
Konzernrecht

Vorlesung an der Universität Bern
Sommersemester 1999

Aufgezeichnet und bearbeitet von

Marcel Küchler

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis	IV
Konzernrecht	1
1 Begriff und Aufbau	1
1.1 Begriff und Aufbau des Konzerns	1
1.2 Abgrenzung des Konzerns von anderen Erscheinungsformen	4
2 Die Konzernbildung	7
2.1 Motive für die Konzernbildung	7
2.2 Entstehung eines Konzerns	8
2.3 Arten von Konzernen	9
2.4 Mögliche Strukturen eines Konzerns	10
2.5 Die Führung im Konzern	11
2.6 Rechtsformunabhängige Anforderungen an Konzernunternehmen	13
3 Der Aktienrechtskonzern.....	15
3.1 Die Rechtsform des herrschenden Unternehmens als massgebliche Anknüpfung	15
3.2 Konzernzweck und Zweck des abhängigen Unternehmens	15
3.3 Publizität im Konzern	16
3.4 Weitere konzernspezifische Normen im Aktienrecht	19
3.5 Der Minderheitenschutz im Konzern	20
3.6 Gläubigerschutz im Konzern	25
3.7 Die verdeckte Gewinnausschüttung.....	28
3.8 Die Haftung des herrschenden Unternehmens im Konzern.....	29
3.9 Der Konzern im Börsenrecht	37
4 Der Konzern mit Konzernunternehmen in anderer Rechtsform.....	42
4.1 Die GmbH im Konzern	42
4.2 Der Genossenschaftskonzern	45
4.3 Vereine und Stiftungen im Konzern.....	47
4.4 Personengesellschaften im Konzern.....	48
5 Der Konzern im Steuerrecht	50
5.1 Beteiligungsabzug, Holding- und Domizilprivileg.....	50
5.2 Die Steuerfolgen bei Gewinnverschiebungen im Konzern.....	51
6 Der Konzern im Kartellrecht	53
6.1 Konzerne und Wettbewerbsabreden.....	53
6.2 Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen	53
6.3 Konzern und Unternehmenszusammenschlüsse	55

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgabenrecht
AT	Allgemeiner Teil
BankG	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, SR 952.0
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung), SR 952.02
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1
BEHV	Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, SR 943.02
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
BT	Besonderer Teil
BewG	BG vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, SR 211.412.41 (Lex Friedrich)
DBG	BG vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag, in der Fassung des Vertrags von Amsterdam)
EU	Europäische Gemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FER	Fachkommission für Empfehlungen zur Rechnungslegung
FS	Festschrift
FusG	VE zu einem BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) vom November 1997
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GU	Gemeinschaftsunternehmen (Jointventure)
GwG	BG vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz), SR 955.0
HR I	Vorlesungsskript Handelsrecht I (SS 1998)
HR II	Vorlesungsskript Handelsrecht II: Gesellschaftsrecht (WS 1998/99)

HRV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937, SR 221.411
IAS	International Accounting Standards
ICC	International Chamber of Commerce
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
KG	BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251
KR	Kotierungsreglement der Schweizer Börse vom 24. Januar 1996.
MWStV	Verordnung vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer, SR 641.201
MSchG	BG vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz), SR 232.11
N	Randnote
NPM	New public management
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
pp	per procura
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RevV	Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren (RevV), SR 221.302
SchKG	BG vom 11. April 1889 über die Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
SEGA	Schweizerische Effekten-Giro AG (www.sega.ch)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StHG	BG vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14
SWX	Swiss Exchange – Die Schweizer Börse (www.swx.ch)
UEV-UEK	Verordnung vom 21. Juli 1997 der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung-UEK), SR 954.195.1
UWG	BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Literaturverzeichnis

- BÄR ROLF, Neuerungen im revidierten Aktienrecht, BN 1992, S. 391 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, Darstellung für den Praktiker, 2. Aufl., Zürich 1996. [zit. BÖCKLI]
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, Basel und Frankfurt a.M. 1997. [zit. VON BÜREN, Konzern]
- ders. (Hrsg.), Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998.
- ders., Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, S. 47 ff.
- ders., Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, ZBJV 131 (1995), S. 57 ff.
- VON BÜREN ROLAND/BÄHLER THOMAS, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 1996, S. 391 ff.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996. [zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL]
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2., neubearb. und stark erw. Aufl., Zürich 1987.
- ders., Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 64 (1992), S. 58 ff.
- ders., Zwei Jahre revidiertes Aktienrecht, Zehn Beobachtungen, Der Schweizer Treuhänder 68 (1994), S. 869 ff.
- RAINER GONZENBACH, Von rührender Schlichtheit, Walt Disney-Schweinchen und losgetretenen Lawinen – oder der Richter als Gesetzgeber des Konzernrechts?, in: Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 107 ff.
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991 (bzw. veränderter Nachdruck 1995, enthält das Separatum „Grundzüge des schweizerischen Aktienrechts“ von DRUEY).
- HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel 1994 (zit. OR-BEARBEITER).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998. [zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER]

PEDRAZZINI MARIO M./VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998. [zit. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH]

SCHLUEP WALTER, R., Prolegomena zur wirtschaftsrechtlichen Beurteilung von Börsengesetzen, in: SZW Sondernummer 1997, S. 3 ff.

SCHNYDER ANTON K., Art. 663e Obligationenrecht und seine Bedeutung für das schweizerische Konzernrecht, in: Aktienrecht 1992 - 1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 333 ff.

Konzernrecht

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 23 N 32 ff.; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, Basel und Frankfurt a.M. 1997; ders., Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, S. 47 ff.; HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994; (deutsches) Aktiengesetz vom 6. September 1965, §§ 15-22 und 291-338; HR II, 6.

1 *Begriff und Aufbau*

1.1 **Begriff und Aufbau des Konzerns**

VON BÜREN, Konzern, S. 78 ff.

Konzerne sind eine „Erfindung“ der Praxis; während langer Zeit fand sich im Gesetz keine Regelung. Und selbst nach der Aktienrechtsrevision von 1992 kennt das schweizerische Recht kein eigentliches Konzernrecht, obwohl (nach Schätzungen DRUEYS) ca. zwei Drittel des schweizerischen Bruttosozialproduktes von Konzernen erarbeitet wird. Nur einzelne Gesetzesbestimmungen enthalten punktuelle Regeln zu einzelnen Teilaspekten, und in einigen Erlassen wird der Konzern einfach vorausgesetzt: Art. 663e ff. OR: Definition des Konzerns und Pflicht zur Konzernrechnung; BEHG; Art. 6 BewG (Lex Friedrich): Vermutung über das Vorliegen der Beherrschung einer juristischen Person; Art. 4, 9 ff. KG: Def. des marktbeherrschenden Unternehmens, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; BankG bzw. Art. 23a BankV: Konzernrechnung; MSchG: Konzernmarke; Art. 17 III MWStV: Umschreibung des Konzerns, Gruppenbesteuerung; Art. 69 ff., 70 V DBG: Beteiligungsabzug, ungerechtfertigte Steuerersparnis in Konzernen; Art. 28 I, II, III StHG: Beteiligungsabzug, Holdingprivileg, Domizilprivileg u.a.

Konzerne sind ein globales Phänomen, sie halten sich nicht an nationale Grenzen – abhängige Gesellschaften werden dort gegründet, wo für die angestrebte Tätigkeit die besten Voraussetzungen bestehen. Und auch das Konzernrecht selbst – soweit man von einem solchen sprechen will – sprengt alle juristischen Grenzen: Das Handelsrecht, das Gesellschaftsrecht, das Steuerrecht, das öffentliche Recht und andere Rechtsgebiete spielen hier eine bedeutende Rolle.

1.1.1 **Die gesetzliche Umschreibung im Aktienrecht**

Die Konzernbegriffe in den einzelnen Erlassen gehen auseinander. Vorliegend soll auf die Definition des Aktienrechts abgestellt werden. Nach dieser Definition ist ein Konzern dann gegeben, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst (Art. 663e I OR).

Charakteristisch für den Konzern ist demnach das Zusammentreffen von wirtschaftlicher Einheit (des Konzerns) bei gleichzeitiger juristischer Selbständigkeit (der zum

Konzern zusammengefassten Gesellschaften), welche beiden Faktoren immer wieder zu Widersprüchen und Kollisionen führen können.

1.1.2 Terminologie

VON BÜREN, Konzern, S. 11 ff.

Bezüglich der Begriffe, die im Zusammenhang mit dem Konzern verwendet werden, herrscht eine grosse Vielfalt und ein grosses Durcheinander (Muttergesellschaften, Tochtergesellschaften, Obergesellschaften, Untergesellschaften, Schwestergesellschaften usw.). Deshalb sollen hier nur die folgenden Begriffe verwendet werden:

A) Konzern

Als Konzern gilt die Gesamtheit der unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung stehenden, juristisch selbständigen Unternehmen.

B) Herrschendes Unternehmen (Konzernleitung)

Als herrschendes Unternehmen oder Konzernleitung wird im Folgenden jenes Unternehmen bezeichnet, welches die Steuerung des gesamten Konzerns, d.h. die Durchsetzung der einheitlichen Leitung, tatsächlich wahrnimmt.

C) Abhängiges Unternehmen

Die dem Willen der Konzernleitung unterworfenen Unternehmen werden abhängige Unternehmen genannt. Dies sind praktisch nur juristische Personen.

D) Konzernunternehmen

Als Konzernunternehmen gelten die einzelnen Glieder des Konzerns, welche zusammen den Konzern bilden, d.h. das herrschende sowie alle unter seiner wirtschaftlichen Leitung stehenden abhängigen Unternehmen.

1.1.3 Die Elemente des Konzerns

A) Die Unternehmenszusammenfassung

Ein Tatbestandsmerkmal des Konzern ist die tatsächliche Beherrschung „durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise“. Die blosse Möglichkeit der Beherrschung reicht nicht aus, sie muss tatsächlich ausgeübt werden.^{1,2}

a) Die Beherrschung durch Beteiligung

Die Beherrschung kann erfolgen durch Besitz der Aktienmehrheit bzw. einer bedeutenden Beteiligung (in der Schweiz die nahezu ausschliessliche Form der Beherrschung im Konzern); sicher möglich bei 100%, aber auch schon bei 50,01% u.ä. (wobei allerdings die Sperrminorität von Art. 704 OR bei wichtigen Beschlüssen zu beachten ist); der be-

¹ Die Familie Sacher beispielsweise beherrscht Roche durch ihre Beteiligungen nicht und bildet deshalb auch keinen Konzern, obwohl sie die Möglichkeit der Beherrschung durchaus hätte.

² Im Unterschied dazu greift die Fusionskontrolle bereits ein, wenn die blosse Möglichkeit der Beherrschung besteht (Kontrollerwerb [Art. 4 III lit. b KG; Art. 1 VKU]). Vgl. auch HR I, S. 113 ff.

herrschende Einfluss kann aber auch schon bei einer bedeutenden Minderheitsbeteiligung (z.B. 20%) gegeben sein, wenn alle übrigen Aktien breit gestreut sind und nicht mit „organisiertem Widerstand“ zu rechnen ist.³

b) Die Beherrschung durch personelle Verflechtung

Die Beherrschung kann erfolgen durch Personen, d.h. personelle Verflechtungen wie die Identität von Verwaltungsräten in zwei Unternehmen, das Entsenden der Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder oder der Geschäftsleitung, welche Möglichkeit der Beherrschung natürlich weniger stabil ist als diejenige durch eine Beteiligung. Allerdings ist die Geschäftsleitung durch ihren täglichen Kontakt mit dem Geschäftsgang als eigentliches Zentrum der Macht in einer Gesellschaft oder einem Konzern anzusehen, sie hat einen sehr grossen Einfluss auch auf die Generalversammlung und den Verwaltungsrat.⁴

c) Die Beherrschung durch Vertrag

Die Beherrschung kann erfolgen durch Vertrag zwischen dem beherrschenden und dem abhängigen Unternehmen, in dem sich dieses verpflichtet, sich jenem zu unterwerfen (Vertragskonzern; vgl. unten 2.3.1).

d) Die Beherrschung durch wirtschaftliche Abhängigkeit

Die Beherrschung kann erfolgen durch wirtschaftliche Abhängigkeit (z.B. über gewährte Darlehen, überlassene Immaterialgüterrechte und Lizenzverträge⁵); eine Gesellschaft kann ihre wirtschaftliche Macht zur Beherrschung einer andern Gesellschaft benutzen.⁶

B) Die Durchsetzung einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung

In der Realität kommen diese Formen der Beherrschung kaum in reiner Form vor – Mischformen sind die Regel, d.h. Einfluss durch Beteiligung, aber auch durch personelle Verflechtung und wirtschaftliche Abhängigkeit. Im Fall von Übernahmen verbleiben meist Minderheiten, sodass keine 100%ige Beteiligung erreicht wird (vgl. aber HR II, 3.3.7C) und 4.6).

Die effektive Durchsetzung kann verschieden intensiv geschehen, je nach Zentralisierungsgrad des Konzerns. Von einer blossen, strategischen Zielvorgabe bis hin zur völligen Beherrschung in allen geschäftlichen Belangen.⁷ Entscheidend für das Vorliegen

³ Die wichtigsten Schwellen sind demnach 10 (Einberufungsrecht, Sonderprüfung), $33\frac{1}{3}$ (Sperrminorität für wichtige Beschlüsse), 50 (Mehrheitsbeteiligung) und $66\frac{2}{3}$ (alle Beschlüsse möglich) Prozent der Stimmrechte. Das Erreichen, Über- oder Unterschreiten ist denn auch nach Art. 20 BEHG meldepflichtig.

⁴ Zur Problematik des Doppelmandates Verwaltungsratspräsident und oberstes Mitglied der Geschäftsleitung vgl. HR II, 3.3.4B)c)i) und Fn. 50.

⁵ So kann beispielsweise ein Unternehmen, welches für die ganze Schweiz die Alleinvertretung eines bestimmten Produktes erhalten hat, in grosse Abhängigkeit geraten, wenn der Lizenzgeber droht, den Vertrag zu kündigen, welcher für die Existenz des Unternehmens von grösster Bedeutung ist.

⁶ Hacco Gümligen beispielsweise ist zwar ein „selbständiges“ Unternehmen, produziert aber fast ausschliesslich für die Migros und ist dadurch von dieser wirtschaftlich völlig abhängig.

⁷ Verschiedene Zentralisierungsgrade können sogar innerhalb ein und desselben Konzerns auftreten: Bei Nestlé ist der Finanzbereich sehr stark zentralisiert, hier müssen die Konzernunternehmen sich

eines Konzerns ist jedoch, dass das konzernierte Unternehmen seine wirtschaftlichen Grundentscheidungen nicht selbst treffen kann, sondern sich nach den Weisungen der Konzernleitung richten muss.

Der Nachweis der tatsächlichen Beherrschung kann oft schwierig sein, da die Beherrschung meist „sehr höflich“ (z.B. durch einen Telefonanruf: „Wir würden uns freuen, wenn Sie ...“) erfolgt. Das kann gerade in Haftungsfragen dazu führen, dass in der Beweiskette eine erhebliche Lücke klafft. Eine (widerlegbare) Vermutungskaskade wie sie das deutsche Recht in den §§ 16-18 AktG im Falle einer Mehrheitsbeteiligung für das Vorliegen eines Konzerns kennt, wäre hier zu begrüßen.⁸

1.2 Abgrenzung des Konzerns von anderen Erscheinungsformen

VON BÜREN, Konzern, S. 16 ff.

1.2.1 Holding

Eine Holding ist ein Unternehmen, dessen Zweck hauptsächlich darin besteht, Beteiligungen an anderen Unternehmen dauerhaft zu halten. Der Begriff der Holding stammt aus dem Steuerrecht, welches mittels des sog. Holdingprivilegs eine steuerliche Mehrfachbelastung (d.h. Besteuerung von Ertrag und Vermögen zunächst bei der gehaltenen Gesellschaft und anschliessend noch einmal bei der Holdinggesellschaft) eliminieren oder zumindest stark mildern will (Art. 28 II StHG).

Die Holding bildet keinen Konzern, da sie ihre Beteiligungen nicht zur Beherrschung der gehaltenen Unternehmen nutzt; sie nimmt keine Konzernleitungsfunktion wahr.

Anlageholding: reine Holding zur Verwaltung von Beteiligungen und Investitionen in Unternehmen.

Konzernleitungsholding: Holding, in der zugleich die Geschäftsleitung eines Konzerns sitzt.

Gemischte Holding: Eine Holding, die neben der Verwaltung von Beteiligungen auch operative Tätigkeiten ausübt (und so nicht in den Genuss des vollen Holdingprivilegs kommt).

1.2.2 Akquisition

Eine Akquisition ist die Übernahme von Beteiligungen oder Aktiven und Passiven eines Unternehmens. Führt nicht zwingend zur Konzernierung, da Unternehmen auch gekauft werden, ohne dass sie anschliessend in den Konzern (oder das kaufende Unternehmen) integriert werden (z.B. Wander durch Sandoz).

völlig nach den Vorgaben der Konzernleitung richten, während im operationellen Bereich die Struktur eher dezentral ist.

⁸ Vgl. auch Art. 6 II, III BewG.

1.2.3 Fusion

Durch eine Fusion (zumindest eine echte) entsteht kein Konzern, da die fusionierenden Unternehmen anschliessend auch eine juristische Einheit bilden (vgl. HR II, 5.1.1).

1.2.4 Jointventure (Gemeinschaftsunternehmen, GU)

Ein Gemeinschaftsunternehmen ist ein Unternehmen, welches von zwei oder mehreren Partnern gegründet wird, um z.B. erhebliche unternehmerische Risiken oder die Kosten, die für einen Marktteilnehmer allein in einem bestimmten Bereich (Produktion, Lagerung, Vertrieb, Forschung und Entwicklung) zu hoch sind, zu teilen. Am Verhältnis der beiden beteiligten Unternehmen zueinander ändert sich nichts – sie bilden zusammen keinen Konzern.

Wem allerdings das Gemeinschaftsunternehmen zuzuordnen ist, kommt auf die konkreten Verhältnisse an. Einerseits kommt dasjenige Unternehmen in Frage, welches am Gemeinschaftsunternehmen eine Mehrheitsbeteiligung hält, andererseits jenes, welches den grössten Einfluss im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung geltend machen kann. Problematisch sind diejenigen Fälle, in denen sowohl die Beteiligungen wie auch die Vertretung im Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung paritätisch ausgestaltet sind (und dem Verwaltungsratspräsidenten kein Stichtscheid zukommt). Die Lehre ist sich uneins: Die einen verneinen das Vorliegen eines Konzernunternehmens, die andern ordnen das Gemeinschaftsunternehmen bei totaler Parität beiden als abhängiges Unternehmen zu (sodass es beide konsolidieren müssen, wie der deutsche BGH entschied). In der Realität wird dies jedoch ein seltener Fall sein, da meist irgendjemand in Entscheidungen das letzte Wort hat bzw. haben muss.

1.2.5 Kartell

HR I, S. 107 ff.

Als Kartelle (Wettbewerbsabreden) gelten rechtlich erzwingbare oder rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (Verträge, Statuten von Verbänden oder Vereinen, Verbandsempfehlungen usf.) sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von rechtlich und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 I KG; vgl. auch unten 6).

Kartelle bilden folglich deshalb keinen Konzern, weil Wettbewerbsabreden gerade im Übrigen rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten wollen. Umgekehrt können innerhalb eines Konzerns keine unerlaubten Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellrechts getroffen werden, da hier gerade kein Wettbewerb herrscht, der beschränkt werden könnte. Innerhalb eines Konzerns sind deshalb grundsätzlich alle denkbaren Abreden erlaubt.

Aufgrund dieser Tatsache – welche einen starken Druck auf die Unternehmen ausübt, Konzerne zu bilden, um der Wettbewerbskontrolle zu entkommen – kennt das Wettbewerbsrecht neben der Kontrolle unzulässiger Wettbewerbsabreden zusätzlich die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrolle).

1.2.6 Zweigniederlassung / Betriebsstätte

Zweigniederlassungen⁹ geniessen zwar eine gewisse wirtschaftliche Autonomie, jedoch nur innerhalb eines bestimmten juristischen Ganzen, d.h. die Zweigniederlassung hat keine juristische Selbständigkeit, womit eines der Kriterien für das Vorliegen eines Konzerns fehlt (Art. 663e I OR).

