

Dr. Aldo C. Schellenberg, LL.M.

**Zivilrechtliche Haftung von Führungskräften
bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen
im Aktienrechtskonzern**

*Geringfügig angepasste Fassung der Magisterarbeit zur Erlangung des
Legum Magister LL.M. (Schwerpunkt Wirtschaftsrecht)
an der Universität Bern*

Betreuender Dozent: Prof. Dr. Peter Viktor Kunz

8703 Erlenbach, 5. November 2009

Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XI
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Der Konzern	2
I. Begriffe	2
1. Begriff des Konzerns	2
2. Terminologie für die einzelnen Konzernglieder	3
II. Rechtliche Erfassung	3
III. Problematik	4
1. Einleitung	4
2. Einheitliche Leitung	4
3. Stellung der Minderheitsaktionäre	5
4. Haftung	5
§ 3 Unausgewogene Vermögensverschiebungen im Konzern	7
I. Bedeutung unausgewogener Vermögensverschiebungen	7
1. Überblick	7
2. Begriff der unausgewogenen Vermögensverschiebung	8
a) Uneinheitliche Terminologie	8
b) Kriterium der Unausgewogenheit	8
II. Problematik	11
1. Grundsatz der Vertragsfreiheit	11
2. Schranke des Gläubigerschutzes	11
a) Ausgangslage	11
b) Schutzinstrumente der Gläubiger	12
aa) Gläubigerschutz aus Formenzwang und Formenfixierung	12
bb) Gläubigerschutz aus Vertretungsmacht der Führungskräfte	13
cc) Gläubigerschutz aus Sicherung der Kapitalaufbringung und -erhaltung	14

dd) Gläubigerschutz aus Publizitäts- und Rechnungslegungsvorschriften	16
ee) Fazit	17
3. Schranke des Minderheitenschutzes	17
a) Ausgangslage	17
b) Schutzinstrumente der Minderheitsaktionäre	18
aa) Minderheitenschutz gegenüber der abhängigen Gesellschaft aus Gesellschaftszweck	18
bb) Minderheitenschutz gegenüber der abhängigen Gesellschaft aus dem Gleichbehandlungsgebot	20
cc) Minderheitenschutz gegenüber der herrschenden Gesellschaft aus dem Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung	21
dd) Minderheitenschutz gegenüber der herrschenden Gesellschaft aus Treuepflicht	22
ee) Klagen der Minderheitsaktionäre	22
ff) Fazit	23
III. Haftung bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen im Allgemeinen	24
1. Ausgangslage	24
2. Haftung der herrschenden Gesellschaft	25
a) Grundsatz der fehlenden Haftung in der Eigenschaft als Aktionärin	25
b) Haftung als Organ der abhängigen Gesellschaft	25
c) Haftung aus Durchgriff	27
d) Haftung aus Konzernvertrauen	28
3. Haftung der Führungskräfte der herrschenden Gesellschaft	29
4. Haftung der abhängigen Gesellschaft	30
5. Haftung der Führungskräfte der abhängigen Gesellschaft	30

§ 4 Haftung der Führungskräfte bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen im Konzern	31
I. Einleitung	31
II. Aktivlegitimation	31
1. Einleitung	31
2. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	31
3. Aktivlegitimation bei unmittelbaren Schäden	32
a) Aktivlegitimation der Gesellschaft	32
b) Aktivlegitimation von Aktionären und Gläubigern	33
4. Aktivlegitimation bei mittelbaren Schäden	33
a) Aktivlegitimation vor Konkurseröffnung	33
aa) Aktivlegitimation des Aktionärs	33
bb) Aktivlegitimation des Gläubigers	33
b) Aktivlegitimation nach Konkurseröffnung	34
aa) Aktivlegitimation des Aktionärs	34
bb) Aktivlegitimation des Gläubigers	34
III. Passivlegitimation	34
1. Einleitung	34
2. Formelle Organe	35
3. Materielle oder faktische Organe	35
4. Organ infolge Kundgabe	36
IV. Schaden	36
1. Einleitung	36
2. Schadensnachweis und Schadensberechnung	37
3. Schaden aus unausgewogenen Vermögensverschiebungen	37

V. Pflichtverletzung	39
1. Einleitung	39
2. Haftungsbegründende Pflichten	40
a) Pflichten aus den Hauptaufgaben des Verwaltungsrats	40
aa) Allgemeines	40
bb) Beispiel Cash Pooling	41
cc) Beispiel Garantien, Bürgschaften, Patronatserklärungen, Schuldbeitritte	43
b) Sorgfalts-, Treue- und Gleichbehandlungspflicht	44
aa) Vorbemerkung	44
bb) Sorgfaltspflicht	44
cc) Treuepflicht	44
dd) Gleichbehandlungspflicht	45
c) Weitere aktienrechtliche Pflichten	46
d) Pflichten ausserhalb des Aktienrechts	46
3. Rechtfertigung durch Konzerninteresse	47
a) Einleitung	47
aa) Grundsatz: Orientierung am Gesellschaftsinteresse	47
bb) Berücksichtigung des Konzerninteresses	47
b) Konsequenzen für die Haftung von Führungskräften bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen im Konzern	48
aa) Allgemeines	48
bb) Beispiel Sanierung	49
4. Rechtfertigung durch Business Judgment Rule	51
a) Einleitung	51
aa) Problematik	51
bb) Anerkennung der Business Judgment Rule in der Schweiz	52
b) Konsequenzen für die Haftung von Führungskräften bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen	53

VI. Kausalzusammenhang	54
VII. Verschulden	55
1. Einleitung	55
2. Verschulden bei Kollektiventscheiden	56
a) Problematik	56
b) Verschulden bei Opposition	56
c) Verschulden bei Abwesenheit	57
d) Verschulden mehrerer Führungskräfte	57
§ 5 Schlussbemerkungen	59

Literaturverzeichnis

- ALBERS-SCHÖNBERG, MAX: Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980 [zitiert: ALBERS-SCHÖNBERG 1980]
- AMSTUTZ, MARC: Musique plurielle: Überlegungen zu einem konzernorganisatorischen Haftungsrecht, in: Niggli, Marcel Alexander/Amstutz, Marc (Hrsg.): Verantwortlichkeit im Unternehmen. Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, S. 125 - 150 [zitiert: AMSTUTZ 2007]
- BÄRTSCHI, HARALD: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 [zitiert: BÄRTSCHI 2001]
- BAUEN, MARC/VENTURI, SILVIO: Der Verwaltungsrat, Zürich/Basel/Genf 2007 [zitiert: BAUEN/VENTURI 2007]
- BERTSCHINGER, URS: Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 [zitiert: BERTSCHINGER 1999]
- BLUM, OLIVER: Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, S. 705 - 715 [zitiert: BLUM 2005]
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich/Basel/Genf 2009 [zitiert: BÖCKLI 2009]
- BRATSCHI, BERNHARD: Die Stellung des freien Aktionärs im Konzern, Diss. Bern 1996 [zitiert: BRATSCHI 1996]
- BRECHBÜHL, BEAT: Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998 [zitiert: BRECHBÜHL 1998]
- BÜRGI, WOLFHART F./NORDMANN-ZIMMERMANN, URSULA: Die Aktiengesellschaft, Band V/5b/3, Zürich 1979 [zitiert: BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN 1979]
- DRUEY, JEAN NICOLAS/VOGEL, ALEXANDER: Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999 [zitiert: DRUEY/VOGEL 1999]
- EUGSTER, KARIN/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, SZW 76 (2004), S. 434 - 442 [zitiert: EUGSTER/VON DER CRONE 2004]

- FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Band I, Zürich 1981 [zitiert: FORSTMOSER 1981]
- FORSTMOSER, PETER: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. Zürich 1987 [zitiert: FORSTMOSER 1987]
- FORSTMOSER, PETER: Haftung im Konzern, in: Baer, Charlotte M. (Hrsg.): Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, S. 89 - 144 [zitiert: FORSTMOSER 2000]
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 [zitiert: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996]
- FORSTMOSER, PETER/SPRECHER, THOMAS/TÖNDURY, GIAN ANDRI: Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht. Risiken und ihre Minimierung, Zürich/Basel/Genf 2005 [zitiert: FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURI 2005]
- GARBARSKI, ANDREW M.: La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Genf 2006 [zitiert: GARBARSKI 2006]
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER/SCHMID, JÖRG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. A. Zürich/Basel/Genf 2008 [zitiert: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID 2008]
- GAUTSCHI, GEORG: Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45 (1949), S. 301 - 304 [zitiert: GAUTSCHI 1949]
- GRAF, HANSJÖRG: Verträge zwischen Konzerngesellschaften, unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäfte, Diss. Bern 1988 [zitiert: GRAF 1988]
- GRASS, ANDREA R.: Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998 [zitiert: GRASS 1998]
- HABLÜTZEL, OLIVER: Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2009 [zitiert: HABLÜTZEL 2009]
- HANDSCHIN, LUKAS: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994 [zitiert: HANDSCHIN 1994]
- HANDSCHIN, LUKAS: Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, in: Bohnet François/Wessner, Pierre (Hrsg.): Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Basel/Genf/München 2006, S. 273 - 290 [zitiert: HANDSCHIN 2006]

- HOMBURGER, ERIC: Zum „Durchgriff“ im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67 (1971), S. 249 - 254 [zitiert: HOMBURGER 1971]
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (HRSG.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. A. Basel 2007 [zitiert: BSK OR I - BEARBEITER]
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (HRSG.): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530 - 1186 OR, 3. A. Basel 2008 [zitiert: BSK OR II - BEARBEITER]
- JÄGGI, PETER: Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 1958/59, S. 57 - 80 [zitiert: JÄGGI 1958]
- JÄGGI, PETER: Von der atypischen Aktiengesellschaft, in: Gauch, Peter/Schnyder, Bernhard (Hrsg.): Privatrecht und Staat. Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976, S. 251 - 267 [zitiert: JÄGGI 1976]
- JAGMETTI, LUCA: Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007 [zitiert: JAGMETTI 2007]
- JÖRG, FLORIAN S.: Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: Arter, Oliver/Jörg, Florian S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 200, S. 19 - 121 [zitiert: JÖRG 2007]
- JÖSLER, MAJA DOMENICA: Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Diss. St. Gallen 1998 [zitiert: JÖSLER 1998]
- KUNZ, PETER V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht. Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001 [zitiert: KUNZ 2001]
- KUZMIC, KRISTINA: Haftung aus „Konzernvertrauen“, Diss. Zürich 1998 [zitiert: KUZMIC 1998]
- LAZOPOULOS, MICHAEL: Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004 [zitiert: LAZOPOULOS 2004]
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A. Bern 2007 [zitiert: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 2007]

- MÜLLER, ROLAND/LIPP, LORENZ/PLÜSS, ADRIAN: Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für die Praxis, 3. A. Zürich/Basel/Genf 2007 [zitiert: MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2007]
- MÜLLER, THOMAS: Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Fortschritt oder Systembruch? in: von Büren, Roland (Hrsg.): Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 281 - 300 [zitiert: MÜLLER 1998]
- NENNINGER, JOHN: Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1974 [zitiert: NENNINGER 1974]
- NEUHAUS, MARKUS: Die Besteuerung des Aktienertrages, Diss. Zürich 1988 [zitiert: NEUHAUS 1988]
- NIGGLI, MARCEL A./WIPRÄCHTIGER, HANS (HRSG.): Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111 - 392 StGB, 2. A. Basel 2007 [zitiert: BSK Strafrecht II - BEARBEITER]
- NIKITINE, ALEXANDRE: Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007 [zitiert: NIKITINE 2007]
- OECD: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris 1995 (in der aktuellen Fassung von 2001) [zitiert: OECD 1995]
- OFTINGER, KARL/STARK, EMIL W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band: Allgemeiner Teil, 5. A. Zürich 1995 [zitiert: OFTINGER/STARK 1995]
- RASCHEIN, ROLF: Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Dallèves, Louis/Kleiner, Beat/Krauskopf, Lutz/Raschein, Rolf/Schüpbach, Henri/Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.): Festschrift 100 Jahre SchkG, Zürich 1989, S. 357 - 367 [zitiert: RASCHEIN 1989]
- REY, HEINZ: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A. Zürich 2008 [zitiert: REY 2008]
- RUBLI, ARMAND: Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002 [zitiert: RUBLI 2002]

- SCHANZE, ERICH: Konzernspezifischer Gläubigerschutz: Vergleich der Regelungsansätze, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim/Behrens, Peter (Hrsg.): Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, S. 473 - 504 [zitiert: SCHANZE 1991]
- SCHUBARTH, MARTIN: Konzernstrafrecht: Verdeckte Vorteilszuwendungen – Konzernsanierung – Organhaftung – Unternehmenshaftung, in: Ackermann, Jürg-Beat/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.): Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2008, S. 1 - 33 [zitiert: SCHUBARTH 2008]
- SCHUBARTH, MARTIN/PETER, HENRY: Die Bedeutung der Swissair-Urteile des Bezirksgerichtes Bülach für das Konzernstrafrecht, SZW 80 (2008), S. 455 - 464 [zitiert: SCHUBARTH/PETER 2008]
- VETTER, MEINRAD: Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. Zürich 2007 [zitiert: VETTER 2007]
- VOGEL, ALEXANDER: Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches und kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss. St. Gallen 1997 [zitiert: VOGEL 1997]
- VON BÜREN, ROLAND: Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht Band VIII/6, 2. A. Basel/Genf/München 2005 [zitiert: VON BÜREN 2005]
- VON GRAFFENRIED, ANDRÉ: Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung: Die Regelung der europäischen Aktiengesellschaft als Beispiel? Diss. Bern 1976 [zitiert: VON GRAFFENRIED 1976]
- VON GREYERZ, CHRISTOPH: Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht Band VIII/2, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 1 - 314 [zitiert: VON GREYERZ 1982]
- VON PLANTA, FLURIN: Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss. Zürich 1988 [zitiert: VON PLANTA 1988]
- ZÜRCHER, WOLFGANG: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechtskonzern, Diss. Zürich 1993 [zitiert: ZÜRCHER 1993]

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Lachen
Art.	Artikel
BankG	BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BBl	Bundesblatt
BEHG	BG über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (SR 954.1)
BewG	BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.41)
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
E-OR	Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts gemäss Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007 (BBl 2008 1589)
f.	folgende(r)
ff.	fortfolgende
FN	Fussnote(n)

FusG	BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
KAG	BG über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31)
M	Muttergesellschaft
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWSTG	BG vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (SR 641.20)
N	Note(n), Randnote(n)
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PS	Schweizer Prüfungsstandards
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20)
S.	Seite(n)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich

sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts, Bern
ST	Der Schweizer Treuhänder. Monatszeitschrift für Wirtschaftsprüfung, Rechnungswesen, Unternehmens- und Steuerberatung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich
T	Tochtergesellschaft
u.a.	unter anderem/unter anderen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)

§ 1 Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den zivilrechtlichen Aspekten unausgewogener Vermögensverschiebungen innerhalb eines Aktienrechtskonzerns und richtet den Fokus auf die persönliche Haftung der Führungskräfte bei solchen Transaktionen.

Vertragsrechtlich steht es konzernierten Gesellschaften grundsätzlich frei, unausgewogene Verträge untereinander abzuschliessen. Allerdings besteht die latente Gefahr, dabei die Interessen von Minderheitsaktionären und Gläubigern der durch eine unausgewogene Transaktion benachteiligten Gesellschaft zu verletzen.

In einem ersten Teil der Arbeit (§ 2) wird der Begriff des Konzerns und seine rechtliche Erfassung erläutert sowie in allgemeiner Weise auf die damit zusammenhängenden Probleme hingewiesen.

Der zweite Teil (§ 3) befasst sich eingehend mit dem Wesen und der Problematik unausgewogener Vermögensverschiebungen. Es geht darum, die Schutzinstrumente der Gläubiger und Minderheitsaktionäre der durch die Transaktion benachteiligten Konzerngesellschaft und deren Schutzgehalt aufzuzeigen sowie die mit Blick auf unausgewogene Vermögensverschiebungen wichtigsten Haftungsgrundlagen zu erläutern.

Laufen diese Schutzrechte ins Leere und kommt es tatsächlich zu einer Schädigung von Aktionären und Gläubigern der durch die Transaktion benachteiligten Gesellschaft, stellt sich die Frage nach der Haftung der beteiligten Führungskräfte. Diese Problematik ist Gegenstand des dritten Teils der Arbeit (§ 4). Dabei werden die Voraussetzungen eines Verantwortlichkeitsanspruchs gegenüber Führungskräften nach Art. 754 ff. OR im Einzelnen aufgezeigt und auf die im Zusammenhang mit unausgewogenen Vermögensverschiebungen zu beachtenden Besonderheiten und Schranken hingewiesen.

Einige Schlussbemerkungen runden die Arbeit ab (§ 5).

§ 2 Der Konzern

I. Begriffe

1. Begriff des Konzerns

Weil in der Schweiz ein systematisches Konzernrecht fehlt, existiert auch kein einheitlicher Konzernbegriff¹.

Mit Art. 663e Abs. 1 OR hat der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung zwar einen gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff geschaffen, doch wurde diese Bestimmung bewusst offen formuliert, um der Lehre und Rechtsprechung die erforderlichen Präzisierungen zu überlassen². Erschwert wird die begriffliche Erfassung des Konzerns ferner dadurch, dass der Konzern in verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedlich definiert wird. Beispielsweise finden sich auch in Art. 22 Abs. 1 MWSTG oder in Art. 6 BewG Umschreibungen des Konzerns, die aber teilweise vom aktienrechtlichen Begriff gem. Art. 663e Abs. 1 OR abweichen³. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass auch die Doktrin eine fast unüberblickbare Auswahl verschiedener Konzernbegriffe liefert⁴.

Immerhin kommt in der Definition von Art. 663e Abs. 1 OR wie auch in den verschiedenen Ansätzen der Lehre zur Beschreibung des Konzerns – ausdrücklich oder stillschweigend – übereinstimmend zum Ausdruck, dass sich der Konzern im Wesentlichen durch drei Merkmale auszeichnet⁵: (1) die Zusammenfassung von zivilrechtlich selbständigen Unternehmen, (2) die einheitliche Leitung⁶ dieser

¹ Statt vieler: VON BÜREN 2005, S. 5; ALBERS-SCHÖNBERG 1980, S. 7 m.w.H.

² BBI 1983 II, S. 818.

³ Dazu und zum Ganzen: VON BÜREN 2005, S. 5 ff.

⁴ Vgl. beispielsweise BÖCKLI 2009, § 11 N 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 60 N 10; HANDSCHIN 1994, S. 21; VON PLANTA 1988, S. 11; VOGEL 1997, S. 151 f; DRUEY/VOGEL 1999, S. 5; VON BÜREN 2005, S. 16.

⁵ Vgl. statt vieler: JÖRG 2007, S. 26 m.w.H.

⁶ Es wird hier bewusst offen gelassen, ob die tatsächliche Ausübung der einheitlichen Leitung notwendige Voraussetzung für den modernen Konzernbegriff ist, oder ob nicht bereits die blossen Möglichkeit, die Geschäfts- und Finanzpolitik eines Unternehmens zu bestimmen, genügt, um ein konzernkonstituierendes Abhängigkeitsverhältnis zu begründen (sog. Control Concept). Vgl. dazu z.B. Art. 963 E-OR sowie KUNZ 2001, § 14 N 14 ff.

Unternehmen und (3) die wirtschaftliche Einheit, welche durch den Zusammenschluss gebildet wird.

2. Terminologie für die einzelnen Konzernglieder

Die in Gesetz, Lehre und Judikatur verwendeten Begriffe für die einzelnen Konzernglieder sind äusserst vielfältig⁷. In dieser Arbeit gelten folgende Begriffe:

Unter dem Begriff der *Konzerngesellschaft* werden alle Gesellschaften verstanden, die in ihrer Gesamtheit den Konzern bilden. Für die juristisch selbständige Spitzengesellschaft, welche unmittelbar oder mittelbar die einheitliche Leitung über die Konzerngesellschaften ausübt oder zumindest ausüben könnte, werden die Begriffe *herrschende Gesellschaft*, *Muttergesellschaft* und *Konzernobergesellschaft* (als Synonyme) verwendet. Die von einer Konzernobergesellschaft beherrschten Gesellschaften werden – wiederum als Synonyme – als *abhängige Gesellschaften*, *Tochtergesellschaften* oder *Konzernuntergesellschaften* bezeichnet.

