Universität St. Gallen
St. Galler Gesellschaftsrechtstag XII
Zürich, 27. Mai 2016

UNIVERSITÄT BERN

Verwaltungsräte in Konzerntochtergesellschaften – «Mission (Im-)possible»?

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)
Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

kunz@iwr.unibe.ch www.iwr.unibe.ch

Inhalt

UNIVERSITÄT BERN

I. Vorbemerkungen

II. Organisatorische Aspekte

III. Einige Rechtsfragen

IV. «Mission (to be?) Accomplished»

V. Schlussbemerkungen

1. Verortung

Konzernrecht
Gesellschaftsrecht
Immaterialgüterrecht
Wettbewerbsrecht
Steuerrecht
Finanzmarktrecht
Wirtschaftsrecht
Privatrecht
Strafrecht
Öffentliches Recht

2. Ausgangslage

➢ *Historie*

Die historischen Ursprünge von Unternehmensgruppen werden regelmässig in den *USA* lokalisiert; das Konzernrecht als solches wird hingegen auf *Deutschland* (1920er Jahre) zurückgeführt; als erste Unternehmensgruppe gilt der ***belgische Konzern*** **«Société des Pays-Bas»** aus dem Jahr 1822; im 19. Jahrhundert waren – insbesondere in den USA – Unternehmensgruppen sogar *verboten*.

➢ *Statistisches*

Konzerne sind *weder registerpflichtig noch registerfähig*, insofern kann deren Bestehen nicht durch öffentliche Register belegt werden, d.h. statistische Angaben sind etwas «spekulativ»; für die Schweiz wird geschätzt, dass ca. ***70% aller Körperschaften*** als Gruppenunternehmen qualifiziert werden können; ausserdem sind – so ist zu vermuten – praktisch ***sämtliche Publikumsgesellschaften*** konzerniert; *Aktiengesellschaften* stellen nach wie vor die zentralen Konzerngesellschaften dar – dieses Referat fokussiert sich ebenfalls auf AG.

3. Literatur (Herbst 2016)

1. Fragen zu Konzernstrukturen

➢ *Vertragskonzerne v. Beteiligungskonzerne*

In der Schweiz gibt es *fast keine* ***Vertragskonzerne*** (Ausnahme: «Clientis Gruppe») – teils wird sogar deren Illegalität unter schweizerischem Recht behauptet; es bestehen zwar durchaus *Vertragsnetze*, doch es geht dabei um andere Verträge («Unterwerfungsvertrag» etc.); in der Schweiz – anders als v.a. in *Deutschland* – dominieren hingegen ***Beteiligungskonzerne***.

