

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Locker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735
 III Versicherungsrecht	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz – Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG	853
ANDREA PFLEIDERER Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht	867
IOANNIS ROKAS Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank which has a pre-notice of a mortgage on the insured building	877
MARTIN SCHAUER Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das österreichische Recht	893
MANFRED WANDT Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)	903
ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH «Nudging» im Versicherungssektor	925

IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici (1389–1464) lernen kann	947
PETER BÖCKLI Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen des Gesellschaftsrechts	973
CHRISTOPH B. BÜHLER Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung	989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069
 V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht	
STEPHAN BREITENMOSER / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einleitung	990
II. Konzernrecht und Konzernwirklichkeit	990
III. Aus der Konzernierung folgende zivilrechtliche Haftungsrisiken der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft	992
A. «Durchgriffshaftung»	992
B. Haftung der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft ..	994
C. Haftung der Muttergesellschaft für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganschaft	997
D. Haftung aus «Konzernvertrauen»	998
E. «Faktischer Beistandszwang» der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft	1000
F. <i>De lege ferenda</i> : Haftung der Schweizer Muttergesellschaft für Verstöße gegen Menschenrechte und Umweltstandards ausländischer Tochtergesellschaften und deren Zulieferunternehmen?	1002
IV. Strafrechtliche Unternehmenshaftung im Konzern	1006
A. Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 StGB	1006
B. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für die Tochtergesellschaft	1008
V. Mögliche Vorkehrungen des Verwaltungsrates zur Verminderung der Konzernhaftungsrisiken	1009
A. Vorbemerkung	1009
B. Reduktion des Risikos einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit («faktischer Organschaft») und aus unerlaubter Handlung infolge Doppelorganschaft	1010
C. Reduktion des Risikos einer Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen	1014
D. Reduktion des Risikos einer subsidiären Unternehmensstrafbarkeit der Muttergesellschaft für Straftaten der Organe der Tochtergesellschaften wegen mangelhafter Organisation	1015
VI. Schluss	1016

I. Einleitung

Seine erste Begegnung mit dem JUBILAR hatte der Verfasser vor rund 25 Jahren als Student der Rechtswissenschaften an der Universität Basel in einem von jenem geleiteten Seminar zum Europäischen Gesellschaftsrecht. Damals war der JUBILAR gerade frisch zum Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel berufen worden. Aufgrund seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit als Rechtskonsulent und Direktionsmitglied der Zürich Versicherung konnte er dabei auf eine breite Praxiserfahrung zum komplexen Zusammenspiel von Führung und Kontrolle im Konzernverbund und zum Umgang mit den damit einhergehenden inhärenten Haftungsrisiken sowie deren Begrenzung zurückgreifen – ein Fundus, den er den Studierenden auf einprägsame Art und Weise weiterzuermitteln wusste.

Diese persönliche Erinnerung inspirierte den Verfasser zum vorliegenden Beitrag, der sich mit den spezifischen Konzernhaftungsrisiken befasst, mit welchen die obersten Führungs- und Aufsichtsorgane im Konzern regelmässig konfrontiert sind. Es geht namentlich um die Frage, welche Haftungsrisiken der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft in Bezug auf die einheitliche Leitung seiner Tochtergesellschaften läuft und welche Vorkehrungen er treffen kann, um diese Risiken möglichst zu minimieren.

II. Konzernrecht und Konzernwirklichkeit

Der Konzern kennzeichnet sich *de facto* durch die wirtschaftliche und führungsmässige Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen zu einer Einheit.¹ Der Schweizer Gesetzgeber hat diese Realität des Konzerns nur bruchstückhaft zur Kenntnis genommen und geregelt.² Das Gesellschaftsrecht ist immer noch weitgehend im Konzept der körperschaftlichen Einzelgesellschaft verfasst und zur Konzernwirklichkeit der Zweckvermögensstrukturen bisher nur partiell vorgedrungen.³ So anerkennt der Ge-

1 Vgl. LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Basler Habil., Zürich 1994, 31 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. Zürich 2009, § 11 N. 3; PETER FORSTMOSER, Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in: Die vernetzte Wirtschaft – Netzwerke als Rechtsproblem, Zürich 2004, 151 ff., 159; JEAN NICOLAS DRUEY, Corporate Governance im Konzern – Ein Vorschlag, SZW 84 (2012), 414 ff., 417; PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, N. 17 ff.; CHRISTOPH B. BÜHLER, Informationsversorgung im Konzern – Rechtliche Rahmenbedingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, in: Festschrift Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 153 ff., 157.

2 ROLAND VON BÜREN, Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, in: Festschrift Peter Böckli, Zürich 2006, 429 ff., 438; DERS., Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in SPR Bd. VIII/6, Basel 1997, 2. Aufl. Basel, 320 f.; KARL HOFSTETTER, Corporate Governance im Konzern, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 2003, 301 ff., 302.

3 PETER NOBEL, Corporate Governance und Gesellschaftsrecht – Gleichklang oder Wettlauf zwischen Wirklichkeit und Recht, in: Festschrift Hans Peter Walter, Bern 2005, 397 ff., 406.

setzgeber etwa indirekt die Zulässigkeit von Konzernstrukturen, indem er eine Konsolidierungspflicht in der Rechnungslegung bei stimmenmässiger Kontrolle und beherrschendem Einfluss vorsieht.⁴ Auch Art. 728 Abs. 6 OR stellt auf das Konzernverhältnis ab, indem er festhält, dass die Bestimmungen über die Unabhängigkeit der Revisionsstelle auch Gesellschaften erfassen, die mit der zu prüfenden Gesellschaft oder der Revisionsstelle «unter einheitlicher Leitung stehen». Obgleich dem Gesetz über solche punktuellen Anknüpfungen hinaus keine umfassende und in sich kohärente Regelung zum Konzern zu entnehmen ist, besteht dazu inzwischen eine gefestigte Lehre und Praxis, die als «Schweizer Konzernrecht» bezeichnet werden kann.

Im Brennpunkt des Konzernrechts stehen die Beziehungen und das Spannungsfeld zwischen den Organen der Muttergesellschaft und denjenigen der Tochtergesellschaft.⁵ Zum Konzernbegriff gehört nach der hier vertretenen Auffassung – ausserhalb der für die Rechnungslegung massgeblichen Anknüpfung, welche heute auf dem *Kontrollprinzip* basiert⁶ – notwendigerweise die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen *unter einheitlicher Leitung*.⁷ Diese steht zu dem auf Eigenständigkeit abzielenden Konzept, wonach die Gesellschaftsorgane die Interessen der «eigenen» Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen⁸ und der Verwaltungsrat bestimmte unentziehbare Kernkompetenzen wahrzunehmen hat,⁹ in einem Spannungsverhältnis.¹⁰ Damit ergibt sich für die im Konzern verbundenen Unternehmen hinsichtlich der Verantwortlichkeit ihrer Organe eine spezifische Ausgangslage, die von derjenigen einer selbständig operierenden Einzelgesellschaft abweicht. Dies gilt insbesondere für die Konstellation, in welcher die Tochtergesellschaften kapital- und stimmenmässig nicht zu 100%, sondern nur *mehrheitlich* von der Muttergesellschaft beherrscht sind. Hier stellt sich zusätzlich die Frage, auf welche Inte-

4 Art. 963 Abs. 1 OR.

5 Vgl. FORSTMOSER (Fn. 1), 158; HOFSTETTER (Fn. 2), 303; DRUEY (Fn. 1), 416 f.

6 Art. 963 Abs. 1 OR.

7 Obgleich der Passus der «Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung» (so ausdrücklich noch Art. 663e aOR 1991) in Art. 963 Abs. 1 OR nicht mehr zu finden ist, bleibt die von der Rechtsprechung entwickelte, auf dem Leitungsprinzip basierende gesellschaftsrechtliche Definition des Konzerns nach der hier vertretenen Auffassung für die Zwecke der Corporate Governance sowie im Verantwortlichkeitsrecht weiterhin massgeblich, denn dieses stellt nach wie vor auf das Kriterium der Ausübung der einheitlichen Leitung ab. So auch PETER BÖCKLI, *Neue OR-Rechnungslegung*, Zürich 2014, 209; PATRIC A. BRAND, *Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen*, Berner Diss. Zürich 2015, N. 81 ff. und 199 ff.; a.M. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Bern 2014, § 15 N 4 ff.; MONSCH/VON DER CRONE (Durchgriff und wirtschaftliche Einheit BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, SZW 85 [2013], 452 ff.), 453 f., die dafürhalten, dass aufgrund der Aufhebung von Art. 663e aOR und Neufassung in Art. 963 OR hinsichtlich der Konzerndefinition von einem «generellen Paradigmenwechsel» hin zum Kontrollprinzip auszugehen sei.

8 Art. 717 Abs. 1 OR.

9 Art. 716a Abs. 1 OR.

10 Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, *Die drei Paradoxe des Konzernrechts*, in: *Festschrift für Rolf Bär*, Bern 1998, 75 ff.; FORSTMOSER (Fn. 1), 161; VON BÜREN (Fn. 2), 430; BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N 290.

ressen – auf diejenigen des übergeordneten Konzerns oder vielmehr auf diejenigen der als eigenständige juristische Person konstituierten Tochtergesellschaft – abzustützen ist.¹¹

III. Aus der Konzernierung folgende zivilrechtliche Haftungsrisiken der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft

A. «Durchgriffshaftung»

1. Grundsatz: Keine Haftung aufgrund der Aktionärsstellung

Das Aktienrecht macht an sich – wie bereits dargelegt – eine klare Trennung zwischen der Aktiengesellschaft als selbständiger juristischer Person und ihren Aktionären. Grundlage des *Trennungsprinzips* bildet Art. 620 OR, welcher besagt:

«Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich.»

Solange die Muttergesellschaft also ausschliesslich ihre Rechte als Aktionärin der Tochtergesellschaft wahrnehmen würde, könnten ihr grundsätzlich nur die Pflichten eines Aktionärs (Liberierungspflicht und gegebenenfalls Rückerstattungspflicht bei ungerechtfertigten Gewinnentnahmen gemäss Art. 678 OR) auferlegt werden.

