

Durchgriff und wirtschaftliche Einheit

Bundesgerichtsurteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013

Mit Bemerkungen von MLaw Martin Monsch und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
 - 1. Parteien
 - 2. Sachverhalt
 - 3. Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil des Tribunal de première instance du canton de Genève
 - 2. Urteil der Cour de justice du canton de Genève
 - 3. Urteil des Bundesgerichts
 - 3.1 Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formungültigkeit
 - 3.2 Durchgriff
 - 3.3 Qualifikation des Schreibens vom 22. Oktober 2012
- III. Bemerkungen
 - 1. Einordnung des Entscheids in die neuere Praxis zum Durchgriff
 - 2. Natur des Durchgriffs
 - 2.1 Rechtsdogmatik
 - 2.1.1 Normkorrektur nach der Aussen- oder Missbrauchstheorie
 - 2.1.2 Teleologie nach der Innen- oder Normanwendungstheorie
 - 2.1.3 Mittelweg
 - 2.1.4 Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung
 - 2.2 Würdigung
 - 3. Wirtschaftliche Einheit und Kontrolle
 - 3.1 Spannungsfeld
 - 3.2 Positivrechtliche Anknüpfung an die wirtschaftliche Einheit
 - 3.2.1 Konzern
 - 3.2.2 Finanzgruppe
 - 3.3 Weitere wirtschaftliche Einheiten
 - 3.4 Prest v. Petrol
 - 3.5 Fazit
 - 3.6 Weitere vom Bundesgericht verwendete Kriterien
 - 4. Zweckwidrige Verwendung der juristischen Person
 - 4.1 Zweck der juristischen Person
 - 4.2 Zweckwidrige Verwendung
 - 4.2.1 Missachtung der Grundstruktur der juristischen Person
 - 4.2.2 Fehlen einer übergeordneten Rechtsordnung
 - 4.2.3 Gefährdung der unabhängigen Überlebensfähigkeit
 - 4.3 Ausdehnung vertraglicher Pflichten
 - 4.4 Machenschaften und qualifizierte Schädigung Dritter
- IV. Ergebnis

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Parteien

Der vom Bundesgericht behandelten Streitigkeit lag im Wesentlichen ein Dreiparteienverhältnis zwischen der Bank S (im Bundesgerichtsentscheid S SA), der T Ltd und dem Geschäftsmann B.Y. zugrunde. Die T Ltd war eine nach dem Recht der Virgin Islands inkorporierte Gesellschaft, B.Y. (Beschwerdegegner 1) und V. für sie einzelzeichnungsberechtigt. In dieser Funktion eröffneten sie am 22. April 2006 auf den Namen der T Ltd ein Konto bei der Bank S, wobei sie B.Y. und später zusätzlich dessen Bruder U.Y. als an der T Ltd wirtschaftlich berechnete Personen bezeichneten. Die Aktiven und Passiven der Bank S übernahm die in Genf ansässige Bank A (Beschwerdeführerin; im Bundesgerichtsentscheid A SA) mit Fusionsvertrag vom 3. Mai 2010. Streitgegenstand war ein von der Bank A bewirkter Arrest auf Vermögenswerte von B.Y.¹

2. Sachverhalt

Am 25. September 2007 gewährte die Bank S der T Ltd einen Kreditrahmen von EUR 35 000 000 auf unbestimmte Dauer unter der Bedingung und vorbehaltlich der Änderung und/oder des sofortigen und jederzeit möglichen Rücktritts der Bank. In der Folge wurde der Kreditrahmen bis am 15. August 2008 in vier Stufen auf EUR 143 000 000 erhöht. Anlässlich der Erhöhungen vom 5. Oktober 2007 und vom 10. April 2008 bestätigte B.Y. jeweils, dass er seine Beteiligung an der T Ltd während der gesamten Vertragsdauer, und solange die T Ltd Schuldpositionen gegenüber der Bank S aufweise, aufrechterhalte. Am 10. April 2008 verpflichtete er sich darüber hinaus, Margin Calls der Bank S zu bedienen (*«répondre à»*).

Vor dem Hintergrund des Börsencrashes im Oktober 2008 vereinbarten die Bank S und die T Ltd mit Vertrag vom 22. Oktober 2008 unter Auflösung des Kreditvertrags vom 15. August 2008 neu auf drei Jahre befristet einen Kreditrahmen von EUR 87 000 000. Hierfür verpfändete die T Ltd ihre Aktien S² und Z

¹ BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, A; Urteil der Cour de Justice du canton de Genève ACJC/1284/2012 vom 14. September 2012, B.

² Nicht ersichtlich ist, ob es Aktien der S Holding oder der Bank S sind.

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

an die Bank S. In rechtlicher Hinsicht handelte es sich dabei um einen Lombardkredit, was unumstritten ist. Gleichentags bereitete die Bank einen an B.Y. adressierten Brief vor, der ein als Absichtserklärung (*«lettre d'intention»*) betitelt und von B.Y. zu unterzeichnendes Schreiben enthielt. B.Y. sollte damit wiederum bestätigen, dass er seine Stellung innerhalb T Ltd halte und sich zur Bedienung von Margin Calls verpflichtete, um die Wiederherstellung des ursprünglichen Werts des Portfolios der gepfändeten Aktien S und Z von EUR 62 000 000 zu ermöglichen, falls deren Wert diesen Betrag bis zum Ablauf des Kreditvertrags im Oktober 2011 nicht mehr erreichen sollte. Während B.Y. dieses Schreiben vom 22. Oktober 2008 nie unterzeichnete, unterschrieb er am 24. Oktober 2008 einen Bürgschaftsvertrag, mit dem er sich zur solidarischen Begleichung sämtlicher ausstehenden Forderungen im Zusammenhang mit dem am 15. August 2008 gewährten Kredit verpflichtete.

Nachdem die Bank S die T Ltd in der Folge erfolglos zur Rückzahlung des Darlehens und der Darlehenszinsen angehalten hatte, schritt die Bank S gemäss eigenen Angaben zum Verkauf des grössten Teils der gepfändeten Aktiven zugunsten des Kredits vom 22. Oktober 2008 und reduzierte so die behauptete Forderung auf EUR 68 949 284.³

3. Prozessgeschichte

Auf ein Arrestbegehren der Bank A hin verarrestierte das Tribunal de première instance du canton de Genève mit Arrestbefehl vom 11. November 2011 diverse Konten von B.Y. für eine Arrestforderung von CHF 84 994 014.60 zuzüglich Zins. Dagegen erhoben B.Y. und die weiteren Beschwerdegegner Einsprache gemäss Art. 278 SchKG, welche das Tribunal gut hiess.⁴ In den daraufhin erhobenen Beschwerden beantragte die Bank A die Abweisung der Arresteinsprachen, eventualiter die Aufrechterhaltung des Arrests im Betrag von CHF 41 075 996.45. Nachdem die Cour de justice du canton de Genève die Verfahren vereinigt hatte, wies sie die Beschwerden mit Entscheidung vom 14. September 2012 ab.⁵ In der Folge gelangte die Bank A mit Beschwerde in Zivilsachen an

das Bundesgericht. Dabei beantragte sie neben den schon vor kantonaler Instanz erhobenen Rechtsbegehren subeventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz zur neuerlichen Entscheidung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen. In diesem Sinne hiess das Bundesgericht die Beschwerde mit Entscheidung vom 17. Mai 2013 gut.⁶

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Tribunal de première instance du canton de Genève

Das Tribunal de première instance du canton de Genève erwog als untere kantonale Gerichtsinstanz, dass sowohl B.Y. wie auch dessen Bruder U.Y. wirtschaftlich an der T Ltd berechtigt gewesen seien; Letzterer könne nicht als Strohmann des B.Y. bezeichnet werden. Die vorgelegten Dokumente würden die wirtschaftliche Identität von B.Y. und der T Ltd daher nicht glaubhaft machen, sodass die erste Durchgriffsvoraussetzung nicht erfüllt sei. Im Übrigen sei auch die zweite Voraussetzung nicht erfüllt. Der fehlende Wille eines Aktionärs, für Schulden «seiner» Gesellschaft einzustehen, reiche für sich allein nicht für einen Durchgriff aus; hierfür bedürfe es besonderer Umstände. Da sich die Bank S der Dualität von B.Y. und der T Ltd bewusst gewesen sei und die juristischen Folgen habe abschätzen können, sei die Berufung von B.Y. auf die Dualität nicht rechtsmissbräuchlich. Was den Bürgschaftsvertrag vom 24. Oktober 2008 angehe, so sei dieser formnichtig und eine daraus abgeleitete Forderung der Bank A gegenüber B.Y. infolgedessen nicht glaubhaft. Die Absichtserklärung vom 22. Oktober 2008 habe B.Y. schon gar nicht erst unterzeichnet, was einen fehlenden Konsens indiziere. Eine stillschweigende Annahme sei nicht glaubhaft gemacht worden. Da die Bank A weder aus der Absichtserklärung vom 22. Oktober 2008 noch aus dem Bürgschaftsvertrag vom 24. Oktober 2008 oder dem Durchgriff eine Forderung zu ihren Gunsten ableiten könne, sei der Arrestbefehl aufzuheben.⁷

³ BGer (Fn. 1), A; Urteil der Cour de Justice (Fn. 1), B.

