

Residualaufgaben des Verwaltungsrats einer Konzern-Gruppengesellschaft Art. 716a OR im Konzernkontext: Teleologische Reduktion, Delegation und Business Judgment Rule

Alexander Vogel*

Inhalt

I.	Einleitung: Das konzernrechtliche «Paradoxon»	116
II.	Teleologische Reduktion von Art. 716a OR	118
1.	Gesetzestext und herkömmliche Auslegung	118
2.	Zwei Denkschulen	119
a)	Traditionelle Sicht (Paritätstheorie)	119
b)	Moderne Sicht (teleologische Reduktion)	119
3.	Herrschende Meinung und Konzept der Residualkompetenzen	120
4.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGer 4A_268/2018 (Swissair)	120
5.	Rechtsvergleich: Deutsches Aktiengesetz	121
III.	Konzerninterne Delegation gemäss Art. 716b OR	122
1.	Normatives Setting	122
2.	Delegation an Konzernleitung vs. faktische Aufgabenwahrnehmung	123
3.	«Doppelter Pflichtenexus» und Konzernweisungen	124
4.	Rechtsvergleich: Weisungsrecht im deutschen Konzernrecht	125
IV.	Dokumentation und Organisationsreglement	126
1.	Organisationsreglement als Delegationsvoraussetzung	126
2.	Dokumentation und Haftungsprävention	127
V.	Residualkompetenzen: Der nicht delegierbare Kernbereich	127
1.	Anerkannter Mindestbestand	128
a)	Kapitalerhaltung und Solvenzüberwachung	128
b)	Oberaufsicht und Eingriffspflichten	129
c)	Ernenennung der Geschäftsleitung	129
2.	Kontroverse: Darüberhinausgehende Residualkompetenzen	130
VI.	Business Judgment Rule im Konzern	133
1.	Grundlagen der Business Judgment Rule in der Schweiz	133
2.	Einschränkung der Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten	134

* Alexander Vogel, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner bei MLL Legal AG.

3. Bewältigung von Interessenkonflikten: Arm's-Length-Prinzip	135
VII. Schlussbemerkungen und Ausblick	137
Literaturverzeichnis	139

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag untersucht die Pflichten des Verwaltungsrats einer hundertprozentigen Konzern-Tochtergesellschaft im Lichte der teleologischen Reduktion von Art. 716a OR. Die Analyse zeigt, dass die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGer 4A_268/2018) eine pragmatische Einschränkung des unübertragbaren Aufgabenkatalogs bei reinen Konzernverhältnissen anerkennen. Der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft behält lediglich sogenannte Residualkompetenzen – namentlich die Solvenzüberwachung, die Eingriffspflicht bei rechtswidrigen Konzernvorgaben und die formelle Ernennung der Geschäftsleitung. Der Beitrag analysiert ferner die Voraussetzungen einer konzerninternen Delegation nach Art. 716b OR, den strukturellen Interessenkonflikt zwischen Konzern- und Gesellschaftsinteresse sowie die eingeschränkte Anwendbarkeit der Business Judgment Rule bei Konzernentscheiden. Er schliesst mit konkreten Empfehlungen für die Praxis zur haftungspräventiven Gestaltung der Konzernorganisation.

I. Einleitung: Das konzernrechtliche «Paradoxon»

Art. 716a Abs. 1 OR statuiert einen Katalog unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben des Verwaltungsrats. Hierzu gehören unter anderem die Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle, die Ernennung und Abberufung der Geschäftsleitung, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen sowie die Erstellung des Geschäftsberichts.¹ Diese Bestimmung unterscheidet nicht zwischen der rechtlich unabhängigen Einzel-Aktiengesellschaft und der in eine Unternehmensgruppe eingebundenen Konzern-Tochtergesellschaft. Der Verwaltungsrat einer hundertprozentigen Tochter hat de lege lata denselben Pflichtenkatalog wie derjenige einer Gesellschaft mit einer Vielzahl unabhängiger Aktionäre.

Diese normative Gleichbehandlung steht in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zur wirtschaftlichen Realität des Konzerns. JEAN NICOLAS DRUEY, der gemeinsame Doktorvater und wissenschaftliche Mentor des Jubi-

¹ Art. 716a Abs. 1 OR.

lars und des Autors, hat dieses Phänomen treffend als «Konzernparadoxon» bezeichnet:² Der einheitliche Führungsanspruch der Obergesellschaft kollidiert mit der gesetzlichen Eigenständigkeit und dem autonomen Pflichtenprogramm der Tochtergesellschaft. Einerseits verlangt die wirtschaftliche Logik des Konzerns eine zentralisierte Führung; andererseits postuliert das OR, dass jede Aktiengesellschaft – gleich ob Konzerngesellschaft oder nicht – ihren eigenen, vollumfänglichen Verwaltungsrat aufzuweisen hat, der seine Aufgaben eigenverantwortlich wahrnimmt.

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich – im Unterschied etwa zum deutschen Recht – bewusst gegen ein umfassendes Konzernrecht entschieden.³ Die Regelungen zum Konzern beschränken sich auf punktuelle Bestimmungen wie die Pflicht zur Konzernrechnung⁴ sowie einzelne Haftungsdurchgriffe und konsolidierte Regelungsansätze⁵, ohne ein positiv-rechtliches Normengefüge für die Leitungsorganisation innerhalb einer Unternehmensgruppe zur Verfügung zu stellen. Daraus ergibt sich die zentrale Fragestellung dieses Beitrags: Wie kann und muss der Verwaltungsrat einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft seine Pflichten aus Art. 716a OR erfüllen, wenn wesentliche Entscheidungen faktisch und – aus betriebswirtschaftlicher Sicht – notwendigerweise zentralisiert auf Konzernebene getroffen werden?

Die Frage ist von grosser Praxisrelevanz. Die weit überwiegende Mehrheit der Aktiengesellschaften in der Schweiz ist Teil einer Unternehmensgruppe. Die Organe dieser Gesellschaften – in der Praxis teilweise identisch besetzt mit Vertretern der Muttergesellschaft, in internationalen Konzernen oft aber auch teilweise besetzt mit lokalen Kadermitarbeitern oder externen Personen – bewegen sich in einem regulatorischen Umfeld, das ihnen formell die volle Eigenverantwortung auferlegt, während die wirtschaftliche Realität eine einheitliche Konzernleitung verlangt und praktiziert. Der Bundesrat selbst hat in der Botschaft zur Aktienrechtsrevision 2016 mehrfach festgehalten, der Konzernkontext sei bei der Nachjustierung der Corporate Governance für Akti-

² DRUEY, Paradoxe, 80 ff.

³ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589 ff.

⁴ Art. 963 ff. OR.

⁵ Art. 3d ff. BankG; Art. 65 ff. VAG, wohl die bekanntesten Beispiele für konsolidierte Aufsichtsregelungen im schweizerischen Finanzmarktrecht. Siehe auch das FINMA-Rundschreiben 2025/4, welches die konsolidierte Aufsicht für Finanzgruppen nach dem BankG und dem FINIG regelt.

engesellschaften zu berücksichtigen.⁶ Der Aufgabenkatalog von Art. 716a OR erscheint damit bei hundertprozentigen Konzerngesellschaften wenig realitätsbezogen.

Im Folgenden wird zunächst die teleologische Reduktion von Art. 716a OR dargestellt und die diesbezügliche Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung nachgezeichnet (II.). Sodann werden die Möglichkeiten und Grenzen der konzerninternen Delegation gemäss Art. 716b OR erörtert (III.) sowie die Anforderungen an Dokumentation und Organisationsreglement beleuchtet (IV.). Anschliessend wird der nicht delegierbare Kernbereich der Residualkompetenzen definiert (V.) und die Funktion der Business Judgment Rule im Konzernkontext analysiert (VI.). Der Beitrag schliesst mit einem Ausblick auf offene Reformfragen (VII.).

II. Teleologische Reduktion von Art. 716a OR

1. Gesetzestext und herkömmliche Auslegung

Nach dem Wortlaut von Art. 716a Abs. 1 OR hat «der Verwaltungsrat» die dort aufgeführten Aufgaben wahrzunehmen. Die Norm spricht allgemein vom Verwaltungsrat jeder Aktiengesellschaft, ohne zu differenzieren. Eine rein grammatikalische Auslegung führt demnach zum (vorschnellen) Ergebnis, dass der Verwaltungsrat einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft exakt denselben Pflichtenkatalog zu erfüllen hat wie derjenige einer unabhängigen Aktien- oder sogar Publikumsgesellschaft.⁷ Diese Lesart entsprach über Jahre der herrschenden Auffassung und führte zu einer fiktiven Parallelwelt: De iure musste der Tochter-Verwaltungsrat so tun, als führe er die Gesellschaft eigenständig; de facto erteilt(e) die Konzernmutter die strategischen Weisungen – und muss(te) diese Weisungen zur eigenen Pflichterfüllung auch erteilen.⁸

Diese Diskrepanz hat die schweizerische Aktienrechtslehre seit den 1990er-Jahren zunehmend beschäftigt. Zwei Denkschulen haben sich herausgebildet, die nachfolgend dargestellt werden.

