	Gesetzl. Kapitalreserve (Art. 671 revOR)
	Gesetzl. Gewinnreserve i.e.S. (Art. 672 revOR)
③	Freiw. Gewinnreserve (Art. 673 revOR)
②	Gewinnvortrag (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f revOR)
①	Jahresgewinn (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. g revOR)

Kürzung um den Jahresverlust,
Verlustvortrag, eigene Kapitalanteile und
Zwischendividende

Abbildung 5: Kapitalschutzvorschriften nach revOR

Vorab sind die in der Bilanz ausgewiesenen Reserven um die Minuspositionen des Eigenkapitals zu kürzen. Solche können in der Form eines Jahresverlusts¹³⁰, eines Verlustvortrags¹³¹, einer vorgängig beschlossenen Zwischendividende¹³² oder eigener Kapitalanteile¹³³ bestehen. Die Kürzung erfolgt analog der Verrechnungskaskade gemäss Art. 674 revOR „von unten nach oben“, d.h. zuerst mit dem Jahresgewinn, dann mit dem Gewinnvortrag, den freiwilligen Gewinnreserven, den gesetzlichen Gewinnreserven im engeren Sinne und schliesslich mit den gesetzlichen Kapitalreserven. Da das Grundkapital, die Reserve für eigene Anteile im Konzern und die Aufwertungsreserve nicht als

¹³⁰ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. g revOR.

¹³¹ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. f revOR.

¹³² Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 77. Die Aufnahme der Zwischendividende in die Eigenkapitalstruktur von Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 revOR ging jedoch im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 vergessen.

¹³³ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR.

Dividende ausgeschüttet werden dürfen,¹³⁴ kann eine Verrechnung mit diesen Bilanzpositionen unterbleiben. Erst nach dieser Kürzung der Reserven kann getestet werden, wie eine Disposition über die Aktiven in die einzelnen Eigenkapitalpositionen auf der Passivseite eingreift. Mit Blick auf die obige Darstellung bedeutet dies Folgendes:

- Wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) gewährt, dann geht sie zu Lasten des Jahresgewinns;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) und (2) gewährt, dann geht sie auch zu Lasten des Gewinnvortrags;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) bis (3) gewährt, dann geht sie auch zu Lasten der freiwilligen Gewinnreserve;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) bis (4) gewährt, dann geht sie auch zu Lasten der gesetzlichen Gewinnreserve im engeren Sinne und der gesetzlichen Kapitalreserve;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) bis (5) gewährt, dann geht sie auch zu Lasten der Aufwertungsreserve und der Reserve für eigenen Aktien im Konzern;
- wird die finanzielle Leistung im Umfang von (1) bis (6) gewährt, dann geht sie darüber hinaus zu Lasten des Grundkapitals;
- wird die finanzielle Leistung in einem noch grösseren Umfang gewährt, dann geht sie auch zu Lasten des Fremdkapitals. Damit disponiert die Gesellschaft über Vermögenswerte, die ihr wirtschaftlich nicht gehören.

b) *Relevante Bilanzverhältnisse in zeitlicher Hinsicht*

Die nachstehenden Ausführungen werden zeigen, dass die rechtliche Beurteilung einer Upstream- oder Cross-stream-Leistung davon abhängt, in welche Eigenkapitalposition die fragliche Leistung eingreift. Deshalb ist es notwendig, zuerst die Frage zu beantworten, welches in zeitlicher Hinsicht die relevante Bilanz ist.

Bei der Darlehensgewährung geht die herrschende Lehre davon aus, dass die Verhältnisse im Zeitpunkt der Ausrichtung des Darlehens massgebend sein müssen.¹³⁵ Basis für die Beurteilung bildet dabei die letzte Bilanz. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts im *Swisscargo-Entscheid*¹³⁶ sind nach der

¹³⁴ Vgl. unten [IV.2.a](#)) und [IV.3.a](#)).

¹³⁵ Blum, 713; Maurer/Handle, 295; Jung, 30 Fn. 53; Cathomas, Ausschüttungskapazität, 247. Vgl. oben [II.2.c\)bb](#)).

¹³⁶ BGE 140 III 533 E. 4.5 S. 544 f. und 5.2. S. 546.

hier vertretenen Meinung die Verhältnisse am Bilanzstichtag aber nicht alleine massgebend, sondern Ereignisse nach dem Bilanzstichtag müssen ebenfalls berücksichtigt werden.¹³⁷

Kontroversen bestehen ebenfalls bei der Gewährung von Sicherheiten. Während ein Teil der Lehre die Auffassung vertritt, dass die Bilanzverhältnisse im Zeitpunkt der Beanspruchung (d.h. der Verwertung) der Sicherheit massgebend sein müssen,¹³⁸ ist nach einer anderen Meinung der Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheit massgebend.¹³⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist letztere Meinung überzeugend, weil eine einmal gültig gewährte Sicherheit nicht nachträglich mangelhaft werden kann. Wie noch zu zeigen sein wird, wird bei einer Upstream- oder Cross-stream-Sicherheit, die in Verletzung der Kapitalschutzvorschriften gewährt wird, die Vertretungsbefugnis der Organe überschritten.¹⁴⁰ Wenn im Zeitpunkt der Sicherheitengewährung die Vertretungsbefugnis gegeben ist, dann wird die Sicherheit grundsätzlich rechtsgültig bestellt und ist nicht mehr nachträglich in Frage zu stellen, auch wenn sich die finanzielle Lage des Sicherheitengebers verschlechtert. Kommt es im Zeitraum zwischen der Gewährung und der Verwertung der Sicherheit zu einer Verbesserung der Bilanzverhältnisse, so kann eine vorgängige Verletzung der Kapitalschutzvorschriften geheilt werden und es ist auf den Zeitpunkt der Sicherheitenverwertung abzustellen. Dennoch hat sich in der Finanzierungspraxis durchgesetzt, dass auf den Zeitpunkt der Beanspruchung bzw. Verwertung der Sicherheiten abgestellt wird, was in der sog. „*limitation language*“ zum Ausdruck kommt. Danach ist die Beanspruchung von Upstream- oder Cross-stream-Sicherheiten üblicherweise auf das gesetzlich zulässige Mass im Zeitpunkt der Verwertung bzw. Beanspruchung der Sicherheit beschränkt.

2. Leistungen zu Lasten des Grundkapitals

a) *Verbot der Einlagerückgewähr*

Das Aktien- und das Partizipationskapital einer Gesellschaft sind aufgrund des Verbots der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) absolut geschützt und dürfen – ausser im Verfahren der Kapitalherabsetzung – nicht an die Aktionäre

¹³⁷ Glanzmann, Bilanzstichtag, 259 f.; gl.M. ExpertSuisse, Buchführung, 296.

¹³⁸ Rusch, 143 f.; wohl auch von Büren/Lüthi, 87.

¹³⁹ Grünenfelder, 139 ff.

¹⁴⁰ Vgl. unten [IV.2.c\)bb](#)). Nach der hier vertretenen Meinung ist diese Frage aber ohnehin nur relevant, wenn ein fiktives Darlehen oder eine Sicherheit, die einem fiktiven Darlehen entspricht, vorliegt; andere finanzielle Leistungen sind grundsätzlich rechtsgültig.

zurückerstattet werden.¹⁴¹ Dieselbe Vorschrift kommt auch bei der GmbH bezüglich des Stammkapitals zur Anwendung (Art. 793 Abs. 2 OR). Die entscheidende Frage ist, wann eine finanzielle Leistung zu Gunsten einer nahestehenden Person das Verbot der Einlagerückgewähr verletzt.

b) *Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen das Verbot der Einlagerückgewähr?*

Upstream- oder Cross-stream-Darlehen, die zu Lasten des Grundkapitals ausgerichtet werden, verletzen das Verbot der Einlagerückgewähr immer dann, wenn sie in Tat und Wahrheit Eigenkapitalcharakter haben.¹⁴² Handelt es sich hingegen um ein effektives Darlehen, dann ist dessen Ausrichtung nach herrschender Lehre und Praxis zulässig, selbst wenn es nicht durch frei verwendbares Eigenkapital der Gesellschaft gedeckt ist.¹⁴³ Zu beachten ist, dass nach der hier vertretenen Meinung ein Darlehen nur dann Eigenkapitalcharakter hat, wenn es im Zeitpunkt der Darlehensgewährung offensichtlich von den relevanten Drittbedingungen abweicht;¹⁴⁴ demgegenüber liegt nach der Praxis des Bundesgerichts immer dann eine „kapitalschutzrechtlich relevante Ausschüttung“ vor, wenn das Darlehen nicht Drittbedingungen entspricht.¹⁴⁵

Wenn bei einem Darlehen der Zins offensichtlich nicht Drittbedingungen entspricht, so erfolgt die verpönte finanzielle Leistung nur im Umfang der Zinsdifferenz. Allerdings liegt bei einem Upstream- oder Cross-stream-Darlehen mit einem offensichtlich zu tiefen Zins keine verdeckte Ausschüttung vor, weil die Kreditgeberin nicht eine eigentliche Leistung erbringt, sondern vielmehr auf eine solche verzichtet; dies im Gegensatz dazu, wenn die Kreditnehmerin ihrer Gesellschafterin einen überhöhten Zins bezahlt.

Wird die finanzielle Leistung nicht als Darlehen, sondern als Sicherheit ausgerichtet, dann gelten grundsätzlich die gleichen Überlegungen wie bei einem Darlehen. Wie bereits erwähnt, ist für die Beurteilung, ob das Verbot der Einlagerückgewähr verletzt wird, das Deckungsverhältnis massgebend.¹⁴⁶

¹⁴¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N 107 ff.; Glanzmann, Darlehensvertrag, 71.

¹⁴² BGE 140 III 533 E. 4.1 S. 541 und 4.2 S. 541 f. m.w.Nw.

¹⁴³ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541 f.; BSK OR II-Vogt, Art. 680 OR, N 22; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N 348.

¹⁴⁴ Vgl. oben [II.2.c\)aa](#)).

¹⁴⁵ Vgl. oben [II.2.c\)bb](#)).

¹⁴⁶ Vgl. oben [II.2.c\)cc](#)).

c) *Rechtsfolgen der Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr*

aa) *Bei Darlehen*

Die Rechtsfolge einer Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr ist nach Ansicht herrschender Lehre und des Bundesgerichts die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Geschäfts.¹⁴⁷ Bei einem fiktiven Darlehen hat der Kreditnehmer die Darlehenssumme zurückzuerstatten. Der Rückforderungsanspruch der Kreditgeberin ist nach Lehre und Praxis nicht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, sondern es lebt ihr Liberierungsanspruch wieder auf.¹⁴⁸ Somit ist nicht erforderlich, dass der Kreditnehmer je bereichert war.¹⁴⁹ Zudem kommt weder die Verjährungsfrist nach Art. 67 Abs. 1 OR zur Anwendung¹⁵⁰ noch kann der Kreditnehmer seine Liberierungsschuld im Konkurs der Kreditgeberin verrechnen (Art. 213 Abs. 4 SchKG).

Eine verbotene Einlagerückgewähr kann nicht nur strukturell geheilt werden,¹⁵¹ sondern auch dadurch, dass die Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung beschliesst.¹⁵² Der Aktionär wird dabei im Umfang des herabgesetzten Betrags von seiner Liberierungspflicht befreit. Schliesslich kann eine verbotene Einlagerückgewähr auch durch eine nachträgliche Herabsetzung der Liberierungsquote beseitigt werden.¹⁵³ Diese führt allerdings nicht zu einer Befreiung von der Liberierungspflicht.

Wenn das Verbot der Einlagerückgewähr nur durch den Darlehenszins verletzt wird, dann führt dies nicht zur Nichtigkeit des gesamten Darlehens. Beim Dar-

¹⁴⁷ Von Büren/Lüthi, 91; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N 108; Glanzmann, Darlehensvertrag, 77; BSK OR II-Vogt, Art. 680 OR, N 25; Böckli, Aktienrecht, § 1, N 178; BGE 117 II 290 E. 4d/aa S. 297 ff. (= Pra 1992, Nr. 137).

¹⁴⁸ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 58; gl.M. Ammann/Härtsch, 513; a.M. von der Crone, § 13, N 535 und 546, der einen Eingriff in das Grundkapital ebenfalls über Art. 678 Abs. 1 revOR rückabwickeln will. Unklar ist, ob auch eine Liberierungspflicht entsteht, wenn nicht die Muttergesellschaft, sondern z.B. eine Schwester- oder Grossmuttergesellschaft Kreditnehmerin ist (bejahend Glanzmann, Darlehensvertrag, 106; vgl. auch BGE 109 II 128 E. 2, S. 129).

¹⁴⁹ Vgl. dazu oben [II.2.d\)bb\)](#) und [II.2.d\)cc\)](#).

¹⁵⁰ Glanzmann, Darlehensvertrag, 77.

¹⁵¹ Vgl. dazu [II.3.](#)

¹⁵² Vgl. Böckli, Aktienrecht, § 1, N 322; Glanzmann, Darlehensvertrag, 49; Widmer, 201.

¹⁵³ Während das Bundesgericht in BGE 65 I 147, E. 6 S. 149 dieses Verfahren noch als ungültig erachtete, liess die (Handelsregister-)Praxis dies dennoch zu (vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2007, 1589 ff., 1642 f.). Mit Art. 59 HRegV wurde für dieses Vorgehen die rechtliche Grundlage geschaffen.

lehenszins handelt es sich nämlich nicht um eine der *essentialia*,¹⁵⁴ weshalb dies auf die Gültigkeit des Darlehens selber auch keine Auswirkung haben darf.¹⁵⁵ Nichtsdestotrotz besteht im Umfang der Zinsdifferenz ein Liberierungsanspruch.

Ein Kreditgeber, z.B. eine Bank, kann in ein konzerninternes Upstream-Darlehen involviert sein, wenn er der Kreditgeberin im Hinblick auf das eine Einlagerückgewähr begründende Darlehen einen Kredit gewährt.¹⁵⁶ Diesbezüglich besteht das Risiko, dass der Bankkredit als ein Geschäft mit rechtswidrigem oder unsittlichem Inhalt betrachtet und die Rückforderbarkeit der Darlehenssumme aufgrund von Art. 66 OR verweigert wird.¹⁵⁷ Diese Auffassung ist abzulehnen und wird auch vom Bundesgericht nicht mehr vertreten.¹⁵⁸ Gemäss dessen Praxis fällt nämlich nur der eigentliche Gaunerlohn unter das Rückforderungsverbot von Art. 66 OR.¹⁵⁹ Demnach hat ein verpöntes Upstream- oder Cross-stream-Darlehen keine negativen Auswirkungen auf einen der Kreditgeberin gewährten Kredit.

bb) Bei Sicherheiten

Bei der Gewährung von Sicherheiten in Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr stellt sich ebenfalls die Frage, ob eine entsprechende Sicherheit nichtig sein soll. In der Lehre wird mitunter die Auffassung vertreten, dass die Gewährung solcher Sicherheiten für die Gesellschaft unverbindlich ist.¹⁶⁰ Anders als bei einem Darlehen ist aber nicht der Aktionär selbst Gegenpartei des fraglichen Geschäfts, sondern ein unabhängiger Dritter. Richtigerweise wird deshalb von der Nichtigkeit nur das Deckungsverhältnis beschlagen, nicht aber das Sicherungsverhältnis. Ein Rechtsmangel im Deckungsverhältnis darf aber nicht unbesehen auf das Sicherungsverhältnis durchschlagen, weil sonst der Sicherungszweck geradezu vereitelt würde.¹⁶¹

Immerhin ist aber davon auszugehen, dass ein nichtiges Deckungsverhältnis die Vertretungsbefugnis bezüglich des Sicherungsverhältnisses beschränkt.¹⁶²

¹⁵⁴ Vgl. Art. 313 OR; BGE 80 II 327 E. 4a S. 334; Urteil des Bundesgerichts 5A_758/2008 vom 24. Februar 2010 E. 5.

¹⁵⁵ Gl.M. Grünenfelder, 99.

¹⁵⁶ Vgl. dazu die Beschreibung oben [II.1](#).

¹⁵⁷ Vgl. dazu BGE 102 II 401 E. 4 S. 409 ff.

¹⁵⁸ Vgl. auch die Kritik dazu bei Glanzmann, Darlehensvertrag, 91.

¹⁵⁹ BGE 134 III 438 E. 3 S. 444 ff. Vgl. auch Koller, § 31, N 31.46.

¹⁶⁰ Banz, 199.

¹⁶¹ Gl.M. Grünenfelder, 105 f. m.w.Nw.; a.M. Aebi, 166 f.

¹⁶² Grünenfelder, 19; Banz, 199; Zobl, Sicherungsgeschäfte, 190 f. Vgl. oben [III.2](#).

Damit ist das Sicherungsverhältnis für den Sicherheitengeber rechtlich nur bindend, wenn der Besicherte gutgläubig war.¹⁶³ Ob sich der Dritte auf den guten Glauben berufen kann, ist im Einzelfall zu prüfen. Insbesondere Banken dürften aufgrund branchenüblicher Due-diligence-Prüfungen oft über zu viele Informationen verfügen, um noch gutgläubig zu sein.¹⁶⁴ Falls der besicherte Dritte nicht gutgläubig ist, dann treten die Rechtsfolgen einer mangelnden Vertretungsbefugnis ein.¹⁶⁵ Der Rückforderungsanspruch gegenüber ihm stützt sich somit auf ungerechtfertigte Bereicherung bzw. Vindikation und ist nicht ein Liberierungsanspruch. Hingegen ist der Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers gegenüber der Kreditnehmerin aus dem Deckungsverhältnis ein Liberierungsanspruch, weil diesbezüglich die Nichtigkeitsfolge der Einlagerückgewähr greift.¹⁶⁶ Auch in diesem Fall kann die verbotene Einlagerückgewähr entweder strukturell oder durch eine Kapitalherabsetzung geheilt werden.¹⁶⁷

Weil ein Mangel im Deckungsverhältnis bezüglich des Sicherungsverhältnisses nur die Vertretungsbefugnis beschränkt, muss eine einmal rechtsgültig bestellte Sicherheit Bestand haben, selbst wenn sie nachträglich zu einer Upstream-Sicherheit wird. Es kann also dem besicherten Dritten nicht schaden, wenn z.B. ein Garant durch eine Umstrukturierung plötzlich zu einer Tochter der Kreditnehmerin wird oder ein Pfandgegenstand auf eine solche übertragen wird.

3. Leistungen zu Lasten der Reserven

a) *Reserveschutzvorschriften*

Mit der Aktienrechtsrevision 2020 wurden die Vorschriften über die Reserven (Art. 671–674 revOR) an die Vorgaben der Rechnungslegung (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b–g revOR) angepasst. Zudem wurden leichte Modifikationen in materieller Hinsicht vorgenommen.

Das Aktienrecht unterscheidet nicht mehr nur zwischen gesetzlichen und freiwilligen Reserven, sondern – bei den gesetzlichen Reserven – auch zwischen Kapitalreserven (Art. 671 revOR) und Gewinnreserven.¹⁶⁸ Die gesetzlichen Ge-

¹⁶³ Vgl. oben [III.2.](#)

¹⁶⁴ Zobl, Sicherungsgeschäfte, 193; Grünfelder, 106.

¹⁶⁵ Vgl. oben [III.2.](#)

¹⁶⁶ Zobl, Sicherungsgeschäfte, 193; vgl. auch BGE 109 II 128 E. 2 S. 129.

¹⁶⁷ Vgl. oben bei [IV.2.c\)a.](#)

¹⁶⁸ Vgl. zum Ganzen Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 15 ff.

winnreserven setzen sich zusammen aus der gesetzlichen Gewinnreserve im engeren Sinne (Art. 672 revOR), der Aufwertungsreserve (Art. 725c revOR) und der Reserve für eigene Aktien im Konzern (Art. 659b Abs. 2 revOR). Zu beachten ist, dass die Ausschüttung aus der Kapitalreserve neu als Rückzahlung bezeichnet wird, ansonsten jedoch den gleichen Regeln wie eine Dividendenausschüttung unterliegt.¹⁶⁹

Die gesetzliche Kapitalreserve und die gesetzliche Gewinnreserve im engeren Sinne sind im Betrag von zusammen 50% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals geschützt (Art. 671 Abs. 2 und Art. 672 Abs. 2 revOR). Bei Holdinggesellschaften beträgt die Schwelle lediglich 20% (Art. 671 Abs. 3 und Art. 672 Abs. 2 Satz 2 revOR). In ihrem vollen Umfang geschützt sind die gesetzlichen Gewinnreserven für eigene Aktien im Konzern und aus Aufwertungen (Art. 671 Abs. 4 i.V.m. Art. 659b Abs. 2 und Art. 725c Abs. 1 revOR).¹⁷⁰ Kein gesetzlicher Schutz besteht hingegen für freiwillig gebildete Gewinnreserven (Art. 673 revOR).

Der Schutz der Reserven ist nicht absolut; auch die geschützten Reserven können für ganz bestimmte Zwecke und in einem vorgegebenen Verfahren verwendet werden. So dürfen die gesetzliche Kapitalreserve und die gesetzliche Gewinnreserve im engeren Sinne für die Deckung von Verlusten verwendet werden (Art. 674 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 revOR). Die Reserve für eigene Aktien im Konzern darf bei Veräusserung oder Vernichtung der von kontrollierten Gesellschaften gehaltenen eigenen Aktien aufgehoben werden (analog Art. 671a aOR).¹⁷¹ Die Aufwertungsreserve wiederum kann durch Umwandlung in Grundkapital, Wertberichtigung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden (Art. 725c Abs. 3 revOR).

Demgegenüber steht jener Teil der Reserven, der nicht geschützt ist, grundsätzlich zur freien Verfügung der Gesellschaft und kann den Aktionären zurückbezahlt oder als Dividenden ausgeschüttet werden.¹⁷² Zu beachten ist, dass gemäss der im *Swisscargo-Entscheid* begründeten Praxis des Bundesgerichts das frei verwendbare Eigenkapital im Betrag von Upstream- oder Crossstream-Darlehen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, für Dividendenausschüttungen gesperrt ist.¹⁷³

¹⁶⁹ Vgl. dazu Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 61.

¹⁷⁰ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 64; gl.M. Ammann/Härtsch, 509 f.

¹⁷¹ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 91.

¹⁷² Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 62 ff.

¹⁷³ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541 ff.; vgl. unten [IV.3.c\)b](#)).

Für eine gültige Ausschüttung oder Rückzahlung von Reserven bedarf es eines Beschlusses der Generalversammlung, den diese gestützt auf eine geprüfte Bilanz fassen muss (Art. 731 Abs. 1 OR).¹⁷⁴ Eine Prüfung der Bilanz ist nicht notwendig, wenn die Gesellschaft ein Opting-out (Art. 727a Abs. 2 OR) beschlossen hat.

Für die Beurteilung, ob eine Gesellschaft über frei verwendbare Reserven verfügt, ist einzig der geprüfte OR-Einzelabschluss massgebend.¹⁷⁵ Auch die Reserven sind vorab um die im Eigenkapital verbuchten Minusposten zu kürzen.¹⁷⁶ Nicht in die Berechnung einzubeziehen sind meines Erachtens die stillen Reserven, solange sie still sind.¹⁷⁷

b) *Wann verletzt eine finanzielle Leistung an nahestehende Personen die Reserveschutzvorschriften?*

Bei der Prüfung, ob eine Upstream- oder Cross-stream-Leistung die Reserveschutzvorschriften verletzt, ist grundsätzlich gleich vorzugehen, wie bei der Prüfung, ob eine solche Leistung in das Grundkapital eingreift.¹⁷⁸ Kommt man zum Ergebnis, dass die Leistung eine Eigenkapitaldisposition darstellt, verletzt sie die Reserveschutzvorschriften, soweit sie zu Lasten der *geschützten Reserven*, d.h. des geschützten Bereichs der gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserve im engeren Sinne, der Reserve für eigene Aktien im Konzern oder der Aufwertungsreserve ausgerichtet wird. Im Betrag, in dem die fraglichen Leistungen durch *frei verwendbare Reserven* gedeckt sind, könnte die Gesellschaft zwar eine Ausschüttung vornehmen, doch müsste diese von der Generalversammlung im vorgesehenen Verfahren analog eines Dividendenbeschlusses genehmigt werden. Im Betrag von Upstream- oder Cross-stream-Darlehen mit Ausschüttungscharakter werden die frei verwendbaren Reserven für Dividendenausschüttungen bzw. Rückzahlungen gesperrt.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Vgl. Glanzmann, Dividendenausschüttungen, 87 f.

¹⁷⁵ Insbesondere sind abweichende Zuordnungen in einem Abschluss nach anerkanntem Rechnungslegungsstandard oder in der Steuerbilanz ohne Bedeutung.

¹⁷⁶ Vgl. oben [IV.1.a](#)).

¹⁷⁷ Vgl. Glanzmann, Darlehensvertrag, 87 f.; a.M. Bochud, 152, der stille Reserven zum massgeblichen Eigenkapital hinzuzählt.

¹⁷⁸ Vgl. oben [IV.2.b](#)).

¹⁷⁹ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541 ff.; vgl. unten [IV.3.c\)b](#)).

c) *Rechtsfolgen einer Verletzung der Reserveschutzvorschriften*

aa) *Bei Eingriff in die geschützten Reserven*

Eine Verletzung der *geschützten Reserven* führt nach der herrschenden Lehre zur Nichtigkeit des entsprechenden Geschäfts.¹⁸⁰ Wird ein Darlehen in Verletzung der Reserveschutzvorschriften ausgerichtet, dann lebt nicht wie beim Eingriff in das Grundkapital die Liberierungspflicht wieder auf,¹⁸¹ sondern die Kreditgeberin hat einen Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR bzw. aus verdeckter Gewinnausschüttung nach Art. 678 revOR.¹⁸² Auch die Verletzung der Reserveschutzvorschriften kann strukturell oder durch eine Kapitalherabsetzung geheilt werden.¹⁸³ Eine Verletzung der Reserve für eigene Aktien im Konzern oder der Aufwertungsreserve kann zudem dadurch geheilt werden, dass diese im vorgesehenen Verfahren aufgelöst werden¹⁸⁴ und anschliessend, sofern sie als frei verwendbares Eigenkapital verfügbar sind, ein Dividendenbeschluss gefasst wird.¹⁸⁵

Gleiches gilt für den Rückforderungsanspruch des Sicherheitengebers gegenüber der Kreditnehmerin. Im Übrigen gelten die gleichen Rechtsfolgen wie bei einer Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr.¹⁸⁶ Dies bedeutet, dass eine Upstream- oder Cross-stream-Sicherheit, die gegen die Reserveschutzvorschriften verstösst, für den Sicherheitengeber nur dann nicht bindend ist, wenn der besicherte Dritte bösgläubig war.

bb) *Bei Eingriff in die frei verwendbaren Reserven*

Über die frei verwendbaren Reserven kann die Gesellschaft grundsätzlich frei verfügen, sofern sie die erforderlichen Formvorschriften einhält. Es ist aber naheliegend, dass diese Formvorschriften bei der Gewährung eines Darlehens oder von Sicherheiten, die offensichtlich nicht Drittbedingungen entsprechen, kaum je eingehalten werden. Soweit der Verwaltungsrat anstelle der Generalversammlung über die frei verwendbaren gesetzlichen Kapital- und Ge-

¹⁸⁰ Böckli, Aktienrecht, § 12, N 547; BSK OR II-Vogt, Art. 675 OR, N 28; Glanzmann, Darlehensvertrag, 84; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 67.

¹⁸¹ Vgl. oben [IV.2.c\)aa](#)).

¹⁸² Vgl. dazu Glanzmann, Darlehensvertrag, 89 ff.; Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8, N 96; von der Crone, § 13, N 535.

¹⁸³ Vgl. oben bei [Fn. 151 f.](#)

¹⁸⁴ Vgl. dazu Art. 671a aOR und Art. 725c Abs. 3 revOR.

¹⁸⁵ Dazu sogleich [IV.3.c\)bb](#)).

¹⁸⁶ Vgl. oben [IV.2.c\)bb](#)).

winnreserven im engeren Sinne verfügt, sind die entsprechenden Rechtsgeschäfte nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nichtig.¹⁸⁷ Das Gleiche gilt, wenn zwar die Generalversammlung beschliesst, aber der erforderliche Revisionsbericht nicht vorliegt (Art. 731 Abs. 3 OR). In jedem Fall kann eine Verletzung dieser Vorschriften durch einen nachträglichen formellen Dividendenbeschluss geheilt werden.

Gemäss der Praxis des Bundesgerichts führen Darlehen mit Ausschüttungscharakter dazu,¹⁸⁸ dass das frei verwendbare Eigenkapital im entsprechenden Betrag für Dividendenausschüttungen gesperrt ist.¹⁸⁹ Dies kann aber nur für solche Darlehen mit Ausschüttungscharakter gelten, die noch bilanziert werden dürfen.¹⁹⁰ Bei Sicherheiten gilt dies nach der Praxis nicht gleichermassen.¹⁹¹ Falls eine Sicherheit eine *limitation language* hat, welche die Sicherheit auf den rechtlich zulässigen Betrag im Zeitpunkt ihrer Beanspruchung bzw. Verwertung beschränkt, wäre eine Sperrung auch nicht sachgerecht, denn der Betrag, der vorgängig als Dividende ausgeschüttet wird, steht dann ohnehin nicht mehr als Sicherheit zur Verfügung.

In Konzernverhältnissen kann sich die Frage stellen, ob die Zustimmung der Generalversammlung auch stillschweigend erfolgen kann, weil die begünstigte Gesellschaft oft die alleinige Aktionärin ist. Es wurde bereits dargelegt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts z.B. bei Interessenkonflikten eine Zustimmung der Generalversammlung stillschweigend angenommen wird, weil die entsprechenden Vorschriften einzig dem Aktionärsschutz dienen.¹⁹² Meines Erachtens gilt diese Begründung jedoch nicht für die vorliegende Frage. Denn im Unterschied zur Notwendigkeit der Genehmigung von Interessenkonflikten durch die Generalversammlung dienen die Reserve-schutzbestimmungen neben dem Schutz der Aktionäre gerade auch dem

¹⁸⁷ Max. XI Nr. 476 E. 2; Böckli, Aktienrecht, § 16, N 171 f.; Glanzmann, Dividendenausschüttungen, 106.

¹⁸⁸ Zur Abgrenzung zu Darlehen, die offensichtlich nicht Drittbedingungen entsprechen, vgl. oben [II.2.c\)aa\)](#).

¹⁸⁹ BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 541 ff. Vgl. dazu und insbesondere zur Frage, wie der gesperrte Teil des frei verwendbaren Eigenkapitals dennoch ausgeschüttet werden kann, Glanzmann/Wolf, Konzernfinanzierung, 136.

¹⁹⁰ Vgl. dazu oben [II.2.c\)aa\)](#). Gl.M. Brand, Swissair, 150.

¹⁹¹ Vgl. ExpertSuisse, Cash Pooling, 6.

¹⁹² Vgl. oben [III.2.](#)

Schutz der Gläubiger.¹⁹³ Aus diesem Grund darf bei der Verwendung gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserven im engeren Sinne¹⁹⁴ eine stillschweigende Zustimmung der Generalversammlung nicht angenommen werden.

V. Kapitalersetzende Darlehen

Anders als bei den Kapitalschutzvorschriften werden durch das Konstrukt des kapitalersetzenden Darlehens nicht die Gläubiger der Kreditgeberin, sondern jene der Kreditnehmerin geschützt. Und ebenfalls anders als bei den Kapitalschutzvorschriften geht es nicht um die Frage, ob eine finanzielle Leistung gültig erbracht worden ist, sondern darum, ob einem Darlehen uneingeschränkt der Charakter von Fremdkapital zukommt. Dieses Konstrukt basiert im Wesentlichen auf der These, dass die typische Downstream-Finanzierung in der Form von Eigenkapital erfolgt¹⁹⁵ und unter bestimmten Voraussetzungen auch nur noch diese Finanzierungsform zur Verfügung stehen soll.

Nach Lehre¹⁹⁶ und Rechtsprechung¹⁹⁷ ist ein Darlehen kapitalersetzend, wenn nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt des Darlehensvertrags anzunehmen ist, dass ein Dritter das Darlehen zu den nämlichen Konditionen verweigert hätte („Drittmanntest“) oder nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte („Sanierungstest“).¹⁹⁸ Ein Darlehen ist nie kapitalersetzend, wenn es von einem unabhängigen Dritten stammt¹⁹⁹ oder voll besichert ist²⁰⁰, denn in diesen Fällen ist nicht davon auszugehen, dass der Kreditgeber der Kreditnehmerin Eigenkapital gewähren würde. Damit kann er ihr auch kein verdecktes Eigenkapital gewähren.

¹⁹³ BGE 117 IV 259 E. 5a S. 266 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N 5, Fn. 1.

¹⁹⁴ Dies im Gegensatz zu etwaigen statutarischen Reserven, die allerdings in der Praxis selten sind.

¹⁹⁵ Vgl. oben [II.1.](#)

¹⁹⁶ Von Greyerz, 550.

¹⁹⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993, in: Vogel, 299 ff.; ZR 104 (2005) Nr. 21; SJ 1971 209, 214 f.

¹⁹⁸ Nach Hold, 95 ff., und Rubli, 193, ist eine Überschuldung vorausgesetzt, was zwar die Rechtssicherheit erhöhen würde, doch bestimmt nicht erst den Zustand beschreibt, in dem die Gesellschaft kein Fremdkapital mehr erhält; vgl. dazu auch Glanzmann, Darlehensvertrag, 140 f. Ablehnend zum Konstrukt des eigenkapitalersetzenden Darlehens Knobloch, 19; Bahar, 491 ff.; Huber, *passim*.

¹⁹⁹ G.L.M. Roth, 294 ff. Anders noch Glanzmann, Darlehensvertrag, 142; Hold, 96 ff.

²⁰⁰ Dies ist mitunter ein Grund, weshalb Sanierungsdarlehen stets voll besichert sein sollten (vgl. dazu Glanzmann, Sanierungsdarlehen, 292); allerdings kann unter gewissen Voraussetzungen die für ein Sanierungsdarlehen bestellte Sicherheit paulianisch angefochten werden (vgl. dazu Glanzmann, Sanierungsdarlehen, 286 f.).

Wenn ein Darlehen kapitalersetzend ist, dann wird es im Konkurs der Kreditnehmerin zwangsweise mit einem Rangrücktritt belegt, d.h., es wird ihm die Kollokation in der dritten Klasse verwehrt.²⁰¹ Diese Rechtsfolge tritt allerdings nur ein, wenn der Kreditgeber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wusste oder hätte wissen müssen, dass weder der Drittmanns- noch der Sanierungstest erfüllt werden kann.²⁰² Bei einer Verschlechterung der finanziellen Situation der Gesellschaft während der Laufzeit des Darlehens ist der Kreditgeber nicht verpflichtet, das Darlehen zu kündigen.²⁰³ Bei einer Verbesserung der finanziellen Situation der Kreditnehmerin kann hingegen eine Heilung stattfinden.²⁰⁴

Das Bundesgericht hat sich bislang noch nicht festlegen müssen, ob es das Konstrukt des kapitalersetzenden Darlehens anerkennt. Immerhin hat es aber die in der älteren Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass ein solches Darlehen in Eigenkapital umzuwandeln sei,²⁰⁵ verworfen.²⁰⁶ Im gleichen Grundsatzentscheid hat es zudem die Frage, ob ein solches Darlehen bei gegebenen Voraussetzungen in ein nachrangiges Darlehen umzuqualifizieren sei,²⁰⁷ offengelassen, weil die Voraussetzungen einer Umqualifizierung nicht vorlagen.²⁰⁸ Da das Bundesgericht mit dem gleichen Argument auch die Beantwortung der Frage der Umwandlung in Eigenkapital hätte vermeiden können, ist davon auszugehen, dass es beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Umqualifizierung in ein nachrangiges Darlehen anerkennen könnte.²⁰⁹

Die Umqualifizierung eines Darlehens widerspricht den Interessen der Kreditgeberin, denn es ist für sie nachteilig, plötzlich eine nachrangige Darlehensforderung zu haben.²¹⁰

Wirtschaftlich den gleichen Effekt wie die Gewährung eines (kapitalersetzenden) Darlehens hat die Gewährung einer Drittsicherheit durch die Muttergesellschaft zugunsten eines Dritten, welcher der sanierungsbedürftigen

²⁰¹ Gl.M. Jaques, 902; a.M. Hold, 194 f.; differenzierend Müller, N 605.

²⁰² Glanzmann, Darlehensvertrag, 143.

²⁰³ von Greyerz, 551; im Ergebnis gleich BGer 5C.226/2005 E. 5; anders noch Glanzmann, Darlehensvertrag, 143.

²⁰⁴ Vgl. oben [IV.1.b](#)).

²⁰⁵ von Greyerz, 553 f.; OGer ZH, in: Vogel, 299 ff.

²⁰⁶ BGer 5C.226/2005 E. 3.

²⁰⁷ Böckli, Aktienrecht, § 13, N 779 ff.; Vogel, 302; Hold, 194 f. und 206 f.; Rubli, 195; Glanzmann, Darlehensvertrag, 139 ff.

²⁰⁸ BGer 5C.226/2005 E. 4.

²⁰⁹ Glanzmann, Mezzanine-Finanzierung, 20.

²¹⁰ Gl.M. Müller, N 585.

Tochtergesellschaft ein Darlehen gewährt.²¹¹ In diesem Fall muss der Muttergesellschaft die Kollokation des Regressanspruches unter den gleichen Voraussetzungen versagt werden wie die Kollokation eines kapitaleretzenden Darlehens. Auf die Rechte des Dritten an der Sicherheit hat dies jedoch keine Auswirkungen.

VI. Fazit

Die obenstehenden Ausführungen zeigen, dass Konzernfinanzierungen auch heute noch zahlreiche rechtliche Probleme aufwerfen. Dies mag aufgrund der Selbstverständlichkeit, mit welcher solche Finanzierungen gemacht werden, den Akteuren nicht immer bewusst sein. Weil die Missachtung der vorstehend beschriebenen Rahmenbedingungen gravierende Rechtsfolgen haben kann, lohnt es sich, folgende Massnahmen zu treffen bzw. Folgendes zu beachten:

- Sowohl Darlehen als auch Sicherheiten sollten immer Drittbedingungen entsprechen;
- die Statuten der leistenden Gesellschaft sollten eine Finanzierungsklausel²¹² enthalten;
- falls Drittbedingungen nicht eingehalten werden können, sollten Upstream- und Cross-stream-Darlehen auf das frei verwendbare Eigenkapital limitiert werden;
- Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten sollten durch eine *limitation language*²¹³ limitiert sein;
- bei Upstream- oder Cross-stream-Leistungen sollte nebst einem Verwaltungsratsbeschluss auch ein Generalversammlungsbeschluss gefasst werden;
- Darlehen an finanziell angeschlagene verbundene Gesellschaften sollten stets voll besichert sein;
- Upstream- und Cross-stream-Darlehen, die nicht Drittbedingungen entsprechen, sperren das frei verwendbare Eigenkapital im entsprechenden Umfang.²¹⁴

²¹¹ Vgl. Darstellung oben [II.1.](#)

²¹² Vgl. oben [III.1.](#)

²¹³ Vgl. oben [IV.1.b\)](#) und [IV.3.c\)bb\)](#).

²¹⁴ Vgl. zur Frage, wie der gesperrte Teil des frei verwendbaren Eigenkapitals dennoch rückerstattet oder ausgeschüttet werden kann, Glanzmann/Wolf, Konzernfinanzierungen, 136.

Literaturverzeichnis

- Aebi Dieter, Interzession, Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001 (= SSHW 206).
- Ammann Roger/Härtsch Theodor, Berührungspunkte der Aktienrechtsrevision mit Konzernkreditfinanzierungen, GesKR 2020, 504 ff.
- Arpagaus Reto/Stalder Ralph/Werlen Thomas (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. A., Zürich 2021 (zit. [Autor], N XX).
- Bahar Rashid, Les créanciers dans l'assainissement: abandon, subordination et conversion de créances, ZSR 2005, 479 ff.
- Banz Oliver, Sicherheiten zugunsten von Aktionären (sog. Upstream Securities), in: von der Crone Hans Caspar et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 193 ff.
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR, inkl. Schlussbestimmungen), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim P./Watter Rolf (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Blum Oliver, Cash Pooling, Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 705 ff.
- Bochud Louis, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1991.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht, Was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli Peter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, 3 ff. (zit. Böckli, GmbH-Recht).
- Böckli Peter, Aktienrechtliche Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: Böckli et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Basel 1983, 527 ff. (zit. Böckli, Sondervermögen).
- Brand Patric A., Swissair Cash Pool, AJP 2015, 135 ff. (zit. Brand, Swissair).
- Brand Patric A., Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen – Studie zur positiven Verrechtlichung des Leistungs- und Finanzverkehrs verbundener Unternehmen, Diss. Bern 2014 (= SSHW 326) (zit. Brand, Upstream-Darlehen).
- Bühler Christoph B./Spichtin Nicolas, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR 2015, 150 ff.
- Cathomas Linus, Prüfung der Marktconformität von up- und crossstream-Darlehen, EF 2020, 212 ff. (zit. Cathomas, Marktconformität).
- Cathomas Linus, Beschränkung der Ausschüttungskapazität bei Upstream-Darlehen, recht 2019, 240 ff. (zit. Cathomas, Ausschüttungskapazität).
- Druey Jean Nicholas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich 2021.
- Druey Jean Nicolas, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980 II, 273 ff.
- ExpertSuisse (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. „Buchführung und Rechnungslegung“, Zürich 2014 (zit. ExpertSuisse, Buchführung).

- ExpertSuisse (Hrsg.), *Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR* (zit. ExpertSuisse, Cash Pooling).
- Fischer Roland/Genoud Pascal, *Schrankenlose Drittsicherheiten im Konzern: Es geht auch bei Upstream Konstellationen*, *GesKR* 2018, 172 ff.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996.
- Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 11. A., Zürich 2020.
- Glanzmann Lukas, *Die Auswirkungen des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes auf das Gesellschaftsrecht*, *SZW* 2021, 265 ff. (zit. Glanzmann, Covid-19).
- Glanzmann Lukas, *Ereignisse nach dem Bilanzstichtag*, in: Weber Rolf H. et al. (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, Zürich 2017, 257 ff. (zit. Glanzmann, Bilanzstichtag).
- Glanzmann Lukas, *Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen*, in: Kunz Peter S./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII*, Bern 2017, 84 ff. (zit. Glanzmann, Dividendenausschüttungen).
- Glanzmann Lukas, *Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank*, *SZW* 2011, 229 ff. (zit. Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierungen).
- Glanzmann Lukas, *Sanierungsdarlehen*, *ZBJV* 2010, 261 ff. (Glanzmann, Sanierungsdarlehen).
- Glanzmann Lukas, *Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung? Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung*, *GesKR* 2007, 6 ff. (zit. Glanzmann, Mezzanine-Finanzierung).
- Glanzmann Lukas, *Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens*, *Diss. St. Gallen* 1996 (zit. Glanzmann, Darlehensvertrag).
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, *Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen*, *ST* 2015, 131 ff. (Glanzmann/Wolf, Konzernfinanzierungen).
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, *Cash Pooling – Was ist noch zulässig?*, *GesKR* 2014, 1 ff. (zit. Glanzmann/Wolf, Cash Pooling).
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, *Sanierung von Tochtergesellschaften*, *SJZ* 2014, 1 ff. (zit. Glanzmann/Wolf, Sanierung).
- Grünenfelder Marc, *Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten*, *Diss. St. Gallen* 2010 (= *SSHW* 287).
- Handschin Lukas, *Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern*, in: Wessner Pierre/Bohnet François (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Basel 2006, 273 ff.
- Hold Michael, *Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht*, *Diss. St. Gallen* 2000 (= *St. Galler Studien* 60).

- Huber Ueli, Umqualifizierung von Darlehen im Konkurs einer Konzerngesellschaft?, SZW 2006, 282 ff.
- Hünerwadel Patrick/Tranchet Marcel, Akquisitionsfinanzierungen, Finanzierung als Erfolgsfaktor bei Akquisitionen, in: Oertle Reinhard et al. (Hrsg.), M&A, Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber Amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 361 ff.
- Jaques Charles, Subordination (postposition) et exécution, Le sort des créances subordonnées dans l'exécution forcée, ST 1999, 899 ff.
- Jung Marcel R., Up- und cross-stream Darlehen im Konzern, GesKR 2016, 22 ff.
- Jutzi Thomas, Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss Schweizer Aktienrecht, recht 2017, 251 ff.
- Knobloch Stefan, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. St. Gallen 2006 (= SSHW 252).
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017.
- Kunz Peter V., Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, 45 ff.
- Lorandi Franco, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 2005, 1299 ff.
- Maurer Matthias/Handle Marco, Pflichten und Verantwortlichkeiten der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR 2013, 287 ff.
- Müller Karin, Eigenkapitalersetzende Darlehen, Habil. Bern 2015.
- Neuhaus Markus/Watter Rolf, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 173 ff.
- Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, in: Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016, (zit. OFK OR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Roth Jürg, Sanierungsdarlehen, Diss. Basel 2009 (= BStR A 93).
- Rubli Armand, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002 (= SSHW 218).
- Rusch Arnold F., Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004 (= ZStP 188).
- Schärer Heinz, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe, Diss. Freiburg 1981.
- Schenker Urs, Unternehmenskauf, Bern 2016.
- Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christina, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020.
- Sethe Rolf, Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung, in: Portmann Wolfgang et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 423 ff.
- Vogel Alexander, Kapitalersetzende „Sanierungs“-Darlehen im Konzern, Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Januar 1993, SZW 1993, 299 ff.

- von Büren Roland, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Basel 1997.
- von Büren Roland/Lüthi Bendicht, Sicherung von Krediten Dritter im Konzern, in: Emmenegger (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Basel 2008, 55 ff.
- von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020.
- von Greyerz Christoph, Kapitalersetzende Darlehen, in: Böckli Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Basel 1983, 547 ff.
- Waldburger Martin, Die „kleine Aktienrechtsrevision“ (Teil 1), Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung, GesKR 2007, 411 ff.
- Widmer Christoph K., Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 184).
- Zihler Florian, Eintragung zusätzlicher Tatsachen ins Handelsregister gemäss Art. 30 HRegV, GesKR 2010, 139 ff.
- Zobl Dieter, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Personalsicherheiten, Bern 1997, 23 ff. (zit. Zobl, Bankgarantie).
- Zobl Dieter, Sicherungsgeschäfte der AG im Interesse des Aktionärs, in: Gehrig Bruno/Schwander Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 183 ff. (zit. Zobl, Sicherungsgeschäfte).
- Zobl Dieter, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, 289 ff. (zit. Zobl, Vertretungsmacht).

Unternehmensverantwortung als Zusammenspiel von Markt, Recht, Ethik und Corporate Governance

Karl Hofstetter

Inhalt

I.	Wirtschaftliche Verantwortung der Unternehmen	53
II.	Legal Compliance-Verantwortung der Unternehmen	55
	1. Welt- und konzernweite Anwendbarkeit	55
	2. Konkretisierung der Konzernmutterpflichten	56
III.	Corporate Social Responsibility über die Legal Compliance hinaus?	58
IV.	Unternehmensethik als Ergänzung von Markt und Recht	59
	1. Recht und Pflicht zu ethischem Handeln	59
	2. Ethischer Minimalkonsens und „Öffentlichkeitstest“	60
V.	Unternehmensethische Inhaltssuche	61
	1. Differenzierung und Konkretisierung ethischer Standards	61
	2. Grenzen unternehmensethischer Verantwortung	63
	3. Bedarf nach Klarstellungen	63
VI.	Corporate Governance der Unternehmensethik	65
	1. Spielräume der Kapitalinvestoren bzw. Aktionäre	65
	2. Zentrale Funktion der CSR -Transparenz	66
	3. Rolle von Verwaltungsrat und Management	67
	a) Unternehmensethische Pflichten im Rahmen des Öffentlichkeitstests	67
	b) Weitergehendes Ermessen nur im Rahmen des „Unternehmertests“	68
	4. Philanthropie als Sonderform der Unternehmensethik	69
VII.	Fazit	70
	Literaturverzeichnis	71

I. Wirtschaftliche Verantwortung der Unternehmen

Begriffe wie „Corporate Social Responsibility“ (CSR) und „Unternehmensverantwortung“ dominieren bereits seit einiger Zeit die Diskussionen rund um Aufgaben und Zielsetzungen von globalen Konzernen. Auch wenn im Grundsatz kaum bezweifelt wird, dass es gesellschaftliche Verantwortlichkeiten von Unternehmen gibt, ist deren Ausmass und Stellenwert im Verhältnis zur Ge-

winnorientierung umstritten. Das hängt auch damit zusammen, dass nur selten klar zwischen den verschiedenen Ebenen dieser Verantwortung unterschieden wird. Die sog. „Carroll-Pyramide“¹ hilft diesbezüglich weiter:

Carroll-Pyramide



Abbildung 1: Carroll-Pyramide

Die Pyramide unterscheidet zielführend zwischen verschiedenen Ebenen der Wahrnehmung gesellschaftlicher Verantwortung von Unternehmen: der wirtschaftlichen, der rechtlichen, der ethischen und der philanthropischen.

