

Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht

Inhaltsübersicht

	Seite
I. Ausgangslage	607
1. Fehlende Konzerngesetzgebung	607
2. Grundlagen einer Haftung der Konzernobergesellschaft	609
II. Haftung der Muttergesellschaft für Leitungsverhalten im Konzern	612
1. Zurechnung des Leitungsverhaltens an die Muttergesellschaft	612
2. Funktioneller Organbegriff des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts	613
3. Materielle Organe im Konzern	614
4. Faktische Organe im Konzern	622
III. Haftung aus Vertrauensschutz im Konzern	626
1. Organstellung durch Kundgabe vs. Konzernvertrauen	626
2. Begründung einer Organstellung durch Kundgabe der Muttergesellschaft	628
3. Konsequenzen einer kundgegebenen Organstellung	632
4. Vertrauen auf ein spezifisches Leitungsverhalten der Konzernspitze	633
5. Aus den Umständen abzuleitende Verhaltenspflichten	633

I. Ausgangslage

1. Fehlende Konzerngesetzgebung

Die Schweiz kennt bis heute keine umfassende gesetzliche Regelung für die durch die Konzernverbundenheit von Gesellschaften hervorgerufenen Probleme, obwohl eine solche in der Literatur mehrfach befürwortet und angeregt wurde¹. Konzern-

¹ Repräsentativ JEAN NICOLAS DRUEY, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980 (99) II 379–386 und ROLAND RUEDIN, Vers un droit des groupes de sociétés?, ZSR 1980 (99) II 191 f.; im Weiteren siehe etwa JEAN NICOLAS DRUEY, Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmungsverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln? Gutachten H für den 59. Deutschen Juristentag, München 1992, H 50 f. Entsprechende Aktivitäten des Gesetzgebers wurden zwar auch von offizieller Seite verschiedentlich – mit allerdings geringer Prioritätsstufe – als notwendig erachtet, siehe etwa die Äusserungen im Begleitbericht EJA zum Vorentwurf 1975, SAG 1976 9–16, und in der BOTSCHAFT über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745, (zitiert gemäss Separatdruck), 5 und 73. Neuestens fordert eine im Nationalrat am 23.3.2001 eingereichte Motion Gross eine *Ergänzung der aktienrechtlichen Haftungsbestimmungen* durch die Einführung einer zu Art. 762 Abs. 4 OR analogen Regelung, mittels

sachverhalte sind – wenn überhaupt – Gegenstand punktueller gesetzgeberischer Lösungen, sowohl im Bereich Gesellschaftsrecht wie in anderen Rechtsgebieten². Aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts sind dabei insbesondere die Konsolidierungspflicht für einheitlich geleitete Gruppengesellschaften (Art. 663e OR), das (bedingte) konzernweite Unabhängigkeitserfordernis für Revisoren bzw. für den Konzernprüfer (Art. 727c Abs. 2 OR und Art. 731a Abs. 2 OR), die Regelung bezüglich der Ausgabe von Wandel- und Optionsrechten an Anleihensgläubiger oder Arbeitnehmer anderer Konzerngesellschaften (Art. 653 Abs. 1 OR) sowie das Verbot des indirekten Erwerbs eigener Aktien zu nennen (Art. 659b OR)³.

Darüber haben Rechtsprechung und Literatur⁴ einzelne Regelungen des Gesellschaftsrechts – und auch der übrigen Rechtsordnung⁵ – auf konzernspezifische Sachverhalte angepasst oder vereinzelt sogar konzernspezifische Regeln geschaffen. Dies gilt namentlich auch bezüglich der Regeln einer allfälligen Haftung zwischen Kon-

welcher die Haftung von Gesellschaften – namentlich auch Konzernobergesellschaften – gesetzlich verankert werden soll, die durch Vertreter im Verwaltungsrat einen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmungsleitung einer anderen Gesellschaft ausüben.

² Vor allem im Steuer- und Bankenrecht; siehe etwa Art. 26a VStV, Art. 22 Abs. 1 MWSTG oder Art. 21c und 23a BankV. Insbesondere das Steuerrecht verwendet jedoch oft eigene Anknüpfungstatbestände, etwa die der massgeblichen Beteiligung gemäss Art. 69 DBG bzw. 28 Abs. 1 StHG oder die der Holdinggesellschaft gemäss Art. 28 Abs. 2 StHG, die nicht mit der Konzerndefinition gemäss Art. 663e OR oder mit derjenigen der Mehrheitsbeteiligung gemäss Art. 659b OR übereinstimmen.

³ Für die Anwendbarkeit der letztgenannten Bestimmung wird jedoch keine *einheitliche Leitung*, sondern nur eine *Mehrheitsbeteiligung* vorausgesetzt. Dabei ist zu ergänzen, dass in der Praxis für die Frage der Konzernrechnungspflicht, entgegen dem Wortlaut von Art. 663e Abs. 1 OR, von einer auf Kapital- oder Stimmenmehrheit aufbauenden Umschreibung ausgegangen wird; siehe etwa JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das Schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 43–47 und PETER BÖCKLI, Konsolidierungspflicht: Auslösung durch «Control» oder «einheitliche Leitung», ST 1994 369–380.

⁴ Als einziges Beispiel für viele ist an dieser Stelle auf die in der Literatur entwickelten Regeln hinsichtlich der Unabhängigkeit des *Organvertreters* nach Art. 689c OR zu nennen, welche nicht nur unter dem Aspekt der Einzelgesellschaft, sondern aus der Optik des gesamten Konzerns zu prüfen sei; siehe BaK/SCHAAD OR 689c N 7. Siehe im übrigen die in den nachfolgenden Fn angegebenen Verweise.

⁵ Etwa im Vertragsrecht – hauptsächlich in den Bereichen Arbeits- und Mietrecht – (siehe eingehend DRUEY/VOGEL (Fn 3), 139–278), daneben aber auch im Immaterialgüter- (DRUEY/VOGEL (Fn 3), 391–400) oder im Strafrecht (DRUEY/VOGEL (Fn 3), 401–434). Im Steuerrecht ist etwa auf die konzernspezifischen Toleranzgrenzen im Bereich der ehemaligen WUSt (vgl. hierzu etwa BGE 110 Ib 222 E. 2c) oder auf die konzernspezifische Gewinnzurechnung im Bereich der Ertragssteuern (vgl. hierzu BGE vom 9.5.1995 E. 4a (*Panama-Entscheidung*); dazu DRUEY/VOGEL (Fn 3), 170–174) hinzuweisen. Im Konkursrecht etwa wurde die Rückforderung von konzerninternen Darlehen im Konkurs als missbräuchlich angesehen; vgl. SZW 1993 299 (OGer Zürich; *A. Finanz AG*) und SJ 1971 209 (KGer Freiburg; *Ersa*).

zerngesellschaft aus konzernspezifischem Verhalten⁶. Als Beispiele aus dem (Konzern)gesellschaftsrecht – unter Ausklammerung haftungsbezogener Entscheide, auf welche unten zurückzukommen ist – zu nennen sind u.a.⁷ etwa die Ausdehnung der Auskunftsrechte von Minderheitsaktionären auf Sachverhalte in Tochtergesellschaften⁸, die Ausdehnung des Stimmrechtsausschlusses auf durch Tochtergesellschaften gehaltene eigene Aktien⁹ oder der Schutz von Minderheitsaktionären vor Kompetenzverschiebungen durch Ausgliederung wichtiger Betriebsteile in Tochtergesellschaften¹⁰.

2. Grundlagen einer Haftung der Konzernobergesellschaft

Das Fehlen *konzernspezifischer* Bestimmungen für die *Haftung* von Konzernobergesellschaften bedeutet aber keineswegs ein gänzlich fehlendes gesetzlicher Regelungen, welche für solche Fragestellungen zu berücksichtigen sind. Vielmehr sehen die entsprechenden Haftungsbestimmungen des Gesellschaftsrechts Organe von Konzernobergesellschaften und diese selbst als mögliche Pflichtadressaten und damit auch als potentiell Verantwortliche bzw. Haftende vor, sofern und soweit sie Geschäftsleitungsfunktionen wahrnehmen, welche gemäss gesetzlicher Kompetenzordnung Organen vorbehalten sind¹¹.

Statt auf Prinzipien der Organhaftung stellte die frühere Rechtsprechung jedoch in den relativ wenigen publizierten Entscheiden zur Prüfung einer allfälligen Haftung der Konzernobergesellschaft zufolge Eingriffen in die Geschäfte ihrer Tochtergesellschaften mehrheitlich auf die Regeln des sogenannten Durchgriffs¹² ab – und

⁶ Als Beispiel sei auf den Entscheid BGE 120 II 331 (*Swissair*) verwiesen, auf welchen unten noch näher eingegangen wird.

⁷ Vgl. für weitere Entscheide DRUEY/VOGEL (Fn 3), 41–97 und 285–340.

⁸ Siehe SAG 1973 49 (OGer Zürich; *TGSF-AG*) und SJ 1992 338 (Cour de Justice Genève; *X. Genève SA*).

⁹ Siehe BGE 72 II 275 (*Agraria AG*), für die gegenwärtige Rechtslage siehe auch den bereits erwähnten Art. 659b Abs. 1 OR.

¹⁰ Siehe ZR 1987 (86) Nr. 127 (OGer Zürich, *Produkta*) und Entscheid des OGer Zürich vom 26.2.1997 (*Solutions AG*, teilweise wiedergegeben bei DRUEY/VOGEL (Fn 3), 337–340).

¹¹ Siehe Art. 754 Abs. 1 OR, der u.a. «alle mit der Geschäftsführung ... befassten Personen» der Haftung für absichtliche oder fahrlässige Pflichtverletzungen unterwirft.

¹² Auf diese einerseits nicht auf die Haftungsproblematik beschränkte und andererseits nicht konzernspezifische Rechtsfigur mit stark verschwommenen Tatbestandsgrenzen, die fälschlicherweise zum Teil als Ober- oder Gesamtbegriff jeglicher Haftung zwischen Konzerngesellschaften verwendet wird, ist nachstehend nicht näher einzugehen, siehe aber dazu einlässlich mit detaillierter Analyse der Rechtsprechung DRUEY/VOGEL (Fn 3), 59–92 sowie die Ausführungen und Nachweise bei KARL HOFSTETTER, *Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne: zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte*, Tübingen 1995, 177 f.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern

tendierte in der Regel dazu, eine Haftung der Obergesellschaft zu verneinen¹³. Ausnahmen wurden allenfalls dann zugelassen, wenn die Obergesellschaft durch ihr eigenes oder ihr zugerechnetes Verhalten direkt dem Geschädigten gegenüber eine Anspruchsgrundlage – meist vertraglicher Art – geschaffen hatte¹⁴. Als hauptsächliche Begründung für diese strenge Haltung wurde jeweils darauf verwiesen, das Trennungsprinzip – bzw. bezogen auf den *Haftungsdurchgriff* der Grundsatz der beschränkten Haftung – gälte uneingeschränkt auch für Gesellschaften, welche im Einflussbereich eines Konzerns stehen¹⁵.

Während die Praxis wie erwähnt in der Vergangenheit – anders als beispielsweise in Frankreich¹⁶ – nur zurückhaltend von den Bestimmungen und Prinzipien der Organhaftung Gebrauch gemacht hat, deuten jüngere Entscheide auf eine zunehmende Bedeutung dieser Bestimmungen im Bereich des Konzernhaftungsrechts hin¹⁷.

1996, § 62 N 52; PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I, Zürich 1981, 28 f. und ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Bern 1997, 163–172.

¹³ Siehe SJ 1992 627 (BGer; *RD Foods Inc.*); ZR 1978 Nr. 112 (OGer Zürich; *Mallorca*); SJZ 1987 85 (OGer Thurgau; *Polstermöbel*) und PKG 1990 Nr. 8 (KGer Graubünden, Durchgriff bejahend); im übrigen hat das HGer Zürich in seinem Entscheid *Swissair* (unveröffentlichtes Urteil vom 8.6.1993 i.S. *Wibru Holding AG c. Swissair Luftverkehr AG und Swissair Beteiligungen AG*, E. IV./1., teilweise wiedergegeben bei DRUEY/VOGEL (Fn 3), 89) ebenfalls einen Durchgriff geprüft und verneint. Vgl. für weitere Entscheide DRUEY/VOGEL (Fn 3), 63–66, 88–92.

¹⁴ Zu erwähnen sind etwa BGE 112 II 347 E. 2 (*Sotheby's AG*) und BGE 111 II 270 E. 5c (*Africa Safari Club AG*), in beiden genannten Entscheiden wurde eine Haftung aufgrund einer – teilweise durch die Konzernzugehörigkeit bzw. Konzernumstände (normativ) begründeten – vertraglichen Bindung, mitunter also für eine eigene Schuld der Obergesellschaft, diskutiert; siehe im Weiteren die verschiedenen bei VOGEL (Fn 12), 176 f. angeführten Entscheide.