Eine Betriebsstätte (Begriff aus dem Steuerrecht) ist ein örtlich abgetrennter Teil des Unternehmens (z.B. die Produktionsstätte oder Lagerhallen), der im Unterschied zur Zweigniederlassung über keine wirtschaftliche Autonomie verfügt.

⁹ Vgl. HR I, 2.1.4.

2 Die Konzernbildung

2.1 Motive für die Konzernbildung

VON BÜREN, Konzern, S. 32 ff.

2.1.1 Wirtschaftspolitische Gründe

Übernationale Unternehmen sind Spieler auf dem durch den Abbau von Handelschranken nunmehr weltumspannenden Markt, die ohne Rücksicht auf nationale Befindlichkeiten die sich bietenden Standortvorteile (Steuern, Arbeit, Ausbildung usf.) ausnutzen.

Wo weiterhin Handelsschranken bestehen, können diese durch die Gründung abhängiger Unternehmen in den jeweiligen Märkten umgangen werden. Diese Unternehmen unterstehen vollständig dem Recht des jeweiligen Staates und geniessen dessen Vor- und Nachteile.

2.1.2 Betriebswirtschaftliche Gründe

Konzerne werden zum einen gebildet, weil so in vertikalen Strukturen die Zwischengewinne der verschiedenen Wirtschaftsstufen eliminiert werden können (der zum Konzern gehörende Zulieferer muss auf seine Produkte keine Gewinnmargen schlagen).

Auf der horizontalen Ebene zum andern – d.h. bei Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe – sind insbesondere Rationalisierung und Zusammenlegung von Produktion (Skalenerträge¹⁰), Logistik (Lieferung just in time), Forschung¹¹ usf. Antrieb zur Konzernbildung. Verschiedene Einheiten können so zu betriebswirtschaftlich optimalen Gebilden zusammengefasst werden (Beschaffung, Lagerung). Nicht zu vergessen die Vorteile grosser Marktmacht z.B. beim Aushandeln günstiger Konditionen.

Vorteile bringen oft auch zentrale Strategien (z.B. weltweit einheitlicher Auftritt) und der zentrale Mitteleinsatz (Kapital, Wissen, Arbeit). Andererseits kann dort, wo an nationale Empfindlichkeit nicht gerührt werden soll, eine Anpassung an die jeweilige Umgebung vorgenommen werden.

¹⁰ Der Begriff der Skalenerträge (economy of scales) drückt die Beziehung zwischen den Kosten (pro Stück) und der produzierten Menge aus: je grösser die Anzahl der produzierten Menge ist, desto kleiner werden die Stückkosten. Dieser betriebswirtschaftliche Wunderbegriff hat allerdings heute seinen Glanz erheblich eingebüsst, da man feststellen musste, dass mit zunehmender Menge die Stückkosten auch wieder grösser werden können (weil z.B. für die grössere Menge zusätzliche Investitionen nötig sind), und dass grosse Produktionseinheiten für Spezialanfertigungen in kleineren Mengen zu wenig flexibel sind usf.

¹¹ So verwenden z.B. Roche und Novartis um die 18% ihres Umsatzes für Forschungszwecke; die Forschung im Pharmabereich erfordert derart grosse Investitionen, dass diese für viele kleinere Unternehmen zu gross wären. Zu Forschung und Wettbewerb siehe auch HR I, Anhang: Innovation und Wettbewerb, p. xxvii ff.

2.1.3 Steuerrecht

Der steuerrechtliche Antrieb zur Bildung von Konzernen besteht insbesondere im Beteiligungsabzug (Art. 28 I StHG, Art. 69 DBG), dem Holdingprivileg (Art. 28 II StHG) und dem Domizilprivileg (Art. 28 III StHG), d.h. der Möglichkeit für eine Holdinggesellschaft bzw. ein herrschendes Unternehmen, Beteiligungen (nahezu) steuerneutral zu halten. Die Erträge aus den Beteiligungen werden in diesem Fall nicht auf jeder Stufe voll versteuert, sondern nur bei der untersten Konzerngesellschaft (vgl. unten 5). Ein weiterer steuerlicher Vorteil besteht darin, dass die Holdinggesellschaft ihren Sitz irgendwo haben kann, vorzugsweise in einem steuergünstigen Land oder Kanton.

2.1.4 Kartellrecht

Innerhalb von Konzernen greift, da hier kein Wettbewerb herrscht, das Kartellrecht nicht. Vgl. dazu die Ausführungen oben 1.2.5 und unten 6.

2.1.5 Gesellschaftsrechtliche Gründe

Ein wichtiger Grund für die Beibehaltung der juristischen Selbständigkeit der Konzernunternehmen ist darin zu erblicken, dass grundsätzlich die einzelnen Unternehmen nur mit ihrem eigenen Vermögen als Haftungssubstrat für ihre Verbindlichkeiten haften. Der Konzernierung kommt also auch die Funktion der Haftungsbeschränkung zu (gleich den Schotten eines Schiffes); wenn ein Konzernunternehmen in Konkurs fällt, betrifft dies die übrigen Unternehmen des Konzerns nicht. Für diesen Vorteil sind die Konzerne auch bereit, höhere Kosten in Kauf zu nehmen (z.B. Doppelbesteuerung von Gewinnen usf.).

2.2 Entstehung eines Konzerns

VON BÜREN, Konzern, S. 39 ff.

2.2.1 Endogener Konzernaufbau

Ein Konzern entsteht endogen, d.h. aus sich selbst heraus, wenn eine Gesellschaft selber neue, zu 100% abhängige Konzerngesellschaften gründet. Diese traditionelle Entstehungsart herrscht meist in den Anfangsphasen des Konzerns vor.

2.2.2 Exogener Konzernaufbau

Als exogen wird das Konzernwachstum bezeichnet, wenn es sich durch den Zukauf bereits bestehender, bis anhin unabhängiger Unternehmen vollzieht. Ein solches Wachstum kennzeichnet meist einen schon grösseren, fortgeschritteneren Konzern und ist heute die wichtigere Art der Konzernierung.

An sich könnte der Zukauf (Akquisition) bestehender Unternehmen durch die Übernahme ihrer Aktiven und Passiven erfolgen (was keinen Konzern, sondern die Vergrößerung des Unternehmens zur Folge hätte). Da aber eine solche Übernahme wegen der

erforderlichen Einzelsukzessionen (von Sachen und Forderungen)¹² viel zu aufwendig ist, werden in der Regel einfach Mehrheitsbeteiligungen erworben und die „gekauften Unternehmen“ konzerniert.

Des Weiteren kann ein anderes Unternehmen durch Fusion (wobei zumindest die echte nicht zu einem Konzern führt, weil am Ende eine juristische Einheit entsteht), Jointventures oder Konzernvertrag unter den Einfluss eines beherrschenden Unternehmens gestellt werden.

2.3 Arten von Konzernen

VON BÜREN, Konzern, S. 28 ff.

2.3.1 Vertragskonzerne und faktische Konzerne

Vertragskonzerne sind z.B. in Deutschland häufig; die Unternehmenszusammenfassung beruht hier auf einem Vertrag, der die Verhältnisse der konzernierten Unternehmen regelt (Beherrschungsverträge, Gewinnabführungsverträge, Stimmbindungsverträge, Betriebsführungsverträge usw.). Faktische Konzerne liegen vor, wenn die Beherrschung auf einem faktischen Machtverhältnis beruht (in erster Linie durch Beteiligungen bzw. Ausübung des Mehrheitsstimmrechts, wirtschaftliche Abhängigkeit, personelle Verknüpfungen usw.).

2.3.2 Unterordnungs- und Gleichordnungskonzerne / Einheitliche und körperschaftliche Konzerne

Der Unterordnungskonzern (oder einheitlicher Konzern) ist ein Konzern, in welchem ein beherrschendes Unternehmen abhängige Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zusammenfasst, ohne dass diese Unternehmen dazu ihr Einverständnis gegeben hätten.

Anders im Gleichordnungskonzern: hier stellen sich mehrere gleichberechtigte Unternehmen freiwillig unter eine einheitliche wirtschaftliche Leitung. Ganz ähnlich der körperschaftliche Konzern, bei dem die abhängigen Unternehmen die Mitglieder bzw. Gesellschafter des beherrschenden Unternehmens sind, welches seinerseits die einheitliche wirtschaftliche Leitung durchsetzt. In der Schweiz sind dies vor allem die Genossenschaftskonzerne, welche aber aufgrund des Kopfstimmrechts in der Genossenschaft ziemlich labile Gebilde sind. Eine Beherrschung gegen den Willen der andern Mitglieder ist kaum möglich.

2.3.3 Horizontale und vertikale Konzerne

Horizontale Konzerne bestehen aus Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe (z.B. die Fenaco besteht aus lauter landwirtschaftlichen Genossenschaften), vertikale hingegen aus solchen verschiedener Wirtschaftsstufen (z.B. Unternehmen des Vertriebes und der Produktion).

¹² Art. 181 OR regelt nur die einheitliche Übernahme von Schulden nicht aber eine Gesamtübernahme

2.3.4 Diagonale oder konglomerale Konzerne

Von einem diagonalen oder konglomeralen Konzern spricht man, wenn der Konzern nicht nur aus Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen besteht, sondern aus Unternehmen verschiedener Wirtschaftszweige.¹³

2.4 Mögliche Strukturen eines Konzerns

VON BÜREN, Konzern, S. 50 ff.

Die Ausgestaltung eines Konzerns kann – innerhalb der Grenzen des Gesetzes (Art. 20 OR) – beliebig vorgenommen werden. Konzerne sind einem ständigen Wandel unterworfen, da sie sich entwickeln und ihrer jeweiligen Umwelt anpassen. Die folgenden Typen kommen also kaum in reiner Form vor, ermöglichen aber eine gewisse Orientierung. Die Reihenfolge entspricht der historischen Entwicklung eines Konzerns.

2.4.1 Die Stammhauslösung

Wenn Stammhaus, Konzernleitung und Holdinggesellschaft in ein und derselben Gesellschaft vereinigt sind, spricht man von Stammhauslösung. Eine solche ist typisch für Konzerne im Anfangsstadium: Eine Gesellschaft gründet irgendwo ein Tochterunternehmen, an dem sie zu 100% beteiligt ist. Der Verwaltungsrat des herrschenden Unternehmens nimmt zugleich die operative Leitung dieses abhängigen Unternehmens wahr.

Eine solche Konstruktion wird aber bald zu eng; sobald verschiedene abhängige Unternehmen bestehen, können die Konzerngesellschaften nicht mehr optimal geführt werden. Der Verwaltungsrat des Stammhauses kann sich nicht gleichzeitig um das Heimgeschäft und um die Geschäfte in verschiedenen Weltteilen kümmern. Deshalb wird oft auch das Stammhaus aus dem herrschenden Unternehmen ausgegliedert und erhält den gleichen Status wie die andern Konzerngesellschaften. Der Verwaltungsrat des herrschenden Unternehmens kann sich danach allein um die operativen Fragen des Konzerns kümmern und muss sich nicht mehr zugleich um die Leitung eines einzelnen Unternehmens kümmern.

2.4.2 Die Holdinglösung

Die Ausgliederung der Beteiligungen in eine eigene Gesellschaft erfolgt bei Vergrößerung des Konzerns meist aus steuerlichen Gründen, d.h. wegen des Holdingprivilegs (vgl. oben 1.2.1 und 2.1.3). Die Konzernleitung bleibt dabei meist im ehemaligen Stammhaus zurück (denn die Kosten der Konzernleitung senken dessen Gewinn). Sie befindet sich damit in einem eigentlich von der Holdinggesellschaft abhängigen Unternehmen; mit den nötigen Vollmachten kann sie aber jederzeit über die vollen Stimmrechte der Beteiligungen verfügen.

von Forderungen und Sachen.

¹³ Vgl. dazu 2.4.4 und Fn. 14.

2.4.3 Konzerne mit einer separaten Managementgesellschaft

Wird auch die Holdinglösung zu unbeweglich, kann die Konzernleitung in ein eigenes abhängiges Unternehmen ausgegliedert werden, um nur noch den Konzern und nicht mehr auch die Geschäfte des Stammhauses zu leiten.

Die Holding verbleibt als reine Beteiligungsgesellschaft mit den entsprechenden Aufgaben: Dividenden der Konzerngesellschaften einziehen, Kapitalerhöhungen, Liquidationen und Neugründungen vornehmen usf.

Dass auch hier die Konzernleitung in einem eigentlich abhängigen Unternehmen sitzt, ist nicht entscheidend. Sie muss nur – z.B. über die potentielle Möglichkeit der Ausübung der Stimmrechte der Beteiligung durch eine Vollmacht – über die nötige Macht verfügen, den abhängigen Unternehmen Weisungen zu erteilen.

2.4.4 Divisionale Konzernstruktur

Viele Grosskonzerne gliedern sich heute in voneinander unabhängige Divisionen¹⁴ mit eigener Konzernleitung. Der Holdinggesellschaft bleiben allein die bereits genannten Funktionen (vgl. oben 2.4.2). Einer obersten Konzernleitung verbleiben nur die ganz zentralen Konzernleitungsfunktionen wie Personalplanung für die obersten Führungsetagen, Finanzen und Finanzplanung, Konzernplanung usf. (vgl. unten 2.5.3).

2.5 Die Führung im Konzern

2.5.1 Das Recht auf Leitung des Konzerns

Die einheitliche wirtschaftlichen Leitung (vgl. oben 1.1.1) wird durch die Führung im Konzern erreicht. Da das Gesetz in Art. 663e I OR die Konzernbildung ausdrücklich vorsieht, ist demnach auch die Führung im Konzern, d.h. die Ausübung von Konzernleitungsmacht zulässig.

Eine Grenze des Rechts auf Leitung eines Konzerns liegt im konkreten Fall im Zweck (Zweckartikel in den Statuten) des herrschenden Unternehmens. Sieht der Zweckartikel des herrschenden Unternehmens die Leitung eines Konzerns nicht vor, werden die Organe allenfalls persönlich haftbar (Art. 718a I OR). Die andere Grenze bildet der Rahmen der Rechtsordnung: hier sind bei den abhängigen Unternehmen die Bestimmungen des Minderheitenschutzes, das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre und der Gläubigerschutz zu beachten. Denn trotz der Konzernierung bleiben die abhängigen Unternehmen juristisch selbständig, was bedeutet, dass die Regeln ihrer Rechtsform zu beachten sind.

2.5.2 Das Bestehen einer Konzernleitungspflicht

Eine Pflicht zur Konzernleitungspflicht kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Hingegen können die Statuten einer Aktiengesellschaft vorschreiben (oder allenfalls nur als Möglichkeit erlauben), dass gewisse (risikoreiche) Tätigkeiten in eine eigene, ab-

¹⁴ Novartis z.B. in die Bereiche Pharma, Ernährung, Saatgut usf.

hängige Gesellschaft ausgelagert werden; woraus für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung eine Konzernleitungspflicht folgt, sobald dieses abhängige Unternehmen gegründet worden ist.

2.5.3 Aufgaben der Konzernleitung

Dem Gesetz ist aber auch nichts über die minimalen Aufgaben der Konzernleitung zu entnehmen. Auf der einen Seite sind die Aufgaben der Konzernleitung durch das Recht begrenzt, sie kann sich nicht ausserhalb des Rahmens des Gesetzes bewegen. Andererseits muss die Leitung aber jene Intensität erreichen, welche die wirtschaftliche Einheit entstehen lässt, die erst den Konzern ausmacht.¹⁵

Damit lassen sich folgende Kriterien formulieren, welche für eine einheitliche Leitung sprechen:

- Strategische Zielvorgaben für den Gesamtkonzern und allenfalls Konkretisierung für jedes abhängige Unternehmen;
- Festlegung der Struktur des Konzerns (Reglemente);
- Vorgaben für die personelle Besetzung der Geschäftsleitungen der abhängigen Unternehmen;
- Organisation des Finanz- und Rechnungswesens (Zuteilung der finanziellen Mittel, Ausstattung der abhängigen Unternehmen mit Eigenkapital, Fremdkapital usw.);
- Aufbau einer institutionalisierten Überwachung (Weisungen, Kontrolle, Korrektur).

Diese Aufgaben decken sich weitgehend – wenn auch auf einer höheren Ebene – mit den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft (Art. 716a OR). Neben diesen minimalen Anforderungen nimmt die Konzernleitung oft weitere Aufgaben wahr:

- Detaillierte Zielvorgaben für die Konzernunternehmen;
- Erbringen zentraler Dienstleistungen, welche für das einzelne Konzernunternehmen zu teuer wären (Forschung und Entwicklung, EDV, Recht, zentrales Marketing usw.);
- zentrale Verwaltung der Immaterialgüterrechte (dies insbesondere aus steuerlichen Gründen, da den Konzernunternehmen in Form der Verpflichtung zu Lizenzgebühren ein Transfertitel für Geldüberweisungen an das herrschende Unternehmen zur Verfügung steht und so ihr Gewinn geschmälert wird).

¹⁵ Keine Führung in diesem Sinne stellen z.B. Anforderungen an die abhängigen Unternehmen über die Höhe der auszuschüttenden Dividende dar. Diese Funktion kommt auch einer reinen Holdinggesellschaft zu.

2.6 Rechtsformunabhängige Anforderungen an Konzernunternehmen

VON BÜREN, Konzern, S. 73 ff., 197 ff.

Die Führung eines Konzerns beinhaltet immer auch die Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Unternehmens (Art. 52 ff. HRV: eine Konzern bedarf wohl stets einer geordneten Buchführung). Ein herrschendes Unternehmen muss also in eine dafür geeignete und erlaubte Rechtsform gekleidet sein (vgl. unten 2.6.1).

Auf der andern Seite müssen abhängige Unternehmen beherrschbar sein, einem Dritten unterstellt werden können (vgl. unten 2.6.2). Vgl. auch unten 4.

2.6.1 Unternehmensqualität als Voraussetzung für das herrschende Unternehmen

In der Praxis ist die Aktiengesellschaft als herrschendes Unternehmen die Regel. Aber auch die GmbH und – mit gewissen Einschränkungen – die Genossenschaft kommen in Frage, wie auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Sogar Vereine (sofern der Vereinszweck nicht wirtschaftlich ist und die beherrschten Unternehmen als blosse „Geldmaschinen“ im Dienst eines ideellen Vereinszwecks stehen) und Stiftungen (sofern der Stiftungszweck dies vorsieht) können die beherrschende Stellung im Konzern einnehmen.

Eine gesetzliche Regelung (d.h. eine Pflicht zur konsolidierten Jahresrechnung [Art. 663e OR]) kennen allerdings nur die Aktiengesellschaft und – über Verweise auf das Aktienrecht – die GmbH (Art. 805 OR) und gewisse Genossenschaften (Kreditgenossenschaften und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften [Art. 858 II OR]). In den übrigen Fällen besteht keine Konsolidierungspflicht!

Allein die einfache Gesellschaft eignet sich nicht als herrschendes Unternehmen im Konzern. Denn sobald eine einfache Gesellschaft ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, finden die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft Anwendung (vgl. HR II, 2.1).

2.6.2 Die Beherrschbarkeit als Voraussetzung für das abhängige Unternehmen

Als abhängige Unternehmen eignen sich hingegen bloss die Aktiengesellschaft (als die weitaus am häufigsten genutzte Rechtsform), die GmbH und gewisse Genossenschaften.

Bereits die Genossenschaft als abhängiges Unternehmen ist problematisch, denn alle Genossenschafter haben eine gleiche Stimme (*one man one vote*). Aus diesem Grund kann eine Genossenschaft nur mit dem Willen aller übrigen bzw. nicht gegen den Willen der übrigen Genossenschafter durch eine andere Gesellschaft beherrscht werden. In der Praxis funktioniert dies nicht immer gut; zudem bestehen erhebliche Mängel, was die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung betrifft.¹⁶

¹⁶ Vgl. Art. 921 ff. OR: Genossenschaftsverbände als typische Genossenschaftskonzerne.

Unternehmen anderer Rechtsform können nicht als abhängige Unternehmen eingesetzt werden: Die Personengesellschaften nicht, weil sie nicht über finanzielle Beteiligungen zu beherrschen sind – es müssten die Gesellschafter selbst beherrscht werden; der Verein nicht, weil er für die Vereinsmitglieder nicht einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen darf; die Stiftung nicht, weil sie durch ihren Zweck beherrscht wird und nicht durch den Stiftungsrat (welcher zusätzlich durch eine öffentliche Aufsichtsbehörde kontrolliert wird).¹⁷ Und die einfache Gesellschaft darf ihrerseits kein kaufmännisches Gewerbe betreiben.