⁴ Urteile des Tribunal de première instance du canton de Genève OSQ/19/2012 vom 16. Mai 2012, OSQ/20/2012 und OSQ/21/2012 vom 23. Mai 2012.

⁵ Urteil der Cour de Justice (Fn. 1).

⁶ BGer (Fn. 1), B.

⁷ Urteile des Tribunal de première instance (Fn. 4).

2. Urteil der Cour de justice du canton de Genève

Die Cour de justice du canton de Genève bestätigte als obere kantonale Instanz die Arresteinspracheentscheide. Zum Bürgschaftsvertrag fügte sie ergänzend hinzu, dass dieser nicht in einen Garantievertrag umgedeutet werden könne und die Berufung von B.Y. auf die Formnichtigkeit auch nicht rechtsmissbräuchlich sei.⁸ Die Voraussetzungen des Durchgriffs habe die Bank A ebenfalls nicht glaubhaft dargelegt. Zwar sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz wahrscheinlich, dass B.Y. die T Ltd – allenfalls zusammen mit seinem Bruder – beherrsche; die Berufung auf die rechtliche Unabhängigkeit sei indes nicht rechtsmissbräuchlich. In einem Dreiparteienverhältnis wie dem Vorliegenden wisse die Vertragspartnerin grundsätzlich, dass sie bei Fehlen von genügend gültigen Sicherheiten der natürlichen Person der Gefahr der Insolvenz der juristischen Person ausgesetzt ist. Im Übrigen gehe aus den Tatsachen weder hervor, dass die T Ltd spezifisch zur Erlangung eines Kredits der Bank S gegründet worden sei, noch, dass sie zu einem Zeitpunkt Aktiven an B.Y. herausgegeben hätte.⁹ Das im Rahmen des Eventualbegehrens angeführte Schreiben vom 22. Oktober 2008 qualifizierte die Cour de justice als Vertrag zugunsten eines Dritten – der T Ltd. Daraus schloss sie, dass die Bank selbst dann kein direktes Forderungsrecht gegenüber B.Y. erlangt hätte, falls sich dieser konkludent mit dem Schreiben einverstanden erklärt haben sollte. Darüber hinaus habe die Bank A keinen ihr aus der Nichtausübung des Vertrags erwachsenen Schaden behauptet.¹⁰

3. Urteil des Bundesgerichts

Das Bundesgericht beurteilte nach Abweisung der erhobenen formellen Rügen im Wesentlichen drei materielle Rechtsfragen, die allesamt die Arrestvorsetzung der Glaubhaftmachung der Forderung der Bank A gegenüber B.Y. zum Gegenstand hatten.

3.1 Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formungültigkeit

Im Zusammenhang mit dem Bürgschaftsvertrag vom 24. Oktober 2008 bestätigte das Bundesgericht zunächst die Erwägungen der Vorinstanzen und hielt fest, dass dieser sowohl nach schweizerischem wie nach französischem Recht formungültig gewesen sei. Weder sei er im Sinne von Art. 493 Abs. 2 OR öffentlich beurkundet worden noch habe er die vom französischen Recht vorgeschriebenen «*mentions manuscrites*» enthalten. Zum Vorbringen des Rechtsmissbrauchs hielt das Bundesgericht mit Verweis auf die eigene Praxis fest, dass die Partei, die nicht – oder zumindest nicht in der Hauptsache – erfüllt habe, grundsätzlich keinen Rechtsmissbrauch begehe, wenn sie sich auf die Formungültigkeit berufe. Zwar habe die Vorinstanz zu Unrecht jeden Anspruch vor Vertragserfüllung ausgeschlossen, im Resultat habe die Vorinstanz indes Art. 9 BV nicht verletzt. Da sich beide Parteien von je einem französischen Anwalt hätten beraten lassen, sei schwer vorstellbar, wie die Bank S hätte getäuscht werden können.¹¹

3.2 Durchgriff

Zum Durchgriff erwog das Bundesgericht, dass man ausnahmsweise nicht vorbehaltslos auf die formelle rechtliche Einheit abstellen könne, wenn sämtliche oder fast sämtliche Aktiven einer Gesellschaft direkt oder indirekt derselben natürlichen oder juristischen Person gehören. Nach Massgabe der wirtschaftlichen Realität bestehe Personenidentität; die Rechtsbeziehungen des einen bänden auch den anderen. Dies sei immer dann der Fall, wenn die Berufung auf die rechtliche Unabhängigkeit rechtsmissbräuchlich sei oder eine offensichtliche Verletzung («*atteinte manifeste*») von legitimen Interessen zur Folge habe. Der Durchgriff setze also voraus, dass (1) in Übereinstimmung mit der wirtschaftlichen Realität Identität der Personen besteht, oder zumindest eine wirtschaftliche Beherrschung eines Rechtssubjekts über ein anderes, und dass (2) die Berufung auf die Dualität rechtsmissbräuchlich ist. Rechtsmissbräuchlich sei die Berufung auf die Dualität, wenn mit ihr ein ungerechtfertigter Vorteil bezweckt werde, was die Beschwerdeführerin nicht darlege. Im Gegenteil, die Bank habe ihrerseits versucht, Profit aus der

⁸ Urteil der Cour de Justice (Fn. 1), E. 5–7.

⁹ Urteil der Cour de Justice (Fn. 1), E. 8.

¹⁰ Urteil der Cour de Justice (Fn. 1), E. 9.

¹¹ BGer (Fn. 1), E. 5 und 6.

rechtlichen Dualität zu ziehen, indem sie von B.Y. Sicherheiten für die Vertragserfüllung mit dessen Gesellschaft verlangt habe.¹²

3.3. Qualifikation des Schreibens vom 22. Oktober 2012

Zum als Absichtserklärung bezeichneten Schreiben vom 22. Oktober 2012 erwog das Bundesgericht, es könne offenbleiben, ob dieses rechtlich als unechter Vertrag zugunsten eines Dritten oder als kumulative Schuldübernahme zu qualifizieren sei. Angenommen, B.Y. habe dem Inhalt des Schreibens konkludent zugestimmt, sei bei summarischer Anspruchsprüfung glaubhaft, dass die Bank A im Anschluss an die Nichtausübung der Verpflichtung durch B.Y. einen Schaden erlitten habe. Folglich sei die Vorinstanz in Willkür verfallen bei der Annahme, dass eine gültige Absichtserklärung in der Art des Schreibens vom 22. Oktober 2012 keine Forderung der Bank A gegenüber B.Y. auszulösen vermöge. Die Beschwerde sei daher in diesem Punkt gutzuheissen und die Sache im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III. Bemerkungen

Nachfolgend wird der Fokus auf den Durchgriff gelegt.