¹⁵ Siehe statt vieler SJ 1992 627 (BGer; *RD Foods Inc.*). Im Übrigen verweist das Bundesgericht auch in steuerrechtlichen Entscheiden wiederholt auf die zivilrechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften; siehe etwa BGE 110 Ib 127 (*Société K.*) oder BGE 108 Ib 28; interessant auch StE 95 B 72.11 Nr. 3 (BGE vom 9.5.1995; *Panama*), wo das Bundesgericht zwar rein formell am Prinzip der Unabhängigkeit der involvierten Konzerngesellschaften festhält, materiell aber den bei einer ausländischen Tochtergesellschaft angefallenen Gewinn bei der inländischen Muttergesellschaft aufgrund eines zwischen den beiden Gesellschaften behaupteten Auftragsverhältnisses zurechnet. Eine analoge Anwendung dieser auftragsrechtlichen Argumentation im Falle der Insolvenz der Tochtergesellschaft wäre höchst interessant!

¹⁶ Zur in Frankreich sehr oft angewendeten Rechtsfigur des «dirigeant de fait» siehe VOGEL (Fn 12), 15–22; für Entscheide im Konzernumfeld, a.a.O. 17 f. Der Muttergesellschaft steht jedoch gemäss der französischen Gerichtspraxis der Nachweis offen, dass eine die Tochtergesellschaft benachteiligende Einzelmassnahme durch andere Massnahmen zugunsten der Tochtergesellschaft ausgeglichen oder dass unter Berücksichtigung sämtlicher Eingriffe in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft per Saldo die letztere nicht schlechtergestellt wurde. In England sind Entscheide gestützt auf die vergleichbaren Haftungstatbestände des «shadow directors» nicht sehr zahlreich, obwohl die entsprechenden Haftungsregeln unbestrittenermassen auch für Muttergesellschaften gelten, siehe a.a.O. 42–53.

¹⁷ Siehe BGE 117 II 570 E. 4a (*K. Holding AG*), RJJ 1994 182 E. 5b (BGer, *Pierre C. SA*), BGE vom 29.10.2001 (4C.214/2001), E. 3a.

Daneben zeichnet sich eine zweite Tendenz ab: neben den auf die Haftungsregeln für Organverhalten abstellenden Urteilen findet im Nachgang zu dem als *Swissair-Entscheid*¹⁸ bekannt gewordenen Urteil des Bundesgerichts ein weiterer, noch nicht in allen Einzelpunkten gefestigter, als «Haftung aus Konzernvertrauen» bezeichneter Haftungsansatz zunehmend Anwendung. Obwohl dessen dogmatische Wurzeln in den Prinzipien des Schutzes des guten Glaubens im Geschäftsverkehr liegen¹⁹, weist er jedoch mit der Organhaftung gewisse Berührungspunkte auf²⁰, namentlich mit den in Analogie zu dieser entwickelten Grundsätzen der Haftung zufolge Organshaftung durch Kundgabe, welche ihre Grundlage ebenfalls im Vertrauensprinzip hat²¹.

Die nachstehenden Ausführungen widmen sich daher in erster Linie den Prinzipien der Organhaftung im Konzern, in zweiter Linie den beiden erwähnten, auf Vertrauensschutz basierenden Haftungskonzepten. Vorausgeschickt sei, dass der Grundsatz, wonach für die Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft – ausser in den durch die beiden Haftungsansätze anvisierten eng umschriebenen Sonderfällen – ausschliesslich *ihr eigenes* Gesellschaftsvermögen, nicht aber dasjenige der Muttergesellschaft – oder gar dasjenige anderer Konzerngesellschaften – haftet, auch unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung unangetastet bleibt; die Haftung von Konzern(ober)gesellschaften für Verbindlichkeiten anderer Konzernglieder dürfte demnach – auch bei einer etwas weniger rigiden Umschreibung der Tatbestandmerkmale und Beweislastregeln für diese drei Haftungsansätze – nach wie vor die (eher seltene) Ausnahme bleiben²².

¹⁸ BGE 120 II 331 (*Swissair*).

¹⁹ Zu diesem Entscheid sowie den darauf aufbauenden BGE 124 III 297 (*Motor Columbus*) siehe HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIA WALTER, Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, 53–68, 53–62, DRUEY/VOGEL (Fn 3), 119–127 und JEAN NICOLAS DRUEY, Misstrauen in die Vertrauenshaftung? Nochmals zum «Konzernvertrauen», SZW 2001, 190–194 sowie die zahlreichen weiteren an diesen Stellen angeführten Hinweise auf weitere Literatur und diverse Urteilsbesprechungen.

²⁰ Siehe VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 60–64 und VOGEL (Fn 12), 184.

²¹ VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 66; VOGEL (Fn 12), 341.

²² Siehe die bei DRUEY (Fn 19), 190 erwähnte «Nervosität» vor dem Hintergrund dieser neueren Tendenzen in der konzernrechtlichen Rechtsprechung und Literatur, namentlich hinsichtlich der Haftung aus «Konzernvertrauen».

II. Haftung der Muttergesellschaft für Leitungsverhalten im Konzern

1. Zurechnung des Leitungsverhaltens an die Muttergesellschaft

Sowohl die Haftung der Muttergesellschaft aus Organschaft wie auch diejenige aus Konzernvertrauen beruhen darauf, dass ihr das Fehlverhalten ihrer (direkten oder indirekten) Funktionäre – ob Organe oder Hilfspersonen – bei der Wahrnehmung von Leitungsfunktionen im Rahmen der Ausübung einheitlicher Leitung bei Tochtergesellschaften entweder direkt zugerechnet wird (bei der Haftung aus Organschaft) oder sie für solches fehlerhaftes Leitungsverhalten aus anderen Gründen einzustehen hat (Haftung aus Konzernvertrauen). In beiden Fällen ist jedoch für eine Haftung der Muttergesellschaft unabdingbare Voraussetzung, dass Pflichtverletzungen bei der Leitung der Tochtergesellschaft(en) vorgefallen sind.

Die beiden erwähnten Haftungsansätze sind jedoch nicht die einzigen, welche für die Begründung der Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für pflichtwidriges Verhalten bzw. für fehlerhafte Leitungsentscheide im Rahmen der Leitung der Tochtergesellschaft herangezogen werden. Neben der Qualifikation der Muttergesellschaft *direkt* als materielles oder faktisches Organ – wie sie nachstehend darzustellen ist – wird als Grundlage für eine Zurechnung von Leitungsverhalten in Literatur und Rechtsprechung einerseits auch die Doppelorganschaft und andererseits die Stellung als Geschäftsherrin diskutiert. Im ersteren Fall erfolgt eine Zurechnung des Verhaltens ihrer Organe zufolge deren *gleichzeitiger Organstellung* in Mutter- und Tochtergesellschaft, und im letzteren Fall hat die Muttergesellschaft als Geschäftsherrin für das Fehlverhalten von faktisch weisungsunterworfenen Hilfspersonen einzustehen, die sie mit dem Management der Tochtergesellschaft betraute. Sowohl die Zurechnung von Leitungsverhalten gestützt auf Art. 55 ZGB im Falle der Doppelorganschaft wie auch die Verantwortlichkeit für solches Verhalten gemäss Art. 55 OR weisen jedoch gegenüber der Haftung aus materieller oder faktischer Organhaftung gewichtige Nachteile auf und führen teilweise zu unbefriedigenden Resultaten: So stellt die Zurechnung von Leitungsverhalten gestützt auf Art. 55 ZGB m.E. eine an sich unnötige «dogmatische Umwegfahrt» dar, welche überdies dazu führt, dass eine Haftung im Ergebnis immer dann ausgeschlossen ist, wenn einerseits die bei der Tochtergesellschaft agierenden Funktionäre nicht gleichzeitig als Organe der Muttergesellschaft einzustufen sind²³ und andererseits deren Verhalten nicht zusätzlich als

²³ Vgl. die Sachverhalte der Entscheide ZR 1978 Nr. 44 (OGer Zürich), wo der einzige Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft gewichtige Entscheide für diese anlässlich der Verwaltungsratssitzung der Muttergesellschaft fällte, deren Verwaltungsrat er ebenfalls angehörte, sowie BGE 117 II 570

rechts- oder sittenwidrig qualifiziert²⁴. Ebenso wenig vermag ein Rückgriff auf Art. 55 OR zu überzeugen, da Art. 55 OR für eine Haftung auch rechtswidriges – und nicht wie Art. 754 OR pflichtwidriges – Verhalten voraussetzt. Für beide diese Einschränkungen der Haftung – auf Organe der Muttergesellschaft im einen und auf rechtswidriges Verhalten in beiden Fällen – finden sich m.E. keine überzeugenden Argumente, weshalb die Organhaftung gestützt auf das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht als Haftungsansatz diesen anderen Haftungskonstruktionen klar vorzuziehen ist.

2. Funktioneller Organbegriff des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR unterstehen neben den Mitgliedern des Verwaltungsrates «alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen» der kapitalgesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit, d.h. der Haftung für absichtliche oder fahrlässige Verletzungen ihrer gesellschaftsrechtlichen Pflichten als Organe²⁵. Wegen der funktionalen Umschreibung des Kreises der Haftpflichtigen hat die Praxis zur Abgrenzung der unter dem Aspekt der aktienrechtlichen Organhaftung haftpflichtigen Personen von den nicht haftpflichtigen Angestellten und Beauftragten²⁶ einer Gesellschaft den sog. funktionalen Organbegriff entwickelt. Nach diesem funktionalen Organbegriff sind sämtliche Personen der aktienrechtlichen Verantwort-

(*K. Holding AG*), wo gewisse Kaderfunktionäre der Tochtergesellschaft gleichzeitig Mitglieder der als Gremium der Muttergesellschaft konzipierten «Konzernleitung» waren, wobei das Bundesgericht deren Qualität als Organe der *Muttergesellschaft* – allerdings unter dem gegenüber Art. 55 ZGB engeren Organbegriff von Art. 754 OR – mangels ausreichender Kompetenzen verneinte.

²⁴ Siehe BGE 124 II 297 E. 5a–f (*Motor Columbus*): Die Klägerin machte geltend, gewisse Kaderfunktionäre der Motor Columbus Gruppe hätten aufgrund der ihnen bekannten Probleme der Tochtergesellschaft in der Auftragsabwicklung bei anderen Kunden eingreifen müssen, um eine Schädigung der Klägerin zu verhindern. Das Bundesgericht verneinte die Widerrechtlichkeit wie auch die Sittenwidrigkeit des beanstandeten Verhaltens und verneinte deshalb eine Haftung, ohne die übrigen Haftungsvoraussetzungen im Zusammenhang mit einer Haftung aus Doppelorganschaft zu prüfen.

²⁵ Für die GmbH enthält Art. 827 OR eine ähnlich lautende Bestimmung, die jedoch noch im Sinne der früheren Vorschrift des Aktienrechts von den mit der Geschäftsführung «betrauten» Personen spricht. Zur Haftung eines faktischen GmbH-Geschäftsführers vgl. neuestens den Entscheid RFJ 2000 193.

²⁶ Funktionäre unterhalb der Organstufe haften für pflichtwidriges Verhalten ausschliesslich der Gesellschaft gegenüber aufgrund des jeweiligen arbeitsrechtlichen oder auftragsrechtlichen Vertragsverhältnisses; einzig für rechtswidrige Handlungen, welche Gläubiger oder Aktionäre direkt schädigen, ist eine direkte Belangung gestützt auf Art. 41 OR möglich; siehe etwa BGE 117 II 315 E. 4d.

lichkeit unterworfen, die «tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen.»²⁷ Für eine Organstellung ist zudem erforderlich, «dass die nach der internen Organisation tatsächlich mit der Leitung der Gesellschaft befasste Person in eigener Entscheidungsbefugnis die sich daraus ergebenden Pflichten zu erfüllen hat, sie also selbständig und eigenverantwortlich handelt. Eine blosser Mit-hilfe bei der Entscheidung genügt demgegenüber für eine Organstellung nicht.»²⁸ Für die Frage der Organstellung unbeachtlich ist, welcher formellen Führungsstufe der betreffende Funktionär angehört, d.h. ob er formell einem direkt dem Verwaltungsrat unterstellten Gremium angehört oder aber einer tieferen Führungsebene²⁹. Entscheidend ist vielmehr, dass «jedenfalls eine dauernde Zuständigkeit für gewisse, das Alltagsgeschäft generell übersteigende Entscheide in eigener Verantwortung wahrgenommen wird, die sich spürbar auf das Geschäftsergebnis auswirken.»³⁰

3. Materielle Organe im Konzern

Unter den funktionalen Organbegriff fallen damit neben den Mitgliedern des von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsrates – den sogenannten formellen Organen – zunächst diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die vom Verwaltungsrat oder allenfalls der Geschäftsleitung als Leitungsfunktionäre einer Gesellschaft *bestellt*, d.h. denen Organaufgaben formell oder informell *übertragen* wurden. Diese sind nach der hier verwendeten Terminologie als sog. materielle Organe zu

²⁷ So etwa BGE 117 II 432 E. 2b (*Bank M. AG*), ähnlich auch BGE 126 V 240, BGE vom 31.8.2001 (H 442/00, E. 3a) oder BGE vom 28.1.2002 (H 313/00, E. 7a).

