
Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen

ALEXANDER VOGEL / DANIEL KÜPFER

Inhaltsverzeichnis

Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen.....	1
1. Einleitung.....	2
2. Rahmenbedingungen	7
2.1 Konzern als wirtschaftliche Einheit.....	7
2.2 Trennungsprinzip	8
3. Haftungsansätze im Konzern	10
3.1 Internationaler Kontext.....	10
3.1.1 Allgemein	10
3.1.2 Deutschland.....	11
3.1.3 Frankreich	16
3.1.4 England	18
3.2 Schweiz	20
3.2.1 Überblick.....	20
3.2.2 Durchgriff.....	21
3.2.2.1 Dogmatische Begründung	22
3.2.2.2 Unterkategorien des Haftungsdurchgriffs.....	22
3.2.2.2.1 Überblick.....	22
3.2.2.2.2 Allgemeine Voraussetzungen: Beherrschung bzw. Abhängigkeit.....	23
3.2.2.2.3 Unterkapitalisierung	24
3.2.2.2.4 Vermögensvermischung	26
3.2.3 Vertrauenshaftung: der Systor-Entscheid	27
3.2.4 Organhaftung.....	35
3.2.4.1 Nochmals der Systor-Entscheid	35
3.2.4.2 Dogmatische Begründung	37
4. Haftungsrisiken bei Sanierungen	39
4.1 Treuepflicht der Organe (BGE 130 III 213)	39
4.2 Rechtsprechung	45
4.2.1 Strafverfahren gegen Organe der SAirGroup	45
4.2.2 BGer 4A_391/2009 vom 12.2.2010 und BGer 4A_188/2008 vom 9. September 2008 (Türgriff-Entscheide).....	46
5. Fazit.....	49
Literaturverzeichnis	50

1. Einleitung

Das schweizerische Gesellschaftsrecht kennt bis heute keine systematische oder gar umfassende gesetzliche Regelung für Gesellschaften, welche als sogenannte Gruppengesellschaften einen nur teilautonomen Status mit meist bloss zudienender Funktion innerhalb eines Konzerns haben. Die durch eine solche Konzernverbundenheit von Gesellschaften hervorgerufenen Spezialprobleme müssen daher in den meisten Fällen mit den – im Einzelfall an die Gruppenrealität angepassten – Regeln des «allgemeinen», d.h. für «autonome» Gesellschaften konzipierten Rechts für Kapitalgesellschaften gelöst werden. Beispiele solcher Anpassungen einzelner Regelungen des Gesellschaftsrechts – und auch der übrigen Rechtsordnung – durch Rechtsprechung und Literatur auf konzernspezifische Sachverhalte oder vereinzelt sogar der Schaffung konzernspezifischer Regeln gibt es einige.¹ Dies gilt namentlich auch bezüglich der Regeln einer allfälligen Haftung zwischen Konzerngesellschaft aus konzernspezifischem Verhalten.² Als Beispiele aus dem (Konzern-)Gesellschaftsrecht – unter Ausklammerung haftungsbezogener Entscheide, auf welche unten zurückzukommen ist – zu nennen sind u.a.³ etwa die Ausdehnung der Auskunftsrechte von Minderheitsaktionären auf Sachverhalte in Tochtergesellschaften,⁴ die Ausdehnung des Stimmrechtsausschlusses auf durch Tochterge-

¹ Siehe bspw. die Regeln hinsichtlich der Unabhängigkeit des Organvertreters nach Art. 689c OR, welche nicht nur unter dem Aspekt der Einzelgesellschaft, sondern aus der Optik des gesamten Konzerns zu prüfen sei; siehe BasK-SCHAAD, N 9 zu Art. 689c OR; siehe im Übrigen die konzernbezogenen Sonderregeln im Arbeitsrecht (dazu eingehend DRUEY/VOGEL, S. 139-278, oder illustrativ Urteil 4C.158/2002 des BGer vom 20. August 2002, E. 3.1.2) oder im Strafrecht (siehe DRUEY/VOGEL, S. 401-434 sowie die unten in Fn. 142 angegebene Literatur). Im Steuerrecht ist etwa auf die konzernspezifische Gewinnzurechnung im Bereich der Ertragssteuern (vgl. hierzu Urteil des BGer vom 9. Mai 1995, E. 4a [*Panama-Entscheid*]; dazu DRUEY/VOGEL, S. 170-174) hinzuweisen. Im Konkursrecht etwa wurde die Rückforderung von konzerninternen Darlehen im Konkurs als missbräuchlich angesehen; vgl. SZW 1993, S. 299 (OGer Zürich) und dazu VOGEL, Sanierungsdarlehen, 301 ff., sowie HOLD, S. 14 ff.; SJ 1971, S. 209 (KGer Freiburg); ZR 2005, S. 75 (BezGer Zürich vom 14.9.2004); offengelassen im Urteil 5C.230/2005 des BGer vom 2. März 2006.

² Als Beispiel sei auf BGE 120 II 331 (*Swissair-Entscheid*) verwiesen.

³ Vgl. für weitere Entscheide DRUEY/VOGEL, S. 41-97 und S. 285-340.

⁴ Siehe BGE 132 III 71, Urteil 4C.234/2002 des BGer vom 4. Juni 2003, SAG 1973, S. 49 (OGer Zürich) und SJ 1992, S. 338 (Cour de Justice Genève vom 31.1.1992); zur Problematik etwa JÖRG, S. 78 ff. sowie die unten in Fn. 9 angegebene Literatur.

sellschaften gehaltene eigene Aktien⁵ oder der Schutz von Minderheitsaktionären vor Kompetenzverschiebungen durch Ausgliederung wichtiger Betriebsteile in Tochtergesellschaften.⁶

Auch in der gegenwärtigen Aktienrechtsrevision wird die Konzernthematik nicht adressiert, obwohl ein Hauptaspekt dieser Revision das Generalthema «Corporate Governance» bildet.⁷ Die Zusatzbotschaft des Bundesrates versucht vielmehr, die Not zur Tugend zu machen und führt aus: «Das Schweizerische Konzernrecht weis[e] bewusst eine geringe Gesetzesdichte auf.»⁸ Der einzige Aspekt, der neben angepassten Regeln über die konsolidierte Rechnungslegung und die Pflicht zu deren Erstellung Aufnahme in das kumulierte Gesetzgebungsverfahren gefunden hat, ist eine gesetzliche Verankerung des Einsichtsrechts der Aktionäre einer Konzernobergesellschaft in die Geschäftsunterlagen einer Konzernuntergesellschaft⁹. Demgegenüber kam die Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» in ihrem Schlussbericht bereits 1993 zum Ergebnis, dass die Schaffung eines umfassenden Konzernrechts zwar nicht vordringlich sei, umgekehrt aber eine punktuelle Regelung konzernrechtlicher Einzelprobleme

⁵ Siehe BGE 72 II 275. Für die gegenwärtige Rechtslage siehe auch Art. 659b Abs. 1 OR.

⁶ Siehe ZR 1987, S. 86 Nr. 127 (OGer Zürich) und Entscheid OGer Zürich vom 26. Februar 1997 (teilweise wiedergegeben bei DRUEY/VOGEL, S. 337-340).

⁷ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21.12.2007, BBl 2008, S. 1589 ff. Ebenso bereits der Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html.

⁸ Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) (Zusatzbotschaft) vom 5.12.2008, BBl 2009, S. 299 ff., 333.

⁹ Art. 697^{bis} Abs. 3 E-OR, Botschaft, BBl 2008, S. 1608 und 1672 mit Verweis auf BGE 132 III 71 ff.; dieser Entscheid führt in E. 1.2 aus: «Im Konzern bezieht sich das Einsichtsrecht des Aktionärs damit auf die schriftlichen Unterlagen, die sich bei jener Gesellschaft befinden, an welcher er selbst direkt beteiligt ist. Ist er an der Konzernobergesellschaft beteiligt, können dies auch vorhandene Unterlagen über die Untergesellschaften sein»; ähnlich bereits Urteil 4C.234/2002 des BGer vom 4. Juni 2003, E. 4.1., und Entscheid Cour de Justice de Genève vom 23. Januar 1992 (SJ 1992, 338 ff.); vgl. dazu auch DRUEY/VOGEL, S. 310 ff., und zum erstgenannten Entscheid NÄNNI/VON DER CRONE, S. 150 ff. Massgebend für die Frage, wann ein Konzernverhältnis im Sinne der neuen Vorschrift vorliegt, soll Art. 963 E-OR sein, welcher neu die Konsolidierungspflicht regelt und hier einen Wechsel von der bisher für die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung relevanten «einheitlichen Leitung» zum «Kontrollprinzip» vorsieht.

– neben der bereits in der Aktienrechtsrevision 1992 explizit adressierten Konzernpublizität einerseits die konzerninterne Leitungsstruktur und die Verantwortlichkeit im Konzern sowie andererseits die Konzern-Insolvenz – zur weiteren detaillierten Prüfung und Weiterbearbeitung empfahl.¹⁰ Auch in der Literatur wurde eine aktivere Rolle des Gesetzgebers mehrfach befürwortet und angeregt mit dem Hinweis, dass einem Konzernrecht, welches ganz überwiegend auf allgemeinen Prinzipien beruht – bzw. *faut de mieux* beruhen muss – und ausschliesslich durch richterliche Rechtsfindung entsteht, offensichtliche Grenzen gesetzt sind.¹¹

Konzernsachverhalte sind daher nach wie vor, soweit sie überhaupt explizit adressiert werden, Gegenstand punktueller gesetzgeberischer Lösungen, sowohl im Bereich Gesellschaftsrecht wie auch in anderen Rechtsgebieten.¹² Aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts sind dabei insbesondere die Konsolidierungspflicht für einheitlich geleitete Gruppengesellschaften (Art. 663e-663g OR), vereinzelte Transparenzvorschriften, welche spezifisch Konzernsachverhalte adressieren,¹³ die Regelung bezüglich der Ausgabe von Wandel- und Optionsrechten an Anleihensgläubiger oder Arbeitnehmer anderer Konzerngesellschaften (Art. 653

¹⁰ Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24. September 1993, S. 78. 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, S. 9-16, und in der Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745, (zitiert gemäss Separatdruck), S. 5 und 73. Ebenso forderte bspw. die am 23. März 2001 im Nationalrat eingereichte Motion Gross eine Ergänzung der aktienrechtlichen Haftungsbestimmungen durch die Einführung einer zu Art. 762 Abs. 4 OR analogen Regelung für Konzerngesellschaften; siehe in diesem Zusammenhang auch das Postulat Wicki im Zusammenhang mit dem «Swissair-Debakel».

¹¹ Repräsentativ DRUEY, Aufgaben, S. 379-386 und RUEDIN, S. 191 f.; im Weiteren siehe etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 60 N 50; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 23 N 77; DRUEY, Leitungsrecht, S. 1 ff. sowie DRUEY, Gutachten, H 50 f.

¹² Vor allem im Finanzmarkt- und Steuerrecht; siehe die Nachweise in Fn. 17 ff. Insbesondere das Steuerrecht verwendet jedoch oft eigene Anknüpfungstatbestände, etwa denjenigen der massgeblichen Beteiligung gemäss Art. 69 DBG bzw. Art. 28 Abs. 1 StHG oder denjenigen 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.

¹³ So sieht Art. 663a Abs. 4 OR vor, dass im Einzelabschluss einer Gesellschaft, welche einem Konzern angehört, die Gesamtbeträge der Beteiligungen, der Forderungen und der Verbindlichkeiten *gegenüber anderen Gesellschaften des Konzerns* separat auszuweisen sind.

Abs. 1 OR)¹⁴ und das Verbot des indirekten Erwerbs eigener Aktien zu nennen (Art. 659b OR)¹⁵ sowie die im Fusionsgesetz vorgesehenen vereinfachten Arten der Fusion (Mutter-Tochter-Fusion und Schwesternfusion).¹⁶

Ausserhalb des Gesellschaftsrechts ist dagegen eine konsolidierte Betrachtungsweise bzw. ein die rechtliche Struktur der Einzelkonzerngesellschaft übergreifende Regelung insbesondere im Finanzbereich heute praktisch zur Regel geworden: Typische Beispiele sind die konsolidierte Aufsicht im Banken-¹⁷ oder im Versicherungsbereich¹⁸, wo regelmässig an die Finanz- bzw. Versicherungsgruppe angeknüpft wird oder für Konzerngesellschaften Sonderregeln zur Anwendung kommen,¹⁹ teilweise aber auch

¹⁴ Siehe auch die im Rahmen der gegenwärtigen Aktienrechtsrevision vorgesehene Erweiterung dieser Vorschrift hinsichtlich Aktien einer anderen Konzerngesellschaft, Art. 653 Abs. 1 Ziff. 1-4 i.V.m. Abs. 2 E-OR und dazu Botschaft, BBl 2008, S. 1647.

¹⁵ 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, in der Praxis von einer auf Kapital- oder Stimmenmehrheit aufbauenden Umschreibung ausgegangen wird; siehe etwa DRUEY/VOGEL, S. 43-47, und BÖCKLI, Konsolidierungspflicht, S. 369-380. Ähnliches gilt auch für die Sondervorschrift von Art. 671 Abs. 4 OR hinsichtlich den notwendigen gesetzlichen Reserven, welche für Holdinggesellschaften gilt, unabhängig von der Ausübung einheitlicher Leitung.

¹⁶ Art. 23 FusG.

¹⁷ Siehe Art. 3c BankG, welcher als Finanzgruppe zwei oder mehrere Unternehmen definiert, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind (wobei mindestens eine davon als Bank oder Effektenhändler) und die eine wirtschaftliche Einheit bilden oder aufgrund anderer Umstände anzunehmen ist, dass ein oder mehrere der Einzelaufsicht unterstehende Unternehmen rechtlich verpflichtet oder faktisch gezwungen sind, Gruppengesellschaften beizustehen. Als bank- oder effektenhandelsdominiertes Finanzkonglomerat gilt eine Finanzgruppe dann, wenn sie hauptsächlich im Bank- oder Effektenhandelsbereich tätig ist und zu ihr mindestens ein Versicherungsunternehmen von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung gehört.

¹⁸ Siehe Art. 63-79 VAG, welche die konsolidierte Aufsicht für Versicherungsgruppen und -konglomerate regeln.

¹⁹ So wird in Art. 2 Abs. 2 lit. e KAG zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs auf den Begriff der Konzern- oder Holdinggesellschaft abgestellt, Art. 10 Abs. 2 BEHV-FINMA, welcher bei einer «Zusammenfassung von natürlichen oder juristischen Personen durch die Mehrheit von Stimmrechten oder Kapitalanteilen oder durch eine Beherrschung auf andere Weise zu einem Konzern oder einer Unternehmensgruppe» unwiderlegbar von einer abgestimmten Verhaltensweise der verschiedenen Konzerngesellschaften ausgeht und damit faktisch Konzerne, welche Anteile an börsenkotierten Gesellschaften halten, eine konsolidierte Aufsicht über das Marktverhalten ihrer Gruppenmitglieder vorschreibt. Im weiteren Sinn zum Finanzrecht gehört auch Art. 161

der Steuerbereich, wo konzerninterne Vermögenstransfers²⁰ und Holdinggesellschaften²¹ steuerlich privilegiert werden, spezielle Regeln für die Entsendung von Mitarbeitern²² oder die Übertragung von Arbeitgeberreserven innerhalb eines Konzerns²³ gelten oder – zumindest im Bereich Mehrwertsteuer – der Konzern für eine Einheitsbehandlung²⁴ optieren kann, welche dann zur solidarischen Haftung sämtlicher Gruppenmitglieder führt.²⁵ Eine explizit nur auf Konzerngesellschaften anwendbare Regelung ist zudem im Rahmen der Teilrevision des Sanierungsrechts geplant: Hier soll neu eine «Konzernpauliana» eingeführt werden.²⁶

Ziff. 1 StGB (Insidertatbestand), welcher auch die Organe anderer Konzerngesellschaften miteinbezieht.

²⁰ So sehen Art. 61 Abs. 3 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3^{quater} ff. StHG vor, dass zwischen inländischen Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, *welche nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zusammengefasst sind*, direkt oder indirekt gehaltene Beteiligungen von mindestens 20 % am Grund- oder Stammkapital einer anderen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, Betriebe oder Teilbetriebe sowie Gegenstände des betrieblichen Anlagevermögens zu den bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werten übertragen werden können. Werden während der nachfolgenden fünf Jahre die übertragenen Vermögenswerte veräussert oder wird während dieser Zeit die einheitliche Leitung aufgegeben, so erfolgt eine nachträgliche Besteuerung. Die im Zeitpunkt der Sperrfristverletzung unter einheitlicher Leitung zusammengefassten inländischen Kapitalgesellschaften und Genossenschaften haften dabei für die Nachsteuer solidarisch (Art. 24 Abs. 3^{quinquies} StHG, Art. 61 Abs. 4 DBG).

²¹ Siehe die Regelung in Art. 28 Abs. 2 StHG hinsichtlich der Harmonisierung der Regelungen zum Holdingprivileg.

²² Siehe Art. 28 MWSTV hinsichtlich der grenzüberschreitenden Entsendung von Mitarbeitenden im Konzern.

²³ Siehe Art. 12 ARBG hinsichtlich der Übertragung von Reserven im Konzern, d.h. des (steuerneutralen) Einsatzes eines Reservevermögens bei einem anderen, unter einheitlicher Leitung stehenden inländischen Unternehmen.

²⁴ Rechtsträger mit Sitz oder Betriebsstätte in der Schweiz, die unter einheitlicher Leitung eines Rechtsträgers miteinander verbunden sind, können sich gemäss Art. 13 MWSTG auf Antrag zu einem einzigen Steuersubjekt zusammenschliessen (Mehrwertsteuergruppe).

²⁵ Siehe Art. 15 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 MWSTG.

²⁶ Art. 286 Abs. 3 E-SchKG. Siehe auch Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, S. 6477 f.

