

Gedenkschrift für Claire Huguenin

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin
an der Universität Zürich von 1997 bis 2018

herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Helmut Heiss

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Peter R. Isler

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Florent Thouvenin

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-107-4

www.dike.ch

Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung

*Rolf Sethe**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	424
II. Ökonomische Grundlagen	426
III. Haftung auf Ebene der Tochtergesellschaft	427
1. Finanzierungsverantwortung bei einer konzernunabhängigen Gesellschaft	427
a) Verwaltungsrat als Garant der angemessenen Kapitalausstattung?	427
b) Handlungs- und Überwachungspflichten in Bezug auf die Kapitalausstattung	429
aa) Pflicht zur Oberaufsicht	430
bb) Finanzverantwortung	430
cc) Bilanzdeponierungspflicht	431
dd) Sorgfalts- und Treuepflicht	432
2. Finanzierungsverantwortung bei einer Konzerntochter	432
a) Konzernrecht	432
aa) Arten der Beherrschung	432
bb) Fehlen eines Konzernrechts; Konzernbegriff	433
cc) Konzernparadox	434
dd) Verantwortlichkeit der Organmitglieder der Tochtergesellschaft	435
ee) Haftungsrisiko	439
b) Insbesondere Zulässigkeit von Konzernfinanzierungen	441
aa) Fremdvergleichsgrundsatz	441
bb) Weitere Schranken der Konzernfinanzierung	441
cc) Zulässigkeit und Grenzen des Cash Poolings	442
IV. Haftung auf Ebene der Konzernmutter	444
1. Trennungsprinzip als Ausgangspunkt	444
2. Haftung der Konzernmutter als Gründerin/Aktionärin	445
a) Funktion des Mindestgrundkapitals	445
b) Argumente gegen eine Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung	445

* Der Verfasser dankt Herrn Prof. KANSAKU, Universität Tokio, Herrn Prof. TAKAHASHI, Universität Osaka City, sowie Herrn RA DANIEL LÜTOLF, Universität Zürich, für ihre wertvollen Hinweise.

c)	Argumente für eine Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung?	447
d)	Zwischenergebnis	447
3.	Haftung aus faktischer Organschaft	448
a)	Faktische Organschaft	448
b)	Haftung der Organe der Muttergesellschaft	449
c)	Haftung der Muttergesellschaft selbst	449
d)	Haftung für eine Verletzung der Konzernleitungspflicht?	450
4.	Durchgriffshaftung	450
a)	Voraussetzungen	450
b)	Konzernrechtlich besonders relevante Fallgruppen	452
5.	Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen	454
V.	Beistandspflichten der Muttergesellschaft	455
1.	Patronatserklärungen, Garantien etc.	455
2.	Aktionärsbindungsvertrag	456
3.	Nachschusspflicht	456
4.	Treuepflicht	457
5.	Eigenkapitalersetzendes Darlehen	458
VI.	Schlussfolgerungen	460
1.	Konzernrecht	460
2.	Finanzierung	461

I. Einleitung

CLAIRE HUGUENIN hatte stets ein reges Interesse für andere Kulturen und Rechtsordnungen und hat sich daher sehr lebhaft und intensiv mit mir über meine 2018 bevorstehende Gastprofessur an der Universität Tokio ausgetauscht. Mein dort gehaltener Vortrag zum Konzernrecht sei daher ihrem Gedenken gewidmet.

Die Schweiz kennt – anders als etwa Deutschland, Portugal oder Brasilien – kein spezielles, in sich geschlossenes Konzernrecht. Man findet einzelne Regelungen, die den Konzern erwähnen.¹ Mangels spezieller gesetzlicher Regelung werden Fragen des Konzernrechts mit Hilfe allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Rechtsfiguren, wie der Verantwortlichkeitsklage, der Durchgriffs- und der Vertrauenshaftung gelöst. Ähnlich ist die Ausgangslage in Japan, das ebenfalls einzelne konzernrechtliche Regelungen, aber

¹ Eine Auflistung aller konzernrechtlich relevanten Normen findet sich bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 24 N 36 ff.

kein in sich geschlossenes kodifiziertes Konzernrecht kennt.² Im Folgenden soll untersucht werden, ob und wie die einzelnen Haftungstatbestände des schweizerischen Gesellschaftsrechts eine fehlerhafte Unternehmensfinanzierung im Konzern erfassen.³

Eine fehlerhafte Unternehmensfinanzierung wird zumeist erst im Konkurs der Gesellschaft⁴ nach aussen publik. Die Konkursverwaltung prüft dann regelmässig die Erfolgsaussichten einer Klage gegen die ehemaligen Mitglieder des Verwaltungsrats und/oder der Geschäftsleitung. Daher überrascht es nicht, dass zahlreiche Urteile und Publikationen zum Thema der fehlerhaften Unternehmensfinanzierung im Zusammenhang mit der Organhaftung zu finden sind. Dass die Konkursverwaltung häufig Verantwortlichkeitsklagen erhebt, beruht vor allem auf zwei Faktoren: Sie hat Zugang zu allen Interna des Unternehmens und damit zu den Beweismitteln. Die Unterkapitalisierung, und damit das Vorhandensein eines Schadens, ist im Konkurs evident. Schwieriger zu beweisen ist dagegen, ob die Unterkapitalisierung auf einer Pflichtverletzung beruht und wer für diese verantwortlich ist.

Eine Unterkapitalisierung kann neben dem Verantwortlichkeitsrecht auch andere Anspruchsgrundlagen berühren, wie die Durchgriffshaftung oder die Frage einer besonderen finanziellen Beistandspflicht der Aktionäre in Zeiten der Krise (z.B. indem gewährte Gesellschafterdarlehen nicht abgezogen werden). Aus Sicht der Gläubiger kann auch die sog. Vertrauenshaftung eine Rolle spielen, wenn die Muttergesellschaft nach aussen kundgetan hat, für die Schulden der Tochtergesellschaft haften zu wollen.

² Einen Überblick über das 2005 reformierte Gesellschaftsrecht geben KANSAKU/BÄLZ, in Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Köln 2011, § 3; KESSLER, Das japanische Aktienrecht zwischen Deregulierung und Amerikanisierung, RIW 2007, 658 ff. Speziell zur Verantwortlichkeit KANSAKU, Haftung der Unternehmensleitung in Japan, in Hess et al. (Hrsg.), Unternehmen im globalen Umfeld, Köln 2017, 347 ff. Bemerkenswert ist die am 25.4.2014 erfolgte Reform des Gesellschaftsgesetzes, deren Zweck u.a. in der Einführung konzernrechtlicher Regelungen bestand, die jedoch ausschliesslich dem Schutz der Muttergesellschaft dienen, dazu TAKAHASHI, Die Zukunft des japanischen Konzernrechts – Die Reform des Aktienrechts von 2014, AG 2014, 493 ff.; DERS., Recht und Wirklichkeit der verbundenen Unternehmen in Japan, in ders. (Hrsg.), Die Rezeption und Konvergenz des deutschen Handels- und Gesellschaftsrechts in Japan, Baden-Baden 2017, 147 ff.; DEGUCHI, Die doppelte Aktionärsklage in Japan, in Hess et al. (Hrsg.), Unternehmen im globalen Umfeld, Köln 2017, 423 ff.

³ Der vorliegende Beitrag setzt für den Konzern die Überlegungen fort, die an anderer Stelle bereits für eine unabhängige AG angestellt wurden, vgl. SETHE/LÜTOLF, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018 I, 201 ff. Gewisse Überschneidungen lassen sich dabei nicht vermeiden.

⁴ Der Einfachheit halber wird jeweils eine Aktiengesellschaft als Beispiel genommen.

Alle genannten Anspruchsgrundlagen verlangen zunächst die Klärung der Vorfrage, was eine angemessene Kapitalausstattung genau ist (nachfolgend II.). Anschliessend wird untersucht, welche Haftungstatbestände auf Ebene der Tochtergesellschaft in Betracht kommen (III.). Sodann ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die Muttergesellschaft und/oder die Mitglieder ihres Verwaltungsrats und ihrer Geschäftsleitung haften⁵ (IV.). Schliesslich ist zu prüfen, ob es für sie eine gesellschaftsrechtliche Pflicht gibt, einer Tochtergesellschaft in der Krise finanziell beizustehen (V.).

II. Ökonomische Grundlagen

Verwendet man den Begriff der «Unterkapitalisierung» oder der «fehlerhaften Unternehmensfinanzierung», bringt man damit indirekt zum Ausdruck, dass es eine *angemessene Kapitalisierung* einer Gesellschaft geben muss. Deren Bemessung ist einer der Gegenstände der Corporate Finance-Forschung, die fest in der Hand der Ökonomen liegt und zu der die Juristen nur einige der massgebenden Parameter beisteuern können:⁶ Ein wichtiges Kriterium ist der *Unternehmensgegenstand*, da je nach verfolgtem Gesellschaftszweck eine andere Kapitalausstattung notwendig sein kann (z.B. benötigt ein Chemieunternehmen eine andere Kapitalausstattung als ein Übersetzungsbüro). Sodann sind die vom Unternehmen übernommenen *Risiken* einzubeziehen, da höhere Risiken ein höheres Kapitalpolster erfordern. Schliesslich sind die *laufenden Verpflichtungen* der Gesellschaft zu berücksichtigen, wie die Anzahl der Mitarbeiter, die Verpflichtungen aus Pensionszahlungen, die Fälligkeit von Anleihen oder Darlehen etc. Schliesslich spielen die *Zukunftsaussichten* der Branche und des konkreten Unternehmens eine gewichtige Rolle.

Eine angemessene und erst recht eine optimale Kapitalausstattung lässt sich nur schwer ermitteln, da ein *Spannungsfeld* zwischen den Faktoren Sicherheit, Liquidität und Rentabilität besteht:⁷ Das Kapital muss grundsätzlich so bemessen sein, dass ein Fortbe-

⁵ Nicht vertieft wird im Folgenden die Haftung der Muttergesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 722 OR).

⁶ Zur Unternehmensfinanzierung statt vieler BOEMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung, Band 1, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, 14. Aufl., Zürich 2010, 39 ff., 79 ff.

⁷ GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht: ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen, Bern 1996, 112 ff.; RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002, 56 ff.; BOEMLE/STOLZ (FN 6), 87 ff.

stand der Gesellschaft möglich ist. Die Gesellschaft muss fällige Forderungen begleichen können, d.h. sie muss jederzeit eine ausreichende Liquidität aufweisen. Ein hoher Anteil an Eigenkapital ist ein wesentlicher Faktor finanzieller Stabilität. Dem steht jedoch der Anreiz gegenüber, die Gesellschaft mit möglichst wenig Eigenkapital auszustatten,⁸ denn die Rentabilität ist höher, wenn mit möglichst wenig Eigenkapital ein möglichst hoher Gewinn erwirtschaftet werden kann. Anders formuliert: Mit einem grossen Fremdkapitalanteil lässt sich eine grössere Eigenkapitalrendite erzielen. Eine höhere Rentabilität wiederum hat regelmässig auch einen höheren Unternehmenswert zur Folge. Damit einher gehen allerdings auch grössere Risiken.

Das Spannungsverhältnis zwischen diesen Zielen lässt sich nicht auflösen, sondern nur im Einzelfall in ein Gleichgewicht bringen:⁹ Daher sind der Umfang der Kapitalausstattung und das angemessene Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital mit Hilfe der erwähnten Kriterien laufend zu prüfen. Eine formelartige Berechnung der idealen Kapitalausstattung ist – aus juristischer Sicht – nicht möglich. Somit hängt die Frage, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, immer auch von einer ökonomischen Bewertung ab, die in einem Prozess von Gutachtern geklärt werden muss.

III. Haftung auf Ebene der Tochtergesellschaft

Eine Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats aus Art. 754 Abs. 1 OR setzt eine Pflichtverletzung voraus. Es kommt folglich darauf an, welche Pflichten der Verwaltungsrat einer unabhängigen und – im Vergleich dazu – einer abhängigen Gesellschaft in Bezug auf die Kapitalisierung «seiner» Gesellschaft hat.

1. Finanzierungsverantwortung bei einer konzernunabhängigen Gesellschaft

a) Verwaltungsrat als Garant der angemessenen Kapitalausstattung?

Ein Teil des Schrifttums sieht den Verwaltungsrat als verpflichtet an, ein angemessenes Risikokapital sicherzustellen. Abgeleitet wird dies aus der Finanzverantwortung (v.a.

⁸ HOLD, Das kapitaleretzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen, Bern 2000, 1 ff.

⁹ Siehe zur Kapitalausstattung im Allgemeinen MÜLLER, Eigenkapitaleretzende Darlehen, Habil. Zürich, Bern 2014, 6 ff.; KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg, Zürich 2012, 372.

Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR).¹⁰ Angemessen sei eine Kapitalausstattung bei vernünftigen Verhältnis des Risikokapitals zum Verlustrisiko.¹¹

Dieser Position steht die herrschende Lehre zu Recht kritisch gegenüber.¹² Dass der Verwaltungsrat um eine angemessene Finanzierung *bemüht* sein muss, ist unstrittig.¹³ Auch dass er u.U. für einzelne fehlerhafte Entscheidungen im Zusammenhang mit Finanzierungen haften *kann* (dazu sogleich unter b), ist selbstverständlich. Davon zu unterscheiden ist aber eine *allgemeine* aktienrechtliche *Pflicht*, einen bestimmten *Erfolg* herbeizuführen, also stets ein risikoadäquates Kapital vorzuhalten. Eine solche Garantie kann der Verwaltungsrat gerade nicht übernehmen, da ihm für die Beschaffung von Eigenkapital bereits die Kompetenz fehlt. Denn über eine ordentliche Kapitalerhöhung entscheidet die Generalversammlung. Sie kann eine vorgeschlagene Kapitalerhöhung selbst dann ablehnen, wenn das Geld dringend benötigt würde. Eine eigene Entscheidungsbefugnis hat der Verwaltungsrat nur, wenn genehmigtes Kapital vorhanden ist und er dieses ausübt.