⁶ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399, 555, 571 und 576.

⁷ BÖCKLI, § 7 Rz. 88 ff.

⁸ BGE 122 IV 103, E. VI.2.c: Strafrechtlich wurde eine solche Konzernleitungspflicht im Fall «von Roll» bestätigt: Das Bundesgericht verurteilte den CEO der Konzernmuttergesellschaft wegen Gehilfenschaft zu Verstössen gegen das Kriegsmaterialgesetz, weil er es unterlassen hatte, die Tochtergesellschaft organisatorisch so aufzustellen und zu kontrollieren, dass illegale Waffenlieferungen unterbunden wurden; siehe auch ZR 98 (1999) Nr. 52 243 E. 1.4.4. sowie der bei DRUEY/VOGEL, 372, besprochene Entscheid.

2. Zwei Denkschulen

a) Traditionelle Sicht (Paritätstheorie)

Die traditionelle Sicht, deren prominentester Vertreter wohl PETER FORSTMOSER⁹ sein dürfte, hält daran fest, dass Art. 716a OR für alle Aktiengesellschaften gleichermaßen gelte. Eine teleologische Reduktion ohne ausdrückliche legislatorische Änderung sei methodisch unzulässig, da der Gesetzgeber den Aufgabenkatalog bewusst als zwingend und abschliessend konzipiert habe. Der Verwaltungsrat müsse alle Pflichten eigenverantwortlich erfüllen, unabhängig davon, ob die Gesellschaft Teil eines Konzerns sei oder nicht.¹⁰

Diese Position beruht auf dem Grundsatz der absoluten Gleichbehandlung aller Aktiengesellschaften (Paritätstheorie). Sie sieht in der zwingenden Natur von Art. 716a OR eine bewusste Schutzfunktion zugunsten aller Stakeholder – auch und gerade in Konzernsituationen, in denen die Gefahr einer Interessenverlagerung zulasten der Tochtergesellschaft besteht. Aus dogmatischer Sicht hat diese Auffassung den Vorzug der formalen Konsistenz: Die Rechtsordnung muss nicht für jede Konzernsituation Sonderregeln entwickeln, sondern kann auf die einheitliche Geltung des Aktienrechts vertrauen.

b) Moderne Sicht (teleologische Reduktion)

Die Gegenposition, als deren massgebliche Vertreter PETER BÖCKLI¹¹ und JEAN NICOLAS DRUEY¹² zu nennen sind,¹³ befürwortet eine teleologische Einschränkung des Aufgabenkatalogs von Art. 716a OR bei eng verflochtenen Konzernverhältnissen. Die zentrale Argumentation lautet: Der Zweck von Art. 716a OR besteht darin, Kompetenzkonflikte und Verantwortungslücken in einer selbstständig geführten Aktiengesellschaft zu vermeiden. Dieser Normzweck greift nicht – jedenfalls nicht in vollem Umfang – wenn die Leitungsfunktionen wirtschaftlich zwingend auf die Konzernmutter übergegangen sind.

BÖCKLI formuliert dies pointiert: Bei einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft ohne Minderheitsaktionäre seien die Aufgaben des Tochter-Verwaltungsrats auf ein «Restminimum» zu beschränken.¹⁴ Die Oberleitung, die strategische Planung und weite Teile der Organisation würden in der Realität auf

⁹ FORSTMOSER, 93 ff.

¹⁰ FORSTMOSER, 95 ff.

¹¹ BÖCKLI, § 7 Rz. 88 ff.

¹² DRUEY, Konzernrecht, 1092.

¹³ Ähnlich auch VOGEL, Haftung der Muttergesellschaft, 342 ff.

¹⁴ BÖCKLI, § 7 Rz. 90.

Konzernebene wahrgenommen – dies anzuerkennen sei keine Derogation des Gesetzes, sondern die sachgerechte Auslegung seines Normzwecks im Lichte der wirtschaftlichen Verhältnisse.

Für die moderne Sicht spricht insbesondere die Überlegung, dass eine strikte Anwendung von Art. 716a OR im Konzern zu Pflichtwidrigkeitsfiktionen führt: Der Tochter-Verwaltungsrat wäre permanent pflichtwidrig, weil er faktisch nicht alle Aufgaben eigenständig wahrnimmt – ein Ergebnis, das weder vom Gesetzgeber so gewollt noch dem Gesellschaftsinteresse oder dem Gläubigerschutz dient, sondern lediglich Haftungsrisiken produziert, die in keinem Zusammenhang mit einem realen Schaden stehen.

3. Herrschende Meinung und Konzept der Residualkompetenzen

Heute kann die teleologische Reduktion von Art. 716a OR im reinen hundertprozentigen Konzernverhältnis als herrschende Lehre gelten.¹⁵ Die dogmatische Grundlage bildet das Konzept der «Residualkompetenzen»: Der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft behält einen nicht weiter reduzierbaren Kernbereich an Pflichten, gibt aber die darüber hinausgehenden Oberleitungsaufgaben an die Konzernleitung ab, soweit keine schützenswerten Dritinteressen (Minderheitsaktionäre, Gläubiger) berührt werden.

Das Konzept ist ein statisches: Die Residualkompetenzen definieren einen festen Mindestbestand an Pflichten, der – unabhängig von der konkreten Konzernorganisation – beim Tochter-Verwaltungsrat verbleibt. Der Verwaltungsrat behält die Gesamtverantwortung im Sinne einer Überwachungs- und Eingriffspflicht; er ist nicht berechtigt, alle Aufgaben vorbehaltlos an die Konzernleitung zu delegieren. HÄUSERMANN spricht prägnant von einer «Wächterfunktion» des Tochter-Verwaltungsrats.¹⁶

4. Bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGer 4A_268/2018 (Swissair)

Die bundesgerichtliche Anerkennung der Residualkompetenzen-Theorie erfolgte im Leitsatz 4A_268/2018 vom 18. November 2019.¹⁷ Es handelte sich um die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage der Swissair in Nachlassliquidation gegen vierzehn ehemalige Führungspersonen der SAirGroup.

¹⁵ Vgl. HÄUSERMANN, 567.

¹⁶ HÄUSERMANN, 562.

¹⁷ BGer 4A_268/2018 vom 18. November 2019, E. 6.4.

Der Kläger warf den Beklagten unter anderem eine «widerrechtliche Konzernorganisation» vor – die Konzernmutter habe die Leitungskompetenzen der Swissair unzulässigerweise usurpiert.

Das Bundesgericht liess die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ausdrücklich unbeanstandet, wonach in einem Konzern der Aufgabenkatalog gemäss Art. 716a Abs. 1 OR im Sinne einer teleologischen Reduktion so zu lesen sei, dass dem Verwaltungsrat der Untergesellschaften nur «Restkompetenzen» zustünden.¹⁸ Das Handelsgericht Zürich hatte unter Berufung auf BÖCKLI¹⁹ argumentiert, dass eine Usurpation von Kompetenzen nur dann vorliege, wenn die verbleibenden residuellen Aufgaben des Swissair-Verwaltungsrats nicht mehr gewährleistet gewesen seien.

Der Entscheid hat für die Praxis mehrere Implikationen: Erstens ist damit die teleologische Reduktion höchststrichterlich legitimiert. Zweitens stellt das Bundesgericht klar, dass die Voraussetzung für die Reduktion das Fehlen schutzbedürftiger Drittinteressen ist – bei einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft ohne Minderheitsaktionäre und ohne bedrohte Gläubigerinteressen greift die Einschränkung. Drittens verlagert sich die Haftungsprüfung: Nicht mehr die Frage, ob der Tochter-Verwaltungsrat *alle* Aufgaben nach Art. 716a OR wahrgenommen hat, ist massgebend, sondern ob er seine *residuellen* Kompetenzen pflichtgemäss ausgeübt hat.

5. Rechtsvergleich: Deutsches Aktiengesetz

Ein Blick auf das deutsche Recht unterstreicht die Besonderheit der schweizerischen Lösung. Das deutsche AktG kennt ein ausdifferenziertes Konzernrecht mit den §§ 291 ff. AktG (Unternehmensverträge, insbesondere Beherrschungsverträge und Gewinnabführungsverträge) sowie den §§ 311 ff. AktG für den faktischen Konzern.²⁰ Im Vertragskonzern hat die herrschende Gesellschaft ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft (§ 308 AktG), was die Leitungsautonomie des Tochterorgans offen einschränkt. Als Ausgleich bestehen strenge Verlustübernahme- und Sicherungspflichten (§§ 302, 303 AktG).

