

*EuropaInstitut an der Universität Zürich*

*2. Tagung zum Konzernrecht: «Umstrukturierungen und Haftung im Konzern»*

*Zürich, 15. September 2021*

**u<sup>b</sup>**

b  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

# *Umstrukturierungen und Verantwortlichkeiten der Organe in Unternehmensgruppen*

von

***Peter V. Kunz***

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

[kunz@iwr.unibe.ch](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)

# *Inhalt*

---

- I. Vorbemerkungen
- II. Konzernrechtliche Grundlagen
- III. Spannungsfelder
- IV. Sorgfaltspflicht(en) in Einzelfällen
- V. Schlussbemerkungen

# *I. Vorbemerkungen*

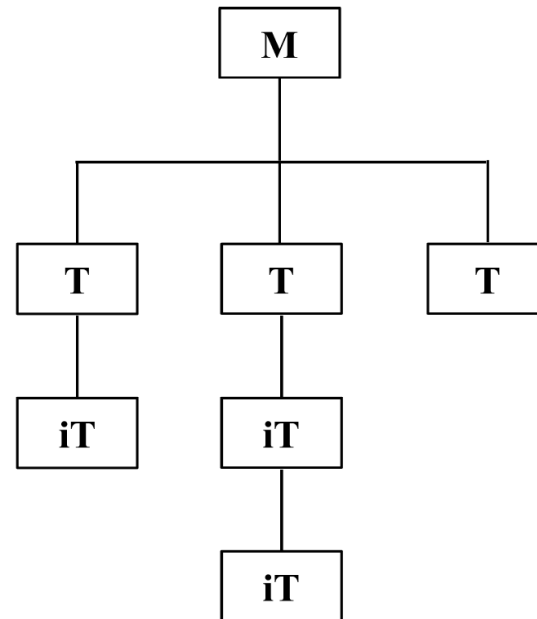
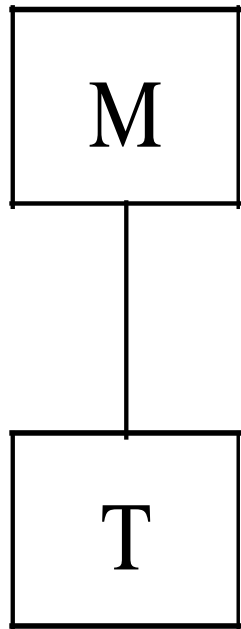
## **A. Was ist ein «Konzern»?**

- *Mehrzahl* von Unternehmungen (vgl. Skizzen, S. 4)
- Gesellschaften als solche haben *rechtliche Selbständigkeit*
- *einheitliche Leitung* («Konzernleitung»)