¹⁷ Denkbar sind für Vereine, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften wirtschaftliche Abhängigkeit, vertragliche Bindung und personelle Verflechtungen. Doch müssen dazu die minimalen Aufgaben kommen (vgl. unten 2.5.3), welche das herrschende Unternehmen übernehmen muss, damit von einer Konzernierung überhaupt gesprochen werden kann, was wohl eher selten der Fall sein wird.

3 Der Aktienrechtskonzern

3.1 Die Rechtsform des herrschenden Unternehmens als massgebliche Anknüpfung

VON BÜREN, Konzern, S. 77 ff.

Der Begriff Aktienrechtskonzern wird dann verwendet, wenn das herrschende Unternehmen – wovon meistens ausgegangen werden kann – eine Aktiengesellschaft ist. Welche Rechtsform die abhängigen Unternehmen haben, spielt hingegen keine Rolle; in der Regel werden es ebenfalls Aktiengesellschaften sein.

Die Rechnungslegungsvorschriften der Art. 663e ff. OR gelten denn auch nur für Aktienrechtskonzerne (und über Verweise für Kommandit-Aktiengesellschaften [Art. 764 II OR], die GmbH [Art. 805 OR], Kredit- und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften [Art. 858 II OR]).

3.2 Konzernzweck und Zweck des abhängigen Unternehmens

VON BÜREN, Konzern, S. 85 ff.

Wird ein bisher unabhängiges Unternehmen durch Kontrollübernahme in einen Konzern eingegliedert, fragt sich, wie sich diese Eingliederung auf seinen Zweck auswirkt? Zu unterscheiden sind hier der thematische Zweck (Umschreibung des vorgesehenen Tätigkeitsfeldes der Gesellschaft [Art. 626 Ziff. 2 OR]) und der Endzweck (Entscheid über Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft [Art. 706 II Ziff. 4 OR]).¹⁸

3.2.1 Thematischer Zweck

Ob bei einer Konzernierung der thematische Zweck einer Gesellschaft geändert werden muss, hängt von der künftigen Tätigkeit des Unternehmens im Rahmen des Konzerns ab. Soll das Unternehmen seine bisherige Tätigkeit im Rahmen des Konzern weiterführen (z.B. ein Nahrungsmittelhersteller, der durch Nestlé übernommen wird), bedarf die Konzernierung wohl keiner Zweckänderung. Anders wenn der Konzern dem Unternehmen neue Aufgabenbereiche zuweist, oder wenn der Zweck des zu konzernierenden Unternehmens seine Unabhängigkeit vorschreibt.

Die Änderung des Gesellschaftszwecks fällt unter die wichtigen Beschlüsse nach Art. 704 OR. Die Konzernleitung muss demnach über mindestens zwei Drittel aller Stimmen und (besonders wichtig bei Stimmrechtsaktien) die absolute Mehrheit der Aktienwerte besitzen, wenn sie die Zweckänderung gegen den Willen aller übrigen Aktionäre durchsetzen will.

Wird der Gesellschaftszweck – obwohl dies nötig wäre – nicht geändert, können die Organe der Gesellschaft, wenn sie gegen den Zweck Weisungen der Konzernleitung

¹⁸ Soweit die Statuten über den Endzweck des Unternehmens nichts enthalten, wird Gewinnstrebigkeit angenommen. Eine Änderung bedarf der Zustimmung aller Aktionäre (Art. 706 II Ziff. 4 OR).

ausführen, bei Schäden verantwortlich gemacht werden (Art. 754 i.V.m. 717 OR).¹⁹ Zudem umfasst die Vertretungsmacht der Vertreter der Gesellschaft nur jene Rechtsgeschäfte, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (Art. 718a OR), so dass sie für darüber hinaus gehende Rechtsgeschäfte selber haften (Art. 39 I aber i.V.m. 722 OR).²⁰

3.2.2 Endzweck

Durch die Konzernierung ändert sich u.U. auch die Gewinnstrebigkeit der bisher freien Gesellschaft. Ein abhängiges Unternehmen erwirtschaftet Gewinn (insbesondere aus steuerrechtlichen Gründen: Holdingprivileg) nicht mehr für sich selbst, sondern für den Konzern bzw. das herrschende Unternehmen.

In den meisten Fällen wird die Gewinnstrebigkeit nicht vollständig aufgehoben, doch ist zumindest zu prüfen, ob nicht immerhin eine Zweckänderung nach Art. 704 I Ziff. 1 OR vorgenommen werden muss.

Fliesst hingegen alles Geld im Konzern nach oben, bedarf dies der Aufhebung der Gewinnstrebigkeit, der alle Aktionäre zuzustimmen haben (Art. 706 II Ziff. 4 OR). (Problemlos ist dies in zu 100% abhängigen Unternehmen; in Unternehmen mit Minderheitsaktionären kann die nötige Zustimmung schwierig sein – allenfalls könnten diese Aktionäre z.B. mit Aktien des herrschenden Unternehmens entschädigt werden.

3.3 Publizität im Konzern

VON BÜREN, Konzern, S. 90 ff.

3.3.1 Die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung

A) Die Erfassung des Konzerns als wirtschaftliche Einheit

Konsolidierung bedeutet nicht, einfach alle Zahlen der zum Konzern gehörenden Unternehmen zu addieren. Vielmehr sind konzerninterne Transaktionen zu neutralisieren und so darzustellen, als wäre der Konzern ein einziges Unternehmen: insbesondere Forderungen und Schulden der Gesellschaften untereinander; Beteiligungswerte und das entsprechende Eigenkapital der Gesellschaften; konzerninterne Aufwendungen und Erträge (aus Lieferungen und Leistungen, Zinsen oder Lizenzgebühren zwischen den Gesellschaften); Dividenden von konsolidierten Gesellschaften.²¹

Das BEHG (Art. 8 III BEHG i.V.m. Art. 66 f. KR) und das BankG (Art. 6 BankG i.V.m. Art. 23a, 25d ff. BankV) sehen für Konzerne zusätzlich verschärfte Rechnungslegungsvorschriften vor. International kotierte Grosskonzerne gehen regelmässig über

¹⁹ Zur Verantwortlichkeit vgl. auch HR II, 3.3.7D).

²⁰ Der durch die fehlende Vertretungsmacht Geschädigte kann demnach sowohl auf den vollmachtlosen Vertreter wie auch auf die Gesellschaft selbst greifen. Die Gesellschaft kann ihrerseits auf den „Vertreter“ Rückgriff nehmen. Dieser kann, soweit er im Rahmen der Weisungen der Konzernleitung gehandelt hat, seinen Schaden wiederum nach Art. 402 OR auf den Konzern abwälzen.

²¹ Vgl. auch Anhang II des KR der Schweizer Börse.

diese Anforderungen hinaus, da z.B. für die amerikanische Börse noch schärfere Vorschriften gelten.

B) Die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichteten Unternehmen

Zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind zunächst einmal nur herrschende Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die in der Form der Aktiengesellschaft (oder – aufgrund der Verweise auf das Aktienrecht – der Kommandit-Aktiengesellschaft, der GmbH oder gewisser Genossenschaften) organisiert sind (Art. 663e I OR).

Sodann sind nur Konzerne einer bestimmten Grössenordnung verpflichtet, eine Konzernrechnung zu erstellen (Art. 663a II OR): Ein herrschendes Unternehmen ist von der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung befreit, wenn es zusammen mit seinen abhängigen Unternehmen zwei der folgenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht überschreitet:

- eine Bilanzsumme von 10 Millionen Franken;
- einen Umsatzerlös von 20 Millionen Franken;
- und 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.

Ist ein Konzern nach diesen Kriterien nicht zur Konsolidierung verpflichtet, kann diese Pflicht aufgrund gewisser Gegenausnahmen dennoch bestehen (Art. 663e III OR), wenn:

- die Gesellschaft den Kapitalmarkt in Anspruch nimmt, d.h. Anleiensobligationen ausstehen hat oder an der Börse kotiert ist;
- Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen;
- dies für eine zuverlässige Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage notwendig ist.

Alle andern herrschenden Unternehmen (d.h. solche anderer Rechtsform) sind zu einer Konzernrechnung nicht verpflichtet.

C) Die zu konsolidierenden abhängigen Unternehmen

Unterkonzerne (z.B. in divisonalen Konzernstrukturen; vgl. oben 2.4.4) sind grundsätzlich nicht verpflichtet, eine Konzernrechnung zu erstellen (Art. 663f I OR). Sie sind jedoch dazu verpflichtet, wenn sie ihre Jahresrechnung veröffentlichen müssen, d.h. Anleiensobligationen ausstehen haben oder an der Börse kotiert sind (Art. 697h I OR), oder wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen (Art. 663f II OR).

3.3.2 Die Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Beteiligungsverhältnisse

Im Anhang der Jahresrechnung sind nach Aktienrecht alle Beteiligungen, „die für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich sind“ aufzuführen (Art. 663b Ziff. 7 OR).

Doch je nach Grösse der Gesellschaft sind betragsmässig gleich grosse Beteiligungen wesentlich oder erscheinen nicht als relevant und müssen deshalb nicht angegeben wer-

den, da die aktienrechtliche Bestimmung von der relativen Bedeutung einer Beteiligung im Verhältnis zur Gesamtgrösse ausgeht. Insbesondere grosse Gesellschaften müssen ihre kleineren Beteiligungen nicht angeben.

Eine Korrektur dieser schwachen Bestimmung haben die Art. 20 f. BEHG gebracht, welche Inhaber von Beteiligungen verpflichten, qualifizierte Beteiligungen der Gesellschaft (und der Börse) zu melden. Die Gesellschaft ihrerseits hat diese Meldungen zu veröffentlichen. Vgl. HR II, 4.3 und unten 3.3.3.

Ähnliches gilt nach Art. 3 V und VI BankG für Banken: Jede natürliche oder juristische Person hat der EBK Meldung zu erstatten, bevor (!) sie direkt oder indirekt eine qualifizierte Beteiligung (10% des Kapitals oder der Stimmen oder einen massgeblichen Einfluss auf andere Weise) an einer Bank erwirbt oder veräussert. Diese Meldepflicht besteht auch, wenn eine qualifizierte Beteiligung in solcher Weise vergrössert oder verkleinert wird, dass die Schwellen von 20, 33 oder 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmen erreicht oder über- bzw. unterschritten werden. Die Bank meldet solche Tatsachen, sobald sie davon Kenntnis erhält.

3.3.3 Die Pflicht zur Bekanntgabe bedeutender Aktionäre

Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, haben bedeutende Aktionäre und deren Beteiligungen anzugeben, sofern diese ihnen bekannt sind oder bekannt sein müssten (Art. 663c OR). Bedeutende Aktionäre sind solche, deren Beteiligung 5 Prozent (bzw. eine tiefere Stimmrechtsbeschränkung) übersteigt.

Problematisch bzw. untauglich ist diese Bekanntgabepflicht bei Inhaberaktien und bei den sog. Dispo-Aktien, d.h. bei jenen Aktien, von denen die Gesellschaft nicht weiss, wem sie gehören (weil der Veräusserer im Aktienbuch gestrichen worden ist und ein Erwerber sich [noch] nicht gemeldet hat). Deshalb ist diese wenig glückliche Bestimmung durch Regeln des Börsengesetzes ersetzt worden; und zwar hat nun der Anleger der Gesellschaft (und der Börse) unter gewissen Voraussetzungen seine Beteiligung bekannt zu geben (Art. 20 BEHG), und die Gesellschaft ist verpflichtet, die ihr mitgeteilten Informationen über die Veränderungen bei den Stimmrechten zu veröffentlichen (Art. 21 BEHG).

Auch hier kennt das Bankgesetz eine ähnliche Regelung: Nach Art. 6 IV und V BankG i.V.m. Art. 25c Ziff. 3.10.2 BankV sind mit Namen und je der prozentualen Beteiligung die Kapitaleigner und stimmrechtsgebundenen Gruppen von Kapitaleignern im Anhang der Jahresrechnung anzugeben, deren Beteiligung 5 Prozent aller Stimmrechte (oder eine tiefere Stimmrechtsbeschränkung) übersteigen.²²

3.3.4 Bekanntgabe eigener Aktien und konzernverbundener Beteiligungen

Nach Art. 659b I, II OR gelten für den Erwerb von Aktien des herrschenden Unternehmens durch ein abhängiges Unternehmen die gleichen Rechtsfolgen, wie für eine Aktiengesellschaft bezüglich des Kaufs eigener Aktien.

²² Vgl. dazu BGE 124 II 581 bezüglich dieser Offenlegungspflicht im Zusammenhang mit der BZ Bank und der BZ Holding AG (Besprechung und Kommentar in NZZ Nr. 281 vom 3.12.1998, S. 21).

Das herrschende Unternehmen hat also auch diese Aktien im Anhang der Jahresrechnung auszuweisen (Art. 663b Ziff. 10 OR).

3.4 Weitere konzernspezifische Normen im Aktienrecht

VON BÜREN, Konzern, S. 90 ff.

3.4.1 Das Verbot des Erwerbs eigener Aktien und wechselseitiger Beteiligung innerhalb eines Konzerns

Nach Art. 659b I, II OR gelten für den Erwerb von Aktien des herrschenden Unternehmens durch ein abhängiges Unternehmen die gleichen Rechtsfolgen und Beschränkungen, wie für eine Aktiengesellschaft bezüglich des Kaufs eigener Aktien.

Das herrschende Unternehmen und alle abhängigen Unternehmen²³ zusammen dürfen demnach nicht mehr als 10% der Aktien des herrschenden Unternehmens besitzen (vgl. HR II, 3.3.3F).

3.4.2 Die Begebung einer Anleihe mit Bezugsrecht für Aktien eines Konzernunternehmens

Art. 653 I OR sieht die Möglichkeit vor, im Rahmen einer bedingten Kapitalerhöhung den Gläubigern von Anleihens- oder ähnlichen Obligationen sowie den Arbeitnehmern Options- oder Wandelrechte für den Bezug von Aktien nicht nur des betreffenden Schuldners, sondern auch eines mit ihm verbundenen Konzernunternehmens einzuräumen. Meist sind es abhängige Unternehmen, die solche Obligationen ausgeben und ihren Gläubigern Wandel- oder Optionsrechte auf Aktien des herrschenden Unternehmens anbieten.

3.4.3 Aktienrechtliche Holdingprivilegien

Zum einen müssen nach Art. 671 IV OR Holdinggesellschaften nur 5% des Jahresgewinns der allgemeinen Reserve zuweisen und nicht auch noch je 10% der Beträge die nach Bezahlung einer Dividende von 5% als Gewinnanteil ausgerichtet werden. Sie dürfen ausserdem bereits über diejenigen Reserven frei verfügen, die über 20% des Nennkapitals hinausgehen (und nicht erst bei 50%).

Für Holdinggesellschaften kann der Bundesrat (!) Ausnahmen von den Nationalitätsvorschriften nach Art. 708 I OR bewilligen, sofern die Mehrheit der gehaltenen Unternehmen sich im Ausland befindet. Mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates muss aber in der Schweiz wohnhaft sein (Art. 708 II i.V.m. 718 III OR).

²³ Für Art. 659b OR genügt bereits die Kapitalmehrheit, eine Stimmenmehrheit ist nicht nötig – ebensowenig wie eine tatsächliche Beherrschung. Andererseits fallen Konzerne ausser Betracht, die nicht über Mehrheitsbeteiligungen gebildet werden, sondern durch Vertrag oder wirtschaftliche Abhängigkeit usf.

3.4.4 Die Unabhängigkeit der Kontrollstelle im Konzernverhältnis

HR II, 3.3.4C)a)ii) und Anhang: Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Die Revisionsstelle eines abhängigen Unternehmens muss vom Verwaltungsrat des Unternehmens und vom herrschenden Unternehmen unabhängig sein (Art. 727c I OR). Sofern auch nur ein Aktionär oder ein Gläubiger dies verlangt, muss die Revisionsstelle auch von allen übrigen Konzernunternehmen unabhängig sein.

3.5 Der Minderheitenschutz im Konzern

VON BÜREN, Konzern, S. 111 ff.

3.5.1 Die spezifische Situation von Minderheiten im Konzern

A) Die Minderheitsaktionäre des herrschenden Unternehmens

HR II, 3.3.5D).

Den Minderheitsaktionären des herrschenden Unternehmens stehen grundsätzlich dieselben Rechtsbehelfe zu wie den Minderheitsaktionären einer „normalen“ Aktiengesellschaft, ihre Situation unterscheidet sich insofern nicht.

B) Die Minderheitsaktionäre im abhängigen Unternehmen

Solange das herrschende Unternehmen eine Beteiligung von 100 Prozent an einem abhängigen Unternehmen hält, hat die Frage des Minderheitenschutzes in abhängigen Unternehmen keine Bedeutung. Relevant wird sie allein, wenn auch andere, sog. „freie Aktionäre“ an einem solchen Unternehmen beteiligt sind. Dazu kommt es insbesondere bei einem exogenen Konzernwachstum, soweit nicht alle Aktien aufgekauft werden.

Die Situation für Minderheitsaktionäre in abhängigen Unternehmen ist insofern speziell, als sie vor der Konzernierung Aktionäre eines unabhängigen Unternehmens waren, welches nun in einen Konzern integriert worden ist, dessen Interessen nicht unbedingt mit den Interessen dieses Unternehmens und seiner Aktionäre übereinstimmen müssen. Das kommt oft einer Zweckänderung gleich und bedeutet allenfalls eine Beeinträchtigung der Interessen der andern Aktionäre. Was betriebswirtschaftlich für den Konzern sinnvoll ist, muss es nicht auch für das einzelne abhängige Unternehmen sein.

3.5.2 Konzerneintrittsphase

A) Konzerneintritt mit dem Willen des Minderheitsaktionärs

Als unproblematisch erscheint, wenn der Konzerneintritt mit dem Willen des Aktionärs geschieht, sei es, dass er Aktien eines abhängigen Unternehmens kauft oder dass das Unternehmen, dessen Aktien er besitzt, mit seiner Zustimmung Teil eines Konzerns wird.