²⁸ Siehe BGE 128 III 29 E. 3a (*E. Holding AG*).

²⁹ Siehe PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2.A., Zürich 1996, N 1969 und VOGEL (Fn 12), 260 f. Demgegenüber vertrat das Bundesgericht im Entscheid 117 II 570 E. 3a (*K. Holding AG*) noch die Meinung, zu den Organen im verantwortlichkeitsrechtlichen Sinne gehörten nur die Mitglieder der «obersten Leitung der Gesellschaft». In BGE 128 III 29 E. 3a (*E. Holding AG*) wird die Frage nun mit Hinweis auf die in dieser Frage nicht einheitliche Lehre offen gelassen. Siehe im Übrigen zur Frage der Abgrenzung der verschiedenen Organbegriffe JEAN NICOLAS DRUEY, Organ und Organisation, SAG 1981 77–87 und VOGEL (Fn 12), 255–266.

³⁰ BGE 128 III 29 E. 3a a.E. (*E. Holding AG*).

³¹ Der Begriff *materielles* Organ sollte zur klareren Abgrenzung in einem engeren Sinn verwendet werden, als dies teilweise in Literatur und Rechtsprechung geschieht. Oft werden unter diesem Begriff alle neben den Mitgliedern des Verwaltungsrats Organfunktionen ausübenden Personen zusammengefasst, d.h. neben formell bestellten Funktionären auch faktische Organe, d.h. Personen, die ohne formelle Betrauung Organfunktionen ausüben bzw. sich *anmassen*. Vgl. zur Differenzierung zwischen diesen beiden Gruppen von potentiell haftenden Personen LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, in ZSR NF Bd. 119 (2000), 135–193, 162 und VOGEL (Fn 12), 263–266 und 281–330.

bezeichnen³¹. Während eine formelle Organstellung juristischer Personen für die Aktiengesellschaft positivrechtlich ausgeschlossen ist³², regelt der Gesetzgeber die Frage für die materielle Organstellung nicht ausdrücklich. Er lässt eine solche – zumindest im Konzernverhältnis – jedoch durch die Billigung einheitlicher Leitung durch die Muttergesellschaft implizit zu³³, was auch in der neueren Literatur – mit wenigen Ausnahmen – praktisch einhellig anerkannt wird³⁴. Werden Leitungsaufgaben der Tochtergesellschaften daher mit Einverständnis der Organe der Tochtergesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend an die Muttergesellschaft übertragen, so haftet die letztere im Rahmen der übertragenen Aufgaben für deren sorgfältige Ausführung. Die Haftung der Muttergesellschaft aus materieller Organschaft leitet sich damit *direkt* aus deren kompetenzmässigen und organisatorischen Zuständigkeit für die Belange der Tochtergesellschaft ab, ohne dass auf eine Zurechnungsnorm wie etwa Art. 55 ZGB abgestellt werden müsste³⁵. Es spielt deshalb für diesen Haftungsansatz grundsätzlich auch keine Rolle, ob die Muttergesellschaft die ihr durch die Tochtergesellschaft – freiwillig oder auf Geheiss – übertragenen Leitungsaufgaben durch Hilfspersonen oder Organe wahrnehmen lässt³⁶.

³² Gemäss Art. 707 Abs. 3 OR können juristische Personen nicht in den Verwaltungsrat gewählt werden, sondern haben stattdessen ihre Vertreter wählen zu lassen. Anders hingegen die Regelung bei der GmbH, bei welcher gemäss Wortlaut von Art. 811 und Art. 815 Abs. 2 OR – entgegen der restriktiven Praxis der Handelsregister – an sich eine formelle Organstellung juristischer Personen möglich ist; vgl. zum Ganzen ausführlich VOGEL (Fn 12), 346 f.

³³ Siehe Art. 663e Abs. 1 OR sowie zum Begriff der einheitlichen Leitung statt aller DRUEY/VOGEL (Fn 3), 44 f., BÖCKLI (Fn 3), 371–380 und VOGEL (Fn 12), 369–373 je mit weiteren Verweisen.

³⁴ Siehe etwa PETER FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, SZW 1994 169–177, 176 Fn 55 und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn 12), § 60 N 28 und N 36 Fn 8a, VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 60 f., DRUEY/VOGEL (Fn 3), 32 f., 366 und VOGEL (Fn 12), 355–363, die sich explizit für die Zulässigkeit einer Übertragung von Geschäftsführungsfunktionen an andere Konzerngesellschaften aussprechen; im Resultat ähnlich auch BÖCKLI (Fn 29), N 1179, 1579k und 1634 und ROLAND VON BÜREN, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, ZBJV 1995 (131) 57–91, 85, welche beide von der Rechtmässigkeit einheitlicher Leitung ausgehen. Anders dagegen noch etwa ZÜK/BÜRGI OR 717 N 28, jedoch ohne nähere Begründung und ohne Verweise.

³⁵ Gleiches gilt auch für die faktische Organstellung der Muttergesellschaft, im Gegensatz jedoch zur Haftung aus Doppelorganschaft, die nicht – wie die erstere – «direkt an Organisationstatbestände anknüpft»; siehe HOFSTETTER (Fn 12), 202.

³⁶ Setzt die Muttergesellschaft zur Erfüllung ihrer Organpflichten Hilfspersonen ein, so haftet sie für diese nach Art. 101 OR – und nicht nach Art. 55 OR, womit ihr nur die Einrede zusteht, dass sie – hätte sie anstelle ihrer Hilfspersonen gehandelt – kein Verschulden träge.

a) Auswirkungen der Übertragung von Organaufgaben an materielle Organe

Ist die Übertragung von Organaufgaben und Geschäftsleitungskompetenzen an die Muttergesellschaft und damit deren Bestellung als Organ bzw. als Delegationsempfängerin aber grundsätzlich als zulässig anzusehen, muss sie folglich auch der gesetzlichen Verantwortlichkeit für geschäftsleitende oder beaufsichtigende Organe unterstehen. Neben der Muttergesellschaft sind gegebenenfalls auch deren Funktionäre verantwortlich, wenn die Muttergesellschaft ihnen Organaufgaben der Tochtergesellschaft weiterüberträgt oder diese durch ihre Wahrnehmung von Organaufgaben als faktische Organe einzustufen sind. Weil die Betrauung eines – hier konzerninternen – Dritten mit Organaufgaben dessen Bestellung zum Organ gleichkommt bzw. diese automatisch bewirkt³⁷, muss das Gleiche gelten, wenn beispielsweise im Organisationsreglement Organaufgaben an die Muttergesellschaft übertragen werden³⁸.

Durch die Bestellung zum materiellen Organ der Tochtergesellschaft wird zwischen dieser und der Muttergesellschaft ein teilweise gesetzlich, teilweise reglementarisch bzw. durch interne Beschlüsse geregeltes Organverhältnis begründet: Dessen *Umfang* bestimmt sich nach dem gesellschaftsinternen Übertragungsakt – d.h. Reglement, Weisung oder Beschluss –, dessen *inhaltliche Ausgestaltung* dagegen, d.h. Sorgfaltsmassstab und teilweise auch Verhaltenspflichten, ergeben sich direkt aus dem Gesetz³⁹. Der Aufgaben- und somit Verantwortlichkeitsbereich der Muttergesellschaft

³⁷ Siehe zur Begründung einer materiellen Organstellung im einzelnen VOGEL (Fn 12), 281–291.

³⁸ Sofern diese «formelle» Delegation in der Praxis offensichtlich nicht gelebt wird, dürfte sie in der Regel ohne Bedeutung bleiben: Das Bundesgericht scheint anzunehmen, dass diesfalls die formelle beschlossene Zuständigkeitsregelung durch den faktischen Entzug der Delegation für haftungsrechtliche Zwecke aufgehoben wird, siehe BGE 128 III 29 E. 3c, wo das Bundesgericht die Organstellung eines Geschäftsführers einer anderen Konzerngesellschaft zu beurteilen hatte, welcher zwar gemäss den Beschlüssen der «Konzernleitung» auch die Geschäfte der betroffenen Tochtergesellschaft E. AG hätte leiten sollen, wobei diese Beschlüsse anscheinend nicht in die Tat umgesetzt wurden. Entsprechend wurde die Zuständigkeit des Beklagten und damit seine Stellung als Organ für die konkursite Tochtergesellschaft verneint (und in einem Parallelentscheid die Stellung eines Verwaltungsrats der Muttergesellschaft F. AG als Organ der Tochter und seine Haftung umgekehrt aber bejaht, siehe BGE vom 29.10.2001 (4C.214/2001) E. 3c). Ähnlich auch VOGEL (Fn 12), 295 f. für den Fall des faktischen Kompetenzzugs durch ein übergeordnetes Organ; siehe in diesem Zusammenhang auch BGE 114 V 78 E. 4. Zu beachten ist jedoch bei der Delegation an die Muttergesellschaft, dass dieser ohnehin faktisch die Organisationskompetenz zukommt und deshalb ein Kompetenzzug gegenüber der Muttergesellschaft ohne deren – zumindest stillschweigende Zustimmung – kaum denkbar ist. Dennoch dürfte wohl auch bei fehlender Umsetzung einer formell beschlossenen Aufgabenübertragung im Konzern eine Organstellung der Muttergesellschaft zu verneinen sein, wobei sich je nach den Umständen allenfalls eine Haftung aus Organschaft durch Kundgabe ergeben kann.

³⁹ Siehe hauptsächlich Art. 717 Abs. 1 und 2 OR sowie Art. 754 Abs. 2 OR.

bemisst sich demnach anhand der an sie übertragenen Organfunktionen⁴⁰. Dabei ist primär auf die vorgesehene konzerninterne Kompetenzverteilung abzustellen, welche dem vom Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft erlassenen Organisationsreglement oder anderen einschlägigen Dokumenten hinsichtlich der Organisation der Gruppe zu entnehmen ist⁴¹.

Entsprechend haftet die Muttergesellschaft beim Beizug von Hilfspersonen zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen dieses gesetzlichen Organ(schuld)verhältnisses gemäss Art. 101 OR – und nicht nach Art. 55 OR –, weshalb ihr auch nur der beschränkte Entlastungsbeweis gemäss Art. 101 OR zusteht. Im Resultat spielt es daher für den Bereich der materiellen Organschaft – und aus den gleichen Gründen auch für die faktische Organschaft – keine Rolle, ob die Muttergesellschaft Leitungsaufgaben bei der Tochtergesellschaft durch ihre eigenen *Organe* oder aber durch – im Verhältnis zur Muttergesellschaft – bloss als Hilfspersonen einzustufende Funktionäre wahrnimmt bzw. wahrnehmen lässt⁴².

b) Entlastungswirkung der konzerninternen Übertragung von Organaufgaben

Wesentliche Konsequenzen hat die Zulassung der Übertragung von Leitungsaufgaben einer Tochtergesellschaft an andere Konzerngremien – und damit der materiellen Organschaft im Rahmen der Konzernorganisation – auf die Haftungssituation der delegierenden Organe der Tochtergesellschaft: eine formell und materiell gesetzeskonforme Übertragung von Organkompetenzen an eine andere Konzerngesellschaft als materielles Organ muss zu einer entsprechenden Entlastung der übertragenden Organe führen⁴³. Wird die Möglichkeit einer Bestellung der Muttergesellschaft

⁴⁰ Siehe VOGEL (Fn 12), 291–296 und 355–360.

⁴¹ Die Tatsache, dass diese Kompetenzverteilung regelmässig von der Konzernspitze in einem gewissen Mass vorgegeben bzw. beeinflusst wird, darf keine Auswirkung auf die Gültigkeit der Übertragung und damit auch nicht auf die materielle Organstellung der Muttergesellschaft haben. Vielmehr ist zu beachten, dass der Konzernspitze immer die Organisationskompetenz zukommt, ja zukommen muss, und dass aus Sicht der Muttergesellschaft bzw. deren Organe zur Vermeidung einer Haftung zufolge unsorgfältiger Konzernleitung und -organisation ein Eingriff in die Spitzenorganisation der Tochtergesellschaft und eine Überwachung deren wichtigsten Geschäftsleitungsentscheide im Gegenteil wohl unvermeidbar ist. Zur Frage der Konzernleitungspflicht vgl. BGE 122 IV 103 VI. 2.c (*von Roll AG*) und Entscheid des BezGer Zürich vom 21.12.1982 (*M. AG*), teilweise wiedergegeben bei DRUEY/VOGEL (Fn 3), 372, siehe im Weiteren a.a.O. 33 und statt aller etwa auch LUKAS HANDSCHIN, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994, 110 f. und 352 f. sowie URS BERTSCHINGER, *Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, Zürich 1999, N 293.