II. Rechtliche Erfassung

Konzerne gelten zwar als wirtschaftliche Realität, doch fehlt in der Schweiz eine Konzernrechtskodifikation⁸. Dennoch besteht ein „Schweizer Konzernrecht“, das sich aus der Gesamtheit der auf Konzerne anwendbaren Rechtsnormen, den zahlreichen Lehrmeinungen und einschlägigen Präjudizen zusammensetzt⁹. Ergänzt wird das Konzernrecht durch private Rechtsgestaltung¹⁰.

⁷ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Begriffen findet sich in VON BÜREN 2005, S. 5 ff.

⁸ Statt vieler: KUNZ 2001, § 14 N 1; BÖCKLI 2009, § 11 N 1.

⁹ BÖCKLI 2009, § 11 N 2; KUNZ 2001, § 14 N 1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 60 N 21. Als wichtigste Rechtsnormen zu erwähnen sind in Anlehnung an FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996 § 60 N 17 ff. und MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 41: Art. 663e ff., Art. 663a i.V.m. Art. 633b Ziff. 7 und Art. 659b OR sowie ferner Art. 20 und 32 BEHG. Hinweise zur einschlägigen Literatur und zur Rechtsprechung finden sich in KUNZ 2001, § 14 FN 4.

¹⁰ Vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 81 ff.

III. Problematik

1. Einleitung

Die Konzernierung als Zusammenfassung mehrerer juristisch selbständiger Personen zu einer wirtschaftlichen Einheit bringt erhebliche juristische Probleme mit sich¹¹. Sämtliche dieser Probleme sind im Wesentlichen auf zwei Umstände zurückzuführen: Einerseits werden die beherrschten Gesellschaften durch die Einordnung in eine Konzernstruktur einer Fremdbestimmung unterworfen, was zu einer faktischen Einschränkung ihrer Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit führt¹²; andererseits fehlen aufgrund der nur teilweisen gesetzlichen Regelung klare und einheitliche Leitlinien zur Beurteilung konzernspezifischer Fragen. Nachfolgend wird auf die wichtigsten konzernrechtlichen Problemstellungen kurz eingegangen.

2. Einheitliche Leitung

Das schweizerische Recht nimmt zur einheitlichen Leitung im Konzern eine widersprüchliche Haltung ein¹³. Einerseits wird die einheitliche Leitung als Wesensmerkmal des Konzerns in Art. 663e Abs. 1 OR ausdrücklich festgehalten, andererseits stehen der tatsächlichen Ausübung der einheitlichen Leitung zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegen¹⁴.

In der Praxis wird mit verschiedenen Massnahmen versucht, einen Ausweg aus diesem Dilemma zu finden¹⁵.

¹¹ JÖRG spricht in diesem Zusammenhang von einem „Spagat des Konzernrechts“ bzw. von einem „unlösbaren Widerspruch“, der zu einem „Patchwork des Konzernrechts“ führt“ das „kein gefälliges Muster“ ergibt (JÖRG 2007, S. 31 ff.).

¹² Im Folgenden wird von einem sog. Unterordnungskonzern ausgegangen, der in praxi wohl die bedeutsamste Erscheinungsform von Konzernen darstellt. Vgl. dazu LAZOPoulos 2004, S. 61; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 60 N 12; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 37.

¹³ Dazu und zum Ganzen: VON BÜREN 2005, S. 58; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 60 N 27 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 45 ff; JÖRG 2007, S. 31 ff.

¹⁴ Zu erwähnen sind insb. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR, wonach der Verwaltungsrat der jeweiligen Konzerngesellschaft für deren Oberleitung verantwortlich ist sowie Art. 717 Abs. 1 OR, der den Verwaltungsrat verpflichtet, die Interessen der (eigenen) Gesellschaft in guten Treuen zu wahren.

¹⁵ In Anlehnung an FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 60 N 33 ff., MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 48 f. sowie JÖRG 2007, S. 34 f. stehen in praxi fol-

Mit Blick auf die Verantwortlichkeit von Führungskräften abhängiger Gesellschaften ist jedoch das Konzept des „doppelten Pflichtenexus“ zu beachten¹⁶. Danach gehen die Pflichten gegenüber der (eigenen) Gesellschaft den Weisungen der herrschenden Gesellschaft grundsätzlich vor¹⁷. M.a.W. darf ein Verwaltungsrat den Vorgaben der Muttergesellschaft nur dann Folge leisten, wenn hinsichtlich des fraglichen Entscheids ein Ermessensspielraum besteht¹⁸.

3. Stellung der Minderheitsaktionäre

Ist die herrschende Gesellschaft nicht Alleinaktionärin der beherrschten Gesellschaft, stellt sich die Frage, wie sich die Konzernierung auf die Minderheitsaktionäre der abhängigen Gesellschaft auswirkt.

Der freie Aktionär einer Konzernuntergesellschaft kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Entscheide des Verwaltungsrats im Interesse der Gesellschaft gefällt werden. Vielmehr ist mit der Konzernierung einer Gesellschaft faktisch die Pflicht zum Handeln im Interesse der herrschenden Gesellschaft verbunden, was sich nachteilig oder sogar schädigend auf die unabhängigen Aktionäre auswirken kann¹⁹. Diese, „dem Konzern inhärente Problematik“²⁰, wird hinten – unter dem Aspekt unausgewogener Vermögensverschiebungen – vertieft²¹.

4. Haftung

Die im schweizerischen Gesellschaftsrecht geltenden Dogmen der eigenen Rechtspersönlichkeit der (Konzern-)Gesellschaften und der beschränkten Haf-

gende Massnahmen im Vordergrund: (1) wird in den Statuten der abhängigen Gesellschaften vielfach festgehalten, dass der Zweck im Sinne des Konzerninteresses ausgeübt wird; (2) werden häufig interne Reglemente erlassen (insbes. ein Organisationsreglement), mit welchen die Basis für direkte Weisungen gelegt wird und (3) werden regelmässig Treuhandverträge geschlossen, in welchen sich die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften verpflichten, Weisungen der Muttergesellschaft zu befolgen, ihnen aber auch zugesichert wird, dass sie im Fall einer Verantwortlichkeitsklage schadlos gehalten werden.

¹⁶ Bereits GAUTSCHI 1949, S. 303; aber auch LAZOPOULOS 2004, S. 70 ff. und 79 ff. oder MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 51.

¹⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 51; LAZOPOULOS 2004, S. 79.

¹⁸ Dazu und m.w.H. (insb. zum Begriff des Ermessens): LAZOPOULOS 2004, S. 79 f.

¹⁹ VON BÜREN 2005, S. 112.

²⁰ KUNZ 2001, § 14 N 21; vgl. auch VON BÜREN 2005, S. 111.

²¹ Vgl. hinten: § 3 II. 3.

tung ihrer Gesellschafter gilt grundsätzlich auch in Konzernen²². Danach ist insb. eine Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten abhängiger Gesellschaften aufgrund von Art. 620 Abs. 2 OR grundsätzlich ausgeschlossen²³. Eine konsequente Umsetzung dieses Haftungsregimes in Konzernverhältnissen führt zu einer „Haftungssegmentierung“²⁴, was für die „Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Konzern“²⁵ zu stossenden Ergebnissen führen kann. Ausgehend von dieser Problematik und vor dem Hintergrund, dass konzernspezifische Haftungsregeln im schweizerischen Recht fehlen, sind in Lehre und Praxis verschiedenste Ansätze hinsichtlich der Haftung im Konzern entwickelt worden²⁶.

²² VON BÜREN 2005, S. 174; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 60 N 39; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 55.

²³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 60 N 39; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 55.

²⁴ VON BÜREN 2005, S. 174.

²⁵ VON BÜREN 2005, S. 174 mit illustrierendem Beispiel.

²⁶ Ein Überblick über die verschiedenen Ansätze findet sich hinten: § 3 III.

§ 3 Unausgewogene Vermögensverschiebungen im Konzern

I. Bedeutung unausgewogener Vermögensverschiebungen

1. Überblick

Die für Konzernverhältnisse typische wirtschaftliche Verflechtung zwischen den Konzerngesellschaften führt regelmässig zum horizontalen und vertikalen Austausch von Leistungen²⁷. Beispiele solcher Leistungen sind konzerninterne Lieferungen, Vereinbarungen über Immaterialgüterrechte, Managementleistungen und andere zentrale Dienste wie Forschung und Entwicklung sowie die Gewährung von Garantien, Bürgschaften und Drittpfandbestellungen²⁸.

Sofern sich Leistung und Gegenleistung einer konzerninternen Transaktion entsprechen, liegt eine ausgewogene und damit unbedenkliche Transaktion vor.

Ist ein Leistungsaustausch so ausgestaltet, dass er zu einer einseitigen Vermögensverschiebung zugunsten der einen Gesellschaft führt, liegt eine unausgewogene Transaktion vor und es besteht die Gefahr, dass Gläubiger und Minderheitsaktionäre der anderen Gesellschaft geschädigt werden²⁹.

Unausgewogene Vermögensverschiebungen im Konzern sind primär auf wirtschaftliche oder steuerliche Motive zurückzuführen³⁰. Die Frage nach der Unausgewogenheit konzerninterner Leistungserbringung und den daraus resultierenden Rechtsfolgen stellt sich typischerweise bei den angewandten Verrechnungspreisen für konzerninterne Lieferungen und Leistungen, bei Sanierungsleistungen einer Konzerngesellschaft zugunsten einer anderen notleidenden Gesellschaft

²⁷ Ein horizontaler Leistungsaustausch erfolgt zwischen Konzerngesellschaften gleicher Hierarchiestufe, ein vertikaler Leistungsaustausch zwischen Konzerngesellschaften unterschiedlicher Hierarchiestufen.

²⁸ Vgl. dazu JÖRG 2007, S. 41 f. und S. 48 ff. sowie allgemein GRAF 1988, S. 137 ff.

²⁹ SCHUBARTH 2008, passim.

³⁰ Gem. NEUHAUS 1988, S. 92 ff. dienen (unausgewogene) Vermögensverschiebungen aus wirtschaftlicher Sicht häufig dazu, die Geschäftsergebnisse einzelner Konzerngesellschaften auszugleichen oder schwache Gesellschaften zu sanieren. Die steuerlichen Anreize liegen etwa darin, dass mit konzerninternen Transaktionen Progressionsspitzen gebrochen werden oder ansonsten verlorengegangene Verlustvorträge dennoch ausgeschöpft werden können.

sowie im Rahmen des in Konzernverhältnissen häufig anzutreffenden Cash Pooling³¹.

Die Problematik solcher unausgewogenen Vermögensverschiebungen ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen³².

2. Begriff der unausgewogenen Vermögensverschiebung

a) Uneinheitliche Terminologie

Die in Lehre und Gesetzgebung verwendete Terminologie zur Umschreibung von einseitig ausgestalteten Vermögensverschiebungen ist keineswegs einheitlich³³.

Um terminologische Verwirrungen zu vermeiden, wird hier bewusst der Begriff der *unausgewogenen Vermögensverschiebung* verwendet. Darunter fallen sämtliche Transaktionen zwischen Konzerngesellschaften, bei welchen Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen³⁴.

b) Kriterium der Unausgewogenheit

Aus steuerlicher Sicht handelt es sich bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen um sog. geldwerte Leistungen³⁵. Eine solche liegt vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind³⁶: (1) Es wird eine Leistung ausgerichtet, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, sodass sich die Leistung als eine Entnahme von Gesellschaftsmitteln bzw. in einer Verminderung der durch die Erfolgsrechnung ausgewiesenen Geschäftsergebnisse auswirkt, (2) mit der Leistung wird ein Anteilseigner oder eine ihm nahestehende Person insofern begünstigt, als die Leistung gegenüber einem aussenstehenden Dritten we-

³¹ Die Problematik der Sanierung sowie des Cash Pooling wird im Zusammenhang mit den Pflichten des Verwaltungsrats vertieft. Vgl. hinten: § 4 V. 2. b) bb) und § 4 V. 3. b) bb).

³² Oft liegen bei konzerninternen Transaktionen Insichgeschäfte in Form einer Doppelvertretung vor, was zwar grundsätzlich zulässig ist, bei Interessenkonflikten jedoch eine zusätzliche Problematik begründet, die hier nicht weiter behandelt wird (vgl. dazu JÖRG 2007, S. 42 m.w.H).

³³ Vgl. dazu die ausführliche Darstellung in VON BÜREN 2005, S. 160 f.

³⁴ HANDSCHIN 1994, S. 115 f.

³⁵ Auch verdeckte Gewinnausschüttung bzw. Gewinnvorwegnahme genannt (BGE 113 Ib 23, Regeste).

³⁶ Vgl. dazu beispielhaft BGE 82 I 288 E II.1; BGE 105 Ib 84 E. 2a; BGE 107 Ib 325 E. 3c sowie BGE 113 Ib 23 E. 2.

sentlich tiefer ausgefallen wäre und die Leistung deshalb ungewöhnlich ist und sich nicht mit sachgemäßem Geschäftsgebaren vereinbaren lässt und (3) das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung muss für die handelnden Gesellschaftsorgane erkennbar gewesen sein, sodass angenommen werden kann, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen.

Im Privatrecht steht mit Blick auf einseitig gestaltete Verträge in Gesellschaftsverhältnissen die Bestimmung von Art. 678 Abs. 2 OR im Vordergrund³⁷. Zur Beurteilung der Unausgewogenheit einer Transaktion i.S. dieser Bestimmung ist vor allem darauf abzustellen, ob das fragliche Geschäft mit einem aussenstehenden Dritten zu denselben Konditionen abgeschlossen worden wäre³⁸. Dabei sind primär Marktverhältnisse zu Grunde zu legen³⁹.

Bei konzerninternen Geschäften hilft ein Marktvergleich i.S. des „dealing at arm's length“-Prinzips jedoch oft nicht weiter, da es für entsprechende Transaktionen typischerweise keinen aktiven Markt⁴⁰ gibt bzw. der Marktpreis auch die konzernspezifische Situation der Beteiligten mitberücksichtigen müsste⁴¹. Besteht für eine Leistung kein aktiver Markt, sind zur Beurteilung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung Hilfskriterien heranzuziehen⁴².

Ein wichtiges Indiz für die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung im Rahmen einer konzerninternen Transaktion sieht VON BÜREN in der Wirkung der Transaktion auf die Ertragskraft der beteiligten Unternehmen. So muss die Ge-

³⁷ Ergänzend dazu sind gem. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 50 N 120 auch die Doktrin und Rechtsprechung zu Art. 21 OR (Übervorteilung) heranzuziehen; dazu statt vieler: BSK OR I - HUGUENIN, Art. 21 N 5 ff.

³⁸ BSK OR II - KURER, Art. 678 N 14.

³⁹ BSK OR II - KURER, Art. 678 N 14; VON BÜREN 2005, S. 162; HANDSCHIN 1994, S. 115 f.

⁴⁰ Ein aktiver Markt im hier verwendeten Sinne ist dadurch gekennzeichnet, dass folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind: (1) die auf dem Markt gehandelten Erzeugnisse und Dienstleistungen sind homogen, (2) vertragswillige Käufer und Verkäufer können jederzeit gefunden werden und (3) die Preise sind allen potenziellen Marktteilnehmern bekannt.

⁴¹ SCHUBARTH 2008, N 51; so auch NEUHAUS 1988, S. 203.

⁴² NEUHAUS 1988, S. 205; BSK OR I - HUGUENIN, Art. 21 N 6.

genleistung, welche ein Unternehmen für eine Leistung empfängt, einen geldwerten Vorteil zumindest erwarten lassen⁴³.

In diese Richtung zielt auch Art. 678 Abs. 2 OR, wonach eine Leistung nicht nur in einem offenbaren Missverhältnis zur Gegenleistung, sondern auch zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen muss, damit sie rückerstattungspflichtig wird⁴⁴.

Dies entspricht im Kern auch den Richtlinien der OECD für die Festlegung von Transferpreisen in multinationalen Unternehmen. Die von der OECD vorgeschlagenen Methoden basieren alle implizit auf dem Grundgedanken, dass Leistung und Gegenleistung einer Transaktion den beteiligten Unternehmen eine angemessene Gewinnmöglichkeit eröffnen sollte. Konkret werden von der OECD folgende Methoden der Transferpreisgestaltung vorgeschlagen, falls kein Marktpreis ermittelt werden kann⁴⁵: (1) Ermittlung der Preise, die für dasselbe Produkt zwischen fremden Dritten unter möglichst ähnlichen Bedingungen verlangt werden (comparable uncontrolled price method oder Preisvergleichsmethode), (2) Ermittlung des erzielbaren Wiederverkaufspreises an Dritte abzüglich einer angemessenen Gewinnmarge (resale price method oder Wiederverkaufspreismethode), (3) Ermittlung der Kosten der Leistung zuzüglich einer angemessenen Gewinnmarge (cost plus method oder Kostenaufschlagsmethode).

Denkbar ist auch eine Anwendung der Kriterien gem. Art. 13 PüG⁴⁶.

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht handelt es sich bei solchen Hilfskriterien lediglich um Richtlinien grundsätzlichen Charakters, die nur als allgemeiner Leitfaden zu verstehen sind⁴⁷. Zur Beurteilung der Ausgewogenheit einer Leistung bedarf es aus diesem Grund letztlich immer einer Würdigung des Einzelfalls⁴⁸. Dabei

⁴³ VON BÜREN 2005, S. 167.

⁴⁴ Nach BSK OR II - KURER, Art. 678 N 16 ist aber nicht erforderlich, dass die Transaktion zu einer eigentlichen Gefährdung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft führt, sondern eine spürbare wirtschaftliche Auswirkung genügt; ähnlich auch BÖCKLI 2009, § 12 N 556 f.

⁴⁵ Vgl. dazu insb. OECD 1995, chapter II.

⁴⁶ BSK OR I - HUGUENIN, Art. 21 N 6.

⁴⁷ Vgl. NEUHAUS 1988, S. 204. Hinweise zu den einzelnen Kriterien finden sich ferner in BSK OR I - HUGUENIN, Art. 21 N 6 sowie in VON BÜREN 2005, S. 167.

⁴⁸ VON BÜREN 2005, S. 167.

muss in Anlehnung an Art. 678 Abs. 2 OR berücksichtigt werden, dass eine Vermögensverschiebung nur dann als unausgewogen gilt, wenn die Leistung in einem *offensichtlichen* Missverhältnis zur Gegenleistung steht. Mit der Wendung „offensichtlich“ wollte der Gesetzgeber kleinliche Nachrechnereien verhindern⁴⁹.

II. Problematik

1. Grundsatz der Vertragsfreiheit

Ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit ist festzuhalten, dass die an einer konzerninternen Transaktion beteiligten Gesellschaften grundsätzlich frei sind, Leistung und Gegenleistung eines Rechtsgeschäfts zu bestimmen. Selbstverständlich müssen die zwingenden Schranken von Art. 19 und 20 OR sowie von Art. 27 ZGB beachtet werden, doch sind unausgewogene Vermögensverschiebungen innerhalb dieses Rahmens grundsätzlich zulässig.

Weil unausgewogene Vermögensverschiebungen im Konzern aber die Interessen von Gläubigern und/oder Minderheitsaktionären gefährden können, sind bei der Ausgestaltung konzerninterner Geschäfte zusätzlich aktienrechtliche Schranken zu beachten⁵⁰.

2. Schranke des Gläubigerschutzes

a) Ausgangslage

Die Herausforderung des Gläubigerschutzes in Konzernverhältnissen liegt darin begründet, dass dem Gläubiger zwar eine selbständige juristische Person als Schuldnerin gegenübersteht, diese aber aufgrund der Beherrschungssituation innerhalb des Konzerns einer Fremdbestimmung unterworfen ist⁵¹. Als Schuldnerin tritt mithin nicht ein isoliertes Rechtssubjekt auf, sondern ein Unternehmen, das in vielfältiger Wechselwirkung mit anderen verbundenen Unternehmen steht⁵². Für die Gläubiger einer Konzerngesellschaft besteht die latente Gefahr, dass der

⁴⁹ BBI 1983 II, S. 897; BSK OR II - KURER, Art. 678 N 17 sowie HUGUENIN (BSK OR I - HUGUENIN, Art. 21 N 5): „Der Begriff „offenbar“ verdeutlicht, dass die Ungleichwertigkeit der Austauschleistung „jedermann in die Augen fallen“ (BGE 53 II 488; 46 II 60) muss.“

⁵⁰ SCHUBARTH 2008, N 16.