Auch eine rechtzeitige Zufuhr von frischem Fremdkapital kann der Verwaltungsrat nicht garantieren. Gerade in einer angespannten Finanzlage wird es schwer sein, einen Kreditgeber zu finden. Es kann daher Situationen geben, in denen der Verwaltungsrat weder Eigen- noch Fremdkapital beschaffen kann, so sehr er sich auch bemüht. Sein Scheitern, frisches Geld zu beschaffen, ist in diesem Fall keine Pflichtverletzung. Es

¹⁰ GLANZMANN, Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, AJP 1997, 51 ff. und 58 («Die angemessene Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft ist eine unentziehbare und unübertragbare Pflicht des Verwaltungsrates, die aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i. V. m. Art. 725 Abs. 2 OR fließt. Demnach *ist* die Gesellschaft mit einem im Verhältnis zu ihrem Verlustrisiko angemessenen Risikokapital *auszustatten*» – Hervorhebungen vom Verf.); GLANZMANN (FN 7), 116 ff.; ähnlich auch BARTHOLD, Mezzanine-Finanzierung von Unternehmensübernahmen und Jungunternehmen, SZW 2000, 230 f.

¹¹ Wobei zum Risikokapital das Eigenkapital (Nennkapital, offenen Reserven, Gewinnvortrag, stille Reserven) und das nachrangige Fremdkapital gehöre, GLANZMANN (FN 7), 118 f.

¹² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 49 N 15; HOLD (FN 8), 71 ff.; BAUDENBACHER, in Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II (im Folgenden BSK OR II), 5. Aufl., Basel 2016, Art. 621 N 1; KÄGI (FN 9), 373 f.; KUNZ, Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhaltung, GesKR 2014, 54; BAISCH/WEBER, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalerhöhung als Sanierungsmaßnahme: Verbot der Einlagerückgewähr vs. Werthaltigkeitstheorie bei der Verrechnungsliberierung, SZW 2011, 423; JUNG, in Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (im Folgenden ZK OR), 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 620 N 360 ff.

¹³ BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 732; HERREN, Das gesetzliche Mindestkapital: Schranke oder Freipass?, in Kunz et al. (Hrsg.), FS von Büren, Basel 2009, 51; HOLD (FN 8), 373 f.; MÜLLER (FN 9), 210; JUNG, in ZK OR (FN 12), Art. 620 N 361.

bleibt dem Verwaltungsrat nur noch die Option, den Konkurs der Gesellschaft einzuleiten (Art. 725 OR).

Um eine finanzielle Krise zu bewältigen, steht dem Verwaltungsrat neben der Beschaffung von frischem Geld die Möglichkeit von Einsparungen offen. Daher kann er versuchen, die laufenden Ausgaben zu reduzieren. Allerdings verneint die herrschende Lehre eine «Geschäftsangepassungspflicht»,¹⁴ d.h. die Pflicht zum radikalen Abbau und damit zur Angleichung des Geschäftsumfangs an das (viel zu niedrige) Kapital. Denn der Verwaltungsrat bleibt auch in wirtschaftlich schlechten Zeiten verpflichtet, den in den Statuten festgelegten Gesellschaftszweck zu verwirklichen.¹⁵ Er darf diesen Zweck weder reduzieren noch eigenmächtig verändern. Es kann daher auch bei einer finanziellen Krise nicht verlangt werden, dass der Verwaltungsrat die Geschäftstätigkeit aufgibt, da dies dem Gesellschaftszweck zuwiderliefe. In einer solchen Situation müssen daher die Aktionäre entweder über eine Änderung des Gesellschaftszwecks beschliessen oder frisches Geld bewilligen. Andernfalls bleibt dem Verwaltungsrat wiederum nur die Einleitung des Konkurses.¹⁶

Als Zwischenfazit lässt sich also festhalten: Der Verwaltungsrat muss sich darum bemühen, dass die Eigenkapitalbasis den Risiken des Geschäfts entspricht und eine ausreichende Versorgung mit Eigen- und/oder Fremdkapital gegeben ist. Nimmt er diese Aufgabe in guten Treuen und bestem Interesse wahr und scheitert er trotz seiner Bemühungen, kann ihm keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Es trifft ihn also keine *erfolgsbezogene Kapitalbeschaffungspflicht*, da die Beschaffung von Eigen- oder Fremdkapital nicht in seiner (ausschliesslichen) Kompetenz liegt.

b) Handlungs- und Überwachungspflichten in Bezug auf die Kapitalausstattung

Eine Organhaftung des Verwaltungsrats kann sich daher nur aus Verletzung bzw. Vernachlässigung anderer, durch Gesetz oder die Statuten konkret auferlegter Verwaltungs- und Aufsichtspflichten¹⁷ ergeben, auf die nachfolgend einzugehen ist:

¹⁴ So bezeichnet durch KÄGI (FN 9), 375, jedoch unter eher ablehnender Würdigung.

¹⁵ JUNG, in ZK OR (FN 12), Art. 620 N 361.

¹⁶ Die Einleitung des Konkurses ist letztlich eine «Geschäftsangepassungspflicht» der besonderen Art.

¹⁷ Grundlegend etwa BGE 110 II 391 E. 2. Siehe ausführlich dazu etwa FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, 92 ff.; GERICKE/WALLER, in BSK OR II (FN 12), Art. 754 N 23 ff.

aa) Pflicht zur Oberaufsicht

Dem Verwaltungsrat obliegt zwingend und unübertragbar die Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Mit der Führung der Gesellschaft sind die Festlegung der Mittel zur Erreichung der strategischen Ziele und die Kontrolle der hierfür eingesetzten Geschäftsführungsorgane verbunden.¹⁸ Zur Oberleitung gehört auch, dass sich der Verwaltungsrat um das «Gleichgewicht zwischen Zielen und Mitteln im festgelegten Risikoprofil und im Auf und Ab des Geschäftsganges» kümmert.¹⁹

Mit der Oberleitung hängt die *Oberaufsicht* nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR zusammen. Aus der Pflicht zur Oberaufsicht folgt eine Pflicht zum *Risikomanagement*, d.h. zur Beurteilung und Überwachung von Risiken im Geschäftsbereich der Gesellschaft. Notwendig ist nicht nur eine ex-post-Überwachung, sondern auch eine vorausschauende Beaufsichtigung.²⁰ Der Verwaltungsrat muss ggf. bei Liquiditätsengpässen, anderen finanziellen Ungleichgewichten und kriminellem Verhalten eingreifen können.²¹

bb) Finanzverantwortung

Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR hat der Verwaltungsrat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe der Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung. Diese Aufgaben stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Oberleitung und der Organisation der Gesellschaft²² und verpflichten den Verwaltungsrat, für ein finanzielles Gleichgewicht des Unternehmens zu sorgen.²³ Das Gesetz unterteilt die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats in folgende Bereiche:

- Der Verwaltungsrat sorgt für eine ordentliche Ausgestaltung der Buchführung und Rechnungslegung, so dass diese ordnungsgemäss erfolgen.
- Er ist für eine vorausschauende Kontrolle der Finanzen und insbesondere der Liquidität verantwortlich. Abhängig von der Unternehmensgrösse kann dazu auch ein internes Kontrollsystem (IKS) und eine interne Revision gehören.
- In seine Verantwortung fällt sodann die ordnungsgemässe fortlaufende Finanzplanung der unternehmerischen Tätigkeit. Dazu gehört auch eine Einschätzung, welche Zu- und Abflüsse von Geld erfolgen werden.²⁴ Grössere Unternehmen sind verpflichtet, als Teil der Jahresrechnung eine Geldflussrechnung zu erstellen

¹⁸ VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 142 ff.

¹⁹ BÖCKLI (FN 13), § 13 N 306.

²⁰ WATTER/ROTH PELLANDA, in BSK OR II (FN 12), Art. 716a N 24.

²¹ BÖCKLI (FN 13), § 13 N 377. In Japan kommt Verantwortlichkeitsklagen wegen fehlender Oberaufsicht eine grosse Bedeutung zu, vgl. KANSAKU (FN 2), 365 f.

²² BÖCKLI (FN 13), § 13 N 340.

²³ BÖCKLI (FN 13), § 13 N 341.

²⁴ VON DER CRONE (FN 18), § 4 N 149.

(Art. 961 Ziff. 2, 961b OR), die über die Zu- oder Abnahme der flüssigen Mittel während einer bestimmten Berichtsperiode unterrichtet. Im Zuge der Aktienrechtsrevision ist darüber hinaus die Einführung eines Liquiditätsplans für den Fall vorgesehen, dass begründete Besorgnis einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft in den nächsten sechs – bzw. bei ordentlich revidierten Gesellschaften zwölf – Monaten besteht (Art. 725 I E-OR 2016). Im Rahmen der Finanzkontrolle muss der Verwaltungsrat nicht nur die Liquidität im Auge behalten, sondern auch den Verschuldungsgrad,²⁵ um rechtzeitig auf Liquiditätsengpässe reagieren zu können.²⁶ Sodann ist eine Kapitalstrukturplanung notwendig, also die Prüfung, ob für den entsprechenden Planungshorizont ausreichend Eigenkapital vorhanden ist, sodass die Gefahr einer Überschuldung eingeschätzt und ein angemessenes Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital erreicht werden kann.²⁷

Pflichtverletzungen des Verwaltungsrats sind denkbar, wenn er die Finanzplanung und/oder seine Kontroll- bzw. Überwachungspflichten unzureichend wahrnimmt. Eine fehlerhafte Planung kann etwa zu Liquiditätsengpässen oder einer Unterkapitalisierung führen, eine fehlerhafte Überwachung dazu, dass eine Unterkapitalisierung nicht erkannt wird und deshalb die notwendige Reaktion ausbleibt oder verspätet erfolgt.

cc) Bilanzdeponierungspflicht

Besteht die begründete Besorgnis einer Überschuldung, trägt der Verwaltungsrat eine besonders grosse Verantwortung gegenüber der Gesellschaft und den Gläubigern.²⁸ Bei einem hälftigen Kapitalverlust bestehen die Handlungspflichten nach Art. 725 Abs. 1 OR.²⁹ Weiterhin verpflichtet Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR den Verwaltungsrat zur Benachrichtigung des Richters, falls die Gesellschaft überschuldet ist. Das Bemühen um eine angemessene Kapitalausstattung geht in diesem Falle in eine Pflicht zur Sanierungs- oder Konkurseinleitung über.³⁰ Auf die Eröffnung des Konkurses kann ausnahmsweise verzichtet werden, wenn konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen,

²⁵ BÖCKLI (FN 13), § 1 N 274.

²⁶ WATTER/ROTH PELLANDA, in BSK OR II (FN 12), Art. 716a N 18.

²⁷ HOLD (FN 8), 73. Das BGer hat in einem Entscheid einzig ausgeführt, dass der Verwaltungsrat gehalten ist, regelmässig die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft zu kontrollieren, BGE 132 III 564 E. 5.1.

²⁸ Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983, 923.

²⁹ GERICKE/WALLER, in BSK OR II (FN 12), Art. 754 N 28.

³⁰ BÖCKLI (FN 13), § 1 N 275.

das Risiko der Sanierung durch deren Chancen aufgewogen und die Position der Gläubiger nicht weiter verschlechtert wird.³¹ Eine Verletzung dieser Pflichten³² durch verspätete Deponierung der Bilanz hat Verantwortlichkeitsansprüche zur Folge.³³

dd) Sorgfalts- und Treuepflicht

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die Belange der Gesellschaft in guten Treuen und mit der notwendigen Sorgfalt wahrzunehmen (Art. 717 Abs. 1 OR). Diese Generalklausel ist im Verantwortlichkeitsrecht regelmässig Grundlage für die Beurteilung der Pflichtverletzung.³⁴ Aus ihr folgt die Pflicht zur umsichtigen Führung der finanziellen Belange der Gesellschaft und der Überwachung ihrer Liquidität.³⁵ Ihr Inhalt deckt sich damit mit den aus Art. 716a OR abgeleiteten Pflichten.

2. Finanzierungsverantwortung bei einer Konzerntochter

Während sich die bisherigen Ausführungen zur Haftung für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Finanzierung auf eine unabhängige Gesellschaft bezogen, ist nachfolgend zu untersuchen, wie die Rechtslage sich in einer Konzernsituation verändert. Dazu bedarf es zunächst eines kurzen Überblicks über das Konzernrecht, bevor auf die spezifischen Aspekte der Finanzierung eingegangen wird.

a) Konzernrecht

aa) Arten der Beherrschung

Beim Konzern handelt es sich um mehrere, an sich selbstständige juristische Personen, die jedoch von einer Muttergesellschaft beherrscht werden. Die Gesamtheit dieser Gesellschaften tritt wirtschaftlich betrachtet als ein einziges Unternehmen am Markt auf. Die Beherrschung kann auf verschiedene Arten erfolgen:

- Sie kann auf einer hundertprozentigen Beteiligung basieren; bei dem beherrschten Unternehmen handelt es sich dann um eine Einpersonengesellschaft.
- Weiterhin ist eine Beherrschung durch eine mehrheitliche Beteiligung am Kapital und/oder der Stimmen möglich (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR).

³¹ BGE 116 II 533 E. 5a; BGer 4C.366/2000, E. 4.b; BÖCKLI (FN 13), § 13 N 816a.

³² Zu den Gründen für eine solche Pflichtverletzung BÖCKLI (FN 13), § 13 N 815i ff.

³³ Siehe etwa BGE 132 III 564 E. 5.1.

³⁴ WATTER/ROTH PELLANDA, in BSK OR II (FN 12), Art. 717 N 1a f.

³⁵ BGE 132 III 564 E. 5.1; BÖCKLI (FN 13), § 13 N 568.

- Denkbar ist auch Beherrschung durch eine blosser Minderheitsbeteiligung, wenn die übrigen Aktien breit gestreut sind, ein Fall, den Art. 963 Abs. 2 OR nicht explizit erwähnt.
- Ein beherrschender Einfluss kann auch auf eine andere Weise gegeben sein, etwa durch das Recht, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Gesellschaftsorgans zu bestellen oder abzurufen (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR).
- Schliesslich kann sich die Beherrschung aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente ergeben (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR).