⁴² Siehe zu dieser Abgrenzung BGE 117 II 570 (*K. Holding AG*).

⁴³ Siehe Art. 754 Abs. 2 OR.

als materielles Organ ihrer Tochtergesellschaft(en) bejaht, so können übertragbare Organaufgaben der letzteren im Sinne von Art. 754 Abs. 2 OR befugterweise an Konzerngremien bzw. an die Muttergesellschaft übertragen werden, womit die übertragenden Organe – insbesondere die formellen Organe der Tochtergesellschaft – entsprechend entlastet werden⁴⁴.

Damit stellt sich die Anschlussfrage, wieweit die an die Muttergesellschaft übertragenen Organaufgaben und -kompetenzen nicht nur übertragen werden *können*, sondern auch befugterweise übertragen werden *dürfen*, denn nur so weit resultiert mit der Übertragung eine verantwortlichs- und haftungsmässige Entlastung der delegierenden Organe. Die Diskussion über die grundsätzliche Zulässigkeit und den Umfang einer Übertragung von Organaufgaben und -kompetenzen an die Konzernspitze hat sich an zwei Tatsachen zu orientieren: Einerseits hat der Gesetzgeber einheitliche Leitung in Gesellschaftsgruppen – und damit die Übertragung von Organaufgaben an die Muttergesellschaft – explizit gesetzlich sanktioniert⁴⁵, und andererseits ging er – ebenso explizit und unter der Annahme einer baldigen Ergänzung⁴⁶ – von der Unvollständigkeit der gegenwärtigen Regelung für Konzernverhältnisse aus⁴⁷. Damit ist die gegenwärtige Regelung – insbesondere deren Vorschrift hinsichtlich durch den Verwaltungsrat nicht übertragbarer Aufgaben – als lückenhaft anzusehen und bedarf daher für Konzernsachverhalte einer sinnvollen Ergänzung.

Wie von einem ständig grösser werdenden Teil der Lehre gefordert, ist deshalb der lückenhafte Art. 716a Abs. 1 OR für Konzernverhältnisse derart anzupassen bzw. zu ergänzen, dass sich der Verwaltungsrat einer vollständig beherrschten Tochtergesellschaft *in eigener Regie* nur um die Einhaltung der Vorschriften über den Kapitalschutz und – mit den im nachfolgenden Abschnitt erwähnten Einschränkungen – der übrigen gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen zu kümmern hat. Die Erfüllung der anderen gesetzlich als unübertragbar bezeichneten Aufgaben kann er entweder – unter Berücksichtigung von Vorgaben der Muttergesellschaft – selbst vornehmen oder aber teilweise oder vollständig an die Muttergesellschaft oder eine andere Konzerngesellschaft übertragen. Sind die Aufgaben, sei es aufgrund der von der Konzernspitze vorgegebenen Gruppenorganisation oder sei es – wohl eher im Ausnahmefall – aufgrund autonomer Entscheidung, an die Muttergesellschaft übertragen, so ist der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft nur – aber immerhin – zu

⁴⁴ Mindestens sofern und soweit ihnen der Nachweis gelingt, sie hätten bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Delegationsempfängers die «nach den Umständen gebotene Sorgfalt» angewendet, siehe Art. 754 Abs. 2 OR. Ähnlich BERTSCHINGER (Fn 41), N 110 f. und 356.

⁴⁵ Siehe Art. 663e Abs. 1 OR.

⁴⁶ Die Annahme des Gesetzgebers, eine «Konzernrechtsgesetzgebung wird in naher Zeit an die Hand genommen...» – BOTSCHAFT (Fn 1), 73 –, erwies sich (leider) als falsch.

⁴⁷ Siehe BOTSCHAFT (Fn 1), 5 und 73 sowie die in Fn 1 erwähnten weiteren Verweise.

einer den jeweiligen Umständen angepassten *Überwachung* der sorgfältigen Erfüllung verpflichtet⁴⁸.

Immer unter dem zuletzt genannten Vorbehalt der Überwachung ist die Übertragung der Finanzplanung sowie der Finanzkontrolle – mit den nachstehend genannten Ausnahmen – sowie der Bereiche Unternehmenspolitik und *strategische* Planung wie auch der *personellen und organisatorischen* Gestaltung der Spitzenorganisation der Tochtergesellschaft an dafür geeignete Gremien der Konzernspitze⁴⁹ als zulässig zu erachten. Die auch bei Bestehen eines Konzernverhältnisses unübertragbaren Aufgabenbereiche umfassen umgekehrt diejenigen Aufgaben, die in erster Linie dem Schutz der Gläubiger und dem Schutz des Geschäftsverkehrs sowie der Wahrung der öffentlichen Ordnung dienen. Zu diesen auch im Konzern unübertragbaren Führungsaufgaben zählt einerseits die Anzeigepflicht im Falle einer Überschuldung sowie die Pflicht zur Überwachung der Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften namentlich des Kapitalgesellschaftsrechts, insbesondere derjenigen hinsichtlich des Kapitalschutzes und des Verbots verdeckter Gewinnausschüttungen, wobei die letzteren bei 100%igen Tochtergesellschaften konzernspezifisch anzupassen sind⁵⁰.

Aus der gesetzlichen Regelung der Konsolidierungspflicht und der damit sanktionierten einheitlichen Leitung lässt sich umgekehrt kein Abweichen vom Gebot der Ausgewogenheit konzerninterner Transaktionen ableiten, soweit an der Tochtergesellschaft Minderheitsaktionäre beteiligt sind. Diesfalls ist der Verwaltungsrat dieser Tochtergesellschaft deshalb weiterhin – neben der einheitlich leitenden Muttergesellschaft – für die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots gegenüber diesen Minderheitsaktionären verantwortlich. Die Mitglieder der Verwaltungsräte der Tochtergesellschaften mit Minderheitsaktionären haben deshalb darauf einzuwirken, dass sie von der Konzernleitung bzw. von der für die finanzielle Führung und Kontrolle zuständigen Konzernstelle in den Umständen angemessenen Abständen entsprechende Informationen erhalten, um diesen Überwachungspflichten soweit wie möglich nachzu-

⁴⁸ Siehe BÖCKLI (Fn 29), N 1579i f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn 12), § 28 N 168; DRUEY/VOGEL (Fn 3), 32; 378 f.; BERTSCHINGER (Fn 41), N 356 f.; VOGEL (Fn 12), 367–376.

⁴⁹ Auch hinsichtlich der Auswahl und Instruktion der Delegationsempfänger hat der übertragende Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft grundsätzlich eine den Umständen angepasste Sorgfalt walten zu lassen, siehe Art. 754 Abs. 2 OR. Vgl. hierzu den nächsten Abschnitt.

⁵⁰ In Anlehnung an die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts – BGE 117 IV 259 E. 5 (*E. AG*) – ist bei Fehlen von Minderheitsaktionären eine Schädigung der Tochtergesellschaft dann zu verneinen, wenn nach der Vornahme von konzerninternen Gewinnverschiebungen das Nettovermögen die Summe von Aktienkapital und gebundenen Reserven, d.h. *150% des Aktienkapitals*, übersteigt. Zusätzlich darf die Existenz der Tochtergesellschaft – namentlich deren Zahlungsbereitschaft – durch den Mittelentzug nicht unmittelbar und erkennbar gefährdet werden.

kommen. Hinsichtlich der in der Literatur⁵¹ teilweise erwähnten Pflicht der Verwaltungsräte der Tochtergesellschaft zur Überwachung der Einhaltung der *übrigen gesetzlichen Vorschriften* – wohl beispielsweise die Abrechnungs- und Zahlungsverpflichtungen gegenüber Sozialversicherungen – ist jedoch einschränkend zu berücksichtigen, dass eine solche Pflicht nur soweit gehen kann, als diesen eine Überwachung aufgrund der Informationen, welche bei einer – aufgrund objektiver Anhaltspunkte pflichtgemässen – Nachforschung bzw. Nachfrage zur Verfügung stehen, überhaupt möglich ist⁵².

Umgekehrt bewirkt die Übertragung einzelner Funktionen oder Funktionsbereiche, die selbst im Konzern als unübertragbar gelten müssen und die der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft deshalb auch bei Bestehen eines Konzernverhältnisses selbst wahrzunehmen hätte, dass zwar die Muttergesellschaft als Empfängerin der unbefugten Delegation auch diesbezüglich Organstellung erhält und damit für die übertragenen Aufgaben und Kompetenzen im Rahmen der Delegation (mit)zuständig und (mit)verantwortlich wird, umgekehrt jedoch die delegierenden Organe der Tochtergesellschaft – selbst bei einer den formellen Anforderungen vollumfänglich genügenden Delegation – dadurch nicht entlastet werden, da sie diese Aufgaben selbst bei Bestehen eines Konzernverhältnisses zwingend selbst (mit)wahrzunehmen haben⁵³. Die Muttergesellschaft ist damit im Resultat neben dem an sich zuständigen Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft haftbar, unter der Voraussetzung allerdings, dass ihr *Pflichtverletzungen* bei der Wahrnehmung der übertragenen – an sich unübertragbaren – Aufgaben vorgeworfen werden können⁵⁴. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass beispielsweise die Pflicht zur Deponierung der Bilanz beim Richter gemäss gängiger Praxis nur von den formellen Verwaltungsräten erfüllt werden kann⁵⁵. Daraus zu schliessen, die materiellen – und allenfalls faktischen – Organe könnten daher wegen einer Verletzung dieser Pflicht nicht zur Rechenschaft gezogen werden, wäre

⁵¹ Siehe etwa BÖCKLI (Fn 29), N 1579k.

⁵² Im gleichen Sinn schon DRUEY (Fn 29), 79 f. Als Anwendungsbeispiel für eine vom Bundesgericht extensiv ausgelegte Nachforschungs- und Nachfragepflicht eines Verwaltungsrates einer Tochtergesellschaft vgl. BGE vom 21.11.2000 E. 3b.cc (H 37/00/H 38/00).

⁵³ Dem unbefugt delegierenden Verwaltungsrat bleibt jedoch nach wie vor der Nachweis offen, dass der Schaden auch bei pflichtgemässer Aufgabenerfüllung durch ihn selbst eingetroffen wäre, vgl. BGE 122 III 195 E. 4 (P. S.A.); zum schwierigen Nachweis fehlender Kausalität in der Praxis siehe etwa JEAN NICOLAS DRUEY, Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Stoffel, W. A. (Hrsg.): Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, La responsabilité des administrateurs, Zürich 1994, 45–61, 47–49.

⁵⁴ Im Resultat ähnlich wie hier BÖCKLI (Fn 29), N 1637 und VON BÜREN (Fn 34), 87.

⁵⁵ Siehe zur Praxis etwa ALEXANDER BRUNNER, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft nach altem und neuem Recht, AJP 1992, 806–820, 814 f.

jedoch m.E. verfehlt⁵⁶. Vielmehr ergibt sich auch hier durch die Mit-Zuständigkeit der Muttergesellschaft zwar auf Seiten der formellen Verwaltungsräte keine oder nur eine beschränkte Entlastung. Jedoch scheint es wenig überzeugend, dass in Fällen, wo eine explizite oder – etwa im Rahmen der allgemeinen Finanzkompetenzen der Muttergesellschaft – implizite Mit-Übertragung der Überwachungspflicht bezüglich einer allfälligen Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt oder anzunehmen ist, die Muttergesellschaft für die trotz entsprechenden Anhaltspunkten fehlende oder fahrlässig zu späte Bereitstellung der entsprechenden Finanzdaten nicht zur Rechenschaft gezogen werden könnte, insbesondere wenn die formellen Organe ohne diese Unterlagen ihre Pflichten nicht oder nur mit erheblicher Verspätung erfüllen können. Daneben bleiben jedoch auch die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaft – und grundsätzlich ohne Berücksichtigung der Übertragung – mitverantwortlich⁵⁷ und damit mithaftbar⁵⁸.

⁵⁶ Im gleichen Sinn auch das Bundesgericht, welches eine Haftung der faktischen Organe dann bejahen will, wenn diese die formellen Organe bei ihrer Pflichterfüllung aktiv oder passiv behindert haben: «[D]ie Pflicht zur Benachrichtigung des Richters [obliegt] grundsätzlich allein dem Verwaltungsrat ..., der diese Aufgabe nicht delegieren kann (...). Selbst faktische Organe können daher nicht für eine verspätete Benachrichtigung des Richters zur Rechenschaft gezogen werden, es sei denn, sie hätten den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abgehalten oder ihn über das Bestehen der Überschuldung zu informieren unterlassen» (BGE vom 19. Juni 2001 E. 6.b.bb) (4C.366/2000, *Textilfabrik*) mit Verweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 1998 i.S. B. E. 4c und d).