⁵¹ ZÜRCHER 1993, S. 12.

⁵² VON BÜREN 2005, S. 152.

Gesellschaft durch unausgewogene Vermögensverschiebungen innerhalb des Konzerns Haftungssubstrat entzogen werden kann⁵³.

Um seine Interessen zu wahren, stehen dem Gläubiger verschiedene Schutzbehelfe zu, die primär aktienrechtlicher Natur sind, teilweise aber im Hinblick auf konzernspezifische Strukturen konkretisiert wurden⁵⁴. Aus der Perspektive der beteiligten Konzerngesellschaften (bzw. ihrer Führungskräfte) stellen die Schutzinstrumente der Gläubiger Schranken dar, welche im Rahmen von konzerninternen Vermögensverschiebungen zu beachten sind⁵⁵.

b) Schutzinstrumente der Gläubiger

aa) Gläubigerschutz aus Formenzwang und Formenfixierung

Im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit und damit auch im Interesse des Gläubigerschutzes stellt der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht einen *numerus clausus* von Gesellschaftsformen zur Verfügung (Formenzwang)⁵⁶, deren inhaltliche Ausgestaltung aufgrund zwingender Normen beschränkt ist (Formenfixierung)⁵⁷.

Im Rahmen der vom Gesetz gewährten Gestaltungsfreiheit lassen sich jedoch atypische Gebilde errichten, die von der gesetzlichen Grundkonzeption teilweise erheblich abweichen⁵⁸. Aufgezeigt sei diese Problematik anhand des gesetzgeberischen Leitbilds der AG als unabhängige, im eigenen Interesse geleitete Gesellschaft⁵⁹. Ein Blick in die Rechtswirklichkeit zeigt aber, dass zahlreiche Aktiengesellschaften in Konzerne eingegliedert sind und deshalb das gesetzgeberische

⁵³ ZÜRCHER 1993, S. 10.

⁵⁴ VON BÜREN 2005, S. 153; ZÜRCHER 1993, S. 13.

⁵⁵ In diesem Sinne SCHUBARTH 2008, N 29 ff.

⁵⁶ Die verschiedenen Gesellschaftsformen haben ihre Grundlage im OR (Einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, AG, Kommandit-AG, GmbH und Genossenschaft), im ZGB (Verein) sowie im KAG (Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und Investmentgesellschaft mit variablem Kapital).

⁵⁷ Statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 11 N 2 ff.

⁵⁸ ZÜRCHER 1993, S. 29.

⁵⁹ Statt vieler: ZÜRCHER 1993, S. 135 m.w.H.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 35.

Leitbild nicht verwirklicht wird⁶⁰. Zu Recht werden abhängige Konzerngesellschaften aus diesem Grund als „Schulbeispiel atypischer Gesellschaften“ bezeichnet⁶¹. Nach JÄGGI darf bei der Auslegung des Gesetzes keine Rücksicht auf Typenabweichungen genommen werden⁶². Nach dieser Auffassung hat der Gläubiger eines Konzernunternehmens Gewähr dafür, dass sich das Gericht am gesetzlichen Leitbild der AG als selbständiges und Gewinn strebendes Unternehmen zu orientieren hat. Die jüngere Rechtsentwicklung scheint sich nun aber von diesem Paradigma abzuwenden⁶³. VON BÜREN spricht von einer teilweisen Aufgabe der materiellen Einheit des Aktienrechts durch Gesetz und Judikatur und folgert daraus, dass „die konkrete Ausgestaltung der Gesellschaft zu berücksichtigen ist“⁶⁴. Durch diese Entwicklung besteht die latente Gefahr, dass die Gläubigerschutzfunktion der Prinzipien des Formenzwangs und der Formenfixierung, gerade mit Blick auf konzernierte Gesellschaften, abgeschwächt wird.

bb) Gläubigerschutz aus Vertretungsmacht der Führungskräfte

Die Vertretungsmacht der Führungskräfte einer Konzerngesellschaft, d.h. ihr „rechtliches Können“, ergibt sich aus Art. 718a Abs. 1 OR⁶⁵. Danach sind die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt, „alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann“.

Es stellt sich hier also die Frage, ob Führungskräfte einer Konzerngesellschaft unter dem Aspekt der Vertretungsmacht unausgewogene Rechtsgeschäfte mit nachteiligen Folgen für ihre Gläubiger vornehmen dürfen⁶⁶. Dazu Folgendes:

⁶⁰ Gem. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 35 ergab eine Studie bereits 1991, dass von 306 börsenkotierten Gesellschaften nur 89 nicht in eine Konzernstruktur eingebunden waren und diese Zahl heute noch wesentlich kleiner sein dürfte.

⁶¹ VON GRAFFENRIED 1976, S. 127; ZÜRCHER 1993, S. 29.

⁶² JÄGGI 1958, S. 70. In diesem Sinne wohl auch FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY 2005, S. 109 ff., wenn sie als eine der „goldenen Regeln zur Vermeidung einer persönlichen Haftung als Verwaltungsratsmitglied“ fordern, dass „das Spiel der AG“, d.h. „die formellen Regeln des Aktienrechts konsequent zu beachten sind“.

⁶³ Vgl. VON BÜREN 2005, S. 153, 220 ff.

⁶⁴ VON BÜREN 2005, S. 153.

⁶⁵ ZÜRCHER 1993, S. 32; dazu auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID 2008, N 1320.

⁶⁶ ZÜRCHER 1993, S. 36; VON BÜREN 2005, S. 154. Dazu auch JÄGGI 1976, S. 260 ff.

Zunächst ist zu beachten, dass Art. 718a Abs. 1 OR extensiv auszulegen ist. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden von der Vertretungsmacht alle Geschäfte erfasst, welche „durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen sind“⁶⁷. Darüber hinaus kann auch eine vordergründig zweckwidrige Handlung von der Vertretungsmacht erfasst sein, wenn dadurch der Gesellschaftszweck indirekt gewahrt wird, indem etwa die fragliche Handlung dem ganzen Konzern und damit mittelbar auch den einzelnen Konzerngesellschaften dienlich ist⁶⁸.

Sodann ist zu beachten, dass ein Geschäft, welches selbst nach den soeben dargelegten Grundsätzen zweckwidrig ist, aus vertretungsrechtlicher Betrachtungsweise von der vertretenen Gesellschaft immer noch genehmigt werden kann, was in praxi aufgrund des Drucks der Konzernleitung regelmässig vorkommen dürfte⁶⁹. Ein solches Vorgehen kann aber aus aktienrechtlicher Betrachtungsweise problematisch sein, weil eine entsprechende Genehmigung durch die Generalversammlung grundsätzlich nur in Verbindung mit einer Zweckänderung und in den Schranken von Art. 706b Ziff. 3 OR zulässig ist⁷⁰.

Daraus erhellt, dass die aus der Vertretungsmacht der Führungskräfte abzuleitenden Schutzbehelfe der Gläubiger v.a. aufgrund der sehr weitgehenden Interpretation des Gesellschaftszwecks i.S.v. Art. 718a Abs. 1 OR häufig schwach sind.

cc) **Gläubigerschutz aus Sicherung der Kapitalaufbringung und -erhaltung**

Zur Verwirklichung der dem Grundkapital einer Gesellschaft zukommenden Gläubigerschutzfunktion finden sich im Gesetz verschiedene Vorschriften zur Sicherung der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung.

⁶⁷ Vgl. BGE 95 II 422 E. 3; BGE 96 II 439 E. 3b.; BGE 111 II 284 E. 3b oder BGE 116 II 320 E. 3a.

⁶⁸ ZÜRCHER 1993, S. 40 FN 178; VON BÜREN 2005, S. 154 f.

⁶⁹ ZÜRCHER 1993, S. 37; VON BÜREN 2005, S. 154.

⁷⁰ Dazu und eingehend zur aktienrechtlichen Betrachtungsweise: ZÜRCHER 1993, S. 38 ff.; VON BÜREN 2005, S. 154.

Im Zentrum der Vorschriften zur Kapitalaufbringung stehen die Bestimmungen über das Mindestkapital, die Pflicht zur vollständigen Zeichnung des Aktienkapitals und das Gebot der Mindestliberierung⁷¹.

In Konzernstrukturen besteht in diesem Zusammenhang jedoch das Problem, dass der im Rahmen der Kapitalaufbringung notwendige Mitteleinsatz erheblich reduziert werden kann⁷².

Zum einen kann die faktische Beherrschung einer Gesellschaft mit weit weniger als 100 Prozent der Kapital- bzw. Stimmenanteile erreicht werden. Die bloße Aufteilung des Aktienkapitals auf Mehrheits- und Minderheitsaktionäre ist aus Gläubigersicht unbedenklich, da das Haftsubstrat der Gesellschaft dadurch nicht vermindert wird.

Zum anderen können dieselben Mittel zur Gründung mehrerer Gesellschaften eingesetzt werden. Dies führt zu einer faktischen „Verwässerung“ des Haftsubstrats, was den Gläubigerinteressen entgegensteht⁷³.

Hinzu kommt, dass in Konzernverhältnissen die Finanzierung der einzelnen Konzernuntergesellschaften durch die Konzernobergesellschaft im Rahmen der Vorschriften über das Mindestkapital frei bestimmt werden kann⁷⁴. Werden die Konzernuntergesellschaften nur mit dem gesetzlichen Mindestkapital ausgestattet und wird der übersteigende Kapitalbedarf mit Darlehen der Konzernobergesellschaft gedeckt, so stehen diese Aktionärsdarlehen in finanziellen Stresssituationen allenfalls in Konkurrenz mit Drittgläubigern.

⁷¹ Vgl. beispielsweise Art. 621, 629 Abs. 2 und 632 OR.

⁷² VON BÜREN 2005, S. 156.

⁷³ Dazu ein Beispiel: M habe ihr Aktienkapital von 100 vollständig und bar liberiert. Mit den Barmittelbeständen von 100 gründet sie zwei Tochtergesellschaften (T1 und T2) mit einem Aktienkapital von je 100, je bar liberiert zu 50 Prozent. T1 und T2 verfügen damit formell je über ein Aktienkapital von 100, liquide Mittel von 50 und einer Forderung gegenüber M von 50 (nicht einbezahltes Aktienkapital). M verfügt über ein Aktienkapital von 100, 2 Beteiligungen im Wert von je 50 und keine weitere Vermögenswerte. Im Konkursfall erweisen sich die Forderungen gegenüber M – und damit die Hälfte des Aktienkapitals – als nicht werthaltig.

⁷⁴ Dazu ein Beispiel: M habe ihr Aktienkapital von 200 vollständig und bar liberiert. Sie gründet damit eine Tochtergesellschaft T welche einen Startkapitalbedarf von 150 hat. M hat zwei Möglichkeiten, T zu finanzieren: (1) T wird mit einem bar liberierten Aktienkapital von 150 ausgestattet und (2) T wird mit einem bar liberierten Aktienkapital von 100 (gesetzliches Mindestkapital) und einem Darlehen von M im Betrag von 50 ausgestattet.

Dem Gläubigerschutz dienen auch die Bestimmungen über die Sicherung der Kapitalerhaltung⁷⁵. Durch die Eingliederung der abhängigen Gesellschaft in den Konzern besteht die latente Gefahr, dass aufgrund unausgewogener Vermögensverschiebungen eine Kapitalaushöhlung erfolgt. Aus diesem Grund stellen die Vorschriften zur Sicherung der Kapitalerhaltung zentrale Gläubigerschutzbestimmungen bzw. für Konzerngesellschaften eine bedeutsame Schranke zur freien Ausgestaltung unausgewogener Transaktionen dar.

dd) Gläubigerschutz aus Publizitäts- und Rechnungslegungsvorschriften

Dem Schutz der Gläubiger dienen grundsätzlich auch die Vorschriften über die registerrechtliche Publizität und die Rechnungslegung⁷⁶. Mit diesen Normen soll die Veröffentlichung bzw. die Zugänglichkeit der relevanten Daten einer Gesellschaft sichergestellt werden⁷⁷. Die Bedeutung der Publizitätsvorschriften als Gläubigerschutzinstrument ist im Hinblick auf Konzerne aber zu relativieren. Dem Gläubiger stehen zwar verschiedene Auskunfts- und Einsichtsrechte zu, doch helfen die einschlägigen Informationen aufgrund der häufig nur schwer überblickbaren Organisations- und Vertretungsverhältnisse sowie der Komplexität von Konzernstrukturen regelmässig nicht weiter⁷⁸. Immerhin ermöglicht die Bestimmung von Art. 663a Abs. 4 OR, dass sich die Gläubiger einer Konzerngesellschaft ein Bild über das Ausmass der finanziellen Vernetzung und Abhängigkeit der Gesellschaft von anderen Konzerngesellschaften machen können. Für die Einsichtnahme in die Jahresrechnung und den Revisionsbericht einer Konzernuntergesellschaft, welche typischerweise weder Anlehensobligationen ausste-

⁷⁵ Der Kapitalerhaltung dienen namentlich folgende Bestimmungen: Die Bestimmungen über die Äufnung von Reserven (Art. 670 Abs. 1, 671 Abs. 1 und 2, 672, 673 und 674 OR), das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (Bestimmungen über die Verwendung der gesetzlichen Reserven nach Art. 671 Abs. 3, 671a und 671b OR sowie Rückerstattungspflicht bei ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 678 OR), die Vorschrift, Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn auszuschütten (Art. 675 Abs. 2 OR), das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR), die Beschränkung des Erwerbs eigener Anteile (Art. 659 OR), das Verfahren bei Kapitalherabsetzungen (Art. 732 ff. OR), die Vorschriften über die Buchführung und Rechnungslegung (Art. 662 ff. OR) sowie die Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR).

⁷⁶ VON BÜREN 2005, S. 156; vgl. beispielsweise Art. 641, 662 Abs. 2, 662a ff. und 697h OR.

⁷⁷ ZÜRCHER 1993, S. 65 f.

⁷⁸ VON BÜREN 2005, S. 156; SCHANZE 1991, S. 479 ff.

hend hat, noch börsenkotiert ist, hat der Gesellschaftsgläubiger allerdings ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen (Art. 697h Abs. 2 OR)⁷⁹.

ee) Fazit

Die dargelegten Prinzipien und Bestimmungen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger stellen zwar Schranken der freien Vertragsgestaltung dar, sind jedoch nicht auf konzernrechtliche Sachverhalte zugeschnitten. Ein wirksamer Schutz der Gläubiger vor unausgewogenen Vermögensverschiebungen im Konzern ist deshalb nur partiell verwirklicht. Immerhin wird den Interessen der Gläubiger im Rahmen von Haftungsansprüchen Rechnung getragen.

Es besteht für Gläubiger die Möglichkeit, Verantwortlichkeitsansprüche gegen die handelnden Führungskräfte geltend zu machen, zusätzlich wurden von der Lehre und Rechtsprechung verschiedene konzernspezifische Haftungstatbestände⁸⁰ entwickelt, die dem Schutz der Gläubiger dienen.

3. Schranke des Minderheitenschutzes

a) Ausgangslage

Ist die herrschende Gesellschaft nicht Alleinaktionärin der abhängigen Gesellschaft, stellt der Schutz der Minderheitsaktionäre der abhängigen Gesellschaft⁸¹ eine weitere Schranke der freien Ausgestaltung konzerninterner Vermögens-transaktionen dar⁸².

Unausgewogene Vermögensverschiebungen sind insofern problematisch, als dadurch die Interessen der durch die Transaktion benachteiligten Gesellschaft und damit auch jene ihrer (Minderheits-)Aktionäre beeinträchtigt werden können⁸³. Unausgewogene Transaktionen vermindern letztlich den ausschüttbaren

⁷⁹ Zu den Anforderungen an die Glaubhaftmachung des schutzwürdigen Interesses siehe BSK OR II - WEBER, Art. 697h N 6 ff. m.w.H.

⁸⁰ Etwa die Haftung der herrschenden Gesellschaft für Schäden von Gläubigern einer abhängigen Gesellschaft aus Durchgriff oder aus Konzernvertrauen. Dazu hinten: § 3 III. und § 4.

⁸¹ In der Lehre wird auch von „unabhängigen“ oder „freien“ Aktionären gesprochen (KUNZ 2001, § 14 FN 50 m.w.H.) Hier werden die Begriffe synonym verwendet.

⁸² Selbstredend entfällt die Problematik des Minderheitenschutzes, wenn die abhängige Gesellschaft zu 100% beherrscht wird.

⁸³ Das Problem des Minderheitenschutzes stellt sich v.a. bei Aktionären der abhängi-

Bilanzgewinn zulasten der Minderheitsaktionäre der benachteiligten Konzerngesellschaft. In der Folge sinkt i.d.R. auch der innere Wert der Minderheitsanteile am benachteiligten Unternehmen.

Da konzernspezifische Minderheitenschutzbestimmungen im schweizerischen Recht fehlen⁸⁴, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die herkömmlichen aktienrechtlichen Normen zum Schutz der Minderheitsaktionäre auf Konzernverhältnisse Anwendung finden und inwiefern diese Schutzbestimmungen für die handelnden Führungskräfte der an einer Transaktion beteiligten Gesellschaften Schranken darstellen⁸⁵.

Die nachfolgende Darstellung der Schutzinstrumente der Minderheitsaktionäre erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit⁸⁶.

b) Schutzinstrumente der Minderheitsaktionäre

aa) Minderheitenschutz gegenüber der abhängigen Gesellschaft aus Gesellschaftszweck

Der Handlungsspielraum der Führungskräfte einer Gesellschaft wird allgemein dadurch begrenzt, als ihre Entscheidungen mit dem Gesellschaftszweck vereinbar sein müssen⁸⁷. Der Gesellschaftszweck umfasst einerseits den Endzweck, der bei Aktiengesellschaften auf Wirtschaftlichkeit und Gewinnstreben ausgelegt ist, andererseits den statutarischen Zweck, welcher das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft umschreibt⁸⁸.

gen Gesellschaft. Die Stellung der Aktionäre der herrschenden Gesellschaft ist in Anlehnung an VON BÜREN 2005, S. 111 oder KUNZ 2001, § 14 N 19 grundsätzlich unproblematisch und deshalb nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

⁸⁴ Statt vieler: KUNZ 2001, § 14 N 20; VON BÜREN 2005, S. 110.

⁸⁵ In der Lehre wird hinsichtlich der Bestimmungen des Minderheitenschutzes regelmässig zwischen der Konzerneintritts-, Konzernbetriebs-, und Konzernaustrittsphase unterschieden (vgl. z.B. KUNZ 2001, § 14 N 38 ff; BRATSCHI 1996, passim; VON BÜREN 2005, S. 114 ff.). Da unausgewogene Vermögensverschiebungen in die Konzernbetriebsphase fallen, werden nachfolgend hauptsächlich die Schutzbehelfe in diesem Stadium beleuchtet.

⁸⁶ Verzichtet wird insb. auf die Darstellung der formellen Normen und Verfahren des Minderheitenschutzes. Vgl. dazu HANDSCHIN 1994, S. 145 ff. und VON BÜREN 2005, S. 136 f.

⁸⁷ HANDSCHIN 1994, S. 100, 147; VON BÜREN 2005, S. 132.

⁸⁸ BÖCKLI 2009, § 1 N 474 m.w.H.

Für den Minderheitsaktionär steht gegenüber der abhängigen Gesellschaft insb. der Endzweck, d.h. das Gewinnstreben im Vordergrund. Nur wenn die Gesellschaft diesen Zweck konsequent verfolgt, kann sein Interesse, „die Früchte seiner Beteiligung zu ernten“⁸⁹, gewahrt werden. Durch die Eingliederung der Gesellschaft in einen Konzern und die damit verbundene Fremdbestimmung wird unter Umständen das Gewinnstreben faktisch aufgegeben, was sich im Rahmen unausgewogener Vermögensverschiebungen zulasten der betreffenden Gesellschaft besonders deutlich zeigt⁹⁰.