¹⁸ BGer 4A_268/2018 vom 18. November 2019, E. 6.4: Die Vorinstanz habe basierend auf diesem Konzernverständnis den Vorwurf unrechtmässiger Konzernbildung bereits mangels substantiierter Begründung verworfen, weil die Beschwerdeführerin nicht differenziert dargelegt habe, ab welchem Punkt die residuellen Kompetenzen des Verwaltungsrats der Swissair nicht mehr gewährleistet gewesen seien.

¹⁹ BÖCKLI, 4. Aufl., § 11 Rz. 298 ff.

²⁰ Vgl. §§ 291–310 AktG; §§ 311–318 AktG.

Im faktischen Konzern – der dem schweizerischen Normalfall entspricht – fehlt ein solches Weisungsrecht; die §§ 311, 317 AktG regeln jedoch die Nachteilszufügung und die dazugehörige Ausgleichs- sowie Haftungspflicht. Die Schweiz hat sich bewusst gegen ein solches formalisiertes Konzernrecht entschieden. Sie nimmt stattdessen die Unschärfe in Kauf und operiert mit flexibleren Instrumenten der teleologischen Auslegung und der richterlichen Rechtsfortbildung. Ob dieser Ansatz (auch) langfristig ausreicht oder eine gesetzliche Regelung angezeigt wäre, ist Gegenstand zukünftiger rechtspolitischer Diskussionen.

Festzuhalten ist, dass die deutsche Lösung zwar – zumindest auf den ersten Blick – mehr Rechtssicherheit bietet, aber auch mit nicht unerheblichem administrativem Aufwand verbunden ist: die jährliche Erstellung eines Abhängigkeitsberichts im faktischen Konzern²¹ oder der Abschluss und die Eintragung eines Beherrschungsvertrags in das Handelsregister, die obligatorische Abfindung und der laufende Ausgleich für aussenstehende Aktionäre sowie die jährliche Verlustübernahme im Vertragskonzern²² sind Instrumente, die der schweizerische Gesetzgeber offensichtlich als zu starr empfunden hat. Die schweizerische Lösung der teleologischen Reduktion vermeidet diese Formalitäten, verlangt dafür aber von den Rechtsanwendern – und insbesondere von den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaften – ein erhöhtes Mass an eigenverantwortlicher Beurteilung und sorgfältiger Dokumentation. In der Gesamtbetrachtung erscheint der schweizerische Ansatz als der flexiblere und praxistauglichere, sofern die Akteure die verbleibenden Residualkompetenzen ernst nehmen und sorgfältig ausüben.

III. Konzerninterne Delegation gemäss Art. 716b OR

1. Normatives Setting

Art. 716b Abs. 1 OR ermächtigt den Verwaltungsrat, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Die Delegation setzt mithin ein schriftliches Organisationsreglement voraus, das die Aufgabenbereiche, die Berichterstattungswege und die Kontrollmechanismen festlegt. Die äussere Grenze der Delegation bildet zumindest formal Art. 716a OR: Die dort genannten Kernaufgaben werden ganz allgemein als nicht delegierbar deklariert und verbleiben damit im Grundsatz

²¹ Vgl. § 312 Abs. 1 AktG.

²² Vgl. § 302 AktG.

beim Gesamtverwaltungsrat, während Vorbereitung und Ausführung delegierbar sind.

Für den Konzernkontext ergibt sich daraus ein doppeltes Spannungsfeld: Einerseits erlaubt Art. 716b OR die Delegation der Geschäftsführung – potenziell auch an konzernexterne bzw. konzernübergeordnete Stellen. Andererseits definiert Art. 716a OR die unübersteigbare Grenze dieser Delegation. Die teleologische Reduktion wirkt sich gerade auf diese Grenzziehung aus: Soweit der Aufgabenkatalog von Art. 716a OR im Konzern eingeschränkt gelesen wird, verschiebt sich auch die Delegationsgrenze.²³

2. Delegation an Konzernleitung vs. faktische Aufgabenwahrnehmung

Die Praxis kennt im Wesentlichen zwei Modelle der konzerninternen Leitungseinbindung: die formelle und die informelle Variante. Bei der formellen Einbindung werden Konzernfunktionsträger (z.B. der Konzern-CEO oder der Konzern-CFO) formal als Delegierte des Verwaltungsrats oder als Mitglieder der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft eingesetzt.²⁴ Diese Lösung hat den Vorteil der Transparenz und der klaren Verantwortlichkeitszuordnung. Sie birgt jedoch den Nachteil, dass die betreffenden Personen einem doppelten Pflichtenkreis unterliegen – gegenüber der Tochtergesellschaft einerseits und gegenüber der Konzernmutter andererseits.

Bei der informellen Variante nimmt die Konzernleitung faktisch Aufgaben der Tochtergesellschaft wahr, ohne formal in deren Organe eingebunden zu sein. Dieses Modell birgt das Risiko der «faktischen Organschaft» der Muttergesellschaft oder ihrer Vertreter.²⁵ Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Voraussetzungen der faktischen Organschaft definiert: Es bedarf der tatsächlichen und dauernden Wahrnehmung von Leitungsfunktionen, der Duldung durch die formellen Organe, der Übernahme organotypischer Aufgaben sowie der Einwirkung aus einer organotypischen Stellung.²⁶

Die Konsequenz der faktischen Organschaft ist weitreichend: Die Muttergesellschaft bzw. ihre handelnden Vertreter unterliegen den gleichen Haftungsmaßstäben wie die formellen Organe der Tochter (Art. 754 OR).²⁷ Dies stellt für

²³ BÖCKLI, § 7 Rz. 93 f.

²⁴ WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716b, BSK OR II, Rz. 9.

²⁵ BGE 117 II 570, E. 4a.

²⁶ BGE 128 III 92, E. 3a/b; siehe hierzu auch VETTER/GUTZWILLER, 224 ff. und BGE 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1 ff.

²⁷ KUNZ, 45 ff.

die Konzernleitung ein gewisses Haftungsrisiko dar, wobei klar festzuhalten ist: auch bei Vorliegen einer faktischen Organschaft sind die übrigen Voraussetzungen für eine Haftung nachzuweisen, faktische Organschaft führt nicht zu einer Kausalhaftung, weshalb Haftungsklagen gegen die Muttergesellschaft in der Praxis eher selten erfolgreich sind.²⁸ Aus Sicht des Gläubigerschutzes ist die Anerkennung der faktischen Organschaft hingegen zu begrüßen, da sie eine Haftungslücke schliesst: Wer de facto leitet, soll auch für allfällige Pflichtverletzungen haften.

3. «Doppelter Pflichtenexus» und Konzernweisungen

Das schweizerische Aktienrecht kennt kein Weisungsrecht des Aktionärs gegenüber dem Verwaltungsrat. Der Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung (Art. 716 Abs. 1 OR) gilt auch im Konzern: Die Tochtergesellschaft ist rechtlich nicht an Weisungen ihrer Muttergesellschaft gebunden. Konzernweisungen – seien sie als «Policies», «Group Standards» oder «Directives» formuliert – stellen rechtlich betrachtet lediglich faktische Einflussnahmen dar, nicht rechtsverbindliche Anordnungen.

Daraus resultiert ein struktureller Interessenkonflikt, den die Lehre als «doppelten Pflichtenexus» bezeichnet.²⁹ Der Verwaltungsrat der Tochter steht in einem Spannungsfeld zwischen der faktischen Unterordnung unter die Konzernleitung und seiner gesetzlichen Treuepflicht gegenüber der Tochtergesellschaft (Art. 717 OR). Der massgebende Grundsatz lautet: Das Gesellschaftsinteresse der Tochter geht im Konfliktfall dem Konzerninteresse vor.³⁰

Dies bedeutet nicht, dass Konzernweisungen generell unbeachtlich wären. Soweit die Weisung im Interesse der Tochtergesellschaft liegt oder jedenfalls nicht gegen dieses verstösst, darf und soll der Verwaltungsrat ihr folgen. Die Konzernzugehörigkeit als solche ist kein Umstand, der gegen das Gesellschaftsinteresse spricht – im Gegenteil: Die Zugehörigkeit zu einer leistungsfähigen Gruppe kann für die Tochter erhebliche Vorteile mit sich bringen

²⁸ Grundlegend zur faktischen Organschaft der Muttergesellschaft: BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.1.1 und 7.1.2 (sog. Systor-Fall, beklagte Partei war die UBS). Das Bundesgericht bestätigte, dass die faktische Organschaft der Muttergesellschaft zwar möglich ist, jedoch keine Kausalhaftung begründet; für eine Haftung nach Art. 754 OR müssen sämtliche übrigen Voraussetzungen (Pflichtverletzung, Schaden, Kausalität, Verschulden) nachgewiesen werden. Im konkreten Fall wies das Bundesgericht die Klage gegen die UBS ab. Dazu P. V. KUNZ, 41 ff., 45 ff.; VOGEL, Konzern(haftungs)recht, 607 ff., DRUEY/VOGEL, 349 ff., 364 ff.; vgl. auch VETTER/GUTZWILLER, GesKR 2010, 224.