⁵⁷ Siehe aus strafrechtlicher Optik BGE vom 18.4.2000 (6P.223/1999 bzw. 6S.850/1999) hinsichtlich einer Verurteilung wegen Unterlassung der Buchführung (Art. 166 aStGB), ordnungswidriger Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 aStGB) und leichtsinnigen Konkurses (Art. 165 aStGB) – letztere namentlich wegen der Verletzung der Anzeigepflichten bei einer Überschuldung gemäss Art. 725 OR. Der formelle Verwaltungsrat berief sich vergeblich darauf, er hätte keinerlei Einfluss auf die Geschäftsleitung der betreffenden Gesellschaft (mehr) gehabt, weil diese vollumfänglich und ausschliesslich durch ein faktisches Organ wahrgenommen worden sei.

⁵⁸ Vgl. BGE vom 21.11.2000 E. 3a (H 37/00/H 38/00), in welchem das Bundesgericht hinsichtlich der Haftung der formellen Verwaltungsräte einer Tochtergesellschaft für AHV-Beiträge, gegen welche diese argumentierten, sie seien nicht die faktischen Entscheidungsträger gewesen, sondern bloss ausführende Funktionäre im Anstellungsverhältnis, ausführte: «An der formellen Organstellung ändert nichts, dass die Beschwerdeführenden als Arbeitnehmer der N., ihrer Arbeitgeberin, in den Verwaltungsrat einer der Tochterfirmen der Mutter-Gesellschaft (G. S.A.) abdelegiert oder abgeordnet worden sind, um, entsprechend den Intentionen der N., dort nach dem Rechten zu sehen. Wenn das Eidgenössische Versicherungsgericht einerseits die subsidiäre Organhaftung auch auf (natürliche oder juristische) Personen ausgedehnt hat, die nicht formelle, dafür aber materielle Organstellung innehaben – indem sie faktisch die von ihnen effektiv verwaltete Firma beherrschen (BGE 114 V 78, 213) –, heisst dies auf der anderen Seite nicht, dass Personen, deren Einsitz in den Verwaltungsrat bloss formeller Natur ist, aus dem Kreis der Passivlegitimierten ausscheiden würden (BGE 112 V 3; vgl. auch BGE 122 III 200 Erw. 3b). Die formelle Organstellung bleibt somit bestehen, wenn die Einsitznahme in den Verwaltungsrat einer Tochterfirma aus einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung heraus erfolgt, welche der Verwaltungsrat (als Arbeitnehmer) mit einer anderen zur Firmengruppe zählenden Unternehmung (als Arbeitgeberin) eingegangen ist.»

c) Überwachungspflichten bei konzerninterner Übertragung von Organaufgaben

Art. 754 Abs. 2 OR verlangt für eine entlastende Übertragung von Organaufgaben, dass das übertragende Organ bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung des Delegationsempfängers die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewandt hat. Analog zur Frage der zwingend vom Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft selbst wahrzunehmenden Aufgaben bedürfen auch die Regeln über die mit einer Übertragung verbundenen Überwachungspflichten einer sinnvollen Anpassung an die Konzernrealität. So darf sich der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft hinsichtlich der *Auswahl* der Delegationsempfänger für seine Entlastung auf den Nachweis beschränken, dass er aufgrund der konkreten Umstände und ihm zugänglichen Informationen davon ausgehen durfte, die ihm als Delegationsempfängerin vorgegebene Muttergesellschaft hätte die zu übertragenden Aufgaben mit ihrer Leitungsorganisation in zufriedenstellender Weise bewältigen können. Die Pflicht zur sorgfältigen *Instruktion* wird sich regelmässig auf eine Aufklärungspflicht über spezifische Verhältnisse der Tochtergesellschaft und gegebenenfalls lokale Besonderheiten des Sitzstaates beschränken, zumindest wenn die delegationsempfangende Stelle mit hinsichtlich der übertragenen Aufgabe angemessen ausgewiesenen Fachkräften besetzt ist. Für die *Überwachung* darf sich der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft auf stichprobeweise Feststellungen beschränken, dass die an die Muttergesellschaft delegierten Aufgaben von dieser bzw. von den durch sie intern beauftragten Funktionären tatsächlich wahrgenommen werden und dass bei der Aufgabenerfüllung durch die entsprechenden Konzernstellen – soweit dies durch ihn überprüfbar ist – keine offensichtlichen und schwerwiegenden Fehler begangen werden, ansonsten er seine diesbezüglichen Feststellungen der Konzernleitung oder den Konzernüberwachungsorganen mitzuteilen und mit Nachdruck entsprechende Korrekturmassnahmen zu verlangen hat.

4. Faktische Organe im Konzern

Neben den gewählten oder ernannten Gesellschaftsfunktionären – d.h. den formellen und materiellen Organen – werden Organfunktionen – insbesondere Geschäftsführungsaufgaben – einer Gesellschaft teilweise auch durch Personen ausgeübt, die nicht mit diesen Aufgaben betraut bzw. nicht als formelles oder materielles Organ bestellt wurden, sondern sich die von ihnen ausgeübten Organfunktionen anmassen, diese – oft mit stillschweigender Duldung der «entmachteten Organe» – usurpieren. Sie werden zur besseren Abgrenzung von den materiellen Organen, welche ihre Funktionen gestützt auf eine entsprechende Aufgabenübertragung wahrnehmen, gemäss

der hier verwendeten Terminologie als faktische Organe bezeichnet⁵⁹. Auch die faktischen Organe sind nach Gesetz und Rechtsprechung grundsätzlich den entsprechenden Organpflichten und bei Verletzung dieser Pflichten den einschlägigen Haftungsvorschriften unterworfen. Die Muttergesellschaft wird demnach bei einer Usurpation von Organaufgaben und -kompetenzen direkt zum faktischen Organ der Tochtergesellschaft, ohne Rückgriff auf andere Zurechnungsnormen⁶⁰. Der Umfang ihrer Verantwortlichkeit richtet sich dabei nach den tatsächlich wahrgenommen Organaufgaben und -kompetenzen.

Dass neben natürlichen Personen auch juristische Personen – und insbesondere eine einheitliche Leitung ausübende Muttergesellschaft – als faktisches Organ amten und in der Folge haften können, ist heute in Rechtsprechung⁶¹ und Literatur⁶² praktisch einhellig anerkannt. Umgekehrt ist wenig klar, wie im Detail die Abgrenzung zwischen einer faktischen Organstellung und anderen einen gewissen Einfluss auf gesellschaftsinterne Entscheide vermittelnde Stellungen – namentlich derjenigen der zwischen verschiedenen Gesellschaften koordinierenden Alleinaktionärin – vorzunehmen ist und ab welcher Einflussintensität somit beispielsweise eine Muttergesellschaft zum faktischen Organ ihrer Tochtergesellschaft wird⁶³.

Das Bundesgericht hat sich bisher in seiner publizierten zivilrechtlichen Rechtsprechung nur teilweise zu diesen Fragen geäußert bzw. äussern können. So hatte es – soweit dem Verfasser ersichtlich ist – in seiner zivilrechtlichen Rechtsprechung anscheinend noch keine Gelegenheit, direkt einen Fall von Haftungsansprüchen aus faktischer Organtätigkeit gegen eine Muttergesellschaft zu beurteilen; die zustimmenden Äusserungen ergeben sich bis heute erst – aber immerhin – einerseits aus nicht direkt entscheidungsrelevanten Ausführungen in Urteilen über Haftungsansprüche gegen Mitglieder der Konzernleitung⁶⁴ sowie andererseits aus der Bestätigung eines kantona-

⁵⁹ In Rechtsprechung und Literatur werden als Beispiele für faktische Organe etwa «verdeckte Verwaltungsräte» bzw. «administrateurs camouflés» (PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, N 701; BGE 102 II 353 E. 3a = PRA 1977 Nr. 66; *Asbestospray SA*); der «Hintermann, der dem fiduziarischen Verwaltungsrat Weisungen erteilt» (BOTSCHAFT (Fn 1), 191; FORSTMOSER, a.a.O., N 703); der «Hauptaktionär, der sich in die Geschäftsführung einmischt» (BOTSCHAFT (Fn 1), 191; FORSTMOSER, a.a.O., N 706) oder der «stille Verwaltungsrat» (BGE 107 II 349 E. 5a; *Zumbrunn AG*) genannt.

⁶⁰ Siehe die Ausführungen oben in Abschnitt II. 1.

⁶¹ Zur Frage der faktischen Organschaft der Muttergesellschaft siehe namentlich den nachstehend erwähnten BGE 117 II 570 E. 4a (*K. Holding AG*) und zu diesem Entscheid DRUEY/VOGEL (Fn 3), 341–345.

⁶² Siehe die detaillierten Nachweise bei VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 60 Fn 42 und DRUEY/VOGEL (Fn 3), 348 Fn 10.

⁶³ Vgl. dazu im Detail VOGEL (Fn 12), 396–400. Zur Abgrenzung faktischer Organschaft von anderen Machtstellungen siehe insbesondere BGE 107 II 349 (*Zumbrunn*).

⁶⁴ Siehe BGE 117 II 570 E. 4a (*K. Holding AG*), welcher ausführt, es entspreche «überwiegender Lehrmeinung, die herrschende Gesellschaft und ihre Organe bei Einmischung in die Verwaltung

len Entscheids, welcher bei der quantitativen Festlegung der Haftung einer Revisionsstelle wegen Konkursverschleppung die faktische Organtätigkeit der Muttergesellschaft ausdrücklich mitberücksichtigt hatte⁶⁵. Zusätzlich bejahte das Bundesgericht die Haftung einer juristischen Person als faktisches Organ in sozialversicherungsrechtlichen Haftungsfällen⁶⁶. Weitere bejahende Entscheide finden sich in der kantonalen Rechtssprechung⁶⁷.

Zur Begründung einer faktischen Organstellung der Muttergesellschaft ist keine bestimmte Art der Einflussnahme notwendig; d.h. auch eine mittelbare Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung, beispielsweise ausserhalb von formellen Sitzungen, genügt dazu⁶⁸. Jede Willenserklärung der als allfälliges faktisches Organ anzusehenden Muttergesellschaft – bzw. ihrer hierarchisch den entsprechenden Organen der Tochtergesellschaft übergeordneten Funktionäre – hat dabei als Einflussnahme zu gelten, wenn sie aus der Perspektive des Erklärungsempfängers als Einflussnahme auf die Ausführung einer organtypischen Aufgabe bzw. einen solchen Entscheid interpretiert werden muss und nicht klar mit der Ausübung der Rechte als Aktionärin der Tochtergesellschaft verbunden ist. Auch die Beeinflussung bloss einzelner Entscheide reicht zur Begründung einer faktischen Organstellung der Muttergesellschaft aus. Einmalige oder bloss vereinzelter Eingriffe in die Leitungsorganisation der Tochtergesellschaft können aber nur eine Verantwortlichkeit für die einzelnen beeinflussten oder

und Geschäftsführung der konzernmässig untergeordneten Gesellschaften ihnen gegenüber aus Art. 754 Abs. 1 OR verantwortlich zu machen (...)» Zustimmung zu interpretieren ist neuestens wohl auch BGE vom 29.10.2001 (4C.214/2001), E. 3a, wobei auch in diesem Entscheid die Haftung eines Funktionärs der Muttergesellschaft zu beurteilen war.

⁶⁵ RJJ 1994 182 E. 5b (*Pierre C. SA*). Das Bundesgericht verwies allerdings gleichzeitig auf seine in BGE 117 II 432 E. 1b/gg (*M. Bank AG*) ausgesprochene Praxisänderung, wonach ein mit einer Verantwortlichkeitsklage belangtes Organ dem klagenden Gläubiger dessen Selbstverschulden – wie auch andere Einreden gegen ihn persönlich – nicht entgegenhalten könne.

⁶⁶ BGE vom 21.11.2000 E. 3a (H 37/00/H 38/00, obiter dictum) und BGE 114 V 78 E. 3 (*A. AG*), wobei dem letzteren Entscheid kein Sachverhalt mit Konzernbezug zugrunde lag.

⁶⁷ So der Entscheid SGGVP 1983 Nr. 45; zusammengefasst in SAG 1986 38 mit Bemerk. MERZ/STICHER und überdies JdT 1989 III 7 (KGer Waadt i.S. *Murablack S.A.*), wo das Gericht bei der Prüfung der behaupteten Organstellung der waadländischen Kantonalbank zum Schluss kam, «[l]a participation effective de la B.C.V. à la formation de la volonté sociale de Murablack S.A. n'a pas d'apparence de raison», mit dieser Aussage jedoch implizit die theoretische Möglichkeit einer solchen Stellung bejahte.