2. Rahmenbedingungen

2.1 Konzern als wirtschaftliche Einheit

Der Konzern ist ein wirtschaftliches und gesellschaftsrechtliches Phänomen, das sich seit Anfang des letzten Jahrhunderts grenzüberschreitend in praktisch allen Rechtsordnungen verbreitet hat. Die Gründe für die weltweite Verbreitung von Konzernstrukturen als effiziente Organisationsform sind vielfältig: rechtliche Verselbständigung von einzelnen geografischen, funktionsmässigen und/oder leistungs- bzw. produktbezogenen Unternehmenseinheiten, Akquisitionen von bestehenden Gesellschaften, Risikoüberlegungen, geschachtelte Finanzierungsstrukturen, differenzierter Marktauftritt mit mehreren Einheiten, welche mit jeweils unterschiedlichem Branding auftreten, Expansions- und Diversifikationsstrategien, Vorbereitung eines *outsourcings* oder eines *spin-offs*. Die Vielfalt der Gründe für eine konzernmässige Organisation widerspiegelt sich in der Vielfalt der in der Realität anzutreffenden tatsächlichen Konzernorganisationen, welche – selbst innerhalb eines bestimmten Konzerns – unterschiedliche Unabhängigkeitsgrade hinsichtlich Organisation, Finanzen und unternehmerischer Leistungserbringung kennen. Trotz der rechtlichen Auftrennung in einzelne juristische Einheiten gehen die meisten Gesetzgeber sowie auch die internationalen Rechnungslegungsstandards²⁷ von einer erheblichen wirtschaftlichen Verflechtung innerhalb eines Konzerns und damit der Notwendigkeit einer konsolidierten Betrachtungsweise – d.h. einer Betrachtung unter Ausklammerung der konzerninternen Beziehungen, namentlich internen Finanzierungsverhältnisse und Leistungsaustausche – aus, weil sie die Aussagefähigkeit der Einzelabschlüsse der einzelnen Konzerngesellschaften wegen der potentiell bestehenden Leistungsverflechtungen als beschränkt erachten, und schreiben deshalb – unter Abstraktion bzw. Missachtung der tatsächlichen rechtlichen Verhältnisse – eine Einheitsbehandlung des Konzerns, d.h. eine konsolidierte Darstellung von Bilanz, Erfolgs- und Geldflussrechnung sowie des Eigenkapitalausweises vor. Der Konzernabschluss soll daher den Berichtsadressaten ein objektives Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns als Ganzes liefern. Zur Erstellung der konsolidierten Rechnungslegung, d.h. des Konzernabschlusses, werden die aus Sicht der Einzelgesellschaft rechtlich durchaus relevanten, häufig vielfältigen Leis-

²⁷ IAS 27: Konzern- und Einzelabschlüsse nach IFRS, insb. N 9-11/SFAS 94.

tungsverflechtungen zwischen den Konzerngesellschaften eliminiert. Dadurch wird der Konzern in der Rechnungslegung fiktiv so dargestellt, als wenn er ein rechtlich einheitliches Unternehmen wäre. Mit dieser Darstellung wird der Vermutung Rechnung getragen, dass bei einer einheitlichen Leitung oder einem beherrschenden Einfluss die Konzerngesellschaften zwar rechtlich selbständig, aber wirtschaftlich als Resultat der Konzernzugehörigkeit unselbständig sind. Viele wichtige Rechtsordnungen kennen eine solche konsolidierte Betrachtungsweise, welche über die einzelne Konzerngesellschaft als Einzelsubjekt hinwegsehen, auch im Steuerrecht: Statt auf die einzelnen Konzerngesellschaften als Steuersubjekte abzustellen, wird für die Besteuerung auf den Konzern als Ganzes – oder je nach Rechtsordnung zumindest den aus den in der entsprechenden Rechtsordnung ansässigen Gesellschaften bestehenden Teilkonzern – abgestellt, je nach Rechtsordnung auf freiwilliger oder – teilweise oder ganz – obligatorischer Basis.²⁸

2.2 Trennungsprinzip

Diese Einheitsbehandlung im Bilanzierungs- und teilweise im Steuerrecht kontrastiert in offensichtlicher Weise mit der nach wie vor hauptsächlich auf dem Trennungsprinzip basierenden Behandlung im Gesellschaftsrecht, wo – von einzelnen Sonderregeln²⁹ abgesehen – nur in Ausnahmefällen von der gewählten rechtlichen Organisation abstrahiert wird und diese nur in offensichtlichen Missbrauchsfällen gänzlich ausgeblendet – und im Extremfall ein sogenannter Durchgriff³⁰ vorgenommen – wird. Die dogmatische Leitlinie bleibt hier der Gedanke, dass als Folge der Haftungsbeschränkung – wie bei unabhängigen Kapitalgesellschaften – jeder «Konzerntopf» separat zu bewirtschaften ist, d.h. jede Gruppengesellschaft grundsätzlich als eigenes Profitcenter zu funktionieren hat und deren Mittel – da den Gläubigern nur ein begrenztes Haftungssubstrat zur Verfügung steht – primär in ihrem Interesse verwendet werden müssen und da-

²⁸ Siehe etwa die in diversen Rechtsordnungen verbreiteten Vorschriften für die Hinzurechnung des Einkommens von sog. «*Controlled foreign corporations*» oder «*CFCs*».

²⁹ Eine wesentliche Ausnahme bildet das Kartellrecht, wo regelmässig von der rechtlichen Vielfalt der Konzerngesellschaften abstrahiert wird und (zu Gunsten des Konzerns) eine Einheitsbehandlung erfolgt, womit bspw. ausserhalb des Konzerns streng verbotene Absprachen hinsichtlich Mengen, Preisen oder Gebieten innerhalb eines Konzerns grundsätzlich zulässig sind.

³⁰ Dazu unten Abschnitt 3.2.2.

mit von der Konzernleitung nicht ohne Einschränkungen für weitere Konzerninteressen verwendet werden dürfen.³¹

Diese Zurückhaltung des Gesetzgebers, generelle Spezialnormen für Gesellschaften im Konzernverbund zu schaffen, dürfte verschiedene Gründe haben: einmal die schiere Komplexität der Materie und die Verschiedenheit der in der Konzernrealität anzutreffenden Erscheinungsformen, welche von einer gesetzlichen Regelung erfasst werden müsste, weiter das immer noch als Wunschvorstellung anvisierte Prinzip der Einheit des Gesellschaftsrechts (*«one-size-fits-all»*), welches möglichst viele generelle und möglichst wenig nur auf bestimmte Arten von Gesellschaften ausgerichtete Normen anstrebt,³² und schliesslich der Gedanke, *«if it's not broke, don't fix it»*, d.h. die Einschätzung, dass sich vermutlich der Aufwand zur Ausarbeitung und Umsetzung einer relativ komplexen konzernbezogenen Regelung vor dem Hintergrund der in der Praxis überschaubaren Anzahl Fälle nicht lohnt bzw. die heutige Situation bloss «verschlimmbessern» würde.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass in absehbarer Zukunft weder die bestehende Regelung mit zusätzlichen konzernspezifischen Normen (mit Ausnahme von Einzelregelungen – etwa die bereits erwähnte Konzernpauliana³³) – wesentlich ergänzt noch eine separate Sonderregelung kodifiziert werden wird. Stattdessen ist die Praxis aufgerufen, die aktien- (und GmbH-)rechtlichen Normen des OR in geeigneter Weise auf Konzernsachverhalte anzupassen bzw. anzuwenden, im Bewusstsein, dass es hier der Gesetzgeber trotz guten Vorsätzen³⁴ unterlassen hat, die mit der Sanktionierung der einheitlichen Leitung in Art. 663e OR und indirekt der damit untrennbar verbundenen Übertragung von Leitungsaufgaben an die Muttergesellschaft sich ergebenden Fragestellungen zu beantworten.³⁵

³¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 43.

³² Siehe etwa Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 746, wo ausgeführt wird, der Entwurf halte «am Prinzip der Einheit des Aktienrechts fest und [nehme] nur in wenigen Einzelpunkten eine differenzierte Regelung vor.» Zustimmend wohl FORSTMOSER, S. 95 f.

³³ Siehe oben Fn. 26.

³⁴ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 819.

³⁵ Auch das Bundesgericht moniert in einem neueren Entscheid (Urteil 4C.158/2002 vom 20. August 2002): «Da die Schweiz über keine umfassende Regelung des Konzerns verfügt, existiert auch keine einheitliche rechtliche Definition [...]. Im Aktienrecht wird der Konzern umschrieben als durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise bewirkte Zusammenfassung von Gesellschaften unter einheitlicher Leitung (Art. 663e Abs. 1 OR). Das Gesetz sagt jedoch nicht, wie die einheitliche Leitung bewirkt wird.

Dies gilt namentlich dort, wo Tochtergesellschaften (noch) Minderheitsaktionäre aufweisen oder aber der Gesamtkonzern – oder zumindest Teile davon – ins Wanken gerät und – wie in sanierungsbedingten Umstrukturierungen – harte Einschnitte gefordert sind, die allenfalls einzelne Konzernglieder härter treffen als andere.

3. Haftungsansätze im Konzern

3.1 Internationaler Kontext

3.1.1 Allgemein

Die in guten Zeiten oft bestehende Interessenkonvergenz im Konzern kann gerade in Sanierungssituationen einem (offensichtlichen) Interessengegensatz weichen, was die betroffenen Organe vor schwierige Entscheidungen stellt. In einer solchen Situation ist die Konzernleitung oft gezwungen, zu harten Massnahmen zu greifen und den finanziellen wie auch unternehmerischen Freiraum der Tochtergesellschaften kurzfristig und massiv einzuschränken sowie von einzelnen Konzerngesellschaften zur Sicherstellung des Überlebens des Konzerns als Gesamtgebilde sogar Sonderopfer zu verlangen. In solchen Situationen gilt es, die kurz- und langfristigen Interessen der betroffenen Konzerngesellschaften (und ihrer Stakeholder) sorgfältig abzuwägen, unter gleichzeitiger Berücksichtigung der jeweils auf die einzelne Konzerngesellschaft anwendbaren Regeln, die sich aus dem jeweiligen Inkorporationsstatut der betroffenen Konzerngesellschaft – und in aller Regel nicht aus demjenigen der Muttergesellschaft – ergeben.

Unter diesem Aspekt ist es aus Sicht einer Schweizer Muttergesellschaft angebracht, zur Vermeidung von Ansprüchen wegen behaupteter

Es stellt dafür auch keine konzernspezifischen Instrumente zur Verfügung. Weil das Verhalten einer juristischen Person in erster Linie durch ihre Organe bestimmt wird, erfolgt die Leitung durch die Konzernspitze hauptsächlich durch die Einflussnahme auf die Organe der Tochtergesellschaften. Damit wird entscheidend, wie die einzelnen Mitglieder der obersten Organe der beherrschten Gesellschaft vertraglich an die beherrschende Gesellschaft gebunden werden. Da das Gesetz keine Antwort auf die Frage gibt, ob der Konzernleitung ein Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern einer Tochtergesellschaft in leitender Stellung zusteht, kommt der Ausgestaltung des Arbeitsvertrages im Einzelfall ausschlaggebende Bedeutung zu [...].»

Schädigung einzelner Konzerntochtergesellschaften³⁶ einen kurzen Überblick über die möglichen Rechtsfolgen von Eingriffen der Muttergesellschaft in die Leitungsentscheide der Tochtergesellschaft im Rahmen ihrer einheitlichen Leitung aus Sicht einiger ausländischer Rechtsordnungen zu geben, namentlich weil sich in grenzüberschreitenden Konzernverhältnissen sowohl die zivil- und/oder konkursrechtliche wie auch eine allfällige strafrechtliche Haftung³⁷ ganz primär nach der Rechtsordnung der betroffenen (ausländischen) Tochtergesellschaft – und nicht etwa der schweizerischen Muttergesellschaft – richtet.³⁸

3.1.2 Deutschland

Anders als die Mehrheit der europäischen Rechtsordnungen³⁹ schuf Deutschland – wie auch Italien⁴⁰ – für einen Teil der Kapitalgesellschaften, namentlich die Aktiengesellschaften, gesetzliche Vorschriften, die spezifisch die Haftungsprobleme im Konzernverbund adressieren. Daneben bestehen gesetzliche oder durch die Rechtsprechung entwickelte Re-

³⁶ Siehe bspw. BGE 133 III 386 sowie 135 III 127 (*Belgien geg. SAirLines in Liq.*), dazu SCHWANDER, S. 425 ff.

³⁷ Zur allfälligen strafrechtlichen Haftung von Konzernorganen in der Schweiz siehe etwa SCHUBARTH, Konzernsanierung, S. 1 ff.; SCHUBARTH/PETER, S. 455 ff.; SCHUBARTH, Konzernstrafrecht, S. 161 ff.; DRUEY/VOGEL, S. 401-434, sowie KOLLER, S. 409 ff.; in gewissen Ländern kann zudem die Verschleppung der Konkursanmeldung nicht nur zu zivilrechtlichen, sondern auch zu strafrechtlichen Folgen führen, so etwa in Deutschland (siehe § 84 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 64 Abs. 1 D-GmbHG).

³⁸ Siehe BGE 128 III 346, E. 3.1, wonach der Haftungsdurchgriff im internationalen Verhältnis dem Gesellschaftsstatut gemäss Art. 154 f. IPRG untersteht. Nur wenn das anwendbare Recht nicht feststellbar ist, darf der Richter statt des ausländischen Rechts Schweizer Recht ersatzweise anwenden. Das Gleiche gilt für die Haftung für organtypisches Verhalten, siehe Art. 155 lit. g IPRG. Für das deutsche Recht siehe etwa KINDLER, N 549 ff.

³⁹ Neben Deutschland und Italien verfügen in Europa im Weiteren Tschechien, Portugal, Ungarn und Slowenien über ein kodifiziertes Konzernrecht, ausserhalb von Europa sind als Länder mit kodifizierten konzerngesellschaftsrechtlichen Regeln Brasilien oder Taiwan zu nennen.

⁴⁰ Zu der seit Anfang 2004 in Italien geltenden Kodifikation der konzernrechtlichen Regeln, welche neben Haftungs- auch Transparenzvorschriften sowie Vorschriften zu Gunsten von Minderheitsaktionären vorsehen, siehe PETER, S. 251 ff., insb. S. 261 ff. Zur der Muttergesellschaft gemäss Art. 2497 I-CC zustehenden Einrede, dass die unter Anwendung einer Gesamtopik aus den Leitungs- und Koordinierungsentscheiden der Muttergesellschaft erwachsenden Nachteile durch die der Tochtergesellschaft zugekommenen Vorteile aufgewogen worden sind, siehe a.a.O. 263. Zur Theorie der «*taggi compensativi*» siehe auch OELKERS, S. 574.

geln für andere konzernspezifische Problembereiche. Für die anderen Gesellschaftsformen, namentlich für die in der Praxis dominierende GmbH, sind Versuche für eine ähnliche Kodifizierung der Konzernhaftung trotz weitgehenden Vorbereitungsarbeiten gescheitert. Für den im Geschäftsalltag weitverbreiteten GmbH-Konzern gelten damit die von der Rechtsprechung in teilweiser Anlehnung an die gesetzlichen Regelungen für die Aktiengesellschaft entwickelten Haftungsregeln. Die konzernrechtlichen Bestimmungen des deutschen Aktiengesetzes versuchen jedoch nicht, Einflussnahmen durch die beherrschende Unternehmensaktionärin gänzlich zu verhindern, sondern regeln die Folgen der Konzernierung, abhängig von der Intensität und Formalisierung der Konzernbeziehung. Je nach der gewählten Konzernform – Vertragskonzern,⁴¹ faktischer Konzern⁴² oder Eingliederung⁴³ – sind schädigende Einflussnahmen auf die Tochtergesellschaft in einem engeren oder weiteren Rahmen erlaubt, wobei an eine schädigende Einflussnahme je nach Konzernform andere Rechtsfolgen geknüpft und Schutzvorkehrungen verlangt werden. Die Eingliederung lässt unter den drei vom Gesetzgeber vorgesehenen und geregelten Konzernierungsformen die grösstmögliche Integration in den Konzern und damit auch die grösstmögliche Einflussnahme durch die Konzernspitze zu.⁴⁴ Als Ausgleich für diese umfassenden Eingriffs- und Weisungsrechte der Muttergesellschaft haftet diese solidarisch für sämtliche Schulden der eingegliederten Gesellschaft.⁴⁵

Im Falle eines Vertragskonzerns verpflichtet sich eine Gruppengesellschaft, in der Regel durch Abschluss eines «Beherrschungsvertrags», die Leitung ihrer Gesellschaft der Muttergesellschaft zu übertragen und durch einen «Gewinnabführungsvertrag» ihren ganzen Gewinn an die Muttergesellschaft abzuführen.⁴⁶ Für den Abschluss und die Durchführung dieser Verträge sehen die gesetzlichen Vorschriften zahlreiche Schutz- und Ausgleichsmechanismen zu Gunsten der Minderheitsaktionäre und Gläubiger der Tochtergesellschaft vor, welche der Obergesellschaft im Gegenzug insbesondere das Recht einräumen, Weisungen an die Tochtergesellschaft

⁴¹ §§ 291-310 D-AktG.

⁴² §§ 311-318 D-AktG.

⁴³ §§ 319-327 D-AktG.

⁴⁴ Voraussetzung für die Eingliederung ist, dass sich mindestens 95 % des Kapitals der einzugliedernden Gesellschaft in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden, die allfälligen aussenstehenden Aktionäre abgefunden werden und es sich bei beiden beteiligten Gesellschaften um Aktiengesellschaften mit Sitz im Inland handelt.

⁴⁵ Siehe § 322 Abs. 1 D-AktG.

⁴⁶ VON BÜREN, S. 301; VOGEL, Haftung, S. 103.

zu erteilen, und welche aus steuerlicher Warte eine Konsolidierung erlauben.⁴⁷ An den Abschluss eines Beherrschungsvertrages knüpft das Gesetz neben dem Schutz der aussenstehenden Aktionäre – sichergestellt namentlich durch deren Mitwirkung beim Abschluss dieses Vertrages, deren Entschädigung durch Ausgleichszahlungen oder durch Abfindung in Aktien der Muttergesellschaft – auch den Schutz der abhängigen Gesellschaft selbst und indirekt von deren Gläubigern, namentlich durch Vorschriften über die Höhe der zulässigen Gewinnabführung⁴⁸ sowie insbesondere durch eine Pflicht zur Übernahme der bei der Tochtergesellschaft anfallenden Verluste und die Sicherstellung der Gläubiger bei Auflösung des Beherrschungsvertrages. Fällt die Tochtergesellschaft in Konkurs, so hat deren Konkursverwaltung den Anspruch auf Verlustausgleich geltend zu machen. Wird kein Konkursverfahren durchgeführt, so können die Gläubiger direkt gegen die herrschende Gesellschaft klagen. Diese Verlustübernahmepflicht im Vertragskonzern knüpft einzig an den Abschluss eines Beherrschungsvertrages an und setzt insbesondere kein schädigendes Verhalten der Obergesellschaft – etwa durch von ihr erteilte Weisungen – voraus.⁴⁹ Der Obergesellschaft ist in der Folge auch der Nachweis verwehrt, die bei der Tochtergesellschaft angefallenen Verluste seien auf andere Gründe als die Konzernzugehörigkeit zurückzuführen. Die Haftung bzw. Verlustausgleichspflicht im Vertragskonzern basiert demnach – anders als die Haftung im faktischen Konzern – einzig auf der gewählten Konzernstruktur und ist damit verhaltensunabhängig. Daher wird sie auch als Struktur- oder Zustandshaftung bezeichnet.

Bezüglich der an die abhängige Gesellschaft erteilten Weisungen haben die gesetzlichen Vertreter der Obergesellschaft – und mit ihnen die Obergesellschaft selbst – zudem «die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden». Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so haften sie gemäss § 309 D-AktG für den dadurch entstehenden Schaden. Die Haftung der Obergesellschaft und ihrer Organe beschränkt sich auf die erteilten Weisungen, wobei dieser Begriff allgemein in einem sehr weiten Sinn verstanden wird und jede Verhaltensempfehlung an den Vorstand der Tochtergesellschaft oder auch das Geschäftsführungsverhalten eines Doppelorgans darunter fällt. Im Ergebnis haften somit sowohl die Obergesellschaft wie auch ihre Organe für Weisungen an den Vorstand der Tochtergesellschaft aufgrund ausdrücklicher Geset-

⁴⁷ Siehe zum Ganzen VOGEL, Haftung, S. 103 ff.