Die wirtschaftliche Verantwortung bildet das Herzstück der Unternehmens-tätigkeit. In ihr reflektiert sich die volkswirtschaftliche Grundaufgabe der Unternehmen, d. h. ihre absolut zentrale Funktion bei der Produktion nachgefragter Güter, der Schaffung von Arbeitsplätzen, der technologischen Innovation oder der Generierung von Steuersubstrat. Diese Aufgabe wird in marktwirtschaftlichen Verhältnissen grundsätzlich dem Wettbewerb und dessen „unsichtbarer Hand“ anvertraut. Insofern steckt bereits in der Konstituierung marktwirtschaftlicher Verhältnisse ein gutes Stück Übertragung von Verantwortung an die Unternehmen. Die Marktmechanismen, d.h. deren Anreiz-, Kontroll-, Allokations- und Auslesefunktionen, sollen dafür sorgen, dass Unternehmen möglichst effizient Wohlstand schaffen. Der Gewinnstrebigkeit

¹ Carroll, 39 ff.

von Unternehmen kommt dabei eine systemtragende Schlüsselfunktion zu. Die Verfolgung marktkonformer Profitziele durch Unternehmen steht folglich nicht im Gegensatz zur Wahrnehmung gesellschaftlicher Verantwortung durch Unternehmen, sondern ist Teil davon. In der berühmten Formel von Milton Friedman: „The social responsibility of business is to increase profits“, steckt damit zumindest eine Teilwahrheit.²

II. Legal Compliance-Verantwortung der Unternehmen

i. Welt- und konzernweite Anwendbarkeit

Selbst aus marktwirtschaftlicher Sicht ist unbestritten, dass Märkte allein kein gesellschaftliches Optimum verbürgen. Nicht einmal das Ziel der gesellschaftlichen Wohlstandsmaximierung lässt sich mit unbeschränkten Märkten allein realisieren. Marktimperfectionen oder gesellschaftliche Verteilungsziele rechtfertigen deshalb auch aus Sicht der Wettbewerbswirtschaft eine Vielfalt von gesetzgeberischen Eingriffen. Das schließt freilich nicht aus, dass zwischen rechtlichen Soll-Vorstellungen und marktwirtschaftlichen Wettbewerbsidealen Zielkonflikte entstehen können. Diese gehören aber in die Domäne demokratisch-rechtsstaatlicher Prozesse und sind durch die Politik zu lösen.³ Für Unternehmen sind gesetzgeberische Auflagen und Anordnungen grundsätzlich sakrosankt. Deren Einhaltung ist Voraussetzung ihrer „license to operate“, d.h. ihrer „Lizenz zum Wirtschaften“. Legal Compliance ist damit eine unbestreitbare zweite Ebene der Verantwortung von Unternehmen. Nur im Bereich der rechtlichen Zulässigkeit ist es für sie legitim, profitorientiert zu handeln.⁴

Wo Unternehmen in verschiedenen Ländern tätig sind, ist es zudem selbstverständlich, dass im Prinzip die Rechtsnormen aller betroffenen Jurisdiktionen einzuhalten sind. Wo sich die Regulierungsansprüche verschiedener Rechtsordnungen überlappen, können zwar schwierige juristische Konfliktlagen entstehen, die mittels Kollisionsnormen oder politisch gelöst werden müssen. Unternehmen als Rechtsunterworfenen kommt aber auch in solchen Konstel-

² Die plakative Formel von Milton Friedman (Friedman) wird im Übrigen auch von ihm differenziert: „there is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud“.

³ Dabei geht es aus volkswirtschaftlicher Sicht auch darum, angesichts unzähliger verteilungspolitischer Sonderinteressen den ordnungspolitischen Kompass nicht aus den Augen zu verlieren, vgl. Schaltegger, 31.

⁴ Zum Ganzen Hofstetter, Compliance, 21 ff.

lationen nicht die Rolle von Schiedsrichtern zu. Ihre Verantwortung zur Respektierung von Gesetzen besteht grundsätzlich uneingeschränkt, d.h. weltweit.

In Konzernen, welche typischerweise aus einer Vielzahl juristischer Personen bestehen, die rechtlich voneinander unabhängig sind, stellt sich die zusätzliche Frage, inwieweit Muttergesellschaften auch Verantwortung für Tochtergesellschaften tragen. Dabei ist zu unterscheiden:

- Die Haftungstrennung juristischer Personen gilt grundsätzlich auch in Konzernverhältnissen. Sie ist zwar international, wie im schweizerischen Recht, über die letzten Jahrzehnte stark differenziert worden. An der grundsätzlichen Aufrechterhaltung der Haftungstrennung wurde bisher aber aus guten Gründen nirgends gerüttelt. Das schliesst gezielte Mutterhaftungstatbestände, wie beispielsweise die Durchgriffshaftung, die faktische Organhaftung der Mutter oder die Anwendung der Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung auf diese, nicht aus.⁵
- Von der grundsätzlichen Haftung der Muttergesellschaft für Tochterunternehmen zu unterscheiden ist die allfällige Verantwortung der Mutter für die Einrichtung einer konzernweiten Legal Compliance. Eine derartige Konzernorganisationspflicht kann sich aus dem Gesellschaftsrecht der Konzernmutter ergeben. Ein Beispiel ist Art. 716a OR, aus dem sich eine konzernweite Oberleitungspflicht auch in Bezug auf die Legal Compliance ableiten lässt. 9 des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP) stützt diese Auslegung:

„Der von den Aktionären gewählte Verwaltungsrat nimmt die Oberleitung und Oberaufsicht der Gesellschaft bzw. des Konzerns wahr“

Art. 21 SCBP ergänzt:

„Der Verwaltungsrat trifft Massnahmen zur Einhaltung der anwendbaren Normen (Compliance)“.

2. Konkretisierung der Konzernmutterpflichten

Muttergesellschaften trifft folglich eine aus der Konzernintegration ihrer Töchter abgeleitete Verpflichtung, dafür besorgt zu sein, dass diese in ihren Verhältnissen entsprechendes Legal Compliance System einrichten. Die Mutter kann die konzernweite Legal Compliance Organisation operativ weitgehend selbst betreiben, muss aber nicht. Eine adäquate Überwachung genügt im Prinzip. Ab welchem Integrationsgrad die Compliance-Pflichten der Mutter

⁵ Zum Ganzen Hofstetter, Haftungsregeln, passim.

einsetzen und wo deren Grenzen liegen, ist im Einzelfall festzulegen. Bei Vorliegen einheitlicher Leitung dürfte aber eine zumindest allgemeine konzernweite Compliance-Verpflichtung der Mutter nicht mehr zu verneinen sein.

Denkbar ist zudem, dass eine spezifische, auf Tochterunternehmen ausgehende Compliance-Pflicht der Mutter sich auch aus spezialgesetzlichen Normen des Mutter- oder Gastlandrechts ergibt:

- Ein Beispiel schweizerischen Mutterlandrechts sind die neuen Regeln bezüglich Konfliktmineralien und Kinderarbeit, die im Rahmen des Gegenvorschlags zur Konzernverantwortungsinitiative verabschiedet wurden.⁶ Danach hat die schweizerische Muttergesellschaft auch in ihren ausländischen Tochtergesellschaften dafür besorgt zu sein, dass für die gesetzlich identifizierten Risiken adäquate Kontrollsysteme eingerichtet und betrieben werden.
- Ein Beispiel für schweizerisches Gastlandrecht ist das Institut der faktischen Organhaftung, aus dem eine Überwachungspflicht der (ausländischen) Mutter für die Einhaltung anwendbarer Gesetze im Bereich ihres Eingriffsverhaltens bei schweizerischen Töchtern ergeben kann.⁷ Bestimmt und kontrolliert die Muttergesellschaft über ihre Konzernleitung z. B. die gesamte Verkaufspolitik der Tochter, einschliesslich ihres Preisverhaltens, ergibt sich daraus auch eine Pflicht dafür besorgt zu sein, dass auf Tochterebene die erforderlichen Compliance-Massnahmen zur Verhinderung kartellrechtlich verbotener Preisabsprachen ergriffen werden.⁸

Die rechtliche Compliance-Verantwortung der Unternehmen ist – nach der primären Verantwortung zur Schaffung von Wohlstand – zwar nur die zweite Ebene der Unternehmensverantwortung im marktwirtschaftlichen Wirtschaftsleben. Sie wird aber als die schwierigere der beiden wahrgenommen, weil sie sich weniger leicht mit dem profitorientierten Eigeninteresse der Unternehmen vereinbaren lässt. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass diese Verantwortung in ihren Einzelheiten umstrittener ist und intensiver diskutiert wird als die für das gesamtgesellschaftliche Wohl zentrale ökonomische Unternehmensverantwortung. Wichtiger als letztere ist die Legal Compliance-Verantwortung der Unternehmen deswegen aber nicht.

⁶ Art. 964k ff. des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

⁷ Hofstetter, Haftungsregeln, 198 f. und passim.

⁸ Hofstetter/Ludescher, 71 f.

III. Corporate Social Responsibility über die Legal Compliance hinaus?

Die Legal Compliance ist trotz allem nicht die am heftigsten diskutierte CSR-Kategorie. Diese Ehre gebührt der dritten Ebene in der Carroll-Pyramide: der ethischen Unternehmensverantwortung. Ist eine solche Verantwortung der Unternehmen in einer funktionierenden marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung überhaupt nötig, oder genügen diesfalls nicht bereits die konsequent am Wettbewerb und den rechtlichen Rahmenbedingungen ausgerichteten Bestrebungen der Unternehmen?

In einer idealtypischen Arbeitsteilung zwischen Markt und Politik bräuchte es die zusätzliche ethische Unternehmensverantwortung nicht: alles, was der Markt leisten könnte, würde ihm überlassen. Dort wo Marktimperfectionen oder spezifische politische Verteilungsziele regulatorische Eingriffe erfordern, würden diese konsequent und effizient durch den Gesetzgeber erfolgen. Das marktgerechte Verhalten und die Legal Compliance-Verantwortung der Unternehmen könnten dadurch im Prinzip alle gesamtgesellschaftlichen Interessen optimal abdecken.

Polit- und Rechtsapparate sind in der Praxis freilich ähnlich imperfekt wie die Märkte. Ihre Funktionsdefizite zeigen sich auf der Gesetzgebungs- wie der Vollzugsebene. Suboptimale Gesetzgebungsentscheide, wie Unterregulierung oder Überregulierung, aber auch ein fehlerhafter oder vernachlässigter Vollzug können die Folge sein. In dysfunktionalen Staaten können diese geradezu gravierende Ausmasse annehmen. Dadurch stellt sich die Frage, welche Korrekturen zur Verfügung stehen, um Unternehmen trotzdem in einem möglichst optimal kontrollierten Umfeld agieren zu lassen. Zumindest drei liegen auf der Hand:

- Marktkontrolle: Globale Märkte und der damit verbundene regulatorische Wettbewerb führen dazu, dass Staaten und ihre Politik ihrerseits bis zu einem gewissen Grad von den Märkten kontrolliert werden und nicht bloss umgekehrt.
- Rechtssubstituierung: Wo der regulatorische Wettbewerb zu einem „race for the bottom“ führen könnte, besteht die Möglichkeit, mit Hilfe internationalen Rechts und dem Druck internationaler Organisationen ein regu-

latorisches Minimalniveau auf internationaler Ebene durchzusetzen.⁹ Die Geschäftstätigkeit multinationaler Unternehmen in Gaststaaten lässt sich zudem auch durch Mutterlandrecht ergänzen oder gar substituieren.¹⁰

- Unternehmensethik: Markt- und Staatsversagen sind allgegenwärtig. Auch der regulatorische Wettbewerb und die Rechtssubstituierung sind davon nicht ausgenommen. Damit bleiben immer und überall zumindest Restbereiche der Unternehmenstätigkeit, die weder von funktionierenden Marktmechanismen noch von sachadäquater Regulierung begleitet werden. An diesem Punkt kommt auch aus einer marktwirtschaftlichen Perspektive die legitime Rolle von Ethik als Letztkompass unternehmerischer Tätigkeit ins Spiel. Es stellen sich in diesem Zusammenhang allerdings zwei zentrale Fragen:
 - Nach welchen Massstäben entscheidet sich, ob der Punkt ungenügender Markt- bzw. Rechtskontrollen erreicht ist und wie diesfalls zu handeln ist?
 - Wer innerhalb der Unternehmen ist befugt bzw. verpflichtet, über diese Fragen zu entscheiden?

IV. Unternehmensethik als Ergänzung von Markt und Recht

1. Recht und Pflicht zu ethischem Handeln

Bevor auf die gestellten Fragen eingegangen werden kann, muss eine wichtige Unterscheidung gemacht werden: diejenige zwischen dem Recht und der Pflicht zu unternehmensethischem Handeln. Ein Recht, andere als Profitziele zu verfolgen, haben Unternehmen grundsätzlich immer.¹¹ Auch das Aktienrecht erlaubt diesbezüglich Spielraum.¹² In der Schweiz kann, falls alle Aktio-

⁹ Ein Beispiel sind die Bemühungen um Umweltvorschriften auf Weltebene zur Eindämmung des Klimawandels im Rahmen des Pariser Klimaübereinkommens von 2015, das durch 195 Staaten unterzeichnet wurde.

¹⁰ Ein erfolgreiches Beispiel sind die von den USA initiierten Bemühungen zur Bestrafung von Korruptionszahlungen in Gastländern durch das Mutterland. Über die OECD veranlassten die USA zudem auch andere Länder, inkl. die Schweiz, zu einer entsprechenden Änderung ihrer Strafgesetze; vgl. Hofstetter; Compliance, 34.

¹¹ Eine Ausnahme kann sich z. B. ergeben, wenn eine Rechtsordnung einen ethischen Standard setzt, welcher auch für Unternehmen verbindlich ist. Ein Beispiel ist die in den USA heftig umstrittene Frage, ob Spitäler Abtreibungspatienten aus christlich-ethischer Sicht abzulehnen berechtigt sind, vgl. Berlinger, 35 ff.

¹² Vgl. für die Schweiz z. B. Art. 674 OR.

näre zustimmen, die Gewinnstrebigkeit der AG sogar gänzlich durch einen idealen Zweck ersetzt werden.¹³ Darüber hinaus existieren spezifische Rechtsformen, z. B. die Genossenschaft¹⁴ oder die Unternehmensstiftung, welche es erlauben, das Profitstreben zugunsten der Aktionäre im Interesse anderer Stakeholder verbindlich zu relativieren.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage einer Unternehmenspflicht zum ethischen Handeln. Unternehmensethik setzt, wie gesehen, theoretisch dort an, wo Markt und Recht versagen. Sie ist ein Auffanginstrument, das hinter die Markt- und Rechtslogik zurücktreten darf, soweit deren Funktionstüchtigkeit unbestritten ist oder zumindest plausibilisiert werden kann. Das dürfte in modernen liberal-demokratischen Gesellschaften meistens der Fall sein.¹⁵

Lässt sich hingegen glaubwürdig eine Diskrepanz zwischen ethischen Anforderungen und dem rechtlich konstituierten Marktumfeld dartun, stellt sich unweigerlich die Frage der Verpflichtung zum unternehmensethischen Handeln. Ein klassischer Anwendungsfall sind die von global tätigen Konzernen immer wieder zu bewältigenden Herausforderungen in Gastländern der Dritten Welt, welche funktionsuntüchtige Institutionen aufweisen oder grundlegendste Verletzungen von Menschenrechten zulassen. Wann verpflichten unternehmensethische Leitlinien dazu, das Geschäftshandeln an diesen, statt an Markt und Recht auszurichten, und unter welchen Umständen ist evtl. gar das Land zu verlassen? Besonders schwierig gestaltet sich die Frage, wenn in einem Gastland plötzlich revolutionäre oder kriegerische Ereignisse ausbrechen oder diktatorische Regierungen an die Macht kommen.¹⁶

2. Ethischer Minimalkonsens und „Öffentlichkeitstest“

Der Lackmустest für die Auslösung unternehmensethischer Pflichten kann dabei nur eines sein: der ethische Minimalkonsens innerhalb moderner Wett-

¹³ Art. 620 Abs. 3 i. V. mit Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

¹⁴ Vgl. Art. 828 Abs. 1 OR.

¹⁵ Aber auch hier können sich unternehmensethische Fragen stellen, etwa bei der Steuerplanung. Ist es z. B. ethisch verantwortbar, eine Steuerpraxis zu verfolgen, wie sie Apple und andere US-Konzerne i. Z. mit dem sog. „Irish Double Dip“ praktizierten, welcher dazu führte, dass ihre konzernweite Ertragssteuerbelastung weit unterdurchschnittlich war? Vgl. Saez/Zucman, 73 ff.

¹⁶ Vgl. dazu den exemplarischen Fall von Lafarge Holcim in Syrien, wo vor der Machtübernahme durch lokale IS-Truppen eine neue Zementfabrik eröffnet worden war und die französische Vorgängerin des fusionierten Unternehmens den Entscheid fällte, das Werk weiter zu betreiben und in diesem Zusammenhang angeblich auch Zahlungen an die terroristische IS leistete: Weisflog Christian.

bewerbswirtschaften, welcher als Bestandteil der unternehmerischen „license to operate“ auf nationalen und internationalen Märkten verstanden werden muss. Dieser sich dynamisch entwickelnde gemeinsame Nenner nährt sich aus verschiedensten historischen wie geltungszeitlichen Quellen. Dazu gehören „Best Practices“, im Sinne von Wirtschafts- und Branchenusanzen, aber auch andere nationale und internationale „soft law“-Standards. Selbst nicht-formalisierte Ergebnisse der laufenden Politik-, Wissenschafts- und Mediendiskurse können den Minimalkonsens ergänzen, soweit sie breit akzeptiert sind und sich genügend verfestigt haben.

Der unternehmensethische Minimalkonsens moderner Wettbewerbswirtschaften bleibt damit freilich weiterhin unbestimmt. Der komparative Vorteil der Unternehmensethik gegenüber dem Recht besteht andererseits in der grösseren Informalität und Flexibilität, welche fallgerechte Entscheidungen auch in neuen, nicht-antizipierten Bereichen erlauben. Das spricht für eine nicht-inhaltliche, prozedurale Herangehensweise an das Unbestimmtheitsproblem. Hierfür bietet sich der „Öffentlichkeitstest“ an: Unternehmensethisches Handeln ist dann zu verlangen, wenn das an rein marktlichen und rechtlichen Anforderungen orientierte Alternativverhalten im Falle einer (zu fingierenden) Offenlegung zu einer Negativreaktion in der Öffentlichkeit und als Folge davon zu einem Reputationsverlust führen würde.¹⁷

Die vorgeschlagene unternehmensethische Heuristik in Form des „Öffentlichkeitstests“ kann für sich beanspruchen, dort anzusetzen, wo verbindliche Ethik in pluralistischen Gesellschaften notgedrungen ansetzen muss: beim gesellschaftlichen Konsens.¹⁸ Die Heuristik hat den weiteren Vorteil, dass sie zeitliche und räumliche Differenzierungen erlaubt und auch nicht von jedem Unternehmen in jeder Situation gleich beantwortet werden muss.

V. Unternehmensethische Inhaltssuche

I. Differenzierung und Konkretisierung ethischer Standards

Der unternehmensethische Minimalkonsens, der mit Hilfe des „Öffentlichkeitstests“ aufgespürt werden kann, ist das Abbild der impliziten sozialverträglichen Pflichten der Unternehmen in der Wettbewerbswirtschaft. Dieser

¹⁷ In der Praxis spricht man gelegentlich auch von Medien- oder Spiegeltest. In Anspielung auf das deutsche Recherchemagazin „Der Spiegel“ wird die hypothetische Frage gestellt, wie sich ein bestimmtes Handeln bzw. Unterlassen des Unternehmens auswirken würde, wenn darüber im Spiegel berichtet würde.

¹⁸ Vgl. dazu z. B. Habermas, passim.

Sozialvertrag und die mit ihm verbundene „Lizenz zum Wirtschaften“ besteht für internationale Unternehmen in erster Linie mit dem Mutterland. Er wird aber ergänzt durch entsprechende implizite Verträge mit Gastländern anlässlich der Aufnahme von Geschäftstätigkeiten in diesen. Die unternehmensethischen Pflichten ergänzen dabei die rechtlichen Pflichten und sind im Kontext dieser zu konkretisieren und zu interpretieren. Dadurch können sich im Einzelfall durchaus Differenzierungen unternehmensethischer Anforderungen in verschiedenen Ländern ergeben.

Während z. B. im Mutterland der Handel mit persönlichen Daten oder die Durchführung von Tierversuchen für menschliche Medikamente rechtlich stark eingeschränkt sein können, kann es im Gastland an solchen Vorschriften weitgehend fehlen. Die Unternehmensethik wird unter diesen Umständen zwar auch im Gastland nach einem minimalen Standard für den Umgang mit persönlichen Daten oder für Tierversuche verlangen. Dieser braucht aber nicht zwingend dem Schutzniveau zu entsprechen, welches das Mutterland setzt. Die unternehmensethische Grenzziehung dürfte zudem davon abhängen, ob das Fehlen von Regulierung im Gastland eher auf dysfunktionale Institutionen oder auf unterschiedliche Wertmassstäbe zurückzuführen ist. Mitentscheidend dürften zudem auch hier die zu erwartenden Reputationsfolgen im Mutter- wie Gastland sein. Diese können dazu führen, dass ein Unternehmen die Standards des Mutterlandes evtl. weltweit umsetzt. Das hat den weiteren Vorteil, dass eine einheitliche Unternehmenskultur praktiziert werden kann und deren interne sowie externe Kommunikation stark vereinfacht wird.¹⁹

Die rechtlichen und unternehmensethischen Vorgaben aus dem Mutterland spielen somit auch eine wichtige Rolle bei der Konkretisierung unternehmensethischer Pflichten in anderen Ländern. Weil nach wie vor die meisten internationalen Grosskonzerne aus westlichen Industrieländern stammen, wird der ethische Minimalkonsens internationalen Wirtschaftens stark durch die Wertmassstäbe westlicher, liberal-demokratischer Gesellschaften bestimmt. Weltweite Verpflichtungen gegenüber Umwelt, Arbeitnehmern oder lokalen politischen Umgebungen sind damit Teil des modernen unternehmensethischen Standards. Ebenfalls dazu gehören dürften Prinzipien des kommerziellen Geschäftsgebahrens, wie faires Vertragsverhandlungsverhalten, faires Wettbewerbsverhalten, das Korruptionsverbot, der Grundsatz *pacta sunt servanda*²⁰

¹⁹ Denkbar ist natürlich auch, dass die höheren rechtlichen Standards eines wichtigen Gastlandes (z. B. Diskriminierungsverbote in den USA, Datenschutz in der EU) den konzernweiten ethischen Standard eines Unternehmens setzen.

²⁰ Einschliesslich im ausserrechtlichen Bereich: „Ein Wort ist ein Wort!“.

oder in neuerer Zeit wohl auch das Erfordernis eines Schutzes für Whistleblower. Ob selbst die Ablieferung minimaler Ertragssteuern dazu gehört, ist fraglich.²¹ Es ist aber denkbar, dass sich in naher Zukunft ein solcher Standard unternehmensethisch oder sogar rechtlich durchsetzen könnte.²²

2. Grenzen unternehmensethischer Verantwortung

Unternehmensethische Verantwortung ist nur insoweit sachgerecht, als Unternehmen ein bestimmtes Geschehen kontrollieren und beeinflussen. Damit beschränkt sie sich grundsätzlich auf den Geschäftsbereich der Unternehmen. Dieser braucht aber nicht an deren juristischen Grenzen Halt zu machen. Einflussmöglichkeiten können auch gegenüber externen Vertragspartnern (z. B. Lieferanten, Kreditnehmern) bestehen. Die Unternehmensethik nimmt diese deshalb zusätzlich ins Visier.²³ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Einflussmöglichkeiten gegenüber Dritten aufgrund häufig beschränkter Transparenz und begrenzter rechtlicher wie wirtschaftlicher Machtinstrumente nicht auf derselben Stufe stehen wie die Einflussmöglichkeiten innerhalb einer Unternehmensorganisation.

Zu weit geht insbesondere der immer wieder propagierte Versuch, Unternehmen auch dafür verantwortlich zu machen, dass in einem Gastland Menschenrechte systematisch verletzt werden, solange nicht dargetan ist, dass ein Unternehmen dabei seine Hände direkt im Spiel hatte. Politik, inkl. Menschenrechtspolitik, ist die Domäne der Staaten, welche hierfür das entsprechende politische und internationalrechtliche Instrumentarium zur Verfügung haben. Dazu gehört z. B. auch die Möglichkeit der Mutterländer, ihren Unternehmen Embargo-Vorschriften aufzuerlegen, falls die politische oder die menschenrechtliche Situation in Gastländern ausser Kontrolle gerät.²⁴

3. Bedarf nach Klarstellungen

Angesichts der Offenheit der unternehmensethischen Abgrenzungen besteht ein unbestreitbarer praktischer Bedarf nach Klarstellungen. Solche können und werden von den verschiedensten Akteuren vorgenommen. Auf interna-

²¹ Anders z. B. Saez/Zucman, 73 ff.

²² Vgl. dazu die laufenden Bemühungen in der OECD um die Einführung einer globalen Minimalsteuer für Unternehmenserträge: NZZ Redaktion, Internationales Abkommen.

²³ Vgl. dazu die Diskussion um die Verantwortung von Konzernen für Dritte im Zusammenhang mit der Konzernverantwortungsinitiative; Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 277 f.

²⁴ Vgl. etwa die schweizerische VO über Massnahmen gegenüber der Islamischen Republik Iran vom 11. November 2015.

tionaler politischer Ebene sind in diesem Zusammenhang beispielsweise die OECD-Richtlinien für Multinationale Unternehmen²⁵, der UN Global Compact²⁶ oder die UN Guiding Principles on Business and Human Rights von 2011 zu erwähnen. Alle diese „soft law“-Instrumente sind im Prinzip nicht rechtsverbindlich, wirken aber als Katalysatoren bei der Entwicklung reputationswirksamer unternehmensethischer Standards.

Nebst internationalen „soft law“-Instrumenten existieren auch auf nationaler Ebene Best Practice-Empfehlungen, die unternehmensethische Implikationen aufweisen. In der Schweiz ist z.B. der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance zu erwähnen, der in seiner Fassung von 2014 das Ziel der Nachhaltigkeit postuliert.²⁷ Solchen Selbstregulierungskodizes ist der Vorteil eigen, dass sie von sachkundigen Vertretern der Wirtschaft selbst erarbeitet werden und zudem sehr viel flexibler angepasst werden können als staatliche Regulierungen. Sie eignen sich deshalb auch für die präventive Abwehr befürchteter Überregulierungen. Das Damoklesschwert des drohenden Gesetzgebers im Hintergrund kann umgekehrt dafür sorgen, dass solche Selbstregulierungen nicht einfach als Alibi-Übung dienen. Weil sie sich an eine ganze Gruppe von Unternehmen richten, beispielsweise alle börsenkotierten Unternehmen, wird überdies dazu beigetragen, dass Relativierungen des Profitziels von Unternehmen für diese nicht zu einem Wettbewerbsnachteil führen.

So oder so sind aber auch die Unternehmen selbst in der Pflicht, ihre ethisch abzurundende Unternehmenskultur zu konkretisieren, intern wie extern zu kommunizieren und organisatorisch umzusetzen. Das kann z. B. im Rahmen der Compliance geschehen, auf der Basis eines mit ethischen Standards ergänzten Code of Conduct sowie darauf aufbauender weiterer Detailregeln. Dieser Ansatz hat den grossen Vorteil, dass die Durchsetzung ethischer Standards wirksam durch die Legal Compliance-Organisation der Unternehmen erfolgen kann. Wo unternehmensethische Herausforderungen besonders komplex sind, etwa bei internationalen Finanzierungstransaktionen von Banken, können spezialisierte Abteilungen mit der Umsetzung betraut werden. CSR-Transparenzberichte eignen sich zur Konkretisierung und Kommunikation unternehmensethischer Standards, insbesondere gegenüber externen Anspruchsgruppen.²⁸

²⁵ OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, Neufassung, 2011.

²⁶ UN, The Ten Principles of the UN Global Compact, 2004.

²⁷ Vgl. auch die spezifischen Empfehlungen des UK Governance Institute: ICASA, The Stakeholder Voice in Board Decision Making, 2017.

²⁸ Vgl. dazu [VI.2](#).

VI. Corporate Governance der Unternehmensethik

1. Spielräume der Kapitalinvestoren bzw. Aktionäre

Wer innerhalb des Unternehmens hat die Interpretationshoheit über die Unternehmensethik und wer ist befugt bzw. verpflichtet, sie umzusetzen? Die Corporate Governance verlangt, dass dabei klar zwischen der Rolle und Kompetenz verschiedener Akteure innerhalb des Unternehmens unterschieden wird.

Am meisten Spielraum steht den Aktionären zu. Sie sind als Gründer und Eigentümer die wichtigsten Stakeholder und tragen das mit der Reputation des Unternehmens verbundene wirtschaftliche Restrisiko. Ihr Recht zur Priorisierung unternehmensethischer Ziele ist vor allem beim Gründungsakt praktisch unbegrenzt. Ihre Pflicht dazu wird jedoch durch den „Öffentlichkeitstest“ begrenzt. Nur soweit davon auszugehen ist, dass die relevante Öffentlichkeit bereit wäre, im Falle der Transparenz eines umstrittenen Unternehmensverhaltens ihre soziale (Reputations-)Kontrolle einzusetzen, darf davon ausgegangen werden, dass diesbezügliche Pflichten Teil der unternehmerischen „Lizenz zum Wirtschaften“ darstellen. Dadurch konvergiert die unternehmensethische Vorgabe an die Aktionäre zwar häufig mit deren langfristigem Interesse an der Unternehmenswertsteigerung. Das ist jedoch nicht zwingend, d. h. die unternehmensethische Verpflichtung besteht auch dann, wenn dadurch der langfristige Unternehmenswert negativ tangiert wird.²⁹ Ob das tatsächlich der Fall ist, kann in der Praxis häufig gar nicht abschliessend beurteilt werden.³⁰ Das ist aber auch nicht notwendig, denn der kategorische Imperativ der Unternehmensethik gilt so oder so.

Wie können und müssen Aktionäre bzw. Kapitalinvestoren Ihre Pflicht zu unternehmensethischem Verhalten wahrnehmen? Ihre Handlungsmöglichkeiten bestehen auf zwei Ebenen:

- Mittels Wahl der Rechtsform, statutarischen Vorgaben sowie evtl. auch konkreten Aktionärs- bzw. Eigentümerbeschlüssen können dem Verwaltungsrat und dem Unternehmensmanagement direkte unternehmensethi-

²⁹ Indem z. B. die zu befürchtenden Reputationskosten eines Geschäftsgebahrens geringer einzustufen sind als die Kosten eines Verzichts auf dieses.

³⁰ Auch empirische Studien beweisen keinen durchwegs positiven Zusammenhang zwischen CSR und dem Unternehmenswert bzw. langfristigen Aktionärsnutzen; vgl. z. B. Medienmitteilung, Universität Zürich.

sche Vorgaben gemacht werden.³¹ Die damit verbundene Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass der Entscheidungsprozess auf Aktionärssebene schwerfällig ist und unternehmensethische Aktionärsvorgaben in der Praxis nur in sehr allgemeiner Form möglich und sinnvoll sind.

- Aktionäre bzw. Kapitalinvestoren können über „Voice and Exit“ zudem indirekt auf die Wahrnehmung ethischer Verantwortung durch Unternehmen einwirken. Im Zusammenhang mit Wahlen in den Verwaltungsrat oder Beschlüssen zur Entschädigung³² können wichtige Aktionärsbotschaften zu Fragen der Legal Compliance oder Unternehmensethik an den Verwaltungsrat ausgesandt werden.³³ Investoren, welche sich zu ESG³⁴-Grundsätzen bekennen, können überdies Marktdruck auf Verwaltungsrat und Management ausüben, damit diese ihre Strategien, Business Modelle oder Verhaltenskodizes unternehmensethisch überdenken und anpassen.

2. Zentrale Funktion der CSR -Transparenz

Die Möglichkeiten von Aktionären und Kapitalinvestoren, unternehmensethisch Einfluss zu nehmen, betreffen vor allem die unternehmenspolitische Ebene und die Kontrolle von Verwaltungsrat und Management.³⁵ Für beide Funktionen spielt die zunehmend praktizierte CSR-Transparenz der Unternehmen eine gewichtige Rolle. Ohne Offenlegung der unternehmensethischen Ausrichtung und der ethischen Leistungen (bzw. Fehlleistungen) der Unternehmen können Aktionäre und Kapitalmärkte deren unternehmensethische Verantwortlichkeit kaum beurteilen. CSR-Transparenz unterstützt zudem

³¹ Das ist der Fall bei sog. „Tendenzunternehmen“, die, wie etwa weltanschaulich verpflichtete Zeitschriften oder Verlage, einen spezifischen idealen Zweck zum Teil ihrer Unternehmensidentität erklären. Denkbar wäre z. B. auch, dass ein Finanzinstitut sich aus weltanschaulichen Gründen dem islamischen Zinsverbot verpflichtet.

³² Indem im Zusammenhang mit der Genehmigung der Entschädigungen gegenüber dem Verwaltungsrat z. B. angemahnt wird, dass diese auch von nicht-finanziellen Zielen abhängig gemacht werden sollten.

³³ „Soft law“-Regulierungen, wie z. B. der UK Stewardship Code 2020, können auch (institutionelle) Investoren in die Pflicht nehmen, ihren Einfluss auf die ethische Ausrichtung der Unternehmen geltend zu machen.

³⁴ Environmental, Social, Governance.

³⁵ Dabei gibt es freilich Unterschiede: Mehrheitsaktionäre, gerade wenn es sich z. B. um Unternehmensgründer oder deren Familien handelt, können unternehmensethisch im Prinzip wesentlich stärker Einfluss nehmen als Minderheitsaktionäre. Sie sind zudem der Öffentlichkeitskontrolle auch persönlich stärker ausgesetzt als anonyme institutionelle Investoren oder Kleinaktionäre. Diese soziale Kontrolle vermag ihr unternehmensethisches Pflichtgefühl evtl. zusätzlich zu verstärken; vgl. dazu auch Elhaug, 733 ff.

auch den „Öffentlichkeitstest“ für die inhaltliche Abgrenzung unternehmensethischer Pflichten, weil der Test dadurch real statt fingiert stattfinden kann.³⁶ Die CSR-Transparenz wird deshalb auch von Gesetzgebern zu Recht gefördert, in der Schweiz beispielsweise durch den sich in Umsetzung befindenden Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative.³⁷

3. Rolle von Verwaltungsrat und Management

a) *Unternehmensethische Pflichten im Rahmen des Öffentlichkeitstests*

Verwaltungsrat und Management sind aus mehreren Gründen die geeigneten Akteure bei der Konkretisierung und Umsetzung ethischer Pflichten des Unternehmens:

- Die unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats zur Oberleitung und Oberaufsicht³⁸ verpflichtet diesen, im Rahmen allfälliger Aktionärsvorgaben die ethischen Leitlinien des Unternehmens zu konkretisieren und für deren Umsetzung zu sorgen. Verwaltungsrat und Management sind zudem am nächsten bei den strategischen und operativen Herausforderungen des Unternehmens. Sie sind überdies am schnellsten in der Lage, darauf zu reagieren.³⁹
- Die Umsetzung der Unternehmensstrategie durch Verwaltungsrat und Management verlangt die Möglichkeit zur Vornahme von Trade-offs bei Vorliegen verschiedener, sich unter Umständen widersprechender Ziele. Dazu gehört auch die Gewichtung von Stakeholder-Interessen und deren Abwägung im Vergleich mit dem Gewinnziel. Das Aktienrecht überlässt deshalb dem Verwaltungsrat im Rahmen seines „Business Judgement“ breites Ermessen, die Stakeholder-Interessen zumindest selektiv vor das Profitinteresse der Aktionäre zu stellen.⁴⁰
- Im Unterschied zum häufig anonymen Aktionariat sind die Mitglieder von Verwaltungsrat und Management auch persönlich exponiert und unterliegen sozialen Kontrollmechanismen. Sie können zumindest reputationsmässig für unternehmensethische Verfehlungen in ihrem Bereich verant-

³⁶ Vgl. dazu Barker/Mayer, *passim*.

³⁷ Art. 964b ff. OR.

³⁸ Art. 716a OR.

³⁹ Zum Ganzen Mayer, *passim*.

⁴⁰ Vgl. Art. 674 OR.

wortlich gemacht werden. Dies schafft einen zusätzlichen persönlichen Anreiz, dort aktiv zu werden, wo der vorzunehmende Öffentlichkeitstest Reputationsrisiken für das Unternehmen aufzeigt.⁴¹

b) *Weitergehendes Ermessen nur im Rahmen des „Unternehmertests“*

Wie kann sichergestellt werden, dass Verwaltungsrat und Management das hehre Ziel der Unternehmensethik nicht missbrauchen, um damit ungenügende Leistungen zu kaschieren oder ihre persönliche ethische Weltsicht durchzusetzen? Über den Offenlegungstest hinaus ist aus Sicht der Corporate Governance ethisch motiviertes Abweichen von rechtlich oder statutarisch vorgegebenen Unternehmenszielen aus genau diesem Grund sowohl für Verwaltungsrat wie Management grundsätzlich abzulehnen.⁴² Als „agents“, d. h. Nichteigentümer, sind diese unternehmensethisch zwar verpflichtet, aber nicht berechtigt.⁴³ In der Ausübung ihres Ermessens haben sie sich deshalb ausserhalb ihres „Business Judgement“ konsequent am „Öffentlichkeitstest“ zu orientieren. Falls diese Beschränkung mit persönlichen ethischen Ambitionen eines Organmitglieds nicht vereinbar sein sollte, verbleibt diesem nur die Möglichkeit, seine Funktion zur Verfügung zu stellen.

Innerhalb des rechtlich gewährten „Business Judgement“ haben freilich auch Verwaltungsrat und Management breites Ermessen, Stakeholder-Interessen vor Profitinteressen zu stellen. Dabei kann aber nur das langfristige Unternehmensinteresse, das mit dem langfristigen Aktionärsinteresse konvergiert, als Leitstern gelten. Als Massstab bietet sich hier der „Unternehmertest“ an: Würde ein langfristiger Unternehmer als Alleinaktionär eine solche Strategie wollen? Über diesen Test ergibt sich als Konsequenz auch die Möglichkeit des Verwaltungsrats, eine explizite Unternehmensstrategie zu entwickeln, die Stakeholder-Interessen und ethische Wertvorstellungen in den Vordergrund rückt.⁴⁴ Eine solche Strategie steht, angesichts ihrer Bindung an die langfristigen Aktionärsinteressen, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Aktionäre diese Zielsetzungen explizit oder zumindest stillschweigend akzeptieren. Letzteres lässt sich z. B. aus den Wahl- und Entschädigungsbeschlüssen der GV ableiten.

⁴¹ Sehr differenziert Elhauge, 733 ff.

⁴² Das sollte auch für aktive politische Meinungsäusserungen von Topmanagern gelten; vgl. dazu Larcker et al, *passim*.

⁴³ Sehr restriktiv deshalb auch Bebchuk/Tallarita, 91 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu etwa die seit einigen Jahren verfolgte explizite Sustainability-Strategie des niederländischen Konzerns Unilever.

4. Philanthropie als Sonderform der Unternehmensethik

Eine Sonderform der Unternehmensethik stellt die Philanthropie dar. Sie umfasst, im Unterschied zu typischen unternehmensethischen Verhaltensvorgaben, nicht das eigentliche Geschäftsgebahren, sondern die Verteilung von Unternehmenssubstrat an Dritte. Dazu besteht bei Anwendung des „Öffentlichkeitstests“ kaum je eine Verpflichtung. In der Carroll-Pyramide wird die Philanthropie deshalb zu Recht als eine separate CSR-Kategorie aufgeführt. Bei ihr stellt sich deshalb vor allem die Frage, wie weit ein Unternehmen überhaupt berechtigt ist, Ressourcen an Dritte zu vergeben, ohne hierfür eine unmittelbare Gegenleistung zu erhalten. Zudem steht auch wiederum die Frage im Raum, wer innerhalb des Unternehmens die Kompetenz zur Philanthropie hat.

Ganz generell lässt sich sagen, dass das Recht zur Philanthropie für alle Unternehmensakteure Beschränkungen aufweist. Für Aktionäre bestehen diese darin, dass die Gewinnstrebigkeit der AG im schweizerischen Recht nur bei Einstimmigkeit aufgehoben werden kann. Es wäre deshalb kaum zulässig, wenn ein Unternehmen – einer Stiftung vergleichbar – regelmässig sehr hohe Teile des Jahresergebnisses für philanthropische Zwecke verwenden würde, selbst bei Zustimmung einer Aktionärsmehrheit. Wo die diesbezüglichen Grenzen genau verlaufen, ist jedoch offen.

Die in der Öffentlichkeit vor allem unter dem Aspekt der universitären Unabhängigkeit intensiv diskutierte Spende der UBS im Umfang von rund 100 Mio. CHF zugunsten der Universität Zürich⁴⁵ wäre aber – trotz der angespannten Situation der Banken im Nachgang zur Finanzkrise – zumindest als Aktionärsentscheid zulässig gewesen. Ob das auch für den die Spende beschliessenden Verwaltungsrat galt, ist dagegen fraglich. Dessen Kompetenz müsste angesichts fehlender unternehmensethischer Pflichten zur Philanthropie klar limitiert sein, um der Gefahr einer beliebigen Verwendung von Aktionärsmitteln entgegen zu treten. Hier bietet sich deshalb erneut der ausschliesslich dem langfristigen Aktionärsinteresse verpflichtete „Unternehmertest“ an: Hätte ein Unternehmer als Alleinaktionär die Spende genauso getätigt? Im Hinblick auf die Aktionärskontrolle empfiehlt sich überdies für sehr grosse Spenden der Erlass und die Publikation von selbstbindenden Richtlinien durch den Verwaltungsrat oder gar eine Konsultation der Generalversammlung im konkreten Fall.

⁴⁵ Vgl. NZZ Redaktion, UBS.

VII. Fazit

Die wirtschaftliche Produktivität der Unternehmen ist deren grundlegendste ethische Verantwortung. Die Kollektiverfahrungen der globalen Gesellschaft über die letzten Jahrzehnte haben andererseits aufgezeigt, dass es im Hinblick auf die wirtschaftliche Produktivität zu einem rechtlich verfassten marktwirtschaftlichen System kaum taugliche Alternativen gibt. Markt und Recht sind somit auch aus unternehmensethischer Sicht die primären Leitsterne der Geschäftstätigkeit. Das Profitstreben der Unternehmen im Rahmen der Legal Compliance verspricht theoretisch gar ein gesamtgesellschaftliches Optimum. Angesichts allgegenwärtigen Markt- und Staatsversagens kann es dabei freilich nicht bleiben. Ethische Standards, welche über das Profitstreben im Rahmen anwendbarer Gesetze hinausgehen, haben deshalb auch für Unternehmen, vor allem solche, die global tätig sind, ihren legitimen Platz.

Ethische Inhalte sind, angesichts der pluralistischen Wertvorstellungen im heutigen globalen Wirtschaftsumfeld, häufig unbestimmt. Wie können sie unter diesen Umständen genügend bestimmt werden, um für konkrete Unternehmensentscheide fruchtbar gemacht zu werden? Wie kann überdies erreicht werden, dass innerhalb der Unternehmen ethisch konsistent gehandelt wird und nicht individuelle ethische Massstäbe der Unternehmensorgane über die Gewinnziele der Aktionäre gestellt werden? Grundsätzliche Überlegungen im Rahmen der Corporate Governance und der Corporate Social Responsibility vermögen hierauf Antworten zu geben. Eine Pflicht zu unternehmensethischem Verhalten über die rechtlichen Vorgaben hinaus existiert danach nur im Rahmen des sog. „Öffentlichkeitstests“: Unternehmen sind zu ethischem Verhalten verpflichtet, wenn die (allenfalls zu fingierende) Offenlegung eines Verhaltens angesichts der zu erwartenden Reaktionen der Öffentlichkeit zu einem Reputationsverlust führen würde. Aktionäre bzw. Kapitaleigentümer haben breites Ermessen, ihren Unternehmen darüber hinaus auch weitere ethische Ziele mitzugeben. Für Verwaltungsrat und Management ist ein solches Ermessen dagegen grundsätzlich abzulehnen, es sei denn, es sei Teil einer im langfristigen Aktionärsinteresse ausformulierten expliziten Unternehmensstrategie, die den sog. „Unternehmertest“ erfüllt und von den Aktionären zumindest stillschweigend akzeptiert wurde. Der „Unternehmertest“ gilt in analoger Weise auch für philanthropische Vergaben durch Verwaltungsrat und Management.

Die wirtschaftlichen, rechtlichen und ethischen Verantwortungsebenen der Carroll-Pyramide sind in einem grundsätzlich funktionierenden marktwirtschaftlichen System komplementär. CSR ist als Grundlage der modernen „license to operate“ folglich eindeutig mehr als das reine Gewinnstreben im In-

teresse der Aktionäre. Es ist immerhin zu beachten, dass die grundlegendste ethische Verantwortung der Unternehmen, d. h. die wirtschaftliche Produktivität, gefährdet werden kann, wenn diese zusätzlich zu ihren wettbewerblichen Herausforderungen mit rechtlichen oder ethischen Zusatzverantwortungen überhäuft werden. Die plakative Formel Milton Friedmans „The social responsibility of business ist to increase profits“⁴⁶ kann deshalb zumindest als Mahnung verstanden werden.

Literaturverzeichnis

- Barker Richard/Mayer Colin, How Should a ‘Sustainable Corporation’ Account for Natural Capital?, Saïd Business School Research Papers 2017, 1 ff.
- Bebchuk Lucian A./Tallarita Roberto, The Illusory Promise of Stakeholder Governance, Cornell Law Review 2020, S. 91 ff.
- Berlinger Nancy, Conscience Clauses, Health Care Providers, and Parents, in: Crowley Mary (Hrsg.), From Birth to Death and Bench to Clinic: The Hastings Center Bioethics Briefing Book for Journalists, Policymakers, and Campaigns, New York 2008, 35 ff.
- Carroll Archie B., The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders, Business Horizons 1991, 39 ff.
- Colin Mayer, The Future of the Corporation and the Economics of Purpose, Journal of Management Studies 2020, 1 ff.
- Elhauge Einer, Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest, New York University Law Review 2005, 733 ff.
- Friedman Milton, The Social Responsibility of Business is to Increase Profits, New York Times Magazine vom 13. September 1970.
- Habermas Jürgen, Theorie des kommunikativen Handelns, 11. A., Frankfurt 1995.
- Hofstetter Karl, Compliance und Corporate Governance: Der realistische Umgang mit der Unternehmensverantwortung, in: Orelli Lukas et al. (Hrsg.), Compliance – Rechtliche und psychologische Aspekte, Tagungsband zum Symposium vom 12. April 2019 an der Universität Zürich, Bern 2020, 21 ff. (zit. Hofstetter, Compliance).
- Hofstetter Karl/Ludescher Melanie, Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for Best Practice Compliance, World Competition 2010, 55 ff.
- Hofstetter Karl, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 2019, 271 ff. (zit. Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative).
- Hofstetter Karl, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne, Tübingen 1995 (zit. Hofstetter, Haftungsregeln).
- Larcker David F. et al., The Double-Edged Sword of CEO Activism, Stanford Rock Center for Corporate Governance 2018, 1 ff.