B) Konzerneintritt gegen den Willen des Minderheitsaktionärs**a) Behelfe der Minderheitsaktionäre**

- **Publizitätsvorschriften:** Publizitätsvorschriften können einen Konzerneintritt (z.B. durch Kontrollübernahme) nicht verhindern, doch ermöglichen sie den andern Aktionären immerhin Kenntnis der Vorgänge (vgl. oben 3.3).
- **Auflösungsklage:** Aktionäre die mindestens 10% des Aktienkapitals besitzen, können aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft verlangen, wobei das Gericht auf eine andere für die Beteiligten zumutbare Lösung erkennen kann (Art. 736 Ziff. 4 OR). Im Falle einer Konzernierung wird diese andere Lösung wohl in der Verpflichtung des herrschenden Unternehmens liegen, den Minderheitsaktionären ihre Aktien abzukaufen und sie so aus der Gesellschaft zu entlassen (vgl. HR II, 3.3.7C). Möglich wäre auch die Zusprechung einer Dividendengarantie oder die Sitzgarantie im Verwaltungsrat (des abhängigen Unternehmens). Immerhin ist aber eine recht grosse Minderheit von 10% erforderlich.
- **Aktionärbindungsvertrag:** Die Minderheitsaktionäre können – sofern ihrer genügend vorhanden sind – sich gegenseitig verpflichten, gemeinsam gegen das herrschende Unternehmen eine Sperrminorität zu bilden (um z.B. wichtige Beschlüsse wie die Zweckänderung usf. zu verhindern [Art. 704 OR]).

b) Behelfe des Verwaltungsrats

Der Verwaltungsrat hat verschiedene Möglichkeiten, eine Kontrollübernahme durch ein anderes Unternehmen zu verhindern. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass im Falle börsenkotierter Unternehmen die Kompetenzen des Verwaltungsrates durch das Börsenrecht ziemlich eingeschränkt werden, sodass er die folgenden Massnahmen nicht in jedem Fall vornehmen kann (vgl. HR II, 4.5):

- **Vinkulierung:** Der Verwaltungsrat ist in der Regel für die Durchsetzung der Vinkulierungsbestimmungen verantwortlich, d.h. er kann eine Eintragung eines Aktionärs ins Aktienbuch verweigern, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 685 ff. OR; HR II, 3.3.3G).
- **„Kronjuwelen“:** Der Verwaltungsrat kann wichtige bzw. attraktive Unternehmensteile veräussern, um „sein“ Unternehmen für einen Übernahme unattraktiv zu machen. Der Nachteil dieser Methode besteht natürlich darin, dass das Unternehmen selbst dann auch nicht mehr über diese Teile verfügt.
- **„Goldene Fallschirme“:** Da im Zusammenhang mit einer Konzernierung meist die bisherige Führung (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung) der übernommenen Unternehmung gegen eine neue ausgetauscht wird, kann eine Übernahme durch abschreckend hohe Abgangsentschädigungen, sog. „golden parachutes“ (welche ein grosses Loch in die Finanzen des Unternehmens reissen würden), unattraktiv gemacht werden.
- **Informationspolitik:** Durch eine gezielte Informationspolitik gegenüber den Aktionären, den Mitarbeitern und der Öffentlichkeit kann der Verwaltungsrat versuchen, einem Übernahmeversuch eine denkbar „schlechte Presse“ zu verschaffen.

c) Behelfe der Generalversammlung

Anders als der Verwaltungsrat ist die Generalversammlung auch bei bösenkotierte Unternehmen nicht gehindert, Massnahmen zu ergreifen:

- **Vinkulierung:** Die Generalversammlung kann Übertragungsbeschränkungen für Namenaktien einführen. (Inhaberaktien müssen zuerst in Namenaktien umgewandelt werden. [Art. 685 ff. OR; HR II, 3.3.3G])
- **Statutarische Stimmrechtsbeschränkungen:** Durch Stimmrechtsbeschränkungen kann bewirkt werden, dass ein Erwerber, selbst wenn er eine Mehrheit der Aktien erwirbt, nicht beherrschen kann.
- **Beschluss- und Präsenzquoten:** Dadurch können die Grenzen für die zur Beherrschung nötigen Mehrheiten heraufgesetzt werden. Die Gefahr ist jedoch, dass dadurch das Unternehmen selbst beschlussunfähig und blockiert wird.
- **Beschränkungen für die Abwahl des Verwaltungsrates:** Darunter fallen zum einen gestaffelte Amtszeiten („staggered boards“), wodurch nicht alle Mitglieder auf einmal neu gewählt werden können, und statutarische Bestimmungen, wonach der Verwaltungsrat nur aus wichtigen Gründen abberufen werden kann (vgl. aber Art. 705 OR).
- **Finanzielle Giftpillen („poison pills“):** Meist handelt es sich dabei um Optionen auf eine für die Aktionäre günstige Kapitalerhöhung zu pari oder mit einem sehr geringen Agio. Die Zahl der Aktien wird dadurch erhöht und die damit verbundenen Rechte verwässert. Eine andere Variante besteht in der Ausgabe von Gratisaktien (Kapitalerhöhung durch Eigenmittel der Gesellschaft). Dadurch wird Gesellschaftsvermögen auf die Aktionäre verlagert. Beides funktioniert nur, wenn der Übernehmer nicht schon viele Aktien besitzt, sonst erhielte er über die Bezugsrechte ebenfalls viele der neuen Aktien.
- **Stimmrechtliche Giftpillen:** Gezielte Stimmrechtsbeschränkungen für einzelne Aktionäre (d.h. den Übernehmer). Solche sind allerdings unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Aktionäre problematisch. Ebenso die Einführung von Stimmrechtsaktien unter Ausschluss gewisser Aktionäre.

3.5.3 In der Konzernbetriebsphase**A) Mögliche Schädigungen der Minderheitsaktionäre**

In der Konzernbetriebsphase steht nicht die direkte Schädigung der Aktionäre (obwohl auch sie vorkommen kann, vgl. oben 3.5.1) im Vordergrund, sondern die Schädigung des abhängigen Unternehmens (z.B. Ertragsschmälerung, kein oder nur wenig Gewinn) und damit nur indirekt seiner Aktionäre.

Die Möglichkeiten, solche indirekten Schäden zu verursachen, sind vielfältig. Ausgangspunkt sind meist die gegensätzlichen Interessen von abhängigem und herrschendem Unternehmen sowie die Erreichung einer für den Konzern optimalen (d.h. möglichst geringen) Besteuerung durch Abführung von Mitteln aus abhängigen Unternehmen, damit diese nicht als Gewinn versteuert werden müssen.

Beispiele solcher Schädigungspotentiale:

- **Konzerninterne Verrechnungspreise („Transferpreise“):** Das abhängige Unternehmen soll z.B. Investitionen tätigen, welche für seinen eigenen Markt nicht notwendig wären, um dann die Produkte zu einem unangemessen tiefen Preis an ein anderes Konzernunternehmen zu verkaufen. Oder es soll – umgekehrt – Produkte zu einem überhöhten Preis beziehen.
- **Investitionen für ein anderes Konzernunternehmen:** Das abhängige Unternehmen soll Investitionen tätigen, welche für ein anderes Konzernunternehmen bestimmt sind.
- **Zurverfügungstellen von Dienstleistungen:** Die überhöhte oder unangemessen niedrige Abgeltung von Dienstleistungen, welche ein Konzernunternehmen für das abhängige Unternehmen bzw. das abhängige Unternehmen für ein Konzernunternehmen erbringt.
- **Konzentration von Immaterialgüterrechten:** Der Konzern konzentriert alle Immaterialgüterrechte in einer eigens dafür geschaffenen Gesellschaft, welche von den Konzernunternehmen deren Rechte (welche ihnen z.B. durch Forschung und Entwicklung zugekommen sind) zu einem tiefen Preis erwirbt und ihnen an diesen anschliessend gegen teilweise hohe Gebühren durch Lizenzverträge Nutzungsrechte einräumt.
- **Darlehen:** Schädigungspotential bieten ebenso vom abhängigen Unternehmen gewährte oder in Anspruch genommene Darlehen, für welche es eine zu geringen Zins einfordert bzw. einen zu hohen Zins bezahlen muss.
- **Erwerb von Aktien des herrschenden Unternehmens:** Zuletzt besteht auch die Möglichkeit, dass das abhängige Unternehmen zu ungünstigen Bedingungen Aktien des herrschenden Unternehmens kaufen oder verkaufen soll (zum Erwerb eigener Aktien vgl. oben 3.3.4 und HR II, 3.3.3F).

B) Aktienrechtlicher Minderheitenschutz

Bezüglich solcher indirekter Schädigung steht den Minderheitsaktionären (nur) dasselbe Instrumentarium zur Verfügung, über welches sie auch in einem unabhängigen Unternehmen verfügen könnten:

Zunächst einmal wird der Handlungsspielraum der (vom herrschenden Unternehmen abhängigen) Organe durch das **Gesellschaftsinteresse und den Gesellschaftszweck** des abhängigen Unternehmens begrenzt (vgl. oben 3.2).

Dann wird die Handlungsfreiheit aber auch durch das **Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre** beschränkt (Art. 717 II OR; HR II, 3.3.4B)d)iii), 3.3.5D)b), welches allerdings nicht klageweise durchgesetzt werden kann, sondern nur das Kriterium bildet für die Aufhebung widersprechender Beschlüsse der Gesellschaft. Zudem können Beschlüsse des Verwaltungsrates nicht angefochten werden, es gelten allein die Nichtigkeitsgründe (Art. 714 i.V.m. 706b OR). Der Mehrheitsaktionär ist von diesem Gebot nur insoweit betroffen, als seine Handlungen zugleich Handlungen eines Organs sind, das dem Gebot unterworfen ist.

Gebot der schonenden Rechtsausübung: Handlungen, welche die Rechte der Minderheitsaktionäre einschränken, sind nur zulässig, wenn sie durch das Interesse der Gesell-

schaft geboten und überdies unter mehreren zweckdienlichen Lösungen die am wenigsten belastende darstellt (aus Art. 2 ZGB; HR II, 3.3.5D)c).

Die Minderheitsaktionäre haben ein Recht darauf, *früh genug* (Art. 700 OR) an die **Generalversammlung** eingeladen zu werden (Art. 689 ff. OR) und dort ihre **Stimme** abgeben zu können (Art. 692 OR). Ausserdem haben sie unter bestimmten Umständen (Art. 699 III OR) das Recht, **Traktanden** zu **bestimmen** bzw. eine **Generalversammlung einberufen** zu lassen. In diesem Rahmen können Fehlverhalten publik gemacht und Beschlüsse zu streitigen Fragen erzwungen werden, die ihrerseits anfechtbar sind. Allerdings sind die Schwellen für das Traktandierungs- bzw. Einberufungsrecht relativ hoch (1 Mio. Nennwert bzw. 10% des Aktienkapitals).

An der Generalversammlung kommen als Schutzinstrumente **gesetzliche und statutari-sche Beschluss- und Präsenzquoren** zum Zuge.

Und selbstverständlich stehen allen Aktionären die **aktienrechtlichen Informations- und Kontrollrechte** (Art. 696 f. OR; vgl. HR II, 3.3.5B)a)vi) und das Recht, eine **Sonderprüfung** zu beantragen (Art. 697a ff. OR; vgl. HR II, 3.3.5B)a)vii), zu.

Versucht der Konzern, für sich Stimmrechts- oder Vorzugsaktien zu schaffen, sieht Art. 709 I OR zwingend die **Vertretung** der übrigen Aktienkategorien **im Verwaltungsrat** vor. Bei der Ausgabe neuer Aktien (oder Anleiheoptionen, Partizipationsscheinen usf.) haben auch die Minderheitsaktionäre **Bezugs- und Vorwegzeichnungsrechte** (vgl. HR II, 3.3.3H)c).

Beim **Erwerb von Aktien des herrschenden Unternehmens** sind die Minderheitsaktionäre immerhin soweit nicht benachteiligt, als durch die Verpflichtung, die Reserven beim herrschenden Unternehmen selbst zu bilden, keine grössere Ausschüttungssperre beim abhängigen Unternehmen entsteht, welche die Ausschüttung von Dividenden hemmen könnte.

C) Aktienrechtliche Rechtsmittel der Minderheitsaktionäre gegen das abhängige Unternehmen und seine Organe

Den Minderheitsaktionären steht die Möglichkeit zu, eine Anfechtungs-, Nichtigkeits- oder Verantwortlichkeitsklage anzustrengen (Art. 706 ff. und 754 OR):

Anfechtungsklage (HR II, 3.3.7A): Spezifisch auf die Situation von Minderheitsaktionären zugeschnitten ist die Möglichkeit, dass das Gericht die Kosten, auch wenn der klagende Aktionär den Prozess verliert, (teilweise) auf die Gesellschaft verlegen kann.

Nichtigkeitsklage (HR II, 3.3.7B): Im Konzern ist die Nichtigkeitsklage von besonderer Bedeutung, weil der Einfluss des herrschenden Unternehmens meist über den Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens geltend gemacht wird und dessen Beschlüsse nicht anfechtbar, sondern nur mit der Nichtigkeitsklage zu bekämpfen sind.

Verantwortlichkeitsklage (HR II, 3.3.7D): Der Nachteil dieser Klage besteht darin, dass sie erst eingesetzt werden kann, wenn der Schaden bereits eingetreten ist. Eine präventive Wirkung vermag sie wohl kaum zu entfalten, da die im Auftrag des herrschenden Unternehmens stehenden Verwaltungsratsmitglieder durch dieses abgesichert werden (vgl. unten 3.8.3 und HR II, 6.4.4).

D) Aktienrechtliche Rechtsmittel der Minderheitsaktionäre gegen das herrschende Unternehmen und seine Organe

Gegen den Konzern bzw. das herrschende Unternehmen haben die Minderheitsaktionäre des abhängigen Unternehmens – da es kein Konzernrecht gibt – neben den aktienrechtlichen und den allgemeinen Behelfen keine speziellen Schutznormen zur Verfügung. Eine Treuepflicht des herrschenden Unternehmens gegen die Mitaktionäre gibt es nicht (Art. 680 I OR).

Somit sind grundsätzlich zwei Arten von Klagen gegen das herrschende Unternehmen möglich (vgl. auch unten 3.8), nämlich:

- einerseits Klagen aus eigenem Verhalten des herrschenden Unternehmens (Rückersatzungsklagen nach Art. 678 OR [vgl. unten 3.7], aus Durchgriff [vgl. unten 3.8.2B]), Haftung aus Konzernvertrauen [vgl. unten 3.8.5C]) und
- andererseits Klagen aus dem Verhalten von Organen und Hilfspersonen des herrschenden Unternehmens (Organ- und Geschäftsherrenhaftung [vgl. unten 3.8.3B) f.]).

3.5.4 In der Konzernaustrittsphase

Gegen schweren Machtmissbrauch seitens der Konzernleitung können die Minderheitsaktionäre sich mittels der Auflösungsklage zur Wehr setzen. Wie bereits erwähnt, besteht die sachgerechte Lösung zumeist nicht in der effektiven Auflösung der Gesellschaft, sondern in der Austrittsmöglichkeit für die Minderheitsaktionäre (vgl. oben 3.5.2B)a) und HR II, 3.3.7C).

Dazu kommen die börsenrechtlichen Behelfe des öffentlichen Kaufangebotes, das Zwangsangebot und die Möglichkeit des Ausschlusses von Minderheitsaktionären (vgl. HR II, 4.4, 4.6).

Bei Auflösung der Gesellschaft stehen allen Aktionären Anteile am Liquidationserlös zu (vgl. HR II, 3.3.8).

3.6 Gläubigerschutz im Konzern

VON BÜREN, Konzern, S. 145 ff.

3.6.1 Der konzernverbundene Schuldner als Spezialfall

Gibt eine Partei in einem Schuldverhältnis Kredit, indem sie für ihre Sach- oder Kapitaleistung auf die Zug-um-Zug-Erbringung der Gegenleistung verzichtet, steht ihre eigene Forderung zu. Jedes Schuldverhältnis birgt das Risiko eines Forderungsverlustes. Dieses typische Risiko des Gläubigers hat zur Folge, dass dieser sich eingehend über die Verhältnisse seines Gegenübers informieren muss.

Es fragt sich, welchen Einfluss es hat, wenn dem Gläubiger eine Partei gegenübersteht, die in einen Konzern eingebunden ist. Kann der Gläubiger, wenn sein Gegenüber insolvent geworden ist, auf andere Konzernunternehmen greifen?

Von Bedeutung sind solche Fragen insbesondere dann, wenn der Gläubiger ein abhängiges Unternehmen als Vertragspartner hat, denn innerhalb des Konzerns fließen die

Geldmittel in der Regel von unten nach oben, sodass dem Gläubiger das Haftungssubstrat entzogen zu werden droht. Oder oft weiss ein Gläubiger gar nicht, wer sein Vertragspartner ist, weil er zwar mit den Organen eines bestimmten Unternehmens verhandelt hat, die aber zugleich andere Unternehmen des Konzern zu vertreten berechtigt sind usf.

3.6.2 Konzernrechtlicher Gläubigerschutz

A) Das aktienrechtliche Gläubigerschutzinstrumentarium

Auch für Gläubiger gibt es keine spezifischen Schutznormen in Konzernverhältnissen; sie sind ebenso wie Minderheitsaktionäre auf die aktienrechtlichen Schutznormen angewiesen.

a) Gesetzliche Regelung der Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht der zur Vertretung befugten Personen ergibt sich aus Art. 718a I OR. Interne Beschränkungen können einem gutgläubigen Dritten nicht entgegen gehalten werden. Bei Übertretung der Vertretungsmacht wird die Gesellschaft hingegen nicht verpflichtet. (Wobei sie allerdings für den Schaden haftet [Art. 39 i.V.m. 722 OR].)

Für den Konzern stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein Organ eines abhängigen Unternehmens Rechtsgeschäfte vornehmen darf, die wohl im Konzerninteresse liegen, aber dem statutarischen Zweck des abhängigen Unternehmens widersprechen. Damit der Verwaltungsrat ein solches Geschäft nachträglich genehmigen könnte (Art. 38 OR), müsste eine formelle Zweckänderung mittels eines Generalversammlungsbeschlusses durchgeführt werden.

b) Sicherung der Kapitalaufbringung

Den Gläubigerinteressen dienen auch die Vorschriften über

- das Mindestkapital (Art. 621 OR);
- die Verpflichtung zur vollständigen Zeichnung des Aktienkapitals (Art. 629 II Ziff. 1 OR);
- das Gebot der Mindestliberierung (Art. 632 OR);
- die qualifizierte Gründung (Art. 628, 634, 635 und 641 Ziff. 6 OR);
- die Prüfung des Gründungsvorganges durch den Handelsregisterführer (Art. 949 OR und Art. 21 HRV);
- die Gründungshaftung (Art. 753 OR) und
- die Auflösungsklage bei Gründungsmängeln (Art. 643 III OR).

c) Sicherung der Kapitalerhaltung

Anspruchsvoller ist die Sicherung der Erhaltung des Vermögens. Sie erfolgt durch

- das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 II OR);
- die Beschränkung des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659 OR);
- das Verfahren bei der Kapitalherabsetzung (Art. 732 ff. OR);

- die Verpflichtung, dass Dividenden nur aus Bilanzgewinnen ausgeschüttet werden dürfen (Art. 675 OR);
- die Regeln über die Rechnungslegung (Art. 662 ff. OR);
- die Revision (Art. 728 ff. OR) und
- die Verantwortlichkeit der Organe (Art. 754 f. OR).

d) Publizität

Ebenfalls Sicherungsfunktion haben die Vorschriften über die Veröffentlichung insbesondere des Zwecks, der Vertretungs- und Haftungsverhältnisse im Handelsregister sowie die Veröffentlichung der Jahres- und Konzernrechnung in bestimmten Fällen (Art. 697h OR).

B) Konzernspezifische Schädigungspotentiale

a) Transparenzverlust und Erschwerung der Durchsetzung von Gläubigerpositionen

Für den Gläubiger sind Konzerne oft schwer überschaubar, insbesondere bezüglich der Organisations- und Vertretungsverhältnisse. Die Komplexität eines Konzerns wird teilweise sogar bewusst als Instrument zur Benachteiligung der Gläubiger eingesetzt, indem die Durchsetzung von Forderungen erschwert wird, weil der Gläubiger nicht weiss, wer passiv legitimiert ist.

Multinationale Konzerne bieten zusätzlich die Schwierigkeit, dass hier fremdländisches Recht und ferne Gerichtsstände zur Anwendung kommen können.

b) Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

Für den Gläubiger können erhebliche Schwierigkeiten bestehen, zu beurteilen, wie es um die Kapitalstruktur einer Gesellschaft bestellt ist. Zum einen können mit ein- und demselben Kapital mehrere Gesellschaften gegründet werden, indem die erste Gesellschaft eine zu 100% abhängige Gesellschaft gründet, diese ihrerseits eine 100% abhängige Gesellschaft gründet usw., wobei das bar eingelegte Kapital jeweils eine Stufe tiefer „rutscht“ und bei der darüberstehenden Gesellschaft jeweils die Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft das ganze Vermögen bildet (Teleskop-Effekt).

Zum andern besteht bei abhängigen Unternehmen die Gefahr, dass sie vom herrschenden Unternehmen mittels verdeckten Gewinnverschiebungen ausgehöhlt werden.

c) Qualifizierte Verhandlungsmacht

Ihre wirtschaftliche Macht wird von Konzernen gezielt bei Verhandlungen eingesetzt, damit Gläubiger auf Garantien, Sicherheiten und Vertragsklauseln verzichten, die sie üblicherweise fordern würden.

C) Konsequenzen für den Gläubigerschutz im Konzern

Konzerne weisen also für Gläubiger zusätzliche Schädigungspotentiale auf. Demgegenüber kennt das Gesetz aber keinen speziellen Schutz für Konzerngläubiger. Die Gläubiger müssen also in jedem Einzelfall das konzernspezifische Risiko einkalkulieren.

3.7 Die verdeckte Gewinnausschüttung

VON BÜREN, Konzern, S. 153 ff.; zur steuerlichen Behandlung vgl. unten 5.2.

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung stammt ursprünglich aus dem Steuerrecht. Im Aktienrecht wird sie als eine Form der Verletzung von Aktionärsrechten betrachtet.

Im Konzern sind verdeckte Gewinnausschüttungen an der Tagesordnung. Sie dienen dem Ausgleich unterschiedlicher Geschäftsergebnisse, der Erzielung steuerrechtlicher Vorteile oder sogar dem verbotenen Entzug von Haftungssubstrat. Da im Konzern die Mittel tendenziell „nach oben“ fließen, geschieht die verdeckte Gewinnausschüttung zumeist zu Lasten der abhängigen Unternehmen und deren Minderheitsaktionären und Gläubigern.