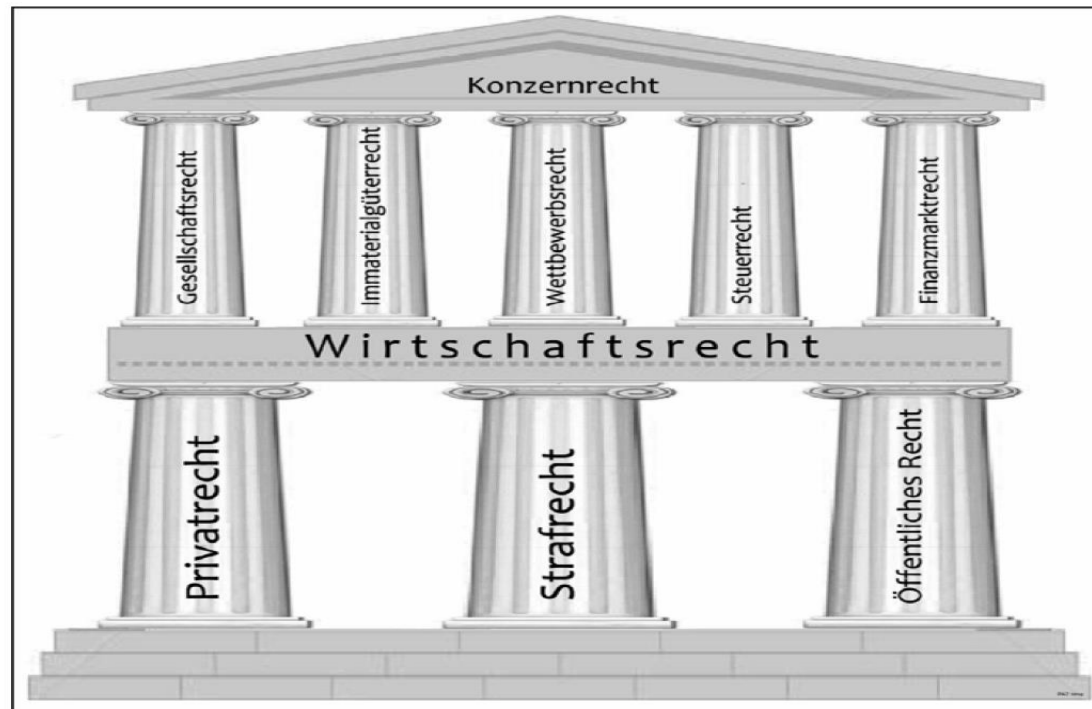
## **B. Was ist «Konzernrecht»?**

- Schweiz kennt *keine Konzernrechtskodifikation i.e.S.*
- *Rechtssetzungen* und *Rechtsanwendungen* machen Konzernrecht aus
- jüngst: *indirekter Gegenvorschlag* zur KVI – heute: Panel
- Konzernrecht stellt einen eigentlichen *Querschnittsbereich* dar (vgl. Skizze, S. 5)

# Was ist ein «Konzern»?



# Was ist «Konzernrecht»?



*Unbedingt kaufen...*



# I. Vorbemerkungen

---

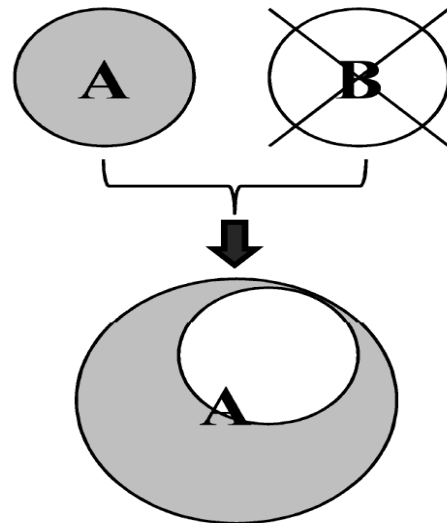
## C. Was sind «Umstrukturierungen»?

- Fehlen einer eigentlichen *Legaldefinition*
- *FusG*: vier Transaktionen (vgl. Skizzen, S. 7 – S. 10)
- Transaktionen *ausserhalb FusG*
- *Sanierungen* einzelner Konzerngesellschaften oder des «Konzerns»

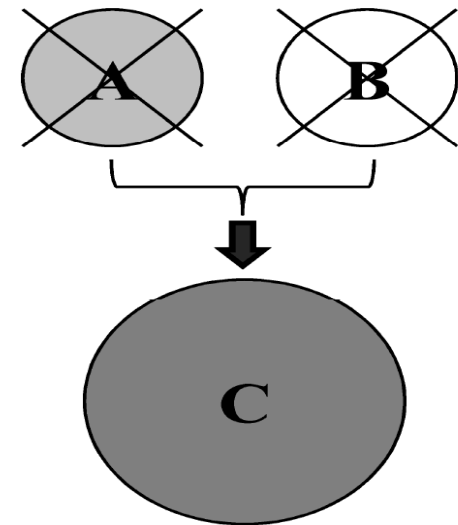
# *FusG-«Umstrukturierungen»*

## *Fusionen*

**Absorptionsfusion**



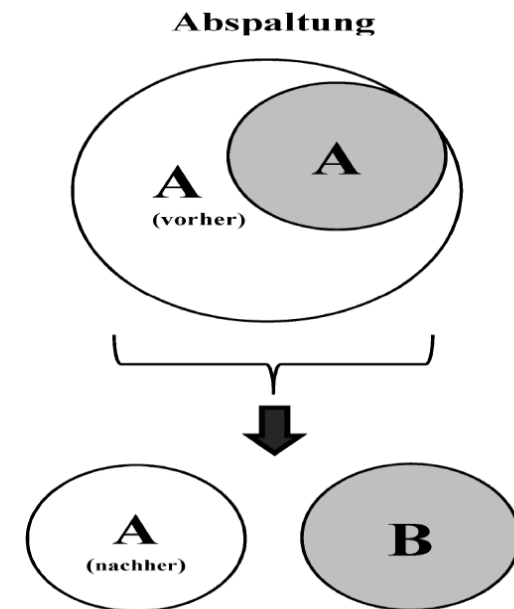
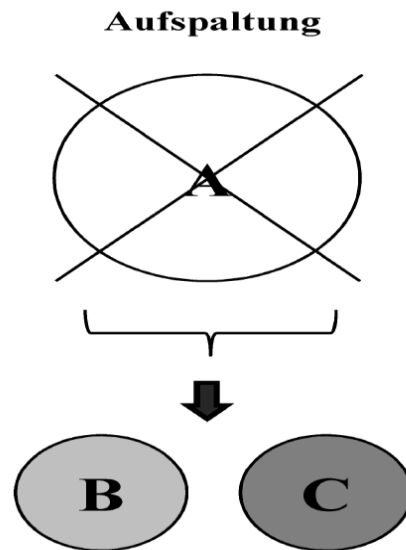
**Kombinationsfusion**