Nach Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR gilt, dass das Gewinnstreben als Endzweck der Gesellschaft nur mit der Zustimmung aller Aktionäre aufgehoben werden kann. In der Praxis wird mit der Konzernierung aber trotz materieller Zweckänderung in vielen Fällen keine formelle Zweckänderung vorgenommen⁹¹. Die Wirksamkeit der Schutzbehelfe der Minderheitsaktionäre ist in diesem Zusammenhang regelmässig beschränkt, weil eine Verletzung des Gesellschaftszwecks durch die Führungskräfte der abhängigen Gesellschaft i.d.R. nicht offensichtlich, sondern in schwer durchschaubarer Weise erfolgt⁹². Möchte ein Minderheitsaktionär aus dem Gesellschaftszweck taugliche Schutzrechte ableiten, sind deshalb zunächst häufig Feststellungsprozesse anzuheben, wobei sich der Aktionär vielfach mit einer schwierigen Beweislage konfrontiert sieht⁹³.

Im Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck und dem Minderheitenschutz ist sodann der Frage nachzugehen, ob ein freier Aktionär, der sich eine mit der Konzernierung einhergehende (faktische) Zweckänderung nicht gefallen lassen will, die Möglichkeit hat, seine Beteiligung aufzugeben. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine Publikums-AG oder um eine Privat-AG handelt⁹⁴. Der Publikumsaktionär hat mit der sog. „Exit-Variante“⁹⁵ die Möglichkeit, seine Beteiligung zum Marktwert zu verkaufen, „d.h. Selbstschutz als

⁸⁹ VON BÜREN 2005, S. 133.

⁹⁰ HANDSCHIN 1994, S. 97.

⁹¹ HANDSCHIN 1994, S. 100; VON BÜREN 2005, S. 86.

⁹² VON BÜREN 2005, S. 133.

⁹³ VON BÜREN 2005, S. 133.

⁹⁴ Vgl. KUNZ 2001, § 14 N 29 ff.

⁹⁵ Dazu eingehend: KUNZ 2001, § 4 N 26 ff.

Minderheitenschutz wahrzunehmen⁹⁶. Diese Möglichkeit entfällt für den unabhängigen Aktionär einer konzernierten Privat-AG, weil ein Markt für die entsprechenden Aktien in aller Regel fehlt⁹⁷. Insofern ist das Schutzbedürfnis für den Minderheitsaktionär einer Privat-AG im Vergleich zu demjenigen eines Publikumsaktionärs weit grösser⁹⁸.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gesellschaftszweck für die Führungskräfte bei der Ausgestaltung konzerninterner Vermögenstransaktionen zwar die Leitplanken vorgibt, allfällige Verletzungen des Gesellschaftszwecks für freie Aktionäre aber aufgrund der vielfach intransparenten Verhältnisse schwierig nachzuweisen sind.

bb) Minderheitenschutz gegenüber der abhängigen Gesellschaft aus dem Gleichbehandlungsgebot

Das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot richtet sich an die Generalversammlung⁹⁹ sowie an die Führungskräfte der Gesellschaft¹⁰⁰. Die Adressaten des Gleichbehandlungsgebots sind verpflichtet, „alle Aktionäre nach Massgabe ihrer Beteiligungsrechte und unter Würdigung der sachlich vertretbaren Interessen der Gesellschaft gleich zu behandeln“¹⁰¹. Das Gleichbehandlungsgebot betrifft im vorliegenden Zusammenhang in erster Linie die Generalversammlung und die Führungskräfte der abhängigen Gesellschaft. Die herrschende Gesellschaft als Hauptaktionärin der abhängigen Gesellschaft ist durch das Gleichbehandlungsprinzip insoweit betroffen, als die fragliche Handlung nicht nur in der Stellung als Aktionärin, sondern durch ein dem Gleichbehandlungsgebot unterliegendes Organ erfolgt¹⁰².

Für freie Aktionäre ist das Gleichbehandlungsgebot sowohl gegenüber der abhängigen, wie auch gegenüber der herrschenden Gesellschaft (sofern diese überhaupt davon betroffen ist) häufig kein griffiges Schutzinstrument, da es als

⁹⁶ KUNZ 2001, § 14 N 34.

⁹⁷ KUNZ 2001, § 14 N 35.

⁹⁸ KUNZ 2001, § 14 N 35.

⁹⁹ Vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 717 Abs. 2 OR.

¹⁰¹ VON BÜREN 2005, S. 134.

¹⁰² HANDSCHIN 1994, S. 133; VON BÜREN 2005, S. 134.

reines Gebot keine direkten Ansprüche gegenüber der Gesellschaft begründet, sondern lediglich Handlungsweisen normiert, deren Verletzung allenfalls zu Ersatzansprüchen führen können¹⁰³.

Diesen Ausführungen zufolge lassen sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot keine unmittelbaren Schutzbehelfe der Minderheitsaktionäre gegenüber unausgewogenen Vermögensverschiebungen ableiten.

cc) Minderheitenschutz gegenüber der herrschenden Gesellschaft aus dem Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung

Gem. Art. 678 Abs. 2 OR sind Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrats sowie diesen nahestehende Personen verpflichtet, Leistungen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen, zurückzuerstatten¹⁰⁴. Unausgewogene Vermögensverschiebungen im Konzern dürften die Voraussetzungen dieser Bestimmung regelmäßig erfüllen. Nicht ohne Zufall wird der Begriff der unausgewogenen Vermögensverschiebung häufig gerade anhand der Kriterien von Art. 678 Abs. 2 OR definiert¹⁰⁵. Für Minderheitsaktionäre einer Konzernuntergesellschaft bedeutet diese Bestimmung, dass ihnen ein spezielles Rechtsmittel zur Verfügung steht, um im Rahmen unausgewogener Transaktionen entzogene Vermögenswerte zurückzuverlangen¹⁰⁶. Zu beachten ist jedoch, dass der dem Minderheitsaktionär aus einer entsprechenden Klage resultierende Vorteil nur mittelbarer Natur ist, da er nicht direkt besser gestellt wird, sondern die Leistung an die Gesellschaft erfolgt¹⁰⁷.

¹⁰³ HANDSCHIN 1994, S. 135; VON BÜREN 2005, S. 134 f.; Zu den Ersatzansprüchen im Allgemeinen hinten: § 3 III. und gegenüber Führungskräften im Besondern hinten: § 4.

¹⁰⁴ Für eine Umschreibung der einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art. 678 Abs. 2 OR kann auf vorn: § 3 I. 2. b) verwiesen werden.

¹⁰⁵ Siehe beispielsweise VON BÜREN 2005, S. 161 f.; DRUEY/VOGEL 1999, S. 302 f. oder auch vorn: § 3 I. 2. b).

¹⁰⁶ VON BÜREN 2005, S. 142.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 678 Abs. 3 OR, wonach auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen ist.

dd) Minderheitenschutz gegenüber der herrschenden Gesellschaft aus Treuepflicht

Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass alle Aktionäre einer Gesellschaft in ihren Handlungen an eine Treuepflicht gegenüber den anderen Aktionären gebunden sind¹⁰⁸. Diese Ansicht wird von der neueren und wohl herrschenden Lehre sowie vom Bundesgericht nicht geteilt¹⁰⁹. „Der Aktionär ist zu nichts weiterem verpflichtet als zur Leistung seiner Einlage“¹¹⁰, eine Treuepflicht des Aktionärs ist damit ausgeschlossen. Dieser Grundsatz gilt auch für Konzerngesellschaften als atypische Aktiengesellschaften¹¹¹. Demzufolge können sich die freien Aktionäre einer abhängigen Konzerngesellschaft nicht darauf berufen, dass die herrschende Gesellschaft als Hauptaktionärin ihnen im Rahmen von unausgewogenen Vermögensverschiebungen zur Treue und Rücksichtnahme verpflichtet ist.

ee) Klagen der Minderheitsaktionäre

Zentraler Bestandteil des Minderheitenschutzes sind die aktienrechtlichen Klagemöglichkeiten des freien Aktionärs einer abhängigen Konzerngesellschaft¹¹². Vor dem Hintergrund, dass sich die Schutzwirkung der bis anhin aufgezeigten Behelfe vor unausgewogenen Vermögensverschiebungen in Konzernen regelmässig als unbefriedigend erweist, kommt den nachfolgend aufzuzeigenden Klagen eine hohe Bedeutung zu¹¹³.

Gegen die abhängige Gesellschaft stehen dem Minderheitsaktionär die Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR¹¹⁴, die Anfechtungsklage nach Art. 706 f.

¹⁰⁸ Vgl. beispielsweise VON GREYERZ 1982, S. 173; NENNINGER 1974, S. 110.

¹⁰⁹ BSK OR II - KURER, Art. 680 N 7; BÖCKLI 2009, § 13 N 659; KUNZ 2001, § 8 N 44; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 42, N 26 ff.; VOGEL 1997, S. 159 f.; VON BÜREN 2005, S. 142 f.; HANDSCHIN 1994, S. 149 f.; vgl. auch BGE 91 II 298 E. 6a (bestätigt in BGE 105 II 114 E. 7b).

¹¹⁰ BGE 91 II 298 E. 6a.

¹¹¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 42 N 28; HANDSCHIN 1994, S. 150.

¹¹² KUNZ 2001, § 14 N 77; von BÜREN 2005, S. 143.

¹¹³ Dazu und zum Ganzen: KUNZ 2001, § 11 N 1 ff.

¹¹⁴ Die Auflösungsklage kommt gem. BSK OR II - STÄUBLI, Art. 736 N 17 nur bei schwerem Machtmissbrauch durch die Aktienmehrheit infrage. Als formelle Voraussetzung verlangt Art. 736 Ziff. 4 OR, dass die klagenden Minderheitsaktionäre zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten.

OR¹¹⁵ sowie die Nichtigkeitsklage nach Art. 706b OR¹¹⁶ zur Verfügung. Denkbar sind sodann Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 754 ff. OR sowie weitere Haftungsansprüche und zwar gegen die abhängige wie auch gegenüber der herrschenden Gesellschaft bzw. ihren Führungskräften¹¹⁷. Zu erwähnen ist schliesslich die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR¹¹⁸.

ff) Fazit

Existieren bei einer abhängigen Konzerngesellschaft freie Aktionäre, muss im Rahmen von konzerninternen Vermögenstransaktionen den Interessen und Schutzbedürfnissen dieser Minderheitsaktionäre Rechnung getragen werden. Insofern stellt der Minderheitenschutz eine Schranke zur Vertragsfreiheit dar, die von den handelnden Führungskräften beachtet werden muss.

Die Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen und Prinzipien des Minderheitenschutzes haben gezeigt, dass die Interessen der unabhängigen Aktionäre gerade in Konzernverhältnissen regelmässig ungenügend geschützt sind. Immerhin stehen dem Aktionär aber verschiedene Klagen und Haftungsansprüche zur Verfügung, um ihre Rechte durchzusetzen. Nicht nur aus reaktiven Gründen, sondern insb. auch aufgrund ihrer präventiven Wirkung sind diese Klagemöglichkeiten für Minderheitsaktionäre besonders wertvoll¹¹⁹.

¹¹⁵ Die Anfechtungsklage hat im vorliegenden Zusammenhang gem. VON BÜREN 2005, S. 143 eine äusserst wichtige Bedeutung, weil sie jedem Aktionär die Möglichkeit einräumt, sich direkt gegen gesetz- oder statutenwidriges Verhalten der Generalversammlung zur Wehr zu setzen.

¹¹⁶ Die Nichtigkeitsklage ist gem. VON BÜREN 2005, S. 144 insb. deshalb bedeutsam, weil sich diese Klage – abweichend zur Anfechtungsklage nach Art. 706 f. OR – auch gegen Verwaltungsratsbeschlüsse richtet und unausgewogene Vermögensverschiebungen regelmässig vom Verwaltungsrat angeordnet werden.

¹¹⁷ Darauf wird nachfolgend in § 3 III. und in § 4 näher eingegangen.

¹¹⁸ Vgl. dazu vorn: § 3 II. 3. b) cc).

¹¹⁹ KUNZ 2001, § 14 N 78.

III. Haftung bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen im Allgemeinen

1. Ausgangslage

Wird ein Gläubiger oder ein Minderheitsaktionär aufgrund einer unausgewogenen Vermögensverschiebung tatsächlich im Vermögen geschädigt, stellt sich die Frage, gestützt auf welche Grundlage gegen wen Haftungsansprüche geltend gemacht werden können. Das Konzernhaftungsrecht ist mangels einschlägiger Gesetzesbestimmungen sowie aufgrund der konzernspezifischen Besonderheit, dass sich die abhängigen Gesellschaften dem Konzerninteresse und damit einer Fremdbestimmung unterwerfen, ein vieldiskutiertes Thema des Konzernrechts¹²⁰. Das Hauptproblem liegt darin, dass der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der Konzerngesellschaften und das damit zusammenhängende Prinzip, wonach jede Gesellschaft nur für ihre eigenen Verbindlichkeiten haftet, in Konzernverhältnissen stossende Konsequenzen haben kann¹²¹. Vor diesem Hintergrund haben Lehre und Rechtsprechung eine Vielzahl konzernspezifischer Haftungsregeln entwickelt. Weil „im Konzernhaftungsrecht, vielleicht mehr noch als irgendwo sonst, alle überhaupt denkbaren Theorien vertreten werden; die Meinungsvielfalt kaum Grenzen kennt“¹²², geht es nachfolgend darum, die wichtigsten Haftungstatbestände zu systematisieren. In Anlehnung an AMSTUTZ wird von einer vereinfachten Konzernstruktur mit vier möglichen Haftungssubjekten ausgegangen: (1) Die herrschende Gesellschaft und (2) ihre Führungskräfte sowie (3) die abhängige Gesellschaft und (4) ihre Führungskräfte¹²³.

Haftungsansprüche gegen eine (abhängige und/oder herrschende) Gesellschaft sind in casu insofern von Bedeutung, als die in Anspruch genommene Gesellschaft den ihr aus der Ersatzleistung entstandene Schaden unter bestimmten Voraussetzungen auf die handelnden Organe abwälzen kann, was indirekt eine Haftung der Führungskräfte zur Folge hat¹²⁴.

¹²⁰ VON BÜREN 2005, S. 176; in diese Richtung auch BÖCKLI 2009, § 11 N 450 f.

¹²¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 55 ff.; VON BÜREN 2005, S. 177.

¹²² BÖCKLI 2009, § 11 N 451.

¹²³ AMSTUTZ 2007, S. 144.

¹²⁴ Denkbar ist etwa, dass die haftende Gesellschaft gegenüber den handelnden Füh-

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die nachfolgende Darstellung nicht als abschliessend betrachtet werden darf. Vielmehr wird versucht, die mit Blick auf unausgewogene Vermögensverschiebungen wichtigsten Haftungsgrundlagen kurz zu erläutern¹²⁵.

2. Haftung der herrschenden Gesellschaft

a) Grundsatz der fehlenden Haftung in der Eigenschaft als Aktionärin

Die herrschende Gesellschaft kann sich in ihrer Eigenschaft als Aktionärin auf den Grundsatz von Art. 620 Abs. 2 OR berufen, wonach Aktionäre nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet sind und für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften¹²⁶. Da zudem das schweizerische Aktienrecht keine Treuepflicht des Aktionärs kennt¹²⁷ und allgemeine Konzernhaftungsnormen fehlen¹²⁸, kann eine Haftung der herrschenden Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Aktionärin der beherrschten Gesellschaft grundsätzlich ausgeschlossen werden.

b) Haftung als Organ der abhängigen Gesellschaft

Der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR unterliegen nicht nur die formell bestellten Organe, sondern i.S. des materiellen oder faktischen Organbegriffs alle Personen, „die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“¹²⁹. Die herrschende Gesellschaft, die eine Untergesellschaft in den Konzern einordnet und ihr im Rahmen der ein-

rungskräften eine Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR geltend macht.

¹²⁵ Ausser Acht gelassen werden mangels konzernspezifischer Besonderheiten insb. die sich aus allgemeinen aktienrechtlichen Grundsätzen ergebende Haftung der (herrschenden oder abhängigen) Gesellschaft für eigene Verbindlichkeiten sowie die Haftung der (herrschenden oder abhängigen) Gesellschaft für das Verhalten ihrer eigenen Organe im Rahmen von Art. 55 ZGB bzw. Art. 722 OR.

Ebenfalls nicht berücksichtigt werden die dem allgemeinen Obligationenrecht entstammenden Haftungstatbestände von Art. 41 ff. OR (unerlaubte Handlung), Art. 62 ff. OR (ungerechtfertigte Bereicherung) und Art. 419 ff. OR (Geschäftsführung ohne Auftrag).

¹²⁶ Vgl. dazu insb. VON BÜREN 2005, S. 179 f. m.w.H.

¹²⁷ Vgl. hinten § 3 II. 3. b) dd).

¹²⁸ JÖRG 2007, S. 103.

¹²⁹ FORSTMOSER 2000, S. 128 m.w.H.; zum materiellen oder faktischen Organbegriff vgl. auch BGE 128 III 92 E. 3a m.w.H.; BGE 128 III 29 E. 3a und BGE 117 II 432 E. 2.

heitlichen Leitung Weisungen erteilt, nimmt Geschäftsführungsaufgaben und damit Organfunktionen in der abhängigen Gesellschaft wahr¹³⁰. Es stellt sich damit die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die herrschende Gesellschaft als Organ der abhängigen Gesellschaft nach Art. 754 Abs. 1 OR haftbar gemacht werden kann.

Gegen die rechtliche Zulässigkeit einer Organhaftung der herrschenden Gesellschaft spricht zunächst Art. 707 Abs. 3 OR, wonach nur natürliche Personen dem Verwaltungsrat angehören können und demzufolge eine Organstellung der herrschenden Gesellschaft als juristische Person ausgeschlossen sei¹³¹. Die herrschende Lehre¹³² sowie das Bundesgericht¹³³ anerkennen jedoch die Zulässigkeit der Organhaftung einer Konzernobergesellschaft. In Anlehnung an die überzeugende Argumentation von BÖCKLI ist dieser Auffassung beizupflichten. Gem. dem zitierten Autor ist der dogmatische Umweg über Art. 707 Abs. 3 OR unnötig, weil die Organstellung der herrschenden Gesellschaft in einer abhängigen Gesellschaft durch die tatsächliche Befassung mit der Geschäftsführung i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR begründet wird und damit faktischer Natur ist¹³⁴. Art. 707 Abs. 3 OR ist demnach nicht anwendbar, weil sich diese Bestimmung nur mit der formellen Mitgliedschaft im Verwaltungsrat befasst¹³⁵.

Ausgehend von der Zulässigkeit der Organhaftung einer Konzernobergesellschaft stellt sich die Frage, ob bereits die Ausübung der einheitlichen Leitung haftungsbegründend wirkt oder ob zusätzlich ein pflichtwidriges Verhalten erforderlich ist¹³⁶. Dabei wird überwiegend die Meinung vertreten, dass die faktische Organschaft als solche noch keine Pflichtwidrigkeit darstellt¹³⁷. Eine Haftung kommt m.a.W. vielmehr erst dann infrage, wenn die Gesellschaft im Rahmen der Ge-

¹³⁰ Statt vieler: BÖCKLI 2009, § 11 N 465; ALBERS-SCHÖNBERG 1980, S. 168.

¹³¹ So beispielsweise VON BÜREN 2005, S. 208 f.

¹³² Vgl. die Übersichten in BÖCKLI 2009, § 11 N 465 FN 707 oder in VOGEL 1997, S. 389 FN 240.

¹³³ BGE 117 II 570 E. 4a m.w.H.; BGE 128 III 92 E. 3a m.w.H. sowie BGE 132 III 523 E. 3 und 4.

¹³⁴ BÖCKLI 2009, § 11 N 466a; in diese Richtung auch VOGEL 1997, S. 350 f.

¹³⁵ BÖCKLI 2009, § 11 N 466a.