⁴⁸ VON BÜREN, Fn. 1253 (m.w.H.).

⁴⁹ VOGEL, Haftung, S. 108.

zesvorschrift, wie wenn sie Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft wären.

Bei der weitverbreitetsten Konzernform, dem sogenannten faktischen Konzern, der sich durch das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses⁵⁰ einerseits und das Fehlen sowohl eines Beherrschungsvertrags⁵¹ als auch einer qualifizierten Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft andererseits auszeichnet, wird der Schutz des Kapitals der Tochtergesellschaft dagegen durch eine Pflicht zur Ausgleichung von Nachteilen sichergestellt, die der Tochtergesellschaft auf Veranlassung der Muttergesellschaft entstanden; kommt Letztere ihrer Pflicht zum Nachteilsausgleich nicht nach, wird sie schadenersatzpflichtig.⁵² Da beim faktischen Konzern die Beherrschung und damit Beeinflussung der abhängigen Gesellschaft durch die Muttergesellschaft – mangels legitimierenden Beherrschungsvertrags – «nur» auf deren Eigenschaft als Mehrheitsaktionärin beruht, ist umgekehrt eine Einflussnahme, welche sich für die Tochtergesellschaft nachteilig auswirkt, nur dann zulässig, wenn diese Nachteile möglichst rasch ausgeglichen werden. Nachteilige Eingriffe sind daher nur verboten, wenn sie nicht innert des gleichen Geschäftsjahres ausgeglichen oder der vorgesehene Ausgleich nach Ablauf des Geschäftsjahres vom herrschenden Unternehmen in rechtlich bindender Form festgelegt wurde. Der Ausgleich der erlittenen Nachteile hat dabei entweder durch tatsächliche geldwerte Vorteile oder – wie erwähnt am Ende des betreffenden Geschäftsjahres – durch Einräumung eines rechtlich durchsetzbaren Anspruchs zu geschehen.⁵³ Die abhängige Gesellschaft soll dadurch alljährlich wirtschaftlich wieder gleichgestellt werden, wie wenn sie unabhängig wäre. Die Kompensation mit allgemeinen Vorteilen der Konzernierung, die nicht konkret quantifizierbar und in der Folge auch nicht aktivierbar sind, ist dagegen ungenügend. So gelten sogenannte «passive Konzerneffekte» wie etwa die Steigerung der Kreditwürdigkeit nicht als Vorteile, die erlittene Nachteile auszugleichen vermögen, wie auch umgekehrt bei negativen «passiven Konzerneffekten», die sich «aus blosser Einbindung» einer Gesellschaft «als abhängiges Glied einer Unternehmensgruppe» ergeben, noch kein ausgleichspflichtiger Nachteil im Sinne von § 311 D-AktG vorliegt.⁵⁴ Umgekehrt sind nur

⁵⁰ KUZMIC, S. 18 f.

⁵¹ Siehe § 311 Abs. 1 D-AktG.

⁵² BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 65 ff.; VON BÜREN, S. 303.

⁵³ Siehe § 311 Abs. 2 D-AktG.

⁵⁴ Siehe im Einzelnen VOGEL, Haftung, S. 112 ff.

Nachteile auszugleichen, welche von einer Einflussnahme der Muttergesellschaft auf das Management der Tochtergesellschaft herrühren.⁵⁵ Eine bestimmte Form, Art oder Intensität der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft ist dabei nicht erforderlich; entscheidend ist einzig die Kausalität der Einflussnahme auf das Verhalten der Tochtergesellschaft.⁵⁶ Erfolgt kein Ausgleich der erlittenen Nachteile, so wird die Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft unrechtmässig und das herrschende Unternehmen gemäss § 317 Abs. 1 D-AktG zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet, es sei denn, «auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft» hätte «das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Massnahme getroffen oder unterlassen».⁵⁷

Neben der Obergesellschaft und deren Vertretern haften auch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft für Pflichtverletzungen.⁵⁸ Mangels Weisungsrechts und damit korrelierender Befolgungspflicht im faktischen Konzern wird – anders als im Vertragskonzern – das weisungsbezogene Verhalten nicht von der Haftung ausgeklammert.

Mangels Befolgungspflicht des Vorstands der Untergesellschaft hat dieser die Geschäfte der Gesellschaft vielmehr vollständig in eigener Verantwortung und in deren Interessen zu leiten.⁵⁹ Verletzt er die Interessen der Untergesellschaft durch Befolgung von Konzerninteressen, so wird er dadurch für Schäden aus nicht fristgerecht ausgeglichenen Nachteilen (mit)verantwortlich und haftbar. Im faktischen Konzern hat demnach das Management der abhängigen Gesellschaft nicht nur keine Befolgungspflicht, sondern auch kein Befolgungsrecht mit Haftungsausschlusswir-

⁵⁵ RUSCH, S. 41.

⁵⁶ Um das System des Nachteilsausgleichs wirksamer zu gestalten und die Informationsdefizite der Aussenstehenden teilweise auszugleichen und so die Durchsetzung allfälliger Ersatzansprüche nicht von vornherein scheitern zu lassen, sieht § 318 D-AktG einen jährlichen, vom Vorstand der abhängigen Gesellschaft zu erstellenden Rechenschaftsbericht der abhängigen über ihre Beziehungen zur herrschenden Gesellschaft vor, der von den Abschlussprüfern und vom Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft zu überprüfen ist. Die Vorstandsmitglieder der abhängigen Gesellschaft sind für die Vollständigkeit dieses Berichtes verantwortlich, bei Verletzung dieser Pflicht haften sie neben dem herrschenden Unternehmen für den eingetretenen Schaden.

⁵⁷ § 317 Abs. 2 D-AktG.

⁵⁸ § 93 D-AktG. Vgl. demgegenüber die Haftungsregelung im Vertragskonzern, wo die Haftung des Vorstands der Tochtergesellschaft für Schäden ausgeschlossen ist, die durch die Befolgung von Weisungen der Obergesellschaft verursacht wurden, sofern Letztere nicht offensichtlich unzulässig sind; § 310 Abs. 3 i.V.m. § 308 Abs. 2 D-AktG.

⁵⁹ Vgl. zum Ganzen VOGEL, Haftung, S. 118 ff.

kung.⁶⁰ Es darf wohl Weisungen der Obergesellschaft befolgen, tut dies aber auf eigene Verantwortung: Sind die voraussichtlichen Nachteile quantifizierbar, so kann es der entsprechenden Verhaltensanordnung nachkommen, muss aber umgekehrt auf fristgerechte Nachteilskompensation drängen bzw. bei deren Ausbleiben den entstehenden Schadenersatzanspruch durchsetzen. Sind die Nachteile hingegen nicht quantifizierbar, so darf das Management der Tochtergesellschaft die Massnahme nicht durchführen, weil eine Kompensation unmöglich und die Schädigung der Tochtergesellschaft damit unvermeidlich wäre.

Neben den oben dargestellten rechtsform- und konzernspezifischen Haftungstatbeständen kennt auch das deutsche Recht eine Reihe von nicht konzernspezifischen Haftungsansätzen, die teilweise nur auf einzelne Gesellschaftsformen, teilweise aber auch rechtsformunabhängig anwendbar sind. Zu den Letzteren gehören etwa die automatische Nachrangigkeit für Gesellschafterdarlehen, unabhängig davon, ob sie als kapitalersetzend zu qualifizieren sind.⁶¹

3.1.3 Frankreich

Das französische Recht kennt konzernspezifische gesetzliche Regelungen weder für die Aktiengesellschaft noch für die SARL.⁶² Die Praxis verwendet jedoch einerseits allgemeine Haftungskonzepte des Gesellschaftsrechts – wie etwa die Haftung aus Rechtsschein⁶³ und die Haftung zufolge betrügerischer Verwendung oder Fiktivität der Tochtergesellschaft oder wegen deren unzureichenden Kapitalausstattung – und andererseits die in der Insolvenzgesetzgebung für formelle und faktische Organe vorgesehenen Verantwortlichkeits- und Haftungsbestimmungen zur Begründung einer all-

⁶⁰ Siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 79.

⁶¹ Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) per 1.1.2008 wurden die bisherigen Vorschriften zum Eigenkapitalersatzrecht abgeschafft und damit die bisherige Unterscheidung zwischen «eigenkapitalersetzenden» und «nicht-eigenkapitalersetzenden» Gesellschafterdarlehen obsolet; stattdessen können Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz des Darlehensnehmers nurmehr als nachrangige Forderungen angemeldet werden, siehe § 39 Abs. 1 Nr. 5 und § 135 D-InsO. Wurden Gesellschafterdarlehen innerhalb eines Jahres vor dem Insolvenzantrag zurückbezahlt, ist die Rückzahlung anfechtbar (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 D-InsO), ebenso die Gewährung von Sicherheiten an den Gesellschafter für dessen Darlehen, sofern diese innerhalb von zehn (!) Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgte.

⁶² VON BÜREN, S. 305.

⁶³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 89.

fälligen Haftung der Muttergesellschaft. Während die Rechtsfolge einer Haftung aus Rechtsschein oder der Annahme einer faktischen oder fiktiven Gesellschaft in aller Regel in der solidarischen Haftung der anderen Gruppengesellschaften, welche gegen aussen als Einheit erscheinen bzw. welche sich in ein Vertragsverhältnis einmischen, besteht, führt die insolvenzrechtliche Haftung zu einer (betraglich limitierten) Verpflichtung, einen Beitrag an den bei der Tochtergesellschaft entstandenen Gläubigerschaden – d.h. zur vollen oder teilweisen Deckung deren Passivenüberschusses – zu leisten.⁶⁴

Die Klage der Konkurs- oder Nachlassmasse gestützt auf die in der Insolvenzgesetzgebung verankerten Bestimmungen auf Ersatz des Konkurs- oder Nachlassausfalls richtet sich gegen die formellen und faktischen Leitungsorgane als Haftungsadressaten. Die Muttergesellschaft kann dieser Haftung entweder als formelles oder faktisches Organ unterworfen werden, da bei der Aktiengesellschaft die formelle Organstellung juristischer Personen zugelassen und verbreitet ist.⁶⁵ Eine Stellung der Muttergesellschaft als faktische Geschäftsführerin wird bejaht, wenn diese eine aktive Leitungstätigkeit bei der betreffenden Gesellschaft ausgeübt, d.h. alleine oder neben den anderen Geschäftsführern der Tochtergesellschaft faktisch deren Geschäftsführung besorgt bzw. diese mittelbar beeinflusst hat.⁶⁶ Weitere Haftungsvoraussetzungen sind ein Verstoß gegen die Organpflichten (*«faute de gestion»*) der Muttergesellschaft als formelle oder faktische Geschäftsführerin, der zum geltend gemachten Gläubigerausfall beigetragen hat, wobei Fahrlässigkeit genügt. Typische Pflichtverstöße sind bspw. die Vergrößerung des Gläubigerschadens durch Fortführung einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft ohne konkrete Überlebenschancen, leichtfertige Investitionen mit nachhaltigen finanziellen Auswirkungen, finanzielle Leistungen an andere Konzerngesellschaften trotz eigenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten oder eine fortdauernde Unterkapitalisierung der Gesellschaft im Verhältnis zu deren Aktivitäten.⁶⁷ Umgekehrt gelten konzernbezogene Geschäfte und Massnahmen insoweit als nicht pflichtwidrig, als sie durch für die betreffende Tochtergesellschaft vorteilhafte Massnahmen oder Geschäfte ausgeglichen werden und die finanziellen Ressourcen der betroffenen Gesellschaft nicht übersteigen, so dass per

⁶⁴ WILLEMER, S. 279 ff.

⁶⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 91; STADLER, S. 315 ff.; VOGEL, Haftung, S. 5.

⁶⁶ VON BÜREN, S. 305.

⁶⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 92.

Saldo keine Schlechterstellung der Tochtergesellschaft resultiert.⁶⁸ Der Beweis für das Bestehen einer faktischen Organstellung der Muttergesellschaft und eines pflichtwidrigen Verhaltens obliegt jedoch der klagenden Konkursmasse, wobei dem urteilenden Gericht ein relativ grosser Ermessensspielraum bei der Bemessung des zu leistenden Schadenersatzes zusteht.

Statt einer Verpflichtung zu Schadenersatz kann das zuständige Konkurs- oder Nachlassgericht die Muttergesellschaft als formelles oder faktisches Organ bei schwerwiegenden Pflichtverstössen auch die Eröffnung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens über die Mutter- und allfällige andere Konzerngesellschaften anordnen, welche in die pflichtwidrige Geschäftsführung involviert waren.⁶⁹ Rechtsfolge einer derartigen Ausdehnung des Verfahrens ist, dass die als formelles oder faktisches Organ eingestufte Muttergesellschaft nicht nur für ihre eigenen Passiven haftet, sondern auch für diejenigen ihrer insolventen Tochtergesellschaft(en).

3.1.4 England

Auch in England ist eine Haftung der Muttergesellschaft für eine Konkursverschleppung bei der Tochtergesellschaft unter den Bestimmungen des *Insolvency Act* möglich, entweder unter dem gesetzlichen Tatbestand der betrügerischen Konkursverschleppung – wobei dort für eine Haftung der Nachweis einer betrügerischen Absicht notwendig ist – oder unter dem Tatbestand des «*wrongful trading*», gemäss welchem die formellen und faktischen *directors* einer insolventen Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten auf Antrag des zuständigen Liquidators haftbar gemacht werden können, wenn sie die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft weiterführten, obwohl sie einige Zeit vor der Insolvenz wussten oder hätten wissen müssen, dass es keine vernünftige Aussicht auf eine Sanierung gab.⁷⁰ Da nur die formellen und faktischen Organe einer Gesellschaft den entsprechenden Haftungsnormen unterstehen, muss für eine Haftung zunächst eine entsprechende Stellung der Muttergesellschaft als formeller, «*de facto director*» oder «*shadow director*» nachgewiesen werden. Als «*director*» gilt grundsätzlich jede Person, welche die Position eines «*director*» innehält, unbeachtlich der von ihr bzw. von der Gesellschaft verwendeten Bezeich-

⁶⁸ VOGEL, Haftung, S. 19 ff. (m.w.H.).

⁶⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 96 ff.

⁷⁰ Siehe im Einzelnen VOGEL, Haftung, S. 42 ff.

nung.⁷¹ Da juristische Personen formell als «*director*» einer Gesellschaft gewählt werden können⁷², steht ausser Zweifel, dass diese grundsätzlich als «*de facto director*» haften können. Unklar ist aber, welches Verhalten der Muttergesellschaft zur Begründung einer derartigen Stellung führt, insbesondere ob dazu Eingriffe in die operative Geschäftsführung der Tochtergesellschaft und die Beeinflussung konkreter Geschäftsleitungsentscheide notwendig sind oder ob auch strategische und finanzielle Vorgaben sowie eine Einflussnahme auf allgemeine geschäftspolitische Entscheide dazu genügen. Der «*shadow director*» wird im *Insolvency Act* umfassend als Person umschrieben, deren Anweisungen und Anordnungen die Organe der Gesellschaft üblicherweise befolgen. Vorausgesetzt ist allgemein ein Nachweis, dass die formellen Organe über kein eigenes Ermessen bzw. keinen Beurteilungsspielraum verfügten, sondern die ihnen vom «*shadow director*» erteilten Weisungen und Instruktionen befolgten.⁷³ Unklar ist, ob für eine Haftung der Muttergesellschaft bloss Vorgaben und Anweisungen allgemeiner Art oder aber spezifische Vorgaben bezüglich der operativen Geschäftsführung der Tochtergesellschaft oder sogar Eingriffe in deren Tagesgeschäft nachzuweisen sind. Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Haftung wegen «*wrongful trading*» erfüllt sind, kann das verantwortliche Organ dazu verpflichtet werden, einen vom Gericht zu bestimmenden Betrag als Schadenersatz an die Konkursmasse zu zahlen.⁷⁴ Ein Antrag auf Haftung formeller oder faktischer Organe ist vom zuständigen Konkursliquidator einzureichen.

Neben den speziellen Haftungsnormen für formelle und faktische Organe des Insolvenzrechts kennt die englische Insolvenzgesetzgebung als weitere Rechtsfolgen einer faktischen Organschaft eine Subordination konzerninterner Forderungen. Diese setzt voraus, dass die entsprechenden Forderungen von formellen oder faktischen Organen geltend gemacht werden, welche den Tatbestand des «*wrongful trading*» erfüllt haben. Neben der Subordination konzerninterner Forderungen sehen die insolvenzrechtlichen Bestimmungen zudem eine längere Verdachts- bzw. An-

⁷¹ FRENCH/MAYSON/Ryan, 15.3.3; MORSE, S. 269 f.

⁷² FRENCH/MAYSON/Ryan, 15.3.4; siehe auch ZK-HOMBURGER, N 69 zu Art. 707 OR. Seit dem 1. Oktober 2008 gilt aufgrund von CA 2006 sec. 155 (1) eine Einschränkung beim Einsatz juristischer Personen als *directors*. Wenigstens einer der beiden gesetzlich vorgeschriebenen *directors* einer *public company* muss eine natürliche Person sein.

⁷³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 110 ff. (m.w.H.).

⁷⁴ WIMMER-LEONHARDT, S. 540 ff.

fechtungsperiode für Rechtsgeschäfte mit anderen Konzerngesellschaften vor.⁷⁵

3.2 Schweiz

3.2.1 Überblick

Wie erwähnt fehlen in der Schweiz konzernspezifische Bestimmungen für die Haftung von Konzernobergesellschaften. Dies bedeutet aber nicht, dass es keine gesetzlichen Grundlagen für eine solche Haftung gibt: Vielmehr sehen die entsprechenden Haftungsbestimmungen des Gesellschaftsrechts Organe von Konzernobergesellschaften und diese selbst als mögliche Pflichtadressaten und damit auch als potentiell Haftende vor, sofern und soweit sie organtypische⁷⁶ Leitungsfunktionen wahrnehmen.⁷⁷

Statt auf die Organhaftung stellte die frühere Rechtsprechung jedoch in den relativ wenigen publizierten Entscheiden zur Haftung der Muttergesellschaft zufolge Eingriffen in die Geschäfte ihrer Tochtergesellschaften häufig auf die Regeln des sogenannten Durchgriffs ab – und tendierte in der Regel dazu, eine Haftung der Obergesellschaft zu verneinen.⁷⁸ 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 hatte. 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 stehen.

Jüngere Entscheide weisen dagegen auf die klar zunehmende Bedeutung der Bestimmungen der Organhaftpflicht im Bereich des Konzernhaftungsrechts hin.⁷⁹ Daneben zeichnet sich eine zweite Tendenz ab: Neben

⁷⁵ VOGEL, Haftung, S. 61 ff.