3.7.1 Terminologie

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind geldwerte Leistungen, denen keine oder keine angemessene Gegenleistung der Gesellschafter gegenübersteht und die einem Dritten nicht oder in einem wesentlich geringeren Umfang erbracht worden wären.

Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn das herrschende Unternehmen von einem abhängigen Unternehmen Produkte zur halben Höhe des Preises, den das abhängige Unternehmen von Dritten verlangt, kauft oder – umgekehrt – das abhängige Unternehmen Produkte des herrschenden Unternehmens zu einem überhöhten Preis kaufen muss. Durch solche Transaktionen wird der Gewinn des abhängigen Unternehmens zugunsten des herrschenden Unternehmens geschmälert.

Die verdeckten Vorteilszuwendungen müssen aber nicht nur von „unten nach oben“ fließen, denkbar ist auch eine verdeckte Kapitaleinlage (Fluss von „oben nach unten“), was in Anbetracht der Zunahme des inneren Wertes der Beteiligung, soweit sie 100% ausmacht, unproblematisch ist, oder die verdeckte Vorteilszuwendung unter abhängigen Unternehmen.

3.7.2 Die verdeckte Vorteilszuwendung im Rahmen konzerninterner Transaktionen

Innerhalb von Konzernen werden regelmässige Rechtsgeschäfte abgeschlossen. Charakteristisch ist, dass die Bedingungen und Preise nicht vom Markt, sondern von der Konzernleitung bestimmt werden. Einem objektiven Marktvergleich halten sie deshalb oft nicht stand. In vielen Fällen fehlt überhaupt ein Markt für die betreffenden Güter (so etwa bei patentierten Substanzen oder Produkten, welche nur innerhalb des Konzerns zur Herstellung eines andern Produkts verkauft werden).

Ein wichtiges Indiz für die Angemessenheit einer Entschädigung stellt die Ertragskraft des abhängigen Unternehmens dar. Führen die Preise für Warenlieferungen, Dienstleistungen usf. beim abhängigen Unternehmen zu befriedigenden Erträgen, können die Entschädigungen tendenziell als angemessen angesehen werden. Anders wenn das abhängige Unternehmen über längere Zeit eine unbefriedigende Ertragslage aufweist und es dafür keine plausible Erklärung gibt.

3.7.3 Der Rückerstattungsanspruch nach Art. 678 II OR

Gegenstand der Rückerstattungspflicht ist ein verdeckt ausgeschütteter Gewinn. Erfasst werden Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen (Verwandtschaft, Konzernverhältnis, finanzielle Verflechtungen).

Beim Rückforderungsanspruch nach Art. 678 OR handelt es sich um einen Sondertatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung. Er unterscheidet sich insofern von Art. 62 ff. OR, als er den bösen Glauben des Begünstigten voraussetzt. Dieser dürfte in der Regel gegeben sein. Vgl. auch HR II, 3.3.5D)f).

3.8 Die Haftung des herrschenden Unternehmens im Konzern

VON BÜREN, Konzern, S. 163 ff.; HOFSTETTER KARL, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne, Tübingen 1995.

Bei der Frage der Haftung des herrschenden Unternehmens für Ansprüche gegen dieses selbst und seine abhängigen Unternehmen bzw. bei der Frage nach der Möglichkeit, direkt auf die Konzernleitung zu greifen, ist grundsätzlich die juristische Grenze („Schotten“) und Haftungsbeschränkung bzw. die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen rechtlichen Gebilde zu beachten. Denn das Körperschaftsrecht basiert auf dem Grundsatz der vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern in persönlicher und vermögensmässiger Hinsicht. Auch eine weitgehende Identität der wirtschaftlichen Interessen von Gesellschaft und Gesellschafter (herrschendes Unternehmen) ist grundsätzlich unbeachtlich.

3.8.1 Die fehlende gesetzliche Regelung

Das Gesetz regelt in Art. 663e OR zwar lediglich die Pflicht zur Konzernrechnung, erlaubt damit aber implizit auch die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung eines herrschenden Unternehmens. Die einheitliche Leitung bringt es zwangsläufig mit sich, dass das herrschende Unternehmen auf den Verwaltungsrat und die Konzernleitung abhängiger Unternehmen Einfluss ausübt, ja ausüben muss.

Nicht gesetzlich geregelt sind nun die Folgen der einheitlichen Leitung, d.h. die Frage, inwiefern Minderheitsaktionäre oder Gläubiger das herrschende Unternehmen für ihre Vertreter im abhängigen Unternehmen zur Verantwortung ziehen kann. Die Lösung dieser Frage ist weitgehend Lehre und Praxis überlassen, welche sich dabei allein auf die allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen und die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln (OR AT) abstützen können.

3.8.2 Haftung des herrschenden Unternehmens als Aktionär des abhängigen Unternehmens

A) Grundsätzlich fehlende Haftung des herrschenden Unternehmens als Aktionär des abhängigen Unternehmens

Die einzige Pflicht der Aktionärs ist die Liberierung der von ihm gezeichneten Aktien (Art. 680 I OR). Auch wenn ein herrschendes Unternehmen Aktionär eines abhängigen Unternehmens ist, kann nichts anderes gelten. Eine Treuepflicht des herrschenden Unternehmens (als Aktionär) gegenüber den andern Aktionären ist nicht denkbar; das herrschende Unternehmen muss nicht im Interesse des abhängigen Unternehmens stimmen.²⁴

Für die Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft haftet allein das Gesellschaftsvermögen (Art. 620 I OR).

B) Die Haftung aus Durchgriff

Beim Durchgriff wird die Trennung zwischen der juristischen Persönlichkeit der (Aktien-)Gesellschaft und den Gesellschaftern durchbrochen. Im Konzernrecht bedeutet dies, dass zwischen dem Vermögen des abhängigen und dem Vermögen des herrschenden Unternehmens Identität hergestellt und den Gläubigern (des abhängigen Unternehmens) Zugriff auf dieses Gesamtvermögen gewährt wird. Ein Interesse der Gläubiger an einem solchen Durchgriff ist natürlich nur gegeben, wenn das Vermögen des abhängigen Unternehmens zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht.

Der Durchgriff im Konzern, d.h. die Inanspruchnahme des Vermögens des herrschenden Unternehmens für Verpflichtungen einer rechtlich selbständigen Konzerngesellschaft, ist eine Rechtsfigur, die nur ganz ausnahmsweise (als *ultima ratio*, es geht immerhin um die Grundprinzipien des Aktienrechts) zur Anwendung kommt: dann nämlich, wenn das abhängige Unternehmen vom herrschenden Unternehmen in rechtsmissbräuchlicher Weise verwendet wird, sodass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstösst. Die Voraussetzungen sind also das Vorliegen eines Konzernverhältnisses (wirtschaftliche Einheit) und Rechtsmissbrauch.

Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn:

- das abhängige Unternehmen vom herrschenden Unternehmen mit einem für die übertragenen Aufgaben zu kleinen Aktienkapital ausgestattet wird (bewusste Unterkapitalisierung),²⁵

²⁴ Martin Ebner konnte bei der aUBS seine Stimmrechte ganz nach seinem Belieben einsetzen, ebenso bisher bei der Algroup. Seit er aber – als Grossaktionär – auch Mitglied des Verwaltungsrates der Algroup ist, wird seine Position als äusserst heikel betrachtet. Man denke nur an die Gleichbehandlung der Aktionäre durch den Verwaltungsrat oder an das Problem der Insiderinformationen (er weiss mehr als die andern).

²⁵ Oft kommen zur Unterkapitalisierung gleichzeitig grosse Darlehen des Konzerns an das abhängige Unternehmen, wofür dieses auch noch verpflichtet ist, Zinsen abzuliefern (Transfertitel). Wirtschaftlich gesehen, handelt es sich bei solchen Darlehen ebenfalls um Eigenkapital.

- das abhängige Unternehmen durch Ausschüttung aller Gewinne und Reserven zu Gunsten des herrschenden Unternehmens „ausgehöhlt“ wird, sodass für Gläubiger kein Haftungssubstrat übrig bleibt (verdeckte Gewinnausschüttung; vgl. oben 3.7), oder wenn
- die Vermögen von abhängigem und herrschendem Unternehmen derart durchmischt werden, dass eine buchhalterische Zuordnung nicht mehr möglich ist.

Der Durchgriff im Konzernverhältnis dürfte mit grössten Beweisproblemen verbunden sein: Für Aussenstehende sind konzerninterne Transaktionen nicht überschaubar und ebensowenig aus der (ja eben konsolidierten) Konzernrechnung zu ersehen.

3.8.3 Haftung des herrschenden Unternehmens für seine Vertreter im Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens

Das herrschende Unternehmen muss in den abhängigen Unternehmen seinen Einfluss geltend machen: Es tut dies zum einen als Aktionär, aber auch durch „Vertreter“ im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung. Widerrechtlich jedenfalls ist das Befolgen von Weisungen des herrschenden Unternehmens nicht, denn der Konzern wird auch vom Gesetzgeber vorausgesetzt.

Es stellt sich aber die Frage, ob und gestützt auf welche Normen das herrschende Unternehmen selbst für Handlungen seiner Vertreter in den abhängigen Unternehmen haftet:

- Die Haftung gegenüber fiduziarischen Verwaltungsräten aus Mandatsvertrag;
- die Haftung für die Tätigkeit der eigenen Organe im Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens;
- die Haftung für die Tätigkeit der eigenen Hilfspersonen im Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens.

A) Gegenüber den fiduziarischen Verwaltungsräten aus Mandatsvertrag

Kernproblem der Führung eines Konzerns ist die Durchsetzung der Vorgaben des herrschenden Unternehmens in den einzelnen abhängigen Unternehmen. Das Problem besteht zunächst darin, dass das herrschende Unternehmen nicht selbst im Verwaltungsrat der abhängigen Unternehmen Einsitz nehmen kann, sondern natürliche Personen als ihre Abgeordnete (im Auftragsverhältnis) in den Verwaltungsrat dieser Gesellschaften entsenden muss (Art. 707 III OR).

Zudem fallen dem Verwaltungsrat gewisse unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu (Art. 716a OR), bei denen die Entscheidung im Grunde nicht dem herrschenden Unternehmen überlassen werden dürfte, obwohl es gerade diejenigen sind, die als die typischen Aufgaben einer Konzernleitung bezeichnet wurden (vgl. oben 2.5.3).

Sodann müssen die Vertreter des herrschenden Unternehmens gehorchen und in „ihrer“ Gesellschaft Weisungen durchsetzen, die zwar im Interesse des Konzerns sind, aber gegen die Interessen des abhängigen Unternehmens selbst verstossen. In solchen Fällen sind die Mitglieder des Verwaltungsrates der Gesellschaft und ihren Aktionären für Schäden persönlich haftbar (Art. 754 i.V.m. 717 I OR).

Für den Fall einer Verantwortlichkeitsklage können sich die Verwaltungsratsmitglieder von abhängigen Unternehmen einerseits über eine Haftpflichtversicherung absichern (wobei die Schadenssumme meist nicht allzu hoch angesetzt werden kann) oder sich durch das herrschende Unternehmen von der Haftung befreien lassen: dies geschieht durch eine Klausel (sog. *hold harmless clause*) im Auftragsverhältnis, in welcher das herrschende Unternehmen für den Fall einer Verantwortlichkeitsklage die Befreiung von der Schadenersatzforderung verspricht (jedenfalls soweit sich das betreffende Verwaltungsratsmitglied im Rahmen der Weisungen der Konzernleitung bewegt hat).

B) Für die Tätigkeit seiner eigenen Organe im Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens

Gehören die Vertreter des herrschenden Unternehmens zugleich auch zu seinen (faktischen) Organen²⁶, haftet es nicht nur ihnen gegenüber (soweit sie aus Art. 754 OR haften) aus dem Mandatsvertrag, sondern über die Organhaftung (Art. 722 OR/Art. 55 ZGB) den Geschädigten direkt.

C) Für die Tätigkeit seiner Hilfspersonen im Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens

Ansonsten haftet das herrschende Unternehmen für sie als seine Hilfspersonen (Art. 55 OR). Bei dieser Haftung ist zwar eine Exkulpation theoretisch möglich, doch wird diese in den meisten Fällen scheitern, da es dem herrschenden Unternehmen kaum je gelingen wird, zu beweisen, dass sie ihre Hilfspersonen genügend überwacht bzw. ihnen die richtigen Instruktionen gegeben hat.

3.8.4 Haftung des herrschenden Unternehmens für seine Vertreter in der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens

Hinsichtlich irgendwelcher Vertreter des herrschenden Unternehmens, die in irgendeiner Funktion in abhängigen Unternehmen (z.B. in der Geschäftsleitung) tätig sind, gelten die gleichen Haftungsregeln wie beim Verwaltungsrat: Die handelnden Personen können für ihre Tätigkeit als faktische Organe des abhängigen Unternehmens haftbar werden, während das herrschende Unternehmen für seine Vertreter in der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens aus Organhaftung bzw. aus Geschäftsherrenhaftung einzustehen hat.

²⁶ „Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“, d.h. auch solche Personen, die sich wie Organe gebärden. „Es genügt somit, wenn die in Anspruch genommenen Personen tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, d.h. den Geschäftsgang der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen“ (BGE 117 II 432).

3.8.5 Haftung des herrschenden Unternehmens aus anderen Gründen

A) Vertragsrechtliche Haftung

a) Gegenüber dem abhängigen Unternehmen gestützt auf konzerninterne Verträge

Jedes abhängige Unternehmen ist über verschiedenste Vertragsbeziehungen mit dem herrschenden Unternehmen verknüpft (Lizenzverträge, Dienstleistungsverträge, Warenlieferungsverträge usw.), sodass hier Vertragspflichten bestehen und Schadenersatzansprüche entstehen können.

Zwar ist es kaum denkbar, dass die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens (die ebenfalls vom herrschenden Unternehmen abhängig ist) diese Ansprüche klageweise beim herrschenden Unternehmen geltend macht, doch können exogene Faktoren (wie Steuerbehörden, welche an einer korrekten Verbuchung des Erfolges interessiert sind) und die Gläubiger spätestens in Konkursfall die Erfüllung bewirken (letztere nach Abtretung gemäss Art. 260 SchKG).

b) Gegenüber den Gläubigern des abhängigen Unternehmens im Zusammenhang mit Verträgen zwischen dem abhängigen Unternehmen und einem Dritten

i) *Das herrschende Unternehmen als Vertragspartei*

Abhängige Unternehmen werden oft mit einer begrenzten Eigenkapitalbasis versehen, aber ergänzend dazu mit Konzerndarlehen oder durch Darlehen von Dritten finanziert. Die konzernfremden Kreditgeber werden sich durch Patronatserklärungen oder Garantien sowie Bürgschaften des herrschenden Unternehmens absichern. Aus diesen Verträgen können gegen das herrschende Unternehmen Ansprüche entstehen.

ii) *Die Mitwirkung des herrschenden Unternehmens an Vertragsverhandlungen des abhängigen Unternehmens mit Dritten*

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Vertreter des herrschenden Unternehmens an Vertragsverhandlungen des abhängigen Unternehmens teilnehmen oder die Verhandlungen sogar selber führen. Aus einer solchen Mitwirkung können gegen das herrschende Unternehmen Ansprüche aus *culpa in contrahendo* entstehen, so z.B. wenn fälschlicherweise der Eindruck entsteht, der Vertrag werde mit dem herrschenden und nicht mit dem abhängigen Unternehmen geschlossen.

c) Exkurs: Erklärungen des herrschenden Unternehmens zu Gunsten des abhängigen Unternehmens

i) *Patronatserklärungen*

VON BÜREN, Konzern, S. 326 ff.; BUCHER AT, S. 94; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerischer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995, 3896, 4015 (m.w.H.) [künftig zit. als G/S].

Ein Konzern, wie jedes andere Unternehmen auch, wird bemüht sein, mit möglichst günstigen Fremdmitteln zu arbeiten (z.B. mit Krediten von Banken). Um nun für abhängige Unternehmen eine genügende Kreditwürdigkeit zu erzielen, versprechen oft die herrschenden Unternehmen in irgendeiner Weise (in der Regel mehr oder weniger unverbindlich) den Kreditgebern, für die Verbindlichkeiten des abhängigen Unternehmens

einzustehen bzw. aufzukommen (Patronatserklärung). Die Rechtswirkung der Erklärungen lässt sich nur im konkreten Fall beurteilen, da jeweils die entgegengesetzten Interessen der Kreditgeber und die Interessen des herrschenden Unternehmens sich darin treffen. Es geht demnach darum, soviel Vertrauen zu erwecken, dass das abhängige Unternehmen als kreditwürdig erscheint, aber gleichzeitig keine Verpflichtung entstehen zu lassen. Daraus resultieren oftmals unklare, schwammige Begriffe. Je nach Klauseltyp ist die Verbindlichkeit verschieden. Im Folgenden einige Beispiele:

- ***Kenntnisnahmeklausel***
«Wir haben Kenntnis genommen, dass Sie dem abhängigen Unternehmen X ein Darlehen gewährt haben. Hiermit teilen wir Ihnen mit, dass wir damit einverstanden sind.»
- ***Beteiligungsklausel***
«Wir teilen Ihnen mit, dass wir eine Beteiligung von ...% an X halten und gedenken, diese Beteiligung aufrechtzuerhalten.»
- ***Finanzierungsklausel***
«Wir teilen Ihnen mit, dass wir gedenken, X mit den notwendigen Eigenmitteln auszustatten.»
- ***Einflussnahmeklausel***
«Wir werden unseren Einfluss bei X geltend machen, damit dieses seinen Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber aus dem Kredit nachkommt.»
- ***Informationsklausel***
«Sollten wir die Beteiligung an X verändern, werden wir Sie vorgängig darüber informieren.»

Ist ausnahmsweise ein Verpflichtungswille vorhanden (was sich aus der konkreten Formulierung ergibt), stellt sich die Frage, wie die Patronatserklärung rechtlich einzuordnen ist:

ii) Bürgschaft

Den Formvorschriften einer Bürgschaftserklärung (Art. 493 OR) genügt eine Patronatserklärung in den seltensten Fällen. Ausserdem hängt sie stets mit einem genau bestimmten Grundgeschäft zusammen. Eine als Bürgschaft bezeichnete Patronatserklärung dürfte somit meist ungültig sein.

Aus diesen Gründen hat die Bürgschaft in der Wirtschaft keine praktische Bedeutung, zumal die strengen Formvorschriften zum Übereilungsschutz Privater eingeführt wurden.

iii) Garantieerklärungen

Mit einer Garantieerklärung würde sich das herrschende Unternehmen insoweit binden, als es dem Dritten verspricht, diesen zu entschädigen, falls und soweit das abhängige Unternehmen nicht leistet.²⁷

iv) Kumulative Schuldübernahme (sog. Schuldbeitritt)

Bei der kumulativen Schuldübernahme, welche im geltenden Recht nicht geregelt ist, erklärt die beitretende Partei, Schuldnerin der Forderung sein zu wollen wie der bereits Verpflichtete. Da Patronatserklärungen meist (wenn überhaupt) eine Verpflichtung zur Haftung erst bei Ausbleiben der Leistungen des abhängigen Unternehmens beinhaltet, schliesst dies einen Schuldbeitritt aus.

Ein solcher kommt nur in Frage, wenn das herrschende Unternehmen ausdrücklich erklärt, die Verpflichtung des abhängigen Unternehmens wie eine eigene zu behandeln.

B) Deliktische Haftung des herrschenden Unternehmens

REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1998, insbes. S. 146 ff.

Die deliktische Haftung kommt zwar grundsätzlich in Frage, doch wird sie meist an der Widerrechtlichkeit scheitern. Denn eine Verletzung absoluter Rechte (z.B. Eigentumsverletzung, Personenschäden) liegt in den wenigsten Fällen vor, sondern bloss Vermögensschäden, deren Ersatz nur gefordert werden kann, wenn mit der Schädigung zugleich eine einschlägige Schutznorm verletzt worden ist, die explizit den Geschädigten vor solchen Schäden bewahren will.

