

## Konzernerklärung und Konzernverantwortung

von Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Zürich / lic. iur. Maria Walter, Zürich\*

*A parent company that allows a subsidiary to openly refer to its being part of a group of companies (e.g. by reproducing the group's logo on its letterhead) enables the subsidiary to benefit from the group's reputation. By doing so, the parent creates legitimate expectations about group integration. Bona fide recipients of reference to the company being member of a group are entitled to consider the parent as a de facto director, that has overtaken or at least*

*shares responsibility for managing the subsidiary. Should the parent not take and fulfill its management duties seriously, it can be held liable vis-à-vis shareholders and creditors that have relied upon the existence of a group – with a claim for damages which can be based upon the «Vertrauenshaftung» doctrine (what Anglo-Saxons may refer to as a constructive fiduciary duty doctrine) currently popular in Germany and Switzerland.*

### Inhaltsübersicht

#### I. Rechtsprechung

- A. BGE 120 II 331 ff.: Wibrü gegen Swissair
- B. BGE 124 III 297 ff.: Musikvertrieb gegen Motor-Columbus

#### II. Vertrag und Vertrauenshaftung

- A. Strukturelle Verwandtschaft
- B. Abgrenzung

#### III. Konzernklärung

- A. Kundgabe der Konzernintegration
- B. Zurechenbarkeit
- C. Rechtsfolgen
  - 1. Beweislastumkehr
  - 2. Vertrauenshaftung
    - a) Voraussetzungen
    - b) Referenzgrösse
    - c) Geltendmachung

#### IV. Ergebnis

#### Zitierte und weitere Literatur

Viele Konzerngesellschaften verweisen auf ihrem Briefpapier und in ihrer weiteren Kommunikation auf die Konzernzugehörigkeit. Solche Konzernklärungen erwecken bei Geschäftspartnern

und Konsumenten den Eindruck und die Erwartung einer führungsmässigen Integration der Gesellschaft in den Konzern und lassen das Konzernunternehmen so am Ruf des Konzerns teilhaben: Mit der Konzernklärung nimmt das Konzernunternehmen Anleihe an der Reputation des Konzerns.

Welches ist nun die rechtliche Bedeutung der Konzernklärung und der damit verbundenen «Reputationsleihe»? Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage muss die Auseinandersetzung mit der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts und insbesondere mit den beiden Entscheidungen Swissair und Musikvertrieb sein.<sup>1</sup> In einem zweiten Abschnitt wird auf das Verhältnis zwischen Vertrag und Vertrauenshaftung einzugehen sein (II), in einem dritten auf den Zusammenhang zwischen der Konzernklärung und der Konzernverantwortung (III).

### I. Rechtsprechung

#### A. BGE 120 II 331 ff.: Wibrü gegen Swissair

Im Swissair-Entscheid stützt das Bundesgericht die Haftung der Swissair Beteiligungen AG gegenüber einer Gläubigerin ihrer Tochtergesellschaft, der IGR Holding AG, auf verschiedene Erklärungen, welche die Mutter gegenüber den Geschäftspartnern ihrer Tochter abgegeben habe.

<sup>1</sup> BGE 120 II 331 ff. (Swissair); BGE 124 III 297 ff. (Musikvertrieb).

\* Hans Caspar von der Crone ist Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, lic. iur. Maria Walter wissenschaftliche Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Die vorliegende Publikation ist Teil des vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützten Projekts «Herausbildung eines Rechts der Publikumsgesellschaften in der Schweiz» [Projektnummer 11-52402.97].

Dabei handelt es sich einerseits um den Satz «Die IGR ist ein Unternehmen der Swissair», welcher zusammen mit dem Swissair-Logo auf dem Briefpapier und der Titelseite der Werbeunterlagen der Tochter jeweils in der Fusszeile angebracht war. Andererseits enthielten die Werbeunterlagen, welche die Verbindung zur Swissair betonten, insbesondere folgende Aussage: «Überall wo International Golf and Country Residences steht, steht Swissair darunter. Und selbstverständlich auch dahinter. Denn die IGR ist zwar ein selbständiges Unternehmen der Swissair Beteiligungen AG, arbeitet aber nach den gleichen unternehmerischen Maximen wie ihre Mutter. Dass sich das von Anfang an auf die Internationalität, die Gastfreundschaft, die Betreuung und die Zuverlässigkeit von IGR auswirkt, liegt auf der Hand.»

Das Bundesgericht prüft zunächst, ob zwischen der Mutter und der klagenden Gläubigerin der Tochtergesellschaft ein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR zustande gekommen ist. Voraussetzung dafür sei, «dass die Empfänger aufgrund der Erklärungen nach Treu und Glauben von einem rechtsgeschäftlichen Bindungswillen der Muttergesellschaft ausgehen durften [...], und dass sich die in Aussicht gestellte Garantie auf im Voraus bestimmte oder zumindest bestimmbare Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft bezieht».<sup>2</sup> Die Übernahme einer Garantiehaftung dürfe somit nicht leichtthin angenommen werden. Insbesondere gelte dies für Sachverhalte, in denen «als vertragsbezogene Willensäusserungen lediglich Werbeaussagen der Muttergesellschaft und deren stillschweigende Annahme durch den Geschäftspartner der Tochtergesellschaft anlässlich des Vertragschlusses mit [der Tochtergesellschaft] in Betracht fallen»<sup>3</sup>. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, aus den oben zitierten Erklärungen gelange kein

Bindungswille der Muttergesellschaft im Sinne einer Garantieverpflichtung zum Ausdruck. Die Klägerin habe deshalb nicht davon ausgehen dürfen, die Beklagte wolle ihr gegenüber eine Garantieverpflichtung eingehen.

Das Bundesgericht schliesst dabei jegliche vertragliche Bindung der Muttergesellschaft gegenüber der Klägerin aus: Die Klägerin habe die Aussagen der Muttergesellschaft nicht als Antrag zum Abschluss eines Garantievertrags deuten dürfen, deshalb treffe die Muttergesellschaft keine vertragliche Haftung. Dieser Schluss erweckt den Eindruck, das Gericht gehe statt vom Grundsatz der Vertragsfreiheit von einem *numerus clausus* zulässiger Vertragsinhalte aus. Mit der Ablehnung jeglicher vertraglicher Bindung weicht das Gericht bewusst oder unbewusst einigen Problemen aus, welche sich bei genauerer Prüfung der Frage, ob die Mutter sich rechtsgeschäftlich verpflichtet habe, stellen würden: Zu prüfen wäre, ob eine Offerte «*ad incertae personae*» vorliegt<sup>4</sup> und ob im Vertragschluss zwischen der Klägerin und der Tochtergesellschaft eine konkludente Annahmeerklärung der Klägerin zu sehen ist; daneben aber auch, ob die Konzernklärung nicht unter Umständen ein einseitiges öffentliches Versprechen darstellt, das eine obligatorische Bindung der Muttergesellschaft bewirkt, ohne dass es dazu einer Annahmeerklärung bedürfte.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> BGE 120 II 331 ff., 334; nicht eindeutig scheint die Feststellung, die «in Aussicht gestellte Garantie» habe sich «auf im Voraus bestimmte oder zumindest bestimmbare Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft» zu beziehen. Soweit das Bundesgericht damit den von Rechtsprechung und Lehre anerkannten Bestimmtheitsgrundsatz wiedergibt, ist gegen diese Aussage nichts einzuwenden. Demgegenüber stünde eine Beschränkung des Garantievertrags auf Sachverhalte der Sicherung einer Forderung im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 111 OR, der sich, breit gefasst, auf das Versprechen der «Leistung eines Dritten» bezieht.

<sup>3</sup> BGE 120 II 331 ff., 334.

<sup>4</sup> Dass ein Antrag auch an unbestimmte Personen gerichtet sein kann, ist anerkannt, vgl. Bucher, KSP, N 13 zu Art. 3 OR; Kramer/Schmidlin, BK, N 28 zu Art. 3 OR; Koller, N 1703 und 1741 f.

<sup>5</sup> Ein einseitig bindendes öffentliches Versprechen stellt nach der herrschenden Lehre die Auslobung (Art. 8 OR) dar (sog. Pollizitationstheorie, vgl. Schönenberger/Jäggi, ZK, N 3, 32, 37 und 44 zu Art. 8 OR; Kramer/Schmidlin, BK, N 12 ff. zu Art. 8 OR; Bucher, KSP, N 5 f. zu Art. 8 OR; Koller, N 1706 und 1713 ff.; Gauch/Schluep/Schmid, N 1047; a. M. BGE 39 II 591 ff., 598 und Oser/Schönenberger, ZK, N 18 ff. zu Art. 8 OR, sowie Merz, N 267, die in der Auslobung einen Antrag sehen, der durch Realakzept angenommen werden kann; offen gelassen wird die Frage von Guhl/Koller, § 13 N 48). Inwiefern Obligationen auch ausserhalb von Art. 8 OR durch einseitiges Versprechen zustande kommen können, ist nicht restlos geklärt. Ein Teil der Lehre sieht in Art. 8 OR eine Ausnahmebestimmung, die für eng umschriebene Tatbestände von der Regel abweicht, dass Obligationen durch zweiseitiges Rechtsgeschäft entstehen, vgl. Bucher, KSP, N 1 f. zu Art. 8 OR. Eine andere Meinung geht hingegen davon aus, dass das Gesetz generell die Verbindlichkeit einseitiger, an unbestimmte

Anstelle einer vertraglichen Verpflichtung bejaht das Gericht eine Haftung der Muttergesellschaft aus erwecktem und sodann enttäushtem Vertrauen. Es begründet diese Haftung mit einer Ausdehnung der Haftung aus culpa in contrahendo auf wertungsmässig vergleichbare Fälle. «*Im Konzernverhältnis kann das in die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit des Konzerns erweckte Vertrauen ebenso schutzwürdig sein wie dasjenige, das sich die Partner von Vertragsverhandlungen [...] entgegenbringen. Wenn Erklärungen der Konzern-Muttergesellschaft bei Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft in dieser Weise Vertrauen hervorrufen, so entsteht deshalb eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare rechtliche Sonderverbindung [...], aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben [...].*»<sup>6</sup>

Das Bundesgericht bejaht in concreto den Vertrauen erweckenden Charakter der Äusserungen der Mutter und leitet aus ihnen die Pflicht der Mutter ab, die Tochter «*mindestens in der Aufbauphase mit ausreichenden Mitteln [zu] dotieren*» sowie für «*ein zuverlässiges und korrektes Geschäftsgeschehen*» der Tochter einzustehen.<sup>7</sup> Es wirft der Mutter vor, sie habe die Pflicht, für *good corporate citizenship* der Tochter zu sorgen, verletzt, indem sie es geduldet habe, dass die IGR im Vorfeld ihrer Veräusserung an eine andere Gesellschaft ihre Geschäftspartner falsch informiert habe. Wäre die Klägerin korrekt informiert worden, hätte sie ihre Vertragsbeziehungen mit der IGR rechtzeitig abgebrochen und wäre in deren Konkurs nicht zu Verlust gekommen. Die Konzern-Muttergesellschaft habe deshalb der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der Weiterführung der Vertragsbeziehungen mit der IGR erwachsen ist.