Durch die Beherrschung wird die Entscheidungsfreiheit der Organe einer abhängigen Gesellschaft faktisch eingeschränkt. Diese wird keine eigene Geschäftspolitik mehr verfolgen, sondern diejenige der Gesellschaftsgruppe. Dadurch können die Interessen von Gläubigern, aber auch von aussenstehenden Minderheitsgesellschaftern verletzt werden.

bb) Fehlen eines Konzernrechts; Konzernbegriff

Wie bereits eingangs festgestellt, verfügt die Schweiz über kein spezielles Konzernrecht, sondern geht bei der Regulierung vom Typus einer eigenständigen Gesellschaft aus. Die wenigen verstreuten und nicht systematisch geordneten Normen zum Konzern greifen zwar wichtige Themen auf, führen aufgrund der fehlenden Systematisierung allerdings auch zu erheblicher Unsicherheit, so dass bereits der Konzernbegriff als solcher streitig ist:

In der Schweiz trat am 1.1.2013 das neue Rechnungslegungsrecht in Kraft. Dabei erfolgte für die Rechnungslegung ein Paradigmenwechsel vom Leitungs- zum Kontrollprinzip (Ablösung von Art. 663e OR durch Art. 963 Abs. 1 OR). Für den Konzernbegriff in Art. 963 OR kommt es nicht mehr darauf an, ob eine *tatsächliche einheitliche Leitung* erfolgt. Ausreichend ist bereits die *Möglichkeit der Kontrolle*.

Ob der erfolgte Wechsel der Konzerndefinition nur für das Rechnungslegungsrecht oder im gesamten Gesellschaftsrecht gelten soll, ist umstritten. Ein Teil der Lehre definiert den Konzern weiterhin als eine Zusammenfassung von mehreren selbstständigen juristischen Personen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung (Leitungsprinzip) und verlangt eine *tatsächliche* Einflussnahme.³⁶ Die Gegenauffassung folgt dem Kontrollprinzip und fasst den Konzernbegriff daher deutlich weiter.³⁷ Sie argumentiert vor allem

³⁶ Stellvertretend BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 209 f.

³⁷ VON DER CRONE (FN 18), § 15 N 4 ff.; KUNZ, in Jung/Kunz/Bärtschi (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich 2018, § 12 N 16 f.

damit, dass die für eine einheitliche Leitung vorausgesetzte tatsächliche Einflussnahme nur schwer nachzuweisen sei.³⁸ Zudem habe der Gesetzgeber bei der Einführung zahlreicher neuerer Vorschriften jeweils das Kontrollprinzip gewählt, wie bei Art. 21 VegüV, der geplanten Neufassung von Art. 659b OR und bei Art. 4 Abs. 3 lit. b KG, Art. 3c Abs. 1 lit. c BankG, Art. 21 Abs. 1 BankV. Ausserdem dominiert auf europäischer und internationaler Ebene das Kontrollprinzip (vgl. Art. 2 Ziff. 9 der Jahresabschlussrichtlinie 2013/34/EU sowie IFRS 10). Da andererseits aber auch noch eine Reihe von Vorschriften vom Leitungsprinzip ausgeht (Art. 728 Abs. 6, 963 Abs. 4 OR, Art. 13 MWSTG), legt eine vermittelnde Auffassung den Konzernbegriff im jeweiligen Regelungszusammenhang in Bezug auf die zu lösende Rechtsfrage aus.³⁹

cc) Konzernparadox

Das Fehlen eines systematischen Konzernrechts führt aber noch zu anderen Widersprüchlichkeiten. Die genannten Vorschriften, die konzernbezogene Fragen regeln, sind eindeutiger Beleg dafür, dass der Gesetzgeber Konzerne als zulässig ansieht. Zu diesem Befund stehen jedoch Vorschriften in Widerspruch, die eine einheitliche Leitung oder Kontrolle gerade verbieten:

- Die in Art. 717 OR geregelte Treuepflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats verpflichtet sie zur Wahrung der «Interessen *der Gesellschaft*» und nicht diejenigen einer Unternehmensgruppe oder einer beherrschenden Gesellschaft. Die Interessen der eigenen Gesellschaft müssen daher den Konzerninteressen vorgehen, wie das Bundesgericht entschieden hat.⁴⁰
- Art. 716a Abs. 1 OR erklärt einige zentrale Aufgaben des Verwaltungsrats (wie etwa die Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung der Grundlagen der Rechnungslegung und der Finanzplanung) für *un-*

³⁸ So auch die Botschaft zur Aktienrevision von 2007, BBl 2008, 1723.

³⁹ NOBEL, in Berner Kommentar, Aktienrecht, Bern 2018, § 10 N 20; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 24 N 47; nach Teilrechtsgebieten differenzierend KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, N 17 ff.

⁴⁰ Laut BGer hat der Verwaltungsrat als Organ von Gesetzes wegen allein die Interessen seiner Gesellschaft und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften zu wahren, vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.2, dazu EUGSTER/VON DER CRONE, Rechtliche Stellung des Geschäftsführers im Konzern, SZW 2004, 434 ff. In Widerspruch dazu steht allerdings die Aussage des BGer in einem strafrechtlichen Entscheid, in dem es vom Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft verlangt, er habe auch für die Vermögensinteressen der Muttergesellschaft zu sorgen, soweit sich dies aus der Organisation und dem Zweck der Tochtergesellschaft ergebe, vgl. BGE 109 IV 111 E. 2.a.

übertragbar und *unentziehbar*. Der Verwaltungsrat muss daher immer eine Kernzuständigkeit behalten, was wiederum die Befolgung von Weisungen einer ausserhalb der Gesellschaft stehenden Konzernleitung ausschliesst.

Trotz dieses im Gesetz angelegten Widerspruchs geht die schweizerische Lehre davon aus, dass es zulässig sein muss, Konzerne einheitlich zu führen. Sie bejaht folglich auch die Zulässigkeit von Weisungen der Konzernleitung, die von den Leitungsorganen der Tochtergesellschaften befolgt werden müssen. Ein Teil des Schrifttums begründet dies mit einer teleologischen Reduktion von Art. 716a Abs. 1 OR.⁴¹ Andere wollen die Zulässigkeit von Weisungen über eine Regelung in den Statuten sicherstellen, wonach eine Gesellschaft ihren Zweck im Rahmen einer bestimmten Unternehmensgruppe ausüben soll und ihre Aufgabe darin besteht, Leistungen zugunsten des Konzerns und seiner Gesellschaften zu erbringen.⁴² Ergänzt wird dies regelmässig durch entsprechende Bestimmungen in den Reglementen der Tochtergesellschaft. Zudem wird im Organisationsreglement der Aufgabenbereich des Verwaltungsrats von Tochtergesellschaften auf das gesetzliche Minimum limitiert, um möglichst viel Spielraum für Weisungen der Muttergesellschaft zu schaffen.

dd) Verantwortlichkeit der Organmitglieder der Tochtergesellschaft

(1) Einflussnahme der Muttergesellschaft

Die Befolgung von Weisungen der Muttergesellschaft lässt die persönliche Verantwortlichkeit der Organmitglieder der Tochtergesellschaften nicht entfallen. Wird durch die Befolgung von Weisungen erkennbar ein Schaden bei der Tochtergesellschaft verursacht, haftet das Organmitglied der Tochtergesellschaft gemäss Art. 754 OR persönlich. Unter den Begriff der «Weisung» lassen sich drei Fallgruppen subsumieren:

- Das Organmitglied der Tochtergesellschaft setzt, ohne gegenüber der Muttergesellschaft dazu verpflichtet zu sein, deren Weisungen um.

⁴¹ BÖCKLI (FN 13), § 11 N 291; BÖCKLI, in Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 50 ff.; BÖCKLI, in Sethe/Isler (FN 36), 216 f.; DRUEY/VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 378 f.; offen gelassen bei VON BÜREN, Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, in Kramer et al. (Hrsg.), FS Böckli 2006, 429, 436 ff., da das «akademische Pulver» diesbezüglich verschossen sei. Vgl. auch BezGer ZH, ZR 2009 Nr. 33, 129: «In Konzernverhältnissen findet in der faktischen Umsetzung dieser Norm [d.h. von OR 716a I] eine vertikale Aufgabenteilung statt: Der Verwaltungsrat der herrschenden Gesellschaft bestimmt dabei u.a. unübertragbar die konzernweite Finanzplanung und hat über die Eigenkapitalausstattung der abhängigen Gesellschaften zu entscheiden».

⁴² WATTER/ROTH PELLANDA, in BSK OR II (FN 12), Art. 717 N 16a; KUNZ (FN 39), N 261 ff., 727.

- Gleiches gilt, falls das Mitglied des Verwaltungsrats der Tochtergesellschaft eine direkte Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft zulässt, ohne gegenüber der Muttergesellschaft dazu verpflichtet zu sein. Hier liegt zwar keine Weisung im engeren Sinne vor, wohl aber duldet der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft die Einflussnahme der Muttergesellschaft, was faktisch der Befolgung einer Weisung gleicht.
- Schliesslich findet sich in der Praxis häufig der Fall, dass ein Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung in doppelter Funktion tätig ist, sei es, weil er sowohl bei der Mutter- als auch bei der Tochtergesellschaft Organmitglied ist, oder weil er bei der Tochtergesellschaft Organmitglied, aber vertraglich an Weisungen der Muttergesellschaft gebunden ist (sog. fiduziarische Verwaltungsratsmitglieder). Die herrschende Meinung sieht Doppelmandate⁴³ und vertragliche Bindungen an die Muttergesellschaft als zulässig an.⁴⁴

(2) *Interessenkonflikte bei der Befolgung der Weisung*

Wenn ein Organmitglied Weisungen befolgt, kann es bei Entscheidungen in einem Interessenkonflikt zwischen den Interessen der eigenen Gesellschaft und denen der anweisenden Muttergesellschaft stehen. In Bezug auf die Bewältigung von Interessenkonflikten wendet die herrschende Meinung die sog. «Theorie des doppelten Pflichtenexus» an.⁴⁵ Danach müssen Verwaltungsratsmitglieder mit vertraglichen Bindungen an eine andere Gesellschaft oder mit Mehrfachmandaten versuchen, die Interessen der Gesellschaft, in der sie aktuell tätig sind, und die Interessen der weiteren Gesellschaft, in der sie Organmitglied sind oder deren Interessen sie vertraglich wahrnehmen, in Übereinstimmung zu bringen. Dies ist wegen des oft bestehenden Ermessensspielraums zu meist möglich. Geht dies jedoch im konkreten Einzelfall nicht, müssen die Interessen der Gesellschaft, in der das Verwaltungsratsmandat aktuell ausgeübt wird, den Vorrang haben. Notfalls muss die Person nach Aufdeckung des Konflikts in den Ausstand treten. Eine Pflichtverletzung liegt folglich nur vor, wenn bei widerstreitenden Interessen nicht

⁴³ Die Doppelorganschaft wird als zulässig angesehen und stellt als solche folglich auch keinen Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR dar, BGer 4A_522/2011, E. 2.3.

⁴⁴ BGer 4A_522/2011, E. 2.3; LIPS-RAUBER, Die Rechtsbeziehungen zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss. Zürich 2005, 41 ff., 57 ff. und 80; BAZZANI, Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Luzern 2007, 8 ff.; LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats, Diss. Zürich 2004, 68 ff. und 78 ff.

⁴⁵ BGer 4C.143/2003, E. 6; BGer 4A_717/2014, E. 2.3; WATTER/ROTH PELLANDA, in BSK OR II (FN 12), Art. 716a N 3; BÜHLER, in Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum OR, Zürich 2018, Art. 717 N 210 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 16 N 667, § 24 N 54; kritisch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 264 f.; BÖCKLI (FN 13), § 11 N 485.

dem Gesellschaftsinteresse, sondern dem Interesse der anderen Gesellschaft (häufig die Konzernobergesellschaft) der Vorrang eingeräumt wird.

Die Theorie des doppelten Pflichtenexus hat zwei Schwächen.⁴⁶ Sie ist einerseits zu wenig streng, denn auch im Rahmen des Ermessens müssen Entscheidungen im besten Gesellschaftsinteresse getroffen werden. Selbst bei Bestehen eines Ermessensspielraums sollte daher nicht der kleinste gemeinsame Nenner der Interessen beider Gesellschaften massgeblich sein, sondern das beste Interesse der Gesellschaft, für die das Organmitglied gerade entscheiden soll.⁴⁷ Andererseits ist die Theorie viel zu streng. Denn sie berücksichtigt nicht, dass das Konzerninteresse es erfordern kann, auch solche Weisungen zu befolgen, die dem Interesse der Einzelgesellschaft zuwiderlaufen, dem Konzern insgesamt aber dienen.⁴⁸ Dies anerkennt das Bundesgericht nicht. Vielmehr verschärft es im Gegenteil noch die Pflichtenlage der Organmitglieder, indem es aus dem Doppelmandat sogar eine erhöhte Sorgfaltspflicht ableitet, sofern spezifisches Wissen über die Konzerngesellschaft vorhanden ist.⁴⁹ Der Verwaltungsrat muss sich daher seine Kenntnisse über die eine Gesellschaft bei Entscheidungen in der anderen Gesellschaft zurechnen lassen. Die Lehre will diese Schwäche der Theorie dadurch überwinden, dass man dem Konzerninteresse jedenfalls dann folgen darf, wenn dessen Förderung Teil des statutarischen Zwecks der abhängigen Gesellschaft ist oder sie vollständig beherrscht wird.⁵⁰

Wenn also der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft Weisungen der Muttergesellschaft in Bezug auf die Finanzierung der Tochtergesellschaft befolgt, hängt die Frage seiner Haftung davon ab, ob die Befolgung der Weisung (auch) im Interesse der Tochtergesellschaft lag. Ist dies nicht der Fall, hat der Verwaltungsrat die ihn treffenden Organpflichten aus Art. 716a, 717 OR verletzt und haftet nach Art. 754 Abs. 1 OR, wenn der Tochtergesellschaft dadurch ein Schaden entstanden ist.

⁴⁶ Zum Folgenden schon SETHE, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht *de lege lata* und *de lege ferenda*, SZW 2018, 387; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE (FN 1), § 23 N 54, 87, erstes Lemma.

⁴⁷ So etwa BÄRTSCHI (FN 45), 264 f.; CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961, 145.

⁴⁸ Dazu ausführlich BÖCKLI, «Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus Schweizer Sicht, in Weber et al (Hrsg.), FS von der Crone, Zürich 2017, 177 ff.

⁴⁹ BGer 4A_74/2012, E. 5.1; vgl. auch BGE 130 III 213 E. 2.2.2 f.; BGer 4A_306/2009, E. 7.2.1 ff.

⁵⁰ S.o. Text bei FN 42.