⁴⁶ Vgl. Friedman.

- NZZ Redaktion, Die 100 unverdauten UBS Millionen, NZZ vom 28. Februar 2013, <<https://www.nzz.ch/zuerich/die-100-unverdauten-ubs-millionen-1.18029561>> (zit. NZZ Redaktion, UBS).
- NZZ Redaktion, Internationales Abkommen zur Besteuerung von Konzernen angestrebt, NZZ vom 31. Mai 2019, <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/internationales-abkommen-zur-besteuerung-von-konzernen-angestrebt-ld.1486073>> (zit. NZZ Redaktion, Internationales Abkommen).
- Saez Emmanuel/Zucman Gabriel, The Triumph of Injustice, New York 2019.
- Schaltegger Christian, Die Freiheiten gilt es zu schützen, NZZ vom 2. März 2021, 31.
- Universität Zürich, Medienmitteilung vom 22.05.2015 zu einer metaempirischen Studie von Rost et al. „Corporate Social Responsibility zahlt sich nicht aus“.
- Weisflog Christian, Der Zementkonzern Lafarge hat in Syrien Schutzgelder an den IS bezahlt – die französischen Geheimdienste wussten dies offenbar längst, NZZ vom 23. April 2018, <<https://www.nzz.ch/international/der-zementkonzern-lafarge-hat-in-syrien-schutzgelder-an-den-is-bezahlt-die-franzoesischen-geheimdienste-wussten-dies-offenbar-laengst-ld.1379839>>.

Konzernverantwortungsinitiative: Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“

Christoph B. Bühler

Inhalt

I.	Einleitung	74
II.	Konzernverantwortungsinitiative und Gegenvorschlag	74
	1. Die Konzernverantwortungsinitiative	74
	2. Der massgebliche Begriff der „kontrollierten Unternehmen“	75
	3. Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments	76
	4. „Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR“	77
III.	Konzeption und Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR	78
	1. Wortlaut des Haftungstatbestands in Art. 55 OR	78
	2. Entstehungsgeschichte und dogmatische Einordnung	78
	3. Haftungsvoraussetzungen und Befreiungsgründe	80
	a) Positive Haftungsvoraussetzung	80
	b) Befreiungsgründe	81
IV.	Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“?	82
	1. Widerspruch zum Trennungsprinzip im Konzern	82
	a) Konzernrechtliches Trennungsprinzip	82
	b) Differenzierung zwischen vollständig eingeordneten Konzerngesellschaften und solchen mit aussenstehenden Minderheitsaktionären	83
	2. Kein „Subordinationsverhältnis“ im Sinne von Art. 55 OR zwischen Ober- und Untergesellschaft im Konzern	85
	a) Eigenverantwortlichkeit der Leitungsorgane der Konzerngesellschaften	85
	b) Die Konzernweisung ist keine Anweisung im Sinne von Art. 55 OR	87
	3. Eigenständigkeit und -verantwortlichkeit der Zuliefererunternehmen	88
	a) Zulieferer sind keine Hilfspersonen im Sinne von Art. 55 OR	88
	b) Entlastungsbeweis in Bezug auf Zulieferer kaum möglich	89
V.	Schlussfolgerungen	89
	Literaturverzeichnis	90

I. Einleitung

Am 29. November 2020 ist die Initiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“ (sog. „Konzernverantwortungsinitiative“)¹ in der Volksabstimmung am Ständemehr gescheitert.² In der Debatte um die Konzernverantwortungsinitiative und den indirekten Gegenvorschlag des Parlaments³ ging es im Kern um die Frage, inwieweit Schweizer Unternehmen für die Aktivitäten der von ihnen kontrollierten Unternehmen im Bereich Menschenrechte und Umweltschutz haftbar gemacht werden sollen. Nach dem Ansinnen der Initianten hätte dabei das Modell der Geschäftsherrenhaftung als konzeptionelle Vorlage für einen neuartigen gesetzlich zu verankernden Konzernhaftungstatbestand dienen sollen. Sie machten mit einem Teil der Lehre geltend, die Geschäftsherrenhaftung sei im Grunde bereits *de lege lata* auf Konzernverhältnisse anwendbar. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob sich das Modell der Geschäftsherrenhaftung wirklich auf im Konzern verbundene und entsprechend „kontrollierte Unternehmen“ übertragen lässt.

II. Konzernverantwortungsinitiative und Gegenvorschlag

i. Die Konzernverantwortungsinitiative

Die Konzernverantwortungsinitiative war am 7. April 2015 lanciert und am 10. Oktober 2016 mit rund 120'000 Unterschriften zustande gekommen. Sie forderte die Verankerung eines neuen Artikels 101a in der Bundesverfassung, der den Bund hätte anhalten sollen, mit entsprechenden Massnahmen bzw. verbindlichen Gesetzesbestimmungen dafür zu sorgen, dass international tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz bei allen ihren Aktivitäten weltweit die *international anerkannten Menschenrechte und Umweltstandards respektieren* müssen. Konkret sollten die Unternehmen zu einer *angemessenen Sorgfaltspflichtprüfung* verpflichtet werden. Konzernmuttergesellschaften sollten in der Schweiz eingeklagt werden können. Sie sollten für den Schaden haften,

¹ Eidgenössische Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, BBl 2015, 3245 ff.

² Mit einem Stimmanteil von 50,73% wurde die Konzernverantwortungsinitiative am 29. November 2020 zwar von der Schweizer Bevölkerung angenommen, das Ständemehr jedoch deutlich verfehlt. Nur 8,5 Stände haben für die Initiative gestimmt, und 14,5 Stände haben die Vorlage abgelehnt.

³ Obligationenrecht (Indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“) vom 19. Juni 2020, AS 2021 846.

welche die von ihnen kontrollierten Unternehmen irgendwo auf der Welt aufgrund einer Verletzung von Menschenrechten oder Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben.

Die Schweizer Konzernmuttergesellschaft hätte nur dann nicht haften müssen, wenn sie bewiesen hätte, dass sie alle *gebotene Sorgfalt angewendet* hatte, um den Schaden zu verhindern, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Beweislast hätte also *umgekehrt* werden sollen: Die Sorgfaltspflicht hätte als verletzt gegolten, ausser das betreffende Unternehmen hätte das Gegenteil bewiesen.⁴

2. Der massgebliche Begriff der „kontrollierten Unternehmen“

Ob ein Unternehmen ein anderes kontrolliert, sollte sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmen; eine Kontrolle könne – so der Initiativtext – *„faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung“* erfolgen.⁵ Die Initiative erstreckte sich damit nicht nur auf die *in den Konzern eingebundenen Untergesellschaften eines Schweizer Unternehmens*, sondern dehnte dessen Verantwortlichkeit auf alle Gesellschaften aus, die durch das Unternehmen „faktisch“ beherrscht bzw. durch „wirtschaftliche Machtausübung“ kontrolliert werden, wie namentlich auch wirtschaftlich abhängige Zulieferunternehmen.⁶

Im Bereich des Rechnungslegungsrechts, wo das Gesetz auf wirtschaftliche Tatbestände abstellt und es um die „Darstellung der wirtschaftlichen Lage“ geht, ist für die Bestimmung des Konsolidierungskreises bekanntlich das Kon-

⁴ Vgl. zur Konzernverantwortungsinitiative: Kaufmann, Konzernverantwortungsinitiative, 45 ff.; Böckli/Bühler, Konzernverantwortung, 145 ff.; Bohrer, 323 ff.; Geisser, Konzernverantwortungsinitiative, 943 ff.; Handschin, Konzernverantwortungsinitiative, 998 ff.; Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 1 ff.; ZK Obligationenrecht-Bühler, Vor Art. 707-726, N 325 ff.; Stoffel/Sautier, 516 ff.

⁵ Art. 101a Abs. 2 lit. a E-BV.

⁶ So Verein Konzernverantwortungsinitiative, Initiativtext mit Erklärungen abrufbar unter <www.Sachdokumentation.ch/bestand/ds/358>: „In Einzelfällen kann aber eine Gesellschaft auch ausserhalb ihres Konzerns eine andere Gesellschaft kontrollieren, z.B. via ökonomische Beherrschung. Ein Beispiel: Wenn ein Schweizer Unternehmen einziger Abnehmer eines Zulieferers ist, kann das auch ein Kontrollverhältnis darstellen.“ Vgl. auch Verein Konzernverantwortungsinitiative, Erläuterungen abrufbar unter <www.Sachdokumentation.ch/bestand/ds/2920>, 43; Botschaft zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, BBl 2017, 6335 ff., 6358; Böckli/Bühler, 15 f.

trollprinzip massgeblich. Nach der Definition in Art. 963 OR liegt ein Konzern vor, wenn eine juristische Person andere Unternehmen kontrolliert, indem sie:⁷

- (i) direkt oder indirekt über die *Mehrheit der Stimmen im obersten Organ* (bei der Aktiengesellschaft in der Generalversammlung) verfügt;
- (ii) direkt oder indirekt über das *Recht* verfügt, die *Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans* (bei der Aktiengesellschaft des Verwaltungsrats) zu *bestellen oder abzurufen*; oder
- (iii) aufgrund der Statuten, eines Vertrages oder vergleichbarer Instrumente einen *beherrschenden Einfluss* ausüben kann.⁸

Es scheint, dass die Initiative mit den sog. „kontrollierten Unternehmen“, für welche die Schweizer Konzernmuttergesellschaft haften sollte, auf diesen bereits gesetzlich definierten Kontrollbegriff abstellte. Dieser Schein trägt jedoch: Nach dem Begriffsverständnis des Art. 963 OR kann die Kontrolle zwar auch auf gesellschafts- oder schuldrechtlicher sowie auch auf rein tatsächlicher Grundlage ausgeübt werden, jedoch *immer nur in Verbindung mit einer unternehmerischen Mitwirkungsmöglichkeit*.⁹ Nach dem Kontrollbegriff der Initiative wäre demgegenüber kein rechtliches Instrument (Beteiligung, Statuten, Vertrag, Trust etc.) zur Durchsetzbarkeit der Beherrschung über ein anderes Unternehmen vorausgesetzt gewesen, sondern es wäre auf rein tatsächliche Verhältnisse abgestellt worden, welche das Potential schaffen, faktisch wirtschaftliche Macht auszuüben.¹⁰

3. Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments

Der Bundesrat lehnte die Konzernverantwortungsinitiative ab und unterstützte einen indirekten Gegenvorschlag, der von der Bundesversammlung nach dem Durchlaufen des parlamentarischen Differenzbereinigungsver-

⁷ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., 1723.

⁸ von der Crone, § 15 N 4 ff.; Monsch/von der Crone, 453 f., die dafürhalten, dass aufgrund der Aufhebung von Art. 663e aOR und Neufassung in Art. 963 OR hinsichtlich der Konzerndefinition von einem „generellen Paradigmenwechsel“ auszugehen sei; a.M. Brand, 81 ff. und 199 ff.; ZK Obligationenrecht-Bühler, Art. 717, N 290.

⁹ veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler, Art. 963, N 50; Böckli, Rechnungslegung, N 1201; Böckli, Konzern, 210.

¹⁰ Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 17; so auch ausdrücklich Verein Konzernverantwortungsinitiative, Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, 44: „Mit der gewählten Formulierung entscheidet sich die Konzernverantwortungsinitiative für einen Konzernbegriff, der über die Konsolidierungspflicht gemäss Art. 963 OR hinausgeht.“

fahrens am 19. Juni 2020 beschlossen wurde.¹¹ Dieser beinhaltet eine *Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung über die Achtung der Menschenrechte und den Umweltschutz*.¹² Die Unternehmen können dabei auf die Berichterstattung über einzelne Belange verzichten, sofern sie erklären, warum dies der Fall ist (*comply or explain*). Zudem soll die Pflicht zur Berichterstattung nur für grössere Unternehmen gelten. Die Vorlage sieht jedoch keine Haftungsregeln vor, die über die heute geltenden Regeln hinausgehen. Die Verletzung der Berichtspflichten soll jedoch *strafbar* sein.¹³ Auch die Sorgfaltsprüfungspflicht bleibt auf *bestimmte Konfliktmineralien und Kinderarbeit* beschränkt.¹⁴

4. „Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR“

Der Regelungsvorschlag der sogenannten „*Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis*“ gemäss Konzernverantwortungsinitiative ist, wie erwähnt, konzeptionell angelehnt an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der vorgeschlagenen Norm¹⁵ und den einzelnen Haftungsvoraussetzungen:

- (1) das Vorliegen eines *Kontrollverhältnisses* zwischen zwei Unternehmen im erwähnten erweiterten Sinne;
- (2) die Verletzung international anerkannter Menschenrechte und/oder internationaler Umweltstandards (*Widerrechtlichkeit*) und
- (3) ein daraus (*kausal*) entstandener Schaden,
- (4) der *in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung* eingetreten ist (*funktionaler Zusammenhang*), sowie
- (5) das *Misslingen des Sorgfaltsbeweises*.

In den Erläuterungen der Initianten zum Initiativtext heisst es denn auch entsprechend: „*Da die Geschäftsherrenhaftung im Obligationenrecht (Art. 55 OR) diesen Vorgaben am nächsten kommt, ist der Initiativtext dieser Bestimmung nachgebildet.*“¹⁶ Die Geschäftsherrenhaftung stelle – so die weitere Begründung – die „Grundnorm für ausservertragliche Unternehmensrisiken“ dar. An die Stelle des Geschäftsherrn und der Hilfsperson bei der Geschäfts-

¹¹ BBl 2021, 890 ff.

¹² Art. 964a ff. OR; vgl. Fischer, 15 ff.

¹³ Art. 325ter des Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

¹⁴ Art. 964j ff. OR.

¹⁵ Art. 101a Abs. 2 Bst. c E-BV.

¹⁶ Verein Konzernverantwortungsinitiative, Initiativtext mit Erklärungen, 2; Verein Konzernverantwortungsinitiative, Erläuterungen, 41 f.; vgl. auch Geisser, Konzernverantwortungsinitiative, 954; Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 57 f.

herrenhaftung gemäss Art. 55 OR treten nach dem Konzept der Initiative das *kontrollierende Unternehmen im Inland* sowie das *kontrollierte Unternehmen*, das sich typischerweise im Ausland befindet.¹⁷

Was ist davon zu halten? Lassen sich die Prinzipien der Geschäftsherrenhaftung wirklich auch auf Konzernverhältnisse übertragen? Um diese Frage beantworten zu können, sind die Grundlagen und das Konzept der Geschäftsherrenhaftung heranzuziehen.

III. Konzeption und Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR

1. Wortlaut des Haftungstatbestands in Art. 55 OR

Gemäss Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

2. Entstehungsgeschichte und dogmatische Einordnung

Die Bestimmung orientierte sich – in ihrer ursprünglichen Fassung von 1881 gemäss Art. 62 aOR – am Vorbild der Geschäftsherrenhaftung des Art. 1384 Abs. 3 des französischen Code Civil von 1804, jedoch mit der Ergänzung des Sorgfaltsbeweises. Die früheren Entwürfe von Walther Munzinger, auf welche Art. 62 aOR zurückgeht, bezogen sich nicht auf „Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen“, sondern zunächst nur auf „Angestellte oder Arbeiter“ und zeigen, dass diese Bestimmung nicht irgendwelche, sondern nur *organisatorische Pflichten* des Geschäftsherrn erfassen sollte.¹⁸

Die Auslegung und dogmatische Einordnung der Geschäftsherrenhaftung ist bis heute umstritten. Lehre und Rechtsprechung qualifizierten sie früher¹⁹

¹⁷ BBl 2017, 6359 f.

¹⁸ Vgl. BGE 33 II 150 E. 7 S. 156 und BGE 41 II 494 E. 2 S. 496 ff.; vgl. auch Fleischer, Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen, 147; Waespi, 15.

¹⁹ Gysler Seitenzahl fehlt; Bieder, 345; Burckhardt, 476; BGE 29 II 485 E. 3 S. 489; BGE 32 II 459 E. 3 S. 462.

und teilweise heute²⁰ noch als *Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast* und den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn folglich als Exkulpationsbeweis.

Seit einem Leitentscheid aus dem Jahre 1908²¹ bezeichnete das höchste Gericht die Geschäftsherrenhaftung dann mit der bis heute vorherrschenden Lehre²² als eine *milde Kausalhaftung für die vermutete Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten durch den Geschäftsherrn* und präziserte in seiner Rechtsprechung fortan den Inhalt dieser Pflichten insbesondere auf die *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* sowie das generelle Erfordernis, die Arbeitsabläufe im Betrieb zweckmässig zu organisieren.²³ Ein Unternehmen muss mithin so organisiert sein, dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden können.²⁴ Im Bereich der Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Konsumenten gehört hierzu auch die Endkontrolle der Produkte.²⁵ Art. 55 OR ist also im Grunde ein *Tatbestand der Organisationshaftung*.²⁶ Konsequenterweise handelt es sich bei der Geschäftsherrenhaftung somit zwar um eine Haftung für fremdes schädigendes Verhalten, nämlich jenes der Hilfsperson, jedoch für *eigene, vermutete organisatorische Pflichtverletzungen des Geschäftsherrn*. Haftungs begründend ist dabei letztlich das sorgfaltswidrige Verhalten des Geschäftsherrn, und nicht jenes der Hilfsperson.²⁷

Es ist auch folgerichtig, dass das Bundesgericht den gesetzlich vorgesehenen Sorgfaltsbeweis mit der Qualifikation der Geschäftsherrenhaftung als Kausalhaftung seither auch nicht mehr als Exkulpationsbeweis, sondern vielmehr als einen „*bestimmt umschriebenen und nach objektiven Kriterien zu würdigenden Entlastungsbeweis*“ bezeichnete.²⁸

Man kann sich immerhin fragen, ob die grundlegende Qualifikation der Geschäftsherrenhaftung als Verschuldens- oder eben als Kausalhaftung nicht

²⁰ Honsell, § 13, N 4; Roberto, N 2; Petrin, 8 f.

²¹ BGE 34 II 266 E. 5 S. 270 f.

²² Soweit ersichtlich zunächst insbesondere Charmorel, 87; dann auch Nater, 5; Oftinger/Stark, § 20, N 5; Fellmann/Kottmann, § 5, N 733; Haftpflichtkommentar-Fischer/Iten, Art. 55 OR, N 2; Schwenger/Fountoulakis, N 23.25.

²³ BGE 97 II 221 E. 1 S. 223.

²⁴ BGE 90 II 86 E. 3c S. 90; vgl. BK OR-Brehm, Art. 55, N 77 ff.; BSK OR I-Kessler, Art. 55, N 21; Schwenger/Fountoulakis, N. 23.25; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12.

²⁵ BGE 110 II 456 E. 3a S. 462 ff.; vgl. KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12.

²⁶ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12; BSK OR I-Kessler, Art. 55, N 21.

²⁷ So auch Waespi, 17.

²⁸ BGE 72 II 255 E. III 1 S. 261.

eher von dogmatischer Bedeutung ist, zumal sich dieser grundsätzliche Unterschied aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung an den Befreiungsbeweis²⁹ in der Praxis ohnehin kaum auswirkt.³⁰

3. Haftungsvoraussetzungen und Befreiungsgründe

a) Positive Haftungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 55 Abs. 1 OR setzt die Haftung des Geschäftsherrn einen Schaden voraus, der durch eine Hilfsperson in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen *widerrechtlich verursacht* worden ist. Die schädigende Handlung der Hilfsperson muss indessen, wie erwähnt, *nicht auch verschuldet* sein.³¹

Nicht näher einzugehen ist im vorliegenden Zusammenhang auf die vom Geschädigten nach den üblichen Grundsätzen zu beweisenden *allgemeinen Haftungsvoraussetzungen* des Schadens, der adäquaten Kausalität und der Widerrechtlichkeit. Interessant ist indessen die besondere Haftungsvoraussetzung der Beziehung zwischen der Hilfsperson und dem Geschäftsherrn, welche zu einander in einem *Subordinationsverhältnis* stehen müssen.³² Entscheidend hierfür ist die tatsächliche Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Geschäftsherrn gegenüber der Hilfsperson, was bei Arbeitnehmern regelmässig der Fall ist.³³ Der Mitarbeiter einer Organisation ist dann *nicht* mehr als Hilfsperson im Sinne von Art. 55 OR zu betrachten, wenn er über eine *gewisse rechtliche und faktische Selbständigkeit* verfügt und die Weisungen des Vertragspartners nicht hierarchisch legitimierte Befehle, sondern allenfalls Wünsche im Vertragskontext sind.³⁴ Solche Personen sind als sog. *selbständige Hilfspersonen* zu qualifizieren, für deren Verhalten der Geschäftsherr nicht nach Art. 55

²⁹ Vgl. dazu BSK OR I-Kessler, Art. 55, N 15; Roberto, § 8 N 19; Fleischer, 149.

³⁰ So auch Oftinger/Stark, § 20, N 3; Schwenzer/Fountoulakis, N 23.13; Roberto, § 8, N 2; vgl. dazu auch die Hinweise bei Fleischer, 148.

³¹ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 9.

³² BGE 84 II 381 E. b. S. 382.

³³ BGE 46 II 122 E. 2 S. 126; BGE 41 II 494 E. 3 S. 498; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 7; Waespi, 20.

³⁴ Oftinger/Stark, § 20, N 68.

OR haftet.³⁵ Das trifft insbesondere auf die „selbständigen Unternehmer“ zu, welche „wohl für die Zweck eines Auftraggebers tätig werden, aber auf eigene Rechnung und namentlich nach eigenem Urteil“ handeln.³⁶

Vorausgesetzt ist immer eine *Delegation* von Aufgaben. Eine Einzelperson, die alleine handelt und dabei jemanden schädigt, kann somit nicht nach Art. 55 OR haften. Ebenso kann ein Organ des Geschäftsherrn im Sinne von Art. 55 ZGB nie Hilfsperson sein.³⁷

Die Hilfsperson muss den Schaden sodann in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben. Zwischen der auszuführenden Verrichtung und der schädigenden Handlung muss also ein *funktionaler Zusammenhang* bestehen.³⁸ Dieser ist auch gegeben, wenn die Hilfsperson Weisungen des Geschäftsherrn zuwiderhandelt oder Kompetenzen überschreitet.³⁹ Der Geschäftsherr haftet demgegenüber *nicht*, wenn der Schaden nicht in Ausübung, sondern *bloss bei Gelegenheit* dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen zugefügt wurde.

b) *Befreiungsgründe*

Hat ein Geschädigter diese positiven Haftungsvoraussetzungen bewiesen, tritt die Haftung des Geschäftsherrn ein, es sei denn, er könne sich auf einen Befreiungsgrund berufen. Dieser besteht entweder im Nachweis, dass er die *nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet* hat, um einen Schaden dieser Art zu vermeiden, oder dass der *Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre*.⁴⁰

Die gebotene Sorgfalt bezieht sich dabei typischerweise auf die drei *curae*, nämlich die Sorgfalt bei der Auswahl der Hilfsperson, der Instruktion und der Überwachung. Bedeutend ist sodann, wie bereits erwähnt, die *Pflicht zu ei-*

³⁵ BGE 24 II 128 E. 7 S. 135 f.; BGE 99 II 131 E. 2 S. 134; BK OR-Brehm, Art. 55, N 10; Petrin, 69 f.; Waespi, 21.

³⁶ Oftinger/Stark, § 20, N 67.

³⁷ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 7; BK OR-Brehm, Art. 55, N 13 ff.; Roberto, N 9.

³⁸ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 8; BK OR-Brehm, Art. 55, N 20; Oftinger/Stark, § 20, N 83; Nater, 34; Waespi, 23.

³⁹ BGE 95 II 93 E. II 4a S. 106; BK OR-Brehm, Art. 55, N 25 f.; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 8.

⁴⁰ Oftinger/Stark, § 20, N 106; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 10.

ner zweckmässigen Betriebsorganisation, d.h. ein Unternehmen muss die Kompetenzen klar abgrenzen⁴¹ und so organisiert sein, dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden können.⁴²

Die zweite Befreiungsmöglichkeit des Geschäftsherrn betrifft sodann die Berufung auf *rechtmässiges Alternativverhalten*. Dabei geht es letztlich um den Nachweis des mangelnden Kausalzusammenhangs.⁴³

Schliesslich kann sich der Geschäftsherr auch auf allgemeine Entlastungsgründe, wie *höhere Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden*, berufen.

IV. Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“?

Es stellt sich nun die Frage, ob sich das dargelegte Konzept der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR entsprechend dem Ansinnen der Initianten der Konzernverantwortungsinitiative auch auf „kontrollierte Unternehmen“, namentlich auf Konzernverhältnisse bzw. konkret auf das Verhältnis zwischen der Mutter- und den Tochtergesellschaften oder Zulieferunternehmen übertragen lässt.

1. Widerspruch zum Trennungsprinzip im Konzern

Die Frage, ob die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR bereits nach geltendem Recht eine Grundlage für die Konzernhaftung bilden kann, wurde in der Lehre schon diskutiert und ist umstritten.⁴⁴

a) Konzernrechtliches Trennungsprinzip

Das Aktienrecht macht an sich eine klare Trennung zwischen der Aktiengesellschaft als selbständiger juristischer Person und ihren Aktionären. Grundlage dieses Trennungsprinzips bildet Art. 620 OR, welcher besagt, dass die Aktionäre nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet sind und für die

⁴¹ BK OR-Brehm, Art. 55, N 77 f.; Oftinger/Stark, § 20, N 136 ff.

⁴² BGE 90 II 86 E. 3c S. 90; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12; BK OR-Brehm, Art. 55, N 77 ff.

⁴³ Oftinger/Stark, § 20, N 153; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 13; vgl. auch Bühler, Verantwortlichkeit, 62 ff. m.w.H.

⁴⁴ Dafür von Büren, 202 ff.; Geisser, Menschenrechtsverletzungen, N 568; Handschin, Konzern, 344 ff.; Werro, 428 ff.; Hofstetter, Konzernhaftung, 239 ff.; *dagegen* Böckli, Aktienrecht, § 11, N 472; Fleischer, 149 ff. und inzwischen offenbar auch Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 273.

Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften. Solange die Muttergesellschaft in einem Konzern also ausschliesslich ihre Rechte als Aktionärin der Tochtergesellschaft wahrnehmen würde, könnten ihr auch nur die Pflichten eines Aktionärs auferlegt werden.⁴⁵

Obwohl die Konzerngesellschaften mehr oder weniger straff unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden und von den Ökonomen als ein im Markt auftretendes Gesamtunternehmen mit eigenem Unternehmensinteresse aufgefasst werden⁴⁶, bleiben die einzelnen Konzerngesellschaften *rechtlich selbständige juristische Personen* mit jeweils *eigenem Sondervermögen* und *individuellem Gläubigerkreis*.⁴⁷ Die Gläubiger haben grundsätzlich nur Zugriff auf die Aktiven jener Einzelgesellschaft, der sie Kredit gewährt haben.

b) *Differenzierung zwischen vollständig eingeordneten Konzerngesellschaften und solchen mit aussenstehenden Minderheitsaktionären*

Aber auch der Aktionärskreis ist bei der Obergesellschaft und der Untergesellschaft im Konzern nicht immer einheitlich. Dies ist nur der Fall, wenn die Obergesellschaft sämtliche Aktien der Gruppengesellschaften hält und somit das Eigenkapital aller dieser Gesellschaften und die Rechte der Eigenkapitalinvestoren auf Dividende und Wertzuwachs in der Obergesellschaft gepoolt sind. Hat die Tochtergesellschaft jedoch neben der Obergesellschaft weitere Minderheitsaktionäre, so haben Ober- und Untergesellschaft auch je eigene Anteilseignerkreise. Entsprechend diesen unterschiedlichen Beteiligungsverhältnissen und Konstellationen sind die Konzernverhältnisse in der Praxis denn auch unterschiedlich ausgestaltet.

Verfügt eine Obergesellschaft im Sinne der im Rechnungslegungsrecht massgeblichen Definition nach Art. 963 OR lediglich über die *Möglichkeit der Kontrolle* über ihre Untergesellschaften, ohne sich jedoch über ihre Rolle als Aktionärin hinaus *organtypisch* in deren Geschäftsführung hineinzuwirken und dieser Weisungen zu erteilen, so liegt grundsätzlich auch kein Subordinationsverhältnis im Sinne der Haftungsvoraussetzung des Art. 55 OR vor, welche einen Gleichlauf von Haftung und Kontrolle rechtfertigen könnte.⁴⁸

Doch selbst wenn die Obergesellschaft ihren *einheitlichen Konzernleitungsanspruch* geltend macht und Konzernleitungsmassnahmen entfaltet, indem sie

⁴⁵ Bühler, Konzernhaftungsrisiken, 992.

⁴⁶ Böckli, Konzern, 211.

⁴⁷ Vgl. BGE 110 1b 127ff., 132 E.3 und BGE 137 III 550 ff., 552 E. 2.3.1; ZK-Jung, Art. 620, N 128; Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 272.

⁴⁸ In diesem Sinne auch Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 274.

sich über ihre Aktionärsrolle hinaus in die Angelegenheiten der Untergesellschaft einmischt, ist zu differenzieren: In der Konzernrealität bestehen nämlich vielfältige Konstellationen der Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Es ist zu unterscheiden zwischen *strafferen* und *lockeren* Formen des Konzerns, jeweils in unterschiedlichen Ausprägungen.⁴⁹

Konzern mit straffer Leitung durch die Spitze (Einordnungskonzept): die Obergesellschaft zieht durch einseitigen Akt die Oberleitung mit den wichtigsten Finanz- und Führungskompetenzen der von ihr beherrschten Untergesellschaft an sich und reduziert die Zuständigkeit des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Untergesellschaft auf die minimalen *residuellen* Aufgaben (vor allem Erhaltung der Eigenwirtschaftlichkeit und Einhaltung der Rechtsvorschriften). Eine derartige, straffe Konzernierung ist praktisch nur mit 100%-igen Gruppengesellschaften durchführbar und wird in der Lehre auch als *Einordnung* in den Konzern bezeichnet.

Konzern mit Untergesellschaften am langen Zügel (Aushandlungskonzept): in einem weniger straffen Konzerngefüge richtet die Obergesellschaft die Untergesellschaft, *an der im typischen Fall auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind* zu berücksichtigen sind, auf bestimmte Konzernziele aus, ohne jedoch die Kernkompetenzen der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der Gruppengesellschaften an sich zu ziehen. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft ist auf *Gleichbehandlung aller Aktionäre* und auf Berücksichtigung der Interessen auch bestimmter weiterer Stakeholder verpflichtet. Die Obergesellschaft muss mit ihm daher die Geschäfte nach dem umfassenden zivilrechtlichen Prinzip des „*dealing at arm's length*“ aushandeln.

Es geht nicht an, in all diesen Fällen generell eine Art Durchgriffskonstellation zu unterstellen und die Obergesellschaft gestützt auf Art. 55 OR haftungsmässig als Geschäftsherrin ihrer Tochtergesellschaft zu qualifizieren.⁵⁰ *Damit würde geradezu die heute anerkannte rechtliche Gestaltungsstruktur des Konzerns aufgehoben.*

Nur wenn das Schalten und Walten der Konzernleitung auf der Ebene der Untergesellschaft sehr weit geht, erscheint die Berufung der Obergesellschaft auf die Selbständigkeit der Untergesellschaft als rechtsmissbräuchlich und die Gerichte können sich nach der geltenden Praxis *ausnahmsweise* über den sonst universell geltenden Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der Ge-

⁴⁹ vgl. Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 17; Böckli, Aktienrecht, § 11 N. 236 ff.; differenziert von Büren, 52 ff.

⁵⁰ Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 277 spricht in diesem Zusammenhang von einer „konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung“.

sellschaft hinwegsetzen. Mit dem sogenannten „Durchgriff“ oder gestützt auf die Tatbestände der faktischen Organshaft, der Doppelorganshaft oder der Haftung aus Konzernvertrauen kann die Obergesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin gegenüber den Gläubigern bzw. Minderheitsaktionären der Untergesellschaft unter Umständen direkt haftbar gemacht werden.⁵¹

Umgekehrt gilt aber: eine bestehende *Beherrschung allein* genügt nicht für die Begründung eines Durchgriffs. Auch wenn die Gesellschaft eine Allein- oder Mehrheitsaktionärin hat, wird die Gesellschaft weiterhin grundsätzlich durch ihren eigenen Verwaltungsrat verwaltet, und dieser bleibt für die Geschäftsführung verantwortlich. Ein genereller Durchgriff in Konzernlagen, wie ihn die Konzernverantwortungsinitiative einführen wollte, verbietet sich also bereits aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Konzerne. So hat denn auch das Bundesgericht in einem *obiter dictum* aus dem Jahre 1992 festgehalten, dass die Zugehörigkeit zu einem Konzern für sich allein keine Anwendung der Geschäftsherrenhaftung begründen könne, weil eine solche Zugehörigkeit *kein Subordinationsverhältnis* impliziere.⁵²

2. Kein „Subordinationsverhältnis“ im Sinne von Art. 55 OR zwischen Ober- und Untergesellschaft im Konzern

a) *Eigenverantwortlichkeit der Leitungsorgane der Konzerngesellschaften*

Eine Subsumtion des Mutter-Tochterverhältnisses unter den Tatbestand der Geschäftsherrenhaftung würde voraussetzen, dass Tochtergesellschaften „Hilfspersonen“ im Sinne von Art. 55 OR sind. Dazu müsste zwischen Ober- und Untergesellschaft ein *Subordinationsverhältnis* vorliegen, gestützt auf welches die Untergesellschaft nach den Weisungen der Obergesellschaft als ihrer Geschäftsherrin handelt.

Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, das erforderliche Unterordnungsverhältnis könne vorliegen, wenn und soweit unter den konkreten Umständen eine einheitliche Leitung durch die Obergesellschaft ausgeübt werde.⁵³ Das Subordinationsverhältnis könne sich aus der tatsächlichen Kontrolle eines Hauptaktionärs ergeben.⁵⁴

⁵¹ Bühler, Konzernhaftungsrisiken, 993.

⁵² SJ 1992, 627; vgl. auch Stoffel/Sautier, 516.

⁵³ Albers-Schönberg, 177 ff.; von Büren, 203; von der Crone, § 15, N 118; Hofstetter, Konzernhaftung, 241.

⁵⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 60 N 43; Handschin, Konzern, 348 f.

Diese Auffassung ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht stichhaltig: die Analyse der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR hat ergeben, dass ein Unterordnungsverhältnis nicht mehr vorliegt, wenn die Hilfsperson über eine gewisse *rechtliche und faktische Selbständigkeit* verfügt und grundsätzlich „*auf eigene Rechnung und nach eigenem Urteil*“ handelt.⁵⁵ Genau dies trifft in der Konzernkonstellation zu: Die Untergesellschaft ist nicht eine Marionette oder ein willenloses Werkzeug der Obergesellschaft, sondern handelt durch ihre Organe grundsätzlich eigenständig und *eigenverantwortlich*. Bei einer Untergesellschaft mit aussenstehenden Minderheitsaktionären ist das Aktionärsinteresse nicht unbedingt deckungsgleich mit dem Konzerninteresse. In dieser Situation findet keine Kompetenzattraktion der Obergesellschaft gegenüber den Oberleitungs- und Oberaufsichtsfunktionen des obersten Leitungsorgans der Untergesellschaft statt. Dieses hat vielmehr das Interesse aller Aktionäre, also auch dasjenige der Minderheitsaktionäre zu wahren und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Art. 716a Abs. 1 OR, der dem Verwaltungsrat bestimmte unentziehbare Kernkompetenzen zuteilt, beansprucht in dieser Situation grundsätzlich volle Anwendung. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft darf nicht blindlings den Weisungen der Muttergesellschaft folgen, sondern muss sein Mandat so ausüben, dass er nicht nur das übergeordnete Konzerninteresse berücksichtigt, sondern jederzeit auch den aussenstehenden Aktionären darüber Rechenschaft ablegen kann, wie er die Interessen der Untergesellschaft als selbständig organisierte Geschäftseinheit wahrt. In dieser Situation muss das Handeln der Organe der Untergesellschaft einem Drittvergleich (sog. „*dealing at arm's length*“) standhalten.⁵⁶

Aber auch im Falle einer 100%-igen Konzernierung der Tochtergesellschaft findet keine vollständige Usurpation der Kompetenzen des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft durch die einheitliche Konzernleitung statt. Auch dem Verwaltungsrat der konzernrechtlich eingeordneten Untergesellschaft verbleiben gewisse *unentziehbare residuelle Kompetenzen*. Er hat eigenverantwortlich sicherzustellen, dass die Tochtergesellschaft in die Lage versetzt bleibt, den Gläubigerschutz durch die Ausrichtung auf Erhaltung der Solva-

⁵⁵ Oftinger/Stark, § 20, N 68.

⁵⁶ Böckli, Konzern, 226.

bilität und einer minimalen Eigenkapitalrendite zu gewährleisten.⁵⁷ So sehr die Aufgaben – verglichen mit der viel weiter gehenden Gestaltungsverantwortung eines „eigenständigen“ Verwaltungsrates in dieser Konstellation als reduziert erscheinen, so bleibt doch ein nicht zu unterschätzender eigener Handlungsbereich.⁵⁸

b) *Die Konzernweisung ist keine Anweisung im Sinne von Art. 55 OR*

Sowohl in einem Konzernverhältnis mit ausstehenden Minderheitsaktionären als auch in einer vollständigen Einordnungssituation sind *Konzernweisungen* gegenüber den Gruppengesellschaften nicht als vertragsrechtlich abgestützte Anweisungen wie im Verhältnis des Auftraggebers zum Beauftragten oder des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer oder gar als „Befehl“ zu verstehen. Die Konzernweisung ist kein einzelvertraglich zu verstehender Willensakt, sondern es handelt sich vielmehr um eine *Aufforderung der Konzernleitung an die Leitungsorgane der Untergesellschaft zur eigenständigen und eigenverantwortlichen Umsetzung eines näher bestimmten Konzernziels in konkrete Geschäftsführungsmassnahmen auf Stufe Untergesellschaft*.⁵⁹ Folglich kann die Untergesellschaft im Konzernverhältnis allenfalls eine „selbständige Hilfsperson“ der Muttergesellschaft, in der Regel aber nicht eine solche im Sinne von Art. 55 OR sein.

Es wäre verfehlt, die Rechtsbeziehung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft mit den Begriffen des Vertragsrechts zu erfassen und gar ein Auftragsverhältnis konstruieren zu wollen – in dem Sinne, dass die Tochtergesellschaft als Hilfsperson der Muttergesellschaft am Wirtschaftsverkehr im Auftrag der Konzernspitze teilnehmen würde. Solche Gedanken werden zwar immer wieder geäußert; sie treffen jedoch auf das Konzept einer Konzernierung nicht zu.

Was aber natürlich auch in einer Konzernkonstellation geben kann, ist eine *vertragliche Vereinbarung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft* ausserhalb

⁵⁷ Vgl. BGE 140 III 533 E. 4.1 und 4.2 S. 541 ff. i.S. *Swisscargo*. Am Grundsatz, dass die einzelgesellschaftliche Betrachtung insbesondere in Bezug auf die Kapitalschutzvorschriften massgeblich ist, hat das höchste Gericht letztlich auch in seinem jüngsten Urteil, Urteil des Bundesgerichtes 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4, i.S. *Swissair* festgehalten, indem es bestätigt hat, dass vom Grundsatz der Marktkonformität von Konzerndarlehen nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände abgewichen werden kann, wenn dies letztlich auch durch das mittelbare Interesse der das Darlehen gewährenden Konzerngesellschaft am Fortbestand des Konzerns gerechtfertigt wird.

⁵⁸ ZK-Bühler, Art. 716a, N 155; Böckli, Aktienrecht, § 11, N 326 f.

⁵⁹ Böckli, Aktienrecht, § 11, N 264 ff.

der eigentlichen Konzernweisung. In diesem Sinne dürften denn auch die Erwägungen des Bundesgerichts im vorerwähnten Entscheid aus dem Jahre 1992 zu verstehen sein, wonach das Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften für sich nicht alleine ausreiche, um eine Unterordnung im Sinne von Art. 55 OR zu begründen. Die Bestimmung könne indessen anwendbar sein, wenn eine Gesellschaft *vertraglich* gehalten sei, bestimmte Anordnungen der anderen zu befolgen. Selbst wenn die Tochtergesellschaft Teil eines Konzerns sei, werde eine selbständige Gesellschaft nach wie vor durch den eigenen Verwaltungsrat geführt.⁶⁰

3. Eigenständigkeit und -verantwortlichkeit der Zulieferunternehmen

a) Zulieferer sind keine Hilfspersonen im Sinne von Art. 55 OR

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Unterakkordant eines Generalunternehmers keine Hilfsperson des letzteren.⁶¹ Ausserdem sind „selbständige Hilfspersonen, welche wohl für die Zwecke eines Auftraggebers tätig werden, aber auf eigene Rechnung und namentlich nach eigenem Urteil“ handeln, vom Anwendungsbereich des Art. 55 OR nicht erfasst.⁶² Entsprechend lässt sich mangels Weisungunterworfenheit des Zulieferers auch eine Geschäftsherrenhaftung des Auftraggebers in der Lieferkette grundsätzlich nicht begründen.⁶³ Selbständige Unternehmer fallen prinzipiell nicht unter den Begriff der „Hilfspersonen“ im Sinne der Haftungsvoraussetzung des Art. 55 OR. Diese mögen zwar in eine mehr oder weniger straffe Wertschöpfungskette des Konzerns eingebunden sein und der in der Schweiz ansässige Konzern mag – nach der einschlägigen Begriffsdefinition der Initiative – vielleicht auch „faktisch“ oder „wirtschaftlich“ eine gewisse „Macht“ auszuüben, doch fehlt ihnen in aller Regel die notwendige Eingliederung in den Herrschafts- und Organisationsbereich des Auftraggebers. Sowohl in- als auch ausländische Zulieferer sind grundsätzlich „Dritte“, unabhängige Marktteilnehmer⁶⁴, die eigenverantwortlich handeln. Deren Verhalten kann somit richtigerweise auch nicht der Schweizer Konzerngesellschaft zugerechnet werden und deren Risiken sind daher auch nicht mehr im Sinne einer verschuldensunabhängigen Deliktshaftung des Geschäftsherrn direkt von dieser zu tragen.

⁶⁰ SJ 1992, 627. In diesem Sinne auch Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 150; Caflisch, 263; Kaufmann, Personengesellschaften, 84; Böckli, Aktienrecht, § 11, N 472.

⁶¹ BGE 33 II 150 E. 8 S. 157 ff.

⁶² Oftinger/Stark, § 20 N 67; Petrin, 69.

⁶³ So auch Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 151.

⁶⁴ Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 156.

Es gilt der haftpflichtrechtliche Grundsatz, dass jede Person nur für ihr eigenes Verhalten und ihre eigene Sphäre verantwortlich ist, nicht aber für das Verhalten und die Sphäre Dritter.⁶⁵

b) *Entlastungsbeweis in Bezug auf Zulieferer kaum möglich*

Der beklagten Schweizer Konzerngesellschaft wäre zudem eine Entlastung, wie sie sowohl nach Art. 55 OR als auch nach der Initiative vorgesehen war, stark erschwert oder faktisch unmöglich, weil ihr der Entlastungsbeweis, dass auch weit entfernte Zulieferer ihrer Untergesellschaften alle relevanten Standards eingehalten haben, kaum gelingen würde. Es fehlt mangels Weisungsbefugnis und Konzernierung schlicht an den Möglichkeiten, bei Drittvertragsparteien an die nötigen Informationen zu gelangen. Der Entlastungsbeweis müsste in der Praxis regelmässig scheitern und die Konzerngesellschaft würde – unabhängig davon, ob ihre Organe die Sorgfaltspflichten gewahrt haben oder nicht – grundsätzlich für Drittfehler in die Haftung genommen.⁶⁶

Auch die zweite Entlastungsmöglichkeit, welche die Initiative vorsah – der Beweis nämlich, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre – wäre kaum zu erbringen gewesen. Es geht hier um den *mangelnden Kausalzusammenhang* im Bereich der vorgeworfenen Unterlassungen, den im ausservertraglichen Haftpflichtrecht anerkannten Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens. An den Einwand der mangelnden Kausalität werden praxisgemäss sehr hohe Beweisanforderungen gestellt; es gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Das blosses Vorbringen, dass der Schaden bei pflichtgemässigem Verhalten ebenfalls hätte eintreten *können*, vermag den Schädiger dabei nicht zu entlasten. Die rechtliche Kraft der zweiten Entlastungsmöglichkeit – der von der Schweizer Gesellschaft zu erbringende Beweis, der Schaden im Ausland wäre auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten – ist daher in der Praxis als sehr gering einzuschätzen.⁶⁷

V. Schlussfolgerungen

Die durch die Konzernverantwortungsinitiative vorgeschlagene Regelung einer „Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis“ lehnte sich an die Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR an. Das Institut der Geschäftsherrenhaftung lässt sich jedoch nicht – oder zumindest nicht generell – auf

⁶⁵ Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 165 m.w.N.

⁶⁶ Bohrer, 329; Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 58.

⁶⁷ Böckli/Bühler, Konzernverantwortung, 57 ff.

Konzernverhältnisse übertragen. Das widerspräche dem *konzernrechtlichen Trennungsprinzip* und würde geradezu einer *Aufhebung der heute anerkannten rechtlichen Gestaltungsstruktur des Konzerns* gleichkommen. Ausserdem fehlt dem Ansatz die erforderliche Differenzierung nach den *unterschiedlichen Ausprägungen von Konzernkonstellationen*, die in der Praxis vorkommen, mit einer mehr oder weniger starken Kompetenzattraktion durch die Konzernobergesellschaft.

Ein Konzernhaftungsstatbestand, der mit der Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung an sich eine Weisungsgebundenheit einer *Hilfsperson* gegenüber dem Geschäftsherrn voraussetzen würde, passt schliesslich auch nicht in das etablierte *Konzept der Governance eines Konzerns*. Denn dieses basiert auf der *Eigenverantwortung* der Oberleitungs- und Oberaufsichtsorgane der Gruppengesellschaften und belässt ihnen – auch wenn sie in einen grösseren Verbund eingeordnet und einer einheitlichen Konzernleitung unterstellt sind – immer bestimmte *unentziehbare residuelle Kernkompetenzen*.

Literaturverzeichnis

- Albers-Schönberg Max, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, in: Brehm Roland, 4. A., Bern 2013 (zit. BK OR-Brehm, Art. XX, N YY).
- Bieder Alfred, Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem Schweizerischen Obligationenrechte, ZSR 1886, 327 ff.
- Böckli Peter, OR-Rechnungslegung, Zürich 2019 (zit. Böckli, Rechnungslegung).
- Böckli Peter, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Sethe Rolf/Isler Peter (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 203 ff. (zit. Böckli, Konzern).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- Böckli Peter/Bühler Christoph B., Zur „Konzernverantwortungsinitiative“, Rechtliche Überlegungen zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“, Zürich 2018 (zit. Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative).
- Böckli Peter/Bühler Christoph B., Konzernverantwortung ohne Grenzen, in: Kunz Peter/Arter Oliver/Jörg Florian (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 145 ff. (zit. Böckli/Bühler, Konzernverantwortung).
- Bohrer Andreas, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, Überlegungen zur „Konzern-Initiative“, GesKR 2017, 323 ff.