¹³⁶ AMSTUTZ 2007, S. 147 f.

¹³⁷ Vgl. beispielsweise AMSTUTZ 2007, S. 147 f. m.w.H oder VOGEL 1997, S. 301 m.w.H.

schäftsbesorgung für die abhängige Gesellschaft gegen gesetzlich, statutarisch oder reglementarisch auferlegte Pflichten verstösst¹³⁸.

Aus Sicht der Gläubiger oder der Minderheitsaktionäre, die im Rahmen unausgewogener Vermögensverschiebungen zulasten einer abhängigen Gesellschaft geschädigt werden können, führt die Organhaftung der herrschenden Gesellschaft zur Möglichkeit, neben den als Führungskräften amtierenden natürlichen Personen, auch die oft finanzstärkere Konzernobergesellschaft zu belangen¹³⁹.

c) Haftung aus Durchgriff

Bei der Haftung aus Durchgriff wird der aktienrechtliche Grundsatz der Trennung der Gesellschaft und ihrer Aktionäre und dem daraus resultierenden Prinzip, dass die Aktionäre für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften, durchbrochen¹⁴⁰. Hinsichtlich der Haftung in Konzernverhältnissen bedeutet dies, dass unter bestimmten Voraussetzungen die herrschende Gesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin der abhängigen Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten haftbar gemacht werden kann¹⁴¹.

Ein Durchgriff auf die herrschende Gesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin der abhängigen Gesellschaft setzt voraus, dass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft als rechtsmissbräuchlich erscheint¹⁴². Ob ein Durchgriff unter dieser Voraussetzung gerechtfertigt ist, ist nach Art. 2 ZGB zu würdigen, wobei regelmässig die Frage im Vordergrund steht, ob das Rechtsinstitut der juristischen Person sinn- und zweckwidrig verwendet worden ist¹⁴³. Mit Blick auf unausgewogene Vermögensverschiebungen kann eine Haftung gegen die herrschende Gesellschaft aus Durchgriff darin begründet sein, dass mit den fraglichen Transaktionen eine abhängige Konzerngesellschaft

¹³⁸ VOGEL 1997, S. 403; AMSTUTZ 2007, S. 148.

¹³⁹ VOGEL 1997, S. 390.

¹⁴⁰ Statt vieler: HOMBURGER 1971, S. 251; ALBERS-SCHÖNBERG 1980, S. 123; VON BÜREN 2005, S. 181.

¹⁴¹ VON BÜREN 2005, S. 181.

¹⁴² ALBERS-SCHÖNBERG 1980, S. 125; VON BÜREN 2005, S. 181; FORSTMOSER 1981, § 1 N 102 ff. Als zusätzliches Erfordernis wird in der Literatur die wirtschaftliche Identität von Gesellschaft und Aktionär verlangt. Als Begriffsmerkmal des Konzerns (vgl. vorn: § 2 I. 2.) dürfte die Voraussetzung der wirtschaftlichen Einheit zwischen den beteiligten Gesellschaften regelmässig erfüllt sein.

¹⁴³ FORSTMOSER 1981, § 1 N 112 f.

zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile zulasten der Gläubiger oder allfälliger Minderheitsaktionäre finanziell ausgehöhlt wird¹⁴⁴.

Insofern erscheint der Durchgriff gerade für geschädigte Gläubiger oder Aktionäre als prädestiniertes Mittel, Schäden aus unausgewogenen Vermögensverschiebungen gegenüber der herrschenden Gesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin der abhängigen Gesellschaft geltend zu machen. Der Wirksamkeit der Haftung aus Durchgriff sind aber in zweifacher Hinsicht Schranken gesetzt¹⁴⁵: Einerseits wird mit der Anwendung einer Haftung aus Durchgriff das aktienrechtliche Grundprinzip der beschränkten Haftung des Aktionärs infrage gestellt, was unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nicht unbedenklich ist; andererseits befinden sich geschädigte Gläubiger und/oder Minderheitsaktionäre regelmässig in einem Beweisnotstand, weil konzerninterne Vermögensverschiebungen sowie deren Motive und Bedingungen häufig nur Insidern bekannt sind¹⁴⁶.

d) Haftung aus Konzernvertrauen

Die Haftung aus Konzernvertrauen wurde vom Bundesgericht im Entscheid Wibu Holding AG gegen Swissair Beteiligungen AG begründet¹⁴⁷.

Eine Haftung aus Konzernvertrauen entsteht, „wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht“¹⁴⁸. Das blosses Bestehen einer Konzernverbindung begründet also keine hinreichende Grundlage für eine Vertrauenshaftung.

¹⁴⁴ ALBERS-SCHÖNBERG 1980, S. 129.

¹⁴⁵ VON BÜREN 2005, S. 183.

¹⁴⁶ VON BÜREN 2005, S. 183.

¹⁴⁷ BGE 120 II 331; vgl. dazu die Fallbesprechung in DRUEY/VOGEL 1999, S. 119 ff. Bestätigt wurde dieser Entscheid in BGE 123 III 220 E. 4e (Entscheid „Omni - Holding AG“). Die Haftung aus Konzernvertrauen wird auch in der Literatur breit diskutiert; vgl. dazu: KUZMIC 1998, passim; BRECHBÜHL 1998, passim; VON BÜREN 2005, S. 187 ff.

¹⁴⁸ BGE 124 III 297 E. 6a; BGE 120 II 331 E. 5a m.w.H.

Die Haftung aus Konzernvertrauen beruht auf einer Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo und hat damit weder eine vertragliche, noch eine deliktische Haftungsgrundlage¹⁴⁹.

Für Gläubiger von abhängigen Konzerngesellschaften, die im Rahmen unausgewogener Vermögensverschiebungen geschädigt werden, ist die Haftung aus Konzernvertrauen eine denkbare Grundlage, um die erlittenen Verluste gegen die Konzernspitze geltend zu machen. Doch gilt es zu beachten, dass eine Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht kommt¹⁵⁰.

3. Haftung der Führungskräfte der herrschenden Gesellschaft¹⁵¹

Führungskräfte der herrschenden Gesellschaft können sich in zweifacher Hinsicht haftbar machen. Im Vordergrund steht die Haftung als formelles, materielles oder faktisches Organ der eigenen, d.h. der herrschenden Gesellschaft nach Art. 754 Abs. 1 OR. Diese Haftung ist rein aktienrechtlicher Natur und bringt keine konzernspezifischen Probleme mit sich¹⁵². Denkbar ist aber auch eine Haftung als Konzernleitungsorgan. Darunter wird – in Anlehnung an AMSTUTZ – ein Organ der herrschenden Gesellschaft verstanden, das nicht zugleich Organ der abhängigen Gesellschaft ist¹⁵³. Eine persönliche Haftung als Konzernleitungsorgan setzt voraus, dass die fehlbare Führungskraft der herrschenden Gesellschaft als faktisches Organ der abhängigen Gesellschaft i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR qualifiziert¹⁵⁴.

¹⁴⁹ BGE 120 II 331 E. 5a m.w.H.

¹⁵⁰ BGE 124 III 297 E. 6a.

¹⁵¹ Zur Haftung der beteiligten Führungskräfte im Einzelnen vgl. hinten: § 4.

¹⁵² Dazu und zum Ganzen: FORSTMOSER 1987, N 6 f. und N 654 ff.

¹⁵³ AMSTUTZ 2007, S. 145 FN e.

¹⁵⁴ AMSTUTZ 2007, S. 145 FN e.

4. Haftung der abhängigen Gesellschaft

Hinsichtlich der Haftung der abhängigen Gesellschaft ergeben sich grundsätzlich keine konzernspezifischen Besonderheiten. Insb. ist eine Haftung der Tochtergesellschaft für das Verhalten der Muttergesellschaft prinzipiell ausgeschlossen. „Dass unter besonderen Umständen auch eine Tochtergesellschaft einen Vertrauenstatbestand bezüglich ihrer Muttergesellschaft schaffen kann, ist nicht von vornherein auszuschliessen“¹⁵⁵, doch sind „solche Konstellationen nur mit Mühe vorstellbar“¹⁵⁶. Ein sog. „umgekehrter Durchgriff“ erscheint also nicht als ausgeschlossen, doch ist diese Erscheinung in der Konzernrechtspraxis von untergeordneter Bedeutung, weshalb vorliegend nicht näher darauf eingegangen wird¹⁵⁷.

5. Haftung der Führungskräfte der abhängigen Gesellschaft¹⁵⁸

Führungskräfte der abhängigen Gesellschaft unterliegen der allgemeinen, aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gem. Art. 754 ff. OR¹⁵⁹. Denkbar ist eine Haftung als formelles, materielles oder faktisches Organ der abhängigen Gesellschaft¹⁶⁰.

¹⁵⁵ BGE 123 III 220 E. 4e.

¹⁵⁶ AMSTUTZ 2007, S. 146 FN j.

¹⁵⁷ Dazu und zum Ganzen: FORSTMOSER 1981, N 178 ff. m.w.H.

¹⁵⁸ Zur Haftung der beteiligten Führungskräfte im Einzelnen vgl. hinten: § 4.

¹⁵⁹ AMSTUTZ 2007, S. 145, FN h; vgl. auch ALBERS-SCHÖNBERG 1980, S. 38 ff.

¹⁶⁰ Vgl. die Übersicht in AMSTUTZ 2007, S. 144.

§ 4 Haftung der Führungskräfte bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen im Konzern

I. Einleitung

Haftungsgrundlage für Schadenersatzansprüche gegenüber Führungskräften ist die persönliche Verantwortlichkeit gem. Art. 754 Abs. 1 OR. Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen eines Verantwortlichkeitsanspruchs aus Art. 754 ff. OR und die mit Blick auf unausgewogene Vermögensverschiebungen zusammenhängenden Probleme und Besonderheiten aufgezeigt.

II. Aktivlegitimation

1. Einleitung

Die Klageberechtigung kommt gem. Art. 754 Abs. 1 OR grundsätzlich der Gesellschaft, den Aktionären sowie den Gläubigern zu. Dabei stehen aber nicht allen aktivlegitimierten Personen die gleichen Ansprüche zur Verfügung¹⁶¹. Zunächst muss danach differenziert werden, ob der eingetretene Schaden unmittelbarer oder mittelbarer Natur ist¹⁶². Bei der Geltendmachung von mittelbaren Schäden ist sodann zu unterscheiden, ob die Verantwortlichkeitsklage vor oder nach Konkursöffnung angehoben wird¹⁶³.

2. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden

Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ist nur hinsichtlich der Aktivlegitimation von Aktionären und Gläubigern relevant, nicht aber im Zusammenhang mit der Klageberechtigung der Gesellschaft¹⁶⁴. Letztere kann im Rahmen des Verantwortlichkeitsrechts nur unmittelbar geschädigt werden¹⁶⁵.

Ein unmittelbarer Schaden eines Aktionärs oder Gläubigers liegt dann vor, wenn die fragliche Handlung sein Vermögen beeinträchtigt, ohne aber das Vermögen

¹⁶¹ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 3.

¹⁶² FORSTMOSER 1987, N 8; BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 3.

¹⁶³ FORSTMOSER 1987, N 8; BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 3.

¹⁶⁴ Vgl. BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 3.

¹⁶⁵ FORSTMOSER 1987, N 187.

der Gesellschaft zu schmälern¹⁶⁶. Von einem mittelbaren Schaden hingegen ist auszugehen, wenn durch eine pflichtwidrige Handlung von Führungskräften das Vermögen der Gesellschaft und damit indirekt jenes der Aktionäre oder Gläubiger vermindert wird¹⁶⁷.

Unausgewogene Vermögensverschiebungen führen in aller Regel zu mittelbaren Schäden. Bei Aktionären kann dieser darin erblickt werden, dass durch den Substanzverlust des Gesellschaftsvermögens der innere Wert der Beteiligung sinkt¹⁶⁸. Gläubiger können dadurch geschädigt werden, als die Gesellschaft durch den Vermögensabgang nicht mehr in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen¹⁶⁹.

3. Aktivlegitimation bei unmittelbaren Schäden

a) Aktivlegitimation der Gesellschaft

Da die Gesellschaft im vorliegenden Zusammenhang nur unmittelbar geschädigt werden kann, entfällt hinsichtlich ihrer Klageberechtigung die Frage, ob Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber Führungskräften auf Leistung an die Gesellschaft vor oder nach Konkurseröffnung geltend gemacht werden können. Die Gesellschaft ist während der ganzen Dauer ihres Bestehens anspruchsberechtigt¹⁷⁰. Solange die Gesellschaft aufrecht steht, kann im Zusammenhang mit un- ausgewogenen Vermögensverschiebungen eine Klage der Gesellschaft vor allem dann infrage kommen, wenn geschädigte Minderheitsaktionäre oder Gläubiger gegen sie einen Anspruch durchsetzten und der dadurch entstandene Schaden auf die handelnden Führungskräfte abgewälzt werden soll¹⁷¹. Weitaus grös-

¹⁶⁶ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 16. Als Beispiele nennen die zitierten Autoren, dass einem Aktionär die ihm zustehenden Dividenden nicht ausbezahlt werden oder dass ein Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft einen Kredit gewährt, was er bei rechtzeitiger Überschuldungsanzeige nicht getan hätte.

¹⁶⁷ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 15.

¹⁶⁸ FORSTMOSER 1987, N 201 m.w.H.

¹⁶⁹ FORSTMOSER 1987, N 203.

¹⁷⁰ BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN 1979, Art. 753/754, N 100.

¹⁷¹ Theoretisch denkbar wäre auch eine Klage „aus eigener Motivation“. Weil aber gem. FORSTMOSER 1987 N 11 ff. zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen die Verwaltung bzw. bei Klagen gegen den Gesamtverwaltungsrat die Generalversammlung zuständig ist, und diese Organe (bei abhängigen Gesellschaften) von der Konzernobergesellschaft (in dessen Interesse die fragliche Transaktion i.d.R. erfolgt)

sere Bedeutung kommt einer Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft im vorliegenden Zusammenhang nach Konkurseröffnung zu¹⁷². Dabei obliegt es gem. Art. 757 Abs. 1 OR der Konkursverwaltung als Vertreterin der Gesellschaft, das zur Konkursmasse gehörende Vermögen, u.a. mittels Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber den Führungskräften, erhältlich zu machen¹⁷³.

b) Aktivlegitimation von Aktionären und Gläubigern

Im Rahmen von unmittelbaren Schäden ergeben sich hinsichtlich der Klageberechtigung von Aktionären und/oder Gläubigern keine weiteren Probleme. Die Klage steht individuell dem Geschädigten zu und kann im Rahmen der Verjährungsfrist von Art. 760 OR jederzeit und unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft in Konkurs befindet oder nicht, geltend gemacht werden¹⁷⁴.

4. Aktivlegitimation bei mittelbaren Schäden

a) Aktivlegitimation vor Konkurseröffnung

aa) Aktivlegitimation des Aktionärs

Gem. Art. 756 Abs. 1 OR ist der Aktionär zwar berechtigt, mittelbare Schäden ausserhalb des Konkurses gegenüber den verantwortlichen Personen geltend zu machen, doch richtet sich sein Anspruch nur auf Leistung an die Gesellschaft. M.a.W: wird „der indirekte Schaden nur indirekt ersetzt“¹⁷⁵.

bb) Aktivlegitimation des Gläubigers

Vor Konkurseröffnung steht den Gläubigern kein Klagerecht gegenüber Führungskräften zu¹⁷⁶. Begründet wird diese Regelung damit, dass sich der Gläubiger an ihren eigentlichen Schuldner – die Gesellschaft – halten soll, solange diese aufrecht steht¹⁷⁷.

beherrscht werden, dürfte ein solches Vorgehen in praxi kaum vorkommen.

¹⁷² In diese Richtung auch FORSTMOSER 1987, N 10 m.w.H. Vgl. auch BGE 117 II 432 E. 1a/ee.

¹⁷³ Vgl. dazu BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 757 N 1 f.

¹⁷⁴ FORSTMOSER 1987, N 27.

¹⁷⁵ FORSTMOSER 1987, N 36 m.w.H.

¹⁷⁶ Art. 756 Abs. 1 OR e contrario.

¹⁷⁷ Dazu FORSTMOSER 1987, N 94 ff. Nach Auffassung des zitierten Autors ist es gar

b) Aktivlegitimation nach Konkurseröffnung

aa) Aktivlegitimation des Aktionärs

Im Konkurs ergibt sich die Klagelegitimation der Aktionäre (und der Gläubiger) aus Art. 757 OR. Dabei ist nach Art. 757 Abs. 1 OR zunächst die Konkursverwaltung zuständig, die Ansprüche der einzelnen Aktionäre geltend zu machen¹⁷⁸. Verzichtet die Konkursverwaltung darauf, einen mittelbaren Schaden der Aktionäre einzuklagen, ist gem. Art. 757 Abs. 2 OR jeder Aktionär selbst anspruchsberechtigt¹⁷⁹.

bb) Aktivlegitimation des Gläubigers

Nach Eröffnung des Konkurses werden gem. Art. 757 Abs. 1 OR auch die Ansprüche der Gläubiger durch die Konkursverwaltung geltend gemacht. Verzichtet diese aber auf eine Klage, sind die Gläubiger selbst anspruchsberechtigt (Art. 757 Abs. 2 OR)¹⁸⁰.

III. Passivlegitimation

1. Einleitung

Der in vorliegender Arbeit verwendete Begriff der Führungskraft ist betriebswirtschaftlicher Natur. Aus verantwortlichkeitsrechtlicher Sicht ist der Begriff der Führungskraft im Sinne aller haftpflichtigen Personen gem. Art. 754 ff. OR zu verstehen.

verfehlt, „ausserhalb des Konkurses von einer mittelbaren Schädigung und einem Klagerecht des Gläubigers zu sprechen“, weil letzterer durch Vermögensverluste der Gesellschaft so lange nicht geschädigt ist, als diese ihren Verpflichtungen nachkommen kann.

¹⁷⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 24.

¹⁷⁹ Trotz klaren Wortlauts von Art. 757 Abs. 2 OR geht das Bundesgericht seit BGE 117 II 432 E. 1a/ee unter Hinweis auf RASCHEIN 1989, S. 361 f. davon aus, dass ein selbständiger Anspruch von Aktionären im Konkurs nicht mehr denkbar ist. Diese Rechtsprechung wird in der Literatur – m.E. zu Recht – stark kritisiert, weil sie aufgrund des Widerspruchs mit Art. 757 Abs. 2 OR i.S. der Rechtssicherheit nicht erwünscht sein kann und sich stark zulasten der Aktionäre auswirkt. Vgl. dazu und zum Ganzen: BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 757 N 21 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 24; BÖCKLI 2009, § 18 N 274 m.w.H.

¹⁸⁰ Dazu und zum Ganzen statt vieler: BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 757 N 18 ff. und 23 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 24 N 36.

Als Führungskräfte i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR passivlegitimiert sind folglich die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie alle mit der Geschäftsführung und der Liquidation befassten Personen. Durch die Wendung „alle mit der Geschäftsführung [...] befassten Personen“ geht Art. 754 Abs. 1 OR von einem funktionellen Organbegriff aus¹⁸¹. Der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen damit alle formellen, materiellen und faktischen Organe einer Gesellschaft sowie die Organe infolge Kundgabe und schliesslich die Liquidatoren¹⁸².

2. Formelle Organe

Als formelle Organe passivlegitimiert sind in AG sämtliche durch die Generalversammlung gültig gewählten Verwaltungsratsmitglieder und zwar unabhängig davon, ob sie sich tatsächlich mit der Geschäftsführung befassen¹⁸³.

3. Materielle oder faktische Organe

Materielle oder faktische Organe sind jene Führungspersonen, die, ohne formell als Organ gewählt zu sein, „effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhaben, indem sie in einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person selbständige Entscheidungsbefugnisse eingeräumt erhalten oder sich solche Befugnisse auch nur angemasst haben“¹⁸⁴. Als materielle oder faktische Organe kommen insb. auch stille Verwaltungsräte und sich organotypisch verhaltende Drahtzieher im Hintergrund infrage¹⁸⁵. Nach der neueren Lehre wird zwischen materiellen und faktischen Organen unterschieden, wobei erstere durch einen gesellschaftsinternen Akt eingesetzt werden und letztere ohne entsprechende Delegation Organfunktionen wahrnehmen¹⁸⁶.