Hauptthema des Swissair-Entscheids ist die Vertrauenshaftung. Das Bundesgericht setzt sich denn auch eingehend mit der diesbezüglichen Lehre auseinander. Nach ihren Vertretern handelt es sich bei der Vertrauenshaftung um eine unmittelbar im Gesetz gründende und damit vom Partei-

willen unabhängige Haftungsgrundlage.<sup>8</sup> Vertrauenshaftung setzt einen Vertrauenstatbestand und eine Vertrauensbetätigung voraus: Der potentiell Haftbare muss in ihm zurechenbarer Weise einen Vertrauenstatbestand geschaffen, die potentiell Anspruchsberechtigte gestützt auf diesen Vertrauenstatbestand gehandelt haben.<sup>9</sup> Der Vertrauenstatbestand muss dabei in eine Sonderverbindung eingebettet sein.<sup>10</sup> Sonderverbindungen sind soziale Konstellationen, in denen mindestens einer der Beteiligten dem anderen typischerweise weitergehenden Einfluss auf seine Interessensphäre einräumt, als er es im allgemeinen Rechtsverkehr tun würde.<sup>11</sup> Das Merkmal der Sonderverbindung stellt klar, dass nicht jeder, sondern nur ein qualifizierter Vertrauenstatbestand Grundlage für die Vertrauenshaftung sein kann. Die Einräumung eines weitergehenden Einflusses auf die eigene Interessensphäre muss gerade als typisches Merkmal der spezifischen sozialen Konstellation erscheinen.

Ein Vertrauenstatbestand ruft entweder Vertrauen in einen aktuellen Status oder Vertrauen in die Zukunft, in den künftigen Eintritt einer Situation oder in ein künftiges Verhalten, hervor.<sup>12</sup> Das Bundesgericht sieht in den Äusserungen auf dem Briefpapier und in den Werbeunterlagen der IGR offensichtlich einen Vertrauenstatbestand der zweiten Art, wenn es erklärt, die Klägerin habe darin die Zusicherung der Muttergesellschaft sehen dür-

<sup>8</sup> Vgl. *Canaris*, S. 428 ff. Die gesetzliche Natur der Vertrauenshaftung wird vor allem im Zusammenhang mit der Haftung aus einheitlichem gesetzlichem Schutzverhältnis betont, vgl. *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 475 ff., insbesondere S. 479; *Wiegand*, recht 15 (1997), S. 88 f.; *Walter*, ZBJV 132 (1996), S. 279 f. und 283; *Kramer/Schmidlin*, BK, N 139 (zur Haftung aus culpa in contrahendo) und N 142 ff. zu Einleitung OR.

<sup>9</sup> Vgl. *Canaris*, S. 491; *Kramer/Schmidlin*, BK, N 150 zu Einleitung OR.

<sup>10</sup> Vgl. *Loser*, recht 17 (1999), S. 74; zum Begriff der Sonderverbindung *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 476; *Kramer/Schmidlin*, BK, N 141 zu Einleitung OR; *Merz*, BK, N 34 zu Art. 2 ZGB; *Wiegand*, recht 15 (1997), S. 89; *Rey*, S. 231 f.; *Weber*, S. 753; *Walter*, ZBJV 132 (1996), S. 281 f. und 294 f.

<sup>11</sup> Vgl. *von der Crone*, SJZ 93 (1997), S. 254; *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 476, spricht unter Hinweis auf *Stoll* von «*der besonderen Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des anderen Teils*».

<sup>12</sup> Vgl. *Canaris*, S. 495, der darauf hinweist, dass Vertrauen in die Zukunft grundsätzlich nicht schutzwürdig sei, da die Rechtsordnung als Mittel zur Absicherung eines solchen Vertrauens den Vertrag vorsehe; *Loser*, recht 17 (1999), S. 92.

Personen gerichteter Versprechen anerkennt, vgl. *Schönenberger/Jäggi*, ZK, N 3 und 32 zu Art. 8 OR mit Hinweis auf den weit gefassten französischen Randtitel von Art. 8 OR («*promesses publiques*»).

<sup>6</sup> BGE 120 II 331 ff., 336.

<sup>7</sup> BGE 120 II 331 ff., 338.

fen, sie werde die Tochter in der Anfangsphase mit genügenden Mitteln ausstatten und sich für «*ein zuverlässiges und korrektes Geschäftsgebaren [der Tochter] verbürge[n]*».<sup>13</sup>

In der Lehre wird zwischen positivem und negativem Vertrauensschutz unterschieden: Wer positiven Vertrauensschutz beanspruchen kann, ist so zu stellen, wie wenn die von ihm angenommene Lage tatsächlich bestünde; wer negativen Vertrauensschutz beanspruchen kann, ist so zu stellen, wie wenn er nicht vertraut hätte.<sup>14</sup> Das Bundesgericht leitet die Pflicht der Muttergesellschaft, sich dem erweckten Vertrauen entsprechend zu verhalten, aus einer Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo ab, wobei es eine dem Vertragsverhandlungsverhältnis vergleichbare Sonderverbindung annimmt, aus der sich auf Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben. Damit knüpft es an den wichtigsten Anwendungsfall des negativen Vertrauensschutzes an, die von *Canaris* entwickelte Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis.<sup>15</sup> Danach finden «*alle Schutzpflichten [...] ihre Grundlage in einem einheitlichen Schutzverhältnis, das mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes beginnt und sich über mehrere Stufen – Beginn der Vertragsverhandlungen, Vertragsschluss, Eintritt in das Erfüllungsstadium – verdichtet; es entsteht unabhängig vom Willen der Parteien, ist also <gesetzlicher Natur>, und findet seine Rechtfertigung im Vertrauensgedanken [...]*».<sup>16</sup> Die Kon-

struktion des einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses basiert auf der Unterscheidung von Leistungs- und Schutzpflichten.<sup>17</sup> Leistungspflichten fördern die Erfüllung eines Vertrags.<sup>18</sup> Sie sind darauf gerichtet, das Ziel zu erreichen, um dessen willen sich die Parteien vertraglich gebunden haben.<sup>19</sup> Ihr Inhalt ist damit vom Parteiwillen abhängig.<sup>20</sup> Schutzpflichten dagegen sollen die Gegenpartei vor Schädigungen schützen, die sich aus der Sonderverbindung ergeben können.<sup>21</sup> Sie sind vom Parteiwillen unabhängig und bestehen losgelöst davon, ob Leistungspflichten begründet worden sind oder nicht.<sup>22</sup>

## B. BGE 124 III 297 ff.: Musikvertrieb gegen Motor-Columbus

Im Musikvertrieb-Entscheid hat sich das Bundesgericht zum zweiten Mal mit der Frage befasst, ob eine Muttergesellschaft einer Gläubigerin der Tochtergesellschaft gegenüber aus erwecktem Konzernvertrauen hafte. In jenem Fall war auf dem Briefpapier der Tochtergesellschaft der Satz «*Ein Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe*» aufgedruckt. Zudem enthielten die Werbeunterlagen der Tochter die Aussage, sie sei «*ein schnellwachsendes Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe*». Das Bundesgericht lehnt hier eine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft mit der Begründung ab, aus bloss allgemeinen Hinweisen auf das Bestehen einer Konzernverbindung habe die Klägerin in guten Treuen keine konkreten Zusicherungen in Bezug auf ein bestimmtes Konzernverhalten der Muttergesellschaft ableiten dürfen. Schutzwürdiges Vertrauen setze ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet sei, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken. Hier fehle es aber an Werbeaussagen, die vergleichbar bestimmt seien wie diejenigen im Fall *Swissair*, wo betont wurde, die Tochter arbeite nach denselben

<sup>13</sup> BGE 120 II 331 ff., 338.

<sup>14</sup> Vgl. *Canaris*, S. 5 und 491; *Loser*, recht 17 (1999), S. 74; *derselbe*, S. 113 ff. und 128 ff.

<sup>15</sup> Das Bundesgericht verwendet zwar den Begriff des einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses nicht. Dass es unter der «*allgemeineren Rechtsfigur*» aber genau dieses versteht, ergibt sich aus dem Hinweis auf *Kramer/Schmidlin*, BK, N 142 ff. zu Einleitung OR, wo das einheitliche gesetzliche Schutzverhältnis abgehandelt wird (BGE 120 II 331 ff., 336); so auch *Wiegand*, recht 15 (1997), S. 87; *Gonzenbach*, recht 13 (1995), S. 124; offen gelassen von *Gauch/Schlupe/Schmid*, N 982n.

<sup>16</sup> Vgl. *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 479; zum Umfang des Ersatzanspruchs bei Schutzpflichtverletzung, vgl. a.a.O., S. 477. Die Übernahme der Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis ins schweizerische Recht wird befürwortet von *Kramer/Schmidlin*, BK, N 145 ff. zu Einleitung OR; *Wiegand*, recht 15 (1997), S. 86 ff., der von einem einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis spricht; *derselbe*, KSP, N 13 zu Einleitung Art. 97–109 OR; *Loser*, recht 17 (1999), S. 90 f.; *Walter*, ZBJV 132 (1996), S. 279 f. und 283.

<sup>17</sup> Diese Unterscheidung geht zurück auf *Stoll*, der von Erfüllungs- und Schutzpflichten spricht, vgl. *Stoll*, AcP 16 (1932), S. 287 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 477.

<sup>19</sup> Vgl. *Wiegand*, recht 15 (1997), S. 91.