(3) *Business Judgment Rule*

Bei der zivilrechtlichen Beurteilung der Pflichtverletzung von Verwaltungsratsmitgliedern gilt ein objektivierter Sorgfaltsmassstab.⁵¹ Geschäftsentscheide müssen oft unter Zeitdruck und auf Basis unvollständiger Informationen getroffen werden. Auch weisen sie vielfach einen Prognosecharakter auf. Zudem werden solche Entscheidungen, sofern sie später Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sind, von den Gerichten aus einer Rückschauerspektive in Kenntnis des Ausgangs der Geschehnisse beurteilt (Problem des *Hindsight Bias*). Diese menschliche Schwäche führt zu einer vorschnellen Bejahung einer Pflichtverletzung. Daher ist ein gewisser *Ermessensspielraum* für unternehmerische Entscheide unabdingbar.⁵² Gerichte haben sich bei der (nachträglichen) inhaltlichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, sofern die Entscheide auf einem einwandfreien Verfahren und einer angemessenen Informationsbasis beruhen und frei von Interessenkonflikten zustande gekommen sind.⁵³

Dieser als Business Judgment Rule bezeichnete Massstab gilt auch bei Geschäftsentscheiden im Hinblick auf Finanzierungsfragen.⁵⁴ So ist etwa die Beurteilung der Eignung von Sanierungsmassnahmen ein typischer Geschäftsentscheid mit Prognosecharakter, der unter Zeitdruck und auf Basis unvollständiger Informationen gefällt wird. Für seine Überprüfung gilt daher die Business Judgment Rule und dem Verwaltungsrat wird ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden. Hat sich der Verwaltungsrat dagegen keinerlei Gedanken über die Rettung des Unternehmens gemacht und den Kopf in den Sand gesteckt, liegt von vornherein gar kein Geschäftsentscheid vor und eine der Voraussetzungen der Business Judgment Rule fehlt. Gleiches gilt, wenn die Entscheidungen des Verwaltungsrats mit Interessenkonflikten befrachtet waren.⁵⁵ Wurden die Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht eingehalten, führt dies nicht automatisch zur Bejahung einer Pflichtverletzung, sondern dazu, dass eine unbeschränkte inhaltliche Überprüfung der Entscheidung des Organmitglieds erfolgt.⁵⁶

Da nach Ansicht des Bundesgerichts im Konzern ein besonderes Wissen erwartet werden darf, wendet es die Business Judgment Rule im Konzern nur eingeschränkt an. Es

⁵¹ BGer 4C.201/2001, E. 2.2.1.

⁵² BÖCKLI (FN 13), § 13 N 581.

⁵³ Grundlegend BGer 4A_74/2012, E. 5.1. Dazu ausführlich SETHE, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in Sethe/Isler (FN 36), 165 ff.

⁵⁴ Angedeutet in BGer 4A_306/2009, E. 7.2.4. In Japan wird die Business Judgment Rule nicht auf unternehmerische Entscheidungen angewendet, wenn sich die Gesellschaft in einer finanziellen Krise befindet, vgl. KANSAKU (FN 2), 363 f.

⁵⁵ BGer 4A_259/2016, E. 5.2.

⁵⁶ BGer 4A_219/2015, E. 4.2.1.

stellt an das Erfordernis einer angemessenen Informationsbasis erhöhte Anforderungen und rechnet dem Verwaltungsrat Wissen zu, das dieser aus anderen Konzerngesellschaften hat.⁵⁷

(4) Beweislast für die Pflichtverletzung

Im Verantwortlichkeitsprozess muss der Kläger den Beweis für eine Pflichtverletzung erbringen.⁵⁸ GLANZMANN hingegen bejaht bei Vorliegen einer Unterkapitalisierung eine Vermutung für eine unzureichende Kapitalausstattung und damit eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats.⁵⁹ Diese Vermutung könne durch den Verwaltungsrat widerlegt werden, wobei aufgrund des weiten Ermessens keine allzu hohen Anforderungen an den Gegenbeweis gestellt werden dürften. Der Verwaltungsrat müsse darlegen, dass die gewählte Finanzierungsform vertretbar gewesen sei, was namentlich durch Vorlage der Finanzplanung geschehen könne.⁶⁰ Eine Vermutung ist jedoch immer nur dann gerechtfertigt, wenn es einen typischen Geschehensablauf gibt, der eine bestimmte Ursache hat. Da jedoch nicht alle Unternehmenskonkurse auf eine unzureichende Planung zurückzuführen sind, sondern auch auf unvorhergesehenen Umständen beruhen können, wie dem unerwarteten Konkurs eines Hauptzulieferers, fehlt m.E. die Basis für eine solche Vermutung.

Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts ist allerdings eine tatsächliche Vermutung der Pflichtwidrigkeit gegeben, wenn der Verwaltungsrat einem Interessenkonflikt unterlag.⁶¹ Dem Verwaltungsrat obliegt es, die Vermutung zu entkräften.⁶²

ee) Haftungsrisiko

Die Verantwortlichkeitsklage kann von der geschädigten Gesellschaft, von deren Aktionären⁶³ und – im Konkurs der Gesellschaft – auch von den Gläubigern erhoben werden. Das Haftungsrisiko der Organmitglieder hängt davon ab, ob die Gesellschaft zu 100% von einer Muttergesellschaft beherrscht wird oder nur mehrheitlich bzw. nur mittels einer Minderheitsbeteiligung:

⁵⁷ S.o. Text bei und in FN 49.

⁵⁸ Dies ergibt sich schon aus Art. 8 ZGB; siehe etwa BGE 132 III 342 E. 4.1.

⁵⁹ GLANZMANN (FN 7), 135; GLANZMANN, AJP 1997, 55.

⁶⁰ GLANZMANN (FN 7), 135.

⁶¹ BGer 4A_259/2016, E. 5.2.

⁶² Eine tatsächliche Vermutung bewirkt nicht eine Beweislastumkehr, sondern betrifft die Beweiswürdigung, d.h. der Vermutungsgegner hat den Gegenbeweis zu erbringen (nicht den Beweis des Gegenteils) und bei Beweislosigkeit ist die Pflichtverletzung nicht nachgewiesen, siehe BGer 4A_259/2016, E. 5.2.

⁶³ Allerdings auf Leistung an die Gesellschaft, vgl. Art. 756 Abs. 1 OR.

Wird sie zu 100% beherrscht, muss der Verwaltungsrat keine Klagen der Gesellschaft selbst oder der Alleinaktionärin befürchten, wenn er Weisungen der Muttergesellschaft umsetzt, solange die Zahlungsfähigkeit der eigenen Gesellschaft erhalten bleibt. Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft selbst aus.⁶⁴ Gleiches gilt für Ansprüche der Alleingesellschafterin, die diese Weisung ja erteilt hatte. Den Gläubigern kommen ausserhalb des Konkurses keine Klagerechte gegen Organmitglieder zu (vgl. Art. 757 Abs. 1 OR e contrario).

Erfolgt die Beherrschung der Tochtergesellschaft lediglich auf Grundlage einer Mehrheits- oder einer Minderheitsbeteiligung, sind die Interessen der Minderheitsaktionäre zu berücksichtigen. Diese können die Organmitglieder der Tochtergesellschaft in Anspruch nehmen, wenn die Interessen der Tochtergesellschaft aufgrund von Weisungen im Konzern missachtet wurden. Eine Pflichtverletzung kann sich insbesondere aus Art. 717 Abs. 2 OR ergeben, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrats die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln haben. Befolgt der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft eine für die Tochtergesellschaft schädliche, für den Gesamtkonzern aber günstige Weisung der Muttergesellschaft, bevorzugt er damit eine Aktionärin (Muttergesellschaft) und benachteiligt die übrigen. Da Minderheitsaktionäre Verantwortlichkeitsklagen auch ausserhalb des Konkurses erheben können, trägt der Verwaltungsrat also ein etwas höheres Haftungsrisiko. In der Praxis kommen solche Klagen jedoch fast nur nach Unternehmenszusammenbrüchen vor.⁶⁵

Um die Organmitglieder vor den Folgen einer Haftung zu schützen, behilft sich die Praxis damit, dass die Muttergesellschaft mit den Mitgliedern des Verwaltungsrats von Tochtergesellschaften Treuhandverträge abschliesst.⁶⁶ In diesen verpflichten sich die Mitglieder der Verwaltungsräte von Konzerngesellschaften, Weisungen der Muttergesellschaft oder anderer Konzerngesellschaften zu befolgen. Im Gegenzug wird ihnen zugesichert, sie im Falle einer persönlichen Inanspruchnahme schadlos zu halten. Zumeist wird auch eine D&O-Versicherung abgeschlossen.

⁶⁴ BGer 4C.397/1998, E. 2.b.bb; dazu BERTSCHINGER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, SZW 2000, 197 ff.; STUTZ/VON DER CRONE, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003, 102 ff.

⁶⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 16 N 843 ff.

⁶⁶ Solche Verträge sind zulässig, KGer ZG, SZW 1994, 299, r129; BAZZANI (FN 44), 73 ff.; LAZOPOULOS (FN 44), 22 ff.; LIPS-RAUBER (FN 44), 41 ff., 76 ff. und 151 ff.

b) Insbesondere Zulässigkeit von Konzernfinanzierungen

aa) Fremdvergleichsgrundsatz

Die einzelnen Gesellschaften eines Konzerns können sich konzernintern oder konzernextern finanzieren. Bei konzerninternen Finanzierungen ist besondere Vorsicht geboten. Es besteht die Gefahr, dass die an der Finanzierung beteiligten Konzerngesellschaften das Konzerninteresse zu stark berücksichtigen. Wie aufgezeigt, muss der Verwaltungsrat einer Konzerngesellschaft stets die Eigeninteressen der eigenen Gesellschaft in den Vordergrund stellen und nicht das Konzerninteresse (Theorie des doppelten Pflichtenexus, s.o. III. 2. a. dd). Daher müssen Finanzierungen unter Konzerngesellschaften dem Fremdvergleichsgrundsatz genügen, also zu Konditionen «at arm's length» gewährt werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Finanzierung zu denselben Konditionen auch mit einem konzernunabhängigen Dritten abgeschlossen worden wäre. Dabei kommt es nicht nur auf Zinshöhe, sondern auch auf die Rückzahlungsabsicht, das Ausfallrisiko und geleistete Sicherheiten an. Der Fremdvergleichsgrundsatz gilt selbstverständlich nicht nur bei der Gewährung von Darlehen, sondern auch bei der Bestellung von Sicherheiten unter Konzerngesellschaften (z.B. Bürgschaften, Garantien oder Patronatserklärungen).

bb) Weitere Schranken der Konzernfinanzierung

Neben dem Fremdvergleichsgrundsatz können im Einzelfall weitere gesetzliche Schranken zu beachten sein. Die Schranken richten sich nach der Leistungsrichtung der Finanzierung:

- Downstream (Leistung von der Mutter- zur Tochtergesellschaft);
- Upstream (Leistung von der Tochter- zur Muttergesellschaft);
- Cross- oder Sidestream (Leistung zwischen Tochter- oder Enkelgesellschaften).

Downstream-Finanzierungen sind für die Muttergesellschaft problematisch, wenn diese mit der Gewährung des Darlehens ein Klumpenrisiko eingeht oder wenn sie mit dem Darlehen zu viele eigene Mittel an die Tochter weitergibt und dadurch selbst in Not gerät. Sorgfaltswidrig wäre eine Darlehensgewährung auch dann, wenn die Tochtergesellschaft nicht solide genug ist und daher ein hohes Ausfallrisiko besteht.

Gewährt die Tochtergesellschaft für das Downstream-Darlehen einen überhöhten Zins, kann dies eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Muttergesellschaft darstellen (Art. 678 Abs. 2 OR). Dies ist beim Vorhandensein von Minderheitsaktionären wegen des Verstosses gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz kritisch. Ausserdem kann der Zins – soweit er überhöht ist – nicht als geschäftsmässig begründeter Aufwand der

Tochtergesellschaft abgesetzt werden, und führt bei ihr daher in dieser Höhe zu einer Gewinnbesteuerung.

Ist der Aufwand für den Darlehenszins so gross, dass er bei der Tochtergesellschaft den Betrag der freien Reserven übersteigt, greift das Verbot der zweckwidrigen Verwendung von gesetzlichen Reserven (Art. 671 Abs. 3 OR). Zudem kann sogar eine verbotene Rückgewähr von Einlagen vorliegen (Art. 680 Abs. 2 OR).

Auch Upstream- und Crossstream-Finanzierungen sind mit ähnlichen Problemlagen verbunden, nur in umgekehrter Richtung. Erfüllt die Finanzierung den Fremdvergleichstest nicht, weil der Zins zu niedrig ist, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung⁶⁷ an die Muttergesellschaft vor mit den oben beschriebenen Folgen. Erfolgt die Finanzierung (teilweise) aus dem geschützten Kapital der Tochtergesellschaft, kann eine zweckwidrige Verwendung der gesetzlichen Reserven oder gar eine unzulässige Einlagenrückgewähr vorliegen.⁶⁸

cc) **Zulässigkeit und Grenzen des Cash Poolings**

Ein Cash Pooling wird definiert als «konzerninterner Liquiditätsausgleich zwischen allen am Pool beteiligten Konzerngesellschaften und die Konzentration der Nettoliquidität des Konzerns an einem Ort».⁶⁹ Der Cash Pool dient dem effizienten Einsatz von konzerninterner Liquidität, indem die bei einzelnen Konzerngesellschaften verfügbaren Überschüsse gepoolt und ggf. an die Konzerngesellschaften verliehen werden, die gerade einen Finanzierungsbedarf haben. Auf diese Weise werden die Kosten einer konzernexternen Finanzierung eingespart oder zumindest reduziert.⁷⁰

⁶⁷ Diese kann im Wege einer Rückerstattungsklage von der *Gesellschaft* und den *Aktionären* mit Leistung an die Gesellschaft zurückgefordert werden (Art. 678 Abs. 3 OR). Der im Rahmen der Aktienrechtsrevision vorgeschlagene Art. 678 Abs. 4 E-OR sieht vor, dass bei Leistungen an eine Gesellschaft des gleichen Konzerns künftig auch ein Gläubiger ausserhalb eines Konkurses auf Leistung an die Gesellschaft klagen können soll. Eine solche Erweiterung der Aktivlegitimation ist unnötig, denn den Gläubigern steht mit der Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) eine ähnliche Klage zur Verfügung, die bis fünf Jahre vor der Konkursöffnung greift und im Falle von Transaktionen innerhalb des Konzerns auch eine Beweislastumkehr vorsieht (Art. 288 II SchKG). Kritisch daher VON DER CRONE/ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3, 21; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 24 N 83.