- Brand Patric A., Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Up-stream Darlehen, Diss. Bern 2014, Zürich 2015.
- Bühler Christoph B., Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung, in: Grolimund Pascal et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton Karl Schnyder, Zürich 2018, 989 ff. (zit. Bühler, Konzernhaftungsrisiken).
- Bühler Christoph B., Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016 (zit. Bühler, Verantwortlichkeit).
- Burckhardt C. Chr., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1903, Basel 1903, auch publiziert in: ZSR 1903, 469 ff.
- Cafilisch Silvio, Die Bedeutung und Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Zürich 1961.
- Charmorel Jacques, La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle, Diss. Lausanne 1925.
- Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012.
- Fischer Joel, Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, GesKR Online 2021, 1 ff.
- Fleischer Holger, Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen und Lieferketten: Eine rechtsvergleichende Skizze im Lichte der Konzernverantwortungsinitiative, in: Müller Matthias P. A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 145 ff. (zit. Fleischer, Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen).
- Fleischer Holger, Gutachterliche Stellungnahme zur rechtsvergleichenden Einordnung des Regelungsvorschlags der Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“ (Konzernverantwortungsinitiative) vom 17. Oktober 2019 (zit. Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme).
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996.
- Geisser Gregor, Die Konzernverantwortungsinitiative, AJP 2017, 943 ff. (zit. Geisser, Konzernverantwortungsinitiative).
- Geisser Gregor, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für „Menschenrechtsverletzungen“ bei internationalen Sachverhalten, Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis zu Völkerrecht und internationalem Privatrecht, Zürich 2013 (zit. Geisser, Menschenrechtsverletzungen).
- Gysler Emil, Die Haftung für fremde culpa, Diss. Zürich 1892.
- Haftpflichtkommentar, in: Fischer Willi/Lutherbacher Thierry (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Haftpflichtkommentar-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Handschin Lukas, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2017, 998 ff. (zit. Handschin, Konzernverantwortungsinitiative).

- Handschin Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 2004 (zit. Handschin, Konzern).
- Hofstetter Karl, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 2019, 271 ff. (zit. Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative).
- Hofstetter Karl, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995 (zit. Hofstetter, Konzernhaftung).
- Honsell Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2000.
- Kaufmann Christine, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, 45 ff. (zit. Kaufmann, Konzernverantwortungsinitiative).
- Kaufmann Markus, Personengesellschaft als Konzernspitze, Bern 1988 (zit. Kaufmann, Personengesellschaft).
- Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-529, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Basel 2008 (zit. KUKO OR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Monsch Martin/von der Crone Hans Caspar, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, SZW 2013, 445 ff.
- Nater Hans, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Diss. Bern 1971.
- Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. A., Zürich 1987.
- Petrin Martin, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Diss. St. Gallen, Zürich 2004.
- Roberto Vito, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018.
- Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020.
- Stoffel Walter A./Sautier Camille, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung im Konzern, SZW 2019, 509 ff.
- veb.ch Praxiskommentar, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, in: Pfaff Dieter et al. (Hrsg.), 2. A., Zürich 2019 (zit. veb.ch Praxiskommentar-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- von Büren Roland, Der Konzern, 2. A., Bern 2005.
- von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, Bern 2014.
- Waespi Oliver, Organisationshaftung, Diss. Bern 2005.
- Werro Franz, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, sui-generis 2018.
- Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), 3. A., Zürich 2018.
- Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. ZK OR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Konzern in der Krise: Umstrukturierungen als (heikles) Sanierungsinstrument

Alexander Vogel

Inhalt

I.	Einleitung	94
II.	Aufgaben der Organe eines Unternehmens in finanziellen Schwierigkeiten	100
III.	Rechtliches Korsett und Haftungsrisiken	106
1.	Rechtliche Rahmenbedingungen	106
a)	Durchgriff	107
b)	Anscheins-/Rechtsscheinhaftung	108
c)	Verantwortlichkeitsklage	110
2.	Vorbeugende Massnahmen	119
IV.	Umstrukturierung als Sanierungsmassnahme	119
1.	Umstrukturierungsvarianten	120
2.	Risiken	121
a)	Haftungsrisiken	121
b)	Anfechtungsrisiken	123
c)	Reputationsrisiken	127
V.	Anschauungsbeispiele aus der Rechtsprechung	128
1.	Gewährung von Sanierungsdarlehen an eine angeschlagene Tochtergesellschaft	128
a)	Sachverhalt BGer 4A_74/2012 (Meier Jäggi Gruppe)	128
b)	Würdigung des Bundesgerichts	129
c)	Sachverhalt BGer 4A_97/2013 (Creaplast)	132
d)	Würdigung des Bundesgerichts	132
e)	Sachverhalt OGer Zürich vom 25.3.2013 (SAirGroup/Sabena)	134
f)	Würdigung des Obergerichts	134
2.	Umstrukturierung zur Stärkung einer angeschlagenen Tochtergesellschaft	135
a)	Sachverhalt BGer 4A_410/2011 (SAirGroup/Roscor)	135
b)	Würdigung des Bundesgerichts	137
c)	Strafverfahren gegen Organe der SAirGroup	137
d)	Sachverhalt	137
e)	Würdigung des Bezirksgerichts	138
3.	Expansion durch Akquisition sanierungsbedürftiger Gesellschaften	138
a)	Sachverhalt HG120149-O (SAirGroup/Air Littoral)	138
b)	Begründung des Handelsgerichts	139

4.	Sanierungsverantwortung der Muttergesellschaft	139
a)	Sachverhalt BGer 4A_306/2009 (Systor)	139
b)	Würdigung des Bundesgerichts	140
5.	Nichtkündigung von Cash-Pool Guthaben trotz Krise der Gruppe	142
a)	Sachverhalt BGer 4A_603/2014 (SAirGroup/Flightlease)	142
b)	Würdigung des Bundesgerichts	143
6.	Gläubigerentschädigung durch Zahlung von fälligen Schulden trotz Krise?	145
a)	Sachverhalt BGer 4A_425/2015/BGE 142 III 23 (SAirGroup)	145
b)	Würdigung des Bundesgerichts	146

Literaturverzeichnis	147
--------------------------------------	-----

I. Einleitung¹

Krisen stellen die Unternehmen wirtschaftlich vor grosse Herausforderungen. Neben den betrieblichen und finanziellen Aspekten sind zusätzlich auch wichtige rechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten: aus rechtlicher Sicht gilt es, durch ein System zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger erlassener Gesetzesartikel zu navigieren und gleichzeitig einerseits das Unternehmen möglichst weitgehend zu retten sowie andererseits die Gefahr anfechtbarer Sanierungsmassnahmen wie auch das Haftungsrisiko für die handelnden Organe zu minimieren. Die Gründe für eine Krise können mannigfaltig sein und ihren Ursprung im Konzern selbst, im engeren oder weiteren Umfeld der Gruppe oder sehr oft in beidem haben: Letzteres wird im Jahr 2020 besonders verdeutlicht: die je nach Industrie bereits ohnehin schwierige Wirtschaftsentwicklung – namentlich etwa in der Maschinenindustrie – erlebte einen abrupten Abbruch, als sich das Coronavirus innert wenigen Wochen über die ganze Welt ausbreitete und die bisherige Planung und Budgets vieler Unternehmen auf den Kopf stellte. In Zahlen ausgedrückt: das Schweizer BIP fiel im ersten Quartal 2020 um -2.5% und im zweiten Quartal um -8.2%, wobei dieser Rückgang im internationalen Vergleich gemäss SECO einen „glimpflich“ Verlauf dar-

¹ Dieser Beitrag resultiert aus dem Vortrag an der Tagung zum Konzernrecht „Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts“ des Europa Instituts an der Universität Zürich vom 8. September 2020. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten und die Anmerkungen bewusst knapp gehalten. Der Autor dankt an dieser Stelle MLaw Saskia Markiewicz und MLaw Sandro Bojic für ihre Unterstützung bei den Vorarbeiten und die kritische Durchsicht.

stellte.² Das BIP der Vereinigten Staaten von Amerika fiel im ersten Quartal 2020 um -5.0%, im zweiten Quartals um dramatische -31.7%.³ Es versteht sich von selbst, dass solche plötzliche Veränderungen im Angebots- und Nachfrageverhalten, der internationalen Lieferketten sowie der Einsatzmöglichkeiten der Mitarbeiter sehr viele Unternehmen in verschiedensten Aspekten vor grosse Herausforderungen stellten und noch immer stellen.

Während sich Unternehmen sehr oft als Gruppen von Einzelgesellschaften organisieren und einzelne Geschäftsbereiche, geografische Teilorganisationen oder auch Unternehmensfunktionen in einzelne Tochtergesellschaften ausgliedern, gehen die meisten Rechtsordnungen vom idealisierten Sonderfall der „unabhängigen“ Gesellschaft aus, bei welcher eine *Mehrzahl* von Aktionären *eine* Gesellschaft halten. Die Realität ist bekanntlich eine andere: Bei einer Mehrheit der Gesellschaften in der Schweiz handelt es sich um Gesellschaften, die zu einer Unternehmensgruppe bzw. einem Konzern gehören und entsprechend ihre Organisation, ihre Führungssatzung und ihre Leitungssysteme (Aufbau- und Ablauforganisation) wie auch ihre Finanzierungs- und Austauschbeziehungen an der Gesamtunternehmung, d.h. der Gesamtgruppe, ausrichten (müssen). Diese (notwendige und betriebswirtschaftlich sinnvolle) Ausrichtung auf die Gesamtgruppe steht damit im permanenten Spannungsverhältnis zur Grundkonzeption des Gesetzgebers, welcher zwar im Gesellschaftsrecht die unabhängige Gesellschaft offensichtlich als Leitbild vor Augen hatte (und erstaunlicherweise immer noch hat), die faktisch bestehende Konzernrealität jedoch an verschiedenen Stellen in der Gesetzgebung ausdrück-

² Medienmitteilung des SECO vom 10. September 2020, abrufbar unter <<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news.msg-id-80349.html>>.

³ Bureau of Economic Analysis, abrufbar unter <<https://www.bea.gov/data/gdp/gross-domestic-product>>.

lich anerkennt und damit auch legitimiert, ohne jedoch ein positiv rechtliches Normengefüge für dieses „Zusammenleben in der Gruppe“ zur Verfügung zu stellen,⁴ anders als einzelne ausländische Rechtsordnungen.⁵

Trotz der rechtlichen Auftrennung in einzelne juristische Einheiten gehen die meisten Gesetzgeber⁶ sowie auch die nationalen und internationalen Rech-

⁴ Für eine Auflistung konzernrechtlich relevanter Bestimmungen vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 24 N 36 ff.; vgl. zudem die Ausführungen in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399, 463 ff. zur Problematik der Überschuldung von Konzerngesellschaften; vgl. auch die Neuerungen zur vereinfachten Beschlussfassung in der GV (Art. 701 Abs. 3 des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220), zur Rückerstattungsklage (Art. 678 Abs. 4 OR) oder zu unzulässigen Vergütungen im Konzern (Art. 735d OR). Der Vorschlag des Bundesrats zur Ausdehnung der Aktivlegitimation für die Rückerstattungsklage auf Gläubiger in Konzernstrukturen wurde jedoch im Parlament abgelehnt: AB 2018 N 1091.

⁵ So etwa das deutsche Recht, das in den §§ 291–327f detaillierte Vorschriften zu in Konzernen organisierten Gesellschaften vorsieht und zwischen faktischem Konzern, qualifiziertem Konzern bzw. Vertragskonzern und Eingliederung unterscheidet. Die Rechtsprechung hatte darüber hinaus noch den Tatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns entwickelt, welcher vorliegt, wenn die Eingriffe des herrschenden Unternehmens in die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft so zahl- bzw. umfangreich sind, dass ein Einzelausgleich einzelner Massnahmen nicht mehr möglich sei und damit ein Ausfall in der Insolvenz nicht mehr konkreten Handlungen der Muttergesellschaft kausal zugeordnet werden könne. Die Rechtsfigur des „qualifiziert faktischen Konzerns“ hat mittlerweile jedoch an Bedeutung verloren, während die Haftung der Gesellschafter bzw. der Aktionäre der Obergesellschaft für existenzvernichtende Eingriffe in den Vordergrund gerückt ist (vgl. etwa das Urteil Trihotel, BGHZ 173, 246). Neben Deutschland kennen nur wenige Staaten umfassende, systematische Normen, welche Konzerne regeln, so etwa Portugal, Ungarn und Brasilien, teilweise finden sich jedoch auf den Minderheitenschutz bezogene konzernspezifische Normen, etwa in Belgien, den Niederlanden oder in Frankreich.

⁶ Vgl. Art. 963 Abs. 1 OR: Die Muttergesellschaft eines Konzerns muss eine konsolidierte Konzernrechnung erstellen, d.h. Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang, wobei für die Bestimmung der Konsolidierungspflicht und des Konsolidierungskreises das Kontrollprinzip massgebend ist. Kontrolle nach Art. 963 Abs. 2 OR liegt vor, wenn eine juristische Person ein anderes Unternehmen kontrolliert, entweder durch (i) direktes oder indirektes Verfügen über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ, (ii) direkte oder indirekte Möglichkeit, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen, oder (iii) die Ausübung eines beherrschenden Einflusses aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente.

nungslegungsstandards⁷ von einer erheblichen wirtschaftlichen Verflechtung innerhalb eines Konzerns und damit der Notwendigkeit einer konsolidierten Betrachtungsweise – d.h. einer Betrachtung unter Ausklammerung der konzerninternen Beziehungen, namentlich internen Finanzierungsverhältnisse und Leistungsaustausche – aus, weil sie die Aussagefähigkeit der Einzelabschlüsse der einzelnen Konzerngesellschaften wegen der potentiell bestehenden Leistungsverflechtungen als beschränkt erachten, und schreiben deshalb – unter Abstraktion bzw. Missachtung der tatsächlichen rechtlichen Verhältnisse, d.h. der rechtlichen Separatheit der verschiedenen Gruppengesellschaften – eine Einheitsbehandlung des Konzerns, d.h. eine konsolidierte Darstellung von Bilanz, Erfolgs- und Geldflussrechnung sowie des Eigenkapitalausweises vor. Der Konzernabschluss soll daher den Berichtsadressaten ein objektives Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns als Ganzes liefern, mit bewusster Ausblendung der rechtlich tatsächlich bestehenden Struktur. Zur Erstellung der konsolidierten Rechnungslegung, d.h. des Konzernabschlusses, werden deshalb die aus Sicht der Einzelgesellschaften rechtlich durchaus relevanten, häufig vielfältigen Leistungsverflechtungen zwischen den Konzerngesellschaften eliminiert. Dadurch wird der Konzern in der Rechnungslegung vereinfachend (und fiktiv) so dargestellt, als wenn er ein rechtlich einheitliches Unternehmen wäre. Mit dieser Darstellung wird der Vermutung Rechnung getragen, dass bei einer einheitlichen Leitung oder be-

⁷ IFRS 10 Konzernabschlüsse enthält die Vorschriften für die Erstellung und Darstellung von Konzernabschlüssen und erfordert die Konsolidierung von Unternehmen, die durch die Berichtseinheit beherrscht werden. Beherrschung ergibt sich aus der Möglichkeit der Entscheidungsgewalt eines Unternehmens aufgrund einer Rechtsposition auf die relevanten Aktivitäten einer untergeordneten Einheit, in die investiert wird, dem Anspruch auf Ergebnisbestandteile (Ergebnisvariabilität) und der Gewinn-/Verlustbeteiligungsmöglichkeit (Verbindung von Entscheidungsgewalt und Ergebnisanspruch). Analog enthält Swiss GAAP FER 30 „Konzernrechnung“ die entsprechenden Erfordernisse für den Konzernabschluss unter Swiss GAAP FER.

reits einem beherrschenden Einfluss die Konzerngesellschaften zwar rechtlich selbständig, aber wirtschaftlich als Folge der Konzernzugehörigkeit faktisch unselbständig sind.⁸

Während also in der operativen Phase die gesamtheitliche und insbesondere integrierte Führung der Gruppe vom Gesetzgeber aus Realitätssinn geduldet wird – und im Rechnungslegungsrecht zwingend sogar so abzubilden ist –, erfolgt im Fall einer Insolvenz – sofern keine „Rettung“ durch ein Nachlassverfahren möglich – ist, eine getrennte Liquidation der einzelnen Gruppen-gesellschaften, d.h. die bis zum Zeitpunkt der Insolvenz gelebte (und oft auch notwendige bzw. durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit Dritten vertraglich vorgesehene⁹) Solidarität fällt weg und wird – mangels eines

⁸ Wie erwähnt, erfolgte mit dem Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts am 1. Januar 2013 in der Schweiz der Wechsel vom Leitungs- zum Kontrollprinzip (Ablösung von Art. 663e OR durch Art. 963 Abs. 1 OR). Für die Konsolidierungspflicht gemäss Art. 963 OR kommt es nicht mehr darauf an, ob eine tatsächliche einheitliche Leitung erfolgt, vielmehr ist bereits die Möglichkeit der Kontrolle ausreichend. Der Wechsel der Konzerndefinition für das Rechnungslegungsrecht gilt jedoch nicht für das gesamte Gesellschaftsrecht, vielmehr wird dort mehrheitlich nach wie vor eine tatsächliche Einflussnahme verlangt, wobei richtigerweise der Konzernbegriff im jeweiligen Regelungszusammenhang in Bezug auf die zu lösende Rechtsfrage differenziert auszulegen ist, vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 24 N 47; Kunz, Konzernrecht, § 2 N 21 ff.

⁹ Vgl. etwa die in der Praxis verbreiteten Regelungen in Kreditverträgen, welche dem Kreditgeber im Falle einer Insolvenz einer Tochtergesellschaft das Recht geben, gegenüber der Kreditnehmerin – oft die Konzernmuttergesellschaft oder eine gruppeninterne Finanzierungsgesellschaft – einen „Default“ zu erklären und damit sämtliche Kredite sofort fällig zu stellen. Darüber hinaus enthalten Finanzierungs-/Darlehensverträge oft Regelungen zu bestimmten sog. „Financial Covenants“, welche die Einhaltung bestimmter Finanzkennzahlen (u.a. Netto-)Verschuldungsgrad, Zins- und Cash-Flow-Deckung, EBIT/EBITDA-Zahlen oder -Margen usw.) vorschreiben und/oder Rechtsfolgen daran knüpfen (etwa Zinshöhe). Dies gilt heute unabhängig davon, ob die Finanzierungsvereinbarungen auf (internal ausgerichteten) Standarddokumenten der Loan Market Association (LMA) oder auf (mehr nationalen orientierten) bankinternen Vorlagen basieren. Andere Klauseln sind weniger eindeutig und geben dem Darlehensgeber einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum, speziell in einer Krisensituation, bspw. wenn der Darlehensvertrag dem Darlehensgeber das Recht einräumt, die sofortige Rückzahlung im Falle von „erhebliche finanzielle Schwierigkeiten“ zu verlangen.

Konzernkonkursverfahrens¹⁰ – durch eine sehr stark individualisierte, d.h. auf die einzelne Gruppengesellschaft beschränkte Sichtweise ersetzt (atomistic approach statt Konsolidierung). Diese Veränderung des Fokus von der Gesamtorganisation auf die Einzelelemente bewirkt damit eine massive „Realitätsverschiebung“.

Das Fehlen eines systematisch kodifizierten Konzernrechts in der Schweiz erschwert denn auch die Arbeit sowohl des Verwaltungsrates einer Konzernspitzengesellschaft wie auch desjenigen einer anderen, „untergeordneten“ Konzerngesellschaft in dem Sinne, dass Entscheidungen in Sanierungsfällen wegen der gebotenen (und teilweise auch durch die Rechtsprechung anerkannten) Interessenkonvergenz¹¹ sehr oft nicht *vorab* messerscharf auf ihre gesetzliche Vereinbarkeit geprüft werden können und so immer ein relativ grosser Ermessensspielraum zu Gunsten – aber auch zu Lasten – der beurteilenden – und später allenfalls im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage beurteilten – Organe bleibt. Die Rechtsprechung befasst sich zwar höchsttrichterlich immer wieder mit Fällen von Konzerngesellschaften in Krisensituationen und im Nachgang zum Konkurs – eine Zusammenstellung wichtiger Gerichtsentscheide der letzten Jahre dazu finden sich unter Abschnitt [V](#) – oft sind jedoch die daran ablesbaren Leitlinien bruchstückhaft und zum Teil widersprüchlich.

Vorliegend soll überblicksmässig zunächst aufgezeigt werden, welche Aufgaben den Konzernorganen – namentlich der Konzernspitze – im Falle einer Krisenlage aus einer praktischen Sicht obliegen und in einem zweiten Teil, einerseits wie Umstrukturierungen zur Sanierung von angeschlagenen Un-

¹⁰ Die Einführung eines Konzernkonkursverfahrens wurde von der zuständigen Expertenkommission zwar geprüft, aber abgelehnt, und zwar sowohl in materieller Hinsicht durch Vereinigung der Konkursmassen, d.h. sowohl der Aktiv- und Passivmassen (sog. „substantive consolidation“), wie auch in rein verfahrensmässiger Hinsicht (sog. „administrative consolidation“). Auch hinsichtlich der Subordination konzerninterner Forderungen verzichtete der Vorentwurf auf eine Regelung, Revision des Schuldbetriebs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Juni 2008, 14 f. Einzig im Bereich der Anfechtungsklagen wurde eine konzernspezifische Regelung der Beweislast zugunsten der Anfechtungskläger („Konzernpauliana“) eingeführt, in dem die begünstigte Konzerngesellschaft bei der Schenkungspauliana (Art. 286 des Bundesgesetz über Schuldbetriebung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) die Beweislast dafür trägt, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, bzw. bei der Deliktspauliana (Art. 288 SchKG), dass sie bzw. ihre handelnden formellen, materiellen oder faktischen Organe die Begünstigungsabsicht nicht erkennen konnten.

¹¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4; siehe dazu hinten bei [Fn. 44](#).

ternehmensgruppen eingesetzt werden können und andererseits, welche Problemfelder dabei zu beachten sind. Der Begriff der Sanierung ist dabei weit zu verstehen: betriebswirtschaftlich betrachtet fallen darunter alle Massnahmen, mit denen die Gesellschaft bzw. im Konzern die Gruppe (a) eine Unterbilanz oder Überschuldung beseitigt, (b) sich Liquidität verschafft und/oder (c) ihre Rentabilität mittel- bis langfristig wieder herstellt.¹² Ebenso bündelt das Bundesgericht aus rechtlicher Sicht unter dem Begriff Sanierung „sämtliche Massnahmen, die auf die finanzielle Gesundung der Gesellschaft und damit ihren Fortbestand und auf die Verhinderung der Liquidation abzielen“.¹³

II. Aufgaben der Organe eines Unternehmens in finanziellen Schwierigkeiten

Das formal höchste Organ einer Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung (Art. 698 Abs. 1 OR), welche – auch in einer Konzernstruktur – zumindest formell den Verwaltungsrat zu wählen hat (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Dem Verwaltungsrat obliegt sodann in der gesetzgeberischen Konzeption die Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) und die Ernennung der Geschäftsführung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Verwaltungsrat und Geschäftsführung haften denn auch – ob Konzerngesellschaft oder nicht – bei pflichtwidrigem Handeln für den daraus entstandenen Schaden (Organhaftung i.S.v. Art. 754 OR). Soweit zumindest die stark vereinfachende Konzeption des Gesetzgebers. Im Konzern verlaufen die Governance-Strukturen, d.h. die formellen und materiellen Instruktions- und Reporting-Linien, sehr oft nicht gemäss der gesetzlich vorgesehenen Konzeption. Namentlich werden Entscheide, welche eine Konzerngesellschaft betreffen, oft auf einer „höheren“ Ebene vorgegeben bzw. „vorgefasst“ oder zumindest weitgehend geplant, vorbereitet und damit sehr oft stark beeinflusst, funktionsspezifische Instruktionen erfolgen direkt in der entsprechenden funktionalen Organisation – bspw. vom Gruppen-Treasury zum CFO der Tochtergesellschaft oder vom Leiter Rechnungswesen in der Gruppe an die Buchhaltung der Untergesellschaft – und das Reporting orientiert sich an den MIS und Reporting-Package-Vorgaben der Gruppe, während der Verwaltungsrat der entsprechenden Konzerngesellschaft in den guten Fällen zumindest mitlesen darf und so mitinformiert wird. In der Praxis ist es zudem bereits ex post – und damit offensichtlich noch vielmehr ex ante – sowie ganz generell in Krisensituationen – und so dann wie erwähnt erst recht im Konzernkontext – sehr oft nicht einfach, die Grenzen zwischen pflichtgemässem und pflichtwidrigem Handeln zu ziehen, nament-

¹² Hess, Rz. 100.

¹³ BGE 138 III 204 E. 3.3.1 S. 209.

lich wenn andere Gruppengesellschaften in der Krise unterstützt werden sollen, deren Insolvenz ansonsten die ganze Gruppe in den Strudel der Zahlungsunfähigkeit mitreissen würde, etwa wegen entsprechenden Bestimmungen in Kreditverträgen.¹⁴

Welche Sanierungsmassnahmen ein Verwaltungsrat von Unternehmen in einer Krisensituation prüfen und ggf. auslösen soll, lässt der Gesetzgeber offen.¹⁵ Es statuiert aber klare Pflichten zu formellen Handlungen, welche in einer ersten Phase – solange noch Eigenkapital vorhanden ist – die Information der Aktionäre (in der Idealvorstellung des Gesetzgebers zwecks möglicher Einflussnahme) und in einer zweiten Phase die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft durch die Konkursorgane zum Ziel haben: bei Kapitalverlust i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR (Aktiven < 50% von Aktienkapital und gesetzlicher Reserven) muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und Sanierungsmassnahmen beantragen. Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat – auch im Konzern – eine Zwischenbilanz erstellen und durch einen Revisor prüfen lassen, um anschliessend – bei fehlender Deckung der Verbindlichkeiten bzw. fehlendem Eigenkapital (zu Fortführungs- und Veräusserungswert) die Bilanz beim Konkursrichter deponieren.¹⁶

Neben diesen formalen, gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen muss der Verwaltungsrat in einer Krisensituation diverse weitere eigene Massnahmen in Erwägung zu ziehen und ggf. umsetzen, um so zu versuchen, aus der Krise herauszukommen (und so eine Deponierung der Bilanz und damit eine konkursamtliche Liquidation sowie die damit verbundene Zerschlagung des Unternehmens zu vermeiden). In der Praxis sind insbesondere die folgenden Sofortmassnahmen zu prüfen und ggf. „mit der gebotenen Eile“¹⁷ umgehend anzuordnen bzw. sicherzustellen:

¹⁴ Siehe dazu vorne. [Fn. 5](#); vgl. ferner BGer 4A_268/2018 E. 6.5.1 und 6.5.4.4; siehe dazu hinten bei [Fn. 44](#).

¹⁵ Auch das Aktienrecht 2020 bringt hier keine wesentliche Konkretisierung, mit Ausnahme der neu explizierten verankerten Pflicht des Verwaltungsrates, mit der gebotenen Eile Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen und ggf. ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen Art. 725 Abs. 1–3 E-OR bzw. bei entsprechend hohem Kapitalverzehr „eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft vorzunehmen und geeignete Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts“ d.h. in den meisten Fällen zur Kapitalbeschaffung einzuleiten (Art. 725a Abs. 1 OR). Die ursprünglich in Art. 725 E-OR vorgesehene Pflicht zur Erstellung eines (ausserordentlichen) Liquiditätsplans ist in der finalen Fassung nicht mehr vorgesehen.

¹⁶ Vgl. zum neuen Aktienrecht die vorgehende Fussnote.

¹⁷ Art. 725 Abs. 3 E-OR.

- Reporting: Informationen bilden Grundlage jeder Entscheidung innerhalb eines Konzerns. Darum ist es besonders in Krisenzeiten von grosser Bedeutung, dass die dem Verwaltungsrat zur Verfügung stehenden Zahlen möglichst aktuell sind. Aktuelle Informationen aus dem MIS (Management-Informationssystem) spielen eine zentrale Rolle. In vielen Fällen ist auch eine Erhöhung der Reporting-Frequenz angebracht, damit der Verwaltungsrat zeitnah die Entwicklung des Geschäfts (d.h. Auftragseingang, Umsatz, etc.), der Ertrags- und damit auch der Eigenkapitalsituation (eine andauernde Verlustsituation reduziert kontinuierlich die Eigenkapitalbasis) und der Liquiditätslage verfolgen kann. Dabei ist sicherzustellen, dass der Verwaltungsrat sowohl die relevanten Konzernkennzahlen (Gruppensicht) erhält, gleichzeitig aber auch die Situation bei den wichtigsten Tochtergesellschaften (Individualsicht) einschätzen kann. Sehr oft ist damit das notwendige Reporting an den Verwaltungsrat in der Krise nicht nur in der Kadenz zu erhöhen, sondern auch um zusätzliche Informationen zu ergänzen.
- Prognosen: Investitionsentscheidungen, Planungen und Budgets werden stets gestützt auf gewisse Annahmen getroffen bzw. ausgearbeitet, die auf Prognosen der Geschäftsleitung bzw. des Verwaltungsrates basieren und schliesslich in einem Entscheid oder Budget für die Gesellschaft/den Konzern münden. Eine plötzliche Krise zwingt oft dazu, solche Annahmen und Planungsgrundlagen kritisch zu überprüfen. War die Krise nicht voraussehbar und wurde sie bei der Planung entsprechend noch nicht berücksichtigt, ist es oft unabdingbar, die Annahmen den Gegebenheiten entsprechend anzupassen und gewisse – insbesondere liquiditätswirksame – Entscheide sehr rasch zu überprüfen, bevor dadurch bedingte Liquiditätsabflüsse die Gruppe in einem heiklen Zeitpunkt schwächen.
- Aus Sicht des Verwaltungsrats ist es zudem zentral, auch – oder gerade in der Krise – zu jedem Zeitpunkt eine gut funktionierende Führungsorganisation in der Gruppe sicherzustellen. Dies kann unter anderem mittels Mobilisierung von Führungsreserven, einem engeren Führungsrhythmus (z.B. mittels wöchentlichen Calls), der periodischen Überprüfung von Schwächen oder Ermüdungserscheinungen der Führungsorganisation sowie – sofern notwendig und sinnvoll – der umgehenden Mobilisierung von Führungssupport erreicht werden. Je nach Situation und zu prüfenden Massnahmen ist zudem auch sehr rasch die Schaffung eines Krisenstabes und/oder eines Beraterteams (Finanzen/M&A, Legal, PR) in Betracht zu ziehen, um verschiedene Sanierungsoptionen und -szenarien (etwa Verkäufe oder Schliessungen von Betriebsteilen) im Detail auszuarbeiten und hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Rest der Gruppe sowie Chancen/Risiken der Umsetzung zu prüfen. Der Verwaltungsrat hat dabei rechtzeitig zu berücksichtigen.

sichtigen, dass wichtige Mitglieder der operativen Leitungsorgane wegen der hohen Beanspruchung in der Krise allenfalls ausfallen können, d.h. er muss auch einen solchen Fall antizipieren und dafür soweit möglich sinnvolle Massnahmen vorbereiten.

- In Krisensituationen ist es ausserdem zentral, die Reaktionszeit und den Zeitbedarf für die Prüfung und Umsetzung von „lebensrettenden“ oder „lebensverlängernden“ Massnahmen zu verkürzen, namentlich, wenn sich im Laufe der Krise abzeichnet, dass die zunächst getroffenen Massnahmen nicht greifen oder sich die Notsituation – trotz Geeignetheit der getroffenen und bereits umgesetzten Massnahmen – aufgrund exogener Einflüsse verschärft. Zu diesem Zweck hat der Verwaltungsrat frühzeitig Planungsszenarien erstellen zu lassen und Zwischenziele sowie kritische Entscheidungszeitpunkte zu definieren. Ein geeignetes Führungsinstrument, um die Reaktionszeit bei einer Verschlechterung der Lage massgeblich zu verkürzen, sind vorbehaltene Entschlüsse: der Verwaltungsrat hat solche entsprechend frühzeitig zu definieren und sie anschliessend durch die geeigneten Stellen auszuarbeiten lassen, je nach den Umständen sind diese auch bereits durch die zuständigen Gremien zu beraten und allenfalls – bedingt – zu genehmigen.
- Der Verwaltungsrat muss durch den konkreten Umständen angemessene, auch in der Krise jederzeit funktionierende Kontrollmechanismen sicherstellen, dass die Gruppe als Ganzes jederzeit zahlungsbereit ist und bleibt: sämtliche neu erschlossene Umsatzquellen, um die Geschäftstätigkeit anzukurbeln und die Rentabilität wieder zu erhöhen, können durch eine (kurzfristige) fehlende Zahlungsbereitschaft zunichtegemacht werden. Entsprechend hat der Verwaltungsrat durch geeignete Planungsmassnahmen und Instruktionen sicherzustellen, dass die Zahlungen zu jedem Zeitpunkt soweit möglich aufrechterhalten werden können.¹⁸ Ein wichtiges Element dieser Planungsmassnahmen und Instruktionen ist eine frühzeitige Kontaktaufnahme mit den entsprechenden Fremdkapitalgebern, um mit diesen genügend früh Lösungen zu erarbeiten, damit durch entsprechende „Waivers“¹⁹ oder Vertragsergänzungen ein „Default“ bzw. ein sog. „Covenant-Bruch“ und damit eine Kreditkündigung vermieden werden kann. Ebenso sind sog. „Cross-Default-Bestimmungen“, die in vielen Finanzierungsvereinbarungen vorgesehen sind, in die Analyse einzubezie-

¹⁸ Vgl. im neuen Aktienrecht explizit Art. 725 Abs. 1-3 OR.

¹⁹ Ein sog. „Covenant Holiday“ ist eine vorübergehende Aussetzung der Prüfung der vertraglichen Covenants. Im Gegensatz dazu erfolgt bei einem „Waiver“ keine Aussetzung der Prüfung des oder der Covenants, sondern ein Verzicht auf die Geltendmachung der Rechtsfolgen eines Verstosses zu bestimmten, vereinbarten Überprüfungszeitpunkten.

hen. Wenn ein sog. „Event of Default“ bereits eingetreten ist oder eintreten droht, kann dies auch dazu führen, dass noch nicht in Anspruch genommene Kreditzusagen/-linien nicht mehr zur Verfügung stehen und/oder – insbesondere bei revolving Kreditfazilitäten – dass die kreditgebenden Banken eine Weiterführung bzw. einen „Rollover“ der aktuellen Kreditbenutzung verweigern. Insbesondere wenn ein Kredit am Ende der Zinsperiode nicht prolongiert wird, sondern zurückgezahlt werden muss, kann dies zu erheblichen Liquiditätsproblemen führen. Sehr oft werden die Kreditgeber in entsprechenden Nachverhandlungen der Kreditverträge einer Anpassung der Vertragsbestimmungen (sog. „Reset der Covenants“) zustimmen, weil eine sofortige Kündigung – und der dadurch initiierte Zusammenbruch der Gruppe – sehr oft auch aus Sicht der Bankengläubiger keine zielführende und damit nicht die präferierte Lösung ist.

- Zusätzlich zu den liquiditätsbezogenen Folgen eines Defaults unter Kreditverträgen muss der Verwaltungsrat auch prüfen, welche Auswirkungen ein Covenant-Bruch auf die Einzelabschlüsse der wesentlichen Konzerngesellschaften und den konsolidierten Abschluss der Gruppe haben, namentlich mit Blick auf die Einstufung von Verbindlichkeiten als *current* oder *non-current*,²⁰ spezifischen Offenlegungspflichten und/oder letztlich auch der

²⁰ Muss wegen einer erheblichen Verschlechterung des operativen Ergebnisses und der Finanzsituation der Gruppe oder wegen eines zu erwartenden Covenant-Bruchs, für welchen voraussichtlich kein „Waiver“ erhältlich gemacht werden kann, damit gerechnet werden, dass die entsprechenden Finanzverbindlichkeiten auf Verlangen der kreditgebenden Banken vor dem vertraglichen Fälligkeitsdatum rückzahlbar werden, hat dies zur Folge, dass zum Berichtszeitpunkt nach IFRS eine Bilanzierung auf der Grundlage einer Klassifizierung als *current* statt *non-current* erforderlich wird.

Kardinalsfrage, ob aus Sicht des Revisors ein Vorbehalt hinsichtlich des going concern anzubringen ist, d.h. ob wesentliche Unsicherheiten hinsichtlich der Fortführungstätigkeit des Unternehmens bestehen.²¹

- Muss der Verwaltungsrat aufgrund der Krisensituation mit mehrfachen und/oder gar kontinuierlichen Covenant-Brüchen unter den von der Gruppe abgeschlossenen Finanzierungsverträgen rechnen, so ist nicht nur ein „Waiver“ oder eine Covenant Holiday anzustreben, sondern vielmehr ein Covenant-Reset.²² Im Rahmen der Prüfung des Gesuchs der Gruppe um Neufestlegung der Covenants verlangen die kreditgebenden Banken in aller Regel eine aktualisierte Mehrjahresplanung und ein aufdatiertes, damit übereinstimmendes Budget. Daher muss ein solches Ersuchen bei den Kreditgebern sorgfältig und detailliert vorbereitet und durch entsprechende Planungsunterlagen begleitet sein, weshalb ein covenant reset-Prozess in der Regel wesentlich mehr Zeit in Anspruch nimmt – und entsprechenden zeitlichen Vorlauf benötigt – als ein einfacher einmaliger covenant waiver. Es besteht zudem das Risiko, dass die Kreditgeber bei einem Ersuchen für einen covenant reset die kommerziellen Parameter neu festlegen (Anpassungen der Zinsmarge, Verkürzung der zulässigen Laufzeiten, etc.) oder darauf bestehen, dass neue Schutzvorkehrungen eingeführt werden, wel-

²¹ Der in Art. 958a OR verankerte Grundsatz der Unternehmensfortführung („Going concern“) schreibt fest, die Bewertungen in der Jahresrechnung hätten auf der Annahme zu beruhen, dass die Weiterführung des Unternehmens für die voraussehbare Zukunft möglich und geplant ist. Das Kriterium der voraussichtlichen Fortführung verlangt aber nicht, dass die Liquidität in jedem Fall für das (ganze) laufende Jahr gesichert sein muss, sondern vielmehr, dass die Fortführbarkeit dann in Frage gestellt werden muss, wenn klare Anzeichen erkennbar sind, dass die Liquidität wahrscheinlich nicht sichergestellt werden kann. Art. 958a Abs. 2 OR bestimmt den Zeitraum, der von der Fortführungsannahme gedeckt sein muss, mit mindestens 12 Monaten ab dem Bilanzstichtag. Die einschlägigen Prüfungsstandards (PS 570, Ziff. 17 ff.) übernehmen diese Regel und erlauben ein uneingeschränktes Prüfungstestat hinsichtlich der Fortführungsfähigkeit nur dann, wenn die Unternehmensfortführung während zwölf Monaten nach dem Bilanzstichtag als wahrscheinlich eingestuft werden kann. Ist eine solche Einstufung nicht als wahrscheinlich anzusehen, muss ein eingeschränktes Prüfungstestat abgegeben werden. Liegen zwar erhebliche Zweifel an der Fortführungsfähigkeit vor, ist aber die Fortführungsannahme gleichwohl vertretbar und ist der Tatbestand der wesentlichen Unsicherheit im Abschluss hinreichend umschrieben, gibt der Prüfer ein uneingeschränktes Prüfungsurteil ab. Zugleich er aber im Bericht einen Zusatz anzubringen, der hervorhebt, dass erhebliche Zweifel an der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens bestehen und auf die entsprechenden Anmerkungen im Abschluss verweist (PS 570 Ziff. 32 ff.).

²² Ein sog. „Covenant-Reset“ ist eine (dauernde) Anpassung der entsprechenden Kennzahlen (d.h. bspw. Absenken eines vertraglich vorgesehenen Mindestwerts, bspw. für das durch den Finanzgeber verlangte Eigenkapital).

che den operativen Freiraum der Gruppe stark einschränken (Cash Lockup oder Cash Sweep, verschärfte Berichtspflichten), dass zusätzliche Sicherheiten geleistet werden müssen oder dass die Gruppe verpflichtet wird, Devestitionen zu tätigen, um mit der so geschaffenen Liquidität die Verschuldung zurückzufahren. Das Ersuchen für einen covenant reset kann sich so im Ergebnis auch als kontraproduktiv herausstellen und muss entsprechend durch den Verwaltungsrat sorgfältig hinsichtlich Chancen und Risiken abgewogen werden.

- Hat der Verwaltungsrat bei seiner periodischen Risikoeinschätzung vernünftigerweise mit möglichen Liquiditätsengpässen oder einem Dahinschmelzen der Eigenkapitalbasis der Gruppe zu rechnen, muss er rechtzeitig an die Schaffung von Liquiditäts- und Equity-Polstern denken und frühzeitig die notwendigen Massnahmen zu deren Schaffung planen lassen und dann rechtzeitig auslösen, so dass die Reserven vor Erreichen der entsprechenden kritischen Phasen tatsächlich auch vorhanden und abrufbar sind.²³ Ersteres wird z.B. durch den Verkauf *nicht betriebsnotwendiger* Aktiven, Sale and Leaseback *betriebsnotwendiger* Aktiven oder den Verkauf nicht zentraler bzw. nicht strategischer Unternehmensteile erreicht. Zu denken ist auch an Überbrückungsdarlehen, (neue) Investoren sowie eine sorgfältige Planung der konzerninternen Cash-Allokation. Mittels der Aufdeckung von stillen Reserven, der Umverteilung oder dem Zusammenführen von Equity-Reserven in der Gruppe sowie Umstrukturierungen können zudem Equity-Polster geschaffen werden.

III. Rechtliches Korsett und Haftungsrisiken

1. Rechtliche Rahmenbedingungen

Trotz oder wegen des Fehlens eines kodifizierten Tatbestandes der Konzernhaftung bieten verschiedene für Einzelgesellschaften aufgestellte Normen (auch) Leitplanken für Haftungsfragen im Konzern. In erster Linie ist die Organhaftung im Sinne von Art. 754 OR zu berücksichtigen, welche sowohl für formelle, materielle wie auch faktische Organe zur Anwendung kommen kann.²⁴ Als weitere Haftungskonzepte sind der Durchgriff und die Anscheinshaftung zu nennen.

²³ So nun explizit auch das neue Aktienrecht in Art. 725 und 725a OR.

²⁴ Vgl. dazu statt vieler BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754, N 46 ff.; sowie detailliert hinten Abschnitt [III.1.c](#).

a) *Durchgriff*

Als Grundlage zur Haftungsausdehnung auf die Aktionäre einer Gesellschaft und damit die Muttergesellschaft wird auch in der Schweiz regelmässig auf die sogenannte Durchgriffshaftung zurückgegriffen, die in Art. 2 ZGB ihre rechtliche Grundlage hat. Die Rechtsprechung befasste sich entsprechend öfter auch mit dem sog. Durchgriff innerhalb des Konzerns.²⁵ Auch heute noch – aber in jedem Fall sehr oft in der Vergangenheit – wurde dieser nur unscharf umschriebene Tatbestand auch – fälschlicherweise – als Synonym jeglicher konzerninternen Haftung oder Zurechnung von Tatbestandselementen verwendet. Die dogmatische Begründung des Haftungsdurchgriffs bleibt auch heute noch umstritten, entsprechend sind auch die Voraussetzungen für eine solche Haftungsausdehnung mittels Abstraktion von der konkret gewählten Gesellschaftsstruktur teilweise unklar. Die Auffassungen reichen von einem auf eine subjektive Missbrauchsabsicht abstellenden Ansatz über Mittelpositionen hin zu einem Ansatz, der für die Anwendung eines Durchgriffs im Einzelfall ein rein objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung stehendes Resultat voraussetzt, wobei der objektive Ansatz in der Schweiz in der Rechtsprechung vorherrschend ist.²⁶ Dabei sind die berechtigten Interessen einer Risikobeschränkung seitens der Aktionäre – d.h. der Konzernspitze – sowie der Berücksichtigung der Integrität der von diesen gewählten Organisationsstruktur einerseits und die berechtigten Interessen der Gesellschaftsgläubiger auf vollständige Befriedigung andererseits im Einzelfall gegeneinander abzuwägen. Mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber die Aktionärsstellung – auch für Grossaktionäre – relativ risikolos ausgestalten wollte und sich in jüngerer Zeit explizit gegen die Einführung einer Konsolidierung der verschiedenen Massen im Falle eines Konkurses einer Gesellschaftsgruppe ausgesprochen hat,²⁷ sind auf Seiten der klagenden Gläubiger qualifizierte Gründe für eine Abweichung vom Grundsatz der Haftungsbeschränkung zu verlangen und zudem der Haftungsdurchgriff nur als subsidiäre Haftungskonstruktion, als *last resort* für krasse Fälle zu verwenden.²⁸ Als Fallgruppen lassen sich grob Vermögensvermischung, Unterkapitalisierung, grobe Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Formalitäten, Fremdsteuerung und Institutsmissbrauch unterscheiden,²⁹ wobei für das hier behandelte Thema vor allem die ersten beiden Fallgruppen von Relevanz sind.

²⁵ Druey/Vogel, 86.

²⁶ Vogel/Küpfer, 21 ff.

²⁷ Zur geprüften und abgelehnten Einführung eines Konzernkonkursverfahrens in der Schweiz siehe dazu vorne [Fn. 10](#).

²⁸ Vgl. Druey/Vogel, 61.

²⁹ Vogel/Küpfer, 22.

b) *Anscheins-/Rechtsscheinhaftung*

Bei Dritten kann gegenüber einer Gesellschaft ein erhöhtes Vertrauen erweckt werden, falls eine Gesellschaft Teil eines Konzerns ist. Ein solches Vertrauen in das Entstehen des Konzerns bzw. der Muttergesellschaft für eine einzelne Gruppengesellschaft, wie es vom Bundesgericht ohne normative Ansatzpunkte „entwickelt“ wurde, ist als Unterkategorie der Vertrauenshaftung einzuordnen.³⁰ Regelmässig wird versucht, gestützt auf einen solchen Vertrauensbestand eine Haftungsgrundlage für einen in der Insolvenz der Tochtergesellschaft erlittenen Schaden bzw. Ausfall abzuleiten. Als Beispiel ist auf den prominenten Fall Systor zu verweisen.