<sup>20</sup> Vgl. *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 478, Anm. 34.

<sup>21</sup> Vgl. *Stoll*, AcP 16 (1932), S. 288 f.; *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 477; *Wiegand*, recht 15 (1997), S. 92.

<sup>22</sup> Vgl. *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 476 und 478, Anm. 34; *Wiegand*, recht 15 (1997), S. 92.

unternehmerischen Maximen wie die Mutter und der Konzern stehe hinter der Tochtergesellschaft.<sup>23</sup>

## II. Vertrag und Vertrauenshaftung

### A. Strukturelle Verwandtschaft

Das Bundesgericht setzt für die Entstehung von Pflichten aus Vertrauenshaftung – wie die Entscheidung *Swissair und Musikvertrieb* zeigen – eine Erklärung der haftenden Person voraus, die als Zusicherung verstanden werden darf. Zusicherungen sind Äusserungen des Willens, sich in bestimmter Weise in der künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken. Das Bundesgericht knüpft also die Entstehung von Pflichten aus Vertrauenshaftung an Voraussetzungen, die eng mit den Voraussetzungen für die Entstehung vertraglicher Pflichten verwandt sind. Auch die vertragliche Haftung setzt die Äusserung des Willens der haftenden Person voraus, sich in bestimmter Weise in ihrer künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken. Die bundesgerichtliche Argumentation unterstreicht damit nicht etwa die von der Lehre betonte unterschiedliche Rechtsnatur von vertraglicher Haftung und Vertrauenshaftung, sondern ganz im Gegenteil die weit reichenden strukturellen Gemeinsamkeiten beider Konzepte. Die Vertrauenshaftung entsteht nicht losgelöst vom, sondern gestützt auf den Willen der verpflichteten Partei. Vom Parteiwillen losgelöst ist sie nur insofern, als es nicht auf den tatsächlichen Willen der sich einschränkenden Partei ankommt, sondern darauf, ob ihr Verhalten aus der Sicht der Gegenseite nach Treu und Glauben als Ausdruck eines solchen Willens verstanden werden durfte. Nicht das tatsächlich Gewollte zählt, sondern der Zusicherungsgehalt, den die Gegenseite nach Vertrauensprinzip dem gesamten Verhalten zumessen durfte. Darin liegt ein normatives Element. Die Vertrauenshaftung hat insofern gesetzlichen Charakter, als sie keinen inneren Verpflichtungswillen voraussetzt, sondern schon dann entsteht, wenn in normativer Betrachtungsweise

aus der Gesamtheit des Verhaltens auf einen solchen Willen geschlossen werden darf. Auch in dieser Hinsicht aber unterscheidet sich die Vertrauenshaftung nicht vom Vertrag. Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen, sofern sich die Parteien nicht tatsächlich richtig verstanden haben, so auszulegen, wie der jeweilige Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.<sup>24</sup> Ein Vertrag kommt nicht erst zustande, wenn ein tatsächlicher Konsens vorliegt, sich die Parteien also tatsächlich richtig verstanden haben, sondern schon dann, wenn ein normativer Konsens vorliegt, wenn mit anderen Worten die Auslegung gemäss Vertrauensprinzip zur Annahme gegenseitig übereinstimmender Willensäusserungen führt.<sup>25</sup> Die vertragliche Haftung setzt folglich so wenig wie die Haftung aus Vertrauensschutz den inneren Willen des Haftenden voraus, sich in seiner künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken.<sup>26</sup> Nicht nur der Parteiwille kann Entstehungsgrund der entsprechenden Obligation sein, sondern auch der gesetzgeberische Entscheid zugunsten der Massgeblichkeit eines bei der Gegenseite erweckten schutzwürdigen Vertrauens in die Bereitschaft, sich in der künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken.<sup>27</sup>

Davon dass «die Leistungspflichten und die Schutzpflichten in ihrer Struktur durchaus verschiedenartig sind»,<sup>28</sup> kann entgegen *Canaris* also keine Rede sein. Dass die Schutzpflichten vom Parteiwillen nicht «völlig unabhängig»<sup>29</sup> sind, geht aus der Argumentation von *Canaris* selbst hervor. Als Grundlage des einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses betrachtet er das zwischen den Parteien von Beginn der Vertragsverhandlungen an bestehende Vertrauensverhältnis, die «Inanspruch-

<sup>23</sup> Zustimmend von *Büren*, SZW 71 (1999), S. 56; *Loser*, recht 17 (1999), S. 86 f. Dagegen bezweifeln *Tercier/Stoffel*, SZW 71 (1999), S. 306, dass sich die in BGE 120 II 297 ff. und BGE 124 III 197 ff. zu beurteilenden Werbeaussagen wirklich so sehr voneinander unterscheiden, wie es das Bundesgericht behauptet.

<sup>24</sup> Vgl. statt vieler *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 207; BGE 123 III 165 ff., 168; BGE 120 II 331 ff., 334 (Swissair).

<sup>25</sup> Vgl. *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 317 f.

<sup>26</sup> Auf diese Gemeinsamkeit von Vertrag und Vertrauenshaftung weisen auch *Loser*, recht 17 (1999), S. 76, und *Walter*, ZBJV 132 (1996), S. 278 ff. hin.

<sup>27</sup> Relativiert wird die normative Betrachtungsweise des Vertrauensprinzips durch die Regeln über die Willensmängel (Art. 24 OR). Konsequenterweise müssen diese Regeln zumindest analog auch auf allgemeine Vertrauenstatbestände anwendbar sein. Zum selben Resultat gelangt *Canaris*, S. 453 ff. und 518, wenn er in solchen Sachverhalten in Analogie zu den Willensmängeln die Zurechenbarkeit ausschliesst.

<sup>28</sup> *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 478.

<sup>29</sup> So *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 479, Anm. 34.

nahme und Gewährung von Vertrauen».<sup>30</sup> Vertrauen kann nun aber nicht unabhängig vom Parteiwillen in Anspruch genommen und gewährt werden. Sowohl «in Anspruch nehmen» als auch «gewähren» umschreiben eine zielgerichtete, auf einem entsprechenden Entschluss der Partei beruhende und damit von ihrem Willen gerade nicht losgelöste Verhaltensweise.<sup>31</sup> Wenn *Canaris* aber in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen die Grundlage des einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnisses sieht, müssen auch Bestand und Umfang der aus diesem Schutzverhältnis fließenden Schutzpflichten von der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen und damit vom Parteiwillen abhängig sein. Denn worauf soll das Vertrauen gerichtet sein, wenn nicht auf dasjenige Verhalten der Gegenpartei, das den Inhalt der Schutzpflichten bildet? Das Vertrauen beispielsweise, das sich Verhandlungspartner entgegenbringen und das die Bezeichnung des Vertragsverhandlungsverhältnisses als besonderes Vertrauensverhältnis rechtfertigt, ist nur, aber immerhin darauf gerichtet, dass sich die Gegenpartei loyal verhält. Auf mehr, etwa auf die Bereitschaft der Gegenpartei zum Vertragsschluss, kann eine Partei nicht schützenswert vertrauen, sondern höchstens spekulieren.

## B. Abgrenzung

Bindung aus Vertrauensschutz setzt damit dasselbe voraus wie Bindung aus Vertrag: die in Anwendung des Vertrauensprinzips ermittelte Äusserung des Willens, sich in einer bestimmten Weise in seiner künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken. Diese Parallelität zwischen Vertrauenshaftung und Vertrag muss zur Frage führen, inwiefern neben dem Vertrag noch Platz und Bedarf besteht für eine Vertrauenshaftung. Ergibt die Anwendung des Vertrauensprinzips, dass nicht auf den Willen des Erklärenden vertraut werden durfte, sich in bestimmter Weise in seiner künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken, so kommt nicht nur kein

Vertrag zustande, sondern es fehlt zugleich an einer unabdingbaren Voraussetzung für einen Vertrauensschutz durch Vertrauenshaftung. Zumindest für das schweizerische Recht ist heute anerkannt, dass ein in Anwendung des Vertrauensprinzips ermittelter Konsens selbst dann eine vertragliche Pflicht begründet, wenn eine Erklärung ohne jegliches Erklärungsbewusstsein abgegeben wurde.<sup>32</sup> Das Ziel eines lückenlosen Schutzes berechtigten Vertrauens in den Willen der Gegenpartei, sich in ihrer künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken, liesse sich grundsätzlich also auch auf rein vertraglicher Basis und ohne Beizug des Konzepts einer Vertrauenshaftung erzielen.<sup>33</sup>

Auch die Unterscheidung von vertrauensrechtlich begründeten Schutz- und auf Vertrag beruhenden Leistungspflichten scheint nicht zwingend. So gut wie das Entstehen von Leistungspflichten setzt auch das Entstehen von Schutzpflichten das Vertrauen der einen Partei in den Willen der anderen voraus, sich in ihrer künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken. Dies gilt nicht nur für die Schutzpflichten innerhalb eines primär auf die Erfüllung von Leistungspflichten gerichteten Vertragsverhältnisses, sondern auch für die Schutzpflichten innerhalb eines Vertragsverhandlungsverhältnisses. Auch vorvertragliche Schutzpflichten beruhen auf der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen; ihre Entstehung liesse sich deshalb mit dem stillschweigenden Abschluss eines inhaltlich limitierten Vertrags erklären, dessen

<sup>30</sup> Vgl. *Canaris*, JZ 20 (1965), S. 476 f. (im Anschluss an *Stoll*).

<sup>31</sup> Vertrauen kann einzig insofern unabhängig vom Parteiwillen gewährt werden, als dafür genügt, dass die Partei, die das Vertrauen in Anspruch nimmt, das Verhalten der Gegenpartei als Gewährung verstehen, also vom Bestand eines entsprechenden Willens ausgehen darf.