⁶⁸ BGE 140 III 533 E. 4.2.

⁶⁹ JAGMETTL, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007, 58.

⁷⁰ Zum Cash Pooling und zu Konzerndarlehen vgl. BLUM, Die neue Rechtsprechung zu Konzerndarlehen: Was ist noch zulässig?, in Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Bern 2016, 237 ff.; BLUM, Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, GesKR 2014, 463 ff.; BRAND, Konzernorganisationsrechtliche Grenzen

In seinem «Swisscargo AG»-Entscheid⁷¹ hielt das Bundesgericht fest, dass im Rahmen eines Cash Pools gewährte Darlehen an Mutter- oder Schwestergesellschaften den oben bereits erwähnten Schranken der Konzernfinanzierung genügen müssen: Sie verstossen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR), wenn sie aus gebundenem Kapital erfolgen und nicht zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtet werden. Das Gericht liess offen, ob die Teilnahme an einem Cash Pool überhaupt je dem «arm's length test» genügen könne. Da im konkreten Fall die Darlehen nicht besichert waren und die Swisscargo auch nicht die Bonität der Schuldnerinnen (Schwester- bzw. Muttergesellschaft) überwacht hatte, verneinte das Bundesgericht den Fremdvergleichstest. Zudem verlangte das Gericht – um der Gefahr der doppelten Verwendung desselben Eigenkapitals zu begegnen –, dass für konzerninterne Darlehen analog zu Art. 659a Abs. 2 OR (Erwerb eigener Aktien) eine gesperrte Reserve in Höhe der Darlehensvaluta gebildet werden müsse. Das Urteil wurde von der Lehre stark kritisiert, da es den Konzernen faktisch die Vorteile des Cash Poolings nimmt.⁷² Mit dem Urteil setzt das Bundesgericht seine strenge Linie gegenüber Konzernen fort.⁷³ Vorzugswürdig wäre demgegenüber eine Lösung, welche gerade nicht nur einseitig die Gefahren von Konzernen betont, sondern auch deren Vorteile einbezieht, wie dies etwa die sog. «Rozenblum»-Doktrin tut.⁷⁴

von Upstream-Darlehen, Diss. Bern 2015; BRAND, Swissair Cash Pool, AJP 2015, 135 ff.; BRAND/MÜLLER, Konzerninterne Darlehen, Jusletter vom 15.12.2014; CHENAUX, Financement intragroupe et Cash Pooling: Quelle évolution?, SZW 2017, 552 ff.; DRUEY, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015, 64 ff.; GLANZMANN/WOLF, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, ST 2015, 131 ff.; GLANZMANN/WOLF, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, GesKR 2014, 264 ff.; JAGMETTI (FN 69); JUNG, Up- und cross-stream Darlehen im Konzern, GesKR 2016, 22 ff.; MAURER/HANDLE, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR 2013, 287 ff.; RAUBER, Unsicherheiten bei konzerninternen Darlehen: Folgen des Swisscargo-Entscheids, TREX 2015, 95 ff.; VISCHER/WIESNER, Die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Darlehen, EF 2016, 233 ff.

⁷¹ BGE 140 III 533 ff.

⁷² Vgl. die Nachweise in FN 70.

⁷³ Vgl. oben Text bei FN 49.

⁷⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 24 N 89, 109.

IV. Haftung auf Ebene der Konzernmutter

1. Trennungsprinzip als Ausgangspunkt

Das Aktienrecht geht vom Trennungsprinzip aus. Den Gläubigern haftet nur das Gesellschaftsvermögen der Aktiengesellschaft, während die Aktionäre nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften (Art. 620 OR). Diese grundsätzliche Wertentscheidung und Risikozuweisung gilt auch im Konzernrecht und insbesondere bei der Konzernhaftung. Die einzelnen Konzerngesellschaften sind – trotz ihrer wirtschaftlichen Verflechtung mit anderen Konzerngesellschaften – eigenständige juristische Personen. Nur sie und nicht der Konzern selbst verfügen über eine juristische Persönlichkeit. Für vertragliche und ausservertragliche Verbindlichkeiten haftet folglich nur die betroffene Gesellschaft, nicht aber der Konzern oder andere Konzerngesellschaften. Insbesondere die Aktionärsstellung der Konzernmuttergesellschaft in den Tochtergesellschaften führt als solche nicht zu einer Haftung (vgl. Art. 620 Abs. 2 OR).

Es ist in der Lehre versucht worden, den Konzern als Zusammenschluss der einzelnen Konzerngesellschaften zu einer einfachen Gesellschaft einzuordnen.⁷⁵ Dies hätte zur Folge, dass alle dem Konzern angehörigen Gesellschaften unbeschränkt und solidarisch für Konzernverbindlichkeiten haften (Art. 544 Abs. 3 OR). Die Konzerngesellschaften haben aber gerade keinen entsprechenden Rechtsbindungswillen⁷⁶ und zudem bringt die Einordnung des Konzerns als einfache Gesellschaft zahlreiche Ungereimtheiten mit sich.⁷⁷

⁷⁵ Befürwortend PETER/BIRCHLER, *Les groupes de sociétés sont des sociétés simples*, SZW 1998, 113 ff.; PETER/CAVADINI-BIRCHLER, *Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples – une duplique*, in Kunz et al. (Hrsg.), *FS von Büren*, Bern 2009, 131 ff.; PETER, *Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples: retour sur sujet et état des lieux*, in Amstutz et al. (édit.), *FS Stoffel*, Bern/Zürich 2014, 121 ff.; teilweise befürwortend KUNZ (FN 37), § 12 N 28; KUNZ (FN 39), N 193 ff.; NOBEL, *Zur Frage des Konzerns als einfache Gesellschaft*, in Amstutz et al. (édit.), *FS Stoffel*, Bern/Zürich 2014, 105 ff., 114 ff.; ablehnend dagegen VON BÜREN/HUBER, *Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik*, SZW 1998, 213 ff.

⁷⁶ Das BGER 4C.217/2003, E. 3.3., konnte die Frage bislang offen lassen, da im konkreten Fall eine Qualifikation des Konzerns als einfache Gesellschaft mangels tatsächlicher Anhaltspunkte von vornherein ausschied.

⁷⁷ Dazu ausführlich VON BÜREN/HUBER (FN 75), 217 ff.

2. Haftung der Konzernmutter als Gründerin/Aktionärin

a) Funktion des Mindestgrundkapitals

Die Schweiz hat – im Gegensatz zu Japan – am System eines Mindestgrundkapitals festgehalten.⁷⁸ Dem Mindeststartkapital kommen im Schweizer Recht verschiedene Funktionen zu:

- Es hat primär die Funktion einer *Seriositätsschwelle*. Die Gründer einer Aktiengesellschaft sollen die Ernsthaftigkeit ihres Vorhabens unter Beweis stellen, indem sie eigene Mittel einsetzen. Damit verdeutlichen sie zugleich eine seriöse geschäftliche Planung.⁷⁹
- Es ist die Haftungsbasis für Gläubiger und Massstab für die Kreditfähigkeit der Gesellschaft.
- Weiterhin kommt dem Mindestkapital auch die Funktion eines internen Risikopuffers zu, der vor allem in der Startphase wichtig ist.
- Dem Mindestkapital kommt die Funktion einer Ausschüttungssperre zu. Das Kapital wird auf der Passivseite der Bilanz gebucht. Wenn die Aktiven kleiner sind, als das Kapital (zuzüglich eventueller Gewinnvorträge, abzüglich eventueller Verlustvorträge) auf der Passivseite, darf die Gesellschaft keine Dividende ausschütten.
- Das Kapital dient der Bemessung der Mitgliedschaftsrechte.
- Schliesslich kommt dem Aktienkapital bei Banken und Versicherungen eine aufsichtsrechtliche Steuerungsfunktion zu, denn es dient als Bewilligungsvoraussetzung und ist Massstab der laufenden Aufsicht.

b) Argumente gegen eine Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung

Das Gesetz statuiert mit Art. 621 OR nur ein *Mindeststartkapital*. Eine darüber hinausgehende Pflicht, wonach das Kapital der Gesellschaft während der gesamten Zeit ihrer Existenz in einem angemessenen Verhältnis zum geplanten Geschäftsumfang und den übernommenen Risiken stehen muss, findet sich im Gesetz nicht. Dies ist kein Versehen, sondern entspricht der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit,⁸⁰ die – vom

⁷⁸ Zur entsprechenden Diskussion MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 16 N 150 ff.

⁷⁹ MÜLLER (FN 9), 22.

⁸⁰ Zur Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht siehe HÄUSERMANN, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, Habil. St. Gallen, Zürich 2015, 14.

Mindeststartkapital abgesehen – die Höhe und Zusammensetzung der Kapitalausstattung den Beteiligten überlässt.⁸¹ Das schweizerische Recht geht damit vom Grundsatz der *Finanzierungsfreiheit* aus.

Auch die *Gesetzessystematik* spricht gegen eine Pflicht zu einer fortlaufenden angemessenen Kapitalausstattung: Anders als bei Finanzintermediären (vgl. etwa für Banken Art. 15 Abs. 1 BankV, 4 Abs. 1 BankG, 1 ff. ERV, 1 ff. LiqV) fehlt im Aktienrecht eine ausdrückliche Pflicht zu einer am jeweiligen Risiko der Gesellschaft orientierten Mindestkapitalausstattung.

Eine Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung lässt sich zudem nicht mit der generellen *Konzeption der Aktiengesellschaft* als typische Kapitalgesellschaft vereinbaren. Es ist das wesentliche Merkmal von Kapitalgesellschaften, dass die Gesellschafter ausschliesslich mit dem eingesetzten Kapital haften. Sie nehmen damit eine Risikobegrenzung vor, indem sie nur Aktien in Höhe eines bestimmten Beitrags zeichnen und liberieren. Für mehr wollen sie gerade nicht haften. Wollte man nun die Pflicht zur Gewährleistung einer stets angemessenen Kapitalausstattung bejahen, würde man die Aktionäre inzident einer Nachschusspflicht unterwerfen, sobald die Kapitalausstattung zu gering ist. Die Idee der Haftungsbeschränkung wäre ausgehöhlt. Zudem würde man gegen das im schweizerischen Recht verankerte Verbot verstossen, wonach den Aktionär nur die Liberierungspflicht trifft und ihm keine weitergehenden Pflichten auferlegt werden dürfen (Art. 680 Abs. 1 OR). Aus diesem Grund erlaubt das Aktienrecht im Gegensatz zum Recht der GmbH den Gesellschaftern nicht, eine Nachschusspflicht in den Statuten vorzusehen.

Stattdessen verwirklicht das Aktienrecht den Gläubigerschutz auf andere Weise: Die Vorschriften der Reservenbildung etwa zwingen die Gesellschaft zu einem Kapitalausbau bei gutem Geschäftsgang. Ausschüttungsschranken verhindern einen die Gläubigerinteressen gefährdenden Abbau des Kapitals.⁸² Damit stehen die Reserven für schlechte Jahre zur Verfügung. Auch diese Normen stellen nur Schranken der Kapitalentnahme auf, schreiben aber kein konkretes Verhältnis von Kapital zu Risiken vor.

⁸¹ BÖCKLI (FN 13), § 1 N 291a; HOLD (FN 8), 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 16 N 83, 155. So hatte die F. Hoffmann-La Roche AG, eines der grössten Pharmaunternehmen der Welt, lange Zeit nur das damals geltende gesetzliche Minimalkapital von CHF 50 000, vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 16 N 84.

⁸² VON DER CRONE (FN 18), § 9 N 1 ff.

c) Argumente für eine Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung?

Für eine Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung spricht der Schutz der Gläubiger,⁸³ denn ihnen steht ausschliesslich das Kapital der Gesellschaft als Haftungssubstrat zur Verfügung (Art. 620 Abs. 1 a.E., Abs. 2 OR). Ist dessen Höhe im Vergleich zu den mit dem Geschäftsgang der Aktiengesellschaft verbundenen Risiken zu niedrig, werden die Gläubigerinteressen gefährdet.

Das Gläubigerschutzargument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die Verantwortung dafür, ob ein Schuldner kapitalkräftig genug ist, obliegt dem Gläubiger. Jedermann ist bei Vertragsschluss gehalten, sich über die Zahlungsfähigkeit seines potentiellen Vertragspartners zu informieren, und trägt das Risiko, dass sich dessen Solvenz während der Vertragsdauer verschlechtert. Diese Risikozuweisung gilt nicht nur für natürliche, sondern auch für juristische Personen.⁸⁴ Daher müssen sich die Gläubiger einer AG stets der beschränkten Haftung bewusst sein. Wenn sie Zweifel an deren Finanzkraft haben, ist es ihre Verantwortung, sich gegen Zahlungsausfälle durch Bürgschaften, Garantien, Versicherungen etc. abzusichern. Eine Ausnahme von dieser Risikozuweisung findet nur in seltenen Fällen statt, wenn der Gläubiger über die Zahlungsfähigkeit getäuscht wurde oder wenn ein besonderer Vertrauenstatbestand vorliegt (zur Vertrauenshaftung im Konzern s.u. IV. 5).

d) Zwischenergebnis

Sieht man vom Mindeststartkapital ab, sind Gründer oder Aktionäre nicht verpflichtet, die AG mit einem angemessenen, am Risiko orientierten Kapital auszustatten.⁸⁵ Es überrascht daher auch nicht, dass die Gründerhaftung (Art. 753 OR) den Fall der Unterkapitalisierung nicht normiert und sich auch sonst hierfür keine Anspruchsgrundlage gegen die Aktionäre finden lässt (zur Durchgriffshaftung s.u. IV. 4.).

⁸³ So HERREN (FN 13), 47 ff.

⁸⁴ BGer 4A_306/2009, E. 5.1; zu Gläubigerschutzüberlegungen siehe HERREN (FN 13), 48 ff.

⁸⁵ Ebenso FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 12), § 1 N 50; JUNG, in ZK OR (FN 12), Art. 629 N 357 ff.; HOLD (FN 8), 1; KÄGI (FN 9), 373; KUNZ (FN 12), 54; MÜLLER (FN 9), 6.