Das Schweizer Aktienrecht kennt *keine Haftung des Mehrheitsaktionärs*, sei er eine natürliche oder eine juristische Person. Die Stellung als Aktionär mit einer wesentlichen Beteiligung begründet für sich keine Haftung. Das ist in der Literatur weitgehend unbestritten.¹²

Der Grundsatz der Trennung zwischen der Aktiengesellschaft als selbständiger juristischer Person mit einem Sondervermögen und eigenem Haftungssubstrat einerseits und ihren Aktionären bzw. ihrer Muttergesellschaft andererseits wird *im Konzern* jedoch in mehrfacher Hinsicht relativiert, soweit dies unter haftungsrechtlichen Prinzipien angezeigt ist.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen und Praxis zur «Durchgriffshaftung»

Geht das bedenkenlose Schalten und Walten der Konzernleitung auf der Ebene der Tochtergesellschaft sehr weit, so erscheint die Berufung der Muttergesellschaft auf die

11 FORSTMOSER (Fn. 1), 163; HOFSTETTER (Fn. 2), 306 f.

12 Vgl. BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N 455; ANDREAS VON PLANTA, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981, 82 ff.; HANDSCHIN (Fn. 1), 184; KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Habil. Zürich, Tübingen 1995, 177 ff.

Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als *rechtsmissbräuchlich* und die Gerichte können sich ausnahmsweise über den sonst universell geltenden Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft hinwegsetzen. Die formalrechtliche Selbständigkeit der juristischen Person wird ausgeblendet und stattdessen wird auf die *wirtschaftliche Realität* abgestellt, d.h. es wird durch die Rechtsperson der Aktiengesellschaft hindurch auf die dahinter stehende Muttergesellschaft gegriffen. Der «Schleier» der juristischen Person wird durchstossen («*piercing the corporate veil*»),¹³ und der Kläger vermag durch die Rechtsperson der Aktiengesellschaft hindurch auf den dahinter stehenden Allein- oder Hauptaktionär zu greifen.¹⁴ Dies kann nach der Praxis etwa der Fall sein, wenn einer der folgenden Umstände vorliegt:

- *Vermögensvermischung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft*: Indem die Muttergesellschaft z.B. das Vermögen nicht getrennt verwaltet oder sich Zahlungen an die Tochtergesellschaft aneignet.
- *Unterkapitalisierung*: Wenn die Tochtergesellschaft keine lebensfähige Gesellschaft ist. Spezialfall bilden (hinreichende) Darlehen der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft bei geringem Eigenkapital. Im Konkursfall wird u.U. zwar ein Durchgriff verneint, die Darlehen werden aber nicht als Schulden, sondern als Eigenkapital behandelt.
- *Missachtung der rechtlichen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft*: Es werden z.B. nie Verwaltungsratssitzungen abgehalten und auch keine eigene Erfolgsrechnung oder Bilanz für die Tochter erstellt.¹⁵

Mit dem «*Durchgriff*» kann der Haupt- oder Alleinaktionär gegenüber den Gläubigern respektive Minderheitsaktionären der Gesellschaft unter Umständen direkt haftbar gemacht werden.¹⁶ Umgekehrt steht fest: eine bestehende Beherrschung allein genügt nicht für die Begründung eines Durchgriffs. Auch wenn die Gesellschaft eine Mehrheitsaktionärin hat, wird die Gesellschaft weiterhin grundsätzlich durch ihren eigenen Verwaltungsrat verwaltet, und dieser bleibt für die Geschäftsführung verantwortlich. *Echte Durchgriffsfälle* sind in der Gerichtspraxis denn auch äusserst selten.

Die Rechtsprechung zum Durchgriff im eigentlichen Sinne ist eher dünn gesät. Aus den wenigen, teilweise älteren Entscheidungen ist abzuleiten, dass die Gerichte ein Durchgriffsbegehren grundsätzlich nur dann zulassen, wenn die rechtliche Trennung *zum Zwecke der Schädigung Dritter* in ihren schutzwürdigen Interessen herbeigeführt

13 Vgl. GUNTER H. ROTH/PETER KINDLER, *The Spirit of Corporate Law – Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, Innsbruck/München 2013, 66 ff.

14 Vgl. KRISTINA KUZMIC, *Haftung aus «Konzernvertrauen»*, Diss. Zürich 1998, 97 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11. Aufl. Bern 2012, § 2 N. 43 ff.; BÖCKLI (Fn. 1), § 1 N. 14; § 11 N. 456 ff.; KUNZ (Fn. 1), N. 792 ff.

15 Urteil des Bundesgerichts 5C.275/2002 vom 3. Juli 2003, E. 1.4; BGE 71 II 275 ff.

16 Vgl. KUZMIC (Fn. 14), 97 ff.; BGE vom 11. Juni 1992, zit. bei Jean Nicolas DRUEY/ALEXANDER VOGEL, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zürich 1999, 77 f.

oder angerufen wird und wenn keine ebenfalls schutzwürdigen Interessen anderer die Anerkennung der Trennung fordern.¹⁷ Beim Durchgriff geht es also letztlich um eine Frage der Interessenabwägung *in krassen Missbrauchssituationen*. Es muss in jedem einzelnen Fall aufgrund der konkreten Umstände geprüft und beurteilt werden, ob mit der Verwendung der Aktiengesellschaft und der damit verbundenen Trennung ausschliesslich oder doch ganz überwiegend der Zweck verfolgt wird, Drittinteressen zu schädigen.¹⁸

Überdies kann es zu einem eigentlichen «Durchgriff» praktisch nur kommen, wenn die Gesellschaft *in Konkurs* fällt und es sich herausstellt, dass die Alleinaktionärin die Gesellschaft geradezu als eigenständige juristische Person ignoriert hat.¹⁹ Der direkte Durchgriff auf die hinter einer juristischen Person stehende Aktionärin bleibt somit im Rechtsalltag die grosse Ausnahme.²⁰

B. Haftung der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft

1. Allgemeine Voraussetzungen der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 752 ff. OR setzt eine *schuldhafte Pflichtverletzung* eines Organmitglieds voraus, die zu einem *Schaden* führt, wobei zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem eingetretenen Schaden ein sog. *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen muss.²¹

Praktisch von besonderer Bedeutung und in den meisten Fällen auch haftungsauslösend ist eine *Pflichtwidrigkeit*, namentlich eine Verletzung der Pflicht zur getreuen und sorgfältigen Geschäftsführung. Eine solche liegt nach der sogenannten «*Business Judgment Rule*» nicht bereits vor, wenn sich ein Entscheid des Verwaltungsrates im Nachhinein als Fehler erwiesen hat. Wer zeigen kann, dass er sich im Rahmen des Willensbildungspro-

17 BGE 137 III 550; 130 III 495; 120 II 331; 113 II 31; 108 II 213.

18 Vgl. ERIC HOMBURGER, Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67 (1971), 249 ff., 253 f. m.w.H.; BÖCKLI (Fn. 1), § 1 N. 14.

19 Vgl. BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 457.

20 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE (Fn. 14), § 2 N. 47.

21 ROLF SETHE/FABIO ANDREOTTI, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Peter Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 138 ff.; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 754 N. 1 ff.; BÖCKLI (Fn. 1), § 18 N. 112 ff.; ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007, 82 ff.; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 239 ff.; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl. Bern 2005, N. 2078 ff.; CHRISTOPH B. BÜHLER, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Rolf Sethe/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Band VIII, Zürich 2016, 59 ff., 74 f.

zesses sorgfältig und gewissenhaft um die Ausarbeitung der Grundlagen des Entscheids, den Entscheid selbst und dessen Umsetzung bemüht hat, wird in seinem Ermessen nach der Praxis der Gerichte grundsätzlich geschützt.²²

Bei einer befugten *Delegation* der Geschäftsführung an andere Personen haftet das delegierende Organ nur insoweit, als *Auswahl, Instruktion oder Überwachung* mangelhaft waren.²³ Sind die Haftungsvoraussetzungen erfüllt, haften nach Art. 759 Abs. 1 OR alle Verantwortlichen für den Gesamtschaden solidarisch, soweit ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens auch persönlich zurechenbar ist.²⁴

2. Begriff der «faktischen Organschaft»

Nach Lehre und Praxis sind der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht nur formelle Funktionsträger unterworfen, sondern – als sogenannte «*faktische Organe*» – im Bereich ihres konkreten Tätigwerdens auch Personen, die sonst formellen Organen vorbehaltenen Geschäftsführungsaufgaben nach aussen erkennbar wahrnehmen.²⁵ Zu beurteilen ist hier also nicht die Verantwortlichkeit der *formell* gewählten und im Handelsregister als solche eingetragenen Organmitglieder der Tochtergesellschaft, sondern vielmehr der Fall, in dem die Muttergesellschaft als sogenanntes «*faktisches Organ*» ihrer Tochtergesellschaft betrachtet wird und dann aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR eingeklagt wird. Dies kann zutreffen, wenn sie wie ein formelles Organ leitend in den Zuständigkeitsbereich der Tochtergesellschaft hineinwirkt.²⁶ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind faktische Organe Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft *massgeblich mitbestimmen*.²⁷ Als Be-

22 BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 31 f.; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, Business Judgment oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Licht der Praxis des Bundesgerichts, in: Peter V. Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014, 287 ff., 290; BÖCKLI (Fn. 1), § 13 N. 581 ff.; HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, *GesKR 7* (2012), 607 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 6.1; BGE 139 III 26.

23 Art. 754 Abs. 2 OR; vgl. BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N. 36 ff. m.w.H.

24 Vgl. zur differenzierten Solidarität R. SETHE, Verantwortlichkeitsrecht, in: Rolf Watter (Hrsg.), *Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010*, Zürich 2010, 299 ff., 302 ff.; PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, in: *Festschrift für Max Boemle zum 80. Geburtstag, Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen*, Zürich 2008, 235 ff., 238 ff.; NIKITINE (Fn. 21), 80 und 90; VITO ROBERTO, Probleme der differenzierten Solidarität, *GesKR 1* (2006), 29 ff.

25 Vgl. BÖCKLI (Fn. 1), § 18 N. 109 ff.; MICHAEL WYTENBACH, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, *Diss. Basel* 2012, 239 ff.; KUNZ (Fn. 1), N. 795.

26 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, *BBl* 1983 II 745 ff., 935, Ziff. 361.