<sup>32</sup> Vgl. von *Tuhr*, ZSR 41 (1922), S. 272 f.; *Schönenberger/Jäggi*, ZK, N 192 zu Art. 1 OR; *Merz*, BK, N 126 zu Art. 2 ZGB; *derselbe*, N 166; *Meier-Hayoz*, S. 209 ff.; *Kramer/Schmidlin*, BK, N 50 zu Art. 1 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N 221; BGE 120 II 197 ff., 202; BGE 116 II 695 ff., 696; a. M. etwa noch *Becker*, BK, N 16 zu Art. 1 OR; *Oser/Schönenberger*, ZK, N 13 zu Art. 1 OR; vgl. den Überblick bei *Kramer/Schmidlin*, BK, N 46 ff. zu Art. 1 OR. Die Auffassung, dass eine Willenserklärung nicht zwingend ein Erklärungsbewusstsein voraussetze, entspricht auch der überwiegenden deutschen Lehre, vgl. *Kramer/Schmidlin*, BK, N 50 zu Art. 1 OR. *Canaris*, S. 427 f., sieht im Erklärungsbewusstsein dagegen ein wesentliches Merkmal eines Rechtsgeschäfts.

<sup>33</sup> *Kramer/Schmidlin*, BK, N 150 zu Einleitung OR, weisen denn auch darauf hin, dass es das Vertrauensprinzip als Bestandteil der schweizerischen Rechtsgeschäftslehre zum Teil ermöglichen würde, Tatbestände, die zur Vertrauenshaftung gezählt werden, rechtsgeschäftlich zu erklären.

einzigem Gegenstand die Begründung von Schutzpflichten ist.<sup>34</sup>

Das gilt auch für den *Swissair*-Sachverhalt. Das Bundesgericht stellt dort fest, die Klägerin habe in den Erklärungen der Mutter die Zusicherung sehen dürfen, die Tochter zumindest in der Aufbauphase mit ausreichenden Mitteln zu dotieren und für *good corporate citizenship* der Tochter einzustehen. Gestützt auf diese Feststellung bejaht es eine auf Vertrauensschutz gründende Pflicht der Muttergesellschaft, sich entsprechend zu verhalten. Darauf, ob die Erklärung der Mutter nach dem Vertrauensprinzip nicht als Antrag zum Abschluss eines inhaltlich limitierten Vertrags habe verstanden werden dürfen, geht das Gericht nicht ein. Die Feststellung, die Mutter habe eine Zusicherung abgegeben, hätte aber zur Frage führen müssen, ob damit die Mutter der Klägerin gegenüber nach Vertrauensprinzip den Willen zum Abschluss eines Vertrags über die Erfüllung der entsprechenden Aufgaben erklärt hat. Der Rückgriff auf das Konzept der Vertrauenshaftung erscheint also auch für diesen Fall keineswegs zwingend.

In seiner jüngeren Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht nun allerdings mehrfach für ein Institut der Vertrauenshaftung ausgesprochen.<sup>35</sup> Damit ist trotz des Fragezeichens hinter der funktionalen Notwendigkeit einer Vertrauenshaftung auch für das schweizerische Recht von einer Koexistenz von Vertrag und Vertrauenshaftung auszugehen. Unter dieser Prämisse stellt sich die Frage nach der Abgrenzung der beiden Institute. Zur Diskussion stehen kann nur ein Verständnis der Vertrauenshaftung als allgemeinen und des Vertrags als besonderen Tatbestands. Die vertragliche Bindung ist dann eine qualifizierte Form der Vertrauenshaftung.

Qualifizierendes Merkmal des Vertrags ist der Austausch übereinstimmender, empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Vertrauenshaftung dagegen entsteht bereits, wenn eine Partei gestützt auf den von der anderen Partei gesetzten Vertrauensstatbestand handelt,<sup>36</sup> sei dieses Handeln für die den

Vertrauensstatbestand setzende Partei erkennbar oder nicht. Als Spezialfall der Vertrauenshaftung erfüllt die vertragliche Bindung alle Merkmale der Vertrauenshaftung: Die Menge der Verträge ist Teilmenge der Vertrauenshaftungsstatbestände.

Alle Pflichten, die auf Vertrauenshaftung gründen, können grundsätzlich auch auf vertraglichem Weg begründet werden. Den Parteien eines Vertragsverhandlungsverhältnisses beispielsweise steht es frei, die zwischen ihnen bestehenden Verhaltenspflichten in einem Verhandlungsvertrag festzulegen, womit eine Verletzung dieser Pflichten zu einer vertraglichen Haftung und nicht zu einer Haftung aus culpa in contrahendo führt.<sup>37</sup> Ihre Grenzen finden die Parallelen zwischen Vertrauenshaftung und Vertrag in der zeitlichen Dimension. Vertrauenshaftung kann so lange beansprucht werden, als die beiden Voraussetzungen des Vertrauensstatbestands und des Handelns im Vertrauen auf diesen erfüllt sind. Entfällt der Vertrauensstatbestand, so entfällt ab diesem Zeitpunkt auch die Vertrauenshaftung. Vertrauenshaftung weist damit nur beschränkt zeitliche Tiefe auf. Darin unterscheidet sie sich vom qualifizierten Tatbestand des Vertrags, bei dem die Parteien durch einmaligen Austausch übereinstimmender Willenserklärungen ihr gegenseitiges Verhältnis für die Zukunft, also mit einer von ihnen selbst festgelegten zeitlichen Tiefe gestalten können.

### III. Konzernklärung

Der Vergleich der Entscheide *Swissair* und *Musikvertrieb* zeigt, dass das Bundesgericht nicht in jeder, sondern nur in der qualifizierten werbemässigen Betonung des Konzernverhältnisses die Zusicherung eines bestimmten Verhaltens der Muttergesellschaft sieht. Die Abgrenzung zwischen der einfachen Konzernklärung im Fall *Musikvertrieb* und der qualifizierten Konzernklärung im Fall *Swissair* bleibt allerdings unscharf. Die beiden Sachverhalte unterscheiden sich jedenfalls nicht so klar, dass unterschiedliche Rechtsfolgen zwingend erschienen. Es ist auch alles andere als selbstverständlich, dass in der Aussage, die Tochter arbeite nach den gleichen unternehmerischen Maximen wie die Mutter und der Konzern stehe hinter der

<sup>34</sup> Vgl. *Canaris*, S. 425, wonach die Haftung aus culpa in contrahendo früher auf einen konkludenten Haftungsvertrag gestützt wurde.

<sup>35</sup> BGE 120 II 331 ff. (*Swissair*); BGE 121 III 350 ff. (*Ringerfall*); BGE 124 III 297 ff. (*Musikvertrieb*).

<sup>36</sup> Genau dieses Handeln liesse sich im Rahmen der oben skizzierten Überlegungen als stillschweigende Annahme im Sinne von Art. 6 OR verstehen.

<sup>37</sup> Vgl. *Gauch/Schlupe/Schmid*, N 983 ff.

Tochter, die Zusicherung eines bestimmten Verhaltens der Muttergesellschaft zu sehen ist.<sup>38</sup> Zu überzeugen vermag immerhin das Auslegungsergebnis, zu dem das Bundesgericht im Musikvertrieb-Fall gelangt: Die einfache Konzernklärung, das heisst die öffentliche werbemässige Betonung der Konzernverbindung ohne zusätzliche Aussagen, kann für sich allein nicht als Zusicherung der Muttergesellschaft verstanden werden, für *good corporate citizenship* der Tochter zu sorgen. Die Erklärung bringt nicht den Willen der Mutter zum Ausdruck, sich dergestalt in ihrer künftigen Handlungsfreiheit einzuschränken, womit eine unmittelbare Begründung entsprechender Verhaltenspflichten der Mutter, gründe sie nun auf Vertrag oder Vertrauenshaftung, ausser Betracht fällt.<sup>39</sup>

#### A. Kundgabe der Konzernintegration

Daraus ist noch nicht auf die rechtliche Bedeutungslosigkeit einer Konzernklärung zu schliessen. Die Konzernklärung, und beschränke sie sich auf die Verwendung des Logos der Muttergesellschaft auf dem Briefpapier der Tochtergesellschaft, gibt die Zugehörigkeit einer Gesellschaft zu einem bestimmten Konzern kund. Diese Kundgabe erfolgt nicht zweckfrei. Vielmehr soll die Tochtergesellschaft von der Reputation der Konzernmutter und des Konzerns als Ganzen profitieren: Die Adressaten der Konzernklärung sollen die Tochter mit der Mutter und ihrem Ruf in Verbindung bringen; die Konzerngesellschaften sollen an der Reputation des Konzerns teilhaben, an ihr Anleihe nehmen können.<sup>40</sup> Das Motiv der Reputationsleihe, das der Konzernklärung in der Regel zugrunde liegt, bestimmt deren Perzeption im Publikum. Wer die Konzernzugehörigkeit im Rechtsverkehr

herausstreicht, erweckt die berechtigte Erwartung der Konzernintegration, denn es ist genau das Vertrauen in die Konzernintegration, das die Konzern-tochter an der Reputation des Konzerns teilhaben lässt. Mit der öffentlichen Erklärung der Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe wird mit anderen Worten die führungsmässige Integration der betreffenden Tochtergesellschaft in den Konzern kundgetan. Wer umgekehrt eine Tochtergesellschaft gerade nicht in den Konzern integrieren will, sondern die Beteiligung als reine Finanzanlage betrachtet, wird typischerweise auch auf die Abgabe einer Konzernklärung verzichten.

Mit der führungsmässigen Integration der Tochtergesellschaft in den Konzern wird die Muttergesellschaft zum materiellen Organ<sup>41</sup> der Tochtergesellschaft.<sup>42</sup> Als Konsequenz ist die Mutter aus Aktienrecht für die Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft verantwortlich.<sup>43</sup> Mit der Kon-

<sup>41</sup> Vgl. etwa BGE 117 II 432 ff., 442 und BGE 107 II 349 ff., 354, wonach Organe auch Personen sind, «*die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen*». Nach der hier verwendeten Terminologie ist jede Person, die mit der Geschäftsführung befasst (vgl. Art. 754 Abs. 1 OR), aber nicht formelles Organ ist, materielles Organ. Es wird also nicht zwischen materiellen Organen, die mit Organaufgaben betraut, und faktischen Organen, die zwar nicht mit solchen Aufgaben betraut, trotzdem aber damit befasst sind, unterschieden (so aber Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl. 135 [1983], II. Band, S. 935; Vogel, S. 263 ff.; wie hier Forstmoser, Verantwortlichkeit, N 657 ff.).