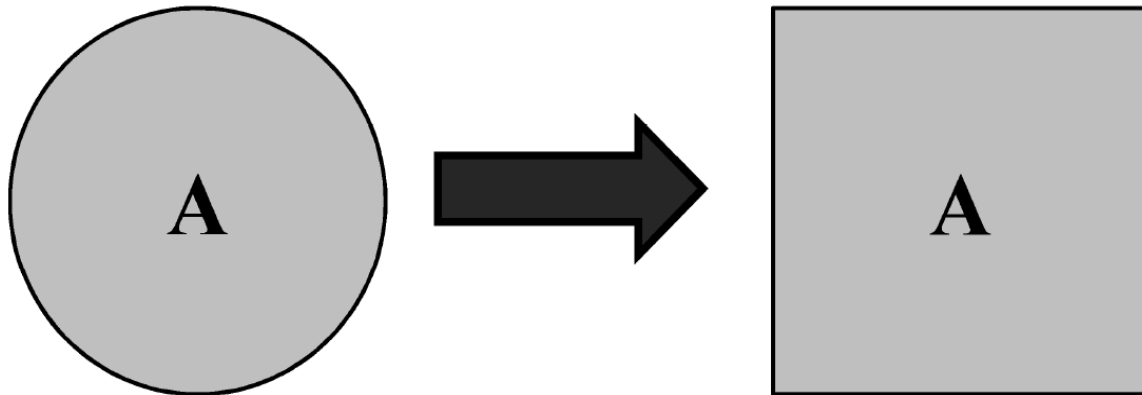
# *FusG-«Umstrukturierungen»*

## *Spaltungen*



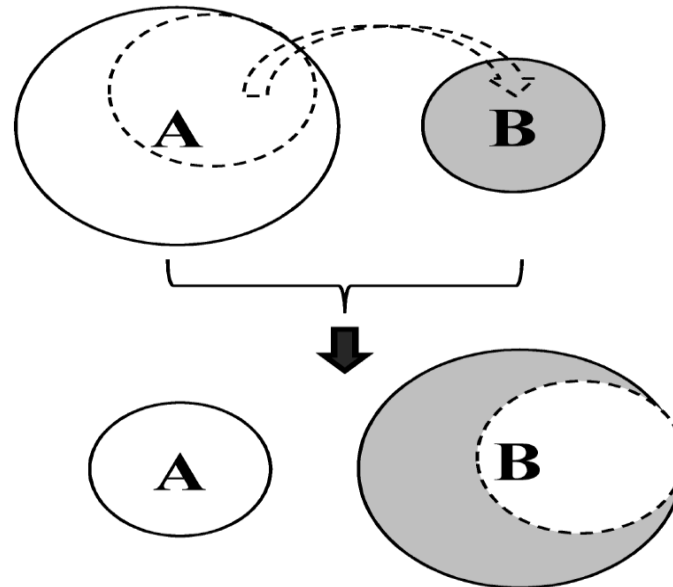
# *FusG-«Umstrukturierungen»*

## *Umwandlungen*



# *FusG-«Umstrukturierungen»*

## *Vermögensübertragungen*



## II. Konzernrechtliche Grundlagen

---

### A. Trennungsprinzip

- Einheit v. Vielheit: ungelöstes «*Paradoxon des Konzerns*»
- Grundsatz: *Einzelbetrachtung*, d.h. Trennungsprinzip
- Ausnahme (BGE 138 III 775 f.): *Gesamtbetrachtung* zulässig

### B. «Dealing at Arm's Length»

- *Verbot* von «*Privilegierungen*» oder von «*Benachteiligungen*» im Konzern
- Beispiel: Konzerndarlehen (Schriftform, Zinsen, Sicherung, Amortisation etc.)
- kritischer Bereich a priori: *Sanierung(ssituation)en* bei Konzernen

## II. Konzernrechtliche Grundlagen

---

### C. Konzernunternehmen

- *Obergesellschaft*: Wer kann leiten bzw. «beherrschen»?
- *Untergesellschaft*: Wer kann geleitet bzw. «beherrscht» werden?
- Fokus (und in Praxis überwiegend): «AG-Konzerne»

### D. Konzernstrukturperspektiven

- *Obergesellschaft*: VR u.a. mit «Konzernperspektive»
- *Untergesellschaft(en)*: mind. zwei konzernspezifische *Spannungsfelder*
- Folgen für jeweilige Sorgfaltspflichten
- Grundsatz: «Konzerninteressen» stellen *keine* «Verteidigung» dar

### III. Spannungsfelder

---

#### A. Herrschende Unternehmung

- *Doppelperspektive*: Obergesellschaft als solche und Konzern
- VR befindet sich im «driver's seat»: *Konzernleitung, Konzernstrategie* etc.