Die Passivlegitimation von materiellen und faktischen Personen hat in Konzernverhältnissen bedeutende Konsequenzen: Einerseits ist denkbar, dass die herrschende Gesellschaft durch Ausübung der einheitlichen Leitung als Organ der

¹⁸¹ BGE 128 III 92 E. 3a; BGE 128 III 29 E. 3a oder BGE 117 II 432 E. 2b je m.w.H.

¹⁸² Vgl. statt vieler: BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 4 ff; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 16 N 576; VETTER 2007, S. 17 m.w.H.

¹⁸³ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 4; VETTER 2007, S. 18 m.w.H.

¹⁸⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 2 N 31.

¹⁸⁵ BÖCKLI 2009, § 18 N 109 mit Verweis auf die einschlägige Judikatur.

¹⁸⁶ Dazu VOGEL 1997, S. 263 ff. m.w.H.

abhängigen Gesellschaft qualifiziert werden kann¹⁸⁷, andererseits können als sog. Konzernleitungsorgane auch Führungskräfte der herrschenden Gesellschaft als Organe der abhängigen Gesellschaft in Anspruch genommen werden¹⁸⁸.

4. Organ infolge Kundgabe

Als Organe infolge Kundgabe sind jene Personen passivlegitimiert, die gegenüber gutgläubigen Dritten den Eindruck vermitteln, eine Organstellung inne zu haben, obwohl sie weder formell mit Organaufgaben betraut wurden, noch faktisch solche wahrnehmen¹⁸⁹. Eine Organstellung infolge Kundgabe kommt nur infrage, wenn zwischen dem Dritten und der betreffenden Person ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, etwa wenn eine früher bestehende Organstellung beim Handelsregister nicht gelöscht wird¹⁹⁰.

IV. Schaden

1. Einleitung

Die Haftung einer Führungskraft setzt voraus, dass beim Kläger durch die konzerninterne Vermögensverschiebung ein Schaden eingetreten ist¹⁹¹. Unter einem Schaden versteht man eine Vermögensverminderung, resultierend aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte¹⁹².

¹⁸⁷ Vgl. vorn: § 3 III. 2. a); weil sich die vorliegende Arbeit mit der zivilrechtlichen Haftung von Führungskräften als natürlichen Personen befasst, wird auf die herrschende Gesellschaft als potentiell beklagte Person im Rahmen der Ausführungen in § 4 nicht näher eingegangen.

¹⁸⁸ Vgl. vorn: § 3 III. 3.

¹⁸⁹ VETTER 2007, S. 23; VOGEL 1997, S. 330.

¹⁹⁰ VETTER 2007, S. 24 m.w.H.

¹⁹¹ Zum Schaden als allgemeine Voraussetzung eines Verantwortlichkeitsanspruchs: FORSTMOSER 1987, N 148 ff.

¹⁹² Sog. Differenzhypothese; vgl. BGE 129 III 331 E. 2.1, BGE 128 III 22 E. 2e/aa je m.w.H. Dazu auch OFTINGER/STARK 1995, S. § 2 N 9 oder REY 2008 N 153 je m.w.H.

2. Schadensnachweis und Schadensberechnung

Die Beweislast bezüglich des eingetretenen Schadens trägt der Kläger¹⁹³. Dabei muss der Schaden substantiiert werden, d.h. der Schadensnachweis ist ziffernmässig, gestützt auf eine Schadensberechnung zu erbringen¹⁹⁴.

Diese Substantiierung des Schadens ist bei Verantwortlichkeitsklagen im Zusammenhang mit unausgewogenen Vermögensverschiebungen regelmässig mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verbunden¹⁹⁵. Aufgrund der ohnehin beschränkten Kontroll- und Einsichtsrechte sowie wegen der vielfach ungenügenden Transparenz in Konzernverhältnissen, dürften insb. die Aktionäre vielfach nicht in der Lage sein, die Existenz und Höhe eines konkreten Schadens nachzuweisen¹⁹⁶. Zwar besteht nach Art. 42 Abs. 2 OR die Möglichkeit, dass der Richter den Schaden festsetzt, wenn ein ziffernmässiger Nachweis fehlschlägt, doch ist zu betonen, dass diese Bestimmung „dem Kläger die Pflicht zur Beweisführung und namentlich zur Substantiierung des Schadens nicht einfach abnimmt“¹⁹⁷.

Hinsichtlich der Schadensberechnung ist zu bemerken, dass diese für jeden Haftpflichtigen gesondert vorzunehmen ist, da gem. Art. 759 Abs. 1 OR eine Führungskraft nur für den von ihr zu verantwortenden Schaden eintreten muss¹⁹⁸.

3. Schaden aus unausgewogenen Vermögensverschiebungen

Im Hinblick auf den vorliegend interessierenden Zusammenhang ist der Frage nachzugehen, wann konkret die Gesellschaft, ihre Aktionäre oder Gläubiger aufgrund einer unausgewogenen Vermögensverschiebung einen Schaden erleiden.

Die Gesellschaft wird dadurch geschädigt, dass ihr aufgrund der fraglichen Transaktion Vermögen entzogen wird, ohne dass ein entsprechender Gegenwert zufließt. Damit ist der Schaden der Gesellschaft immer unmittelbarer Natur¹⁹⁹.

¹⁹³ Vgl. Art. 42 Abs. 1 OR.

¹⁹⁴ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 21.

¹⁹⁵ FORSTMOSER 1987, N 158.

¹⁹⁶ Dazu und zum Ganzen: FORSTMOSER 1987, N 158.

¹⁹⁷ FORSTMOSER 1987, N 159.

¹⁹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 65; dazu hinten: § 4 VII. 2. d).

¹⁹⁹ Dazu und zum Ganzen: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 16.

Dies führt dazu, dass auch die Aktionäre und – im Konkurs – die Gläubiger der Gesellschaft einen Schaden erleiden, allerdings nur einen indirekten oder mittelbaren²⁰⁰. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass im Verantwortlichkeitsrecht insofern vom allgemeinen Haftpflichtrecht abgewichen wird, als im Rahmen der Ansprüche aus Art. 754 ff. OR mittelbare Schäden ersatzfähig sind, was nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts nicht möglich ist²⁰¹.

Der Schaden des Aktionärs liegt konkret darin, dass durch die Vermögensverminderung in der Gesellschaft der Wert seiner Beteiligung sinkt²⁰². Gläubiger werden im Konkursfall dann geschädigt, wenn der fragliche Transfer das Gesellschaftsvermögen dermassen vermindert hat, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr vollständig durch Vermögensgegenwerte gedeckt sind.

Schliesslich muss darauf hingewiesen werden, dass – ausgehend vom zivilrechtlichen Schadensbegriff – als Schäden nur tatsächliche Vermögensverminderungen infrage kommen, m.a.W. blosser Vermögensgefährdungen nicht zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber Führungskräften ausreichen²⁰³.

²⁰⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 15; vgl. zur Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Schäden auch vorn: § 4 II. 2.

²⁰¹ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 15. Zum sog. Reflexschaden im allgemeinen Haftpflichtrecht: REY 2008 N 354 ff.

²⁰² Zu beachten ist, dass die herrschende Gesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin nicht geschädigt werden kann, wenn sie an der Ausgestaltung der unausgewogenen Vermögensverschiebung mitwirkt. In diesem Fall liegt eine Einwilligung in das fragliche Geschäft und damit ein Rechtfertigungsgrund (streng genommen zur Pflichtwidrigkeit) vor, was zu einem Ausschluss von Verantwortlichkeitsansprüchen führt.

²⁰³ Anders im Strafrecht, wo unter bestimmten Voraussetzungen auch blosser Vermögensgefährdungen unter den Begriff des Vermögensschadens fallen. Vgl. dazu beispielsweise BSK Strafrecht II - NIGGLI, Art. 158 N 114.

V. Pflichtverletzung

1. Einleitung

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit verfolgt den Zweck, die Einhaltung der Pflichten der Führungskräfte gegenüber der Gesellschaft zu garantieren und umfasst deshalb die Haftung für eine Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Verwaltungs- und Aufsichtspflichten²⁰⁴. Nachfolgend liegt der Fokus auf den gesetzlichen Pflichten von Führungskräften, weil die statutarischen Pflichten je nach Ausgestaltung der Gesellschaft so unterschiedlich sein können, dass allgemeingültige theoretische Ausführungen dazu kaum möglich sind.

Die wichtigsten haftungsbegründenden Pflichten ergeben sich einerseits aus Art. 716a OR (unentziehbare und undelegierbare Kompetenzen des Verwaltungsrats), andererseits aus der Sorgfalts- und Treuepflicht gem. Art. 717 OR²⁰⁵. Darüber hinaus enthalten weitere aktienrechtliche Bestimmungen sowie Normen ausserhalb des Obligationenrechts (z.B. solche des BEHG oder des StGB²⁰⁶) Pflichten des Verwaltungsrats, deren Verletzung zu einem Verantwortlichkeitsanspruch führen kann²⁰⁷.

Der Aufbau der nachfolgenden Ausführungen lässt sich in zwei Teile gliedern: Erstens geht es darum, die wichtigsten Pflichten der handelnden Führungskräfte bei der Ausgestaltung einseitiger konzerninterner Transaktionen aufzuzeigen²⁰⁸, zweitens wird auf mögliche Rechtfertigungsgründe für unausgewogene Vermögensverschiebungen eingegangen²⁰⁹.

²⁰⁴ BGE 110 II 391 E. 2 und BGE 113 52 E. 3a; vgl. dazu auch statt vieler: BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 25; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 70.

²⁰⁵ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 26; in diese Richtung auch BAUEN/VENTURI 2007, N 699; MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2007, S. 137 ff.

²⁰⁶ Zu denken ist in vorliegendem Zusammenhang insb. an Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsführung).

²⁰⁷ BAUEN/VENTURI 2007, N 700.

²⁰⁸ Vgl. nachfolgend § 4 V. 2.

²⁰⁹ Vgl. nachfolgend § 4 V. 3. und 4.

2. Haftungsbegründende Pflichten

a) Pflichten aus den Hauptaufgaben des Verwaltungsrats

aa) Allgemeines

Art. 716a Abs. 1 OR zählt (abschliessend) diejenigen Aufgaben des Verwaltungsrats auf, welche weder anderen Organen oder Dritten übertragen, noch an die Generalversammlung „rückdelegiert“ werden können²¹⁰. Nimmt der Verwaltungsrat diese Aufgaben nicht oder ungenügend wahr, ist darin eine Pflichtverletzung zu erblicken, die zu einem Verantwortlichkeitsanspruch nach Art. 754 ff. OR führen kann²¹¹. In der Folge geht es nicht darum, sämtliche der in Art. 716a Abs. 1 OR aufgezählten Aufgaben bzw. Pflichten im Einzelnen zu behandeln. Vielmehr wird der Aspekt der Finanzverantwortung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) – als hinsichtlich der Ausgestaltung konzerninterner Vermögensverschiebungen zentrale Aufgabe bzw. Pflicht – hervorgehoben.

Gem. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR trägt der Verwaltungsrat die oberste Finanzverantwortung der Gesellschaft²¹². Nach Wortlaut des Gesetzes umfasst die Finanzverantwortung dreierlei: die Ausgestaltung des Rechnungswesens, die Sicherstellung der Finanzkontrolle sowie die Wahrnehmung der Finanzplanung. Hinsichtlich des Rechnungswesens sind die Führungskräfte verpflichtet, eine Organisation zu schaffen, die eine ordnungsgemässe und zeitnahe Erfassung aller Geschäfte garantiert²¹³. Zudem besteht in Konzernverhältnissen gem. Art. 663e Abs. 1 OR die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung²¹⁴. Der Aspekt der Finanzkontrolle verpflichtet die Führungskräfte, eine Kontrollorganisation zur Überwachung und Erhaltung der finanziellen Stabilität und Liquidität zu schaffen²¹⁵. Dabei bezieht sich die Finanzkontrolle einerseits auf die laufende, proaktive Kontrolle der Finanzen, andererseits auf ein nachprüfendes Kontroll-

²¹⁰ MÜLLER/LIPP/PLÜSS 2007, S. 139; vgl. zu den einzelnen Aufgaben bzw. Pflichten die Aufzählung in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 - 7 OR.

²¹¹ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 26; BÖCKLI 2009, § 18 N 384.

²¹² Vgl. zum Ganzen BÖCKLI 2009, § 13 N 340-354 sowie FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 30 N 39.

²¹³ BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 16.

²¹⁴ Vgl. dazu im Einzelnen BSK OR II - NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 663e N 1 ff.

²¹⁵ BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 17.

system, d.h. auf die interne Revision²¹⁶. Der Verwaltungsrat hat zu diesem Zweck eine Risikobeurteilung vorzunehmen (Art. 663b Ziff. 12 OR) und ein internes Kontrollsystem zu implementieren (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Aus der Finanzplanung resultiert die Pflicht, eine ausreichende Liquidität zur fristgerechten Erfüllung der Verbindlichkeiten sicherzustellen sowie die notwendigen Eigenmittel zu erhalten²¹⁷.

Im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsansprüchen aufgrund von Schäden aus unausgewogenen Vermögensverschiebungen ist im Rahmen der Pflichtwidrigkeit die Frage zu prüfen, ob der Verwaltungsrat die aus der Finanzverantwortung fließenden Pflichten verletzt hat. Gegen Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR verstösst das Verhalten der beanspruchten Führungskraft jedenfalls dann, wenn die von ihr zu verantwortende Transaktion dazu führt, dass der Gesellschaft die notwendigen Mittel entzogen werden, um ihre jeweiligen Verpflichtungen zu erfüllen²¹⁸. Die Bedeutung von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR im Rahmen von Pflichtverletzungen von Führungskräften wird nachfolgend anhand von zwei Beispielen illustriert.

bb) Beispiel Cash Pooling

Der Begriff Cash Pooling steht für eine konzerninterne Optimierung der Liquidität. Dabei wird beim Pool Leader (i.d.R. die herrschende Gesellschaft)²¹⁹ ein zentrales Konto (Master Account) geführt über welches mittels eines sog. Sweeping Mechanismus die Liquidität der angeschlossenen Poolteilnehmer (i.d.R.: sämtliche Konzerngesellschaften) laufend gesteuert wird (sog. physisches Cash Pooling).

Die positiven Saldi der im Cashpool vertretenen Konti werden täglich auf das Master Account übertragen und auf diese Weise auf Null gestellt, während die negativen Saldi der im Pool vertretenen Konti anderer Teilnehmer gleichzeitig

²¹⁶ BÖCKLI 2009, § 13 N 346 ff.

²¹⁷ BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 18ff. sowie BGE 113 II 52 E. 3a. und BBI 1983 II, S. 921 ff.

²¹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 30 N 42.

²¹⁹ Denkbar ist gem. JAGMETTI 2007, S. 68 grundsätzlich auch, dass eine spezielle Konzernfinanzgesellschaft, eine Bank oder ein Dritter als Pool Leader auftritt.

aus dem so gespiesenen Master Account mit Liquidität versorgt werden, indem ihr Saldo ebenfalls auf Null gestellt wird (Zero Balancing Cash Pooling).

Der Vorteil des physischen Cash Pooling liegt v.a. darin, dass die im Konzern insgesamt verfügbare Liquidität optimal eingesetzt werden kann. Damit werden letztlich bessere Konditionen bei der Geldanlage und -ausleihe erzielt²²⁰.

Die konzerninterne Verschiebung von Liquidität über das Master Account beim Pool Leader führt zu kontokorrentartigen Beziehungen zwischen den betroffenen Gesellschaften und damit zu gegenseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten.

Die Abführung von Liquidität an das Master Account stellt für den Poolteilnehmer eine Darlehensgewährung dar, deren Schuldner der Pool Leader ist. Die Zuführung von Liquidität an einen Poolteilnehmer stellt eine Darlehensaufnahme des Poolteilnehmers gegenüber dem Pool Leader dar.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die Frage, ob die laufende Übertragung von Liquidität auf den Pool Leader eine unausgewogene Vermögensverschiebung darstellt und allenfalls zu einer Haftung der handelnden Führungskräfte führen kann²²¹. Dabei muss zunächst geprüft werden, ob die in Bezug auf den Cashpool erbrachte Leistung zur Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis steht²²². Dies kann insb. dann fraglich sein, wenn die Forderung der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem Pool Leader nicht werthaltig ist. Denkbar ist auch, dass die zwangsläufigen Nachteile eines blossen Ausgleichsanspruchs (anstelle eigener Zahlungsmittelbestände) durch die Vorteile des Cashpools nicht aufgewogen werden²²³. Unausgewogen ist eine im Rahmen des Cash Pooling erbrachte Leistung auch dann, wenn die abhängige Gesellschaft einen eindeutig

²²⁰ BLUM 2005, S. 705; vgl. auch JAGMETTI 2007, S. 58 mit einem Beispiel.

²²¹ Vgl. HANDSCHIN 2006, S. 279. Zu beachten ist, dass sich die Frage nach der Unausgewogenheit einer Vermögensverschiebung dann stellt, wenn die abhängige Gesellschaft gewinnstrebend ist, aber auch, wenn sich ihr Zweck in der Verfolgung des Konzerninteresses erschöpft. Stellt sich hingegen eine Gesellschaft unter Aufgabe des Gewinnstrebens in den Dienst des Konzerns, gelten unausgewogene Vermögensverschiebungen als zweckkonform und damit als zulässig. Dazu eingehend: HANDSCHIN 2006, S. 285 ff oder JAGMETTI 2007, S. 197.

²²² HANDSCHIN 2006, S. 279, 288 f.; JAGMETTI 2007, S. 189 f.

²²³ HANDSCHIN 2006, S. 280.

übersetzten Zins erbringt oder sie für ihre Guthaben gegenüber der herrschenden Gesellschaft einen offensichtlich zu tiefen Zins erhält²²⁴.

Aus diesen Gründen sind die Führungskräfte der beteiligten Gesellschaften aufgrund der ihr aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR zustehenden Finanzverantwortung verpflichtet, den Cashpool sorgfältig zu planen, ihn fortlaufend zu überwachen und bei veränderten Verhältnissen anzupassen oder aufzuheben²²⁵. Unterlässt es die zuständige Führungskraft, den ihr im Rahmen der Finanzverantwortung obliegenden Pflichten nachzukommen, ist aufgrund des Verstosses gegen Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR eine i.S.v. Art. 754 ff. OR haftungsbegründende Pflichtverletzung zu bejahen.

cc) Beispiel Garantien, Bürgschaften, Patronatserklärungen, Schuldbeitritte

Konzerngesellschaften können sich jederzeit durch die Abgabe von Garantien oder ähnliche Erklärungen gegenüber Dritten (z.B. Kreditgebern) verpflichten, für die Verbindlichkeiten einer anderen Konzerngesellschaft einzustehen²²⁶.

Die rechtliche Wirkung solcher Erklärungen ist unterschiedlich und im Exekutionsfall häufig strittig. Ob eine garantieähnliche Haftung vorliegt, muss im Einzelfall nach dem Vertrauensgrundsatz geprüft werden²²⁷.

Unbeachtlich der Schwierigkeiten der rechtlichen Würdigung der verschiedenen „Beistandserklärungen“ ergibt sich unter dem Aspekt der unausgewogenen Vermögensverschiebung das Risiko, dass die verpflichtende Konzerngesellschaft finanziell gar nicht in der Lage ist, eine allfällige Vermögenseinbusse im Umfang der eingegangenen Verpflichtungen zu verkraften und sich deshalb in der wirtschaftlichen Existenz selbst gefährdet²²⁸.

Es ist m.E. nicht auszuschliessen, dass Führungskräfte mit dem Eingehen einer entsprechenden Solidarschuld gegen ihre Finanzverantwortung gem. Art. 716a

²²⁴ JAGMETTI 2007, S. 196.

²²⁵ HANDSCHIN 2006, S. 281.

²²⁶ Vgl. dazu JÖRG 2007, S. 104 f. m.w.H.

²²⁷ BGE 120 II 331 E. 3a.