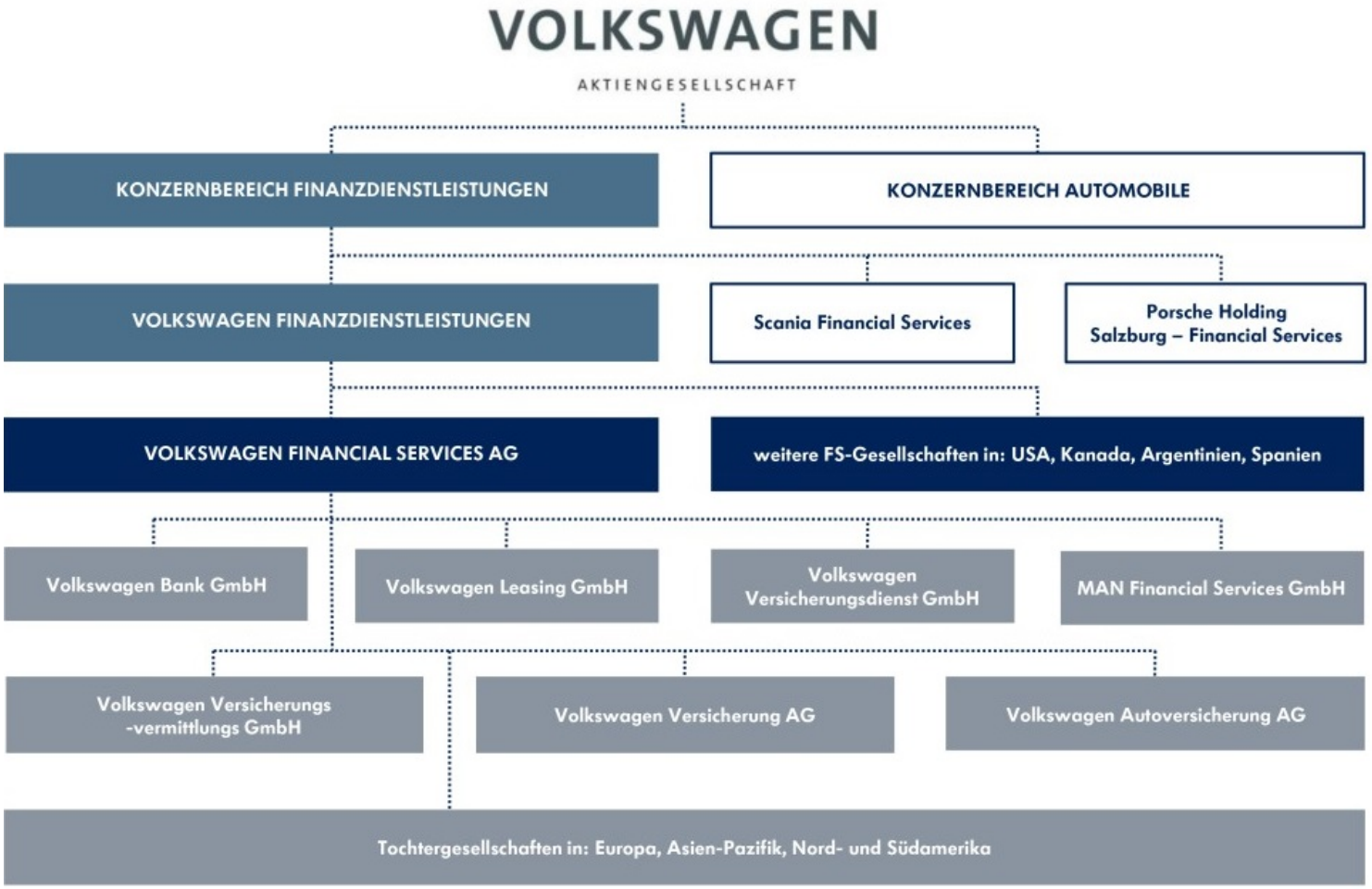
➢ *Anzahl von Gruppenunternehmen*

Es gibt eine ***Mindest****zahl* von Gruppenunternehmen (nämlich: 1 Obergesellschaft und mind. 1 Untergesellschaft); hingegen besteht ***keine Maximal****zahl*, d.h. teils liegen hunderte oder tausende Gruppengesellschaften vor (z.B. hatte «SAir Group» [«Swissair»] ca. 250 Unternehmen; US Bankenkonzern *«Citi Group»*: mehr als *10'000* Konzerngesellschaften).

➢ *Fundamentalhierarchien in Konzernen*

Zwei Hierarchiestufen müssen unterschieden werden: ***Obergesellschaft*** («Mutter» oder herrschende Unternehmung) sowie ***Untergesellschaft(en)*** («Töchter» oder abhängige Unternehmen).