²⁹ Stellvertretend für viele: KUNZ, Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften, 128 ff.

³⁰ BGE 130 III 219 E. 2.2.2; WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717, BSK OR II, Rz. 16a.

(Zugang zu Kapital, Know-how, Reputation, Synergien). Im Swissair-Cash-Pool-Entscheid (BGer 4A_268/2018 vom 18. November 2019) hat das Bundesgericht ausdrücklich die Zulässigkeit der Konzernstruktur bejaht und anerkannt, dass die Vorteile der Konzernzugehörigkeit bei der Beurteilung der Organpflichten berücksichtigt werden müssen und ausgeführt, dass mit Blick auf die Vorteile der Konzernzugehörigkeit das Gesellschaftsinteresse der betreffenden Gesellschaft nicht einfach isoliert den Massstab bilden kann, sondern in einem gewissen Grad auch das Konzerninteresse mitberücksichtigt werden muss. Diese Berücksichtigung der Konzerninteressen durch das Bundesgericht spiegelt die wirtschaftliche Realität von Konzernstrukturen wider und ist folglich zu begrüßen. Mit Blick auf Art. 717 Abs. 1 OR ist auch festzuhalten, dass das Konzerninteresse, soweit es für das Gesellschaftsinteresse relevant ist, kein Drittinteresse darstellt, sondern zum eigenen Interesse der einzelnen Konzerngesellschaft selbst wird. Problematisch wird die Befolgung von Konzernweisungen erst dort, wo das Konzerninteresse in Widerspruch zum Eigeninteresse der Tochter tritt – typischerweise bei nachteiligen konzerninternen Transaktionen oder bei Massnahmen, die die Solvenz der Tochter unmittelbar gefährden, ohne dass diese Massnahmen durch konzerninterne Unterstützungsleistungen oder Gegenmassnahmen angemessen «austariert» werden.

4. Rechtsvergleich: Weisungsrecht im deutschen Konzernrecht

Im Unterschied zur Schweiz kennt das deutsche Recht im Vertragskonzern (§ 291 AktG) ein ausdrückliches Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft gegenüber dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft (§ 308 AktG). Dieses Weisungsrecht ist umfassend und schliesst auch nachteilige Weisungen ein, sofern sie dem Konzerninteresse dienen. Als Gegenstück bestehen strenge Verlustübernahmepflichten und Sicherungsmechanismen für aussenstehende Aktionäre und Gläubiger. Im faktischen Konzern fehlt ein solches Weisungsrecht; § 311 AktG verpflichtet die herrschende Gesellschaft aber, jeden Nachteil spätestens bis zum Ende des Geschäftsjahres auszugleichen, und § 317 AktG begründet bei Verstoß eine Schadensersatzpflicht.

Die Schweiz hat diese formalisierte Lösung bewusst abgelehnt und vertraut stattdessen auf die Flexibilität der teleologischen Auslegung und die disziplinierende Wirkung der Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR) und gegebenen-

falls der Pauliana.³¹ Ob dieses System langfristig hinreichend Rechtssicherheit bietet, ist eine offene Frage.

IV. Dokumentation und Organisationsreglement

1. Organisationsreglement als Delegationsvoraussetzung

Art. 716b Abs.1 OR verlangt für die Delegation der Geschäftsführung ein schriftliches Organisationsreglement. Diese formelle Voraussetzung ist konstitutiv: Ohne ordnungsgemässes Organisationsreglement ist die Delegation unwirksam, und die delegierten Aufgaben verbleiben beim Gesamtverwaltungsrat.³² Im Konzernkontext bedeutet dies, dass jede Aufgabenübertragung an die Konzernleitung im Organisationsreglement der Tochtergesellschaft abgebildet sein muss.

Das Organisationsreglement einer Konzerntochter muss insbesondere die Schnittstellen mit der Konzernleitung präzise regeln: Welche Aufgaben werden auf welcher Stufe wahrgenommen? Welche Berichtswege bestehen? Welche Eskalationsmechanismen greifen bei Meinungsverschiedenheiten? In welchen Fällen hat der Tochter-Verwaltungsrat ein Vetorecht? Die Beantwortung dieser Fragen im Organisationsreglement ist nicht bloss eine formalistische Übung, sondern eine zentrale Governance-Massnahme, die Klarheit schafft und Haftungsrisiken minimiert.

In der Praxis zeigt sich häufig ein Defizit: Viele Konzern-Tochtergesellschaften verfügen entweder über kein Organisationsreglement oder über ein solches, das die tatsächlichen Kompetenzverteilungen nicht korrekt abbildet. Oft werden Muster-Organisationsreglemente der Muttergesellschaft übernommen, die auf die spezifische Situation der jeweiligen Tochter nicht zugeschnitten sind. Solche Dokumentationslücken sind im Haftungsfall problematisch, da sie den Nachweis erschweren, dass die Delegation ordnungsgemäss erfolgt ist.

³¹ Siehe Art. 288 Abs. 2 SchKG: «Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer nahestehenden Person des Schuldners trägt diese die Beweislast dafür, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte. Als nahestehende Personen gelten auch Gesellschafter eines Konzerns.»

³² WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716b, BSK OR II, Rz. 5 ff.

2. Dokumentation und Haftungsprävention

Die Dokumentation der Entscheidungsfindung und der Delegation erfüllt im Haftungsfall eine zentrale Funktion als Entlastungsbeweis. Art. 754 Abs. 2 OR auferlegt dem Organ die Beweislast für die Einhaltung der Sorgfaltspflicht. Lückenhafte oder fehlende Dokumentation wirkt sich regelmässig zulasten des beklagten Organs aus, da der Nachweis der pflichtgemässen Entscheidungsfindung ohne entsprechende Unterlagen kaum gelingt.³³

Für den Verwaltungsrat einer Konzerntochter ergeben sich daraus folgende praktische Anforderungen: Erstens sind die Verwaltungsratssitzungen zu protokollieren, wobei namentlich Konzernweisungen und die Gründe für deren Befolgung oder Ablehnung festzuhalten sind. Zweitens ist die fortlaufende Überwachung der Delegation zu dokumentieren – der Verwaltungsrat muss nachweisen können, dass er sich regelmässig über die delegierten Bereiche informiert hat (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR: Oberaufsicht). Drittens sind bei konzerninternen Transaktionen die Fremdüblichkeit der Konditionen und die zugrunde liegenden Bewertungen aktenkundig zu machen.³⁴

Die Dokumentation ist somit nicht Selbstzweck, sondern ein integraler Bestandteil der Corporate Governance im Konzern. Sie dient der Transparenz, der Rechenschaftslegung und – im Streitfall – als Beweismittel für die Pflichtgemässheit des Organhandelns. Ein Verwaltungsrat, der seine Entscheide und die zugrunde liegenden Überlegungen nicht dokumentiert, handelt fahrlässig und erschwert seine eigene Verteidigung im Haftungsprozess.

V. Residualkompetenzen: Der nicht delegierbare Kernbereich

Der Begriff der «Residualkompetenzen» bezeichnet den Mindestbestand an Aufgaben, der auch bei maximaler teleologischer Reduktion von Art. 716a OR beim Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft verbleiben muss. Dieser Kernbereich lässt sich in drei Hauptkategorien unterteilen, die nachfolgend erörtert werden.

³³ Art. 717 Abs. 1 OR.

³⁴ HÄUSERMANN, 558 f.

1. Anerkannter Mindestbestand

a) Kapitalerhaltung und Solvenzüberwachung

Die zentrale und unbestrittene Residualkompetenz bildet die Pflicht zur Solvenzüberwachung und Kapitalerhaltung. Der Verwaltungsrat muss jederzeit sicherstellen, dass die Gesellschaft zahlungsfähig ist und ihr Eigenkapital den gesetzlichen Mindestanforderungen genügt. Diese Pflicht ergibt sich unmittelbar aus den Art. 725a und 725b OR (in der seit dem 1. Januar 2023 geltenden Fassung) und ist auch im Konzern nicht delegierbar.

Art. 725a OR verpflichtet den Verwaltungsrat zum Handeln, wenn die letzte Jahresrechnung zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Art. 725b OR löst die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz und gegebenenfalls zur Benachrichtigung des Gerichts aus. Beide Pflichten treffen den Verwaltungsrat *jeder* Aktiengesellschaft individuell – eine Verlagerung auf die Konzernmutter ist ausgeschlossen.