1. Einordnung des Entscheids in die neuere Praxis zum Durchgriff

Im vorliegenden Entscheid setzte das Bundesgericht für einen Durchgriff in einem ersten Schritt eine «wirtschaftliche Identität» der Rechtssubjekte oder zumindest die «wirtschaftliche Beherrschung» des einen über das andere voraus; in einem zweiten Schritt verlangte es, dass die Berufung auf die Dualität rechtsmissbräuchlich ist.¹³ Mit dieser Formulierung der Voraussetzungen folgte es einer ganzen Reihe von Bundesgerichtsentscheiden.¹⁴ An anderer

Stelle in demselben Entscheid hielt das Bundesgericht hingegen fest, dass es für einen Durchgriff eines Rechtsmissbrauchs «oder» einer offenbaren Schädigung («*atteinte manifeste*») von legitimen Interessen Dritter bedürfe.¹⁵ In nur kurz davor ergangenen Entscheid vom 5. April 2013 setzte das Bundesgericht – ebenfalls mit Verweis auf mehrere vorangehende Entscheide¹⁶ – nicht die wirtschaftliche Identität der Rechtssubjekte voraus, sondern verlangte, dass diese zusammen eine wirtschaftliche Identität bilden («*avec lequel il forme une identité économique*»).¹⁷ Ursprünglich verwendete es den Begriff der Einheit und nicht jenen der Identität («*unité économique*»).¹⁸ Des Weiteren benutzte es nicht nur den Begriff der Beherrschung («*domination*»), sondern offenbar deckungsgleich auch jenen der Kontrolle («*contrôle*»).¹⁹ Im deutschsprachigen Entscheid zum Durchgriff vom 17. Juli 2012 sprach das Bundesgericht neben der «wirtschaftlichen Identität der Rechtssubjekte» von der «Identität der wirtschaftlichen Interessen». Zur wirtschaftlichen Identität führte es an, diese beruhe auf der Möglichkeit, die juristische Person zu beherrschen und bedinge ein Abhängigkeitsverhältnis, welches wiederum die Identität der wirtschaftlichen Interessen bewirke. Zum Rechtsmissbrauch hielt das Bundesgericht fest, dass für diesen geradezu eine «*Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Macher-schaften*» und eine «*qualifizierte Schädigung Dritter*» erforderlich sei.²⁰ Anders als im vorliegenden Entscheid verwendete es diese qualifizierte oder offenbare Schädigung Dritter also als Teilbestandteil des Missbrauchstatbestandes. Die Vielzahl der vom Bundesgericht verwendeten Begriffe (Kontrolle, Beherrschung, Abhängigkeit, wirtschaftliche Identität, Identität der wirtschaftlichen Interessen, wirtschaftliche Einheit) bedürfen einer genaueren Analyse.

¹² BGer (Fn. 1), E. 7.

¹³ BGer (Fn. 1), E. 7.2.1.

¹⁴ BGer 5A_925/2012 vom 5. April 2013, E. 9.1; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008, E. 2.2; indirekt auch BGE 132 III 489, E. 3.2 (Beherrschung); 121 III 319, E. 5a/aa; 102 III 165, E. II.1; vgl. auch BGer 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008, E. 3.

¹⁵ Vgl. BGer 5A_436/2011, 5A_443/2011 vom 12. April 2012, E. 9.3.2; 4A_58/2011 vom 17. Juni 2011, E. 2.4.1; BGE 121 III 319, E. 5a/aa; 102 III 165, E. II.1.

¹⁶ BGer 5A_654/2010 vom 24. November 2011, E. 7.3.1; 5A_871/2009 vom 2. Juni 2010, E. 7.1; BGE 105 III 107, E. 3a.

¹⁷ BGer 5A_925/2012 vom 5. April 2013, E. 9.1.

¹⁸ Vgl. BGE 105 III 107, E. 3a.

¹⁹ BGer 5A_925/2012 vom 5. April 2013, E. 9.1.

²⁰ BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012, E. 3.1 und 3.2.

2. Natur des Durchgriffs

Auf eine gesetzliche Regelung des Durchgriffs hat der schweizerische Gesetzgeber bisher verzichtet;²¹ als Rechtsinstitut ist er indes fester Bestandteil von Lehre und Rechtsprechung.²² Die kurze Auflistung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts²³ zeigt dessen praktische Bedeutung, wenngleich die Zahl der Entscheide, bei denen der Durchgriff bejaht wurde, im Vergleich zur Gesamtzahl der Durchgriffsentscheide ungleich tiefer ist. Während das Rechtsinstitut dem Grundsatz nach anerkannt ist, bestehen Unklarheiten zur Natur und den Voraussetzungen.

2.1 Rechtsdogmatik

In der Schweiz wird im Durchgriff in der Regel ein Anwendungsfall des korrigierenden Rechtsmissbrauchsverbots im Sinne der Aussen- oder Missbrauchstheorie gesehen; andere sehen in ihm eine zweckwidrige Verwendung der juristischen Person und damit ein Problem der Auslegung im Sinne der Innen- oder Normanwendungstheorie. Der deutsche Bundesgerichtshof behandelt den – vom Zurechnungsdurchgriff zu unterscheidenden – Haftungsdurchgriff seinerseits im Wesentlichen als Anwendungsfall der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB).²⁴ Die verschiedenen Konzeptionen sollen daher einleitend kurz beleuchtet werden.

2.1.1 Normkorrektur nach der Aussen- oder Missbrauchstheorie

Das Bundesgericht und ein Grossteil der Lehre sehen im Durchgriff eine Folge des Missbrauchs des Rechtsinstituts der juristischen Person im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB.²⁵ Damit folgen sie zumindest im-

plizit der Aussentheorie. Deren Ausgangspunkt bildet die Annahme, dass dem zwischen den rechtlichen Einheiten geltenden Trennungsprinzip der Zweck einer jeden Norm unterzuordnen ist; eine Aufhebung der Trennung durch (teleologische) Auslegung ist demzufolge nicht möglich.²⁶ Für eine über die Auslegung hinausgehende Normkorrektur wird verlangt, dass «*formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde*».²⁷ Leitlinien bei dieser Prüfung sind der Grundsatz von Treu und Glauben und mit ihm der Vertrauensgrundsatz, die *ratio legis* und die sozial-ethischen Grundlagen der Rechtsordnung.²⁸ Mit dem Rückgriff auf die *ratio legis* wird eine Annäherung im Theorienstreit erreicht.

2.1.2 Teleologie nach der Innen- oder Normanwendungstheorie

Ein anderer Teil der Lehre sieht im Durchgriff ein Problem der Normauslegung.²⁹ Anders als bei der Aussentheorie beschränkt das Missbrauchsverbot nach der Innentheorie schon den Inhalt des Rechts selbst.³⁰ Das Recht besteht nur scheinbar; durch Auslegung ist der Wortlaut teleologisch im Sinne des dem

181; *Markus Denner*, Durchgriff im Konzern, Diss. Zürich, Entlebuch 1984, 35 ff.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 47 ff.; *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel, Zürich 1994, 178 (für den «Durchgriff im engen Sinn»); *Hofstetter* (Fn. 22), 178 f.; vorn III.1.

²⁶ *Rolf Serick*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 2. Aufl., Berlin/Tübingen 1980, 24 ff.; vgl. *René Matteotti*, Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht, Diss. Bern 2003 = BBSW 18, 83 Fn. 351.

²⁷ BGE 134 III 52, E. 2.1; 123 III 233, E. 2e; 113 II 31, E. 2c; *Regina Aebi-Müller/Heinz Hausheer*, Art. 2 ZGB, in: *Hausheer/Walter* (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Bd. I/1, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 2012, N 53 und N 58 zu Art. 2 ZGB; vgl. auch *Honsell* (Fn. 25), N 26 und N 30 zu Art. 2 ZGB.

²⁸ *Aebi-Müller/Hausheer* (Fn. 27), N 52 zu Art. 2 ZGB; vgl. *Honsell* (Fn. 25), N 24 und N 26 zu Art. 2 ZGB.

²⁹ *Hans Merz*, Art. 2 ZGB, in: *Meier-Hayoz* (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Bd. I/1, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 1966, N 287 zu Art. 2 ZGB; *Henri Deschenaux*, Der Einleitungstitel, in: *Gutzwiller* (Hrsg.), *Einleitung und Personenrecht*, SPR Bd. II, Basel 1967, 164; *Raphael Lanz*, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2000 = ASR 644, 98 f.; *Andreas von Planta*, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981, 155.

³⁰ Vgl. *Merz* (Fn. 29), N 287 zu Art. 2 ZGB; *Honsell* (Fn. 25), N 25 zu Art. 2 ZGB; *Lanz* (Fn. 29), 98 f.

²¹ Vgl. hierzu *Marlene Kobierski*, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Diss. Bern 2012 = SSW 22, 36 f.

²² *Karl Hofstetter*, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Habil. Zürich, Tübingen 1995, 23 ff., m.w.H. zu den historischen und völkerrechtlichen Hintergründen.

²³ Vorne III.1.

²⁴ Hinten III.2.1.4; zu den Durchgriffsarten vgl. *Roger Zuber*, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Durchgriff im Zivilprozess, Diss. Bern 2004, Bern 2005 = ASR 702, 9.