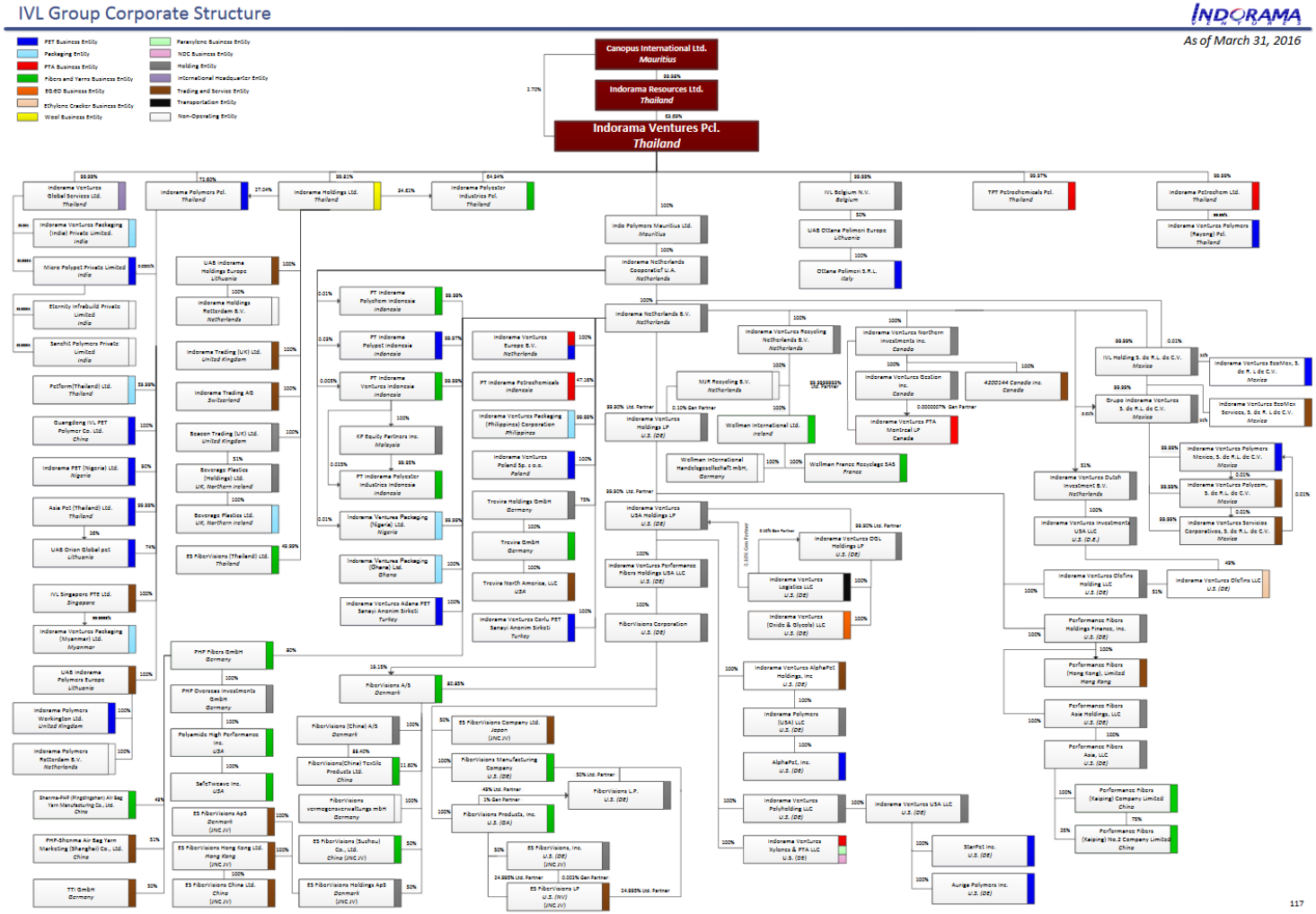
Organisatorische Aspekte



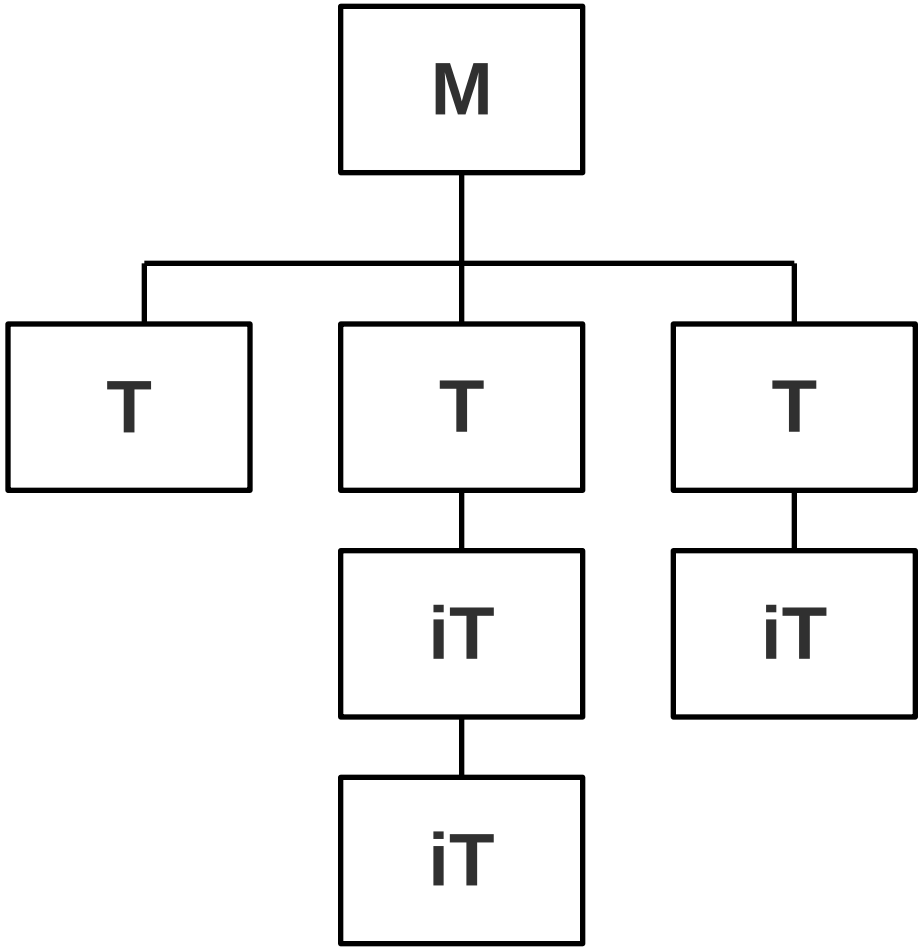
Quelle: Webseite VW Financial Service

Organisatorische Aspekte

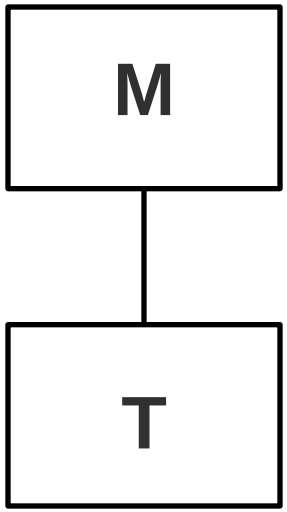
UNIVERSITÄT BERN



«Grundmodell»

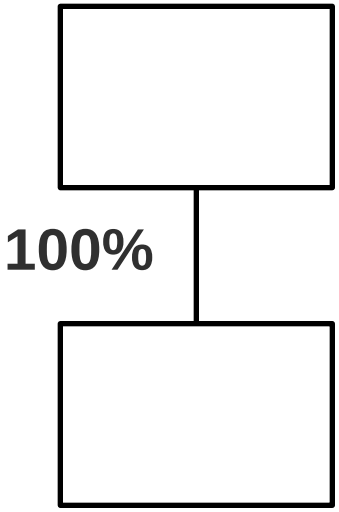


Minimalstruktur

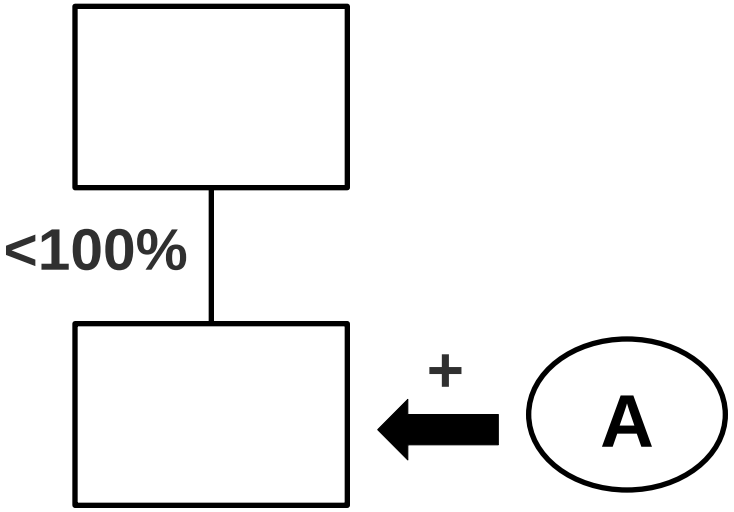


2. Beteiligungsszenarien

a) 100%-Beteiligung



b) Freie Gesellschafter



Organisatorische Aspekte

3. Beherrschung durch Personen

- ***Vertikale Integration***

  In der Schweiz vorherrschend sind ***vertikale Intergrationen***, d.h. die Obergesellschaft delegiert im Rahmen ihrer Konzernleitung *eigene Organe* (z.B. VRP, CEO, COO oder CFO) in Tochtergesellschaften «von oben nach unten» ab; durch solche ***Personalunionen*** wird die Beachtung von Konzerninteressen etc. sichergestellt.