Im Konzernkontext bedeutet dies namentlich: Der Tochter-Verwaltungsrat muss die Auswirkungen konzerninterner Transaktionen – insbesondere Cash-Pooling-Vereinbarungen, konzerninterne Darlehen und Verrechnungspreise – auf die Solvenz der Tochter laufend überwachen. Er darf zwar ohne gegenteilige Indikationen oder Präjudizien von der Arbeitshypothese ausgehen, die Gruppe werde die Tochtergesellschaft nicht ohne Not in eine Insolvenz schlitzen lassen,³⁵ darf sich aber umgekehrt nicht ohne weiteres blind darauf verlassen, dass die Konzernmutter in der Lage ist bzw. sein wird, für die Solvenz der Tochter zu sorgen, sondern muss – wo praktisch möglich – eine eigenständige Beurteilung oder – wenn dies die Umstände in einer grösseren Gruppe aus praktischer Sicht nicht zulassen – zumindest eine Plausibilisierung gestützt auf von der Gruppe zur Verfügung gestellte oder bei dieser eingeforderte Unterlagen (bspw. die gruppenweite Finanz- und Liquiditätsplanung)

³⁵ Siehe BGE 116 Ia 331 i.S. CS Holding zur Thematik des faktischen Beistandszwangs (d.h. die informelle Beistandspflicht) innerhalb eines Konzerns. In diesem Grundsatzurteil hielt das Bundesgericht fest, dass eine Konzernobergesellschaft (wie die damalige Schweizerische Kreditanstalt) faktisch veranlasst ist, einer in Schwierigkeiten geratenen Tochter- oder Schwestergesellschaft zur Rettung der eigenen Reputation finanziell beizustehen. Wegen dieser als «Phänomen der Konzernsolidarität» bekannten Praxis bejahte das Gericht die Pflicht der Bank, diese ausgelagerten Finanzgesellschaften in die konsolidierte Eigenmittlerechnung einzubeziehen. Der faktische Beistandszwang wird oft durch sog. «Cross-default»-Bestimmungen in Kreditverträgen verstärkt, welche bei Insolvenz oder Verzug einer Konzerngesellschaft die Gläubiger ermächtigen, alle Forderungen an die Konzernmutter oder andere Konzerngesellschaften sofort fällig zu stellen s. RUSCH ARNOLD, Interzession im Interesse des Aktionärs, Diss. Zürich 2004, 31.

vornehmen. Das Bundesgericht hat im *Swissair*-Entscheid klargestellt, dass die Darlehensgewährung an die Muttergesellschaft zwar im Rahmen der Business Judgment Rule liegen kann, der Tochter-Verwaltungsrat aber die Rückzahlung und die Bonität der Muttergesellschaft soweit möglich eigenständig zu (über)prüfen hat.³⁶

b) Oberaufsicht und Eingriffspflichten

Die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) bleibt auch bei teleologischer Reduktion unentziehbar.³⁷ Der Verwaltungsrat muss ein wirksames Überwachungssystem etablieren, das ihm ermöglicht, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und der wesentlichen Regularien (etwa des Organisationsreglements oder konzerninterner Vorgaben zu Wettbewerbsrecht, Anti-Korruptionsrecht, Sanktionsvorschriften oder andere wichtige Vorgaben) zu kontrollieren. Er muss insbesondere sicherstellen, dass er über die wesentlichen Vorgänge in der Gesellschaft periodisch informiert wird und bei Fehlentwicklungen rechtzeitig eingreifen kann.

Die Eingriffspflicht des Verwaltungsrats ist das Korrelat zur Delegation: Wer Aufgaben delegiert, muss die Möglichkeit und die Bereitschaft behalten, bei Pflichtverletzungen des Delegierten einzugreifen. Im Konzernkontext bedeutet dies: Wenn Konzernvorgaben gegen das Gesetz oder gegen die vitalen Interessen der Tochter verstossen oder wesentliche Regularien oder Vorgaben der Muttergesellschaft bei der Tochter nicht eingehalten werden, hat der Tochter-Verwaltungsrat die Pflicht, einzugreifen und – im Fall einer rechtswidrigen Konzernweisung – von dieser abzuweichen, notfalls im Einzelfall auch gegen die Vorgaben oder Instruktionen der Muttergesellschaft. Die Eingriffspflicht wird zur «Notbremse» des Tochter-Verwaltungsrats bei rechtswidrigen oder existenzgefährdenden Konzernentscheiden oder zur «Mahnpeife» bei erkennbar mangelnder Umsetzung der konzernweiten Vorgaben.

c) Ernennung der Geschäftsleitung

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR weist die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen dem Verwaltungsrat zu. Diese Kompetenz verbleibt auch im Konzern beim Tochter-Verwaltungsrat – selbst wenn die Kandidaten – wie regelmässig in der Praxis – de facto von der Mutter-

³⁶ So sinngemäss das Bundesgericht: siehe den Entscheid 4A_268/2018 vom 18. November 2019, E. 6.5.4.3 f.

³⁷ BÖCKLI, § 7 Rz. 93.

gesellschaft vorgeschlagen oder bestimmt werden. Der *formelle* Ernennungsakt ist rechtlich konstitutiv und kann nicht de facto oder mittels (Organisations)reglement an die Konzernmutter delegiert werden. In der Praxis bedeutet dies, dass der Tochter-Verwaltungsrat die vorgeschlagenen Kandidaten zusätzlich zumindest einer summarischen Prüfung unterziehen soll und den Ernennungsbeschluss – in der Realität oft als «teilautonomen Nachvollzug» – formell fassen und dokumentieren muss.

2. Kontroverse: Darüberhinausgehende Residualkompetenzen

Umstritten ist, ob der Mindestbestand der Residualkompetenzen über die drei genannten Kategorien hinausgeht. Ein beachtlicher Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass bei einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft keine darüber hinausgehenden Mindestpflichten bestehen: Die Muttergesellschaft könne die Tochter vollständig in die Konzernführung integrieren, solange die Solvenz gewahrt bleibe.³⁸ Diese Auffassung verdient Zustimmung, soweit sie anerkennt, dass nicht jede Konzerntochter einen eigenständigen unternehmerischen Selbstzweck verfolgt. Ein Teil der Lehre – und teilweise leider auch die Gerichtspraxis – geht fälschlicherweise vom Bild der umfassend tätigen, voll funktionsfähigen Ländertochtergesellschaft als Leittypus der Konzerntochtergesellschaft aus. Die Konzernrealität ist jedoch wesentlich vielgestaltiger: Eine Tochtergesellschaft kann auch lediglich einzelne Patente halten, für konzerninterne IT-Dienstleistungen zuständig sein oder als reine Zwischenholding fungieren. Bei solchen funktional spezialisierten Einheiten ist der Gedanke eines eigenständigen «Gesellschaftsinteresses», das über die Solvenz- und die Einhaltung des lokalen Rechts hinausgeht, weitgehend fiktiv.

Auch aus der rechtlichen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als juristische Person ergibt sich kein unbedingtes «Recht auf Überleben» oder eigenständige Existenz der Tochter. Die Tochtergesellschaft ist zwar eine eigene juristische Person mit eigenem Haftungssubstrat, aber daraus folgt kein «Existenzrecht» gegen den Willen des Alleinaktionärs. Bei der 100%-Tochter deckt sich das Gesellschaftsinteresse weitgehend mit dem Aktionärsinteresse; ein davon losgelöstes «Eigeninteresse» ist konstruiert. Sofern keine Gläubiger geschädigt werden, gleicht eine Konzerntochter einem konzerninternen Sondervermögen, dessen Existenz bzw. Selbständigkeit jederzeit durch Fusion oder Liquidation durch die Muttergesellschaft beendet oder durch eine Umstrukturierung vollumfänglich transformiert werden kann. Ein eigenständiges

³⁸ HOFSTETTER, 317; vgl. auch HÄUSERMANN, 567 f. m.w.H.

«Gesellschaftsinteresse» der Tochtergesellschaft, das über die Solvenzwahrung und die Einhaltung des lokalen Rechts hinausgeht, erscheint vor diesem Hintergrund als wenig überzeugend und schlecht begründbar.