²⁵ *Heinrich Honsell*, in: *Honsell/Vogt/Watter* (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I*, 4. Aufl., Basel 2010, N 51 f. zu Art. 2 ZGB (allerdings verbunden mit dem Zweck); *Roland von Büren*, Der Konzern, 2. Aufl., Basel 2005, in: von Büren (Hrsg.), *Handelsrecht*, SPR Bd. VIII,

Gesetz inhärenten Zwecks der sozialen und ethischen Rechtsverwirklichung zu reduzieren, sodass sich ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 ZGB erübrigt.³¹ Ein Teil der Vertreter der Innentheorie setzt beim Durchgriff direkt bei der Rechtsfähigkeit der juristischen Person an (vgl. Art. 52 f. ZGB),³² andere verweisen wiederum auf haftungsspezifische Normen (vgl. insb. Art. 620 OR).³³

2.1.3 Mittelweg

Vertreter der neueren Schweizer Lehre tendieren zu einem Mittelweg zwischen der Missbrauchs- und der Normanwendungstheorie. Sie anerkennen dem Grundsatz nach, dass bei zweckwidriger Inanspruchnahme einer juristischen Person auf dem Weg der Auslegung ein Durchgriff erreicht werden kann; in gewissen Fällen sei das Trennungsprinzip hingegen so gewichtig, dass ein Durchgriff lediglich bei Rechtsmissbrauch möglich sei.³⁴

2.1.4 Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Deutschland kennt ein umfassendes Konzernrecht und mit diesem einen Nachteilsausgleich zwischen Konzerngesellschaften.³⁵ Daneben stützt der Bundesgerichtshof den Haftungsdurchgriff seit 2007 wie bereits angedeutet im Wesentlichen auf den Tatbestand der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäss § 826 BGB.³⁶ Obwohl mittlerweile einige Monografien zum Durchgriff in der Schweiz existieren,³⁷ hat

sich die schweizerische Lehre offenbar bisher noch nicht vertieft mit der Frage der Unterstellung des Haftungsdurchgriffs unter Art. 41 Abs. 2 OR befasst. Ohnehin kommt dieser Norm in der schweizerischen Praxis nur eine sehr marginale Bedeutung zu. Zum Vorbehalt der guten Sitten wird aufgeführt, dass auch dieser – wie der Rechtsmissbrauch – ein «Notventil» darstelle.³⁸ Das Bundesgericht hielt fest, dass ein missbräuchliches prozessuales Verhalten dem Haftungsgrund nach Art. 41 Abs. 2 OR zumindest nahestehe.³⁹ *Honsell* spricht die Vermischung von Argumenten zur Sittenwidrigkeitskontrolle und des Missbrauchsverbots an und hält fest, dass das Rechtsmissbrauchsverbot in vielen Fällen zur Duplizierung eines durch die Sittenwidrigkeitsschranke oder das Verbot der Gesetzesumgehung ohnedies erreichbaren Rechtsschutzes führe.⁴⁰

Von Bedeutung ist die Unterstellung unter Art. 41 Abs. 2 OR bzw. rechtsvergleichend § 826 BGB, da diese Bestimmungen mit dem Vorsatz bzw. der Absicht ein subjektives Element kennen.⁴¹ In Deutschland wird die Praxis des Bundesgerichtshofes teilweise infrage gestellt, da die deutsche Rechtsprechung die Durchgriffshaftung früher lediglich auf objektive Kriterien stützte.⁴² Anerkannt wird, dass es sich bei der Haftung des Vorsatztäters zumindest um die eigentlich unproblematische Konstellation handelt.⁴³ Vom Wortlaut her bestehen Unterschiede zwischen dem schweizerischen und dem deutschen Recht zur sittenwidrigen Schädigung. Während Art. 41 Abs. 2 OR den Begriff der Absicht verwendet, ist in § 826 BGB vom Vorsatz die Rede. Die wohl herrschende Schweizer Lehre und Rechtsprechung geht allerdings davon aus, dass der Begriff der Absicht nicht im technischen Sinne zu verstehen ist und nichts anderes als

³¹ Vgl. *Aebi-Müller/Hausheer* (Fn. 27), N 59 zu Art. 2 ZGB.

³² *Merz* (Fn. 29), N 287 zu Art. 2 ZGB; *Wolfram Müller-Freinfels*, Die Lehre vom «Durchgriff» bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957), 522 ff., 537 f.; vgl. *Matteotti* (Fn. 26), 83 Fn. 351.

³³ *Lanz* (Fn. 29), 100 ff.

³⁴ *Aebi-Müller/Hausheer* (Fn. 27), N 53 ff. zu Art. 2 ZGB; *Matteotti* (Fn. 26), 83 Fn. 351; *Markus Wick*, Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG, Diss. Basel 1994, Zürich 1996 = SSW 170, 63 f.

³⁵ Vgl. § 311 BGB.

³⁶ Urteil [IX ZB 15/12] des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) vom 27. September 2012, N 16; Urteil *GAMMA* [II ZR 264/06] des BGH vom 28. April 2008, N 10 und N 21; Urteil *Kolpingwerk* [II ZR 239/05] des BGH vom 10. Dezember 2007, N 25 ff.; Urteil *Trihotel* [II ZR 3/04] des BGH vom 16. Juli 2007, N 17 und N 22.

³⁷ *Silvio Caffisch*, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Winterthur 1961, passim; *Demmler* (Fn. 25), passim; *Kobierski* (Fn. 21), passim; *Lanz* (Fn. 29), passim; *Matteotti* (Fn. 26), passim; *Wick* (Fn. 34), passim; *Zuber* (Fn. 24), passim.

³⁸ BGER 4C.353/2002 vom 3. März 2003, E. 5.1; BGE 124 III 297, E. 5e; 95 III 83, E. 6a; zum «Notventil» *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 13 N 163; a.M. *Brehm*, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41–61 OR), Bern 2006, N 237 zu Art. 41 OR.

³⁹ BGER 4C.353/2002 vom 3. März 2003, E. 5.1.

⁴⁰ *Honsell* (Fn. 25), N 33 und N 51 zu Art. 2 ZGB; vgl. auch *Aebi-Müller/Hausheer* (Fn. 27), N 28 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁴¹ Vgl. Urteil *GAMMA* (Fn. 36), N 10; Urteil *Trihotel* (Fn. 36), N 31.

⁴² Vgl. *Julius von Staudinger/Jürgen Oechsler*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 826–829 – ProdHaftG, § 826 N 315.

⁴³ So auch *Staudinger/Oechsler*, a.a.O.

Vorsatz bedeutet.⁴⁴ Dem ist beizupflichten. Der Tatbestand der widerrechtlichen Schädigung (Art. 41 Abs. 1 OR) setzt den Begriff der Absicht der Fahrlässigkeit gegenüber, was die nichttechnische Verwendung des Begriffs der Absicht in dieser Bestimmung aufzeigt. Infolgedessen genügt in Abs. 2 auch Eventualvorsatz.⁴⁵ Das Bundesgericht hielt in einem Entscheid fest, dass selbst eine grobfahrlässige sittenwidrige Schädigung unter Art. 41 OR falle, ohne allerdings auf den engeren Wortlaut in Abs. 2 näher einzugehen, was auf ein Versehen hindeutet.⁴⁶ Art. 41 Abs. 2 OR deckt sich somit mit § 826 BGB.

Sittenwidrig sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Handlungen, die gegen die herrschende Moral, d.h. das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe, verstossen.⁴⁷ Im Geschäftsverkehr sind die berechtigten Verhaltenserwartungen massgebend.⁴⁸ Zwar scheinen die «guten Sitten» im Gegensatz zum Begriff von «Treu und Glauben» eine zeitliche Komponente im Sinne einer Tradierung, einer Überlieferung von Brauchtum zu enthalten; u.E. ist aber vom selben Inhalt der Begriffe auszugehen (vgl. auch Art. 2 UWG). Dem Begriff von «Treu und Glauben» liegen letztlich Verkehrsitten zugrunde. Der aus diesen Begriffen abgeleitete Vertrauensgrundsatz ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und der Ermittlung eines normativen Konsenses heranzuziehen.