⁶⁸ Zurückhaltender das Bundesgericht im Entscheid vom 29.10.2001 (4C.214/2001), wo ausgeführt wird, eine bloss Beeinflussung von Organen der Tochtergesellschaft durch solche der Muttergesellschaft begründe noch keine Organstellung, eine solche liege aber vor, «wenn sich (übertragene oder usurpierte) Zuständigkeiten bilden», vgl. E. 3.a) a.E. Diese Aussage ist insbesondere mit Blick auf die Tatsache zu relativieren, dass sie im Zusammenhang mit der Fragestellung steht, ob eine pflichtwidrige Unterlassung des belangten faktischen Organs vorliegt.

vorgegebenen Entscheide begründen, nicht aber für einen gesamten Leitungsbereich, weshalb diesfalls keine Haftung des faktischen Organs für Unterlassungen im entsprechenden Bereich entsteht⁶⁹.

Im Weiteren gilt auch für die faktische Organschaft der Muttergesellschaft, dass Voraussetzung für eine Haftung ein pflichtwidriges Verhalten bezüglich der von ihr wahrgenommenen bzw. usurpierten Bereiche ist. Die Übernahme bzw. Wahrnehmung von Organaufgaben durch die Muttergesellschaft bei einer ihrer Tochtergesellschaften stellt dabei weder bei einer faktischen und noch viel weniger bei einer materiellen Organstellung per se eine Pflichtverletzung dar. Dagegen kommt die Nichtwahrnehmung solcher Aufgaben, obwohl sie der Muttergesellschaft im Falle einer materiellen Organstellung übertragen bzw. im Falle einer faktischen Organstellung regelmässig von ihr wahrgenommen wurden, einer pflichtwidrigen und damit haftungsauslösenden Unterlassung gleich.

Im Vergleich zur vorne dargestellten materiellen Organstellung einer Konzernobergesellschaft ergeben sich bei einer faktischen Organschaft die folgenden hauptsächlichen Unterschiede: Zunächst ist zu differenzieren bei der Umschreibung des Verantwortlichkeitsbereichs. Dieser richtet sich bei materiellen Organen nach dem Umfang der Delegation – wobei sich auch im Konzern der Umfang der übertragenen Aufgaben und Kompetenzen grundsätzlich nach dem vom Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft zu erlassenden Organisationsreglement, dessen Inhalt allenfalls von der Konzernspitze vorgegeben oder zumindest beeinflusst wurde, oder allenfalls einem von der letzteren erlassenen Konzernorganisationsreglement richtet⁷⁰. Bei faktischen Organen bemisst er sich dagegen nach dem Umfang der Einmischung, was unterschiedliche Beweisthemen beim Nachweis einer faktischen oder materiellen Organstellung bewirkt. Da ein Nachweis der Einmischung im Vergleich zum Nachweis einer Übertragung – die sich oft anhand des Organisationsreglements oder von Organigrammen beweisen lässt – in der Praxis regelmässig erheblich schwieriger sein

⁶⁹ Siehe den erwähnten BGE vom 29.10.2001 E. 3.a) und b) (4C.214/2001).

⁷⁰ Äussert sich das Organisationsreglement der Tochtergesellschaft nicht zur konzerninternen Aufgaben- und Kompetenzenverteilung, so ist stattdessen auf andere Reglemente, etwa das Organisationsreglement der Muttergesellschaft, deren Geschäftsreglement oder ein allfälliges Konzernorganisationsreglement sowie diese ergänzende Dokumente abzustellen. Zusätzlich kann auch hier auf Stellenbeschriebe, Organigramme, Protokolle und Weisungen der betreffenden Gesellschaften zurückgegriffen werden, anhand derer die von der Muttergesellschaft mit Zustimmung des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft regelmässig ausgeübten Organfunktionen zu eruieren sind, siehe insbesondere BGE vom 29.10.2001 (4C.214/2001) E 3c. Mangels genügender Dokumentation im Sinne von Art. 716b OR muss wohl bei fehlendem Reglement das Bestehen einer *formgültigen und damit befugten* Übertragung verneint werden, womit eine *Haftungsentlastung* des Verwaltungsrats der Tochtergesellschaft *entfällt*; vgl. Art. 754 Abs. 2 OR und BERTSCHINGER (Fn 41), N 117.

dürfte, können die Unterschiede je nach Fall erheblich sein⁷¹. Ebenso entfällt bei einer faktischen Organstellung die Entlastungswirkung zu Gunsten der übertragenden Organe – und zwar selbst im Bereich der an sich im Konzern übertragbaren Organaufgaben –, weil diese nach wie vor formell für die durch die Konzernspitze usurpierte Aufgabe zuständig bleiben.

Hinsichtlich beider Ansätze ist noch einmal zu betonen, dass weder eine materielle noch eine faktische Organstellung per se zu einer Haftung führt, sondern eine solche erst dann eintritt, wenn eine *Verletzung* von mit dieser Stellung verbundenen *Organpflichten* zu einem Schaden führt. Insbesondere bei einer Beschränkung der Muttergesellschaft auf Vorgaben im strategischen und normativen Bereich sowie auf gewisse rudimentäre Vorgaben im Budgetbereich dürfte es deshalb – wenn überhaupt – nur in Einzelfällen zu einer Haftung kommen, da es für Entscheide in diesen Gebieten nur selten gelingen wird, eine Pflichtverletzung und gar einen dadurch verursachten Schaden nachzuweisen, zumal auch in der Schweiz von einem richterlich nicht nachprüfbaren Ermessensspielraum im Sinne einer abgeschwächten «business judgement rule» auszugehen ist. Dagegen ist die Gefahr pflichtwidriger Fehler und einer damit ausgelösten Verantwortlichkeit bei einer Ausübung von eigentlichen *finanzleitenden* Funktionen – etwa Liquiditätsplanung und -disposition, Kreditoren- und Debitorenbewirtschaftung – durch die Muttergesellschaft bereits einiges grösser, insbesondere auch, da diesfalls davon auszugehen ist, die Muttergesellschaft sei – neben dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft – für die Überwachung hinsichtlich einer allfälligen Überschuldung sowie die rechtzeitige Einleitung der Vorbereitungsmaßnahmen für die Deponierung der Bilanz im Falle einer Überschuldung – d.h. Erstellen der Zwischenbilanz, etc. – (mit)verantwortlich.

III. Haftung aus Vertrauensschutz im Konzern

1. Organstellung durch Kundgabe vs. Konzernvertrauen

Als eine weitere Kategorie von Organen unterscheidet ein Teil der Literatur – und ihr folgend auch die Rechtsprechung⁷² – die sogenannten Organe durch Kundgabe⁷³.

⁷¹ Siehe ausserdem zu den weiteren in der Literatur vorgeschlagenen Beweiserleichterungen hinsichtlich eines Nachweises einer Organstellung und einer Pflichtverletzung der Muttergesellschaft sowie des dadurch verursachten Schadens VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 62; DRUEY (Fn 19) 193 f.; DRUEY/VOGEL (Fn 3), 47; VOGEL (Fn 12), 299 und 319 f.

⁷² Vgl. BGE 117 II 570 E. 3 (*K. Holding AG*) und BGE 111 II 480 E. 2a (*N. GmbH*).

⁷³ PETER FORSTMOSER, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FS Meier-Hayoz, Zürich 1982, 125–150, 130 f. und 134 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn

Als solche gelten Personen, welche durch ihnen zuzurechnende Umstände gegenüber Dritten den Eindruck erwecken, bestimmte Organfunktionen bei einer Gesellschaft wahrzunehmen, obwohl sie tatsächlich keine Organstellung innehaben oder diese hinsichtlich des Umfangs der Organaufgaben und -kompetenzen vom kundgegebenen Umfang abweicht. Auch eine Muttergesellschaft kann zweifellos gegenüber Dritten den Eindruck erwecken, sie nähme bei ihren Tochtergesellschaften oder zumindest einzelnen von ihnen bestimmte Führungsfunktionen wahr, womit sie als kundgegebenes Organ dieser Tochtergesellschaft(en) anzusehen ist und im Umfang des gegen aussen kundgegebenen Aufgabenbereichs für *pflichtwidriges* Leitungsverhalten bei der Tochtergesellschaft eintreten muss bzw. haftbar gemacht werden kann⁷⁴. Dieser auf dem Vertrauensprinzip aufbauende Ansatz weist teilweise starke Ähnlichkeiten mit der erwähnten, vom Bundesgericht in seinem als *Swissair*-Entscheid bekannt gewordenen Urteil⁷⁵ erstmals vertretenen Haftung aus Konzernvertrauen auf. In diesem Entscheid wandte das Bundesgericht für die Haftung der Muttergesellschaft einen Ansatz an, der ebenfalls auf Elementen der Vertrauenshaftung aufbaut, jedoch nicht auf einer Weiterentwicklung bzw. Analogie zur aktienrechtlichen Organhaftung – noch auf einer Ausdehnung vertraglicher Verpflichtungen⁷⁶ – beruht. Die Muttergesellschaft haftet nach diesem Ansatz nicht wie bei der Haftung aus Organschaft durch Kundgabe deswegen, weil sie von den Gläubigern der Tochtergesellschaft unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben als Organ der Tochtergesellschaft aufgefasst werden durfte, sondern spezifischer, weil sie durch ihr Verhalten nach Treu und Glauben bestimmte Erwartungen in ein in der Regel konkretisiertes (Konzern)verhalten erweckt hatte, die sie später aber in einer gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossende Weise enttäuschte.

Sowohl für die Haftung aus Organschaft durch Kundgabe wie auch für die Haftung aus Konzernvertrauen – jedoch anders als für die Haftung aus formeller, materieller oder faktischer Organschaft gemäss Art. 754 OR – ist eine *Vertrauensbetätigung* der Geschädigten und – wohl im Begriff der Vertrauensbetätigung oft mitumfasst – ein kausaler Zusammenhang zwischen Vertrauensbetätigung und Vertrauenserwe-

12), § 19 N 19; BÖCKLI (Fn 29), N 1969a; VOGEL (Fn 12), 331–334 und 411–418; vgl. auch VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 62–66 und BaK/WATTER, OR 722 N 7.

⁷⁴ VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 62–66; VOGEL (Fn 12), 411–418.

⁷⁵ Siehe BGE 120 II 331 (*Swissair*).

⁷⁶ Das Bundesgericht ging zwar davon aus, dass die von der Tochtergesellschaft auf ihrem Briefpapier und ihren Werbeunterlagen verwendeten Aussagen über ihre Konzernzugehörigkeit seien im Einvernehmen mit der Muttergesellschaft gestaltet worden und die darin enthaltenen Erklärungen könnten daher der letzteren auch zugerechnet werden. Es lehnte es aber dennoch ab, aus diesen Erklärungen bei objektiver Betrachtung einen vertraglichen Bindungswillen der Muttergesellschaft und deshalb eine Mithaftung für die Verpflichtungen der Tochtergesellschaft gegenüber deren Geschäftspartnern im Sinne einer Garantie abzuleiten.

ckung vorausgesetzt⁷⁷, d.h. die getäuschten Dritten müssen im Vertrauen auf die vermeintliche Organstellung der Muttergesellschaft Handlungen unternommen oder unterlassen haben⁷⁸, durch welche sie im Resultat geschädigt worden sind.

Neben den erwähnten wichtigen Parallelen zwischen der Haftung aus Konzernvertrauen und derjenigen aus kundgegebener Organschaft – welche auf die weitgehend gemeinsamen Wurzeln zurückzuführen sind – gibt es jedoch auch Unterschiede zwischen den beiden Ansätzen: Diese liegen einerseits in Art und Inhalt des vertrauenserweckenden Verhaltens und andererseits in Art und Umfang des dadurch «geschuldeten» Sollverhaltens⁷⁹.

2. Begründung einer Organstellung durch Kundgabe der Muttergesellschaft

Eine Organstellung durch Kundgabe ist dann anzunehmen, wenn gutgläubige Dritte aus besonderen Umständen nach den üblichen Auffassungen des Geschäftsverkehrs annehmen dürfen, einer bestimmten – natürlichen oder juristischen – Person komme die Stellung eines formellen oder faktischen Organs einer Gesellschaft zu, obwohl diese in der Realität gar nicht mit entsprechenden Organaufgaben betraut ist⁸⁰. Diese Grundsätze gelten auch für die Muttergesellschaft – oder eine als Muttergesellschaft bzw. Leitungsgesellschaft wahrgenommene andere Gesellschaft⁸¹ –, wenn gegen Aussen der Eindruck erweckt wird, sie sei materielles oder im Ausnahmefall faktisches Organ einer bestimmten Tochtergesellschaft, obwohl sie *tatsächlich* weder mit einer entsprechenden Organstellung betraut noch eine solche faktisch übernommen hat⁸². Ob die Kundgabe gegenüber einem bestimmten oder auch unbestimm-

⁷⁷ Eine Vertrauensbetätigung setzt auch das Bundesgericht in BGE 120 II 331 E. 6 (*Swissair*) im Rahmen der Prüfung der Kausalität voraus: «Hätte die Klägerin die wahre Sachlage gekannt, so hätte sie ... von der Weiterführung des Vertrages mit der [Tochtergesellschaft] abgesehen und die Rückzahlung ihrer Einlage verlangt».