⁷⁶ D.h. solche, die gemäss gesetzlicher Kompetenzordnung Leitungsorganen der Gesellschaft vorbehalten sind, siehe zum Organbegriff für Zwecke des gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts VOGEL, Haftung, S. 259 f., 263 ff.

⁷⁷ VON DER CRONE/WALTER, S. 60 ff.

⁷⁸ Siehe für Beispiele DRUEY/VOGEL, S. 88 ff.

⁷⁹ Siehe etwa BGE 128 III 92, E. 3 (faktische Organstellung des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft aufgrund tatsächlicher organtypischer Zuständigkeit in der Tochtergesellschaft bejaht); Urteil 4A_306/2009 des BGer vom 8. Februar 2010 i.S. *Systor* (faktische Organstellung der Muttergesellschaft bejaht, aber pflichtwidriges Verhalten

den auf die Haftungsregeln für Organverhalten abstellenden Urteilen findet im Nachgang zu dem als *Swissair-Entscheid* bekannt gewordenen Urteil des Bundesgerichts ein weiterer, in verschiedener Hinsicht noch nicht gefestigter, als «Haftung aus Konzernvertrauen» bezeichneter Haftungsansatz Verwendung, wenn Gläubiger einer Konzerntochter zu Schaden kommen – wenn auch oft im Resultat ohne Erfolg.⁸⁰ Obwohl dessen dogmatischen Wurzeln in den Prinzipien des Schutzes des guten Glaubens im Geschäftsverkehr liegen, weist er mit der Organhaftung gewisse Berührungspunkte auf, namentlich mit den in Analogie zu diesen entwickelten Grundsätzen der Haftung zufolge Organschaft durch Kundgabe, welche ihre Grundlage ebenfalls im Vertrauensprinzip hat.⁸¹ Ebenso auf dem Vertrauensprinzip basiert letztlich auch die Subordination von kapitaleretzenden Darlehen.⁸²

Die nachstehenden Ausführungen konzentrieren sich daher neben der – quasi aus der Steinzeit des Konzernrechts stammenden – «Durchgriffskeule» einerseits auf die Organhaftung im Konzern und andererseits auf die erwähnten, auf Vertrauensschutz basierenden Haftungskonzepte. Zu unterstreichen ist jedoch, dass der Grundsatz, wonach für die Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft – ausser in den durch die beiden Haftungsansätze anvisierten eng umschriebenen Sonderfällen – ausschliesslich ihr eigenes Vermögen, nicht aber dasjenige der Muttergesellschaft haftet, auch unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung unangetastet bleibt: Die Haftung von Konzern(ober)gesellschaften für Verbindlichkeiten anderer Konzernglieder dürfte demnach wie vor klar die Ausnahme bleiben.

3.2.2 Durchgriff

Als dogmatische Konstruktion zur Haftungsausdehnung auf die Muttergesellschaft kommt auch in der Schweiz die sogenannte Durchgriffshaftung zur Verwendung. Auch heute noch – aber in jedem Fall sehr oft in der

und damit Haftung verneint), BGE 128 III 29, E. 3c (faktische Organstellung zufolge blosser Vornahme einzelner, dem Bereich der Geschäftsführung zuzurechnender Handlungen in casu verneint) und BGE 136 III 14 (faktische Organstellung verneint).

⁸⁰ Siehe unten die Entscheide *Systor* (Urteil 4A_306/2009 des BGer vom 8. Februar 2010), *Motor Columbus* (BGE 124 III 297) und *Omni-Holding* (BGE 123 III 220).

⁸¹ BURG/VON DER CRONE, SZW 2010, S. 422 ff.; VOGEL, Haftung, S. 415 f.; VON DER CRONE/WALTER, S. 60 ff.

⁸² So explizit etwa ZR 2005, S. 75 (BezGer Zürich vom 14.9.2004); siehe dazu auch die weiteren in Fn. 1 zitierten Entscheide.

Vergangenheit – wurde dieser nur unscharf umschriebene Tatbestand auch – fälschlicherweise – als Synonym jeglicher konzerninterner Haftung verwendet.

3.2.2.1 *Dogmatische Begründung*

Die dogmatische Begründung des Haftungsdurchgriffs bleibt auch heute noch umstritten. Die in der Literatur vertretenen Auffassungen reichen von einem auf eine subjektive Missbrauchsabsicht abstellenden Ansatz einerseits über verschiedene Mittelpositionen hin zu einem Ansatz, der andererseits rein objektiv auf ein im Widerspruch zur Rechtsordnung stehendes Resultat abstellt, wobei der objektive Ansatz in der Schweiz vorherrschend ist.⁸³ Dabei sind die berechtigten Interessen einer Risikobeschränkung seitens der Aktionäre – d.h. der Konzernspitze – sowie der Berücksichtigung der Integrität der von diesen gewählten Organisationsstruktur einerseits und die berechtigten Interessen der Gesellschaftsgläubiger auf vollständige Befriedigung andererseits im Einzelfall gegeneinander abzuwägen. Mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber die Aktionärsstellung – auch für Grossaktionäre – relativ risikolos ausgestalten wollte, sind auf Seiten klagender Gläubiger qualifizierte Gründe für eine Abweichung vom Grundsatz der Haftungsbeschränkung zu verlangen und zudem der Haftungsdurchgriff – als grobschlächtiger Holzhammer gegen filigrane, missbräuchlich verwendete Gesellschaftsstrukturen – nur als subsidiäre Haftungskonstruktion für krasse Fälle zu verwenden.

3.2.2.2 *Unterkategorien des Haftungsdurchgriffs*

3.2.2.2.1 Überblick

Als Hauptkategorien des Haftungsdurchgriffs werden in der Literatur hauptsächlich die folgenden Tatbestandsgruppen genannt: *Vermögensvermischung*, *Unterkapitalisierung*, *grobe Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Formalitäten*, *Fremdsteuerung* und schliesslich *Institutsmissbrauch*.

Gelegentlich werden unter dem Titel Durchgriff – u.E. fälschlicherweise – zudem auch Tatbestände aufgeführt, die Gegenstand einer expliziten gesetzgeberischen Regelung sind – wie etwa *verdeckte Gewinnaus-*

⁸³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 759 ff.; vgl. VON BÜREN, S. 184; KUZMIC, S. 109; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 53.

*schüttungen*⁸⁴ – oder die durch eine speziellere dogmatische Begründung besser erfasst und geregelt werden können, wie etwa die *Umqualifizierung von konzerninternen Darlehen in nichtrückforderbares Eigenkapital oder in nachrangige Darlehen*⁸⁵ oder die *Anscheinshaftung*⁸⁶, deren Rechtsfolge wohl unbestrittenermassen nicht eine globale Haftungsausdehnung sein sollte bzw. sein darf. Aber auch die angeführte Unterkategorie «*Fremdsteuerung*» kann ohne grössere Schwierigkeiten etwa mit spezielleren dogmatischen Rechtsfiguren erfasst werden, Fremdsteuerung durch organotypisches Handeln mit der Figur der materiellen oder faktischen Organshaft und das übrige – d.h. nicht organtypische – Verhalten mit allgemeinen deliktsrechtlichen Normen wie etwa der Anstiftung. Ebenso ist es für die Anscheinshaftung weder notwendig noch hilfreich, auf den subsidiären Haftungsansatz des Durchgriffs zurückzugreifen.

3.2.2.2 Allgemeine Voraussetzungen: Beherrschung bzw. Abhängigkeit

Übereinstimmend setzt die Literatur – und wohl auch die Rechtsprechung – voraus, dass die zu durchgreifende Gesellschaft vom haftbar zu machenden Aktionär beherrscht sein muss. Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, die Beherrschung habe derart intensiv zu sein, dass sie zur wirtschaftlichen Identität von Beherrscher und beherrschter Gesellschaft führe.⁸⁷ Teilweise wird in der neueren Literatur und Rechtsprechung auch vertreten, im Konzern sei nicht auf die wirtschaftliche Identität, sondern auf das Bestehen einer einheitlichen Leitung abzustellen.⁸⁸ Als weitere allgemeine Voraussetzung gilt in Rechtsprechung und Literatur eine Schädigung eines Tochtergesellschaftsgläubigers – in aller Regel zufolge Insolvenz der Tochtergesellschaft.⁸⁹

⁸⁴ So etwa VON BÜREN, S. 183; MEIER, S. 429; RUSCH, S. 174.

⁸⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 779 ff.; DRUEY/VOGEL, S. 179.

⁸⁶ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 65.

⁸⁷ Vgl. VON BÜREN, S. 184; HANDSCHIN, Konzern, S. 313; VOGEL, Haftung, S. 167; so auch jüngst das Appellationsgericht Basel-Stadt in einem Urteil vom 5. Januar 2010 (= BJM 5/2008, 259 ff.).

⁸⁸ GLANZMANN, Darlehensvertrag, S. 14; HANDSCHIN, Konzern, S. 313.

⁸⁹ RUSCH, S. 171; so ausdrücklich SJ 1992, S. 627.

3.2.2.2.3 Unterkapitalisierung

Die Verwendung einer Gesellschaft als Mittel zur Haftungsabschottung gilt für sich allein nicht als rechtsmissbräuchlich, auch nicht im Konzernverbund.⁹⁰ Als missbräuchlich wird dagegen die mangelhafte Ausstattung einer (Tochter-)Gesellschaft mit den von dieser für die beabsichtigte Geschäftstätigkeit benötigten Geld- oder Sachmitteln angesehen, sofern die finanzielle Ausstattung der Gesellschaft offensichtlich unzureichend war und damit ein Scheitern mit hoher Wahrscheinlichkeit unausweichlich war.⁹¹

Diese Ansicht steht in teilweiseem Widerspruch zu der mehrfach vertretenen Auffassung, die Gesetzgebung schreibe keine dem angestrebten bzw. tatsächlichen Geschäftsvolumen angemessene Kapitalausstattung vor.⁹² Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber eine angemessene Kapitalisierung im Aktienrecht nicht ausdrücklich vorschreibt – im Gegensatz zu den detaillierten Vorschriften in einzelnen Spezialgesetzen⁹³ –, soll sich vielmehr die Freiheit der Gesellschaft ableiten, ihre Finanzierung nach den eigenen Präferenzen und Bedürfnissen festlegen zu dürfen. Dies gilt unbeschränkt für die Aktionäre, welche als solche keine Finanzierungs-

⁹⁰ Die Anwendung des Trennungsprinzips auf weitgehend integrierte Konzerngesellschaften kann durchaus kritisch hinterfragt werden: Anders als bei einer selbständigen Gesellschaft mit einer Mehrzahl von Gesellschaftern, wo gemäss Vorstellung des Gesetzgebers ein «*check and balance*»-System zwischen Verwaltungsrat und Aktionären besteht, welches zur Vermeidung von Missbräuchen führen sollte, ist diese institutionelle Machtbalance bei einer Konzerngesellschaft von vornherein durch die Gleichschaltung von Aktionärs-eigenschaft und Leitung ausgeschaltet. Entsprechend wird argumentiert, das Trennungsprinzip habe nur dort eine legitime Anwendung, «wo die Tochter zur selbständigen Willensbildung fähig ist». Erfolge diese jedoch vollständig in der bzw. durch die Muttergesellschaft, so dass «die Grenzziehungen zwischen zwei rechtlich verschiedenen Unternehmen so stark verwischen, dass die Tochter bloss als Zweigniederlassung der Mutter erscheint, ist nicht einsehbar, wieso durch das Trennungsprinzip eine Privilegierung der Mutter erfolgen soll. Auch die Haftungsabschottung scheint nur dort gerechtfertigt, wo die Tochter als selbständiges Interessenzentrum funktionieren und ihr Auftreten im Markt aufgrund einer selbständigen Willensbildung gestalten kann» (PEYROT, S. 105 f. [m.w.H.]).

⁹¹ DRUEY/VOGEL, S. 91; HANDSCHIN, Konzern, S. 316.

⁹² BasK-BAUDENBACHER, N 1 zu Art. 621 OR; MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, § 16 N 104; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 1 N 50, § 40 N 344 und § 49 N 1; ZÜRCHER, S. 64.

⁹³ Siehe etwa Art. 4 Abs. 1 BankV (voll einbezahltes Mindestkapital muss mindestens CHF 10 Mio. betragen) oder Art. 8 Abs. 1 VAG (Mindestkapital eines Versicherungsunternehmens muss je nach den betriebenen Versicherungszweigen CHF 3-20 Mio. betragen).

verantwortung trifft: Sie haben weder das Recht noch die Pflicht, Geschäftsleitungsentscheidungen an sich zu ziehen. Entsprechend können sie auf der einen Seite auch die Ausdehnung des Geschäftsvolumens, die einzugehenden Geschäftsrisiken und auf der anderen Seite die allenfalls abzuschliessenden Versicherungen in aller Regel nicht beeinflussen. Sie haben de lege lata einzig einen – formellen – Einfluss auf die Residualgrösse Aktienkapital und Reserven. Ausgenommen sind dabei wiederum Umstände, wo ihnen die Stellung eines – formellen, materiellen oder faktischen – Organs im Finanzierungsbereich zukommt, welche ihrerseits mit entsprechenden Pflichten und Verantwortlichkeiten verbunden ist.⁹⁴ Die Finanzierungsverantwortung liegt vielmehr beim Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung, welche die Finanzierung der Gesellschaft laufend den Bedürfnissen der Gesellschaft unter Berücksichtigung von Geschäftsumfang und Risikoträchtigkeit der Geschäftstätigkeit anzupassen haben.⁹⁵ Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so haben sie für die entsprechende Pflichtverletzung einzustehen. Da die Pflicht zur ordentlichen Kapitalausstattung – wie andere Pflichten der Geschäftsleitung auch – ein gewisses Ermessen beinhaltet, darf eine Pflichtverletzung nur dann angenommen werden, wenn der dem Verwaltungsrat bzw. der Geschäftsleitung zustehende Ermessensrahmen überschritten ist.⁹⁶ Ausschliesslich in dem Sinne ist es richtig, dass bloss die offensichtliche Unterkapitalisierung Rechtsfolgen auslöst, richtigerweise jedoch kein Durchgriff, sondern Verantwortlichkeitsansprüche, gegebenenfalls gegenüber den Organen der Muttergesellschaft oder dieser selbst.

Als Rechtsfolge einer Unterkapitalisierung wird aber wie erwähnt immer noch von einem wesentlichen Teil der Literatur – u.E. zu Unrecht – nicht die Verantwortlichkeit der Organe in den Vordergrund gestellt, sondern der Durchgriff, mitunter also die Haftung einzelner oder sämtlicher Aktionäre.⁹⁷ Als Begründung für eine solche Haftung wird im Allgemeinen angeführt, die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen

⁹⁴ In diesem Sinne ist wohl auch das Urteil 4A_306/2009 des BGer vom 8. Februar 2010, E. 7.2.6, i.S. *Systor* zu verstehen, wobei in casu eine Pflichtwidrigkeit der UBS als faktisches Organ der Systor im Zusammenhang mit deren Kapitalausstattung mangels genügender Substanziierung abgelehnt wurde.

⁹⁵ Siehe in diesem Zusammenhang den Entscheid des BezGer Zürich vom 8. Januar 2009 i.S. *Swissair/Roscor* (Oberleitungspflicht des Verwaltungsrates der Muttergesellschaft bezüglich der Finanzplanung).

⁹⁶ HANDSCHIN, Konzern, S. 316.

⁹⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 66; HANDSCHIN, Konzern, S. 316; HOFSTETTER, S. 181.

sei nur dann zu rechtfertigen, wenn die Gesellschaft mit einem ausreichenden Risikokapital ausgestattet worden sei, um die Risiken der Geschäftstätigkeit abzudecken. Weil die Folgen einer solchen potentiellen Schadenersatzpflicht drastisch sind, muss als Gegengewicht umgekehrt das Anfordernis an die Offensichtlichkeit der Unterkapitalisierung entsprechend hochgeschraubt werden.

Besser wäre wohl ein gänzlicher Verzicht auf die durch den Durchgriff bewirkte Kausalhaftung der Aktionäre und deren Ersatz durch die ausschliessliche Schadenersatzpflicht der Organe. Die Organe – einschliesslich der materiellen und faktischen Organe, zu denen zufolge einheitlicher Leitung zumindest im finanziellen Bereich auch die Muttergesellschaft zu zählen ist⁹⁸ – sind es denn auch ausschliesslich, die den Kapitalbedarf richtig einschätzen und entsprechend für ein angemessenes Verhältnis zwischen Geschäftsvolumen und Risikostruktur einerseits und Eigenmitteleinsatz andererseits sorgen können.

Im Übrigen wird die Rechtsprechung die Kriterien für eine risikoadäquate Kapitalausstattung noch im Detail herausarbeiten müssen. Dabei wird die bisher vertretene Auffassung, dass eine Nichtanwendung der Haftungsbeschränkung nur bei offensichtlicher – und daher rechtsmissbräuchlicher – Unterkapitalisierung angebracht sei, sinngemäss auch auf die Frage der Pflichtverletzung der Leitungsorgane anzuwenden sein, wenn auch – trotz des Ermessensspielraums der Organe – wohl ein strengerer Massstab als bei der (Durchgriffs-)Haftung der Aktionäre gerechtfertigt sein dürfte.

3.2.2.2.4 Vermögensvermischung

Eine Vermögensvermischung soll dann vorliegen, wenn die Vermögenszuordnung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern nicht genügend beachtet wird, wenn etwa Bücher oder Bankkonten gemeinsam geführt oder Vermögenswerte der Gesellschaft wechselweise von Gesellschaften und Gesellschaftern oder aber verschiedenen Konzernschwestergesellschaften benutzt werden.

Bei isolierten bzw. isolierbaren Vermögensverschiebungen soll aber nach der – sehr kargen – bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ein Durchgriff vorgenommen werden, sondern der benachteiligten Gesellschaft ein Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger im Umfang des

⁹⁸ Siehe den in Fn. 94 erwähnten Entscheid.

entzogenen Vermögens zustehen. In diesem Zusammenhang ist auch nochmals auf die bereits erwähnte Konzernpauliana hinzuweisen.⁹⁹

Ein Durchgriff zufolge Vermögensvermischung bzw. -verschiebung dürfte sich daher auf diejenigen Fälle beschränken, wo sich die zahlreichen Vermögensverschiebungen nicht mehr einzeln bewerten und nachvollziehen lassen und daher die diversen – teilweise auch gegenläufigen – Ausgleichs- und Rückforderungsansprüche nicht mehr substantiiert bzw. beziffert werden können. Mit Blick auf die vorne dargestellte Rechtslage in anderen Ländern – etwa der *extension de faillite* in Frankreich oder der konzernspezifischen Verlustausgleichshaftung im deutschen Recht¹⁰⁰ – lässt sich ein solch harter Eingriff in das konzerninterne Haftungsgefüge wohl auch für das schweizerische Recht vertreten.