- ***Horizontale Integration***

  Eher selten erfolgt in der Schweiz die Konzernintegration durch ***horizontale Integrationen***: Konzernleitung setzt *parallel bei Tochtergesellschaften* identische VR oder GL ein.

4. VR von Tochtergesellschaften

- ***Juristische Personen ausgeschlossen***

  Wählbarkeit in den VR: «Ist an der Gesellschaft [z.B. Tochter] eine *juristische Person* oder eine *Handelsgesellschaft* beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied des Verwaltungsrates wählbar; dagegen können an ihrer Stelle ***ihre Vertreter*** gewählt werden» (Art. 707 Abs. 3 OR).

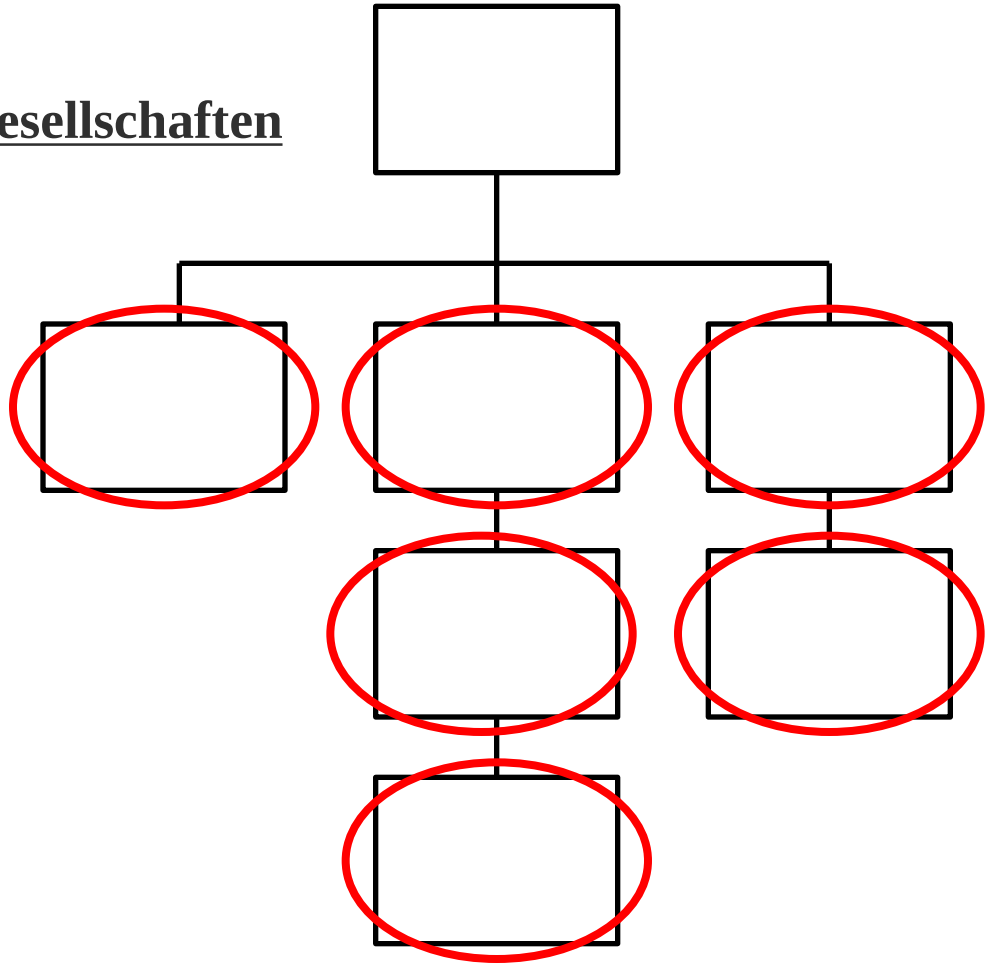
- ***Abhängige VR-Mitglieder***

  Als *«ihre Vertreter»* delegieren Obergesellschaften oftmals ***eigene Angestellte*** (z.B. den eigenen CEO); diese «Delegierten» bzw. «Vertreter» haben eine doppelte Rechtsgrundlage: sc. ***Wahl in VR*** der Tochter (= Gesellschaftsrecht) sowie ***Einzelarbeitsvertrag*** mit Mutter (= Vertragsrecht).