#### B. Abhängige Unternehmungen (generell im Konzern-Fokus)

- Problembereich 1: VR von Untergesellschaften in «*Sandwich*»-Position
- Problembereich 2: ev. «*freie Aktionäre*» erscheinen intensiv gefährdet

#### C. Interessenten und Interessenkonflikte

- AG vs. Aktionäre vs. Gläubiger; Beispiel: «*Squeeze-out Merger*»
- *Grundprinzipien* (v.a. Einzelbetrachtung und «*Dealing*») «lösen» Konflikte

## IV. Sorgfaltspflicht(en) in Einzelfällen

### A. Muttergesellschaft

- *Konzernstrategie*: inklusive Umstrukturierungen
- heikel: «Beeinflussung» durch Vorgaben (ev. *faktische Organschaft*)
- heikel: *Finanzierungen*

### B. Tochtergesellschaft(en)

- Re «*doppelter Pflichtenexus*»: Einrede des blossen «*Vollzugs*»?
- VR beachtet Priorität der Interessen der «*eigenen*» AG
- ev. «*Widerstandspflicht*»: Art. 706 f. OR, Art. 754 ff. OR, Art. 678 OR
- mittelbarer *Eigenschutz*: D&O-Versicherungen, «hold harmless» etc.

## IV. Sorgfaltspflicht(en) in Einzelfällen

### C. FusG-Transaktionen

- Beispiel re T-VR: primär zuständig für «*Legalitätskontrolle*»
- Beispiel re M-VR: «Wie werden wir in Tochter die «*freien Aktionäre*» los?»
- Thema: *erleichterte Fusion* – konzerninterne «Ausdehnung»?

### D. Transaktionen zu Sanierungszwecken

- Fokus der *Fremdkapitalfinanzierung*: *Darlehen* sowie *Besicherungen*
- heikel: «*up-stream*» sowie «*cross-stream*» – «*Dealing*» nötig
- weniger heikel: «*down-stream*» – ausser: *a priori hoffnungslose Sanierungen*



## V. *Schlussbemerkungen*

### 1. *(Un-)Möglichkeiten von Mutter-VR*

*Umstrukturierungen* bei Untergesellschaften sind Teil der *Konzernstrategie*, d.h. Obergesellschaft kann im Rahmen ihrer *Konzernleitung* – notabene als (Haupt-)Aktionärin – Transaktionen bei Untergesellschaften durchsetzen; Massstab ist die *gesellschaftsrechtliche Legalität*, weitergehende «Einmischungen» können *haftungsbegründend* sein (Beispiel: T-«Fusionsvorgaben» bei Raiffeisen).

### 2. *(Un-)Freiheiten von Tochter-VR*

Einzig legale «Verteidigung» ist die Beachtung von *Art. 717 OR* im Hinblick auf die «*eigene*» Tochtergesellschaft, denn «Einrede des Konzerninteresses» ist nicht wirksam, auch nicht im Hinblick auf «*angeordnete*» *Umstrukturierungen*; T-VR hat allenfalls eine *Widerstandspflicht* (Klagen, VR-Rücktritt etc.), in erster Linie wenn «*freie Aktionäre*» vorhanden sind.

### 3. *Indirekter Gegenvorschlag zur KVI*

Neu (wohl 2022) gilt Transparenz über *nichtfinanzielle Belange* für «Grossgesellschaften» im Rahmen von *Art. 964<sup>bis</sup> Abs. 1 nOR*: Umweltbelange (inkl. Tierschutz bzw. Tierversuche) und Menschenrechte etc.; dazu gehören ebenfalls «*Arbeitnehmerbelange*» (*Art. 964<sup>ter</sup> Abs. 1 nOR*), wodurch ev. *Umstrukturierungen* in der Berichterstattung zu thematisieren sind.

## *V. Schlussbemerkungen*

---



---

# Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

*Peter V. Kunz*

Universität Bern  
Institut für Wirtschaftsrecht  
Schanzeneckstrasse 1  
CH-3001 Bern  
Tel.: 031 / 684 55 88

[kunz@iwr.unibe.ch](mailto:kunz@iwr.unibe.ch)

[www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)