Insbesondere kann dadurch vermieden werden, dass die Gläubiger einzelner Gesellschaften unbillig zu Lasten der Gläubiger anderer Gesellschaften begünstigt werden, weil sich die wenigen verwertbaren Vermögensgegenstände im Zeitpunkt der Konkureröffnung zufällig im Herrschaftsbereich derjenigen Konzerngesellschaft befinden, in welcher sie Gläubigerstellung innehaben. Diese Gefahr eines Durchgriffes dürfte hier auch eine beschränkte abschreckende Wirkung gegenüber Gläubigern mit Insiderwissen – und einen beschränkten Einfluss auf die Geschäftsleitung – haben, die dadurch unter Umständen abgehalten werden, ihre Konkursdividende durch entsprechende Vermögensverschiebungen aufzubessern.

3.2.3 Vertrauenshaftung: der Systor-Entscheid¹⁰¹

Die Systor AG war eine auf Informatikdienstleistungen spezialisierte Gesellschaft und seit Dezember 1999 eine vollkonsolidierte 100%ige Tochtergesellschaft der UBS. Im Jahre 1995 hatte der damalige SBV seine gesamte Applikationsentwicklung mit ca. 350 IT-Spezialisten in die damals von ihm zu 100% beherrschte Systor ausgegliedert, was für diese eine Verdoppelung ihres Mitarbeiterbestands zur Folge hatte. Um den Konzernbedürfnissen des SBV zu genügen, wurde die Systor in der Folge strategisch auf die Erbringung von IT-Dienstleistungen für Banken und Versicherungen ausgerichtet.

⁹⁹ Siehe oben Fn. 26.

¹⁰⁰ Vgl. vorne Abschnitte 3.1.2 und 3.1.3; ähnlich in der Auswirkung auch die *substantive consolidation* in den USA, siehe dazu etwa VOGEL, Haftung, S. 89 ff.

¹⁰¹ Urteil 4A_306/2009 des BGer vom 8. Februar 2010. Vgl. zu diesem Entscheid auch BURG/VON DER CRONE, S. 417 ff. sowie VETTER/GUTZWILLER, S. 224 ff.

Nach der Fusion der SBG und des SBV zur UBS Ende 1997 wurde entschieden, dass künftig die von der SBG entwickelte IT-Plattform und nicht diejenige des SBV genutzt werden sollte. Für die fortgesetzte Wartung der SBV-Plattform und die Überführung zahlreicher vorzugswürdiger SBV-Applikationen ins SBG-System war jedoch weiterhin Systor-Know-how und -Personal notwendig. Daneben wurden Systor-Mitarbeiter zur Befriedigung des weiteren UBS-IT-Dienstleistungsbedarfs beigezogen. Allerdings geschah dies weniger auf dem Weg eines Einkaufs von Lösungen auf der Basis werkvertraglicher Abreden als durch temporäre Überlassung von Arbeitskräften nach dem Modell eines Personalverleihs. Die Systor wurde dadurch zu einer Art ausgelagerter UBS-IT-Abteilung.

Anfangs 2000 übernahm die Systor die in Köln ansässige Schumann-Unternehmensgruppe, ein EDV-Beratungsunternehmen mit Schwerpunkt in der EDV-Beratertätigkeit bei Banken. Finanziert wurde diese Akquisition durch ein Bankenkonsortium (darunter die Bayrische Hypo- und Vereinsbank, BNP Paribas, Bayrische Landesbank, Landesbank Baden-Württemberg und IBM Deutschland Kreditbank GmbH). Zum Zweck dieser Übernahme wurde als Kreditnehmerin zwischen die Systor und die Schumann-Gruppe eine Systor (Deutschland) GmbH (Systor-D) dazwischengeschaltet.

Im Rahmen der Finanzierung der Akquisition der Schumann-Gruppe schlossen die Konsortialführerin und die Systor-D als Kreditnehmerin am 28. Januar 2000 eine Kreditvereinbarung, auf deren Grundlage die Konsortialführerin der Systor-D u.a. ein Darlehen in der Höhe von DEM 160 Mio. zur Verfügung stellte, welches anschliessend syndiziert wurde. Mit Kreditversicherungsvertrag vom gleichen Tag garantierte die Systor der Konsortialführerin zur Sicherung des Kredites an die Systor-D einen Betrag bis maximal DEM 170 Mio.

Im Rahmen einer Restrukturierungsvereinbarung vom 20. Dezember 2001 verständigten sich das Bankenkonsortium und die UBS darauf, zum einen den Liquiditätsbedarf der Kreditnehmerin (Systor-D) sowie der Systor, welche die einzige Gesellschafterin der Kreditnehmerin war, zu sichern und zum anderen, eine drohende Überschuldung zu verhindern. Die Leistungen des Bankenkonsortiums bestanden u.a. in der Aussetzung der «*Financial Covenants*» der Kreditvereinbarung vom 28. Januar 2000 mit Verzicht auf das Kündigungsrecht bis zum 31. Dezember 2002, der Aussetzung der Tilgung bis zum 31. Dezember 2003, der Stundung eines Zinsanteils, ein Rangrücktritt im Betrag von EUR 15.35 Mio. und der Einräumung einer neuen *working-capital-facility* im Betrag von EUR 7.65

Mio. Die Bedingungen der Kreditverträge wurden geändert; die UBS verpflichtete sich, im Rahmen der Restrukturierung, weitere Kreditmittel als Darlehen zur Verfügung zu stellen und diverse bestehende Forderungen zu subordinieren und die von der Systor gehaltenen Aktien an der Systor Business Services AG als Sicherheit für die gegenüber der Systor-D gewährten Darlehen zu verpfänden. Als weitere Sicherheiten für die gewährten Darlehen musste die Systor mit Verträgen vom 25. April 2002 bzw. 8. Mai 2002 eine Globalabtretung sowie eine Sicherungsübereignung des gesamten Anlagevermögens abschliessen.

Am 15. November 2002 erklärte die Konsortialführerin im Namen der Sicherheitenpoolbanken die Inanspruchnahme der Garantie der Systor bis maximal DEM 170 Mio. in einem Betrag von EUR 75'812'220 und am 3. März 2003 für weitere EUR 11'107'309.10. Ebenso wurde eine weitere von der Systor zur Sicherung der der Systor-D zur Verfügung gestellten Kredite (zusätzlich) abgegebene Garantie im Betrag von maximal EUR 48'045'120 abgerufen.

Auf Antrag der Systor wurde zunächst die provisorische und später die definitive Nachlassstundung bewilligt. Der vorgeschlagene Nachlassvertrag wurde jedoch nicht bestätigt, die Nachlassstundung für beendet erklärt und schliesslich der Konkurs über die Systor eröffnet. Die Konsortialbanken wurden mit Forderungen von insgesamt rund CHF 97.3 Mio. im Konkurs der Systor zugelassen und meldeten Schadenersatzansprüche von insgesamt knapp CHF 100 Mio. gegenüber der UBS an. Ihre Forderungen im Zusammenhang mit der Kreditgewährung stützten sie u.a. auf den Tatbestand der Vertrauenshaftung.¹⁰² Darüber hinaus machten die Konsortialbanken weitere Ansprüche gestützt auf aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen die UBS als (indirekte) Muttergesellschaft geltend.

Hinsichtlich der Vertrauenshaftung führten die Konsortialbanken als haftungsbegründende Elemente die Kommunikation im Zusammenhang mit der Erstellung eines *Information Memorandums*, welches Hinweise auf einen exzellenten Gesellschaftshintergrund sowie die langfristigen Verträge mit der UBS und wesentliche Ertragsbeiträge durch UBS-Aufträge enthielt, sowie die (implizite) durch die UBS mittels Genehmigung des *Information Memorandums* abgegebene Zusicherung hinsichtlich der zukünftig durch die UBS an die Systor zu erteilenden Aufträge an, daneben aber auch die Initiierung und Leitung der Verhandlung über die Kreditgewährung sowie später der Restrukturierung der Kredite im Rahmen der abgeschlossenen Restrukturierungsvereinbarung durch die

¹⁰² Urteil des BGer (Fn. 101), E. 6.

UBS. Das Bundesgericht erkannte im *Information Memorandum* jedoch kein vertrauensauslösendes Moment, da dieses lediglich zu Informationszwecken diene, nicht unterschrieben war und daher gemäss Bundesgericht bloss informelle Angaben enthielt, weshalb es auch nicht als Zusage angesehen werden konnte und durfte.¹⁰³

Die Enttäuschung ihres berechtigten Vertrauens sahen die Konsortialbanken hauptsächlich darin, dass einerseits die vermeintlichen Zusicherungen der UBS im Information Memorandum über die von dieser auch in Zukunft weiterhin an die Systor zu erteilenden IT-Aufträge sowie andererseits die implizite Zusage, die UBS würde gegenüber der Systor als «*lender of last resort*» auftreten – und damit letztlich auch deren Kreditoren – namentlich die Konsortialbanken – befriedigen, von der UBS nicht eingehalten worden seien. Wegen diesen vermeintlichen Zusicherungen der UBS hätten die Konsortialbanken «*auf eine marktübliche Due Dilligence*» wie auch auf eine eigentliche formalisierte Garantie der UBS verzichtet.

Das Bundesgericht führte demgegenüber aus, die Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft hätten deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und könnten das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Die Muttergesellschaft habe «nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und [hafte] bei dessen Scheitern den Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg [erwachse]». Schutz verdiene nicht, «[...] wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken» werde, sondern nur, «wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht» worden sei. Da im vorliegenden Fall die UBS durch ihr Verhalten keine bestimmten Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt habe, könne sie auch keine entsprechenden Erwartungen enttäuschen, weshalb auch keine Haftung entstehe.

Das Bundesgericht knüpft damit im *Systor*-Entscheid an seine mit den Entscheiden *Motor Columbus* und *Omni* eingeleitete strengere Linie an, welche es – fast schon als Antithese – im Nachgang zum vielbesprochenen und -zitierten *Swissair*-Entscheid eingeschlagen hatte, um die (falschen) Hoffnungen auf eine Abkehr von einer lockereren Handhabung des Trennungsprinzips im Konzern klar und deutlich zu dämpfen.¹⁰⁴

¹⁰³ Urteil des BGer (Fn. 101), E. 5.4.2.

¹⁰⁴ BGE 120 II 331 vom 15. November 1994 (*Swissair-Entscheid*).

Im *Omni-Entscheid*¹⁰⁵ war das widersprüchliche Verhalten zweier Konzerngesellschaften zu beurteilen gewesen: Im Zusammenhang mit der Durchsetzung einer Forderung der Omni Holding AG machte die Beklagte S.F.M. Services Financiers & Management SA geltend, nicht sie, sondern ihre Muttergesellschaft SFM & Associés SA, welche bis vor kurzem als S.F.M. Services Financiers & Management SA firmiert habe, sei Vertragspartnerin der Omni Holding AG. Die Vorinstanz wies die Einrede der fehlenden Passivlegitimation ab, u.a. mit dem Hinweis, die Beklagte und ihre Muttergesellschaft selbst hätten der juristischen Selbständigkeit beider Gesellschaften im tatsächlichen Verhalten wenig Beachtung geschenkt, da trotz juristischer Selbständigkeit die beiden Unternehmen weitgehend im Sinn eines Konzerns als eine wirtschaftliche Einheit geführt worden seien.

Das Bundesgericht dagegen unterstrich, dass «hinsichtlich der Trägerschaft von Rechten und Pflichten [...] auch bei verbundenen Unternehmen von der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften auszugehen [sei]. Eine Haftung der Muttergesellschaft gegenüber den Geschäftspartnern ihrer Tochtergesellschaften [könne] sich aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus erwecktem Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft ergeben (BGE 120 II 331 ff.). Die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen beruh[e] dabei auf der gleichen allgemeinen Rechtsfigur wie die Haftung für culpa in contrahendo und [sei] an strenge Voraussetzungen gebunden. Der von der Muttergesellschaft geschaffene Vertrauenstatbestand bezieh[e] sich auf die Bonität der Tochtergesellschaft sowie allenfalls deren Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit im Geschäftsgebaren (so BGE 120 II 331, E. 5a)». Das den Vertrauenstatbestand begründende Verhalten könne zudem auch erst nach dem Vertragsabschluss des Dritten mit der Tochtergesellschaft erfolgen. Eine allfällige Haftung der Muttergesellschaft aus erwecktem Konzernverhalten begründe dagegen nicht «eine Passivlegitimation der Muttergesellschaft anstelle oder neben jener der Tochtergesellschaft für die gegenüber letzterer bestehenden Forderungen; vielmehr [hafte] die Muttergesellschaft für den Schaden, welcher dem Dritten aus der treuwidrigen Enttäuschung der geweckten Erwartungen [erwachse] (BGE 120 II 331, 336 f., E. 5a)». Zudem sei – da die Abtretungsklägerin nicht die Mutter-, sondern die Tochtergesellschaft der Vertragspartnerin der Omni Holding AG war – «unter besonderen Umständen auch denkbar, dass auch eine Tochtergesellschaft einen Vertrauenstatbestand bezüglich ihrer Mutterge-

¹⁰⁵ BGE 123 III 220 vom 6. November 1996 (*Omni-Holding-Entscheid*).

sellschaft schaffen [könne]». Bei der Vertrauenshaftung handele es sich um einen eigenständigen Anspruch gegen die vertrauenserweckende Gesellschaft, während Gegenstand der zu beurteilenden Klage jedoch nicht ein Schaden bildete, welcher der Beklagten aus einem solchen Vertrauensstatbestand erwachsen war, sondern die Forderung aus dem Kaufvertrag, welcher unstreitig mit der Muttergesellschaft geschlossen worden war; entsprechend konnte – sofern «das spätere Verhalten der Klägerin bei Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht als Schuldübernahme bzw. Schuldbeitritt oder Garantieversprechen ausgelegt werden» konnte – auch nicht über einen angeblich erweckten anderen Vertrauenstatbestand eine unmittelbare Haftung der Tochtergesellschaft für die Kaufpreisforderung begründet werden. An der Eigenschaft als Vertragspartnerin könne weder eine «nachträgliche Sphärenvermischung» noch der Umstand, dass nach der Gründung der Tochtergesellschaft die beiden Konzerngesellschaften «von den Verantwortlichen selbst als eine Einheit betrachtet wurden», etwas ändern.¹⁰⁶

Im *Motor Columbus-Entscheid*¹⁰⁷ war dagegen eine typische Konzernhaftungssituation zu beurteilen: Zwei Tochtergesellschaften der Telecolumbus AG (welche später durch ihre Muttergesellschaft Motor-Columbus AG durch Absorptionsfusion übernommen wurde) lieferten ein nicht funktionsfähiges EDV-System, weswegen die Vertragspartnerin Musikvertrieb AG erheblichen Schaden erlitt. Diese klagte gegen die Motor-Columbus AG auf Schadenersatz, u.a. gestützt auf eine Haftung aus enttäuschem Konzernvertrauen, mit dem Argument, auf dem Briefpapier der vertragsschliessenden Tochtergesellschaften sei die Aussage «ein Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe» und in deren Werbeunterlagen der Hinweis «schnellwachsendes Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe» enthalten gewesen. Das Bundesgericht verneinte jedoch eine Haftung aus Konzernvertrauen mangels konkreter Zusicherungen eines *bestimmten* Konzernverhaltens¹⁰⁸ und führte aus, «das blosse Bestehen einer Konzernverbindung [könne] keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung ab[zugeben]. Ebenso wenig [genügten] Werbeaussagen, in denen bloss in

¹⁰⁶ BGE 123 III 220, E. 4 f. Siehe ähnlich auch Urteil 4C.396/2004 des BGer vom 22. März 2006, E. 4.

¹⁰⁷ BGE 124 III 297 vom 16. April 1998 (*Motor Columbus-Entscheid*).

¹⁰⁸ Ähnlich auch ein unveröffentlichter BGE vom 27. Februar 1996 (zitiert bei NOBEL, S. 64 ff.): Eine Haftung aus Konzernvertrauen gegenüber einem Vertragspartner einer Tochtergesellschaft im Zusammenhang mit dem Verkauf dieser Tochtergesellschaft wird verneint, da die Muttergesellschaft weder ein bestimmtes Verhalten in Aussicht gestellt noch sich treuwidrig verhalten habe.

allgemeiner Form auf eine bestehende Konzernverbindung hingewiesen [werde]. Schutzwürdiges Vertrauen [setze] ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet [sei], hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.»

Mit der Trilogie *Omni – Motor Columbus – Systor* wurde die durch den *Swissair*-Entscheid ausgelöste – je nach Sichtweise – Euphorie oder Hysterie stark zurückgebunden. Die drei Entscheide umreissen das Spielfeld der Haftung aus Konzernvertrauen eher eng.¹⁰⁹ Umgekehrt waren auch die Umstände in allen drei Entscheiden eher speziell und objektiv gesehen nicht gerade «haftungsfördernd»: Im Gegensatz zum Sachverhalt des *Swissair*-Entscheids, wo die *Swissair* duldete, dass ihre (ehemalige) Gruppengesellschaft damit warb, die *Swissair* «stehe dahinter», wurde im Fall der *Telecolumbus*-Gesellschaften nur auf die Konzernzugehörigkeit hingewiesen («ein Unternehmen der *Telecolumbus*-Gruppe»), nicht jedoch ein finanzieller Support der Muttergesellschaft suggeriert. Ein Hinweis auf die Konzernzugehörigkeit kann jedoch für sich alleine keine Haftung aus Konzernvertrauen begründen. Weitergehende Aussagen, welche ein konkretes Vertrauen in die Geschäftsgebaren erwecken könnten, fehlen vollständig. Im *Omni*-Fall konnte die *Omni Holding* ohne grosse Nachteile nochmals Klage gegen die «richtige» – wenn auch missbräuchlich agierende – Vertragspartnerin erheben. Bei *Systor* schliesslich dürfte eine wesentliche Rolle gespielt haben, dass es sich bei den Klägerinnen um sophistische, im internationalen Kreditgeschäft sehr erfahrene und mit der Einschätzung von Unternehmens- und Kreditausfallsrisiken bestens vertraute Geschäftsbanken handelte, denen es zuzumuten gewesen wäre, ihre vermeintliche Vertrauensbasis entweder in der ursprünglichen Kreditdokumentation oder aber in der später abgeschlossenen Restrukturierungsvereinbarung vertraglich abzusichern und durch branchenübliche Sicherungsverträge zu verstärken, weshalb das Bundesgericht den Massstab für eine allfällige Vertrauenshaftung wohl zu Recht im vorliegenden Fall besonders hoch ansetzte.

In der Tat kann die Haftung aus Konzernvertrauen nicht dazu dienen, zwischen den Parteien im Detail ausgehandelte und dokumentierte Sanierungs- und Restrukturierungsvereinbarungen im Nachhinein zu Lasten der

¹⁰⁹ In BGE 134 III 390 vom 13. Mai 2008 musste das Bundesgericht zur Verjährung von Ansprüchen aus Vertrauenshaftung Stellung nehmen. Analog zur Haftung aus *culpa in contrahendo*, wo gemäss ständiger Rechtsprechung für die Verjährung auf Art. 60 OR abgestellt wird, sprach sich das Bundesgericht aus Gründen der Rechtssicherheit, namentlich zur Begrenzung der Vertrauenshaftung in zeitlicher Hinsicht, ebenfalls für eine Anwendung der Fristen gemäss Art. 60 OR aus.