Die Systor AG war eine auf Informatikdienstleistungen spezialisierte Gesellschaft und seit Ende 1999 eine vollkonsolidierte 100%ige Tochtergesellschaft der UBS. Die Systor fungierte als eine Art ausgelagerte UBS-IT-Abteilung. Zwecks Diversifizierung übernahm die Systor über eine deutsche Tochtergesellschaft (Systor-D) anfangs 2000 ebenso in der IT-Branche tätige Unternehmensgruppe. Finanziert wurde diese Akquisition durch ein Bankenkonsortium, welches Kredite in der Höhe von DEM 160 Mio. zur Verfügung stellte. Im Rahmen einer Restrukturierungsvereinbarung Ende 2001 verständigten sich das Bankenkonsortium und die UBS darauf, zum einen den Liquiditätsbedarf der Kreditnehmerin (Systor-D) sowie der Systor, welche die einzige Gesellschafterin der Kreditnehmerin war, zu sichern und zum anderen, eine drohende Überschuldung zu verhindern. Die Leistungen des Bankenkonsortiums bestanden u.a. in der Aussetzung der „Financial Covenants“ der ursprünglichen Kreditvereinbarung mit Verzicht auf das Kündigungsrecht bis Ende 2002, der Aussetzung der Tilgung bis Ende 2003, der Stundung eines Zinsanteils, ein Rangrücktritt im Betrag von EUR 15.35 Mio. und der Einräumung einer neuen working-capital-facility im Betrag von EUR 7.65 Mio. Im Gegenzug musste sich UBS verpflichten, im Rahmen der Restrukturierung weitere Kreditmittel als Darlehen zur Verfügung zu stellen, diverse bestehende Forderungen zu subordinieren und zudem – wie auch die Systor selbst – zusätzliche Sicherheiten für die durch das Bankenkonsortium an die Systor-D gewährten Darlehen zu stellen. Trotz diesen Sanierungsbemühungen musste die Systor jedoch zufolge Liquiditätsproblemen zunächst Nachlassstundung und schliesslich den Konkurs beantragen. Die Konsortialbanken meldeten Schadenersatzansprüche gegenüber der UBS von insgesamt knapp CHF 100 Mio. u.a. gestützt auf eine behauptete Vertrauenshaftung an.³¹ Darüber hinaus machten die Konsortialbanken weitere Ansprüche gestützt auf aktienrechtliche Verantwortlichkeit gegen

³⁰ Kunz, Konzernhaftungen, 75.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 6.

die UBS als (indirekte) Muttergesellschaft geltend. Hinsichtlich der Vertrauenshaftung führten die Konsortialbanken als haftungsbegründende Elemente die Kommunikation im Zusammenhang mit der Erstellung eines Information Memorandums, welches Hinweise auf einen exzellenten Gesellschaftshintergrund sowie die langfristigen Verträge mit der UBS und wesentliche Ertragsbeiträge durch UBS Aufträge enthielt, sowie die (implizite) durch die UBS mittels Genehmigung des Information Memorandums abgegebene Zusicherung hinsichtlich der zukünftig durch die UBS an die Systor zu erteilenden Aufträge an, daneben aber auch die Initiierung und Leitung der Verhandlung über die Kreditgewährung sowie später der Restrukturierung der Kredite im Rahmen der abgeschlossenen Restrukturierungsvereinbarung durch die UBS. Das Bundesgericht erkannte im Information Memorandum jedoch kein vertrauensauslösendes Moment, da dieses lediglich zu Informationszwecken diene, nicht unterschrieben war und daher gemäss Bundesgericht bloss informelle Angaben enthielt, weshalb es auch nicht als Zusicherung angesehen werden konnte und durfte.³² Die Enttäuschung ihres berechtigten Vertrauens sahen die Konsortialbanken zudem darin, dass neben den vermeintlichen Zusicherungen der UBS im Information Memorandum über die von dieser auch in Zukunft weiterhin an die Systor zu erteilenden IT-Aufträge auch die implizite Zusicherung, die UBS würde gegenüber der Systor als „lender of last resort“ auftreten – und damit letztlich auch deren Kreditoren – namentlich die Konsortialbanken – befriedigen, von der UBS nicht eingehalten worden sei. Wegen diesen vermeintlichen Zusicherungen der UBS hätten die Konsortialbanken „auf eine marktübliche Due Diligence“ wie auch auf eine eigentliche formalisierte Garantie der UBS verzichtet. Das Bundesgericht führte demgegenüber aus, die Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft hätten deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und könnten das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Die Muttergesellschaft habe „nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und [haftete] bei dessen Scheitern den Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg [erwachsen]“. Schutz verdiene nicht, „[...] wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken“ werde, sondern nur, „wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht“ worden sei. Da im vorliegenden Fall die UBS durch ihr Verhalten keine bestimmten Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt habe, könne sie auch keine entsprechenden Erwartungen enttäuschen, weshalb auch keine Haftung entstehe. Das Bundesgericht bestätigte damit im Systor-Entscheid seine mit den

³² BGer 4A_306/2009 E. 5.4.2.

Entscheiden Motor Columbus³³ und Omni³⁴ eingeleitete strengere Linie, welche es in Abkehr zum vielbesprochenen und -zitierten Swissair-Entscheid³⁵ eingeschlagen hatte.

c) *Verantwortlichkeitsklage*

Aus praktischer Sicht die stärkste Waffe für unbefriedigte Gläubiger im Rahmen einer Konzerninsolvenz – und aus Sicht der Organe damit auch das grösste Risiko – stellen Ansprüche gegen die verantwortlichen Organe für angebliches pflichtwidriges Verhalten im Sinne von Art. 754 OR dar, welche gemäss gesetzlicher Konzeption sowohl für formelle, materielle wie auch faktische Organe zur Anwendung kommen kann. Nebst den allgemeinen Voraussetzungen – namentlich einer relevanten Pflichtverletzung und dem dadurch kausal verursachten Schaden – spielt im Konzernkontext vor allem die Frage der Passivlegitimation eine wichtige Rolle, namentlich die oft umstrittene Passivlegitimation der sog. materiellen und faktischen Organe. Der Kreis der Personen, die im Konzern als materielle oder faktische Organe in

³³ BGE 124 III 297: In diesem Entscheid war dagegen eine typische Konzernhaftungssituation zu beurteilen: Zwei Tochtergesellschaften der Telecolumbus AG (welche später durch ihre Muttergesellschaft Motor Columbus AG durch Absorptionsfusion übernommen wurde) lieferten ein nicht funktionsfähiges EDV-System, weswegen die Vertragspartnerin erheblichen Schaden erlitt. Diese klagte gegen die Motor-Columbus AG auf Schadenersatz, u.a. gestützt auf eine Haftung aus enttäuschem Konzernvertrauen, mit dem Argument, auf dem Briefpapier der vertragsschliessenden Tochtergesellschaften sei die Aussage „ein Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe“ und in deren Werbeunterlagen der Hinweis „schnellwachsendes Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe“ enthalten gewesen. Das Bundesgericht verneinte jedoch eine Haftung aus Konzernvertrauen mangels konkreter Zusicherungen eines bestimmten Konzernverhaltens und führte aus, „das blosse Bestehen einer Konzernverbindung [könne] keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung ab[zug]eben. Ebenso wenig [genügte] Werbeaussagen, in denen bloss in allgemeiner Form auf eine bestehende Konzernverbindung hingewiesen [werde]. Schutzwürdiges Vertrauen [setze] ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet [sei], hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken“ (BGE 124 III 297 E. 6 S. 304).

³⁴ BGE 123 III 220: Im Omni-Entscheid war das widersprüchliche Verhalten zweier Konzerngesellschaften zu beurteilen gewesen: Im Zusammenhang mit der Durchsetzung einer Forderung der Omni Holding AG machte die Beklagte S.F.M. Services Financiers & Management SA geltend, nicht sie, sondern ihre Muttergesellschaft SFM & Associés SA, welche bis vor kurzem als S.F.M. Services Financiers & Management SA firmiert habe, sei Vertragspartnerin der Omni Holding AG.

³⁵ BGE 120 II 331.

Frage kommen, ist im Konzern in Anbetracht der oft über mehrere Stufen verteilten und damit arbeitsteilig(er)en Leitungs- und Entscheidungsstrukturen offensichtlich weiter als bei einer Einzelgesellschaft.

Als materielle oder faktische Organe kommen zudem auch juristische Personen – namentlich die Konzernmuttergesellschaft³⁶ – in Betracht, daneben die natürlichen Personen, welche als wichtige Entscheidungsträger in der Gruppe Entscheide für Tochtergesellschaften fassen. Als materielle Organe gelten dabei Konzernorgane, denen Organaufgaben innerhalb der Konzernorganisation zugewiesen worden sind, d.h. die mit diesen Entscheidungskompetenzen innerhalb der Konzernorganisation formal – etwa durch ein Konzernorganisationsreglement oder eine gruppenweite Kompetenzordnung – reglementarisch betraut werden. Als faktische Organe gelten hingegen Konzernorgane, welche sich in Organaufgaben der Tochtergesellschaft *einmischen*, diese Aufgaben an der konzernintern formalisierten Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung vorbei also praktisch *usurpieren*.³⁷ Voraussetzung für eine Haftung dieser beiden Gruppen von Organen – materielle wie auch faktische – ist aber immer auch – analog zur Haftung der formellen Organe – eine schuldhafte Pflichtverletzung, ein Schaden sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden.

³⁶ Vgl. den bekannten Systor-Entscheid BGer 4A_306/2009, in welchem das Bundesgericht die Qualifikation der UBS als faktisches Organ der in die Insolvenz geschlitterten Systor bejahte, aber eine Haftung mangels nachgewiesenen Fehlverhaltens (und entsprechend Pflichtverletzung) und damit verbundenen kausalen Schadens verneinte.

³⁷ Einmischung kann zu einer Haftung für aktives Handeln führen, sofern die Pflichtverletzung sowie die damit kausal verbundene Schädigung erstellt werden können, eine eigentliche Usurpation – d.h. die systematische Verdrängung der formell zuständigen Tochterorgane durch Entscheidungsträger im Konzern – von bestimmten Führungsaufgaben kann zu einer faktischen Zuständigkeit und damit auch bei (pflichtwidriger) Untätigkeit zu einer Haftung zufolge Unterlassung führen.

Insbesondere Fälle um den gefallenen *Swissair*-Konzern³⁸ haben die Gerichte über Jahre beschäftigt und haben die Rechtswissenschaft rund um das Konzernrecht in der Schweiz teilweise weiterentwickelt, teilweise aber auch auf Glatteis geführt, in dem sie neue „Baustellen“ eröffneten, beispielsweise etwa der viel diskutierte „Cash-Pool“- oder „Swisscargo“-Entscheid³⁹, welcher dem Bundesgericht den Vorwurf eintrug, teilweise etwas praxisfremd und wenig vorausschauend bzw. umsichtig zu urteilen.⁴⁰

In dieser Entscheidung des Bundesgerichts ging es um die Frage, ob die Revisionsstelle eine haftungsbegründende Pflichtverletzung beging, indem sie – im Zusammenhang mit der Prüfung der Jahresrechnung – die Gesetzmässigkeit und Statutenkonformität eines Dividendenantrags bestätigte. Das Bundesgericht bejahte die Haftung mit der Begründung, die beantragte Dividende hätte um den Betrag der im Rahmen des Cash Pool gewährten, nicht marktkonformen Konzerndarlehen reduziert werden müssen. Die Bestätigung der Rechtmässigkeit durch die Revisionsstelle wurde vom Bundesgericht entsprechend als pflichtwidrig und kausal für den Schaden eingestuft. Der Entscheidung liess offen, ob die Teilnahme an einem Cash Pool überhaupt je Marktbedingungen entsprechen und damit dem Fremdvergleichstest genügen könne. Mangels Besicherung der Darlehen und Überprüfung bzw. Überwachung der Bonität der konzerninternen Poolschuldnerinnen (Schwester- bzw. Muttergesellschaft) kam das Gericht zu Schluss, der „arm’s length test“ sei nicht erfüllt. Zudem statuierte der Entscheidung – um eine drohende doppelte Verwendung

³⁸ Das verbindende Element dieser grossen Zahl an verschiedenen Rechtsverfahren war das Grounding der *Swissair*-Gruppe am 2. Oktober 2001, welche wegen eines Liquiditätspasses gezwungen wurde, ihren Flugbetrieb sowie ihre diversen sonstigen Unternehmensaktivitäten im flughnahen Bereich zum grössten Teil einzustellen. Als Folge davon mussten verschiedene Gesellschaften der Gruppe um Nachlassstundung ersuchen und wurden anschliessend in einem konkursrechtlichen Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG liquidiert; ein Teil der flughnahen Aktivitäten (z.B. Catering, technischer Unterhalt, Duty-free-Geschäft, Gepäckabfertigung, Immobilien) konnten im Rahmen der Nachlassverfahren an Investoren verkauft werden. Zu den verschiedenen Prozessen auch Peter Isler/Ernst Schmid, Erfahrungen aus den *Swissair*-Verantwortlichkeitsprozessen, in Isler/Schmid, 9 ff.; vgl. dazu auch hinten Abschnitt [V](#).

³⁹ BGE 140 III 533 bzw. BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014.

⁴⁰ Vgl. statt vieler Glanzmann/Wolf, *Chash Pools*, 131 ff.; zum Urteil der Vorinstanz Glanzmann/Wolf, *Chash Pooling*, 264 f.; Rauber, 23 f.; vgl. ferner Druey, 64. In die gleiche Kategorie der „heikles Terrain beschreitenden Entscheide“ – wenn auch dogmatisch völlig anders begründet – passt auch das als *Swissair*-Entscheid bekannt gewordene Urteil BGE 120 II 331, in welchem das Bundesgericht eine Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen bejaht hatte, dazu detailliert Vogel, *Haftung der Muttergesellschaft*, 411 ff. und Druey/Vogel, 101, 119 ff.

desselben Teils der Reserven zu verhindern –, dass für konzerninterne Darlehen analog zu Art. 659a Abs. 2 OR (Erwerb eigener Aktien) eine gesperrte Reserve in Höhe der gewährten Darlehen gebildet werden müsse. Dieses Urteil schränkt deshalb die Handlungsfreiheit von als Gesellschaftsgruppe organisierten Unternehmen bei der Gewährung von upstream oder cross-stream Darlehen stark ein und führte zu erheblichen Unsicherheiten in der Praxis. Die Branchenvereinigung der Revisionsgesellschaften EXPERTsuisse überarbeitete als Folge dieses Bundesgerichtsentscheids ihre Richtlinien zur Beurteilung von konzerninternen Forderungen, Cash Pooling und Dividenden und gab – in Anwendung einer sehr weiten und vorsichtigen Auslegung – entsprechende angepasste Empfehlungen heraus.⁴¹ Damit wurde der Handlungsspielraum von konzernmässig organisierten Unternehmen zusätzlich eingeschränkt und die Ausgangslage für die betroffenen Entscheidungsträger bzw. Organe in der Gruppe aus einer Haftungsoptik in der Folge weiter verschärft.⁴²

Demgegenüber zeigte das Bundesgericht mehr Verständnis für die Konzernrealität in seinem jüngsten (und wohl letzten) Urteil im Zusammenhang mit Swissair-Gruppengesellschaften, dem Entscheid in Sachen Swissair Flugbetriebe.⁴³ Dort erhob die Nachlassmasse der Swissair Flugbetriebe eine Verantwortlichkeitsklage gegen ihre früheren formellen und faktischen Organpersonen. Die Masse warf diesen Personen vor, die Tochtergesellschaft zu Gunsten der Muttergesellschaft, der SAirGroup AG, und so zum Nachteil ihrer eigenen Interessen geführt zu haben, namentlich indem sie diese am konzernweiten Cash-Pool teilnehmen liess und sie damit die Aktiven der Swissair Flugbetriebe in einer Weise eingesetzt hatten, welche angeblich die Kapitalenschutzbestimmungen verletzt hätte (OR 678 und 680), womit sie ihre Sorgfaltspflichten gegenüber der Swissair Flugbetriebe verletzt hätten (OR 754 und 716a).

Gegenstand der Klage war damit letztlich die Beurteilung des Konzernfinanzierungssystems der SAirGroup, welches diese als Folge der Aufteilung der ursprünglichen Stammhausgesellschaft in einzelne Gruppengesellschaften implementierte, und insbesondere der in dessen Rahmen gewährten Darlehen und Kontokorrentkredite der Swissair Flugbetriebe an die SAirGroup AG bzw.

⁴¹ EXPERTsuisse.

⁴² Vgl. dazu auch Jung, 22 ff.

⁴³ BGer 4A_268/2018.

die konzerninterne Cash-Pool Gesellschaft.⁴⁴ Namentlich kam das Bundesgericht in diesem Entscheid zum Schluss, die Gewährung eines marktkonformen Darlehens an eine Mutter-, Schwester- oder Tochtergesellschaft sei an sich kapitalrechtlich zulässig, wobei die Gewährung von entsprechen-

⁴⁴ Ende der 90er Jahre wurde in der damaligen Swissair-Gruppe eine neue Führungsstruktur mit den Bereichen „Airline“, „Services“, „Cargo/Logistics“ und „Catering“ geschaffen und zu deren konsequenten Umsetzung aus der bisherigen Stammhausstruktur eine Holding-Struktur mit der SAirGroup AG als Dachholding eingeführt. Unterhalb der Holding wurden entsprechend der Führungsstruktur vier Konzernbereiche beziehungsweise Subholdings mit den rechtlich verselbständigten Gesellschaften „SAirLines AG“, „SAirServices AG“, „SAirLogistics AG“ und „SAirRelations AG“ gebildet. Das Fluggeschäft wurde in zwei Konzerngesellschaften aufgeteilt, die Flugzeugflotte (Eigentum an Flugzeugen und Triebwerken, Leasingverträge etc.) wurde in die für den Flottenbetrieb verantwortliche Flightlease AG eingebracht, während das restliche Fluggeschäft (Flugpersonal, Start- und Landerechte, Konzessionsrechte, übriges Inventar) in die neu gegründete, für den Flugbetrieb verantwortliche Swissair eingebracht wurde. Anschliessend wurde eine zentrale Konzernfinanzierung mit einheitlicher finanzieller Leitung eingeführt, d.h. die Konzernleitung war für die Bewirtschaftung des Konzern-Cashflows wie auch für die Bilanzplanung für alle Gruppengesellschaften zuständig. Wesentliche Instrumente der zentralen Konzernfinanzierung waren ein konzernweiter Cash Pool in der Form eines Zero Balancing Cash Poolings und Festgeldanlagen der Konzerngesellschaften bei der SAirGroup. Als Poolleaderin fungierte die SAirGroup Finance (NL) B.V., eine Tochtergesellschaft der Konzernmutter. Während die Poolleaderin bei der Poolbank auf ihren eigenen Namen Kontokorrent-Konti als sogenannten Master Account unterhielt, führten die Konzerngesellschaften bei der Poolbank auf eigenen Namen Kontokorrent-Konti, welche täglich auf saldomässig auf null gestellt wurden. Dabei wurde ein positiver Saldo dem Master Account der Finance BV gutgeschrieben bzw. ein negativer Saldo dem Master Account belastet (sog. „Konten-Sweep“). Durch diese Kontentransfers entstanden zwischen der Poolleaderin und den teilnehmenden Gruppengesellschaften (z.B. Swissair) konzerninterne Forderungen. Ein positiver Saldo auf den Kontokorrent-Konten der teilnehmenden Gruppengesellschaften erzeugte eine Forderung, ein negativer Saldo eine Schuld der jeweiligen Gruppengesellschaft gegenüber der Poolleaderin. Die Swissair war im Rahmen des konzernweiten Cash Pools mehrheitlich Nettogläubigerin der Poolleaderin und verfügte zuletzt über Guthaben von rund CHF 178 Mio., mit welchen sie beim Zusammenbruch des Konzerns zu Verlust kam. Zusätzlich zur Teilnahme am Cash Pool gewährte die Swissair der SAirGroup mit ihrer überschüssigen Liquidität laufend Festgeld-Darlehen und „deponierte“ so ihre nicht betriebsnotwendigen Mittel bei der SAirGroup. Beim Zusammenbruch der Gruppe erlitt sie daher im Umfang von weiteren rund CHF 100 Mio. einen Ausfall. Aus der Aufteilung der Betriebsaktiven und -passiven des früheren Fluggeschäfts auf den Flottenbetrieb (Flightlease AG) und den Flugbetrieb (Swissair) entstanden beim „Flottenbetrieb“ ein Aktivenüberhang und beim „Flugbetrieb“ ein Passivenüberhang, welcher im Rahmen dieser Umstrukturierung durch eine Darlehensforderung zugunsten der Swissair im Umfang von rund CHF 1.2 Mia. bilanziell ausgeglichen worden war. Auch mit diesem Betrag erlitt die Swissair beim Zusammenbruch der Gruppe weitgehend einen Ausfall.

den Darlehen (einschliesslich des im Rahmen des vorangehenden Entscheids bereits aus Sicht einer anderen Tochtergesellschaft der SAirGroup beurteilten Cash-Poolsystems) je nach Sachlage eine potentielle Pflichtverletzung der für das Geschäft verantwortlichen Organe darstellen könnten. Sofern spezifische Umstände vorliegen, welche die Gewährung solcher Darlehen im Interesse der Gesellschaft liegend erachten lassen, liege jedoch keine Pflichtverletzung vor.

Als mögliche, besondere Umstände können gemäss Bundesgericht das *Interesse am Fortbestand der Konzernmutter* und damit die *Berücksichtigung der Konzerninteressen* in Frage kommen. Das Bundesgericht hielt dazu in seinem Entscheid fest, die Gewährung der Darlehen, selbst wenn diese nicht mehr als marktkonform qualifiziert hätten, sei im Interesse des ganzen Konzerns erfolgt und für diesen von eminenter Wichtigkeit gewesen, um zu verhindern, dass die SAirGroup und andere Konzerngesellschaften nicht in eine Zahlungsunfähigkeit gerieten und damit in den Konkurs fielen.⁴⁵ Die im Konzern zur Verfügung gestellten Darlehen seien im zu beurteilenden Fall im Interesse des ganzen Konzerns und damit mittelbar auch im Interesse der Swissair selber verwendet worden. Letztere hätte den Flugbetrieb in eigenem Interesse um jeden Preis aufrechterhalten sollen, dies wäre bei Konkurs der SAirGroup als Muttergesellschaft unmöglich gewesen bzw. geworden. Die Interessen der Tochtergesellschaft sind entsprechend im Lichte der Interessen der Muttergesellschaft zu beurteilen, dies insbesondere dann, wenn der Untergang der Muttergesellschaft auch den Untergang der Tochtergesellschaft nach sich ziehen würde.⁴⁶ Insofern sei im zu beurteilenden Falls nicht ein dem Konzerninteresse entgegengesetztes Gesellschaftsinteresse der Swissair pflichtwidrig untergeordnet worden, sondern es hätte eine *Krisensituation* vorgelegen, weshalb das Interesse am *Fortbestand der Konzernmutter* in dieser ausserordentliche Krisensituation habe berücksichtigt werden dürfen (und wohl realistischlicherweise auch müssen). Dabei seien aber die Interessen der Muttergesellschaft nicht einfach generell per se den Tochterinteressen vorzuziehen. Auch

⁴⁵ BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

⁴⁶ BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

wenn das Bundesgericht nicht explizit auf die Business Judgement Rule Bezug nahm,⁴⁷ verwies es explizit auf die „gebotene[n] Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden“.⁴⁸

Die Vorinstanz kam [...] unter (vorläufiger) Ausserachtlassung der besonderen Situation im Konzern zum erwähnten Ergebnis, die konzerninternen Darlehen hätten (ab dem 1. Januar 2001) nicht mehr Marktbedingungen entsprochen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob die Teilnahme am Cash Pool beziehungsweise die Gewährung der Festgeld-Darlehen im konkreten Fall einen Verstoss gegen die Pflichten der Gesellschaftsorgane darstellt. Denn aus dem Umstand, dass ein unbesichertes Darlehen den Drittmannstest nicht besteht – das heisst einem Dritten nicht zu entsprechenden Bedingungen ausgerichtet worden wäre –, folgt nicht zwingend, dass die Gewährung eines unbesicherten Darlehens an die Muttergesellschaft (beziehungsweise die Teilnahme am Cash Pool) eine Pflichtverletzung der für das Geschäft verantwortlichen Organe der Gläubigergesellschaft darstellt (siehe auch Urteil des BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.2.1.3). Zwar stellte die Vorinstanz fest, die Swissair habe im massgeblichen Zeitpunkt nicht über frei ausschüttbares Eigenkapital in der erforderlichen Höhe verfügt (weshalb nicht nur ein Verstoss gegen Art. 678 Abs. 2 OR, sondern auch gegen Art. 680 Abs. 2 OR vorliege). Die Vorinstanz erkannte aber zu Recht auch, dass die dem Konzern zur Verfügung gestellten Darlehen im Interesse des

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1: „Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind“. Gleichzeitig hielt das Bundesgericht jedoch fest, diese Zurückhaltung schliesse nicht aus, dass „in Bezug auf Geschäfte, bei denen ein besonderer Wissensstand über die Faktoren zur Einschätzung des Risikos vorhanden ist oder erwartet werden darf, wie namentlich bei solchen unter Konzerngesellschaften, einen strengeren Massstab anzulegen [sei] Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen ist auf die Informationen abzustellen, über die das Verwaltungsratsmitglied im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte oder verfügen konnte“. In diesem Entscheid (s. dazu detailliert unten [Ziff. V.I](#)) war zu beurteilen, ob die Gewährung eines Sanierungsdarlehens durch die Mutter- an die Tochtergesellschaft eine Pflichtverletzung der Organe der Muttergesellschaft darstellte. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass ein Mittelabfluss bei der Muttergesellschaft dann in pflichtwidriger Weise erfolge, wenn keine Aussichten auf Rückzahlung mehr gegeben seien. Einer sanierungsbedürftigen Tochtergesellschaft dürfen deshalb nur unter der Voraussetzung, dass ernsthafte und erfolgversprechende Sanierungsbemühungen in Angriff genommen würden, weitere Mitteln der Muttergesellschaft gewährt werden, ansonsten keine realistischen Aussichten auf Rückzahlung mehr bestehen würden und entsprechend die Darlehensgewährung nicht mehr gerechtfertigt werden könne.

⁴⁸ BGer 4A_268/2018 E. 6.4.

Konzerns und mittelbar auch im Interesse der Swissair verwendet werden konnten. Das Interesse der Swissair am Fortbestand der SAirGroup und der Schwestergesellschaften war eminent. Denn die Swissair war für den Flugbetrieb darauf angewiesen, dass die Konzerngesellschaften, namentlich die Flightlease AG (Flottenbetrieb), aber auch die anderen Konzerngesellschaften, fortbestanden, ansonsten hätte auch sie ihren Flugbetrieb nicht fortführen können. Die Swissair sollte jedoch auch nach Auffassung des Sachwalters der Beschwerdeführerin den Flugbetrieb um jeden Preis aufrecht erhalten, was aber bei Konkurs der SAirGroup unmöglich gewesen wäre. Die Darlehensgewährung war mithin in den Dienst dieses prioritären Gesellschaftsinteresses der Swissair gestellt und ist auch unter dem Aspekt der Organverantwortlichkeit in diesem Kontext zu würdigen.

So stellte die Vorinstanz fest, dass die Festgeld- und Cash-Pool-Darlehen betriebliche Investitionen und keine reinen Finanzanlagen waren, die der Konzern mittelbar auch im Interesse der Swissair verwenden konnte. Somit sind diese Darlehen nicht als einzelne Anlagegeschäfte anzusehen und zu bewerten. Bei der nachträglichen Überprüfung solcher betrieblicher Investitionen ist wie bei anderen Geschäftsentscheiden eine gewisse Zurückhaltung anzulegen (siehe vorstehende Erwägung 6.5.1). Dabei hat die Vorinstanz für die Verhältnisse im Konzern zutreffend erwogen, dass mit Blick auf die Vorteile der Konzernzugehörigkeit nicht einfach isoliert das Gesellschaftsinteresse der betreffenden Gesellschaft Massstab bilden kann, sondern in einem gewissen Grad auch das Konzerninteresse mitberücksichtigt werden muss. Entsprechend durfte sie vorliegend bei der Bewertung der Festgeld- und Cash-Pool-Darlehen in die Waagschale werfen, dass der Fortbestand der SAirGroup im eminenten (mittelbaren) Interesse der Swissair lag, deren Flugbetrieb aufrechterhalten werden musste, und die dazu auf ihre Konzerngesellschaften angewiesen war. Unter diesem Aspekt können die beanstandeten Darlehensgewährungen, wiewohl für die Swissair ab Januar 2001 mit Nachteilen verbunden und – bei blosser Abstellen auf Drittbedingungen – gegen Kapitalschutzvorschriften verstossend, als nicht pflichtwidrig im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR betrachtet werden – zumal bei der hier gebotenen Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden –, da damit letztlich (und jedenfalls bei damaliger Betrachtung) Gesellschaftsinteressen gewahrt wurden. Insofern wurde nicht dem Konzerninteresse ein entgegengesetztes Gesellschaftsinteresse der Swissair untergeordnet. Es lag eine Krisensituation vor, die auch den Bundesrat veranlasste, der SAirGroup zum gleichen Zeitraum und unter denselben Umständen (ungesichert) Bundesgelder in Milliardenhöhe zur Verfügung zu stellen.“

Neben einer pflichtwidrigen Bewirtschaftung der Aktiven der Swissair Flugbetriebe durch Verstoß gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht bei der Vermö-

gensanlage warf die Klägerin den beklagten Organen auch eine zufolge Verletzung von Art. 716a OR *widerrechtliche Konzernorganisation* vor, weil die Swissair als integrierte Betriebsabteilung der SAirGroup unter *Aufgabe ihrer finanziellen Eigenständigkeit* – statt als rechtlich getrennte, finanziell unabhängige Tochtergesellschaft – geführt worden sei. Die Vorinstanz, das Handelsgericht Zürich, hatte zu diesem Vorwurf festgehalten, in einem Konzern gelte das „Einordnungsprinzip“, d.h. würden die Untergesellschaften in die Obergesellschaft eingeordnet, woraus sich zwangsläufig ein Anspruch der Muttergesellschaft auf einheitliche Führung ergäbe. Die Untergesellschaft bleibe diesfalls zwar eine selbständige juristische Einheit, in welcher der Verwaltungsrat der Untergesellschaft grundsätzlich weiterhin gewisse unübertragbare und unentziehbare Aufgaben gemäss Art. 716a Abs. 1 OR wahrnehmen müsse, wobei in Anbetracht des Leitungsanspruchs der Obergesellschaft für Konzerngesellschaften – der in einem unübersehbaren Spannungsverhältnis zur „eigenständigen Selbstverwaltung“ der Untergesellschaft stehe⁴⁹ – der Aufgabenkatalog der Leitungsorgane der Untergesellschaften gemäss Art. 716a Abs. 1 OR durch teleologische Reduktion dahingehend zu modifizieren sei, dass dem Verwaltungsrat der Untergesellschaften nur noch – mit Blick auf den Leitungsanspruch der Konzernleitung komplementäre – Restkompetenzen zustünden. Mit Verweis auf diese modifizierten Pflichten des Verwaltungsrats im Konzernverhältnis verneinte das Handelsgericht Zürich eine Pflichtverletzung wegen unrechtmässiger Konzernbildung und unzulässiger Kompetenzattraktion bereits mangels substantzierter Begründung, weil die Klägerin nicht genügend differenziert darlegen konnte, dass und ab welchem Zeitpunkt diese „residualen Kompetenzen des Verwaltungsrats“ der Swissair Flugbetriebe tatsächlich nicht mehr durch deren Verwaltungsrat wahrgenommen bzw. diese *Residualkompetenzen der Tochterorgane* durch die Organe der Muttergesellschaft nicht mehr gewährleistet gewesen seien.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die explizite Zustimmung des Bundesgerichts zu der vom Handelsgericht Zürich als Vorinstanz vertretenen Argumentation, dem Verwaltungsrat einer Gruppengesellschaft stünden im Verhältnis zur Konzernleitung *nur eingeschränkte, residuale Kompetenzen* – und damit auch *Pflichten* – zu. Auch das Bundesgericht erachtet damit das Konzernleitungskonzept mit (nurmehr) minimalen Restkompetenzen der Leitungsorgane der Konzernuntergesellschaften für rechtlich zulässig und somit im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR als relevanten Beurteilungsmaßstab bezüglich der Umschreibung der Sorgfaltspflichten des Swissair Flugbetriebe-Verwaltungsrats – und damit auch als relevante Richtschnur für die Beurteilung

⁴⁹ Der Entscheid spricht vom „Konzernparadoxon“: BGer 4A_268/2018 E. 6.5.4.4.

einer aktienrechtlichen Haftung bzw. deren allfällige Verletzung.⁵⁰ Die Anerkennung der Tatsache, dass der Verwaltungsrat bzw. die Leitungsorgane der Konzernuntergesellschaften innerhalb einer Konzernstruktur realistischerweise nur über „Rest- oder Residualkompetenzen“ verfügen, ist gerade für Krisensituationen entscheidend: nicht nur dürfen sich die Leitungsorgane der Tochtergesellschaften bei ihren eigenen Entscheiden auf die durch die Leitungsorgane der Muttergesellschaft ausgearbeiteten Szenarien und Vorschläge abstützen, sie dürfen sich sinngemäss auch darauf beschränken, diese kritisch, d.h. nach einer eingeschränkten Überprüfung auf Plausibilität, entgegenzunehmen und umzusetzen, im Wissen darum, dass sie in Anbetracht der wirtschaftlichen Einbindung in den Gesamtkonzern in aller Regel faktisch auch gar keine Möglichkeit haben, die Vorgaben aus dem Konzern zu missachten bzw. zu übergehen und mit einem eigenen Sanierungsplan „auszuscheren“.

2. Vorbeugende Massnahmen

In seiner Arbeit soll der Verwaltungsrat die nötigen Vorkehrungen treffen, um seine Arbeit pflichtbewusst zu verrichten und so auch sein eigenes Haftungsrisiko zu minimieren. Die einfacheren Massnahmen beinhalten die Erhöhung der Periodizität der Verwaltungsratssitzungen entsprechend der Krisensituation und die Dokumentation sämtlicher Sitzungen in sinnvollem Umfang. Damit einher geht auch, die getroffenen Entscheide nachvollziehbar zu begründen, damit im Falle einer Überprüfung mittels der *Business Judgement Rule* die Entscheide den Voraussetzungen für deren Anwendung hinsichtlich sorgfältiger Vorbereitung und inhaltlicher Auseinandersetzung auch standhalten. Soweit es die Komplexität der Umstände erfordert, muss der Verwaltungsrat für eine sorgfältige Vorbereitung und Durchführung ggf. auch professionelle Unterstützung anfordern. Ebenfalls wichtig ist – ob in einer Krisensituation oder nicht –, dass der Verwaltungsrat frei von Interessenkonflikten agiert (bzw. betroffene Mitglieder ggf. in den Ausstand treten).

IV. Umstrukturierung als Sanierungsmassnahme

Eine Umstrukturierung innerhalb eines Konzerns ist auf verschiedenste Arten möglich, über Fusionen von Gruppengesellschaften, Verschiebung von Assets,

⁵⁰ BGer 4A_268/2018 E. 6.4: „Namentlich widerlegt [die beschwerdeführende Swissair-Nachlassmasse] [...] nicht die Hauptbegründung der Vorinstanz, wonach es an hinreichend detaillierten Darlegungen betreffend unzulässiger Kompetenzattraktion mangelt, insbesondere dazu, ab welchem Punkt die minimalen Restkompetenzen der Konzernuntergesellschaft nicht mehr gewährleistet gewesen seien.“

Forderungsverzichten bis zu Ausgliederungen (sog. „Carve-Outs“) mit anschließendem Verkauf der ausgegliederten Unternehmensteile (siehe Abschnitt [IV.1](#)). Damit sollen entweder Schwierigkeiten, die den ganzen Konzern betreffen, angegangen werden oder oft auch einzelne, in Probleme geratene Divisionen oder Gesellschaften innerhalb des Konzerns kurzfristig wieder in eine bessere Position gebracht werden („stop the bleeding“) oder zumindest vom Rest der Gruppe isoliert werden, um eine kurz- oder mittelfristige Gefährdung der gesamten Gruppe zu vermeiden (sog. „Ring-fencing“).

Das bei solchen Transaktionen teilweise erhebliche Risiken inhärent sind, ist klar. Dabei sind neben der Gefahr möglicher Verantwortlichkeitsklagen insbesondere auch mögliche paulianische Anfechtungsmöglichkeiten im Auge zu behalten, welche dazu dienen, Gläubiger einzelner Konzerneinheiten vor Substanzentnahmen und -verschiebungen zu schützen (siehe Abschnitt [IV.2](#)).

i. Umstrukturierungsvarianten

Wie erwähnt stehen zur Sanierung innerhalb eines Konzerns diverse Möglichkeiten zur Verfügung, deren detaillierte Darstellung den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde. Die Wahl der Umstrukturierungsart hängt zunächst von der betroffenen Gesellschaft (Mutter-, Tochter- oder Enkelgesellschaft), der konkreten Ausgangslage und Problemstellung (Liquiditätsengpass oder Überschuldung) sowie der verfügbaren „freien Mittel“ (Beteiligungen, Liegenschaften, nicht operative oder zumindest nicht strategische Vermögenswerte oder Unternehmensteile) sowie deren rechtlichen Allokation innerhalb der Gruppe. Falls durch eine Re-Allokation solcher „freien Mittel“ – falls überhaupt vorhanden – eine Sanierung nicht möglich ist, muss geprüft werden, wie weit nicht strategische Vermögenswerte oder Unternehmensteile an Dritte verkauft werden können, um daraus Eigenmittel (durch Ausweis eines ausserordentlichen Gewinns) und/oder zusätzliche Liquidität generiert werden kann. Allenfalls können Vermögenswerte auch an Dritte verkauft und dennoch durch die Gruppe weiter operativ genutzt werden („sale and lease-back“). Bei jeder Veräußerung von Aktiven – ob innerhalb der Gruppe oder an unabhängige Dritte – muss aber besonders darauf geachtet werden, dass der Kaufpreis dieser Aktiven dem Verkehrswert entspricht und diese Tatsache genügend dokumentiert werden kann, ansonsten hier eine Grundlage für Verantwortlichkeitsansprüche und/oder paulianische Anfechtungsklagen geschaffen wird. Unter Umständen ist zudem die Vereinbarung von Rückkaufsklauseln oder die Mitwirkung des Nachlassrichters zu prüfen (vgl. Art. 293 ff. SchKG).

Die Frage eines angemessenen Gegenwertes stellt sich auch bei einer Verschiebung von Assets innerhalb der Gruppe (siehe Abschnitt [IV.2](#)). Ebenso ist

zu bei einer Übertragung bzw. Veräußerung von Aktiven – ob innerhalb der Gruppe oder an unabhängige Dritte – zu beachten, wie der Verkaufserlös durch die veräußernde Gruppengesellschaft verwendet wird. Insbesondere eine Verwendung von Rückführung von konzerninternen Schulden, soweit nicht proportional dazu auch die Forderungen konzernexterner Gläubiger befriedigt werden, kann zu einer Anfechtung zufolge Gläubigerschädigung führen.⁵¹

Im Sinne eines *Ring-fencing* innerhalb eines Konzerns können auch stark verlustreiche Unternehmens- bzw. Betriebsteile rechtzeitig vom Rest der Gruppe rechtlich abgetrennt und in Auffanggesellschaften ausgegliedert werden, um anschliessend saniert oder veräußert zu werden bzw. – falls eine Sanierung innerhalb der Gruppe oder der Verkauf an einen unabhängigen Dritten scheitert – durch ein Insolvenzverfahren liquidiert zu werden. Dadurch kann verhindert werden, dass die ganze Gruppe wegen der problembehafteten Teile kurz- oder mittelfristig in die Insolvenz oder Überschuldung schlittert.

2. Risiken

a) Haftungsrisiken

Je näher Sanierungsbemühungen einer Gruppe zeitlich zu einer potenziellen Überschuldung oder einer Insolvenz erfolgen, desto höher ist das Risiko, dass die Handlungen des Verwaltungsrates bei Scheitern der Sanierung (oder teilweise auch bei einer Übernahme) zu einer kritischen Überprüfung im Rahmen des Insolvenzverfahrens und ggf. zu einer Verantwortlichkeitsklage – oder in

⁵¹ Druey/Vogel, 423 ff.

einzelnen krassen Fällen sogar zusätzlich zu einem Strafverfahren⁵² – führen können. Wie bereits erwähnt, gilt jedoch auch im Kontext einer Sanierung die Business Judgement Rule, sofern die Voraussetzungen für deren Anwendung – interessenkonfliktfreier und sorgfältiger Entscheid – im konkreten Fall erfüllt sind.⁵³ Deshalb kann sich der Verwaltungsrat, sofern er allfällige Interessenkonflikte offengelegt und ggf. durch geeignete Massnahmen „entschärft“ hat,⁵⁴ seine Entscheidung auf einer genügenden Informationsgrundlage getroffen hat, erfolgreich gegen allfällige Vorwürfe oder auch entsprechende Klagen wehren, sofern der Entscheid insgesamt als vertretbar anzusehen ist. Zusätzlich ist zu empfehlen, die relevanten Entscheidungsgründe, welche der Verwaltungsrat bei seinen Entscheidungen berücksichtigt hat, zumindest in den wichtigsten Zügen zu dokumentieren, dies insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass das Bundesgericht verlangt, der vom Verwaltungsrat getroffene Entscheid müsse zumindest vertretbar sein, und überdies der Verwaltungsrat sehr oft zwischen verschiedenen (teils divergierenden) Stakeholder-Interessen – zu erwähnen sind u.a. die Interessen der Gläubiger, Arbeitnehmer, Aktionäre bzw. andere Gruppengesellschaften sowie Vertragspartner – abwägen muss.⁵⁵

⁵² Vgl. den Verweis in der vorgehenden Fussnote sowie das Strafverfahren in Sachen *Swissair*, in dessen Rahmen den angeklagten Organen namentlich unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe (Art. 152 des Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), Urkundendelikte (Art. 251–257 StGB), Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB) wie auch weitere Vermögensdelikte vorgeworfen wurden. Die relevanten Sachverhalte betrafen u.a. die Einbringung einer Beteiligung durch die Holding-Gesellschaft zwecks Sanierung einer wichtigen Tochtergesellschaft (vgl. Abschnitt [V.2](#): BGer 4A_410/2011, eine Zahlung an eine Tochtergesellschaft (vgl. Abschnitt [V.3](#): OGer ZH LB090080 vom 25. März 2013 und eine weitere Konzern-Restrukturierung. Das zuständige Bezirksgericht sprach sämtliche Angeklagten frei mit der hauptsächlichen Begründung, bei der nachträglichen Überprüfung von Geschäftsführungsentscheiden, ob Handlungen oder Unterlassungen, müsse sich der Strafrichter grosse Zurückhaltung auferlegen, daher sei ein strafrechtlich relevantes Verhalten nur dann anzunehmen, wenn die Organe im konkreten Fall Risiken eingegangen wären, welche ein umsichtiges Organ in einer vergleichbaren Situation nie eingegangen wäre, vgl. für Nachweise Isler/Schmid, 25.

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017 E. 2.1; 4A_626/2013 vom 8. April 2014 E. 7; 4A_74/2012 E. 5.1; 4A_306/2009 E. 7.2.4 sowie BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; zur Anwendung der Business Judgement Rule in den Entscheiden des HGer ZH in Sachen *Swissair* auch Isler/Schmid, 31.

⁵⁴ Namentlich durch einen Auszustand oder allenfalls eines externen Gutachtens bzw. einer sog. „fairness opinion“.

⁵⁵ Vgl. Vogel, Unternehmens(ver)käufe, 208 ff.

b) *Anfechtungsrisiken*

Sanierungsbemühungen in einer Gruppe – namentlich durch Umstrukturierungen – beinhalten bzw. bewirken sehr oft entweder eine die Verschiebung von Vermögenspositionen und von Liquidität zwischen verschiedenen Konzerngesellschaften oder aber Massnahmen, welche wiederum eine Reflexwirkung auf den Wert von Vermögenspositionen (mit der Folge der Notwendigkeit einer Wertberichtigung) oder die nominale Grösse der Vermögenspositionen selbst (bspw. bei Forderungsverzichten) verschiedener Konzerngesellschaften haben. Ebenso kann die Gewährung von (zusätzlichen) Sicherheiten durch Konzerngesellschaften entweder Auswirkungen auf deren Aktivpositionen (bspw. bei einer Verpfändung) oder deren Passivpositionen (Abgabe von Garantien oder Bürgschaften) haben. Bei all diesen Vorgängen – nicht nur, aber auch bei einer Verschiebung von Assets innerhalb der Gruppe – stellt sich zunächst einmal die Frage des angemessenen Gegenwertes. Der Wert der gruppeninternen Transaktion oder Massnahme – und der dafür gewährte Gegenwert oder Ausgleich – ist dem Entgelt gegenüberzustellen, welches unabhängige Drittparteien unter sich vereinbart hätten, wobei für sogenannte „down-stream“ Transaktionen oder Massnahmen grosszügigere Abweichungen vom festgestellten „Marktstandard“ zulässig sind als bei „up-stream“ oder „cross-stream“ Transaktionen oder Massnahmen.

Transaktionen im Rahmen einer Sanierung können deshalb unter Umständen einer paulianischen Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) unterliegen – dies besonders dann, wenn bei Veräusserungen von Unternehmensteilen oder Tochtergesellschaften eine der beteiligten Parteien, entweder die Verkäuferin, die Käuferin oder die veräusserte Tochtergesellschaft in Konkurs fallen oder über sie ein Nachlassstundungsverfahren eröffnet wird. Anfechtbar sind aber auch konzerninterne oder -externe Darlehensrückführungen (oder auch Rangrücktritte) in unterschiedlichsten Konstellationen.

Die Folgen einer erfolgreichen Anfechtung können für alle beteiligten Parteien recht heikel sein, namentlich bei einer Insolvenz der Verkäuferin, weil diesfalls die Aktien der veräusserten Tochtergesellschaft – oder bei einem Betriebsteil die übertragenen Kaufobjekte – an die Konkursmasse zurückzugeben sind, während umgekehrt der bezahlte Kaufpreis nur als ungesicherte Forderung im Konkursverfahren eingegeben werden kann und damit realistischerweise nur zu einem kleinen Bruchteil – wenn überhaupt – zurückerstattet werden wird.⁵⁶

⁵⁶ Vgl. zu den möglichen strafrechtlichen Folgen Druey/Vogel, 413 ff.

Nach Art. 285 ff. SchKG gibt es grundsätzlich drei Tatbestandskategorien, die zu einer Anfechtung führen können: die Schenkungs-, die Überschuldungs- und Absichtsanfechtung (siehe Übersicht unten).

	Subjektive Voraussetzung	Beispielhafte Handlung	Frist
Schenkungsanfechtung	Keine	Schenkung à fehlende Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung	1 Jahr vor Konkurseröffnung, Nachlassstundung bzw. Pfändung
Überschuldungsanfechtung	Überschuldung muss erkennbar gewesen sein	Schuldentilgung durch Hingabe von Aktiven	
Absichtsanfechtung	Absicht zur Schädigung und Absicht durch Begünstigten erkannt	Inkaufnahme der Schädigung oder Begünstigung einzelner Gläubiger des Verkäufers	5 Jahre vor Konkurseröffnung, Nachlassstundung bzw. Pfändung

Der Zweck einer paulianische Anfechtung ist es, die Gläubiger einer bestimmten Konzerngesellschaft, über die ein Konkurs- oder Nachlassverfahren eröffnet wurde, vor Massnahmen schützen, die von der Schuldnergesellschaft in zeitlicher Nähe vor Eröffnung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens umgesetzt worden waren. Zur Anfechtung berechtigt sind insbesondere die Konkursverwaltung und/oder die einzelnen Konkursgläubiger. Nicht anfechtbar sind jedoch Rechtshandlungen, die während einer Nachlassstundung stattgefunden haben, sofern sie von einem Nachlassgericht oder von einem Gläubigerausschuss genehmigt worden sind.⁵⁷

Die Schenkungsanfechtung soll der Konkursverwaltung – oder bei deren Passivität einzelnen Konkursgläubigern – die klageweise Rückführung von durch den Schuldner innerhalb eines Jahres vor Konkurseröffnung oder vor Pfändung ohne Gegenleistung oder gegen eine – im Gesamtkontext und unter Beachtung der zeitlichen Verhältnisse – zu geringe Gegenleistung entäußerten Vermögenswerten in die Konkurs- oder Nachlassmasse ermöglichen. Bei der Schenkungs- und Absichtspauliana gilt bei Rechtsgeschäften mit einer nahestehenden Person eine Umkehr der Beweislast: im Anfechtungsprozess hat die nahestehende Person des Schuldners als Begünstigte den Nachweis dafür zu

⁵⁷ Art. 285 Abs. 3 SchKG.; siehe dazu auch hinten Abschnitt [V.6.a](#)); Urteil des Bundesgerichts 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015; BGE 142 III 23.

erbringen, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt⁵⁸ bzw. dass die Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht erkennbar war.⁵⁹ Dabei gelten ausdrücklich auch Gesellschaften eines Konzerns als nahestehende Personen. Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften während der sogenannten „Verdachtsperiode“ von 1 bzw. 5 Jahren unterliegen somit einer erhöhten Sorgfaltspflicht und damit auch Dokumentationspflicht, namentlich hinsichtlich des Werts der ausgetauschten Leistungen.