<sup>42</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 60 N 46 f.; Forstmoser, Haftung im Konzern, S. 128 f.; derselbe, Verantwortlichkeit, N 708 ff.; Böckli, N 1969a; Hofstetter, S. 194 f. und 197 f.; Handschin, S. 329 ff.; Vogel, S. 349 ff. und 389 ff.; Zürcher, S. 163; Kuzmic, S. 71. In BGE 117 II 570 ff., 574, hat das Bundesgericht erklärt, nach überwiegender Lehrmeinung sei «*die herrschende Gesellschaft [...] bei Einmischung in die Verwaltung und Geschäftsführung der konzernmässig untergeordneten Gesellschaften ihnen gegenüber aus Art. 754 Abs. 1 OR verantwortlich zu machen*».

<sup>43</sup> Dass auch juristischen Personen materielle Organstellung zukommen kann, ist heute weit gehend anerkannt. Insbesondere verstösst die Anerkennung der materiellen Organstellung bei einer juristischen Person weder direkt noch im Sinne einer Rechtsumgehung gegen Art. 707 Abs. 3 OR, wonach nur natürliche Personen formelle Mitglieder eines Verwaltungsrats sein können; so aber von Büren, S. 177; die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft nach Art. 754 OR dagegen noch bejahend derselbe, ZBJV 131 (1995),

<sup>38</sup> Vgl. Tercier/Stoffel, SZW 71 (1999), S. 306, die der Meinung sind, das Bundesgericht sei im Musikvertrieb-Entscheid vom Swissair-Entscheid abgewichen.

<sup>39</sup> Eine Vertrauenshaftung aus Erweiterung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo verneinen in Fällen einfacher Konzernklärungen auch Lutter, S. 240; Loser, recht 17 (1999), S. 86; von Büren, SZW 71 (1999), S. 56 f.; Letztere verlangen für die Begründung eines Vertrauenstatbestands weiter gehende Erklärungen. Dagegen setzt Druey, SZW 67 (1995), S. 96, jede werbemässige Betonung des Konzernverhältnisses, auch die blosser Verwendung des Logos der Muttergesellschaft, der im Swissair-Entscheid zu beurteilenden Konzernklärung gleich.

<sup>40</sup> Ebenso Lutter, S. 236; Loser, recht 17 (1999), S. 86.



zernintegration wird dementsprechend die aus ihr fließende materielle Organstellung und damit die aktienrechtliche Verantwortung für die Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft kundgetan.<sup>44</sup> Der Erklärungsempfänger umgekehrt darf aus der Konzernklärung auf eine Stellung der Muttergesellschaft als materielles Organ der Tochtergesellschaft und damit auf die Übernahme der organotypischen Verantwortung für die ordnungsgemässe Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft schliessen: Die Konzernklärung ist Kundgabe der Konzernverantwortung, und es ist gerade diese Kundgabe, welche die Tochter an der Reputation des Konzerns teilhaben lässt.

Zu unterscheiden ist die Konzernklärung von Sachverhalten der erzwungenen Bekanntgabe von Beteiligungsverhältnissen gestützt auf aktien- oder börsenrechtliche Publizitätsvorschriften.<sup>45</sup> Die Beteiligungsverhältnisse sagen nichts über die tatsächliche Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft aus. Ihre Offenlegung impliziert noch keine über die Ausübung von Aktionärsrechten hinaus gehende Einflussnahme der Mutter auf die Tochtergesellschaft und lässt deshalb für sich allein die Tochtergesellschaft auch noch nicht an der Reputation der Mutter Anleihe nehmen. Die Bekanntgabe von Beteiligungsverhältnissen ist damit keine Konzernklärung, keine Kundgabe der führungsmässigen Integration der Tochtergesellschaft in den Konzern. Dasselbe gilt für die Publikation einer Konzernrechnung nach Art. 663e OR. Mit der Konzernrechnung wird zwar offen

gelegt, dass eine Gesellschaft eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. Der für die Annahme einer einheitlichen Leitung erforderliche Grad an Einflussnahme auf eine Gesellschaft ist aber geringer als derjenige, der für die Begründung einer Organstellung vorausgesetzt wird: Gemäss Art. 663e OR kann schon die Zusammenfassung mehrerer Gesellschaften «*durch Stimmenmehrheit*», also durch blosse Ausübung der Aktionärsrechte, den Tatbestand der einheitlichen Leitung erfüllen,<sup>46</sup> während die Einflussnahme auf eine Gesellschaft allein durch Ausübung der Aktionärsrechte keine Organstellung bewirkt.<sup>47</sup> Aus der Kundgabe der Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung im Sinne von Art. 663e OR kann deshalb nicht auf eine führungsmässige Integration der Tochtergesellschaft in den Konzern und damit auch nicht auf eine materielle Organstellung der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft geschlossen werden.<sup>48</sup>

Nicht jeder Hinweis auf eine Konzernbeziehung, sondern allein die Konzernklärung enthält also die Aussage, die Tochtergesellschaft sei führungsmässig in den Konzern integriert, die Mutter habe dementsprechend innerhalb der Tochtergesellschaft die Stellung eines materiellen Organs und trage damit die Konzernverantwortung.<sup>49</sup>

S. 87. Wie hier für Vereinbarkeit der Organstellung einer juristischen Person mit Art. 707 Abs. 3 OR *Druey/Vogel*, S. 347 ff.; *Zürcher*, S. 162 f.; *Kuzmic*, S. 67; *Albers-Schönberg*, S. 169 f.; Letzterer steht einer direkten Verantwortlichkeit der Obergesellschaft jedoch aus einem anderen Grund skeptisch gegenüber: Die Haftung einer juristischen Person für fremdes Verschulden richte sich nach Art. 55 Abs. 2 ZGB beziehungsweise Art. 722 OR. Die Anwendung von Art. 754 OR auf juristische Personen würde ihre Haftung gegenüber Art. 55 Abs. 2 ZGB beziehungsweise Art. 722 OR ausdehnen (a.a.O., S. 171); ähnlich *von Büren*, S. 177, der eine Verantwortlichkeit der Obergesellschaft deshalb für entbehrlich hält, weil diese für das Verhalten der für sie handelnden Personen schon nach Art. 55 und 722 OR einzustehen habe.

<sup>44</sup> Vgl. auch *Vogel*, S. 415 f.

<sup>45</sup> Vgl. etwa Art. 663b Ziff. 7 OR, Art. 663c OR, Art. 20 BEHG.

<sup>46</sup> Vgl. dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 51 N 203 und 204, Anm. 67; ferner *Handschin*, S. 48, der von einer Konzernvermutung bei Mehrheitsbeteiligung spricht.

<sup>47</sup> Die Gegenansicht von *Vogel*, S. 413, einheitliche Leitung sei immer mit Organstellung in einem gewissen Bereich verbunden, ist mit dem Wortlaut von Art. 663e OR nicht vereinbar.

<sup>48</sup> Wie hier unterscheidet auch *Druey*, SZW 67 (1995), S. 96, zwischen gesetzlich vorgeschriebenen Offenlegungen von Konzernverhältnissen und werbemässigen Hinweisen auf die Konzernbeziehung. Diesen Unterschied zwischen der Konzernklärung und einer gesetzlich vorgeschriebenen Offenlegung eines Konzern- oder Beteiligungsverhältnisses übersehen *Lutter*, S. 239 ff., und *Loser*, recht 17 (1999), S. 86, die es ablehnen, in der einfachen Konzernklärung einen Vertrauenstatbestand zu sehen, weil die Offenlegung von Konzernverhältnissen gesetzlich vorgeschrieben sei.

<sup>49</sup> Zu weit gehend *Vogel*, S. 413 f., der in jeder Bekanntgabe eines Konzernverhältnisses, also auch in der Publikation einer Konzernrechnung, die Erklärung sieht, die Muttergesellschaft nehme gewisse Organfunktionen wahr. Wie hier sieht er dagegen in der blossen Bekanntgabe von Beteiligungen (zum Beispiel gemäss Art. 663c OR) keine Kundgabe einer Organstellung der Muttergesellschaft.

Konzernerklärung aber ist jede öffentliche, werbemässige Betonung des Konzernverhältnisses, jede Reputationsleihe, selbst die blosser Verwendung des Logos der Muttergesellschaft auf dem Briefpapier der Tochtergesellschaft.<sup>50</sup>

## B. Zurechenbarkeit

Die Konzernklärung wird typischerweise nicht von der Mutter selbst, sondern von der Tochtergesellschaft abgegeben: Sie findet sich auf deren Briefpapier, deren Broschüren, deren Werbeunterlagen. Damit stellt sich die Frage nach der Zurechnung der Konzernklärung zur Muttergesellschaft. Im Regelfall wird der Auftritt der Konzerngesellschaften im Markt, die *corporate identity*, konzernweit festgelegt. Ist dies der Fall, so geht die Konzernklärung unmittelbar auf die Muttergesellschaft zurück. Ausnahmsweise werden die Konzerngesellschaften selbst über ihren Auftritt bestimmen können. Auch in solchen Fällen allerdings ist es kaum denkbar, dass die Muttergesellschaft keine Kenntnis von einer allfälligen Bezugnahme der Tochtergesellschaft auf die Konzernzugehörigkeit erhält. Das Verhältnis der Mutter- zur Tochtergesellschaft lässt es darüber hinaus als nahe liegend erscheinen, dass die Muttergesellschaft die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft überwacht. Dritte dürfen nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Mutter gegen die offene Bezugnahme der Tochter auf das Konzernverhältnis einschreiten würde, wenn sie die Konzernklärungen nicht gegen sich gelten lassen wollte. Ihr Schweigen darf deshalb als Duldung interpretiert werden. Die Konstellation ist mit derjenigen der Rechtsscheinvollmacht im Stellvertretungsrecht vergleichbar. Die Vertretungswirkungen treten dort gestützt auf die blosser Kundgabe einer Vollmacht – unabhängig von deren tatsächlichem Bestehen – ein, wenn der Dritte aufgrund der Umstände nach Treu und Glauben annehmen darf, der Vertretene wisse um das Auftreten seines Vertreters und dulde dieses.<sup>51</sup> Dasselbe muss für die Zurechnung einer Konzernklärung gelten.

<sup>50</sup> Liegt eine qualifizierte Konzernklärung vor, enthält sie unter Umständen zusätzlich zur Kundgabe der Organstellung der Mutter noch die Zusicherung eines bestimmten künftigen Verhaltens.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 120 II 197 ff., 200.