Die Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR oder § 826 BGB sagt nichts über die Befolgung der Missbrauchs- oder Normanwendungstheorie aus. Art. 41 Abs. 2 OR kann auch als Instrument der Normkorrektur verstanden werden, dies zumindest, wenn anerkannt wird, dass ein durch positivrechtliche Normen gedecktes Verhalten sittenwidrig sein kann.⁴⁹ Dem Gewohnheitsrecht wird eine derogierende Wirkung in der

Schweiz von der herrschenden Lehre abgesprochen.⁵⁰ Obwohl die gute Sitte dem Gewohnheitsrecht grundsätzlich vorgelagert ist, wird diese in Art. 41 Abs. 2 OR und Art. 2 ZGB selbst zum Recht. Zu beachten ist allerdings, dass die Sittenwidrigkeit nicht dazu dienen darf, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit auszuhöheln. Inwieweit Art. 2 ZGB Schutznormqualität zukommt, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten.⁵¹ Wird von der Übereinstimmung der Begriffe von «Treu und Glauben» und der «guten Sitten» im Geschäftsverkehr ausgegangen, bliebe Art. 41 Abs. 2 OR hier jeder Anwendungsbereich verwehrt, wenn Art. 2 ZGB jegliche Schutznormqualität abgesprochen würde. Letzteres erschiene allerdings auch insofern fraglich, als für viele Verletzungen von Treu und Glauben über Art. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 und 3 UWG und Art. 41 OR ein Schadenersatzanspruch begründet wird. Gemäss Art. 2 UWG ist bekanntlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten mit Wettbewerbsbezug unlauter und damit widerrechtlich.⁵² Insofern positiviert Art. 2 UWG die Schutznormqualität von Art. 2 ZGB. Des Weiteren hat das Bundesgericht eine (beschränkte) Vertrauenshaftung anerkannt, wodurch ein ähnliches Ergebnis wie bei einer (beschränkten) Anerkennung der Schutznormqualität von Art. 2 ZGB erzielt wird. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsfortbildungsfunktion der Sittenwidrigkeit und des Rechtsmissbrauchsverbots hinzuweisen.⁵³ So sind namentlich eine ganze Reihe von ursprünglich unsittlichen bzw. missbräuchlichen Verhaltensweisen im UWG als

⁴⁴ BGE 76 II 281, E. 7; *Christian Heierli/Anton K. Schnyder*, in: *Honsell/Vogt/Wiegand* (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, 5. Aufl., Basel 2011, N 42 zu Art. 41 OR m.w.H.; a.M. *Brehm* (Fn. 38), N 243 zu Art. 41 OR.

⁴⁵ So auch *Anton K. Schnyder/Wolfgang Portmann/Markus Müller-Chen*, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 167.

⁴⁶ BGE 117 II 394, E. 4; vgl. auch BGer 4C.353/2002 vom 3. März 2003, E. 4b.

⁴⁷ BGE 132 III 455, E. 4.1; 129 III 604, E. 5.3; 123 III 101, E. 2; 115 II 232, E. 4a.

⁴⁸ Vgl. *Staudinger/Oechsler* (Fn. 42), § 826 N 31.

⁴⁹ Vgl. *Staudinger/Oechsler* (Fn. 42), § 826 N 17.

⁵⁰ *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher*, Art. 1 ZGB, in: *Hausheer/Walter* (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Bd. I/1, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 2012, N 426 zu Art. 1 ZGB; *Honsell* (Fn. 25), N 20 zu Art. 1 ZGB; *Deschenaux* (Fn. 29), 105 f.; zur Nähe zwischen guter Sitte und Gewohnheitsrecht (*longa consuetudo und opinio iuris*) vgl. *Emmenegger/Tschentscher* (Fn. 50), N 418 zu Art. 1 ZGB.

⁵¹ Bejahend *Honsell* (Fn. 25), N 23 zu Art. 2 ZGB; BGE 124 III 297, E. 5c; verneinend BGE 125 III 257, E. 2c; auf eine vertrauensabhängige, beschränkte Schutznormqualität eingrenzend *Aebi-Müller/Hausheer* (Fn. 27), N 3 und N 146 ff. zu Art. 2 ZGB; vgl. auch *Manuel Jaun*, *Haftung für Sorgfaltpflichtverletzung*, Habil. Bern 2007 = ASR 738, 422 ff.

⁵² Zum Verhältnis von Art. 2 UWG zu Art. 3–8 UWG vgl. aber BGE 133 III 431, E. 4.1–4.3.

⁵³ Vgl. *Staudinger/Oechsler* (Fn. 42), § 826 N 20.

unlauter qualifiziert worden, womit sie heute widerrechtlich sind.⁵⁴

2.2 Würdigung

Sowohl beim Rechtsmissbrauch wie der Sittenwidrigkeit handelt es sich um Korrektornormen, mit denen ein scheinbares Recht oder eine scheinbar zulässige Handlung einer Überprüfung anhand der dem schweizerischen Rechtssystem zugrunde liegenden gesellschaftlichen Werte unterzogen werden kann. Ausgehend vom breiten von *Meier-Hayoz* verwendeten Teleologiebegriff, der nicht nur den Zweck der Norm im engeren Sinn, sondern auch die systematisch-teleologische Einordnung in den gesamten Zweck- und Wertezusammenhang umfasst,⁵⁵ erscheint es folgerichtig, im Durchgriff in erster Linie ein Auslegungsproblem zu sehen, wodurch sich ein Rückgriff auf Korrektornormen erübrigt. Bei Verwendung eines engeren Teleologiebegriffs kann dasselbe Ergebnis unter Zuhilfenahme der Korrektornormen erreicht werden; mit *Honsell* ist davon auszugehen, dass Unterschiede nicht zwingend sind.⁵⁶ Auch bei Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB wird ein (scheinbar) zulässiges Verhalten in den gesamten Wertezusammenhang bzw. die soziaethischen Grundlagen der Rechtsordnung gesetzt, wobei gleichzeitig von der *ratio legis* auszugehen ist. Entsprechend ist die mit der juristischen Person und der Haftungsbeschränkung verbundene *ratio legis* Leitlinie des Durchgriffstatbestandes. Wird eine juristische Person zweckwidrig verwendet, ist an die Stelle der verschiedenen rechtlichen Einheiten die diese umschliessende wirtschaftliche Einheit zu setzen.⁵⁷ Der Begriff «Durchgriff» vermittelt dabei ein falsches Bild. Die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person wird nicht aufgehoben. Dagegen spricht schon die konstitutive und heilende Wirkung des Handelsregistereintrages.⁵⁸

Vielmehr führt die zweckwidrige Verwendung zur Duplizierung der rechtlichen Verpflichtungen. Bei vertraglichen Ansprüchen wird der Durchgriff zur Konsensfrage, die anhand des aus Treu und Glauben bzw. aus den guten Sitten hergeleiteten Vertrauensprinzips zu beurteilen ist.

3. Wirtschaftliche Einheit und Kontrolle

3.1 Spannungsfeld

Mit Blick auf die dargelegten Wirkungen befindet sich der Durchgriff im Spannungsfeld der verschiedenen rechtlichen Einheiten und der diese umschliessenden wirtschaftlichen Einheit. Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung folgen dem Grundsatz, dass Rechtssubjekte sowohl im Innen- wie im Ausenverhältnis wie unabhängige Dritte zu behandeln sind.⁵⁹ Damit wird der *entity-law-theory* gegenüber der *enterprise-theory* der Vorzug gegeben.⁶⁰ Beim Durchgriff wird dieser Grundsatz aufgrund der zweckwidrigen Verwendung der juristischen Person durchbrochen. Abgesehen davon wick der Gesetzgeber in jüngerer Zeit aus anderen Gründen verschiedentlich vom Grundsatz der Trennung ab und stellte ausgehend von der wirtschaftlichen Realität Regelungen für miteinander verbundene Rechtssubjekte auf. Anhand dieser Regelungen sind Rückschlüsse auf die beim Durchgriff erforderliche wirtschaftliche Einheit möglich.

3.2 Positivrechtliche Anknüpfung an die wirtschaftliche Einheit

3.2.1 Konzern

Hauptbeispiel für eine wirtschaftliche Einheit ist der Konzern.⁶¹ Das schweizerische Recht kennt weder ein einheitliches Konzernrecht noch eine einheitliche Konzerndefinition. Verschiedenste Normen in unterschiedlichsten Rechtsgebieten enthalten Regeln für miteinander verbundene juristische Personen. Traditionell wurde der Konzern im Sinne von Art. 663e

⁵⁴ Zum Verhältnis von Unlauterkeit und Sittenwidrigkeit vgl. auch BGE 114 II 91, E. 4a/bb.

⁵⁵ *Meier-Hayoz*, Art. 1 ZGB, in: *Meier-Hayoz* (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Bd. I/1, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 1966, N 194 und N 199 zu Art. 1 ZGB.

⁵⁶ *Honsell* (Fn. 25), N 25 zu Art. 2 ZGB; a.M. *Aebi-Müller/Hausheer* (Fn. 27), N 60 zu Art. 2 ZGB.

⁵⁷ Zum Erfordernis der wirtschaftlichen Einheit auch von *Büren* (Fn. 25), 181.

⁵⁸ Art. 52 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 643 Abs. 1 OR (AG), Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 643 Abs. 1 OR (Kommandit-AG), Art. 783 Abs. 1 OR (GmbH) und Art. 838 Abs. 1 OR (Genossenschaft).

⁵⁹ Zuletzt bestätigt in BGE 4A_127/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 8.3; *Peter Bockli*, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 11 N 455; von *Büren* (Fn. 25), 174 ff.; *Jean-Nicolas Druey/Alexander Vogel*, *Das Schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zürich 1999, 7 ff.; *Handschin* (Fn. 25), 293.