C) Haftung des herrschenden Unternehmens aus sog. Konzernvertrauen

Vgl. dazu insbesondere BGE 120 II 331 („Swissair“), aber auch: BGE 121 III 350, BGE 123 III 220, BGE 124 III 297. Besprechungen u.a. AMSTUTZ MARC/WATTER ROLF, in: AJP 1995, S. 502 ff.; BÄR, in: ZBJV 1998, S. 764 ff.; VON BÜREN, Konzern, S. 60 ff.; BRECHBÜHL BEAT, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998; DRUEY JEAN NICOLAS, Greyhound, First Boston, Swissair – Fahrten, Stationen und Flüge auf dem Weg zu einer bundesgerichtlichen Konzernrechtspraxis, Dokumentation zur Informationsveranstaltung der Weiterbildungsstufe HSG vom 14. Juni 1995, S. 1 ff.; ders., Konzernrecht, SZW 1995, S. 93 ff., 95, 97; GONZENBACH RAINER, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus „Konzernvertrauen“, in: recht 95, S. 117 ff.; LUTTER MARKUS, Haftung aus Konzernvertrauen?, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 232 ff., insbes. 240 ff.; WALTER HANS PETER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 1996, S. 273 ff.; WIEGAND WOLFGANG, Vertrauenshaftung, BGE 120 II 331 („Swissair“), in: ZBJV 1996, S. 321 ff.; ders., Vertrauenshaftung (BGE 121 III 350), in: ZBJV 1997, S. 144 ff.; ders., Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 97, S. 85 ff. Zusammenfassend: VON BÜREN ROLAND, Haftungsgrundlagen im Konzern, BGE 124 III 297 ff. i.S. Musikvertrieb AG gegen Motor-Columbus AG, SZW 1/99, S. 54 ff. und HAUSHEER/JAUN, in: ZBJV 1999, Heft 7/8.

Eine Haftung des herrschenden Unternehmens für seine abhängigen Unternehmen kann auch aus dem sog. erweckten Konzernvertrauen entstehen: Lässt das herrschende Unternehmen zu, dass ein abhängiges Unternehmen in Werbung und Korrespondenz intensiv auf die Einbettung in den Konzern hinweist und festhält, hinter ihren Aktivitäten stehe immer auch das herrschende Unternehmen, kann dies bei Dritten ein berechtigtes

²⁷ Zur Abgrenzung von Bürgschaft und Garantieerklärung vgl. BGE 113 II 434 und dazu MERZ, ZBJV 1989, S. 228 ff.; BGE 123 III 24; ZOBL, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Wiegand (Hrsg.), Personalsicherheiten, BBT Bd. 4, Bern 1997, S. 23 ff., insbes. S. 31 ff.

Vertrauen erwecken, welches (auch ohne ausdrückliche Patronatserklärung) bei Verletzung dieses Vertrauens zu einer direkten Haftung (keine Durchgriffshaftung) des herrschenden Unternehmens führt. „Eine derartige Vertrauenshaftung kommt jedoch nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht. Der Geschäftspartner einer Tochtergesellschaft hat deren Kreditwürdigkeit grundsätzlich selbst zu beurteilen und kann das Bonitätsrisiko nicht einfach generell auf die Muttergesellschaft abwälzen. Die Muttergesellschaft hat nicht unbesehen für den Erfolg des Tochterunternehmens einzustehen und haftet bei dessen Scheitern den Geschäftspartnern nicht ohne weiteres für allfälligen Schaden, der ihnen aus dem Misserfolg erwächst.

Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird. Eine Haftung entsteht nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht (BGE 120 II 331 E. 5a S. 335 f.; vgl. auch 121 III 350 E. 6c S.355 f.). Das blosse Bestehen einer Konzernverbindung vermag somit keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung abzugeben. Ebensowenig genügen Werbeaussagen, in denen bloss in allgemeiner Form auf eine bestehende Konzernverbindung hingewiesen wird. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.“²⁸

a) Problemstellung

Es geht erneut um die Auflösung der Spannung zwischen der juristischen Selbständigkeit der Konzernunternehmen und der wirtschaftlichen Einheit. Weder kann allein auf die juristische Selbständigkeit, noch allein auf die wirtschaftliche Einheit abgestellt werden.

b) Der „Swissair“-Entscheid

i) Zum Sachverhalt

Dazu vgl. BGE 120 II 331 ff.

ii) Die Erwägungen des Bundesgerichts

Das BGer lässt unter folgenden Voraussetzungen eine direkte Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten eines abhängigen Unternehmens zu:

- Schaden;
- Kausalität;
- Verschulden;
- rechtliche Sonderbindung:
 - Erwecken von Konzernvertrauen und
 - Enttäuschung dieses Konzernvertrauens in treuwidriger Weise.

Die Beurteilung erfolgt nach den gesamten Umständen des Einzelfalles.

²⁸ Zitat aus BGE 124 III 297 ff., 303 f. E. 6 a.

c) Der Motor-Columbus-Fall

Dazu vgl. VON BÜREN ROLAND, Haftungsgrundlagen im Konzern, BGE 124 III 297 ff. i.S. Musikvertrieb AG gegen Motor-Columbus AG, SZW 1/99, S. 54 ff.

3.8.6 Die Relativierung der Haftung im Konzern durch die Rechtswirklichkeit: Ein Beweisproblem

Sämtliche Lösungsvorschläge, welche eine Haftung des herrschenden Unternehmens bzw. seiner Organe zu begründen versuchen, stossen auf ein entscheidendes Problem: Alle vorgeschlagenen Klagemöglichkeiten setzen voraus, dass das herrschende Unternehmen selbst oder über seine Vertreter beim abhängigen Unternehmen nachweislich etwas tut oder unterlässt, was gegen dessen Interessen verstösst oder rechtlich verpönt ist. In der Praxis zeigt sich, dass die blossе Möglichkeit des Konzerns, seinen Willen mit formeller Stimmkraft durchzusetzen, erfahrungsgemäss für die Steuerung des abhängigen Unternehmens genügt, sodass keine Beschlüsse gefasst oder konkrete Weisungen erteilt werden müssen (vgl. auch oben 1.1.3B).

3.9 Der Konzern im Börsenrecht

VON BÜREN, Konzern, S. 277 ff.

3.9.1 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)

VON BÜREN ROLAND/BÄHLER THOMAS, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, in: AJP 96, S. 391 ff.; NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 478 ff., 513 ff.; SCHLUEP WALTER, R., Prolegomena zur wirtschaftsrechtlichen Beurteilung von Börsengesetzen, in: SZW Sondernummer 1997, S. 3 ff.; (deutsches) Gesetz vom 26. Juli 1994 über den Wertpapierhandel (WpHG); Skript Handelsrecht II, 4.

Das BEHG regelt die Voraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb von Börsen sowie für den gewerbmässigen Handel mit Effekten, um für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen. Es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte bzw. des Finanzmarktes zu gewährleisten (Art. 1 BEHG).

Das Börsengesetz ist zwar ein wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlass, greift aber in mehreren Bereichen in bedeutender Weise in das privatrechtlich geregelte Aktienrecht ein (soweit börsenkotierte Gesellschaften betroffen sind).

Das Börsengesetz vertieft somit den bereits im Aktienrecht sich abzeichnenden Riss zwischen den börsenkotierten grossen Publikumsgesellschaften und den nicht kotierten Gesellschaften (KMU usf.). Vgl. auch HR II, 3.3.3G).

Für den Konzern sind von Bedeutung der 2., 4. und 5. Abschnitt des BEHG.

3.9.2 Vom Börsengesetz betroffene Konzernunternehmen**A) Aktiengesellschaft**

Die Bedeutung des BEHG wird allerdings insofern relativiert, als sein Geltungsbereich sich nur über die an einer Börse kotierten Aktiengesellschaften erstreckt: dies sind ca. 250 Gesellschaften. Die restlichen, also über 99% der Aktiengesellschaften sind davon

nicht betroffen, während aber ca. 80% der schweizerischen Aktiengesellschaften einem Konzern angehören.

Deshalb kann das BEHG nicht als ein Ersatz für die in der Schweiz bisher fehlende Konzernoffenlegungspflicht angesehen werden, zumal es nur den Beteiligungskonzern erfasst und andere Konzernierungsformen (vgl. oben 1.1.3A) ausser Acht lässt.

B) Genossenschaft

Die Genossenschaft könnte ebenfalls mit Effekten an der Börse kotiert sein: mit forderungsrechtlichen Effekten (z.B. Anleiheobligationen) und mit blankozedierten Anteilscheinen. Die Natur der Genossenschaft führt aber zu rechtlichen Problemen, welche die Kotierung nicht als praktisch erscheinen lassen.

C) GmbH

Bei der GmbH ist das Stammkapital auf 2 Mio. Fr. beschränkt, weshalb eine Kotierung von vornherein ausser Betracht fällt, da hierzu ein Eigenkapital von mindestens 25 Mio. Fr. nötig wäre (Art. 8 KR).

D) Einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Verein

Eine Börsenkotierung ist zwar mit forderungsrechtlichen Effekten denkbar, jedoch ist diese Möglichkeit kaum von praktischer Relevanz.

3.9.3 Konkrete Auswirkungen auf den Konzern

A) Rechnungslegung und Publizität

WIEGAND WOLFGANG, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: FS Chapuis, Zürich 1998, S. 143 ff.

Die Börse erlässt ein Reglement über die Zulassung von Effekten zum Handel. Das Reglement enthält Vorschriften über die Handelbarkeit der Effekten und legt fest, welche Informationen für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und der Qualität des Emittenten durch die Anleger nötig sind. Es trägt international anerkannten Standards Rechnung (Art. 8 BEHG).

Bezüglich der Aktiengesellschaften bestehen die Informationen für die Anleger insbesondere in Geschäfts- und Jahresbericht, d.h. in der Rechnungslegung. Aus diesem Grund enthält das Börsenreglement (Kotierungsreglement, KR)²⁹ ausführliche Rechnungslegungsvorschriften, welche die Vorschriften des Aktienrechts zumindest für börsenkotierte Gesellschaften weitgehend obsolet werden lassen (Art. 64 ff. KR). Dieses Reglement verweist insbesondere auf die FER-Richtlinien³⁰ (welche im Anhang II des KR zu finden sind), die dem Grundsatz der *true and fair*³¹ *view* folgen (Art. 66 f. KR) und nicht demjenigen der vorsichtigen Bewertung: Stille Willkürreserven sind nach

²⁹ Kotierungsreglement der Schweizer Börse vom 24. Januar 1996. Dieses, die Erläuterungen zur *ad hoc*-Publizität nach Art. 72 KR und weitere Publikationen sind zu beziehen bei der Schweizer Börse, Selnaustrasse 32, Postfach, 8021 Zürich (Tel. 01 229 29 29) oder unter www.swx.ch.

³⁰ Vgl. dazu HR I, 2.2.2.

³¹ Zum Einzug der *Fairness* in das schweizerische Recht siehe auch DRUEY JEAN NICOLAS, Recht und Fairness, in: recht 98, S. 137 ff.

diesen Grundsätzen nicht mehr erlaubt. Angestrebt wird eine möglichst grosse Vergleichbarkeit von Unternehmen (der gleichen Branche).

Neben diesen Rechnungslegungsvorschriften verpflichtet das Kotierungsreglement die Gesellschaften zusätzlich zur sog. *ad hoc*-Publizität: Der Emittent (die Aktiengesellschaft) hat den Markt unverzüglich über kursrelevante Tatsachen zu informieren, welche in seinem Tätigkeitsbereich eingetreten sind und nicht öffentlich bekannt sind. Als kursrelevant gelten neue Tatsachen, die wegen ihrer beträchtlichen Auswirkungen auf die Vermögens- und Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsgang des Emittenten geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen (Art. 72 KR).³² Diese Publizitätspflicht soll insbesondere den Anlegern bessere Informationen verschaffen.

B) Meldepflicht für Beteiligungen

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 521 ff.; Offenlegung von Beteiligungen, Broschüre der Schweizer Börse, Zürich 1998 (vgl. Fn. 29).

Die wenig glückliche Bestimmung von Art. 663c OR über die Bekanntgabe von Beteiligungsverhältnissen (vgl. HR II, 3.3.6E) wird ebenfalls durch Regeln des Börsengesetzes ersetzt; und zwar hat nun der Anleger der Gesellschaft (und der Börse) unter gewissen Voraussetzungen seine Beteiligung bekannt zu geben (Art. 20 BEHG), und die Gesellschaft ist verpflichtet, die ihr mitgeteilten Informationen über die Veränderungen bei den Stimmrechten zu veröffentlichen (Art. 21 BEHG).

Konzerne (vertraglich oder anders organisiert) müssen die Meldepflicht als Gruppe erfüllen und Meldung erstatten über: die Gesamtbeteiligung, die Identität der einzelnen Mitglieder, die Art der Absprache und die Vertretung (Art. 20 III BEHG). Dies bedeutet zum einen eine Privilegierung der Konzerne, da sie die Meldung nicht für alle beteiligten Unternehmen einzeln vornehmen müssen. Doch müssen dadurch auch die Konzernstrukturen offengelegt werden.

Diese Verpflichtung besteht dann, wenn durch einen Erwerb oder eine Veräusserung von Aktien die Beteiligung die Grenzwerte von 5, 10 (Einberufungsrecht, Sonderprüfung), 20, $33\frac{1}{3}$ (Sperrminorität für wichtige Beschlüsse), 50 (Mehrheitsbeteiligung) oder $66\frac{2}{3}$ (alle Beschlüsse möglich) Prozent der Stimmrechte (ausübbar oder nicht) erreicht, unter- oder überschreitet (Art. 20 BEHG). Kommt ein Anleger seiner Mitteilungspflicht nicht nach, droht eine Busse bis zum doppelten Kauf- oder Verkaufspreis der Aktien (Art. 41 BEHG).

Mit dieser Bestimmung sind stille Übernahmen unmöglich geworden; der Markt ist informiert über allfällige Beteiligungen, deren Grösse eine Investition in eine bestimmte Gesellschaft unattraktiv macht, weil die Gesellschaft von einem andern Anleger massgeblich beherrscht wird.

³² Der *ad hoc*-Publizitäts-Test für den Emittenten: Würde ich aufgrund der neuen – noch unveröffentlichten – Information das betreffende Papier kaufen oder verkaufen, weil ich glaube, dass der aktuelle Kurs diese Information unzureichend reflektiert? Wenn ja: Pflicht zur *Ad hoc*-Meldung besteht.

C) Öffentliches Kaufangebot

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 526 ff.

Dieselbe Funktion hat die öffentliche Angebotspflicht bei Erreichen einer bestimmten Beteiligung, denn wenn ein Investor über eine Beteiligung in qualifizierter Höhe verfügt, ist dies oft der erste Schritt zur „Machtübernahme“ in der Gesellschaft: Wenn ein Anleger eine Beteiligung von $33\frac{1}{3}$ Prozent der Stimmrechte (Sperrminorität für wichtige Beschlüsse) – ausübbar oder nicht – oder mehr erwirbt, muss er ein öffentliches Kaufangebot (Art. 22 ff. BEHG) an alle andern Aktionäre der Gesellschaft machen (Art. 32 BEHG). Der Preis muss mindestens dem Börsenkurs entsprechen und darf höchstens 25 Prozent unter dem höchsten Preis liegen, den der Anbieter in den zwölf letzten Monaten für die Aktien der Gesellschaft bezahlt hat (Art. 32 IV BEHG).

In den Statuten der Gesellschaft kann diese Schwelle von $33\frac{1}{3}$ Prozent angehoben werden auf 49 Prozent (Art. 32 I BEHG: opting up) oder die Angebotspflicht ganz ausgeschlossen werden (Art. 22 II BEHG: opting out). Allerdings riskiert die Gesellschaft dadurch einen Rückgang des Börsenkurses, da Gesellschaften, die weniger Gefahr laufen, durch qualifizierte Beteiligung übernommen zu werden, im Allgemeinen attraktiver sind. Die andern Anleger werden nicht plötzlich Minderheitsaktionäre bzw. können ihren Anteil zumindest verkaufen (vgl. auch HR II, 3.3.7C).

Ein öffentliches Kaufangebot kann aber auch gemacht werden, wenn keine der genannten Schwellen erreicht ist. Für das Konzernrecht insbesondere von Bedeutung sind die Bestimmungen über die Meldepflicht im Zusammenhang mit einem solchen Angebot: Zum einen muss der Anbieter oder wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten über eine Beteiligung von mindestens 5 Prozent der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügt, von der Veröffentlichung des Angebots bis zum Ablauf der Angebotsfrist der Übernahmekommission und den Börsen jeden Erwerb oder Verkauf von Beteiligungspapieren dieser Gesellschaft melden (Art. 31 I BEHG). Und der Anbieter muss das Ergebnis des öffentlichen Kaufangebotes nach Ablauf der Angebotsfrist veröffentlichen (Art. 27 I BEHG).

D) Beschränkung der Kompetenzen des Verwaltungsrats bei einem öffentlichen Kaufangebot

NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 539 ff.

Die Aktien einer Gesellschaft können einerseits über die Börse gekauft werden oder der Investor kann ein öffentliches Kaufangebot an alle Aktionäre machen. Dieses Kaufangebot muss in Zeitungen usf. veröffentlicht werden, wie auch – nach Ablauf der Angebotsfrist – das Ergebnis des Angebotes veröffentlicht werden muss (Art. 22 ff. BEHG).

Der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft hat zuhanden der Aktionäre einen Bericht vorzulegen, in welchem er zum Angebot Stellung nimmt (Art. 29 I BEHG und Art. 29 ff. UEV-UEK).³³

Er darf ausserdem von der Veröffentlichung des Angebots bis zur Veröffentlichung des Ergebnisses keine Rechtsgeschäfte beschliessen, mit denen der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde (Art. 29 II BEHG). Diese

³³ Verordnung vom 21. Juli 1997 der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung-UEK, UEV-UEK), SR 954.195.1.

Bestimmung soll den Verwaltungsrat in der Vornahme von Abwehrmassnahmen (wie z.B. Ausschüttung von Kapital, Gratisaktien aus den Reserven oder sog. golden parachutes: Abgang des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung mit grossen Abgangsschädigungen; vgl. die Aufzählung in Art. 35 UEV-UEK)³⁴ einschränken; er ist aber gleichzeitig auch in seiner strategischen Leitung behindert.

Die Generalversammlung unterliegt hingegen dieser Beschränkung nicht. Ihre Beschlüsse dürfen ausgeführt werden, unabhängig davon, ob sie vor oder nach der Veröffentlichung des Angebots gefasst werden (Art. 29 II BEHG). Der Verwaltungsrat muss für Abwehrmassnahmen oder sonstige bedeutende Geschäfte eine Generalversammlung einberufen.

E) Recht auf Ausschluss ("Squeeze out")

Das Aktienrecht kennt eine einzige Möglichkeit des Ausschlusses von Aktionären: die Kaduzierung (vgl. HR II, 3.3.5C)a). Auch hier ergibt sich aus dem Börsengesetz eine weitere Möglichkeit des Ausschlusses von Aktionären.

Verfügt ein Anbieter bei einem öffentlichen Kaufangebot (vgl. oben 3.9.3C) nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 Prozent der Stimmrechte, kann er binnen einer Frist von drei Monaten vom Gericht verlangen, die restlichen Aktien für kraftlos zu erklären (Art. 33 I BEHG und Art. 54 BEHV³⁵ zur Berechnung und zum Verfahren).

Der Sinn dieser Regelung ist, dass ganz kleine Minderheiten nicht die überwiegende Mehrheit drangsaliieren sollen, indem ihretwegen „offizielle“ Generalversammlungen abgehalten werden müssen. (Extrembeispiel: Für einen Aktionär, der nur noch eine einzige Aktie besitzt, muss eine Generalversammlung abgehalten werden, obwohl die Gesellschaft im Übrigen zu einem Konzern gehört. Solches ist wenig sinnvoll.)

Die Gesellschaft gibt die für kraftlos erklärten Aktien erneut aus und übergibt sie dem Anbieter gegen Entrichtung des Angebotspreises (Art. 33 II BEHG). Der „enteignete“ Aktionär erhält eine Entschädigung in gleicher Höhe.

³⁴ Vgl. auch oben 3.5.2B)b).

³⁵ Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11.

4 **Der Konzern mit Konzernunternehmen in anderer Rechtsform**

VON BÜREN, Konzern, S. 197 ff.

4.1 **Die GmbH im Konzern**

VON BÜREN, Konzern, S. 199 ff.; HR II, 3.1.