## C. Rechtsfolgen

### 1. Beweislastumkehr

Die Konzernklärung begründet vorerst einmal eine natürliche Vermutung<sup>52</sup> für die materielle Organstellung der Muttergesellschaft. Im Verantwortlichkeitsprozess ist es Sache des Klägers, die Organstellung des Beklagten als eine der Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 754 OR darzulegen und zu beweisen.<sup>53</sup> Wurde die materielle Organstellung der Muttergesellschaft in der Tochtergesellschaft mit der Konzernklärung öffentlich kundgetan, kann in einem gegen die Muttergesellschaft gerichteten Verantwortlichkeitsprozess vom Kläger nicht derselbe Beweis verlangt werden, wie wenn keine Konzernklärung abgegeben worden wäre. Vielmehr ist von der Richtigkeit der Konzernklärung auszugehen und zu vermuten, die Muttergesellschaft sei materielles Organ der Tochter. Der Kläger kann sich mit dem Hinweis auf die Konzernklärung begnügen, worauf es an der beklagten Muttergesellschaft liegt zu beweisen, dass die Konzernklärung falsch ist, ihr also keine Organstellung zukommt.<sup>54</sup> Scheitert sie mit diesem Beweis, ist von ihrer materiellen Organstellung auszugehen, womit sie nach Art. 754 OR die Verantwortung für die pflichtgemässe Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft trägt.

### 2. Vertrauenshaftung

Weist die Muttergesellschaft nach, dass die Konzernklärung und die damit verbundene Kundgabe der Übernahme von Konzernverant-

<sup>52</sup> Zu einer vergleichbaren Konstellation *von der Crone*, SZW 66 (1994), S 7 ff., wonach bei sorgfältig gefassten beziehungsweise extern abgestützten Verwaltungsratsentscheiden von einer *allgemeinen Vermutung* pflichtgemässen Handelns auszugehen ist.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 8 ZGB.

<sup>54</sup> Die Abgabe der Konzernklärung bildet die Vermutungsbasis, das Bestehen einer materiellen Organstellung der Muttergesellschaft die Vermutungsfolge. Beweist der Kläger die Vermutungsbasis, ergibt sich für die beklagte Muttergesellschaft eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Vermutungsfolge; hierzu allgemein *Kummer*, BK, N 333 ff. zu Art. 8 ZGB; ferner *Vogel*, S. 382 f., wonach allerdings für den Fall, dass die Muttergesellschaft eine Konzernrechnung erstellt, materielle Organstellung zu vermuten ist. Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Publikation einer Konzernrechnung jedoch gerade keine Kundgabe einer Organstellung dar.

wortung nicht den Tatsachen entsprochen haben, entfällt eine Haftung der Mutter- gegenüber der Tochtergesellschaft aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Stattdessen stellt sich die Frage, ob die Konzernklärung eine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft gegenüber dem Erklärungsempfänger begründet hat.<sup>55</sup> Vertrauenshaftung ist also in der Tat das Schlüsselthema im Zusammenhang mit der Abgabe von Konzernklärungen. Zu beurteilen ist aber nicht in erster Linie, ob gestützt auf das Institut der Vertrauenshaftung aus einer Zusicherung die Pflicht erwächst, für *good corporate citizenship* der Tochtergesellschaft zu sorgen. Entscheidend ist vielmehr, ob sich Empfänger der Erklärung auf die darin liegende Kundgabe der Konzernintegration und damit auf die Konzernverantwortung verlassen durften: Sind Empfänger der Konzernklärung im Vertrauen darauf zu schützen, dass die Muttergesellschaft die aktienrechtlichen Aufgaben eines materiellen Organs wahrnehmen und so für die ordnungsgemässe Führung der Geschäfte sorgen wird?<sup>56</sup> Hat die Muttergesellschaft nach Vertrauensprinzip die Verantwortung für einen den Tatsachen nicht entsprechenden Rechtsschein einer Konzernintegration der Tochtergesellschaft zu tragen?

#### a) Voraussetzungen

Eine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft setzt voraus, dass die Konzernklärung einen in eine Sonderverbindung eingebetteten, der Mutter zuzurechnenden Vertrauenstatbestand darstellt<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Ähnlich *Vogel*, S. 382, Anm. 205, der, sofern der Muttergesellschaft der Beweis gelingt, dass sie keine einheitliche Leitung ausgeübt hat, die Regeln über die Organschaft durch Kundgabe anwendet.

<sup>56</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang den von *Forstmoser* vertretenen Ansatz einer «*Organstellung durch Kundgabe*», wonach aus Gründen des Vertrauensschutzes die Organstellung einer Person zu bejahen ist, wenn das Vertrauensprinzip ergibt, dass ein Dritter nach Treu und Glauben von der Organeigenschaft dieser Person ausgehen durfte, *Forstmoser*, FS Meier-Hayoz, S. 130 f. und 134 f.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 19 N 19; ferner BGE 117 II 570 ff., 571; *Watter*, KSP, N 7 zu Art. 722 OR; *Böckli*, N 1582c und N 1969a; *Horber*, S. 19; *Sauber*, S. 31 f. und 46 ff.; speziell zur Organstellung durch Kundgabe der Muttergesellschaft *Vogel*, S. 411 ff.

<sup>57</sup> *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 678 verlangt für eine «*Organstellung durch Kundgabe*», dass die Kundgabe nicht nur dem potentiellen Organ, sondern auch der Gesellschaft zuzurechnen ist. Gebe eine Drittperson ohne Duldung der Gesellschaft ihre Organstellung

und dass eine andere Person im berechtigten Vertrauen auf diesen Tatbestand handelt.<sup>58</sup>

Das Verhältnis zwischen Muttergesellschaft und Dritten, die mit der Tochtergesellschaft in Rechtsverkehr treten, ist bei Vorliegen einer Konzernklärung als Sonderverbindung zu qualifizieren. Die Anlehnung an die Reputation des Konzerns kann Dritte veranlassen, im Rechtsverkehr mit der Tochter Risiken in Kauf zu nehmen, die sie im Rechtsverkehr mit einer einzelstehenden, im Übrigen aber gleichartigen Gesellschaft nicht übernehmen würden: Der kundgegebene Konzern ist eine soziale Konstellation, in der Dritte einzelnen Konzerngesellschaften, gestützt auf eine integrale Wahrnehmung des Konzerns, weiter gehenden Einfluss auf die eigene Interessensphäre einräumen, als sie dies gegenüber der gleichen Gesellschaft tun würden, stünde diese für sich allein da.

Die unrichtige Konzernklärung erweckt den Rechtsschein, die Muttergesellschaft sei materielles Organ der Tochter. Zwar enthält die Konzernklärung nur eine Aussage über die gegenwärtige Lage und bezieht sich nicht auf die Zukunft. Dies bedeutet aber nicht, dass die Konzernklärung schutzwürdiges Vertrauen in die Organstellung der Muttergesellschaft nur für den Zeitpunkt ihrer Abgabe zu begründen vermag. Die Mutter muss sich die Kundgabe der Organstellung so lange entgegenhalten lassen, als sie die Konzernklärung nicht widerruft. Das Prinzip, dass gutgläubigen Dritten gegenüber der einmal erweckte Rechtsschein so lange gilt, als er nicht zerstört wird, ist im Zusammenhang mit der Kundgabe einer tatsächlich erteilten Vollmacht gesetzlich statuiert. Nach Art. 34 Abs. 3 OR kann der Vertretene, der eine Vollmacht kundgegeben hat, ihren Widerruf gutgläubigen Dritten nur entgegenhalten, wenn er ihnen auch diesen Widerruf mitgeteilt hat. Dieses Prinzip ist mit derselben Berechtigung auch in den Fällen anzuwenden, in denen der durch die Kundgabe erweckte Rechtsschein von Anfang an unrichtig war.

kund, «*dürfte es am berechtigten Vertrauen des Geschäftspartners fehlen*». Eine Kundgabe der Muttergesellschaft muss aber genügen, denn einzig ihre Haftung steht zur Diskussion. Wird die Konzernklärung allerdings durch die Tochter abgegeben, ist sie Letzterer ohnehin zuzurechnen.

<sup>58</sup> Vgl. auch *Vogel*, S. 411.

Vertraut jemand berechtigterweise<sup>59</sup> auf die Konzernintegration der Tochtergesellschaft und nimmt er gestützt auf dieses Vertrauen eine Vermögensdisposition vor, so sind die Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft erfüllt. Geschützt ist das Vertrauen von Gläubigern oder Aktionären der Tochtergesellschaft, die sich aufgrund der Konzernklärung dazu entschlossen haben, mit der Tochtergesellschaft in Geschäftsbeziehungen zu treten oder Aktien der Tochtergesellschaft zu erwerben, beziehungsweise die es aufgrund der Konzernklärung unterlassen haben, eine bereits bestehende Geschäftsbeziehung zu beenden oder ihre Aktionärsstellung aufzugeben. Keinen Schutz kann demgegenüber die Tochtergesellschaft selbst beanspruchen, muss sie sich doch die naturgemäss vorhandene Kenntnis des Fehlens einer Konzernintegration anrechnen lassen.<sup>60</sup>

#### b) Referenzgrösse

Wer darauf vertraut, dass die Muttergesellschaft Organ der Tochter ist, geht davon aus, dass der Muttergesellschaft die für die kundgegebene Organstellung typischen Pflichten obliegen und dass sie bei Verletzung dieser Pflichten nach den Bestimmungen über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit für den verursachten Schaden haftet. Das Vertrauen in die Organstellung der Mutter ist das Vertrauen in ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Vertrauenshaftung der Mutter kann sich deshalb erst im Zeitpunkt aktualisieren, in dem gegen sie, wäre sie tatsächlich Organ der Tochter, Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend gemacht werden könnten.