⁷⁸ Für Beispiele siehe oben a.a.O.

⁷⁹ Zusätzlich ergeben sich Unterschiede hinsichtlich der Ermittlung des erlittenen bzw. geltend zu machenden Schadens, vgl. hierzu VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 64–66.

⁸⁰ Für die Organstellung aus Kundgabe im allgemeinen FORSTMOSER (Fn 59), N 676; BÖCKLI (Fn 29), N 1969a; BGE 117 II 570 E. 3 (*K. Holding AG*; obiter dictum).

⁸¹ Etwa eine Managementgesellschaft, welche aus der Sicht Dritter konzernintern Geschäftsleitungsaufgaben wahrnimmt. Zu dieser Problematik siehe auch DRUEY (Fn 19), 191, mit dem Hinweis darauf, dass im *Swissair*-Entscheid nicht die Konzernspitzengesellschaft, sondern die unmittelbare Muttergesellschaft beklagt und zu Schadenersatz verurteilt worden war.

⁸² Siehe VON DER CRONE/WALTER (Fn 19), 60–62; VOGEL (Fn 12), 411 f. mit weiteren Nachweisen. *Nicht Voraussetzung* für eine Organschaft durch Kundgabe ist, dass zwischen belangter Gesellschaft und pflichtwidrig geleiteter Gesellschaft tatsächlich ein Konzernverhältnis besteht bzw. zum

ten Personenkreis erfolgt, hat keinen Einfluss auf die Begründung einer Organstellung durch Kundgabe, sondern einzig auf den Kreis der Anspruchsberechtigten.

Die Umstände, gestützt auf welche gutgläubige Dritte auf eine Organstellung bzw. die Wahrnehmung bestimmter Organaufgaben bei einer anderen Konzerntochtergesellschaft schliessen dürfen bzw. – vor der Vertrauensbetätigung – durften, haben sich auch im Konzern in erster Linie aus Kundgebungen der als Organ wahrgenommenen Konzerngesellschaft selbst zu ergeben: entweder aus Äusserungen⁸³ oder im Ausnahmefall Handlungen⁸⁴, beispielsweise wenn die Muttergesellschaft durch ihre Funktionäre Handlungen vornimmt, welche in aller Regel ausschliesslich durch formelle oder materielle Organe der Tochtergesellschaft vorgenommen werden⁸⁵. In zweiter Linie können jedoch auch Äusserungen der Tochtergesellschaft solche Umstände begründen, wobei im letzteren Fall diese Äusserungen der gegebenenfalls aufgrund des erweckten Eindrucks haftenden Muttergesellschaft zugerechnet werden können müssen⁸⁶. Aus diesen Kundgebungen der Muttergesellschaft muss unter den konkreten Umständen nach Treu und Glauben auf eine «organisatorische Eingliederung in die Willensbildung der Gesellschaft», d.h. das Bestehen einer *Organstellung* der Muttergesellschaft oder zumindest die Wahrnehmung bestimmter *Organaufgaben*

Zeitpunkt der Schädigung bestand; diesbezüglich illustrativ auch der Sachverhalt des *Swissair*-Entscheids: Das Konzernverhältnis bestand – zufolge Verkaufs der entsprechenden Tochtergesellschaft zum relevanten Zeitpunkt der Schädigung – nicht mehr (BGE 120 II 331).

⁸³ Falls etwa die Muttergesellschaft ihr zentrales Cash-Management-System erwähnt oder eine Keep-Well-, Patronats- oder vergleichbare Erklärung abgibt, etwa des Inhalts, sie werde die Tochtergesellschaft bzw. deren Management überwachen, damit diese ihren finanziellen Verpflichtungen nachkomme. Siehe auch die Beispiele von in der Praxis verwendeten Formulierungen etwa bei ANTON K. SCHNYDER, Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften?, SJZ 1990 57–66, 59 f.

⁸⁴ So stellt denn auch das Bundesgericht in BGE 120 II 331 E. 5a (*Swissair*) ausdrücklich nicht nur auf Äusserungen ab, sondern führt explizit aus, eine Haftung könne dann entstehen, «wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt,» das sie später enttäuscht.

⁸⁵ Etwa die Unterzeichnung von wichtigen Dokumenten (Kreditverträge, Jahresrechnung und dazugehörige Erklärungen, Protokolle der Generalversammlung oder von Verwaltungsratssitzungen, Bilanzerklärungen etc.). Eine Organschaft durch Kundgabe kann sich auch dadurch ergeben, dass die Organe der Mutter- oder einer anderen Konzerngesellschaft über die Bankkonten einer bestimmten Tochtergesellschaft formelle Verfügungsberechtigung haben oder für diese in wichtigen Angelegenheiten Vertragsverhandlungen führen.

⁸⁶ Zurechenbar sind Aussagen oder Handlungen der Tochtergesellschaft etwa dann, wenn die Muttergesellschaft um den durch die Tochtergesellschaft – oder allenfalls eine dritte Konzerngesellschaft – geschaffenen Rechtsschein gewusst hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte wissen müssen. Vorwerfbar ist in solchen Fällen, dass es die Muttergesellschaft bewusst oder fahrlässig unterlassen hat, die zumutbaren Schritte für eine Klarstellung der Lage, d.h. das Nichtbestehen einer Organstellung, zu unternehmen.

bei der Tochtergesellschaft geschlossen werden dürfen⁸⁷. Die vermeintliche Wahrnehmung anderer, d.h. untergeordneter Aufgaben durch die Muttergesellschaft bzw. deren Gremien genügt dagegen nicht zur Begründung einer kundgegebenen Organstellung⁸⁸.

Noch umstritten ist dabei, welchen Erklärungsinhalt die Aussage der Muttergesellschaft mindestens haben muss, um eine Organschaft durch Kundgabe zu begründen: Darf eine solche – unter Zugrundelegung eines objektivierten Verständnisses – durch aussenstehende Dritte bereits aus der blossen *Kundgabe eines Konzernverhältnisses* – d.h. ohne jegliche Angaben hinsichtlich dessen Qualität bzw. Intensität – abgeleitet werden? Die einheitliche Leitung bildet – zumindest nach dem Wortlaut – eines der konstitutiven Elemente der in Art. 663e Abs. 1 OR für die Konsolidierungspflicht vorgesehenen, aber auch sonst auf Konzernsachverhalte angewandten Konzerndefinition. Ebenso ist durch die wohl überwiegende Lehre anerkannt, dass der Begriff der einheitlichen Leitung – und damit indirekt derjenige des Konzerns – definitionsgemäss die Wahrnehmung gewisser Leitungs- bzw. Organaufgaben durch die einheitlich leitende Muttergesellschaft umfasst, namentlich im finanziellen und im strategischen Bereich⁸⁹. Entsprechend müssen Dritte bei Bekanntgabe eines Konzernverhältnisses durch die Muttergesellschaft oder – unter dem Vorbehalt, dass eine Zurechnung gerechtfertigt ist – durch die Tochtergesellschaft annehmen dürfen, neben der strategischen und normativen Planung würden zumindest auch wichtige Teile der – für die geschädigten Gläubiger in der Regel relevanten – finanziellen Belange⁹⁰

⁸⁷ Siehe BGE 117 II 576 (*K. Holding AG*), wonach eine Organstellung im Sinne von Art. 754 OR eine «tatsächliche oder allenfalls auch nur gegen aussen kundgegebene organisatorische Eingliederung in die Willensbildung der Gesellschaft» bedinge.

⁸⁸ Siehe nochmals BGE 117 II 576 (*K. Holding AG*), wo sinngemäss ausgeführt wird, eine «gegen aussen kundgegebene organisatorische Eingliederung in die Willensbildung der Gesellschaft» müsse den Anschein einer «organisatorische[n] und hierarchische[n] Stellung des Verantwortlichen» erwecken, welche eine Organhaftung als sachgerecht erscheinen lasse. Dies sei «in der Regel nur dann der Fall, wenn nicht eine blosser Führung der Geschäfte, sondern deren Leitung aufgrund selbständiger Entschlüsse vorliegt» bzw. – im Falle der Organschaft durch Kundgabe – gegen aussen kundgegeben wird.

⁸⁹ Siehe etwa BÖCKLI (Fn 3), 372, HANDSCHIN (Fn 41), 45 f., DRUEY (Fn 1), 345; BRUNO SLOGO, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs, Diss. Zürich 1980, 186 f., VOGEL (Fn 12), 369 f. m.w.V.; ebenso im Übrigen – wenn auch zurückhaltend – bereits die Botschaft (Fn 1), 74. A.A. anscheinend aber VON DER CRONE/WALTER (Fn 19) 61 und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn 12), § 51 N 203 f.

⁹⁰ Dazu dürfte wohl auch die Überwachungspflicht bezüglich einer allfälligen Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR gehören. Wie oben ausgeführt wurde, bewirkt die – auch im Konzernverhältnis – zwingende Zuständigkeit des Verwaltungsrats der Tochtergesellschaft nicht etwa, dass die materiellen Organe, welche mit den finanziellen Belangen der Gesellschaft betraut sind – und im Falle der Organschaft durch Kundgabe analog die scheinbar mit diesen Aufgaben betraute Muttergesellschaft – von der entsprechenden Pflicht befreit wären. Da sie rein formell keinen

der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft geleitet und damit auch überwacht⁹¹. Hinsichtlich des Inhalts solcher Erklärungen sind damit im Resultat keine hohen Anforderungen zu stellen: Der explizite Verweis auf die «Mitgliedschaft» in einem Konzern in den Geschäftsunterlagen – beispielsweise auf dem Geschäftspapier oder in Prospekten⁹² – dürfte genügen⁹³.

Einschränkungen sind einzig bei gesetzlich vorgesehenen Offenlegungspflichten angebracht, namentlich bei der Pflicht zur Bekanntgabe von Beteiligungen und wohl auch bei der Publikation einer konsolidierten Jahresrechnung, insbesondere weil die Revisionspraxis die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Konsolidierungspflicht mehrheitlich zu extensiv auslegt⁹⁴ und eine Konsolidierung bereits unterhalb der Schwelle einheitlicher Leitung, namentlich bereits im Falle einer blossen Beherrschung, verlangt. Zuzufolge dieser extensiven Anwendung darf wohl aus einer solchen «unfreiwilligen» Bekanntgabe nach Treu und Glauben bzw. nach den üblichen Auffassungen des Geschäftsverkehrs nicht in jedem Fall auf das Bestehen einheitlicher Leitungsstrukturen im Sinne einer materiellen Organschaft der Muttergesellschaft geschlossen werden⁹⁵.

Antrag auf Konkursöffnung gemäss Art. 725 OR stellen können, ergibt sich jedoch ein Unterschied hinsichtlich des pflichtgemässen Sollverhaltens: Dieses muss sich – neben dem Erstellen einer Zwischenbilanz – auf einen entsprechenden Antrag bzw. eine Weisung an den Verwaltungsrat beschränken. Vgl. für die in dieser Hinsicht (noch) etwas zurückhaltendere bundesgerichtliche Rechtsprechung BGE vom 19. Juni 2001 E. 6.b.bb) (4C.366/2000; *Textilfabrik*).

⁹¹ Ebenso VON DER CRONE/WALTER (Fn 19) 60 f., welche ausführen, [d]er Erklärungsempfänger ... darf aus der Konzernerklärung auf eine Stellung der Muttergesellschaft als materielles Organ der Tochtergesellschaft und damit auf die Übernahme der organtypischen Verantwortung für die ordnungsgemässe Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft schliessen ...» und VOGEL (Fn 12), 415 f.

⁹² Ein Beispiel liefert hier wiederum der *Swissair-Entscheid*, BGE 120 II 331, wo die Tochtergesellschaft bekanntlich in ihren Werbeunterlagen und ihrer Korrespondenz auf ihre Zugehörigkeit zur *Swissair-Gruppe* hingewiesen hatte.

⁹³ Siehe VON DER CRONE/WALTER (Fn 19) 62, wonach «jede öffentliche, werbemässige Betonung des Konzernverhältnisses, jede Reputationsanleihe, selbst die blosser Verwendung des Logos der Muttergesellschaft auf dem Briefpapier der Tochtergesellschaft» als «Konzernklärung» zur Etablierung einer kundgegebenen Organschaft genügt. Die gegenüber der hier vertretenen Auffassung zurückhaltenderen Äusserungen des Bundesgerichts in BGE 124 III 297 E. 6b) beziehen sich auf die Haftung aus Konzernvertrauen, wo wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen strengere Anforderungen an die Erklärung der Muttergesellschaft gestellt werden müssen (vgl. dazu anschliessend unten).