Gleichwohl verbleibt auch bei funktional spezialisierten Tochtergesellschaften ein Mindestmass an eigenständiger Verantwortung – wenngleich dessen praktische Konturen oft schwer zu fassen sind. Ein Teil der Lehre postuliert ein «Integritätsinteresse» der Tochter, das dem Verwaltungsrat Vetorechte bei existenzgefährdenden Transaktionen einräumen soll. In der Praxis ist dieses Konzept jedoch von begrenzter Tragweite: Wenn etwa eine Lizenztochter, deren einziger Zweck das Halten eines bestimmten Patentportfolios ist, dieses Portfolio auf Konzernbeschluss veräussern soll, weil die Gruppe aus der betreffenden Technologie aussteigt, ist kaum ersichtlich, worin ein eigenständiges «Gesellschaftsinteresse» bestehen sollte, das dem Verkauf entgegenstünde. Das Integritätsinteresse reduziert sich in solchen Fällen auf die Sicherstellung, dass der Verkauf zu marktkonformen Bedingungen erfolgt und die Gesellschaft nach der Transaktion ihre Verbindlichkeiten erfüllen kann. Darüber hinausgehende Vetorechte des Tochter-Verwaltungsrats wären sachfremd, auch wenn die Tochtergesellschaft dadurch teilweise zum blossen Vollzugsinstrument der Mutter ohne grosse eigene Substanz degradiert wird.³⁹ Immerhin verbleibt die Pflicht zur sinnvollen Überwachung und gegebenenfalls lokalen Anpassung und Implementierung von Konzernvorgaben sowie eine gewisse Mitwirkung bei der strategischen Reflexion über die Positionierung der Tochter innerhalb des Konzerns.⁴⁰

Für die Praxis ergibt sich daraus ein Bild der «aktiven Passivität»: Der Tochter-Verwaltungsrat muss nicht zwingend eigene strategische Initiativen entwickeln, aber er muss die auf die «eigene» Tochtergesellschaft bezogenen Konzernentscheide soweit praktisch möglich eigenständig prüfen oder zumindest plausibilisieren, allfällige Risiken für die Tochter identifizieren und bei Bedarf intervenieren. Die Residualkompetenzen bilden kein starres Programm, sondern einen «Sicherheitsrahmen», der die eigenständige Existenz der Tochter als Rechtssubjekt im konkreten konzernbezogenen Umfeld, mit realistischem Blick auf Marktgegebenheiten und mit Rücksicht auf die konkrete Rolle der spezifischen Tochter in der Gruppe so weit wie möglich gewährleistet.

Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang die Frage des Cash-Poolings. Konzerninterne Liquiditätsmanagement-Systeme sind be-

³⁹ EUGSTER/VON DER CRONE, 440.

⁴⁰ BÖCKLI, § 7 Rz. 99 scheint hier eine eigenständige strategische Reflexion des Tochter-VRs zu verlangen. Dies dürfte, abhängig vom Spezialisierungsgrad und der Funktion der konkreten Tochtergesellschaft innerhalb der Gruppe in vielen Fällen eher unrealistisch bleiben.

triebswirtschaftlich sinnvoll und weit verbreitet. Sie bergen aber für die Tochtergesellschaft ein spezifisches Risiko: Durch die laufende Abführung überschüssiger Liquidität an den Konzern-Cash-Pool kann die Tochter in eine Situation geraten, in der sie über keine ausreichenden eigenen Mittel mehr verfügt, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Der *Swissair-Entscheid* hat genau diese Problematik illustriert: Die Kläger warfen dem Verwaltungsrat vor, die Darlehensgewährung an die Muttergesellschaft über den Cash-Pool fortgesetzt zu haben, obwohl die Bonität der Muttergesellschaft bereits gefährdet gewesen sei.⁴¹

Der Tochter-Verwaltungsrat muss daher im Rahmen seiner residuellen Solvenzüberwachungspflicht periodisch – wohl jährlich oder bei grösseren Gruppen, die einen formellen Halbjahresabschluss erstellen, allenfalls halbjährlich – prüfen: Ist die Gegenpartei des Cash-Pool-Vertrags (typischerweise die Muttergesellschaft oder eine Konzernfinanzierungsgesellschaft) hinreichend kreditwürdig? Bestehen angemessene Sicherheiten oder Rückzahlungsmechanismen? Kann die Tochtergesellschaft im Bedarfsfall kurzfristig auf ihre Liquidität zurückgreifen? Sobald Zweifel an der Rückzahlungsfähigkeit aufkommen, hat der Tochter-Verwaltungsrat – unabhängig von gegenläufigen Konzernweisungen – die Pflicht, die Teilnahme am Cash-Pool zu überprüfen und gegebenenfalls einzuschränken oder zu beenden. Diese Pflicht bildet einen integralen Bestandteil der residuellen Solvenzüberwachung. Umgekehrt hat ein sorgfältiger Tochter-Verwaltungsrat vor einer allfälligen Beendigung der Teilnahme am Cash-Pool ebenso sorgfältig die finanziellen Auswirkungen einer solchen Beendigung auf die Gruppe – und damit wiederum reflexartig auf die Tochtergesellschaft – abzuwägen, um einen unbeabsichtigten Dominoeffekt innerhalb der Gruppe, ausgelöst durch die Beendigung, mit genügender Wahrscheinlichkeit ausschliessen zu können. Bringt der Tochter-Verwaltungsrat durch eine schlecht vorbereitete, unabgestimmte Beendigung des Cash-Pools die ganze Gruppe in eine finanzielle Notlage, ist sein Verhalten als ähnlich (grob)fahrlässig einzustufen wie dasjenige eines Tochter-Verwaltungsrats, der sich nicht um seine Pflicht zur residuellen Solvenzüberwachung kümmert. Das Bundesgericht hat diese Überlegung im *Swissair-Entscheid* ausdrücklich bestätigt: Das Interesse der *Swissair* am Fortbestand der *SAirGroup* und der Schwestergesellschaften sei «*eminent*» gewesen, da die *Swissair* für den Flugbetrieb auf die Konzerngesellschaften – namentlich die *Flightlease AG* – angewiesen war. Die Darlehensgewährung über den Cash-Pool könne daher, obwohl formal gegen Kapitalschutzvorschriften verstossend, bei *ex-ante-Be-*

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019, E. 6.5.4 ff.

trachtung als nicht pflichtwidrig angesehen werden, da damit letztlich Gesellschaftsinteressen gewahrt wurden.⁴²

Ein weiterer praxisrelevanter Aspekt betrifft die konzerninterne Haftungsfreistellung (Indemnification). Häufig gewährt die Muttergesellschaft den Mitgliedern des Tochter-Verwaltungsrats eine Haftungsfreistellung für Schäden, die aus der Befolgung von Konzernweisungen resultieren. Eine solche Freistellung kann die persönliche Risikoexposition des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds mindern, befreit den Verwaltungsrat als Organ jedoch nicht von seinen gesetzlichen Pflichten. Die Freistellung ist zudem nur so viel wert wie die Bonität der freistellenden Muttergesellschaft – ein Umstand, der sich im Insolvenzfall der Mutter schmerzlich zeigt. Der Tochter-Verwaltungsrat darf sich daher nicht auf eine Konzern-Indemnification verlassen, sondern muss seine Residualpflichten unabhängig davon wahrnehmen.

VI. Business Judgment Rule im Konzern

1. Grundlagen der Business Judgment Rule in der Schweiz

Das Bundesgericht hat die Business Judgment Rule (BJR) im Entscheid 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts anerkannt.⁴³ Die Regel besagt, dass Gerichte unternehmerische Entscheide des Verwaltungsrats nur eingeschränkt überprüfen, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Der Verwaltungsrat geniesst einen weiten Ermessensspielraum bei Geschäftsentscheiden,⁴⁴ die ex ante vernünftig erscheinen, auch wenn sie sich ex post als nachteilig erweisen.

Die Voraussetzungen für die Anwendung der BJR sind kumulativ: Der Entscheid muss auf einer genügenden Informationsbasis beruhen, frei von sach-

⁴² Urteil des Bundesgerichts 4A_268/2018 vom 18. November 2019, E. 6.5.4.4.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1.

⁴⁴ Ob diese Einschränkung auf Geschäftsentscheide, welche namentlich «namentlich Kontroll- und Organisationsaufgaben» von der BJR ausschliessen will (s. BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016) sinnvoll ist, darf bezweifelt werden, da oft auch die Ausgestaltung von Kontroll- und Organisationsaufgaben ein erheblicher Ermessens- bzw. Handlungsspielraum verbleibt, der hinsichtlich sachlicher Richtigkeit – im Unterschied zur formellen Entscheidungsqualität (korrekter Entscheidungsprozess, angemessene Informationsbasis, korrekter Umgang mit Interessenkonflikten) nicht ex-post richterlich überprüft werden sollte; ebenso HÄUSERMANN, 568 ff.

fremden Interessen getroffen worden sein und in gutem Glauben dem Wohl der Gesellschaft dienen.⁴⁵

Die BJR schützt den Verwaltungsrat vor einer Haftung für Fehlentscheide, nicht aber vor einer Haftung für Pflichtverletzungen im Entscheidungsverfahren. Die Pflichtgemässheit des Verfahrens, insbesondere die Informationsbeschaffung und die Absenz von – bzw. der korrekte Umgang mit – Interessenkonflikten, bleibt weitgehend gerichtlich überprüfbar.⁴⁶ Im Konzern erlangt diese Unterscheidung besondere Bedeutung, da Interessenkonflikte hier – je nach wirtschaftlichem und organisatorischen Integrationsgrad des Konzerns und konzerninterner Stellung bzw. Funktion der entsprechenden Gesellschaft – in der Regel systemimmanent sind.