4.1.1 **Die GmbH als Rechtsform des herrschenden Unternehmens**

A) **Die Verweisungsnormen auf das Aktienrecht im Recht der GmbH**

VON BÜREN/BÄHLER, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Zugleich ein Beitrag zur Frage der Verweisung auf das Aktienrecht, in: BN 1996, S. 225 ff.; HR II, 3.1.8.

Anders als z.B. die Regelung der Kommandit-Aktiengesellschaft enthält das GmbH-Recht keine generelle Verweisung auf die subsidiäre Anwendbarkeit des Aktienrechts, sondern nur punktuelle Verweisungen.

Nach wohl herrschender Lehre handelt es sich um dynamische Verweisungen, welche nun auf das neue Aktienrecht verweisen und nicht auf das alte. Aufgrund dessen verweist das GmbH-Recht insbesondere auch auf die Konsolidierungsvorschriften für den Konzern (Art. 663e ff. OR), weshalb nun auch das Gesetz selbst von der Möglichkeit des GmbH-Konzerns ausgeht.

B) **Folgen für den GmbH-Konzern**

a) **Die Rechnungslegungsvorschriften (Art. 805 OR)**

Das GmbH-Recht verweist in Art. 805 OR auf die Rechnungslegungsvorschriften des Aktienrechts. Aus konzernrechtlicher Sicht sind hier insbesondere folgende Bestimmungen von Bedeutung:

- **Konsolidierungspflicht (Art. 663e OR):** Sind die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt, trifft auch den GmbH-Konzern die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung.
- **Bekanntgabe von Beteiligungen (Art. 663b Ziff. 7):** Im Anhang der Jahresrechnung sind jene Beteiligungen, die für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich sind, aufzuführen.
- **Angaben über selbst gehaltene Stammanteile und von abhängigen Unternehmen gehaltene Stammanteile (Art. 663b Ziff. 10):** Die GmbH hat in Anhang der Jahresrechnung Angaben zu machen über Erwerb, Veräusserung und Anzahl von selbst gehaltenen Stammanteilen oder von abhängigen Unternehmen gehaltenen Stammanteilen. Anders als die Aktiengesellschaft (Art. 659 ff. OR) kennt die GmbH keine Beschränkung bezüglich des Umfangs, in welchem eigene Stammanteile gehalten werden dürfen; die GmbH dürfte sich theoretisch sogar selber gehören.
- **Offenlegung von Jahres- und Konzernrechnung (Art. 697h OR):** Hat die GmbH Anleiensobligationen ausstehen, muss sie ihre Jahres- und Konzernrechnung ver-

öffentlichen. Den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, ist in jedem Fall Einsicht zu gewähren.

b) Die Vorschriften über die Kontrollstelle (Art. 819 II OR)

HR II, 3.3.4C)a)ii), Anhang: Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle.

Für das Konzernrecht ist bezüglich des Verweises auf die aktienrechtliche Kontrollstelle die Bestimmung von Art. 727c II OR interessant, welche besagt, dass die Revisoren auch von Gesellschaften, die dem gleichen Konzern angehören, unabhängig sein müssen, sofern ein Aktionär oder ein Gläubiger dies verlangt.

c) Die Vorschriften über die Verantwortlichkeit (Art. 827 OR)

HR II, 3.3.7D).

Art. 827 OR verweist für die GmbH auf die Regeln über die Verantwortlichkeit der Aktiengesellschaft (Art. 752 ff. OR). Dies bedeutet, dass bezüglich der Verantwortlichkeit der Organe (insbes. der faktischen Organe) in der GmbH dieselben Haftungsmöglichkeiten gegeben sind, wie bei einem Aktienrechtskonzern (vgl. oben 3.8.3).

4.1.2 Die GmbH als Rechtsform des abhängigen Unternehmens

Die Form der GmbH für abhängige Unternehmen wird, mit der allgemeinen Zunahme der Zahl der GmbH, mit grosser Wahrscheinlichkeit in zunehmendem Masse anzutreffen sein.

A) Eignung

Wird die GmbH durch das herrschende Unternehmen bereits als abhängiges Unternehmen gegründet, sprechen folgende Punkte für die Eignung als abhängiges Unternehmen:

- Durch die Festschreibung eines entsprechenden Zwecks kann die GmbH bereits mit der Gründung in den Dienst des Konzerns gestellt werden (womit eine Haftung für die Verletzung der Treuepflicht bei Handlungen im Sinne des Konzerns entfällt);
- es können für die Gesellschafter in den Statuten beliebige Nebenpflichten (z.B. Verhalten im Sinne des Konzerns) gegenüber der Gesellschaft vorgesehen werden (Art. 777 Ziff. 2 OR);
- die Geschäftsführung kann vollständig an Dritte (auch juristische Personen) übertragen werden, womit es dem herrschenden Unternehmen möglich ist, die Geschäftsführung der GmbH zu übernehmen (Art. 812 OR);
- das herrschende Unternehmen ist nicht auf eine massgebliche Kapitalbeteiligung zur Beherrschung angewiesen, die Stimmrechte können anders verteilt werden (Art. 808 IV OR).

Gegen die Eignung der GmbH als abhängiges Unternehmen (insbesondere durch eine Kontrollübernahme) spricht:

- Die GmbH verfügt über ein nur geringes Höchstkapital von 2 Mio. Fr. (Art. 773 OR);³⁶

³⁶ Dies könnte sich im Zuge der laufenden Revision des GmbH-Rechts ändern, vgl. HR II, Anhang: Für eine attraktivere GmbH.

- die Beteiligungsübernahme ist schwierig, weil die Übertragung der Anteile der Zustimmung von drei Vierteln der Gesellschafter und drei Vierteln der Stammanteile bedarf (gesetzliche Vinkulierung [Art. 791 OR]) oder gar gänzlich ausgeschlossen werden kann;
- das herrschende Unternehmen, welches nicht schon Gründungsmitglied war, kann erst durch besonderen Gesellschafterbeschluss an der Geschäftsführung teilnehmen (Art. 811 III OR);
- und die Gründungsmitglieder bleiben Geschäftsführer, die Befugnis zur Geschäftsführung kann ihnen nur aus wichtigen Gründen entzogen werden (Art. 814 II i.V.m. 557 II i.V.m. 539 II OR).

Aus diesen Gründen ist die Konzernierung einer bestehenden GmbH in der Praxis kaum möglich, als neu gegründetes abhängiges Unternehmen hingegen erscheint die GmbH trotz des geringen Kapitals als höchst attraktiv.

B) Folgen für den Konzern

Die Schutzrechte des einzelnen Gesellschafters entsprechen weitgehend denjenigen eines Aktionärs (vgl. oben 3.5), allerdings mit folgenden Abweichungen:

- Zwar verweist Art. 808 VI OR auf das Aktienrecht, wo die Ungleichbehandlung der Gesellschafter als Anfechtungsgrund aufgeführt wird; doch können bereits die Statuten eine ungleiche Behandlung vorsehen, und gegen die ist keine Anfechtung möglich (z.B. Art. 808 IV OR);
- wer 10% des Stammkapitals vertritt, kann eine Gesellschafterversammlung einberufen und traktandieren lassen (Art. 809 II OR);
- für gewisse Beschlüsse sind qualifizierte Quoren notwendig: z.B. für die Vermehrung der Leistungen der Gesellschafter müssen alle zustimmen (Art. 784 III OR), für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen drei Viertel der Gesellschafter und drei Viertel des Stammkapitals (Art. 791 II OR);
- die mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafter haben bereits aufgrund der Geschäftsführungskompetenz ein umfassendes Einsichts- und Kontrollrecht, die nicht geschäftsführenden Gesellschafter haben, sofern keine Kontrollstelle eingesetzt ist, ein ebenso umfassendes Recht (Art. 819 I i.V.m. 541 OR); ist eine Kontrollstelle eingeführt haben die nicht geschäftsführenden Gesellschafter nur ein Einsichts- und Kontrollrecht wie es die Aktionäre in der Aktiengesellschaft haben (Art. 819 II i.V.m. 727 ff. i.V.m. 696 ff. OR);
- Das Bezugsrecht eines Gesellschafters kann nur mit Zustimmung aller Gesellschafter entzogen werden, denn jede Erhöhung des Stammkapitals (ob mit Bezugsrecht oder nicht) bedeutet eine mögliche höhere Haftung des einzelnen Gesellschafters (Art. 787 i.V.m. 784 III OR);
- Die Klage auf Auflösung der Gesellschaft kann von jedem Gesellschafter geltend gemacht werden, unabhängig von der Grösse seines Anteils (Art. 820 Ziff. 4 OR).

Der Gläubigerschutz entspricht ebenfalls weitgehend demjenigen der Aktiengesellschaft, allerdings mit folgenden Abweichungen:

- Die Gesellschafter der GmbH trifft bis zur Höhe des Stammkapitals eine solidarische und persönliche Haftung (Art. 802 OR);
- und es kann die Gesellschafter eine bestimmte Nachschusspflicht treffen (Art. 803 OR).

4.2 Der Genossenschaftskonzern

VON BÜREN, Konzern, S. 214 ff.; HR II, 3.2.

4.2.1 Der Genossenschaftskonzern als Selbsthilfeorganisation

Eine Genossenschaft ist eine auf Selbsthilfe ihrer Gesellschafter ausgerichtete Gesellschaft (Art. 828 OR); sie ist meist nicht gewinnstrebig (Art. 859 III OR schreibt eine Ausschüttungsgrenze vor), sondern wendet ihren Mitgliedern direkt in anderer Art geldwerte Leistungen zu (z.B. die Nutzung gemeinsamer Einrichtungen). Dies gilt auch für Genossenschaften als herrschende Unternehmen. Dies bedingt, dass der Genossenschaftskonzern einen Bezug zur wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschafter des herrschenden Unternehmens hat.

4.2.2 Der Konzern mit einer Kreditgenossenschaft bzw. einer konzessionierten Versicherungsgenossenschaft als herrschendes Unternehmen

Wie das GmbH-Recht verweist auch das Genossenschaftsrecht nur punktuell auf das Aktienrecht (vgl. oben 4.1.1A). Einige Verweise betreffen zudem nur spezielle Arten von Genossenschaften.

Von Bedeutung für das Konzernrecht ist insbesondere die Verweisungsnorm von Art. 858 II OR, welche für Kreditgenossenschaften³⁷ und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften³⁸ auf die Rechnungslegungsvorschriften des Aktienrechts (Art. 662 ff. OR) verweist und somit auch die Konsolidierungspflicht vorsieht, sofern die Voraussetzungen von Art. 663e OR gegeben sind.

Neben dieser Bestimmung gibt es für die genannten Arten von Genossenschaften weitere Verweisungen auf das Aktienrecht:

- Zum einen Art. 896 II OR mit Verweis auf das Aktienrecht bezüglich der Amtsdauer der Verwaltung (Art. 710 OR);
- und zum anderen Art. 920 OR mit Verweis auf das Aktienrecht bezüglich der Verantwortlichkeit (Art. 752 ff. OR).

Alle übrigen, für sämtliche Genossenschaften geltende Verweise auf das Aktienrecht sind selbstverständlich ebenso für diese speziellen Genossenschaften zu beachten.

³⁷ z.B. die Raiffeisenbank.

³⁸ z.B. Die Mobilienbank.

4.2.3 Der Genossenschaftskonzern mit einer „gewöhnlichen“ Genossenschaft als herrschendem Unternehmen, aber Kapitalgesellschaften als abhängige Unternehmen

In der Praxis gibt es Konzerne, welche „gewöhnliche“ Genossenschaften als herrschende Unternehmen und Kapitalgesellschaften als abhängige Unternehmen haben.³⁹ Bei diesen gelten die Vorschriften über die Konsolidierung nicht, da sie nach Art. 858 I OR die normalen Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung (Art. 957 ff. OR) anzuwenden haben (und nicht die aktienrechtliche Rechnungslegung). Es trifft sie keine der mit der aktienrechtlichen Rechnungslegung verbundenen Pflichten. Die Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft als herrschendes Unternehmen könnte allenfalls als Umgehung des Rechts und somit als rechtsmissbräuchlich angesehen werden.

Immerhin müssten abhängige Unternehmen in der Form von Kapitalgesellschaften, welche ihrerseits andere Unternehmen beherrschen, eine konsolidierte Rechnung vorlegen (Art. 663f OR).

Im Übrigen kann für die Konzernierung und deren Folgen auf die Ausführungen über den Aktienrechtskonzern verwiesen werden (vgl. oben 3).

4.2.4 Der Genossenschaftskonzern mit einer „gewöhnlichen“ Genossenschaft als herrschendem Unternehmen und Genossenschaften als abhängige Unternehmen

Von einem reinen Genossenschaftskonzern spricht man, wenn sowohl das herrschende wie auch die abhängigen Unternehmen die Rechtsform der Genossenschaft aufweisen.⁴⁰

Die Beherrschung einer Genossenschaft gestaltet sich zum einen wegen des zwingend vorgeschriebenen Kopfstimmrechts (Art. 885 OR) und zum andern wegen der sehr eingeschränkten Vertretungsmöglichkeit (Art. 886 OR) in der Genossenschafterversammlung sehr schwierig. Eine kapitalmässige Beherrschung fällt demnach meist ausser Betracht.

Möglich ist hingegen die Bildung eines Genossenschaftsverbandes (Art. 921 ff. OR), eines eigentlich körperschaftlichen Konzerns. Dieser Konzern ist nicht hierarchisch aufgebaut, sondern durch die Basis legitimiert, da das oberste Organ des Konzerns die Versammlung der Delegierten der abhängigen Genossenschaften ist. Diese Delegierten legen den Konzernzweck in den Statuten der herrschenden Genossenschaft fest und bestimmen, in welchen Bereichen das herrschende Unternehmen Konzernleitungskompetenzen erhält. Sie bilden auch die Verwaltung, welche die Konzernleitungsmacht ausübt.

Grundsätzlich ist aber festzustellen, dass der körperschaftlich organisierte Genossenschaftskonzern ein sehr loses Gebilde ist, welches eigentlich nur auf der Basis eines laufend zu erneuernden Konsenses funktioniert. Wenn ein abhängiges Unternehmen

³⁹ z.B. die Migros oder die Coop.

⁴⁰ Die folgenden Ausführungen gelten zudem, wenn mindestens die Mehrheit der abhängigen Unternehmen Genossenschaften sind bzw. überhaupt für Genossenschaften als abhängige Unternehmen.

sich nicht mehr mit dem Konzern identifizieren kann, braucht es bloss aus dem Verband auszutreten (Art. 842 OR).

Die Führung müsste sich demnach jeden Tag neu bewähren, um den Konzern erhalten zu können. Diese theoretisch umfassende Kontrolle der Verwaltung ist in der Realität aber meist ausgeschaltet bzw. wird nicht wahrgenommen.

4.3 Vereine und Stiftungen im Konzern

VON BÜREN, Konzern, S. 226 ff.

4.3.1 Verein

A) Der Verein als herrschendes Unternehmen

Ein Verein muss zwar einen ideellen Zweck verfolgen, doch kann er dies auch durch das Betreiben eines kaufmännisch geführten Gewerbes tun (Art. 60 i.V.m. 61 II ZGB), d.h. auch mittels der Führung eines Konzerns, welche Funktion stets einer geordneten Buchführung usf. bedarf (Art. 52 I i.V.m. 53 lit. C HRV). Bloss darf der Verein die erwirtschafteten Mittel nicht seinen Mitgliedern zukommen lassen.

Eine konsolidierte Konzernrechnung hat der Verein nicht zu erstellen, weil er durch den Handelsregistereintrag nur zur Buchführung nach Art. 957 ff. OR verpflichtet ist.

B) Vereine als abhängige Unternehmen

Der Verein eignet sich nur schlecht als abhängiges Unternehmen, da er aufgrund des Kopfstimmrechts in der Vereinsversammlung kaum beherrschbar ist (die Konzernleitung müsste eine Mehrheit der Mitglieder für ihre Sache gewinnen) und ausserdem keine Mittel an den Konzern abliefern darf, da er ideelle Zwecke zu verfolgen hat. Es ist kaum ein Fall denkbar, in dem eine Konzernleitung dennoch ein Interesse an einem Verein als abhängigem Unternehmen hätte.

4.3.2 Stiftung

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, Rzn. 19.01 ff.

A) Die Stiftung als herrschendes Unternehmen

Eine Stiftung ist ein einem bestimmten Zweck gewidmetes Vermögen (Art. 80 ZGB). Da dieser Zweck einzig nicht widerrechtlich, unsittlich oder unmöglich sein darf (Art. 88 ZGB), ergibt sich, dass eine Stiftung durchaus den Zweck des Betriebes eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes haben kann. Die Stiftung kann ein Unternehmen entweder direkt betreiben (Unternehmensträgerstiftung) oder aber sich mit dem Halten von Beteiligungen begnügen (Holding-Stiftung).

Bedenken ergeben sich allerdings aus dem Fehlen eines eigenen Interesses der Verwaltung am Unternehmen und dem eingesetzten fremden Kapital, aus der Starrheit in Organisation und Zweckausrichtung, aus Problemen bei der Finanzierung (wer investiert

in eine Stiftung?) und aus der hemmenden staatlichen Überwachung der Stiftungstätigkeit.

B) Stiftungen als abhängige Unternehmen

Kaum denkbar ist die Konzernierung einer bestehenden Stiftung als abhängiges Unternehmen, da in der Stiftung zum einen der Wille des Stifters (Stiftungszweck) massgeblich ist und zum andern die Einhaltung des Stiftungszwecks staatlich überprüft wird. Denkbar wäre dies allenfalls, wenn der Zweck der Stiftung dem Stiftungsrat einen gewissen Spielraum einräumt und die Konzernleitung auf die Besetzung des Stiftungsrates einwirken kann.

Erheblich unproblematischer ist die Beherrschung einer direkt durch die Konzernleitung gegründeten Stiftung, da diese hier einen entsprechenden Zweck festlegen und Einfluss auf die Besetzung des Stiftungsrates nehmen kann.

4.4 Personengesellschaften im Konzern

VON BÜREN, Konzern, S. 239 ff.

4.4.1 Personengesellschaften als herrschende Unternehmen

A) Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Die Frage, ob das herrschende Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft auftreten kann, ist für die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft ohne jeden Zweifel zu bejahen. Diesen ist erlaubt, unternehmerische Interessen zu verfolgen und dabei ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben, was ohne weiteres auch die Führung eines Konzerns erfasst.

B) Einfache Gesellschaft

Einer einfachen Gesellschaft ist es untersagt, ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben, was die Führung eines Konzerns ohne Zweifel ist (es ist kaum möglich, einen Konzern ohne eine geordnete Buchführung zu leiten [Art. 52 I i.V.m. 53 lit. C HRV]). Deshalb kommt die einfache Gesellschaft als herrschendes Unternehmen grundsätzlich nicht in Frage.

Eine Ausnahme ergibt sich allerdings dort, wo an der einfachen Gesellschaft auch juristische Personen beteiligt sind. Eine solche Gesellschaft kann nicht als Kollektivgesellschaft betrachtet werden, da diese nur natürliche Personen als Gesellschafter zulässt.

4.4.2 Personengesellschaften als abhängige Unternehmen

A) Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Zwar ist es theoretisch möglich, eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft als abhängiges Unternehmen zu führen. Allerdings ist das herrschende Unternehmen dazu weitgehend auf das Einverständnis der Mitgesellschafter angewiesen.

Als weiteres Problem tritt hinzu, dass eine juristische Person nicht Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft sein kann bzw. in der Kommanditgesellschaft nur Kommanditär, und in dieser Position sich gerade nicht an der Geschäftsführung beteiligen darf. Sind zudem die persönlich haftenden Personen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens identisch, fällt überhaupt der Sinn eines Konzerns, nämlich die Haftungsbeschränkung, dahin.

Denkbar wäre allenfalls die Konzernierung über wirtschaftliche Abhängigkeit oder durch vertragliche Bindung.

B) Einfache Gesellschaft

Rechtlich gibt es zwar gegen die Konzernierung einer einfachen Gesellschaft keine Bedenken, es können sowohl natürliche wie juristische Personen Gesellschafter sein. Diese Gesellschaftsform ist jedoch als Konzerngesellschaft schon deswegen uninteressant, weil sie kein kaufmännisches Gewerbe betreiben darf, und auch, weil die primäre persönliche, solidarische und unbeschränkte Haftung keine Trennung des Vermögens von Konzernleitung und der abhängigen Gesellschaft zulässt.