²²⁸ Bei diesem Beispiel geht es alleine um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Inwiefern es sich dabei allenfalls um eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB handelt, wird nicht geprüft.

Abs. 1 Ziff. 3 OR verstossen und damit eine haftungsbegründende Pflichtverletzung i.S.v. Art. 754 ff. OR begehen.

b) Sorgfalts-, Treue- und Gleichbehandlungspflicht

aa) Vorbemerkung

Die in Art. 717 OR statuierten Sorgfalts-, Treue- und Gleichbehandlungspflichten stellen einerseits spezifische Pflichten der Führungskräfte dar, andererseits handelt es sich dabei auch um allgemeine Handlungsmaximen²²⁹. Nur aber in jener Hinsicht, als der fragliche Grundsatz eine konkrete Pflicht beinhaltet, kann deren Verletzung eine eigenständige haftungsbegründende Wirkung i.S.v. Art. 754 ff. OR zukommen. Aus diesem Grund geht es nachfolgend darum, die einzelnen Aspekte von Art. 717 OR aufzuzeigen und deren Schutzgehalt im Zusammenhang mit unausgewogenen Vermögensverschiebungen zu eruieren.

bb) Sorgfaltspflicht

Die Führungskräfte einer Gesellschaft sind aufgrund von Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet, die ihnen gesetzlich sowie statutarisch übertragenen Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen²³⁰. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine selbständige Verhaltens- und Schutznorm, sondern vielmehr um einen Mindeststandard für die Art der Erfüllung spezifischer Aufgaben²³¹. Insofern stellt die Sorgfaltspflicht einen vom Richter zu konkretisierenden Verhaltensmassstab zur Beurteilung des Verhaltens von Führungskräften im Zusammenhang mit konzerninternen unausgewogenen Vermögensverschiebungen dar²³².

cc) Treuepflicht

Die ebenfalls in Art. 717 Abs. 1 OR statuierte Treuepflicht hat einen doppelten Inhalt: Einerseits handelt es sich – ähnlich wie bei der Sorgfaltspflicht – um einen allgemeinen Verhaltensmassstab, andererseits aber auch um eine selbständig haftungsbegründende Verhaltens- und Schutznorm²³³. Unter letzterem Aspekt

²²⁹ BÖCKLI 2009, § 18 N 379.

²³⁰ BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 3.

²³¹ BÖCKLI 2009, § 18 N 380; BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 26.

²³² BÖCKLI 2009, § 18 N 380.

²³³ BÖCKLI 2009, § 18 N 381 f.

kann die Vornahme einer unausgewogenen Vermögensverschiebung innerhalb eines Konzerns als treuwidrig angesehen werden und damit einen Verantwortlichkeitsanspruch nach Art. 754 ff. OR begründen²³⁴. Aus der Treuepflicht ergibt sich ferner die Verpflichtung der Führungskräfte die Interessen der Gesellschaft gegenüber Drittinteressen zu bevorzugen²³⁵. Mit Blick auf Vermögensverschiebungen in Konzernverhältnissen ist aber zu beachten, dass nicht jedes Verhalten, das den Gesellschaftsinteressen zuwiderläuft a priori pflichtwidrig ist²³⁶. Ein gegen die Treuepflicht verstossendes Verhalten ist ferner dann anzunehmen, wenn das Verhalten einer Führungskraft einen Straftatbestand, namentlich Art. 158 oder Art. 138 StGB erfüllt²³⁷.

dd) Gleichbehandlungspflicht

Art. 717 Abs. 2 OR beinhaltet nur – aber immerhin – eine relative Gleichbehandlungspflicht; d.h., dass die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind²³⁸. Abweichungen vom Gleichbehandlungsprinzip sind daher zulässig, falls die Lage der Aktionäre verschieden ist²³⁹. Eine Ungleichbehandlung von Haupt- und Minderheitsaktionären kann daher gerechtfertigt sein, wenn das Gesellschaftsinteresse dies gebietet und der Eingriff nicht unverhältnismässig ist²⁴⁰. Im Zusammenhang mit unausgewogenen Vermögensverschiebungen in Konzernen sind demzufolge nur jene Anordnungen von Führungskräften pflichtwidrig und damit haftungsbegründend, durch welche Minderheitsaktionäre in eindeutig sachwidriger oder willkürlicher Weise ungleich behandelt werden²⁴¹.

²³⁴ Vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2 und 2.3 sowie dazu EUGSTER/VON DER CRONE 2004, S. 439 ff.

²³⁵ BÖCKLI 2009, § 18 N 391 ff.; BAUEN/VENTURI 2007, N 700.

²³⁶ Vgl. hinten: § 4 V. 3.

²³⁷ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 29.

²³⁸ Vgl. dazu statt vieler: KUNZ 2001, § 8 N 65 f.; BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 23; GARBARSKI 2006, S. 153 f. m.w.H.; BÖCKLI 2009, § 18 N 383.

²³⁹ Dies wird gem. BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 23 damit begründet, dass im Prinzip die Aktien und nicht die Aktionäre gleich zu behandeln sind.

²⁴⁰ BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 23 mit Verweis auf BGE 117 II 290 E. 6b/bb.

²⁴¹ BÖCKLI 2009, § 18 N 383.

c) Weitere aktienrechtliche Pflichten

Auch die Verletzung weiterer, im Aktienrecht verstreuter Einzelpflichten kann zu einer Haftung von Führungskräften führen²⁴². Zu denken ist hinsichtlich einseitiger Transaktionen innerhalb des Konzerns insb. an die Pflichten im Zusammenhang mit dem Kapitalschutz²⁴³, an das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen²⁴⁴ oder an die Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens²⁴⁵.

d) Pflichten ausserhalb des Aktienrechts

Neben dem Verstoss gegen aktienrechtliche Bestimmungen kann auch einer Verletzung von Pflichten aus anderen Rechtsgebieten haftungsbegründende Wirkung i.S.v. Art. 754 ff. OR zukommen²⁴⁶. Denkbar sind insb. Verstösse gegen Pflichten des BEHG (bei Publikumsgesellschaften), des FusG (im Zusammenhang mit Umstrukturierungen) oder des StGB (bei strafbaren Verhaltensweisen).

Hinsichtlich unausgewogener Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns stehen die Pflichten des StGB im Vordergrund. Erfüllt eine Führungskraft einen Straftatbestand im Zusammenhang mit der Anordnung einer einseitigen Transaktion zulasten einer Konzerngesellschaft, deren Gläubiger und/oder Minderheitsaktionäre²⁴⁷, ist ihr Verhalten in aller Regel auch pflichtwidrig i.S.v. Art. 754 ff. OR²⁴⁸. Für die aus Verantwortlichkeitsrecht klagende Partei ist die Begründung der Pflichtwidrigkeit einer Führungskraft aus dem Verstoss gegen eine Strafnorm von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Weil unausgewogene Vermögensverschiebungen im Lichte der aktienrechtlichen Bestimmungen durch das Konzerninteresse oder durch die sog. Business Judgment Rule gerechtfertigt sein können²⁴⁹, kann es zur Durchsetzung eines Verantwortlichkeitsanspruchs

²⁴² Vgl. dazu und zum Ganzen: BAUEN/VENTURI 2007, N 700; BÖCKLI 2009, § 18 N 386 ff.

²⁴³ Insb. Art. 675 Abs. 2 OR.

²⁴⁴ Art. 678 Abs. 2 OR; dazu vorn: § 3 II. 3. b) cc).

²⁴⁵ Die Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens ergibt sich gem. BÖCKLI 2009, § 18 N 394 aus der Gerichtspraxis.

²⁴⁶ Dazu und zum Ganzen: BÖCKLI 2009, § 18 N 386; BAUEN/VENTURI 2007, N 700.

²⁴⁷ Denkbar sind insb. Art. 138 StGB (Veruntreuung), Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung) oder Art. 165 StGB (Misswirtschaft).

²⁴⁸ BÖCKLI 2009, § 18 N 386; BAUEN/VENTURI 2007, N 700.

²⁴⁹ Dazu nachfolgend § 4 V. 3. und 4.

wichtig sein, dass der Führungskraft ein i.S. des StGB strafbares Verhalten nachgewiesen wird.

3. Rechtfertigung durch Konzerninteresse

a) Einleitung

aa) Grundsatz: Orientierung am Gesellschaftsinteresse

Aus der Treuepflicht gem. Art. 717 Abs. 1 OR folgt, dass jede ins Gewicht fallende Massnahme von Führungskräften, durch welche die Gesellschaft aufgrund einer Bevorzugung von Drittinteressen geschädigt wird, als pflichtwidrig zu qualifizieren ist²⁵⁰. Folglich sind Führungskräfte verpflichtet, sich bei sämtlichen Handlungen und insb. bei Interessenkonflikten vom Gesellschaftsinteresse leiten zu lassen²⁵¹.

bb) Berücksichtigung des Konzerninteresses

Auch in Konzernen gilt der Grundsatz, dass sich die Treuepflicht der Führungskräfte einzig auf die „eigene“ Gesellschaft erstreckt²⁵². Für die Organhaftung darf deshalb grundsätzlich nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abgestellt werden und nicht auf jene des ganzen Konzerns²⁵³.

Trotzdem stellt sich die Frage, ob Massnahmen, die nicht im Gesellschaftsinteresse liegen und damit prinzipiell pflichtwidrig und haftungsbegründend sind, trotzdem unter gewissen Umständen durch das Konzerninteresse gerechtfertigt sein können. Ein Teil der Lehre befürwortet eine Rechtfertigung für den Fall, dass der statutarische Zweckartikel einer Konzerngesellschaft die Förderung des Konzerninteresses vorsieht, oder falls die fragliche Gesellschaft von der Konzernobergesellschaft vollständig beherrscht wird²⁵⁴.

²⁵⁰ BÖCKLI 2009, § 18 N 391.

²⁵¹ BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 16.

²⁵² Vgl. dazu BGE 130 III 213 E. 2.2.2 m.w.H.

²⁵³ BGE 130 III 213 E. 2.3.

²⁵⁴ Statt vieler: BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 16a; HANDSCHIN 1994, S. 175; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 28 N 168; EUGSTER/VON DER CRONE 2004, S. 440 f.

Anders ist die Rechtslage allerdings, wenn gegenüber der Gesellschaft, zulasten derer die fragliche Massnahme erfolgen soll, Gläubigeransprüche bestehen oder Minderheitsaktionäre vorhanden sind. In diesen Konstellationen ist eine Rechtfertigung nur in jenem Umfang zulässig, als die im Konzerninteresse liegende Massnahme nicht zur Zahlungsunfähigkeit der betreffenden Konzerngesellschaft führt²⁵⁵. In die gleiche Richtung geht der Ansatz von BÖCKLI, der neben der Anforderung, dass die Solvabilität der Gesellschaft nicht angetastet wird, eine Rechtfertigung durch das Konzerninteresse nur dann zulässt, wenn die fragliche Anordnung verhältnismässig ist und zudem dem Prinzip des „dealing at arm's length“ genügt²⁵⁶.

b) Konsequenzen für die Haftung von Führungskräften bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen im Konzern

aa) Allgemeines

Nicht jede konzerninterne Vermögensverschiebung, selbst wenn sie für die betreffende Gesellschaft nachteilig ist und damit dem Gesellschaftsinteresse widerspricht, stellt eine Pflichtwidrigkeit der handelnden Führungskräfte dar. Vielmehr ist denkbar, dass eine Transaktion durch das Konzerninteresse gerechtfertigt ist und damit eine Haftung der beteiligten Führungskräfte – zumindest unter dem Aspekt einer Verletzung des Vorrangs der Gesellschaftsinteressen – entfällt. Diese Regelung wird nachfolgend am Beispiel von Sanierungsleistungen zwischen verschiedenen Konzerngesellschaften aufgezeigt.

²⁵⁵ BSK OR II - WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 16a m.w.H.

²⁵⁶ BÖCKLI 2009, § 18 N 393; zur Problematik des „dealing at arm's length“-Prinzip bei konzerninternen Transaktionen, vgl. vorn: § 3 I. 2. b).

bb) Beispiel Sanierung

In Konzernen kann die Situation auftreten, dass die Fortführungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft gefährdet erscheint²⁵⁷. Im Rahmen von konzerninternen Sanierungsmassnahmen zur Rettung notleidender Gesellschaften kommt es regelmässig zu einseitigen Transferleistungen und damit zu unausgewogenen Vermögensverschiebungen²⁵⁸.

Ein einseitiger Vermögenstransfer ist grundsätzlich unproblematisch, solange das frei verfügbare Eigenkapital²⁵⁹ der benachteiligten Gesellschaft nicht tangiert ist²⁶⁰. Dabei ist der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass einer Sanierungsleistung auf den ersten Blick typischerweise keine unmittelbare Gegenleistung gegenübersteht, diese aber regelmässig mittelbarer Natur ist und in der Wahrung der langfristigen Gewinnerzielung oder der Existenz der konkursbedrohten Gesellschaft erblickt werden kann²⁶¹. Auch die Abwendung eines drohenden Schadens für eine Konzerngesellschaft oder den Gesamtkonzern kann eine Gegenleistung für eine Sanierungsmassnahme darstellen²⁶². M.a.W. ist also denkbar, dass Führungskräfte im Zusammenhang mit Sanierungsleistungen Anordnungen treffen,

²⁵⁷ In Anlehnung an PS 570 können folgende Ereignisse oder Bedingungen (einzeln oder in Kombination) dazu führen, dass erhebliche Zweifel an der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft bestehen (nicht abschliessend): (1) Überschuldung oder negatives Netto-Umlaufvermögen, (2) Zeitpunkt der Fälligkeit von Verbindlichkeiten mit fester Laufzeit nähert sich, ohne dass realistische Aussicht auf Verlängerung oder Rückzahlung besteht, (3) Anzeichen für den Entzug finanzieller Unterstützung durch Lieferanten und anderer Gläubiger, (4) Unfähigkeit, Lieferanten- und andere Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu bezahlen, (5) Unfähigkeit, die Bedingungen von Kreditvereinbarungen zu erfüllen, (6) Verstösse gegen Eigenkapitalvorschriften (z.B. Art. 725 OR), (7) Rechtsstreitigkeiten oder Verfahren gegen das Unternehmen, die je nach Ausgang zu Ansprüchen führen können, die das Unternehmen nicht erfüllen kann.

²⁵⁸ SCHUBARTH 2008, N 61 f.

²⁵⁹ Dazu gehört gem. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 49 N 61 derjenige Teil des Eigenkapitals, der nicht durch das Aktienkapital, das Partizipationskapital und gebundene Reserven gesperrt ist.

²⁶⁰ SCHUBARTH 2008, N 64.

²⁶¹ RUBLI 2002, S. 225; DRUEY/VOGEL 1999, S. 202; vgl. auch Bezirksgericht Bülach, 4.6.2007, i.S. Bruggisser, E. 4.3.4.1.

²⁶² SCHUBARTH 2008, N 65 f. Als Beispiele von drohenden Schäden nennt der zitierte Autor. (1) Vermögensverluste der herrschenden Gesellschaft, wenn etwa der Liquidationswert der Aktiven der Tochter wesentlich geringer ist als der Fortführungswert, (2) Imageschäden, die im Falle des Konkurses einer Konzerngesellschaft drohen oder (3) negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit, indem Geschäftspartner, Abnehmer und Lieferanten der konkursgefährdeten Gesellschaft wegfallen.

die zwar nicht im Interesse der „eigenen“ Gesellschaft geboten sind, aber durch im Interesse des Gesamtkonzerns als gerechtfertigt erscheinen.

Die Problematik und rechtliche Behandlung unausgewogener Transaktionen zu Sanierungszwecken wurden auch in den Urteilen zu den Swissair-Prozessen vom 4. Juni 2007 eingehend diskutiert²⁶³. Zwar hatte sich das Gericht in diesen Fällen mit strafrechtlichen Aspekten von Sanierungsmassnahmen zu befassen, trotzdem sind die einschlägigen Überlegungen auch für die zivilrechtliche Betrachtungsweise aufschlussreich. In Hinblick auf vorliegende Thematik sind v.a. folgende Erwägungen interessant:

„[...] die Konzerngesellschaft hat nur schon aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung ein langfristiges Interesse primär an der Sicherung der Existenz ihrer Konzernuntergesellschaften und sekundär an der Sicherung und Steigerung deren Rentabilität. Denn ihre eigene Existenz und Rentabilität ist unter Umständen entscheidend von derselben ihrer Tochtergesellschaften abhängig“²⁶⁴.

Umgekehrt

„[...] kann der Niedergang einer Konzerngesellschaft wegen der bestehenden Verflechtung innerhalb des Konzerns einen Dominoeffekt und damit einen negativen Einfluss auf die finanzielle Situation des gesamten Konzerns haben oder gar den Zusammenbruch weiterer Konzerneinheiten nach sich ziehen“²⁶⁵.

„[...] eine derartige Transaktion [ist] immer dann als mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar und somit [aus strafrechtlicher Sicht] zulässig zu qualifizieren, wenn aufgrund der Konzernverflechtung zum Zeitpunkt der Erbringung der Leistung der Eintritt eines (zukünftigen) mittelbaren Vorteils in Aussicht steht oder sich zumindest als möglich erweist“²⁶⁶.

²⁶³ Vgl. dazu und zum Ganzen auch die Analyse von SCHUBARTH/PETER 2008, *passim*.

²⁶⁴ Bezirksgericht Bülach, 4.6.2007, i.S. Bruggisser, E. 4.3.4.1.

²⁶⁵ Bezirksgericht Bülach, 4.6.2007, i.S. Bruggisser, E. 4.3.4.1. m.w.H.

²⁶⁶ Bezirksgericht Bülach, 4.6.2007, i.S. Bruggisser, E. 4.3.4.2.

Weil die zu erwartenden mittelbaren Gegenwerte von Sanierungsleistungen, welche eine Sanierung im Konzerninteresse allenfalls gerechtfertigen, schwierig vorauszusehen sind, besteht für Führungskräfte der beteiligten Gesellschaften die Pflicht, „sich die notwendigen Gedanken über die Qualifizierung solcher Vorteile sowie namentlich ihrer Konkretetheit zu machen“²⁶⁷.

4. Rechtfertigung durch Business Judgment Rule

a) Einleitung

aa) Problematik

Bei der Beurteilung fehlgeschlagener Unternehmensentscheide sehen sich die Gerichte unter dem Aspekt der Pflichtverletzung im Rahmen von Verantwortlichkeitsansprüchen regelmässig mit folgenden Problemen konfrontiert: (1) Führungskräfte handeln vielfach unter Zeitdruck, (2) den meisten unternehmerischen Entscheiden liegt naturgemäss ein gewisses Risiko zugrunde und (3) der Erfolg eines Entscheids ist häufig von Entwicklungen und Ereignissen abhängig, die im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung nicht oder nicht abschliessend bekannt waren²⁶⁸.

Stellt sich nun ein unternehmerischer Entscheid nachträglich als falsch heraus und kommt es zu einer Schädigung der Gesellschaft, ihrer Aktionäre oder Gläubiger, stellt sich die Frage, ob vor dem Hintergrund der soeben erläuterten Probleme eine Sorgfaltspflichtverletzung der handelnden Führungskräfte und damit eine persönliche Haftung zu bejahen ist.

In diesem Zusammenhang kann die aus US-amerikanischem Recht stammende Haftungsregel der „Business Judgment Rule“ zum Tragen kommen²⁶⁹. Nach dieser Regel überprüfen die Gerichte unternehmerische Entscheide nicht, wenn sich die Führungskräfte „vorher in angemessener Weise sachkundig gemacht haben,

²⁶⁷ DRUEY/VOGEL 1999, S. 417.

²⁶⁸ BÖCKLI 2009, § 18 N 399.