Konzernmutter oder anderer beteiligter Konzerngesellschaften abzuändern und aus Sicht der Kreditgeber wünschbare zusätzliche Elemente – konkret Mindestgarantien hinsichtlich des konzerninternen Umsatzes und zusätzliche Kapitalausstattungen zu Gunsten der angeschlagenen Tochter- durch die Muttergesellschaft –, die offensichtlich in den Verhandlungen entweder nicht durchsetzbar oder von den Konsortialbanken nicht explizit verlangt worden waren, einzufügen. Die Haftung aus Konzernvertrauen darf nicht als Nachbesserungsrecht des erfahrenen, aber unvorsichtigen Vertragspartners dienen. Stehen auf der Gegenseite dagegen weniger geschäftsgewandte Parteien und nur ein einfaches Vertragswerk, ist zu erwarten, dass die Schwelle, ab wann eine relevante – für eine allfällige Haftung genügende – Vertrauensbasis angenommen werden darf und wann aus den Umständen auf ein genügend «konkretes» bzw. «bestimmtes» Verhalten der Muttergesellschaft geschlossen werden darf, (zu Recht) wieder (etwas) sinkt. Ein Hinweis auf einen solchen «gegenparteibezogenen Vertrauensmassstab» ergibt sich immerhin aus der Bemerkung des Bundesgerichts, vertrauensbegründende Umstände lägen namentlich dann vor, wenn eine entsprechende vertragliche Absicherung «auf Grund der bestehenden Machtverhältnisse» oder der «Abhängigkeit» des Vertrauenden faktisch nicht möglich war und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden konnte.¹¹⁰ Je grösser also das Machtgefälle zwischen den Parteien, desto eher wäre demnach aus bestimmten Aussagen auf eine Basis für – gegebenenfalls haftungsbegründendes – Konzernvertrauen zu schliessen, bei Parteien dagegen, welche «auf Augenhöhe» verhandeln,

¹¹⁰ E. 5.4. Teilweise wird im Entscheid auch auf BGE 133 III 449 verwiesen: Dort machte eine Subunternehmerin, welcher im Rahmen einer Sitzung mit der Hauptunternehmerin und dem Bauherrn Kanton Uri höhere Entschädigungen zugesichert worden waren, diese gegenüber dem Kanton Uri geltend. Mangels Vereinbarung eines direkten Forderungsrechts gegenüber dem Bauherrn war das Obergericht Uri von einer Haftung aus erwecktem Vertrauen ausgegangen, welche das Bundesgericht mit der Begründung verneinte, ein Vertrauen auf eine freiwillige Leistung könne «nur ganz ausnahmsweise Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund bestehender Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich sei und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden» könne, was im vorliegenden Fall zu verneinen sei, weil sich die Subunternehmerin gemäss eigenen Aussagen gegenüber dem Bauherrn in einer starken Verhandlungsposition befunden habe, es aber dennoch unterlassen habe, mit dem Bauherrn einen Garantievertrag abzuschliessen, um die Bezahlung der zusätzlichen Entschädigungen sicherzustellen (siehe E. 4.1 und 4.2).

liegt die Messlatte hoch, womit entsprechend nur im Ausnahmefall eine Haftungsgrundlage begründet wird.

3.2.4 Organhaftung

3.2.4.1 Nochmals der Systor-Entscheid¹¹¹

Neben der dargestellten, auf der Vertrauenshaftung basierenden Argumentation machten die Konsortialbanken im Fall Systor wie bereits erwähnt auch Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegenüber der UBS als faktisches Organ geltend.¹¹²

Die gestützt auf die aktienrechtliche Verantwortung geltend gemachten Ansprüche begründeten die Klägerinnen mit der im zu beurteilenden Fall vorhandenen Doppelorganschaft: Ein Mitglied der UBS-Konzernleitung war zugleich auch Verwaltungsratspräsident der Systor. Diesem wurde vorgeworfen, Entscheide der Konzernleitung, welche sich zum Nachteil der Untergesellschaft auswirkten, mitgefasst bzw. -getragen zu haben. Während die Vorinstanz die Passivlegitimation der UBS als faktisches Organ noch verneinte, wurde diese vom Bundesgericht unter Hinweis auf die bestehenden Doppelmandate implizit bejaht.¹¹³

Die Konsortialbanken warfen der UBS als faktisches Organ u.a. die folgenden Pflichtverletzungen vor: Im Zusammenhang mit der Schumann-Akquisition sei die Systor unter massgeblicher Beeinflussung der Ver-

¹¹¹ Urteil 4A_306/2009 des BGer vom 8. Februar 2010. Vgl. zu diesem Entscheid auch BURG/VON DER CRONE, S. 417 ff., sowie VETTER/GUTZWILLER, S. 224 ff.

¹¹² Die Möglichkeit einer faktischen Organschaft durch juristische Personen wird heute sowohl von der h.L. (BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 109b; BasK-HUGUENIN, N 9 zu Art. 53 ZGB, N 13 zu Art. 54/55 ZGB; KRNETA, N 2076; VOGEL, Haftung, S. 389; WEBER, 126; BasK-WERNLI, N 40 zu Art. 707 OR; BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 47 zu Art. 754 OR) als auch von der Rechtsprechung (Urteil 9C_859/2007 des BGer vom 16. Dezember 2008, Urteil 9C_535/2008 des BGer vom 3. Dezember 2008 sowie BGE 119 II 255, 114 V 217, 114 V 78, E. 3) einhellig bejaht.

¹¹³ Eine explizite Stellungnahme war mangels nachgewiesener Pflichtverletzung nicht notwendig. In diesem Kontext bestätigte das Bundesgericht auch seine bisherigen Standpunkte zur faktischen Organschaft: Art. 754 OR erfasse nicht nur die formellen Organe, sondern erstrecke sich auf alle mit der Geschäftsführung befassten Personen, auch *faktische* Organe, wie etwa eine Konzernobergesellschaft. Die Haftung der Organe setzt jedoch eine schuldhafte Pflichtverletzung, einen Schaden und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraus. Darüber hinaus verlangt das Bundesgericht, dass *dauerhaft* ein organtypisches Verhalten ausgeübt werden muss (Urteil des BGer [Fn. 111], E. 7.1.1). Siehe auch die bereits in Fn. 79 zitierten Entscheide.

handlungen durch die UBS zum überteuerten Erwerb der Schuhmann-Gruppe gedrängt worden. Das Bundesgericht hingegen konnte darin keine Pflichtverletzung erkennen, da dem Akquisitionentscheid ein ernsthafter Entscheidungsfindungsprozess vorausgegangen sei.¹¹⁴

Weiter sei in der für den massiven Ausbau der UBS-internen IT-Service-Abteilung vorgenommenen Personalabwerbung und der damit verbundenen Reduktion des Auftragsvolumens eine bewusste Schwächung der Systor zu sehen,¹¹⁵ welche zu einem Führungsvakuum bei der Systor geführt habe: So sei während 18 Monaten die Position des CFO unbesetzt gelassen bzw. durch schnell wechselnde Personen ausgefüllt worden. Zudem sei zwischen November 2001 und März 2002 auf die Durchführung von Sitzungen des Verwaltungsrats verzichtet worden. Das Bundesgericht erachtete jedoch weder das Führungsvakuum noch das zeitweise Ausbleiben von Verwaltungsratssitzungen als haftungsauslösende Pflichtverletzung. Gleiches gilt auch für die durch die Konsortialbanken geltend gemachte pflichtwidrig verhinderte Sanierung durch Unterlassung eines Personalabbaus bei der Systor, da nicht dargelegt worden sei, welche konkreten Personen hätten entlassen werden müssen, damit dies der Systor genützt und nicht geschadet hätte, sowie für die behaupteten marktunüblichen Rabatte und Gutschriften, welche die Systor der UBS hätte gewähren müssen und welche gemäss den Klägerinnen den Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung erfüllen würden.¹¹⁶ Vielmehr hätten diese konkret darlegen müssen, inwiefern unterlassene Entscheide oder die erstellten vorübergehenden Lücken in der Führung zu einem Schaden bei der Systor geführt hätten.¹¹⁷ Im Übrigen gelte bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen ein grosser Ermessensspielraum, weshalb solche Entscheidungen nur mit Zurückhaltung zu überprüfen seien.¹¹⁸

Schliesslich warfen die Konsortialbanken der UBS als faktisches Organ eine ungenügende Kapitalausstattung der Systor vor. Doch auch in diesem Punkt kritisierte das Bundesgericht die mangelnde Substanziierung hinsichtlich der vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten im Zusammenhang mit der Kapitalausstattung.¹¹⁹

¹¹⁴ Urteil des BGer (Fn. 111), E. 7.2.1.

¹¹⁵ Urteil des BGer (Fn. 111), E. 7.2.2.

¹¹⁶ Urteil des BGer (Fn. 111), E. 7.2.5.

¹¹⁷ Urteil des BGer (Fn. 111), E. 7.2.3.

¹¹⁸ Urteil des BGer (Fn. 111), E. 7.2.4.

¹¹⁹ Urteil des BGer (Fn. 111), E. 7.2.6.

3.2.4.2 Dogmatische Begründung

Für die Zurechnung pflichtwidrigen Verhaltens im Rahmen der Leitung ihrer Tochtergesellschaften an die Muttergesellschaft werden unterschiedliche Ansätze vertreten, wobei alle darauf beruhen, dass entweder der Muttergesellschaft das Verhalten der mit der Leitung der Tochtergesellschaft befassten Personen als eigenes Verhalten zugerechnet wird oder sie für dieses Verhalten aus einem anderen Grund einzustehen hat.¹²⁰ Zur ersten Gruppe gehört die Überlegung, einer Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Organe als Folge deren gleichzeitiger Organstellung in der Tochtergesellschaft, der sogenannten «Doppelorganschaft», wie sie der Systor-Entscheid exemplarisch vorexerziert, zuzurechnen. Juristische Personen können letztlich nur mittels natürlicher Personen handeln, die zu diesem Zweck eingesetzt worden sind, auch wenn allenfalls eine andere juristische Person eine Organstellung wahrnimmt. Entsprechend sieht Art. 55 Abs. 2 ZGB vor, dass die Organe die juristische Person «sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten» verpflichten. Zu diesem sonstigen Organhandeln gehört auch die Wahrnehmung der Interessen der Muttergesellschaft als Organ der Tochtergesellschaft. Handelt es sich bei dem oder den Vertretern der Muttergesellschaft im Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft um Personen, denen gemäss Art. 55 ZGB bzw. Art. 722 OR auch bezüglich der Muttergesellschaft Organstellung zukommt und die in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen handeln, so ist ihr Verhalten direkt der Muttergesellschaft zuzurechnen und verpflichten diese in der Folge aus ihrem Tun und Unterlassen.

Gemäss einem zweiten Ansatz ist die Muttergesellschaft als juristische Person gestützt auf das ihr gesamthaft zuzuordnende Führungsverhalten ihrer Mitarbeiter direkt als materielles oder faktisches Organ anzusehen,

¹²⁰ Letzteres ist der Fall bei der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR: Die Muttergesellschaft hat für die von ihr bei der Tochtergesellschaft eingesetzten Führungskräfte als Geschäftsherrin zu haften, weil diese als ihre Hilfspersonen anzusehen sind. Der Anwendungsbereich dieses Ansatzes ist allerdings dadurch eingeschränkt, dass die Haftung gemäss Art. 55 OR ein rechtswidriges Verhalten der bei der Tochtergesellschaft tätigen Hilfsperson(en) im Sinne von Art. 41 OR voraussetzt und nicht jedes pflichtwidrige Verhalten im Sinne von Art. 754 OR, d.h. nicht jede Verletzung von Organpflichten im Rahmen der Leitung der Tochtergesellschaft ohne weiteres auch als rechtswidrig im Sinne von Art. 41 OR einzustufen ist. Zudem steht der Muttergesellschaft bei der Haftung als Geschäftsherrin – anders als bei der Haftung aus Doppelorganschaft oder materieller bzw. faktischer Organstellung – die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises offen, siehe im Einzelnen VOGEL, Haftung, S. 215 f.

d.h. das Verhalten ihrer Funktionäre ist ihr diesfalls – unabhängig davon, ob diese als Organ der Muttergesellschaft qualifizieren – zuzurechnen. Es erübrigt sich daher bei Verwendung dieses Ansatzes im Einzelnen zu prüfen, über welche Personen die von der Muttergesellschaft bzw. ihren Kadmern und Mitarbeitern gefassten Entscheide in die tatsächliche Leitung der Tochtergesellschaft einfließen. Je nach Konzernorganisation ist sinnvollerweise zwischen materieller und faktischer Organstellung der Muttergesellschaft zu unterscheiden: Eine materielle Organstellung der Muttergesellschaft ist zu bejahen, wenn dieser im Rahmen der formalisierten Konzernorganisation spezifische organtypische Aufgaben vorbehalten werden, d.h. diese – bzw. ihre internen Stellen – nach den konzerninternen Zuständigkeitsordnungen kompetenzmässig und organisatorisch für die Belange der Tochtergesellschaft zuständig erklärt wird, wenn also eine Tochtergesellschaft betreffende Kompetenzen im Rahmen der konzerninternen Organisation der Muttergesellschaft vorbehalten bzw. zugewiesen werden. Der Umfang ihrer Verantwortlichkeit richtet sich dabei nach den ihr zugewiesenen bzw. übertragenen Organaufgaben und -kompetenzen. Eine solche Zuweisung von einer oder mehreren Tochtergesellschaften betreffenden Aufgaben an die Muttergesellschaft ist grundsätzlich als zulässig anzusehen, was sich bereits aus dem vom Gesetzgeber explizit sanktionierten Konzept der einheitlichen Leitung ergibt.¹²¹ Dagegen liegt nicht eine materielle, sondern rein faktische Organstellung der Muttergesellschaft vor, wenn diese organtypische Aufgaben und Kompetenzen ausübt, obwohl ihr diese nicht reglementarisch zugewiesen wurden, sondern sie diese entgegen der konzerninternen Zuständigkeitsordnung schlicht an sich reisst bzw. usurpiert. Der Umfang ihrer Verantwortlichkeit richtet sich dabei nach den tatsächlich wahrgenommenen Organaufgaben und -kompetenzen.

Im vorliegenden Fall brauchte sich das Bundesgericht nicht weiter zu den verschiedenen Ansätzen zu äussern, sondern konnte sich auf die Klarstellung beschränken, dass eine faktische Organstellung der Muttergesellschaft als Folge einer Doppelorganschaft nicht per se eine Verletzung von aktienrechtlichen Pflichten darstelle, aber eine Haftung der Obergesellschaft als faktisches Organ im Rahmen von Art. 754 OR möglich sei, wenn diese sich im Rahmen ihrer Organtätigkeit für die Tochtergesellschaft Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lasse, die für einen

¹²¹ Vgl. Art. 663e OR.

kausalen Schadenseintritt ursächlich seien.¹²² Auch das Bundesgericht geht aber davon aus, dass sich die beiden Ansätze nicht ausschliessen, sondern kumulativ zur Anwendung kommen, und hält fest, neben einer (direkten) Haftung als faktisches Organ könne eine pflichtwidrig ausgeübte Doppelorganschaft auch zu einer Haftung der Obergesellschaft nach Art. 722 OR führen.¹²³

4. Haftungsrisiken bei Sanierungen

4.1 Treuepflicht der Organe (BGE 130 III 213)

Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR haben neben den formellen und materiellen Organen auch die faktischen Organe «ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahr-

¹²² Urteil des BGer (Fn. 111), E. 7.2.2: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft setze in allen Fällen voraus, «dass der Muttergesellschaft eine Verletzung von Pflichten vorgeworfen werden [könne], die sich aus der – durch deren Organe als alter ego – tatsächlich wahrgenommenen Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft, mithin aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung als Organ derselben erg[ä]ben [...]. Eine solche Pflichtverletzung [sei] nicht schon dadurch dargetan, dass ein Doppelorgan einen Entscheid der Obergesellschaft [mittrage], der Untergesellschaft weniger Aufträge zu erteilen, da es sich dabei nicht um einen Entscheid im Rahmen der Geschäftsleitung der Untergesellschaft [handle]. Die Sichtweise der Beschwerdeführerinnen liefe darauf hinaus, die Muttergesellschaft für jeden in ihrem Interesse gefällten Entscheid, der sich zulasten der Tochtergesellschaft auswirk[e], wegen des blossen Umstands, dass daran Doppelorgane [mitwirkten], haftbar zu machen, ohne dass eine haftungsbegründende Verletzung von organschaftlichen Pflichten der Obergesellschaft als faktisches Organ der Untergesellschaft darzutun wäre. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit [gründe] aber gerade auf der Verletzung solcher Pflichten. Wie die Vorinstanz zu Recht angedeutet [habe], wäre eine solche denkbar, wenn die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft eine Bezugsverpflichtung für IT-Dienstleistungen eingegangen wäre und das Doppelorgan es auf Weisung der Muttergesellschaft hin unterlassen hätte, diese Verpflichtung bzw. diesen Anspruch als Organ der Tochtergesellschaft durchzusetzen.»

¹²³ Urteil des BGer (Fn. 111), wobei das Bundesgericht davon auszugehen scheint, bei einer Haftung aus Doppelorganschaft müsse das Fehlverhalten der Organe als unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR qualifizieren: «Eine solche Haftung setzt voraus, dass das fragliche Verhalten der Doppelorgane unerlaubt im Sinne von Art. 41 OR ist, mithin widerrechtlich oder zumindest sittenwidrig (Art. 41 Abs. 2 OR), und dass die Personen, von denen die Handlungen ausgegangen sind, sowohl als Organe der Muttergesellschaft als auch der Tochtergesellschaft gehandelt haben.»

ren».¹²⁴ Zu den *Sorgfaltspflichten* zählen u.a. die Organisation der Gesellschaft, der professionelle Umgang mit Interessenkonflikten, die Vermeidung von Klumpenrisiken, die Vermeidung unrechtmässiger Gewinnverschiebungen im Konzern etc.¹²⁵ Die Treuepflicht verlangt, dass Verhaltensweisen vermieden werden, die zu Interessenkonflikten führen.¹²⁶ Ist das – wie oft in Konzernverhältnissen – nicht möglich, so ist durch geeignete Massnahmen die genügende (soweit notwendig vorrangige) Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen gegenüber den Konzerninteressen sicherzustellen.

¹²⁴ Mit der Formulierung «Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind» hat der Gesetzgeber zu Recht ausdrücklich auch faktische Organe der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht unterworfen, siehe etwa GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, S. 162.

¹²⁵ BASK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 7a ff. zu Art. 717 OR.