⁶⁰ Vgl. von *Büren* (Fn. 25), 175 und 177.

⁶¹ Vgl. BGE 138 III 755, E. 8.3.

aOR (konsolidierte Rechnungslegung) über das Kriterium der einheitlichen Leitung definiert. Diese Bestimmung wurde nun aber am 1. Januar 2013 ausser Kraft gesetzt. Art. 963 OR stellt nunmehr auf das sowohl auf europäischer wie internationaler Ebene gebräuchliche Kontrollprinzip ab.⁶² Nicht mehr von Bedeutung ist, ob ein Unternehmen über ein anderes eine einheitliche Leitung ausübt, sondern lediglich, ob es dieses kontrolliert, namentlich durch Stimmenmehrheit im obersten Organ⁶³ oder Vertrag. Wenngleich nur die Rechnungslegungsbestimmung geändert wurde, ist von einem generellen Paradigmenwechsel auszugehen. Auf das Leitungsprinzip stellen nunmehr noch Art. 728 Abs. 6 OR (Unabhängigkeit der Revisionsstelle), Art. 13 MWSTG (Gruppenbesteuerung; vgl. aber sogleich Art. 15 MWSTV) sowie der konzeptwidrige, anlässlich der parlamentarischen Beratung eingefügte Art. 963 Abs. 4 OR ab.⁶⁴ Ferner sind allenfalls im Zusammenhang mit dem faktischen Organbegriff im Rahmen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR sowie mit dem Begriff des Geschäftsherrn im Sinne von Art. 55 OR Rechtsfolgen an die Ausübung einer einheitlichen Leitung geknüpft. Dem Kontrollprinzip folgen demgegenüber neben Art. 963 Abs. 1 OR – wenngleich vom Inhalt her nicht ganz deckungsgleich⁶⁵ – insbesondere Art. 659b OR (Erwerb eigener Aktien durch die Tochtergesellschaft), Art. 4 Abs. 3 lit. b KG (Unternehmenszusammenschlüsse), Art. 3c Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 BankV (Finanzgruppe), Art. 32 BEHG (öffentliches Kaufangebot) sowie paradoxerweise Art. 15 MWSTV, wonach eine einheitliche Leitung im Sinne von Art. 13 MWSTG vorliegt, wenn durch Stimmenmehrheit, Vertrag oder auf andere Weise das Verhalten eines Rechtsträgers kontrolliert wird. Das Bundesgericht hatte den Paradigmenwech-

sel in diesem Bereich entgegen der wohl herrschenden Lehre unter Geltung von Art. 663e aOR⁶⁶ schon implizit vorweggenommen.⁶⁷ Mit dem Kontrollprinzip kann das Konzernparadox, d.h. der Widerspruch zwischen der in Art. 663 aOR vorgesehenen einheitlichen Leitung und den unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrats der Konzerntochtergesellschaft, gemäss Art. 716a OR, beseitigt werden, da die Kontrolle auch über die Beteiligungsrechte ausgeübt werden kann. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b BV im Bereich der kotierten Gesellschaften nicht einmal mehr die Geschäftsleitung im Sinne von Art. 716b OR an eine juristische Person, also eine Managementgesellschaft oder die Muttergesellschaft, delegiert werden kann.

Im Grundsatz ist daher festzuhalten, dass das schweizerische Recht vom Leitungs- zum Kontrollprinzip übergegangen ist. Ein Konzern als wirtschaftliche Einheit liegt demnach vor, wenn eine juristische Person eine oder mehrere andere juristische Personen kontrolliert, namentlich durch Stimmenmehrheit im obersten Organ oder Vertrag.

3.2.2 Finanzgruppe

Die Finanzgruppe ist eine Spezialform des Konzerns, die lediglich diejenigen Unternehmen umfasst, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, wovon mindestens eine als Bank oder Effektenhändler.⁶⁸ Gleichzeitig müssen die Unternehmen nicht zwingend eine wirtschaftliche Einheit bilden; auch andere Umstände können dazu führen, dass ein rechtlicher oder faktischer Beistandszwang anzunehmen ist.⁶⁹ Interessant ist die Finanzgruppe insofern, als der Gesetzgeber ausdrücklich den Begriff der wirtschaftlichen Einheit wählte und diesen in Art. 12 Abs. 1 BankV im Sinne des Kontrollprinzips – allerdings abweichend von Art. 963 OR – definierte. Demnach bilden Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit, wenn das eine direkt oder indirekt mit mehr als der Hälfte der Stimmen oder des Kapitals am anderen beteiligt ist oder dieses auf andere Weise beherrscht. Hervor-

⁶² Zum bewussten Entscheid des Gesetzgebers vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht etc.) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589, 1723; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745, 817; zur internationalen Verbreitung vgl. Art. 1 Abs. 1 der 7. Richtlinie 83/349/EWG; IFRS 10.

⁶³ Bei der AG die GV.

⁶⁴ Zur Konzeptwidrigkeit aus teilweise anderen Gründen vgl. Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2012, 434 f.

⁶⁵ Art. 963 OR: insb. Mehrheit der Stimmen; Art. 12 Abs. 1 BankV: insb. Mehrheit der Stimmen oder Kapital; Art. 32 BEHG: Vermutung bei 33 Prozent; Art. 659b OR: mehrheitliche Beteiligung.

⁶⁶ Von Büren (Fn. 25), 82 f.; Handschin (Fn. 25), 47; a.M. wohl Böckli (Fn. 59), § 11 N 3a, der zwischen dem Konzern mit Kompetenztransaktion und jenem ohne unterscheidet.

⁶⁷ Vgl. BGE 125 II 326, E. 9a/aa und 9b/aa.

⁶⁸ Art. 3c Abs. 1 lit. a und b BankG.

⁶⁹ Art. 3c Abs. 1 lit. c BankG.

zuheben ist, dass nach dieser Definition auch die Hälfte des Kapitals genügt.⁷⁰

3.3 Weitere wirtschaftliche Einheiten

Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit geht insofern weiter als der Konzernbegriff, als auch Konglomerate zwischen natürlichen und juristischen Personen eine wirtschaftliche Einheit bilden können. Ein solches Konglomerat ist die Einpersonenaktiengesellschaft. Seit dem 1. Januar 2008 und der Änderung von Art. 625 OR ist diese ausdrücklich zulässig; das Bundesgericht hatte aber schon früher ihre Selbständigkeit grundsätzlich beachtet.⁷¹ Für eine wirtschaftliche Einheit genügt allerdings dem Konzernbegriff folgend bereits eine Kontrollbeteiligung; eine alleinige Aktionärsstellung ist hierfür nicht erforderlich.

3.4 *Prest v. Petrodel*

Der Supreme Court des Vereinigten Königreiches hat im Entscheid *Prest v. Petrodel* vom 12. Juni 2013 die Voraussetzungen des Durchgriffs wie folgt zusammengefasst: «*I conclude that there is a limited principle of English law which applies when a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control. The court may then pierce the corporate veil for the purpose, and only for the purpose, of depriving the company or its controller of the advantage that they would otherwise have obtained by the company's separate legal personality. [...] For all of these reasons, the principle has been recognised far more often than it has been applied. But the recognition of a small residual category of cases where the abuse of the corporate veil to evade or frustrate the law can be addressed only by disregarding the legal personality of the company is, I believe, consistent with authority and with long-standing principles of legal policy.*»⁷² Das britische Recht kennt mithin neben dem Missbrauchstatbestand ebenfalls die Voraussetzung der Kontrolle. Anzumerken ist, dass der Supreme Court an anderer Stelle auf den Entscheid *Barcelona Tran-*

saction des Internationalen Gerichtshofs hinwies, wo dieser – allerdings unter Anwendung von nationalem Recht («*municipal law*») – ausführte, dass der Durchgriff auch auf internationaler Ebene anerkannt werden könne.⁷³ Der Durchgriff bewegt sich also zumindest in der Nähe des Völkergewohnheitsrechts.⁷⁴

3.5 Fazit

Mit Blick auf das Leitbild der Einheit der Rechtsordnung und den Willen des Gesetzgebers sollte beim Kriterium der wirtschaftlichen Einheit auf die Kontrolle im Sinne von Art. 963 OR abgestellt werden. Mit dieser Kontrolle als Bindungselement bilden die Rechtssubjekte gleich einem Molekül ein grösseres wirtschaftliches Ganzes.