3. Haftung aus faktischer Organschaft

a) Faktische Organschaft

Der Tatbestand von Art. 754 Abs. 1 OR erfasst nicht nur Verwaltungsratsmitglieder als *formell* bestellte und ins Handelsregister eingetragene Organmitglieder, sondern alle mit der Geschäftsführung betrauten Personen. Die Vorschrift findet daher auch auf Organe im *materiellen* Sinne Anwendung, also auf Personen, denen durch einen gesellschafts-internen Akt Organkompetenzen – insbesondere nach Art. 716b OR – übertragen wurden. Weiterhin gilt sie für sog. *faktische* Organe. Hierunter versteht man Personen, die – ohne formell oder materiell bestellt worden zu sein – rein faktisch die den Organen an sich vorbehaltenen Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen. Das Bundesgericht formuliert wie folgt: Faktische Organe sind Personen, welche die «*tatsächlichen Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen*».⁸⁶ In jedem Fall ist erforderlich, jedoch nicht ausreichend, dass die tatsächlich als Organ handelnde Person den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden hätte verhindern können.⁸⁷ Die mit der Organverantwortung befasste Person muss in der Lage sein, eigene Entscheidungen zu treffen, also selbständig und eigenverantwortlich zu handeln. Eine bloss Mithilfe bei der Entscheidung oder eine «*bloss hilfsweise Tätigkeit in untergeordneter Stellung*» genügt für eine faktische Organstellung also nicht.⁸⁸

Als faktische Organe kommen nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen – insbesondere die einen Konzern beherrschende Holdinggesellschaft – in Betracht.⁸⁹ Art. 707 Abs. 3 OR, der die Bestellung einer juristischen Person als formelles Organ untersagt, steht der Einordnung juristischer Personen als faktische Organe unstreitig nicht im Wege.⁹⁰

⁸⁶ BGE 128 III 29 E. 3a.

⁸⁷ BGE 128 III 29 E. 3; 117 II 432 E. 2b mit Verweis auf BGE 111 II 480 E. 2a, wo die formelle Eintragung im Handelsregister ohne diese Möglichkeit für die Haftung als nicht ausreichend angesehen wurde.

⁸⁸ BGE 128 III 29 E. 3; BGer 9C_27/2017, E. 4.1; BGer 4A_306/2009, E. 7.1.1.

⁸⁹ BGer 4A_306/2009, E. 7.1.1; BGE 132 III 523 E. 4.5.

⁹⁰ In Japan hingegen wird die vergleichbare gesetzliche Regelung vom Schrifttum als Argument ins Feld geführt, warum eine Haftung der Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft nicht in Betracht komme, vgl. die Nachweise bei TAKAHASHI, *Japanese Corporate Groups under the New Legislation*, in ders. (Hrsg.), *Rezeption (FN 2)*, 231.

b) Haftung der Organe der Muttergesellschaft

Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft können als faktische Organe anzusehen sein, wenn sie direkt auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft einwirken (z.B. durch Weisungen).⁹¹ Verursacht die Einflussnahme bei der Tochtergesellschaft kausal einen Schaden, kommen daher Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organmitglieder der Muttergesellschaft in Betracht.

c) Haftung der Muttergesellschaft selbst

Nicht nur die Organmitglieder der Muttergesellschaft können als faktische Organe qualifiziert werden, sondern auch die Muttergesellschaft selbst. Es ist anerkannt, dass ein Aktionär – sofern er sich massgeblich in Entscheidungen der AG einmischt – im Einzelfall für fehlerhafte Entscheidungen aus faktischer Organschaft haftet. Allerdings darf diese Einordnung nicht leichtfertig erfolgen, sondern es ist wie folgt zu differenzieren: Eine blosser Einflussnahme der Muttergesellschaft in ihrer Eigenschaft als Aktionärin auf die Tochtergesellschaft begründet für sich genommen noch keine faktische Organschaft in der Tochtergesellschaft. Eine solche entsteht aber dann, wenn sich (übertragene oder angemasste) Zuständigkeiten bilden. Eine derartige dominante Einflussnahme auf die Geschäftsleitung einer Tochtergesellschaft muss also die Qualität einer *organtypischen* Stellung erreichen.⁹² Dies hat die Rechtsprechung insbesondere bei Doppelorganen bejaht.⁹³ (In diesem Fall kommt zudem eine Haftung der Muttergesellschaft für ihre Organe nach Art. 722 OR in Betracht.) Aber auch in Konstellationen ohne Doppelorgane kann eine faktische Organstellung vorliegen, wenn sich die Muttergesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin regelmässig in die tägliche Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischt und sich gerade nicht darauf beschränkt, ihre Aktionärsrechte auszuüben.⁹⁴ Eine faktische Organstellung der Muttergesellschaft würde man ebenfalls bejahen, wenn sie eigenverantwortlich dauernde Zuständigkeiten für wichtige Geschäfte an sich zieht und den Verwaltungsrat beispielsweise anweist, die Gesellschaft trotz unzureichendem Kapital fortzuführen.

⁹¹ BGE 128 III 28 ff. (faktische Organstellung verneint); BGE 128 III 92 ff. (faktische Organstellung bejaht).

⁹² Etwa BGer 4A_306/2009, E. 7.1.1; BGE 128 III 92 E. 3a; sodann HOFSTETTER/LANG, Konzern(mutter)haftung, in Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 231, 236 f.

⁹³ BGer 4A_306/2009, E. 7.1.2.

⁹⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 16 N 800, § 24 N 68.

d) Haftung für eine Verletzung der Konzernleitungspflicht?

Wenn die aktive und organotypische Einmischung in die Geschäfte der Tochtergesellschaft eine Haftung der Muttergesellschaft oder dessen Verwaltungsrat/Geschäftsleitung aus faktischer Organschaft auslöst, drängt sich die Frage auf, ob auch eine Haftung zu bejahen ist, wenn die Muttergesellschaft oder ihre Organe ihre Aufgabe als Konzernleitung nicht wahrnehmen (Haftung für unterlassene Einflussnahme). Es geht mithin um die Frage, ob das Schweizer Recht eine Konzernleitungspflicht kennt, also eine Pflicht, auf Stufe der Untergesellschaften eine einheitliche Leitung durchzusetzen.⁹⁵

Mangels gesetzlicher Regelung ist eine solche Pflicht – wenn sie nicht explizit in den Statuten/im Organisationsreglement der Konzernmuttergesellschaft verankert ist – schwerlich zu begründen. Es kann durchaus einer sorgfältigen Geschäftsführung entsprechen, den Tochtergesellschaften Autonomie zu belassen und sich als Obergesellschaft darauf zu beschränken, die Aktionärsrechte sorgfältig wahrzunehmen.⁹⁶

4. Durchgriffshaftung

a) Voraussetzungen

Das Aktienrecht geht – wie unter IV. 1. aufgezeigt – vom Trennungsprinzip aus; die Gesellschafter haften nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Art. 620 Abs. 2 OR). Eine Haftung der Aktionäre mit ihrem Privatvermögen kommt ausnahmsweise über die Rechtsfigur des *Durchgriffs* in Betracht. Das Bundesgericht hat für den Durchgriff zwei Voraussetzungen aufgestellt:⁹⁷

- Es muss eine *wirtschaftliche Identität* von juristischer Person und Schuldner gegeben sein. Eine solche liegt bei einer Einpersonengesellschaft oder bei einer sonstigen Beherrschung vor. Eine sonstige Beherrschung kann auf einer beherrschenden Stimmenmacht, der Mitgliedschaft in der Unternehmensleitung oder der statutari-schen Vorzugsstellung beruhen. Weiterhin kann die Abhängigkeit ihren Grund

⁹⁵ In der Literatur ist dies etwa bejaht worden von HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel 1992, Zürich 1994, 110 f.; BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 59 ff. und 68 ff.; VON BÜREN, in von Büren/Stoffel/Weber (Hrsg.), Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, N 1621 f.; ausführlich zur Problematik DRUEY, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 24 ff.

⁹⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 24 N 60; eine Konzernleitungspflicht ebenfalls ablehnend etwa KUNZ (FN 39), N 141 f.

⁹⁷ BGer 5A_330/2012, E. 3.2.

auch in vertraglichen Bindungen oder in familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen haben.⁹⁸

- Sodann hat die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person *rechtsmissbräuchlich* zu sein. Ein Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn und soweit die Konstellation konkret dazu geschaffen oder genutzt wird, gesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen nicht zu erfüllen. Es ist umstritten, ob eine subjektive Missbrauchsabsicht notwendig ist. Das Bundesgericht geht zu Recht davon aus, dass der Durchgriff gerade keine Schädigungsabsicht im Sinne von Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Vorwerfbarkeit voraussetzt. Eine solche Absicht könne, müsse aber nicht Merkmal im konkreten Durchgriffsfall sein. Vielmehr stellt das Gericht auf eine objektive Betrachtungsweise ab, so dass eine funktions- oder zweckwidrige Verwendung der juristischen Person ausreichend ist.⁹⁹

Bei einer Bejahung eines Durchgriffs könnte in einem Konzern also die Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft haften. Auch ist denkbar, dass eine Schwestergesellschaft haftet (sog. Querdurchgriff).¹⁰⁰ Der Durchgriff kann aber auch in umgekehrter Richtung erfolgen, also vom Aktionär auf die Gesellschaft (sog. «umgekehrter Durchgriff» oder auch «Zurechnungsdurchgriff» genannt).¹⁰¹ Eine juristische Person kann etwa vorgeschoben werden zur Umgehung eines Vorkaufsrechts, indem der Eigentümer das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück in eine Aktiengesellschaft einbringt und anschliessend die Aktien der Immobiliengesellschaft anstelle des Grundstücks überträgt.¹⁰² Die juristische Person kann auch dazu benutzt werden, um gesetzliche Beschränkungen beim Erwerb von Grundstücken durch Ausländer («Lex Koller»)¹⁰³ oder ein Konkurrenz- oder Fabrikationsverbot zu umgehen. Hat die Muttergesellschaft ein Konkurrenzverbot vereinbart und weist sie dann die Tochtergesellschaft an, in dem vom Konkurrenzverbot erfassten Bereich tätig zu werden, wird die Tochtergesellschaft im Wege des Durchgriffs vom Konkurrenzverbot ihrer Aktionärin erfasst.¹⁰⁴

⁹⁸ BGer 5C.279/2002, E. 4.2.1.; BGer 5A_330/2012, E. 3.2; FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Zürich 1981, § 1 N 115; WICK, Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG, Diss. Basel 1994, Zürich 1996, 8 ff.

⁹⁹ BGer 5C.279/2002, E. 5.1.; BGE 113 II 31 E. 2.c; WEBER, Juristische Personen, SPR II/4, Basel 1998, 190; zur Unterscheidung der subjektiven und objektiven Missbrauchslehre WICK (FN 98), 56 f.

¹⁰⁰ BGer 5C.279/2002, E. 4.2.1.; BGE 113 II 31 E. 2.c.

¹⁰¹ BGer 5A_330/2012, E. 3.1; BGE 132 III 489 E. 3.2 (im konkreten Fall verneint); BGE 132 III 737 E. 2.3 (im konkreten Fall verneint).

¹⁰² BGE 92 II 160 E. 3 und 4 (im konkreten Fall verneint). Vgl. auch BGE 99 Ia 459 E. 2.

¹⁰³ Wobei wohl eher die Auflösung der Aktiengesellschaft wegen Widerrechtlichkeit in Betracht kommt, so auch BGE 112 II 1 ff.

¹⁰⁴ BGE 71 II 272 ff.

b) Konzernrechtlich besonders relevante Fallgruppen

Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Wertentscheidung in Art. 620 Abs. 2 OR hat das Bundesgericht klargestellt, dass der alleinige Wunsch nach einer Haftungsbeschränkung legitim ist und keinesfalls als missbräuchlich betrachtet werden kann.¹⁰⁵ Es müssen also besondere Umstände hinzutreten, welche aus einer erlaubten Risiko- und Haftungsbeschränkung eine missbräuchliche machen.¹⁰⁶ Dass eine Gesellschaft ihre vertraglichen Verbindlichkeiten nicht begleichen kann, genügt allein noch nicht, um einen Durchgriff zu begründen.¹⁰⁷

Das Bundesgericht nennt als typische Fallgruppe die Vermischung der Sphären oder des Vermögens der Gesellschaft und des Aktionärs. Dass eine Durchgriffshaftung im Fall der Sphären- oder Vermögensvermischung sinnvoll und geboten ist, dürfte unstrittig sein.¹⁰⁸ Es stellt einen Rechtsmissbrauch dar, wenn man sich auf das Trennungsprinzip beruft, obwohl man das Vermögen der Aktiengesellschaft und das des Aktionärs vermischt und damit das Prinzip selbst missachtet hat. Diese Fallgruppe ist im Konzern relevant, wenn die Vermögensmassen der einzelnen Konzerngesellschaften nicht klar getrennt werden. Eine Nutzung des Kontos einer Konzerngesellschaft für die Ausgaben anderer Gesellschaften oder gar das nicht mehr nachvollziehbare Wirtschaften über *ein* Konto erfüllen den Tatbestand. Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass das Cash Pooling als solches keinen solchen Fall der Vermögensvermischung darstellt, da die Einzelgesellschaften im Cash Pool getrennte und nachvollziehbare Konten haben.

Als einen Fall der Durchgriffshaftung sieht die Rechtsprechung auch die Gründung einer Vielzahl von Tochtergesellschaften mit der Absicht an, über die so erzielte Vermögenszersplitterung den Gläubigern die Aktiven vorzuenthalten.¹⁰⁹

Das Bundesgericht bejahte den Durchgriff zudem bei der Unterkapitalisierung einer juristischen Person in einer Weise, dass ihre Lebensfähigkeit gefährdet ist.¹¹⁰ Dies erweist sich jedoch als nicht überzeugend. Wie unter IV. 2. c) aufgezeigt, ist es die Aufgabe der Gläubiger, sich über die Finanzausstattung ihres Vertragspartners zu informieren. Wenn

¹⁰⁵ BGE 108 II 213 E. 6.a.; BGE 113 II 31 E. 2.c

¹⁰⁶ BGE 102 III 165 E. III (Arrestbefehl, der auf ein Grundstück lautet, das im Grundbuch auf den Namen einer Immobiliengesellschaft eingetragen ist, deren sämtliche Aktien der Arrestschuldner erworben hat. Der Fall betraf den als Betreiber eines Schneeballsystems legendären Bernie Cornfeld).

¹⁰⁷ BGer 4A_417/2011, E. 2.3.

¹⁰⁸ Anschaulich etwa BGE 137 III 550 E. 2.3.1; BGer 5C.279/2002, E. 5.

¹⁰⁹ BGer 5C.279/2002, E. 3 (im konkreten Fall 20 bis 30 Gesellschaften).