27 BGE 107 II 349, 353 ff.; BGE 117 II 432, 442; BGE 122 III 225, 227; BGE 124 III 418, 420/21; BGE 128 III 92, 93 f. und BGE 132 III 523 ff.

einflussung in diesem Sinne gilt jedoch *nicht* ein Verhalten, das sich im Wesentlichen auf die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte *in der Generalversammlung* beschränkt. Auch der Aktionär, der sich durch Abschluss eines Vertrages ein Weisungsrecht über einen anderen Aktionär verschafft, bleibt auf der Ebene und in der Rolle der Aktionäre und wird nicht zum faktischen Organ. Der Begriff bezieht sich vielmehr auf die gezielte *Einmischung* der Hauptaktionäre in Angelegenheiten der Geschäftsführung *ausserhalb* der Generalversammlung.²⁸

Überdies ist heute allgemein anerkannt, dass nicht jede Tätigkeit im weiteren Bereich der Geschäftsführung unter dem Gesichtspunkt der faktischen Organschaft schon kritisch ist. Nur wer an *Entscheidungen der Exekutive* in einer Weise mitwirkt, die wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgeht, kann faktisches Organ sein. Es geht um ein «*organtypisches*»²⁹ und, nach mehrfacher Präzisierung des Bundesgerichts,³⁰ um ein *dauerndes* Verhalten.

3. Haftung aus faktischer Organschaft im Konzern

Gerade in modernen, straff geführten Konzernen ist die faktische Organschaft durchaus eine häufige Konstellation. Voraussetzung dieser konzernrechtlichen Haftung ist, dass die Muttergesellschaft bei ihrer organtypischen Leitungstätigkeit in der Tochtergesellschaft *pflichtwidrig* gehandelt und dadurch Schaden verursacht hat. Haftungsauslösend kann in dieser Situation die Kombination zweier Elemente sein:

- eine bestimmte Art der *leitenden Willensbetätigung*, die als faktische Organschaft qualifiziert werden muss (z.B. Konzernweisung), und dazu
- eine *Rechtswidrigkeit*: Unsorgfalt oder eine andere relevante Pflichtverletzung in der Geschäftsführung.

Eine faktische Organschaft kann namentlich daraus abgeleitet werden, dass die Muttergesellschaft ihre «Vertreter» im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft einem *Mandatsvertrag* unterstellt und diesen wiederholt oder dauernd konkrete *Weisungen* erteilt. Dadurch benimmt sich die Muttergesellschaft organtypisch und wird grundsätzlich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR unterworfen. Sie kann – soweit auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen (Verschulden, Pflichtwidrigkeit, Kausalität, Scha-

28 Vgl. PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Vorabinformation an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005), 101 ff., 115; DIES., Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne 2009, 17 ff., 23 ff.; XAVIER OULEVEY, L'institution de la décharge en droit de la société anonyme, Diss. Fribourg 2007, Zürich 2008, 325.

29 Der Begriff ist geprägt von PETER FORSTMOSER, Der Organbegriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Peter Forstmoser/Walter Schlupep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 125 ff.

30 BGE 114 V 213, 217; 128 III 29, 31; 128 III 92, 95.

den) erfüllt sind – *solidarisch* mit den Leitungsorganen der Tochtergesellschaft für Schaden, der im unteren Konzernbereich angerichtet wird, haftbar werden³¹.

Aus prozessrechtlichen Gründen sind einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegen die Muttergesellschaft für die Schulden der von ihr beherrschten Tochtergesellschaft allerdings relativ enge Grenzen gesetzt. *Ausserhalb des Konkurses* sind praktisch nur allfällige *ausserstehende Minderheitsaktionäre* zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage auf Leistung an die Gesellschaft aktivlegitimiert.³² *Im Konkurs* kann demgegenüber die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsansprüche auch der *indirekt geschädigten Gläubiger* gegen die Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft einklagen.³³

C. Haftung der Muttergesellschaft für unerlaubte Handlungen infolge Doppelorganshaft

Entsendet die Muttergesellschaft – wie das nach der Praxis in Konzernen verbreitet ist – zur Gewährleistung der einheitlichen Leitung ihre «Vertreter» in die Verwaltungsräte ihrer Tochtergesellschaften und haben diese «Konzernvertreter» in den Tochtergesellschaften Organstellung, kann nach heutigem Recht grundsätzlich auch die Muttergesellschaft für Pflichtverletzungen dieser «entsandten» Verwaltungsräte im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Tochtergesellschaft in die Haftung genommen werden.

Nach dem herrschenden Meinungsstand in der Lehre begründet zwar die blossе «Entsendung» eines Verwaltungsrates für sich allein noch keine Organstellung des «Entsenders». Zufolge des Grundsatzes der *Haftung der juristischen Person für widerrechtliche Handlungen ihrer Organpersonen* gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR haftet die Muttergesellschaft jedoch als juristische Person für die *widerrechtlichen Handlungen* ihres Exekutivorgans in seiner Stellung bei der Tochtergesellschaft.³⁴

Bei der Entsendung eines Verwaltungsrates ist letztlich auf das konkrete Verhältnis zwischen der Muttergesellschaft und dem in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft abgeordneten Verwaltungsratsmitglied abzustellen. Ist der Verwaltungsrat aufgrund eines

31 Vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen BÄRTSCHI (Fn. 21), § 10 ff.; STEFAN HASENBÖHLER, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Diss. Basel, Zürich 2003, § 5; BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 28), 25 f.; BÖCKLI (Fn. 1), § 18 N. 359 ff.; BSK-GERICKE/WALLER, Art. 754 N. 13 ff.

32 Solange die Gesellschaft aufrecht steht, fallen nach der festen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Gläubiger als «Geschädigte» ausser Betracht, da ja ihre Forderungen durch Aktiven gedeckt sind; sie sind daher nicht geschädigt: vgl. BGE 117 II 438; 122 III 146 ff.; 125 III 89 ff.

33 Die Aktivlegitimation *direkt* Geschädigter erlischt praktisch mit der Konkursöffnung (vgl. BGE 122 III 176 f.; 125 III 86). Auch die Aktionäre verlieren in dieser Situation die Klagebefugnis (vgl. BGE 117 II 439 ff.).

34 Vgl. BGE 124 III 299 ff.; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010; HOFSTETTER (Fn. 12), 202 ff.; BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 470a; ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 722 N. 1 und 10.

Arbeits- oder Auftragsverhältnisses gegenüber der Muttergesellschaft rechtlich weisungsgebunden (was an sich im residualen unentziehbaren Kernkompetenzbereich des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft schon heikel ist), und erteilt die Muttergesellschaft tatsächlich entsprechende Weisungen, übt die Muttergesellschaft über das betreffende Verwaltungsratsmitglied als seinem «Vertreter» im Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft in der Regel einen bestimmenden Einfluss aus. Im Grunde handelt es sich dann auch bei diesem Haftungstatbestand um einen *Anwendungsfall der Haftung aufgrund faktischer Organschaft*.

Dieses Haftungsrisiko kann sich insbesondere dann verwirklichen, wenn die Existenz der Tochtergesellschaft gefährdet ist oder wenn diese in Konkurs gerät. Personen, die *Doppelorgane* sind und somit auch in einem *doppelten Pflichtenexus* (gegenüber der Mutter- und der Tochtergesellschaft) stehen,³⁵ können in diesem Fall im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft in die Pflicht genommen werden.

D. Haftung aus «Konzernvertrauen»

Seit dem «Swissair»-Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1995³⁶ wird auch die sogenannte «*Haftung aus Konzernvertrauen*» diskutiert.³⁷ Danach haftet eine Muttergesellschaft für die Schulden ihrer Tochtergesellschaft, wenn sie gegenüber Dritten zum Ausdruck gebracht hat, dass sie für die betreffenden Schulden ihrer Tochtergesellschaft einsteht, und sich bei diesen Dritten deshalb ein berechtigtes Vertrauen in die Unterstützung durch die Muttergesellschaft bildet. In dem insgesamt doch sehr speziell gelagerten Entscheid «Swissair» ging es darum, dass es die Muttergesellschaft zuliess, dass ihre Tochtergesellschaft in Werbung und Korrespondenz intensiv auf ihre Einbettung in den Konzern und gar ausdrücklich darauf hinwies, dass überall da, wo die Tochtergesellschaft auftrete, auch die Muttergesellschaft «dahinter stehe».

Seit dem «Swissair»-Urteil hat sich jedoch der Staub gelegt und das Bundesgericht hat die Praxis zur Vertrauenshaftung in wichtigen Punkten präzisiert und letztlich *eingeschränkt*.³⁸ Auch in der Lehre wird inzwischen überwiegend dafür gehalten, dass es im

35 Vgl. zur Theorie des «*doppelten Pflichtenexus*» FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. Zürich 1987, N. 697 f.; BÖCKLI (Fn. 1), § 13 N. 622; ROLF WATTER/KATIA ROTH PELLANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 717 N 17a; KRNETA (Fn. 22), N. 1885 ff.; Urteil des Bundesgerichts H 217/02 vom 23. Juni 2003, E. 5.2.1.

36 BGE 120 II 331, bestätigt durch BGE 123 III 231; 124 III 297; 133 III 449 und 134 II 390.

37 VON BÜREN (Fn. 2), 187 ff.; ALEXANDER VOGEL, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: RAINER SCHWEIZER et al. (Hrsg.), Festschrift Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 627 ff., 632 ff.; BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 475 ff.; BENEDIKT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 82 (2010), 417 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 14), § 24 N. 62.

38 Vgl. vor allem BGE 124 III 297, wonach der Konzerntatbestand als solcher gegenüber den Personen, die mit einer Untergesellschaft in geschäftliche Beziehungen treten, keine implizite Begründung des

Grunde *keine* eigenständige Rechtsfigur «*Haftung aus Konzernvertrauen*» gibt.³⁹ Es geht immer um die Frage, ob die Voraussetzungen einer allgemeinen *Vertrauenshaftung* gestützt auf Art. 2 ZGB gegeben sind. Eine solche entsteht zulasten einer Konzernobergesellschaft, wenn die folgenden vom Bundesgericht und der Lehre herausgearbeiteten vier Voraussetzungen alle erfüllt sind:⁴⁰

- es liegt eine *ein Vertrauen in ein bestimmtes künftiges Verhalten begründende Erklärung der Muttergesellschaft* vor (z.B. Werbetexte, Verwendung des Logos der Muttergesellschaft in Zusammenhang mit Geschäften der Tochtergesellschaft, Genehmigungsvorbehalte in Verträgen, Patronatserklärungen⁴¹ etc.), und diese Erklärung spielte sich in einer «*Sonderverbindung*» zwischen Erklärer und Erklärungsempfänger ab (z.B. Sondierungsgespräche im Hinblick auf einen später nicht zustande gekommenen Vertrag);
- das erweckte Vertrauen ist *schützenswert*;
- die Erklärung der Muttergesellschaft *veranlasst* den Erklärungsempfänger zu einem spezifischen Tun oder Unterlassen, das sich später als schädlich herausstellt;
- die Muttergesellschaft *verletzt* das in sie berechtigterweise gesetzte Vertrauen des Erklärungsempfängers.