¹²⁶ Schwierigkeiten bei der Auslegung der Treuepflichten einer bestimmten Konzernführungsperson ergeben sich dann, wenn ihr Arbeitsvertrag explizit Weisungsrechte zu Gunsten anderer Konzerngesellschaften – namentlich der Konzernmutter – vorsieht. Siehe als Beispiel das Urteil 4C.95/2004 des BGer vom 28. Juni 2008 (= ARV 2004, S. 165 ff.): «Allerdings ist im Anstellungsvertrag vom 5. September 1991 ausdrücklich festgehalten worden, dass der Arbeitnehmer direkt dem Verwaltungsrat der Konzernmutter, der X. Holding Ltd. unterstellt sei (Ziff. 1 Abs. 6). Darin ist eine Delegation einzelner Rechte aus dem Arbeitsvertrag an die Holding zu sehen (vgl. GEISER/UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 139/2003 S. 757 ff., 787 f.). Dazu gehören auch die Rechte im Zusammenhang mit der Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht im Sinne von Art. 321a Abs. 4 OR. Soweit es um diese Pflichten des Arbeitnehmers geht, stehen deshalb die Verhältnisse bei der Holdinggesellschaft und nicht jene bei der Beklagten im Vordergrund.» Siehe auch das Urteil 4C.158/2002 des BGer vom 20. August 2002, E. 3.1.3 und 3.2 (= ARV 2003, S. 24 ff.): «Bei der Beurteilung eines Arbeitsverhältnisses, das einen Zusammenhang mit mehreren Konzerngesellschaften aufweist, darf indessen nicht aus den Augen verloren werden, dass sich aus dem Konzernrecht und namentlich aus der begriffsnotwendigen einheitlichen Führung des Konzerns allein keine vertragliche Verbindung zwischen der Konzernmutter und den leitenden Angestellten einer Tochtergesellschaft und folglich auch kein arbeitsvertragliches Weisungsrecht der Konzernspitze ergibt. Massgebend sind vielmehr die vertraglichen Vereinbarungen, deren Inhalt nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu bestimmen ist. Das gilt namentlich für die Frage, welche Parteien am Arbeitsverhältnis beteiligt sind. [...] Dabei ist der Arbeitsvertrag, wie die Beklagte richtig festhält, auf dem Hintergrund des Konzerns und der Vorgeschichte der früheren Arbeitsverträge auszulegen, welche der Kläger mit verschiedenen Konzerngesellschaften geschlossen hatte.» Zur Haftung der Muttergesellschaft im Zusammenhang mit an eine Tochtergesellschaft entsandtes Kadermitglied siehe auch Urteil 4C.217/2003 des BGer vom 29. Januar 2004, E. 3.4, wo das Bundesgericht festhielt: «*En Suisse, les différentes sociétés composant un groupe sont en règle générale réunies sous une direction unique (au sens de l'art. 663e al. 1 CO; cf. Geiser/Uhlig, op. cit., p. 760 ch. 2.4), si bien que des contrats de travail indépendants les uns des autres sont rares, mais pas exclus (Geiser/Uhlig, op. cit., p. 775 ch. 3.25).*»

In Konzernverhältnissen erstreckt sich die Treuepflicht der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder gemäss traditionellem Verständnis grundsätzlich nur auf diejenige Gesellschaft, zu welcher sie in einem organschaftlichen Verhältnis stehen. Die Organträger wären nach dieser – etwas theoretischen und wohl auch veralteten – Sichtweise allein dazu verpflichtet, die Interessen der eigenen Gesellschaft und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren.¹²⁷ Dieser Ansatz blendet jedoch aus, dass im «echten Konzernleben» einerseits eine gewisse – wenn auch teilweise indirekte – Interessenkonvergenz besteht und andererseits auch bei einem – auf den ersten Blick – direkten Interessengegensatz – etwa bei einem Rangrücktritt oder einem Darlehensverzicht zu Gunsten einer anderen Gruppengesellschaft – eine Hilfeleistung an andere Konzernglieder notwendig sein kann, um die Flotte als Ganzes über Wasser halten zu können, weil die einzelnen Konzernglieder – bspw. aufgrund konzerninterner Arbeitsteilung etwa in Produktions- und Vertriebsgesellschaften – auf sich allein gestellt gar nicht überlebensfähig sind und die Verweigerung der Hilfeleistungen damit letztlich einer Selbstgefährdung gleichkommt. Der direkte Interessengegensatz wird damit – insbesondere in Krisensituationen – durch die indirekte Interessenkonvergenz etwas entschärft. Zudem dürfte heute als weitgehend akzeptiert gelten, dass aufgrund einer statutarischen Zweckklausel, welche die Förderung des Konzerninteresses durch die Konzerntochtergesellschaft miteinschliesst, für die eigene Gesellschaft auch nur indirekt relevante Konzerninteressen mitberücksichtigt werden dürfen, ohne dass sich die Organträger der Gefahr einer Pflichtverletzung aussetzen.¹²⁸ Die statutarische Unterordnung der Tochtergesellschaft unter die Interessen des Konzerns impliziert die Bereitschaft, auf den konzerninternen Leistungsaustausch zu Marktpreisen (*at arm's length*) und damit auf Gewinnstrebigkeit zu verzichten.¹²⁹ Die Aufgabe der vollkommenen Selbständigkeit und die Eingliederung in einen arbeitsteiligen Konzern führt zu einem Abhängigkeitsverhältnis der einzelnen Gruppengesellschaften untereinander. Selbst das Bundesgericht konzipiert, dass in gewissen Situationen innerhalb einer Unternehmens-

¹²⁷ BGE 130 III 213, E. 2.2.2; dagegen u.E. zu Recht auch eine Treuepflicht gegenüber der Mutter bejahend BGE 109 IV 111. Vgl. auch BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16a zu Art. 717 OR; ZK-HOMBURGER, N 938 zu Art. 717 OR.

¹²⁸ HANDSCHIN, Konzern, 175; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 68; EUGSTER/VON DER CRONE, S. 440 f.; GARBARSKI, S. 147 f. Vgl. auch BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16a zu Art. 717 OR; FORSTMOSER, S. 111.

¹²⁹ Voraussetzung für die Aufgabe der Gewinnstrebigkeit ist die Zustimmung sämtlicher Aktionäre (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

gruppe ein faktischer Beistandszwang existieren kann, namentlich dann, «wenn aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen eine derart enge Verbindung zwischen beiden Gesellschaften hergestellt wird, dass sie als Bestandteile derselben wirtschaftlichen Einheit bzw. Unternehmung erscheinen».¹³⁰ Die Fragestellung verschiebt sich damit vom «ob» zum «wieweit». Verbreitet ist die Ansicht, dass eine Berücksichtigung von Konzerninteressen nur so weit zulässig ist, als sie nicht zu einer Zahlungsunfähigkeit der eigenen Gesellschaft führt.¹³¹

Als Massstab für die Beurteilung, ob bzw. wieweit konkrete Rechtsgeschäfte oder eine konkrete Massnahme die Interessen der beteiligten Tochtergesellschaft verletzen und damit als sorgfaltswidrig anzusehen sind, ist dennoch als Ausgangspunkt grundsätzlich ein objektiver Vergleich mit dem Zustand anzustellen, den die Tochtergesellschaft als unabhängige Gesellschaft hätte, d.h. wenn sie statt im Konzernverbund selbstständig operieren würde. Dabei ist aber der Konzernzugehörigkeit – zumindest wenn auf Stufe der betreffenden Gesellschaft keine Minderheitsaktionäre vorhanden sind – so weit Rechnung zu tragen, als dass zumindest mittelfristig¹³² ein Ausgleich benachteiligender Geschäfte und Massnahmen durch die von anderen Konzerngesellschaften gewährten – ziffernmässig bewertbaren – Vorteile zuzulassen ist,¹³³ sofern eine akute und konkrete Gefährdung der Gläubiger nach pflichtgemäßem Ermessen ausgeschlossen werden kann, d.h. auch nach Ausführung des konkreten

¹³⁰ BGE 116 Ib 331, 339.

¹³¹ BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 16a zu Art. 717 OR. Siehe auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 69; ZK-HOMBURGER, N 938 zu Art. 717 OR; KRNETA, N 1894.

¹³² Auszugehen ist von einem Zeitraum für den Ausgleich von 12 bis 18 Monaten ab per Saldo unvorteilhaftem Rechtsgeschäft bzw. Massnahme. Zusätzlich ist wohl zu verlangen, dass die Kompensation bereits bei Implementierung des zu kompensierenden Geschäfts in den Grundzügen geplant und absehbar ist, so dass realistischweise mit deren Realisierung im ordentlichen Geschäftsablauf gerechnet werden darf.

¹³³ So wohl auch FORSTMOSER, Haftung, S. 103, der von einer «Saldomethode» spricht; ebenso DRUEY/VOGEL, S. 417 und explizit auch HANDSCHIN, Cashpooling, S. 280, der mit Bezug auf die Beurteilung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung bei Cashpooling-Systemen ausführt, auch Konzernvorteile, die nicht direkt mit dem Cashpool verbunden sind, seien «im Rahmen dieser Gesamtschau von Leistung und Gegenleistung» zu berücksichtigen. So könnten etwa «günstige Mieten oder gesicherte Absatzmöglichkeiten für Produkte [...] Konzernvorteile darstellen, die bei der Prüfung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung im Zusammenhang mit einem Cashpool ebenso relevant sein [könnten], wie die unmittelbaren Vorteile aus dem Cashpool selber.» Das Gleiche gelte hinsichtlich des möglichen Klumpenrisikos, das sich bspw. aus dem Cashpool ergebe: Diesem könne «eine <Klumpenchance> gegenüberstehen, welche die Nachteile ausgleichen [könne].»

Rechtsgeschäfts bzw. der konkreten Massnahme weder kurz- bis mittelfristig das gebundene Eigenkapital der Tochtergesellschaft angegriffen bzw. gefährdet wird noch ein akuter Liquiditätsengpass droht.¹³⁴ Selbst wenn die soeben erwähnten Voraussetzungen an sich erfüllt sind, müssen aber Rechtsgeschäfte und Massnahmen als grundsätzlich pflichtwidrig eingestuft werden, welche die Interessen der Tochtergesellschaft einseitig in schwerwiegender Weise schädigen, d.h. welche ohne Aussicht auf eine zumindest mittelfristig erfolgende, ziffernmässig auch nur annähernd bestimmbare konzerninterne Kompensation die Ertragskraft oder Liquiditätssituation der Tochtergesellschaft nachhaltig beeinträchtigen. Dieser Verhaltensmassstab stimmt mit der vom Gesetzgeber in Art. 678 Abs. 2 OR zum Ausdruck gebrachten Wertung – Rückforderungsanspruch nur bei offensichtlichem Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft – überein und entspricht im Übrigen annäherungsweise den Verhaltensstandards, welche auch ausländische Rechtsordnungen zur Anwendung bringen.¹³⁵

Besondere Pflichten treffen den Verwaltungsrat jedoch im *Sanierungsfall*: Zunächst hat er bezüglich seiner eigenen Gruppengesellschaft eine *Analyse des Ist-Zustands* vorzunehmen und sodann zu entscheiden, ob bei seiner «eigenen» Gruppengesellschaft eine Sanierung nötig ist. Ist diese Frage zu bejahen, so ist der Verwaltungsrat der entsprechenden Gruppengesellschaft eingeschränkt, zu Gunsten des Konzerns unterstützend tätig zu werden, da Unterstützungsleistungen zu Gunsten anderer Gruppengesellschaften bei eigener Schwäche einer viel strengerer Prüfung zu unterstellen sind, um zu verhindern, dass zum Schaden der eigenen Gläubiger andere Gruppenmitglieder unterstützt werden.¹³⁶

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass auch konzerninterne Sanierungsleistungen – etwa Sanierungsdarlehen oder ein Rangrück-

¹³⁴ Gleich bezüglich der Erhaltung der Zahlungsfähigkeit FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 167, und BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 326, beide ebenso eingeschränkt auf 100%ige Tochtergesellschaften.

¹³⁵ Siehe etwa die in Frankreich angewendete *Rozenblum*-Rechtsprechung (Rev. soc. 1985 648), den in Italien gesetzlich vorgesehenen Ansatz der «*vantaggi compensativi*» (Fn. 40) sowie in Deutschland die Ausgleichspflicht im faktischen Aktienkonzern, wobei Letztere – namentlich hinsichtlich der anrechenbaren Vorteile – wohl als strenger anzusehen ist.

¹³⁶ Bei Überschuldung hat schliesslich die *Benachrichtigung des Richters* zu erfolgen, der über Konkurs, Nachlassstundung oder allenfalls Konkursaufschub entscheidet, siehe etwa HANDSCHIN, Sanierungsfall, S. 434 ff.

tritt – dem Risiko einer paulianischen Anfechtung unterliegen.¹³⁷ Paulianisch anfechtbare Handlungen sind für die Organe der leistenden Gesellschaft jedoch in der Praxis oft gleichbedeutend mit einer Pflichtverletzung, mit dem Resultat, dass sie sich gegebenenfalls mit einer Verantwortlichkeitsklage¹³⁸ oder sogar mit strafrechtlichen Vorwürfen¹³⁹ konfrontiert sehen. Darüber hinaus besteht die Gefahr einer richterlichen Subordination der im Rahmen der Sanierung gewährten Darlehen, d.h. der Annahme eines konkludenten Rangrücktritts bei einer späteren Geltendmachung der Darlehensforderung im Konkurs des konzerninternen Darlehensempfängers. Für die Abgrenzung wendet die Rechtsprechung den Drittmanntest und Sanierungstest an. Ist ein Darlehen nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt auch von einem Dritten erhältlich, sollte keine Gefahr einer richterlichen Subordination des Sanierungsdarlehens drohen. Würde jedoch im relevanten Zeitpunkt bei der konzerninternen Darlehensempfängerin nur eine Kapitaleinlage sanierende Wirkung zeigen, besteht das akute Risiko, dass die Werthaltigkeit des gewährten Darlehens – zufolge konkludenten Rangrücktritts¹⁴⁰ – sofort auf null sinkt – und damit wertberichtigt werden muss –, womit sich die darlehensgewährende Gruppengesellschaft die Frage stellen muss, ob sie den entsprechenden Verlust mit Blick auf ihre Eigenkapitalsituation ohne Weiteres absorbieren kann, ohne selbst in eine Sanierungssituation zu geraten.¹⁴¹

¹³⁷ Siehe den bei DRUEY/VOGEL, S. 201 ff., wiedergegebenen Entscheid (Ungültigkeit der von der – selbst finanziell angeschlagenen – Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft abgegebenen Rangrücktritte) sowie zur Problematik bei Sicherheitsleistungen verschiedener Konzerngesellschaften, a.a.O., S. 205 ff. In diesem Zusammenhang ist auch auf die geplante «Konzernpauliana» hinzuweisen, siehe oben bei Fn. 26.

¹³⁸ U.E. zu Recht kritisch dazu etwa VOGT, S. 190.

¹³⁹ Etwa mit dem Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung – siehe dazu unten die Entscheide im Zusammenhang mit den Sanierungstransaktionen der *SAirGroup* sowie das bei DRUEY/VOGEL, S. 413 ff., wiedergegebene Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 1996 – oder von Konkursdelikten, siehe Art. 163 ff. StGB.

¹⁴⁰ Urteil des OGer Zürich vom 19. Januar 1993 = SZW 1993, S. 229 sowie die weiteren in Fn. 1 angeführten Entscheide. Die Frage offengelassen hat das Bundesgericht, siehe Urteil 5C.230/2005 vom 2. Februar 2006.

¹⁴¹ Siehe etwa das bei DRUEY/VOGEL, S. 413 ff. wiedergegebene Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 1996.

4.2 Rechtsprechung

4.2.1 Strafverfahren gegen Organe der SAirGroup¹⁴²

In diesem Kontext ist auf die verschiedenen Strafverfahren im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der SAirGroup zu verweisen, welche in der Phase vor dem Zusammenbruch noch verschiedene Sanierungsversuche unternommen hatte. Einer davon betraf die beiden Gesellschaften SAirLines und Roscor AG, beide 100%ige Tochtergesellschaften der SAirGroup. Um die finanziell stark angeschlagene SAirLines zu stärken und die von dieser erlittenen grossen Verluste auszugleichen, beschlossen die Organe der SAirGroup, die Roscor AG im Sinne eines Kapitalzuschusses der Muttergesellschaft – SAirGroup – an die angeschlagene Tochter – SAirLines – unentgeltlich von der SAirGroup an die SAirLines zu übertragen und anschliessend mit der Letzteren zu fusionieren. Die Staatsanwaltschaft warf den Organen der SAirGroup ungetreue Geschäftsführung vor mit dem Vorwurf, sie hätten durch diese Übertragung ihre Pflicht, das Vermögen der SAirGroup werterhaltend zu verwalten, verletzt und die SAirGroup im Ausmass von rund CHF 100 Mio. geschädigt.

Weiter hielt die SAirGroup indirekt eine Beteiligung von 49.5% an der belgischen Fluggesellschaft Sabena. Gemäss Angaben von deren CEO wäre Sabena im Frühjahr 2001 ohne Zuschuss von Neugeld zahlungsunfähig geworden. Daraufhin beteiligte sich die SAirGroup an einer Rekapitalisierung der Sabena gegen Ausgabe von Partizipationsscheinen und zahlte am 26. Februar 2001 EUR 150 Mio. Den Organen wurde auch in diesem Punkt ungetreue Geschäftsführung vorgeworfen, indem sie gemäss Argumentation der Staatsanwaltschaft vorsätzlich das Vermögen der SAirGroup um EUR 150 Mio. vermindert hätten, namentlich weil dieser Zahlung aufgrund der Unmöglichkeit, die Sabena auf weite Sicht wieder in die Profitabilität zurückzuführen, kein Gegenwert für die SAirGroup gegenübergestanden hätte. Das zuständige Gericht sprach die Angeklagten jedoch vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung in beiden Fällen frei und erachtete die innerhalb des Konzerns vorgenommenen Sanierungsmassnahmen – d.h. die unentgeltliche Übertragung der Roscor AG auf die SAirLines als auch den Kapitaleinschuss an die Sabena – als zulässig.

¹⁴² Urteile DG060079, DG060090, DG060091, DG060092, DG060095 und DG060096 des BezGer Bülach vom 4. Juni 2007. Siehe auch SCHUBARTH/PETER, S. 455-465, BERNHARDT, Rz. 1 ff.