¹¹⁰ BGer 5A_330/2012, E. 3.2; BGer 5C.279/2002, E. 5.1.; zustimmend noch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 75.

der Schuldner nicht über die nötigen Mittel verfügt, um ein verlässlicher Vertragspartner zu sein, dann liegt darin noch kein Rechtsmissbrauch, wie ihn die Rechtsfigur des Durchgriffs erfordert.

Die Rechtsprechung hat bislang den Durchgriff bei Unterkapitalisierung nur bejaht, wenn eine *wirtschaftliche Identität* von juristischer Person und Aktionär vorliegt, also typischerweise bei Einpersonengesellschaften. Hier sei der Aktionär für eine angemessene Kapitalausstattung verantwortlich. Warum jedoch die Unterkapitalisierung bei Gesellschaften mit einem etwas grösseren Aktionariat plötzlich nicht mehr in der Verantwortung der Gesellschafter liegen soll, ist nicht einsichtig. In beiden Fällen ist – wie oben III. 1.) dargelegt – der Verwaltungsrat dafür verantwortlich, sich um eine angemessene Kapitalausstattung zu *bemühen*. Scheitert er, greifen die Pflichten aus Art. 725, 725a OR. Diese Rechtslage gilt auch für die besondere Fallgruppe des Alleinaktionärs. Wenn er kraft seiner Stellung als Aktionär durch Einflussnahme auf den Verwaltungsrat eine ausreichende Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft verhindert, ist er als faktisches Organ zu qualifizieren und nach Art. 754 OR verantwortlich. Nimmt er dagegen keinen Einfluss auf den Verwaltungsrat, sondern lehnt lediglich in der Generalversammlung eine vom Verwaltungsrat vorgeschlagene Kapitalerhöhung ab, handelt er wie ein gewöhnlicher Aktionär und nicht wie ein faktisches Organ. In diesem Fall bleibt dem Verwaltungsrat – wenn keine anderen Sanierungsmassnahmen mehr zur Verfügung stehen – nur die Einleitung des Konkurses.

Die beim Durchgriff etablierte Fallgruppe der Unterkapitalisierung ist also in Wahrheit ein Anwendungsfall der Verantwortlichkeit eines faktischen Organs.¹¹¹ Gestützt wird dieses Ergebnis durch den Befund, dass sich die Fälle, in denen das Bundesgericht die wirtschaftliche Identität zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär bejaht hat, immer auch als faktische Organschaft einordnen lassen. Besonders deutlich wird dies im Entscheid BGer 5A_330/2012, E. 3.2: *«Die erste Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der wirtschaftlichen Identität von juristischer Person und dem Schuldner. Sie beruht auf der Möglichkeit, die juristische Person zu beherrschen, und bedingt ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie – zulässig oder unzulässig, lang- oder kurzfristig, zufällig oder planmässig – geartet sein kann und das auf Anteilseignerschaft oder aber auf anderen Gründen beruht wie vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen.»*

¹¹¹ SETHE/LÜTOLF (FN 3), 214 f.; jetzt auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 2 N 56; § 16 N 112. Im Ergebnis auch GLANZMANN (FN 10) 58, der dies jedoch damit begründet, dass der Durchgriff subsidiär zur Verantwortlichkeit sei.

5. Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen

Das Bundesgericht hat aus der allgemeinen Haftung der culpa in contrahendo einen weiteren gläubigerschützenden Haftungsstatbestand aus erwecktem Konzernvertrauen entwickelt.¹¹² Die Swissair Beteiligungen AG duldete, dass ihre Tochtergesellschaft IGR in der Werbung und Korrespondenz intensiv auf ihre Einbettung in den Konzern hinwies mit dem Slogan: «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.» Dadurch wurde bei Dritten ein berechtigtes Vertrauen erweckt, dass die Muttergesellschaft für die Forderungen gegen die Tochtergesellschaft einstehe. Weil dieses berechnete Vertrauen enttäuscht wurde, bejahte das Bundesgericht eine Haftung der Muttergesellschaft. Die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen wird nicht als Erweiterung der Passivlegitimation bei einer Klage aus Vertrag neben oder anstelle der Tochtergesellschaft (wie z.B. beim Garantievertrag) begriffen. Vielmehr stellt sie eine eigenständige Anspruchsgrundlage gegen die Muttergesellschaft dar.¹¹³ Sie greift jedoch nur subsidiär ein, wenn dem Dritten gegen die Muttergesellschaft keine vertraglichen oder deliktischen Ansprüche zustehen.¹¹⁴

In späteren Urteilen hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zwar bestätigt, aber stets den Ausnahmecharakter der Vertrauenshaftung betont.¹¹⁵ Grundsätzlich müsse der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft deren Kreditwürdigkeit selbst einschätzen. Er könne das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Schutz verdiene nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken sei, sondern nur, wenn berechtigtes Vertrauen missbraucht werde. Eine Haftung entsteht also nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise

¹¹² BGE 120 II 331 E. 5.a. Zur Vertrauenshaftung etwa BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998; BURG/VON DER CRONE, Vertrauenshaftung im Konzern, SZW 2010, 417 ff.; TENCHIO-KUZMIĆ, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998; VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997; VON DER CRONE (FN 18), § 15 N 122 ff.; sowie grundlegend zu dem Rechtsinstitut LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Basel 2005, Bern 2006.

¹¹³ BGE 120 II 331 E. 5.a; BGE 123 III 220 E. 4.e.

¹¹⁴ BGer 4A_306/2009, E. 5.1.

¹¹⁵ BGE 123 III 220 E. 4.e; BGer 4A_306/2009, E. 5.3; BGE 142 III 84 E. 3.3.

enttäuscht.¹¹⁶ Ausreichend ist auch, wenn die Muttergesellschaft dies nicht selbst tut, aber duldet, dass die Tochtergesellschaft solche Erwartungen bei Dritten weckt.¹¹⁷ Allein das blosse Bestehen einer Konzernverbindung reicht jedoch nie aus.

V. Beistandspflichten der Muttergesellschaft

Wie aufgezeigt, haftet die Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten einer abhängigen Gesellschaft nur ausnahmsweise. In der Praxis finden sich eine Reihe von Gestaltungen, in denen sich die Muttergesellschaft zu einer besonderen «Beistandspflicht»¹¹⁸ gegenüber Konzerngesellschaften verpflichtet, sei es im Aussenverhältnis gegenüber Dritten, sei es im Konzerninnenverhältnis.

1. Patronatserklärungen, Garantien etc.

Die herrschende Gesellschaft hat auf der einen Seite ein elementares Interesse daran, dass ihren Tochtergesellschaften die Kreditwürdigkeit des Gesamtkonzerns zugutekommt. Auf der anderen Seite möchte sie keine oder keine weitreichende vertragliche Bindung übernehmen, wie dies bei einer Bürgschaft oder Garantie der Fall wäre. Ein geeignetes Mittel sind sog. Patronatserklärungen. Sie kommen in verschiedenen Formen vor: Bei einer sog. weichen Patronatserklärung bestätigt die Muttergesellschaft, dass die vertragschliessende Gesellschaft ihre Tochtergesellschaft ist und man vom Vertragsabschluss Kenntnis habe (*letter of awareness*). Bei der harten Patronatserklärung erfolgt eine rechtliche Bindung, um die Tochtergesellschaft in einem bestimmten Umfang finanziell zu unterstützen.¹¹⁹ In der Praxis kommen – zumeist weil Vertragspartner darauf

¹¹⁶ BGer 4A_306/2009, E. 5.1.

¹¹⁷ BGE 142 III 84 E. 3.3. Vgl. auch BGE 120 II 331 E. 5.b («Werbeunterlagen der IGR, deren Inhalt sich die Beklagte als eigene Erklärungen anrechnen lassen muss»).

¹¹⁸ Der deutsche Bundesgerichtshof verwendet den Begriff der «Finanzierungsfolgenverantwortung», BGHZ 127, 336, 345. HAAS, in Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 21. Aufl., München 2017, Anh. § 64 N 4, kritisiert ihn zu Recht als Worthülse.

¹¹⁹ ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, 181 f.; BOSMAN, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, 181 ff.; GEIGY-WERTHEMANN, Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern, in Festgabe Juristentag 1973, 21 ff.; HANDSCHIN (FN 95), 287 ff.; HUBER, Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der sogenannten Patronatserklärungen, in Forstmoser (Hrsg.), Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern 1976, 58 ff.; MÜLLHAUPT, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der

bestehen – auch formelle Garantien oder Bürgschaften der Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft vor.

2. Aktionärbindungsvertrag

Sofern die Muttergesellschaft nicht Alleinaktionärin der Tochtergesellschaft ist, kann es im Einzelfall vorkommen, dass sie Vertragspartnerin eines Aktionärbindungsvertrags ist, der auch eine Finanzierungsverantwortung des Aktionärs festschreiben kann. So kann dort die Pflicht verankert werden, der Tochtergesellschaft im Krisenfall weiteres Kapital zu gewähren, etwa in Form einer Darlehensgewährung, der Beteiligung an einer Kapitalerhöhung, der Wandlung bereits gewährter Darlehen in Eigenkapital, einer Schuldübernahme, Bürgschaft oder Garantie.¹²⁰

3. Nachschusspflicht

Das Aktienrecht kennt keine Nachschusspflicht der Aktionäre. Sofern keine derartige Pflicht aus einem Aktionärbindungsvertrag besteht, ist ein Aktionär im Falle einer Kapitalerhöhung daher auch nicht verpflichtet, sich hieran zu beteiligen und junge Aktien zu zeichnen. Ihm steht lediglich ein Bezugsrecht zu, das er veräußern oder gar verfallen lassen kann. Ein Aktionär hat also selbst bei einer existentiellen Unternehmenskrise der Tochtergesellschaft keine aktienrechtliche Pflicht, finanziellen Beistand zu leisten. Eine Pflicht, sich an einer Sanierung zu beteiligen oder diese zumindest nicht zu verhindern, lässt sich auch nicht aus einer Treuepflicht ableiten, da eine solche dem Schweizer Aktienrecht unbekannt ist (siehe sogleich unten V. 4.).

Anders gestaltet sich die Lage dann, wenn es sich bei der Konzerntochter um eine GmbH handelt,¹²¹ da das GmbH-Recht eine Nachschusspflicht kennt. Sie besteht allerdings nur bei entsprechender Regelung in den Statuten (Art. 772 Abs. 2, 776a Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 795 ff. OR). Zudem sind die Nachschüsse in ihrer Höhe beschränkt

Patronatserklärung, SAG 1978, 109 ff.; SCHNYDER, Patronatserklärungen – Haftungsgrundlage für Konzernobergesellschaften?, SJZ 1990, 57 ff. Vgl. auch KOCH, Die Patronatserklärung, Habil. Bochum 2004, Tübingen 2005, 438 ff. (Rechtsvergleich zur Schweiz).

¹²⁰ FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, Zürich 2015, N 1427 ff.; VON DER CRONE (FN 18), § 11 N 19 f.

¹²¹ Zu den Vorteilen einer solchen Rechtsformwahl im Konzern MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 24 N 103.

und dürfen nur eingefordert werden, wenn sie zu den in Art. 795a OR genannten Finanzierungszwecken notwendig sind.¹²² Aus dem Ausnahmecharakter der Nachschusspflicht kann man also ableiten, dass auch das GmbH-Recht von dem Grundsatz ausgeht, dass der GmbH-Gesellschafter keine generelle (über die Liberierungspflicht hinausgehende) Finanzierungsverantwortung trägt.

4. Treuepflicht

Aus der pflichtenbegründenden Funktion der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht könnte man die Pflicht zur Zustimmung zu einer Sanierung oder gar die Pflicht, sich finanziell an der Sanierung zu beteiligen, ableiten. Im Aktienrecht stellt sich diese Frage von vornherein nicht,¹²³ denn bei der Aktiengesellschaft besteht nach ganz herrschender Meinung keine Treuepflicht der Aktionäre.¹²⁴ Anders ist dies im GmbH-Recht (Art. 803 Abs. 2 Satz 1 OR), wobei die GmbH und nicht die Gesellschafter Gläubigerin der Treuepflicht ist. Der Wortlaut von Art. 803 Abs. 2 OR legt jedoch nahe, dass die Treuepflicht in erster Linie eine Schrankenfunktion und keine pflichtenbegründende Funktion beinhaltet. Die Lehre dehnt die Treuepflicht denn auch nicht über den Wortlaut hinaus aus.¹²⁵ Gegen die eng am Wortlaut orientierte Auslegung lässt sich allerdings der Einwand vorbringen, dass die Grenze zwischen Handeln und Unterlassen fließend ist. Mit diesem Ansatz könnte man auf die Argumentation verfallen, die Pflicht zur Zustimmung bei einer Sanierung sei gleichbedeutend mit der Pflicht, eine Schädigung der Gesell-

¹²² So primär bei Bilanzverlust oder Liquiditätsengpass (Art. 795a Abs. 2 OR); die Höhe ist beschränkt auf das doppelte des Nennwerts des Stammanteils (Art. 795 Abs. 2 OR).

¹²³ Ohnehin bedürfen Kapitalmassnahmen zumeist der einfachen Mehrheit, sodass eine «Treuepflicht» des Minderheitsaktionärs – sollte man sie entgegen der hier vertretenen Ansicht bejahen – nur selten relevant wäre (z.B. beim Bezugsrechtsausschluss). Ansonsten besteht für Minderheitsaktionäre keine Möglichkeit, Kapitalmassnahmen zu verhindern.

¹²⁴ BGE 105 II 114 E. 7b; BGer 4C.143/2003, E. 6; BGer 4C.242/2001, E.3.3; BGE 105 II 114 E. 7.b.; BÖCKLI (FN 13), § 1 N 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 12), § 40 N 24 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 3 N 25 f.; § 16 N 208; VON DER CRONE (FN 18), § 8 N 69 f.; JUNG, in ZK OR (FN 12), Art. 620 N 26 ff.; teilweise wird eine solche generell bejaht, teilweise aber auch eine Differenzierung zwischen gewöhnlichen und personenbezogenen Gesellschaften vorgenommen, vgl. BAUDENBACHER, in BSK OR II (FN 12), Art. 620 N 35; KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2000, Bern 2001, § 8 N 17 ff.; NENNINGER, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1969, Basel 1974, 103 ff. und 108 ff.; WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, 144 ff.