3.6 Weitere vom Bundesgericht verwendete Kriterien

Das teilweise vom Bundesgericht verwendete Kriterium der Abhängigkeit ist heute insofern unglücklich, als es einen Bezug zu den deutschen § 17 und § 18 BGB und damit zum Prinzip der einheitlichen Leitung herstellt, von dem sich der schweizerische Gesetzgeber distanziert hat. Das Kriterium der Beherrschung ist demgegenüber unpräzise, da mit ihm nicht zum Ausdruck gebracht wird, ob eine einheitliche Leitung oder lediglich eine über die Beteiligungsrechte ausgeübte Kontrolle erforderlich ist. Die wirtschaftliche Identität der Rechtssubjekte ist zu eng; Letztere müssen gemeinsam ein grösseres wirtschaftliches Ganzes bilden. Dies hat das Bundesgericht erkannt, als es ausführte, es sei eine wirtschaftliche Identität oder zumindest eine wirtschaftliche Beherrschung oder die Identität der wirtschaftlichen Interessen erforderlich.⁷⁵ Die wirtschaftliche Identität gehört in die Fallgruppe der Sphären- und Vermögensvermischung. Durch Vermischung kann ein Alleinaktionär mit der von ihm kontrollierten Gesellschaft wirtschaftlich identisch werden. Bei einer Unterkapitalisierung oder der Verwendung einer Vielzahl von Kleinstgesellschaften ist keine wirtschaftliche Identität erforderlich. Schliesslich ist auch das Kriterium der «Identität der wirtschaftlichen Interessen» abzulehnen. Sind die Interessen identisch, liegt allenfalls

⁷⁰ Vgl. auch IFRS 10.B6 und B17.

⁷¹ BGer 5C.23/2000 vom 13. März 2000, E. 4a; BGE 121 III 319, E. 5a/aa; 102 III 165, E. II.1; 85 II 111, E. 3.

⁷² Urteil *Prest v. Petrodel* des Supreme Court (UK) vom 12. Juni 2013, N 35.

⁷³ Urteil *Barcelona Transaction* des IGH vom 5. Februar 1970, N 56 ff.; *Prest v. Petrodel* (Fn. 72), N 17.

⁷⁴ Vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut.

⁷⁵ Vgl. vorne III.2.

eine einfache Gesellschaft vor. Von dieser unterscheidet sich der Unterordnungskonzern über das (mitgliedschaftliche) Kontrollverhältnis.⁷⁶

4. Zweckwidrige Verwendung der juristischen Person

4.1 Zweck der juristischen Person

Leitlinie des Durchgriffstatbestandes bildet, wie eingangs dargelegt, der Zweck der juristischen Person. Juristische Personen dienen primär der Befriedigung stetig steigender und immer komplexer werdender wirtschaftlicher und sozialer Bedürfnisse.⁷⁷ Als Systeme stehen sie zwischen dem Individuum und der Gesellschaft bzw. deren Subsysteme der Wirtschaft und des Rechts.⁷⁸ In erster Linie dienen sie somit der Organisation der Befriedigung individueller Bedürfnisse (Organisationsfunktion). Sekundär erfüllen sie den Zweck der Haftungsbeschränkung und der Bildung von gesondertem Vermögen.⁷⁹ Je nach Rechtsform stehen darüber hinaus institutsspezifische Zwecke im Vordergrund. Die Haftungsbeschränkung dient ihrerseits der Kapitalsammlung, der Spezialisierung durch Kompetenzübertragung, der Handelbarkeit der Gesellschaftsanteile, der Animierung von Investitionen, der Reduktion der Hemmschwelle zur unternehmerischen Tätigkeit, der Diversifikation des Vermögensportfolios privater Anleger sowie der Steigerung der Innovationskraft.⁸⁰ Im Konzern sichert sie allerdings primär wie ein Schutzwall das Überleben der

einzelnen juristischen Person und damit deren Funktion (Schutzfunktion). Eine Ausdifferenzierung in viele kleine und mittelgrosse Gesellschaften und damit auch die Konzernbildung ist daher wirtschaftspolitisch erwünscht. Systemrelevante juristische Personen und mit faktischem Beistandszwang verbundene Unternehmensgruppen können bei deren Fall die Funktionsweise des ihnen übergeordneten Wirtschaftssystems beeinträchtigen, wodurch die Befriedigung der individuellen Bedürfnisse gefährdet wird.⁸¹ Die Haftungsbeschränkung erfüllt hier den Zweck, das Überleben des Gesamtorganismus über den evolutiven Niedergang seiner Teile zu gewährleisten. Dem folgend sollten die juristischen Personen als Organisationseinheiten bzw. Organisationsorganismen über den Wegfall von mit ihnen verbundenen juristischen Personen überlebensfähig bleiben.

4.2 Zweckwidrige Verwendung

Ausgehend von der Organisations- und Schutzfunktion der juristischen Person ist eine Verwendung derselben offenbar zweckwidrig, wenn (1) deren Grundstruktur missachtet wird, (2) eine dem System der juristischen Person übergeordnete Rechtsordnung fehlt oder (3) die unabhängige Überlebensfähigkeit gefährdet ist.

4.2.1 Missachtung der Grundstruktur der juristischen Person

Wird die Grundstruktur der juristischen Person missachtet, verliert die juristische Person ihr organisatorisches Wesen. Namentlich zu erwähnen ist hier die Sphären- und Vermögensvermischung.⁸² Abzugrenzen ist diese Fallgruppe vom unechten Durchgriff, bei dem sich die Haftung der Muttergesellschaft infolge Verschmelzens der Wirkungsbereiche bereits aus sich selbst ergibt, sei es aus einer Vertrauenshaftung oder weil ihr Willensäusserungen zuzuschreiben sind, aus denen eine vertragliche Verpflichtung erwächst.⁸³

⁷⁶ Vgl. Böckli (Fn. 59), § 11 N 157 ff.; Roland von Büren/Michael Huber, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 1998, 213 ff.; Peter Forstmoser, Haftung im Konzern, in: Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff., 125 ff.; Thomas Geiser/Kai-Peter Uhlig, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff., 780; differenziert Peter V. Kunz, Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation, ZBJV 5 (2012), 354 ff., 358 ff.; a.M. Francesca Birchler/Henry Peter, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW 1998, 113 ff.

⁷⁷ Rolf H. Weber, Juristische Personen, in: Tercier (Hrsg.), Einleitung zum Personenrecht, SPR Bd. II, Basel 1998, 12; vgl. auch Hans-Michael Riemer, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen über juristische Personen (Art. 52–59 ZGB), 3. Aufl., Bern 1993, Syst. Teil N 7.

⁷⁸ Vgl. Maria Funder, Soziologie der Wirtschaft, München 2011, 85 ff.

⁷⁹ Weber (Fn. 77), 12; Riemer (Fn. 77), a.a.O.

⁸⁰ Vgl. Tobias Meyer, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss. Zürich 2009 = SSW 282, 22 ff.

⁸¹ Vgl. Art. 7 ff. BankG; Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (too big to fail) vom 20. April 2011, BBl 2011 4717; Hans Caspar von der Crone/Lukas Beeler, Die Regulierung von systemrelevanten Finanzinstituten nach schweizerischem Recht, ZBB 2012, 12 ff.

⁸² Vgl. BGE 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012, E. 3.2.

⁸³ BGE 137 III 550, E. 2.3; BGE 4P.330/1994 vom 29. Januar 1996, E. 6a = Bulletin ASA 1996, 496 ff.

4.2.2 Fehlen einer übergeordneten Rechtsordnung

Ohne übergeordnete Rechtsordnung fehlt der juristischen Person eine systemische Aufhängung. Da juristische Personen Schöpfungen des Rechts sind, können sie nur innerhalb einer Rechtsordnung existieren. Erst diese verleiht ihnen eine Bedeutung. Als Folge der fehlenden elementaren rechtsstaatlichen Umgebung ist das Rechtsinstitut der juristischen Person wegzudenken, und es ist auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten abzustellen. Zu denken ist an von der Schweiz aus kontrollierte Gesellschaften, die sich in einem gescheiterten Staat («*failed state*») befinden.⁸⁴

4.2.3 Gefährdung der unabhängigen Überlebensfähigkeit

Eine unterkapitalisierte juristische Person verdient den Schutz der Haftungsbeschränkung nicht, da ihre (unabhängige) Lebensfähigkeit von vornherein nicht gewährleistet ist.⁸⁵ Hierfür muss ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Eigenkapital und der Geschäftstätigkeit sowie den damit verbundenen Risiken bestehen.⁸⁶ Regelmässig wird Tochtergesellschaften das für die Geschäftstätigkeit erforderliche Kapital im Wesentlichen als Fremdkapital zur Verfügung gestellt. Teilweise wird eine Vielzahl von Kleinstgesellschaften zur Verfolgung hochspekulativer Geschäfte unter Inkaufnahme des Konkurses eines Teils derselben verwendet. In diesen Fällen ist nicht nur die unabhängige Überlebensfähigkeit nicht gewährleistet, die juristische Person kann darüber hinaus oft organisatorisch nicht begründet werden. Die Haftungsbeschränkung sowie die (eventualvorsätzliche) Gläubigerschädigung werden als Teil des Geschäftsmodells zum primären Zweck der Gesellschaft.⁸⁷