5 **Der Konzern im Steuerrecht**

VON BÜREN, Konzern, S. 339 ff.

Eines der ersten Rechtsgebiete, welches sich mit dem Phänomen des Konzerns beschäftigt hat, ist das Steuerrecht. Es nimmt diesem gegenüber ein zwiespältiges Verhältnis ein: zum einen hält auch das Steuerrecht grundsätzlich an der juristischen Selbständigkeit der abhängigen Unternehmen fest (Transaktionen zwischen Konzernunternehmen werden behandelt wie solche zwischen selbständigen Partnern), andererseits wird aber auch die wirtschaftliche Einheit des Konzerns beachtet (der Konzern kann Steuerprivilegien in Anspruch nehmen).

Das grösste steuerliche Problem für einen Konzern ist die dreifache Gewinnbesteuerung: Besteuerung beim abhängigen Unternehmen, beim herrschenden Unternehmen und beim Aktionär des herrschenden Unternehmens.⁴¹ Nur dort wo dieses Problem behoben ist, werden Konzerne überhaupt entstehen, werden Konzerne hingehen. Dem wird im schweizerischen Steuerrecht dadurch Rechnung getragen, dass Gewinnausschüttungen innerhalb des Konzerns steuerlich begünstigt werden.

5.1 **Beteiligungsabzug, Holding- und Domizilprivileg**

5.1.1 **Der Beteiligungsabzug (Art. 69 DBG, Art. 28 I StHG)**

Vom Beteiligungsabzug profitieren Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, welche ihre Einnahmen vor allem aus Erträgen aus massgeblichen Beteiligungen an andern Unternehmen erzielen. Als Beteiligungserträge gelten nur Gewinnausschüttungen, nicht aber Kapitalgewinne.

Der Beteiligungsabzug kann sowohl auf Bundesebene wie auf kantonaler Ebene geltend gemacht werden (Art. 69 DBG, Art. 28 I StHG). In beiden Fällen sind die Voraussetzungen und die Folgen gleich: das Unternehmen, welches den Abzug verlangt, muss zu mindestens 20% am Kapital der andern Gesellschaft beteiligt sein oder die Beteiligung muss einen Verkehrswert von mindestens 2 Mio. haben. Dann ermässigt sich die Gewinnsteuer im Verhältnis des Beteiligungsertrages zum gesamten Reingewinn, d.h. auf den Beteiligungsertrag entfällt keine Steuer.

5.1.2 **Das Holdingprivileg (Art. 28 II StHG)**

Nur auf kantonaler Ebene hingegen kann ein Abzug aufgrund des Holdingprivilegs geltend gemacht werden; die betreffenden Gesellschaften entrichten auf dem Reingewinn keine Steuer. Das Holdingprivileg gilt allerdings nur für reine Holdinggesellschaften, welche als Hauptzweck die dauernde Verwaltung von Beteiligungen an andern Unternehmen sowie unmittelbar damit zusammenhängende Tätigkeiten verfolgen und in der Schweiz keine eigene Geschäftstätigkeit ausüben. Zudem müssen die Beteiligungen

⁴¹ Ein Gewinn von 100 wird bei einem angenommenen Steuersatz von 50% beim abhängigen Unternehmen auf 50 geschmälert, beim herrschenden Unternehmen auf 25 und der Aktionär erhält lediglich noch 12,5!

oder die Erträge aus den Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder Erträge ausmachen (Art. 28 II StHG).

Aufgrund des Holdingprivilegs können demnach auch bis zu einem Drittel beteiligungsfremde Erträge (Lizenzgebühren, Zinsen auf Darlehen an abhängige Unternehmen usf.) steuerlich privilegiert werden. Dies macht die Attraktivität des Holdingprivilegs aus.⁴²

Diese steuerliche Privilegierung fördert die Form des Konzern mit reiner Holding, welche als Finanzdrehscheibe innerhalb des Konzerns funktioniert (Einsammeln von Dividenden, Darlehen an abhängige Unternehmen usf.).

5.1.3 Das Domizilprivileg (Art. 28 III StHG)

Ebenfalls nur auf kantonaler Ebenen gibt es das sog. Domizilprivileg. Davon profitieren können Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Stiftungen, welche in der Schweiz zwar eine Verwaltungs-, aber keine Geschäftstätigkeit ausüben. Auf Erträge aus Beteiligungen (im Sinne des Holdingprivilegs) und auf Kapital- und Aufwertungsgewinne auf solchen Beteiligungen müssen sie keine Steuern entrichten.

5.2 Die Steuerfolgen bei Gewinnverschiebungen im Konzern

Innerhalb von Konzernen besteht in der Regel ein ganzes Geflecht von Rechtsgeschäften (Warenlieferungen, Dienstleistungen, Darlehen, Lizenzverträge usf.). Die „Gefahr“ ist gross, dass der Konzern versuchen wird, mithilfe dieser Rechtsgeschäfte die Erträge für die einzelnen Konzernunternehmen zu „optimieren“ (vgl. oben 3.7).

Da aber – wie bereits erwähnt – das Steuerrecht die Konzernunternehmen grundsätzlich gleich wie unabhängige Unternehmen behandelt, ist die Steuerbehörde natürlich daran interessiert, dass auch diese konzerninternen Transaktionen zu den gleichen Bedingungen vorgenommen werden, wie dies mit Dritten geschähe. Kommt die Steuerbehörde zum Schluss, dass ein Dritter ein solches Geschäft bzw. dieses Geschäft unter diesen Bedingungen nie geschlossen hätte, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung (in der Regel zugunsten des herrschenden Unternehmens vor). Zur Absicherung werden für grössere Transaktionen innerhalb von Konzernen oft auch Offerten von Dritten eingeholt, um zu belegen, dass dieses Geschäft auch mit Dritten hätte geschlossen werden können.

5.2.1 Verdeckte Vorteilszuwendungen

Der Begriff der verdeckten Vorteilszuwendung ist Oberbegriff für konzerninterne Leistungen ohne entsprechende Gegenleistung (vgl. unten 5.2.2 ff.). Das der Leistung zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist zu Bedingungen abgeschlossen, die ein Dritter nicht akzeptieren würde. Deshalb kann man sagen, dass ein Teil der Leistung nicht im

⁴² Die Kehrseite der Medaille ist die Kapitalsteuer, vgl. Art. 29 f. StHG.

Rechtsgeschäft, sondern im Konzernverhältnis begründet ist, d.h. die Leistung aus Dividende und z.B. Kaufpreis besteht.

Fliesst die verdeckte Zuwendung vom abhängigen zum herrschenden Unternehmen, spricht man von einer verdeckten Gewinnausschüttung, fliesst sie in umgekehrter Richtung, dann von einer verdeckten Kapitaleinlage. Als dritte Möglichkeit interessiert der Fall, dass die Vorteilszuwendungen zwischen zwei abhängigen Unternehmen fliesst.

5.2.2 Die Steuerfolgen bei der verdeckten Gewinnausschüttung

Die Steuerbehörde nimmt beim abhängigen Unternehmen eine Bilanzkorrektur vor, indem sie die Erfolgsrechnung gemäss Art. 58 I lit. b DBG um den nicht geschäftsmässig begründeten Aufwand bzw. um den nicht verbuchten Ertrag korrigiert. Dadurch erhöht sich die Gewinnsteuer und auf die ausgeschütteten Gewinne ist die Verrechnungssteuer zu entrichten.

Beim herrschenden Unternehmen erhöht sich der Beteiligungsertrag, dies hat ebenfalls eine höhere Gewinnsteuer zur Folge (allenfalls aber innerhalb des Beteiligungsabzuges bzw. des Holdingprivilegs).

5.2.3 Die Steuerfolgen bei der verdeckten Kapitaleinlage

Das herrschende Unternehmen weist einen zu tiefen Gewinn aus, der entsprechend zu korrigieren ist.

Beim abhängigen Unternehmen wird die verdeckte Kapitaleinlage behandelt wie eine normale Kapitaleinlage, welche an sich ein erfolgsneutraler Vorgang ist, jedoch zu einer höheren Kapitalsteuer führt.

5.2.4 Die Steuerfolgen bei verdeckten Vorteilszuwendungen zwischen abhängigen Unternehmen

Während bei verdeckten Vorteilszuwendungen zwischen abhängigen Unternehmen gestützt auf die Direktbeteiligungstheorie angenommen wird, ein abhängiges Unternehmen begünstigt das andere direkt, geht die Dreieckstheorie davon aus, dass in einem ersten Schritt eine verdeckte Gewinnausschüttung des leistenden abhängigen Unternehmen an das herrschende vorliegt. In einem zweiten Schritt wird eine verdeckte Kapitaleinlage des herrschenden Unternehmens in das begünstigte abhängige Unternehmen angenommen.

Die Dreieckstheorie hat insofern etwas für sich, als gerade im Konzern auch Vorteilszuwendungen zwischen abhängigen Unternehmen wohl nur auf Geheiss des herrschenden Unternehmens vorgenommen werden. Für die direkten Steuern folgt Lehre und Praxis dieser Theorie.

Beim leistenden Unternehmen erfolgt eine Aufrechnung des Gewinns (und damit eine höhere Gewinnbesteuerung), während das empfangende Unternehmen bloss eine höhere Kapitalsteuer zu bezahlen hat (vgl. oben 5.2.3). Nach herrschender Lehre und Praxis liegt auch beim herrschenden Unternehmen ein steuerbarer Beteiligungsertrag vor (vgl. BGE 119 Ib 116).

6 Der Konzern im Kartellrecht

VON BÜREN, Konzern, S. 359 ff.; PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, 971 ff.

6.1 Konzerne und Wettbewerbsabreden

Ein Konzern ist das genaue Gegenteil eines Kartells. Denn der Konzern ist die Zusammenfassung mehrerer juristisch selbständiger Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung (Art. 663e I OR); die Konzernunternehmen handeln im Konzerninteresse, weshalb innerhalb des Konzerns kein Wettbewerb herrschen kann. Kartelle bzw. eine Wettbewerbsabreden sind aber definiert als rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 I KG). Wo aber kein Wettbewerb herrscht, kann er nicht beschränkt werden.⁴³

D.h. in einem bestimmten Bereich kann eine Wettbewerbsabrede zwar verboten sein, nicht aber eine Konzernierung, weshalb das Kartellgesetz als Gegenstück zum Verbot von Wettbewerbsabreden die Fusionskontrolle kennt (Art. 9 ff. KG).

6.2 Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen

6.2.1 Marktmacht und Marktbeherrschung

Dem Kartellgesetz sind nicht nur Unternehmen unterstellt, die Kartell- und Wettbewerbsabsprachen treffen, sondern auch solche, die Marktmacht ausüben (Art. 2 I KG). Marktmacht bedeutet, dass ein Unternehmen zwar nicht marktbeherrschend ist, aber doch einen gesteigerten Markteinfluss hat, den Mitbewerber und Marktgegenseite zur Kenntnis nehmen und berücksichtigen müssen.

Marktmacht ausübende Unternehmen sind aber – wie gesagt – noch nicht marktbeherrschend. Marktbeherrschende Unternehmen sind definiert als Unternehmen, die einzeln oder zu mehreren (als Konzern) auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern im Wesentlichen horizontal und vertikal unabhängig zu verhalten (Art. 4 II KG).⁴⁴ Im Konzern kann sich die Marktmacht mehrerer Unternehmen kumulieren, was die Wahrscheinlichkeit einer marktbeherrschenden Stellung des Konzerns erhöht. Aus diesem Grund betrachtet das Kartellgesetz den Konzern als wirtschaftliche Einheit, unabhängig von der juristischen Unabhängigkeit der einzelnen Konzernunternehmen.

⁴³ Ohne weiteres kann aber ein Konzern an einer verbotenen Wettbewerbsabrede beteiligt sein.

⁴⁴ Eine marktbeherrschende Stellung hat z.B. die Swisscom, UBS und CS zusammen und auch Migros und Coop (zusammen).

6.2.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Konzerne

Marktbeherrschung an sich ist nichts Schlechtes, das Gesetz greift erst ein, wenn ein marktbeherrschender Konzern seine Marktmacht missbräuchlich ausübt. Zur Prüfung, ob die Ausübung der Marktmacht missbräuchlich ist, sind folgende Punkte zu prüfen:

A) Prüfung des relevanten Marktes

Auseinander zu halten sind dabei der sachlich, örtlich und zeitlich relevante Markt. Grundsätzlich ist festzustellen, mit welchen Waren oder Dienstleistungen die betreffenden Unternehmen aus der Sicht des Verbrauchers in Konkurrenz stehen. Entscheidendes Kriterium ist die Substituierbarkeit eines Produkts: Kauft der Konsument das Produkt B, wenn das Produkt A nicht erhältlich oder teurer ist? Je enger der relevante Markt definiert wird, desto eher liegt Marktbeherrschung vor.

B) Prüfung der Marktbeherrschung

Marktbeherrschend sind Konzerne, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern im Wesentlichen horizontal und vertikal unabhängig zu verhalten, z.B. bezüglich der Preisfestlegung (Art. 4 II KG).

Für die Prüfung der Marktbeherrschung wird nicht allein auf den Marktanteil abgestellt, sondern auch auf Anzahl und Qualität der Mitbewerber, die Marktgegenseite, Eintrittsschranken und auch Austrittsschranken.

C) Beurteilung eines allfälligen missbräuchlichen Verhaltens

a) Die Generalklausel von Art. 7 I KG

Unzulässig ist das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, die ihre Marktbeherrschung ausnützen, um ohne sachlichen Grund Konkurrenten zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen.

Ein solches Verhalten ist dann zulässig, wenn betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Gründe dafür vorhanden sind, d.h. wenn die Benachteiligung oder Behinderung auf betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und diesbezüglich legitimen Geschäftsinteressen beruhen.

b) Unzulässige Verhaltensweisen im Einzelnen

i) *Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 II lit. a KG)*

Wenn z.B. Denner nicht mit Bier der Kartellmitglieder beliefert wird.

Eine Verweigerung der Geschäftsbeziehung ist dann gerechtfertigt, wenn der Grund z.B. in der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Abnehmers liegt, oder wenn der Vertrag mit bestimmten Abnehmern seiner Natur nach andere Abnehmer ausschliesst (z.B. Alleinvertriebsvertrag, Exklusivlizenzen, Franchising).

ii) *Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 II lit. b KG)*

Gerechtfertigt sind z.B. Mengenrabatte, weil die Produktionskosten bei höheren Mengen sinken. Nicht zulässig hingegen sind Treuerabatte, die ohne Rücksicht auf die

Menge gewährt werden, weil ein Abnehmer von keinem andern Anbieter Waren bezieht.

iii) *Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (Art. 7 II lit. c KG)*

Beispielsweise von Denner erzwungene Rabatte bei der Trattoria, weil Denner 80% ihrer Produkte absetzte und somit ernsthaft damit drohen konnte, bei Nichtgewährung der Rabatte alle Trattoria-Produkte aus dem Sortiment zu nehmen.

iv) *Unterbieten von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 II lit. d KG)*

Unzulässig ist das Unterbieten von Preisen, um andere aus dem Markt zu drängen oder erst gar nicht auf den Markt kommen zu lassen, sofern die tiefen Preise sich nicht z.B. durch tiefe Produktionskosten usf. erklären lassen oder gar unter den eigenen Kosten liegen.

v) *Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 II lit. e KG)*

vi) *Koppelungsverträge (Art. 7 II lit. f KG)*

Unzulässig sind Verträge, die einen Abnehmer, der das Produkt A kaufen möchte, dazu zwingen, gleichzeitig auch das Produkt B zu kaufen.

Dies ist allein dann zulässig, wenn das Produkt A zwingend auch das Produkt B erfordert (z.B. erfordert eine Lizenz zur Herstellung von Ovo-Glace auch die Abnahme von Ovo-Pulver, weil Ovo-Glace nicht gut mit Nesquick zubereitet werden kann!).

D) Prüfung des Vorliegens überwiegender öffentlicher Interessen

Überwiegende öffentliche Interessen können den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausnahmsweise rechtfertigen (Zulassung durch den Bundesrat [Art. 8 KG]). Als Beispiele werden etwa die Landesversorgung oder kulturpolitische Gründe genannt.

Allerdings ist dieser Rechtfertigungsgrund, wenn die Wettbewerbskontrolle nicht gänzlich obsolet werden soll, nur sehr zurückhaltend anzuwenden.

6.3 Konzern und Unternehmenszusammenschlüsse

6.3.1 Voraussetzungen

Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangt (Art. 4 III lit. b KG).

Der Begriff der Fusionskontrolle (Art. 9 KG) ist zu eng. Neben der eigentlichen Fusion (welche nicht zu einem Konzern führt) fällt auch die Kontrollübernahme (Erwerb einer

Mehrheitsbeteiligung, Erwerb von Eigentums- oder Nutzungsrechten an der Gesamtheit oder Teilen von Unternehmen, Kontrolle durch Verträge oder Rechte) darunter.⁴⁵

6.3.2 Meldung von Zusammenschlussvorhaben / „Aufgreifschwelle“

Unternehmenszusammenschlüsse müssen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbsbehörde gemeldet werden (Art. 9 KG). Vollzug meint hier die Verfügungsgeschäfte; die Verpflichtungsgeschäfte hingegen (Fusionsvertrag usf.) können weiterhin in aller Geheimhaltung ohne Meldung an die Wettbewerbsbehörde abgeschlossen werden.

Art. 9 KG setzt zudem fest, ab welcher Grösse ein Zusammenschluss gemeldet werden muss (Aufgreifschwelle):

- Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen von weltweit Fr. 2 Mrd. bzw. ein Umsatz von Fr. 500 Mio. in der Schweiz;
- mindestens zwei der beteiligten Unternehmen müssen in der Schweiz je einen Umsatz von Fr. 100 Mio. erzielen.⁴⁶

In jedem Fall gemeldet werden müssen Zusammenschlüsse:

- wenn an einem Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, welches in einem bestimmten Marktsegment marktbeherrschend ist;⁴⁷
- wenn dieser Umstand durch einen rechtskräftigen Entscheid nach Kartellgesetz festgestellt ist;
- wenn der Zusammenschluss dieses Marktsegment oder einen ihm vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Markt betrifft.

6.3.3 Beurteilung von Zusammenschlüssen / „Eingreifschwelle“

Muss ein Unternehmenszusammenschluss der Wettbewerbsbehörde gemeldet werden, prüft diese, ob dieser Zusammenschluss unzulässig ist oder nicht. Die Fusionskontrolle will einen Zusammenschluss nur untersagen, wenn dadurch der Wettbewerb ernsthaft gefährdet würde.

Dazu sind folgende Kriterien zu prüfen:

- Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Konzentrationsgrad des relevanten Marktes, Marktanteile der Wettbewerber, Know-how der Partner, Finanzkraft der Partner, Markteintrittsschranken usf.);
- Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs;
- keine Verbesserung des Wettbewerbs auf einem andern Markt (Art. 10 II lit. b KG);

⁴⁵ Im Unterschied zum konzernrechtlichen Begriff der Kontrollübernahme genügt in Rahmen der Fusionskontrolle bereits die Möglichkeit der Kontrolle; es wird nicht auf die tatsächlich ausgeübte Kontrolle abgestellt.

⁴⁶ Für Versicherungen und Banken wird anstelle des Umsatzes auf die Höhe der Bruttoprämien bzw. die Bilanzsumme abgestellt (Art. 9 III KG). Für Medienunternehmen ist die Aufgreifschwelle um den Faktor 20 herabgesetzt.

⁴⁷ z.B. die Swisscom.

- Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 IV KG).

Für Banken kennt Art. 10 III KG eine Sonderregelung: Wenn aus der Sicht der EBK ein Zusammenschluss aus Gründen des Gläubigerschutzes nötig ist, können die übrigen Beurteilungskriterien zugunsten des Gläubigerschutzes zurückgestuft werden.

6.3.4 Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

Auch wenn die Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss untersagt, kann der Bundesrat diesen aus Gründen überwiegender öffentlicher Interessen dennoch befristet genehmigen (Art. 11 und 31 III, IV KG).

Mit dem Gesuch um die ausnahmsweise Zulassung kann jederzeit während des dem Entscheid folgenden Verfahrens an den Bundesrat gelangt werden (Art. 31 I, II KG).

Diese ausnahmsweise Zulassung bedeutet einen Einbruch in das System des KG. Sie sollte deshalb, wenn das KG nicht zur Gänze unnötig sein soll, nur als absolute Ausnahme angewendet werden.

finis operis, © by mk. SS 99