Der Umfang der Pflichten der Muttergesellschaft wird durch die Kundgabe definiert.<sup>61</sup> Wird

mit einer Konzernklärung die nicht näher qualifizierte Integration der Tochtergesellschaft in den Konzern kundgetan, so dürfen die Erklärungsempfänger davon ausgehen, die Mutter verfüge innerhalb der Tochtergesellschaft über eine Stellung, die derjenigen eines Verwaltungsrats vergleichbar ist. Die Pflichten der Muttergesellschaft umfassen damit zumindest die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gemäss Art. 716a OR. In der Erfüllung dieser Aufgaben unterstehen Organe insbesondere der Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR. Wäre die Mutter tatsächlich materielles Organ, so wäre sie für Tun und Unterlassen verantwortlich. Zwar wird die materielle Organstellung durch aktive Einflussnahme geschaffen. Die Verantwortlichkeit eines materiellen Organs erstreckt sich denn auch nur auf die Bereiche, in denen es aktiv geworden ist. Für diejenigen Bereiche allerdings, für welche die materielle Organschaft einmal begründet ist, wird auch das materielle Organ umfassend verantwortlich.<sup>62</sup> Insbesondere hat die Tatsache, dass die materielle Organstellung nur durch aktives Einflussnehmen begründet werden kann, nicht etwa zur Konsequenz, dass sich die Verantwortlichkeit des materiellen Organs punktuell auf das Tun beschränken würde.<sup>63</sup> Wäre die Mutter materielles Organ der Tochtergesellschaft, stellte somit jedes gegen Art. 716a und 717 OR verstossende Tun oder Unterlassen eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 OR dar. Dieser Haftungsumfang bildet die Referenz: Gegenstand der Vertrauenshaftung ist der Schaden, der aus dem Vertrauen in die kundgegebene, aber nicht bestehende aktienrechtliche

<sup>59</sup> Sein Vertrauen ist berechtigt, wenn er nicht wissen müsste, dass die Kundgabe der Organstellung unrichtig ist, vgl. allgemein *Canaris*, S. 504.

<sup>60</sup> Auch *Vogel*, S. 333 f., steht einer Anspruchsberechtigung der Gesellschaft ablehnend gegenüber, weist aber darauf hin, dass sie bei fehlerhafter Bestellung von Organen möglich sei, sofern die Gesellschaft um die Fehlerhaftigkeit nicht wisse; vgl. ferner *Forstmoser*, FS Meier-Hayoz, S. 138, sowie *derselbe*, Verantwortlichkeit, N 693, der eine Haftung des kundgegebenen Organs gegenüber der Gesellschaft ebenfalls verneint.

<sup>61</sup> Auch nach *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 689 ff.; *derselbe*, FS Meier-Hayoz, S. 138, sowie *Vogel*, S. 335 und 415, richtet sich der Umfang der Verantwortlichkeit eines kundgegebenen Organs nach der Kundgabe.

<sup>62</sup> Vgl. *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 685 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 37 N 8; *Hofstetter*, S. 198; *Handschin*, S. 110 und 336 f. (Garantenstellung aus Ingerenz, soweit sich die Muttergesellschaft Organbefugnisse anmasst und dadurch die formellen Organe von der Mandatserfüllung abhält); *Vogel*, S. 315 und 401 f.

<sup>63</sup> Ähnlich *Albers-Schönberg*, S. 66 f. Die Auffassung, dass über die materielle Organstellung einer Person nicht allein das Verhalten entscheidet, dessen Pflichtwidrigkeit in Frage steht, findet eine Stütze in der Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 135 (1983), II. Band, S. 935. Danach begründet nur die dauernde Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft eine materielle Organstellung, so dass die Mitwirkung an einem einzigen Entscheid nicht genügt (a. M. *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, N 669).

Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für die pflichtgemässe Erfüllung dieser Aufgaben entsteht.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>64</sup> ist für die Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden zumindest im Konkurs entscheidend, ob die Norm, auf deren Verletzung der Schaden zurückzuführen ist, den Schutz von Interessen der Gesellschaft oder von Gläubigerinteressen bezweckt. Ein unmittelbarer Gläubigerschaden ist nur gegeben, wenn er auf der Verletzung von Pflichten beruht, welche einzig den Gläubigerschutz bezwecken. Dies ist der Fall, wenn das Organ gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Schutz der Gläubiger dienen, sich widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR verhält oder einen Tatbestand der culpa in contrahendo erfüllt. Dasselbe muss mutatis mutandis für die Geltendmachung eines unmittelbaren Schadens durch Aktionäre gelten.<sup>65</sup>

Die Muttergesellschaft, die – entgegen der Konzernklärung – nicht Organ der Tochtergesellschaft ist, nimmt keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft. Wäre sie materielles Organ, stünde deshalb eine Verantwortlichkeit aus Unterlassung zur Diskussion.<sup>66</sup> Die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens könnte damit nicht in einer Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR<sup>67</sup> oder in einem Tatbestand der culpa in contrahendo bestehen, sondern nur in einer Pflichtverletzung nach Art. 716a beziehungsweise 717 OR liegen. Die Geschäftsführungspflichten aus Art. 716a und 717 OR aber bestehen ausschliesslich oder primär der Gesellschaft gegenüber. Bei bestehender materieller Organstellung könnte das Verhalten der Muttergesellschaft also nur zu einem Anspruch auf Ersatz mittelbaren Schadens führen. Dies schlägt auch auf den potentiellen Vertrauensschaden

durch: Die Konzernklärung kann ausschliesslich Grundlage berechtigten Vertrauens in eine Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft, nicht aber unmittelbar gegenüber den Gläubigern oder Aktionären sein.

Voraussetzung für eine derartige – hypothetische – Verantwortlichkeit der Mutter gegenüber der Tochtergesellschaft ist, dass eine Vermögensschädigung der Tochtergesellschaft eingetreten ist, die unterblieben wäre, wenn die Muttergesellschaft als materielles Organ aufgetreten wäre und pflichtgemäss gehandelt hätte. Unter denselben Voraussetzungen besteht eine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft gegenüber den Aktionären und Gläubigern der Tochter, die auf ihre Organstellung vertraut haben. Soweit sie zeigen können, dass die Konzernklärung Grundlage ihres Entscheids zur Aufnahme oder Weiterführung ihrer Beziehung mit der Tochtergesellschaft war, haben sie Anspruch darauf, von der Muttergesellschaft vermögensmässig so gestellt zu werden, wie sie stünden, wenn die Mutter die Organstellung bei der Tochtergesellschaft, die sie mit der Konzernklärung kundgegeben hat, auch tatsächlich wahrgenommen hätte.<sup>68</sup> Die Muttergesellschaft hat ihnen mit anderen Worten die Differenz zwischen dem tatsächlichen Stand ihres Vermögens und dem Stand zu ersetzen, den ihr Vermögen nach erfolgreicher Geltendmachung der Ansprüche gemäss Art. 756 beziehungsweise 757 OR hätte.

Rechtsfolge des Vertrauensschutzes ist also nicht etwa die tatsächliche Einräumung der Verantwortlichkeitsansprüche, die bei Vorliegen einer materiellen Organstellung bestünden und zu deren Geltendmachung die Aktionäre beziehungsweise Gläubiger nach Art. 756 beziehungsweise 757 OR berechtigt wären. Nicht die Tochtergesellschaft, der das fehlende Engagement der Mutter notwendigerweise bekannt gewesen sein muss, sondern einzelne Aktionäre oder Gläubiger haben vertraut. Vertrauensschutz durch Einräumung der mangels materieller Organstellung nicht bestehenden Verantwortlichkeitsansprüche aber liefe auf einen Schutz der Tochter hinaus und hätte gleichzeitig zur Konsequenz, dass sämtliche Aktionäre

<sup>64</sup> Vgl. BGE 122 III 176 ff., 190 ff.; BGE 125 III 86 ff., 88.

<sup>65</sup> Ähnlich etwa *Forstmoser*, Revisor, N 333.

<sup>66</sup> So auch *Vogel*, S. 337, 411 und 417.

<sup>67</sup> Die Widerrechtlichkeit einer Unterlassung setzt voraus, dass der Schädiger gegenüber dem Geschädigten eine Garantenstellung hat. Dies ist der Fall, wenn eine Schutznorm, die gerade den Schutz vor Schäden in der Art des eingetretenen bezweckt, vom Schädiger ein Handeln verlangt hätte, vgl. *Brehm*, BK, N 56 zu Art. 41 OR; *Druey*, SAG 53 (1981), S. 81. Eine Schutznorm, die von der Muttergesellschaft, die sich nicht in Angelegenheiten der Tochtergesellschaft einmischt, ein Tätigwerden zugunsten der Gläubiger und Aktionäre der Tochtergesellschaft verlangt, gibt es nicht.

<sup>68</sup> Die Vertrauenshaftung bewirkt dagegen nicht, dass der Muttergesellschaft nun tatsächlich Organstellung zukommt. Deshalb ist der von *Forstmoser* geprägte Ausdruck «*Organschaft durch Kundgabe*» potentiell missverständlich.

und Gläubiger unabhängig davon, ob im Konkreten die Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz erfüllt wären, von diesem profitieren würden: Im Fall einer Klage nach Art. 756 OR würde die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft gegenüber haften; im Fall einer Klage nach Art. 757 OR fiele ein allfälliger, nach Befriedigung der klagenden Gläubiger und Aktionäre verbleibender Überschuss in die Konkursmasse, würde also allen Gläubigern der Tochtergesellschaft zugute kommen, unabhängig davon, ob sie in die Organstellung der Muttergesellschaft vertraut haben oder nicht.<sup>69</sup> Vertrauenshaftung aber darf in keinem Fall über den Schutz tatsächlichen Vertrauens hinausgehen. Die Art. 756 und 757 OR sind deshalb im Rahmen der Vertrauenshaftung nicht Anspruchsgrundlage, sondern nur Referenzgrösse für den Vertrauensschaden, den die Muttergesellschaft den Gläubigern und Aktionären zu ersetzen hat.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Ob es sich bei den Klagen aus mittelbarer Schädigung um selbständige oder aus dem Recht der Gesellschaft abgeleitete Klagen handelt, ist umstritten und vor allem im Zusammenhang mit Art. 757 OR Gegenstand einer lebhaften Kontroverse, vgl. insbesondere den Überblick bei *Widmer*, KSP, N 1 ff. zu Art. 757 OR; eingehend *Kunz*, S. 88 ff. Nach der hier vertretenen Ansicht leiten sich die Ansprüche aus Art. 756 und 757 OR aus dem Recht der Gesellschaft ab. Nur diese Meinung ist mit der Marginalie «Schaden der Gesellschaft» und mit Art. 757 Abs. 1 OR, der ebenfalls von Ersatz des Schadens an die Gesellschaft spricht, vereinbar, vgl. namentlich *Böckli*, N 2018 f.; zur bundesgerichtlichen Auffassung einer Klage aus dem Recht der Gläubigersamtheit BGE 117 II 432 ff., 441.