Nach diesen Grundsätzen begründet weder die Beteiligung der Muttergesellschaft an einer Tochtergesellschaft noch der Umstand, dass diese in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft «Vertreter» entsendet, für sich alleine einen Vertrauensstatbestand. Auch ein blosser Hinweis auf das Bestehen einer Konzernverbindung oder die Initiierung von Vertragsverhandlungen durch die Muttergesellschaft sind nicht ausreichend.⁴² Eine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft kommt vielmehr dann überhaupt in Frage, wenn die Konzernleitung zuerst durch *konkrete Massnahmen* ein ganz *spezifisches Vertrauen* geschaffen hat und dieses anschliessend in krasser Weise verletzt, wodurch bei einem Stakeholder der Tochtergesellschaft ein Schaden entsteht.

Vertrauens in Leistungen der Obergesellschaft erwecken; vgl. auch BGE 133 III 449, wonach das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung nur ganz ausnahmsweise Schutz finden kann, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund bestehender Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft nicht zugemutet werden kann.

39 Vgl. PETER LOSER, *Die Vertrauenshaftung in der Praxis*, Bern 2006, N. 983; JEAN NICOLAS DRUEY, *Neues aus dem Konzernrecht Oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln*, AJP 14 (2005) 1083 ff., 1087 f.; BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 478.

40 Vgl. insbesondere BGE 124 III 297; HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIA WALTER, *Konzernerklärung und Konzernverantwortung*, SZW 73 (2001), 53 ff.; DRUEY (Fn. 39), 1088; BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 477.

41 Vgl. dazu ANTON K. SCHNYDER, *Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzerngesellschaften?*, SJZ 86 (1990) 57 ff.

42 Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 12. Mai 2009, E. 1.2.2., zitiert bei BURG/VON DER CRONE (Fn. 37), 423.

E. «Faktischer Beistandszwang» der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft

1. Der Bundesgerichtsentscheid i.S. SKA und CS Holding gegen die EBK von 1990

Im Entscheid BGE 116 I b 331 ff. hat das Bundesgericht im Hinblick auf einen Bankkonzern die These aufgestellt, zwischen den einzelnen Gesellschaften bestehe ein «*faktischer Beistandszwang*». Es hat daraus konkret den Schluss gezogen, dass die bankengesetzlich erforderlichen Eigenmittel auf Konzernebene vorhanden sein müssen.⁴³

Die CS Holding war die Muttergesellschaft der Schweizerischen Kreditanstalt (SKA). Eine ihrer weiteren Beteiligungen, zu 44.5%, war die CS First Boston Inc., eine Holdinggesellschaft, deren Tochtergesellschaften wie die SKA im Bankwesen tätig waren. Zuvor war die SKA selber Muttergesellschaft der zur First Boston gehörenden Gesellschaft gewesen. Die Eidgenössische Bankenkommission verlangte von der SKA die Einreichung einer Konzernbilanz der CS Holding, in welche die CS First Boston quotenkonsolidiert einzubeziehen war. Demgemäss hatte die SKA in ihrer Eigenmittelunterlegung gemäss Art. 4 Abs. 1 BankG auch die CS First Boston-Gruppe abzudecken. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab; es begründete die Pflicht zum Einbezug der CS First Boston in den Konsolidierungskreis der Eigenmittelunterlegung im Kern wie folgt:⁴⁴

«Es liegt auf der Hand, dass für die Beurteilung der sich in einem atypischen Bankkonzern für eine der Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommission unterstehende Bank aus dem wirtschaftlichen Verbundsystem ergebenden Risiken eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an Stelle einer formalrechtlichen Betrachtung Platz zu greifen hat. Wie auch im klassischen Bankkonzern beruhen diese Risiken ja eben nicht auf rechtlichen Verpflichtungen der Bank gegenüber andern Konzerngesellschaften. Wie die Eidgenössische Bankenkommission zutreffend festhält, besteht ein faktischer Beistandszwang einer Bank gegenüber einem anderen Unternehmen des Bank- und Finanzbereiches grundsätzlich 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. Dies ist namentlich der Fall, wenn Verbindungselemente wie gleiche Firma oder Firmenbestandteile, Kapitalverflechtungen vertikaler oder horizontaler Natur, personelle Verflechtung der Organe, die auf einheitliche oder koordinierte Leistung schliessen lassen, sowie Synergien und Marktaufteilungen vorliegen.»

Das Bundesgericht leitet die Wahrscheinlichkeit des «faktischen Beistandes» also im Wesentlichen aus den folgenden Elementen ab:

43 Vgl. PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Charlotte Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 89 ff., 124; DRUEY/VOGEL (Fn. 16), 128 ff.

44 BGE 116 Ib 331 ff., 339 E. 3. a.

- Das als zentral betrachtete Firmenelement der Muttergesellschaft wird zum einen als *äusseres Zeichen des Zusammenwirkens* zwischen den einschlägigen Gesellschaften und zum andern als Beleg der äusseren Identifikation der Holding mit der Tochtergesellschaft gewertet.
- Das Ausmass der *kapitalmässigen Verflechtung* wird hervorgehoben.
- Die *personelle Verflechtung der Organe* der betreffenden Gesellschaften deute auf eine «einheitliche oder koordinierte Leitung» hin.
- Es liegen *Synergien* und *Marktaufteilungen* unter den Gruppengesellschaften vor.

2. Bedeutung des Bundesgerichtsentscheids für die Konzernhaftung

Das CS-Urteil des Bundesgerichts sollte aus haftungsrechtlicher Sicht weder überschätzt noch verallgemeinert werden; *es kann vor allem nicht ohne weiteres in den Zusammenhang des Konzernhaftungsrechts gestellt werden*. Aus dem Bundesgerichtsentscheid lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung keine Einheitshaftung des Konzerns ableiten – vor allem nicht aus zwei Überlegungen:⁴⁵

- Das Bundesgericht hatte sich mit einer spezifischen Frage – der aufsichtsrechtlichen Eigenmittelunterlegung – zu befassen. Bei der konkreten Rechtsfolge stand mithin nicht eine Haftung im Vordergrund, sondern die *Anwendung des Bankenaufsichtsrechts*. Es hat eher beiläufig darauf hingewiesen, dass die Gesellschaften einer Bankengruppe «eine wirtschaftliche Einheit bilden» würden und diese Bemerkung nicht zum Ausgangspunkt seiner rechtlichen Erwägungen gemacht.
- Das Bundesgericht hat im betreffenden Entscheid auch betont, dass ein faktischer Zwang *ohne rechtliche Verpflichtungen* vorliege, so dass eine *Rechtspflicht eben gerade nicht bestand*.

Der CS Holding-Entscheid begründet mithin *nicht eine zusätzliche Haftungsgrundlage*, sondern leitet vielmehr *aufsichtsrechtliche Konsequenzen* (nämlich die Pflicht zur konsolidierten Eigenmittelunterlegung) aus der Annahme ab, dass innerhalb des Konzerns *freiwillig* bzw. ohne Rechtszwang Beistand geleistet wird. Im Zentrum steht damit eine *Tatsachenfeststellung*, nämlich die Festhaltung des Phänomens, dass je nachdem ein Interesse einer Konzerngesellschaft besteht, einer anderen im Krisenfall beizustehen.⁴⁶

45 FORSTMOSER (Fn. 43), 125; vgl. auch DRUEY/VOGEL (Fn. 16), 132; PETER V. KUNZ, Beistandszwang in Konzernverhältnissen?, SJZ 109 (2013), 1 ff., 3.

46 Vgl. DRUEY/VOGEL (Fn. 16), 132.

F. *De lege ferenda*: Haftung der Schweizer Muttergesellschaft für Verstöße gegen Menschenrechte und Umweltstandards ausländischer Tochtergesellschaften und deren Zulieferunternehmen?

1. Forderungen der «Konzernverantwortungsinitiative» vom 30. März 2015

Die Kampagne «Recht ohne Grenzen», die u.a. von Organisationen wie Amnesty International, GREEPEACE und Terre des Hommes getragen wird, hat am 30. März 2015 die eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt – kurz «Konzernverantwortungsinitiative» – lanciert.⁴⁷ Mit dieser Initiative wird die Verankerung eines neuen Artikels 101a in der Bundesverfassung gefordert, der den Bund anhält, Massnahmen zur Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und Umwelt durch die Wirtschaft zu treffen.⁴⁸ Das Gesetz soll dabei neben einer spezifischen *Sorgfaltsprüfungspflicht* eine direkte *Haftung* der Schweizer Muttergesellschaften für den Schaden einführen, den durch sie kontrollierte Unternehmen (Tochtergesellschaften und deren Zulieferunternehmen) auch im Ausland aufgrund der Verletzung von Menschenrechten und Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben.⁴⁹

2. Rechtliche Würdigung der «Konzernverantwortungsinitiative»

2.1 *Pflicht zur Respektierung der Menschenrechte und Umweltstandards*

So selbstverständlich die Forderung nach einer Respektierung der Menschenrechte und Umweltstandards auf den ersten Blick erscheinen mag, so wirft sie doch gewisse grundsätzliche Fragen auf:⁵⁰

47 Vgl. BBl 2015, S. 3245; vgl. CHRISTOPH B. BÜHLER, Entwicklung der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative, Corporate Social Responsibility, Geschlechterquote und weitere Neuerungen, SJZ 111 (2015), 349 ff., 357 f. und PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Konzernverantwortung ohne Grenzen, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, [143 ff.]; vgl. auch PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Angela Cavallo et al. (Hrsg.), Liber amicorum Andreas Donatsch, Zürich 2012, 703 ff.; ROLAND A. MÜLLER/DANIELA FRITSCH, Die soziale Verantwortung (multi-)nationaler Unternehmen im Rahmen der internationalen Instrumente – eine Gegenüberstellung, in: Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich 2014, 407 ff.

48 Vgl. <http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2015/06/KVI_Factsheet_5_D_Initiativtext.pdf>, zuletzt besucht am 31. Dezember 2016; BBl 2015, 3247 f.; vgl. auch CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 86 (2016), 45 ff.

49 «Direct liability»; neuer Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV.