¹²⁵ AMSTUTZ/CHAPPUIS, in BSK OR II (FN 12), Art. 803 N 6 ff.; SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Stämpfli Handkommentar zum GmbH-Recht, Bern 2007, Art. 803 N 3 ff.

schaft durch Blockierung der Sanierung in der Gesellschafterversammlung zu unterlassen. Eine reine Wortlautauslegung hilft also nicht weiter. Es kommt damit entscheidend darauf an, wie der Gesellschaftsvertrag auszulegen ist und ob sich aus ihm eine Verpflichtung ergibt, im Einzelfall einer Sanierung zuzustimmen. Je aussichtsreicher eine Sanierung erscheint und je weniger durch die Sanierung die Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafters beeinträchtigt wird, desto eher wird man ihm eine Zustimmung zumuten können. Wird diese zu Unrecht verweigert, droht eine Schadensersatzhaftung gegenüber der Gesellschaft.¹²⁶

Eine weitergehende Pflicht, sich finanziell an der Sanierung zu beteiligen oder auf ein gewährtes Darlehen zu verzichten bzw. im Rang zurückzutreten, lässt sich hingegen aus der Treuepflicht nicht ableiten. Dies käme faktisch einer Nachschusspflicht gleich. Diese ist nach dem Gesetz nur unter den genannten (oben V. 3.) engen Voraussetzungen oder bei Vorliegen einer vertraglichen Bindung (oben V. 2.) zulässig.¹²⁷

5. Eigenkapitalersetzendes Darlehen

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Muttergesellschaft nicht zumindest bei sog. «eigenkapitalersetzenden Darlehen» eine besondere Verantwortung trifft.¹²⁸ Hierunter wird eine Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter zu einem Zeitpunkt verstanden, zu dem an sich Eigenkapital hätte zugeführt werden müssen. Da dieses Darlehen faktisch das benötigte Eigenkapital ersetze, sei es daher auch wie solches zu behandeln. Der Aktionär könne deshalb – solange eine Unternehmenskrise (Kapitalverlust oder Überschuldung) bestehe – weder Zinsen verlangen noch das Darlehen zurückfordern; zudem bejaht man ein Kollokationsverbot im Konkurs. Ein Teil des Schrifttums fordert eine Übernahme dieser aus dem deutschen Recht stammenden Rechtsfigur,¹²⁹ was das Bundesgericht aber zu Recht ablehnte, da sich die Aktionärspflichten auf die Liberierung des Mindestkapitals beschränkten.¹³⁰ Offen liess es,¹³¹ ob Aktionärsdarlehen, wenn

¹²⁶ AMSTUTZ/CHAPPUIS, in BSK OR II (FN 12), Art. 803 N 31; für die unabhängige Gesellschaft SETHE/LÜTOLF (FN 3), 220.

¹²⁷ Ebenso für die unabhängige Gesellschaft SETHE/LÜTOLF (FN 3), 220.

¹²⁸ Die Doktrin hat verschiedene Ansätze zur Behandlung der Eigenkapitalersatzproblematik entwickelt, siehe dazu MÜLLER (FN 9), 138 ff.

¹²⁹ So erstmals VON GREYERZ, Kapitalersetzende Darlehen, in Böckli et al. (Hrsg.), FS Vischer, Zürich 1983, 547 ff.

¹³⁰ BGer 5C.226/2005, E. 3; ebenso BGer 6B_492/2009, E. 2.3.2 und 4A_496/2010, E. 2.4.

¹³¹ BGer 5C.226/2005, E. 4. Anders BezGer ZH, ZR 104 (2005), Nr. 21, E. VI = 76 ff.

sie schon nicht in Eigenkapital umzuqualifizieren sind,¹³² zumindest im Rang hinter die anderen Forderungen zurückzutreten hätten (konkludenter Rangrücktritt bzw. Umqualifizierung in nachrangiges Fremdkapital), wie dies ein Teil der Lehre fordert.¹³³

Im Konzern wird man bereits die Gewährung von eigenkapitalersetzenden Darlehen als kritisch ansehen müssen, da die oben beschriebenen Schranken der Konzernfinanzierung zu beachten sind (III. 2. b). Sollten diese Schranken im konkreten Fall eingehalten sein, weil das Darlehen noch in guten Zeiten gewährt wurde und die Konditionen und Sicherheiten marktüblich sind, stellen sich jedoch weitere Rechtsfragen: Wie aufgezeigt, sieht das Aktienrecht keine Verpflichtung für Aktionäre vor, zu einer angemessenen Kapitalausstattung beizutragen. Gleiches gilt für das GmbH-Recht (mit Ausnahme der speziell vereinbarten Nachschusspflicht). Der Gesetzgeber nimmt die Gesellschafter also nicht in eine Finanzierungspflicht. Die Entscheidungsfreiheit der Aktionäre würde man aushöhlen, wenn man das zur Verfügung gestellte Fremdkapital in der Krise plötzlich als Eigenkapital qualifiziert.¹³⁴ Eine solche Umqualifizierung käme einer «Finanzierungsfolgenpflicht» gleich, die der gesetzlichen Konzeption von Art. 680 Abs. 2 OR zuwiderläuft. Auch würde ein zwangsweiser Rangrücktritt Art. 725 Abs. 2 OR widersprechen, der einen Rangrücktritt im Falle der Überschuldung gerade nur mit Zustimmung des Gläubigers erlaubt. Zudem hat auch das deutsche Beispiel gezeigt, dass die Möglichkeit einer zwangsweisen Umqualifizierung von Darlehen in Eigenkapital sanierungsfeindlich ist.¹³⁵ Auch lässt sich nicht damit argumentieren, dass die Unterkapitalisierung ein Fall der Durchgriffshaftung sei und daher die Umqualifizierung des Darlehens in Eigenkapital gleichsam das mildere Mittel gegenüber einer Durchgriffshaftung sei. Wie aufgezeigt, unterliegt die Kapitalisierung gerade nicht der Verantwortung der Aktionäre und die Unterkapitalisierung stellt keinen Fall des Durchgriffs dar (s.o. IV. 4.). Daher ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber dieses Thema nicht im Zuge der laufenden Aktienrechtsrevision aufgreift.¹³⁶

¹³² Ausführlich dazu MÜLLER (FN 9), *passim*, die dies im Ergebnis ablehnt; ebenso ablehnend HOLD (FN 8), 179 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 12), § 40 N 344.

¹³³ So etwa BÖCKLI (FN 13), § 13 N 779 ff.; GLANZMANN (FN 7), 144; HOLD (FN 8), 194 f.

¹³⁴ Vorbehalten bleiben ganz aussergewöhnliche Fälle, die über den Rechtsmissbrauch erfasst werden können, etwa wenn der Gesellschafter das Darlehen nur gewährt, um die Gesellschaft so lange am Leben zu erhalten, bis er sie «ausgeschlachtet» hat. Jedoch sind die Voraussetzungen hoch anzusetzen, vgl. HUBER, Umqualifizierung von Darlehen im Konkurs einer Konzernobergesellschaft?, SZW 2006, 285; SETHE/LÜTOLF (FN 3), 218.

¹³⁵ Einzelheiten bei SETHE/LÜTOLF (FN 3), 218.

¹³⁶ Hierzu SETHE/LÜTOLF (FN 3), 218 f.

VI. Schlussfolgerungen

1. Konzernrecht

Die Schweiz kennt kein spezielles Konzernrecht und lebt derzeit mit dem Widerspruch, dass das Gesetz einerseits Konzerne erwähnt und damit billigt, andererseits als Regelungsvorbild für den Gesetzgeber aber die unabhängige Gesellschaft massgebend ist. Trotz des eindeutigen gegenteiligen Wortlauts von Art. 716a Abs. 1 OR erlaubt die herrschende Meinung konzerninterne Weisungen an den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft; sie behilft sich mit der Theorie vom doppelten Pflichtenexus, die jedoch die genannten Unschärfen aufweist. Das Bundesgericht ist dabei sehr streng und verneint ein aner kennenswertes Konzerninteresse, das eine für die Tochtergesellschaft schädliche Weisung im Einzelfall rechtfertigen kann. Wenn es zu einem Konflikt zwischen den Interessen des Gesamtkonzerns und einer abhängigen Gesellschaft kommt, muss der Verwaltungsrat dieser Tochtergesellschaft stets deren Interessen wahren.

Spannungsgeladen ist auch die Konzernhaftung. Im Fokus einer Konkursverwaltung stehen naturgemäss erst einmal die unmittelbaren Entscheidungsträger, also der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft. Von diesen Personen wird – selbst wenn der Beweis der Pflichtverletzung und des kausal verursachten Schadens gelingt – oft nur ein Bruchteil des Gesamtschadens zu erlangen sein. Gleiches dürfte im Hinblick auf die Organe der Muttergesellschaft gelten, sollte der Nachweis von deren faktischer Organstellung in der Tochtergesellschaft gelingen. Sehr viel tiefere Taschen hat dagegen die Muttergesellschaft. Ihre Haftung zu begründen, ist mühsam, denn es muss nachgewiesen werden, dass sie faktisches Organ der Tochtergesellschaft war und kausal in dieser Eigenschaft einen Schaden verursacht hat. Das wird bei Vorliegen einer Doppelorganschaft leichter fallen als in den übrigen Fällen, erweist sich aber insgesamt doch als recht hohe Hürde. Anders als Rechtsordnungen, die bei schädlichen Weisungen einen unmittelbaren Nachteilsausgleich kennen (vgl. § 311 dAktG), muss im Schweizer Recht ein Schaden der Tochtergesellschaft nachgewiesen werden, was Jahre später grosse Schwierigkeiten bereiten kann.

Schlechter als die Einzelgesellschaft steht der Konzern auch hinsichtlich der Anforderung an die Business Judgment Rule da. Organmitglieder mit Doppelmandaten müssen sich das Wissen aus anderen Konzerngesellschaften zurechnen lassen. Zudem wird die Anwendung der Business Judgment Rule oft daran scheitern, dass ein Interessenkonflikt vorlag, was im Konzern wahrscheinlicher ist als bei einer Einzelgesellschaft. Dies wird man jedoch im Falle des Vorhandenseins von aussenstehenden Minderheitsaktionären als sinnvoll erachten müssen.

Steinig sind auch die Anforderungen an die Konzernfinanzierung und das Cash Pooling. Das Bundesgericht blendet die durch den Konzern gewährten Vorteile aus und sieht lediglich die Gefahren, die nur dann entfallen, wenn das Geschäft marktüblich ist. Dies führt letztlich dazu, dass das Bundesgericht sogar anzweifelt, ob ein Cash Pool je diesen Anforderungen genügen kann.

Letztlich ist die Situation also in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend. Die Organmitglieder leiden unter einer Rechtsunsicherheit, wo genau die Grenze zwischen zulässiger und schädlicher Weisung liegt und welche Konditionen bei konzerninternen Vorgängen noch marktüblich sind. Aussenstehende Aktionäre und Gläubiger müssen – oft Jahre später – versuchen, schädliche Weisungen zu identifizieren, und nachweisen, dass aus ihnen nicht nur ein Nachteil, sondern ein Schaden für die Tochtergesellschaft erwachsen ist. Konzerninterne Transaktionen (related party transactions) leiden unter dem Fehlen von Transparenz und klaren Vorgaben für das einzuhaltende Verfahren. Der heutige Rechtszustand schafft also für alle Beteiligten hohe Hürden. Letztlich sollte daher über eine Reform nachgedacht werden.¹³⁷

2. Finanzierung

Für die Einhaltung einer angemessenen Kapitalausstattung ist der Verwaltungsrat jeder einzelnen Konzerngesellschaft verantwortlich. Ihn trifft eine Pflicht zur Finanzplanung, -kontrolle und -überwachung. Bei der Entscheidung, welche Kapitalausstattung im Unternehmen angemessen ist, steht dem Verwaltungsrat ein weites Ermessen zu. Er schuldet jedoch nur ein ernsthaftes *Bemühen* um die optimale Kapitalausstattung und keine Finanzbeschaffungspflicht im Sinne einer Garantie, denn der Verwaltungsrat ist bei der Kapitalbeschaffung auf die Mitwirkung der Eigen- und Fremdkapitalgeber angewiesen. Aus diesem Grund ist auch die Ansicht abzulehnen, die bei Vorliegen einer Unterkapitalisierung eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats vermutet.

Eine Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats kommt in Betracht, wenn er seine Pflicht zur Finanzplanung, -kontrolle und -überwachung verletzt, etwa weil er einen erkennbaren Finanzierungsbedarf missachtet oder er trotz des Scheiterns von Sanierungsmassnahmen nicht rechtzeitig den Konkurs beantragt. Vor diesem Hintergrund ist die mit der

¹³⁷ Zu entsprechenden Überlegungen vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 1), § 24 N 105 ff.; SETHE, Interessenkonflikte (FN 46), 375 ff.; ein Vorschlag zur Regulierung der Corporate Governance von Konzernen findet sich bei DRUEY, Corporate Governance im Konzern – Ein Vorschlag, SZW 2012, 414 ff.

Aktienrechtsrevision geplante Einführung von Massnahmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit (Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans und zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in Art. 725, 725a E-OR¹³⁸) zu begrüssen.

Eine Haftung der Muttergesellschaft für eine unzureichende Kapitalausstattung der Tochtergesellschaft kann sich aus Art. 754 OR ergeben, wenn die herrschende Gesellschafterin in pflichtwidriger Weise als faktisches Organ Einfluss auf die Finanzierung der Tochtergesellschaft genommen hat. Eine pflichtwidrig herbeigeführte oder tolerierte Unterkapitalisierung stellt entgegen der bisherigen herrschenden Meinung keinen Fall der Durchgriffshaftung, sondern einen solchen der Verantwortlichkeit dar.

Denkbar ist eine Beistandspflicht der Muttergesellschaft, wenn sich eine solche aus einer Patronatserklärung, Garantie oder aus einem Aktionärsbindungsvertrag ergibt. Im Aktienrecht besteht keine, im GmbH-Recht nur eine an enge Voraussetzungen geknüpfte Nachschusspflicht. Die Treuepflicht eignet sich nicht, um Finanzierungs- oder Sanierungspflichten zu begründen. Zu Recht sieht sich der Gesetzgeber nicht dazu berufen, die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Darlehens aus dem deutschen Recht zu übernehmen.

¹³⁸ Entwurf zur Revision des Aktienrechts vom 23. November 2016, BBl 2017, 683; dazu Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, 463 f.