²⁶⁹ Die Business Judgment Rule wird in der Lehre breit diskutiert. Vgl. dazu statt vieler: GRASS 1998, passim; NIKITINE 2007, passim; KUNZ 2001, § 6 N 115 ff.; BÖCKLI 2009, § 18 N 399 ff.; BAUEN/VENTURI 2007, N 180 ff. Zur Bedeutung der Business Judgment Rule im US - amerikanischen Verantwortlichkeitsrecht: GRASS 1998, S. 13 ff.

ihr Urteil nicht völlig unvernünftig war und wenn sie den Grundsatz von Treu und Glauben beachtet sowie ihre Entscheidungsbefugnis nicht missbraucht haben²⁷⁰.

bb) Anerkennung der Business Judgment Rule in der Schweiz

Die Anwendung Business Judgment Rule in der Schweiz würde dazu führen, dass Führungskräfte solange nicht i.S.v. Art. 754 ff. OR zur Verantwortung gezogen werden können, als ihre Entscheidungen in den Grenzen der Business Judgment Rule als gerechtfertigt erscheinen²⁷¹.

Die Rechtsprechung tendiert zwar in die Richtung, unternehmerische Entscheidungen nur zurückhaltend zu prüfen, verweist aber bloss auf die Parallelen zur eingeschränkten Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen im Rahmen von Art. 706 OR und schweigt sich damit über eine Anerkennung der Business Judgment Rule aus²⁷².

Die in der Doktrin vertretenen Meinungen zur Business Judgment Rule gehen stark auseinander und lassen sich in Anlehnung an NIKITINE in drei Gruppen einteilen²⁷³. Ein Teil der Lehre begrüsst eine Rezeption der Business Judgment Rule und begründet ihren Standpunkt insb. mit der konzeptionellen Ähnlichkeit des amerikanischen und schweizerischen Verantwortlichkeitsrechts²⁷⁴. Demgegenüber steht die – vor allem von KUNZ vertretene – Auffassung, wonach eine Anwendung der Business Judgment Rule insb. unter Berücksichtigung der ohnehin ungenügend geschützten Rechtsstellung der Minderheitsaktionäre kategorisch abzulehnen sei²⁷⁵. Zwischen diesen Meinungen steht die Ansicht von BÖCKLI, der zwar zuerkennt, dass die Business Judgment Rule „auch im Schweizer Recht bis

²⁷⁰ JÖSLER 1998, S. 236. Eingehend zu den einzelnen Voraussetzungen der Business Judgment Rule: GRASS 1998, S. 81 ff.

²⁷¹ NIKITINE 2007, S. 1.

²⁷² Vgl. NIKITINE 2007, S. 125 ff. m.w.H. zu den einschlägigen Entscheiden.

²⁷³ NIKITINE 2007, S. 134 ff.

²⁷⁴ Vgl. etwa GRASS 1998, passim; BERTSCHINGER 1999, N 188 und 354; GARBARSKI 2006, S. 131; BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31a. Vgl. auch NIKITINE 2007 m.w.H.

²⁷⁵ KUNZ 2001, § 6 N 115 ff. und v.a. N 121 ff.; ablehnend auch BÄRTSCHI 2001, S. 404 ff.

zu einem bestimmten Grad fruchtbar gemacht werden kann²⁷⁶, aber auch vor einer unkritischen Übernahme warnt.

M.E. ist einer Übernahme der Business Judgment Rule ins schweizerische Recht vorsichtig zu begegnen. Eine gewisse Zurückhaltung der Gerichte bei der Prüfung unternehmerischer Entscheide ist nach meiner Auffassung zwar durchaus zu begrüßen, weil ansonsten die Gefahr besteht, bei jedem Schaden der Gesellschaft, eines Gläubigers oder Aktionärs reflexartig auf eine Pflichtverletzung der handelnden Führungskräfte zu schliessen. Eine solche „umgekehrte Kausalität“ ist zweifelsohne nicht wünschenswert. Andererseits darf die richterliche Zurückhaltung bei der Beurteilung unternehmerischer Entscheide nicht so weit gehen, dass sich die Gerichte hinter der Business Judgment Rule verschanzen und damit die Interessen der Geschädigten verletzen.

b) Konsequenzen für die Haftung von Führungskräften bei unausgewogenen Vermögensverschiebungen

Der dargestellte Lehrstreit darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die schweizerischen Gerichte im Rahmen von Verantwortlichkeitsprozessen Unternehmensentscheide nur zurückhaltend prüfen und sich damit – wenn auch nicht ausdrücklich – an einer stark der US-amerikanischen Business Judgment Rule angenäherten Rechtsanwendungsregel orientieren²⁷⁷.

Werden eine Konzerngesellschaft, ihre Gläubiger oder Aktionäre durch eine unausgewogene Vermögensverschiebung geschädigt, stellt sich im Rahmen ihrer Verantwortlichkeitsansprüche die Frage, ob die Anordnung der betreffenden Transaktion als ein durch die Business Judgment Rule gerechtfertigter unternehmerischer Fehlentscheid gar nicht erst der gerichtlichen Überprüfung unterliegt oder aber geprüft wird, ob allenfalls ein pflichtwidriges Verhalten der handelnden Führungskraft vorliegt.

Nach geltender Rechtslage ist von folgendem Grundsatz auszugehen: Solange das Verhalten der in Anspruch genommenen Person nicht gegen zwingendes

²⁷⁶ BÖCKLI 2009, § 18 N 403.

²⁷⁷ KUNZ 2001, § 6 N 124; NIKITINE 2007, S. 125 ff.; insb. S. 133; vgl. dazu auch vorn: § 4 V. 4. a) bb).

Recht verstösst²⁷⁸, ist eine gerichtliche Überprüfung und damit möglicherweise die Bejahung einer Pflichtwidrigkeit grundsätzlich nur möglich, wenn die Grenzen der Business Judgment Rule nicht beachtet wurden²⁷⁹. Liegt ein unternehmerischer (Fehl-)Entscheid hingegen innerhalb der Grenzen der Business Judgment Rule, prüft das Gericht seine Angemessenheit grundsätzlich nicht²⁸⁰. In diesen Fällen sind Verantwortlichkeitsansprüche mangels Pflichtwidrigkeit der handelnden Führungskräfte nicht durchsetzbar.

VI. Kausalzusammenhang

Zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten der belangten Führungskraft und dem eingetretenen Schaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen, d.h. dass die Pflichtwidrigkeit eine (aber nicht zwingend die einzige) Ursache der bewirkten Schädigung sein muss²⁸¹.

Zu einer Haftung aus Art. 754 ff. OR führt ein (natürlicher) Kausalzusammenhang aber nur dann, wenn ein Ereignis auch adäquat kausal ist, d.h. „wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolgs durch jenes Ereignis allgemein begünstigt erscheint“²⁸². An die Adäquanz werden bei Haftungsansprüchen aus Art. 754 ff. OR allerdings keine hohen Anforderungen gestellt²⁸³. Das Gericht muss sich hinsichtlich der Kausalattribution mit jener Gewissheit zufriedengeben, welche die Erfahrung des Lebens lehrt und welche dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht²⁸⁴. In Bezug auf unausgewogene Vermögensverschiebungen zwischen Konzerngesellschaften

²⁷⁸ Begeht die Führungskraft im Rahmen einer unausgewogenen Vermögensverschiebung eine Rechtsverletzung, z.B. indem sie einen Straftatbestand erfüllt, hat der Richter diesen Verstoß gem. KUNZ 2001, § 6 FN 327 selbstverständlich zu sanktionieren.

²⁷⁹ KUNZ 2001, § 6 N 116; BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31a.

²⁸⁰ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31a.

²⁸¹ Statt vieler: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 91; BÖCKLI 2009, § 18 N 416.

²⁸² BGE 123 III 110 E. 3a m.w.H.; BGE 113 II 52 E. 3a m.w.H.; BGE 108 II 51; BGE 112 II 439 E. 1d; Vgl. auch BÖCKLI 2009, § 18 FN 1017 m.w.H.

²⁸³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 1996, § 36 N 93 mit Verweis auf BGE 93 II 22 E. 6.

²⁸⁴ BGE 113 II 52 E. 3a.

ten sei in diesem Zusammenhang lediglich darauf hingewiesen, dass die Kausalität vom Geschädigten nachzuweisen ist²⁸⁵, was aufgrund der häufig herrschenden Intransparenz in Konzernverhältnissen mit Schwierigkeiten verbunden sein kann.

VII. Verschulden

1. Einleitung

Die verantwortlichen Führungskräfte haften für jedes Verschulden, d.h. für vorsätzliches, aber auch für leicht fahrlässiges Verhalten²⁸⁶. Dabei gilt nach allgemein anerkannter Auffassung ein objektivierter Verschuldensmassstab, d.h., ein Verschulden ist immer dann gegeben, wenn der in Anspruch genommene nicht so gehandelt hat, wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung objektiv verlangt werden darf²⁸⁷. Diese Objektivierung des Verschuldensmassstabs hat u.a. zur Folge, dass weder der Nachweis einer Führungskraft, diejenige Sorgfalt angewendet zu haben, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, noch Unerfahrenheit oder mangelnde Kenntnis einen Exkulpationsgrund darstellen²⁸⁸.

In Bezug auf Konzernverhältnisse muss erwähnt werden, dass die Befolgung von Weisungen der herrschenden Gesellschaft das Verschulden der Führungskräfte der abhängigen Gesellschaften nicht beseitigt²⁸⁹. In praxi wird das persönliche Haftungsrisiko aber regelmässig dadurch gemildert, indem die herrschende Gesellschaft mit den betreffenden Führungskräften Treuhandverträge abschliesst, gem. welchen allfällige Ersatzforderungen aus Art. 754 ff. OR auf die (herrschende) Gesellschaft abgewälzt werden²⁹⁰.

²⁸⁵ BÖCKLI 2009, § 18 N 432.

²⁸⁶ Statt vieler: BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 32; FORSTMOSER 1987, N 286 m.w.H.

²⁸⁷ BGE 4C.358/2005 E. 5.6 m.w.H.

²⁸⁸ FORSTMOSER 1987, N 301 f.

²⁸⁹ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 34 m.w.H.

²⁹⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 2007, § 24 N 50.

2. Verschulden bei Kollektiventscheiden

a) Problematik

Das Verschulden muss hinsichtlich jeder einzelnen in Anspruch genommenen Führungskraft gesondert und im Hinblick auf die konkreten, infrage stehenden Verhaltensweisen und Schäden geprüft werden²⁹¹. Weil schädigende Anordnungen regelmässig nicht von einzelnen Führungskräften, sondern von einem kollektiv entscheidenden Gremium ausgehen, stellen sich hinsichtlich des Verschuldens einzelner Führungskräfte verschiedene Fragen: Wie ist das Verschulden einer Führungskraft zu würdigen, die gegen die fragliche Anordnung opponiert hat? Wie steht es mit dem Verschulden einer Person, die bei der Entscheidungsfindung nicht anwesend war? Und wie hat die Schadenstragung zu erfolgen, wenn mehrere Führungskräfte für denselben Schaden verantwortlich sind? Auf diese Probleme wird in den nachfolgenden Ausführungen eingegangen.

b) Verschulden bei Opposition

Ist eine Führungskraft im Rahmen der kollektiven Entscheidungsfindung mit einer zu beschliessenden Massnahme nicht einverstanden, gelten hinsichtlich ihres Verschuldens folgende Grundsätze: Blosses Stillschweigen, Stimmenthaltung oder anderes passives Verhalten schliessen ein Verschulden und damit eine Haftung nicht aus²⁹². Vielmehr ist erforderlich, dass die betreffende Führungskraft ausdrücklich gegen den Entscheid opponiert²⁹³. Die Führungskraft hat sich für eine Wiedererwägung des Entscheids oder gegen dessen Realisierung einzusetzen, wobei diesbezüglich regelmässig der zu Protokoll gegebene Auffassung entscheidende Bedeutung zukommt²⁹⁴. Zudem muss der Opponierende auch nach dem fraglichen Entscheid seine Haltung bekräftigen, auf Eindämmung des Schadens dringen und in schwerwiegenden Fällen seine Auffassung auch nach aussen, z.B. im Rahmen der Generalversammlung kundtun²⁹⁵.

²⁹¹ FORSTMOSER 1987, N 289.

²⁹² FORSTMOSER 1987, N 313.

²⁹³ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 33; BÖCKLI 2009, § 18 N 438; FORSTMOSER 1987, N 313.

²⁹⁴ FORSTMOSER 1987, N 313.

²⁹⁵ BÖCKLI 2009, § 18 N 439; ähnlich auch BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 33.

c) Verschulden bei Abwesenheit

Differenziert zu beantworten ist die Frage nach dem Verschulden auch, wenn eine Führungskraft bei der Entscheidungsfindung zur fraglichen Transaktion nicht anwesend war. Unbestritten ist, dass Zeitmangel keinen Exkulpationsgrund darstellt²⁹⁶. Ist hingegen eine Führungskraft aus Krankheitsgründen abwesend, vermag sie diesen Umstand grundsätzlich von der Schuld zu befreien; hingegen kann eine Unterlassung des Rücktritts trotz andauernden gesundheitlichen Problemen als Verschulden gewertet werden²⁹⁷. Umstritten ist die Rechtslage, wenn eine Führungskraft aus unverschuldeter Abwesenheit nicht an der Entscheidungsfindung mitwirken kann²⁹⁸.

d) Verschulden mehrerer Führungskräfte

Weil die wichtigsten unternehmerischen Beschlüsse oft auf Kollektiventscheidungen beruhen und daher regelmässig mehrere Führungskräfte schuldhaft ihre Pflichten verletzen und damit zur Entstehung eines Schadens beitragen, stellt sich die Frage, gegen welche Führungskraft und in welcher Höhe die Kläger ihren Schaden im Einzelnen geltend machen können und wie sich diese Regelung auf die interne Schadenstragung auswirkt.

Im Aussenverhältnis gilt die in Art. 759 Abs. 1 OR verankerte Regel der differenzierten Solidarität²⁹⁹. Danach ist jede verantwortliche Führungskraft gegenüber den geschädigten Personen nur insoweit haftbar, als ihr der Schaden aufgrund eines persönlichen Verschuldens zurechenbar ist³⁰⁰. Dies bedeutet m.a.W., dass der eingeklagte Gesamtschaden aus verschiedenen Einzelposten besteht und die einzelne Führungskraft nur für jene Posten einzustehen hat, die sie durch eine Pflichtverletzung schuldhaft mitverursacht hat³⁰¹. Zudem bedeutet differenzierte Solidarität i.S.v. Art. 759 Abs. 1 OR, dass der Grad des Verschuldens – gemessen an Art. 43 Abs. 1 und 44 OR – auch im Aussenverhältnis, d.h. den Ge-

²⁹⁶ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 754 N 32; FORSTMOSER 1987, N 308.

²⁹⁷ FORSTMOSER 1987, N 309.

²⁹⁸ Vgl. dazu FORSTMOSER 1987 m.w.H. auf die in der Lehre vertretenen Auffassungen.

²⁹⁹ Dazu und zum Ganzen: HABLÜTZEL 2009, passim.

³⁰⁰ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 759 N 3; HABLÜTZEL 2009, S. 48 und 55.

³⁰¹ MÜLLER 1998, S. 294.

schädigten gegenüber, berücksichtigt wird³⁰². Konkret erfolgt das Vorgehen bei differenzierter Solidarität damit in zwei Schritten: Erstens muss der von einer Führungskraft in pflichtwidriger und schuldhafter Weise verursachte Schaden festgestellt werden und zweitens ist zu prüfen, ob individuelle Herabsetzungsgründe zu einer Reduktion der Haftung führen und welchen Grad das Verschulden im Einzelnen erreicht³⁰³. Damit wird der sog. „Solidaritätsplafond“ ermittelt, bis zu welchem die fragliche Führungskraft mit weiteren fehlbaren Führungskräften solidarisch haftet³⁰⁴.

Haften mehrere Führungskräfte nach Art. 759 Abs. 1 OR, stellt sich die Frage nach der internen Schadenstragung. Bezüglich des Innenverhältnisses hält Art. 759 Abs. 3 OR fest, dass der Rückgriff vom Richter in Würdigung aller Umstände zu erfolgen hat. Mit dieser Regelung soll erreicht werden, „dass alle nach allgemeinem Haftpflichtrecht beachtlichen Umstände bei der Regelung des Regressverhältnisses berücksichtigt werden“³⁰⁵.

³⁰² HABLÜTZEL 2009, S. 50 f; BÖCKLI 2009, § 18 N 489; BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 759 N 4.

³⁰³ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 759 N 5; eingehend dazu auch HABLÜTZEL 2009, S. 50 ff. mit verschiedenen Rechenbeispielen.

³⁰⁴ HABLÜTZEL 2009, S. 57.

³⁰⁵ BSK OR II - WIDMER/GERICKE/WALLER, Art. 759 N 11.

§ 5 Schlussbemerkungen

In Konzernverhältnissen bestehen vielfältige horizontale und vertikale Leistungsbeziehungen die auch zu einseitigen Vermögensverschiebungen unter den Konzerngesellschaften führen können. Beispiele solcher Leistungen sind konzerninterne Lieferungen, Vereinbarungen über Immaterialgüterrechte, Management- und andere Dienstleistungen sowie die Abgabe von Garantien, Bürgschaften und ähnlichen Erklärungen.

Unter dem Aspekt der Vertragsfreiheit ist gegen unausgewogene Verträge solange nichts einzuwenden, als die Schranken des Rechts und der guten Sitten beachtet werden. Dennoch bergen unausgewogene Transaktionen in Konzernverhältnissen ein beträchtliches Schädigungspotential. Sind an der durch eine entsprechende Vermögensverschiebung benachteiligten Gesellschaft Minderheitsaktionäre beteiligt oder bestehen gegen sie Ansprüche von Gläubigern, besteht die Gefahr, dass durch eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens aufgrund einer einseitigen Transaktion eine Schädigung eintritt.

Zwar sieht das Gesellschaftsrecht verschiedene Schutzmechanismen vor, um die Interessen der Minderheitsaktionäre und Gläubiger zu wahren, doch ist ihr Schutzgehalt bei konzernrechtlichen Sachverhalten regelmässig gering. Demzufolge können sich Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre nur beschränkt gegen die Anordnung und Durchführung entsprechender Vermögensverschiebungen zur Wehr setzen. Erschwerend kommt hinzu, dass Konzerne hochkomplexe Gebilde sind, und den Gläubigern und Minderheitsaktionären aufgrund dieser Intransparenz vielfach bereits die Möglichkeit verwehrt bleibt, potentiell schädigende Transaktionen überhaupt zu erkennen.

Führt eine konzerninterne Transaktion nun tatsächlich zu einem Schaden eines Gläubigers oder eines Minderheitsaktionärs, stellt sich die Frage, ob die erlittene Schädigung im Rahmen eines Verantwortlichkeitsanspruchs gegenüber den beteiligten Führungskräften geltend gemacht werden kann. Dabei kommt eine persönliche Haftung von Führungskräften nur dann infrage, wenn die Voraussetzungen von Art. 754 ff. OR erfüllt sind. Erforderlich sind im Einzelnen eine schuldhaft e Pflichtverletzung der beanspruchten Führungskraft sowie ein natürlich und adäquat kausal dazu eingetretener Schaden bei der Gesellschaft, einem Aktionär oder Gläubiger. Zentrale Bedeutung für den Erfolg eines Verantwortlichkeitsan-

spruchs dürfte im vorliegenden Zusammenhang regelmässig der Voraussetzung des pflichtwidrigen Verhaltens zukommen. Solange die in Anspruch genommene Führungskraft nicht gegen zwingendes Recht verstösst, ist eine gerichtliche Überprüfung unternehmerischer Entscheide aufgrund der Business Judgment Rule weitgehend ausgeschlossen. Zudem dürften Haftungsansprüche häufig auch daran scheitern, dass die fragliche Transaktion zwar vordergründig als pflichtwidrig erscheint, aber durch das Konzerninteresse gerechtfertigt ist. Vor allem bei Klagen ausserhalb des Konkurses besteht eine weitere Schwierigkeit darin, einen konkreten Schaden aus einer bestimmten konzerninternen Transaktion zu substantiieren.

Festzuhalten ist damit, dass sich bereits die unmittelbaren Schutzinstrumente der Gläubiger und Minderheitsaktionäre gegen unausgewogene Vermögenstransaktionen als weitgehend ungenügend erweisen, aber auch eine erfolgreiche Durchsetzung eines Verantwortlichkeitsanspruchs gegenüber den handelnden Führungskräften in verschiedener Hinsicht mit Schwierigkeiten verbunden ist.