4.3 Ausdehnung vertraglicher Pflichten

Während bei unerlaubten Handlungen die zweckwidrige Verwendung einer juristischen Person für einen Durchgriff ausreicht, wird dieser, wie einleitend angedeutet, bei vertraglichen Ansprüchen zur Konsensfrage. Es ist zu prüfen, ob sich der Vertragspartner bei Vertragsabschluss der zweckwidrigen Verwendung der juristischen Person und des damit verbundenen erhöhten Risikos bewusst war. Wird diese Frage verneint, so ist in einem zweiten Schritt im Sinne des Vertrauensprinzips zu prüfen, ob der Vertragspartner in guten Treuen von der zweckgemässen Verwendung ausgehen durfte. Gerade professionelle Marktteilnehmer dürfen sich nicht leichtthin hierauf verlassen. Das Bundesgericht hat diesen Punkt bisher vor allem bei der Haftung aus Konzernvertrauen berücksichtigt. Bei einer professionellen Marktteilnehmerin könne nicht leichtthin angenommen werden, sie hätte sich aus blossem Vertrauen in ihr unterbreitete Informationen zu einer Darlehensgewährung verleiten lassen.⁸⁸ Ähnlich erwog das Bundesgericht nun auch im vorliegenden Entscheid zum Durchgriff, dass die Bank (als Adressatin einer behaupteten rechtsmissbräuchlichen Handlung) ihrerseits versucht habe, aus der rechtlichen Dualität Profit zu ziehen, als sie vom Beschwerdegegner im Zusammenhang mit dem an die T Ltd gewährten Kredit Sicherheiten verlangt habe.⁸⁹ Die zweckwidrige Verwendung wirkt sich regelmässig auf die Vertragskonditionen aus. Gewährt ein professioneller Marktteilnehmer einer unterkapitalisierten oder einer hoch spekulativen Gesellschaft – beispielsweise weil sie sich in einem gescheiterten Staat befindet – einen Kredit und erhält er im Gegenzug einen entsprechend höheren Zins, nimmt er dieses Risiko selbst in Kauf und kann sich daher nicht auf den Durchgriff berufen. Ansonsten steht es ihm frei, zusätzliche Sicherheiten zu verlangen oder auf den Geschäftsabschluss zu verzichten.

Anzufügen bleibt, dass sowohl das Vertrauen wie die juristische Person Mechanismen zur Reduktion von Komplexität im Wirtschaftssystem darstellen und dadurch die Funktionsfähigkeit desselben gewährleisten.⁹⁰ Bejaht man eine Haftung aus Konzernvertrauen

⁸⁴ A.M. wohl *Peter Forstmoser*, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Cavallo et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2012, 703 ff., 718 ff.; vgl. auch den Bericht über Wolfgang Kaleck (ECCHR), NZZ Folio Nr. 249 vom April 2012, 58 ff.

⁸⁵ BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012, E. 3.2; 5C.279/2002 vom 14. März 2003, E. 5; *Weber* (Fn. 77), 189; *Roger Groner*, Wann haftet ein Aktionär – und warum?, SJZ 101 (2005) 1 ff., 5.

⁸⁶ *Von Büren* (Fn. 25), 183 ff. m.w.H.

⁸⁷ Vgl. vorne III.4.1.

⁸⁸ BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 5.4.2.

⁸⁹ BGer (Fn. 1), E. 7.2.2.

⁹⁰ Vgl. *Niklas Luhmann*, *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 4. Aufl., Stuttgart 2000, passim.

en – über einen Schadenersatzanspruch aus einem Vertrag zugunsten eines Dritten (zukünftige Unterstützung der Konzerntochter) oder einer Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft (Bonität der Konzerntochter) hinaus –, kann das Verhältnis der Rechtsinstitute der Haftung aus Konzernvertrauen und des Durchgriffs wie folgt beschrieben werden: Beim Durchgriff wird die rechtliche Trennung aufgrund der zweckwidrigen Verwendung einer juristischen Person aufgehoben; bei der Haftung aus Konzernvertrauen wird gegen aussen hin der Anschein der Einheit erweckt, obwohl lediglich eine wirtschaftliche – und nicht eine rechtliche – Einheit vorliegt.

4.4 *Machenschaften und qualifizierte Schädigung Dritter*

Nach dem eingangs erwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 17. Juli 2012 verlangt der Missbrauchstatbestand *«geradezu eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften»* und eine *«qualifizierte Schädigung Dritter»*. Nicht ersichtlich ist, weshalb eine qualifizierte Schädigung Dritter erforderlich sein sollte; «offenbar» muss die Zweckwidrigkeit der Verwendung der juristischen Person sein. Mit dem Begriff der Machenschaften schafft das Bundesgericht einen Bezug zum strafrechtlichen Betrugstatbestand im Sinne von Art. 146 StGB und insbesondere von Art. 163 StGB (Pfändungsbetrug). Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch stets an Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung), Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung) und Art. 165 StGB (Misswirtschaft) sowie formell an Art. 29 StGB (Vertretungsverhältnisse und strafrechtlicher Organbegriff) und Art. 102 StGB (Strafbarkeit des Unternehmens). Bezeichnend ist, dass gerade Art. 165 StGB den Tatbestand der ungenügenden Kapitalausstattung ebenso enthält wie die gewagten Spekulationen, wobei eine Zurechnung nach Art. 29 StGB zumindest auf ein faktisches Organ möglich ist. Die Verhaltensweisen, die im Sinne der Fallgruppen einen Durchgriff begründen, führen mithin regelmässig zur Haftung aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 Abs. 1 OR.

IV. Ergebnis

Der Durchgriff ist Folge der teleologischen Auslegung des Rechtsinstituts der juristischen Person sowie der Haftungsbeschränkung. Wird die juristische Person zweckwidrig verwendet, ist von ihrer Selbstständigkeit abzusehen und es ist auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten abzustellen. Ein Rückgriff auf die Korrektornormen des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) oder der sittenwidrigen Schädigung (Art. 41 Abs. 2 OR) ist für den Grossteil der Fälle nicht erforderlich. Die Begriffe von «Treu und Glauben» und der «guten Sitten» sind dabei u.E. im Geschäftsverkehr deckungsgleich und in erster Linie Auslegungsmittel. Für einen Durchgriff ist hiervon ausgehend zunächst erforderlich, dass mehrere Rechtssubjekte eine wirtschaftliche Einheit bilden. Das Kriterium der wirtschaftlichen «Identität» ist demgegenüber zu eng; dies bestätigte das Bundesgericht in vorliegender Entscheidung erneut indirekt. Eine wirtschaftliche Einheit liegt vor, wenn ein Rechtssubjekt ein anderes im Sinne von Art. 963 OR und dem damit verbundenen Paradigmenwechsel beim Konzernbegriff zum Kontrollprinzip direkt oder indirekt namentlich durch Stimmenmehrheit im obersten Organ oder durch Vertrag kontrolliert. Zweite Durchgriffsvoraussetzung ist die zweckwidrige Verwendung der juristischen Person. Aufgrund der Organisations- und Schutzfunktion der juristischen Person ist eine Verwendung derselben zweckwidrig, wenn (1) deren Grundstruktur missachtet wird, (2) eine der juristischen Person übergeordnete Rechtsordnung fehlt oder (3) die unabhängige Überlebensfähigkeit einer Gesellschaft von vornherein gefährdet ist. Hierunter können die bereits anerkannten Fallgruppen der Sphären- und Vermögensvermischung sowie der Unterkapitalisierung subsumiert werden. Hinzu kommen Fälle, bei denen sich Gesellschaften in einem gescheiterten Staat (*«failed state»*) befinden. Im Unterschied zum Durchgriff bei unerlaubten Handlungen ist der Durchgriff bei vertraglichen Grundverhältnissen primär eine Konsensfrage, was das Bundesgericht mit dem vorliegenden Entscheid implizit bestätigte. Abzustellen ist darauf, ob sich der Vertragspartner der zweckwidrigen Verwendung der juristischen Person bewusst war oder in guten Treuen von der zweckgemässen Verwendung ausgehen durfte.