2. Einschränkung der Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten

Im Konzern ist die BJR teilweise eingeschränkt. Der Grund liegt in der strukturellen Befangenheit eines Teils oder aller Mitglieder des Tochter-Verwaltungsrats: Häufig sind dessen Mitglieder zugleich Vertreter der Muttergesellschaft oder von dieser entsandt. Bei Entscheiden, die das Konzerninteresse betreffen, sollen sie daher aus (mehrfach kritisierte) Sicht des Bundesgerichts nicht genügend unbefangen im Sinne der BJR-Voraussetzungen handeln.⁴⁷

Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 213 sogar einen erhöhten Sorgfaltsmassstab bei Konzernentscheiden formuliert:⁴⁸ Bei Entscheidungen, die im Interesse eines Dritten (hier: der Konzernmutter) und nicht primär im Interesse der eigenen Gesellschaft getroffen werden, solle der Schutz der BJR grundsätzlich entfallen. Bei einer Kollision von Konzern- und Gesellschaftsinteresse würde eine Pflichtverletzung vermutet; der Verwaltungsrat müsse den Entlastungsbeweis erbringen, dass der Entscheid gleichwohl im Interesse der Tochter gelegen oder jedenfalls nicht gegen deren Interessen verstossen habe.

⁴⁵ BGer 4A_74/2012, E. 5.1.

⁴⁶ VOGT/BÄNZIGER, 612 ff.

⁴⁷ BGE 113 II 52, E. 3a.

⁴⁸ BGE 130 III 213, E. 2.2.2 f. Das Bundesgericht liess für Zwecke der Treuepflicht gemäss Art. 717 OR nur die Interessen der eigenen Gesellschaft als relevant zu – nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften. Bei der arbeitsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 321a OR liess das Bundesgericht hingegen die Berücksichtigung des Konzerninteresses zu. Diese Differenzierung wird in der Lehre zu Recht kritisiert, da nicht einleuchtet, weshalb das Konzerninteresse bei der arbeitsrechtlichen, nicht aber bei der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht beachtlich sein soll; vgl. ROBERTO/JENTSCH, 312 f.

KUNZ hat diese restriktive Haltung der Rechtsprechung zu Recht kritisiert und für einen grösseren Ermessensspielraum des Tochter-Verwaltungsrats auch bei Konzernentscheiden plädiert.⁴⁹ Nach seiner Auffassung dürfe die blossе Tatsache, dass ein Entscheid im Konzernkontext getroffen werde, nicht automatisch zum Verlust des BJR-Schutzes führen. Massgebend müsse sein, ob der Entscheid – bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung der Konzernzugehörigkeit als relevantem Umstand – vertretbar erscheine. Diese Auffassung ist auch darum richtig, weil – wie oben dargestellt – je nach den Umständen die Interessen des Konzerns als Interessen auch der betroffenen Tochtergesellschaft anzusehen sind, womit kein Drittinteresse und somit auch kein relevanter Interessenkonflikt vorliegt, der eine strengere Handhabung der BJR im Konzernumfeld rechtfertigen würde. Der Interessengegensatz verändert sich zur Interessenkonvergenz oder sogar -kongruenz. Entsprechend hat die Meinung von BÖCKLI auch in der Lehre Zustimmung gefunden, auch wenn sie sich in der Rechtsprechung – auch mangels konkret zu prüfender Fälle – bisher noch nicht niedergeschlagen hat.

3. Bewältigung von Interessenkonflikten: Arm's-Length-Prinzip

Die Praxis hat verschiedene Mechanismen entwickelt, um dem – trotz möglicher Interessenkonvergenz oder sogar -kongruenz – nicht zu vernachlässigenden Interessenkonflikt-Potential im Konzern zu begegnen und die Anwendbarkeit der BJR zu erhalten. Das zentrale Instrument ist das Arm's-Length-Prinzip: Konzerninterne Transaktionen sollen so weit wie möglich zu Konditionen abgeschlossen werden, die auch zwischen unabhängigen Dritten üblich wären.⁵⁰ Werden marktübliche Bedingungen eingehalten, spricht eine Vermutung dafür, dass der Entscheid im Interesse der Tochtergesellschaft liegt – und die BJR greift.

Die Einhaltung des Arm's-Length-Prinzips erfordert in der Praxis eine sorgfältige Dokumentation der Fremdüblichkeit der Transaktionskonditionen; bei wesentlichen Transaktionen gegebenenfalls die Einholung einer unabhängigen Fairness Opinion; die Einrichtung von Ausstandsregeln für befangene Verwaltungsratsmitglieder; und die Etablierung eines transparenten Genehmigungsverfahrens für Related-Party-Transaktionen.⁵¹

Diese verfahrensmässige Absicherung dient nicht nur der Haftungsprävention, sondern gewährleistet auch materiell, dass die Interessen der Tochtergesell-

⁴⁹ KUNZ, Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften, 137, VOGT/BÄNZIGER, 623 ff. m.w.H.

⁵⁰ HASLEBACHER, 66.

⁵¹ HASLEBACHER, 66; KUNZ, Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften, 136 ff.

schaft – und damit ihrer Gläubiger – angemessen gewahrt werden. Der Verwaltungsrat, der ein transparentes, dokumentiertes und an Drittvergleichsmassstäben orientiertes Verfahren einhält, kann sich mit guten Gründen auf die BJR berufen – auch bei Konzernentscheiden.

In der Praxis empfiehlt sich ein mehrstufiges Verfahren für konzerninterne Transaktionen wesentlicher Bedeutung: In einem ersten Schritt ist ein möglicher Interessenkonflikt zu prüfen und gegebenenfalls auch formell festzuhalten und sind allfällige befangene Verwaltungsratsmitglieder zu identifizieren sowie gegebenenfalls in den Ausstand treten zu lassen. Kommt der Verwaltungsrat umgekehrt bei pflichtgemässer Prüfung zum Schluss, es liegt kein Interessengegensatz, sondern Interessenkonvergenz oder sogar -kongruenz vor, ist dieser Umstand genügend detailliert festzuhalten und zu begründen. In einem zweiten Schritt ist die Transaktion auf ihre Fremdüblichkeit zu prüfen – je nach den Umständen und der Komplexität der Fragestellung entweder mit einer Dokumentation von Referenzwerten oder – falls nicht möglich – gegebenenfalls unter Beizug eines unabhängigen Bewertungsgutachtens oder einer Fairness Opinion. In einem dritten Schritt ist der Entscheid einschliesslich seiner Begründung und der zugrunde liegenden Unterlagen zu protokollieren.⁵² Dieses dreistufige Verfahren schafft die prozeduralen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der BJR und reduziert das Haftungsrisiko auf ein Minimum.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die BJR entfaltet im Konzern ihre volle Schutzwirkung nur dann, wenn der Verwaltungsrat die erhöhten verfahrensrechtlichen Anforderungen einhält, die sich aus dem potentiell immanent bestehenden, strukturellen Interessenkonflikt ergeben. Die materielle Vertretbarkeit des Entscheids allein genügt nicht – es bedarf zusätzlich eines korrekten Verfahrens, das den Interessenkonflikt offenlegt und korrekt adressiert. Eine Missachtung dieser Anforderungen führt zum Verlust des Schutzes der BJR und gegebenenfalls zu einer Haftung nach Art. 754 OR, bei der das zuständige Gericht den Entscheid ohne Rücksicht auf das unternehmerische Ermessen auf seine Pflichtgemässheit überprüft.⁵³

⁵² In anderen Jurisdiktionen, bspw. in Deutschland, werden teilweise zur verbesserten Absicherung der Führungsgremien vor späteren Klagen bei wichtigeren Entscheiden von externen Beratern erstellte BJR-Gutachten oder Memoranden erstellt und in die Sitzungsbeilagen integriert. Sofern die Protokollierung genügend detailliert und umsichtig erfolgt, ist dies aus Schweizer Sicht nur für komplexe bzw. heikle Fälle oder für Entscheide mit grosser Tragweite und damit grossem Haftungsrisiko empfehlenswert.

⁵³ Art. 754 Abs. 1 OR.

VII. Schlussbemerkungen und Ausblick

Die vorstehende Analyse zeigt eine bemerkenswerte Evolution des schweizerischen Konzernrechts: vom formalistischen Beharren auf der uneingeschränkten Geltung von Art. 716a OR für alle Aktiengesellschaften hin zu einer pragmatischen, teleologisch begründeten und zeitgemässen Betrachtungsweise für reine Konzernverhältnisse. Diese Entwicklung ist zu begrüßen. Sie trägt der wirtschaftlichen Realität Rechnung, ohne den Gläubigerschutz preiszugeben.⁵⁴

Der von Lehre und Rechtsprechung gefundene Kompromiss lässt sich wie folgt zusammenfassen: Im hundertprozentigen Konzernverhältnis ohne Minderheitsaktionäre wird der Tochter-Verwaltungsrat teilweise von den Oberleitungsaufgaben des Art. 716a OR entlastet. Er behält jedoch einen Restpflichtenkreis – die Residualkompetenzen – der pflichtgemäss zu wahren ist: Solvenzüberwachung, Obergaufsicht mit Eingriffspflicht und formelle Ernennungskompetenz bilden den unantastbaren Kern. Dieser Restpflichtenkreis gewährleistet, dass die Tochtergesellschaft ihre gesetzlichen Pflichten erfüllen und als eigenständiges Rechtssubjekt im Rechtsverkehr handeln kann – ohne dass damit ein darüber hinausgehendes, vom Konzerninteresse losgelöstes «Gesellschaftsinteresse» postuliert würde.