<sup>70</sup> Abzulehnen ist dementsprechend der von *Forstmoser* vertretene Ansatz von der «Organstellung durch Kundgabe», nach dem das kundgegebene Organ den Personen gegenüber, die auf die Kundgabe vertraut haben, unmittelbar aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftet, *Forstmoser*, FS Meier-Hayoz, S. 125 ff. und 138 f.; *derselbe*, Verantwortlichkeit, N 690 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 19 N 19; vgl. auch BGE 117 II 570 ff., 571; *Böckli*, N 1969a. Differenzierter *Vogel*, S. 341 f., der in der Haftung eines kundgegebenen Organs eine auf Art. 2 ZGB beruhende Haftung sieht. Diese weise Ähnlichkeit mit der Haftung aus culpa in contrahendo und der Haftung aus Konzernvertrauen auf und enthalte daneben Elemente von Art. 754 Abs. 1 OR. Dabei ergebe sich die Organstellung des kundgegebenen Organs aus Art. 2 ZGB, wohingegen die Haftung für Pflichtverletzung sich nur aus einer Analogie zu Art. 754 Abs. 1 OR ergeben könne. Nach der hier vertretenen Auffassung kann aber auch ein analog angewendeter Art. 754 Abs. 1 OR nicht Anspruchs-, sondern nur Bemessungsgrundlage sein.

### c) Geltendmachung

Gläubiger können einen mittelbaren Schaden erst im Konkurs der Gesellschaft geltend machen (Art. 757 OR). Auch ein Anspruch auf Ersatz eines Vertrauensschadens kann damit erst im Gesellschaftskonkurs bestehen. Vorher wirkt sich die Tatsache, dass eine Person, auf deren Organstellung der Gläubiger vertraut hat, nicht Organ ist, nicht auf die Vermögenslage des Gläubigers aus. Befindet sich die Tochtergesellschaft im Konkurs, haben die Gläubiger, die auf die Konzernklärung vertraut haben, Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie sie persönlich stünden, wenn die Konkursverwaltung beziehungsweise bei deren Verzicht die Gläubiger selbst gemäss Art. 757 OR auf Ersatz des Schadens an die Gesellschaft klagen könnten. Ihr Anspruch erstreckt sich mit anderen Worten auf die auf sie entfallende rechnerische Quote eines hypothetischen Verantwortlichkeitsanspruchs.

Aktionäre können auch ausserhalb eines Gesellschaftskonkurses gegen ein Organ auf Ersatz des von ihm pflichtwidrig verursachten Schadens an die Gesellschaft klagen (Art. 756 OR). Die Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft muss deshalb ebenfalls schon vor dem Konkurs der Tochtergesellschaft geltend gemacht werden können. Der Vertrauensschaden, der dem Aktionär in diesem Fall zu ersetzen ist, besteht in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert seiner Beteiligung und dem Wert, den die Beteiligung hätte, wenn seine Verantwortlichkeitsklage Erfolg hätte und die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft den ihr verursachten Schaden ersetzen müsste.

## IV. Ergebnis

Mit der Konzernklärung, das heisst der offenen Bezugnahme auf das Konzernverhältnis etwa durch Abdruck eines Logos auf dem Briefpapier, lässt die Konzernmuttergesellschaft die Konzern-tochtergesellschaft an der Reputation des Konzerns teilhaben. Das Motiv der Reputationsleihe, das der Konzernklärung in der Regel zugrunde liegt, bestimmt deren Perzeption im Publikum. Wer die Konzernzugehörigkeit im Rechtsverkehr herausstreicht, erweckt die berechtigte Erwartung der Konzernintegration: Gutgläubige Empfänger der

Erklärung dürfen davon ausgehen, dass die Muttergesellschaft als materielles Organ die aktienrechtliche Verantwortlichkeit für die Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft übernommen hat oder mitträgt.

Nimmt die Muttergesellschaft die Konzernverantwortung in Tat und Wahrheit nicht wahr, so wird sie aus Vertrauenshaftung gegenüber Aktionären und Gläubigern der Tochter verantwortlich, die zeigen können, dass sie ohne Konzernklärung auf

die Aufnahme oder Weiterführung der Geschäftsbeziehung mit der Tochtergesellschaft verzichtet hätten. Zu ersetzen ist dabei die Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand des einzelnen Gläubigers beziehungsweise der einzelnen Aktionärin und dem hypothetischen Vermögensstand unter der Annahme, dass die Muttergesellschaft ihre Pflichten wahrgenommen beziehungsweise einen der Gesellschaft aus der Verletzung der Pflichten entstandenen Schaden ersetzt hätte.

### Zitierte und weitere Literatur

*Albers-Schönberg Max*, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980.

*Amstutz Marc/Watter Rolf*, Bemerkungen zu BGE 120 II 331 ff., AJP 4 (1995), S. 502–508.

*Becker H.*, in: Berner Kommentar (BK), Band VI, 1. Abteilung, Art. 1–183 OR, 2. Auflage, Bern 1941.

*Böckli Peter*, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996.

*Brechbühl Beat*, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998 (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 617).

*Brehm Roland*, in: Berner Kommentar (BK), Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Art. 41–61 OR, 2. Auflage, Bern 1998.

*Bucher Eugen*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (KSP), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), 2. Auflage, Basel/Frankfurt a. M. 1996.

*von Büren Roland*, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band VIII/6, Basel/Frankfurt a. M. 1997.

*Derselbe*, Haftungsgrundlagen im Konzern, SZW 71 (1999), S. 54–57.

*Derselbe*, Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, ZBJV 131 (1995), S. 57–91.

*Canaris Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Habil. München 1971, Nachdruck 1981 (= Münchener Universitätschriften, Band 16).

*Derselbe*, Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen, JZ 20 (1965), S. 475–482.

*Chappuis Christine*, La responsabilité de l'actionnaire majoritaire fondée sur la confiance, in: Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, *Christine Chappuis/Henry Peter/Andreas von Planta* (Hrsg.), Zürich 2000, S. 67–112.

*von der Crone Hans Caspar*, Zession: kausal oder abstrakt?, SJZ 93 (1997), S. 249–260.

*Derselbe*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), S. 1–11.

*Druey Jean Nicolas*, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 53 (1981), S. 77–87.

*Derselbe*, Bemerkungen zu BGE 120 II 331 ff., SZW 67 (1995), S. 93–97.

*Druey Jean Nicolas/Vogel Alexander*, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

*Forstmoser Peter*, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Bern 1982, S. 125–150 (zitiert *Forstmoser*, FS Meier-Hayoz).

*Derselbe*, Haftung im Konzern, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 89–144 (zitiert *Forstmoser*, Haftung im Konzern).

*Derselbe*, Die Verantwortlichkeit des Revisors nach Aktienrecht, Zürich 1997 (= Schriftenreihe der Treuhänder-Kammer, Band 151; zitiert *Forstmoser*, Revisor).

*Derselbe*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich 1987 (zitiert *Forstmoser*, Verantwortlichkeit).

*Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

*Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg/Rey Heinz*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7. Auflage, Zürich 1998 (zitiert *Gauch/Schlupe/Schmid*).

*Gonzenbach Rainer*, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen», recht 13 (1995), S. 117–130.

*Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (zitiert *Guhl/Koller*).

*Handschin Lukas*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel, Zürich 1994.

*Hofstetter Karl*, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Habil. Zürich, Tübingen 1995.

*Horber Felix*, Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1986 (= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 84).

*Koller Alfred*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996.

*Kramer Ernst A./Schmidlin Bruno*, in: Berner Kommentar (BK), Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 1-18 OR, 3. Auflage, Bern 1986.

*Kummer Max*, in: Berner Kommentar (BK), Band I, 1. Abteilung, Art. 1-10 ZGB, 3. Auflage, Bern 1962, Nachdruck 1966.

*Kunz Peter Viktor*, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss. Bern 1993 (= Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht, Heft 7).

*Kuzmic Kristina*, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998.

*Loser Peter*, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, recht 17 (1999), S. 73-92.

*Derselbe*, Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, in: Recht und Internationalisierung, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Zürich 2000, S. 113-135.

*Lutter Marcus*, Haftung aus Konzernvertrauen?, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Wolfgang Schön (Hrsg.), Köln 1997, S. 229-245.

*Meier-Hayoz Arthur*, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich, Aarau 1948 (= Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 151).

*Merz Hans*, in: Berner Kommentar (BK), Band I, 1. Abteilung, Art. 1-10 ZGB, 3. Auflage, Bern 1962, Nachdruck 1966.

*Derselbe*, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992.

*Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm*, in: Zürcher Kommentar (ZK), Halbband V 1, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Zürich 1929.

*Rey Heinz*, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Peter Forstmoser/Anton Heini/Hans Giger/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Zürich 1989, S. 231-243.

*Sauber Thomas*, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Zürich 1987.

*Schnyder Anton K.*, Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften?, SJZ 86 (1990), S. 57-66.

*Schönenberger, Wilhelm/Jäggi Peter*, in: Zürcher Kommentar (ZK), Teilband V 1a, Art. 1-17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973.

*Stoll Heinrich*, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 16 (1932), S. 257-320.

*Tercier Pierre/Stoffel Walter A.*, Das Gesellschaftsrecht 1998/99, SZW 71 (1999), S. 304-319.

*von Tuhr Andreas*, Die Bedeutung des Willens im Zivilrecht, ZSR 41 (1922), S. 259-279.

*Vogel Alexander*, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1997 (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 51).

*Walter Hans Peter*, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 (1996), S. 273-295.

*Watter Rolf*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (KSP), Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basel/Frankfurt a. M. 1994.

*Weber Rolf H.*, Schutzpflichten – ein Sozialstaatsgedanke?, in: Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Walter J. Habscheid/Hans-Joachim Hoffmann-Nowotny/Willy Linder/Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Bern 1989, S. 735-760.

*Wick Markus*, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP 4 (1995), S. 1270-1282.

*Widmer Peter*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (KSP), Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basel/Frankfurt a. M. 1994.

*Wiegand Wolfgang*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (KSP), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 2. Auflage, Basel/Frankfurt a. M. 1996.

*Derselbe*, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 15 (1997), S. 85-94.

*Zürcher Wolfgang*, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss. Zürich, Bern 1993 (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 547).