- ***Mehr oder weniger unabhängige («fiduziarische») VR-Mitglieder***

  Herrschende Unternehmung kann ihr ***«nahestehende» Nicht-Angestellte*** (z.B. ihr Rechtsanwalt) oder ***unabhängige Dritte*** delegieren; Probleme sind an sich gleich wie bei abhängigen VR-Mitgliedern, v.a. *mögliche Abberufung* bei «Nichtwohlverhalten» (Art. 705 OR).

4. VR in Tochtergesellschaften



1. Gesamtbetrachtung v. Einzelbetrachtung

- ***«Einheitstheorie» bzw. Gesamtbetrachtung***

  Es handelt sich um den wohl *zentralen Streitpunkt* des Konzernrechts («Paradoxon des Konzerns»), sozusagen ***«Einheit» v. «Vielheit»***; Gesamtbetrachtung wird v.a. von «Praktikern» betont bzw. gefordert; Gesamtbetrachtung stellt die *relativ seltene* ***Ausnahme*** dar; Konzerne haben denn auch *keine «Gesellschaftsform» i.e.S.* (immerhin ev. als einfache Gesellschaft qualifizierbar).

- ***Einzelbetrachtung***

  Im schweizerischen Konzernrecht stellt die Einzelbetrachtung den ***Grundsatz*** dar, d.h. *jede Konzerngesellschaft* muss ***individuell*** *betrachtet* werden (ebenso ihre Gesellschafter und Gläubiger), und zwar als rechtlich selbständiges Gebilde; *Bundesgericht*: BGE 138 II 61 Erw. 4.1.

- ***Durchbrechung des Trennungsprinzips***

  *Rechts**setzung*** (z.B. konsolidierte Jahresrechnung sowie Aufsichtsrecht) oder *Rechts**anwendung***: (als Beispiele) «Durchgriff», *kein Organisationsmangel* gemäss Art. 731*b* OR bei Doppelorganschaft oder ***keine Konzerneinrede*** bei Verantwortlichkeitsklage (Art. 754 ff. OR).

2. Konzerninteresse(n)?

- ***Theorie***

  Konzerninteresse ist ***primär konzernorientiertes*** *Interesse der* ***Ober****gesellschaft*, so dass es von der *Konzernleitung* umschrieben wird; in der Schweiz gibt es keine Legaldefinition zu «Konzerninteresse»; das *EU-Konzernrecht* soll sich künftig mit «Gruppeninteressen» beschäftigen.

- ***Praxis***

  Praxis der Gerichte setzt sich immer wieder mit der Thematik des Konzerninteresses auseinander (v.a. re Verantwortlichkeiten), wobei die Rechtsanwendung jeweils deren ***Vorrang ablehnt***:

  «Vorliegend ist die Klägerin [gemäss Art. 754 OR] durch die zu Gunsten der Konzernschwester erfolgte Gutschrift geschädigt worden. (…) Der Beklagte hat insoweit offensichtlich und für ihn erkennbar nicht im Interesse jener Gesellschaft gehandelt, deren Organ er ist. Er hat insoweit seine Treuepflicht gegenüber der Klägerin schuldhaft verletzt» (BGE 130 III 219 Erw. 2.2.2.).

3. VR-Mitglieder: «Doppelter Pflichtennexus»

- ***Perspektive auf Obergesellschaft***

  Herrschende Unternehmen delegieren nicht aus Gefälligkeit, sondern auf ***vertraglicher Basis***; in aller Regel geht es entweder um Einzelarbeitsverträge oder um Aufträge; insofern hat Arbeitnehmer bzw. Auftragnehmer eine ***Interessenwahrungspflicht*** *zugunsten der* ***Ober****gesellschaft*.