50 Vgl. dazu bereits BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 46), 146 f.

Die «*Menschenrechte*», wie sie in der Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 exemplarisch niedergelegt sind, so etwa das Recht auf Leben, das Verbot der Folter und Kinderarbeit, das Recht auf ein faires Verfahren, die Freiheit der Meinungsäusserung etc. – richten sich in allererster Linie *an den Staat als Hoheitsträger und Gesetzgeber*.⁵¹ Die meisten Menschenrechtsverletzungen können von einer Privatperson oder einem Unternehmen oder dann direkt als Verletzung von anwendbaren staatlichen *Strafrechtsnormen* oder anderen staatlichen Vorschriften begangen werden. Diejenigen Menschenrechte, die nicht ausschliesslich den Staat anvisieren, sind wegen der sog. «*Drittwirkung*» auch für Private von Bedeutung.⁵² Aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist inzwischen auch weitgehend unbestritten, dass die verfassungsmässig garantierten Menschenrechte auch unter Privaten wirksam sind, «*soweit sie sich dazu eignen*».⁵³ Doch manifestieren sich solche Verletzungen durch Private in den allermeisten Fällen in Verstössen gegen *gesetzliche* Bestimmungen (Tötung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Nötigung etc.). Die Initiative setzt also implizit voraus, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft über die Einhaltung des *Rechts* hinaus *an Stelle des Staates für die Verwirklichung von Schutzzieleen zugunsten Dritter zu sorgen* hat.

Genauso unscharf ist die Pflicht, dafür einzustehen, dass Tochtergesellschaften und vor allem auch deren Unterakkordanten und Zulieferer «*die Umwelt respektieren*». Die Kampagne «Recht ohne Grenzen» möchte damit die Sorgfaltspflicht auch auf sozio-ökologische Anliegen ausdehnen. Sie greift die aktuell intensiv geführte internationale Diskussion um die sogenannte «*Corporate Social Responsibility*»⁵⁴ auf und versucht sie explizit in das «hard law» des Schweizer Rechts zu integrieren. Die Initiative dehnt damit die Pflichten auf Gebiete aus, die *ausserhalb der Interessensphäre der Aktiengesellschaft* im Sinne

51 Art. 1 EMRK; vgl. auch CHRISTINE KAUFMANN et al., Grundlagenstudie des SKMR, Teilband «Menschenrechte und Wirtschaft, September 2013, 1 ff.; «Menschenrechte in Unternehmen, NZZ Nr. 16 vom 21. Januar 2014, 16.

52 Vgl. so beispielsweise Art. 6 EMRK; KURT PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 24 (2015), 1671 ff., 1676.

53 Vgl. Ulrich HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. Zürich 2016, N. 278 ff.

54 PETER FORSTMOSER, Profit – das Mass aller Dinge?, in: Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 55 ff.; DERS., Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Nedim Peter Vogt et al. (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum Rolf Watter, Zürich 2008, 197 ff.; DERS., Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 157 ff.; CHRISTOPH B. BÜHLER, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich 2009, N. 431 ff.; DERS. (Fn. 47), 349 ff.; ROLF WATTER/TILL SPILLMANN, Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 1 (2006), 94 ff.; ANDREAS BOHRER, Corporate Social Responsibility, GesKR 11 (2016), 273 ff.

der aktienrechtlichen Konzeption liegen. Sie tritt in ein Spannungsverhältnis zum fundamentalen *Grundsatz der Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft*.⁵⁵

Die Kampagne «Recht ohne Grenzen» macht geltend, das Schweizer Recht enthalte heute keine Bestimmungen, welche die Leitungsorgane von internationalen Konzernen verpflichte, bei ihren Aktivitäten die *Menschenrechte* und die *Umwelt* zu respektieren. Das trifft so aber nicht zu: Die gesetzliche Sorgfaltspflicht zielt schon nach geltendem Recht ganz neutral auf ein *gesetzeskonformes und mit der behördlichen Regulierung übereinstimmendes Verhalten* der Unternehmensführung ab.⁵⁶ Diese Verhaltenspflicht beinhaltet auch die Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt.

Die *internationale* Beachtung der Menschenrechte und Umwelt durch multinational tätige Konzerne lässt sich zudem kaum wirksam in das territorial begrenzte Recht eines Landes einbinden. Es handelt sich dabei um Belange, die aufgrund der grenzüberschreitenden Auswirkungen und Zusammenhänge nur *auf überstaatlicher Ebene* sinnvoll geregelt werden können.⁵⁷ Ein Vorpreschen einzelner Staaten in diesen Bereichen würde zu einem «*regulatory arbitrage*»-Effekt führen und könnte betroffene Unternehmen dazu veranlassen, ihre Tätigkeit in Staaten zu verlegen, in denen weniger strenge gesetzliche Haftungsnormen bestehen. Auf internationaler Ebene wird daher in diesen Bereichen der Regulierungsansatz der *internationalen Standards* verfolgt. In Bezug auf die Menschenrechte und Umweltsachen haben führende internationale Gremien gerade in jüngster Zeit viel Initiative entfaltet, und es bestehen heute bereits verschiedene internationale Standards, wie namentlich die UNO-Leitlinien für Unternehmen und Menschenrechte («Ruggie-Prinzipien»), die am 25. Mai 2011 revidierten OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, der UN Global Compact von 1999, nach dem sich Unternehmen, internationale Organisationen und Verbände sowie NGOs verpflichten, neun weltweit gültige Prinzipien für verantwortungsvolles Wirtschaften in ihre Geschäftspolitik zu integrieren und kontinuierlich weiterzuentwickeln.⁵⁸

2.2 *Haftung der Schweizer Muttergesellschaft für ihre ausländischen Tochtergesellschaften und Zulieferunternehmen*

Die geforderte direkte Haftung der Schweizer Muttergesellschaft für die widerrechtlichen geschäftlichen Handlungen und vertragliche Verpflichtungen ihrer Tochtergesellschaften und der Zulieferunternehmen ihrer Tochtergesellschaften bedeutet im internationalen

55 BÜHLER (Fn. 54), N. 440.

56 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_41/2011 vom 24. März 2011, E. 2.3.1; WATTER/SPILLMANN (Fn. 54), 107; BÄRTSCHI (Fn. 21), 243; BÖCKLI (Fn. 1), § 13 N 393; BSK-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N. 3.

57 Vgl. KARL HOFSTETTER, Globalisierung und Wirtschaftsrecht, ZSR 119 (2000) II, 361 ff., 381; BÜHLER (Fn. 54), N. 194 ff.

58 Vgl. auch «Banken sondieren das Soft Law zu Menschenrechten», NZZ vom 19. Dezember 2013, Nr. 295, 35.

Vergleich eine erhebliche *Ausdehnung der zivilrechtlichen Haftung*.⁵⁹ Die Schulden und anderen Verpflichtungen der Tochtergesellschaften aus unerlaubter Handlung und aus Vertrag könnten von allen Gläubigern weltweit direkt bei der Muttergesellschaft in der Schweiz eingeklagt und eingetrieben werden.

Bei genauerer rechtlicher Analyse geht es nicht bloss um eine eigentliche «Haftung» für die Schuld eines Dritten, sondern sogar um eine *direkte solidarische Mitverpflichtung* der Muttergesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Konzernuntergesellschaften. Damit wird die rechtliche Gestaltungsstruktur eines Konzerns, wie sie heute praktisch weltweit anerkannt ist, schlicht aufgehoben. Das würde einen wirtschaftspolitischen Eingriff von grosser Tragweite bedeuten. Entgegen dem Anschein, den die Initiative erzeugt, enthält diese im Wesentlichen gar nicht eine Haftung der juristischen Person für *Delikte ihrer eigenen Organpersonen* nach der geltenden Konzeption des Art. 722 OR. Die nach der Initiative vorgesehene Haftungsnorm in Art. 101a Abs. 2 lit. c E-BV würde für die Aktiengesellschaft das Prinzip von Art. 55 ZGB verwirklichen: Der Kläger, welcher die juristische Person für einen von der natürlichen Person in geschäftlicher Verrichtung angerichteten Schaden haftbar machen will, muss die *Organeigenschaft* des Täters nachweisen. Die juristische Person haftet dann so, *wie wenn sie selber* als natürliche Person an der Stelle ihres Organs gehandelt und Schaden angerichtet hätte.

Die vorgeschlagene Haftungsnorm der Initiative passt nun aber überhaupt nicht zu dieser Konstellation. Sie stellt offenbar nicht auf die Organeigenschaft ab, sondern will die Muttergesellschaft – unabhängig davon, ob ihr im konkreten Fall hinsichtlich ihrer Tochtergesellschaft Organeigenschaft zukommt – schlechthin *solidarisch haftbar* machen. Die Muttergesellschaft soll – voraussetzungslos und direkt – als Mitverpflichtete für den durch widerrechtliche Handlungen ihrer Tochtergesellschaften entstandenen Schaden und deren vertragliche Verpflichtungen in die Haftung genommen werden. Dieser Ansatz hat nichts zu tun mit der rechtlichen Konzeption des Haftungstatbestandes von Art. 722 OR, der den allgemeinen Grundsatz von Art. 55 ZGB für die Belange der Aktiengesellschaft konkretisiert und nach den allgemeinen Rechtsprinzipien stets auf die Organeigenschaft des Schädigers abstellt.⁶⁰ Vor allem die Einführung einer allgemeinen direkten Schuldenhaftung der Muttergesellschaft für alle Tochtergesellschaften und die Ausdehnung der Haftung von Schweizer Konzernen auf Regelverstösse im Bereich der Menschenrechte und Umweltstandards durch *Drittunternehmen*, die den ausländischen Konzerngesellschaften Leistungen erbringen, gehen extrem weit; sie würden die Schweizer Konzerne neuartigen rechtliche Haftungsproblemen und Rechtsunsicherheiten aussetzen.

59 Vgl. FORSTMOSER (Fn. 47), 719 ff.; DAVIDE SCRUIZZI, Menschenrechte ohne Paragrafen, NZZ vom 19. März 2014, 21.

60 BSK-WATTER, Art. 722 N. 1.

IV. Strafrechtliche Unternehmenshaftung im Konzern

Neben den zivilrechtlichen Konzernhaftungsrisiken bestehen für die Muttergesellschaft – in Abweichung vom ansonsten im Strafrecht geltenden ungeschriebenen Grundsatz «*societas delinquere non potest*»⁶¹ – in bestimmten Fällen mit Bezug auf ihre Tochtergesellschaften auch eine solche bei Verletzung von *strafrechtlichen* Normen.

A. Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 StGB

Nach Art. 102 Abs. 1 StGB macht sich ein *Unternehmen* subsidiär strafbar, wenn in diesem *in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen* begangen wird und die Tat *wegen mangelhafter Organisation* des Unternehmens *keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet* werden kann.⁶²

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens setzt gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB den Nachweis eines *strafbaren Primärverhaltens einer natürlichen Person* voraus, die zum Unternehmen in einem Unterstellungsverhältnis steht. Dieses Verhalten muss einen Bezug zum *geschäftlichen Tätigkeitsbereich* des Unternehmens haben. Als Tatbestände der Unternehmenshaftung kommen grundsätzlich alle Verbrechen und Vergehen in Frage; Einschränkungen hinsichtlich des Kreises möglicher Anlasstaten ergeben sich jedoch von selbst aus der weiteren Haftungsvoraussetzung, wonach die Anlasstat einen *betrieblich-funktionalen Zusammenhang zur Geschäftstätigkeit des Unternehmens* aufweisen muss. Art. 102 StGB basiert mithin auf dem *Grundsatz der subsidiären Unternehmenshaftung*.

Für diese strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens gelten zwei spezifische Haftungsvoraussetzungen:

- Nachweis der *gescheiterten Zurechnung des Verbrechens oder Vergehens zu einer bestimmten natürlichen Person*;
- Nachweis, dass das *Scheitern dieser individuellen Zurechnung auf organisatorische Mängel im Unternehmen* zurückzuführen ist.

Die *subsidiäre* Unternehmenshaftung ist dem Leitgedanken verpflichtet, dass auch die im Unternehmen begangenen Straftaten im Strafrecht normalerweise einer bestimmten

61 MARCEL A. NIGGLI/DIEGO R. GFELLER, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. Basel 2013, Art. 102 N. 9 f.

62 BSK-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N. 52 ff.; STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. Zürich 2013, Art. 102 N. 1 ff.; WOLFGANG WOHLERS, Die Strafbarkeit des Unternehmens – Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 287 ff.; MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Das Desorganisationsdelikt, Habil. Zürich 2013, 1 ff.; MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Diss. Bern 2006, 1 ff.

natürlichen Person zugerechnet werden sollen und auch zugerechnet werden können. Die Verantwortlichkeit des *Unternehmens* als solchem soll mithin nur dann in Frage kommen, wenn eine persönliche strafrechtliche Zurechnung ausnahmsweise nicht möglich ist.

Für sieben Katalogtaten sieht Art. 102 Abs. 2 StGB sodann – in Abweichung vom Grundsatz der subsidiären Unternehmenshaftung – ausnahmsweise eine *eigenständige Verantwortlichkeit des Unternehmens* vor, *unabhängig von der Zurechenbarkeit der Straftat zu einer natürlichen Person*. Als solche Verbrechen und Vergehen kommen heute in Frage: Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB), Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinquies} StGB), Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), aktive Bestechung schweizerischer Amtsträger (Art. 322^{ter} StGB), Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinquies} StGB), Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} StGB) und – seit dem 1. Juli 2016⁶³ – auch die Bestechung Privater (Art. 322^{octies} StGB). Bezugstatbestände der heutigen eigenständigen Unternehmenshaftung sind damit ausschliesslich Vorsatztaten aus dem Kernstrafrecht (StGB), die typischerweise auch im Rahmen der Unternehmenstätigkeit verübt werden.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 StGB mag auf den ersten Blick als eine *Haftung für fremdes Verhalten* erscheinen. Das trifft aber nicht zu, denn der Anwendungsbereich dieser Strafnorm erstreckt sich nur auf Fälle, in denen dem *Unternehmen* ein Verschulden anzulasten ist. Es geht darum, dass eine verantwortliche Person ein Unternehmen oder die Arbeit von einzelnen Untergebenen *nicht zweckmässig organisiert* hat, d.h. dass sie sie nicht passend ausgesucht, nicht korrekt instruiert oder nicht ausreichend überwacht hat. Das Verschulden des Unternehmens bezieht sich also nicht auf das begangene Delikt, sondern auf die *mangelhafte Organisation*.⁶⁴ Die Haftung erweist sich somit als Haftung des Unternehmens für *eigenes* Verschulden, d.h. dem Unternehmen wird zur Schuld angerechnet, dass es schlecht organisiert an der Wirtschaftstätigkeit teilnimmt. Damit können die zivilrechtlichen Grundsätze zu Art. 55 OR bis zu einem gewissen Grade in das Strafrecht übernommen werden.

Bei dieser originären Haftung des Unternehmens für deliktsermöglichende Organisationsfehler tritt im Gegensatz zur subsidiären Unternehmenshaftung die Strafbarkeit des Unternehmens *neben* diejenige des Individualtäters. Im Bereich der vorerwähnten Katalogtaten ist das Unternehmen mithin auch strafbar, wenn der Individualtäter ermittelt und ihm die Tat zugerechnet werden kann. Andererseits kann das Unternehmen auch strafbar bleiben, wenn sich der Anlasstäter der Strafverfolgung entzieht. Vorausgesetzt ist indessen, dass im Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks – aus dem Bereich der sieben Katalogtaten – eine Anlasstat begangen worden ist. Erforderlich ist zudem ein Zurechnungszusammenhang zwischen

63 Vgl. Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuches (Korruptionsstrafrecht) vom 30. April 2014, BBl 2014, 3591 ff.

64 So ausdrücklich Urteil des Bundesgerichts 6B_124/2016 vom 11. Oktober 2016, Erw. 4.1 und 6; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_7/2014 vom 21. Juli 2014, E. 3.4.3; BSK-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N. 57.

Organisationsdefizit und Anlasstat. Dem Unternehmen muss dabei nachgewiesen werden, dass konkrete Organisationsmassnahmen erforderlich gewesen wären und tatsächlich nicht bestanden haben. Das Delikt ist als fahrlässiges Unterlassungsdelikt konzipiert; es ist nur strafbar, wenn es als «*Überwachungsgarant*»⁶⁵ nicht «alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren» zur Verhinderung der Straftat getroffen hat.⁶⁶

Ob eine konkrete *Organisationsstruktur eines Unternehmens mangelhaft* und ursächlich für die Nichtzurechnung eines Delikts betrachtet werden kann, bemisst sich anhand eines *individualisierten Sorgfaltsmassstabs*.⁶⁷ So kann namentlich die Grösse und Komplexität eines Unternehmens bei der Beurteilung der anzuwendenden Sorgfalt eine Rolle spielen. Ein starkes Indiz dafür, welche Organisationsstruktur von einem Unternehmen verlangt werden kann, sind die *Branchenüblichkeit* und einschlägige *Standes- und Berufsregeln*.⁶⁸

Die Strafandrohung lautet auf *Busse bis zu CHF 5 Mio.*, wobei das Gericht die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsfehlers und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu bemessen hat.⁶⁹

B. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für die Tochtergesellschaft

Es stellt sich die Frage, ob die Muttergesellschaft als juristische Person auch für Verstösse ihrer Tochtergesellschaften in die strafrechtliche Verantwortung genommen werden kann. Es ist umstritten, ob der *strafrechtliche Unternehmensbegriff* auch auf Konzernstrukturen anzuwenden ist. Ein Teil der Lehre will den Unternehmensbegriff primär *wirtschaftlich* verstehen und somit auch auf den Konzern anwenden.⁷⁰ Der Wortlaut von Art. 102 Abs. 4 StGB, der Unternehmen als juristische Personen, Gesellschaften und Einzelfirmen definiert, spricht jedoch für einen *rechtlichen* Unternehmensbegriff und damit gegen den strafrechtlichen «Durchgriff» im Konzern.⁷¹ Es wird die Auffassung

65 Urteil des Bundesgerichts 6B_124/2016 vom 11. Oktober 2016, Erw. 4.2.

66 BSK-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N. 240 f., 242 ff.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 62), Art. 102 N. 19.

67 BSK-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N. 227; MARK PIETH, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens, ZStrR 121 (2003), 353 ff., 363.

68 TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 62), Art. 102 N. 19; PIETH (Fn. 67), 363 f.; BSK-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N. 225 f.

69 Art. 102 Abs. 3 StGB.

70 NIKLAUS SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 2003, 761 ff., 769; ROBERT ROTH, L'entreprise, nouvel acteur pénal, in: Berthoud (Hrsg.), La responsabilité pénale du fait d'autrui, Lausanne 2002, 77 ff., 88.

71 So auch BSK-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N. 355 und 405; MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 62), 211 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 62), Art. 102 N. 2.

vertreten,⁷² ein unternehmensstrafrechtlicher «Durchgriff» erfordere, dass die verschiedenen Konzernglieder wirtschaftlich-faktisch gesehen so eng verbunden sein müssten, dass ein Zurechnungsverbund im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit vorliege und dass das zurechnungsbelastete Konzernglied für die ungenügenden Organisation die Unterlassungsverantwortung trage. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist damit primär bei jener Konzerngesellschaft zu suchen, in der das Verbrechen oder Vergehen begangen worden ist und in dem sich die fraglichen Organisationsmängel unmittelbar ausgewirkt haben. Die Strafhaftung der Muttergesellschaft steht unter dieser Prämisse immer dann zur Diskussion, wenn diese *für die zweckmässige Organisation der Tochtergesellschaft in gesteigertem Masse verantwortlich* ist. Das in der Tochtergesellschaft begangene Delikt dürfte der Konzernobergesellschaft als juristische Person jedenfalls dann zuzurechnen sein, wenn diese die Tat nach den bereits dargelegten Grundsätzen als *faktisches Organ* der Konzernuntergesellschaft begangen hat. Dadurch wird nach heute vorherrschender Auffassung ein unternehmensspezifisches *Garantenverhältnis zwischen Konzernober- und Konzernuntergesellschaft* begründet.⁷³

Soweit die Konzernobergesellschaft in der Konzernuntergesellschaft durch ihre direkte Einwirkung in die Leitung der Gesellschaft *faktisch die Organisationsverantwortung übernommen* hat, kann sie somit als juristische Person für die in Frage stehenden Organisationsmängel im Rahmen von Art. 102 StGB auch strafrechtlich verantwortlich sein.

V. Mögliche Vorkehrungen des Verwaltungsrates zur Verminderung der Konzernhaftungsrisiken

A. Vorbemerkung

Verantwortlichkeits- und Haftungsrisiken können generell nicht völlig eliminiert werden; sie lassen sich jedoch reduzieren, indem sie erkannt und durch flankierende Massnahmen bzw. ein entsprechendes Verhalten unter Kontrolle gehalten werden. Es versteht sich, dass die Organmitglieder ihr persönliches Haftungsrisiko zudem durch eine entsprechende *Organhaftpflichtversicherung* (D&O-Versicherung) transferieren bzw. in Schranken halten können.⁷⁴

Nachstehend soll aber vielmehr der Frage nachgegangen werden, ob und wie sich die in der rechtlichen Analyse ermittelten *Hauptrisiken einer konzernrechtlich begründeten*

72 FORSTER (Fn. 62), 145.

73 So implizit auch Urteil des Bundesgerichts 6B_124/2016 vom 11. Oktober 2016, E. 2.2, wo der Muttergesellschaft *Die Schweizerische Post AG* ein Organisationsdefizit in Bezug auf den Tätigkeitsbereich ihrer Tochtergesellschaft *PostFinance AG* zur Last gelegt wurde; vgl. auch JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 62), 213; FORSTER (Fn. 62), 140 f.

74 Vgl. dazu ANTON K. SCHNYDER, Verantwortlichkeitsansprüche gegen Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft – und deren Versicherbarkeit, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift Heinz Rey, Zürich 2003, 319 ff.

zivilrechtlichen Haftung der Muttergesellschaft bzw. ihres Verwaltungsrates für die Verbindlichkeiten der Konzerngesellschaften sowie das Risiko einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft gemäss Art. 102 StGB durch das Verhalten des Verwaltungsrates oder konkrete Vorkehrungen reduzieren lassen.

B. Reduktion des Risikos einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit («faktischer Organschaft») und aus unerlaubter Handlung infolge Doppelorganschaft

1. Festlegung einer integrierten Konzernstrategie und Erteilung von Konzernweisungen, jedoch keine direkten Eingriffe in die Führung der Konzerngesellschaften

Solange die Konzerngesellschaften *der einheitlichen Konzernleitung der Muttergesellschaft unterstellt* sind und konzernintern auch weiterhin gewisse Synergien genutzt werden sollen, besteht für eine Beschränkung des Haftungsrisikos aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit an sich wenig Handlungsspielraum. Das Element, welches haftungsbegründend sein kann, die «faktische Organschaft», ist ja letztlich begriffsnotwendig gerade konstitutives Merkmal des Konzerns: Zieht die Muttergesellschaft die obersten Aufsichts- und Führungskompetenzen an sich, um eine *einheitliche Leitung* im Konzerninteresse und Durchsetzung ihrer integrierten Konzernstrategie sicherzustellen, so wird sie dies zwangsläufig nur durch eine gewisse *organtypische Einflussnahme* auf die Geschäftsführung der Konzerngesellschaften machen können; dadurch aber wird gerade die ihr zugeordnete potentiell haftungsbegründende *faktische Organstellung* geschaffen.

Dennoch besteht auch bei einer Konzernierung und Wahrnehmung der einheitlichen Konzernleitung seitens der Muttergesellschaft die Möglichkeit eines das Haftungsrisiko mindernden Verhaltens: Die blosse Allein- oder Mehrheitsbeteiligung der Muttergesellschaft oder die blosse Entsendung von «Vertretern» in das oberste Aufsichts- und Leitungsorgan einer Tochtergesellschaft begründet an sich, wie erwähnt, noch keine faktisch Organschaft, sondern darüber hinaus ist vielmehr eine *tatsächliche und andauernde Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft* seitens der Organe der Muttergesellschaft erforderlich. Die Muttergesellschaft kann somit die Angriffsfläche für mögliche direkt gegen sie als «faktisches Organ» der Tochtergesellschaften gerichtete Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit immerhin dadurch gering halten, dass die Organe der Muttergesellschaft *nicht direkt* Einfluss auf die Geschäftsführung der Konzerngesellschaften nehmen, sondern dass die Muttergesellschaft vielmehr *als Eignerin gewisse strategische Vorgaben macht* und «ihren Vertretern» im Verwaltungsrat der Konzerngesellschaften gewisse *Konzernweisungen* erteilt. Diese sollten – immer aus haftungsrechtlicher Sicht – eher *allgemein* gehalten sein und sich auf die zu erreichenden *Konzernziele* und *generelle Verhaltensleitlinien* beschränken. Es ist dann grundsätzlich die Aufgabe der Leitungsorgane der Tochtergesellschaften, die derart von der Muttergesellschaft erteilten Konzernweisungen *eigenverantwortlich* in konkrete Geschäftsführungsmassnahmen auf

Stufe Konzerngesellschaft umzusetzen.⁷⁵ Je mehr die Muttergesellschaft bzw. deren Organe jedoch *direkt* Instruktionen zu konkreten Massnahmen der Geschäftsführung erteilen und je häufiger und spezifischer diese erteilt werden, desto grösser wird für die Muttergesellschaft das Risiko, aufgrund einer faktischen Organstellung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR auch in Bezug auf die Führung der Konzerngesellschaften direkt in die Haftung genommen zu werden.

2. Konzernweites IKS, Risikomanagement und Finanzreporting

Es entspricht an sich einem aktienrechtlichen Grundprinzip, dass *Kompetenz und Verantwortlichkeit korrelieren*.⁷⁶ Unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten heikel ist vor allem die Situation, in welcher der Verwaltungsrat für Entscheidungen einstehen muss, die mangels hinreichender Transparenz oder Kontrolle ausserhalb seines Einflussbereichs liegen; für solche Entscheidungen trägt er aufgrund der Attraktion der Konzernleitungs-kompetenzen grundsätzlich die Verantwortung, obgleich die betroffenen Geschäfte – ausserhalb seiner unmittelbaren Reichweite – auf der Ebene der Konzerngesellschaften abwickelt werden. Immerhin ist der Verwaltungsrat aufgrund seiner Konzernleitungs-kompetenz und allgemeinen Sorgfaltspflicht grundsätzlich auch ausserhalb seines unmittelbaren Zuständigkeitsbereichs verpflichtet, die erforderlichen Abklärungen zu treffen sowie eine Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu gewährleisten.⁷⁷

In dieser Situation kann der Verwaltungsrat sein Risiko, für ein Fehlverhalten der Organe der Konzerngesellschaften in die Verantwortung genommen zu werden, vor allem durch die Errichtung und Überwachung eines risikoorientiert geführten *Internen Kontrollsystems (IKS)*⁷⁸, ein *konzernweites Risiko- und Compliance-Management*⁷⁹ und ein *konsolidiertes Finanzreporting*⁸⁰ sicherstellen. Dies erlaubt es ihm, die sich auf der Ebene der Konzerngesellschaften anbahnenden Probleme oder eingetretenen Entgleisungen möglichst frühzeitig zu erkennen und nötigenfalls korrigierend einzugreifen.

75 In diesem Sinne BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 269.

76 Vgl. BÜHLER (Fn. 54), N. 674.

77 JEAN NICOLAS DRUEY, Leitungsrecht- und -pflicht im Konzern, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern 2000, 24 ff.; VON BÜREN (Fn. 2), 53 f. und 66 f.; KARIN BEYELER, Konzernleitung im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 55 ff.; PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011, § 8 N. 131.

78 BÖCKLI (Fn. 1), § 13 N. 348.

79 Vgl. dazu etwa URS JAISLI, Aufgaben und Herausforderungen der Compliance-Funktion, in: Sylvie Hambloch-Gesinn et al. (Hrsg.), In-House Counsel in internationalen Unternehmen, Basel 2010, S. 219 ff.; DANIEL HOSSLER, Compliance-Management im internationalen Pharmaunternehmen, in: Markus Berni/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Internationales Handelsrecht III: Compliance Management als juristische Kernfunktion im Unternehmen, Zürich 2009, S. 33 ff.

80 Vgl. PETER FORSTMOSER, Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerngesellschaft, in: Andreas Kellerhals (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2010, 5 ff., 35; DERS. (Fn. 77), § 7 N. 40.

3. Klare Kompetenzabgrenzungen zwischen den obersten Organen im Konzern

Weil die Verantwortlichkeit im Aktienrecht mit den *Kompetenzen* korreliert, ist unter dem Aspekt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch auf eine klare *konsolidierte Kompetenzabgrenzung* zwischen dem Verwaltungsrat und der Konzernleitung einerseits, wie auch zwischen den Organen der Muttergesellschaft und denjenigen der Tochtergesellschaften andererseits zu achten.

Im *Organisationsreglement* legt der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft im Wesentlichen fest, *wie* er die einheitliche Leitung im Konzern wahrnimmt, indem er sich die Zuständigkeit für bestimmte Entscheidungsbefugnisse (wie Strategie, Organisationsstruktur, Berichterstattung, Budget und Investitionsplan, Vorbehaltsgeschäfte, Ernennung der «Vertreter» im Verwaltungsrat von Konzerngesellschaften) auch in Bezug auf die Tochtergesellschaften vorbehält. Die im Organisationsreglement enthaltenen Vorgaben sind auf operativer Ebene durch entsprechende Organisationsweisungen sowie eine konzernweite Geschäfts- und Zuständigkeitsordnung zu konkretisieren.⁸¹

Im Konzern ist speziell darauf zu achten, dass das Organisationsreglement der Muttergesellschaft auf dasjenige der Konzerngesellschaften abgestimmt ist. Dafür kann der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft mit der Vorgabe eines *Muster-Organisationsreglements* für Tochtergesellschaften sorgen. Im Rahmen des *konzernweiten Compliance-Management* ist schliesslich darauf zu achten, dass die Konzerngesellschaften die Vorgaben gemäss *Muster-Organisationsreglement* auch tatsächlich umsetzen und einhalten.

4. Befugte Delegation der Geschäftsführung im Organisationsreglement und in der Geschäfts- und Zuständigkeitsordnung

Eine gewisse Einschränkung der Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sieht das Gesetz sodann, wie bereits erwähnt, in Art. 754 Abs. 2 OR vor: Hat der Verwaltungsrat die Geschäftsführung in einem bestimmten Bereich *befugterweise* delegiert und dabei die «drei A» (Sorgfalt in *Auswahl, Anweisung und Aufsicht*) erfüllt, so muss er nicht für den von den Unterstellten angerichteten Schaden eintreten.⁸² Es handelt sich dabei nicht nur um eine Haftungsmilderung, sondern um eine *Haftungsbefreiung*. Diese kommt dadurch zustande, dass ein Handeln insoweit rechtmässig ist, als die Widerrechtlichkeit beim delegierenden Verwaltungsrat wegfällt.

Befugt ist die Delegation nur dann, wenn die Aufgabenüberbindung sich sowohl formell wie inhaltlich im Rahmen des Gesetzes hält. Die Delegation muss mithin im Rahmen ei-

81 Dazu eingehend FORSTMOSER (Fn. 77), § 16 N. 1 ff. und § 22 N. 1 ff.

82 Urteil des Bundesgerichts 4A_501/2007; SETHE/ANDREOTTI (Fn. 21), 143; FORSTMOSER (Fn. 77), § 10 N 15; BÖCKLI (Fn. 1), § 18 N. 118 ff.

nes *Organisationsreglements* und *ausserhalb des Kernkompetenzbereichs des Verwaltungsrates* gemäss Art. 716a Abs. 1 OR erfolgt sein.