Mit der Überschuldungsanfechtung nach Art. 287 SchKG sind drei unterschiedliche Rechtshandlungen anfechtbar, wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkureröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war. Erstens, die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war. Zweitens, die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch sofort verfügbare liquide Mittel oder Guthaben sowie drittens die Zahlung einer nicht fälligen Schuld. Die Anfechtung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Empfängerin der Leistung nachweist, dass sie – bzw. bei juristischen Personen die für sie handelnden Organe – die Überschuldung der leistenden Gesellschaft nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen. Dieser Nachweis ist im Konzern in Anbetracht der einheitlichen Leitung sowie – je nach konkreter Führungsstruktur – der Wissenszurechnung zufolge Doppelorganschaft nur schwer zu erbringen. Eine Anfechtung ist jedoch insbesondere dann ausgeschlossen, wenn Effekten, Bucheffekten oder andere an einem repräsentativen Markt gehandelte Finanzinstrumente als Sicherheit bestellt wurden und sich die Schuldnerin bereits früher verpflichtet hatte, die Sicherheit bei Änderungen im Wert der Sicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit aufzustocken oder das Recht einräumen liess, eine Sicherheit durch eine Sicherheit gleichen Werts zu ersetzen.

Mit der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG sind schliesslich alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkureröffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Wie bereits erwähnt trägt bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft die letztere die Beweislast dafür, dass sie die Benachteiligungsab-

⁵⁸ Art. 286 Abs. 3 SchKG (Schenkungs pauliana).

⁵⁹ Art. 288 Abs. 2 SchKG (Absichtspauliana).

sicht nicht erkennen konnte. Heikel sind auch hier in erster Linie, aber nicht nur, konzerninterne wie auch -externe Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen.⁶⁰

Wegen der bei der Schenkungs- und Absichtspauliana geltenden Umkehr der Beweislast bei Rechtsgeschäften oder andern Sanierungsmassnahmen mit einer nahestehenden Person hat im Anfechtungsprozess die nahestehende Person des Schuldners als Begünstigte den Nachweis dafür zu erbringen, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt⁶¹ bzw. dass die Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht erkennbar war.⁶² Dabei gelten ausdrücklich auch Gesellschaften eines Konzerns als nahestehende Personen.⁶³ Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften während der sogenannten „Verdachtsperiode“ von 1 bzw. 5 Jahren unterliegen somit einer erhöhten Sorgfaltspflicht und damit auch Dokumentationspflicht, namentlich hinsichtlich des Werts der ausgetauschten Leistungen. Für einen Käufer einer Tochtergesellschaft oder eines Unternehmensteils einer notleidenden Unternehmensgruppe ist daher einerseits wichtig, dass der Gegenwert des erworbenen Betriebsteils aus einer objektiven Sicht als vertretbar angesehen werden kann und diese Beurteilung – wenn immer möglich durch eine möglichst unabhängige Drittpartei – genügend dokumentiert wurde. Andererseits ist wichtig, dass die der konzernzugehörigen Verkäuferin zufließenden Mittel aus dem Verkauf nicht in einer dem Käufer erkennbaren Weise zum Vorteil nur einzelner Gläubiger der Verkäuferin – namentlich etwa zur Darlehensrückführung an die Muttergesellschaft – verwendet werden. Umgekehrt hat die Verkäuferin zu prüfen, ob die Begleichung bzw. Saldierung ihrer allfälligen Zahlungsverpflichtungen (etwa aus einem Cash-Pooling) gegenüber dem Kaufobjekt (bspw. einer zu verkaufenden Tochtergesellschaft), welche die Käuferin im Rahmen des Kaufs als Teil des Entgelts durch private Schuldübernahme zu übernehmen hat – oder, um ihre Cash-Zahlung an die Verkäuferin bei Closing und damit ihren Finanzierungsbedarf für die Akquisition reduzieren zu können, in eigenem Interesse übernehmen *will* –, durch diese Übernahme der bisherigen Rückzahlungsverpflichtung nicht grössere Risiken birgt. Ist nämlich die Rückzahlung der Forderungen der Zielgesellschaft – bisher gegenüber der Verkäu-

⁶⁰ Bezüglich der Anfechtung der Einräumung von Sicherheiten ist zwischen ursprünglich und nachträglich gewährten Sicherheiten zu unterscheiden. Während erstere im Allgemeinen nicht anfechtbar sind, ist die letztere in aller Regel anfechtbar, wenn sie innerhalb der relevanten Verdachtsperiode erfolgte.

⁶¹ Art. 286 Abs. 3 SchKG (Schenkungs-pauliana).

⁶² Art. 288 Abs. 2 SchKG (Absichtspauliana).

⁶³ So explizit Art. 286 Abs. 3 Satz 2 bzw. Art. 288 Abs. 2 Satz 2 SchKG: Als nahestehende Personen gelten auch Gesellschaften eines Konzerns.

ferin – durch die Übernahme in einer für die Verkäuferin erkennbaren Weise gefährdet wird, bspw. wegen den begrenzten finanziellen Möglichkeiten der Käuferin, diese Verpflichtung gegenüber der Zielgesellschaft auch tatsächlich bei Fälligkeit oder Bedarf der Zielgesellschaft auch tatsächlich zu begleichen, riskiert die Verkäuferin, dass die Schuldübernahme bei einer allfälligen späteren Insolvenz der Zielgesellschaft als gläubigerschädigende Handlung angefochten und die Verkäuferin zur Leistung der vor der Transaktion – d.h. vor der Schuldübernahme durch die Käuferin – geschuldeten Beträge verpflichtet wird.⁶⁴

c) *Reputationsrisiken*

Das drohende Reputationsrisiko ist sowohl aus Verkäufer- wie auch aus Käufersicht zu beachten. Aus Sicht des Verkäufers, kann der Entscheid zum Verkauf (eines Teils) des Betriebes einen Vertrauensverlust bei Kunden bewirken. Dies kann bspw. zu einem empfindlichen Rückgang von Kundenaufträgen führen oder einen negativen Einfluss auf die Konditionen der Vertragspartner – namentlich etwa Zahlungskonditionen von Lieferanten oder Erfüllungsgarantien von Bestellern – haben. Ganz allgemein ist die Publizität über die Krisensituation eines Unternehmens oft ungewollt und hat daher negative Auswirkungen, namentlich auch in einem Verkaufsprozess hinsichtlich einzelnen Unternehmensteilen einer sanierungsbedürftigen Unternehmensgruppe.⁶⁵

Aus Käufersicht resultieren Reputationsrisiken vor allem aus einer falschen Einschätzung der Lage beim Kaufobjekt (bspw. aufgrund einer fehlenden oder nur oberflächlich durchgeführten Due Diligence oder einer zu optimistischen Beurteilung der Integration des Kaufobjekts in die bisherigen Aktivitäten und den damit erwarteten Synergien).⁶⁶

⁶⁴ In der Praxis verlangen daher vorsichtige Verkäuferinnen je nach den Umständen und der Finanzkraft der Käuferin, dass die letztere die übernommenen konzerninternen Verpflichtungen (namentlich aus einem Cash-Pool) bei oder nach dem Closing umgehend an die Zielgesellschaft zurückführen muss. Damit können die entsprechenden Risiken einer späteren Anfechtung – wie auch die Risiken der bisherigen Organe der Tochtergesellschaft im Zusammenhang mit der Gewährung der Up-Stream-Darlehen – signifikant reduziert werden.

⁶⁵ Vgl. Vogel, Unternehmens(ver)käufe, 212.

⁶⁶ Illustrativ zu den Reputationsproblemen einer zu rasch agierenden Übernehmerin, welche die damalige Meier Jäggi Holding AG, das damals sechstgrösste Bauunternehmen in der Schweiz, ohne vertiefte Due Diligence für CHF 1 übernahm und trotz erheblichen Finanzspritzen samt den miterworbenen Tochtergesellschaften mit insgesamt 650 Mitarbeitern nur drei Monate nach Erwerb in die Insolvenz schicken musste: Schürpf.

Zudem ist generell zu beachten, dass Sanierungs- und Umstrukturierungs-massnahmen – falls sie fehlschlagen – zu Zivil- oder gar Strafprozessen führen, welche erhebliche nachteilige Folgen für die betroffenen Gesellschaften bzw. die involvierten Personen haben können.⁶⁷

V. Anschauungsbeispiele aus der Rechtsprechung

I. Gewährung von Sanierungsdarlehen an eine angeschlagene Tochtergesellschaft⁶⁸

a) Sachverhalt BGer 4A_74/2012 (Meier Jäggi Gruppe)

Der Verwaltungsrat der Spitzengesellschaft der im Baubereich tätigen Meier Jäggi Gruppe gewährte im Verlauf des Jahres 2002 einer ihrer operativen Tochtergesellschaften ungesicherte Vorschüsse bzw. Darlehen in der Höhe von rund CHF 1.5 Mio., obwohl die Überlebensfähigkeit dieser Tochtergesellschaft zu diesem Zeitpunkt bereits zweifelhaft war. Im September 2002 wurde schliesslich über mehrere Gruppengesellschaften, u.a. auch über die Darlehensempfängerin, der Konkurs eröffnet. Im Konkursverfahren liessen sich Gläubiger die Verantwortlichkeitsansprüche gegen den Verwaltungsratspräsidenten und Delegierten der insolventen Holdinggesellschaft abtreten. Die den Organen vorgeworfene und vom Bundesgericht bestätigte Pflichtverletzung bestand darin, dass diese vor der Gewährung der Darlehen und Zuschüsse die finanzielle Lage und die Sanierungsfähigkeit der darlehensempfangenden

⁶⁷ Illustrativ neben den notorisch bekannten Zivil- und Strafverfahren gegen die früheren Organe der insolventen SAirGroup, welche nach einem aufwändigen Verfahren mit Freisprüchen für alle 19 Angeklagten endete (vgl. etwa NZZ, SAirGroup-Urteile) auch die zwei Verantwortlichkeitsprozesse im Zusammenhang mit dem gescheiterten Verkauf der Meier Jäggi Gruppe (vgl. [Fn. 36](#), wo die Käuferin einerseits im Konkurs einer der Tochtergesellschaften einen Gläubigerschaden wegen verschleppter Bilanzdeponierung und andererseits im Konkurs der Muttergesellschaft in einem zweiten Prozess eine Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats wegen unsorgfältiger Vergabe eines Sanierungsdarlehens an eine andere Tochtergesellschaft geltend machte, zum letzteren vgl. auch BGer 4A_74/2012, zusammengefasst wiedergegeben in [Ziff. V.1](#)). Ein weiteres Beispiel ist die Insolvenz der damals durch die UBS (direkt mit 58.9% und indirekt über UBS Capital 39.2%) gehaltenen Systor AG mit rund 620 Mitarbeitern, die später zu einem durch die im Rahmen der Insolvenz geschädigten Konsortialbanken (Bayerische Hypo- und Vereinsbank, NP Paribas, Bayerische Landesbank, Landesbank Baden-Württemberg sowie IBM Deutschland Kreditbank) angestregten Verantwortlichkeitsprozess gegen die frühere Konzernspitzengesellschaft UBS als faktisches Organ führte, vgl. dazu BGer 4A_306/2009 sowie NZZ, UBS und NZZ, Systor AG.

⁶⁸ BGer 4A_74/2012.

Tochtergesellschaft nicht genügend abgeklärt hatten. Als Folge davon erlitt die Holding im Konkurs ihrer Tochtergesellschaft einen Verlust von rund CHF 1.2 Mio., was neben anderen Ausfällen zu ihrer eigenen Überschuldung – und damit ihrem Konkurs – führte. Das Bundesgericht bejahte sowohl eine Pflichtverletzung wie auch den adäquaten Kausalzusammenhang zum eingetretenen Schaden.⁶⁹

b) Würdigung des Bundesgerichts

Die Frage, die das Bundesgericht zu beantworten hatte, war, ob der Verwaltungsrat bei der Gewährung der Darlehen und Vorschüssen pflichtgemäss vorgegangen war.

Das Bundesgericht verneinte dies. Eine Darlehensgewährung sei auch bei einer Darlehensgewährung an eine Tochtergesellschaft aus Sicht der Muttergesellschaft dann als pflichtwidrig anzusehen, wenn im Zeitpunkt der Gewährung keine realistischen Aussichten auf Rückzahlung bestehen, was vorliegend mangels einer vertieften Analyse und damit dokumentierten realistischen Sanierungschancen hinsichtlich der Tochtergesellschaft der Fall gewesen sei. Die Muttergesellschaft dürfe einer finanziell angegriffenen Tochtergesellschaft vielmehr nur dann noch Darlehen gewähren, wenn bei der Tochtergesellschaft ernsthafte und erfolgversprechende Sanierungsbemühungen geprüft, beschlossen und auch bereits eingeleitet worden sind. Der Sorgfaltsmassstab des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft wurde vom Bundesgericht zudem dahingehend verschärft, als voraussetzt wird, dass der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft die finanziellen Verhältnisse der Tochtergesellschaft genügend detailliert zu überprüfen und damit zu kennen hat, namentlich, wenn ihm zufolge Doppelorganschaft auch das Wissen als Organ der Tochtergesellschaft zuzurechnen ist. Das Bundesgericht schützte entsprechend auch die Erwägungen der Vorinstanz, dass bei der Anwendung der Business Judgment Rule, welche dem Richter eine grundsätzliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden mit Ermessenscharakter auferlegt, im Falle von Transaktionen unter Konzerngesellschaften ein strengerer Massstab gel-

⁶⁹ In der Literatur wird die Verantwortlichkeit von Organpersonen im Konzern von diversen Autoren adressiert; vgl. etwa Druey/Vogel, 341 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 16 N 783 ff; Böckli, § 11 N 480 ff. In der Gerichtspraxis finden sich dagegen nur eine beschränkte Anzahl Urteile, vgl. neben den hier aufgeführten bspw. auch BGE 117 II 570 E. 4 S. 578 f.; 128 III 92 E. 4 S. 93 ff.; 130 III 213 E. 2.2.2 S. 219; Urteil des Bundesgerichts 4A_623/2017 vom 24. August 2018 E. 2.2 ff.; 4A_251/2013 vom 11. November 2013 E. 2.4. ff. (mit Vorwurf von angeblich planlosen einzelnen Sanierungsbemühungen, die im Wesentlichen darauf ausgerichtet gewesen seien, die Liquidität zu erhöhen und dadurch zu einer Konkursverschleppung geführt hätten).

ten müsse, da die Konzernspitze bzw. die Konzernleitung über die Belange der Tochtergesellschaften informiert zu sein habe. Das Bundesgericht stellt entsprechend für die Anwendung der Business Judgement Rule bei der Überprüfung der Sorgfalt von Transaktionen unter Konzerngesellschaften, namentlich bei der Prüfung des Kriteriums, ob solche Entscheide „in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind“ höhere Anforderungen, namentlich weil „in Bezug auf Geschäfte, bei denen ein besonderer Wissensstand über die Faktoren zur Einschätzung des Risikos vorhanden ist oder erwartet werden darf, wie namentlich bei solchen unter Konzerngesellschaften“, höhere Anforderungen angemessen seien, da bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen auf die Informationen abzustellen sei, über die das Verwaltungsratsmitglied – unter Berücksichtigung des Konzernkontextes – im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte oder verfügen konnte.⁷⁰

Beschafft sich der Verwaltungsrat diese – als in der Gesamtorganisation des Konzerns verfügbar zu betrachtenden – Informationen nicht, so riskiert er einerseits, dass die Business Judgement Rule mangels Erfüllung des Erfordernisses der „angemessenen Informationsbasis“ nicht oder nur eingeschränkt angewendet wird und andererseits, dass dem Verwaltungsrat das spezifische Wissen über den finanziellen Zustand der darlehensempfangenden Konzerngesellschaft – konkret deren Verschlechterung der Vermögenslage – unabhängig von seinem konkret bestehenden Wissen normativ zurechnet wird. Insbesondere – aber nicht nur – bei Doppelorganstellungen im Konzern müssen sich in der Folge die entsprechenden Organpersonen ihre Kenntnisse über die Geschäftstätigkeit und finanzielle Situation der einen Gruppengesellschaft(en) bei Entscheidungen in (der) anderen Gruppengesellschaft(en) zurechnen lassen.⁷¹

Aus Sicht des Bundesgerichts gilt, dass Cash Verschiebungen innerhalb der Gruppe bei der zahlenden Gesellschaft zumindest bei einer sanierungsbedürftigen Empfängerin nicht lediglich als Verschiebung zwischen zwei Aktivkonten und damit als Aktivtausch, sondern vielmehr als Mittelabfluss zu qualifizieren sind und deshalb nur erfolgen dürften, wenn eine genügend realistische Aussicht auf eine Rückzahlung durch die angegriffene Tochtergesellschaft besteht bzw. aufgrund der konkreten Umstände angenommen werden darf. Im

⁷⁰ BGer 4A_74/2012 E. 5.1.

⁷¹ BGer 4A_74/2012 E. 5.1 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2010 vom 5. Januar 2011 E. 3.3; vgl. auch BGE 130 III 213 E. 2.2.2 f. S. 219 f. zur Treuepflicht innerhalb des Konzerns; zur Auswirkung von Doppelorganschaften hinsichtlich der Haftung der Konzernspitzengesellschaft vgl. auch BGer 4A_306/2009 E. 7.2.1 ff.

zu beurteilenden Fall erfolgten die Darlehensaufstockungen laufend, offenbar praktisch als Automatismus, ohne jeweils eine erneute Überprüfung der Sanierungsfähigkeit der Tochtergesellschaft und damit deren Rückzahlungsfähigkeit. Mangels Prüfung und Dokumentation, dass aufgrund der Umstände realistischerweise angenommen werden durfte, der wirtschaftliche Gegenwert des Darlehens könne in Zukunft wieder realisiert werden, erachtete das Bundesgericht eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrates als erstellt.⁷²

Ebenfalls als pflichtwidrig bzw. unsorgfältig erachtete das Bundesgericht die Tatsache, dass der Verwaltungsrat die (revidierten) Jahresabschlüsse der Tochtergesellschaft nicht kritisch hinterfragt hatte. Diese wiesen zwar formell für die beiden Vorjahre keine Unterbilanz oder gar eine Überschuldung aus, aber der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft hätte bei deren kritischen Überprüfung erkennen sollen, dass gewisse Verbindlichkeiten (für Ferien und Überzeitguthaben) fälschlicherweise nicht passiviert und gewisse Nachforderungen aus einem sehr grossen Bauprojekt trotz Nichtanerkennung durch den Kunden in ungenügendem Mass wertberichtigt worden waren. Unter Berücksichtigung bzw. Bereinigung dieser falschen oder zu optimistischen Bilanzierung hätte der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft, die zu diesem Zeitpunkt wahrscheinlich bereits bestehende Überschuldung der Tochtergesellschaft erkennen müssen. Gemäss der Auffassung des Bundesgerichts müsse der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft eine prekäre finanzielle Situation bei der Tochtergesellschaft selbst dann erkennen, wenn diese in der Bilanz nicht explizit ausgewiesen sei, sofern andere Warnsignale hinsichtlich der Geschäftsentwicklung, namentlich im zu beurteilenden Fall grosse Klumpenrisiken, beständen und deshalb eine kritische Überprüfung der Finanzzahlen durch den Verwaltungsrat der Muttergesellschaft notwendig machten.⁷³ Weil der entsprechende Besteller von den durch die Tochtergesellschaft geltend gemachten Nachforderungen nur rund 7.5% anerkannt hatte und gemäss Einschätzung der beigezogenen Anwaltskanzlei nur rund maximal 50–70% der Nachforderungen als durchsetzbar anzusehen waren, hätte der Verwaltungsrat bei der Prüfung der Sanierungsfähigkeit der Tochtergesellschaft bzw. bei der Überprüfung deren Finanzsituation die fehlende Werthaltigkeit dieser Forderungen erkennen und diese für Zwecke der Prüfung der Darlehenser-

⁷² BGer 4A_74/2012 E. 5.2.

⁷³ BGer 4A_74/2012 E. 5.3, mit Verweis auf BGE 132 III 564 E. 5.1 S. 572 f.

teilung ergänzen bzw. berichtigen müssen oder aber eine detailliertere Abklärung über deren Werthaltigkeit veranlassen müssen, was er jedoch nicht machte.⁷⁴

Das Bundesgericht bejahte somit in der Folge sowohl eine Pflichtverletzung, den eingetretenen Schaden im Umfang der in der kritischen Phase gewährten zusätzlichen Sanierungsdarlehen bzw. Vorschüssen wie auch den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen pflichtwidrigem Verhalten und eingetretenem Schaden.⁷⁵

c) *Sachverhalt BGer 4A_97/2013 (Creaplast)*

Die Y. Beteiligungen AG hatte sich in einem ersten Schritt mit 10% und im Rahmen einer Sanierung mit weiteren 60% an der deutschen Creaplast GmbH beteiligt, um neue geografische Märkte für ihre Produkte zu erschliessen. Zufolge Verlusten bei der Creaplast GmbH veranlasste die Beteiligungen AG mehrere Überweisungen zwecks Darlehensgewährung an die S., in Teilbeträgen von CHF 900'000, CHF 300'000 und DM 420'000. Zudem wurde aus einer Wechselbürgschaft gegenüber einem Kunden der Creaplast GmbH in Anspruch genommen und ging gegenüber Banken der Creaplast GmbH Bürgschaften im Betrag von insgesamt DM 2'500'000 für Schulden der Creaplast GmbH ein. Nach dem Konkurs der Y. Beteiligungen AG machten deren Gläubiger Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber einem Mitglied des Verwaltungsrates, welches die fraglichen Überweisungen veranlasst hatte, geltend.

d) *Würdigung des Bundesgerichts*

Auch hier hatte das Bundesgericht die Frage zu beantworten, ob der Verwaltungsrat bei der Gewährung der Darlehen und Sicherheiten pflichtgemäss vorgegangen war und kam zu einem negativen Schluss.

⁷⁴ Vgl. BGer 4A_74/2012 E. 5.3.1 f. bei welchem das Bundesgericht hinsichtlich der ungenügenden Wertberichtigungen auf den Nachforderungen auch das Argument nicht gelten liess, durch einen Beizug von Fachleuten und Befolgung ihres Rats – im vorliegenden Fall die Revisionsstelle – sei das Verschulden des Verwaltungsrats gemildert worden, da er die sachverständige Person sorgfältig ausgewählt, instruiert und deren Auskünfte sorgfältig ausgewertet und umgesetzt habe, weil keine näheren Abklärungen über den Wert der Forderungen nachgewiesen werden konnten, obwohl sich solche unter den Umständen aufgedrängt hätten.

⁷⁵ Ähnlich Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2013 vom 28. August 2013, siehe dazu vorne Abschnitt [V.1.c.](#)

Zunächst berücksichtigt der Entscheid die Tatsache, dass die Darlehensgewährung an die sanierungsbedürftige Gruppengesellschaft Creaplast GmbH nicht in einem formell korrekten Entscheidungsprozess durch das zuständige Verwaltungsratsgremium genehmigt wurde, welche aus Sicht des Bundesgerichts für sich allein schon die Nichtanwendung der Business Judgement Rule rechtfertigte, denn *„durch die eigenmächtige Fällung der Entscheide konnte keine Beratung im Verwaltungsratsgremium stattfinden, das allein für die Abwägung von Chancen und Risiken der streitbetroffenen Investitionen von erheblicher Tragweite zuständig gewesen wäre und allein die Kompetenz gehabt hätte, sich trotz bestehender Risiken für die Geschäfte zu entscheiden. Dies gilt unabhängig davon, dass die Vorinstanz es aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im Verwaltungsratsgremium für nicht wahrscheinlich hielt, dass die Investitionen bei einer Beschlussfassung im Gremium unterblieben wären. Denn in der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Praxis immer wieder zeige, dass formal korrektes Vorgehen eine disziplinierende Wirkung auf die materiellen Aspekte des Entscheidvorgangs habe, was sich positiv auf die Ergebnisqualität auswirke.“*⁷⁶

Zusätzlich verweist der Entscheid auch auf die fehlende kritische Überprüfung von Hinweisen durch den agierenden Verwaltungsrat, dass die Geschäftspartner und Minderheitsgesellschafter, welche gleichzeitig das Management der Tochtergesellschaft stellten, über einen zweifelhaften Ruf verfügten, weshalb der Darlehensentscheid auch materiell nicht auf einer vollständigen Informationsbasis beruht habe. Zudem hätte auch die sich akzentuierende Verlustsituation bei der Creaplast GmbH den Verwaltungsrat zu erhöhter Vorsicht und damit zu einer vertieften Prüfung anhalten müssen, zumal der dringende Verdacht bestand, dass es bei der Creaplast GmbH zu Unregelmässigkeiten gekommen war und die Mitglieder des lokalen Managements allenfalls versucht hatten, sich persönlich zu bereichern. Ebenso unterliess es der Verwaltungsrat, wirksamen Massnahmen zu ergreifen, um mögliche Missbräuche auf der Stufe der Creaplast GmbH und damit auch weitere Verluste zu vermeiden.⁷⁷

Zusätzlich berücksichtige die Vorinstanz auch die Tatsache, dass die Muttergesellschaft nur eine 60% Beteiligung an der sanierungsbedürftigen Tochtergesellschaft hielt, weshalb die Gewährung von eigenkapitalersetzenden Darlehen an die angeschlagene Gruppengesellschaft, die als „ewige“ Darlehen ausgestaltet und damit nicht rückforderbar gewesen seien, einer vertiefteren Prüfung bedurft hätte. Aus Sicht der Vorinstanz, dem Obergericht Zürich,

⁷⁶ BGer 4A_97/2013 E. 5.2.

⁷⁷ BGer 4A_97/2013 E. 5.3.

müsse eine solche Darlehensgewährung an eine 100% Tochtergesellschaft, auch wenn es sich „dabei um auf allerweiteste Sicht nicht rückzahlbare sog. Downstream-Darlehen von der Mutter- an die Tochtergesellschaft“ handle, müsse „nicht in jedem Fall zur Entreicherung der Muttergesellschaft führen“, weshalb sie unter Umständen als zulässig angesehen werden könnten. In einer solchen Situation spiele auch die Frage, ob dafür Sicherheiten geleistet wurden bzw. eine Gegenleistung erbracht wurde, grundsätzlich keine Rolle⁷⁸.

e) *Sachverhalt OGer Zürich vom 25.3.2013 (SAirGroup/Sabena)*⁷⁹

Im Jahr 1995 erwarb die Swissair eine Minderheitsbeteiligung von 49.5% an der belgischen Fluggesellschaft Sabena. Bereits zu diesem Zeitpunkt war die letztere stark verschuldet und kämpfte mit ihrer Profitabilität. Im Rahmen der Umstrukturierung der Swissair übertrug die SAirGroup die Sabena-Beteiligung an die SAirLines. Um die grossen finanziellen Schwierigkeiten der Sabena zu meistern, vereinbarte die SAirGroup mit den übrigen Aktionären der Sabena eine Rekapitalisierungsvereinbarung, in welcher sie sich gegenüber den übrigen Aktionären verpflichtete, an die Sabena liquide Mittel im Umfang EUR 150 Mio. beizubringen gegen Zeichnung von Partizipationsscheinen durch ihre Tochtergesellschaft SAirLines, welche später erfüllt wurde. Fünf Jahre später klagte die SAirGroup in Nachlassliquidation gegen die früheren Mitglieder des Verwaltungsrates der SAirGroup Schadenersatz im Betrag von EUR 150 Mio. mit der Begründung durch die Rekapitalisierungsvereinbarung sei die SAirGroup geschädigt worden, weil sie für ihre Zahlung keinen Gegenwert erhalten habe. Sie bestritt, dass die ihrer Tochtergesellschaft SAirLines zugewiesenen Partizipationsscheine werthaltig gewesen seien, dieser Umstand sei aber für die Frage der Schädigung der Muttergesellschaft SAirGroup letztlich irrelevant.⁸⁰

f) *Würdigung des Obergerichts*

Sowohl Bezirk- wie auch Obergericht wiesen die Klage mit dem Argument ab, die Nachlassliquidatoren hätten den angeblichen, durch die SAirGroup Schanden erlittenen Schaden nicht nachgewiesen, da die SAirGroup einen Gegenwert für ihre Zahlung von EUR 150 Mio. an die Sabena erhalten habe, namentlich eine Darlehensforderung gegenüber ihrer Tochtergesellschaft SAirLines, für welche sie die Zahlung unter der Rekapitalisierungsvereinbarung bzw. zur Liberierung der durch die SAirLines gezeichneten Partizipationsscheine ge-

⁷⁸ BGer 4A_97/2013 E. 2.2.

⁷⁹ OGer ZH LB090080.

⁸⁰ Vgl. Vogel/Küpfer, 45.

tätigt hatte. Mangels substantiierter Darlegung, dass diese Darlehensforderung nicht werthaltig gewesen sei und in Anbetracht der Tatsache, dass die Darlehensschuld später durch Verrechnung getilgt worden sei, bejahte das Gericht die Werthaltigkeit und damit den Erhalt eines Gegenwerts. Im Weiteren erachtete das Gericht eine Pflichtverletzung der Beklagten als nicht erstellt, da der Entscheid zur Rekapitalisierung der Sabena und damit zum Einschuss zusätzlicher Mittel als Eigenkapital im Umfang von EUR 150 Mio. durch Zeichnung von Partizipationsscheinen im Lichte der damaligen Umstände gesehen und beurteilt werden müsse. Der Verwaltungsrat sei wegen der unmittelbar bevorstehenden Generalversammlung der Sabena unter erheblichem Zeitdruck gestanden, an welcher ohne den vorherigen Abschluss der Rekapitalisierungsvereinbarung die umgehende Liquidation der Sabena hätte beschlossen werden müssen. Eine Auflösung der Sabena hätte jedoch für die SAirGroup und ihre Gruppengesellschaften zum einen negative Auswirkungen auf der Ebene des operativen Geschäfts sowie die Reputation und zum anderen Schadenersatzforderungen nach sich gezogen, womit auch die Möglichkeit eines geordneten Ausstiegs aus der Sabena-Beteiligung von vornherein verunmöglicht worden wäre. Aus der damaligen Optik des Verwaltungsrats der SAirGroup sei daher von einem vertretbaren Geschäftsentscheid auszugehen.⁸¹

2. Umstrukturierung zur Stärkung einer angeschlagenen Tochtergesellschaft

a) Sachverhalt BGer 4A_410/2011 (SAirGroup/Roscor)

Die SAirGroup als Konzernobergesellschaft hielt eine 100%ige Tochtergesellschaft SAirLines, die das Fluggeschäft betrieb. Ende 2000 entschied sich der Verwaltungsrat der SAirGroup, eine andere Beteiligung der SAirGroup, die Roscor Inc., ohne Gegenleistung von der SAirGroup auf die SAirLines zu übertragen, um das Eigenkapital der letzteren zu stärken. Daraufhin wurde die Roscor Inc. in die SAirLines fusioniert (Roscor-Transaktion).

Im Oktober 2001 musste die SAirGroup provisorische Nachlassstundung beantragen. Im Juni 2003 bewilligte der Nachlassrichter den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Die SAirGroup in Nachlassliquidation machte am 6. September 2005 beim Bezirksgericht Zürich eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen zwölf ehemalige Mitglieder der obersten Führungsorganisation, namentlich

⁸¹ OGer ZH LB090080 E. IV.

den CEO, CFO und zehn Verwaltungsratsmitglieder, der SAirGroup anhängig. Die SAirGroup machte geltend, ihr sei durch die Roscor-Transaktion ein Schaden in Höhe von knapp CHF 300 Mio. entstanden, denn vor der Transaktion hätte die Beteiligung an der Roscor für die SAirGroup einen Wert von rund CHF 300 Mio. dargestellt. Durch die Übertragung bzw. den Einschuss der Beteiligung sei diese als Vermögenssubstrat aus der Bilanz der SAirGroup verschwunden, ohne dass im Gegenzug beim Beteiligungswert der SAirLines – wegen deren im Übertragungszeitpunkt angeblich bereits eingetretenen Überschuldung – ein entsprechender Wertzuwachs eingetreten sei. Das Bezirksgericht wie auch das Obergericht wiesen die Klage ab. Als Hauptbegründung führte das Obergericht aus, zum Zeitpunkt der Roscor-Transaktion seien weder die SAirGroup noch die SAirLines überschuldet gewesen. Damit liege lediglich eine konzerninterne Vermögensverschiebung vor. In einer Eventualbegründung führte das Obergericht aus, dass eine allfällige Überschuldung der SAirLines per Ende 2000 durch den Zuschuss im Rahmen der Roscor-Transaktion behoben worden sei. Es hätte sich daher für die SAirGroup ein unmittelbarer Vorteil darin ergeben, dass ihre wichtigste Tochtergesellschaft, die SAirLines, dadurch ein Insolvenzverfahren habe abwehren können. Ein entsprechender Entscheid der Leitungsgremien sei in einer solchen Situation daher zumindest vertretbar gewesen. Die Subeventualbegründung des Obergerichts adressierte den „schlechtesten“ Fall, namentlich, dass eine allfällige Überschuldung der SAirLines durch die Roscor-Transaktion nicht vollumfänglich hätte remediert werden können. Als Folge hätte die SAirGroup zwar keinen adäquaten finanziellen Gegenwert erhalten, eine Pflichtverletzung sei aber auch diesfalls zu verneinen, denn die Roscor-Transaktion hätte die für den Konzern äusserst bedeutsame Weiterexistenz „ihres Herzstücks“, der SAirLines, am Stichtag gesichert, weil so ein Konkurs der SAirLines habe abgewendet werden können, der weitreichende Folgen für den gesamten Konzern gehabt – und namentlich mit grosser Wahrscheinlichkeit auch den Konkurs der SAirGroup nach sich gezogen – hätte, weshalb die beiden Gesellschaften in einer „schicksalhaften Gemeinschaft verbunden“ gewesen seien. Daraus hätte aus der Roscor-Transaktion mindestens ein wichtiger mittelbarer Vorteil resultiert. Auch in dieser Konstellation habe daher ein vertretbarer Geschäftsentscheid vorgelegen. Als weitere Eventualbegründung führte das Obergericht aus, dass es selbst bei Bejahung des Vorliegens eines pflichtwidrigen Verhaltens und eines Schadens an der erforderlichen Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden gefehlt hätte, da auch ein pflichtgemässes Handeln – und die Umsetzung eines alternativen Sanierungskonzepts – zum gleichen Ergebnis geführt hätte.

b) *Würdigung des Bundesgerichts*

Auch das Bundesgericht wies die Klage ab und folgte dabei der Hauptbegründung des Obergerichts, namentlich dass zum Zeitpunkt der Roscor-Transaktion weder die SAirGroup noch die SAirLines überschuldet gewesen wären.⁸² Folglich ergäbe sich aus der Genehmigung der Roscor-Transaktion keine haftungsbegründende Pflichtverletzung der zuständigen Leitungsorgane.⁸³

Auf die von den Nachlassliquidatoren gerügte falsche Anwendung von Art. 716a OR und Art. 717 Abs. 1 OR durch die Vorinstanz, namentlich diese hätte eine unzulässige Konzernbetrachtung vorgenommen, indem sie das Verhalten der Leitungsorgane im Zusammenhang mit der Roscor-Transaktion selbst bei Vorliegen eines Überschuldungs- bzw. Sanierungstatbestands nicht als pflichtwidrig erachtet hatte, da die Transaktion angeblich in einem übergeordneten Konzerninteresse gelegen habe, musste das Bundesgericht nicht weiter eingehen, da es der Hauptbegründung des Obergerichts, die SAirLines sei im relevanten Zeitraum nicht überschuldet gewesen, bestätigte.⁸⁴

c) *Strafverfahren gegen Organe der SAirGroup*

d) *Sachverhalt*

Im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der SAirGroup kam es zudem zu verschiedenen Strafverfahren.⁸⁵ Die SAirGroup hatte in der Phase vor ihrem Zusammenbruch noch verschiedene Sanierungsbemühungen unternommen. Eine davon betraf wie oben bereits dargestellt die beiden Gesellschaften SAirLines und Roscor AG, beides 100%ige Tochtergesellschaften der SAirGroup. Um die für die Gruppe sehr wichtige, aber angeschlagene Gesellschaft SAirLines zu stärken und deren Verluste auszugleichen, wurde von den Organen der Muttergesellschaft SAirGroup beschlossen, die Roscor AG im Sinne eines Kapitalzuschusses der Muttergesellschaft an die angeschlagene Tochter SAirLines unentgeltlich zu übertragen (und anschliessend mit der Letzteren zu fusionieren). Den Organen der SAirGroup wurde von der Staatsanwaltschaft

⁸² Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 3.3 f. und 11.

⁸³ BGer 4A_410/2011 E. 11.

⁸⁴ BGer 4A_410/2011 E. 7 und 9.

⁸⁵ Vgl. BG Bülach DG060079, DG060090, DG060091, DG060092, DG060095 und DG060096 des vom 4. Juni 2017.

darauf vorgeworfen, sie hätten durch die dargestellte Übertragung ihre Pflicht, das Vermögen der SAirGroup werthaltend zu verwalten, verletzt und die SAir-Group damit in einem Ausmass von rund CHF 100 Mio. geschädigt.⁸⁶

Auch im Zusammenhang mit der angestrebten Sanierung der Sabena wurde den Organen der SAirGroup ungetreue Geschäftsführung vorgeworfen. Grund dafür war die vorne bereits dargestellte⁸⁷ Beteiligung der SAirGroup an der Rekapitalisierung der Sabena. Die Staatsanwaltschaft argumentierte, dabei habe eine vorsätzliche Verminderung des Vermögens der SAirGroup um 150 Mio. stattgefunden, denn der Sabena sei es auch auf weite Sicht nicht möglich gewesen, wieder profitabel zu werden.⁸⁸

e) *Würdigung des Bezirksgerichts*

In beide Konstellationen sprach das zuständige Gericht die Angeklagten vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung frei. Die unentgeltliche Übertragung der Roscor AG auf die SAirLines sowie der Kapitaleinschuss an die Sabena wurden damit als zulässig erachtet. Interessant ist dabei insbesondere wieder die Argumentation hinsichtlich der Rolle des Konzerns. So wurde zwar anerkannt, dass die einzelnen Gesellschaften, welche in einem Konzernverbund zusammengeschlossen sind, grundsätzlich rechtlich selbständig behandelt werden müssen. Dennoch gilt es das Konzerninteresse ebenfalls mit zu berücksichtigen, denn dieses kann wiederum die Einzelgesellschaften direkt beeinflussen. Namentlich hätte im vorliegenden Sachverhalt ein Konkurs der Sabena in einer möglichen Gefährdung der Interessen der SAirLines oder deren Tochtergesellschaft bedeuten können. Daher lag es im Eigeninteresse der SAirGroup, diesen Schaden abzuwenden.

3. **Expansion durch Akquisition sanierungsbedürftiger Gesellschaften**

a) *Sachverhalt HG120149-O (SAirGroup/Air Littoral)*

Im Zusammenhang mit der bereits erwähnten sog. „Hunter-Strategie“⁸⁹ wurde vom Verwaltungsrat der SAirGroup die Akquisition⁹⁰ der französischen Regionalfluggesellschaft Air Littoral sowie die Ausrichtung von Darlehen zum Zweck deren Sanierung und weitere Investitionen bezüglich der Air Littoral geneh-

⁸⁶ Vogel/Küpfer, 109.

⁸⁷ Siehe dazu oben für Sachverhaltsdarstellung Abschnitt [V.1.e](#).

⁸⁸ Vogel/Küpfer, 109.

⁸⁹ Siehe dazu hinten Abschnitt [V.6.a](#).

⁹⁰ Kauf von 49.9% des Kapitals.

ragt. Die SAirGroup in Nachlassliquidation klagte darauf im Juli 2012 vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich gegen Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung sowie Kantone⁹¹ und die Schweizerische Eidgenossenschaft, die an Stelle ihrer Vertreter im Verwaltungsrat ins Recht gefasst wurden, auf einen Schadenersatz von insgesamt rund CHF 124 Mio.⁹²

Vorgeworfen wurde dem Verwaltungsrat im Wesentlichen, er hätte die besagte Akquisition ohne eine genügende Prüfung, ohne schriftliche Unterlagen und ohne kritische Hinterfragung der Werthaltigkeit, den Risiken und der Strategiekonformität dieser Akquisition genehmigt und dadurch der SAir-Group pflichtwidrig einen Schaden zugefügt.

b) *Begründung des Handelsgerichts*

Das Handelsgericht argumentierte, durch die Akquisition hätte keine Vermögensverminderung der SAirGroup ohne entsprechende Gegenleistung stattgefunden. Folglich fehle es bereits am Bestehen eines Schadens.⁹³

Hinsichtlich der behaupteten Pflichtverletzung im Zusammenhang mit den durch die SAirGroup an die Air Littoral geleisteten und nicht zurückbezahlten Sanierungsdarlehen wendete das Handelsgericht die Business Judgment Rule an. Das Gericht stellte fest, dass im Rahmen der Unternehmensakquisition eine ausreichende Due Diligence durchgeführt worden sei. Der Verwaltungsrat habe damit auf Grundlage einer ausreichenden Informationsbasis gehandelt, den Entscheid ohne Interessenskonflikt gefällt und im Sinne des Gesellschaftsinteresses agiert. Der Entscheid des Verwaltungsrates der SAirGroup, die Air Littoral zu akquirieren sei damit zwar durchaus risikobehaftet gewesen, sei jedoch nicht als pflichtwidrige Handlung zu qualifizieren.⁹⁴

4. Sanierungsverantwortung der Muttergesellschaft

a) *Sachverhalt BGer 4A_306/2009 (Systor)*

Die Systor AG war eine auf Informatikdienstleistungen spezialisierte Gesellschaft, die seit dem Jahre 1999 eine 100 %ige Tochtergesellschaft der UBS war. Anfang 2000 übernahm die Systor AG die in Köln ansässige Schumann-Unternehmensgruppe, wobei die Akquisition mittels Krediten finanziert wurde,

⁹¹ Basel-Stadt, Genf und Zürich.

⁹² Vgl. Isler/Schmid, 21.

⁹³ Vgl. HG ZH HG120149-O vom 26. Januar 2015 E. 5.5.1 ff.

⁹⁴ HG ZH HG120149-O E. 7.2 ff.

die von einem Bankenkonsortium bereitgestellt wurden. Als Kreditnehmerin wurde die Systor GmbH gegründet, deren einzige Gesellschafterin die Systor AG war. Mit der Systor AG wurde durch die A-Bank AG (A-Bank AG als Teil des Bankenkonsortiums) ein Kreditversicherungsvertrag abgeschlossen.

Im Jahr 2001 wurde zwischen der UBS und dem Bankkonsortium eine Restrukturierungsvereinbarung geschlossen, um den Liquidationsbedarf der Systor AG und der Systor GmbH zu sichern sowie eine drohende Überschuldung zu verhindern. Im Gegenzug versicherte die UBS weitere Kreditmittel als Darlehen zur Verfügung zu stellen. Im Jahr 2003 wurde schliesslich der Konkurs über die Systor AG eröffnet.

Das Bankkonsortium klagte daraufhin gegen die UBS als Muttergesellschaft mit der Begründung, dass sie falsches Vertrauen erweckte hätte, u.a. indem die langjährige Geschäftsbeziehung der Systor AG mit der UBS und eine Auftragsvergabe von jährlich 170 Mio. angepriesen wurden. Das Bankkonsortium argumentierte, dass aufgrund dieses erweckten Vertrauens weder eine vertragliche Absicherung in Form einer Garantie, noch eine marktübliche Due Diligence eingeholt worden sei.⁹⁵

Die Konsortialbanken machten gestützt auf folgende Tatbestände den Ersatz von knapp CHF 100 Mio. geltend: Erstens, aufgrund einer Vertrauenshaftung im Zusammenhang mit der Kreditgewährung. Zweitens, aufgrund einer positiven Vertragsverletzung im Zusammenhang mit der Kreditbelassung, sowie drittens, aufgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

b) Würdigung des Bundesgerichts

Wie erwähnt machten die Konsortialbanken neben den Ansprüchen aus Vertrauenshaftung auch Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend.

Bezüglich der überkauften Schumann-Akquisition argumentierten die Konsortialbanken, dass die Systor AG durch massgebliche Beeinflussung der Verhandlungen durch die UBS zum überkauften Erwerb der Schumann Unternehmensgruppe gedrängt worden sei. Im Gegensatz hierzu anerkannte das Bundesgericht im Erwerb keine Pflichtverletzung, da dem Entscheid eine ernsthafte Entscheidungsfindung vorangegangen sei, weshalb nicht von einer Investition in ein Projekt ohne Erfolgsaussichten gesprochen werden könne.

Gemäss Argumentation der Konsortialbanken habe zudem ein Interessenkonflikt bestanden, da der Chef IT bzw. Mitglied der Konzernleitung des

⁹⁵ Vgl. hierzu ausführlich Vogel/Küpfer, 27 ff.

UBS-Konzerns auch gleichzeitig ein Mitglied bzw. Präsident des Verwaltungsrates der Systor AG war. Weiter argumentierten die Konsortialbanken, dass die Systor AG durch massiven Ausbau der UBS internen IT-Service Abteilung und – damit verbunden – durch einen ebenso massiven Auftragsrückgang geschwächt worden sei, wodurch ein Führungsvakuum entstanden sei: Während 18 Monaten sei der CFO-Posten der Systor AG unbesetzt gelassen und durch schnell wechselnde Personen ausgefüllt worden. Zudem sei zwischen November 2001 und März 2002 keine einzige Verwaltungsratssitzung der Systor AG durchgeführt worden. Wiederum wurde die Sachlage vom Bundesgericht anders beurteilt. Das Bundesgericht erkannte keinen Fall der Organhaftung, bei der ein Organ der Systor AG eine ihm obliegende Pflicht verletzt hätte. Hierfür hätte konkret dargelegt werden müssen, inwiefern unterlassene Entscheide oder Führungslosigkeit zu einem Schaden geführt hätten.

Die Konsortialbanken brachten weiter vor, der Verwaltungsrat hätte eine Sanierung pflichtwidrig verhindert, insbesondere dadurch, dass er es unterlassen hätte das Personal der Systor AG abzubauen. Auch hier verneinte das Bundesgericht eine Haftungsgrundlage, da auszuführen gewesen wäre, welche konkreten Personen hätten entlassen werden müssen, damit dies der Systor AG genützt und nicht geschadet hätte. Bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen bestehe zudem ein grosser Ermessensspielraum, weshalb bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden Zurückhaltung geboten sei.

Das von den Konsortialbanken vorgebrachten Argument, die Rabatt- und Dienstleistungsgutschriftensystem seien marktunüblich gewesen und würden deshalb den Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttungen an die UBS erfüllen, wies das Bundesgericht aufgrund mangelnder Substantiierung ab.

Auch die von den Konsortialbanken vorgebrachte ungenügende Kapitalausstattung durch die UBS als faktisches Organ der Systor AG, wies das Bundesgericht aufgrund mangelnder Substantiierung ab.

Zusammenfassend verneinte das Bundesgericht sowohl eine Haftung der UBS als faktisches Organ der Systor AG nach Art. 754 OR als auch eine Haftung für ihre Vertreter nach Art. 722 OR mangels pflichtwidrigen bzw. widerrechtlichen Verhaltensweisen.

Ebenso wurde eine Haftung aus Konzernvertrauen mangels einer Enttäuschung berechtigter Erwartungen in die UBS als Konzernmutter verneint.