Als disziplinierende Gegenstücke zur Entlastung des Tochter-Verwaltungsrats fungieren die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 OR)⁵⁵ und der Wegfall des BJR-Schutzes bei nicht formell korrekt entschärften Interessenkonflikten. Diese Haftungskontrollmechanismen garantieren, dass die teleologische Reduktion nicht zu einem Freibrief für pflichtwidriges Verhalten wird: Wer die Residualkompetenzen verletzt oder Interessenkonflikte nicht formell korrekt adressiert, läuft ein erhebliches Risiko, verschärft zu haften.

Offen bleibt die Frage, ob der gegenwärtige Zustand – eine rein richterrechtliche Anerkennung der teleologischen Reduktion ohne gesetzliche Grundlage – langfristig befriedigend ist. Die Rechtssicherheit leidet darunter, dass die Konturen der Residualkompetenzen nicht gesetzlich definiert sind, sondern von Fall zu Fall durch die Gerichte bestimmt werden. Der Bundesgesetzgeber hat in der Aktienrechtsrevision 2020 bewusst auf eine Konzernrechtsregelung verzichtet – ein Entscheid, der angesichts der zunehmenden Komplexität internationaler Konzernstrukturen zu hinterfragen ist.

⁵⁴ HÄUSERMANN, 559 f.

⁵⁵ Zur Verantwortlichkeitsklage im Konzernkontext: KUNZ, 45 ff.; VOGEL, Haftung der Muttergesellschaft, 380.

Für die Praxis ergibt sich gleichwohl ein klares und handhabbares Normengefüge: Der Verwaltungsrat einer Konzerntochter sollte (i) über ein aktuelles Organisationsreglement verfügen, das die Kompetenzverteilung im Konzern transparent abbildet; (ii) die Solvenz der Gesellschaft laufend und soweit praktisch möglich eigenständig überwachen und sich sonst zumindest regelmässig über die Resultate der Überwachung informieren lassen; (iii) bei konzerninternen Transaktionen das Arm's-Length-Prinzip einhalten und dokumentieren; (iv) ein funktionierendes Reportingsystem etablieren, das ihm eine informierte Oberaufsicht ermöglicht; und (v) bei Konzernentscheiden, die das Gesellschaftsinteresse der Tochter tangieren, eine eigenständige Beurteilung oder zumindest Plausibilisierung vornehmen und diese aktenkundig – d.h. in den dafür vorgesehenen Verwaltungsratsprotokollen – festhalten. Wer diese Grundsätze befolgt, bewegt sich im sicheren Bereich der Residualkompetenzen und minimiert das persönliche Haftungsrisiko.

Abschliessend ist auf die Frage des Minderheitenschutzes hinzuweisen. Die teleologische Reduktion von Art. 716a OR setzt – wie das Bundesgericht im *Swissair*-Entscheid klargestellt hat – voraus, dass keine schutzbedürftigen Drittinteressen betroffen sind. Bei Gesellschaften mit Minderheitsaktionären greift die Reduktion nicht. Sobald Minderheitsaktionäre vorhanden sind, lebt der volle Pflichtenkatalog von Art. 716a OR wieder auf, da die Organpflichten in diesem Fall nicht nur den (identischen) Interessen von Mutter und Tochter dienen, sondern auch dem Schutz der Minderheit. Der Übergang zwischen der hundertprozentigen Beteiligung und dem Vorhandensein einer Minderheitsbeteiligung markiert daher eine markante Zäsur in der konzernrechtlichen Pflichtenlage.

Ähnliches gilt für die Gläubigerinteressen: Solange die Tochtergesellschaft solvent ist und ihre Verbindlichkeiten bedienen kann, steht die teleologische Reduktion nicht im Widerspruch zu den Gläubigerinteressen. Gerät die Gesellschaft aber in die Nähe der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung (Art. 725a, 725b OR), verschieben sich die Loyalitätspflichten des Verwaltungsrats: Er wird zum Sachwalter der Gläubigerinteressen und darf die Konzerninteressen deshalb nicht vor den Gläubigerschutz stellen. Ist auch die Muttergesellschaft Gläubigerin der Tochtergesellschaft, so hat der Verwaltungsrat das Gleichbehandlungsprinzip zu beachten: er muss die Muttergesellschaft – soweit ihre Forderungen nicht nachrangig sind – nicht benachteiligen, darf sie aber auch nicht bevorteilen – oder sich selbst bevorteilen lassen, was automatisch eine stärkere Involvierung und Überwachungstätigkeit des Tochterverwaltungsrats bedingt.

Die weitere Entwicklung des schweizerischen Konzernrechts wird massgeblich davon abhängen, ob die Gerichte den eingeschlagenen Weg konsequent

fortsetzen und die Residualkompetenzen weiter konkretisieren – oder ob der Gesetzgeber sich entschliesst, ein positives Konzernrecht zu schaffen, das den Akteuren mehr Rechtssicherheit bietet als die heutige Lösung der teleologischen Auslegung. De lege ferenda wäre insbesondere zu erwägen, ob ein ausdrücklicher Vorbehalt für Konzerngesellschaften in Art. 716a OR aufzunehmen und/oder sogar eine ausdrückliche Regelung der konzerninternen Kompetenzdelegation und gegebenenfalls der Kompensation für potenzielle Nachteilszufügungen⁵⁶ einzuführen wäre. Eine solche Regelung würde den Akteuren einen klareren normativen Rahmen geben und die heute bestehende Rechtsunsicherheit vernünftig reduzieren.

Bis dahin bleibt die pragmatische Kompromisslösung der herrschenden Lehre der verlässlichste Wegweiser für die konzernrechtliche Praxis. Der Verwaltungsrat einer Konzerntochter, der seine Residualkompetenzen kennt, sorgfältig ausübt und laufend sowie genügend detailliert dokumentiert, bewegt sich auf einigermaßen sicherem Terrain – unabhängig davon, ob eine künftige Gesetzesrevision die heutigen Grundsätze kodifiziert oder weiterentwickelt.

Literaturverzeichnis

- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht 4. A., Zürich/Genf 2009 (zit. BÖCKLI, 4. Aufl.).
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5. A., Zürich/Genf 2022.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: von Büren Roland (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 75 ff., (zit. DRUEY, Paradoxe)
- DRUEY JEAN NICOLAS, Neues aus dem Konzernrecht Oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 2005, 1083 ff. (zit. DRUEY, Konzernrecht).
- DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.
- EUGSTER KARIN/VON DER CRONE HANS KASPAR, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts [4C.258/2003](#) ([BGE 130 III 213](#)) vom 9. Januar 2004 i.S. B. AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) gegen A. (Beklagte und Berufungsklägerin), SZW 2004, 434 ff.
- FORSTMOSER PETER, Haftung im Konzern, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, St. Galler Studien Privat-, Handels und Wirtschaftsrecht 59, Bern 2000, 89 ff.
- HASLEBACHER KIRIL R. R., Das Arm's Length Principle im schweizerischen Recht – Die Grenzen des Konzerneinflusses, ex ante 1/2023, 64 ff.
- HÄUSERMANN DANIEL M., Konzernorganisationsrecht heute, SZW 2023, 559 ff.

⁵⁶ Art. 288 Abs. 2 SchKG kann als erster Schritt in diese Richtung angesehen werden.

- HOFSTETTER KARL, Corporate Governance im Konzern, in: von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 301 ff.
- KUNZ PETER V., Klarstellungen zur Konzernhaftung – Bundesgerichtsentscheid 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, recht 2011, 41 ff.
- KUNZ PETER V., Tätigkeiten sowie Rechtsrisiken der Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften, in: Kunz Peter V. / Arter Oliver /Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 122 ff (zit. KUNZ, Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften).
- ROBERTO VITO/JENTSCH VALENTIN, Praxishandbuch Verantwortlichkeitsrecht, Bern 2025.
- RUSCH ARNOLD, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitsbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004.
- VETTER MEINRAD/GUTZWILLER ROMAN S., Faktische Organschaft im Konzern – Voraussetzungen und Folgen, GesKR 2010, 224 ff.
- VOGEL ALEXANDER, Konzernverantwortlichkeit – Die Haftung der Muttergesellschaft und ihrer Organe, Diss. Zürich 2020 (zit. VOGEL, Haftung der Muttergesellschaft).
- VOGEL ALEXANDER, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich/Basel/Genf 2002, 607 ff. (zit. VOGEL, Konzern(haftungs)recht).
- VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, GesKR, 2012, 607 ff.
- WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Art. 716b, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. A. 2024.
- WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Art. 717, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. A. 2024.