Auch hier gilt unter den Kautelen der Risikoeinschränkung, dass der Verwaltungsrat in Bezug auf diejenigen Geschäftsbereiche, die er an die Konzernleitung oder an die Organe von Konzerngesellschaften delegiert hat, vor allem sicherstellen muss, dass er geeignete Vertreter in die Verwaltungsräte der Konzerngesellschaften «entsendet», klare Konzernweisungen und Instruktionen erteilt und für eine angemessene Überwachung der entsprechenden Organe und der Umsetzung seiner Weisungen sorgen muss.

Insoweit hat der Verwaltungsrat darauf zu achten, dass die Delegation von Geschäftsführungsaufgaben kompetenzgemäss im Rahmen der dem Verwaltungsrat zustehenden Ermessensfreiheit erfolgt und in den entsprechenden Organisationsreglementen der Muttergesellschaft sowie der Tochtergesellschaften auch formell umgesetzt wird.

5. Sicherstellung der Solvabilität und minimalen Eigenwirtschaftlichkeit der Konzerngesellschaften

Die rechtliche Analyse hat ergeben, dass für den Verwaltungsrat der Muttergesellschaft bei den zu 100% beherrschten Konzerngesellschaften ein Risiko, aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit in die Haftung genommen zu werden, eigentlich nur von Seiten der Gläubiger besteht, und dieses manifestiert sich in der Regel nur im Konkurs. Daher ist unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit durch eine angemessene Überwachung («Konkursradar» im Rahmen des Beteiligungsmanagements) insbesondere sicherzustellen, dass die Konzerngesellschaften zahlungsfähig bleiben und die erforderliche Liquidität vorhanden ist. Dies verlangt Vorsicht vor allem auch bei der konzerninternen Darlehensgewährung oder auch bei einem allfälligen «cash pooling» im Konzern. Übermässige finanzielle Risiken, einschliesslich Haftungsrisiken der Konzerngesellschaften, sind möglichst zu vermeiden.⁸³

Der Verwaltungsrat hat insbesondere auch darum besorgt zu sein, dass die Konzerngesellschaften im Hinblick auf ihre jeweilige Tätigkeit über ein genügendes Eigenkapital und eine minimale Eigenkapitalrendite verfügen. Zu diesem Zweck sind stets auch Geschäftsoportunitäten im Interesse der Konzerngesellschaften zu entwickeln und in Abstimmung auf das übergeordnete Konzerninteresse zu nutzen.⁸⁴

6. Berücksichtigung der Interessen allfälliger Minderheitsaktionäre

Soweit auch Minderheitsaktionäre an Konzerngesellschaften beteiligt sind, ist darauf zu achten, dass in der Führung der Konzerngesellschaften auch auf die *Interessen der Minderheitsaktionäre* gebührend Rücksicht genommen wird. Die betreffende Tochtergesellschaft darf dann grundsätzlich nicht vollständig in den Konzern «eingeorordnet» werden, sondern ist vielmehr so zu führen, dass der Verwaltungsrat jederzeit auch den aus-

83 FORSTMOSER (80), 33; HOFSTETTER (Fn. 2), 317.

84 BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 306 ff. und 323 ff.

senstehenden Minderheitsaktionären Rechenschaft über seine Tätigkeit ablegen kann.⁸⁵ Zu beachten ist in dieser Situation namentlich das aktienrechtliche Gebot der *Gleichbehandlung der Aktionäre*.⁸⁶

7. Auf die Beteiligung abgestimmte Konzernklauseln bei den Konzerngesellschaften

Gegenüber den Gläubigern und allfälligen Minderheitsaktionären lässt sich eine gewisse Risikobeschränkung sodann durch auf die jeweilige Beteiligung abgestimmte *statutarische Konzernklauseln* erreichen. Da in einer Aktiengesellschaft grundsätzlich jeder erlaubte Zweck offen steht, kann einer Tochtergesellschaft statutarisch aufgetragen werden, sich in den Dienst des Konzerns zu stellen und im Konzerninteresse gewisse Dienstleistungen zu erbringen. Ist der Zweck der Tochtergesellschaft entsprechend begrenzt, so kann weder dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft, noch demjenigen der Muttergesellschaft daraus ein Vorwurf erwachsen, dass auf andere, vielleicht profitablere Aktivitäten zugunsten der Dienstleistungen für den Konzern verzichtet worden ist.⁸⁷

C. Reduktion des Risikos einer Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen

1. Deklaration und Führung der Konzerngesellschaften als eigenständige Einheiten

Das Risiko einer Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen manifestiert sich nach den dargelegten Erkenntnissen nicht bereits im Konzernverhältnis an sich, sondern erst durch ein *konkretes Verhalten der Organe der Muttergesellschaft*, welches gegenüber einem Dritten die Erwartung eines finanziellen Rückhalts durch die Konzernmuttergesellschaft weckt.

Unter diesem Aspekt ist es wichtig, dass die Konzerngesellschaften als *eigenständige Einheiten* am Markt auftreten und geführt werden. Werden Geschäfte angebahnt und Verträge abgeschlossen, so sollten diese Aufgaben grundsätzlich von den ordnungsgemäss gewählten und im Handelsregister eingetragenen Organen der jeweiligen Konzerngesellschaft und nicht direkt durch Organmitglieder der Muttergesellschaft wahrgenommen werden.

Konzerngesellschaften sollten sodann die *formellen Regeln des Aktienrechts* einhalten, d.h.:⁸⁸

85 BÖCKLI (Fn. 1), § 11 N. 59; FORSTMOSER (80), 34.

86 Art. 717 Abs. 2 OR.

87 FORSTMOSER (80), 29 f.; vgl. auch RONALD RUEPP, Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft, Zürich 1994, 5.

88 So bereits FORSTMOSER (80), 32: «Das Spiel der AG spielen».

- die Beschlüsse sind von den zuständigen Organen (Generalversammlung oder Verwaltungsrat) der jeweiligen Konzerngesellschaft statuten- bzw. reglementskonform zu fassen, auch wenn der Inhalt von der Muttergesellschaft weitgehend vorgegeben wird;
- Verwaltungsratssitzungen und die Generalversammlung sind tatsächlich durchzuführen und sollten nicht bloss formell protokolliert werden;
- Beschlüsse sind zu protokollieren und zu dokumentieren.

2. Vermeidung von konkreten Aussagen zum finanziellen Rückhalt durch die Muttergesellschaft

Das Risiko der Muttergesellschaft und ihrer Organe, unter dem Tatbestand der Haftung aus «Konzernvertrauen» in Anspruch genommen zu werden, kann sodann reduziert werden, indem sowohl die Muttergesellschaft als auch die Tochtergesellschaften in ihrem Marktauftritt und in öffentlich zugänglichen Geschäftsunterlagen nicht durch die Verwendung eines undifferenzierten Auftritts den Eindruck erwecken, eine Konzerngesellschaft sei letztlich nur ein «verlängerter Arm» der Muttergesellschaft und diese sei aufgrund ihrer finanziellen und personellen Verflechtung mit der betreffenden Konzerngesellschaft Garantin oder Solidarbürgin für deren Verbindlichkeiten.

D. Reduktion des Risikos einer subsidiären Unternehmensstrafbarkeit der Muttergesellschaft für Straftaten der Organe der Tochtergesellschaften wegen mangelhafter Organisation

Unter dem Aspekt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit besteht für die Muttergesellschaft schliesslich nur insoweit ein gewisses Risiko, für ein Verbrechen oder Vergehen von Organen einer Tochtergesellschaft subsidiär ins Recht gefasst zu werden, als eine bestimmte Anlasstat in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks erfolgt ist und die Tat wegen einer *mangelhaften Organisation des Unternehmens* keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann.

Auch unter diesem Titel kann der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft das entsprechende Verantwortlichkeitsrisiko vor allem einschränken, indem er seine unentziehbare Organisationsverantwortung gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR wahrnimmt, für eine klare Kompetenzabgrenzung und Zuständigkeitsordnung sorgt und sicherstellt, dass konzernweit ein funktionierendes und dokumentiertes internes Kontrollsystem sowie ein wirksames Risiko- und Compliance-Management implementiert ist. Diesbezüglich kann auf die hiervor bereits im Kontext der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gemachten Ausführungen verwiesen werden.⁸⁹

⁸⁹ Vgl. oben Abschnitt V. B.

VI. Schluss

Obgleich Konzerntochtergesellschaften in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich von der Muttergesellschaft getrennte, weitgehend *selbständig* organisierte und verwaltete juristische Personen mit einem Sondervermögen und separaten Gläubigerkreisen bilden, sind sie in Praxis wirtschaftlich relativ stark *in einen grösseren Verbund eingeordnet*, welcher der einheitlichen Leitung durch die Muttergesellschaft unterstellt ist. Daraus entspringt für die Muttergesellschaft und ihre Organe ein gewisses Risiko, sowohl in *zivilrechtlicher* als auch in *strafrechtlicher* Hinsicht für Pflichtverletzungen und Normverstösse der Organe ihrer Tochtergesellschaften in die Haftung genommen zu werden. Wenn auch dieses Konzernhaftungsrisiko *ausserhalb eines Konkurses* – insbesondere bei einer 100%-Beteiligung der Mutter- an der Tochtergesellschaft – als relativ gering einzustufen ist, so kann es doch nicht völlig ausgeschlossen werden. Je stärker die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft an der «engen Leine» hält und auf deren Geschäftsführung mittels konkreter Weisungen oder über ihre «Vertreter» im Verwaltungsrat in organtypischer Weise Einfluss nimmt, desto grösser ist das Risiko, dass ihr spezifische Pflicht- oder Normverstösse in dieser von ihr usurpierten Rolle zur Last gelegt werden und sie zivil- oder strafrechtlich in die Verantwortung genommen wird.

Zur Begrenzung dieser Konzernhaftungsrisiken kann der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft gewisse Vorkehrungen treffen, die letztlich einer gelebten «*Best Practice for Corporate Governance*» im Konzern entsprechen. Dabei sind stets die Anliegen nach einer möglichst effizienten Führung gegen die Anliegen einer angemessenen Kontrolle und Risikobegrenzung abzuwägen und – ausgerichtet auf das jeweilige Geschäfts- und Führungsmodell sowie die Unternehmenskultur des Konzerns – zusammen ins Lot zu bringen.