5. Nichtkündigung von Cash-Pool Guthaben trotz Krise der Gruppe

a) Sachverhalt BGer 4A_603/2014 (SAirGroup/Flightlease)

Bei der Flightlease AG handelte es sich um eine Tochtergesellschaft der Sub-Holding SAirLines, welche die Flugzeugflotte der Gruppe hielt und bewirtschaftete und ihrer Schwestergesellschaft Swissair für deren Flugbetrieb zur Verfügung stellte. Flightlease erlitt im Rahmen der Insolvenz der Gruppe einen Verlust von rund CHF 50 Mio. auf ihren Guthaben gegenüber dem konzernweiten Cash-Pool, einem Zero Balancing Cash Pool, weil die Cash-Pool-Gesellschaft insolvent wurde und die entsprechenden Guthaben nicht mehr bedienen konnte. Die Beklagten waren Mitglieder des Verwaltungsrates der SAirGroup sowie weitere Personen, denen eine formelle oder materielle Organstellung bei der Flightlease zukam und die zum Teil zusätzlich auch Mitglieder in der Konzernleitung der Swissair Gruppe waren.⁹⁶

Vorgeworfen wurde den Beklagten u.a., dass sie durch die vollständige Übergabe der eigenen liquiden Mittel an die Cash-Poolführerin ein liquiditätsmässiges „Klumpenrisiko“ eingegangen und damit eine Pflichtverletzung nach Art. 754 OR begangen hätten.⁹⁷ Die Konzerngesellschaften, unter ihnen auch die Flightlease AG, hätten aufgrund einer Weisung der Konzern-Muttergesellschaft SAirGroup am Cash-Pool teilnehmen müssen. Damit hätten sie ihre gesamte Liquidität an die Poolführerin abgeben müssen und auch tatsächlich abgegeben, ohne dass die üblichen Standards wie Bonitätsprüfung und -überwachung, Kontoinformationen, Besicherung der gegenüber der Poolführerin entstandenen Forderungen, Festsetzung von Kreditlimiten etc. eingehalten und somit taugliche Vorkehrungen zur Begrenzung der den teilnehmenden Gesellschaften daraus entstehenden Risiken getroffen worden seien.

Ein weiterer Vorwurf lautete dahingehend, die eingeklagten Organpersonen hätten ihre Pflicht zur Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses dadurch verletzt, dass sie in der Krise der SAir-Gruppe die Interessen der Gruppe vor die Interessen der betreffenden Gruppengesellschaft, der Flightlease AG, ge-

⁹⁶ Vgl. Isler/Schmid, 15 f.

⁹⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 4.

stellt hätten, weil sie es unterlassen hätten, die Flightlease AG rechtzeitig aus dem Konzernverbund herauszulösen und dadurch ein Ring-fencing umzusetzen.⁹⁸

b) *Würdigung des Bundesgerichts*

Alle Instanzen wiesen die Klage ab.⁹⁹ Im Vordergrund stand zunächst die Frage, ob den Verwaltungsräten der SAirGroup überhaupt Passivlegitimation für die Klage zukam, da diese keine formelle Organstellung bei der Flightlease innehatten. Das Bundesgericht bestätigte zwar, dass auch faktischen Organen passivlegitimiert sein können, liess die Frage jedoch – wie bereits auch schon die Vorinstanzen – offen.¹⁰⁰

Die von der Klägerin geltend gemachten Pflichtverletzung wurde von ihr damit begründet, dass die Flightlease mit der Teilnahme am Cash-Pool ein enormes liquiditätsmässiges „Klumpenrisiko“ eingegangen sei. Diese Argumentation wurde sowohl von der Vorinstanz als auch vom Bundesgericht abgelehnt. Es fehle dazu an der Haftungsvoraussetzungen eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der möglichen Pflichtverletzung und dem eingeklagten Schaden. Denn nicht das Eingehen eines liquiditätsmässigen „Klumpenrisikos“ habe den Ausfall der geschuldeten Darlehensforderung verursacht, sondern der Konkurs der Poolleaderin an sich.¹⁰¹ Die Vorinstanz erachtete es als äusserst unrealistisch, dass die eingeklagten Organe der stark in den Konzern eingebundenen Tochtergesellschaft Flightlease AG sich der Teilnahme am Cash-Pool hätten entgegensetzen können und dass sich damit die Flightlease AG als Konzerngesellschaft entgegen den Vorgaben der Konzernmutter, der SAirGroup, nicht am Cash Pooling hätte beteiligen können. Ebenso sei auch eine Sicherstellung der Forderungen der Teilnehmergeellschaften gegenüber der Poolleaderin praktisch kaum umsetzbar gewesen. Entsprechend sei auch der Entscheid zur Teilnahme am Cash Pool nicht per se als pflichtwidrig einzustufen.

⁹⁸ Die Nachlassverwalterin machte insbesondere geltend, eine aus einem solchen Ring-fencing eines Teils der bestehenden Gruppe entstehende neue Gebilde, bestehend aus Swissair, Crossair, Flightlease AG und aus den mit diesen Gesellschaften zusammenhängenden Teilen von Swisscargo, SR Technics sowie Swissport, wäre profitabel gewesen und hätte die für ihren Betrieb notwendige Liquidität erwirtschaftet, die nicht via Abführung durch den Cash Pool zur Deckung der Verluste ausländischer Beteiligungsgesellschaften verwendet worden wäre, vgl. BGer 4A_603/2014 E. 8.2.1.1.

⁹⁹ Vgl. Isler/Schmid, 16.

¹⁰⁰ Es wies die Beschwerde bereits aus anderen Gründen ab, vgl. BGer 4A_603/2014 E. 4.2.3.

¹⁰¹ Vgl. BGer 4A_603/2014 E. 6.1.

Weiter wurde von der Klägerin vorgebracht, dass sich die Flightlease mit der fortgesetzten Teilnahme am Cash-Pooling einer übermässigen Gefahr eines Wertverlustes durch einen Ausfall der Darlehensforderung gegenüber der Poolleaderin ausgesetzt habe. Ein umsichtiges bzw. sorgfältiges und damit pflichtgemässes Vorgehen hätte nach Ansicht der Beschwerdeführerin verlangt, die Flightlease AG (zusammen mit der Swissair und allenfalls anderen, das Kerngeschäft führenden Gesellschaften) aus dem bisherigen Gesamtkonzern herauszulösen, d.h. ein Ring-fencing der überlebensfähigen Teile der Gruppe vorzunehmen. Konkret hätte die Flightlease AG ihre finanziellen Verflechtungen zum Konzern möglichst weitgehend abbauen und ihre Vermögenswerte von den Vermögenswerten der finanziell angeschlagenen Konzerngesellschaften isolieren sollen, um damit zu verhindern, dass liquide Mittel der Flightlease AG zur Deckung der Verluste der ausländischen Beteiligungsgesellschaften verwendet würden. Auch in diesem Punkt hatte die Klage keinen Erfolg. Die Vorinstanzen erachteten es wenn schon als Pflicht der Konzernobergesellschaft – und nicht der Organe der Flightlease AG als Tochtergesellschaft, ein Ringfencing zu prüfen und ggf. umzusetzen.¹⁰² Zudem gingen sie davon aus, die Flightlease AG habe sich während der relevanten Zeitperiode ständig in einer Nettoschuldnerstellung gegenüber der SAirGroup befunden, weshalb die eingeklagten Organe in Anbetracht der konkreten Umstände in guten Treuen hätten davon ausgehen dürfen, die Forderungen der Flightlease AG gegenüber dem Cash Pools könnten jederzeit mit den betragsmässig stets höheren Schulden gegenüber der SAirGroup verrechnet werden, weil sich die SAirGroup nicht auf das fehlende Gegenseitigkeitserfordernis berufen, sondern die Verrechnung zulassen würde. Als Konsequenz daraus habe ein übermässiges Wertverlustrisiko praktisch ausgeschlossen werden dürfen. Sowohl eine Besicherung der Forderungen als auch eine Bonitätsprüfung der Poolleaderin oder andere Massnahmen hätten sich angesichts dieser konkreten Umstände erübrigt. Das Bundesgericht billigte diese Argumente und führte zum Vorwurf, die Organe hätten mit ihrem allgemeinen Verhalten nicht das Gesellschaftsinteresse der Flightlease AG, sondern das Konzerninteresse verfolgt, aus, dieser sei viel zu allgemein gehalten und deshalb mangels konkret vorgeworfener Handlungen oder Unterlassungen nicht tauglich, um eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen.¹⁰³

Beurteilt wurde zudem die Frage, ob die Teilnahme am Cash-Pooling ein Geschäftsentscheid darstellte, bei dessen nachträglichen Beurteilung die Gerichte gemäss dem Grundsatz der Business Judgement Rule mit einer gewissen Zurückhaltung an den Sachverhalt heranzugehen haben. Gemäss

¹⁰² BGer 4A_603/2014 E. 8.1.

¹⁰³ Vgl. BGer 4A_603/2014 E. 8.

Bundesgericht sei diese Regel vorliegend jedoch nicht anwendbar, da diese nur in den Situationen Anwendung finde, bei denen eine fehlerhafte Tätigkeit vorgeworfen werde. Auf Fälle, in denen Organe ein pflichtwidriges Unterlassen vorgeworfen wird, finde die Regel hingegen keine Anwendung – es sei denn, das Organ entscheide sich in einem bewussten Entscheidungsprozess für ein absichtliches „Nicht-Handeln“. Ein solches war aber nicht dargestellt worden. Folglich sei eine *freie* Prüfung des Organ-Verhaltens angemessen, wobei auch bei einer freien Prüfung nicht von einer Pflichtverletzung auszugehen sei.¹⁰⁴

6. Gläubigerentschädigung durch Zahlung von fälligen Schulden trotz Krise?

a) Sachverhalt BGer 4A_425/2015/BGE 142 III 23 (SAirGroup)

Durch einen Erwerb von Beteiligungen an ausländischen Fluggesellschaften als Folge der Hunter-Strategie¹⁰⁵ war die Verschuldung des Swissair-Konzerns stark angestiegen. In der Jahresrechnung 2000 wies der SAirGroup-Konzern Verluste in der Höhe von rund CHF 2.9 Mia. aus, die zu einem grossen Teil auf Rückstellungen im Zusammenhang mit den in den Vorjahren erworbenen ausländischen Airline-Beteiligungen zurückzuführen waren. Der Verwaltungsrat der SAirGroup beschloss in der Folge die Aufgabe der Hunter-Strategie und den geordneten Ausstieg aus den ausländischen Airline-Beteiligungen, leitete Devestitionen ein, traf Massnahmen zur Liquiditätssicherung und zog verschiedene Beratungsfirmen zur Unterstützung bei der Sanierung bei. Die finanzielle Lage wurde durch die Terroranschläge in den USA vom 11. September 2001, die zu erheblichen Beeinträchtigungen des Flugverkehrs führten, zunehmend verschärft. Die SAirGroup reichte am 4. Oktober 2001 ein Gesuch um Nachlassstundung ein. Dieses wurde am Folgetag provisorisch bewilligt. Seit 2003 befand sich die SAirGroup in Nachlassliquidation.

In der Zeit vor der Einreichung des Nachlassstundungsgesuchs leistete die SAirGroup verschiedene Zahlungen an Dritte. Die Nachlassmasse der SAirGroup erhob im Zusammenhang mit diesen Zahlungen beim Handelsgericht Zürich im Jahr 2012 eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Beklagten wegen *Gläubigerbegünstigung* in einem Betrag von rund CHF 135 Mio.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Vgl. BGer 4A_603/2014 E 7.1.1 f.

¹⁰⁵ Vgl. dazu bspw. BILANZ.

¹⁰⁶ Vgl. dazu umfassend Isler/Schmid, 18 f.

b) *Würdigung des Bundesgerichts*

Zentral war bereits vor der Vorinstanz die Frage, ob überhaupt ein Schaden im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts vorlag. Von den Beklagten wurde vorgebracht, dass zwischen der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ein wesentlicher Unterschied liege. Der relevante Schaden in einer Verantwortlichkeitsklage bestimmt sich in der negativen Veränderung des Gesellschaftsvermögens. Die für die paulianische Anfechtung relevante Gläubigerschädigung sei hingegen eine objektive Schädigung der Gläubiger durch eine Beeinträchtigung der Aktiven der Gesellschaft.¹⁰⁷ Sofern die Gesellschaft in einer Krisensituation fällige Schulden bezahlt, kommt es zu keiner Verminderung des Nettovermögens der Gesellschaft.¹⁰⁸ Das Bundesgericht stützte die Ansicht der Vorinstanz und anerkannte, dass im Rahmen der erhobenen Verantwortlichkeitsklage kein relevanter Schaden der Gesellschaft durch eine negative Veränderung des Gesellschaftsvermögens substantiiert wurde.¹⁰⁹

Dem Bundesgericht bot sich in dieser Entscheidung die Möglichkeit, sich zu einer bereits ergangenen Entscheidung, dem „Raichle-Entscheid“, zu äussern und diesen Entscheid zu relativieren.¹¹⁰ Im Rahmen des Raichle-Entscheids wurde vom Bundesgericht der Konkursverwaltung eine Aktivlegitimation zugesprochen.¹¹¹ Mit anderen Worten steht es gemäss dem Raichle-Entscheid der Konkursverwaltung zu, einen Schaden, der den Gläubigern durch eine Verminderung des Verwertungssubstrates entstanden war, im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die fehlbaren Organe geltend zu machen. Dies unabhängig davon, ob bei der Gesellschaft bzw. der Konkursmasse eine Vermögensverminderung vorlag. Diese restriktive Anwendung der Aktivlegitimation von Gläubigerschäden im Konkurs sei gemäss BGer mittlerweile überholt.¹¹² Es rechtfertige sich deshalb nicht mehr, einer Konkursmasse die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des ausschliesslich den Gläubigern entstandenen Schadens zuzugestehen. Die Beschwerdeführerin als Nachlassmasse sei deshalb nicht aktivlegitimiert, den von ihr eingeklagten Schaden, lediglich bestehend aus einer Verminderung des Wertesubstrates mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane geltend zu machen.¹¹³

¹⁰⁷ Vgl. HG ZH HG120137-O vom 1. Juli 2015 E. 5.4.1 m.w.H.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Isler/Schmid, 19 f.

¹⁰⁹ Vgl. BGer 4A_425/2015 E. 6; dazu umfassend Baum/von der Crone, 232 ff.

¹¹⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C_29/2000 vom 19. September 2000.

¹¹¹ Vgl. BGer 5C_29/2000 E. 4b/c.

¹¹² BGE 142 III 23 E. 4.2 S. 28 f.

¹¹³ BGE 142 III 23 E. 4.2 f S. 28 ff.

Literatur

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Baum Oliver/von der Crone Hans Caspar, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232 ff.
- BILANZ, Der Niedergang der Swissair: „Hunter“ – der Flug ins Abseits, Bilanz vom 31. Dezember 2001, <<https://www.handelszeitung.ch/panorama/der-niedergang-der-swissair-hunter-der-flug-ins-abseits>>.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009.
- Druey Jean Nicolas, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015, 64 ff.
- Druey Jean Nicolas/Vogel Alexander, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.
- EXPERTSuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR, abrufbar unter <https://www.expertsuisse.ch/mm/QA_Beurteilung_konzerninterner_Finanzierung_Cash_Pooling_und_Art_680_OR_12-2014.pdf>.
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, Ausgewählte Bemerkungen zum Urteil HG130015-O des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Januar 2014, GesKR 2014, 264 ff. (zit. Glanzmann/Markus, Cash Pooling).
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, Praktische Auswirkungen des Urteils BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, Der Schweizer Treuhänder 2015, 131 ff. (zit. Glanzmann/Markus, Cash Pools).
- Hess Harald, Sanierungshandbuch, 6. A., Köln 2013.
- Isler Peter/Schmid Ernst, Erfahrungen aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen, in: Sethe Rolf/Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Verantwortlichkeitsprozesse, Tagungsband 2020, Zürich 2020, 9 ff.
- Jung Marcel R., Up- und cross-stream Darlehen im Konzern, Analyse des aktienrechtlichen Urteils des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014 (BGE 140 III 533) im Lichte des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes im Schweizer Aktienrecht, GesKR 2016, 22 ff.
- Kunz Peter V., Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016 (zit. Kunz, Konzernrecht).
- Kunz Peter V., Konzernhaftungen, in: Klass Susanne/Fleischer Holger/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, Tübingen 2014, 49 ff. (zit. Kunz, Konzernhaftung).
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018.

- NZZ, Staatsanwaltschaft zieht SAirGroup-Urteile nicht weiter, NZZ vom 7. September 2007, <https://www.nzz.ch/swissair_sairgroup_prozess_keine_berufung-ld.431737?reduced=true> (zit. NZZ, SAirGroup-Urteile).
- NZZ, Systors Fall auch ein „Fall UBS“, NZZ vom 10. Dezember 2002, <<https://www.nzz.ch/article8KIRB-ld.1210488?reduced=true>> (zit. NZZ, UBS).
- NZZ, Wahl eines Liquidators für die Syster AG, NZZ vom 19. Juli 2003 <<https://www.nzz.ch/article8ZIFW-ld.264633?reduced=true>> (zit. NZZ, Syster AG).
- Rauber Martin, Unsicherheiten bei konzerninternen Darlehen: Folgen des Swisscargo-Entscheids, TREX 2015, 23 ff.
- Schürpf Thomas, Baufirma Meier und Jäggi am Ende, NZZ vom 3. September 2002, <<https://www.nzz.ch/newzzD5ME0MY3-12-ld.222937?reduced=true>>.
- Vogel Alexander, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss. St. Gallen 1997 (= SSPHW 51) (zit. Vogel, Haftung der Muttergesellschaft).
- Vogel Alexander, Unternehmens(ver)käufe in der Krise, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich 2017, 197 ff. (zit. Vogel, Unternehmens(ver)käufe).
- Vogel Alexander/Küpfer Daniel, Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 65 ff.
- Von Büren Roland, Schweizerisches Privatrecht, VIII/6, Der Konzern, 2. A., Basel/Genf 2005.

Arbeitsrecht im Konzern: neuere Tendenzen in Rechtsprechung und Praxis

Thomas Geiser*

Inhalt

I.	Grundlagen: Konzerngesellschaften als selbständige juristische Personen	149
1.	Folgen für Einzelarbeitsvertrag	150
2.	Folgen bei Gesamtarbeitsverträgen	152
3.	Anwendbares Recht im internationalen Konzern	152
II.	Personalverleih im Konzern	154
III.	Einzelfragen	156
1.	Treuepflicht und Haftung	156
a)	Ausgangslage	156
b)	Haftung des Arbeitnehmers	156
c)	Haftung der Arbeitgeberin	160
2.	Betriebsübergang im Konzern	161
3.	Kündigung	163
a)	Ausübung des Kündigungsrechts	163
b)	Massenentlassungen	164
aa)	Mitwirkungsrecht	165
bb)	Sozialplan	166
4.	Konkurrenzverbot	169
5.	Tariffähigkeit	170
6.	Normative Wirkung des GAV	171
IV.	Folgerungen	173
	Literaturverzeichnis	173

I. Grundlagen: Konzerngesellschaften als selbständige juristische Personen

Der Konzern ist bekanntlich im schweizerischen Recht nicht wirklich definiert. Allerdings bestehen die Differenzen mehr in den Nuancen als im Grundsätzlichen. Heute kann man den Konzern als eine Mehrzahl selbständiger juristischer Personen unter dem Dach einer Muttergesellschaft umschreiben. Das

* Schriftliche Fassung eines an einer Tagung des Europa Instituts Zürich am 8. September 2020 gehaltenen Vortrages.

„Dach“ bedeutet nach der neueren Umschreibung nicht mehr eine einheitliche Leitung, sondern eine einheitliche Kontrolle. Die Unterscheidung ist allerdings nicht von grosser Bedeutung. Es geht um die Beherrschung.¹ Zu beachten ist zudem, dass eine einheitliche Konzerndefinition weder möglich noch sachlich sinnvoll ist. Wie bei vielen anderen Erscheinungen des Wirtschaftslebens ist es auch hier sinnvoll, die Definition je nach zu beurteilender Rechtsfrage auch etwas anders zu fassen. Nachfolgend verstehe ich unter einem Konzern die Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften durch eine (andere) Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung.²

Im vorliegenden Zusammenhang hat zentrale Bedeutung, dass der Konzern selber keine juristische Person ist, sondern sich aus einer Mehrzahl juristisch selbständiger Gesellschaften oder Anstalten zusammensetzt. Von daher ist er eine Sachmehrheit. Das Ganze ist aber mehr als bloss seine Teile. Überdies durchbricht der Konzern in einem gewissen Masse den Grundsatz der Unveräusserlichkeit seiner Handlungsfreiheit,³ indem die einzelnen Konzerngesellschaften materiell, nicht aber formell ihre Entscheidungsfreiheit der Konzernmutter abtreten. Das hat namentlich auch im Arbeitsrecht folgen.⁴

1. Folgen für Einzelarbeitsvertrag

Mangels eigener Rechtspersönlichkeit kann der Konzern als solcher in aller Regel nicht Arbeitgeberin sein.⁵ Diese Stellung kommt immer nur einer (oder mehreren) einzelnen Konzerngesellschaft(en) zu.⁶ Für das Arbeitsrecht ergeben sich Besonderheiten aus der Konzernleitungspflicht, bzw. dem Konzernleitungsrecht.⁷ Sie haben zur Folge, dass die Konzernmutter den Organen der Konzerntochter und damit unter Umständen – direkt oder indirekt – den leitenden Angestellten dieser Unternehmung Weisungen erteilt. Daraus ergibt sich die Frage, *welche Konzerngesellschaft nun eigentlich Arbeitgeberin* ist.⁸ Gemäss Art. 18 OR kann dabei weder bloss auf die Parteibezeichnungen in einem

¹ Art. 963 des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220); vgl. zum Ganzen: Druey/Just/Glanzmann, § 1, N 95 ff.; Nobel, § 10, N 17 ff.

² von Büren, 13; Handschin, 30.

³ Art. 27 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

⁴ Vgl. Geiser/Müller/Pärli, N 143a ff.

⁵ Wyler/Heinzer, 71; eine Ausnahme ist dann zu möglich, wenn die Konzerngesellschaften gemeinsam als einfache Gesellschaft auftreten.

⁶ Dallèves, 616; Schildknecht, 30.

⁷ Handschin, 109 ff.; von Büren, 54 ff.

⁸ Vgl. Windbichler, 67 ff.; Schildknecht, 31.

allfälligen schriftlichen Arbeitsvertrag abgestellt werden.⁹ Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Arbeitnehmer Arbeitsverträge mit mehreren Konzerngesellschaften gleichzeitig eingegangen ist, sogar bezüglich der gleichen Arbeitsleistung. Besonderheiten ergeben sich auch, wenn der Arbeitnehmer nicht in jener Konzerngesellschaft arbeitet, von der er auch angestellt worden ist. Schliesslich wandelt sich auch der Einsatz eines Arbeitnehmers im Konzern während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, sei es, dass dies von Anfang an geplant war, oder dass sich dies erst im Laufe der Zeit aufgrund veränderter Umstände ergab. Dann fragt sich, ob über die verschiedenen Tätigkeiten ein einheitliches Arbeitsverhältnis vorliegt¹⁰ und ob dieses von einem einheitlichen Arbeitsvertrag beherrscht wird, oder ob mit der Änderung des Tätigkeitsfeldes auch eine andere Konzerngesellschaft Arbeitgeberin geworden ist.

Wer innerhalb des Konzerns Arbeitgeberin ist, hat für eine Vielzahl von Fragen Bedeutung. Es nicht nur um die Aktiv- und Passivlegitimation im Falle eines Prozesses. Vielmehr lassen sich auch die gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht ohne Bestimmung der Arbeitgeberin festlegen. Die Treuepflicht besteht der formellen Arbeitgeberin gegenüber. Ebenso steht ihr grundsätzlich das Weisungsrecht zu. Von Bedeutung ist der formelle Arbeitgeber auch im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten und der Verschwiegenheitspflicht sowie der Ausübung von Gestaltungsrechten.

In der Praxis kommen sehr verschiedene Konstruktionen vor. Namentlich bei Kadermitarbeitern, welche im Laufe ihrer Karriere in verschiedenen Gesellschaften eingesetzt werden sollen, sind überschneidende Vertragsverhältnisse häufig. Sei es, dass ein Rahmenvertrag mit der Konzernmutter und einzelne Arbeitsverträge für die jeweils beschränkte Zeit des Einsatzes bei einer Tochter vorgesehen sind oder parallel Anstellungsverhältnisse mit mehreren Gesellschaften bestehe. Aber auch bei Arbeitnehmenden, die nur für eine Konzerngesellschaft tätig sind, kommen *unterschiedliche Ausgestaltungen der Anstellung* vor:¹¹

- Es gibt Konzerne, bei denen jede Tochtergesellschaft ihre eigenen Arbeitnehmer anstellt, während die Konzernmutter selber praktisch keine Angestellten hat, weil sie sich auf die Leitung beschränkt. Formell ist dann *jede Tochter* für ihre Arbeitnehmer *selber Arbeitgeberin*.

⁹ A.M. Schildknecht, 31.

¹⁰ In diesem Sinne BGE 112 II 51; vgl. Dallèves, 617; Windbichler, 71 ff.; Schildknecht, 31.

¹¹ Vgl. Geiser/Müller/Pärl, N 143c.

- In anderen Konzernen sind alle Anstellungen bei der Mutter konzentriert, obgleich die einzelnen Arbeitnehmer in den Tochtergesellschaften tätig sind. *Formelle Arbeitgeberin ist dann aber die Konzernmutter.*
- Schliesslich kann der Konzern das gesamte Humankapital einer speziellen Tochter zugewiesen haben. Diese schliesst dann für alle Konzernmitarbeiter die Arbeitsverträge ab. Formell ist dann *ausschliesslich eine Tochtergesellschaft Arbeitgeberin.*

2. Folgen bei Gesamtarbeitsverträgen

Aus der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernglieder (Konzerngesellschaften) folgt, dass es auch für die Feststellung der Kollektiv-Arbeitsrechtsbeziehungen in einem Konzern entscheidend darauf ankommt, welches Konzernglied durch welches Rechtsgeschäft in den Anwendungsbereich eines GAV gelangt ist oder gelangen könnte.

Damit wird entscheidend, welche Konzerngesellschaften, bzw. welche Betriebe des Konzerns in den Anwendungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages fallen. Für die Anwendbarkeit eines GAV ist dann allerdings nicht nur entscheidend, ob die entsprechende Gesellschaft formell Arbeitgeberin ist. Gewisse gesamtarbeitsvertragliche Regelungen sind auch auf Leiharbeitnehmer anwendbar, wenn der Einsatzbetrieb dem GAV untersteht.¹² Zudem gilt für den Personalverleih ein allgemeinverbindlich erklärter GAV.

3. Anwendbares Recht im internationalen Konzern

Die Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer richtet sich einerseits nach dem IPRG und andererseits nach dem Lugano-Übereinkommen. Gemäss Art. 115 IPRG sind im Allgemeinen die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Arbeitsort zuständig. Das Gesetz gewährt dem Arbeitnehmer zusätzlich ein Forum an seinem schweizerischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt. In die Schweiz entsandte Arbeitnehmer können zudem bezüglich der während der Entsendung auf die Arbeitsleistung anzuwendenden Arbeits- und Lohnbedingungen auch in der Schweiz klagen, selbst wenn weder sie noch die Arbeitgeberin in der Schweiz wohnt und auch die Arbeit gewöhnlich nicht in der Schweiz er-

¹² Art. 20 des Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11).

bracht wird.¹³ Im Ausland ergangene Entscheide werden anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts des Beklagten ergangen sind.¹⁴ Für Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag werden mangels eines Schweizer Wohnsitzes des Arbeitnehmers auch Entscheide am Arbeits- oder Betriebsort anerkannt.¹⁵

Während die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer grundsätzlich nur an dessen Wohnsitz verklagen darf,¹⁶ steht dem Arbeitnehmer gemäss dem *Lugano-Übereinkommen* auch ein Forum am Ort offen, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.¹⁷ Sofern der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet, kann vor dem Gericht des Ortes geklagt werden, an dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Schliesslich beschränkt Art. 21 LugÜ die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bei Individualarbeitsverträgen auf den Zeitpunkt nach Entstehung der Streitigkeit, soweit damit nicht dem Arbeitnehmer weitere Gerichtsstände eingeräumt werden.

Grundsätzlich untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.¹⁸ Verrichtet er seine Arbeit aber gewöhnlich in mehreren Staaten, so kommt das Recht der Niederlassung oder subsidiär des gewöhnlichen Aufenthalts der Arbeitgeberin zur Geltung.¹⁹ Die Rechtswahlmöglichkeiten sind eingeschränkt auf das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.²⁰ Damit ist insbesondere die Wahl des Staates, in dem die Konzernmutter ihren Sitz hat, nicht möglich, wenn sie nicht Arbeitgeberin ist.

Namentlich öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutzbestimmungen und Normen von Gesamtarbeitsverträgen kommen allerdings als *lois d'application immédiate* auf die Arbeit in der Schweiz auch zur Anwendung, wenn das Ar-

¹³ Art. 115 Abs. 3 des Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291).

¹⁴ Art. 149 Abs. 1 IPRG.

¹⁵ Art. 149 Abs. 2 lit. c IPRG.

¹⁶ Art. 20 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12).

¹⁷ Art. 19 LugÜ.

¹⁸ Art. 121 Abs. 1 IPRG.

¹⁹ Art. 121 Abs. 2 IPRG.

²⁰ Art. 121 Abs. 3 IPRG.

beitsverhältnis ausländischem Recht untersteht.²¹ Wenig geklärt ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen Bestimmungen des ArG zur Anwendung gelangen können, wenn das Arbeitsverhältnis schweizerischem Recht untersteht, die Arbeit aber im Ausland verrichtet wird.²² Zu beachten ist schliesslich, dass für Anxfragen, wie die sozialversicherungsrechtliche oder steuerrechtliche Behandlung des Arbeitsverhältnisses andere Anknüpfungsregeln gelten als für das Arbeitsvertragsrecht.

Bezüglich internationalen Konzernen hat die geltende Regelung den Nachteil, dass es nicht möglich ist, in einem Konzern alle Arbeitnehmer dem gleichen Recht zu unterstellen, wenn Konzerngesellschaften in verschiedenen Staaten als Arbeitgeberinnen auftreten. Aus verschiedenen Gründen ist es aber in der Regel notwendig lokale Arbeitsverträge abzuschliessen, wenn jemand längere Zeit in einer Tochtergesellschaft in einem anderen Land tätig ist. Von daher ist es kaum je möglich, alle über die Welt verstreuten Mitarbeiter ausschliesslich bei einer Konzerngesellschaft anzustellen. Das macht die Aufgabe der HR-Verantwortlichen in einem Konzern äusserst komplex.

II. Personalverleih im Konzern

Wesenselement des Personalverleih ist, dass eine Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer an ein anderes Unternehmen *ausleiht*. Dabei überträgt die Temporärfirma als Arbeitgeberin der Kundenfirma als Einsatzbetrieb ein Weisungsrecht gegenüber dem ausgeliehenen Arbeitnehmer. Gleichzeitig verpflichtet sich der Arbeitnehmer die Weisungen des Einsatzbetriebes zu befolgen. Beim Personalverleih werden ausschliesslich einzelne Rechte aus dem Vertrag auf den Einsatzbetrieb übertragen, nicht aber das Arbeitsverhältnis. Während die Übertragung des Arbeitsverhältnisses in den Art. 333 Abs. 1 bis 3 OR geregelt ist, findet sich im Arbeitsvertragsrecht nur in Art. 333 Abs. 4 OR eine Regelung für den Personalverleih.²³ Dieser Art der Arbeitsverhältnisse ist vielmehr ein eigenes Gesetz gewidmet, das AVG. Entscheidend beim Personalverleih ist, dass die Temporärfirma nicht die Dienstleistung erbringt, sondern nur einen Arbeitnehmer ausleiht, der dann unter der Leitung des Einsatzbetriebes die

²¹ Art. 18 IPRG; Schwander, N 512. Für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber in Art. 2 des Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, EntsG, SR 823.20) gewisse arbeitsrechtliche Regelungen ausdrücklich als *lois d'application immédiate* bestimmt.

²² Vgl. dazu: Geier/Müller/Pärli, N 72a ff. und Geiser, Anwendungsbereich, 25 ff.

²³ Carruzzo, Art. 333 OR, N 8; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 OR, N 21.

entsprechende Arbeit leistet. Damit ist die Temporärfirma in keiner Weise für die Qualität oder gar den Erfolg der Dienstleistung verantwortlich. In der Regel versteht sie von dieser Tätigkeit gar nichts. Sie übernimmt höchstens eine Verantwortung für die sorgfältige Auswahl des Arbeitnehmers. Der Personalverleih darf nicht mit der Entsendung eines Arbeitnehmers verwechselt werden.²⁴ Bei der Entsendung bleibt das Weisungsrecht bei der entsendenden Arbeitgeberin und geht nicht auf den Einsatzbetrieb über.²⁵

Der Personalverleih ist ein Rechtsinstitut, das sich für das Personalwesen eines Konzerns äusserst eignet. Arbeitnehmer werden häufig in einer anderen Konzerngesellschaft eingesetzt als jener, die ihre formelle Arbeitgeberin ist. Dabei sind alle drei Formen des Personalverleihs anzutreffen.²⁶ Bei der *Temporärarbeit* ist der Zweck und die Dauer des Arbeitsvertrages auf einen einzelnen Einsatz bei einem Einsatzbetrieb beschränkt. Für Konzerne von grosser Bedeutung ist die *Leiharbeit*, bei welcher der Zweck des Arbeitsvertrages hauptsächlich im Überlassen des Arbeitnehmers an Einsatzbetriebe liegt, wobei die Dauer des Arbeitsvertrages von den einzelnen Einsätzen bei Einsatzbetrieben unabhängig ist. Schliesslich gibt es auch noch das *gelegentliche Überlassen*. Hier handelt es sich um einen gewöhnlichen Arbeitsvertrag und die Parteien vereinbaren im Sinne von Art. 333 Abs. 4 OR, dass die Arbeitgeberin nur ausnahmsweise das Weisungsrecht für eine beschränkte Zeit einem Einsatzbetrieb überlassen kann. Für die Temporärarbeit und die Leiharbeit bedarf die Arbeitgeberin gemäss AVG grundsätzlich einer Bewilligung.²⁷ Beim Verleih ins Ausland sind weitere Einschränkungen zu beachten.²⁸ Ein Verleih aus dem Ausland in die Schweiz ist verboten.²⁹ Das gilt auch für Betriebe mit Sitz in EU/EFTA-Staaten.³⁰ Zu beachten ist auch, dass der Arbeitsvertrag beim Personalverleih der Schriftform unterliegt, was auch für den Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb gilt.³¹ Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb besteht demgegenüber kein Vertrag.³²

²⁴ Zur Unterscheidung vgl. insb. Wyler/Heinzer, 1163 f.

²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a EntsG; Pärli, Einl. N 24 ff.; SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz vom 15. Januar 2007, S. 148.

²⁶ Art. 27 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV, SR 823.111).

²⁷ Art. 12 f. AVG.

²⁸ Art. 15 sowie 21 AVG.

²⁹ Art. 12 Abs. 2 AVG.

³⁰ Greub, N 15.72; Wyler/Heinzer, 1163 f.; Pärli, Einl., N 29.

³¹ Art. 19 AVG und 22 AVG; zur Anwendbarkeit von Gesamtarbeitsverträgen vgl. Art. 20 AVG.

³² Geiser/Müller/Pärli, N 192a.

Diese Regeln gelten grundsätzlich auch für den Personalverleih innerhalb eines Konzerns.³³ Weder im Gesetz noch in der Verordnung bestehen Sonderregeln. Das SECO nimmt in seiner Weisung zum Arbeitsvermittlungsgesetz den Konzerninternen Personalverleih allerdings ausdrücklich von der Bewilligungspflicht aus, weil dort die spezifischen Gefahren des Personalverleihs nicht bestünden.³⁴ Allerdings besteht dafür weder im Gesetz noch in der Verordnung eine Rechtsgrundlage. Demgegenüber kann es sich für die Ausnahme der Bewilligungspflicht bei der Personalvermittlung auf Art. 6 Bst. b AVV abstützen.³⁵ Das bedeutet nun wohl konkret, dass ein Verleih Konzernintern ohne Bewilligung zulässig ist, solange die verleihende Gesellschaft, d.h. die Arbeitgeberin, ihren Sitz in der Schweiz hat. Allerdings ist die Haltung des SECO alles andere als klar. In einer Stellungnahme aus dem Jahre 2017 hält es fest, dass nur ausnahmsweise der konzerninterne Personalverleih bewilligungsfrei sei. Die Praxis ist damit alles andere als klar. Sicher ist aber, dass der Verleih aus schweizerischer Sicht – auch ins Ausland erfolgen kann. Demgegenüber ist der Verleih in eine Schweizerische Konzerngesellschaft nicht zulässig, wenn die formelle Arbeitgeberin ihren Sitz im Ausland hat.

III. Einzelfragen

i. Treuepflicht und Haftung

a) Ausgangslage

Die Haftung im Konzern ist eine komplexe und teilweise sowohl in Rechtsprechung wie auch in der Lehre breit abgehandelte Fragestellung. Auf alle diese Besonderheiten kann im Folgenden nicht eingegangen werden. Ich beschränke mich auf die für das Arbeitsverhältnis spezifischen Punkte. Dabei steht die vertragliche Haftung im Vordergrund. Wie noch zu Zeigen sein wird, kann aber sehr wohl auch die ausservertragliche Haftung wenigstens subsidiär von Bedeutung sein.

b) Haftung des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt.³⁶ Das Mass der Haftung trägt dann den Be-

³³ Geiser/Müller/Pärli, N 192b; Greub, N 15.83.

³⁴ SECO, Weisung, S. 147; Greub, N 15.84.

³⁵ SECO, Weisung, S. 21.

³⁶ Art. 321e Abs. 1 OR.

sonderheiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses Rechnung,³⁷ was allerdings am Grundsatz der Haftung nichts ändert. Wie bei jeder vertraglichen Haftung muss neben dem Schaden eine für diesen kausale Vertragsverletzung vorliegen und das Verschulden wird vermutet. Insoweit gibt es keine Besonderheiten.

Aktivlegitimiert, um den Schadenersatz geltend zu machen, ist die Vertragspartnerin, d.h. die Arbeitgeberin. Sie muss auch den Schaden erlitten haben; eine Drittschadensliquidation kennt das schweizerische Haftpflichtrecht höchstens in Ausnahmefällen. Bei Konzernverhältnissen kann darin eine Schwierigkeit liegen. Dabei ist zu unterscheiden: Der Schaden kann bei einer anderen Konzerngesellschaft eingetreten sein, obgleich der Arbeitnehmer überhaupt nicht bei dieser Tätig ist. Es handelt sich um einen echten Schaden eines Dritten. Die Arbeitgeberin hat unter Umständen gar keinen Schaden erlitten, namentlich wenn eine Schwestergesellschaft den Schaden erlitten hat. Geschädigt ist dann eventuell auch die Konzernmutter, nicht aber die Konzerntochter, bei der der Arbeitnehmer beschäftigt ist. Anders verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer der geschädigten Konzerngesellschaft ausgeliehen war. Beim Personalverleih liegen zwei Verträge vor – einer zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer und einer zwischen der Arbeitgeberin und dem Einsatzbetrieb³⁸ – die beide eine Komponente eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter haben: Der Einsatzbetrieb verspricht der Verleiherin zu Gunsten des Arbeitnehmers die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht einzuhalten und der Arbeitnehmer verspricht der Arbeitgeberin zu Gunsten des Einsatzbetriebes diesem gegenüber die Treue- und Sorgfaltspflicht zu wahren. Damit kann der Einsatzbetrieb bei einer Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten durch den Arbeitnehmer gegen diesen aus Vertrag auf Schadenersatz klagen.

Ein besonderes Problem kann sich dadurch ergeben, dass durch das Verhalten des Arbeitnehmers ein Schaden bei seiner Arbeitgeberin eintritt, der aber gleichzeitig zu *einem Gewinn in einer anderen Konzerngesellschaft* führt. Zu denken ist beispielsweise an die Verschiebung von Kapital von einer Konzerngesellschaft in eine andere, ohne Rechtsgrund.³⁹ Das kann aus Bilanzästhetischen Gründen vorkommen. Grundsätzlich kann sich diesfalls der Arbeit-

³⁷ Art. 321e Abs. 2 OR; vgl. Geiser/Müller/Pärli, N 466 ff.

³⁸ Ersterer ist ein Arbeitsvertrag, letzterer ist ein Verleihvertrag.

³⁹ Vgl. BGE 130 III 213.

nehmer gegenüber seiner Arbeitgeberin nicht auf den Gewinn des Dritten berufen⁴⁰, soweit diesbezüglich nicht Weisungen seiner eigenen Arbeitgeberin vorliegen. Er haftet folglich für den Schaden.

Die vertragliche Haftung des Arbeitnehmers setzt eine *Vertragsverletzung* voraus. In aller Regel handelt es sich um eine Verletzung der Treue- oder Sorgfaltspflichten. Auch im Konzern besteht die Treue- und Sorgfaltspflicht aber grundsätzlich⁴¹ nur gegenüber der Arbeitgeberin und nicht auch gegenüber anderen Konzerngesellschaften.⁴² Allerdings lässt sich im Arbeitsvertrag umschreiben, wessen Interessen der Arbeitnehmer zu wahren hat. Der Arbeitsvertrag kann sehr wohl auf die Interessen einer anderen Gesellschaft als der Arbeitgeberin ausgerichtet werden. Das ist aber nicht zu vermuten.

Häufig ist der von der Konzernmutter angestellte Arbeitnehmer *gleichzeitig Organ in der Tochtergesellschaft*, in der er tätig ist. Dann besteht ein schuldrechtliches Doppelverhältnis,⁴³ auf das sowohl die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts wie auch jene des Gesellschaftsrechts anwendbar sind.⁴⁴ Die beiden Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinanderzuhalten, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen. Insbesondere beeinflusst die aus der Organstellung fließende Treuepflicht die Frage, wie die betroffene Person ihre Rechte aus dem vertraglichen Verhältnis gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen darf und kann.⁴⁵ Im konkreten Fall ist damit immer zu untersuchen, ob sich die Treuepflicht nach arbeitsrechtlichen oder nach gesellschaftsrechtlichen Massstäben richtet. Von einem Arbeitnehmer wird nicht notwendigerweise das gleiche Mass an Treue verlangt wie von einem Organ einer juristischen Person.⁴⁶ Besteht das Arbeitsverhältnis zu einer anderen Konzerngesellschaft als jener, in der der Arbeitnehmer Organstellung hat, stellt sich für den Arbeitnehmer die Frage, wessen Interessen er wahrzunehmen hat. Durch den Arbeitsvertrag ist der Arbeitnehmer gegenüber der Muttergesellschaft zur Treue verpflichtet. Als Organ der Tochter muss er dann aber deren Interessen wahrnehmen. Diese Interessen können ohne weiteres in Widerspruch geraten. Eine Verletzung seiner Treuepflicht gegenüber der Tochtergesellschaft, deren Organ er ist, kann er nicht mit dem Argument der Treuepflicht gegenüber der Mutter rechtfertigen. Es ist von daher ohne weiteres möglich, dass er als Or-

⁴⁰ Analog zum Fehlen einer Drittschadensliquidation.

⁴¹ Vorbehalten ist der Personalverleih; siehe dazu oben [II](#).

⁴² BGE 130 III 213 E. 2.2 S. 217 ff.; Wüst, 37.

⁴³ BGE 123 III 129 E. 3a S. 132 f.; 128 III 129, E. 1a S. 131 ff.; Müller/Lipp/Plüss, 45 ff.

⁴⁴ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 2.11. und 3.52.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 1999, Pra 89/2000 Nr. 50, S. 285 ff.

⁴⁶ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.53.

gan wegen einer Treuepflichtverletzung haftet, wenn er sich für die Interessen der Muttergesellschaft entschieden hat. Entscheidet er sich demgegenüber zu Gunsten der Interessen der Tochter, deren Organ er ist, so ist zu differenzieren⁴⁷:

- Die Mutter wird ihn aus Arbeitsvertrag in aller Regel nicht haftbar machen können, weil sie ja mit dem Delegieren als Organ der Tochter bewusst diesen Interessenkonflikt in Kauf genommen hat.
- Allerdings besteht die Möglichkeit, dass sie im Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer auf die Wahrung ihrer Interessen im Konflikts Fall verpflichtet und sich bereit erklärt, ihn bei einer allfälligen Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft oder deren Gläubiger schadlos zu halten. Aufgrund einer solchen vertraglichen Vereinbarung kann die Muttergesellschaft den Arbeitnehmer haftbar machen, wenn er sich für die Wahrung der Interessen der Tochtergesellschaft und gegen die Interessen seiner Arbeitgeberin entschieden hat.
- Eine solche Vereinbarung muss allerdings ihre Grenze dort finden, wo die Verletzung der Interessen der Tochter einen Straftatbestand erfüllen würde. Dann ist nämlich die entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung rechtswidrig und damit ungültig. Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten können sich ergeben, wenn das Verhalten nicht nach schweizerischem, sondern nur nach ausländischem Recht strafbar ist. Dann muss geprüft werden, ob es dem Arbeitnehmer zuzumuten ist, sich in jenem Land strafbar zu machen oder nicht.

In jedem Fall sollte im *Arbeitsvertrag mit der Mutter geregelt werden*, wie ein entsprechender Interessenkonflikt zu lösen ist. Das gilt auch bezüglich des Weisungsrechts. Träger des Weisungsrechts ist gemäss Art. 321d Abs. 1 OR die Arbeitgeberin. Die Ausübung dieses Rechts kann delegiert werden. In Konzernen stellt sich häufig die Frage, ob nun die Organe der Muttergesellschaft führenden Angestellten, die in einer Tochtergesellschaft tätig sind, Weisungen erteilen dürfen, oder ob dafür die Organe der Tochtergesellschaft zuständig sind.⁴⁸ Besteht auch das Anstellungsverhältnis ausschliesslich zur Tochter und hat diese das Weisungsrecht nicht an die Konzernmutter delegiert, kann einem Arbeitnehmer somit aufgrund der Missachtung einer Weisung der Konzernmutter nicht fristlos gekündigt werden. Dies entschied das Bundesgericht in einem Fall, in dem auf Grund einer Umstrukturierung eine Konzerntochtergesellschaft in der Schweiz aufgelöst worden war. Deren Direktor, der von der Tochtergesellschaft angestellt war, erhielt die Weisung von der Konzernmutter, sich am Sitz der Muttergesellschaft dieser zur Verfügung zu halten. Er be-

⁴⁷ Vgl. Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.55.

⁴⁸ Vgl. Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.57 ff.

folgte diese Weisung nicht. Darauf wurde er von der Tochtergesellschaft fristlos entlassen. Das Bundesgericht erachtete nun aus den genannten Gründen die fristlose Kündigung für nicht gerechtfertigt.⁴⁹

c) *Haftung der Arbeitgeberin*

Die Haftung der Arbeitgeberin ist im Arbeitsvertragsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Vielmehr ist auf die allgemeinen vertraglichen Haftpflichtnormen zurückzugreifen.⁵⁰ Spiegelbildlich zur Arbeitnehmerhaftung greift auch hier die vertragliche Haftung nur gegenüber derjenigen Konzerngesellschaft, die als Vertragspartnerin, d.h. als Arbeitgeberin, auftritt.

Neben den verschiedenen Tatbeständen der Konzernhaftung, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, sind die Besonderheiten beim *Personalverleih* zu beachten. Wie bereits ausgeführt, ist die Besonderheit beim Personalverleih, dass der Verleihvertrag zwischen der Arbeitgeberin und dem Einsatzbetrieb ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter ist.⁵¹ Der Einsatzbetrieb verspricht der Arbeitgeberin zu Gunsten des Arbeitnehmers, die arbeitsvertraglichen Fürsorgepflichten gemäss dem zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrag einzuhalten. Verletzt der Einsatzbetrieb diese und entsteht dem Arbeitnehmer daraus ein Schaden, kann er gegen den Einsatzbetrieb Haftungsansprüche *aus dem Verleihvertrag* geltend machen.⁵² Auch wenn der Einsatzbetrieb in keiner vertraglichen Beziehung zum Arbeitnehmer steht, bezeichnen Lehre und Rechtsprechung diese Situation als quasivertragliches Verhältnis⁵³. Es handle sich um ein Rechtsverhältnis, welches in gewisser Weise so behandelt wird, als ob ihm ein gültiger Vertrag zu Grunde läge⁵⁴.