⁹⁴ Siehe etwa REVISIONSHANDBUCH 88 f. und die IAS-Regel 27 sowie die Kritik gegen diese nicht auf den Gesetzeswortlaut und die Absicht des Gesetzgebers abstützbare Ausweitung der Konsolidierungspflicht bei BÖCKLI (Fn 3), 372–378.

⁹⁵ Als Alternative wäre auch denkbar, dass der durch die Publikation einer Konzernrechnung erweckte Anschein einheitlicher Leitung, sofern er tatsächlich falsch ist, durch die betroffene Obergesellschaft mittels Publikation einer entsprechenden Negativ-Erklärung zu zerstören wäre, so VOGEL (Fn 12), 414. Vgl. im Übrigen auch HANDSCHIN (Fn 41), 57.

3. Konsequenzen einer kundgegebenen Organstellung

Die Annahme einer kundgegebenen Organstellung per se bringt für die Muttergesellschaft noch keinerlei Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft bzw. deren Aktionäre und Gläubiger. Als unabdingbare Voraussetzung jeglicher Haftung der Muttergesellschaft ist vielmehr – analog zur Haftung aus formeller, materieller oder faktischer Organschaft – erforderlich, dass das Verhalten – d.h. sehr oft das Nichthandeln – der Muttergesellschaft als Pflichtverletzung anzusehen ist bzw. wäre, sofern diese tatsächlich eine Organstellung bei der Tochtergesellschaft inne gehabt hätte. M.a.W. haftet die Muttergesellschaft selbst bei kundgegebener Organstellung nur dann, wenn ein aufgrund der konkreten Umstände als pflichtwidrig einzustufendes Verhalten nachgewiesen ist, welches ihr, wäre sie tatsächlich dem erweckten Anschein entsprechend materielles Organ gewesen, vorgeworfen werden könnte. Mithin genügt – anders als bei der Haftung aus Konzernvertrauen – das «einfache Enttäuschen» der entsprechenden Erwartungen gutgläubiger Dritter für eine Haftung noch nicht. Nur wenn das die Erwartungen enttäuschende passive Verhalten der Muttergesellschaft gleichzeitig auch als Pflichtverletzung qualifiziert, kommt es zu einer Haftung. Denn das Sollverhalten der Muttergesellschaft ergibt sich auch bei einer kundgegebenen Organstellung – wiederum im Unterschied zur Haftung aus Konzernvertrauen – in der Regel nicht aus der Erklärung der Muttergesellschaft selbst, sondern aus den gesetzlich vorgesehenen bzw. umschriebenen Sorgfaltspflichten der Organe. Hingegen kann der Umfang der kundgegebenen Organstellung – und damit der Verantwortlichkeitsbereich – des kundgegebenen Organs vom Inhalt der Kundgabe abhängen, namentlich wenn die Kundgabe nicht in einer standardisierten Form gegenüber einem unbeschränkten Publikum erfolgte, sondern in einer individuellen Erklärung mit spezifischer Umschreibung des (kundgegebenen) Verantwortlichkeitsbereichs.

4. Vertrauen auf ein spezifisches Leitungsverhalten der Konzernspitze

Dogmatische Basis für die Haftung aus Konzernvertrauen ist gemäss Bundesgericht ein Vertrauensverhältnis in Konzernverhältnissen, das «wertungsmässig» mit dem der culpa in contrahendo zugrundeliegenden vergleichbar sei, insbesondere ein «in die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit des Konzerns erwecktes Vertrauen». Soweit Erklärungen der Muttergesellschaft bei Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft geeignet sind, auf diese Weise Vertrauen hervorzurufen, so entstehe damit «eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung (...), aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben

(...).» Deren Verletzung kann gegebenenfalls Schadenersatzansprüche auslösen⁹⁶. Gemäss Bundesgericht soll jedoch eine solche Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen «an strenge Voraussetzungen» geknüpft sein, da – analog zur Situation in Vertragsverhandlungen, wo jeder Beteiligte «seine Interessen grundsätzlich selbst wahrzunehmen» habe und «sich nicht einfach auf deren Berücksichtigung durch den Verhandlungspartner verlassen» dürfe – auch «der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen» habe und «das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen» könne. Die Muttergesellschaft habe deshalb nur in qualifizierten Fällen für den wirtschaftlichen Erfolg der Tochtergesellschaft bzw. für allfällige Ausfälle derer Gläubiger einzustehen.

Eine Haftung entstehe namentlich nur dann, «wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt», welche sie später in treuwidriger Weise enttäusche. Nur in diesen Fällen habe die Muttergesellschaft «für den Schaden einzustehen, den sie durch ihr gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten adäquat kausal verursacht» habe⁹⁷.

5. Aus den Umständen abzuleitende Verhaltenspflichten

Ob die Muttergesellschaft im Einzelfall haftungsrelevantes Vertrauen in ein *bestimmtes* Konzernverhalten erweckt hat und welche Verhaltenspflichten sich daraus ergeben, muss nach den gesamten Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Nach der Auffassung des Bundesgerichts sind in diesem Zusammenhang als vertrauens- und unter Umständen haftungsbegründend zwar auch die von der Tochtergesellschaft in ihren Werbeunterlagen gemachten Aussagen über ihre Zugehörigkeit zu einem Konzern anzusehen, jedoch nicht für sich allein, sondern zusammen mit den aus dem Umstand der Konzernzugehörigkeit für die Vertragspartner und Gläubiger der Tochtergesellschaft abzuleitenden Vorteile⁹⁸. Als Beispiele für solche aus der «kon-

⁹⁶ BGE 120 II 331 E. 5 (*Swissair*). Zu diesem Entscheid siehe neben vielen anderen Urteilsbegründungen auch etwa JEAN NICOLAS DRUEY, Besprechung von BGE 120 II 331, SZW 1995 93–97.

⁹⁷ BGE 120 II 331 E. 5 (*Swissair*).

⁹⁸ BGE 120 II 331 E. 5 (*Swissair*) und BGE 124 III 297 E. 6.b. (*Motor Columbus*). Weil im späteren Entscheid nur das erste Element (Hinweis auf die Zugehörigkeit zum Konzern) nachgewiesen war, während das zweite (daraus abzuleitende besondere Vorteile für die Vertragspartner der Tochtergesellschaft) fehlte, lehnte das Bundesgericht eine Haftung aus Konzernvertrauen zu Recht ab. Anders wäre der Fall zu entscheiden gewesen, wenn in den einschlägigen Prospekten beispielsweise die Aussage enthalten gewesen wäre, dank der Einbindung in die Gruppe verfüge die Tochtergesellschaft über zusätzliche Unterstützung für sehr anspruchsvolle Projekte oder ein den Marketing- – Aussagen der Swissair-Gruppe entsprechende «Zusicherung».

kreten Vertrauenslage» abzuleitenden Verhaltenspflichten nennt das Bundesgericht etwa die Pflicht, «das Tochterunternehmen wirtschaftlich genügend abzusichern, ihm – mit anderen Worten – diejenigen Mittel zur Verfügung zu stellen, die aus dem Blickwinkel redlicher Geschäftsleute erforderlich sind, um die realistischerweise zu erwartenden Risiken abzudecken»⁹⁹.

Für das Erwecken von Konzernvertrauen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist mithin ein allgemeiner Verweis auf die Konzernzugehörigkeit – anders als bei der Organschaft durch Kundgabe – ungenügend; es braucht vielmehr einen Hinweis bzw. sogar eine Zusicherung eines spezifischen gegenwärtigen oder zukünftigen Verhaltens der Muttergesellschaft, d.h. «konkrete Zusicherungen im Bezug auf ein bestimmtes Konzernverhalten der [Muttergesellschaft]»¹⁰⁰. Eine solche kann jedoch auch indirekt, insbesondere durch das Herausstreichen der Vorteile aus der Konzernzugehörigkeit für die Tochtergesellschaft und ihre Vertragspartner erfolgen.

Die berechtigten Erwartungen der Dritten beschränken sich damit bei der Haftung aus Konzernvertrauen – anders als bei der Organschaft aus Kundgabe – auch nicht auf eine pflichtgemässe Erfüllung der gesetzlichen Organpflichten durch die Muttergesellschaft, sondern auf das spezifische, nach Verhalten nach Treu und Glauben in Aussicht gestellte «Konzernverhalten», das in aller Regel über die «normalen» Sorgfaltspflichten der Muttergesellschaft als Organ der Tochtergesellschaft hinausgeht, wie auch die beiden Referenzfälle klar zeigen: Im *Swissair*-Entscheid erachtete das Bundesgericht die Zusicherungen hinsichtlich der Finanzierung der Tochtergesellschaft und der Information über die vorgesehene Veräusserung der entsprechenden Beteiligung für verletzt, im *Motor Columbus* prüfte es, ob die Muttergesellschaft einen Hinweis bzw. eine Zusicherung hinsichtlich einer Überwachung der «korrekte(n) Vertragsabwicklung ihrer Tochtergesellschaft und insbesondere für eine korrekte Aufklärung über allfällig auftretende Probleme» durch die Tochtergesellschaft – oder an deren Stelle durch die Muttergesellschaft selbst – abgegeben hatte¹⁰¹. Da die Klägerin im *Motor Columbus* Fall solche Zusicherungen nicht nachweisen konnte, sondern bloss allgemeine Hinweise auf die Konzernverhältnisse, hat das Bundesgericht das Vorliegen berechtigter Erwartungen in ein konkretes gegenwärtiges

⁹⁹ BGE 120 II 331 E. 5 (*Swissair*). Als weiteres Beispiel für solche konzernspezifische Verhaltensnormen nennt der Entscheid Aufklärungspflichten, welche insbesondere dann bestehen können, wenn sich die Muttergesellschaft «aus der konzernmässigen Mitverantwortung zurückziehen will.» Derartige Aufklärungspflichten könne die Muttergesellschaft aber auch etwa dadurch verletzen, dass «sie den Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft unrichtige Angaben über deren geschäftliche Lage macht oder ihnen existenzbedrohende Entwicklungen in deren Geschäftsverlauf verheimlicht».

¹⁰⁰ BGE 124 III 297 E. 6.b. (*Motor Columbus*).

¹⁰¹ BGE 124 III 297 E. 6.b. (*Motor Columbus*).

oder zukünftiges Verhalten als Muttergesellschaft – und damit die Basis für eine all-fällige Haftung aus Konzernvertrauen bei deren treuwidrigen Enttäuschung – zu Recht verneint.

Eine Analyse der den beiden Entscheiden zugrundeliegenden Sachverhalte zeigt denn auch, dass das Resultat bei einer Geltendmachung von Haftungsansprüchen aus Organschaft durch Kundgabe zufolge der unterschiedlichen Haftungs Voraussetzungen für die beiden Ansätze nur teilweise mit demjenigen übereinstimmt, das sich bei einer Anwendung der in beiden Fällen geltend gemachten Haftung aus Konzernvertrauen ergibt. Bei beiden Sachverhalten wäre nämlich eine Haftung aus Organschaft durch Kundgabe zu verneinen gewesen: in beiden Fällen hätte es die jeweilige Klägerin aufgrund der unbestrittenen Äusserungen hinsichtlich der Einbindung in die jeweilige Gruppe wohl geschafft, eine Organschaft durch Kundgabe nachzuweisen. Diese hätte aber beiden Klägerinnen wenig genützt, weil in beiden Fällen in erster Linie die Verletzung von (behaupteten) Pflichten zur Diskussion stand, welche klarerweise über die gesetzlich vorgesehenen Organpflichten hinausgehen und daher – trotz Bestehen einer Organschaft durch Kundgabe – eine Haftung mangels relevanten pflichtwidrigen Verhaltens hätte verneint werden müssen¹⁰². Dieser Vergleich zeigt, dass einerseits zwischen den beiden Ansätzen differenziert werden muss und dass andererseits wohl – trotz den dargestellten Ähnlichkeiten – beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander ihren eigenen Anwendungsbereich und damit auch ihre entsprechende Existenzberechtigung haben.

¹⁰² Zu diskutieren wäre allenfalls, wieweit die mangelnde Ausstattung der Tochtergesellschaft mit Risikokapital im dem *Swissair*-Entscheid zugrundeliegenden Sachverhalt allenfalls eine Verletzung einer Organpflicht – namentlich der Pflicht zur Finanzplanung – darstellen könnte. Jedenfalls haben die Organe jedoch keine Pflicht, selbst die Gesellschaft mit Eigenkapital auszustatten, sondern sie sind allenfalls gehalten, deren Geschäftstätigkeit der vorhandenen Kapitalbasis anzupassen.