«Die Klägerin weist zwar zu Recht darauf hin, dass die einzelnen Gesellschaften, welche im Konzernverbund zusammengeschlossen sind, rechtlich selbständig bleiben und daher grundsätzlich keine Verpflichtung einer Konzerngesellschaft besteht, für die Verbindlichkeiten einer anderen Gesellschaft einzustehen. Die Beklagten machen jedoch auch gar nicht geltend, die Klägerin sei bei einem Konkurs der Sabena direkt für die Verpflichtungen der Sabena gegenüber Dritten haftbar geworden. Vielmehr machen sie geltend, Gesellschaften der SAirGroup wären durch einen Konkurs der Sabena aus verschiedenen Gründen Schäden entstanden, sei es durch den Verlust von Synergien, sei es durch vertragliche Verpflichtungen der Tochtergesellschaften untereinander, welche Schäden es im Interesse des Gesamtkonzerns zu vermeiden gegolten habe [...]. Dass die SAirGroup einen Konkurs der SAirLines oder auch der Swissair verkraftet hätte, behauptet selbst die Klägerin nicht. Soweit ein Konkurs der Sabena daher eine Gefährdung der Interessen der SAirLines oder von deren 100% Tochter Swissair hätte bedeuten können, lag es im Eigeninteresse der SAirGroup diesen Schaden abzuwenden».¹⁴³

4.2.2 BGer 4A_391/2009 vom 12.2.2010 und BGer 4A_188/2008 vom 9. September 2008 (Türgriff-Entscheide)¹⁴⁴

Strenger beurteilte dagegen das Bundesgericht die Organe einer Schweizer Gesellschaft, der X. CH, die zu Gunsten ihrer italienischen Tochter Verlustabdeckungen gewährte, wobei sie die dazu notwendigen liquiden Mittel wiederum als (nachrangiges) Darlehen von ihrer dänischen Muttergesellschaft X. DK zur Verfügung gestellt erhielt. Die Vorinstanz hielt fest, die Organe der X. CH hätten die Letztere seit September 1991 bis Ende 1995 durch Verlustabdeckungen zu Gunsten der X. I in der Höhe von rund CHF 2 Mio. geschädigt, da sich diese Verlustübernahmen negativ auf die Erfolgsrechnung der X. CH ausgewirkt hätten. Die Darlehensschuld der X. CH gegenüber der X. DK habe die Buchhaltung seit dem September 1991 mit rund CHF 1.8 Mio. belastet, woran auch die Rangrücktrittserklärung der Muttergesellschaft nichts geändert habe. Soweit die Verlustabdeckungen zu Gunsten der X. I durch ein Darlehen der Muttergesellschaft finanziert wurden und sich damit die Verbindlichkeiten der X. CH erhöhten, gleichzeitig aber die gewährten Mittel unwiederbringlich

¹⁴³ BezGer Zürich vom 23. Juni 2009 i.S. *Swissair/Sabena*.

¹⁴⁴ Urteil 4C.363/2006 des BGer vom 13. März 2007 und Urteil 4A_188/2008 des BGer vom 9. September 2008.

abflossen und sich damit die entsprechenden Aktiven verminderten, sei der X. CH bzw. der Gläubigergesamtheit ein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden entstanden.¹⁴⁵

Eine Sorgfaltspflichtverletzung wurde dagegen von der Vorinstanz noch mit dem Hinweis verneint, die Organe der X. CH hätten mit weiterer Unterstützung durch die Muttergesellschaft rechnen dürfen, namentlich da die I. DK eine Rangrücktrittserklärung für ihre Darlehensforderungen abgegeben habe. Das habe darauf hingedeutet, dass die Muttergesellschaft letztlich auf ihr Guthaben gegenüber der Y. CH verzichten würde. Die Vorinstanz stellte u.a. darauf ab, dass die Verlustübernahmen zumindest anfänglich im Interesse der X. CH und auch später noch im Interesse des Konzerns erfolgt seien. Das Bundesgericht wies diese Argumentation zurück und hielt vielmehr daran fest, dass für die Organhaftung nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft und nicht auf jene des ganzen Konzerns abzustellen sei.¹⁴⁶ In einem weiteren Urteil hielt das Bundesgericht fest, der seitens der Organe der X. CH vorgebrachte Einwand, es hätten aufgrund der bereits vor dem 3. September 1991 getätigten enormen Ausgaben für die X. I praktisch gar keine Handlungsalternativen bestanden, sei nicht relevant, denn bereits getätigte, bedeutende Ausgaben seien keine Rechtfertigung für weitere Mittelabflüsse, zumal die Erwartung eines langfristigen Erfolgs der X. I, mit welcher die Organe die weiteren Verlustabdeckungen begründeten, nicht fundiert gewesen sei. Relevant seien bei der Beurteilung der durch die Organe zu verantwortenden Mittelabflüsse einzig die nach den konkreten Umständen objektiv gerechtfertigten Erwartungen hinsichtlich der italienischen Tochtergesellschaft X, und diese hätten – nach Ansicht des Bundesgerichts – ein weiteres, finanzielles Engagement nicht mehr zugelassen.¹⁴⁷

Der dargestellte Entscheid ist in verschiedener Hinsicht wenig überzeugend: zum einen, weil das Bundesgericht ohne nähere Begründung die Einschätzung der eingeklagten Organe über die Sanierungschancen der X. I verwirft und stattdessen durch seine eigene Einschätzung über die langfristigen Erfolgchancen der X. I ersetzt. Zum anderen, weil das Bundesgericht auf der Passivseite den durch die Muttergesellschaft gewährten Rangrücktritt bei der Bemessung des Schadens nicht berücksichtigen will. Das Bundesgericht scheint zu übersehen, dass die Rangrücktrittserklärung eines Gläubigers bewirkt, dass dessen Darlehen im Falle eines Konkurses

¹⁴⁵ Urteil 4A_188/2008 des BGer vom 9. September 2008, E. 4.1, 4.4.

¹⁴⁶ Urteil 4A_188/2008 des BGer vom 9. September 2008, E. 4.5.

¹⁴⁷ Urteil 4C.363/2006 des BGer vom 13. März 2007, E. 2.1.

hinter allen übrigen Gläubigern zurücktritt und somit de facto in einem vierten Rang eingeordnet bzw. kolloziert wird. Entsprechend werden die im dritten Rang kollozierten ungesicherten Gläubiger durch diese zusätzlichen, nachrangigen Forderungen nicht konkurrenziert, d.h. ihre Konkursdividende wird dadurch nicht vermindert. Konsequenterweise müssen daher nachrangige Darlehen für die Schadensbemessung bei einer Verantwortlichkeitsklage unberücksichtigt bleiben. Diese Schlussfolgerung drängt sich auch angesichts der Regelung in Art. 725 Abs. 2 OR auf, welcher den Organen einer überschuldeten Gesellschaft eine Weiterführung der Geschäfte erlaubt, wenn der Betrag der Überschuldung – sowie die in der überblickbaren Zukunft anfallenden Verluste – durch nachrangige Forderungen abgedeckt sind. Es wäre geradezu widersinnig, wenn zwar gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ein Weiterwirtschaften bei Vorliegen von genügenden Rangrücktritten zulässig wäre, umgekehrt aber im Konkursfall die Organe für die durch die nachrangigen Darlehen abgedeckten (zusätzlichen) Verluste gestützt auf Art. 754 OR eintreten müssten. Diese Frage ist gerade im Konzernkontext von besonderer Bedeutung, weil Rangrücktritte auf konzerninternen Darlehen ein sehr verbreitetes Instrument zur (vorübergehenden) Sanierung von schwächlichen Konzerngliedern ist und diese wenig stringente Argumentation des Bundesgerichts gegebenenfalls eine ansonsten mögliche Sanierung innerhalb eines Konzerns verunmöglichen kann.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Auch im Urteil 4A_277/2010 vom 2. September 2010 bezieht das Bundesgericht ein mit einem Rangrücktritt versehenes Aktionärsdarlehen in die Schadensberechnung mit ein (E. 2.3): «Unbegründet sind auch die unter Berufung auf Art. 725 Abs. 2 OR erhobenen Vorbringen des Beschwerdeführers zu dem von der Muttergesellschaft der X. AG erklärten Rangrücktritt vom 15. Juni 1997 bezüglich ihres Aktionärsdarlehens in der Höhe von CHF 650'000.–, das gemäss den Erwägungen der Vorinstanz nichts an der Haftung des Beschwerdeführers änderte. Dem Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden, wenn er vorträgt, durch einen Rangrücktritt werde die Substanz für den Insolvenzfall erhöht und dadurch der von den Gläubigern erlittene Schaden reduziert bzw. beseitigt. Der Rangrücktritt hat keinen Einfluss auf die Aktiven; er kann gegebenenfalls Ausfälle anderer Gläubiger verhindern oder verringern, da der Rangrücktritt unter anderem die Erklärung des Rangrücktrittsgläubigers enthält, im Falle eines Konkurses im Rang hinter alle übrigen Gläubiger bis zu deren vollen Befriedigung zurückzutreten [...]. Die Rangrücktrittserklärung beinhaltet jedoch keinen Forderungsverzicht [...]. Da mit dem Rangrücktritt die betreffenden Schulden der Gesellschaft nicht wegfielen, blieb dieser ohne Einfluss auf das Gesellschaftsvermögen (Urteil 4C.58/2007 des Bundesgerichts vom 25. Mai 2007 E. 4.3, publ. in: SJ 2008 I S. 60 f.). Der Vorinstanz ist daher keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie den fraglichen Rangrücktritt bei der Berechnung des mittelbaren Schadens unberücksichtigt liess.»

5. Fazit

Sanierungen innerhalb eines Konzerns sind – wie die verschiedenen Beispiele oben gezeigt haben – relativ heikle Transaktionen, sowohl aus der Sicht der sanierenden wie auch aus der Sicht der die Sanierungsleistung empfangenden Gesellschaft. Auf Seiten der sanierenden Gesellschaft – oft die Muttergesellschaft – können sowohl zu weitgehende Sanierungsleistungen, welche die vorhandenen Reserven der leistenden Gesellschaft zu stark strapazieren (Türgriff-Fall), wie auch ein Unterlassen von Sanierungsleistungen (Systor-Fall) zu Verantwortlichkeitsklagen gegen die Obergesellschaft und/oder aber ihre Organe führen. Auf der Seite der die Sanierungsleistung empfangenden Gesellschaft ist im Detail zu prüfen, ob die empfangene Sanierungsleistung tatsächlich den gewünschten Sanierungseffekt bewirken und damit den verantwortlichen Organen den gewünschten Spielraum zur Durchführung des Turnarounds geben kann. Namentlich bei der Formulierung von Rangrücktritten ist zu prüfen, ob sie – zum Schutz der Organe der den Rangrücktritt entgegennehmenden Konzerngesellschaft – der strengen – und u.E. abzulehnenden – Praxis des Bundesgerichts genügen. Bei allen Sanierungsmassnahmen empfiehlt es sich, eine detaillierte Dokumentation zu erstellen, welche einerseits insbesondere auch die Interessenlage der leistenden Gesellschaft – namentlich bei nur indirekten Interessen an einer Sanierung – nachvollziehbar festhält und andererseits die Angemessenheit der zu erbringenden Sanierungsleistung im Verhältnis zu deren Eigenkapital- und Liquidationssituation zum Zeitpunkt der Erbringung der Sanierungsleistung festhält, damit die damaligen Verhältnisse objektiv wie auch subjektiv – d.h. einschliesslich der Prognosen und Erfolgseinschätzungen der Entscheidungsträger – für den Fall einer gerichtlichen Beurteilung, welche regelmässig erst Jahre später stattfindet, in genügender Weise rekonstruiert werden können. Gegebenenfalls kann es sich in diesem Zusammenhang auch lohnen, gewisse Tatsachen, Bewertungen oder Einschätzungen zusätzlich mit externen Gutachten abzusichern.

Entsprechend ist vorsichtigerweise bei der Abfassung eines Rangrücktritts zwecks Sanierung *ein bedingter Verzicht für den Konkursfall* vorzusehen.

Literaturverzeichnis

- 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.
- BERNHARDT, HANS CLAAS: *Die Causa Swissair: Kondensstreifen am juristischen Himmel*, Jusletter vom 9. August 2010, abrufbar unter www.jusletter.ch.
- BÖCKLI, PETER (Aktienrecht): *Schweizer Aktienrecht*, Zürich 2009.
- BÖCKLI, PETER (Konsolidierungspflicht): *Konsolidierungspflicht: Auslösung durch «Control» oder «einheitliche Leitung»*, ST 1994, S. 369.
- BURG, BENEDICT/VON DER CRONE, HANS CASPAR: *Vertrauenshaftung im Konzern*, SZW 2010, S. 417.
- DRUEY, JEAN NICOLAS (Aufgaben): *Aufgaben eines Konzernrechts*, ZSR 1980, S. 379.
- DRUEY, JEAN NICOLAS (Gutachten): *Empfiehl es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen – auch im Hinblick auf das Recht anderer EG-Staaten – neu zu regeln? Gutachten H für den 59. Deutschen Juristentag*, München 1992.
- DRUEY, JEAN NICOLAS (Leitungsrecht): *Leitungsrecht und -pflicht im Konzern*, in: BAER, CHARLOTTE M. (Hrsg.): *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern 2000, S. 1.
- DRUEY, JEAN NICOLAS/VOGEL, ALEXANDER: *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zürich 1999.
- EHRICKE, ULRICH: *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tübingen 1998.
- EUGSTER, KARIN/VON DER CRONE, HANS CASPAR: *Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern*, SZW 2004, S. 434.
- FORSTMOSER, PETER: *Haftung im Konzern*, in: BAER, CHARLOTTE M. (Hrsg.): *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern 2000, S. 89 ff.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996.
- FRENCH, DEREK/MAYSON, STEPHEN W./RYAN, STEPHEN W.: *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford 2009.
- GARBARSKI, ANDREW M.: *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Diss., Zürich 2006.
- GEISER, THOMAS/UHLIG, KAI PETER: *Arbeitsverhältnisse im Konzern*, ZBJV 2003, S. 757.
- GLANZMANN, LUKAS (Darlehensvertrag): *Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens*, Diss., St. Gallen 1996 = *St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht*.
- GLANZMANN, LUKAS (Verantwortlichkeitsklage): *Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten*, ZSR 2/2002, S. 139.
- GRAF, HANSJÖRG: *Verträge zwischen Konzerngesellschaften, unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäfte*, Diss., Bern 1988.
- HANDSCHIN, LUKAS (Konzern): *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994 = *Habil.*, Basel 1992.
- HANDSCHIN, LUKAS (Sanierungsfall): *Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall*, ZBJV 2000, 434.

- HANDSCHIN, LUKAS (Cashpooling): Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, in: BOHNET, FRANÇOIS/WESSNER, PIERRE (Hrsg.): *Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Basel et al. 2006, S. 273.
- HARI, OLIVER: Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen, *GesKR*, 2/2008, S. 1.
- HOFSTETTER, KARL: Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne: zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995.
- HOLD, MICHAEL: Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss., St. Gallen 1999 = Bern 2000 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht.
- HOMBURGER, ERIC (ZK-HOMBURGER): Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Kommentar zur 3. Abteilung (Art. 552-926 OR), Teilband V 5b, Kommentar zu den Art. 707-726 OR, Zürich 1997.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 OR), Basel/Frankfurt am Main 2010.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-1186 OR), Basel/Frankfurt am Main 2008.
- JÖRG, FLORIAN S.: Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II*, Bern 2007, S. 19.
- KINDLER, PETER: Münchener Kommentar zum BGB, Internationales Gesellschaftsrecht, München 2006.
- KOLLER, THOMAS: Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?, *SJZ* 1996, S. 409.
- KRNETA, GEORG: Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze, Bern 2005.
- KUZMIC, KRISTINA: Haftung aus «Konzernvertrauen»: Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich 1998 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht.
- LUTTER, MARCUS (Hrsg.): *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, Berlin 2006.
- MEIER, ROBERT: *Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft*, Zürich 2005.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Zürich 2007.
- MORSE, GEOFFREY: *Charlesworth Company Law*, London 2005.
- NÄNNI, MATTHIAS/VON DER CRONE, HANS CASPAR: *Auskunft und Einsicht im Konzern*, *SZW* 2006, S. 150.
- NOBEL, PETER: Patronatserklärungen und ähnliche Erscheinungen im nationalen und internationalen Recht, in: WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): *Personalsicherheiten/Berner Bankrechtstag*, Bern 1997, S. 64.
- OELKERS, JANINE: Der Nachteilsausgleich im italienischen Konzernrecht, *Der Konzern* 9/2007, S. 570.
- PETER, HENRY: «Spaghetti-Konzernrecht» – Die neue und neuartige Regelung des italienischen Konzernrechts, in: *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, FS für Peter Nobel, Bern 2005, S. 251.
- PEYROT, PAUL ROBERT: Informationspflichten der Konzernobergesellschaft gegenüber der Konzernuntergesellschaft, Diss., St. Gallen 2003.

- RENNERT-BERGENTHAL, CORINNE: Konzerninsolvenz in der Praxis am Beispiel von Babcock Borsig, ZInsO 23/2008, S. 1316.
- ROTH, JÜRIG: Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 105 (2009), S. 457.
- RUEDIN, ROLAND: Vers un droit des groupes de sociétés? Bericht zum Schweizerischen Juristentag 1980 in Fribourg, ZSR 1980 II, S. 149.
- RUSCH, ARNOLD: Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss., Zürich 2004 = Zürcher Studien zum Privatrecht.
- SCHUBARTH, MARTIN (Konzernstrafrecht): Konzernstrafrecht, SZW 2006, S. 161.
- SCHUBARTH, MARTIN (Konzernsanierung): Verdeckte Vorteilszuwendungen – Konzernsanierung – Organhaftung – Unternehmenshaftung, in: ACKERMANN, JÜRIG-BEAT/WOHLERS, WOLFGANG (Hrsg.): Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, S. 1.
- SCHUBARTH, MARTIN/PETER, HENRY: Die Bedeutung der Swissair-Urteile des Bezirksgerichtes Bülach für das Konzernstrafrecht, SZW 2008, S. 455.
- SCHWANDER, IVO: Keine Sistierung des in der Schweiz hängigen Kollokationsprozesses, trotz prioritärer Hängigkeit eines Forderungsprozesses in Belgien, SZIER 2009, S. 425.
- STADLER, ANDREAS: Managerhaftung in der Insolvenz: Die französische action en comblement du passif gemäß Artikel L. 651-2 Code de Commerce 2006 im Vergleich zur deutschen Organpersonenhaftung, Baden-Baden 2008.
- VETTER, MEINRAD/GUTZWILLER, ROMAN S.: Faktische Organschaft im Konzern, GesKR 2010, S. 224.
- VOGEL, ALEXANDER (Sanierungsdarlehen): Kapitalersetzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, SZW 1993, S. 299.
- VOGEL, ALEXANDER (Haftung): Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichen- den Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss., St. Gallen 1997 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht.
- VOGT, HANS-UELI: Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2009, S. 163.
- VON BÜREN, ROLAND: Schweizerisches Privatrecht, VIII/6, Der Konzern, Basel 2005.
- VON BÜREN, ROLAND/LÜTHI, BENDICHT: Sicherungen von Krediten Dritter im Konzern, in: EMMENEGGER, SUSANNE (Hrsg.): Kreditsicherheiten, Basel 2008, S. 55.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/WALTER, MARIA: Konzernklärung und Konzernvertrauen, SZW 2001, S. 53.
- WEBER, ROLF H.: Schweizerisches Privatrecht, II/4, Juristische Personen, Basel 1998.
- WILLEMER, CHARLOTTE: Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung, Tübingen 2006.
- WIMMER-LEONHARDT, SUSANNE: Konzernhaftungsrecht: die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht, Tübingen 2004.
- ZÜRCHER, WOLFGANG: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechtskonzern, Bern 1993.