Neben der vertraglichen Haftung besteht aber auch eine *Haftung auf Grund des Arbeitsgesetzes*.⁵⁵ Bezüglich den Pflichten, alles Notwendige zur Unfallvermeidung beizutragen, hält dies die Verordnung über die Unfallverhütung ausdrücklich fest.⁵⁶ Das ArG richtet sich mit seinen Schutzpflichten nicht bloss

⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2002 vom 20. August 2002.

⁵⁰ Art. 97 ff. OR; Geiser/Müller/Pärli, N 472.

⁵¹ Vgl. oben [III.1.b](#)).

⁵² Thévénoz, N 902 ff.

⁵³ BGE 119 V 357 E. 2a S. 359; Vischer/Müller, 409.

⁵⁴ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 319 OR, N 23.

⁵⁵ Art. 6 des Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11).

⁵⁶ Art. 10 der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV, SR 832.30).

an die Arbeitgeberin, sondern an jeden Betrieb, der Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob mit diesem ein Arbeitsvertrag besteht oder nicht. Entsprechend sieht auch Art. 9 ArGV 3 ausdrücklich vor, dass der Einsatzbetrieb gegenüber dem entliehenen Arbeitnehmer die gleichen Schutzpflichten hat, wie gegenüber seinen eigenen Arbeitnehmern.⁵⁷ Damit die Verpflichtungen zum Schutze des Arbeitnehmers aus dem ArG entstehen ist es in keiner Weise notwendig, dass ein Vertragsverhältnis zwischen dem Betriebsinhaber und dem Arbeitnehmer besteht⁵⁸. Für das Konzernarbeitsverhältnis bedeutet dies, dass dem Arbeitnehmer sowohl die Gesellschaft haftet, die als formelle Arbeitgeberin auftritt, wie auch der Einsatzbetrieb.

2. Betriebsübergang im Konzern

Überträgt die Arbeitgeberin den Betrieb auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Betriebsinhaber über. Gesamtarbeitsverträge gelten noch während eines Jahres weiter und es besteht zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber eine Solidarhaftung. Zudem müssen die Arbeitnehmer bzw. ihre Vertretung konsultiert werden.⁵⁹ Diese Regeln gelten grundsätzlich auch bei Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns.⁶⁰

Wird ein Konzern umstrukturiert, so können sich dadurch *mehrere Arbeitsverhältnisse mit einzelnen Konzerngesellschaften hinter einander* ergeben. Dann stellt sich die Frage, ob in der Konzernumstrukturierung ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR zu betrachten ist, so dass zwar ein Parteiwechsel arbeitgeberseitig eintritt, aber das Arbeitsverhältnis als ein einheitliches angesehen wird⁶¹ und überdies eine solidarische Haftung für gewisse Forderungen entsteht. Soweit der Arbeitgeberwechsel nicht durch eine Änderung der Tätigkeit bedingt ist, sondern ausschliesslich aus administrativen Gründen vorgenommen wird, wird zwar das gleiche Arbeitsverhältnis fortgesetzt. Die Voraussetzungen für die solidarische Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR sind aber nicht gegeben.⁶² Die Einheitlichkeit des Arbeitsverhältnisses ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Versetzung innerhalb des Konzerns auf Veranlassung

⁵⁷ SHK ArG–Scheidegger/Pitteloud, Art. 6 ArG, N 29.

⁵⁸ SHK ArG–Geiser, Art. 1 ArG, N 16.

⁵⁹ Art. 333 f. OR; die entsprechenden Regeln sind auch durch das Fusionsgesetz abgesichert (vgl. Art. 27, 49 und 76 des Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

⁶⁰ Carruzzo, Art. 333 OR, N 4.

⁶¹ BGE 112 II 51 ff.

⁶² Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.26.

der Arbeitgeberin erfolgt. Allenfalls können mehrere unabhängige Arbeitsverhältnisse innerhalb des gleichen Konzerns hintereinander treten, wenn der Wechsel vom Arbeitnehmer ausgegangen ist und seitens der Konzerngesellschaften kein koordiniertes Vorgehen vorliegt. Demgegenüber sind die Art. 333 f. OR uneingeschränkt anwendbar, wenn im Laufe einer Umstrukturierung eine Konzerngesellschaft den Betrieb der anderen Konzerngesellschaft übernimmt.⁶³

Wird ein Arbeitnehmer innerhalb eines Konzerns immer wieder in einer anderen Tochtergesellschaft eingesetzt, ist im Einzelfall zu prüfen, welche Auswirkungen dies auf das Arbeitsverhältnis hat. Entscheidend ist, was die Parteien vereinbart haben.⁶⁴ Solche Einsätze bedeuten nicht zwingend, dass ein Parteiwechsel stattfindet. Die alte Arbeitgeberin kann aus dem Vertragsverhältnis entlassen und dieses auf die neue Arbeitgeberin übergegangen sein. Dabei ist immer zu prüfen, ob im Sinne von Art. 333 OR der Übergang die Entlassung der bisherigen Arbeitgeberin aus dem Vertragsverhältnis zur Folge hat oder nur eine weitere Gesellschaft als Arbeitgeberin hinzutritt. Die Vereinbarung zwischen den Parteien kann auch dahin gehen, dass das Vertragsverhältnis mit der Muttergesellschaft während der Dauer der Tätigkeit bei einer bestimmten Tochtergesellschaft ruht. Von der vertraglichen Vereinbarung hängt es dann ab, ob die Verträge einzeln gekündigt werden können oder ihr Schicksal so eng verknüpft ist, dass die Kündigung des einen automatisch die Kündigung des anderen nach sich zieht, und unter welchen Bedingungen das ruhende Verhältnis mit der Konzernmutter wieder auflebt, wenn jenes zur Tochter untergeht.

Auch wenn das bisherige Arbeitsverhältnis weitergeführt wird, ist zu prüfen, ob der *Inhalt des Arbeitsvertrags geändert* hat. Die Arbeitsbedingungen können bei laufendem Vertragsverhältnis durch eine Änderungskündigung geändert werden.⁶⁵ Die Änderung kann auch stillschweigend im gegenseitigen Einverständnis erfolgen. Allerdings ist die Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht zu vermuten.

Vorstellbar ist aber auch, dass nach dem Willen der Parteien zwar für den jeweiligen Einsatz ein Vertrag mit einer Tochtergesellschaft geschlossen wird, der Arbeitnehmer aber immer auch mit der beherrschenden Gesellschaft verbunden bleiben soll. Der Wechsel des Arbeitsplatzes hat dann nur für die Par-teistellung der jeweiligen Tochtergesellschaft Folgen, während das Vertrags-

⁶³ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.42.

⁶⁴ Allerdings kommt es immer wieder vor, dass die Parteien nichts vereinbart haben.

⁶⁵ BGE 123 III 246 E. 3 S. 248 ff.

verhältnis zur Mutter erhalten bleibt.⁶⁶ Der Vertrag mit der Mutter bedeutet dann, dass die einzelnen Arbeitseinsätze im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses erfolgen.

3. Kündigung

a) *Ausübung des Kündigungsrechts*

Das schweizerische Arbeitsrecht geht von der Kündigungsfreiheit aus. Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts steht im Belieben der entsprechenden Vertragspartei und sie braucht dafür keinen besonderen Anlass. Allerdings ist der zeitliche und der sachliche Kündigungsschutz zu beachten. Zudem sind die Kündigungsfristen einzuhalten.⁶⁷

Für Konzerne ergibt sich mit Blick auf die Kündigungsfreiheit keine Besonderheit. In der Praxis kommt es aber immer wieder vor, dass die Kündigung von der falschen Gesellschaft ausgesprochen wird. Als vertragliches, empfangsbedürftiges und bedingungsfeindliches Gestaltungsrecht muss die Kündigung von einer für die *formelle Arbeitgeberin handlungsberechtigten Person* ausgehen.⁶⁸ Die Leitungsgremien der Konzernmutter können nicht die Kündigung aussprechen, wenn der Arbeitnehmer bei einer Konzerntochter angestellt ist. Eine nachträgliche Heilung eines entsprechenden Fehlers ist insofern nicht möglich, als die Kündigung dann erst im Zeitpunkt erfolgt ist, in dem die Erklärung des für die Kündigung in der formellen Arbeitgeberin handlungsberechtigten Person⁶⁹ dem Arbeitnehmer zugegangen ist. Das ist für die Berechnung der Kündigungsfristen entscheidend.

Nicht konzernspezifisch, aber besonders häufig bei Konzernarbeitsverhältnissen anzutreffen ist, dass der Arbeitnehmer bei seiner Arbeitgeberin oder in einer anderen Konzerngesellschaft eine *Organfunktion* ausübt. Dann kann für die Abberufung als Organ sehr wohl eine andere Person zuständig sein, als für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Auch kann die Beendigung auf einen anderen Zeitpunkt erfolgen. Daraus können sich zwar praktische Schwierigkeiten ergeben. Das ist aber als Folge des Doppelverhältnisses in Kauf zu nehmen.⁷⁰

⁶⁶ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.47. ff.

⁶⁷ Vgl. dazu: Geiser/Müller/Pärli, N 562a.; Pärli, Kündigungsfreiheit, 715 ff.

⁶⁸ Müller, N 3.90.

⁶⁹ Meistens bestehen nur kollektive Zeichnungsberechtigungen, so dass die Kündigung von mindestens zwei Personen ausgesprochen werden muss.

⁷⁰ Müller, Arbeit im Konzern, N 3.8.; vgl. auch BGE 128 III 129 E. 1b S. 133 f.

b) *Massenentlassungen*

Auch bezüglich Massenentlassungen besteht *Kündigungsfreiheit*. Eine Massenentlassung bleibt zulässig, selbst wenn sie betriebswirtschaftlich eigentlich nicht gerechtfertigt ist. Das Gesetz schreibt nur ein bestimmtes Verfahren mit Konsultationen und Informationspflichten vor.⁷¹

Die entsprechenden Bestimmungen sind anwendbar, wenn eine *bestimmte Anzahl Kündigungen von der Arbeitgeberin* innert einer bestimmten Frist ausgesprochen wird. Die Anzahl ist je nach der *Grösse des Betriebes* abgestuft.⁷² Verwirrlich ist dabei, dass die Kündigungen zwar von der Arbeitgeberin ausgehen müssen, nicht aber auf die Anzahl der bei dieser Arbeitgeberin angestellten Personen, sondern auf die Betriebsgrösse abgestellt wird. Ausgangspunkt der Regelung war, dass nicht die Grösse des gesamten Unternehmens bestimmend sein soll, sondern jene des einzelnen Betriebs, der weder rechtlich noch wirtschaftlich, noch organisatorisch Autonom sein muss.⁷³ Es liegt auf der Hand, dass die Kündigungen den gleichen Betrieb betreffen müssen, damit sie zählen. Betreibt der Arbeitgeber mehrere Betriebe, sind die in verschiedenen Betrieben ausgesprochenen Kündigungen grundsätzlich ebenso wenig zusammenzurechnen⁷⁴ wie die Anzahl der Beschäftigten für die Grösse des Betriebes. Mit Blick auf den Normzweck, nämlich den gesellschaftlichen und sozialen Auswirkungen einer Massenentlassung entgegenzuwirken, erscheint es gerechtfertigt, mehrere Betriebe des gleichen Arbeitgebers als Einheit zu betrachten, wenn sie geographisch nahe beieinander liegen und sich von ihrer Art her entsprechen⁷⁵. Die geographische Nähe ist gegeben, wenn sie in die Zuständigkeit des gleichen Arbeitsamtes fallen.

Fraglich kann die Berechnung auch sein, wenn in einem Konzern mehrere Tochtergesellschaften im Rahmen einer gemeinsamen Umstrukturierung *Entlassungen* beabsichtigen. Da es sich bei den einzelnen Konzerngesellschaften um selbständige Rechtspersönlichkeiten und damit auch um unterschiedliche Arbeitgeberinnen handelt, findet keine Zusammenrechnung statt⁷⁶. Anders verhält es sich m.E. nur – aber immerhin –, wenn die Arbeitnehmer der ver-

⁷¹ Art. 335d ff. OR.

⁷² Art. 335d OR.

⁷³ Wildhaber, Umstrukturierung, N 20.130.

⁷⁴ BGE 137 III 27 E. 3.2 S. 30 f.; Wylar, 670.

⁷⁵ Aubert, 701; offengelassen in BGE 137 III 27 E. 3.3 S. 31; a.M. offenbar Wildhaber, Umstrukturierung, N 20.130.

⁷⁶ BGE 137 III 27 E.3 S. 29 ff.

schiedenen Gesellschaften in ein und demselben Betrieb arbeiten. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn nur eine örtliche und sachliche Nähe besteht, die Betriebe aber dennoch unterschieden werden können.⁷⁷

aa) Mitwirkungsrechte

Bei Massenentlassungen bestehen gewisse Mitwirkungsrechte. Die Arbeitgeberin hat die Arbeitnehmervertretung, bzw. die Arbeitnehmenden, wenn es keine Vertretung gibt, zu konsultieren, bevor sie den definitiven Entscheid fasst, Massenentlassung auszusprechen.⁷⁸ „Konsultation“ bedeutet, dass die Arbeitnehmer Vorschläge zur Vermeidung oder Minderung der Massenentlassungen der Arbeitgeberin unterbreiten können und diese die Vorschläge ernsthaft zu prüfen hat. Sie muss sie aber in keiner Weise befolgen und ist auch nicht verpflichtet, eine ablehnende Entscheidung zu begründen.⁷⁹ Eine ordentliche Prüfung wird kaum je möglich sein, ohne in einen möglicherweise auch nur kurzen Dialog mit der Arbeitnehmerschaft zu treten.

Dies hat namentlich für *grosse internationale Konzerne entscheidende* Folgen: Werden die Entscheidung über eine Massenentlassung bzw. eine Betriebschliessung nicht von der lokalen Tochtergesellschaft getroffen, sondern von der sich möglicherweise im Ausland befindenden Konzernmutter, ist die Konzerntochter nicht in der Lage *vor dem definitiven Entscheid die Vorschläge zu Prüfen*. Dann wird aber das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten und die ausgesprochenen Kündigungen sind missbräuchlich.⁸⁰ Die Situation hat sich verschärft, weil bei internationalen Konzernen nicht nur das Schweizerische Recht, sondern häufig auch noch das Europäische Recht zu beachten ist. Dieses schreibt unter gewissen Voraussetzungen einen Europäischen Betriebsrat vor, der ebenfalls vor entsprechenden Entscheidungen zu konsultieren ist. Schliesslich bestehen bei börsennotierten Gesellschaften gewisse Informationspflichten gegenüber der Öffentlichkeit. Bei einer Betriebschliessung sind diese verschiedenen Informations- und Konsultationspflichten zu koordinieren.

⁷⁷ Geiser, Massenentlassungen, N 3.54.

⁷⁸ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f OR, N 2; Urteil des Bundesgerichtes 4A_449/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 5.2.

⁷⁹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f OR, N 2.

⁸⁰ Art. 336 Abs. 2 Bst. c OR.

bb) Sozialplan

Seit 2014 besteht bei Massentlassungen unter gewissen Voraussetzungen die *Verpflichtung*, einen verhandelten Sozialplan zu erlassen.⁸¹ Die Voraussetzungen für diese Pflicht sind bewusst anders umschrieben, als bei der Definition der Massentlassung nach Art. 335d OR. Der Gesetzgeber wollte, dass nur grosse Unternehmen unter diese Pflicht fallen. Insofern ist die Pflicht enger gefasst. Die Sozialplanpflicht trifft nur *Arbeitgeberinnen, die üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt*.⁸² Anders als bei Art. 335d OR verwendet das Gesetz aber nicht den Ausdruck „Betrieb“, sondern „Arbeitgeber“.⁸³ Geht man vom Gedanken aus, dass nur grosse Unternehmen von der Sozialplanpflicht erfasst werden sollen, weil diese sich einen solchen eher leisten können, ist es richtig auf die Arbeitgeberin bzw. bei einem Konzern auf die gesamte Gruppe abzustellen und nicht auf den einzelnen Betrieb, der in der Regel erheblich kleiner sein wird.⁸⁴ Der Gesetzestext ist diesbezüglich eindeutig. Verwirrlich ist dann aber die Entstehungsgeschichte. Frau BR Sommaruga hat sich genau in diesem Punkt in der Ratsdebatte im Vokabular geirrt, indem sie vom „Betrieb“ sprach.⁸⁵ NR Schwaab hat den Irrtum dann aber auch sofort richtiggestellt.⁸⁶ Allerdings hat er dann gleichzeitig den Ausführungen in der Botschaft widersprochen, welche auf die vom Bundesamt für Statistik verwendeten Kriterien abstellen wollen und ausgeführt, dass der Begriff gleich wie in Art. 335d OR auszulegen sei. Warum das Parlament dann aber keine terminologische Bereinigung vorgenommen hat, obgleich die sprachliche Differenz erkannt war, ist nicht nachvollziehbar. Das wäre ja auch in der Redaktionskommission möglich gewesen, so dass deshalb auch keine Differenz zwischen den Räten bestanden hätte. Stellt man auf die Grösse des Betriebes und nicht der Arbeitgeberin ab, müssen dann alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer berücksichtigt werden, auch wenn sie bei unterschiedlichen Konzerngesellschaften angestellt sind. Bezüglich der Frage, was die Berechnung der Zahl der Mitarbeiter bedeutet („üblicherweise“, was ist eine Stelle?) kann jedoch ohne weiteres auf die Lehre und Praxis zu Art. 335d OR zurückgegriffen werden.⁸⁷

Art. 335i Abs. 2 OR weitet den Anwendungsbereich gegenüber Art. 335d OR bei den Massentlassungen aus, indem zeitlich verteilte Kündigungen, „die

⁸¹ Art. 335i OR.

⁸² Art. 335i Abs. 1 lit. a OR.

⁸³ Vgl. Wildhaber, Sozialplanpflicht, 432.

⁸⁴ A.M. Wildhaber, Sozialplanpflicht, 432.

⁸⁵ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung AB 2013 N 625.

⁸⁶ AB 2013 N 626.

⁸⁷ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d OR, N 7; Geiser, Sozialplanpflicht, N 3.5.

auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen“, zusammengezählt werden. Das Gesetz präzisiert nicht, um wessen Entscheid es sich handeln muss. In einem Konzern werden diese Entscheide häufig nicht von der als Arbeitgeberin auftretenden Tochter, sondern von den Organen der Konzernmuttergesellschaft gefällt. Der gleiche Entscheid kann mehrere Konzerngesellschaften betreffen.

Bei Konzernverhältnissen stellt sich sodann die Frage, welche Gesellschaft die Verhandlungspflicht trifft. Das Gesetz auferlegt diese Pflicht der Arbeitgeberin. Das Gesetz sieht grundsätzlich die Arbeitgeberin als Partei des Sozialplanes. Das ist die formelle Vertragspartei des Einzelarbeitsvertrages. Je nach Konstellation des Unternehmens kann dies aber auch eine andere Gesellschaft (oder natürliche Person) sein. Die Verhandlungspflicht trifft grundsätzlich jene (juristische oder natürliche) Person, welche nachher als Vertragspartei des Sozialplanes auftritt. Ihr gegenüber müssen dann auch die entsprechenden Forderungen durchsetzbar sein.

Ist die Arbeitgeberin selber Partei eines GAV, muss sie mit den Gewerkschaften verhandeln, andernfalls sind die Verhandlungen mit der Arbeitnehmervertretung zu führen oder, wenn eine solche fehlt, direkt mit den Arbeitnehmern.⁸⁸ Letzteres kann sich als äusserst Aufwendig erweisen, so dass es sich in diesen Fällen empfehlen kann, dass die Arbeitnehmer eine Gewerkschaft mit den Verhandlungen mandatieren. Einigen sich die Parteien nicht, sieht das Gesetz zwingend ein Schiedsgericht vor.⁸⁹ Sind die Verhandlungen mit den Arbeitnehmern direkt zu führen, fragt sich, wer alles einbezogen werden muss und darf. Es geht um die von den Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmenden. Das sind in erster Linie jene, denen gekündigt worden ist. Möglicherweise sind aber auch bei weiteren Arbeitnehmern die Arbeitsverträge neuen Gegebenheiten angepasst worden. Schliesslich können auch weitere Kündigungen folgen. Von daher sind sinnvoller Weise alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die in den Anwendungsbereich des Sozialplanes fallen.⁹⁰ Entsprechend ist dann aber ein „Sozialplan auf Vorrat“ nicht möglich; von den späteren Entlassungen sind andere Personen betroffen. Der Sozialplan kann nicht für künftige Folgeentlassungen Gültigkeit beanspruchen. Verlangen die Umstände später noch einmal eine Massenentlassung, bedarf es neuen Verhandlungen. Diese können selbstverständlich auf der Basis des bisherigen Sozialplans erfolgen.

⁸⁸ Art. 335i OR.

⁸⁹ Art. 335j OR.

⁹⁰ Vgl. dazu hinten S. 168 f.

Der Sozialplan darf den *Fortbestand des Betriebes* nicht gefährden.⁹¹ Die Bestimmung macht wenig Sinn, wenn die Massenentlassung die Folge der Betriebsschliessung ist. Sie ist von ihrem Zweck her auszulegen, möglichst weiteren Stellenverlust zu verhindern.⁹² Das betrifft aber den ganzen Konzern. Abzustellen ist folglich auf die Mittel des Konzerns und nicht nur der konkreten Arbeitgeberin. Umgekehrt kann das aber auch sehr wohl bedeuten, dass gewisse Leistungen im Sozialplan nicht möglich sind, weil diese Stellen in einer anderen Konzerngesellschaft gefährden würden. Macht die Arbeitgeberin geltend, dass gewisse Leistungen nicht möglich sind, muss sie den entsprechenden Beweis erbringen.⁹³ Dafür muss sie der Arbeitnehmerseite gegebenenfalls Zahlen, auch jene der Konzernmutter bzw. die konsolidierte Konzernzahlen offenlegen.⁹⁴

Auch wenn das nicht der wirksamste Teil eines Sozialplans ist,⁹⁵ sind die *Abfindungsbeträge* meistens der streitigste Punkt. In Lehre und der spärlichen Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass sich bei einem Unternehmen, das sich in einem feindlichen oder hart umkämpften Umfeld bewegt, welches es zu Anpassungen zwingt und bei Versäumnis zu einem grösseren Verlust von Arbeitsplätzen oder Marktanteilen führen würde, Abfindungen in der Höhe von 4-6 Monatslöhnen, bei einem Unternehmen, das sich anpassen muss, aber grosse Reserven hat, sodass seine mittelfristige Zukunft gesichert ist, von 9-12 Monatslöhnen und bei Unternehmen, deren Entlassungen hauptsächlich durch die Optimierung kurzfristiger Gewinne für Aktionäre motiviert ist, deren mittelfristige Zukunft gesichert ist und die über eine breite finanzielle Basis verfügen, von 12-18 Monatslöhnen rechtfertigt.⁹⁶ Für die Beurteilung, in welche Kategorie die zu beurteilende Massenentlassung fällt, ist auf das Verhalten des Konzerns als Ganzes abzustellen.⁹⁷

Schliesslich stellt sich noch die Frage, für welche Arbeitnehmer der Sozialplan gilt. Als Kollektivvertrag erfasst sein Geltungsbereich alle Arbeitnehmenden

⁹¹ Art. 335h Abs. 2 OR.

⁹² Wildhaber, Sozialplanpflicht, 433.

⁹³ Art. 8 ZGB.

⁹⁴ Arbitrage ad-hoc Les travailleurs licenciés collectivement du Matin Semaine c/Tamedia AG et Tamedia Publications romandes SA, Urteil vom 2. September 2019 (<https://syndicom.ch/fileadmin/user_upload/Web/Website/Branchen/Presse_und_elektronische_Medien/Tamedia_Romandie/20190902_sentence_finale_anonymisee_Co-pie.pdf>), N 135; Wildhaber, Sozialplanpflicht, 433; Wyler/Heinzer, 699; Dätwyler, 15; Cirigliano, N 4.

⁹⁵ Zum Inhalt eines Sozialplans vgl. Wyler/Heinzer, 689 f.

⁹⁶ Matin Semaine c/Tamedia AG S. 27 Rz. 147; Wyler, 135.

⁹⁷ Vgl. Matin Semaine c/Tamedia AG, N 148 ff.

der als *Partei am Sozialplan beteiligten Gesellschaften*, soweit sie die im Sozialplan aufgestellten Voraussetzungen erfüllen. Der Sozialplan hat normative Wirkung.

Obgleich der Gesetzgeber die Sozialplanpflicht auf grosse Unternehmen ausgerichtet hat, *trägt die gesetzliche Regelung den Besonderheiten von Konzernen nicht Rechnung*. Sowohl bei den Massenentlassungen, wie auch bei der Sozialplanpflicht herrscht Arbeitgeberseitig im Gesetz ein Begriffsdurcheinander, in dem teilweise auf den „Betrieb“ abgestellt wird, andererseits aber die Arbeitgeberin ins Recht gefasst wird und es schliesslich darauf ankommt, welche Entscheidungen der Konzern als Ganzes trifft und was dieser Leisten kann.

4. Konkurrenzverbot

Gemäss Art. 340 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Ein solches Konkurrenzverbot ist jedoch nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer *Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse* gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse die Arbeitgeberin erheblich schädigen könnte. Darüber hinaus hat das Konkurrenzverbot sowohl örtlich wie auch zeitlich und sachlich beschränkt zu sein.⁹⁸

Das Gesetz sieht nur die Möglichkeit vor, die *Konkurrenzierung der Arbeitgeberin* zu verbieten. Im Konzern ist diese aber möglicherweise gar nicht auf dem Markt tätig, sondern eine andere Konzerngesellschaft. Die Lehre nimmt an, dass Konkurrenzverbote zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft grundsätzlich gültig vereinbart werden können.⁹⁹ Allerdings sind solche Klauseln zu Gunsten Dritter nicht zu vermuten. Zudem müssen die arbeitsvertraglichen Voraussetzungen gegeben sein: Der Arbeitnehmer muss während des Arbeitsverhältnisses Einblick in den Kundenkreis oder die Fabrikationsgeheimnisse *dieser Konzerngesellschaft* gehabt haben und es muss auch um die Konkurrenzierung *dieser Konzerngesellschaft* gehen. Ein Konzernweites Konkurrenzverbot ist entsprechend nicht zulässig.¹⁰⁰

⁹⁸ Geiser/Müller/Pärli, N 706.

⁹⁹ Müller, N 3.94.

¹⁰⁰ Müller, N 3.95; ausführlich Zürcher Fausch, 162 ff.

5. Tariffähigkeit

Gemäss Art. 356 OR kann ein GAV entweder durch einen Arbeitgeber oder einen Arbeitgeberverband abgeschlossen werden. Im einen Fall handelt es sich um einen Firmen- oder Hausvertrag, im andern um einen Verbandsvertrag.¹⁰¹ Da ein Konzern keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, fällt er als Vertragspartei bei einem GAV von vornherein ausser Betracht. Aber auch die Konzernmutter kann als juristische Person in aller Regel nach dieser Bestimmung nicht als GAV-Partnerin auftreten, weil es sich nicht um einen Arbeitgeberverband handelt und sie auch häufig nicht die Arbeitgeberin ist; vielmehr treten die Tochtergesellschaften als Arbeitgeberinnen auf. Dennoch sind Konzerngesamtarbeitsverträge eine Realität.¹⁰² Die Praxis hat die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen anerkannt.

Für den Abschluss eine GAV ist die Tariffähigkeit zentral.¹⁰³ Sie wird allerdings praktisch ausschliesslich im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerseite diskutiert. Es ist aber nicht einzusehen, warum die gleichen Prinzipien nicht auch für die Arbeitgeberseite gelten sollen. Will die Konzernmutter als Verband ihrer Töchter auftreten, ist zu beachten, dass sich aus dem Prinzip der Koalitionsfreiheit ergibt, dass ein tariffähiger Verband eine freiwillige Vereinigung sein muss. Der Beitritt einer Konzerngesellschaft zu einem Konzern-GAV erfolgt meist nicht freiwillig, sondern ist durch die Konzernleitung kraft ihrer Leitungsmacht veranlasst. Fraglich ist allerdings, ob diese Voraussetzung auch für einzelne Arbeitgeberinnen beim Firmenvertrag gilt.¹⁰⁴ Aus Sicht der Arbeitnehmer wie auch der Sozialpartnerschaft, bzw. unter dem Gesichtspunkt der Schutz- und Ordnungsfunktion des GAV besteht allgemein eher ein Interesse daran, dass die Glieder eines Konzerns auch einheitlichen GAV-Bedingungen unterstehen können.¹⁰⁵ Von daher spricht nichts, gegen einen GAV mit einer Konzernmutter.

Sehr viel heikler ist die Frage, ob auch eine *Konzerntochter Tariffähigkeit* besitzt, weil sie in aller Regel die Entscheidung nicht selber fällt, sondern diese von der Muttergesellschaft vorgegeben erhält. Tariffähigkeit setzt aber *Unabhängigkeit* voraus.¹⁰⁶ Sie hat sowohl im Stadium der Vertragsverhandlungen wie auch bei der Durchsetzung der Vereinbarten Rechte und Pflichten grosse

¹⁰¹ Geiser/Müller/Pärli, N 794.

¹⁰² Vgl. zum Ganzen Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, 1 ff.

¹⁰³ Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen: Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 6.6. ff.; Geiser/Müller/Pärli, N 759 ff.

¹⁰⁴ BK-Stöckli, Art. 356 OR, N 42.

¹⁰⁵ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 6.4.

¹⁰⁶ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 6.9 ff.; Geiser/Müller/Pärli, N 763 ff.

Bedeutung. Die Problematik stellt sich besonders bei internationalen Konzernen, wenn der Sitz der Muttergesellschaft im Ausland und von den Strukturen weit weg ist. Die Konzernmutter sollte dann wenigstens bei den Verhandlungen vertreten sein und den GAV mitunterzeichnen.

6. Normative Wirkung des GAV

Dem GAV unterstehen die Arbeitsverhältnisse, wenn sowohl Arbeitnehmer wie auch Arbeitgeberin am GAV „beteiligt“ sind. Dann gilt er aber normativ; die Parteien können grundsätzlich nur zu Gunsten des Arbeitnehmers von den GAV-Normen abweichen. „Beteiligt“ sind die Arbeitnehmer, die Mitglieder der am GAV als Partei auftretenden Gewerkschaften sind und Arbeitgeberseitig entweder die Mitglieder des den GAV abschliessenden Arbeitgeberverbandes oder das Unternehmen, dass selber Partei des GAV ist, d.h. die im Vertrag genannte Konzerngesellschaft.

Wurde der GAV nicht durch alle Konzerngesellschaften als Partei abgeschlossen oder als Mitglied des Arbeitgeberverbandes mitgetragen, so kann das Bedürfnis bestehen, die Wirkung, auf den gesamten Konzern auszudehnen. Der Einbezug der Tochtergesellschaften kann auf verschiedene Weise erfolgen. Dabei ist allerdings danach zu unterscheiden, ob die Ausdehnung durch die Konzernmutter erfolgt oder durch einen rechtsgeschäftlichen Akt der Konzerntochter. Von der rechtlichen Eigenständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften ausgehend, kann die Konzernmutter grundsätzlich ihre Töchter durch ihre Handlungen nicht verpflichten, sofern sie dazu nicht von der entsprechenden Tochtergesellschaft ermächtigt worden ist.¹⁰⁷

- Geht die Ausdehnung auf die Arbeitsverhältnisse bei Tochtergesellschaften auf eine rechtsgeschäftliche Handlung der Konzernmutter zurück, so wird dadurch ausschliesslich diese verpflichtet. Die Bestimmungen des GAV können keine normative Wirkung für die Arbeitsverhältnisse der Tochter entfalten. Die Arbeitnehmer der Töchter haben aber unter Umständen einen direkten Anspruch gegenüber der Mutter auf bestimmte Leistungen.
- Geht die Ausdehnung auf eine rechtsgeschäftliche Handlung der Tochter zurück, so wird diese dadurch verpflichtet, nicht aber die Konzernmutter. Es ist sehr wohl vorstellbar, dass mit dieser Handlung der GAV auch normative Wirkung für das einzelne Arbeitsverhältnis bei der Konzerntochter entfaltet.

Eine Konzerngesellschaft, die sich ursprünglich den Gesamtarbeitsvertrag nicht mit angeschlossen hatte, kann nachträglich eine eigentliche Parteistel-

¹⁰⁷ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 7.2. ff.

lung erlangen, indem sie dem Vertrag beitrifft. Der GAV ist ein Vertrag; der Beitritt bzw. die Aufnahme einer neuen Partei in einen bestehenden Vertrag ist grundsätzlich möglich.¹⁰⁸ Er erfordert freilich eine Vertragsänderung und daher die Einwilligung aller gegenwärtigen Vertragsparteien. Keine Parteistellung verschafft demgegenüber der blosser Anschluss.¹⁰⁹ Durch den Anschluss eines einzelnen Arbeitgebers an einen GAV werden bloss dessen normative Wirkungen auf diesen Arbeitgeber erstreckt.¹¹⁰ Ein solcher Anschluss ist zulässig, wenn auch in der Lehre teilweise umstritten.¹¹¹ *Erwerb ein Konzern weitere Gesellschaften*, können diese folglich ohne weiteres in den GAV einbezogen werden.

Sehr viel heikler ist der umgekehrte Fall, nämlich wenn eine *Gesellschaft aus dem Konzern ausscheidet*. Ist sie Partei am GAV, drängt sich ihr Ausscheiden schon deshalb auf, weil eine Teilhabe an den schuldrechtlichen Bestimmungen und ein Mitwirken bei der gemeinsamen Sozialpartnerschaft meist nicht mehr gewünscht ist. Aber auch die Weitergeltung der normativen Bestimmungen ist häufig unpassend, weil die ausscheidende Gesellschaft in der Regel ihre eigene Personalpolitik betreiben will. Hier ist in erster Linie auf die Kündigungs- bzw. Austrittsregelung im GAV abzustellen. Häufig haben aber die GAV-Parteien erstaunlicher Weise an diesen Fall gar nicht gedacht. Dann gilt der Vertrag unter Umständen für die Ausscheidende Gesellschaft weiter. Wird nur ein Betriebs- teil und nicht eine ganze Gesellschaft veräussert, sind die Art. 333 f. OR zu beachten. Der für die ursprüngliche Arbeitgeberin geltende GAV bleibt für das Arbeitsverhältnis mit der Tochtergesellschaft noch ein Jahr auf Grund der Bestimmungen über den Betriebsübergang gültig.¹¹² Die gesetzliche Wirkung gilt nicht für die neu von der Gesellschaft begründeten Einzelarbeitsverhältnisse. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse mit Weitergeltung eines GAV kann nicht durch Kündigungen auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs umgangen werden. Entsprechende Kündigung sind nichtig (!).¹¹³

Nachdem das Bundesgericht die Auffassung bestätigt hat, dass beim Austritt einer Arbeitgeberin aus dem Verband die normativen Bestimmungen des GAV für die Laufzeit des GAV weitergelten,¹¹⁴ ist schwer begründbar, warum die Ar-

¹⁰⁸ Handbuch Arbeitsrecht-Bruchez, Art. 356 OR, N 30 ff.

¹⁰⁹ Art. 356b OR.

¹¹⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 356b OR, N 4.

¹¹¹ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 7.11.

¹¹² Art. 333 Abs. 1bis OR i.V.m. Art. 49 Abs. 1 FusG.

¹¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_102/2019 vom 20. Dezember 2019 E.3; vgl. den Kommentar von Werner Gloor, <<https://publications-droit.ch/files/analyses/droitdutravail/2-20-juin-gloor.pdf>>, S. 1 ff.

¹¹⁴ BGE 132 III 122 E. 4.5 S. 135; vgl. dazu insbesondere Vischer, 89 ff.

beitgeberin, welche einem Konzern-GAV in irgend einer Form beigetreten ist, nun durch ein Ausscheiden aus dem Konzern sich den normativen Bestimmungen entziehen können soll.¹¹⁵ Entsprechend kann zwar die Konzerntochter, welche den Anschluss erklärt hat, diesen wider kündigen. Sie bleibt aber bis zum Ablauf der Gültigkeit des GAV an diesen weiterhin gebunden.

IV. Folgerungen

Weil das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, macht sich im Arbeitsrecht das Fehlen eines eigentlichen Konzernrechts besonders bemerkbar. Nicht nur, dass die Verhältnisse auf Grund der Mehrheit von selbständigen, sehr wohl aber mit einander verbundenen juristischen Personen zu einer erheblichen Komplexität der Rechtsbeziehungen führen. Vielmehr ist ein Konzern auch kein statisches Rechtgebilde. Er verändert sich dauernd und die Arbeitsverhältnisse müssen diesen Veränderungen angepasst werden.

Das ist auch ohne weiteres möglich. Allerdings setzt dies eine Verhandlungs- und Kompromissbereitschaft auf beiden Seiten voraus. Zudem sollten die Rechtsverhältnisse und namentlich die Pflichten und Rechte beider Parteien konzernspezifisch in den Verträgen festgehalten werden. Das gilt ganz besonders für die Kollektivvereinbarungen. Ein Festhalten der Rechte und Pflichten hilft allerdings nur weiter, wenn die entsprechenden Verträge laufend den Veränderungen angepasst werden.

Literaturverzeichnis

- Andermatt Arthur et al., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Schriftenreihe Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Basel 2009 (zit. Handbuch Arbeitsrecht-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Aubert Gabriel, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, S. 699 ff.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Art 356-360 OR, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Band IV: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, 3. Abschnitt: Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Art. 356-360 OR, in: Stöckli Jean-Fritz, Bern 1999 (zit. BK-Stöckli, Art. XX, N YY).

¹¹⁵ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 10.7.

- Berner Kommentar, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, in: Nobel Peter, Bern 2017 (zit. BK-Nobel).
- Carruzzo Philippe, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich 2009 (zit. Carruzzo, Art. XX, N YY).
- Ciriliano Luca, Ausgewählte Fragen des neuen Sanierungsrechts – Inhalte von Sozialplänen, staatliche Schlichtungsstellen als Schiedsgericht, GAV und Sozialplan, Jusletter, 29. September 2014.
- Dallèves Louis, Problèmes de droit privé relatives à la coopération et à la concentration des entreprises, Basel 1973.
- Dätwyler Valérie, Sozialplan in der Schweiz aus arbeitsrechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2019.
- Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2015.
- Geiser Thomas, Der internationale Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes, ArbR 2004, 25 ff. (zit. Geiser, Anwendungsbereich).
- Geiser Thomas, Massenentlassungen, in: Metz Markus/Münch Peter (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. II, Basel 2012, 77 ff. (zit. Geiser, Massenentlassungen).
- Geiser Thomas, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, ZBJV 2017, 817 ff. (zit. Geiser, Sozialplanpflicht).
- Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2018.
- Geiser Thomas/Uhlig Kai-Peter, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff. (zit. Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse).
- Geiser Thomas/Uhlig Kai-Peter, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, ZBJV 2010, 1 ff. (zit. Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag).
- Greub Ueli, Personalverleih, in: Portmann Wolfgang/Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, 49 ff.
- Handschin Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- Müller Roland, Arbeit im Konzern, in: Portmann Wolfgang/Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, 49 ff.
- Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Zürich 2014.
- Pärli Kurt, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, 715 ff. (zit. Pärli, Kündigungsfreiheit).
- Pärli Kurt, Entsendegesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2018 (zit. Pärli).
- Schildknecht Reto, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1997.
- Schwander Ivo, Einführung in das internationale Privatrecht, St. Gallen 2000.
- Stämpfli Handkommentar, Arbeitsgesetz, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Bern 2005 (zit. SHK ArG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Streiff Ullin/Von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012 (zit. Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Art. XX, N YY).

- Thevenoz Luc, *Le travail intérimaire*, Diss. Lausanne 1987.
- Vischer Frank, *Wirkungen des Verbandsaustritts des Arbeitgebers auf die Geltung des Gesamtarbeitsvertrages*, in: Hasenböhler Franz/Schnyder Anton K. (Hrsg.), *Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht: Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht: Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin*, Zürich 1997, 89 ff.
- Vischer Frank/Müller Roland M., *Der Arbeitsvertrag*, Basel 2014.
- von Büren Roland, *Der Konzern*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Basel 2005.
- Wildhaber Isabelle, *Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln*, AJP 2015, 427 ff. (zit. Wildhaber, Sozialplanpflicht).
- Wildhaber Isabelle, *Umstrukturierungen*, in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Zürich 2018, 817 ff. (zit. Wildhaber, Umstrukturierungen).
- Windbichler Christine, *Arbeitsrecht im Konzern*, München 1989.
- Wyler Rémy, *Licenciements collectifs et plans sociaux: quelques aspects délicats ou controversés*, in: Martinelli Peter Raffaella/Campello Fulvio, *Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro*, Basel/Lugano 2018, 109 ff.
- Wyler Rémy/Heinzer Boris, *Droit du travail*, Berne 2019.
- Zürcher Fausch Nicole, *Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen*, Diss. St. Gallen 2007.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 207 **Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuern**
7. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2020
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Martin Frey, Dieter Gericke, Reto Heuberger, Margrit Marti, Lukas Morscher, Daniel Oehri, Julia Schieber, Lukas Staub, Oliver Triebold, Christian Wenger, 2021 – CHF 44.90.
- Band 208 **Die aktienrechtliche Sanierung**
11. Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2020
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Marc Bernheim, Sikander von Bhicknapahari, Gaudenz Geiger, Oliver Kälin, Livia Keller, Brigitte Knecht, Giorgio Meier-Mazzucato, Reto Schiltknecht, 2021 – CHF 39.90.
- Band 209 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2020/2021
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, André S. Berne, Alexander Brunner, Balthasar Denger, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Helmut Heiss, Isabel Höhener, Brigitta Kratz, Violeta Kuzmanovic, David Mamane, Michael Mayer, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Kurt Siehr, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2021 – CHF 49.90.
- Band 210 **Innovation und Disruption: Sanierungen, Exits, LIBOR-Ablösung und Blockchain**
16. Tagung zu Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen – Tagungsband 2020
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Sophie Bastardoz, Anna Capaul, Hans-Jakob Diem, Benjamin Leisinger, Daniel Raun, Patrick Schärli, Urs Schenker, Christian Schmid, Cornelia Stengel, Stefan Tränkle, Christoph Vonlanthen, 2021 – CHF 39.90.
- Band 211 **Current Challenges of European Integration**
12th Network Europe Conference, 9 – 10 November 2020
TOBIAS BAUMGARTNER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von André S. Berne, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Alex de Ruyter, Ivana Kunda, Tobias Lock, Lee McGowan, Peter Christian Müller-Graff, Tatjana Muravska, Attila Vincze, 2021 – CHF 39.90.
- Band 212 **Schwachstelle Mensch – Prävention gegen alte und neue Formen der Kriminalität**
12. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2021
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Stefan Giger, Oliver Hirschi, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Rutger Leukfeldt, Mirjam Loewe-Baur, Nora Markwalder, Rick van der Kleij, Steve G.A. van der Weijer, Susanne van't Hoff-de Goede, 2022 – CHF 39.90.

- Band 213 **Hotspots des Sanierungsrechts**
 12. Fachtagung zur Sanierung und Insolvenz von Unternehmen –
 Tagungsband 2021
 THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Linus Cathomas, Hubert Gmünder,
 Daniel P. Oehri, Marina Schwizer, Roman Sturzenegger, Alexander von Jeinsen,
 2022 – CHF 39.90.
- Band 214 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
 Überblick und Kommentar 2021/2022
 ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg
 Appenzeller, Tobias Baumgartner, Benjamin Bergau, André S. Berne, Eliane
 Braun, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I.
 Heinrich, Vanessa Isler, Brigitta Kratz, David Mamane, Michael Mayer, Peter
 Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Dirk Trüten, Wesselina Uebe,
 Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2022 – CHF 49.90.
- Band 215 **Europa in turbulenten Zeiten**
 Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2020/21
 ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Jean Asselborn, Tatevik
 Baghdassarian, Michel Barnier, Paul Bulcke, Bundesrat Ignazio Cassis, Michail
 Chodorkowski, Prof. Kathleen Claussen, Dr. Henri Gétaz,
 Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Peter M. Huber, Prof. Michael Ignatieff,
 Prof. Dr. Günter Krings, Dr. Romeo Lacher, S.D. Erbprinz Alois von und zu
 Liechtenstein, Michel M. Liès, Petros Mavromichalis, Prof. Dr. Nils Melzer,
 Ambassador Jacques Pitteloud, Hon. Jed S. Rakoff, Dr. Norbert Riedel, Dr. Artem
 Rybchenko, 2022 – CHF 49.90.
- Band 216 **30 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich**
 Auswahl öffentlicher Vorträge aus den letzten 30 Jahren
 ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Hon. Samuel Alito, Lord Paddy
 Ashdown, Hon. Ruth Bader Ginsburg, The Rt Hon John Bercow MP, The Rt Hon
 Tony Blair, Zoran Djindjic, Dr. Andrzej Duda, Joachim Gauck, Dr. Peter
 Gauweiler, Dr. Hans-Dietrich Genscher, Valéry Giscard d'Estaing, Dr. Gregor
 Gysi, Jean-Claude Juncker, Dr. Helmut Kohl, Prof. Dr. Norbert Lammert, Enrico
 Letta, Michel M. Liès, Friedrich Merz, Adolf Muschg, Jean-Claude Trichet, Lord
 Christopher Patten of Barnes, Prof. Dr. Romano Prodi, Hon. Jed S. Rakoff,
 Anders Fogh Rasmussen, Mark Rutte, Hon. Antonin Scalia, Herman Van
 Rompuy, Fürst Hans-Adam II. von und zu Liechtenstein, Dr. Richard Freiherr
 von Weizsäcker, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, 2022 – CHF 49.90.
- Band 217 **Gefährdung durch psychisch auffällige Personen**
 Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2021
 CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von
 Lorenz Biberstein, Reinhard Brunner, Ladina Cavelti, Elmar Habermeyer,
 Corinne Kauf, Werner Schmid, Catharina Schmidt, Daniel Treuthardt, Andreas
 Werner, Ruedi Winet, 2022 – CHF 39.90.
- Band 218 **Jugendliche und junge Erwachsene im urbanen Umfeld als Fokus der
 Kriminalprävention**
 13. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2022
 CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier,
 Thomas Hestermann, Nicole Holderegger, Bernadette Schaffer, Martina
 Schneider, Simone Walser, Michael Wirz, Sven Zimmerlin, 2022 – CHF 39.90.

Weitere Publikationen und Monografien

Begegnungen

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter

KERSTIN NOËLLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradolfer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tremp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

«Vielfalt in der Einheit» am Ende?

JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege

Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringhen, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen

ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Recht und Evidenz in der Pandemie

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung

KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte

MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

Die erste Tagung des Europa Instituts Zürich zum Konzernrecht gab einen Überblick über die neuesten Entwicklungen in einzelnen, für die Konzernpraxis in der täglichen Arbeit relevanten Rechtsgebieten. Ein wesentlicher Teil dieser Referate fanden in überarbeiteter Form Eingang in den vorliegenden Tagungsband, namentlich diejenigen zu den folgenden Themen: Die wichtigsten Stolpersteine bei **Konzernfinanzierungen** (LUKAS GLANZMANN), mögliche **Vorwirkungen** der Konzernverantwortungsinitiative auf die **Unternehmensverantwortung** und die **Geschäftsherrenhaftung** für „kontrollierte Unternehmen“ (CHRISTOPH B. BÜHLER), die Rolle von Corporate **Governance und Compliance** im Konzern vor dem Hintergrund einer potentiellen **Haftung der Obergesellschaft** (KARL HOFSTETTER), Entwicklungen zum **Arbeitsrecht innerhalb von Konzernorganisationen** (THOMAS GEISER), **Sanierungen durch Umstrukturierungen** in einer Gruppe mit Praxisbeispielen aus der Rechtsprechung (ALEXANDER VOGEL).

Mit Beiträgen von:

Christoph B. Bühler

Thomas Geiser

Lukas Glanzmann

Karl Hofstetter

Alexander Vogel