- ***Perspektive auf Untergesellschaft(en)***

  Wahl in VR gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR begründet ein ***gesellschaftsrechtliches*** Rechtsverhältnis, insbesondere Treue-, Sorgfalts- und Gleichbehandlungspflichten (Art. 717 OR), und zwar gegenüber der ***«eigenen» AG***; diese Pflichten haben ***Vorrang*** in Bezug auf die Pflichten gegenüber dem Konzern bzw. der Obergesellschaft.

- ***ausgewählte Problembereiche***

  Beispiel 1: ***Informationsprivilegierung*** *gegenüber Grossaktionär* (z.B. Muttergesellschaft): Problem betreffend Gleichbehandlungspflicht (Art. 717 Abs. 2 OR); Beispiel 2: ***konzerninterne Finanzierungen*** (z.B. Darlehen, Besicherungen [sc. Bürgschaften, Garantien, Patronatserklärungen] oder Zwischendividenden: Art. 717 Abs. 1 OR); Lösung = ***«Dealing at Arm's Length»***.

4. Rechtliche Risiken für VR-Mitglieder

- ***Privatrecht***

  Im Vordergrund steht die ***Haftungs- bzw. Verantwortlichkeitsfrage*** für VR in Tochtergesellschaften; eher unproblematisch erscheint die allfällige *Vertragshaftung* (Art. 97 ff. OR) gegenüber Mutter; heikler ist *Verantwortlichkeitsklage* (Art. 754 ff. OR) – «doppelter Pflichtennexus» steht klarerweise im ***Spannungsverhältnis*** *zu Art. 717 OR*; unklar: Bedeutung der *BJR*.

- ***Strafrecht***

  Beispiele: *Konzerninterne Vermögensverschiebungen* (ungesicherte Schwesterdarlehen etc.) könnten im Einzelfall als ***ungetreue Geschäftsbesorgung*** gemäss Art. 158 StGB qualifiziert werden; *Informationen an Mutter* könnten allenfalls eingestuft werden als ***Geschäftsgeheimnisverletzung*** (Art. 162 StGB).

- ***ev. Aufsichtsrecht***

  Sollte *Tochter*gesellschaft einer ***Aufsicht*** unterstehen, drohen ausserdem ***disziplinarische*** *Massnahmen* (beispielsweise ein *«Gewährsbrief» der FINMA* an ein VR-Mitglied einer Tochter).

«Mission (to be?) Accomplished»

1. Business Judgment Rule

➢ *BJR im Allgemeinen*

Doktrin und Praxis ***bestätigen BJR*** nunmehr auch in der Schweiz (z.B. BGE 139 III 24), d.h. ein *Abwehrmittel* insbesondere gegen *privatrechtliche* ***Verantwortlichkeitsklagen*** wird anerkannt; m.E. könnten und sollten jedoch *Grundsatzfragen* zur BJR gestellt werden.

➢ *BJR im Besonderen*

Es ist nicht ganz klar, *ob und inwiefern* die ***BJR bei Konzernsachverhalten*** zur spezifischen Anwendung gelangt; das Bundesgericht scheint in Zusammenhang mit Unternehmensgruppen tatsächlich einen ***strengeren*** *Massstab* anzuwenden (BGE 4A_74/2012: Erw. 5.1.) – m.E. kommt dies nur, aber immerhin, in *Frage im* ***Verhältnis von Obergesellschaft zu Untergesellschaft***, hingegen *nicht generell* zwischen Konzerngesellschaften.

2. Konzernklauseln

- ***Statuten (= Untergesellschaft)***

  Beispiel für ***statutarische Konzernklausel***: «Die Gesellschaft [= Tochter] kann ihren direkten oder indirekten Muttergesellschaften sowie deren oder ihren direkten oder indirekten Tochtergesellschaften Darlehen oder andere Finanzierungen aller Art gewähren und für Verbindlichkeiten von solchen anderen Gesellschaften Sicherheiten aller Art stellen, insbesondere in Form von Garantien, Pfändern, Globalzessionen, Sicherungsübereignungen, Sicherungsabtretungen und Schadloshaltungserklärungen, ob entgeltlich oder nicht. Die Gesellschaft darf zu diesem Zweck auch im Interesse des Konzerns oder einzelner ihrer Konzerngesellschaften handeln».

- ***Rechtliche Bedeutung***

  Nebst *vertraglichen Konzernklauseln* gibt es (seltener) ***statutarische*** *Konzernklauseln* bei Tochtergesellschaften; dadurch wird z.B. die *Vertretungsmacht von VR* bei abhängigen Gesellschaften ***erweitert*** (Art. 718*a* Abs. 1 OR) – und ev. ***Pflichtwidrigkeiten*** im Rahmen von Art. 717 OR *etwas «aufgeweicht»*, weil der ***Zweck*** *der Tochter* mit solchen Statutenklauseln dahingehend revidiert wird, sie ***«in den Dienst»*** der Mutter oder des Konzerns zu stellen.

3. Mögliche «Freizeichnungen»

- ***Vertragliche Absicherungsmöglichkeiten***

  Auf der einen Seite eine ***«Hold harmless»-Klausel*** (im Mandatsvertrag des Externen oder im Einzelarbeitsvertrag des Doppelorgans); auf der anderen Seite eine ***D&O-Versicherung*** für den VR der Tochtergesellschaft.

- ***Problemübersicht***

  Klage gegen ***Muttergesellschaft*** auf «Hilfe» (z.B. Bezahlung von Anwaltskosten) kann schwierig sein, gerade etwa bei Sitz im Ausland; ***D&O-Versicherung*** *deckt nicht* basierend auf AGB; *Zeitverlust* sowie *emotionaler* Aufwand bei Verantwortlichkeitsprozessen; ***Reputationsverlust*** (Medien) bei Strafverfahren etc.

«Mission (to be?) Accomplished»

4. Nancy Reagan…

- ***«Nancy Reagan-Defense»***

  First Lady *Nancy Reagan* war Vorsitzende der *US-Antidrogen Kampagne* und prägte das entsprechende Bonmot: ***«Just Say No»*** – dies wurde in der Doktrin im Zusammenhang mit unfreundlichen öffentlichen Übernahmen bzw. *«Unfriendly Takeovers»* thematisiert.

- ***Realität und Wunsch(denken)***

  Aus *Angst vor möglicher* ***Abberufung***: «Ein Wunsch, eine Empfehlung, ja ein blosser Hinweis der Konzernleitung ist den Leitungsorganen der abhängigen Gesellschaft Befehl» (R. von Büren); damit entstehen indes *Risiken*; das ***sicherste*** *Verhalten für VR von Tochter*gesellschaften: ***«Just Say No»***!

Schlussbemerkungen

Schlussbemerkungen

UNIVERSITÄT BERN

1. ***Problem 1: aktuelles Konzernrecht in der Schweiz***

Das *heutige Konzernrecht* erscheint oftmals *etwas zufällig*, zumindest im Bereich der Rechts*setzung* (Ausnahme immerhin: Konzernfinanzmarktrecht); deshalb dominiert die Rechts*anwendung* immer stärker die Wirtschaftsrealität von Unternehmensgruppen; die unangenehme ***«Sandwich»-Position*** von VR in Tochtergesellschaften könnte aber *nur* ***de lege ferenda*** *«gelöst»* werden.

2. ***Problem 2: VR in Tochtergesellschaften***

Ein *VR-Mandat* in einer *abhängigen* Gesellschaft sollte *nicht leichtfertig* übernommen werden, weil ***zahlreiche Risiken*** drohen: z.B. «permanenter Streit» mit (verständnisloser) Konzernmutter, Strafanzeigen, Verantwortlichkeitsklagen; ein solches *«Sandwich» kann ungeniessbar* sein.

3. ***Und zur Ausgangsfrage: «Mission (Im-)possible»?***

Jein, doch die *praktischen «Lösungsvorschläge»* der Wirtschaftsrealität – wie beispielsweise «Freizeichnungen» (vertragliches «Hold harmless» etc.) – sind blosse *«Hilfskonstruktionen»*, die in der Praxis mehr Fragen offen lassen als beantworten; im Vordergrund stehen: ***«Dealing at Arm's Length»*** sowie ***statutarische Konzernklauseln*** – und: ***«Nancy Reagan»***…

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch