Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 62 (1943)

Heft: 4

Artikel: Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz

Autor: Steiger, Werner v.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896493

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 22.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz.

Referat

von Dr. iur. Werner v. Steiger, Fürsprecher
Privatdozent an der Universität Bern.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil

Begriffliches.

		Seite
§ 1	I. Ausgangspunkte	198a
§ 2	II. Begriff der HG	205a
	1. Die Rechtslehre	208a
	2. Gesetzgebung	212a
	3. Die Rechtsprechung	222a
	4. Die Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister	228a
§ 3	III. Zusammenhänge und Abgrenzungen	230a
	1. Konzerne und Interessengemeinschaften	230a
	2. Trusts	236a
§ 4	IV. Ergebnisse	239a
	1. Zum Begriff der HG	239a
	2. Die Rechtsformen der HG	247a
	3. Abgrenzungen und Zusammenhänge	247a

2. Teil

Die Rechtsverhältnisse der HG.

	I. Zivilrechtliche Grundfragen	248a
§ 5	1. Der Schutz des Unternehmens an sich	249a
§ 6	2. Die Treuepflicht der Aktionäre	254a
§ 7	3. Die Grenzen der Mehrheitsherrschaft	258a

Seite

§ 8 II. Die Einheitstheorie 270a

III. Das Problem der Abhängigkeit 278a

§ 9 1. Grundsätzliches (Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen und die Möglichkeit ihrer Beschränkung) 278a

§ 10 2. Der Begriff der Abhängigkeit 289a

§ 11 3. Formen der Abhängigkeit und ihre Grenzen . 291a

§ 12 IV. Das Haftungsproblem 304a

V. Besonders Rechtsfragen 316a

§ 13 1. Erwerb „eigener Aktien" 316a

§ 14 2. Interessenkollisionen 323a

§ 15 3. Bilanzfragen 329a

§ 16 4. Die Privilegien gemäss OR 671 und 711 . . 335a

§ 17 VI. Schlussfolgerungen 336a

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur.

Botschaft: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. rev. OR vom 21. Februar 1928.

Burckhardt, Einführung: Walter Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1939.

Egger, Kommentar: August Egger. Personenrechtskommentar, 2. Auflage, 1930.

Egger, ZSR: August Egger, Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 45, 1926.

Feldmann: M. Feldmann, Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, 1931.

Frankenberg: Philipp Frankenberg, Die konzernmässige Abhängigkeit, 1937.

Friedländer: Heinrich Friedländer, Konzernrecht, 1927.

Fromer: L. Fromer, Die Treuepflicht des Aktionärs, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 58, 1939.

Goldschmidt: Robert Goldschmidt, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechtes, 1937.

Graner: Paul Graner, Finanzgesellschaften, in Schweiz. Jur. Kartothek.

Härdy: Oskar Härdy, Die Holdingcompany nach dem schweizerischen Obligationenrecht, 1928.

Henggeler: J. H. Henggeler, Holdinggesellschaft, in Schweiz. Jur. Kartothek.

Joss: R. W. Joss, Konzernrechtsfragen, 1935.

Lauchenauer: Alfred Lauchenauer, Die Holdingcompany, 1924.

Muret: Filibert Muret, La notion du but dans les sociétés et les fondations, 1941.

Nägeli: Eduard Nägeli, Die Doppelgesellschaft, 1936/1941.

Rosendorff: Richard Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927.

Schlegelberger: . . . Schlegelberger-Quassowsky, Kommentar zum deutschen Aktiengesetz, 1937.

Schucany: E. Schucany, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 1940.

Siegwart, Vorb.: Alfred Siegwart, Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil, AG. und GmbH (Einleitung).

Abkürzungen.

ASA: Archiv für Schweizerisches Abgaberecht.

DAktG: Deutsches Aktiengesetz, 1937.

SAG: „Die Schweizerische Aktiengesellschaft", Zürich.

HG: Holdinggesellschaft.

IG: Interessengemeinschaft

jP: juristische Person.

BG: Schweizerisches Bundesgericht.

SJK: Schweizerische juristische Kartothek.

I. Teil

Begriffliches.

§ 1.

I. Ausgangspunkte.

Die Rechtsverhältnisse der HG bilden einen Ausschnitt aus dem weiteren Gebiete der Unternehmensverbindungen. Die durch Zusammenfassung oder Verbindung von Unternehmen geschaffenen Organisationen, wie Kartelle, Konzerne, Trusts, haben in neuerer Zeit an Zahl, Umfang und Auswirkungen derart zugenommen, dass sie immer mehr zum Gegenstand kritischer Betrachtung und auch rechtlicher Erörterung wurden. Die sogenannte Konzentrationsbewegung hat allerdings in der Schweiz — absolut und relativ betrachtet — nicht die Ausmasse angenommen, die im Auslande festzustellen sind. Sie besteht aber auch bei uns und stellt hier die gleichen Probleme wie dort. Zwei Gesichtspunkte traten in den Vordergrund: Das Interesse der Öffentlichkeit als solcher (Staat, Allgemeinheit, Publikum) und dasjenige der an den Unternehmen unmittelbar interessierten Privaten. So wurde die Konzentrationsbewegung sowohl vom öffentlich- wie vom privatrechtlichen Standpunkte aus verfolgt. Diese zwei Seiten des Problems sind auseinanderzuhalten, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass sie auf einander wechselseitig einwirken und letzten Endes auf der gleichen Wirtschaftsverfassung beruhen.

Das öffentliche Recht reagierte da und dort mit Massnahmen, dazu bestimmt, gewisse Auswirkungen der wirtschaftlichen Konzentration, vor allem die Schaffung privater Monopole, zu verhindern oder zu mildern. So entstanden z. B. Antitrustgesetze, Kartellverordnungen, Verbot der Verschachtelung, u. U. verbunden mit strafrechtlichen Sanktionen. Umgekehrt fehlt es auch nicht an Massnahmen, welche die wirtschaftlichen Zusammenfassungen begünstigen, so vor allem Steuerprivilegien, man

denke z. B. an das sogenannte Schachtelprivileg Deutschlands oder an die sogenannte Holdingprivilegien unseres Bundes- und kantonalen Steuerrechtes. Die Schweiz hat bis jetzt von einer öffentlich-rechtlichen Ordnung auf diesem Gebiete abgesehen. Wohl gewährleistet Art. 31 BV die Handels- und Gewerbefreiheit. Es ist aber allgemein anerkannt, dass dieser Grundsatz nur das Verhältnis von Bürger zu Staat betrifft, nicht die Beziehungen zwischen Privaten. Er schützt die private Wirtschaft also nur vor Eingriffen des Staates, nicht vor Übergriffen privater Organisationen. Die wirtschaftlichen Zusammenschlüsse haben sich gerade auf dem Boden her Handels- und Gewerbefreiheit entwickelt, als Erscheinungsformen des durch die Verfassung gewährleisteten Konkurrenzkampfes[1]). Es hat aber auch bei uns nicht an Stimmen gefehlt, welche eine öffentlich-rechtliche Regelung der durch die wirtschaftlichen Zusammenschlüsse geschaffenen Verhältnisse fordern[2]). Ein legislativer Ansatz hiezu findet sich in der bundesrätlichen Botschaft über eine „Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung" von 1937. Nach diesem Entwurf soll Art. 32 einen Abs. 2 folgenden Inhaltes erhalten: „Er (der Bund) ist befugt, ohne an die Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit gebunden zu sein, unter Wahrung der Gesamtinteressen, Vorschriften zu erlassen: . . . c. über Kartelle und ähnliche Organisationen." Die Botschaft (S. 57) bemerkt hiezu, dass man mit dieser Formulierung die Möglichkeit schaffen will,

---

[1]) S. hierüber vor allem Feldmann, S. 51 ff. und die dort zitierte Literatur, insbesondere das Gutachten der Justizabteilung zu den Interpellationen Grimm und Brügger, in Verwaltungsentscheide 1927, Nr. 7.

[2]) S. bei Feldmann a.a.O. Vor kurzem eröffnete Röpke (Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 1942, S. 362 ff. und 390 ff.) einen heftigen Feldzug gegen die Kapitalgesellschaften, insbesondere in der Form der HG. Wenn sich auch diese Angriffe vor allem gegen Verhältnisse im Auslande richten, so berühren sie doch Probleme grundsätzlicher Art und die Vorschläge zu ihrer Lösung sind generell gedacht. Weiteres hiezu s. unten Anm. 17.

„auch andere Gebilde, die ähnliche Zwecke verfolgen, wie z. B. die Trusts, durch die gesetzliche Regelung" zu erfassen. Damit könnten praktisch alle Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Zusammenfassung in den Bereich öffentlich-rechtlicher Ordnung gezogen werden, so auch die HG. Ob eine solche Ordnung, die natürlich im Sinne einer Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit ausfallen würde, bei uns nötig oder wünschenswert wäre, ist in erster Linie eine politische, insbesondere wirtschafts- und sozialpolitische Frage, die hier nicht weiter behandelt werden kann[3]). Es kam uns nur darauf an, den einen Ausgangspunkt für die Behandlung wirtschaftlicher Zusammenfassungen, die öffentlich-rechtliche Seite, klar zu stellen.

In zivilrechtlicher Hinsicht: Die Konzentrationsbewegung fällt in eine Periode, während welcher sich auch im Gesellschaftsrecht grundsätzliche Wandlungen vollzogen, z. T. bloss in den Anschauungen, z. T. auch positivrechtlich. In wie weit diese Wandlungen sich gerade als Reaktionen gegen die Machtkonzentration in den Händen Privater dar-

[3]) Für die Verhältnisse in der Schweiz verweisen wir u. a. auf F. Marbach, Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, 1932; ferner auf Lauchenauer und Toggweiler, Die Holding Co. in der Schweiz, 1926, die beide die HG mehr vom wirtschaftlichen Standpunkt aus behandeln. Nach Toggweiler (S. 47 ff.) sind für die Gründung von HG 2 Perioden zu unterscheiden: Die erste, vor 1914, charakterisiert durch das Vorherrschen von Gründungen, die aus den Verhältnissen der schweizerischen Volkswirtschaft hervorgegangen sind, wobei der Typ der Anlagegesellschaft vorwiegt. Die zweite Periode, nach 1914, kennzeichnet sich durch das Überwiegen von Gründungen, die vom Auslande her erfolgten, wobei der Typ der Kontrollgesellschaft in den Vordergrund tritt. Eine dritte Erscheinungsform der Gründungen ist verbunden mit der Expansion der bedeutendsten schweizerischen Industriezweige ins Ausland (namentlich seit 1910), bedingt durch die Besonderheiten der ausländischen Gesetzgebung, wobei aber das Zentrum in der Regel in der Schweiz blieb. Bei aller Kritik gegenüber den Missbräuchen kapitalistischer Konzentration darf nie übersehen werden, wie nützlich, ja oft unbedingt notwendig, die Form der HG für die Existenz und Entwicklung gerade der besten schweizerischen Unternehmen war.

stellten, kann hier nicht näher erörtert werden, aber die Zusammenhänge sind unverkennbar. Diese neuen Tendenzen lassen sich zusammenfassen in der Forderung nach stärkerer Bindung des Einzelnen an die Interessen der Andern, Mitgesellschafter, Dritte (insbesondere Gläubiger) und Allgemeinheit (eventuell auch Staat)[4]. Je nach der Betonung der einen oder andern Komponente in diesem Komplex von Interessenverhältnissen schiebt sich die eine oder die andere Forderung in den Vordergrund und gestaltet sich dann schliesslich die positivrechtliche Ordnung (wobei zunächst der Rechtsprechung die führende Rolle zukommt). Die Rücksicht auf den Mitgesellschafter brachte die Forderung nach einer besondern Treupflicht des Gesellschafters (auch des Aktionärs) und den Grundsatz der Gleichheit unter Gesellschaftern auf den Plan. Der Ruf nach dem Schutz des Unternehmens (an sich) hat allerdings auch die Interessen der Gesellschafter im Auge, berücksichtigt aber doch vorwiegend die Interessen Dritter. Wird dieser Gedanke weiter entwickelt, so führt er dazu, dass das Unternehmen und seine Leiter immer mehr in den Dienst der Allgemeinheit gestellt und schliesslich zu Treuhändern des staatlichen Interesses werden. Neben diesen besondern gesellschaftsrechtlichen Tendenzen machte sich allgemein eine Wandlung privatrechtlicher Auffasun-

---

[4]) S. hiefür namentlich die Übersicht bei Goldschmidt, S. 9 ff. wo entwickelt wird, wie neben die individualistische eine überindividualistische (Gierke) und neben diese schliesslich eine transpersonale Auffassung (Theorie vom Zweckvermögen) getreten ist. „Nach der individualistischen Auffassung verfolgt die AG. die individuellen Zwecke der gegenwärtigen Aktionäre, nach der überindividualistischen den kollektiven Verbandszweck . . . Nach der transpersonalen Auffassung ist Schutzgegenstand des Aktienrechtes . . . das Unternehmen an sich, als eigener Wert, unabhängig von individuellen oder kollektiven Interessen (S. 11/12, Sperrungen von uns).“ Wie die überindividualistische und die transpersonale Auffassung in den „Schutz des Kollektivinteresses des Staates“ ausmünden, wird bei Goldschmidt im Nachfolgenden ausgeführt. — Über diese Zusammenhänge auch Siegwart, Vorb.

gen mit gleicher Zielrichtung bemerkbar. Hier interessiert vor allem das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, oder das Verbot des Rechtsmissbrauches, Forderungen, die sich in Gesetzgebung und Praxis der neueren Zeit immer deutlicher durchsetzen. Im Gesellschaftsrecht dienten sie vor allem der Bekämpfung von Machtmissbrauch durch die Majorität.

Die Auswirkung solcher Tendenzen in der Gesetzgebung hängt vor allem davon ab, wie sich der Gesetzgeber grundsätzlich zum Problem Individuum und Gemeinschaft einstellt. Das rev. OR ist bekanntlich in seinen Grundzügen der liberalen Auffassung treu geblieben[5]). Den wirtschaftlichen Strukturwandlungen und gesellschaftsrechtlichen Postulaten musste aber auch der schweizerische Gesetzgeber Rechnung tragen. Er tat dies mit grosser Zurückhaltung, mehr im Sinne einer Bestätigung der neuern Praxis und durch Aufstellung von Grundsätzen, deren Ausarbeitung im Einzelnen und Weiterentwicklung wiederum der Praxis überlassen ist. Die oben erwähnten Forderungen wurden berücksichtigt, soweit das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und zu den Gläubigern in Frage stand[6]). Die dritte Komponente, Verhältnis zur Allgemeinheit und zum Staat, wird nicht auf dem Boden des Gesellschaftsrechtes behandelt, sondern muss seine Ordnung auf anderer Grundlage erfahren. Andere Gesetzgebungen gehen weiter und beziehen, auf Grund totalitärer Auffassungen, auch das Verhältnis zur Gemeinschaft und Staat in den Bereich gesellschaftsrechtlicher Ordnung[7]).

---

[5]) S. hierüber Egger, SJZ Bd. 34 S. 1 und Siegwart, Vorb.

[6]) Dabei findet auch das „Unternehmen als solches" in gewisser Hinsicht Berücksichtigung, s. unten S. 249a ff.

[7]) So das Deutsche Aktiengesetz 1937, s. insbesondere § 70: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern." S. in Zusammenhang damit auch das Recht des Staates zur Auflösung der AG., wenn diese das Gemeinwohl gefährdet. „namentlich durch ein Verhalten ihrer Verwaltungsträger, das gröblich gegen

Alle die hier angetönten Fragen sind allgemein verbandsrechtlicher Natur. Sie stellen sich immer, wo eine Mehrzahl von Personen sich zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke vereinigt. Sie erhalten aber im Zusammenhang mit den Unternehmensverbindungen ihre besondere Bedeutung dadurch, dass bei diesen Gebilden die Vormachtstellung einer Majorität die Regel bildet und hier eine besondere Betonung erhält, sowohl intern als nach aussen. So bildet denn die Frage nach den Grenzen der Mehrheitsherrschaft ein Grundproblem des Rechtes der Unternehmensverbindungen. Zu diesen allgemein gesellschaftsrechtlichen Fragen treten nun noch solche besonderer Art. Die Rechtsordnung geht von der Selbständigkeit der Rechtssubjekte aus, seien diese natürliche oder juristische Personen. Durch die Verbindung von Unternehmen — beruhe diese auf Beteiligung, Organisation oder Vertrag — können aber Verhältnisse komplexer Art entstehen, bei denen das Moment des Zusammenhanges u.U. dasjenige der rechtlichen Selbständigkeit überwiegt[8]). Dies kann gerade bei den auf Beteiligung beruhenden Holdingverhältnissen in besonderer Weise zutreffen. Dann erheben sich, wie gesagt, besondere Fragen, z. B. betreffend Zulässigkeit, mögliche Formen und Grenzen der Abhängigkeit, womit sich allgemein die Frage nach dem Persönlich-

---

das Gesetz oder gegen die Grundsätze verantwortungsbewusster Wirtschaftsführung verstösst." (DAktG. § 288, Sperrungen von uns). S. auch F. v. Steiger, Der Schutz des Gemeinwohles im neuen deutschen Aktienrecht, SAG XIII, 120 ff.

[8]) S. Schlegelberger, S. 49, ferner, in bezug auf die Abhängigkeitsverhältnisse, S. 52 N. 10: „Während die mit der Konzernbildung verbundenen Gefahren darauf beruhen, dass die zur Betätigung am Wirtschaftsverkehr zusammengefasste Einheit und die Einheit des Unternehmens im Rechtssinne auseinanderfallen, können sich darüber hinaus aus dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Unternehmen insofern Misstände ergeben, als durch die Verwendung abhängiger Unternehmen gewissen Vorschriften der Wirklichkeitswert genommen wird." Siegwart, Vorb. N. 156 bezeichnet die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als ein „Trugbild".

keitsschutz von juristischen Personen verbindet; Möglichkeit und Auswirkungen der gegenseitigen Verflechtung, insbesondere durch Interessennahme des abhängigen Unternehmens am herrschenden (z. B. Erwerb und Vertretung von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft); dann das wichtige und heikle Problem der Verpflichtung des einen Unternehmens aus Rechtsgeschäften des andern (verbundenen) Unternehmens, oder der gegenseitigen Haftung aus solchen Rechtsgeschäften; das Problem der Interessenkollision; Fragen der Bilanzierung und der Offenlegung der Beteiligungen an verbundenen Unternehmen; u. a. m. Für die Beurteilung aller dieser Fragen ist wesentlich, wie man sich zur sogenannten Einheitstheorie stellt. Mit Rücksicht auf die Besonderheit dieser Materie hat sich in der Rechtslehre so etwas wie ein Recht der Unternehmensverbindungen herausgebildet[9]) und es fehlt nicht an Stimmen, welche die Bildung und Entwicklung einer eigentlichen Konzernrechtsdisziplin befürworten[10]). Neue Gesetzgebungen haben denn auch die Verbindung, insbesondere die Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Unternehmen zum Gegenstand besonderer Ordnung gemacht. So z. B. das Deutsche Aktiengesetz 1937[11]), hier allerdings nur auf dem Boden des Aktienrechtes, aber in grundsätzlicher Weise, so dass die sinngemässe Übertragung dieser Rechtsgedanken auf andere Unternehmensformen möglich ist[12]). Das rev. OR enthält, wenn man von den Bestimmungen über die Genossenschaftsverbände absieht (OR 921 ff.), keine Sondernormen für die Unternehmensverbindungen. Hauptaufgabe dieses Referates wird es daher sein, zu prüfen, ob und inwieweit die sich aus der Unternehmensverbindung, insbesondere aus dem

---

[9]) Z. B. bei Friedländer, Rosendorff, u. a.

[10]) So Joss. S. 3 ff, 13 ff.

[11]) S. die Zitate und Zusammenstellungen unten S. 220a.

[12]) S. Schlegelberger, S. 48 und das deutsche Genossenschaftsgesetz.

Holdingverhältnis, ergebenden Fragen, auf Grund des geltenden Rechtes beantworten lassen; gegebenenfalls, ob sich Lücken zeigen, die auf Grund von ZGB 1 Abs. 2 auszufüllen sind; oder ob sich gar eine Gesetzesrevision oder der Erlass eines Spezialgesetzes als nötig oder wünschenswert erweist. Vor allem aber gilt es, die Begriffe zu klären[13]).

§ 2.

II. Begriff der HG.

In der Literatur und Praxis der Unternehmensverbindungen stossen wir auf Begriffe, die scheinbar feststehen, tatsächlich aber in durchaus verschiedener Bedeutung verwendet werden. Dies ist auch der Fall mit den uns hier beschäftigenden Bezeichnungen, wie HG, Konzern, Trust, Interessengemeinschaft und dergl. Solche Begriffe entstammen meist der Wirtschafts-Praxis und -Lehre. Sie gehen allmählich in die Rechtssprache über, weil die ihnen zugrunde liegenden Tatbestände zum Gegenstand rechtlicher Erörterung werden. Es liegt dann nahe, dass sie auch rechtlich mit verschiedener Bedeutung verwendet werden, namentlich solange sir nur auf der Rechtspraxis beruhen und noch nicht in der Gesetzgebung verankert sind. An sich können allerdings solche Begriffe — so gut wie Wörter — verschiedenes bedeuten, sowohl in tatbeständlich-wirtschaftlicher, als in rechtlicher Hinsicht. So kann man z. B. unter HG eine blosse Beteiligungsgesellschaft verstehen, entsprechend der sprachlichen Bedeutung des Ausdruckes und dem Ursprung dieses Gebildes. Man kann darunter aber auch, in Berücksichtigung der ge-

[13]) Im Nachfolgenden beschränken wir uns auf die Erörterung der zivilrechtlichen Verhältnisse der HG. Das Steuerrecht wird bloss insoweit berücksichtigt, als es zur Abklärung der Begriffe beitragen kann. Die steuerrechtlichen Verhältnisse der HG bilden ein Problem für sich, dessen Erörterung wiederum eine Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse voraussetzen würde. Auf beides musste mit Rücksicht auf die Begrenzung des Umfanges dieses Referates verzichtet werden.

schichtlichen Entwicklung, die eigentliche Kontrollgesllschaft verstehen. Das Übel ist nicht gross, wenn man nur klar sagt, was man damit meint und in welchem Zusammenhang man den Begriff verwendet. Es scheint daher eigentlich müssig, sich auf Begriffe festzulegen, solange man hiezu nicht verpflichtet ist, auf Grund einer Norm, die den Begriff in einer bestimmten Bedeutung verwendet[14]). In der Tat wird der Richter, mangels einer solchen Norm, die aus der Wirtschaftspraxis an ihn gelangenden Begriffe nicht als inhaltlich verbindlich annehmen und daraus rechtliche Folgerungen ziehen können. Er wird nicht zu sagen haben, was ist ein Konzern oder eine HG und daraus Wirkungen ableiten. Die Fragen werden sich ihm zunächst als konkrete Einzelfragen stellen, die er auf Grund der bestehenden Normen, gegebenenfalls wie ein Gesetzgeber gemäss ZGB 1 Abs. 2, zu beantworten hat. Z. B., ob ein abhängiges Unternehmen Aktien des herrschenden erwerben und vertreten darf; ob das abhängige Unternehmen aus Verträgen des herrschenden verpflichtet wird; ob eine AG. Beteiligungen an andern Unternehmen als dauernde Anlagen bilanzieren darf. Aus dieser Praxis entwickeln sich zunächst Einzelbegriffe, wie Abhängigkeit, Einheit zweier Unternehmen, dauernde Beteiligung. Und schliesslich wird sich das Bedürfnis einstellen, bestimmte komplexe Tatbestände unter allgemeine Begriffe zu fassen, wie sie bereits durch die Wirtschafts-Lehre und -Praxis entwickelt worden sind, Kartell, Pool, Interessengemeinschaft, HG, Konzern, Trust. Auch bedienen sich die Par-

---

[14]) So meint z. B. Flechtheim (zitiert bei Nägeli S. 39), dass Kartelle wirtschaftliche Erscheinungen seien, deren begriffliche Abgrenzung Sache der Volkswirtschaftslehre sei. Der Jurist habe nur dann Anlass und das Recht (!) einen spezifisch juristischen Begriff „Kartelle" aufzustellen, wenn es Rechtssätze gäbe, die gerade auf den Begriff Kartell gemünzt wären. S. die Kritik hiezu von Nägeli, S.40 und f. Die Entwicklung des Kartellrechtes in der Schweiz zeigt, dass der Jurist, insbesondere der Richter, sich mit Tatbeständen befassen kann und muss, auch wenn sie noch nicht zum Gegenstand gesetzlicher Norm geworden sind.

teien selber in zunehmendem Masse solcher Sammelbegriffe, sei es dass sie in Verträgen oder Statuten darauf Bezug nehmen, sei es dass sie direkt deren Sanktion verlangen, z. B. durch Einbeziehung in eine Firma und deren Aufnahme in das Handelsregister. Der Jurist kommt also nicht darum herum, sich mit diesen Begriffen auseinanderzusetzen und sie auch rechtlich festzulegen, wenn er gegenüber der Wirklichkeit nicht versagen will. Der Tatbestand wird damit zum Rechtsbegriff[15]).

Diese Entwicklung mündet meist in die Gesetzgebung aus. Auch hier wird sich zunächst eine gewisse Zurückhaltung gegenüber allgemeinen Begriffsbestimmungen geltend machen. Zunächst sind es immer nur bestimmte Disziplinen, die sich der Begriffe bemächtigen und Wirkungen daran knüpfen. Im Gebiet der Unternehmensverbindungen ging das Steuerrecht voran. Zuerst die Kantone, dann der Bund schufen das sogenannte Holdingprivileg und gelangten dabei zu mehr oder weniger eingehenden Begriffsbestimmungen der HG. Die Frage stellt sich, hier wie überall, ob die in einem Gebiet verwendeten Begriffe auch in andern Materien Gültigkeit beanspruchen können. Was die Beziehungen zwischen Zivil- und Steuerrecht betrifft, so müssen wir von dem heute allgemein anerkannten Grundsatz der Autonomie oder Selbständigkeit der Rechtsbegriffe ausgehen. Entsprechend den verschiedenen Funktionen, die ein Rechtsbegriff in den verschiedenen Disziplinen auszuüben hat, kann er, sowohl seinen Voraussetzungen als seiner Aus-

---

[15]) So wurden z. B. bei uns die Kartellabrede und das Kartell zu einem Vertragstypus und einer Organisationsform eigener Art, obschon sie im Gesetz noch nirgends verankert sind. Der gleiche Vorgang ist auf allen Rechtsgebieten festzustellen, die noch im Flusse sind, z. B. deutlich im Erfindungsrecht. Man denke an Begriffe wie Erfindungshöhe oder Äquivalenz, die zunächst rein technische Tatbestände bezeichneten, mit der Zeit aber zu Rechtsbegriffen geworden sind.

gestaltung nach, hier etwas anderes bedeuten als dort[16]). Nun nimmt auch das rev. OR auf HG Bezug (OR 671 und 711). Bezeichnenderweise stellt es keine allgemeine Begriffsbestimmung auf, sondern umschreibt die HG mehr so nebenbei und nur im Hinblick auf zwei Sonderfälle mit sehr beschränktem Anwendungsgebiet. Die Frage stellt sich hier, ob diese Umschreibung der HG für die zivilrechtlichen Bedürfnisse genügt, d. h. ob sie alle diejenigen Tatbestände umfasst, die heute als HG angesprochen werden, oder ob die Rechtspraxis noch andere Typen der HG herausarbeiten und zum Gegenstand rechtlicher Normung machen muss.

Die Erörterung der Rechtsverhältnisse der HG bedingt also eine Überprüfung des Begriffes, nach seiner tatbeständlichen und rechtlichen Seite hin[17]).

1. Die Rechtslehre.

In der Doktrin zeichnen sich zwei Richtungen ab[18]):

a) Nach der einen Ansicht sind HG Unternehmen (verschiedener Rechtsform), deren Zweck in der Beteiligung an andern, rechtlich selbständigen Unternehmen besteht, wobei zwei Kategorien unterschieden werden: Beteiligungs- und Kapitalanlagegesellschaften[19]). Die erstgenannten setzen sich die dauernde Beteiligung (participation) an andern Unternehmen, in der Regel der glei-

---

[16]) Über die Selbständigkeit der steuerrechtlichen Begriffe s. z. B. Blumenstein, Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, Verh. des SJV 1933, 2. Heft, insbes. S. 170a und 190a.

[17]) Wird diese Prüfung unterlassen, so können Unklarheiten entstehen, u. U. mit verhängnisvollen Folgen. So lässt z. B. Röpke (S. 363, 390 und f.) die HG mit den monopolistischen Trusts zusammenfallen und bekämpft die HG aus Gründen, die sich gegen die Trusts richten. Nun kann die HG zum Trust werden, sie wird es aber nicht notwendigerweise, und gerade bei uns (aber auch anderswo) gibt es zahlreiche HG im engern Sinne (Kontrollgesellschaften) die vom Trust weit entfernt sind.

[18]) S. die Übersicht bei Härdy, S. 6/20.

[19]) S. hierüber Graner, SJK, Finanzgesellschaft I—IV.

chen Wirtschaftsbranche (Elektrizität, Eisenbahn, Gaswerke) zum Zweck. Die Kapitalanlagegesellschaften, auch Finanzgesellschaften, Investment Cos., Investment Trusts, Omniums genannt, „beteiligen" sich ebenfalls an andern Unternehmen, aber nicht zum Zwecke dauernder Interessennahme, sondern bloss zur Anlage (placement) ihrer Mittel, im Interesse einer durchschnittlich günstigen Rendite und unter Berücksichtigung einer angemessenen Risikoverteilung, u. U. auch zur Erzielung von Kursgewinnen. Beide Unternehmenstypen arbeiten auf der Grundlage der sogenannten Effektensubstitution. Sie bieten zivilrechtlich kein besonderes Interesse, da die durch diese Unternehmenstypen geschaffenen Verhältnisse nicht eigener Art sind, sondern sich in der Regel auf Grund der Normen beurteilen lassen, die für die betreffenden Gesellschaftsformen allgemein gelten. Allerdings kann die besondere wirtschaftliche Struktur dieser Gebilde vereinzelt zu besondern Fragen Anlass geben, so im Zusammenhang mit OR 671 und 711, ferner (für die Beteiligungsgesellschaften) mit OR 665 und 667 (Bilanzierung dauernder Anlagen).

b) Nach einer andern Ansicht sind unter HG nur diejenigen Unternehmen (verschiedener Rechtsform) zu verstehen, deren Zweck in der Beherrschung anderer Unternehmen (verschiedener Rechtsform) besteht[20]). Das sind die sogenannten Kontrollgesellschaften. In den Einzelheiten gehen die Vertreter dieser Ansicht in wesentlichen Punkten wieder auseinander:

Schon was die Rechtsform der HG betrifft, bestehen verschiedene Ansichten. Die einen lassen nur die AG. als HG zu[21]), wohl hauptsächlich weil die AG die praktisch am meisten verwendete Form darstellt. Nach andern kommen jedoch auch die übrigen Gesellschaftsformen in Betracht,

---

[20]) So z. B. Lauchenauer, S. 19/20; Klingler, S. 7; Härdy, S. 21 und die dort zitierte ausländische Literatur, so Liefmann.

[21]) So Klingler, S. 7 (?); auch andere Autoren, zitiert bei Härdy, S. 41 Anm. 3.

sofern sie nur das Merkmal der rechtlichen Selbständigkeit (nicht der juristischen Persönlichkeit) aufweisen[22]), also AG., Genossenschaft, GmbH., Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, ja auch der Verein mit wirtschaftlichen Zwekken, nicht aber die einfache Gesellschaft, da sie nicht eine rechtlich selbständige Organisationsform darstellt. Andere gehen noch weiter und erklären die „juristische Gestalt" der HG als unerheblich, sofern nur die übrigen Merkmale der HG vorliegen[23]). Auch eine einzelne physische Person könne durch Vereinigung massgebender Beteiligungen in ihrem Privatvermögen eine HG bilden[24]). Die beiden letztgenannten Ansichten lassen also das Wort „Gesellschaft" unberücksichtigt, indem sie auch Vereine, Stiftungen oder sogar physische Personen als HG anerkennen.

Auch in bezug auf die Mittel, durch welche sich die Beherrschung vollziehen soll, ist die Doktrin nicht einig. Nach den einen gehört es zum Begriff der HG (offenbar nach sprachlicher Bedeutung und geschichtlicher Entwicklung), dass die Kontrolle durch Besitz („Halten") von Effekten (offenbar Mitgliedschaftsrechten) bewirkt wird[25]). Es ist dann selbstverständlich, dass dieser Effektenbesitz „dauernd", ferner „massgebend" oder „überragend" sein muss, wenn eine Beherrschung erzielt werden soll. Bei andern Definitionen tritt das Moment des Effektenbesitzes etwas zurück oder wird doch nicht als entscheidendes Kriterium betont. So spricht Lauchenauer[26]) von „Betei-

---

[22]) So Härdy, S. 42 ff.; Graner, SJK, Finanzgesellschaft IV; Henggeler, SJK, HG.

[23]) So Lauchenauer, S. 19. Danach würden auch Stiftungen, eine für Beteiligungs- und Kontrollzwecke u. U. sehr geeignete Rechtsform, als HG angesprochen werden können.

[24]) Auf dem Boden des deutschen Konzernrechtes (das allerdings vom Begriff des „Unternehmens" ausgeht, S. 220a unten) vertritt auch Schlegelberger die Ansicht von der Unterheblichkeit der Rechtsform des Konzernunternehmens.

[25]) So Härdy, S. 13 und 21 und die dort (S. 11/12) zitierte deutsche Literatur; Klingler, S. 7.

[26]) S. 19.

ligung". Darunter fällt natürlich auch das Halten von Effekten, aber es werden damit auch andere Möglichkeiten der Verbindung mehrerer Unternehmen angedeutet, z. B. die Beteiligung, in der einen oder andern Form, an einer Personengesellschaft oder einer andern Organisation. Lauchenauer spricht denn auch nicht von Beteiligung an andern „Gesellschaften", wie die Vertreter der erstgenannten Richtung, sondern an „Unternehmungen". Damit ist ein weiteres gesagt: Die HG kann andere Unternehmen irgendwelcher Rechtsform kontrollieren. Die Unerheblichkeit der Rechtsform gilt danach für das herrschende wie für das beherrschte Unternehmen. Lauchenauer nähert sich also bereits stark dem Begriff des Konzerns, wie er zuletzt in § 15 des DAktG. definiert worden ist[27]). Er lässt denn auch in seiner Definition[28]) die HG mit dem Konzern zusammenfallen, d. h. erklärt die HG zum Konzern.

Noch einen Schritt weiter in dieser Beziehung tut Graner[29]). Hier wird von „Beteiligungs- und Finanzierungstätigkeit" gesprochen, und zwar gegenüber einer „bestimmten Gruppe von ... Tochterunternehmen, die der gleichen Industrie- oder Handelsbranche angehören ... eine wirtschaftliche Einheit bilden", wobei die Muttergesellschaft „auf Grund ihrer starken finanziellen Beteiligung eine dauernde herrschende Stellung" einnimmt. Auch hier kommt es also, wie Graner ausdrücklich betont, weder auf die Rechtsform der beherrschten Unternehmen (immerhin erwähnt Graner nur noch Personengesellschaften), noch auf das Mittel der Beherrschung an. Die „erwähnte Abhängigkeit kann auch bei geringerer Beteiligung (nicht unbedingt Mehrheitsbeteiligung) bestehen, z. B. auf Grund von vertraglichen Vereinbarungen, wie Poolverträgen". Offenbar würden auch andere Formen der Interessennahme, z. B. Darlehen, ein taugliches Mittel darstellen. Auch hier

---

[27]) Unten S. 220a.

[28]) Der Begriffsumschreibung Lauchenauers schliesst sich auch Feldmann, S. 47, an.

[29]) SJK, Finanz-Gesellschaften, IV.

wird die HG. dem Konzern ungefähr gleichgestellt (namentlich durch das Erfordernis der „wirtschaftlichen Einheit"), wenn auch Graner dem Konzernbegriff eine selbständige Bedeutung gibt[30]). Mit dieser Überleitung zu den Konzernen betreten wir aber bereits ein neues Gebiet, das wir in anderem Zusammenhang, bei den „Abgrenzungen", behandeln.

Die Rechtslehre gibt also keine einheitliche Definition der HG. Das gleiche gilt für die Wirtschaftslehre[31]) und Wirtschaftspraxis[32]). Auch hier werden unter HG oft Kapitalanlage-, Beteiligungs-, Finanzierungs- oder Kontrollgesellschaften verstanden, ohne nähere Umschreibung der Begriffe.

c) In neueren Übersichten[33]) wird darauf hingewiesen, dass die Doktrin den Ausdruck HG in einer doppelten Bedeutung verwendet: In einem weiteren Sinne, wonach HG jede Gesellschaft ist, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmungen besteht, also kurz ausgedrückt die Beteiligungsgesellschaft und die ihr verwandten Gebilde. Sodann in einem engern Sinne, als Kontrollgesellschaft, die vermittelst Dauerbeteiligungen andere Unternehmen beherrscht.

2. Gesetzgebung.

a) Zivilrecht. Die einzigen zivilrechtlichen Bestimmungen über die HG finden sich in OR 671 und 711. Dort werden „Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften)" gewisse, später zu erörternde Erleichte-

---

[30]) SJK, Finanz-Gesellschaften, I.

[31]) S. z. B. die bei Härdy erörterte weitere Literatur.

[32]) S. die bei Rosendorff, HG in der Schweiz, S. 16 ff. zitierten Berichte von Banken und des Statistischen Jahrbuches. Ferner Graner, SJK, Finanzgesellschaften, IV.

[33]) So z. B. Siegwart, Vorb. Nr. 152/153; Henggeler, SJK, Holdingsgesellschaft.

rungen hinsichtlich Bildung und Verwendung des Reservefonds und Zusammensetzung des Verwaltungsrates zugestanden. Man kann sich fragen, ob diese Begriffsbestimmung eine allgemein gültige Legaldefinition der HG darstellen soll. Zur Zeit der Beratung und des Erlasses des neuen OR wurde das Problem der Unternehmensverbindungen stark diskutiert — allerdings mehr im Auslande als bei uns — und der Gesetzgeber hatte schon Anlass, zu den damit zusammenhängenden Begriffsbildungen Stellung zu nehmen. Aus der Formulierung von OR 671 und 711 (der Ausdruck HG wird nicht im Marginale verwendet, nur im Text und auch hier nur in Klammern, also mehr zur Illustrierung, im Sinne von „sogenannte HG") und dem ganz beschränkten Anwendungsgebiet dieser Artikel folgt aber, dass dieser Begriffsumschreibung keine weiter gehende Bedeutung beigemessen werden kann. Es wäre also verfehlt zu sagen, unter HG im Sinne des schweizerischen Zivilrechtes sei eine Beteiligungs AG. zu verstehen, wobei diese auch ein gemischtes Unternehmen darstellen könne. Diese Umschreibung gilt nur für die in den genannten Bestimmungen verfolgten Zwecke. Steht dagegen zur Frage, ob eine HG aus Verträgen ihrer Tochtergesellschaft verpflichtet werde, so ist selbständig zu prüfen, was man unter HG im Sinne dieser Frage verstehen muss.

b) Die Steuergesetzgebung. Gibt uns das Zivilrecht keinen näheren Aufschluss über den Begriff der HG, so wird er dafür im Steuerrecht recht ausgiebig verwendet und auch umschrieben. Mit Rücksicht auf die Selbständigkeit der Rechtsbegriffe in den verschiedenen Disziplinen (oben S. 207a) dürfen allerdings die Begriffsbestimmungen des Steuerrechtes nicht ohne weiteres für das Zivilrecht übernommen werden. Aber wenn neue Begriffe auftauchen und zunächst in einem besonderen Rechtsgebiet behandelt werden, so können die dort erfolgten Begriffsbestimmungen zur Klärung beitragen und u. U. auch Anhaltspunkte und Richtlinien für das Vorgehen auf anderen Rechtsgebieten geben.

In dieser Hinsicht ist die kantonale Gesetzgebung von ungleicher Ergiebigkeit. Die meisten Kantone gewähren nun das sogenannte Holding-Privileg. Aber die Erwägungen der Gesetzgeber waren verschiedener Art und daher weichen auch die Begriffsbestimmungen der HG voneinander ab. Zwei Tendenzen zeichnen sich ab. Die einen Kantone bezwecken vor allem die Anlockung von Steuerkapital und gewähren daher das Privileg allen Gesellschaften, die im Kanton nur ihren Sitz haben ohne dort eine eigentliche Geschäftstätigkeit zu entfalten[34]). Andere Kantone wollen vor allem die wirtschaftliche Doppelbesteuerung vermeiden oder mildern und gewähren daher das Privileg nur den Beteiligungsgesellschaften. Als solche gelten Gesellschaften, deren Zweck ausschliesslich[35]) oder hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht. Die Natur und das Ausmass dieser Beteiligungen werden nirgends näher festgelegt, doch wird regelmässig dauernde Beteiligung verlangt[36]), womit die blossen Kapitalanlagegesellschaften ausgeschlossen werden. Nirgends wird „massgebende" oder „beherrschende" Beteiligung gefordert. Eine dritte Kategorie von Kantonen endlich gewährt das Holdingprivileg sowohl den Beteiligungs- als den blossen Domizilgesellschaften[37]).

Etwas anders liegen die Dinge bei der Steuergesetzgebung des Bundes. Auch hier wird das Holdingprivileg

---

[34]) Z. B. Graubünden (1918) und Glarus (1917/1932), Wallis (1921).

[35]) So Bern (1933), Schwyz, Waadt (1930).

[36]) Was darin zum Ausdruck kommt, dass Formulierungen wie „Verwaltung von Beteiligungen" oder „dauernde Verwaltung" oder „dauernde Beteiligung" gefordert wird. — Was die Form der „Beteiligung" betrifft, so kommt nach Blumenstein, Steuerrecht, S. 285, nur die Beteiligung am Grundkapital in Betracht, da nur bei dieser Verbindung eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung möglich wäre, nicht aber bei Beteiligung durch Obligationen, deren Verzinsung ja beim Schuldner-Unternehmen als Gewinnungskosten in Abzug kommen.

[37]) Z. B. Freiburg 1913/1936.

zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung gewährt. Aber während die Kantone sich in der Regel mit einer mässigen Besteuerung des Gesellschaftskapitals begnügen, sieht das Bundesrecht eine Ermässigung der Gewinnsteuer vor. Im Verlaufe der Jahre machte der bundesrechtliche Begriff der HG Wandlungen durch, wie aus der folgenden geschichtlichen Darstellung hervorgeht:

Die ausserordentliche eidgenössische Kriegssteuer (Bundesratsbeschluss vom 28. September 1920):

Art. 65: „Bei Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, deren Zweck ausschliesslich in der Beteiligung an andern Unternehmungen besteht und deren Reingewinn einzig aus Tochterunternehmungen herrührt, wird die Steuer auf die Hälfte herabgesetzt.

„Stammt bei solchen Gesellschaften nur ein Teil des Reingewinns aus Tochterunternehmungen, so wird nur derjenige Teil der Steuer auf die Hälfte herabgesetzt, der dem Verhältnis der Gewinnbezüge aus Tochterunternehmungen zum gesamten Bruttogewinn entspricht.

„Gesellschaften, welche auf diese bevorzugte Behandlung als Holdinggesellschaft oder Inhaberin eines Beteiligungsvermögens Anspruch machen, haben dies in einem Begleitschreiben zur Steuererklärung zu bemerken."

Als HG werden also nur AG. und Kommandit AG. betrachtet, deren Zweck ausschliesslich in der Beteiligung an andern Unternehmungen besteht. Das Mass dieser Beteiligungen (im Verhältnis zum Kapital des andern Unternehmens) wird nicht festgelegt, auch nicht die Rechtsform der andern Unternehmungen, die jedoch ausdrücklich als Tochterunternehmungen bezeichnet werden.

b) Die Eidgenössische Krisenabgabe (Bundesratsbeschluss vom 19. Januar 1934) erweiterte den Begriff der HG:

Art. 68: „Bei Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmungen besteht (Holdinggesellschaf-

ten), ermässigt sich die Abgabe vom Reingewinn um den Betrag, der dem Verhältnisbezuge aus den Beteiligungen zu den gesamten Bruttoeinnahmen entspricht."

Danach werden auch Gesellschaften mit gemischten Zwecken als HG betrachtet, sofern nur ihr Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht. Das Mass dieser Beteiligung im Verhältnis zum Kapital des andern Unternehmens wurde nicht bestimmt, jedenfalls wurde keine massgebende oder beherrschende Beteiligung verlangt[38]). Das Krisenabgaberecht befasst sich also mit der HG im weitern Sinne, der Beteiligungsgesellschaft und zwar auch mit der sogenannten gemischten HG.

c) Die Eidgenössische Wehrsteuer (Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 1940) ging noch einen Schritt weiter:

Art. 59: „Bei Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die durch Beteiligungen auf andere Unternehmungen massgebenden Einfluss ausüben, ermässigt sich die Steuer vom Reingewinn um den Betrag, der dem Verhältnis des aus Aktien, Gesellschafts- und Genossenschaftsanteilen der massgebend beeinflussten Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften erzielten Ertrages zum gesamten Rohertrag entspricht."

Hier wird also der Begriff HG überhaupt fallen gelassen. Die Steuervergünstigung wird der Beteiligung als solcher gewährt. Hingegen geniessen diese Vergünstigung nur AG., Kommandit AG., GmbH. und Genossenschaften

---

[38]) In der Textausgabe Perret (Polygraphischer Verlag 1934) wird dazu ausgeführt: „Praxis und Rechtsprechung werden festzustellen haben, unter welchen Voraussetzungen eine Beteiligung im Sinne von Art. 68 anzunehmen ist. Insbesondere wird abzuklären sein ob die Beteiligung der Holdinggesellschaft nicht einen prozentualen Minimalanteil am Eigenkapital des betr. Unternehmens erreichen muss." Man tendierte also damals schon etwas auf die Kontrollgesellschaft hin. Wie sich die Praxis dazu verhielt, wird weiter unten S. 226a ausgeführt.

(siehe Art. 61), welche durch Beteiligungen auf andere AG., Kommandit AG., GmbH. und Genossenschaften einen massgebenden Einfluss ausüben. Das Wehrsteuerrecht hat also, auch wenn es den Ausdruck HG vermeidet, das im Auge, was man unter HG im engern Sinne, also unter Kontrollgesellschaft versteht, wobei auch die gemischte Gesellschaft in Betracht fällt[39]). Das Mass der Beteiligung im Verhältnis zum Kapital des andern Unternehmens wird auch hier offen gelassen und der Bestimmung durch die Praxis anheim gestellt[40]).

---

[39]) Welches auch im übrigen ihre rechtliche und finanzielle Struktur sein mag. Der Kommentar Perret und Grosheintz (zu Art. 59, N. 1) bemerkt hiezu: „Neben Holdinggesellschaften im engern Sinne können gegebenenfalls auch blosse Investitionsgesellschaften und Domizilgesellschaften, ferner industrielle, kommerzielle und gewerbliche Unternehmungen die Steuervergünstigung beanspruchen.“ Dies ist richtig, man muss sich nur über die Terminologie verständigen. Eine HG im engern Sinn, also eine sogenannte Kontrollgesellschaft, kann auch als sog. Investionsgesellschaft aufgebaut sein oder als Domizilgesellschaft gelten. Vom Standpunkt des Art. 59 aus ist der massgebende Einfluss entscheidend, die Steuererleichterung nur den Gesellschaften gewährt, welche in bezug auf andere Unternehmungen Kontrollgesellschaften sind und insoweit sie es sind, welchesauch ihre übrige Tätigkeit sein mag.

[40]) Der Kommentar Perret und Grosheintz (zu Art. 59 N. 2) bemerkt hiezu: „Ein derart massgebender Einfluss kann in der Regel dann als vorhanden angenommen werden, wenn mindestens 50% der Mitgliedschaftsrechte (Aktien, GmbH-Anteile, Genossenschaftsanteile, Genusscheine, Gründeranteile) in der Hand der Muttergesellschaft liegen. Eine prozentual geringfügigere Beteiligung dürfte indessen dann Berücksichtigung finden, wenn die Muttergesellschaft neben den Mitgliedschaftsanteilen durch andere erhebliche Interessen, wie beispielsweise durch den Besitz der Aktienmehrheit einer dritten Unternehmung, die ihrerseits die Gesellschaft, an der die Muttergesellschaft beteiligt ist, beherrscht, ferner durch den Besitz grösserer Darlehensforderungen gegen die Tochtergesellschaft, usw. derart mit dem betreffenden Unternehmen verbunden ist, dass von einer massgebenden Beeinflussung derselben durch die Muttergesellschaft gesprochen werden kann.“ Es erscheint mir fraglich, ob eine Beteiligung in der Form von Genusscheinen oder Gründeranteilen bei Berechnung der Mitglied-

Durch einen Bundesratsbeschluss vom 20. November 1942 wurde dann der Art. 59 wie folgt abgeändert:

„Für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die bei Beginn der Steuerpflicht mit mindestens 20% am Grund- oder Stammkapital anderer Gesellschaften oder Genossenschaften beteiligt sind, ermässigt sich der auf dem Reingewinn geschuldete Steuerbetrag im Verhältnis des Ertrages dieser Beteiligungen zum gesamten Rohertrag.

„Eine entsprechende Ermässigung tritt ferner ein, wenn die Beteiligung weniger als 20% des Grund- oder Stammkapitals der andern Gesellschaft oder der Genossenschaft ausmacht, aber im Zeitpunkt des Beginns der Steuerpflicht einen Wehrsteuerwert von mindestens zwei Millionen Franken hat."

Danach fällt also einmal das Erfordernis des „massgebenden Einflusses" wieder weg. Sodann wird die verlangte Beteiligungsquote auf 20% festgesetzt (vorbehältlich Absatz 2). Es mag sein (wie der Kommentar Perret

---

schaftsrechte berücksichtigt werden kann, da solche Beteiligungen keine Mitgliedschaftsrechte und rechtlich keinen Einfluss gewähren. Auch erscheint die Mindestquote von 50% als diskutabel, da u. U. auch mit einer geringeren Beteiligung ein massgebender Einfluss ausgeübt werden kann, auch ohne besondere weitere Bindungen (s. hierüber S. 292a unten). Interessant aber ist, dass nach dem Kommentar auch andere Bindungen berücksichtigt werden können, z. B. indirekte Beherrschung durch ein drittes Unternehmen, „grössere Darlehensforderungen gegen die Tochtergesellschaft, usw.". Danach können auf dem Boden des Art. 59 noch eine ganze Reihe weiterer konzernmässiger Bindungen in Betracht fallen. — Die Diskussion dieser Probleme auf dem Boden des Wehrsteuerrechtes ist nun aber vorläufig überflüssig geworden, weil Art. 59 eine vollkommen neue Fassung erhielt, welche nicht mehr auf den massgebenden Einfluss abstellt. Es wurde aber an dieser Stelle auf diese Fragen hingewiesen, weil sie an Kernpunkte des Konzernrechtes rühren und überdies auch steuerrechtlich einen Einfluss ausüben können, z. B. bei Anwendung kantonalen Steuerrechtes.

und Grosheintz, Ergänzung, bemerkt), dass diese Änderungen auf die Schwierigkeiten zurückzuführen sind, auf welche die Praxis bei Festsetzung des „massgebenden Einflusses" stiess. Sachlich findet sie aber ihre Rechtfertigung vor allem in der ratio legis. Diese besteht in der Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung und von diesem Standpunkt aus ist es unerheblich, ob die Beteiligung eine beherrschende ist oder nicht. Vom steuerrechtlichen Standpunkte aus könnte man überhaupt jede Beteiligung, ohne Rücksicht auf die Quote, gleich behandeln. Absatz 2 tut dies auch für den Fall, dass die Beteiligungen den Gesamtwert von 2 Millionen erreichen. Wenn man Gesellschaften mit kleineren Wertschriftenportefeuilles nicht die gleiche allgemeine Steuervergünstigung gewährte, so werden dafür rein praktische, die Steuererhebung betreffende Erwägungen massgebend gewesen sein.

c) Gesetzgebung im Ausland. Eine Überprüfung der uns hier näher interessierenden ausländischen Zivilgesetzgebungen ergibt, dass man sich auch im Auslande zivilrechtlich nirgends grundsätzlich mit der HG als solcher befasst. Hingegen behandeln ausländische Zivilgesetze, meist im Zusammenhang mit dem Aktienrecht, gewisse Herrschafts- oder Abhängigkeitsverhältnisse, wie sie auch durch HG begründet werden können. Hiefür zwei Beispiele, die zugleich zwei verschiedene Methoden illustrieren:

Der Englische Companies Act vom 10. Mai 1929 befasst sich mit der HG und der abhängigen Gesellschaft (Subsidiary Co.) nur im Zusammenhang mit der Bilanz der HG. Als eine solche gilt jede Gesellschaft, deren Aktiven ganz oder teilweise in Anteilen (shares) an andern Gesellschaften besteht, wobei 1. diese Anteile mehr als 50% des Kapitals ausmachen oder aber zu mehr als 50% der Stimmen berechtigen müssen, oder 2. der HG anderweitig die Macht zusteht, die Mehrzahl der directors (Verwaltungsräte) zu ernennen. Liegen diese Voraussetzungen vor, so muss die Bilanz der HG die Beteiligungen (Aktien

oder Obligationen) an der abhängigen Gesellschaft, sowie deren Forderungen an die HG gesondert ausweisen. Ferner müssen der Bilanz besondere Erklärungen beigelegt werden, aus denen ersichtlich ist, wie sich die Gewinn- und Verlustrechnungen der abhängigen Gesellschaft in den Rechnungen der HG auswirken, u. a. m. Das englische Recht befasst sich also nur mit der Kontrollgesellschaft und mit dieser im Hinblick auf ihre Bilanz.

Ganz anders geht das deutsche Recht vor: Das Aktiengesetz 1937 geht nicht vom Begriff der HG und der abhängigen Gesellschaft aus, sondern vom allgemeineren Begriff des Konzerns. Dieser wird in § 15 wie folgt umschrieben:

„1. Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

„2. Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines andern Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen."

Auf Grund dieser allgemeinen Begriffsbestimmung werden eine ganze Reihe von Einzelvorschriften erlassen, die für sämtliche Arten der Konzernunternehmen oder auch nur für den Fall des Abhängigkeitsverhältnisses gelten[41]).

---

[41]) Zum besseren Verständnis des Nachfolgenden geben wir nachstehend eine Zusammenstellung dieser Einzelvorschriften wieder und zwar in der Fassung Schlegelbergers (§ 15 N. 3).

Es handeln vom Konzernunternehmen:

„§ 95 Abs. 2 Satz 1: Der Aufsichtsrat kann vom Vorstand jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschliesslich ihrer Beziehungen zu einem Konzernunternehmen verlangen.

§ 112 Abs. 1 Satz 2: Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die Beziehungen zu einem Konzernunternehmen.

Auf den Begriff des Konzerns, insbesondere im Verhältnis zum Begriff der HG, kommen wir im § 3 zurück. Hier interessiert uns nur die Tatsache, dass das deutsche Aktiengesetz das Problem der HG lediglich als einen Teil des weiteren Problems der Konzerne auffasst. HG können als blosse Beteiligungs- oder als Kontrollgesellschaften, sowohl unter Abs. 1 als Abs. 2 des § 15 fallen[42]). Massgebend für das deutsche Recht ist also der Zustand besonders enger Beziehungen zwischen mehreren Unternehmen, handle es sich nun um Unternehmen gleicher Rangstellung, aber unter einheitlicher Leitung (Abs. 1), oder um Unternehmen, die zueinander im Verhältnis der Beherrschung bzw. Abhängigkeit stehen (Abs. 2). Die meisten Fragen ergeben sich aus diesem Zustand besonders enger Bezie-

---

§ 128 Abs. 2 Nr. 8: Im Geschäftsbericht sind auch Angaben über die Beziehung zu einem Konzernunternehmen zu machen.

§ 131 Abs. 1 A III 9, B V 7, § 131 Abs. 6 Satz 2: Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Konzernunternehmen sind gesondert auszuweisen.

§ 134: Ermächtigung für den Reichsminister der Justiz, im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister Vorschriften über die Aufstellung des eigenen und über die Aufstellung eines gemeinschaftlichen Jahresabschlusses zu erlassen.

Von herrschenden und abhängigen Unternehmen handeln:

§ 51: Aktienübernahme durch ein abhängiges Unternehmen oder für Rechnung eines abhängigen Unternehmens.

§ 80 Abs. 1 Satz 3: An gesetzliche Vertreter oder leitende Angestellte eines abhängigen oder herrschenden Unternehmens dürfen Kredite nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens gewährt werden.

§ 114 Abs. 6: Keine Stimmrechtsausübung für Aktien, die einem abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung eines abhängigen Unternehmens gehören.

§ 131 Abs. 1 A III 5: Eigene Aktien und Aktien einer herrschenden Gesellschaft sind gesondert auszuweisen."

Auf die für uns wesentlichen Fragen kommen wir im entsprechenden Zusammenhange zurück.

[42]) S. unten S. 232a. So auch Schlegelberger, § 15, N. 8 und 16.

hungen als solcher, wobei die Form dieser Beziehungen (z. B. Beteiligung) oder ihre Intensität (z. B. beherrschender Einfluss) nur Sonderfälle darstellen. Daher werden die sich aus dem Zustand enger Beziehungen ergebenden Fragen allgemein, für alle Konzernverhältnisse im Sinne vom § 15, geregelt, für die Fälle der Abhängigkeit aber noch Sondernormen erlassen[43]). Die HG fallen, je nach ihrer Struktur, unter die für alle Konzernunternehmen, oder auch noch unter die für die Abhängigkeitsverhältnisse besonders geltenden Normen.

3. Die Rechtsprechung.

Es ist bezeichnend, dass unsere Gerichte, so auch das BG, selten zum Problem der HG als solcher Stellung nehmen und, wenn sie es tun, nur auf dem Boden des Steuerrechtes. Zivilrechtlich befasste sich das BG allerdings mit Fragen, die im Zusammenhang mit HG von Interesse sein können, z. B. betreffend Beschränkung der Handlungsfähigkeit juristischer Personen, die Grenzen der Mehrheitsherrschaft, Erwerb „eigener Aktien", aber nie mit der HG oder dem Konzern als solchem[44]).

Steuerrechtlich gaben Anlass zu grundsätzlichen Entscheiden einerseits die Art. 4 (Gebot der Rechtsgleichheit und Verbot der Willkür) und 46 Abs. 2 (Verbot der Doppelbesteuerung) der Bundesverfassung, anderseits das im eidgenössischen Steuerrecht gewährte sogenannte Holdingprivileg. Im erstgenannten Zusammenhange stand meist zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine derartige Verbindung zwischen zwei Unternehmen bestehe, dass diese ohne Willkür steuerrechtlich als eine Einheit angesehen und entsprechend besteuert werden können. Diese Frage stellte sich sowohl auf dem Boden des innerkantonalen (z. B. AS 46 I 175 ff.) als des inter-

---

[43]) S. die Zusammenstellung oben Anm. 41.

[44]) Auf die zivilrechtliche Praxis kommen wir in anderem Zusammenhang zurück.

kantonalen (z. B. AS 59 I 272 und die dort zitierten Urteile) Steuerrechtes.

Im Mittelpunkt dieser Erörterungen steht naturgemäss das Problem der „Diskrepanz zwischen äusserer zivilrechtlicher Form und wirklichem wirtschaftlichem Charakter eines Verhältnisses (AS 46 I S. 185)" — das Kernproblem des Konzernrechtes. Dabei musste das BG auf zivilrechtliche Begriffe und Verhältnisse eintreten, so dass seine Praxis, obschon steuerrechtlich orientiert, Anhaltspunkte und Richtlinien auch in dem uns besonders interessierenden Zusammenhange geben kann.

a) In seinem Entscheid i. S. AG. Columbus (AS 45 I 199) umschrieb das BG die HG allgemein als eine „Kontrollgesellschaft amerikanischen Vorbildes", die meist auf Grundlage der sogenannten Effektensubstitution arbeite. Hier hätten wir also bereits eine Begriffsbestimmung. In einem späteren Entscheid (AS 52 I 247) wird jedoch die HG anders umschrieben, nämlich als eine „société dont le but est de s'intéresser à d'autres entreprises". Hier wird also keine beherrschende Beteiligung verlangt, es genügt eine Interessennahme an andern Unternehmen. In anderer Richtung befasst sich die Praxis mit den HG, wenn sie auf die sogenannte Einheitstheorie eintritt. Im Entscheid i. S. Norddeutscher Lloyd (AS 46 I 175 ff.), dem der Fall besonders enger vertraglicher Verbindung zweier Unternehmen zugrunde lag, bestätigte das BG nachdrücklich seine frühere Praxis[45]), wonach steuerrechtlich, insbesondere vom Standpunkt des Art 4 BV bei Vorliegen so enger Bindungen das Moment der „äussern zivilrechtlichen Form" (der formellen Selbständigkeit des Unternehmens) gegenüber dem „wirklichen wirtschaftlichen Charakter eines Verhältnisses" in den Hintergrund treten könne, die Behandlung der beiden Unternehmen als eine Einheit also nicht Willkür bedeute. In einem späteren Urteil (AS 59 I 272 i. S. Aluminiumgesellschaft) betonte das BG allerdings, dass es dieser These (Vorrang des wirt-

[45]) S. die in BGE 59 I 280 zitierten früheren Urteile.

schaftlichen Charakters gegenüber der zivilrechtlichen Form) nicht ohne Bedenken zugestimmt und nur vom Standpunkt des Art. 4 BV als zulässig erklärt habe. Im gleichen Entscheid wird denn auch die Gründung einer Tochtergesellschaft, und zwar einer sogenannten Einmanngesellschaft (deren Aktien also alle der Muttergesellschaft gehörten und die übrigens auch organisatorisch und vertragsmässig ganz der Muttergesellschaft angegliedert war) als eine durchaus normale, an sich nicht zu beanstandende Erscheinung hingestellt. Insbesondere stelle die Tochtergesellschaft nicht etwa eine Fiktion dar, wofür speziell auf die selbständige Haftung des Gesellschaftsvermögens hingewiesen wird. Auch die Verträge zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft seien an sich keineswegs als simulierte Rechtsakte zu betrachten, da keine Diskrepanz zwischen dem Erklärten und dem Gewollten bestehe. Die Einheitstheorie, wonach Mutter- und Tochter gesellschaft als ein einziges Rechtssubjekt betrachtet werden, wird steuerrechtlich abgelehnt, die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft respektiert und die zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft bestehenden Verträge als rechtsgültig anerkannt, unter dem allgemeinen Vorbehalt lediglich, dass diese Vorgänge vernünftig begründet werden können und nicht lediglich der Steuerumgehung dienen. Auch in einem späteren Urteil (i. S. Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg, AS 64 I 398 ff.) wird wieder die Respektierung der formalen, rechtlichen Selbständigkeit eines Unternehmens zur primären Regel gemacht und nur dann die Ignorierung der selbständigen Rechtspersönlichkeit als zulässig erklärt, wenn diese nachweisbar nur aus steuerrechtlichen Gründen, also zum Zwecke der Steuerumgehung, begründet wurde[46]). Wir

---

[46]) S. die Kritik dieser Rechtsprechung durch A. Wieland, in SAG XV S. 38 ff. Wieland wendet sich vor allem gegen „die Tendenz der Rechtsprechung, in Steuersachen den zivilrechtlichen Tatbestand durch den angeblich wirtschaftlichen zu ersetzen" und das Vermögen der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zu-

werden auf diese Rechtsprechung des BG im Zusammenhang mit der Einheitstheorie zurückkommen.

b) Von einem besonderen, spezifisch steuerrechtlichen Gesichtspunkte aus befasste sich unsere Rechtsprechung mit der HG, wo das sogenannte Holdingprivileg gemäss Bundesrecht zur Frage stand.

In der Begriffsbestimmung der HG war die Praxis lange Zeit schwankend. Deutlich machte sich das Dilemma bemerkbar, die ratio legis dieser Bestimmungen mit den begrifflichen Umschreibungen in Einklang zu bringen: Einerseits steht für die Praxis fest, dass man hauptsächlich die wirtschaftliche Doppelbesteuerung vermeiden wollte, was einer Anwendung dieser Bestimmungen auch auf die blossen Kapitalanlagegesellschaften rufen würde, da ja auch hier die Gewinne aus Anlagen mehrfach zur Versteuerung gelangen. Andererseits aber sprachen die Texte von „Holdinggesellschaft", ja von „Tochterunternehmen" (KStB Art. 65 Abs. 1), was für eine Beschränkung des Geltungsbereiches dieser Bestimmungen auf die HG im engern Sinne, die Kontrollgesellschaften sprach.

Die Lage war verhältnismässig noch klar auf dem Boden des Kriegssteuerbeschlusses. Hier ist deutlich von HG die Rede, deren Zweck ausschliesslich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht und deren Gewinne einzig aus „Tochterunternehmungen" herrühren. Trotzdem stellte die Eidgenössische Kriegssteuer-Rekurs-

---

zurechnen, wenn diese die Tochtergesellschaft nur zum Zwecke der Steuerersparung gegründet hat. Darin liege keine unerlaubte Gesetzesumgehung, sondern die Wahrung berechtigter Interessen auf erlaubtem Wege. Wenn der Fiskus Vermögen oder Einkommen zweier Steuersubjekte zusammenfassen wolle, so könne er dies nur auf Grund einer positiven Norm tun, wie dies z. B. der Fall sei, wenn das Vermögen von Ehegatten oder Eltern und Kindern als Einheit behandelt werde. — Der Mahnung Wielands ist sicher alle Aufmerksamkeit zu schenken. Uns kam es bei der Darstellung dieser Praxis nur auf die Stellungnahme des BG zu den zivilrechtrechtlichen Begriffen und Vorgängen an.

kommission[47]) fest, dass der in Art. 65 KStB verwendete Ausdruck „Beteiligung an andern Unternehmen", sofern ohne einschränkenden Zusatz gebraucht, sowohl auf HG im eigentlichen Sinne (Kontrollgesellschaften) wie auch auf Kapitalanlage- und Vermögensverwaltungsgesellschaften bezogen werden könne. Im gleichen Entscheid wird dann aber die Steuervergünstigung nur den HG im eigentlichen Sinne, den Kontrollgesellschaften oder Muttergesellschaften gewährt.

Weniger klar war die Lage auf dem Boden des Krisenabgabebeschlusses, der das Holdingprivileg den AG. und Kommandit-AG. gewährt, „deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften)". Bei Anwendung dieser Bestimmung wirken sich aber deutlich der Text des Art. 65 KStB und die sich darauf beziehende frühere Praxis aus. So verfügte schon ein Kreisschreiben Nr. 27 der Eidgenössischen Steuerverwaltung, dass der Holdingcharakter einer Beteiligung nur dann gegeben sei, wenn zwischen der HG und der andern Gesellschaft engere Beziehungen bestehen, welche über diejenigen, die sich aus der blossen Erwerbung oder dem Besitz von Mitgliedschaftsrechten ergeben, hinausgehen. Als äussere Merkmale werden in diesem Kreisschreiben verlangt, dass die HG über mindestens 25% des Gesellschaftskapitals des andern Unternehmens verfügt, oder dass bei einer Beteiligung von mindestens 15% die HG auf Grund besonderer Beziehungen einen massgebenden Einfluss auf die sogenannte Tochtergesellschaft ausübt. Diese Betrachtungsweise wurde mitunter von der Praxis (als rein schematisch, vom Wortlaut des Art. 68 KAB keineswegs gefordert) abgelehnt (Entscheid Rekurskommission des Kantons Schaffhausen vom 2. Juli 1937, ASA VI, S. 240). In diesem Entscheid wird allerdings anerkannt, „dass von einer HG überhaupt nicht gesprochen werden könnte, wenn die betreffende Gesellschaft ihr Ka-

---

[47]) Entscheid vom 12. 11. 28, ASA IX, S. 311 ff.

pital in derart geringen Beträgen bei Unternehmen anlegen würde, dass sie auf letztere praktisch überhaupt keinen Einfluss auszuüben in der Lage wäre; es würde sich hier nur um Kapitalanlage, nicht aber um Beteiligung mit Holdingcharakter handeln." Auch wird festgestellt, dass zum Begriff der Beteiligung „das Moment einer gewissen zeitlichen Dauer" gehört. Entgegen der von der Steuerverwaltung und von andern Rekurskommissionen vertretenen Ansicht kann, nach Ansicht der Rekurskommission Schaffhausen, „nach dem Wortlaut des Art. 68 KAB nicht soweit gegangen werden, eine Beteiligung nur dann als eine holdingsmässige zu betrachten, wenn sie der Gesellschaft einen massgebenden Einfluss auf das andere Unternehmen sichert." Im konkreten Falle wurde dann einer Gesellschaft das Holdingprivileg gewährt, trotzdem sie nur 6,3% des gesamten Aktienkapitals einer andern Unternehmung verwaltete, wozu allerdings noch besondere Beziehungen zwischen den beiden Unternehmen kamen.

In andern kantonalen Entscheiden[48]) wird das Holdingprivileg nur den „wirklichen" oder „eigentlichen" HG zugestanden und es werden als solche nur diejenigen Gesellschaften erklärt, die auf Grund ihrer Beteiligungen an andern Unternehmen auf diese einen massgebenden Einfluss ausüben. Einen grundsätzlichen, den Streit gewissermassen abschliessenden Entscheid fällte das Bundesgericht[49]) im Jahre 1941. Hier wird, unter Berücksichtigung der früheren Gesetzgebung (KStB) und Praxis, entschieden, dass das Holdingprivileg gemäss Art. 68 KAB sich auf Gesellschaften beschränkt, die nach ihrem Zweck und nach ihrer Geschäftsführung HG im engern technischen Sinne (Kontroll- oder Muttergesellschaften) sind. Keinen Anspruch auf das Holdingprivileg haben, nach diesem Ent-

---

[48]) Z. B. Rekurskommission des Kantons Glarus vom 28. Juni 1935 und Kanton Graubünden vom 2. Juli 1935, ASA Band V, S. 31 ff. und 33 ff.

[49]) Entscheid des Bundesgerichts i. S. Candida AG. vom 28. November 1941, ASA Band X, S. 395.

scheid, die Kapitalanlage- und Vermögensverwaltungsgesellschaften, deren hauptsächlicher Zweck nicht in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht. Ferner stellt das BG fest, dass es bei Auslegung dieser Bestimmungen des Bundessteuerrechtes nicht darauf ankommt, wie das kantonale Steuerrecht oder das Zivilrecht solche Begriffe wie HG umschreiben, da das Steuerrecht des Bundes das Steuerprivileg der HG selbständig geregelt und von jeher auf die HG im engern, technischen Sinne beschränkt habe.

Dieser Praxis entsprach denn auch der Text des Art. 59 des Wehrsteuerbeschlusses. Hier ist allerdings nicht mehr von Holdinggesellschaften die Rede, doch wird das sogenannte Holdingprivileg auf die Beteiligungen gewährt, durch welche die genannten Gesellschaften auf andere Unternehmungen „massgebenden Einfluss ausüben". Damit war klar gestellt, dass nur noch die Kontrollgesellschaften als HG im Sinne des Bundessteuerrechtes gelten können. Durch die neue Fassung des Art. 59 gemäss Bundesratsbeschluss vom 22. November 1942 wird nun allerdings dieses Kriterium des „massgebenden Einflusses" wieder fallen gelassen und das Privileg auf allen Beteiligungen gewährt, welche mindestens 20% des Grund- oder Stimmkapitals anderer Gesellschaften oder Genossenschaften ausmachen. Damit werden nun also wieder Gesellschaften des Holdingprivilegs teilhaftig, die nicht mehr eigentliche Kontroll-, sondern blosse Beteiligungsgesellschaften sind.

4. Die Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister.

Eine ganze Reihe von Unternehmen führen oder beanspruchen die Bezeichnung „Holding" in ihrer Firma. Da die Firmenbezeichnungen wahr sein müssen und zu keinen Täuschungen Anlass geben dürfen, sind die H.Reg.-behörden und insbesondere das eidg. Amt für das Handelsregister in solchen Fällen verpflichtet, zu prüfen, ob die Bezeichnung „Holding" im einzelnen Falle dem Zweck

und der Struktur des betreffenden Unternehmens entspricht. Also muss zuerst feststehen, was man unter HG versteht. Das eidg. Amt für das Handelsregister holt hiefür meist die Ansicht der interessierten Fachkreise ein. Das Ergebnis dieser Praxis ist für unsere Zwecke besonders interessant, weil hier nicht nach der Bedeutung eines Begriffes zu einem bestimmten, vielleicht eng begrenzten Zweck gefragt wird, sondern nach seinem eigentlichen Sinn, wie er von den massgebenden Geschäftskreisen verstanden wird. In den Gutachten der konsultierten Instanzen kommt übereinstimmend zum Ausdruck, dass der Begriff Holding immer eine Beteiligung an andern Unternehmen voraussetzt. Die Verwaltung von Patenten, Urheberrechten, oder Liegenschaften berechtigt nicht zur Führung der Bezeichnung „Holding". In einem als grundsätzlich gedachten Gutachten wird ferner verlangt, dass die gesamten Aktiven des Unternehmens oder doch ein grosser Teil davon, in Beteiligungen angelegt sein, ferner dass es sich um dauernde Beteiligungen handeln müsse[50]). Schliesslich wird auch eine gewisse Bedeutung des Holding-Unternehmens gefordert, jedenfalls die Führung dieser Bezeichnung durch sogenannte Miniaturgesellschaften abgelehnt.

Das Handelsregisteramt hat sich dieser Ansicht praktisch angeschlossen. Danach sind also HG im Sinne des Handelsregisterrechtes Gesellschaften, die sich die dauernde Beteiligung an andern Unternehmen zum Zwecke setzen. Beherrschende (massgebende) Beteiligung wird nicht verlangt[51]). Anderseits dürften blosse Anlage-Gesellschaften, deren Beteiligungen oder Anlagen also keinen dauernden Charakter aufweisen, die Bezeichnung Holding nicht für ihre Firma beanspruchen.

[50]) In einem Gutachten wird allerdings bemerkt, dass nach Ansicht der Minderheit der begutachtenden Kommission auch Anlagen in Form von Forderungen zu berücksichtigen seien.

[51]) Immerhin wird in einzelnen Gutachten auf das Moment der Kontrolle abgestellt. Dass dieses für den Begriff der HG entscheidend sei, wurde aber nur vereinzelt und nur von einer Minderheit der begutachtenden Instanz vertreten.

§ 3.

III. Zusammenhänge und Abgrenzungen.

Bevor wir aus den Äusserungen von Doktrin, Gesetzgebung und Praxis das Fazit ziehen und zum Begriff der HG Stellung nehmen können, sind noch Zusammenhänge mit und Abgrenzungen gegenüber andern Formen der Unternehmenszusammenfassung zu brücksichtigen, so zum Konzern, der Interessengemeinschaft (IG) und dem Trust.

1. Konzerne und Interessengemeinschaften.

Auch der Begriff des Konzerns entstammt der Wirtschaftspraxis und ist erst in neuerer Zeit in die Rechtssprache übergegangen. Zu einem feststehenden Rechtsbegriff hat er sich nun in Deutschland entwickelt, wo § 15 des DAktG.[52]) die umfangreichen Erörterungen in Doktrin, Expertenkommissionen und Ansätze in der Gesetzgebung[53]) und Gerichtspraxis[54]) durch eine klare, umfassende Formulierung abschloss. Im ganzen hat man sich geeinigt[55]),

---

[52]) Wiedergegeben oben S. 220a.

[53]) S. die Aktienrechtsnovelle 1931, die in § 226 Abs. 4 zwar noch keinen Konzernbegriff aufstellte, sondern bloss denjenigen der „herrschenden" und der „abhängigen" Gesellschaft in den Einzelbestimmungen dann aber doch den Ausdruck „Konzern-Gesellschaft" verwendet.

[54]) S. vor allem den grundlegenden Entscheid des Reichsfinanzhofes vom 30. Januar 1930, wonach Konzern ein Verband ist, „der unter einheitlicher Leitung steht und dessen einzelne Teile als autonome Einheiten aus sich selbst nicht mehr begriffen werden können, so dass zur Erklärung ihrer Stellung in der Gesamtwirtschaft eine Bezugnahme auf den planmässig aufgebauten Konzern notwendig ist." In dieser Umschreibung kommt auch der sprachliche Ursprung des Begriffes Konzern zum Ausdruck, concern = Beziehung.

[55]) S. insbesondere die Übersichten bei Frankenberg, Joss und Nägeli. Die wirtschaftlichen Tatbestände werden vor allem bei Friedländer, Rosendorff und Nägeli (hier auch für die schweiz. Verhältnisse) geschildert. — Die Kontroverse bei Joss S. 26 ff.,

folgende Kriterien als für den Konzern wesentlich zu betrachten: Zusammenfassung von rechtlich selbständigen Unternehmen unter einheitlicher Leitung zu einem planmässigen Ganzen[56]). Als Mittel der Zusammenfassung werden verwendet: Beteiligung, Vertrag, Statut (organisatorische Zusammenfassung), wobei diese Mittel einzeln oder kombiniert verwendet werden können. Grundlage ist meist (aber nicht immer und nicht notwendigerweise) ein Vertrag, an den sich u. U. Beteiligung und organisatorische (Statuten) Verbindungen reihen. Aus der Fülle der Konzerngebilde interessieren für unsern Zweck zwei Grundtypen: Die Beteiligungs- und die Vertragskonzerne, deren Unterschiede im Mittel der Zusammenfassung liegen. Bei Kombination verschiedener Mittel gibt für die Einteilung das überwiegende den Ausschlag. Ferner die Konzerne auf Grund der Koordination und der Subordination. Bei den Koordinationskonzernen stehen die Unternehmen unter sich im gleichen Rang, bei den Subordinationskonzernen stehen sie unter sich im Verhältnis der Herrschaft und Abhängigkeit. Diese beiden Typen kommen in § 15 DAktG. klar zum Ausdruck[57]).

wonach das Konzernrecht sich nicht auf den Rechtssubjekten (den Rechtsformen des Unternehmens), sondern auf dem Rechtsobjekt, dem Unternehmen als wirtschaftlichem Begriff, aufbaue, kann hier nicht näher erörtert werden, s. immerhin unsere Ausführungen unten S. 250a ff.

[56]) S. die Definition des Reichsfinanzhofes vom 30. Januar 1930, zitiert oben. Ferner Schlegelberger, § 15 N. 8: „Zur Zusammenfassung gehört, dass die Unternehmen derart untereinander verbunden sind, dass sie am jederzeitigen Auseinandergehen gehindert sind. Dabei muss das einzelne Unternehmen als Ganzes (sc. nicht nur in bezug auf einzelne Funktionen) erfasst werden.“ Bauer, Rechtliche Struktur der Truste, 67 f. „nennt den — von ihm als Trust bezeichneten — Konzern eine teleologische Einheit (nach Joss S. 29).“ Zusammenstellung der Definitionen bei den in Anm. 55 oben genannten Autoren. Über die wirtschaftlichen Faktoren des Konzerns und dessen Abgrenzung gegenüber dem Trust s. Marbach, a.a.O. S. 310 ff.

[57]) Man hat darauf hingewiesen (z. B. Schlegelberger zu § 15), dass bei den Subordinationsverhältnissen gemäss § 15 Abs. 2

Einen Sondertyp der Konzerne stellen die Interessengemeinschaften (IG) dar[58]). Sie beruhen primär auf Vertrag, bezwecken, wie die Konzerne überhaupt, die Steigerung der Rentabilität der zusammengeschlossenen Unternehmen, und begründen zu diesem Zwecke u. a. eine totale Gewinn- (in der Regel auch Verlust-) Gemeinschaft[59]).

In all diesen Gebilden ist die HG zu besondern Funktionen berufen, namentlich weil die vertraglichen Zusammenschlüsse oft durch Beteiligung verstärkt werden, woran sich dann u. U. auch organisatorische Bindungen schliessen.

Bei den Koordinationskonzernen können Beteiligungen zunächst durch gegenseitigen Effektenaustausch bewirkt werden, eventuell auch so, dass Aktionär-Konsortien gebildet oder die Beteiligungen „gepoolt", d. h. treuhänderisch zusammengelegt und verwaltet werden. Oft werden die Beteiligungen aber einer eigens zu diesem Zweck gegründeten HG zur Verwaltung übergeben, im Austausch

---

DAktG ein Zusammenschluss unter einheitlicher Leitung nicht begriffswesentlich sei (im Gegensatz zu Abs. 1), womit diese Gebilde also nicht mehr unter unsere Begriffsbestimmung (oben S. 231a) fallen würden. In Wirklichkeit werden aber auch bei den Subordinationskonzernen die Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengeschlossen, eben auf Grund der Beherrschung, wobei aber der Zusammenschluss und die Leitung nicht organisiert zu werden brauchen.

[58]) S. hierüber namentlich Nägeli, S. 217 ff.

[59]) Dass die Gewinngemeinschaft nie Selbstzweck sein kann, sondern nur im Zusammenhang mit andern der Rentabilitätssteigerung dienenden Massnahmen (Spezialisierung und Rationalisierung der Produktion, Verringerung der Konkurrenz, Marktbeeinflussung) einen Sinn hat, weist Nägeli (S. 218 ff.) nach. Im Hinblick auf unsere spätern Ausführungen (namentlich zum Rechtsmissbrauch seitens der Mehrheit, S. 263a ff.) interessiert hier vor allem, dass die Gewinngemeinschaft in der Regel den Ausgleich schaffen soll für die Opfer, insbesondere die Einschränkungen in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, die das einzelne Konzernunternehmen im Interesse des Ganzen bringen muss. Dieser Faktor spielt für die Interessenabwägung bei internen Konflikten zwischen Mehrheit und Minderheit eine wesentliche Rolle.

gegen deren Aktien oder GmbH.-Anteile. Solange die HG dem Willen der beteiligten Unternehmen unterworfen ist, bleibt es beim Koordinationsverhältnis (hingegen kann die HG Beteiligungen auch anderer Unternehmen erwerben und diese u. U. auch beherrschen, womit nach dieser Richtung hin ein Subordinationskonzern entsteht). HG zu solchen Zwecken werden als „Genossenschaftliche HG" bezeichnet. Einen Sonderfall dieser Unternehmensform bildet die sogenannte „Treuhand-HG". Sie übernimmt die Beteiligungen der angeschlossenen Unternehmen nicht zu freiem Eigentum, sondern nur zu treuen Handen, gegen Ausstellung von Zertifikaten. Genossenschaftliche und Treuhand-HG rufen besondern Rechtsfragen, so namentlich in Bezug auf die Zulässigkeit der gegenseitigen Beteiligung (Verschachtelung, unten S. 319a).

Bei den Subordinationskonzernen (sofern sie auf Beteiligung beruhen) übernimmt eine HG die Beteiligungen an den zusammengeschlossenen Unternehmen zu freiem Eigentum, und zwar ganz (Fall der Einmanngesellschaft) oder doch in genügendem Masse, um über die andern Unternehmen herrschen zu können (evtl. in Verbindung mit andern Mitteln) — der Fall der Kontrollgesellschaft. Die HG gehört in diesem Falle nicht den zusammengeschlossenen Unternehmen, sondern einem oder mehreren Dritten, die auf diese Weise (indirekt) die andern kontrollieren. U. U. ist dieser „Dritte" eines der „abhängigen" Unternehmen selber, das auf diese Weise sowohl die Kontroll- als die andern Gesellschaften kontrolliert[60]). Möglich ist ferner, dass ein abhängiges Unternehmen seinerseits wieder an andern beteiligt ist oder diese sogar kontrolliert, so dass also eine ganze Stufenfolge von Abhängigkeitsver-

---

[60]) So im Fall der Kontinentalen Linoleumgesellschaft, Zürich, einer HG die ihrerseits durch die Tochtergesellschaft, die Linoleumwerke AG. Berlin, auf Grund des grössten Aktienpaketes kontrolliert wird. S. Nägeli, S. 236.

hältnissen entstehen kann[61]). Im Zusammenhang mit dieser Kontrollgesellschaft stellen sich dann die wichtigsten Fragen aus dem Gebiet der IG, so nach den zulässigen Formen und Grenzen der Abhängigkeit, der Mehrheitsherrschaft, der Verpflichtung aus oder Haftung für Verträge von herrschenden oder abhängigen Unternehmen, u. a. m.

Bei Koordinations- und Subordinationskonzernen spielt die Organisationsfrage eine wesentliche Rolle, vornehmlich aber bei den IG, bei denen die besonders enge Zusammenfassung in der Regel auch besondern Organisationen ruft. Auf der Basis der einfachen Gesellschaft aufgebaut, steht es diesen Gebilden frei, auf vertraglicher Grundlage, also ausserhalb des die einzelnen Unternehmen beherrschenden Gesellschaftsrechtes, sich die ihrer Struktur entsprechende Organisation zu geben, insbesondere Organe zu schaffen, die den gemeinschaftlichen Willen zu bilden und durchzuführen haben, Gemeinschaftsrat und -Direktion, Gesamtvorstand und dergleichen. Auf die Möglichkeiten, Auswirkungen und Grenzen solcher Organisationen vom Standpunkte des schweizerischen Gesellschaftsrechtes aus kommen wir zurück (S. 293a). Hier interessiert vorläufig nur, dass als zentrales Organ auch eine eigene Gesellschaft eingeschaltet werden kann, die sogenannte Organgesellschaft[62]). Dieser können, neben den eigentlichen Verwaltungsaufgaben auch Holdingfunktionen zugewiesen werden, so die Verwaltung der (gepoolten) Beteiligungen der IG-Unternehmen, aber auch der Erwerb externer Beteiligungen. Den letzten Schritt (von der Fusion abgesehen) in der Richtung der Zentralisierung stellt die Errichtung einer Dach- oder Spitzen-HG dar, welcher die IG-Unternehmen auf Grund massgebender Beteiligung

---

[61]) Wie im Mittelalter (Lehensrecht), weshalb man vielleicht nicht zu Unrecht vom „modernen Wirtschaftsfeudalismus" sprechen kann — obschon dieser Ausdruck meistens mit einer andern (nicht rechtlichen) Tendenz gebraucht wird.

[62]) S. hierüber noch unten Anm. 84, 212, 221.

kontrolliert, damit die gesamte IG nach ihrem Willen leiten kann und sie zum typischen Subordinationskonzern macht (sogenannte „Zentrale IG"). Für die bei dieser Kombination herrschenden Verhältnisse gilt das oben zu den Subordinationskonzernen Gesagte. Nur werden hier, vertraglich und statutarisch, in der Regel noch engere Bindungen geschaffen, so hinsichtlich der Geschäftsführung, der Bilanzierung und der Dividendenpolitik in den einzelnen Unternehmen. Auch hier ist zu prüfen, ob und inwieweit solche Bindungen vor dem für die einzelnen Unternehmen geltenden Recht bestehen können[63]).

Schliesslich noch das den Konzernen eigentliche Problem der gegenseitigen Beteiligung (Verschachtelung), insbesondere bei Holdingverhältnissen. Wie bereits zu den Koordinationskonzernen bemerkt, kann ein Beteiligungskonzern so hergestellt werden, dass die Konzernunternehmen Beteiligungen unter sich austauschen[64]) oder sie einer sogenannten genossenschaftlichen HG übergeben, zu treuen Handen oder zu freiem Eigentum. Im ersten Falle können die Unternehmen dadurch zur HG werden und zwar zu Beteiligungsgesellschaften, wenn diese Beteiligung einen im Verhältnis zum übrigen Unternehmensvermögen erheblichen Umfang erreicht; es entstehen dann gemischte HG. Diese Verhältnisse geben uns zu den Fragen Anlass, die sich aus der Beteiligung als solcher ergeben. Hingegen bildet die Verflechtung als solche hier kein besonderes Problem, solange keine Abhängigkeit geschaffen wird und zwar auch keine gegenseitige[65]). Im zweiten Falle, bei Austausch der Beteiligungen mit einer

---

[63]) Auf die Rechtsverhältnisse bei Doppelgesellschaften können wir nicht eintreten. Es wird aber auch bei diesen Gebilden zu prüfen sein, ob bestimmte vertragliche Bindungen mit zwingendem Gesellschaftsrecht vereinbar sind.

[64]) Den Fall, dass die Verflechtung durch die Aktionäre selber vorgenommen wird, sei es direkt (Konsortium), sei es indirekt (Pool), brauchen wir nicht mehr zu verfolgen, da dadurch keine HG entstehen.

[65]) S. unten S. 319a.

zentralen HG, kann sich die Frage nach der Zulässigkeit dieser Transaktion erheben, nämlich dann, wenn dadurch die HG in die Lage versetzt wird, die Unternehmen zu beherrschen, wenn also aus dem Koordinations- ein Subordinationskonzern geworden ist[66]). Dann steht zur Frage, ob die abhängigen Unternehmen Aktien der HG zeichnen oder übernehmen und vertreten dürfen, oder ob hier nicht das Verbot des Erwerbes und der Vertretung eigener Aktien (OR 659) eingreift, worüber später (S. 316a).

2. Trusts.

Eine Bestimmung des Verhältnisses der HG zum Trust erscheint darum besonders notwendig, weil diese beiden Begriffe oft als gleichbedeutend verwendet, oder doch als in ihren Wirkungen gleich behandelt werden[67]). Es sind aber auch hier grundsätzliche Unterscheidungen vorzunehmen und Zusammenhänge festzustellen.

Auch der Trust ist im schweizerischen Recht nicht definiert. Wir müssen daher auch hier die Gesetzgebung

---

[66]) Ein Fall der, wie Nägeli S. 212 ausführt, namentlich dann eintreten kann, wenn an der HG auch Dritte, z. B. Banken oder Lieferanten beteiligt sind. Dann wird, wegen der Kapitalsbildung bei der HG, diese eine verhältnismässig stärkere Beteiligung bei den Konzernunternehmen erhalten als umgekehrt.

[67]) So Röpke, s. oben Anm. 17, Feldmann, S. 47: „Neben den eigentlichen Trusts erscheint auch in der Schweiz mehr und mehr die ihrem Wesen nach dem Trust zugehörenden Effektenhaltungs- oder Kontrollgesellschaft der Holding Company.“ In kantonalen Gesetzen betreffend Besteuerung der HG werden namentlich Kapitalanlagegesellschaften als „Trustgesellschaften“ bezeichnet (s. z. B. Zürich, § 35). Ebenso in den Statuten dieser Gesellschaften (z. B. Fall in EBG 62 I 35: Zweck der Gesellschaft ist die „Durchführung von Trustgeschäften aller Art, inbesondere durch Übernahme von Beteiligungen.“) Dementsprechend spricht man überhaupt oft von Finanztrusts, Trustgesellschaften und dergleichen. In all diesen Fällen liegen weder ein Trustverhältnis, noch ein monopolistischer Trust vor.

des Auslandes, ferner die Doktrin und Wirtschaftspraxis zur Begriffsbestimmung heranziehen[68]).

Sprachlich und seinem historischen Ursprung nach bedeutet Trust ein Treuhandverhältnis, wie es besonders in der angelsächsischen Rechtspraxis entwickelt wurde (trustees). Auf dieser Basis entstanden auch die modernen Unternehmensformen, die man daher Trusts nannte[69]). Nachdem diese ursprünglichen, eigentlichen Trusts in ihrem Ursprungsland, den USA., verboten worden waren (besonders seit dem Sherman-Gesetz von 1890), wählte man zur Konzentration von Interessen die Rechtsform der AG., insbesondere der HG. Das sogenannte Antitrustgesetz von 1890 und die späteren Erlasse der USA.[70]) wenden sich nicht gegen die Rechtsform des „trusts" oder der AG. oder der HG als solche, sondern gegen bestimmte wirtschaftliche Tendenzen[71]), insbesondere gegen die von

---

[68]) S. u. a. Feldmann, S. 16, 45 ff., 113 ff. Härdy, S. 27 ff. Joss, S. 35 und die dort zitierte ausländische Literatur.

[69]) S. das bei Feldmann, S. 113 zitierte Beispiel der Standard Oil Co. Sie entstand so, dass die Eigentümer der amerikanischen Petrolgesellschaft ihre Aktien neun Treuhändern übermachten, gegen Ausstellung von Trustzertifikaten. Nach dem Verbot dieser Trusts durch die amerikanische Gesetzgebung wandelte sich die Standard Oil in eine AG. um.

[70]) Für die geschichtliche Entwicklung in den USA s. Feldmann, S. 113 ff.

[71]) Dies muss mit aller Deutlichkeit betont werden. So wandte sich die noch (1890) auf dem Common law beruhende Rechtssprechung gegen jeden „Vertrag", welcher auf eine unvernünftige, unbillige Weise die Ausübung eines Gewerbes oder des Handels beschränkte. Das Antitrust-Gesetz von 1890 erklärt als ungesetzlich jeden Vertrag, jede Vereinigung in Form eines Trusts oder in anderer Weise, oder Verabredung (conspiracy) zur Beschränkung des Handels. Das Clayton-Gesetz von 1914 verbietet die Erwerbung der Aktien einer Gesellschaft durch eine andere (HG!), wenn diese dazu führen soll, dass der Wettbewerb zwischen den Gesellschaften wesentlich vermindert wird oder dazu geeignet ist, ein Monopol zu begründen. Auch Kartelle werden unter diesem Gesichtspunkt beurteilt. S. die Nachweise bei Feldmann, S. 113 ff.

diesen Unternehmen angestrebte Ausschaltung des freien Wettbewerbes und Beherrschung, Monopolisierung des Marktes. Mit dem Begriff Trust verbindet man daher regelmässig das Merkmal der Marktbeherrschung, des Monopols. Als Trust gilt daher die Zusammenfassung von Unternehmen zur Beherrschung des Marktes. Die Form dieser Zusammenfassung ist nicht wesentliches Merkmal. Sie kann durch Fusion mehrerer zu einem Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit erfolgen, oder durch konzernmässige Zusammenfassung, d. h. unter Aufrechterhaltung der einzelnen, rechtlich selbständigen Unternehmen[72]). Massgebend ist nur die Zusammenfassung zum Zwecke der Marktbeherrschung. Dieses Moment gibt dem Trust sein eigenes Gepräge und ruft besondern Rechtsfragen, die nicht im Konzernrecht beantwortet werden, sondern auf dem Boden eines Trustrechtes zu lösen sind. Nicht unter die Trusts fallen die Kartelle, da in diesen die einzelnen Unternehmen weder

---

[72]) ME betont Feldmann S. 45 zu sehr die Fusion als Basis der Trusts. Mehr auf dem Konzern bauen auf Rosendorff, Rechtliche Organisation, S. 19: „Der Trust stellt vielmehr eine weitere Stufe der Konzernbildung dar"; Rosendorff, Aktienrecht, S. 407: „Der Trust stellt eine Synthese von Konzernbildung und Marktbeherrschung dar: Er fasst eine Anzahl von Unternehmungen zusammen, um dadurch einerseits eine einheitliche wirtschaftliche Leitung, anderseits die Beherrschung des Marktes zu erzielen." Härdy, S. 27: „Der Trust ist lediglich eine besondere Art des Konzerns. Tritt beim Konzern die Beherrschung nach aussen, d. h. die Marktbeherrschung, dazu, so ergibt sich der Trust." S. auch die weitere bei Joss, S. 35, zitierte Literatur, u. a. Liefmann, nach welchem „im Trust die Zusammenschlussformen des Konzerns und der Fusion mit einer monopolistischen Tendenz zusammenfallen". — Es ist aber nie zu vergessen, dass der Ausdruck Trust bei uns noch kein Rechtsbegriff ist, und nicht einmal als wirtschaftlicher Begriff feststeht, so dass man ihn so oder so verwenden kann, wenn man nur sagt, was man darunter versteht. Unsere Begriffsbestimmung entspricht aber der allgemein gebräuchlichen Verwendung und der amerikanischen Gesetzgebung, dies jedenfalls in dem Sinne, dass die monopolistische Tendenz wesentlich ist und nicht die Rechtsform.

durch Fusion, noch konzernmässig (als Ganzes, unter einheitlicher Leitung oder auf Grund der Beherrschung) zusammengefasst werden, sondern nach innen und aussen selbständig bleiben.

Damit ist auch das Verhältnis der HG zum Trust klar geworden. Die HG spielt bei der Trustbildung keine Rolle, wenn der Trust auf dem Wege der Fusion zustandekommt, da hier die einzelnen Unternehmen aufgehoben werden, das Trustunternehmen sich an diesen also nicht mehr beteiligen kann. Hingegen kann die HG auf konzernmässiger Basis zum Trust werden, nämlich dann, wenn sie eine Reihe anderer Unternehmungen kontrolliert und dadurch den Markt beherrscht. Ausser diesem Falle stellt die HG nie einen Trust dar, auch nicht wenn sie Kontrollgesellschaft ist. In der Tat gibt es viele bedeutende HG, und zwar Kontrollgesellschaften, die eine Beherrschung des Marktes weder beabsichtigen, noch ausüben.

§ 4.

IV. Ergebnisse.

1. Zum Begriff der HG.

Die Überprüfung von Doktrin, Gesetzgebung und Praxis ergab, dass der Ausdruck HG mit verschiedener Bedeutung gebraucht wird. Jedenfalls ist „HG" bei uns noch nicht zu einem feststehenden Rechtsbegriff geworden. Wohl erfolgte eine Umschreibung im Zivilrecht (OR 671 und 711), aber schon der Form nach nicht in grundsätzlicher Weise und sachlich nur im Hinblick auf zwei Sonderfragen von untergeordneter Bedeutung[73]). Auch die Steuergesetzgebung des Bundes und der Kantone versteht unter HG verschiedenes und dementsprechend auch die steuerrechtliche Praxis. Immerhin lässt sich immer deutlicher die Tendenz feststellen, als HG die Beteiligungs-

[73]) Vgl. demgegenüber, z. B. die grundsätzliche Definition des Begriffes „Konzern" in § 15 DAktG.

gesellschaft anzuerkennen, wobei die Kontrollgesellschaft nur einen Sonderfall darstellt. Dies gilt namentlich auch für die Praxis des Handelsregisters. Allgemein vermisst man aber eine eingehendere Bestimmung des Begriffes „Beteiligungsgesellschaft" und der „Beteiligung" überhaupt.

Wenn Rechtsfragen im Zusammenhang mit der HG zur Erörterung kommen, so wird man also immer zunächst feststellen müssen, um was für eine HG es sich handelt, d. h. in welchem Zusammenhang der Begriff HG verwendet und zu welchem Zweck die Frage gestellt wird. Geht es darum, ob eine Gesellschaft als HG das Privileg von Art. 671 Abs. 4 in Anspruch nehmen kann, so wird man feststellen müssen, ob eine Beteiligungsgesellschaft im Sinne dieser Bestimmung vorliegt. Frägt man aber, ob eine Muttergesellschaft (= HG) aus Rechtsgeschäften der Tochtergesellschaft verpflichtet wird oder doch dafür haftet, so hat man die Kontrollgesellschaft im Auge, denn nur so hat die Frage einen Sinn. Und noch deutlicher wird das Erfordernis kasuistischer Methode, wenn man von einem Rechtsgebiet zum andern blickt, z. B. vom Zivilrecht zum Steuerrecht, weil in den beiden Disziplinen die Begriffe zu ganz verschiedenen Zwecken verwendet werden. Eine Erörterung der „Rechtsverhältnisse der HG" löst sich daher in eine ganze Reihe von Einzelfragen auf, die z. T. von ganz verschiedenen Begriffen der HG ausgehen. Immerhin lassen sich die hier interessierenden Tatbestände in drei Haupttypen einreihen, von denen wir, zum Zwecke der Vereinfachung der Diskussion, im Nachfolgenden ausgehen werden:[74])

a) Die Beteiligungsgesellschaft: Sie stellt, geschichtlich gesehen und auch vom sprachlichen Standpunkt

---

[74]) Diesen Begriffsbestimmungen kommt nur terminologische, nicht rechtlich verbindliche Bedeutung zu. Die hier verwendeten Begriffe sollen nur zur Kurzbezeichnung von Tatbeständen dienen die, jeder in seiner Art, zu besonderen Rechtsfragen Anlass geben können.

aus (to hold = dauernd besitzen)[75]), vor allem aber dem Anwendungsgebiet nach, den Grundtypus der HG dar. Was unter einer Beteiligungsgesellschaft zu verstehen ist, hängt in erster Linie wieder vom Begriff der „Beteiligung" ab. Dieser wird zwar ständig verwendet, auch mit rechtlichen Folgen, aber nirgends näher festgelegt. Er kann auch nicht in allgemein verbindlicher Weise festgelegt werden, weil auch seine Bedeutung, wie die jedes Begriffes, davon abhängt, in welchem Zusammenhang und zu welchem Zweck er verwendet wird.

Dies gilt zunächst schon von der Rechtsform der Beteiligung. So wird man, wo das Steuerrecht mit Holdingsprivilegien nur die wirtschaftliche Doppelbesteuerung vermeiden will, unter Beteiligung nur die Interessennahme am gewinnberechtigten Gesellschaftskapital anderer Unternehmen verstehen können, denn nur diese Beteiligung zieht die mehrfache Besteuerung von Gewinnen nach sich[76]). Zivilrechtlich aber kann unter Beteiligung u. U. auch die blosse Kapitalanlage verstanden werden, z. B. in Form von Obligationen, wenn dies der ratio legis entspricht, so z. B. in den Fällen des OR 671[77]). In andern Fällen wird man aber auch zivilrechtlich unter Beteiligung die Inter-

---

[75]) Wir haben, bei den vorangehenden Erörterungen, des Begriffes HG, absichtlich den sprachlichen Ursprung nicht hervorgehoben. Der sprachliche Sinn eines Ausdruckes deckt sich in manchen Fällen nicht mit seiner rechtlichen oder praktischen Bedeutung; er tritt in den Hintergrund oder erfährt eine offensichtliche Umbildung. Wer denkt heute beim Konzern noch an das „concern" und wie hat sich der Sinn des Ausdruckes „Trust", vom persönlichen Treuhandverhältnis zum monopolistischen Kapitalgebilde, gewandelt!

[76]) Was z. B. nicht der Fall ist bei Beteiligung durch Obligationen, Kredite, Patente und dergleichen, so bedeutend diese sein mag, weil hier das Äquivalent für die Beteiligung, die Zinse, Lizenzen und dergleichen, nicht steuerpflichtigen Gewinn, sondern vielmehr abzugsberechtigte Unkosten des andern Unternehmens darstellen. S. hierüber J. Blumenstein, Kommentar zum bernischen Steuerrecht, S. 313 und die dortigen Zitate.

[77]) S. unten S. 335a.

essennahme am Gesellschaftskapital des andern Unternehmens verstehen und zwar am stimmberechtigten Kapital. Dies z. B. dann, wenn sich Fragen nach der Abhängigkeit und deren Auswirkungen erheben, z. B. im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft, oder mit der Haftung des herrschenden für das abhängige Unternehmen.

Auch die weiteren Kriterien der Beteiligung stehen nicht allgemein fest. Im allgemeinen, d. h. in den meisten Fragen, wird man nur die dauernde Interessennahme am andern Unternehmen als Beteiligung ansprechen können. So, abgesehen von den Fällen der Abhängigkeit, auch hinsichtlich der besondern Bilanzfragen der HG[78]). Auch dies gilt aber nur unter Vorbehalt von Sonderfällen, z. B. OR 671 Abs. 4, wo das Moment der Dauer keine Rolle spielt. Welche Anforderungen man an das Kriterium der „Dauer" stellen will, hängt wiederum von den konkreten Verhältnissen ab. Ein ungeeignetes Kriterium ist der blosse Zeitablauf; einmal, weil es schwer wäre, eine allen Verhältnissen gerecht werdende Dauer zu bestimmen; hauptsächlich aber, weil im kritischen Zeitpunkt, so bei der Gründung einer HG, noch gar nicht feststehen kann, von welcher Dauer eine Beteiligung sein wird. Massgebend werden auch hier die konkreten Umstände sein, so vor allem die nähere Zweckbestimmung der Beteiligung und ihre weiteren Zusammhänge. Handelt es sich um nicht oder nur schwer verkäufliche Anlagen, oder werden damit langfristige Verträge (Lizenzen, Kredite und dergl.) verbunden, so ist ihr Dauercharakter klar. Dieser kann sich aber auch schon aus dem Zweck und der ganzen Struktur der HG ergeben, so wenn der Zweck in der Beteiligung innerhalb eines beschränkten Gebietes (z. B. der Elektrizitätsindustrie) besteht oder die Gesellschaft als Dachorganisation bestimmter Unternehmen aufgebaut ist (z. B. zur Verwaltung von Beteiligungen an den angeschlossenen Unter-

---

[78]) S. unten S. 329a ff.

nehmen oder zum Erwerb anderer Unternehmen der gleichen Branche[79]).

Das gleiche gilt für das Ausmass der Beteiligung wobei zu unterscheiden ist zwischen dem Verhältnis der Beteiligung zum Kapital der HG und zum Kapital des andern Unternehmens. In der erstgenannten Hinsicht führt die verschiedene finanzielle Struktur zur Unterscheidung zwischen reinen und gemischten HG. Diese Unterscheidung ist zivilrechtlich nur von untergeordneter Bedeutung (s. aber gerade die Fälle des OR 671 und 711), da sich die meisten, jedenfalls die wichtigsten, im Zusammenhang mit den HG stellenden Fragen aus der Tatsache der Beteiligung als solcher ergeben, unabhängig davon, ob die Gesellschaft dazu noch andere Zwecke verfolgt. Auch bildet natürlich das Verhältnis zwischen Kapital der HG und der Beteiligung kein Kriterium für deren Charakter als Beteiligung. Wichtiger dagegen ist ihr Verhältnis zum Kapital des andern Unternehmens. Können Interessennahmen in geringem Ausmasse als Beteiligungen angesprochen werden? Das DAktG (§ 131 A. II 6) z. B. bestimmt, dass als Beteiligung im Sinne des Bilanzrechtes im Zweifel eine solche von 25% des Grundkapitals des andern Unternehmens gilt. Ähnliche Normen stellten wir im Bundessteuerrecht fest[80]). Zivilrechtlich ist auch in bezug auf das Ausmass der Beteiligung auf die besondere Rechtsfrage und die konkreten Verhältnisse abzustellen. Vom Standpunkt des OR 671 und 711 z. B. ist das Verhältnis der Beteiligung zum Kapital des andern Unternehmens unerheblich, im Hinblick auf Abhängigkeitsfragen aber ausschlaggebend, von einer gewissen Bedeutung wohl auch im Bilanzrecht („dauernde Anlagen")[81]).

Überblickt man die Gesamtheit der besondern Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit Beteiligungsgesellschaften erheben können, so kann man sagen, dass diese,

[79]) S. oben S. 234a.
[80]) S. oben S. 218a.
[81]) S. unten S. 331a.

Sonderfälle vorbehalten, auf dauernden Anlagen von einer gewissen Bedeutung und zwar sowohl im Verhältnis zum eigenen Kapital als zu demjenigen des oder der andern Unternehmen, beruhen. Diese Umschreibung kommt wohl auch der in Geschäftskreisen üblichen Auffassung, wie sie z. B. in den Gutachten zu Handen des eidg. Handelsregisteramtes zum Ausdruck kommt, am nächsten und schützt auch vor missbräuchlichen Verwendungen des Ausdruckes „HG". In diesem Sinne werden wir im nachfolgenden den Ausdruck „Beteiligungsgesellschaft" verwenden. Dieser Grundtypus der HG schliesst nun Sondertypen in sich, je nach dem Gewicht, das im konkreten Falle dem einen oder andern Kriterium zukommt. Er weist gewissermassen Abwandlungen nach oben und nach unten auf. Handelt es sich um dauernde Beteiligungen von im Verhältnis zum andern Unternehmen massgebender Bedeutung, so liegt der Typus der Kontrollgesellschaft vor. Umgekehrt, fehlt das Moment der Dauer, so haben wir die sogenannte Kapitalanlagegesellschaft vor uns. Kommt den Beteiligungen im Verhältnis zum eigenen Vermögen nur eine untergeordnete Bedeutung zu, so kann das Unternehmen in gewisser Hinsicht gleichwohl als HG gelten (so in bezug auf ein anderes Unternehmen, an dem es dauernd, vielleicht sogar beherrschend, beteiligt ist), in anderer Hinsicht aber nicht (z. B. nicht vom Standpunkt des OR 671 und 711, dessen Privilegien nur gelten für Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an andern Unternehmen besteht)[82]). So lassen sich keine scharfen Grenzen ziehen. Aber zur Erörterung der meisten Fragen lässt sich doch zwischen diesen Typen unterscheiden, weshalb hiezu noch einige abschliessende Bemerkungen.

---

[82]) In steuerrechtlicher Hinsicht hängt dies von den kantonalen Gesetzen ab, die hierin voneinander abweichen (oben S. 214a); im Wehrsteuerrecht wird das Holdingprivileg nur der Beteiligung als solcher gewährt, ohne Rücksicht auf ihr Verhältnis zum eigenen Kapital (oben S. 216a ff.).

b) Die Kontrollgesellschaft liegt vor, wenn das eine Unternehmen das andere auf Grund der Beteiligung am Gesellschaftskapital beherrscht. Auf die Formen, Grenzen und Wirkungen dieser Herrschaft kommen wir zurück. In begrifflicher Hinsicht sei bloss noch bemerkt, dass ein Unternehmen ein anderes auch anders als durch Beteiligung am Gesellschaftskapital beherrschen, „kontrollieren" kann, z. B. auf vertraglicher Grundlage oder auf Grund organisatorischer (statutarischer) Bindungen (Organgesellschaft)[83]). Vom Standpunkt der HG interessiert aber nur die auf der Beteiligung aufgebaute Herrschaft, wobei die Beteiligung für sich allein, oder in Verbindung mit andern Mitteln das Subordinationsverhältnis herstellen kann. Gesetzgebung und Praxis sprechen oft von Mutter- und Tochtergesellschaft[84]). Verwendet

---

[83]) S. hierüber unten S. 293a ff.

[84]) Die Begriffe Mutter- und Tochtergesellschaft sind ziemlich ungenau und zum Teil direkt irreführend. Einmal wird das sogenannte Tochterunternehmen nicht immer von der Muttergesellschaft gegründet, sondern erst später erworben. Sodann kommt es oft vor, dass ein bestehendes Unternehmen (oder deren Aktionäre) die später Muttergesellschaft genannte HG gründet und dieses vielleicht sogar beherrscht (oben S. 233a), verbunden mit Aktienaustausch. Nägeli unterscheidet zwischen einer Tochtergesellschaft im weitern, mehr soziologischen Sinne, der auch die Organgesellschaft umfassen kann, und einer Tochtergesellschaft im engern, rechtlichen Sinne. Beide fallen unter den Begriff der abhängigen Gesellschaft. Bei der Organgesellschaft führe die Abhängigkeit bis zur völligen Unselbständigkeit, wogegen die Tochtergesellschaft einen wesentlich anderen Charakter habe, indem sie trotz ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit grundsätzlich für eigene Rechnung tätig sei. U. E. darf die rechtliche Bedeutung solcher Begriffe auch nicht überspannt werden, jedenfalls nicht auf Grund des schweizerischen Rechtes, wo sie noch nicht zu termini technici geworden sind. Das entscheidende Merkmal einer Organgesellschaft liegt in der Tat in ihrem Zweck, sie übt Funktionen im Dienste anderer, verbundener Unternehmen aus. Auch in dieser Eigenschaft kommt ihr aber, als Gesellschaft, ein bestimmtes Mass rechtlicher Selbständigkeit zu (s. hierüber unten S. 285a und 287a). Für die Tochtergesell-

man solche Begriffe, so bezeichnet man damit das Abhängigkeitsverhältnis, das sich auf der massgebenden Beteiligung am stimmberechtigten Gesellschaftskapital (oder dessen vollständigem Besitz, Einmanngesellschaft[85])) aufbaut, denn nur so kann man das andere Unternehmen gründen. In diesem Sinne werden wir im Nachfolgenden mitunter die Bezeichnungen Mutter- und Tochtergesellschaft verwenden. Wie bereits angedeutet, stellen sich die wichtigsten, sich aus der Beteiligung ergebenden Fragen im Zusammenhang mit dem Abhängigkeitsverhältnis, also mit den Kontrollgesellschaften.

c) Die Kapitalanlagegesellschaften heben sich dadurch als ein Sondertypus ab, dass sie nicht dauernde Interessenahme an andern Unternehmen bezwecken, sondern ihre Anlagen nach andern Gesichtspunkten vornehmen, wie gute, evtl. durchschnittliche Rendite, Risikoverteilung, Erzielung von Kursgewinnen. Zivilrechtlich

---

schaft ist typisch ihr Aufbau, d. h. die Beherrschung durch andere Unternehmen, auf Grund der Beteiligung. Besteht ihr Zweck in der Ausübung von Funktionen im Dienste anderer Unternehmen, so wird sie auch zur Organgesellschaft. So beruht die Unterscheidung eigentlich mehr auf einer Betrachtung von zwei verschiedenen Gesichtspunkten aus.

[85]) Wenn wir die Einmanngesellschaft (s. hierüber W. Fehr, Die Einmanngesellschaft nach schweizerischem Recht, 1931) nicht zum Gegenstand besonderer Darstellung gemacht haben, so hauptsächlich weil sie im Zusammenhang mit HG keine besonderen Probleme stellt. Dass Einmanngesellschaften auch unter der Herrschaft des rev.OR bestehen können (unter Vorbehalt von OR 625 und 775) wurde vom BG ausdrücklich festgestellt (AS 64 II 364). Sind die Aktien alle in der Hand eines andern Unternehmens, so ergeben sich daraus die gleichen Möglichkeiten und Folgen (ausgenommen die Frage nach den Grenzen der Majoritätsherrschaft, die sich hier nicht stellt) wie im Abhängigkeitsverhältnis überhaupt. Hingegen liegen die Verhältnisse bei der Einmanngesellschaft in verschiedener Hinsicht klarer, als bei Beherrschung bloss auf Grundlage der Majoritätsbeteiligung und gewisse Einzelfragen werden sich daher leichter beantworten lassen, z. B. in bezug auf die Haftung des herrschenden Unternehmens (als Aktionärin des abhängigen) für das abhängige.

geben sie nur selten zu besondern Fragen Anlass, so z. B. im Zusammenhang mit OR 671 und 711.

2. Die Rechtsformen der HG.

Die HG als solche ist an keine bestimmte Unternehmensform gebunden und sie kann sich auch an Unternehmen der verschiedensten Rechtsform beteiligen. Aus rechtlichen und praktischen Gründen erfolgen aber Unternehmensverbindungen beinahe ausschliesslich auf dem Boden der Kapitalgesellschaften, namentlich der AG. Für das herrschende Unternehmen kommen andere Formen, wie Genossenschaften oder Personalgesellschaften, kaum in Frage, wegen der rechtlichen Struktur (Virilstimmrecht, unbeschränkte Haftung bei Personengesellschaften) dieser Unternehmensformen und auch aus praktischen Gründen. Aus den gleichen Gründen sind diese Gebilde auch nicht für abhängige Unternehmen geeignet, wozu noch kommt, dass eine juristische Person nicht Mitglied einer Personengesellschaft werden kann, es sei denn als Kommanditärin. Schliesslich wurzeln auch die meisten der im Zusammenhang mit Unternehmensverbindungen interessierenden Rechtsfragen auf dem Boden der Kapitalgesellschaften und können sich in andern Kombinationen gar nicht stellen.

Wir werden uns daher im Nachfolgenden auf die Kapitalgesellschaften beschränken, zur Hauptsache auf die AG.[86])

3. Abgrenzungen und Zusammenhänge.

Die HG stellt an sich noch keinen Konzern dar. Als Kontrollgesellschaft begründet sie aber meist einen Kon-

---

[86]) Auf die im Zusammenhang mit der GmbH sich erhebenden besonderen Fragen können wir mit Rücksicht auf den begrenzten Raum nicht näher eintreten. Übereinstimmungen und Abweichungen vom Aktienrecht ergeben sich aus der Struktur der GmbH als Kapitalgesellschaft und jP, jedoch mit stärkerem persönlichen Einschlag. Dieses persönliche Moment kann sich sowohl bei der HG, als namentlich bei der abhängigen Gesellschaft auswirken.

zern und ihre Bedeutung liegt vor allem auf dem Gebiet des Konzernwesens.

Zum Trust wird die HG nur, wenn sie auch den Markt beherrscht (Monopol).

2. Teil

B. Die Rechtsverhältnisse der HG.

I. Zivilrechtliche Grundfragen.

Die sich im Zusammenhang mit Konzernen und HG stellenden besondern Rechtsfragen gehen, wie bereits angedeutet, vor allem darauf zurück, dass formell selbständige Unternehmen zueinander in besonders enger Verbindung stehen, eine Verbindung, die bis zur Schaffung eines wirtschaftlich und rechtlich organisierten Ganzen gehen kann. Da nun unser positives Recht diese Gebilde nicht besonders regelt[87]), sind die sich daraus ergebenden Verhältnisse und Rechtsfragen zunächst auf Grund der für die betreffenden Unternehmensformen geltenden Normen zu prüfen, also auf Grund des Gesellschaftsrechtes, in Verbindung mit den allgemeinen Bestimmungen des ZGB über die juristischen Personen (Art. 52/59) und der übrigen in Betracht fallenden Normen, so namentlich des OR allgemeiner Teil und der Einleitung zum ZGB (Art. 1/10). Erst wo Wortlaut und Auslegung dieser Bestimmungen keine Lösung geben, darf und muss der Richter die Lücke wie ein Gesetzgeber ausfüllen (ZGB 1 Abs. 2). Es wird daher unerlässlich sein, sich mit an sich bekannten Einrichtungen oder Fragen des

---

[87]) Zivilrechtlich hat sich auf diesem Gebiet auch noch kein Gewohnheitsrecht gebildet. Die im Nachfolgenden erwähnte Rechtsprechung behandelt Einzelfragen, wie sie sich überhaupt für die betreffenden Gesellschaftstypen stellen können. Zu den Unternehmensverbindungen und den sich daraus ergebenden Sonderfragen hat sich die Rechtsprechung nur ganz selten geäussert und nie in grundsätzlicher Weise, geschweige denn, dass diese gelegentlichen Entscheide bereits ein Gewohnheitsrecht begründet hätten.

Gesellschaftsrechtes auseinanderzusetzen, wenn auch immer im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse der Unternehmensverbindung. Vorweg sollen aber einige Fragen zur Sprache kommen, die in neuerer Zeit in den Vordergrund getreten sind und gerade im Konzernrecht besondere Aufmerksamkeit beanspruchen.

§ 5.

1. Der Schutz des Unternehmens an sich.

In der neueren Literatur lässt sich die Tendenz feststellen, den Begriff des Unternehmens in besonderer Weise zu betonen, das Unternehmen gewissermassen zu einem selbständigen Rechtsträger zu machen und dessen Interessen denjenigen der Gesellschafter gegenüberzustellen[88]). In ihrer letzten Entwicklung fällt diese Richtung mit jener andern Tendenz zusammen, in das Aktienrecht zunehmend öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte hinein zu tragen[89]).

---

[88]) S. die bei Siegwart, Vorb. N. 217/219 und Goldschmidt erwähnte Literatur.

[89]) Wie weit man in dieser Richtung bereits geht, zeigt die Schrift von Hagmann, „Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der Aktiengesellschaft", Bern 1939. S. z. B. S. 23 und f.: „Die moderne Entwicklung geht dahin, dem Unternehmen als Wirtschaftskörper eine stets stärkere rechtliche Position zu verschaffen. Wenn wir dabei schlechthin vom „Schutz des Unternehmens" sprechen, so meinen wir im Grunde genommen nichts anderes als den Schutz der Interessen der Gesamtwirtschaft am Unternehmen, im Gegensatz zu den Eigeninteressen der Aktionäre . . . Es ist Sache der Verwaltung, nicht nur die Interessen der Aktionäre, sondern auch die Interessen der Öffentlichkeit an der Gesunderhaltung des Unternehmens zu wahren . . . (als) eine Art Treuhänderin der öffentlichen Interessen im Leben des einzelnen Wirtschaftskörpers" usw. Dementsprechend werden die aktienrechtlichen Auflösungsklagen als handelsstrafrechtliche Sanktionen qualifiziert (S. 19/22) die in erster Linie zwingendes, öffentliches Recht und öffentliche Interessen zu schützen haben (wenn auch nur auf Antrag hin). Auch die Anfechtungsklagen dienen in Wahrheit den Interessen der Öffentlichkeit. „Nicht nur einen Zivilstreit beizulegen, sondern

Vom Standpunkt der HG interessieren diese Tendenzen namentlich deswegen, weil im Kampfe zwischen Mehrheit und Minderheit — dem typischen Tatbestand konzernrechtlicher Konflikte — sich die Parteien, vor allem die Mehrheit, gerne auf solche, in der Regel recht unbestimmte „allgemeine Rechtsgedanken" berufen, um ihre Stellungnahme zu rechtfertigen. Einbrüche in die Interessen der Minderheit werden z. B. damit begründet, dass das Interesse des Unternehmens dies erfordere — was durchaus richtig sein kann, aber zunächst sollte man sich klar darüber sein, was unter dem „Unternehmen an sich" zu verstehen ist, und welche Rolle ihm im Verhältnis zur Gesellschaft und den Gesellschaftern zukommt.

Unser Recht verwendet den Begriff des Unternehmens an verschiedenen Stellen, so z. B. im Aktienrecht, OR 663 und 674, aber ohne Umschreibung. Von Isay zuerst in die rechtliche Diskussion geworfen und namentlich von K. Wieland weiter entwickelt, lässt sich das Unternehmen rechtlich definieren als eine zu gewerblichen Zwecken eingesetzte Gesamtheit von Mitteln und Kräften. Als solche, von einem Unternehmerwillen organisierte Gesamtheit bildet das Unternehmen, direkt oder indirekt, in verschiedener Hinsicht Gegenstand rechtlicher Regelung und Schutzes[90]). Wie bereits bemerkt, werden in neuerer Zeit

zum Schutze der Allgemeinheit greift der Richter (hier) als Hüter der Staatsinteressen in den Bereich der Privatwirtschaft ein (S. 25)". (Sperrungen von uns). — Vgl. die Kritik Goldschmidt's in SJZ Bd. 37 S. 279 ff. Umgekehrt verpönt Zahnd, Wirtschaftsführertum und Vertragsethik, Berlin 1934, S. 39, die Tendenz zum Schutz des „Unternehmens an sich" als eine Auswirkung marxistischer Gedanken — dies allerdings vor Erlass des DAktG 1937! Siegwart (Vorb. N. 219) hat also sicher nicht Unrecht, wenn er bemerkt, dass in solche Begriffe alle möglichen Tendenzen hinein gelegt werden können.

[90]) S. z. B. OR 181/182 (Übergang des Geschäftes mit Aktiven und Passiven; die Erheblichkeit von eigentlichen „Unternehmensmängeln"; die Berücksichtigung des Unternehmens im Firmen- und Markenrecht (bei Übergang auf einen neuen Inhaber); im Aktienrecht die Bildung von gesetzlichen, statutarischen (aus-

die Interessen des Unternehmens an sich, zum Unterschied von denjenigen seines Inhabers, besonders betont, sei es im Interesse der Erhaltung von Sachwerten, sei es mehr im Zuge „dynamischen Rechtsdenkens". Das Bundesgericht hat auf dem Gebiete des Aktienrechtes mehrmals gleichen Gedanken Ausdruck gegeben. Einmal[91]) wurde die Aufhebung von Prioritätsrechten, ein andermal[92]) die Schaffung besonderer, in den Statuten nicht vorgesehener Reserven und Abschreibungen aus dem Gesichtspunkte des „Unternehmensschutzes" gutgeheissen. Das OR (663 und 674) erklärt die Schaffung stiller Reserven und die Schaffung besonderer, in Gesetz und Statuten nicht vorgesehener Reserven als zulässig, wenn und soweit die Rücksicht auf das „dauernde Gedeihen des Unternehmens" solche Massnahmen als angezeigt erscheinen lässt. Auch das Recht der Verwaltung, Beschlüsse der GV anzufechten (OR 706) könnte als eine Funktion im Dienste des „Unternehmens als solchem" gedeutet werden. Man versteht daher einigermassen die Tendenz, im Unternehmen einen Träger eigener, selbständiger Interessen und Rechte, also gewissermassen ein neues Rechtssubjekt zu erblicken, dessen Interessen von denjenigen der Gesellschafter verschieden sein können und diesen unter Umständen vorgehen. Diese Auffassung widerspricht aber den Grundlagen unseres Gesellschaftsrechtes und kann überdies auch auf praktisch bedenkliche Irrwege führen. Unser Recht kennt das Unternehmen nur als Rechtsobjekt, das als solches Gegenstand rechtlicher Verfügungen sein kann. Nirgends wird es in die Stellung eines Rechtssubjektes erhoben,

---

serordentlichen) und stillen Reserven, die Möglichkeiten der Unternehmensvereinigung und Übernahme (ohne Liquidation); im Recht der Personengesellschaft das Ausscheiden von Gesellschaftern, u. a. m. S. über die Bedeutung des Unternehmens auch Fehr, ZbJV Bd. 71, S. 440, Der Schutz des Unternehmens durch das Gesetz.

[91]) BGE 51 II 427 ff.

[92]) BGE 54 II 28, s. auch BGE 53 II 250 ff.

das eigener, von denjenigen des Inhabers (Unternehmers) verschiedener Interessen, Rechte und Pflichten fähig wäre. Das Unternehmen besteht ja „als solches", als Organisation, nur kraft seiner Zusammenfassung in der Person des Inhabers, Mit dem Unternehmen wird der Inhaber, der Unternehmer geschützt. Dies gilt auch für die Kapitalgesellschaften. Auch diese sind im rev. OR durchaus noch als Gesellschaften, d. h. als Vereinigungen von Personen zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke auf- und ausgebaut. Die Ordnung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse erfolgt in erster Linie vom Standpunkt der Interessen der Gesellschafter aus (als Gesamtheit, Mehrheit, Minderheit oder Einzelne), weshalb denn auch die letzten Entscheidungen bei ihnen, in der GV liegen. Auch das Anfechtungsrecht der Verwaltung gemäss OR 706 kann nicht als Funktion im Dienste des „Unternehmens an sich" gewertet werden. Es besteht ja nur, wenn GV-Beschlüsse Gesetz oder Statuten verletzen, also rechtswidrig sind, nicht schon, wenn sie den Interessen des Unternehmens oder gar der Allgemeinheit zuwiderlaufen[93]). Gegenteils können GV-Beschlüsse umgestossen werden, trotzdem sie den Interessen des Unternehmens dienen, wenn und weil sie statutarische Rechte verletzen[94]). Nur die Legalität der GV-Beschlüsse wird überprüft, nicht ihre Zweckmässig-

---

[93]) Auch nicht in den Fällen des OR 663 und 674, denn diese Bestimmungen geben der Gesellschaft nur die Möglichkeit zur Schaffung stiller oder Anlage besonderer Reserven, sie statuieren keine Pflicht.

[94]) S. die Beispiele bei Goldschmidt, S. 43, ferner den Fall in BGE 53 II 250 ff. insbesondere 260/61. Hier wurde zunächst dem „Bestreben, das Unternehmen sicherzustellen, gegenüber demjenigen auf Erreichung eines baldigen Reingewinnes der Vorzug gegeben." Trotzdem hob das BG den Beschluss auf Schaffung eines Erneuerungsfonds, der zweifellos im Interesse des Unternehmens lag, auf, weil dadurch die Prioritätsaktionäre (deren Vorzugsrechte sich nur auf den jährlichen Reinertrag, nicht auf das Liquidationsergebnis bezogen) in unzulässiger Weise benachteiligt wurden.

keit (im Hinblick auf das Gedeihen des Unternehmens[95]). Wohl werden, neben den Interessen der Aktionäre, auch diejenigen anderer Rechtskreise geschützt, so der Gläubiger und der Arbeitnehmer (Schaffung besonderer Reserven, Wohlfahrtsfonds). Aber dies geschieht nicht im Sinne einer Zusammenfassung dieser verschiedenen Komponenten zu einem höheren Zweckverband, in dem die Gesellschafter nur eine Teilkomponente wären[96]). Daher findet auch die Auffassung von der AG. als Treuhänderin öffentlicher Interessen im OR keine Stütze. Die öffentlich-rechtlichen Pflichten der AG. und ihrer Organe sind auf anderem Gebiete zu suchen oder zu schaffen.

Wenn das „Unternehmen" geschützt werden soll, so kann dies nur geschehen, wenn damit auch die Gesellschafter geschützt werden. Und zwar die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, als Gesellschaft. Dabei hat sich allerdings, auf Grund des gesetzlichen Majoritätsprinzipes, die Minderheit der Mehrheit zu fügen, sofern nur ihre gesetzlichen und statutarischen Rechte nicht verletzt werden und auch kein Rechtsmissbrauch vorliegt. Diese Auffassung kommt wohl auch in der Formulierung des Bundesgerichtes zum Ausdruck, wonach „mit dem Gedeihen der Unternehmung auch die Interessen der Mitglieder am besten gewahrt sind" und ein Eingreifen des Richters nur im Falle einer eigentlichen Willkür erfolgen kann[97]).

---

[95]) Die Legalität kann aber einer Überprüfung der sachlichen Richtigkeit eines Beschlusses rufen, so gerade, wenn die Beschlüsse der Majorität auf Grund von ZGB 2, also vom Standpunkt des Rechtsmissbrauches aus, zu überprüfen sind. Denn ein Handeln gegen Treu und Glauben stellt ebenfalls eine Verletzung objektiven Rechtes dar, s. hierüber unten S. 260a. Im Ergebnis gleich: Haab, in „Vorträge über das neue OR", 1937, S. 29/30.

[96]) Wie z. B. in DAktG, § 15.

[97]) BGE 51 II 427. Auch Egger, ZSR 45 geht durchaus von den Interessen der Aktionäre aus. Gegen das Unternehmen als „unpersönlichen mystischen Träger von Interessen" verwahrt sich auch Siegwart, Vorb. 217 a. E.

§ 6.

2. Treuepflicht der Aktionäre[98]).

Beruft sich die Majorität gerne auf den Schutz des „Unternehmens an sich", so ist dafür die Minorität geneigt, ein anderes Prinzip geltend zu machen, das in letzter Zeit ebenfalls in den Vordergrund gerückt wird, die sogenannte Treupflicht der Aktionäre.

Zuerst von K. Wieland[99]) als Folge der Mitgliedschaft und des Gebotes des Handelns nach Treu und Glauben aufgestellt, hat das Prinzip der Treupflicht der Aktionäre in Doktrin, Praxis und Gesetzgebung des Auslandes eine gewisse Umdeutung und verstärkte Betonung erhalten. Sie wird nun entweder als eine mitgliedschaftliche Sonderpflicht[100]) aufgefasst oder gar, unter dem Einfluss der totalitären Staatsauffassung, als eine „Verpflichtung gegenüber der Volksgemeinschaft" postuliert[101]). Das DAktG gewährt die Möglichkeit, Hauptversammlungsbeschlüsse auch dann anzufechten, wenn ein Aktionär für sich oder einen Dritten (Konzern!) gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der Aktionäre zu erlangen suchte. Daraus wird eine besondere Treupflicht abgeleitet[102]).

Auch auf dem Boden des schweizerischen Rechtes wird neuerdings eine Treupflicht des Aktionärs verlangt[103]).

---

[98]) S. Fromer, Treuepflicht der Aktionäre, ZSR Bd. 58, S. 210 ff; M. Gloor, Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften, 1943; J. Schaffner, Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der GV, 1940.

[99]) Wieland II S. 248 und f.

[100]) Heymann, Festgabe für Wieland, 231 ff.

[101]) Bergmann, zitiert bei Fromer S. 223. S. auch Klausing bei Fromer S. 223 und Urteil des Reichsgerichtes, bei Fromer, S. 222, das die Treuepflicht allerdings doch mehr als eine Folge der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, also der Mitgliedschaft aufzufassen scheint, wie das Bundesgericht es tut, s. unten S. 257a.

[102]) So bei Fromer, S. 224.

[103]) So, abgesehen von Wieland bei Siegwart, Art. 620 N. 32. Er schränkt seine Feststellung, dass der Aktionär nur zu den

Die Praxis hat sich bisher nicht ausdrücklich dazu geäussert[104]). Das revidierte OR spricht nirgends von einer Treupflicht. Fromer erblickt aber eine positivrechtliche Einführung dieses Grundsatzes in OR 736 Z. 4, Auflösung der AG. aus wichtigen Gründen, da unter diese auch die Verletzung der Treupflicht zu zählen sei. Das kommt auf eine petitio principii hinaus. Zunächst müsste man wissen, was unter Treupflicht zu verstehen ist und ob ihre Verletzung wirklich unter diese Bestimmung fällt.

Auch die Frage nach der sogenannten Treupflicht des Aktionärs ist, wenn Missverständnisse vermieden werden sollen, auf Grund der gesetzlichen Ordnung zu beantworten. Da sehen wir, dass das Gesetz jedenfalls zur Annahme einer Treupflicht als Sonderpflicht keine Handhabe bietet, eine solche vielmehr ausschliesst. Die AG. ist als reine Kapitalgesellschaft konstruiert, die Leistungen der Aktionäre erschöpfen sich in den aus der Übernahme der Aktien resultierenden Kapitalleistungen, weitere Leistungen (Tun oder Unterlassen) sind nicht nur nicht vorgesehen, sondern werden abgelehnt (OR 620 Abs. 2, 680 Abs 1)[105]). Damit bleibt aber der Tatbestand, den das Postulat der Treupflicht im Auge hat, nicht ungeregelt. Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (ZGB 2) beherrscht ja jedes rechtserhebliche Verhalten. Inhalt und Auswirkungen des Gebotes bestimmen sich nach dem zur Frage ste-

---

mit der Aktienübernahme verbundenen Leistungen verpflichtet sei, mit der Bemerkung ein, dass dies doch nicht ganz absolut gelte. Jeder Verband dürfe und müsse von seinen Mitgliedern auch „eine gewisse Treue" erwarten. Ferner Haab, Vorträge 29; Fromer, Gloor und Schaffner (einschränkend) a.a.O.

[104]) BGE 41 II Nr. 77 prüfte einen die Treupflicht berührenden Fall vom Standpunkt der wohlerworbenen Rechte aus. In seinem neuesten Entscheide (AS 67 II 165) erwähnt das BG wohl die Treuepflicht, entscheidet dann aber auf Grund von ZGB 2 und OR 736 Z. 4, s. hierüber unten S. 257a.

[105]) Siegwart, Art. 620 N. 29—31. BGE 25 II 14 ff. — Darum muss, wenn weitere Leistungen praktisch unerlässlich sind, zu besonderen Formen, wie Doppelgesellschaft, gegriffen werden, was besonders für die Kartelle und Syndikate zutrifft.

henden Rechtsverhältnis und Tatbestand. So erhält das Handeln nach Treu und Glauben seine besondere Bedeutung im Leben der Gesellschaften, in denen sich die Beteiligten ja zu gemeinsamer Verfolgung gemeinsamer Zwecke zusammenschliessen. Aber auch innerhalb des Gesellschaftsrechtes wandelt sich der Gehalt des Gebotes, je nachdem ob es sich um die vorwiegend auf der Person beruhenden und vom Prinzip der unbeschränkten persönlichen Haftung beherrschten Personengesellschaften oder um die (allerdings auch noch stark auf der Person aufgebauten) GmbH. oder, schliesslich, um die ganz als Kapitalgesellschaft gedachte AG. handelt. Man weist zwar mit Recht auf die vielen kleinen und mittleren AG. hin[106]), die, obschon unser Aktienrecht das rein kapitalistische Grossunternehmen im Auge habe, stark individualistisches Gepräge aufweisen (kleine Mitgliederzahl, Unübertragbarkeit der Aktien, Erfordernis der Einstimmigkeit oder qualifizierten Mehrheit auf Grund der Statuten) und fordert daher auch hier eine besondere Treupflicht. Allein, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, richtig angewendet, vermag auch diesen Verhältnissen vollkommen gerecht zu werden. Im Grunde genommen kommt das Postulat der Treupflicht immer auf eine Anwendung von ZGB 2, eine gesellschaftsrechtliche Abwandlung dieses Gebotes hinaus. Dies geht auch aus den verschiedenen

---

[106]) So Gloor, a.a.O. S. 112 ff., wogegen allerdings zu bemerken ist, dass wer um ihrer besondern Vorteile willen die Rechtsform der AG. wählt, auch gewisse Nachteile in Kauf nehmen muss. Auch im kleinen oder mittleren Unternehmen kann der Aktionär, der über seinen Kapitalbeitrag zu nichts verpflichtet ist, von seinem Mitgesellschafter nicht die gleichen Rücksichten verlangen, wie das Mitglied einer Personengesellschaft oder einer GmbH (das nach OR 772 Abs. 2 doch bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals haftet und dem Grundsatz nach auch zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist, OR 811). Will er stärkere persönliche Bindungen, so soll er zu einer der andern zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen greifen oder mit den Mitgesellschaftern besondere persönliche Vereinbarungen treffen.

Begriffsbestimmungen der „Treupflicht" hervor, die entweder dem Verbot des Rechtsmissbrauches gleichkommen[107]), oder, wo die Pflicht positiv formuliert wird[108]), so viele Abstufungen, eben je nach den in Frage stehenden Gesellschaftsverhältnissen, aufweisen, dass man in diesen Formulierungen gegenüber dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben keinen Unterschied und keinen Vorteil mehr erblicken kann. Sie sind eher geeignet, die Begriffe zu verwirren und, wie die oben erwähnten Beispiele[109]) zeigen, zu Konstruktionen zu führen, die mit unserer Rechtsordnung nicht mehr übereinstimmen.

In seinem neuesten Entscheide[110]) zur Auflösung der AG. aus wichtigen Gründen hat das Bundesgericht die Anwendung der bei Personengesellschaften über die Auflösung aus wichtigen Gründen geltenden Grundsätze auf die AG. abgelehnt, „mit Rücksicht auf die grundsätzlich verschiedene Struktur der AG. als reiner unpersönlicher Kapitalgesellschaft", bei der „das Moment der persönlichen Beziehung der Gesellschafter, das bei den Personengesellschaften einen Grundpfeiler jeglichen gedeihlichen

[107]) Z. B. Siegwart, Art. 620 N. 32, „Pflicht zur Unterlassung zweckstörenden Verhaltens" die jedoch nur bei Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, nicht in aussergesellschaftlichen Angelegenheiten bestehe, wenn nicht ganz besondere Verhältnisse vorliegen. Fromer definiert die Treuepflicht folgendermassen: Pflicht des Aktionärs „gegenüber Gesellschaft und den Mitgesellschaftern, bei der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte alles zu unterlassen, was eine Hintansetzung des Gesellschaftszweckes hinter die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen zum Schaden der Minderheitsaktionäre bedeutet." Schaffner (S. 103) beschränkt die Treuepflicht des Aktionärs auf diejenigen Handlungen, durch die er als Teil eines Organs einen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben kann. Die Verankerung der sogen. Treupflicht in ZGB 2 bringt, für die Rechtsanwendung, noch den grossen Vorteil, dass sie eine klare positiv-rechtliche Grundlage schafft, so namentlich für die Anfechtungs- und die Auflösungsklage.

[108]) Z. B. Gloor, a.a.O., insbesondere S. 108 ff.

[109]) S. Anm. 89 (zum „Unternehmen an sich").

[110]) BGE 67 II 164 ff.

Zusammenarbeitens bildet, stark in den Hintergrund tritt". Dass die Auflösungsmöglichkeit gemäss OR 736 Z. 4 eine „Abkehr von der bisher herrschenden Auffassung von der AG. als unpersönlicher Kapitalgesellschaft und eine Verschiebung von deren Charakter nach der persönlichen Seite hin" bedeute, wird vom BG ausdrücklich verneint. Hingegen verlangt das BG vom Aktionär, insbesondere auch von der Mehrheit, eine Berücksichtigung der Interessen „der Gesellschaft als solcher, unter angemessener Berücksichtigung der Interessen sämtlicher Gesellschafter", vor allem die Unterlassung „eines fortgesetzten Machtmissbrauches der Majorität", da unter solchen Umständen sich „die Gesellschaft als innerlich zerfallen erweist . . . und ihre Existenzberechtigung als Gesellschaft eingebüsst" hat. Der Rechtsgrund zur Auflösung der AG. aus wichtigen Gründen wird in einem (bösgläubigen) Rechtsmissbrauch erblickt, wie er auch vom ZGB 2 verpönt sei, also nicht in der Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht. Die in diesem Entscheid vertretenen Auffassungen wurden (so von Gloor, S. 121) als zu eng abgelehnt und es wurde geltend gemacht, dass der Masstab für den „wichtigen Grund" ein subjektiver (Zumutbarkeit der Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses), nicht ein objektiver („Daseinsberechtigung" der Gesellschaft) sein müsse. Dies mag seine Richtigkeit haben und stimmt übrigens mit der oben (S. 252a) vertretenen Auffassung überein, dass die Gesellschaft, das „Unternehmen", um der Gesellschafter willen da ist. Aber auch diese Interessenlage lässt sich auf Grund von ZGB 2 ordnen, ja nach dieser sujektiven Betrachtungsweise erst recht.

§ 7.

3. Die Mehrheitsherrschaft und ihre Grenzen — Der Gesellschaftszweck.

Die wirtschaftliche Konzentrationsbewegung musste naturgemäss öfters zu Konflikten auch innerhalb der Unternehmen, also auf intern-gesellschaftsrechtlichem Gebiete

führen. Das seit Beginn des 19. Jahrhunderts rasch zur Geltung gelangende Prinzip der Majoritätsherrschaft erfuhr, auf dem uns interessierenden Gebiete, eine wesentliche Verschärfung gerade durch seine rein kapitalistische Ausgestaltung. Die Macht erhielt, wer kapitalmässig das Übergewicht besass und diese Machtstellung wurde weder durch staatliche Lenkung (wie in der vorhergehenden Periode), noch durch besondere privatrechtliche Verpflichtungen (z. B. Treupflicht nach genossenschaftsrechtlicher Art) eingeschränkt. Doktrin und Rechtsprechung unterstützten diese Entwicklung, die mehr und mehr zu einer Entrechtung der Minderheit oder der Einzelnen führte[111]). Die Reaktion blieb auch nicht aus. Öffentlich-rechtlich erfolgte sie durch vermehrte Einschaltung der öffentlichen Hand oder doch des öffentlichen Interesses; privatrechtlich durch vermehrten Ausbau der Einzel- und Minderheitsrechte, vor allem aber durch das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben[112]). Der zweite, privatrechtliche Weg, gab dem rev. OR und der neuen Rechtsprechung des BG das typische Gepräge. Geblieben ist der Grundsatzder Mehrheitsherrschaft (OR 703) und der Verbandsautonomie. Aber diese Herrschaft und diese (auch rechtliche) Gestaltungsfreiheit finden ihre Schranken dort, wo die Interessen der Einzelnen oder der Minderheit ebenfalls zu Rechten ausgestaltet worden sind. Am stärksten, absolut, wird der Einzelne geschützt durch die Gewährung von sogenannten wohlerworbenen Rechten (OR 646). Ob sie auf Gesetz oder Statuten beruhen, sie sind den Beschlüssen der GV und damit der Mehrheitsherrschaft ent-

---

[111]) S. hierüber namentlich Wieland II S. 203 ff.; Egger, ZSR Bd. 45 S. 1 ff.; Fromer, S. 220 ff.

[112]) Wie sich diese Schranken der Majoritätsherrschaft, zuerst auf dem Boden der Sittlichkeit entwickelt (objektiv verstanden als gute Sitten, oder subjektiv formuliert als Verbot arglistigen Handelns), auf denjenigen des Rechts (Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, Verbot der „Chikane", des Rechtsmissbrauches) verlagert haben, wird von den in der vorhergehenden Anmerkung zitierten Autoren dargestellt.

zogen. Ihre Verletzung berechtigt zur Anfechtungsklage und u. U. sogar zur Auflösungsklage. Vom Standpunkt der Konzernverhältnisse aus interessiert aber mehr eine zweite Kategorie von Rechten, die nur relativen Schutz gewähren. Auch diese Rechte beruhen auf Gesetz und Statuten und solange sie bestehen, sind sie von der Mehrheit ebenfalls zu respektieren, ihre Verletzung berechtigt ebenfalls zur Anfechtung der betreffenden GV-Beschlüsse. Sie sind aber nicht absolut gewährt, sondern können durch (evtl. qualifizierten) Mehrheitsbeschluss aufgehoben oder eingeschränkt werden (so z. B. das gesetzliche Bezugsrecht auf neue Aktien (OR 652) oder statutarische Vorzugsrechte (OR 655); auch das Recht auf Dividende, das zwar dem Grundsatze nach als wohlerworbenes gilt, in seiner Ausgestaltung aber ein bedingtes und beschränkbares Recht darstellt; ferner, für Konzernverhältnisse besonders wichtig, das Recht auf Befolgung des statutarischen Gesellschaftszweckes (OR 648/649). Dadurch, dass solche Rechte nicht als absolute gewährt, sondern dem Willen der Mehrheit unterstellt wurden, sollte der AG. grössere wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eingeräumt werden, so z. B. zur leichtern Beschaffung von neuem Kapital, oder zur Anpassung an neue wirtschaftliche Verhältnisse. Aber auch diese Freiheit der Mehrheit ist keine unbeschränkte. Wohl handelt sie, wenn sie von diesen Möglichkeiten Gebrauch macht, in Ausübung von Recht, aber die Mehrheitsherrschaft findet, wie jede Rechtsausübung, ihre Schranken im Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, im Verbot des Rechtsmissbrauches (ZGB 2). Eine Überschreitung dieser Schranken bedeutet Verletzung objektiven Rechtes[113]) und berechtigt daher zur Anfechtungs- evtl.

---

[113]) S. Egger, Kommentar, Art. 2 N. 23 und 24: „In Art. 2 hat der Gesetzgeber eine Selbstberichtigung seines Rechtes vorgenommen, unleidlichen Konsequenzen seines technisch geformten Rechtes vorgebeugt . . . das Missbrauchsverbot bringt objektive, in Treu und Glauben begründete Schranken, die den subjektiven Rechten immanent sind, zum Ausdruck."

auch Auflösungsklage. Der Rechtsmissbrauch bedeutet ferner auch unerlaubte Handlung und kann somit Schadenersatzpflicht gemäss OR 41 nach sich ziehen[114]), was im Hinblick auf die Haftung von Aktionären (als solchen) von Bedeutung ist[115]).

Die Beschränkung der Mehrheitsherrschaft durch das Verbot des Rechtsmissbrauches wurde vom Bundesgericht, nachdem es sich schon früher mehr oder weniger deutlich in diesem Sinne geäussert hatte[116]), implicite anerkannt in seinem Entscheid vom 24. Juni 1941[117]), im Zusammenhang mit Auflösungs- und Anfechtungsklage. Allerdings ist auch dieses Urteil noch ziemlich zurückhaltend formuliert. In bezug auf die Auflösungsklage (OR 736 Z. 4) wird gesagt, diese stelle, „gleich wie Art. 2 ZGB für die Gesamtheit des Zivilrechtes ... im Gebiete des Aktienrechtes ein Sicherheitsventil dar, das einer Minderheit, deren Rechte in bösgläubiger Weise verletzt werden ... die Anrufung des Richters gestattet". Sie bezwecke „vor allem den Schutz des Minderheitsaktionärs gegenüber einem fortgesetzten Machtmissbrauch der Majorität, die jenen in rücksichtsloser Weise vergewaltige und die Gesellschaft ihren eigenen Interessen dienstbar mache". Die Klage sei aber nicht dazu da, um „der Minderheit zu ermöglichen, jedesmal zum Richter zu laufen, wenn sie nicht gleicher Meinung ist wie die Mehrheit, die schliesslich nach dem im Aktienrecht herrschenden Mehrheitsprinzip doch die Herrschaft über die Geschicke der Gesellschaft in der Hand behalten muss". Auch die Anfechtungsklage (OR

---

[114]) Egger, Kommentar Art. 2, N. 23; v. Thur/Siegwart, I 357/358.

[115]) Dass auch die Ausübung des Stimmrechtes interngesellschaftsrechtliche Schadenersatzansprüche auslösen kann, scheint nun allgemein anerkannt zu sein, s. Gloor, Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften, 1943, S. 121/122 und die dort in Anm. 42 zitierte Literatur. Über die Haftung des Aktionärs gegenüber Dritten s. unten S. 314a.

[116]) S. z. B. die oben Anm. 91/92 zitierten Entscheide.

[117]) I. S. Wild/Siber & Wehrli AG., AS 67 II 165.

706) soll (wo sie sich auf ZGB 2 stützt) lediglich gegen Willkür gegeben sein[118]), ferner auch wenn dem Vorgehen der Verwaltung „die Absicht zugrunde liegt, in gegen Treu und Glauben verstossender Weise die Interessen gewisser Aktionärkategorien denjenigen anderer hintanzusetzen." Trotz dieser zurückhaltenden Formulierung kommt das Prinzip, die Begrenzung der Mehrheitsherrschaft durch ZGB 2, in dieser Praxis klar zum Ausdruck. Auch in dieser Bestimmung wird ja nur der „offenbare Missbrauch eines Rechtes" verpönt[119]). Wie schon oben (S. 256a) zur sogenannten Treupflicht der Aktionäre bemerkt, wird sich im Verlauf der Dinge erweisen, welche Anforderungen die Rechtsprechung an das Verhalten der Mehrheit stellen muss. Ist auch eine Treupflicht der Aktionäre als gesellschaftsrechtliche Sonderpflicht abzulehnen, so folgt doch aus der Tatsache, dass sich die Gesellschafter zur dauernden Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes zu einer Gemeinschaft zusammenschliessen, das Gebot einer vermehrten Rücksichtnahme des einen gegenüber dem andern. Das Verbot des Rechtsmissbrauches ist hier in vermehrtem Masse gerechtfertigt und wird daher auch leichter zur Anwendung gelangen, als in andern Rechtsverhältnissen, denen der Gegensatz der Parteiinteressen das Gepräge gibt.

Der Kampf gegen die Mehrheitsherrschaft ist eine allgemeine Erscheinung im Leben der körperschaftlichen, namentlich der kapitalistischen Verbände[120]). Auf dem

---

[118]) So auch in BGE 54 II 28 und dortige Zitate.

[119]) Womit, wie Egger, Kommentar, Art. 2 N. 28 bemerkt, allerdings nur ein „klarer, unzweifelhafter Missbrauch" gefordert wird, was aber, da es sich um eine Ermessensfrage handle, praktisch doch auf einen „erheblichen Missbrauch" herauskomme. Auch Arglist oder Böswilligkeit ist, nach Egger (a.a.O. N. 24 und dortige Zitate) für den Rechtsmissbrauch nicht begriffswesentlich; einen Missbrauch der Mehrheitsherrschaft kann man sich aber nicht gut anders als arglistig oder doch bösgläubig denken, so dass die Formulierung des BG nicht abwegig ist.

[120]) Wir verweisen daher für Beispiele auf die allgemein aktienrechtliche Literatur, die ein ansehnliches Sündenregister der

Gebiete des Konzernrechtes weist das Problem einige besondere Merkmale auf, die im Wesen der Unternehmensverbindung begründet sind. Zwar entfällt der Gegensatz der Interessen da, wo ein Unternehmen das andere vollständig „besitzt" (Einmanngesellschaft und ähnliche Sachlagen). Auch wo ein sogenanntes Tochterunternehmen von vornherein als ein solches gegründet wird, wenn auch mit Minderheitsbeteiligung Dritter, ist zu Machtkämpfen selten Anlass, da die Dritten sich in der Regel der Verhältnisse bewusst waren und sie um anderer Vorteile willen in Kauf genommen haben. Interessengegensätze entstehen aber vor allem dann, wenn ein Unternehmen ursprünglich als ein selbständiges aufgezogen und tätig war, mit der Zeit aber in Abhängigkeit eines andern gerät, sei es dass die Mehrheit sich mit diesem verbündet (z. B. durch Stimmrechtsbindungen), sei es, dass das andere Unternehmen direkt die Mehrheit erwirbt (Fall der HG). Hier liegt die Möglichkeit nahe, dass Massnahmen beschlossen oder genehmigt werden, die im Interesse des herrschenden Unternehmens und damit (direkt oder indirekt) der Mehrheit des beherrschten liegen, die Interessen der Minderheit aber beeinträchtigen. Solche Massnahmen können auf den verschiedensten Gebieten durchgeführt werden, so in der Reserven- und Dividendenpolitik, bei einer Neuordnung des Aktienkapitals, vor allem aber auch auf dem Gebiete der Geschäftsführung i. e. S. (z. B. Betriebs-Einschränkungen oder -Umstellungen, Lieferungs- oder Bezugsverpflichtungen), in der Regel auf Grund von Verträgen mit dem herrschenden Unternehmen, gegebenenfalls auch in Verbindung mit Statutenänderungen[121]). Alle diese Vor-

Majoritätsherrschaft aufweist. S. hiefür, in der schweizerischen Literatur, vor allem K. Wieland, II; Egger, ZSR Bd. 45 S. 10 ff. und Fromer, S. 210 ff.

[121]) Auf die Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher und organisatorischer Abhängigkeit eines Unternehmens gegenüber Dritten kommen wir in anderem Zusammenhange zurück (S. 293a ff.). Hier handelt es sich nur um die Frage nach den Grenzen der Mehrheitsherrschaft im internen Gesellschaftsverhältnis.

gänge können, auch wenn sie nicht bestimmte gesetzliche oder statutarische Bestimmungen verletzen, auf Grund des ZGB 2 überprüft werden[122]) und, wenn die Kriterien des Rechtsmissbrauches vorliegen, Gegenstand einer Anfechtungs- oder Auflösungsklage bilden[123]). In Konzernverhältnissen besteht nun aber in vermehrtem Masse die Möglichkeit, dass Beeinträchtigungen der Minderheit auf die Dauer gesehen durch Vorteile aufgewogen werden, die gerade auf der Konzernverbindung beruhen, Vorteile, die nicht nur der Mehrheit sondern schliesslich dem Gesamtunternehmen, also der Gesellschaft als solcher und damit auch der Minderheit zugute kommen werden (Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit, technische Hilfe, Rationalisierung der Produktion, Sicherung des Absatzes)[124]). Solche

---

[122]) Das Problem und die Kriterien des Rechtsmissbrauches sind bei Egger, Kommentar, Art. 2 N. 29 ff. dargestellt. Vom Standpunkt des Gesellschaftsrechtes interessieren namentlich folgende Merkmale: Dolus (Arglist, eventuell auch nur Bösgläubigkeit); Zweckwidrigkeit der Rechtsausübung, so vor allem „wenn die Norm nicht in Verfolgung der ihr innewohnenden, sondern zu ganz andern, ihr fremden Zwecken angerufen wird; Verstoss gegen erwecktes Vertrauen.

[123]) Z. B. im Zusammenhang mit der Genehmigung von Geschäftsbericht und Rechnungen. Übrigens kann die GV als „oberstes Organ" zu allen Fragen der Geschäftsführung Stellung nehmen, so dass die Minderheit immer Beschlüsse über Einzelfragen provozieren kann.

[124]) Vgl. hiezu DAktG § 197 Abs. 2: „(2) Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, dass ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. § 101 Abs. 3 gilt sinngemäss." § 101 Abs. 3: „(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Einfluss benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Belangen dient." Die amtliche Begründung bemerkt hiezu (S. 209): „Da weder von einem Aktionär noch von einem Dritten verlangt werden kann, dass er seine berechtigten Belange zurückstellt und allein auf das Gesellschaftswohl bedacht ist, bestimmt Abs. 3, dass die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Einfluss benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen

Interessenabwägungen, die u. U. von der Minderheit Opfer verlangen, welche die Mehrheit nicht zu bringen hat, sind dem Grundsatze nach im rev. OR anerkannt. So bestimmt OR 706 Abs. 2 (neu), dass Beschlüsse (über Einführung von Stimmrechtsaktien oder auf Grund von solchen) angefochten werden können, „wenn sie eine durch den Gesellschaftszweck nicht erforderte offenbare Schädigung der Interessen von Aktionären mit sich bringen". Das bedeutet zweierlei: Einmal können Aktionäre GV-Beschlüsse anfechten, auch wenn keine besonderen Bestimmungen des Gesetzes oder der Statuten verletzt worden sind. Dies bedeutet nichts anderes als die ausdrückliche Anwendung der allgemeinen Norm des ZGB 2 auf den, dem Gesetzgeber besonders wichtigen Fall der Beschlüsse im Zusammenhang mit Stimmrechtsaktien. Sodann müssen sich Aktionäre u. U. eine offenbare Schädigung ihrer Interessen gefallen lassen, nämlich dann, wenn diese durch den Gesellschaftszweck gefordert wird. Auch dies bedeutet nichts anderes als eine Übertragung des ZGB 2 zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedankens auf eine besondere Erscheinung des Aktienrechtes, die Mehrheitsherrschaft: Hält sich diese im Rahmen des ihr gesetzten Zweckes, so bleibt sie Ausübung von Recht, auch dann, wenn eine Minderheit geschädigt wird. Wird aber das in der Mehrheitsherrschaft liegende Recht in zweck-

---

Belangen dient. Damit hat die Rechtsprechung die Möglichkeit, Interessenkonflikte gegeneinander abzuwägen. Die schutzwürdigen Belange brauchen ausserdem nicht notwendig eigene Belange des Handelnden zu sein. Es können auf Grund dieser Vorschrift z. B. auch Konzerninteressen berücksichtigt werden. — Die Stimmrechtsausübung unter Haftung zu stellen, lehnt der Entwurf ab (§ 101 Abs. 7). Eine solche Bestimmung würde den Grundlagen unseres Aktienrechts widersprechen. Dennoch ist die Freiheit der Aktionäre bei der Abstimmung keine schrankenlose. Sucht ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft zu erlangen und ist der Beschluss geeignet, diesem Zwecke zu dienen, so ist er anfechtbar (§ 197 Abs. 2)."

widriger Weise ausgeübt, so wird es zu Unrecht und unterliegt der Anfechtung durch die Geschädigten. Wenn auch OR 706 Abs. 2 den Sonderfall der Stimmrechtsaktien regelt, so muss doch der in dieser Norm ausgesprochene Grundsatz überall zur Anwendung kommen, wo es gilt, die Grenzen der Mehrheitsherrschaft abzustecken, denn diese Norm wiederholt einfach das Verbot des Rechtsmissbrauches im Hinblick auf die Mehrheitsherrschaft und den bei Gesellschaften gegebenen besondern Tatbestand, den Gesellschaftszweck.

Damit sind wir zu einer weitern Frage gelangt, die gerade in Konzernverhältnissen eine besondere Rolle spielen kann, diejenige nach dem Wesen und der Bedeutung des Gesellschaftszweckes[125]). In der Praxis führen konzernmässige Unternehmensverbindungen oft zu einer eigentlichen Struktur- und Zweckänderung des abhängigen Unternehmens, Änderungen, die u. U. soweit gehen können, dass das Unternehmen ausschliesslich oder vorwiegend zu Funktionen im Dienste des herrschenden Unternehmens tätig wird. Kann die Mehrheit der Minderheit solche Wandlungen aufnötigen? Die Antwort hängt davon ab, ob die Änderungen in der Tätigkeit des Unternehmens ohne oder mit einer entsprechenden Statutenänderung vorgenommen werden; ferner davon, was man unter Zweck versteht; schliesslich wie die Umstände im einzelnen Falle liegen.

OR 626 Z. 2 unterscheidet bekanntlich zwischen Zweck und Gegenstand des Unternehmens. Die gleiche Unterscheidung wird auch in OR 648/649 gemacht, wo für eine Umwandlung des statutarischen Gesellschaftszweckes die Zustimmung von $^2/_3$ des Grundkapitals verlangt wird, während eine Erweiterung des „Geschäftsbereiches" im Rahmen des Zweckes durch Aufnahme „verwandter Gegenstände" oder eine Verengerung schon an einer GV beschlossen werden können, an welcher mindestens $^2/_3$ des

[125]) Auf die Funktion des Zweckes im Hinblick auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen kommen wir zurück.

Aktienkapitals vertreten sind. Man ist sich im ganzen darüber einig[126]), dass unter Zweck das allgemeine Ziel der Gesellschaftstätigkeit zu verstehen ist, während der Gegenstand (gleich Geschäftsbereich) die besondern Formen der Gesellschaftstätigkeit zur Erreichung dieses Zieles anzugeben hat. In der Praxis oft vernachlässigt, kommt dieser Unterscheidung vom Standpunkte des OR 648/649, ferner auch des OR 718 Abs. 1 (Vertretungsmacht) erhebliche, rechtliche und praktische Bedeutung zu. Hingegen ist das Endziel, Gewinnerzielung, nicht Gegenstand statutarischer Zweckbestimmung[127]), kann aber in anderem Zusammenhang von erheblicher Bedeutung sein (unten S. 268a und 302a).

Bei gleichbleibenden Statuten kann die Minderheit, ja jeder Aktionär, die Respektierung von Zweck und Gegenstand, wie sie in den Statuten umschrieben sind, verlangen, nötigenfalls einen GV-Beschluss hierüber provozieren (z. B. durch Antrag auf Nichtgenehmigung des Geschäftsberichtes) und diesen gegebenenfalls anfechten. Denn die Abweichung vom statutarisch festgesetzten Zweck und Gegenstand ist Verletzung statutarischer Bestimmungen und berechtigt daher zur Anfechtungsklage (OR 706), in besondern Fällen auch zur Auflösungsklage aus wichtigen Gründen. Die Frage ist nur, wann im einzelnen Falle eine solche Missachtung statutarischer Zweckbestimmungen vorliegt. Besteht z. B. der Zweck der Gesellschaft A in der Fabrikation von Kühlschränken nach Schweizer Patent Nr. X" und schliesst die Verwaltung mit einem Unternehmen B einen Vertrag des Inhalts ab, dass B die Fabrikation in Lizenz übernimmt, wogegen A den Betrieb stillelegen oder vielleicht auf gewisse Bestandteile beschränken muss, so kann sich der Aktionär dagegen verwahren, denn er hatte Interesse an einer Fabrikations-

---

[126]) S. Siegwart, Kommentar, Art. 626 N. 32 ff.; Muret, S. 115 ff. Vgl. dazu auch Goldschmidt, S. 57 ff. (in gewisser Hinsicht abweichend).

[127]) Siegwart, Art. 626 N. 33; Muret, S. 144.

gesellschaft und dieses Interesse ist statutarisch zum Recht erhoben worden. Das gleiche gälte, wenn die Gesellschaft A sich zum Zweck gesetzt hatte, „die Verwertung der Wildschen Erfindungen betreffend Kühlschränke, durch Verkauf der Patente, Erteilung von Lizenzen und Beteiligung an andern Unternehmen" und A sich nun zur Fabrikation verpflichtete. Denn die Aktionäre wollten offenbar gerade die Risiken der Fabrikation in eigener Regie nicht auf sich nehmen. Aber die Verhältnisse liegen nicht immer so klar wie in diesen Beispielen. Zwar können, da Zweck und Gegenstand in der Praxis meist weit und elastisch formuliert werden, Einschränkungen und Erweiterungen des Geschäftsbereiches, auch gewisse Umstellungen, ohne zu grosse Schwierigkeiten mit den Statuten in Einklang gebracht werden. Schwieriger ist der Entschied, wenn die Betriebsform geändert wird, so wenn z. B. das eine Unternehmen dem andern verpachtet (gegen festen Pachtzins, sogenannte Betriebspachtungsverträge) oder zum Betrieb überlassen wird (gegen Dividendengarantie oder Gewinnbeteiligung oder andere Kompensationen, sogenannte Betriebsüberlassungsverträge)[128]). Die Frage stellt sich dann, ob sich diese unselbständige Form der Geschäftsführung noch mit dem statutarischen Zweck der ursprünglich selbständigen Gesellschaft vereinbaren lässt oder ob die Minderheit nicht wegen Statutenverletzung klagen kann, was nur auf Grund der konkreten Verhältnisse zu entscheiden ist.

In den bisher erörterten Fällen blieb das Gewinnstreben des Unternehmens an sich erhalten. Die betreffenden Massnahmen berührten nur die Art und Weise der Gewinnerzielung, nicht diese selbst. Das Abhängigkeitsverhältnis kann aber, in seiner letzten Konsequenz, bis zur Aufhebung oder doch wesentlichen Einschränkung des Gewinnstrebens führen. Dies ist nicht nur dann der Fall,

---

[128]) Eingehende Beispiele hiefür, auch andere Formen der sogennanten Zweckgemeinschaft, bei Nägeli S. 102 ff. und Rosendorff, 22 ff.; Friedländer, S. 182 ff.

wenn das abhängige Unternehmen direkt zur Organgesellschaft des oder der herrschenden Unternehmen wird und zweckgemäss auf Gewinnerzielung verzichtet (wozu regelmässig neue Gesellschaften, eigens zu diesem Zweck, gegründet werden), sondern die Geschäftsführung kann so gestaltet werden, dass das Unternehmen tatsächlich keinen Gewinn erzielt, z. B. wenn es seine Produkte praktisch zum Selbstkostenpreis dem herrschenden Unternehmen oder gemäss dessen Weisungen abgibt. Dabei kann sich die Geschäftstätigkeit durchaus im Rahmen von Zweck und Gegenstand gemäss Statuten halten. In solchen Fällen kann sich aber die Minderheit und auch der Einzelne auf OR 641 berufen, der dem Aktionär das Recht auf Dividende als wohlerworbenes, also unentziehbares garantiert. Zwar ist die Gewinnerzielung für die AG. nicht begriffswesentlich (OR 620 Abs. 3)[129]) und auch wo sie wirtschaftlichen Zwecken dient, hängt es ganz von ihrem Zweck und ihren Statuten ab, ob und in welchem Umfange der Reingewinn an die Aktionäre zu verteilen ist (OR 660, eine typische Organgesellschaft will u. U. gar keinen Gewinn erzielen oder ihn für andere Zwecke, z. B. technische Forschungen, soziale Einrichtungen der beteiligten Unternehmen u. a. m. verwenden). Aber wo nach Zweckbestimmung und weiterem Inhalt der Statuten das Unternehmen als eine Erwerbsgesellschaft gegründet wurde (was in der Regel der Fall sein wird, wenn das Gegenteil nicht klar erwiesen ist), hat der Aktionär ein wohlerworbenes Recht auf Gewinn, aber nicht nur, wenn ein solcher erzielt wird, sondern auch, dass er erzielt wird, wenn dies möglich ist. Die Minderheit kann sich also in solchen Fällen auf OR 646 stützen, ohne das meist heikle Verfahren wegen offenbaren Rechtsmissbrauch antreten zu müssen[130]).

---

[129]) So auch Muret, S. 144. Abweichend Goldschmidt, S. 56 ff.

[130]) Im Ergebnis gleich Goldschmidt, S. 58; a. M. Muret, S. 145, wo allerdings der Gesichtspunkt des Schutzes wohlerworbener Rechte nicht behandelt wird.

Nun kann aber die Mehrheit, wenn sie genügend stark ist, den Klagen wegen Verletzung des statutarischen Zweckes durch entsprechende Statutenrevision entgehen. Die im rev. OR 648/649 neu geschaffene Möglichkeit der Zweckänderung durch qualifiziertes Mehr ist bekanntlich scharf kritisiert und als mit dem Wesen der Zweckverbände unvereinbar erklärt worden[131]). Da dieses Recht aber nun einmal der Mehrheit gegeben[132]) und zudem durch OR 648 Abs. 2 etwas gemildert ist (Möglichkeit zum Verkauf der Aktien ohne Rücksicht auf statutarische Beschränkungen der Übertragbarkeit — ein praktisch allerdings oft illusorischer Rechtsbehelf!), muss stets mit dieser Möglichkeit gerechnet werden. Aber auch dieses Recht kann nur innerhalb der Schranken von ZGB 2 ausgeübt und zu Rechtsmissbrauch werden. Nicht zulässig ist ferner jede Zweckänderung, welche den ursprünglichen Charakter der Gesellschaft als einer Erwerbsgesellschaft aufhebt oder beeinträchtigt, da dadurch das wohlerworbene Recht jedes Aktionärs auf Gewinn verletzt wird.

§ 8.

II. Die Einheitstheorie.

Stellten sich die bisher behandelten Fragen als solche allgemein gesellschaftsrechtlicher Natur dar, die im Konzernverhältnis nur eine besondere Bedeutung erhalten, so wirft die sogenannte Einheitstheorie nun ein typisch konzernrechtliches Problem auf. Die Theorie geht auf den namentlich von Isay verfochtenen Begriff des Unternehmens als einem verschiedene, materielle und immate-

[131]) S. vor allem Muret, S. 141 ff. — Ferner das Erfordernis der Einstimmigkeit im Vereinsrecht, ZGB 74 und im bisherigen OR 627 Abs. 3. Vgl. dazu Burckhardt, Einführung, 123; Egger, Kommentar, Art. 74 N. 1.

[132]) S. auch BGE 64 II 364, wo auch die sogenannte wirtschaftliche Neugründung, d. h. die völlige Wandlung von Zweck und Struktur der Gesellschaft, bei Aufrechterhaltung ihrer Identität als zulässig erklärt wird.

rielle Güter zu einer Einheit zusammenfassenden Ganzen zurück. Wie diese Güter, obwohl sie als einzelne ihrem eigenen Rechte unterstehen, im Unternehmen zu einer rechtlichen Einheit zusammengefasst sind und daher, wo das Unternehmen als Ganzes in Frage steht, auch als rechtliche Einheit zu behandeln sind, so bildet auch das „komplexe", d. h. das aus verschiedenen Unternehmen zusammengesetzte Gesamtunternehmen, also das Konzernunternehmen, eine rechtliche Einheit, an welchem, wie an jedem Unternehmen, ein einheitliches Recht besteht, und zwar ungeachtet dessen, ob sich dieses Gesamtunternehmen über die Rechtskreise verschiedener Personen erstreckt oder nicht[133]). Es springt in die Augen, dass die Einheitstheorie, absolut formuliert und konsequent angewendet, bedeutsame Rechtsfolgen nach sich ziehen muss. Danach ist der Erwerb von Aktien eines Konzernunternehmens (Mutter- oder Schwestergesellschaft) durch ein anderes dem Erwerb eigener Aktien gleichzustellen; Verträge zwischen Konzernunternehmen sind keine echten, sondern Verträge mit sich selber, also Scheingeschäfte; Verträge oder Ver-

[133]) S. die oft zitierten Sätze Isay's (Recht am Unternehmen, S. 98 ff.) über die zum Konzern verbundenen Unternehmen: „In diesen Fällen wäre es reiner Formalismus, wollte man die materiell einheitliche Unternehmung um deswillen in zwei zerreissen, weil sie aus äusserlichen Gründen in zwei Rechtsformen gegossen ist . . . Ein derartiges juristisches Scheinwesen kann nun aber unmöglich dazu führen, in solchen Fällen das Vorliegen zweier selbständiger Unternehmen anzunehmen . . . Tatsächlich ist nämlich die wechselseitige Durchdringung der beiden Unternehmen eine so innige, dass jede Verletzung der einen auf die andere hinüberwirkt, und es führt daher zu widersinnigen Ergebnissen, wenn man an der juristischen Grenzlinie Halt machen will (Sperrungen von uns)." Es ist mehrfach darauf hingewiesen worden (s. namentlich Friedländer, S. 43), dass die von ihm und Isay aufgestellte Einheitstheorie nicht eine absolute und vollständige, also alle Rechtsgebiete durchziehende, sondern eine relative und bloss für einzelne Rechtsgebiete geltende ist. Wir kommen auf diese „modifizierte Einheitstheorie" gleich zu sprechen. Hier kam es uns nur auf die Ausgangspunkte und Formulierungen an.

tragsverletzungen eines Konzernunternehmens gegenüber Dritten wirken zu Gunsten oder zu Lasten auch der andern Konzernunternehmen, u. a. m. Diese Folgen sind nicht nur im Einzelnen von erheblicher Tragweite, sie bedeuten vielmehr einen Einbruch in das ganze System der Rechtssubjekte als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten. Auf dem Boden der geltenden Rechtsordnung kann die integrale Einheitstheorie nicht bestehen. Wohl ist richtig, dass das Unternehmen, als Gesamtheit von Rechten und Pflichten, in gewisser Hinsicht auch rechtlich als Einheit behandelt wird, so z. B. im Zusammenhang mit Verfügungen über das Unternehmen, mit „Unternehmensmängeln und dergl.“[134]). Es handelt sich aber hier um eine Zusammenfassung von Vermögensobjekten in der Hand eines Geschäftsinhabers (natürliche oder juristische Person), des Unternehmers. Im Konzern, namentlich in dem immer auf Beteiligung beruhenden Holdingverhältnis, erfolgt aber eine Zusammenfassung nicht von Vermögensobjekten, sondern von rechtlich selbständigen Unternehmen, also von Rechtssubjekten. Wollte man nun diese verschiedenen Rechtssubjekte als identisch erklären und im Gesamt-Konzernunternehmen als übergeordneter rechtlicher Einheit aufgehen lassen, so würde man sich damit zu unserm ganzen Rechtssystem, das auf den Rechtssubjekten als selbständigen Trägern von Rechten und Pflichten beruht, in Widerspruch setzen. Die Einheitstheorie wäre nur möglich auf Grund positivrechtlicher Normen, wonach unter bestimmten Voraussetzungen Rechtssubjekte, unter Verlust ihrer rechtlichen Selbständigkeit in einem übergeordneten Rechtsubjekt aufgehen[135]).

---

[134]) S. oben Anm. 90.

[135]) Es ist bezeichnend, dass auch das deutsche Recht, das den Konzern zum Rechtsbegriff gestaltet hat, keineswegs von der Einheit des Konzernunternehmens ausgeht, sondern die Zusammenhänge oder Abhängigkeiten bloss in bezug auf bestimmte Fragen berücksichtigt (S. oben Anm. 41) und regelt. Andere wesentliche, sich aus dem Konzernzusammenhang ergebende

Die integrale Einheitstheorie, auch Identitätstheorie genannt, ist denn auch in Doktrin und Praxis[136]) bekämpft und durch die sogenannte modifizierte Einheitstheorie ersetzt worden[137]). Danach behalten die einzelnen Konzernunternehmen ihre rechtliche Selbständigkeit, es ist aber in den einzelnen Rechtsgebieten jeweils festzustellen, inwieweit rechtlich einheitliche Behandlung von zusammenhängenden Unternehmen geboten ist. In Begründung, Formulierung und Anwendung dieser modifizierten Einheitstheorie gehen aber die Ansichten wieder auseinander. Bei den einen überwiegen wieder wirtschaftliche Gesichtspunkte. Danach ist in bestimmten Rechtsgebieten, wo „die wirtschaftliche Betrachtungsweise einsetzt"[138]), so z. B. im Steuer-, Bilanz-, Wettbewerbs-, Kartell-, Immaterialgüterrecht, die wirtschaftliche Einheit der rechtlichen Einheit gleichzusetzen[139]). Bei andern gibt

---

Probleme, wie z. B. das der Haftung eines Unternehmens für ein anderes, bleiben unerwähnt. Die führende deutsche Literatur lehnt denn auch auf dem Boden des DAktG 1937 die Einheitstheorie deutlich und grundsätzlich ab; s. Schlegelberger, S. 52/53. S. auch die Kritik A. Wielands an der steuerrechtlichen Einheitstheorie, oben Anm. 46.

[136]) Das Reichsgericht hat die Einheitstheorie grundsätzlich vertreten im Falle Neu-Strassfurt (Bd. 108 S. 41), wo der Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft als „Erwerb eigener Aktien" unzulässig erklärt wurde; denn trotz selbständiger Rechtspersönlichkeit sei das Vermögen der Tochtergesellschaft in Wahrheit Vermögen der Muttergesellschaft. — In einem späteren Entscheide (Bd. 115 S. 246) hat das Reichsgericht die Einheitstheorie wieder aufgegeben und der Muttergesellschaft gestattet, bei einer Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft mit der Tochtergesellschaft mitzustimmen, trotz § 252 Abs. 3 HGB, mit der Begründung, dass eine Vereinigung der Anteile in der Hand der Muttergesellschaft noch keine Indentität begründe. S. auch Frankenberg, S. 136 ff.

[137]) S. die Literatur bei Frankenberg S. 136 und Joss S. 88.

[138]) Joss, S. 92.

[139]) Friedländer, S. 43/44 bemerkt, „dass vielmehr in den einzelnen Rechtsgebieten jeweils festzustellen ist, inwieweit rechtlich einheitliche Behandlung von Vorgängen geboten ist, die sich

das rechtliche Moment den Ausschlag[140]). Davon ausgehend, dass das positive Zivilrecht keinen Rechtsbegriff des „Einheitsunternehmens" oder des „komplexen Unternehmens" kenne, wird weiter gefolgert, dass auch bei der rechtlichen Behandlung einzelner Vorgänge, die sich innerhalb eines wirtschaftlichen Ganzen abspielen, stets auf Grund der positiven Rechtsordnung zu prüfen sei, ob eine rechtlich einheitliche Behandlung solcher Vorgänge möglich und erforderlich sei, wobei auch allgemeine Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen und deren Umgehung verhindert werden müsse.

Dieser zweiten, auf dem Rechte fussenden (modifizierten) Einheitstheorie ist zuzustimmen. Einerseits ist auszugehen von den Rechtssubjekten als rechtlich selbständigen Trägern von Rechten und Pflichten. Diese Grundlage kann man nicht verlassen, wenn man nicht die Fundamente unserer Rechtsordnung umstürzen und der Willkür Tür und Tor öffnen will[141]). Anderseits ist nicht

---

innerhalb eines (wirtschaftlich) einheitlichen Unternehmens vollziehen . . ., dass (also) nur in gewissen Beziehungen die Zusammenfassung als Einheit gilt, sei es, dass die rechtliche Entwicklung noch nicht so weit gediehen ist, sei es, dass nach der Natur der Sache die höhere Einheit nicht als erheblich in Betracht kommt . . . Die wirtschaftliche Einheit kann im Steuer-, Kartell- und Vertragsrecht als Rechtseinheit (Gesamtunternehmen) betrachtet werden . . . Das sind die Gebiete in denen die Rechtsform hinter dem wirtschaftlichen Vorgang zurücktritt. Wo das Gegenteil der Fall ist, also in Gesetzen formalen Charakters, etwa . . . im eigentlichen Gesellschaftsrecht, kommt es auf die Rechtsform an; sie, nicht der wirtschaftliche Vorgang, ist erheblich" (Sperrungen von uns). Über die Bedeutung solcher Formulierungen s. unten Anm. 112.

[140]) So Frankenberg, S. 137 ff. Immerhin wird hier eine Ausnahme zu Gunsten des Steuerrechtes gemacht, wo die wirtschaftliche Einheit auch einer Rechtseinheit entsprechen könne, wie ja auch die einheitliche Behandlung von Mutter- und Tochtergesellschaft auf Grund der Organtheorie anerkannt sei.

[141]) Die wirtschaftlich orientierte Einheitstheorie hat denn auch bereits zu bedenklichen Formulierungen geführt, wie „wirtschaftlich eigene Aktien"; s. Frankenberg, S. 145.

zu verkennen, dass zwischen Konzernunternehmen, namentlich zwischen Kontroll- und abhängigen Gesellschaften, rechtliche (nicht nur tatsächliche, wirtschaftliche) Bindungen und Zusammenhänge bestehen, die auch vom Standpunkt des positiven Rechtes aus berücksichtigt werden müssen. Die Verbindung zweier Unternehmen auf Grund der Beteiligung (oder auch der Organisation und des Vertrages) ist nicht nur eine wirtschaftliche, sondern vor allem eine rechtliche[142]). Sie ruft auch vom Standpunkt der positiven Rechtsordnung der Frage nach den Grenzen und Wirkungen der Verbindung. Aber diese Fragen sind auf Grund der Normen oder Prinzipien des positiven Rechtes zu entscheiden. Dies ist natürlich leichter auf dem Boden einer Rechtsordnung, die, wie die deutsche, Sondernormen für Konzernverhältnisse aufstellt. Die Aufgabe ist schwerer bei uns, wo auf Grund der sonst geltenden Bestimmungen oder der allgemeinen Grundsätze zu entscheiden ist. Aber die Aufgabe bleibt. Die ratio einer Norm muss sagen, wie weit sie reicht, ob sie ein bestimmtes Verhältnis zu erfassen vermag oder nicht. Das Verbot des Rechtsmissbrauches bestimmt, ob eine rechtlich gewährte Möglichkeit missbraucht und damit zu Unrecht geworden ist. Auf Grund von Art. 1 ZGB muss der Richter feststellen, ob eine Lücke besteht, die er als Gesetzgeber schliessen muss, wobei er aber nicht nur bewährter Lehre und Überlieferung folgen, sondern in erster

---

[142]) Meines Erachtens kann auch nur eine rechtliche Verbindung vom Standpunkt der Einheitstheorie erheblich werden, wie auch eine rechtserhebliche Abhängigkeit nur auf rechtlicher (nötigenfalls erzwingbarer) Grundlage bestehen kann. Es ist bezeichnend, dass auch die Vertreter der wirtschaftlich orientierten Einheitstheorie immer wieder auf rechtliche Kriterien abstellen, s. z. B. die oben Anm. 139 zitierten Ausführungen Friedländers. Auch die Unterscheidungen zwischen mehr wirtschaftlich und mehr rechtlich-formal gerichteten Rechtsgebieten, führt zu unklaren Ergebnissen, s. z. B. (bei Friedländer) die Gegenüberstellung von Vertragsrecht (wo das wirtschaftliche überwiegen soll) und Gesellschaftsrecht (das formalen Charakters sei).

Linie auch das System, die Begriffe und Normen der geltenden Rechtsordnung respektieren muss. In dieser Bindung an das positive Recht findet die Einheitstheorie, das sogenannte Konzernrecht überhaupt, seine festen Schranken.

Das Bundesgericht hat sich zur Einheitstheorie deutlich nur in steuerrechtlicher Hinsicht geäussert und zwar im Sinne einer Ablehnung dem Grundsatze nach[143]). Die in diesem Zusammenhange angestellten Erwägungen zivilrechtlicher Art lassen aber keine Zweifel darüber, dass die Einheitstheorie auch zivilrechtlich abgelehnt wird[144]). Eine ausdrückliche Ablehnung auf dem Boden des Zivilrechtes erfolgte dann im Entscheid vom 11. Februar 1941[145]), wo im Zusammenhang mit einer Einmanngesellschaft betont wird, die wirtschaftliche Identität zwischen der AG. und dem einzigen Aktionär schliesse nicht aus, dass rechtlich zwei verschiedene Rechtssubjekte vorhanden seien, weshalb der Aktionär verpflichtet sei, alle Vorschriften zu beobachten, welche für die internen und externen Verhältnisse einer AG. massgebend sind. Wurde also die Einheitstheorie als solche abgelehnt, so liegen dafür Entscheide vor, welche im Ergebnis einer Anwendung der

---

[143]) S. die oben S. 223a zitierten Entscheide.

[144]) Dies kommt noch deutlicher zum Ausdruck in einem (unveröffentlichten) Entscheid vom 9. Juli 1932, wo betont wird: „Die Trennung in 2 besondere Gesellschaften hat auch dann nicht bloss formalrechtliche Bedeutung, sondern behält ihre sehr realen Wirkungen für die Haftungsverhältnisse bei, indem einerseits für die Verbindlichkeiten des . . . Betriebes nur dessen Vermögen, nicht dasjenige der HG haftet, anderseits dieser Betrieb von einer Mithaftung für die unter dem Nanen der HG eingegangenen Schulden und insbesondere von den Risiken der in der Holding zusammengefassten anderen Beteiligungen befreit ist. Das Verwaltungsgericht anerkennt den auch, dass hierin ein legitimer Grund für die Verselbständigung der Rekurrentin gelegen haben möge und dass insofern dieselbe nicht etwa als eine bloss fiktive bezeichnet werden könne."

[145]) Journal des Tribunaux 1941 I 249 ff (stark gekürzt im BGE 67 II 29).

modifizierten Einheitstheorie gleich oder doch nahe kommen. So wird z. B. der Erwerb eigener Aktien unter Benützung eines andern Unternehmens als Widerhandlung gegen das Verbot des OR 659 erklärt[146]). Oder die gegenüber dem einzigen Verwaltungsrat und Aktionär anwendbare längere Verjährungsfrist des Strafrechtes (OR 60, 2) wird auch gegenüber der AG. zur Anwendung gebracht[147]). Diese Praxis bedeutet allerdings noch keine grundsätzliche Anerkennung der modifizierten Einheitstheorie. Aber sie bringt zum Ausdruck, dass unter gewissen Umständen die Verbindung von Rechtssubjekten deren rechtliche Selbständigkeit überwiegt, namentlich wenn Missbrauch von Rechtsinstituten oder Gesetzesumgehung vorliegen. Und in dieser Richtung liegt gerade das Hauptanwendungsgebiet der modifizierten Einheitstheorie[148]).

Im Nachfolgenden wird also zu prüfen sein, ob und inwieweit in dem zur Frage stehenden Rechtsverhältnis die Verbindung von Unternehmen ihre Behandlung als Einheit erfordert.

---

[146]) Unten Anm. 221.

[147]) BGE 55 II 28, wo aber deutlich gesagt wird, dass hier Identität zwischen dem Organ der AG. und dieser selbst angenommen werde, so dass also aus diesem Urteil keine zu weit gehenden Schlüsse in bezug auf die Einheitstheorie gezogen werden dürfen. Das gleiche gilt von BGE 58 II 166, wo die fiduziarische Abtretung einer Forderung seitens des einzigen Aktionärs an die AG. zwecks Begründung eines Gerichtsstandes als Gesetzesumgehung und daher unwirksam erklärt wurde. Dies geschah nicht auf Grund der Einheitstheorie, sondern weil es sich um eine bloss fiduziarische Abtretung handelte.

[148]) Wie aus den Einzelausführungen in den Abschnitten IV und V hervorgehen wird.

III. Das Problem der Abhängigkeit.

§ 9.

1. Grundsätzliches

(Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen und die Möglichkeiten ihrer Beschränkung).

Die Konzentrationsbewegung der neueren Zeit hatte zur Folge, dass immer mehr Unternehmen in Abhängigkeit von andern Unternehmen gerieten, wobei die Herrschaft sich auf Grundlagen verschiedener Art (S. 233a) aufbaute. In gewissen Fällen ging die Abhängigkeit so weit, dass von irgendwelchem selbständigen Leben des Unternehmens nicht mehr die Rede sein konnte. Es erhob sich daher die Frage, ob jP unbeschränkt auf ihre Selbständigkeit verzichten können, oder ob auch sie, wie natürliche Personen, in der Veräusserung ihrer Freiheit bestimmten Schranken unterworfen sind. Es handelt sich also auch hier um ein Problem allgemeiner Natur, das aber auf dem Gebiete des Konzernrechtes seine besondere Bedeutung erhält. Von der grundsätzlichen Einstellung zu diesem Problem hängt die Beantwortung einer Reihe von Einzelfragen ab, seine Bedeutung liegt aber hauptsächlich in folgendem:

Gilt die „Unveräusserlichkeit" der Freiheit gemäss ZGB 27 Abs. 2 auch für jP, so bedeutet dies, dass mit diesem Prinzip unvereinbare Bindungen rechtswidrig und nichtig sind (OR 19/20). Die Nichtigkeit müsste auch von Amtes wegen berücksichtigt werden, vom Richter, u. U. auch vom Handelsregisterführer[149]), z. B. dann, wenn unzulässige Bindungen in die Statuten aufgenommen und in dieser Form dem Amt vorgelegt werden. Es handelt sich hier also nicht nur um den Schutz Einzelner oder von Minderheiten, sondern um den Schutz der jP als solcher, gewissermassen vor sich selber (wie ZGB 27 ja auch den Einzelnen vor seinen eigenen Handlungen schützt). In-

[149]) Vgl. z. B. Schreiben des eidg. Amtes für das Handelsregister vom 28. Dezember 1929 (ZbJV Bd. 66 S. 287 ff.).

direkt würden dadurch auch die Mitglieder geschützt, sei es gegen die Verwaltung oder gegen die Mehrheit, denn sie wären, bei zu weit gehenden Bindungen, nicht nur auf Anfechtungs-, Verantwortungs- und Schadenersatzklagen angewiesen (die alle gesellschaftsinterner Natur sind), sondern könnten auch die Nichtigkeit solcher Bindungen geltend machen. Dies könnte namentlich auch eine Verwaltung tun, die von früheren Verwaltungen eingegangene Verpflichtungen als unzulässig ablehnen will.

Akut wurde das Problem, nachdem das Reichsgericht in zwei berühmt gewordenen Entscheidungen gewisse Bindungen als unzulässig erklärt hatte. Im einen Falle[150]) berief sich das Gericht auf zwingende Vorschriften des Gesellschaftsrechtes. Im andern Falle[151]) lag nach

---

[150]) Zur Verdeutlichung des oben Gesagten und Illustrierung der Verhältnisse seien die beiden Fälle hier kurz skizziert: Im Entscheid des Reichsgerichtes Bd. 3 S. 123 ff. stand ein Vertrag zwischen der rumänischen Regierung und der rumänischen Eisenbahn AG. Berlin zur Diskussion. Nach diesem Vertrag überliess die AG. dem rumänischen Staate den Betrieb des gesamten Eisenbahnnetzes, sowie die Verwaltung des gesamten Gesellschaftsvermögens, gegen bestimmte finanzielle Leistungen Rumäniens. Ferner wurde bestimmt, dass die Verwaltung der deutschen Gesellschaft auf eine Direktion übergehen solle, deren Mitglieder die rumänische Regierung nach freiem Ermessen ernennen und entlassen könne und welche die Verwaltung und den Betrieb nach Massgabe der Gesetze und des Vertrages, im besonderen aber gemäss den vom zuständigen rumänischen Ministerium erteilten Instruktionen zu führen habe. Entsprechend diesem Vertrage mussten die Statuten abgeändert werden, worauf ein Aktionär den betreffenden Generalversammlungsbeschluss mit Erfolg anfocht.

[151]) Hier handelt es sich um den Vertrag der Standard Oil Co. mit der Deutschen Petroleumverkaufsgesellschaft GmbH. Danach wurde die Führung des Petroleumverkaufes in Deutschland unbeschränkt der Standard Oil übetragen. Diese konnte nicht nur die Geschäftsführer ernennen und entlassen, sondern auch die Leitung und Kontrolle des Petroleumgeschäftes durch eigene Delegierte ausüben, für deren Verfehlungen aber die Standard Oil nur insoweit einzutreten hatte, als es sich nicht um Verluste aus dem Geschäftsbetrieb im engern Sinne handelte. Der Aufsichtsrat der deutschen Gesellschaft sollte erhalten bleiben. Soweit jedoch die

Ansicht des Gerichtes ein unzulässiger Eingriff in die Freiheit der AG. vor, ein gegen die Sittlichkeit verstossender „Knebelvertrag". In diesem Zusammenhang wurde der Satz geprägt, dass auch eine Gesellschaft sich nicht selbständig „entmündigen" könne. Auch das Bundesgericht befasste sich gelegentlich mit solchen Fragen. In zwei früheren Entscheiden[152]) erklärte das BG die Befugnisse der Generalversammlung gemäss alt OR 644 Abs. 3 als unbeschränkt und unbeschränkbar, mit dem Bemerken, dass eine andere Auslegung zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde. Insbesondere müssten die Wahlen und die Beschlussfassung über die Statuten der GV vorbehalten bleiben, widrigenfalls diese von ihrer Stellung als oberstem Organ der AG. praktisch ausgeschaltet würde „und das Kapital der Gesellschaft fremden Interessen dienstbar" gemacht werden könnte. In seinem neuesten Entscheid zu diesem Problem[153]) kam das BG, auf dem Boden des Ge-

Standard Oil zur Ausübung der ihr im Vertrag eingeräumten Rechte der Unterstützung des Aufsichtsrates oder der Mitgliedergesellschaft der deutschen Gesellschaft bedurfte, verpflichtete sich diese, unter hohen Konventionalstrafen, dass die erforderlichen Beschlüsse in beiden Organen gefasst und auch ausgeführt würden. Ferner verpflichtete sich die GmbH, während der Dauer des Vertrages ihre Statuten nicht im bestimmten Sinne zu ändern. Nach dem Reichsgericht (Bd. 82 S. 309 ff.) war dieser Vertrag vom Standpunkt des Gesellschaftsrechtes aus nicht zu beanstanden (!), stellte aber, wie oben erwähnt, eine Knebelung dar. — Weitere Einzelheiten über die beiden Fälle bei Frankenberg, S. 83 ff.; Friedländer und Rosendorff.

[152]) AS 51 II S. 333 ff. und 59 II S. 282 ff. In beiden Fällen handelte es sich um die Frage, ob Gemeinden das Recht zustehen könne, eigene Vertreter in die Verwaltung einer Eisenbahn AG. abzuordnen. Das BG hat diese Frage zivilrechtlich verneint, den Entscheid dann aber auf Grund des Eisenbahnrechtes gefällt.

[153]) AS 67 I S. 262, i. S. Gemeinnützige Baugenossenschaft Selbsthilfe Zürich/Kanton Zürich. Hier verpflichtete sich die Baugenossenschaft gegenüber der sie unterstützenden Stadt Zürich, grundsätzliche Änderungen der Statuten der Genehmigung des Stadtrates von Zürich zu unterstellen. Zürich war übrigens auch Mitglied der Genossenschaft, was aber für die Beurteilung des Falles keine Rolle spielte.

nossenschaftsrechtes, zu gleichen Formulierungen wie früher das Reichsgericht. Auch hier ging das Bundesgericht von der Unveräusserlichkeit der der GV zuerkannten und nun vom neuen OR ausdrücklich als unübertragbar erklärten Befugnisse aus. Allerdings geniesse die jP eine bestimmte Autonomie, d. h. das Recht, ihre Angelegenheiten innert der gesetzlichen Schranken selbständig zu ordnen. Die Frage, ob und wie weit eine jP sich angesichts dieses Selbstbestimmungsrechtes durch obligatorischen Vertrag verpflichten kann, die ihrem obersten Organ zustehenden, unübertragbaren Befugnisse nach einer bestimmten Richtung auszuüben, liess das BG ausdrücklich offen. Als grundsätzlich ausgeschlossen erscheint es ihm aber, „dass die Statuten einer Körperschaft, die ihrem obersten Organ verliehenen Befugnisse, namentlich aber die Befugnis zur Abänderung der Satzung, einem andern Organ oder einem Dritten, z. B. einer Behörde, übertragen oder ihnen ein Mitwirkungs- oder Einspracherecht einräumen... dadurch würde sich die Körperschaft des ihrem Wesen eigentümlichen Selbstbestimmungsrechtes begeben und sich fremder Willkür ausliefern, was einer Entmündigung gleich käme und als ebenso unzulässig erscheint, wie der Verzicht einer natürlichen Person auf ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit (Art. 27 ZGB)." Eine über Art. 926 OR hinausgehende Beschränkung der Autonomie der Genossenschaft sei nur möglich, wenn die Körperschaft mit Rücksicht auf die den öffentlichen Interessen dienende Zweckbestimmung dem öffentlichen Recht unterstellt sei.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes wurde in der Literatur mehrheitlich abgelehnt[154]), wobei aber die Begründungen wieder ziemlich auseinandergehen. Man machte namentlich geltend, dass der Persönlichkeitsschutz im Gebiete des „Individualschutzes" (Betätigung der wirtschaftlichen Kräfte, Entfaltung der beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten) wurzle und dass die hier mass-

---

[154]) S. die Zusammenstellung bei Frankenberg, S. 87 ff.

gebenden Gedanken nicht auf menschliche Gemeinschaften als solche übertragen werden könnten[155]). Auch wird auf die Natur der jP als reine Zweckgebilde hingewiesen. Wie jP, sagt man, durch die Fassung ihres Zweckes ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit beliebig weit oder eng gestalten, ja sich als Einmann- oder Organgesellschaft völlig in den Dienst anderer Unternehmen stellen können, so soll es ihnen freistehen, beliebige Bindungen einzugehen und Abhängigkeitsverhältnisse zu begründen, auf statutarischer und auch rechtsgeschäftlicher (vertraglicher) Grundlage. „Der Persönlichkeitsschutz als solcher entfällt"[156]). Dies folge übrigens auch aus der ganzen Struktur unseres Aktienrechtes, nach der die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft im wesentlichen „nur als formelles Erfordernis" aufgestellt worden sei[157]).

Die Praxis, wie sie z. B. in der oben zitierten Rechtsprechung zum Ausdruck kommt, zeigt aber, dass man mit solchen mehr theoretischen Argumenten der Wirklichkeit nicht gerecht wird. So finden sich denn auch da, wo einer unbegrenzten Beschränkung der Freiheit jP das Wort geredet wird, Vorbehalte, die das Problem nur noch deutlicher herausstellen. Nach den einen[158]) kann, obschon jP als Zweckgebilden keine ethischen Zwecke zukommen sollen, ein Beherrschungsvertrag zwischen jP nicht im Ergebnis, wohl aber im Zustandekommen sittenwidrig sein. Nach andern muss aber auch das Ergebnis berücksichtigt werden, insbesondere die „wirtschaftliche Vernünftigkeit"[159]).

---

[155]) Z. B. Wieland II, S. 378 ff.

[156]) Egger, Kommentar, Art. 53 N. 17. Ihm folgend Frankenberg, S. 89 ff.

[157]) S. z. B. Frankenberg, S. 93; ferner Joss, S. 127; ähnlich Friedländer, S. 69.

[158]) Z. B. Frowein, zitiert bei Frankenber, S. 88.

[159]) Z. B. Egger, Kommentar, Art. 53 N. 17: „Vorbehalten bleiben die allgemeinen Anforderungen der Rechtsordnung. Die Bindungen dürfen nicht die öffentliche Ordnung verletzen (Art. 27). Sie müssen sich durch ihre wirtschaftliche

Diesen Ausführungen in Rechtsprechung und Doktrin liegen Gesichtspunkte verschiedener Art zugrunde, die auseinander zu halten sind.

Einmal gilt es zu unterscheiden zwischen innerer Abhängigkeit und Abhängigkeit gegenüber Dritten. Wenn z. B. auf die Einmanngesellschaft verwiesen und daraus gefolgert wird, dass die völlige Abhängigkeit mit dem Wesen einer selbständigen jP vereinbar" sei, so vermischt man zwei verschiedene Gesichtspunkte. Allerdings kann eine AG. völlig von einem andern Unternehmen abhängig werden, wenn dieses sämtliche oder doch die Mehrheit der Aktien besitzt. Dies ist die vom Gesetz gewollte Folge der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, es ist die „Abhängigkeit" der Gesellschaft von ihren eigenen Mitgliedern, also überhaupt keine Abhängigkeit in dem hier zur Frage stehenden Sinne, denn die Mitglieder sind ja selber die Gesellschaft. Die Frage bleibt, ob und inwieweit eine solche Gesellschaft ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit nach aussen beschränken, also z. B. bestimmte Befugnisse der Verwaltung oder Geschäftsführung Dritten übertragen kann.

Sodann die Funktion des Zweckes im Hinblick auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit jP: Nach ZGB 27 sind die jP aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung haben. Nach ZGB 54 sind sie handlungsfähig, sobald die

---

Vernünftigkeit rechtfertigen (Konzentrationsprozess)". Auch Wieland (II S. 379 und 159) verwahrt sich gegen „unwürdige Verpflichtungen" und billigt den Satz des Reichsgerichtes, wonach „keine Gesellschaft sich selbst entmündigen, d. h. derart sich in Abhängigkeit von einem andern begeben kann, dass dessen Wille schlechthin massgebend ist . . . dies gilt . . . ganz allgemein, für Abmachungen irgendwelcher Art, wodurch die Gesellschaft in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise sich in Abhängigkeit einer andern Gesellschaft oder eines dritten begibt." Im gleichen Sinne auch Friedländer, S. 68. Man vermisst aber allgemein die Erörterung der entscheidenden Gesichtspunkte, nach denen die Abhängigkeit jP zu begrenzen ist.

nach Gesetz und Statuten hiefür unentbehrlichen Organe vorhanden sind. Nun steht allerdings nicht nur die Entstehung sondern auch die Gestaltung der Tätigkeit einer jP durchaus im Belieben der Beteiligten. Durch die Zweckbestimmung wird das Tätigkeitsgebiet der jP umschrieben. Dies bedeutet aber nicht eine Begrenzung ihrer Rechts- oder Handlungsfähigkeit. Wenn eine Gesellschaft ihren Zweckbereich festlegt, so heisst dies nicht, dass sie ausserhalb dieses Bereiches, keine Rechte und Pflichten begründen kann. Sie ist ja, nach ZGB 53 aller Rechte und Pflichten fähig, ohne Rücksicht auf ihren Zweck. Dieser bringt bloss zum Ausdruck, dass die Gesellschaft ausserhalb eines bestimmten Gebietes nicht tätig sein will. Der Zweck bedeutet, intern Auftrag, extern Ermächtigung für die Organe, in einem bestimmten Sinne tätig zu sein. Allerdings wird die Vertretungsmacht der Organe bei allen wirtschaftlichen Gemeinschaften auf den Zweckbereich beschränkt[160]). Aber diese Normen umschreiben lediglich die Vertretungsmacht der Organe als gesetzliche Vertreter der jP[161]). Haben die Organe ihre Befugnisse überschritten, so ist die jP an das Geschäft nicht gebunden, wenn sie dies nicht will. Sie kann aber das Geschäft genehmigen, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, womit es auch für sie perfekt wird, gleich wie im Falle der Überschreitung der Vollmacht durch einen gewillkürten Stellvertreter (OR 32 und 38). Das betreffende Geschäft liegt nicht ausserhalb der Rechts- und Handlungsfähigkeit der jP und ist daher nicht nichtig, wie dies nach der ultra vires-Theorie des angelsächsischen Rechtes der Fall wäre[162]). Ferner: Der Zweck umschreibt nur den

[160]) OR 564 (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft), 718 Abs. 1 (AG., Kommandit-AG. und GmbH), 899 (Genossenschaft).

[161]) Über die Eigenschaft der Organe als gesetzliche Vertreter der jP s. Egger, Kommentar Art. 54/55 N. 2; Burckhardt, Einführung, S. 122; BGE 48 II 7.

[162]) Im angelsächsischen Recht sind Korporationen nicht fähig, ausserhalb ihres Zweckbereiches, wie er in der Gründungsurkunde (charter oder memorandum) festgestellt ist, Rechte und

sachlichen, u. U. auch den örtlichen und zeitlichen Tätigkeitsbereich der jP. Er gibt aber in der Regel keine Auskunft über die Art und die Intensität der zu begründenden Rechte und Pflichten. Dadurch dass eine Gesellschaft ihre Tätigkeit statutengemäss auf ein bestimmtes, noch so enges Gebiet beschränkt, z. B. auf die Herstellung oder den Verkauf von Produkten für ein anderes Unternehmen, unterwirft sie sich, rechtlich gesehen, noch keineswegs dessen Diktat hinsichtlich der Bedingungen, zu denen sie für das andere Unternehmen tätig sein will, noch hinsichtlich Verwaltung, Geschäftsführung, Gewinnerzielung im allgemeinen. Durch den Zweck wird also weder die Rechts- noch die Handlungsfähigkeit juristischer Personen als solcher eingeschränkt und man kann daher aus der Möglichkeit der freien Zweckgestaltung noch nicht auf eine völlige Veräusserlichkeit der wirtschaftlichen Freiheit jP, auf ein Fehlen jeglichen Persönlichkeitsschutzes schliessen[163]).

Die Lösung des Problems muss von andern Erwägungen ausgehen. Rechts- und Handlungsfähigkeit haben in der Tat, auf jP bezogen, einen besonderen Sinn[164]). Weil jP auf dem Rechte beruhende und um der Beteiligten willen geschaffene Zweckgebilde sind, kann ihnen, muss ihnen aber auch Persönlichkeitsschutz nur unter diesem Gesichtspunkte zuerkannt werden. Dass die jP aller der-

---

Pflichten zu erwerben. Solche Akte sind ultra vires der Gesellschaft und „wholly void and of no legal effect". Sie können daher auch nicht nachträglich ratifiziert werden. Diese Konstruktion geht auf die Auffassung zurück, dass Korporationen ihre Existenz einem staatlichen Privileg verdanken, einem Kreationsakt, der zugleich auch den Umfang seiner Schöpfung bestimmt — eine Auffassung die unserem Rechte vollkommen fremd ist. S. hierüber u. a. Zahnd, Wirtschaftsführertum und Vertragsethik im neuen Aktienrecht, 1934, S. 50 ff.

[163]) Im gleichen Sinne Muret, S. 61 ff. und, für das deutsche Recht, Zahnd, a.a.O., S. 48.

[164]) S. Egger, Kommentar Art. 53 N. 1 und 54 N. 2; Burckhardt, Einführung S. 116 und 123.

jenigen Persönlichkeitsrechte fähig ist, deren sie als Rechtssubjekt zur ungehinderten Tätigkeit und Teilnahme am Rechtsverkehr bedarf (Schutz ihrer Ehre, ihrer Kennzeichengüter, Geheimsphäre, u. a. m.) ist allgemein anerkannt[165]). Hier geht es um das zu schützende Mass ihrer Freiheit.

Vom Standpunkt der Handlungsfähigkeit aus betrachtet, ist zu berücksichtigen, dass jP nur auf Grund und in der vom Rechte vorgesehenen Organisation bestehen. Im Interesse der Beteiligten, Dritter und der Allgemeinheit sind den Organen der jP gewisse Funktionen auch als Pflichten zugewiesen. So hat die Verwaltung einer AG. die Geschäfte der Gesellschaft „mit aller Sorgfalt" zu leiten und der GV stehen z. B. die Wahl der andern Organe, die Festsetzung und Änderung der Statuten und die Genehmigung der Rechnungen und Bilanzen als „unübertragbare Befugnisse" zu[166]) In bezug auf solche Funktionen kann die jP ihre Handlungsfähigkeit (genauer gesagt, die Befugnisse und Pflichten ihrer Organe) nicht beschränken. Statutenbestimmungen oder Verträge, die dieses Gebot verletzen, sind nichtig, weil sie zwingendem Recht widersprechen. Insoweit besteht also eine Unveräusserlichkeit der Handlungsfähigkeit kraft Gesellschaftsrechtes. Auf dieser Ebene lagen denn auch die bisher in der Rechtsprechung als unzulässig erklärten Bindungen jP.

Vom Standpunkte der Rechtsfähigkeit aus betrachtet, ist zu berücksichtigen, dass die jP Zweckgebilde und nur um ihrer Mitglieder willen da sind. Die Frage nach der Zulässigkeit von Beschränkungen der Rechtsfähigkeit hat daher nur einen Sinn, wenn sie auf die

---

[165]) Egger, Kommentar Art. 53 ff.

[166]) Es können also auch die Beteiligten nicht auf diese Kompetenzen verzichten. So, dem Sinne nach, schon unter alt OR 644 Abs. 3, wo von „ausschliesslichen" Befugnissen die Rede ist. Die Formulierung im rev.OR („unübertragbare" Befugnisse) stellt nun ganz klar, dass auch die einstimmige GV auf die Ausübung dieser Funktionen nicht verzichten könnte. Sie sind damit auch zu eigenen Pflichten geworden.

Beteiligten bezogen wird. Und da ist die Interessenlage in der Tat eine andere, als wenn es sich um die Freiheit einzelner, natürlicher Personen handelt. Als Einzelunternehmer setzt er seine Person ein und haftet auch mit seinem ganzen Vermögen. Als Mitglied einer Kapitalgesellschaft beteiligt er sich bloss mit Vermögen und riskiert nur seine Quote — wobei allerdings in einzelnen Fällen der Einsatz sehr weit gehen kann, was aber für das Gesamtbild nicht bestimmend ist. In bezug auf die wirtschaftlichen Bindungen ist allgemein — auch im Gebiete des Individualschutzes — anerkannt, dass von einer unzulässigen Freiheitsbeschränkung nur die Rede sein kann, wenn die Einschränkung eine übermässige ist, „wenn sie ihrer Art nach den Verpflichteten der Willkür des andern ausliefert . . . oder durch ihren Umfang die Existenz des andern gefährdet"[167]). Auf die Kapitalgesellschaft, bzw. ihre Mitglieder angewandt, erleidet der Schutz der wirtschaftlichen Freiheit, aus den eben genannten Gründen, eine nochmalige Abschwächung. Das heisst aber nicht, dass er überhaupt nicht existiert. Es kann sich aus der Gesamtlage ergeben, dass gewisse Bindungen mit dem Wesen der jP als grundsätzlich selbständigem Rechtssubjekt nicht mehr vereinbar sind. Die Rechtsordnung anerkennt und ordnet die jP, damit sich die Einzelnen zu gemeinschaftlicher Tätigkeit zusammenschliessen können. Um dieser Tätigkeit willen sind die jP da. Durch die Zweckbestimmung kann nun allerdings das Tätigkeitsgebiet beliebig weit oder eng umgrenzt werden und in dieser Hinsicht kommt nun in der Tat dem Zweck eine massgebende Bedeutung zu. Stellt sich z. B. eine Gesellschaft von vornherein in den Dienst eines andern Unternehmens, so müssen die Beteiligten auch Bindungen in Kauf nehmen, die eine dem Zweck entsprechende Abhängigkeit schaffen. Aber alle jP, selbständige und abhängige, müssen innerhalb ihres Zweckbereiches leben

---

[167]) Egger, Kommentar, Art. 27 N. 35.

können, wenn das Institut der jP überhaupt einen Sinn haben soll, und auf diese Existenzfähigkeit (als solche) der jP haben Anspruch sowohl die Beteiligten, als Dritte (Gläubiger) und auch die Rechtsgemeinschaft (die Öffentlichkeit, vertreten durch den Richter). Wenn z. B. ein herrschendes Unternehmen die abhängige Gesellschaft mit Dritten Verträge abschliessen lässt, welche das abhängige Unternehmen mit Sicherheit der wirtschaftlichen Vernichtung ausliefern, so ist ein solcher Vertrag mit einem Persönlichkeitsrecht der jP, dem Recht auf Existenz und Betätigung innerhalb ihres Zweckbereiches, unvereinbar und daher nichtig. Das gleiche gilt, wenn das herrschende Unternehmen selber mit dem abhängigen Verträge solcher Art abschliesst, oder Abmachungen trifft, durch welche das abhängige Unternehmen „ausgeschöpft" wird, in einem Masse, das ihm die materielle Existenzgrundlage entzieht[168]).

In beider Hinsicht, in bezug auf die Handlungs- und auf die Rechtsfähigkeit, ist eben die Selbständigkeit der jP nicht nur eine formale[169]), ein Scheinwesen. Den Zweckverbänden kommt, vom Standpunkt der Einzelnen und der Gemeinschaft aus, eine hervorragende Bedeutung zu. Darum verlangt das Gesetz auch ein bestimmtes Mass von eigener Betätigung und Verantwortung der Beteiligten nach innen und aussen. Das Verbot der „Selbstentmündigung" hat seinen guten Sinn. Darum muss aber auch der jP dasjenige Mass wirtschaftlicher Freiheit gesichert bleiben, das zur Erhaltung ihrer Existenz und Betätigung, im Rahmen ihres Zweckes, unerlässlich ist. Sonst würden

---

[168]) Unabhängig davon besteht unter Umständen die Möglichkeit einer Anfechtung des betreffenden Rechtsgeschäftes wegen Unverbindlichkeit (OR 21 und 24 ff., insbesondere 29) oder auf Grund des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes. Vorbehalten bleibt natürlich auch die Verantwortung und Haftung der Organe des abhängigen Unternehmens, eventuell auch seiner Aktionäre (s. unten S. 308a ff.).

[169]) S. oben Anm. 157.

die jP, mit fortschreitendem Konzentrationsprozess, tatsächlich mehr und mehr zu Scheinwesen, ja zu Truggebilden.

§ 10.

2. Der Begriff der Abhängigkeit.

Eine Bestimmung des Begriffes der Abhängigkeit, sowie die Erörterung der möglichen Formen und zulässigen Grenzen der Beherrschung erscheinen zunächst nur auf dem Boden derjenigen Rechtsordnungen notwendig, die, wie die deutsche, die Abhängigkeit zum Rechtsbegriff erhoben und daran bestimmte Wirkungen geknüpft haben[170]). Es ist aber nicht zu übersehen, dass auch da, wo diese Voraussetzung fehlt, die Abhängigkeit rechterheblich werden kann, sei es vom Standpunkt allgemeiner Normen aus (z. B. betreffend die Selbständigkeit jP und die Möglichkeiten ihrer Beschränkung, Verpflichtung oder Haftung aus Verträgen beherrschender oder abhängiger Unternehmen), sei es im Hinblick auf Einzelbestimmungen, deren Zweck eine Berücksichtigung von Abhängigkeitsverhältnissen verlangt (z. B. Erwerb und Vertretung eigener Aktien durch das abhängige Unternehmen). Bei dieser Sachlage wird es nicht möglich sein, einen einheitlichen, allgemeingültigen Begriff der Abhängigkeit aufzustellen, sondern es wird sich darum handeln, ob vom Standpunkte der gerade zur Beurteilung stehenden Frage eine rechtserhebliche Abhängigkeit vorliegt. Das gleiche gilt auch für die in der Doktrin[171]) oft erörterten Grenzen der Abhängigkeit: Der untern Grenze, von der an erst von Abhängigkeit gesprochen werden kann, der obern Grenze, die nicht überschritten werden darf. Auch hier kommt es darauf an, welche Frage gerade zur Beurteilung steht, um welches Verhältnis es sich handelt. Als Ausgangspunkt und zur Vermeidung von Wiederholungen bei den Einzel-

---

[170]) S. oben S. 220a.

[171]) So besonders bei Frankenberg.

fragen soll aber kurz erwähnt werden, welche allgemeine Kriterien man für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses als massgebend erachtet hat.

Nach den einen[172]) wird, entsprechend ihren Ausgangspunkten, wiederum das wirtschaftliche Moment in den Vordergrund gestellt und die Abhängigkeit auf rein oder doch vorwiegend wirtschaftliche Tatsachen zurückgeführt. Wie bereits erwähnt, können aber wirtschaftliche Faktoren nur dann eine rechtserhebliche Abhänggigkeit begründen, wenn sie irgendwie rechtliche Formen angenommen und zu Bindungen geführt haben, die rechtlich durchgesetzt werden können. Eine andere Richtung fasst denn auch den Begriff der Abhängigkeit ganz oder doch vorwiegend rechtlich auf[173]). Die theoretische Begründung dieser Auffassungen spielt für unsere Zwecke eine untergeordnete Rolle. Massgebend ist, dass Abhängigkeit im rechtserheblichen Sinne dann vorliegt, wenn das eine Unternehmen dem andern in den wesentlichen Funktionen unmittelbar oder mittelbar seinen Willen aufzwingen kann. In gewissen Einzelheiten weichen die Formulierungen von einander ab. So z. B. hinsichtlich der „Funktionen", auf die sich die Beeinflussung auswirken soll, doch überwiegt unter den verschiedenen in Betracht fallenden diejenige der Geschäftsführung[174]). Daneben kommen aber auch andere Funk-

[172]) S. die Übersicht bei Frankenberg, S. 23 Anm. 4.

[173]) Z. B. Frankenberg, S. 22 ff., wenn auch noch mit stärkeren Konzessionen an das Wirtschaftliche. Ferner Härdy, S. 52.

[174]) Nach Frankenberg, S. 31, kann sich der Einfluss auf alle für die Gesellschaft „lebensnotwendigen, den Erwerbs-, Vermögens- oder Geschäftsführungszweck betreffenden Funktionen" auswirken, wobei aber doch die Geschäftsführung, weil „für die AG. als Erwerbsgesellschaft lebensnotwendig (S. 30)" besonders betont wird. Schlegelberger (S. 54) verlangt, „dass das herrschende Unternehmen in allen wesentlichen Fragen der Geschäftsführung dem abhängigen Unternehmen seinen Willen aufzwingen können muss." In Anwendung staatsrechtlicher Grundsätze setzt Härdy (S. 57) Herrschen gleich der Fähigkeit, Gesellschaften „zu

tionen in Frage, z. B. die Einwirkung auf die Organisation (Statuten) und die Bestellung der Organe. Es ist im Einzelfalle abzuklären, ob Beeinflussung in einer für das Unternehmen wesentlichen Funktion vorliegt. Aus dem Erfordernis der Willenslenkung folgt weiter, dass der Einfluss auf die Organe des abhängigen Unternehmens ausgeübt werden muss, wobei es vom konkreten Falle abhängt, ob die Einflussnahme in der GV oder in der Verwaltung oder in beiden zugleich erfolgt[175]). Dass die Beherrschung tatsächlich ausgeübt wird, wird nicht verlangt. Es genügt, dass das Unternehmen hiezu in der Lage ist. Über weitere Voraussetzungen der Abhängigkeit (geplante, dauernde, nicht nur zufällige, vorübergehende Beherrschung) war bereits oben die Rede.

Es wird bei den Einzelfragen festzustellen sein, ob und inwieweit diese Formulierungen den in Betracht fallenden Verhältnissen gerecht werden.

§ 11.

3. Formen der Abhängigkeit und ihre Grenzen.

1. Vom Standpunkt der HG interessiert zunächst die auf der Stimmenmacht beruhende Herrschaft. Aber gerade dieses Mittel zur Beherrschung anderer Unternehmen gibt am wenigsten zu besondern Erörterungen

---

befehlen und sie zur Befolgung der Befehle zu zwingen", wobei hier unter Befehlen jede Ausübung eines Einflusses auf einen fremden Willen zu verstehen sei. Auf welche besondern Funktionen sich der Einfluss auswirken soll, lässt Härdy unerörtert.

[175]) Durch die Statuten können z. B. der GV vermehrte Befugnisse auch in bezug auf die Geschäftsführung, z. B. durch Genehmigungsvorbehalte, eingeräumt sein, ganz abgesehen von den allgemeinen Kompetenzen der GV als „oberstem Organ"; oder vielleicht hat die in der GV entscheidende Gruppe nicht das Übergewicht in der Verwaltung; oder das eine Unternehmen herrscht wohl in der Verwaltung des andern, wobei dieses Übergewicht auch statutarisch oder vertraglich verankert ist (s. unten), nicht aber in der GV des abhängigen Unternehmens.

Anlass. Da praktisch nur Kapitalgesellschaften für HG interessant sind und hier von Gesetzes wegen (OR 692 und 808) die Kapitalbeteiligung über den Einfluss in der Gesellschaft entscheidet, liegen die Verhältnisse in rechtlicher Hinsicht klar. Es ist dann lediglich eine praktische Frage, welche Kapitalbeteiligung im konkreten Falle nötig ist, um das andere Unternehmen zu beherrschen[176]).

Zur Verstärkung der Stimmenmacht ohne entsprechenden Kapitalaufwand stehen weitere Mittel zur Verfügung, wie Stimmrechtsaktien (OR 693), die Stimmrechtsbindungen unter Gesellschaftern[177]), Legitimationszession (nach OR 689 Abs. 5 Z. 2 gestattet, unter Vorbehalt der Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen) und damit das Depotstimmrecht. Alle diese

---

[176]) Früher nahm man Beherrschung (und damit eine HG) an, wenn 51% des Kapitals in einer Hand vereinigt waren. Auch das englische Aktienrecht stellt für die Begriffsbestimmung der Holding- und der Subsidiary Co. u. a. auf diese Kriterien ab. Damit wird man aber den Verhältnissen nicht gerecht. Einmal kann sich die Beteiligung mit 51% als ungenügend erweisen, so in allen Fällen wo qualifiziertes Mehr, bezogen auf das Gesellschaftskapital, verlangt wird (z. B. OR 648). Sodann genügt erfahrungsgemäss oft eine unter 50% liegende Beteiligung zur Beherrschung, da der übrige Aktienbesitz meist „zersplittert" ist und nicht einheitlich handelt.

[177]) Abstimmungs-Vereinbarungen (Aktionär - Konsortium, Pools, Syndicate und dergleichen), wodurch sich Aktionäre vertraglich zur Stimmabgabe (oder Enthaltung) in bestimmtem Sinne, z. B. auch nach dem Willen der Verwaltung, verpflichten, werden bei uns als zulässig erachtet, vorbehältlich OR 20; s. u. a. Goldschmidt, S. 75 und F. v. Steiger, SAG XIV S. 12 ff. S. auch Egger, Kommentar Art. 27 N. 35 und die dort zitierte Rechtsprechung. Dagegen wird der sogenannte Stimmenkauf (im DAktG § 299 unter Strafe gestellt) als sittenwidrig (OR 20) erachtet, s. F. v. Steiger, a.a.O. In der Praxis wird es oft schwierig sein, zwischen zulässiger Stimmrechtsvereinbarung und Stimmenkauf zu unterscheiden. Das Unterscheidungsmerkmal wird wohl darin liegen, dass im ersten Falle die Bindung eine gegenseitige ist und im Hinblick auf die Gesellschaft erfolgt, während beim Kauf die Bindung einseitig ist und ihre Begründung nur im Entgelt, nicht in der Interessennahme an der Gesellschaft hat.

Mittel geben aber bloss einen obligatorischen, nicht direkt erzwingbaren Anspruch auf Ausübung des Stimmrechtes in bestimmtem Sinne. Zur Begründung oder Verstärkung der Beherrschung greift man daher oft zu Mitteln, die eine Bindung der (abhängigen) Gesellschaft als solcher herstellen, auf Grund des Statutes oder eines Vertrages.

2. Abhängigkeit auf organisatorischer (statutarischer) und vertraglicher Grundlage.

In unseren Ausführungen zum Konzern und der IG (S. 232a) haben wir darauf hingewiesen, dass gerade in den wichtigeren Fällen die HG, so vor allem die Dach- oder Spitzengesellschaft, Teil einer umfassenderen Organisation bildet, die im wesentlichen auf vertraglicher Grundlage beruht, aber auch statutarische Bindungen aufweisen kann. In den Fällen der IG greift die Gemeinschaftsorganisation u. U. sehr weit in das gesellschaftliche Leben der angeschlossenen Unternehmen ein, sind doch oft regelrechte Gemeinschaftsorgane vorgesehen und geht der Zweck auf eine völlige Bindung des Gewinnstrebens. Während nun im Genossenschaftsrecht wenigstens Ansätze zu einem eigentlichen Recht der Genossenschaftsverbände bestehen (OR 921/925), die immerhin die Rechtsform der Gemeinschaftsorganisation und gewisse Befugnisse der Gemeinschaftsorgane festlegen, fehlen im Recht der Kapitalgesellschaft solche Grundlagen. Für die Beurteilung der sich aus den Unternehmensverbindungen ergebenden Sonderfragen ist man völlig auf das Vertragsrecht und das für die einzelnen Gesellschaftstypen geltende Recht angewiesen. Ob sich aus Rechtsprechung und Doktrin mit der Zeit ein eigentliches Recht der Unternehmensverbindungen entwickeln wird (wie im Kartellrecht), wird die Zukunft zeigen. Hier handelt es sich nur darum, auf einige Fragen hinzuweisen, die sich im Zusammenhang mit HG ergeben können und deren Lösung auf Grund des positiven Rechtes zu prüfen.

Die Grundfrage lautet hier: Wie weit können sich Kapitalgesellschaften durch Vertrag oder Statut dem

Willen einer übergeordneten Gemeinschaft oder eines Gemeinschaftsteiles (z. B. Dachgesellschaft) unterwerfen? Das Grundsätzliche hiezu wurde bereits oben (S. 285a), im Zusammenhang mit der Rechts- und Handlungsfähigkeit jP erörtert. Hier ist noch die Vorfrage zu prüfen, ob Dritten überhaupt Rechte in den Statuten eingeräumt werden können und wie sich Vertrag und Statut zueinander verhalten. Das Bundesgericht hat in dem oben (S. 281a) erwähnten Entscheid eine bestimmte statutarische Bindung gegenüber Dritten als unzulässig erklärt, die Frage aber, ob die gleiche Bindung nicht vertraglich begründet werden könnte, ausdrücklich offen gelassen. Nun beruhen aber statutarische Bindungen meist auf einem vorangehenden Vertrag und dies aus bestimmten Gründen. Einmal bedürfen gewisse Rechte Dritter, von Gesetzes wegen, zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in die Statuten, so die bei der Gründung den Gründern oder „andern Personen" eingeräumten Vorteile (OR 630 Abs. 2). Damit ist die Frage, ob Dritten Rechte statutarisch zugesichert werden können, schon auf Grund des Gesetzes zu bejahen[178]), denn was bei der Gründung möglich ist, muss auch später, auf dem Wege der Statutenänderung möglich sein. Sodann bedürfen Rechte Dritter u. U. darum der Verankerung in den Statuten, weil ihnen sonst gesetzliche oder statutarische Rechte der Gesellschafter entgegenstehen würden, was ihre Verwirklichung verunmöglichen oder doch wesentlich erschweren würde, so z. B. Ansprüche auf Reingewinn oder auf Begrenzungen der Dividende. Der Aktionär hat ein wohlerworbenes Recht auf seinen Anteil am Reingewinn, aber nur insoweit, als dieser gemäss Gesetz und Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist (OR 660). Soll der Reingewinn, ganz oder teilweise, einem andern Unternehmen zufallen, so muss dies in den Statuten gesagt sein. widrigenfalls der Aktionär die Anfechtungsklage erheben kann[179]). Aus den gleichen Gesichts-

[178]) A. M. Frankenberg, S. 106.

[179]) S. aber, für besondere Fälle, unten S. 302a.

punkten heraus muss auch die vom BG angedeutete Frage beantwortet werden, ob vertraglich weitergehende Bindungen vereinbart werden können als in den Statuten. Das BG ist mit Recht vom Gesellschaftsrecht (in casu Genossenschaftsrecht) ausgegangen. Dieses gibt der jP Existenz und Gestalt und bestimmt primär, was sie tun kann und was nicht. Wenn nun bestimmte Bindungen nicht in die Statuten aufgenommen werden können, weil sie zwingenden Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes widersprechen, so können sie auch nicht vertraglich begründet werden, denn sie wären rechtswidrig. Eine AG. kann weder statutarisch noch vertraglich die Wahl ihrer Organe oder die Änderung der Statuten einem Dritten anheimstellen[180]). Anders verhält es sich mit Vereinbarungen, die bloss statutarisch begründeten Rechten widersprechen würden. Hier kann die Verwaltung mit oder ohne Zustimmung der GV die Gesellschaft als solche verpflichten (im Rahmen ihrer Vertretungsmacht, s. oben S. 284a), unter Vorbehalt ihrer Verantwortung und Schadenersatzpflicht gegenüber den Aktionären[181]). Im Einzelnen lässt sich die Situation wie folgt skizzieren:

---

[180]) Vorbehalten bleiben müssen einzig allfällige abweichende Vorschriften des öffentlichen Rechtes. So hat sich z. B. das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement in Art. 3 BRB vom 28. Februar 1941 über kriegswirtschaftliche Syndikate das endgültige Verfügungs-, Entscheidungs- und Genehmigungsrecht vorbehalten in allen Fragen, welche betreffen: 1. die Aufstellung und Abänderung der Statuten; 2. die Aufnahme und den Ausschluss von Syndikatsmitgliedern; 3. die Auflösung der Syndikate; 4. Sanktionen gegenüber Syndikatsmitgliedern. Allein die kriegswirtschaftlichen Syndikate, die zwar regelmässig als Genossenschaften konstituiert sind, haben nicht den Charakter eines reinen privatwirtschaftlichen Gebildes. Das zeigt sich auch darin, dass die Statuten vom gemeinen Recht abweichen können (Art. 4 Abs. 2).

[181]) Friedländer, S. 227, weist (offenbar zustimmend) auf ein Urteil des Reichsgerichtes hin, wonach streng zwischen Satzungs- und Vertragsrecht zu scheiden sei. Nach Vertragsrecht sei die Gesellschaft an die Vertragsbestimmungen gebunden und deren Verletzung seitens der Gesellschaft ziehe die

a) Organbestellung: Nach OR 698 und 810 steht die Wahl der Organe einer AG. und GmbH der GV als eine unübertragbare Befugnis zu[182]). Die Bestellung der Organe kann also weder durch andere Organe oder Dritte erfolgen, noch von deren Vorschlag oder Genehmigung abhängig gemacht werden[183]). Das gleiche muss für die Abberufung gelten, die zwar in OR 705 nicht als ausschliessliches Recht der GV erklärt worden ist, dies aber sein muss, weil sonst das Wahlrecht der GV illusorisch würde. Dieses freie Wahl- und Abberufungsrecht erleidet gewisse Einschränkungen durch OR 708 Abs. 2 (Bezeichnung der Mitglieder für die ersten drei Jahre durch die Statuten), OR 708 Abs. 4 (sogenannter Verwaltungsproporz), OR 762 (Abordnung von Vertretern öffentlich-rechtlicher Körperschaften in die Verwaltung von Unternehmen, an denen diese ein öffentliches Interesse besitzen, z. B. auf Grund einer Konzession, oder beteiligt sind, sogenanntes gemischtes Unternehmen). Eine besondere Lage besteht bloss auf Grund von OR 707 Abs. 3, wonach Aktionäre mit juristischer Persönlichkeit (oder Handelsgesellschaften) als solche nicht in die Verwaltung wählbar sind, dagegen an deren Stelle „ihre Vertreter". Kann die jP, als Aktionärin, gestützt auf diese Bestimmung, ihre Vertreter (seien es ihre eigenen Verwaltungsratsmitglieder oder Dritte) in die Verwaltung der AG. delegieren, ohne an die Wahl oder doch Zustimmung der GV gebunden zu sein? Es würde

---

allgemein vorgesehenen Folgen nach sich (Rücktritt, Schadenersatz). Dieser Auffassung kann nur unter Vorbehalt des oben Gesagten zugestimmt werden: Widersprechen vertragliche Vereinbarungen zwingendem Gesellschaftsrecht, so sind sie nichtig und ihre Verletzung kann daher auch keine weiteren Rechtsfolgen nach sich ziehen. Widersprechen sie aber bloss statutarisch begründeten Rechten, so muss die Gesellschaft, mangels Erfüllung, die Folgen der Vertragsverletzung auf sich nehmen.

[182]) Hier soweit es sich um die Wahl eines Geschäftsführers handelt.

[183]) So ganz deutlich BGE 59 II 282 schon auf dem Boden des alten OR. Bestätigt auf Grund des rev. OR im BGE 66 II 50 ff.

sich hier allerdings nicht um die uns hier beschäftigende Abhängigkeit von Dritten handeln, da die betreffenden jP ja Aktionärin ist. Die Frage ist aber gerade im Holdingverhältnis von besonderer Bedeutung, weshalb dazu kurz Stellung genommen werden soll. Ihre Beantwortung hängt von der Grundfrage ab, ob einzelne Aktionäre oder Aktionärgruppen überhaupt Anspruch auf Vertretung in der Verwaltung und, gegebenenfalls, auf Bezeichnung der Vertreter erheben können. Hierüber schon hat sich bekanntlich eine Kontroverse entwickelt[184]), in welcher die Meinung überwog, dass auf Grund der Statuten Aktionären oder Aktionärgruppen ein Recht auf Vertretung in der Verwaltung eingeräumt werden könne, dass aber die GV Wahlbehörde bleiben müsse. Ziemlich offen blieb die Frage, ob die GV an die Wahlvorschläge gebunden werden könne und, wenn ja, ob ihr nicht zum mindesten ein Vetorecht zugestanden werden müsse. Inzwischen erging die Bestimmung des rev. OR 708 Abs. 4, wonach bei Bestehen mehrerer Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung durch die Statuten jeder Gruppe die Wahl wenigstens eines Vertreters in die Verwaltung „zu sichern" ist. In seinem Entscheid i. S. Tobler hat das BG (BGE 66 II 50 ff.) entschieden, dass auch auf dem Boden von OR 704 Abs. 4 die GV Wahlbehörde bleiben müsse, hingegen an die Vorschläge der betreffenden Gruppe gebunden sei und diese nur aus wichtigen Gründen ablehnen könne. Nun ist allerdings dieses gesetzliche Vertretungsrecht auf Gruppen „mit verschiedener Rechtsstellung" beschränkt (z. B. Prioritäts- und Stammaktionäre, nicht aber Mehrheits- oder Minderheitsaktionäre). Nachdem nun aber rev. OR 708 Abs. 6 auch die Möglichkeit vorsieht, in den Statuten weitere Vorschriften über die Wahlart zum Schutze der Minderheiten oder „einzelner Gruppen"[185]) aufzustellen,

---

[184]) S. Funk, Guhl, Pfyffer und Steiner in SAG III S. 9, 24, 43, 51, 72.

[185]) Dass unter „Aktionären" nicht notwendigerweise eine Mehrzahl von Gesellschaftern zu verstehen ist, sondern auch die

scheint die Schaffung statutarischer Vorrechte von Aktionären auf Vertretung in der Verwaltung allgemein möglich zu sein. Sie entspricht auch einem praktischen Bedürfnis. Es stellt sich dann nur wiederum die Frage nach der Wahlart. Da die GV auch hier Wahlbehörde bleiben muss, wenn ihr „Kontrollrecht" (BGE 66 II 52) gewahrt bleiben soll, so können jedenfalls solche statutarischen Vorrechte nicht über die gesetzlichen Rechte auf Vertretung gemäss OR 708 Abs. 4 hinausgehen. Den betreffenden Aktionären steht also höchstens — wenn man dem BG folgen will — ein verbindliches Vorschlagsrecht zu, unter Vorbehalt der Ablehnung aus wichtigen Gründen. Denn es besteht kein Grund, hier anders vorzugehen als beim gesetzlichen Vertretungsrecht gemäss Abs. 4[186]). Auf diese Weise können sich HG, die an andern Unternehmen beteiligt sind, ohne sie zu beherrschen, eine dauernde Vertretung in der Verwaltung dieser Unternehmen sichern, was mit Rücksicht auf die besondere Natur dieser Beteiligungen von erheblicher praktischer Bedeutung ist. Umgekehrt kann auch Minderheiten in von einer HG beherrschten Gesellschaften das gleiche Recht gesichert werden.

b) Geschäftsführung: Die Frage lautet hier, ob und inwieweit eine AG. die Verwaltung ihrer Gesellschaftsangelegenheiten und ihre Geschäftsführung i. e. S., durch

---

Vereinigung einer Mehrzahl von Aktien in einer Hand, hat das BG im Zusammenhang mit der Auflösungsklage anerkannt (BGE 67 II 163). Das gleiche gilt, mutatis mutandis, u. E. auch in bezug auf die „Gruppen" im Sinne von OR 708 Abs. 6.

[186]) Ob es nicht richtiger wäre, das Vorschlagsrecht als unverbindlich zu erklären — und zwar sowohl nach OR 708 Abs. 4 und 6 — dafür aber den betreffenden Gruppen das Recht einzuräumen, die GV wegen Rechtsmissbrauch anzugreifen, wenn sie ohne genügenden Grund die Vorschläge ablehnt, soll hier dahingestellt bleiben und mag die Praxis entscheiden. Wenn man schon den genossenschaftlichen Charakter unseres Aktienrechtes betont, wie dies das OR und das BG tun, so sollte man eigentlich nicht die „unübertragbaren" Befugnisse der GV beim ersten Anlass wieder einschränken. Denn eine Wahl auf verbindlichen Vorschlag ist keine Wahl mehr, sondern eine Registrierakt.

Statut oder Vertrag, von den Weisungen oder Genehmigungen Dritter abhängig machen kann. In dem auf Kontrolle beruhenden Holdingverhältnis scheint die Frage zunächst überflüssig, weil die HG ja auf Grund ihrer beherrschenden Beteiligung in GV und Verwaltung ihren Willen durchsetzen und daher eigentlich von weiteren Bindungen absehen kann (innere Abhängigkeit, s. oben S. 283a). Die Praxis zeigt aber, dass auch bei dieser Sachlage das herrschende Unternehmen bestimmte Rechte durch vertragliche und statutarische Bindungen des andern Unternehmens sicherstellt, sei es zur Stärkung seiner Herrschaft, sei es zur Klarstellung der Verhältnisse, auch gegenüber Dritten. Umso mehr bedarf die nicht herrschende Beteiligungsgesellschaft solcher Mittel, wenn sie sich Einfluss auf die Geschäftsführung des andern Unternehmens sichern will. Von besonderer Bedeutung wird aber die Frage nach den möglichen Bindungen der Geschäftsführung im Konzernverhältnis, namentlich bei den IG. Die Eingliederung des Unternehmens in eine vertraglich organisierte und nach bestimmtem Plane arbeitende Gemeinschaft bringt es mit sich, dass seine Tätigkeit in sachlicher und organisatorischer Hinsicht Bindungen unterworfen wird. Dies auch bei den zentralen IG, die durch eine HG beherrscht werden[187]). In sachlicher Hinsicht wird z. B. vorgesehen, dass alle angeschlossenen Unternehmen ihre Bilanzen nach einheitlichen Grundsätzen zu erstellen, oder ihre Tätigkeit nach bestimmten Plänen zu richten haben. In organisatorischer Hinsicht wird z. B. vereinbart, dass die oberste Leitung des Konzerns bei einem eigens dazu geschaffenen Konzernorgan liegt oder dass für bestimmte Geschäfte (z. B. auch Veränderungen des Gesellschaftskapitals), dessen Zustimmung eingeholt werden muss. Wie sind solche Bindungen (in der IG oder allgemein im Holdingverhältnis) mit der rechtlichen Selbständigkeit jP und der Stellung ihrer Organe zu vereinbaren?

---

[187]) S. oben S. 33 ff.

Wie bereits festgestellt (oben S. 285a), ist die jP grundsätzlich frei, im Statut und durch Vertrag diejenigen Bindungen einzugehen, die sie für gut erachtet, sofern nur keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften verletzt werden. Dies gilt namentlich auch im Hinblick auf die Befugnisse und Pflichten der Organe. Die Verwaltung ist zur Leitung der Geschäfte „mit aller Sorgfalt" verpflichtet, wobei ihr noch eine Reihe besonderer Verpflichtungen auferlegt werden, z. B. die Erstellung der Gewinn- und Verlustrechnungen und der Bilanzen „nach den gesetzlichen Vorschriften" (OR 722)[188]). Im Rahmen dieser Pflichten kann die Geschäftsführung der Verwaltung beliebigen Bindungen unterworfen werden. Unzulässig wäre aber wohl eine vorbehaltlose Verpflichtung der Verwaltung, alle Weisungen eines herrschenden Unternehmens oder eines Konzernorganes auszuführen, denn eine so allgemeine und in ihren Wirkungen nicht überblickbare Bindung wäre mit der Pflicht zur Geschäftsführung „mit aller Sorgfalt" nicht vereinbar[189]). Hingegen kann die Verwaltung, unter

---

[188]) Allerdings werden diese Pflichten der Verwaltung im Gesetz nicht ausdrücklich als „unübertragbare" bezeichnet. Die Verwaltung kann denn auch, wenn dies in den Statuten oder Reglementen vorgesehen ist, die Geschäftsführung ganz oder teilweise Delegierten oder Dritten (Direktoren) übertragen (OR 717 Abs. 2). Es handelt sich hier aber um interne Delegationen, da diese Dritten in eine organmässige Stellung rücken und wie Organe verantwortlich werden (Botschaft, S. 50 und OR 754). Auch die Übertragung der Geschäftsführung an Dritte auf Grund von Vollmachten ist möglich (wobei Vollmachten in der Regel auch widerruflich sind). In all diesen Fällen aber bleibt die „Leitung der Geschäfte", d. h. der letzte Entscheid bei der Verwaltung, als einzigem hiefür zuständigem Organ, das hiefür auch verantwortlich ist (OR 754). Diese Leitung mit aller Sorgfalt ist im rev. OR deutlich als Pflicht ausgestaltet worden und Pflichten kann man nicht übertragen.

[189]) Solche Bindungen sind allerdings in der Konzernpraxis gebräuchlich, s. z. B. die bei Vogt, Die Zusammenschlüsse in der schweizerischen Uhrenindustrie, 1934, erwähnte Convention Industrielle, wonach die Direktion der Allg. Schweiz. Uhrenindustrie AG. (ASUAG) zuständig ist, in allen Fragen der Geschäftsführung

ihrer Verantwortung, bestimmte oder zum mindesten bestimmbare Bindungen ihrer Geschäftsführung eingehen, so hinsichtlich Verfügungen über Aktiven, Abschluss von Verträgen mit Dritten, oder der Bilanzierung. Aber auch in dieser Hinsicht bleibt die Verwaltung zur Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften verpflichtet. Sie kann sich z. B. nicht zu einer Bilanzierung verpflichten, die mit OR 662 ff. nicht vereinbar wäre. Solche Abkommen wären rechtswidrig und nichtig. Der Generalversammlung als „oberstem Organ" stehen nach OR 698 gewisse „unübertragbare" Befugnisse zu, die vorwiegend administrativer Art sind (Festsetzung und Änderung der Statuten, Wahlen etc.), z. T. aber auch in die Geschäftsführung eingreifen, z. B. Genehmigung der Gewinn- und Verlustrechnungen und der Bilanzen. Beschliesst oder verweigert die GV z. B. Abschreibungen oder Reserveanlagen, so können dadurch das Geschäftsergebnis und die weitere Geschäftsführung nicht unwesentlich beeinflusst werden. In bezug auf die in OR 698 genannten Angelegenheiten kann die Gesellschaft also weder vertraglich noch statutarisch Bindungen gegenüber andern Unternehmen eingehen. Die

---

(gestion) der angeschlossenen Unternehmen Beschlüsse zu fassen, sofern sie mindestens zwei Unternehmen betreffen oder ihr vom Bureau der ASUAG übertragen werden. Solche Beschlüsse sollen für alle Organe der angeschlossenen Unternehmen verbindlich und endgültig sein. Die Verbindlichkeit solcher Abmachungen hängt vor allem von ihrer Anwendung ab. Halten sich die Weisungen des Konzernorganes in den gesetzlichen Schranken, so sind sie verbindlich, und es besteht zu ihrer Anfechtung auch kein Anlass. Würden sie zwingenden gesetzlichen Vorschriften widersprechen, so könnten sie trotz der Convention nicht durchgesetzt werden. In der Praxis sind aus dieser Convention keine Schwierigkeiten entstanden (sie wurde kaum je angewendet), ganz abgesehen davon, dass die ASUAG die angeschlossenen Unternehmen auf Grund ihrer Mehrheitsbeteiligung in GV und Verwaltungen beherrscht. Bei andern Konzernen können aber die Verhältnisse anders liegen und da kann die weitere oder engere Fassung solcher Kompetenzen von Konzernorganen u. U. von erheblicher Bedeutung werden.

Genehmigung von Bilanzen z. B. kann weder von der Weisung eines Dritten noch von dessen Zustimmung abhängig gemacht werden.

Mit Rücksicht auf diese Beschränkungen der Bindungsmöglichkeiten einer AG. werden denn auch im IG-Verhältnis Beschlüsse oder Massnahmen übergeordneter Gemeinschaftsorgane oder Unternehmen oft von der Ratifizierung durch die zuständigen Organe der angeschlossenen Unternehmen (Verwaltung oder GV) abhängig gemacht[190]), womit dem Gesetz wieder Genüge getan werden kann. Soll daher eine vollkommen einheitliche und straffe Leitung der IG sichergestellt werden, so wird dies nur möglich sein, wenn die einzelnen Unternehmen durch eine Spitzengesellschaft (HG) auch von innen heraus, eben auf Grund der Beteiligung beherrscht werden.

Verfügung über den Reingewinn.

Das Kernstück aller IG bilden die Gewinnabkommen. Aber auch ausserhalb solcher Gemeinschaften kommen Bindungen hinsichtlich der Verwendung des Reingewinnes vor, z. B. Begrenzung von Dividenden[191]). Wie verhalten sich solche Bindungen zu der „unübertragbaren Befugnis" der GV, über „die Verwendung des Reingewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende" zu beschliessen? Hier ist zu unterscheiden zwischen Gewinnerzielung und Gewinnverwendung. Abkommen, wonach der Rohgewinn (insgesamt, oder ein Prozentsatz oder der eine bestimmte Quote übersteigende Teil) der Gemeinschaft oder einer Kontrollgesellschaft abzuliefern ist, wofür dem Unter-

---

[190]) Nägeli, S. 228 ff.

[191]) S. z. B. den bei Friedländer, S. 227 zitierten Fall, wo sich eine Gesellschaft gegenüber dem sie beliefernden Gemeinwesen verpflichtete, nicht mehr als 6% Dividende auszuschütten. Aus der schweizerischen Praxis sei die Dividendenbegrenzung bei der ASUAG erwähnt, wonach, mit Rücksicht auf die Beteiligung und Finanzierung seitens des Bundes, die auf das private Aktienkapital entfallende Gesamtdividende nicht 6% übersteigen darf.

nehmen eine Beteiligung am Gesamtgewinn zusteht, sei es prozentual (im Verhältnis zum eigenen Gesellschaftskapital oder nach Umsatz), sei es in der Form einer festen Dividendengarantie seitens des herrschenden Unternehmens, betreffend die Gewinnerzielung. Das Unternehmen erzielt hier seinen Gewinn nicht direkt, aus eigener Tätigkeit und Vermögen, sondern indirekt, auf Grund seiner Zugehörigkeit zu einer Unternehmensverbindung, seiner Beteiligung an einer so oder so gearteten Gewinngemeinschaft. Solche Abkommen berühren also lediglich die Art der Gewinnerzielung, Modalitäten der Geschäftsführung. In dieser Hinsicht kann die jP alle Bindungen eingehen, die nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstossen[192]). Anders verhält es sich mit den Dividendenbegrenzungen (feste oder gemäss Weisungen Dritter) oder anderen Bindungen hinsichtlich des von der Gesellschaft letzten Endes erzielten Reingewinnes. Hier geht es um die Verwendung des Reingewinnes und hierüber, insbesondere über die Festsetzung der Dividende, kann nach OR 698 nur die GV beschliessen. Hingegen steht der Reingewinn nach OR 660 nur insoweit zur Verfügung der Aktionäre, als dies in den Statuten vorgesehen ist. Statutarisch kann demnach die AG. beliebige Dividendenbegrenzungen oder andere Bindungen hinsichtlich der Verwendung des Reingewinnes vornehmen. Solche Abkommen bedürfen also der Sanktion durch die Stauten (Genusscheine, Gründervorteile, Lizenzgebühren).

3. Grenzen der Abhängigkeit. Nach dem Gesagten lässt sich die in der Doktrin eingehend erörterte Frage nach den unteren und oberen Grenzen der Abhängigkeit kurz beantworten. Die untere Grenze, von der an man von Abhängigkeit sprechen kann, lässt sich

---

[192]) Im gleichen Sinne wohl auch Rosendorff. Die Frage bleibt aber, ob durch Eingehen solcher Gewinngemeinschaften nicht die ursprüngliche Zweckbestimmung der Gesellschaft verletzt wird, was aber auf anderem Boden zu beurteilen ist, s. oben S. 268a.

nur nach dem Zweck der Norm bestimmen, auf Grund derer sich die Frage nach der Abhängigkeit stellt. Das gleiche gilt für die Erheblichkeit einer bestimmten Form der Abhängigkeit. Wenn zur Frage steht, ob eine Tochtergesellschaft Aktien der Muttergesellschaft erwerben darf, so kommt nur die Abhängigkeit auf Grund der Beteiligung in Frage, sie braucht aber an sich nicht beherrschend zu sein[193]). Handelt es sich aber um die Frage, ob ein Unternehmen aus Verträgen eines abhängigen Unternehmens verpflichtet wird oder haftet, so kommt auch die Abhängigkeit auf organisatorischer und vertraglicher Grundlage in Frage, aber nur wenn völlige Beherrschung vorliegt[194]).

Die obere Grenze, d. h. das zulässige Mass der Abhängigkeit, hängt von ihrer Rechtsform ab. Beruht sie auf Beteiligung, so ist sie unbegrenzt möglich, ein Unternehmen kann ein anderes völlig „besitzen". Die organisatorischen und vertraglichen Bindungen dagegen unterliegen den aus den zwingenden Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes hervorgehenden Beschränkungen.

§ 12.

IV. Das Haftungsproblem.

Konzernverhältnisse bergen ein besonderes, ihnen eigentümliches Problem in sich: Können Konzernunternehmen aus Rechtsgeschäften verbundener Unternehmen gegenüber Dritten verpflichtet werden? Das Problem enthält zwei Grundfragen, diejenige nach der direkten Verpflichtung und diejenige nach der Haftung für Schädigung Dritter. Beide hängen zunächst von der Einstellung zur Einheitstheorie ab. Lehnt man diese, wie oben vertreten (S. 274a) ab, so stellt sich die Frage, ob die Verbindung der Unternehmen etwa vom Standpunkt der zur Entscheidung

---

[193]) S. unten S. 318a.

[194]) Unten § 12.

stehenden Frage zu berücksichtigen ist (modifizierte Einheitstheorie).

1. Direkte Verpflichtung von HG aus Rechtsgeschäften von Tochtergesellschaften und umgekehrt.

Man denke sich folgenden Fall: Eine (gemischte) HG oder ihre Tochtergesellschaft unterstehen selbständig Konkurrenzenthaltungs- oder Kartellpflichten. Kann die HG ihre Pflicht umgehen, indem sie die ihr untersagte Tätigkeit durch die Tochtergesellschaft ausführen lässt, sei es durch eine bestehende oder eine nach Eingehung des Verbotes gegründete? Umgekehrt: Kann die HG die von der Tochtergesellschaft eingegangenen Verpflichtungen ignorieren und die dieser untersagte Tätigkeit selber ausüben oder durch eine andere Tochtergesellschaft ausüben lassen? Oder ein Fall positiver Verpflichtung: Die Tochtergesellschaft kann ihre Lieferungs- oder Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen. Kann die sie beherrschende HG zur Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verhalten werden? Mit der Ablehnung der Einheitstheorie sind diese Fragen dem Grundsatze nach auch schon beantwortet: Eine direkte Verpflichtung eines rechtlich selbständigen Unternehmens aus Rechtsgeschäften verbundener Unternehmen kann nicht bestehen, weil mit der Struktur unserer Rechtsordnung nicht vereinbar. Ausgangspunkt ist also die Selbständigkeit, nicht die Verbindung[195]). Der Dritte, der mit jP kontrahiert, weiss, dass sie rechtlich selbständig sind, dass er nur auf ihr Vermögen greifen kann und dass nur ihre Organe ihm verantwortlich sind (S. 276a). Er muss sich dieser Sachlage entsprechend vorsehen. Aber die Verbundenheit der Unternehmen, namentlich die Abhängigkeit, bleibt doch nicht ohne Wirkung.

a) Einmal kann die Auslegung der Verträge ergeben, dass auch die Veranlassung eines Tuns oder Unterlassens durch andere unter den Vertrag und seine Sanktionen fällt. Dann kann (um beim Beispiel der Konkurrenzklausel zu

---

[195]) S. oben S. 274a.

bleiben) die HG, wenn sie Vertragspartnerin ist, verurteilt werden, die Ausübung der verbotenen Tätigkeit auch durch ihre Tochtergesellschaften zu unterlassen, unter Androhung der gesetzlichen Folgen; u. U. verfällt sie auch den Vertragsstrafen und muss Schadenersatz leisten (was vom Vertragsinhalt und dem Tatbestand im konkreten Falle abhängt). Die Verpflichtung der HG ist in diesem Falle nicht die Auswirkung einer Einheit zwischen Mutter- und Tochterunternehmen, sondern des Vertrages selber, und der Tatsache, dass hier die HG auf Grund ihrer Herrschaft selber handelt. Wie aber, wenn die Tochtergesellschaft Vertragspartnerin war, und nun die HG, selber oder durch eine andere Tochtergesellschaft, die verbotene Tätigkeit ausübt oder ausüben lässt? Die Lage ist hier eine andere, indem das abhängige Unternehmen ja nicht in der Lage ist, das Tun und Lassen des herrschenden zu bestimmen. In diesen Fällen besteht keine Möglichkeit, die Vertragserfüllung zu erzwingen, denn die Tochtergesellschaft hat nicht verletzt und mit der HG oder einer andern Tochtergesellschaft besteht kein Vertrag. Das Abkommen besteht dann eben mit einem untergeordneten Glied der Wirtschaftsorganisation und löst entsprechend beschränktere Wirkungen aus als wenn mit dem übergeordneten Glied abgeschlossen. Das ist aber eine allgemeine Erscheinung des Rechtslebens. Anders wäre es bloss im Falle der gegenseitigen Verschachtelung, wobei auch der Tochtergesellschaft die Majorität in der Muttergesellschaft zukommt oder sie sonstwie in der Lage ist, diese zu beherrschen[196]). Dann gilt sie als das herrschende Unternehmen und ist, wenn der Vertrag auch die Veranlassung eines Tuns oder Unterlassens erfasst, für die HG und deren Tochtergesellschaft verantwortlich.

b) Aber auch, wenn der Vertrag selber das Abhängigkeitsverhältnis nicht zu erfassen vermag, muss es u. U. in anderer Hinsicht berücksichtigt werden. Die Gründung

[196]) Z. B. bei genügender Minderheitsbeteiligung oder in Verbindung mit organisatorischen oder vertraglichen Bindungen.

oder Verwendung einer abhängigen Gesellschaft zum Zwecke der Umgehung einer vertraglichen Pflicht bedeutet zweckwidrige Ausübung eines Rechtsinstitutes, die der zweckwidrigen Verwendung subjektiver Rechte gleichsteht und daher ebenfalls Rechtsmissbrauch im Sinne von ZGB 2 bedeutet[197]). Dabei macht es keinen Unterschied aus, ob die Abhängigkeit auf Stimmenmacht (Einmanngesellschaft oder doch beherrschende Beteiligung) oder auf anderer Grundlage beruht. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes aber findet „keinen Schutz". Der Gegenkontrahent der HG kann also nicht nur auf Schadenersatz oder Konventionalstrafe, sondern auch direkt auf Vertragserfüllung, also Untersagung der Konkurrenztätigkeit klagen, wenn dies dem Inhalt des Vertrages entspricht. Man kann sich sogar fragen, ob nicht schon die Gründung der Tochtergesellschaft als solche, wenn sie nachweisbar nur zum Zwecke der Umgehung vertraglicher Pflichten erfolgte, als Rechtsmissbrauch und gegen die guten Sitten verstossend, anzusehen ist und geahndet werden kann (ZGB 52 Abs. 3, OR 643 Abs. 2). Denn wenn auf Grund von OR 20

---

[197]) S. hierüber Siegwart, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Freiburger Rektoratsrede 1936, insbes. S. 12. Über die Unterscheidung und die Zusammenhänge zwischen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung ebenfalls Siegwart, a. a. O. S. 29 ff. — Auf anderer Grundlage kommt Egger, Kommentar Art. 52 N. 6, zum gleichen Ergebnis. Hier wird, speziell für die Einmanngesellschaft, die „Durchbrechung der Personifikation (d. h. der selbständigen Rechtsträgerschaft) verlangt, nämlich dann, wenn „die Identität der Interessen die Identifizierung von Verein und Mitglied erfordert". Diese Begründung scheint uns nicht unbedenklich zu sein, da sie, in dieser Formulierung wenigstens, der Einheitstheorie stark entgegenkommt. Allerdings sieht die von uns vertretene modifizierte Einheitstheorie vor, dass vom Standpunkt bestimmter Normen aus verbundene Unternehmen als Einheit behandelt werden können. Im vorliegenden Falle aber handelt es sich um die Auswirkungen von Verträgen und da ist doch von der Selbständigkeit der Rechtssubjekte auszugehen, jedoch unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauches.

Verträge, durch die ein Partner zu einem Tun verpflichtet wird, das dem andern Partner verboten ist, als sittenwidrig und daher nichtig zu betrachten sind[198]), so sollte dies auch für die Gründung von Gesellschaften zu diesem Zwecke gelten[199]).

2. Verantwortung und Haftung der HG für die Tochtergesellschaft.

Kann sich das Abhängigkeitsverhältnis auch auswirken in bezug auf die Haftung der HG für Schädigungen Dritter durch die Tochtergesellschaft? Die Interessen Dritter können auf zwei Arten berührt werden: Durch Transaktionen zwischen HG und Tochtergesellschaft und durch Rechtsgeschäfte der Tochtergesellschaft mit Dritten. Beispiele: Die HG erwirkt, dass die Mittel der Tochtergesellschaft vor allem ihr zukommen, so dass den Gläubigern gegebenenfalls das Nachsehen bleibt (Ausschöpfung der Tochtergesellschaft). Oder, die HG bestimmt die Tochtergesellschaft zum Abschluss von Verträgen, wobei feststeht, dass diese Verträge nicht erfüllt werden sollen[200]) oder nicht erfüllt werden können[201]). Ausgangspunkt ist auch hier die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen, was zur Folge hat, dass Abmachungen zwischen HG und Tochtergesellschaft an sich rechtsgültig sind und dass die HG als solche aus Rechtsgeschäften der Tochtergesellschaft mit Dritten nicht haftet[202]). Für die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft bestehen aber bestimmte Verantwortlichkeiten und es ist daher zu prüfen, ob diese nicht auch

---

[198]) So Becker, OR Kommentar, 2. Aufl., Art. 19 N. 50.

[199]) S. auch Egger, Kommentar, Art. 52 N. 8, wonach nicht nur der statutarische, sondern auch der wirklich verfolgte Zweck in Betracht fällt.

[200]) Die Tochtergesellschaft z. B. geht ein exklusives Lizenzabkommen ein, nicht zum Zwecke der Ausbeutung des Patentes, sondern zur Verhinderung der Ausbeutung durch andere.

[201]) Die Tochtergesellschaft verpflichtet sich zu Leistungen, zu deren Erfüllung ihr die Mittel fehlen; spekulatives Geschäft, das eine culpa in contrahendo bedeutet.

[202]) Unter den oben S. 304a ff. erwähnten Vorbehalten.

eine Haftung der HG begründen. Dies bedingt eine Prüfung der verschiedenen Verantwortlichkeitsfälle, wobei als haftbar in Betracht fallen die Organe, die Gesellschaft und die Aktionäre.

a) Die Verantwortung der Organe.

Die Verwaltung hat die Geschäfte der Gesellschaft „mit aller Sorgfalt" zu leiten (OR 722). Wie bereits festgestellt, besteht diese Pflicht nicht nur der Gesellschaft und den Aktionären, sondern auch Dritten, insbesondere den Gläubigern gegenüber. Die Verwaltung ist denn auch den Gläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch schuldhafte Verletzung ihrer Pflichten verursacht hat (OR 754). Die Verwaltung der Tochtergesellschaft haftet daher den Dritten persönlich aus ihrer Geschäftsführung. Es ist unerheblich, ob die Verwaltung dabei von sich aus handelt oder auf Weisung der GV oder des herrschenden Unternehmens — sie ist für ihre Geschäftsführung verantwortlich[203]). Dabei ist klar, dass eine Haftung der Verwaltung nur bei Verletzung gesetzlicher Pflichten in Frage kommt (nicht schon bei bloss ungeschickter Geschäftsführung), wobei neben den besondern Normen des Aktienrechtes auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, z. B. ZGB 2 zu berücksichtigen sind. Schliesst also die Tochtergesellschaft Verträge ab, von denen sie zum voraus weiss oder wissen sollte, dass sie sie nicht erfüllen kann, oder entblösst sie sich zugunsten der Muttergesellschaft von Mitteln in einem Masse, das mit einer sorgfältigen Geschäftsführung nicht mehr vereinbar ist, so haftet ihre Verwaltung für den daraus sich ergebenden Schaden. Eine Haftung der Verwaltung der Muttergesellschaft kommt zunächst nicht in Frage, auch dann nicht, wenn die Tochtergesellschaft in diesen Angelegenheiten auf ihre Weisungen gehandelt hat. Es ist Sache der Verwaltung der Tochtergesellschaft, zu entscheiden, was sie tun darf und was nicht. Die persönliche

[203]) S. Anm. 205.

Verantwortung von Mitgliedern der Verwaltung der HG besteht nur, wenn und soweit sie gleichzeitig auch die Verwaltung der Tochtergesellschaft bilden. Sie sind dann auch nur in dieser Eigenschaft verantwortlich. Dass neben der gesellschaftsrechtlichen Verantwortung der Organe gemäss OR 754 noch diejenige aus unerlaubter Handlung (OR 41) besteht, ist anerkannt und vom Bundesgericht mehrfach bestätigt worden[204]).

Die Generalversammlung ist „oberstes Organ" einer AG. (OR 698)[205]). Kann sie für die Handlungen der Gesellschaft verantwortlich erklärt werden, insbesondere wenn sie ganz oder mehrheitlich von der HG beherrscht ist und die beanstandete Geschäftsführung auf ihre Weisungen zurückgeht? Dies muss verneint werden. Wohl stehen der GV bestimmte, sogar unübertragbare Rechte und Pflichten zu (deren Verletzung oder Unterlassung Anfechtungs- oder Auflösungsklagen begründet, also gesell-

---

[204]) BGE 61 II 233 und dortige Zitate.

[205]) Einer Erörterung bedarf die Bezeichnung der GV als „oberstes Organ" und ihr Verhältnis zur Verwaltung im Hinblick auf die Geschäftsführung. Die GV ist oberstes Organ insofern als sie von keinem andern Organ mehr abhängt, im Gegenteil die andern Organe bestellt oder abberuft, über grundlegende Fragen (OR 698 Z. 1—3) ausschliesslich zu beschliessen hat, die Geschäftsführung der Verwaltung genehmigt. Für die Geschäftsführung aber ist einzig die Verwaltung zuständig und verantwortlich (OR 721 Abs. 2, 722, 754). Wohl können die Statuten der GV weitere Funktionen zuweisen (OR 698 Z. 5), so auch Angelegenheiten der Geschäftsführung (z. B. Genehmigung von Rechtsgeschäften) und muss die Verwaltung die Beschlüsse der GV zur Ausführung bringen (OR 722 Abs. 2 Z. 1). Eine Pflicht zur Befolgung von GV-Beschlüssen besteht aber für die Verwaltung nur insofern, als diese sich im Rahmen von Gesetz und Statuten halten. Die Ausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse kann und muss die Verwaltung ablehnen. Dies gilt namentlich für die Geschäftsführung, für die nach Gesellschaftsrecht einzig die Verwaltung und ihre subordinierten Organe verantwortlich sind. In diesem Sinne auch Wieland II, S. 126 f., wo die Verwaltung sogar in „ein dem öffentlichen Interesse dienstbares Treuverhältnis" gestellt wird, ähnlich einem Beamten.

schaftsinterne Folgen nach sich zieht), wohl kann sie der Verwaltung auch in Fragen der Geschäftsführung Weisungen erteilen, aber für die Geschäftsführung ist die Verwaltung verantwortlich[206]). Das OR statuiert denn auch keine Verantwortung der GV. Eine andere Frage ist aber, ob nicht den einzelnen Aktionären eine Verantwortung zufällt, insbesondere Grossaktionären, auf deren Stimmabgabe die beanstandete Geschäftsführung beruht. Darauf kommen wir zurück.

b) Haftung des herrschenden Unternehmens.

In der Doktrin wird die Meinung vertreten, dass eine herrschende Gesellschaft für die Geschäftsführung der abhängigen hafte wie ein Geschäftsherr für seine Angestellten (OR 55, BGB 831)[207]). Für die Anwendung von OR 55 spreche namentlich, dass diese Bestimmung nicht nur für eigentliche Dienstverhältnisse, sondern für Subordinationsverhältnisse schlechthin gelte[208]). In den Fällen des OR 55 handelt es sich um Haftung aus unerlaubter Handlung des Angestellten, wobei dem Geschäftsherrn der Exkulpationsbeweis offen steht. Dass die herrschende Gesellschaft auch aus OR 101 (Haftung für Hilfspersonen wegen Verletzung vertraglicher Pflichten) für das abhängige Unternehmen haften könnte, ist bisher u. W. nicht vertreten worden, würde aber der Haftung aus OR 55, falls eine solche bestünde, entsprechen. Gegen eine Haftung des herrschenden Unternehmens aus OR 55 ist bemerkt worden, dass eine solche Konstruktion nur in den Fällen haltbar wäre, in denen die abhängige Gesellschaft zu einem Handeln nach den Weisungen der herrschenden Gesellschaft auch rechtlich verpflichtet ist[209]). In der

---

[206]) E. Wolf scheint eine Verantwortung der GV, als Organ, anzunehmen, gestützt auf ZGB 55 Abs. 3 und die Organeigenschaft der GV, s. SAG XI S. 62.

[207]) Siegwart, Vorb. N. 199. Für das deutsche Recht s. die bei Frankenberg S. 165 zitierte Literatur.

[208]) Siegwart, a. a. O.

[209]) So Frankenberg, S. 166.

Tat ist die Haftung des Geschäftsherrn in dem „Verhältnis persönlicher Unterordnung" begründet, wobei „Geschäftsherr im Sinne des OR 55 nur der ist, dessen Befehlen oder Anordnungen der Arbeiter oder Angestellte zu gehorchen hat"[210]). Aus dieser Auslegung von OR 55 resultiert u. E. die Unanwendbarkeit dieser Bestimmung auf die in Frage stehenden Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Unternehmen. Die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft liegt in den Händen ihrer Verwaltung, die allein hiefür verantwortlich ist. Sie untersteht in diesen Fragen keiner andern Instanz und hat von niemandem Befehle entgegen zu nehmen[211]), namentlich nicht solche, die eine Verletzung rechtlicher Pflichten nach sich ziehen könnten — und nur solche Handlungen kommen vom Standpunkt des OR 55 aus in Frage. Es besteht also kein „Verhältnis persönlicher Unterordnung" im Sinne dieser Bestimmung. Dies ist klar für die Beherrschung auf Grund von Beteiligung, indem die GV der Verwaltung keine Weisungen erteilen kann, die mit deren Pflichten als Organ zur Geschäftsführung nicht vereinbar wären. Die gleiche Situation besteht aber auch, wenn die Abhängigkeit nicht oder nicht nur auf Beteiligung, sondern auf organisatorischen und vertraglichen Bindungen beruht. Die abhängige Gesellschaft kann sich rechtsgültig weder in den Statuten noch durch Vertrag in einem Masse binden, das mit den Pflichten ihrer Organe unvereinbar wäre. Und auch wo an sich zulässige Bindungen vorliegen, ist es an der Verwaltung, im konkreten Falle zu bestimmen, ob die Erfüllung dieser Pflichten rechtlich möglich ist. Diese Selbständigkeit und eigene Verantwortung der Verwaltung in bezug auf die Geschäftsführung besteht in jedem Falle. Sie gilt z. B. auch für die Geschäftsführung einer Organgesellschaft, die zwar ihrem Zwecke gemäss im Dienste anderer Unternehmen steht, deren Geschäftsführung aber den gleichen

---

[210]) v. Thur/Siegwart, Allg. Teil des Schweiz OR 1. Bd. S. 380.

[211]) S. oben Anm. 205.

Pflichten unterliegt, wie diejenige einer völlig selbständigen Gesellschaft[212]).

Fraglich ist dagegen, ob nicht eine Haftung der HG auf anderer Grundlage in Frage kommt, als Haftung der jP, für die Handlungen ihrer Organe oder Vertreter auf Grund von ZGB 55 Abs. 3 und OR 718 Abs. 3. Da die HG selber nicht Mitglied der Verwaltung der Tochtergesellschaft werden kann, muss sie sich, wenn sie dort Einfluss nehmen will, durch ihre Verwaltung, oder deren Mitglieder oder durch andere Personen vertreten lassen (OR 707 Abs. 3). Die Frage stellt sich also nicht nur im Holdingverhältnis, sondern immer, wenn jP oder Personengesellschaften in der Verwaltung einer AG. vertreten sind[213]). Die allfällige Haftung der HG für die Handlungen ihrer Vertreter in der Verwaltung der Tochtergesellschaft erhält nur praktisch eine besondere Bedeutung wegen des in der Regel massgebenden Einflusses der HG auch in der Verwaltung. Eine Haftung des Aktionärunternehmens für das Tun oder Lassen seines Vertreters in der Verwaltung ist aber u. E. ausgeschlossen. Gewählt wird ja der Vertreter nicht durch den betreffenden Aktionär, sondern durch die GV[214]). Als Mitglied der Verwaltung hat der Vertreter aber von Rechts wegen selbständig und unter eigener Verantwortung zu handeln, im Interesse der Gesellschaft. Wenn es auch natürlich ist, dass der Vertreter dabei die Interessen seines Unternehmens wahr-

---

[212]) Wenn, wie bei Nägeli, S. 340, bemerkt wird, das Typische an der Organgesellschaft sei ihre „völlige Unselbstädigkeit", es bestehe zwischen ihr und dem herrschenden Unternehmen „eine Art Angestelltenverhältnis", sie sei „in der Stellung eines Sklaven, dem jede Möglichkeit einer faktisch eigenen Willensbetätigung genommen ist", so ist das cum grano salis zu verstehen. Die Gesellschaft arbeitet, bestimmungsgemäss, im Interesse anderer Unternehmen. In der Verfolgung dieses Zweckes aber müssen die Gesellschaftsorgane nach eigenem Ermessen und unter eigener Verantwortung handeln.

[213]) So auch Siegwart, Vorb. N. 197.

[214]) S. oben S. 298a.

nimmt, ja in der Regel auch nach dessen Weisungen handeln wird, so hebt dies die vom Recht gewollte Selbständigkeit des Vertreters nicht auf. Dies gilt namentlich in bezug auf unerlaubte Handlungen und nur für diese besteht ja die Haftung der Gesellschaft. Dazu kommt, dass die Gesellschaft nur für ihre Organe oder Vertreter haftet. Der Vertreter des Aktionärunternehmens (HG) ist aber, als Vertreter, Organ der Tochtergesellschaft, nicht der HG. Eine Haftung der HG für ihre Vertreter in der Verwaltung der Tochtergesellschaft aus ZGB 55 und OR 718 Abs. 3 abzuleiten, scheint daher mit der grundsätzlichen Stellung eines Mitgliedes der Verwaltung und der besondern Ordnung von OR 718 Abs. 3 nicht vereinbar[215]).

3. Haftung der HG als Aktionärin.

Es bleibt also nur noch zu prüfen, ob die HG als Aktionärin für die Handlungen der Tochtergesellschaft haftbar gemacht werden kann. Auch dieses Problem ist ein allgemein aktienrechtliches und stellt sich immer, wo Grossaktionäre eine Gesellschaft beherrschen[216]). Gemäss OR 620 haftet für die Verbindlichkeiten einer AG. nur das Geschäftsvermögen und die Aktionäre können zu keinen Leistungen verpflichtet werden, die über die Einzahlung des gezeichneten Aktienkapitals hinausgehen. Lediglich OR 678 sieht eine persönliche Haftpflicht des Aktionärs vor, aber nur zur Rückerstattung von Dividenden, die der Aktionär „ungerechtfertigterweise und in bösem Glauben bezogen hat". Ungerechtfertigt ist der Bezug von Dividenden auch dann, wenn sie gar nicht verdient worden sind, d. h. wenn die Gesellschaft, bei Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften und der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung (Abschreibungen, Rückstellungen, Bereithalten genügender liquider Mittel) keinen Reingewinn aufweisen könnte. Hat die HG ungerechtfertigterweise Dividenden bezogen und wusste sie darum (was in

---

[215]) Hingegen haften die für die Vertreter hinterlegten Aktien (OR 709 Abs. 2).

[216]) So auch Siegwart, Vorb. N. 196.

der Regel der Fall sein wird, durch ihre Vertreter in der Verwaltung oder auch sonst), so ist sie als Aktionärin rückerstattungspflichtig. Damit kann andern Aktionären und auch Gläubigern geholfen werden. Das OR begründet aber keine weitergehenden Pflichten der Aktiouäre oder gar eine Haftung für deren Verbindlichkeiten gegenüber Dritten.

Die Verhältnisse der Wirklichkeit lassen aber die Frage nach der Aktionärhaftung in besonderen Fällen immer wieder hervortreten. Der Umstand, dass ein Grossaktionär eine schwache Verwaltung, trotz der rechtlich selbständigen Stellung dieses Organs, zu pflichtwidrigem Verhalten und Schädigung anderer bestimmen kann, dafür aber nicht eintreten muss, wenn er nicht selber in der Verwaltung sitzt, wird stets als stossend empfunden. Die Haftung der Organe allein ist oft eine illusorische Sicherung, namentlich wenn ein Grossaktionär, sei es um die Anonymität zu wahren, sei es gerade um der Haftung zu entgehen, nicht selber Mitglied der Verwaltung ist. Das DAktG § 101 sieht eine Ersatzpflicht desjenigen vor, der seinen Einfluss auf die Gesellschaft ausnützt, um den Vorstand oder Aufsichtsrat zu einem die Gesellschaft oder die Aktionäre schädigenden Handeln zu veranlassen, wobei die Ersatzpflicht auch gegenüber den Gläubigern besteht (Abs. 5). Diese Vorschrift wird aber ausdrücklich als nicht anwendbar erklärt, „wenn gesellschaftsfremde Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden (Abs. 7)“[217]). Das OR befasst sich überhaupt nicht mit der Frage. So bleibt nur noch eine Haftung des Aktionärs gegenüber Dritten aus OR 41, also aus unerlaubter Handlung möglich. Wir haben bereits festgestellt[218]), dass gesellschaftsintern, also unter Aktionären, eine Haftung aus unerlaubter Handlung gegeben sein kann, weil OR 41 alles rechtswidrige schuldhafte Verhalten erfasst („Blankettnorm“).

---

[217]) S. oben Anm. 124, wo auch die Begründung hiezu wiedergegeben wird.

[218]) Oben S. 261a.

Aus den gleichen Erwägungen besteht auch eine Haftung der Aktionäre für den Schaden, den sie Dritten dadurch zufügen, dass sie absichtlich (Fahrlässigkeit wird hier praktisch kaum in Frage kommen) und in Verletzung von Geboten der Rechtsordnung die Gesellschaft zu einem die Dritten schädigenden Verhalten veranlassen. Dies bedeutet nicht eine Verantwortung der GV als Organ, sondern eine Haftung aus unerlaubter Handlung und zwar derjenigen Aktionäre, auf deren Wirken die betreffende Handlung der Gesellschaft zurückgeht. Auch hier wird es sich meist um Rechtsmissbrauch handeln. Unerheblich ist die Art und Weise, in der die unerlaubte Handlung begangen wird, so dass z. B. auch die Ausübung des Stimmrechts darunter fallen kann. Denn wo das Ziel verboten ist, kommt es auf den Weg dazu nicht an. Dass daneben auch die Verwaltung verantwortlich bleibt, aus OR 754 und 41, folgt aus ihrer Stellung als Organ[219]).

V. Besondere Rechtsfragen.

§ 13.

Erwerb und Vertretung von Aktien der herrschenden durch die beherrschte Gesellschaft.

a) Nach OR 659 darf eine AG. eigene Aktien weder zu Eigentum erwerben, noch zu Pfand nehmen, unter den in Abs. 2 genannten fünf Ausnahmen. In diesen Fällen sind die Aktien entweder zu vernichten (wenn zum Zwecke der Herabsetzung des Grundkapitals erworben) oder „mit tunlichster Beschleunigung wieder zu veräussern" (in allen übrigen Fällen). Wie nun, wenn nicht die HG, sondern ihre Tochtergesellschaft die Aktien der HG erwirbt? Lehnt man, wie oben vertreten, die reine Einheitstheorie ab, so

[219]) Eine Haftung der Aktionäre gegenüber Gläubigern, auf Grund von OR 41, nimmt auch an: E. Wolf, SAG XI S. 63, während Siegwart, Vorb. N. 196 und 231 und Wieland, II S. 249 nur die Haftung der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft erwähnen.

handelt es sich um Erwerb durch ein anderes Rechtssubjekt und daher um einen grundsätzlich zulässigen Erwerb. Aber es kann sich fragen, ob er nicht dem Zweck des OR 659 zuwiderläuft, ob also vom Standpunkt dieser Bestimmung die beiden Unternehmen nicht doch wie eine Einheit zu behandeln sind (modifizierte Einheitstheorie, oben S. 273a). OR 659 bezweckt die Erhaltung des Grundkapitals. Es soll verhindert werden, dass Aktienkapital ohne gleichzeitige Herabsetzung des Grundkapitals zurückbezahlt wird. Erwirbt nun die Tochtergesellschaft Aktien der HG, so zahlt allerdings nicht die HG Aktienkapital zurück, indirekt tut sie es aber doch. Denn dadurch, dass die Tochtergesellschaft Aktien kauft, verringert sie ihre übrigen Mittel und in dem Masse verringert sich auch der Wert der Beteiligung der HG an der Tochtergesellschaft. Diese Beteiligung ist nun ganz oder teilweise (je nachdem ob die Tochtergesellschaft alle ihre Mittel oder nur einen Teil davon zum Ankauf verwendet) nur noch durch Aktien der HG, die ja nur eigene Werte repräsentieren, gedeckt. Vom Standpunkt des OR 659 ist also der Erwerb von Aktien der HG durch die Tochtergesellschaft dem Erwerb eigener Aktien gleichzustellen, daher grundsätzlich unzulässig und nur unter den in OR 659 genannten Bedingungen möglich[220]). Diese Sachlage tritt aber nur unter folgenden Voraussetzungen ein:

Der Erwerb muss wirklich einen eigenen Akt der HG darstellen und dies setzt voraus, dass diese ihre Tochtergesellschaft so beherrscht, dass deren Handlungen als diejenigen der HG gelten müssen. Andernfalls kann OR 659

[220]) Wir haben hier nur den Fall des Erwerbes von Holdingaktien durch das abhängige Unternehmen im Auge. Anders liegen die Dinge, wenn die Aktionäre des abhängigen Unternehmens Aktien der HG erwerben, z. B. im Umtausch gegen Aktien des abhängigen Unternehmens. HG werden oft gerade auf diesem Wege gegründet, s. z. B. den Fall der Ebauches SA. Auf dieser Grundlage erfolgt aber auch keine Gefährdung des Grundkapitals der HG, so dass solche Transaktionen in keiner Weise zu beanstanden sind.

nicht zur Anwendung kommen; denn für Handlungen einer nicht abhängigen Gesellschaft ist die Verwaltung der HG nicht verantwortlich. Das Verbot trifft also nur die Kontrollgesellschaft, nicht die blossen Beteiligungsgesellschaften. Ferner muss die HG wirklich am Kapital der Tochtergesellschaft beteiligt sein, so dass sich der Aktienerwerb auch im Vermögen der HG auswirkt. Denn OR 659 hat ja diese Wirkung im Auge. Bei Abhängigkeit auf bloss vertraglicher und organisatorischer Grundlage kann diese Bestimmung nicht zur Anwendung kommen. Hingegen genügt auch eine Minderheitsbeteiligung, wenn das Unternehmen schon dadurch oder in Verbindung mit vertraglichen oder organisatorischen Bindungen durch die HG beherrscht wird. Denn bei dieser Sachlage sind beide Voraussetzungen erfüllt: Die HG ist für das andere Unternehmen verantwortlich, und der Aktienerwerb wirkt sich im Vermögen der HG aus. Die Auswirkungen werden allerdings schwächer, je geringer die Beteiligung ist, aber nach OR 659 ist der Erwerb eigener Aktien schlechthin verboten, ohne Rücksicht auf den Grad der Auswirkung. Unerheblich ist der subjektive Tatbestand. Der Erwerb von Aktien der HG durch die Tochtergesellschaft fällt unter OR 659, weil bei der genannten Sachlage die Voraussetzungen zur Anwendung dieser Bestimmung gegeben sind. Ob mit dem Erwerb auch ein Rechtsmissbrauch begangen oder eine Gesetzesumgehung gewollt sind, ist vom Standpunkt dieser Norm unerheblich[221])[222]).

---

[221]) Zu der gleichen Lösung kommt Siegwart, Verb. N. 178 ff., jedoch auf Grund des Rechtsmissbrauches (Gesetzesumgehung) und daher mit vermehrter Berücksichtigung „aller Umstände des Einzelfalles" und wohl auch des subjektiven Tatbestandes. — Das BG hat in einem (unveröffentlichten) Entscheid vom 15. Mai 1937 als Verletzung des OR 659 entsprechenden Art. 628 alt OR erklärt, dass eine Bank-AG. eigene Aktien durch eine andere AG. aufkaufen liess und zwar vermittelst eines zu diesem Zwecke gewährten Kredites. In Anlehnung an diesen Entscheid erklären solche Transaktionen als unzulässig auch Henggeler, SIK (HG) und „Die zivilrechtlichen Verantwortlich-

Die Verschachtelung als solche wird demnach vom Verbot des OR 659 nicht betroffen. AG können sich gegenseitig beteiligen, wenn keine die andere beherrscht. Auf dieser Grundlage kann allerdings auch eine Gefährdung des Grundkapitals eintreten, namentlich wenn es sich um bedeutende Beteiligungen handelt, denn diese sind dann

---

keiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht", 1937, S. 37 und Schucany, Art. 659 N. 1. Die Kreditgewährung erscheint aber nicht das Wesentliche, das Entscheidende liegt in der Beteiligung. Gegen das Verbot des Erwerbes von Aktien durch das abhängige Unternehmen wendet sich Nägeli, S. 241, jedenfalls soweit es sich um Treuhand-HG handelt, d. h. eine Organgesellschaft, die Aktien verschiedener Konzernunternehmen zu treuen Handen verwaltet. Hier kommt es u. E. auf die Umstände des Falles an: 1. ist die Treuhand-HG nur Verwalterin, nicht Eigentümerin der Aktien der Konzernunternehmen, so stellt sich die Frage der Verschachtelung gar nicht (es liegt dann aber auch keine eigentliche HG, sondern eine reine Organ-Verwaltungsgesellschaft vor). 2. Besitzt aber die Treuhand-HG die Aktien der Konzernunternehmen zu Eigentum (sei es als Sacheinlage, sei es durch späteren Erwerb) und beherrscht sie dadurch die Konzernunternehmen (wodurch sie zu einer Spitzengesellschaft wird), so können diese keine Aktien der HG besitzen; denn hier geht es wieder um den Schutz des Grundkapitals. In diesem Falle müssen die Aktionäre der Konzernunternehmen die Aktien der HG erwerben (s. oben Anm. 220). An dieser Sachlage ändert auch die Konstruktion als „Treuhand" HG nichts, denn die Treuhandabrede betrifft nur das Verhältnis zwischen den Beteiligten, ist also interner Natur. Auch der fiduziarische Aktionär ist in vollem Umfang Aktionär wie irgend ein anderer (vgl. F. v. Steiger, Fiduziarische Aktienzeichnung, SAG IX S. 95). 3. Besitzt die Treuhand-HG die Aktien der Konzernunternehmen wohl zu Eigentum, aber nicht in genügendem Masse, um sie zu beherrschen und trifft das gleiche zu auch für die beteiligten Konzernunternehmen gegenüber der HG, so liegt eine an sich nicht verbotene Verschachtelung vor (s. oben).

[222]) Es ist aber zu beachten, dass OR 659 eine blosse Sollvorschrift darstellt. Der entgegen dem Verbot getätigte Aktienerwerb ist nicht nichtig, berechtigt aber zur Anhebung der Anfechtungsklage gemäss OR 706 wegen Verletzung von gesetzlichen Vorschriften (wenn der Erwerb von der GV beschlossen oder aus-

wieder zum Teil durch eigene Werte gedeckt. Dies ist aber die unvermeidliche Folge der rechtlichen Selbständigkeit jP. Eine Durchbrechung dieses Prinzipes in den Fällen der Abhängigkeit auf Grund von OR 659 ist möglich, ja geboten. Die gegenseitige Beteiligung ganz auszuschliessen, würde aber eine derartige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bedeuten, dass die Nachteile dieser Lösung ihre Vorteile bei weitem überwiegen würden. Auch das DAktG dehnt das Verbot des Erwerbes „eigener Aktien" nur auf die Fälle der Abhängigkeit aus (§§ 51 und 65). Anders ein Französisches Gesetz, veröffentlicht im Journal officiel vom 6. März 1943, wonach „toute Société dont une fraction du capital égale ou supérieure à 10% est la propriété d'une autre Société ne peut posséder d'actions de cette dernière société". Ob es sich hier um eine dauernde oder mehr um eine vorübergehende, durch die Zeitumstände bedingte Ordnung handelt und welche Wirkungen sie zeitigen wird, steht noch dahin.

b) Bei Erwerb von Aktien der HG durch die Tochtergesellschaft treten die Folgen gemäss OR 659 Abs. 3 und 4 auch für die HG ein. Die Aktien sind zu amortisieren oder weiterzuveräussern (was die HG auf Grund ihrer Herrschaft bewirken kann) und, solange sie im Besitz der Tochtergesellschaft sind, auch im Geschäftsbericht der

---

drücklich gebilligt worden ist) und begründet die Verantwortung und Haftung der Organe gegenüber Aktionären und Gläubigern gemäss OR 754. Zu solchen Klagen wird man sich aber nur entschliessen, wenn der unzulässige Erwerb erhebliche Interessen gefährdet, oder wenn er tatsächlich zu einer Schädigung geführt hat. Je geringer der Umfang des Erwerbes und seine Bedeutung in bezug auf das Vermögen beider Unternehmen und die Höhe der Beteiligung, desto weniger besteht Anlass zu seiner Ahndung — und umgekehrt. So kommen praktisch die „Umstände des Falles" doch zur Beachtung und am meisten Anlass zur Klage wird in der Tat bestehen, wenn dem Erwerb unredliche Motive zugrunde lagen. Aber die Norm als solche stellt nur auf den objektiven Tatbestand des Erwerbes ab und ihre Verletzung zieht die gesetzlichen Folgen nach sich, auch wenn die Beteiligten gutgläubig waren.

HG zu erwähnen. Dies namentlich auch im Hinblick auf die Vorschrift von OR 659 Abs. 5: Verbot der Vertretung eigener Aktien in der GV. Zweck dieser Norm ist zu verhindern, dass die Verwaltung mit aufgekauften eigenen Aktien selber stimmt oder nach ihrem Willen stimmen lässt und dadurch den Willen der GV verfälscht, die Gesellschaft der Herrschaft der GV entzieht. Vom Standpunkt dieser Vorschrift aus hängt die Möglichkeit der Vertretung von Aktien der HG durch die Tochtergesellschaft davon ab, ob dieser gegenüber der Verwaltung der HG noch ein eigener Wille zukommt oder nicht. Dies hängt nun in der Tat von den Umständen ab. Die betreffenden Aktien werden von der Verwaltung der Tochtergesellschaft oder nach deren Weisungen vertreten. Besteht völlige Abhängigkeit der Verwaltung des abhängigen vom Willen der Verwaltung des herrschenden Unternehmens, so dürfen diese Aktien vom abhängigen Unternehmen nicht vertreten werden. Dabei ist die Grundlage der Beherrschung, ob kapitalmässige Beteiligung oder sonstwie, unerheblich, denn es geht hier nicht (wie beim Erwerb) um den Schutz des Grundkapitals, sondern um den Schutz der Aktionäre der HG[223]). Klar liegt der Fall bei völliger oder mehrheitlicher Identität der Verwaltungen beider Unternehmen. Die gleiche Sachlage kann sich aber auch ergeben, wenn die Verwaltung des abhängigen Unternehmens aus andern Vertretern der HG besteht. Die Unzulässigkeit der Vertretung von Aktien des herrschenden durch das abhängige Unternehmen unterliegt aber einer, namentlich praktisch wesentlichen Einschränkung: Das Verbot von OR 659 Abs. 5 bezweckt den Schutz der Aktionäre vor der Verwaltung, nicht den Schutz Dritter (wie Abs. 1). Erklären sich die Aktionäre der HG ausdrücklich oder stillschweigend mit der Vertretung der fraglichen Aktien einverstanden, so entfällt die Notwendig-

---

[223]) Im Prinzip gleich Siegwart, Vorb. 181 ff. A. M. Schucany, Art. 659 N. 10.

keit zur Anwendung dieser Norm[224]). Voraussetzung ist aber, dass diese Verhältnisse den Aktionären bekannt sind und darum müssen sie auch im Geschäftsbericht mitgeteilt werden (Abs. 4). Übrigens schaffen auch die Vorschriften des OR 689 hierüber Klarheit.

Jeder Aktionär kann aber, wenn er nicht ausdrücklich zugestimmt hat, die unter Mitwirkung des abhängigen Unternehmens gefassten Beschlüsse anfechten, sofern die Gesellschaft nicht nachweist, dass die angefochtene Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hatte (OR 691 Abs. 3)[225]). Hier verteilt sich die Beweislast in der Weise, dass der Kläger das Vorliegen der Voraussetzungen von OR 659 Abs. 5, also die Abhängigkeit der Verwaltung der Tochtergesellschaft vom Willen der Verwaltung der HG zu beweisen hat, die HG dagegen die Unerheblichkeit der Vertretung dieser Aktien bei der Beschlussfassung. Auch hier bedarf es nicht des Nachweises eines konkreten Rechtsmissbrauches, sondern nur der objektiven Verletzung der Norm von OR 659 Abs. 5. Zuzugeben ist, dass Umgehungen dieser Vorschrift verhältnismässig leicht möglich sind, so durch die Legitimationszession. Diese ist aber ihrerseits ausdrücklich untersagt (OR 691 Abs. 1), wenn sie zum Zwecke der Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen erfolgt. Zudem besteht auch der Schutz vor Rechtsmissbrauch gemäss ZGB 2.

---

[224]) Der Handelsregisterführer wird daher das Protokoll über eine GV der HG nicht ohne weiteres beanstanden können, auch wenn sich daraus ergibt, dass bei der Beschlussfassung Aktien der HG, welche durch die Tochtergesellschaft vertreten wurden, mitgewirkt haben (vgl. einen andern Fall der Vertretung eigener Aktien in der GV in ZbJV Bd. 65 S. 382 ff.).

[225]) Für diese Fälle wird das Anwendungsgebiet der Anfechtungsklage gemäss OR 706 durch die Sonderordnung von OR 691 eingeschränkt. Der Beschluss kann also nicht unter allen Umständen, wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften, umgestossen werden, sondern nur unter den hier genannten Bedingungen.

§ 14.

Interessenkollisionen: Doppelvertretung und Stimmrechtsbeschränkungen[226]).

Die Verhältnisse bei der HG bringen es mit sich, dass sowohl Verwaltung als Aktionäre der beteiligten Gesellschaften unter Umständen zu handeln haben, die Interessenkollisionen in sich bergen. Es handelt sich um ein im Gesellschaftsrecht allgemein bekanntes Problem. In Holdingverhältnissen entsteht aber eine besondere, anders geartete Rechtslage dadurch, dass an Stelle natürlicher Personen jP als Aktionäre auftreten und durch Organe handeln.

1. Die Doppelvertretung: Verträge zwischen HG und Tochtergesellschaft werden in der Rechtsprechung als wirkliche Rechtsgeschäfte anerkannt[227]). Als fiktiv oder simuliert dürfen solche Rechtsgeschäfte nur gelten, wenn sie es wirklich sind, d. h. wenn sie unter Umständen getätigt worden sind, bei deren Vorliegen auch sonst auf Simulation geschlossen werden müsste. Dass man bei Abhängigkeitsverhältnissen rascher bereit sein wird, den Charakter der Abreden als wirklich gewollter zu bezweifeln, ist lediglich eine tatsächliche Folge der besondern Interessenlage, darf aber kein Auslegeprinzip sein.

Rechtsgeschäfte zwischen HG und Tochtergesellschaft werden durch ihre Organe abgeschlossen. Eine besondere Lage kann entstehen, wenn Identität der vertragschliessenden Organe vorliegt, wenn also die Verwaltung beider Gesellschaften ganz oder mehrheitlich aus den gleichen Personen besteht, oder wenn für die Gesellschaft die gleichen Delegierten oder Direktoren handeln. Dann ist der Fall der sogenannten Doppelvertretung gegeben. Das BG hat diese als grundsätzlich unzulässig erklärt. Es geht dabei aus von der Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens,

---

[226]) S. E. Wolf, Die Stellung des Verwaltungsrates und des Aktionärs bei Interessenkollisionen mit der Aktiengesellschaft, SAG Bd. 11 S. 1 ff.

[227]) S. oben S. 224a.

also des Geschäftsabschlusses eines Stellvertreters mit sich selber. Dieser Vorgang wird deshalb verpönt, weil er stets die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen in sich borgt, also wegen möglicher Interessenkollision. Eine Ausnahme von dieser Regel kann, nach dem BG, nur da gemacht werden, wo keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen besteht und daher anzunehmen ist, dieser habe dem Vertreter das Selbstkontrahieren gestattet[228]). Die gleichen Grundsätze wendet das BG auch auf das Selbstkontrahieren der Organe an, da, obschon zwar die Organe nicht Stellvertreter sind, sondern unmittelbar den Willen der Verbandsperson verwirklichen, auch hier die Gefahr der Benachteiligung und zwar der Gesellschaft bestehe[229]). Ist aber anzunehmen, dass die Gesellschaft in das Geschäft einwilligen würde — was in casu bejaht wurde, da es sich um eine Einmanngesellschaft handelte — so gilt es als rechtsgültig abgeschlossen. Im Falle der Doppelvertretung ging das BG von den gleichen Grundsätzen aus[230]). Auch hier bestehe Gefahr der Benachteiligung einer Partei zugunsten der andern, also der Interessenkollision. Ob hier, wie beim Selbstkontrahieren, eine Ausnahme zu machen sei, wenn diese Gefahr nicht vorliege — also Einwilligung der Partei zu vermuten ist — liess das BG ausdrücklich offen, da sie sich in casu nicht stellte. Die Frage muss aber auch hier, wie in den Fällen des Selbstkontrahierens, bejaht werden und kann um so leichter bejaht werden, als bei der Doppelvertretung von Gesellschaften die Gefahr der Benachteiligung einer Partei zum mindesten nicht grösser ist als beim Selbstkontrahieren eines Organs. Danach entfällt die grundsätzliche Unzulässigkeit der Doppelvertretung immer dann, wenn die Einwilligung[231]) der Parteien zu vermuten ist. Dies wird

---

[228]) BGE 39 II 561 ff.

[229]) BGE 50 II 183 ff.

[230]) BGE 63 II 174 f.

[231]) Wir stellen bewusst auf das Moment der Einwilligung ab, nicht auf das Fehlen einer Benachteiligung. Denn wenn eine Aus-

bei Verträgen zwischen HG und Tochtergesellschaft regelmässig der Fall sein. Im Prinzip können überhaupt nicht Interessenkollisionen zwischen diesen Gesellschaften, als solchen, entstehen. Der Fall ist klar, wenn die Tochtergesellschaft als Einmanngesellschaft aufgebaut ist. Er liegt aber grundsätzlich gleich, wenn die HG die Tochtergesellschaft sonstwie beherrscht, denn auch dann kann sie die Genehmigung durchsetzen. Wird aber die HG (gewollt) benachteiligt, so ist die Einwilligung zu vermuten, wenn der Vertrag den Interessen der herrschenden Mehrheit entspricht (die sich bei der Tochtergesellschaft erholt). Allerdings kann Rechtsmissbrauch vorliegen und können dadurch Minderheitsinteressen verletzt werden, also interne Interessenkollisionen entstehen. Dies hindert aber nicht die Gültigkeit des Geschäftes an sich, sondern begründet u. U. die Anfechtungs-, Auflösungs- und Verantwortlichkeitsklage, wie überhaupt bei Machtmissbrauch der Mehrheit innerhalb einer AG.[232]).

Ein weiteres Moment ist noch zu berücksichtigen. Die Interessen der Gläubiger. Im BGE 50 II S. 183 ff. wurde erwähnt, dass durch das Selbstkontrahieren des Organes auch keine Gläubiger geschädigt worden seien. Dieses Moment scheint aber nicht rechtserheblich. Wenn man das

---

nahme vom Verbot des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung dann zugebilligt wird, wenn keine Benachteiligung stattfindet, so hat dies seinen Grund darin, dass man in diesem Falle die Genehmigung des Vertretenen vermuten darf. In dieser Genehmigung liegt das Entscheidende. Bei Vertretung physischer Personen kann die Genehmigung nur bei Fehlen einer Benachteiligung vermutet werden. Bei Vertretung von Gesellschaften kann der Vertrag u. U. eine gewollte Benachteiligung der Tochtergesellschaft oder der HG bedeuten; entspricht er aber den Interessen der herrschenden Mehrheit, so ist seine Genehmigung zu vermuten. Der Fall liegt gleich, wie wenn die Gesellschaft mit einem Dritten ein nachteiliges Geschäft abschliesst, das von der Mehrheit beschlossen und genehmigt wird. Es kann aber Rechtsmissbrauch seitens der Mehrheit vorliegen, wogegen sich die Minderheit mit der Anfechtungs- oder Auflösungsklage zur Wehr setzen kann.

[232]) S. vorhergehende Anmerkung und oben S. 260a.

Selbstkontrahieren oder die Doppelvertretung von Organen dann als zulässig erachtet, wenn Interessenkollisionen zwischen Vertreter und Vertretenem ausgeschlossen sind, also auf die Einwilligung des Vertretenen abstellt, so spielen die Interessen Dritter keine Rolle. Diese sind auf anderer Grundlage zu schützen[233]).

2. Stimmrechtsbeschränkungen. Handelt es sich in den Fällen der Doppelvertretung um mögliche Interessenkollisionen zwischen den Gesellschaften, also um gesellschaftsexterne Kollisionen, so können, im Gesellschaftsrecht überhaupt, auch Fälle gesellschaftsinterner Interessenkollisionen eintreten. Die Möglichkeit solcher Kollisionen ist dann gegeben, wenn den Interessen der Gesellschaft diejenigen einzelner ihrer Mitglieder oder der Verwaltung gegenüber stehen, z. B. bei Abschluss von Rechtsgeschäften von Aktionären mit der Gesellschaft, Wahl und Abberufung der Verwaltung, Déchargeerteilung, Beschluss über Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage. Stehen Interessen von herrschenden Grossaktionären im Spiel, so haben diese die Gestaltung solcher Beschlüsse in der Hand, es sei denn, ihr Stimmrecht sei ihnen in solchen Fällen entzogen. Die Frage der Stimmrechtsbeschränkungen bei Interessenkollisionen ist also eine allgemein gesellschaftsrechtliche, sie erhält aber im Kontrollverhältnis vermehrte praktische Bedeutung dadurch, dass diesem die Beherrschung eines Unternehmens durch das andere typisch ist und dass hier sowohl der Abschluss von Rechtsgeschäften eines Grossaktionärs mit der Gesellschaft, als dessen Vertretung in der Verwaltung gebräuchliche Erscheinungen sind. Es ist also zunächst auf Grund der allgemein geltenden gesetzlichen Normen zu prüfen, ob bei Interessenkollisionen Stimmrechtsbeschränkungen bestehen.

Das rev. OR hat bekanntlich, bis auf eine, alle Stimmrechtsbeschränkungen fallen lassen, so auch den noch im

---

[233]) Z. B. Schuldbetreibung- und Konkursgesetz Art. 285 ff. Unter Umständen liegt auch unerlaubte Handlung vor, die zivil- und strafrechtlich zu ahnden ist.

bisherigen OR verfügten Ausschluss des Apportanten vom Stimmrecht über seine Apports. Im Entwurf III (693 Abs. 3) fand sich noch die Bestimmung, dass bei Beschlüssen über Rechtsgeschäfte mit einem Aktionär dieser sein Stimmrecht nicht ausüben dürfe. Auch diese, dem Vereinsrecht (ZGB 68) entsprechende Bestimmung wurde gestrichen, mit Rücksicht auf die besondere Interessenlage bei der AG. Der Aktionär soll gegenüber und in der AG. auch seine eigenen Interessen wahren können[234]). Geblieben ist einzig die Bestimmung (OR 695), dass bei Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltung Personen die in irgendwelcher Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, kein Stimmrecht ausüben dürfen. Damit hat es auch im Holdingverhältnis sein Bewenden. Auch die Anwendung der Einheitstheorie könnte keine weitergehenden Beschränkungen des Stimmrechtes nach sich ziehen, da in dieser Hinsicht die Interessenlage hier nicht anders geartet ist, als in Aktiengesellschaften überhaupt[235]). Fraglich sind bloss die Verhältnisse bei der Décharge-erteilung. Handelt es sich um die Entlastung der Verwaltung der HG, so darf diese weder mit eigenen Aktien, noch mit denjenigen der Tochtergesellschaft stimmen, denn diese sind in der GV der HG überhaupt nicht stimmberechtigt (s. oben S. 321a). Geht es um die Entlastung der Verwaltung der Tochtergesellschaft und ist die HG in deren Verwaltung vertreten, sei es durch ihre eigenen Organe oder sonstige Vertreter, so liegt nur insofern eine besondere Situation vor, als nicht Aktionäre, sondern ihre Vertreter in der Verwaltung sitzen (OR 707 Abs. 3). Können Aktionärunternehmen bei der Entlastung mit-

[234]) Näheres hierüber, insbesondere auch über die Schwierigkeiten der Abgrenzung des Stimmrechtsausschlusses in objektiver und subjektiver Hinsicht, s. Egger, ZSR 45 (n. F.) S. 25 ff.

[235]) Anders im deutschen Recht, das in § 114 DAktG einige weitergehende Stimmrechtsbeschränkungen verfügt und zudem für Aktien, die einem von der AG. „abhängigen Unternehmen" oder einem andern für dessen Rechnung gehören, das Stimmrecht ausschliesst.

stimmen, wenn sie in der Verwaltung vertreten sind, oder fallen sie unter das Verbot von OR 695? Dies ist wiederum eine allgemein aktienrechtliche Frage, die sich nicht nur im Holdingverhältnis erhebt. Entscheidend für ihre Beantwortung ist, dass hier Aktionäre und Mitglied der Verwaltung nicht identisch sind, sondern dass das Aktionärunternehmen und seine Vertreter auf eigene, ja entgegengesetzte Art am Entlastungsbeschluss interessiert sind: Das Unternehmen muss sich zur Geschäftsführung seines Vertreters äussern, ihn wenn nötig zur Rechenschaft ziehen können; der Vertreter dagegen hat ein Interesse daran, dass er entlastet wird, d. h. dass keine Forderung aus seiner Geschäftsführung mehr gegen ihn geltend gemacht werden kann. Dies gilt auch für den Fall, wo die Tochtergesellschaft als Einmanngesellschaft aufgebaut ist. Zwar kommt hier dem Entlastungsbeschluss praktisch keine Bedeutung zu, wenn Identität der Verwaltungen beider Gesellschaften vorliegt[236]). Aber schon wenn nur ein Teil der Verwaltung der HG die Verwaltung der Tochtergesellschaft bildet oder wenn die HG Dritte zu Verwaltern der Tochtergesellschaft bestellt, erhält die Entlastung ihre volle rechtliche und praktische Bedeutung, für beide Teile. Das gleiche gilt, wenn die HG das Tochterunternehmen nicht ganz besitzt, sondern bloss beherrscht. Dass hier eine Minderheit die Entlastung aussprechen könnte, nimmt der HG nicht die Möglichkeit, am Entlastungsbeschluss mitzuwirken. Denn OR 695 dient nicht dem Schutz der Minderheit, sondern will bloss verhindern, dass die Geschäftsführenden sich selber entlasten. Auch die Interessen der Gläubiger werden

---

[236]) S. F. v. Steiger, Entlastungsbeschluss, wenn alle Aktionäre Verwaltungsräte sind? SAG XIV S. 168 ff. und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung. Mit Recht wird dort darauf hingewiesen, dass bei der Einmanngesellschaft, oder auch wenn mehrere Aktionäre existieren, aber alle in der Verwaltung sind, Entlastungsbeschlüsse bedeutungslos und daher auch entbehrlich sind. Die hier erörterte Situation weicht aber von der dort behandelten insofern ab, als nicht die Aktionäre sondern ihre Vertreter in der Verwaltung sind.

nicht berührt, da der Entlastungsbeschluss ja nur gesellschaftsinterne Wirkungen erzeugt[237]). Ist die HG bloss mit einer Minderheit beteiligt, so besteht die gleiche Situation, wie wenn überhaupt jP Vertreter in die Verwaltung wählen lassen und so behält, nach dem Gesagten, auch die blosse Beteiligungsgesellschaft ihr Stimmrecht.

In bezug auf die Entlastung liegen also die Dinge sinngemäss gleich wie hinsichtlich der Haftung jP für die Handlungen ihrer Vertreter in der Verwaltung (oben S. 313a).

§ 15.

Die Bilanz der HG.

1. Bilanzwahrheit. Bis Ende 1939 galten für die Bilanzen der AG. die allgemeinen Vorschriften betreffend die kaufmännische Buchführung (OR 957/964) und die besondern Bestimmungen des Aktienrechtes (OR 662 ff.). Vom Standpunkt der HG interessiert hauptsächlich OR 667, wonach Wertpapiere, ohne Ausnahme für dauernde Beteiligungen, höchstens zu ihrem Mittelkurs in dem der Bilanz vorangehenden Monat, Papiere ohne Kurswert höchstens zum Kostenpreis, unter Berücksichtigung ihrer Erträge und allfälliger Wertverminderungen, zu bewerten sind. Gegen diese Bewertungsweise wurde schon vor Erlass des rev. OR und auch nachher geltend gemacht, dass sie der wahren Natur der Dauerbeteiligungen nicht Rechnung trage und zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führe[238]). Überwiegend verlangte man die Bewertung solcher Beteiligungen als „dauernde Anlagen" im Sinne von OR 665, unter welche gemäss Abs. 2 ja auch „Rechte"

---

[237]) BGE 67 II 175.

[238]) S. insbesondere Max Staehelin jun., Die Reserven der Aktiengesellschaft, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins, 1939, S. 142a ff.; H. Zimmermann, Buchführung, Bilanz etc. im rev. Obligationenrecht, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins, 1926, S. 95a ff.; J. Henggeler, Die bilanzmässige Bewertung der Dauerbeteiligungen im schweiz. Recht, SJZ Bd. 27 S. 273 ff.; Schucany, OR 667 N. 1.

verschiedenster Art fallen können. Entgegen der Ansicht der Experten wurde aber diese Forderung in den Kommissionen abgewiesen, hauptsächlich mit der Begründung, dass es schwierig sei, einen Begriff der Dauerbeteiligung aufzustellen[239]) und dass übrigens keine Interessen gefährdet würden, indem Wertpapiere mit Kurswert ja jederzeit verkäuflich seien[240]). Beide Argumente gingen offensichtlich fehl. Das Ergebnis der auch nach Erlass des rev. OR fortgesetzten Diskussion war die Ansicht, dass eine Bilanzierung der dauernden Beteiligungen auf Grund von OR 665 Abs. 2 (also als „dauernde Anlage") mit Wortlaut und Zweck der verschiedenen Bilanzvorschriften der OR durchaus vereinbar sei[241]). Die Natur der Beteiligung als dauernde Anlage überwog ihre Form als Wertpapier.

Durch die Bundesratsbeschlüsse vom 27. Dezember 1939 (Amtliche Gesetzessammlung 55 S. 1523) und 14. Januar 1941 (AS 57 S. 28) wurden nun, gestützt auf Z. 5 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum rev. OR, für die Bewertung von Obligationen, Pfandbriefen und „dauernden Beteiligungen" neue Vorschriften erlassen[242]), welche den geltend gemachten Wün-

---

[239]) Botschaft, S. 35.

[240]) So Bericht 1919 S. 64, aber auch in späteren Verhandlungen.

[241]) So namentlich Stähelin, a. a. O., S. 145 ff.

[242]) Nachstehend die im Zusammenhang mit HG besonders interessierenden Bestimmungen des BRB vom 14. Januar 1941:

Art. 1. Unternehmen, die zur Bilanzaufstellung nach den Grundsätzen von Art. 667 Abs. 1 und 2, des Obligationenrechtes verpflichtet sind, können für die Bewertung von Obligationen, Pfandbriefen und dauernden Beteiligungen von den Erleichterungen der nachstehenden Art. 2 und 3 Gebrauch machen.

Art. 3. Dauernde Beteiligungen mit oder ohne Kurswert können zu dem Werte in die Bilanz eingesetzt werden, der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Unternehmen zukommt. Dabei dürfen eine vorsichtige Kapitalisation des in Schweizerfranken entgehenden Ertrages sowie die besondern Geschäftsvorteile, welche mit der Beteiligung verbunden sind, angemessen berücksichtigt werden.

schen[243]) entsprechen. In subjektiver Hinsicht gilt die neue Ordnung für alle vom Standpunkt der HG interessierenden Gesellschaftsformen (Art. 1 BRB).

In objektiver Hinsicht interessiert hier vor allem der Begriff der dauernden Beteiligungen (Art. 3 BRB). Der BRB hat richtigerweise von einer Begriffsbestimmung abgesehen[244]). Insbesondere war es richtig, weder auf das Moment der zeitlichen Dauer, noch auf das Verhältnis der Beteiligung zum Kapital des einen oder des andern Unternehmens abzustellen (wie früher auch vorgeschlagen wurde). Der Charakter einer Beteiligung als Daueranlage kann nur auf Grund der Gesamtheit der zwischen den betreffenden Unternehmen bestehenden Beziehungen ermittelt werden[245]). In Betracht fällt vor allem der Zweck. Eine Kontrollgesellschaft oder eine blosse Beteiligungsgesellschaft, die sich die Beteiligung an mehr oder weniger bestimmten andern Unternehmen zum Zwecke gesetzt hat und diesen Zweck auch tatsächlich verfolgt, wird diese Beteiligungen ohne weiteres als dauernde bilanzieren können. Ferner sind zu berücksichtigen die die Beteiligungen begleitenden Bindungen aller Art, wobei die Bindung der Beteiligung eine direkte sein (z. B. im Konzernverhältnis, insbesondere in der IG), oder auch in-

---

Die Bestimmungen von Art. 3 sind anwendbar auf Bilanzen, die vom 31. Dezember 1940 bis 31. Dezember 1944 aufgestellt werden.

Art. 4. Unternehmen, welche von den Erleichterungen der Art. 2 und 3 Gebrauch machen, haben dies in der Bilanz zu vermerken. Sofern der Bilanz ein Wertschriftenverzeichnis beigegeben wird, kann der Vermerk in diesem Verzeichnis angebracht werden.

[243]) Dem BRB vom 27. Dezember 1939 ging voraus eine von Dr. J. Henggeler namens interessierter Wirtschaftskreise an die Eidg. Finanz- und Justizdepartemente gerichtete Eingabe vom 30. November 1939, worin noch einmal auf die Bedürfnisse der Praxis aufmerksam gemacht und konkrete Vorschläge formuliert wurden.

[244]) In Übereinstimmung mit der Eingabe Henggeler, S. 11.

[245]) S. hiefür auch oben S. 242a.

direkt aus den Begleitumständen hervorgehen kann (z. B. aus dem Zusammenhang mit Lizenzverträgen, Lieferungsrechten, Bezugspflichten, Kreditgewährungen, u. a. m.)[246]).

In bezug auf die materielle Ordnung ist festzustellen, dass der BRB in einem wesentlichen Punkte von den früheren Vorschlägen abweicht. Bisher wurde die Behandlung der Beteiligungen als dauernde Anlagen im Sinne von OR 665 vorgeschlagen, was zur Folge hätte, dass sie „höchstens zu den Anschaffungskosten" eingesetzt werden dürften, unter „Abzug der den Umständen angemessenen Abschreibungen". Nach dem BRB können die Beteiligungen aber zu dem Werte eingesetzt werden, „der ihnen im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Unternehmen zukommt". Somit sind zunächst nicht nur die Anschaffungskosten und die seitherigen Wertverminderungen massgebend, sondern auch allfällige Wertsteigerungen dürfen berücksichtigt werden. Da solche Beteiligungen, infolge der besondern Beziehungen zwischen den betreffenden Unternehmen, oft weit unter ihrem Werte übernommen werden, ist diese Lösung vom Standpunkt der Bilanzwahrheit und dem Gebot des „sichern Einblickes in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes (OR 959)" zu begrüssen[247]). Sodann können nun als Bewertungsfaktoren nicht nur die Anschaffungskosten, sondern auch alle andern erheblichen Umstände berücksichtigt werden, so der Ertrag der Beteiligungen und die „besondern Geschäftsvorteile", welche mit ihnen verbunden sind, was ebenfalls dem Prinzip der Bilanzwahrheit entspricht. Die Bewertung von Beteiligungen auf Grund dieser Normen stellt an die geschäftliche Einsicht und Gewissenhaftigkeit der Verwal-

[246]) Aus dieser Bindung der Beteiligungen durch Zweck und weitere Umstände geht hervor, wie unhaltbar die in den Kommissionen geäusserte Ansicht ist, solche Anlagen seien ja, wenn und weil sie kurshabende Wertpapiere seien, jederzeit veräusserlich!

[247]) Denn Bilanzen sollen nicht den Liquidationswert eines Unternehmens zum Ausdruck bringen, sondern den Stand des Geschäftes zur Zeit der Bilanzierung, s. Henggeler, SJZ Bd. 27 S. 274.

tungen erhebliche Anforderungen und der Mitarbeit der Kontrollstellen wird nun noch vermehrte Bedeutung zukommen. Es liegt aber durchaus in der Hand der Verwaltungen, von diesen Erleichterungen einen mässigen Gebrauch zu machen, oder aber ganz darauf zu verzichten (die Ordnung des BRB ist ja rein fakultativ) und auf Grund von OR 667 (zu Kurswerten) zu bilanzieren oder auch von den Möglichkeiten des OR 663 (Schaffung stiller Reserven) Gebrauch zu machen.

In einem Punkt ist die neue Ordnung des BRB hinter den gemachten Vorschlägen zurückgeblieben. Durch die fakultative Gestaltung der betreffenden Bilanzvorschriften bleibt es den Unternehmen unbenommen, weiterhin auf Grund von OR 667 zu bilanzieren und somit auch Kursgewinne auszuweisen, die u. U. ebenfalls nur auf die Launen der Börse zurückzuführen sind und dem innern Wert der Beteiligungen für das betreffende Unternehmen nicht entsprechen. Dies wurde immer als ein Mangel empfunden, einmal, weil dadurch die Bilanzwahrheit leidet, sodann weil dies den Unternehmen ermöglicht, Dividenden auszuschütten, die in Tat und Wahrheit gar nicht verdient wurden. Beides ist vom Standpunkt des Aktionärs und der Gläubiger unerwünscht. Die BRB sind aber als eine durch die besonders Zeitumstände (1939!) bedingte Erleichterung gedacht, mit dem Ziel, Unternehmen, deren dauernde Beteiligungen unter momentanen Kurseinbrüchen und Transferschwierigkeiten leiden, den Zusammenbruch oder doch erhebliche Bilanzschwierigkeiten zu ersparen. Die andere Seite, d. h. die Ausnützung von unberechtigten Kursgewinnen, ist daher bis auf weiteres auf Grund der allgemein geltenden Normen zu beurteilen, wobei der Verantwortung der Verwaltung besondere Aufmerksamkeit zu schenken sein wird.

Der BRB vom 14. Januar 1941 gilt vorläufig für die bis Ende 1944 errichteten Bilanzen. Es handelt sich hierbei um eine ausserordentliche Massnahme, wie sie in Z. 5 der Übergangsbestimmungen zum rev. OR vorgesehen ist. Die

Entwicklung der Dinge und die mit dem BRB gemachten Erfahrungen werden zeigen, ob dieses Provisorium fortzusetzen, ob die fakultative Ordnung in eine obligatorische umzuwandeln, ob sie durch eine Gesetzesrevision zu sanktionieren ist, oder ob einfach wieder zum status quo ante zurückgekehrt werden soll.

2. In bezug auf die Bilanzklarheit enthält das rev. OR keine besondern Vorschriften für HG[248]). Ob und wie Rechte und Pflichten zwischen verbundenen Unternehmen auszuweisen sind, ob sogenannte konsolidierte Bilanzen aufgestellt werden, u. a. m., wurde dem Ermessen der Verwaltungen anheimgestellt. Lediglich Z. 5 der Übergangsbestimmungen und darauf fussend die oben erwähnten BRB sehen vor, dass wenn Bilanzen auf Grund dieser Beschlüsse, also in Abweichung vom gemeinen Recht, erstellt worden sind, dies in der Bilanz zu erwähnen ist. Das bedeutet aber noch keine besondere Darstellung der sich aus der Unternehmensverbindung ergebenden Verhältnisse. Man war bei uns hinsichtlich der sogenannten Offenlegungspflicht immer zurückhaltend. Hingegen hat es die Praxis in der Hand, durch engere oder weitere Ausgestaltung des Kontrollrechtes der Aktionäre (Auskunfterteilung, OR 697) die Verhältnisse so zu gestalten, wie es den Bedürfnissen der Praxis, unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles, am besten entspricht. U. E. wird auf diese Weise den Interessen aller Beteiligten besser gedient, als durch schematische Vorschriften über die Gestaltung der Bilanzen, die sich meist als illusorisch erweisen werden. Auch in den Patenten steht ja die Hauptsache oft nicht in der Patentschrift, trotz der schönsten Patentgesetze!

---

[248]) Wohl aber das DAktG § 131 für alle Konzernunternehmen.

§ 16.

Die Privilegien gemäss OR 671 und 711.

Nach OR 671 Abs. 4 sind HG von der Pflicht zu besondern Leistungen an den Reservefonds (Abs. 2 Z. 3) und den Einschränkungen in dessen Verwendung (Abs. 3) befreit. Diese Befreiung erfolgte, da die sozialen Gesichtspunkte, welche den erwähnten Vorschriften zugrunde liegen, auf die HG nicht zutreffen. Das Privileg gilt daher, trotz der etwas engeren Umschreibung des Begriffes HG in Abs. 4, nicht nur für Kontroll- und Beteiligungsgesellschaften, sondern auch für blosse Kapitalanlagegesellschaften (Investment Co.'s, Omniums und dergl.), da bei diesen die gleichen Verhältnisse vorliegen.

Hingegen gilt das Privileg gemäss OR 711 Abs. 2, wonach die Verwaltung von HG (mit Bewilligung des Bundesrates) mehrheitlich aus Ausländern oder im Ausland domizilierten Personen bestehen kann, wenn die Mehrheit der Unternehmen, an der die HG beteiligt ist, im Auslande liegt, wohl nur für Kontroll- und Beteiligungsgesellschaften, nicht aber für blosse Anlagegesellschaften. Zweck dieser Bestimmung ist, die vermehrte Mitarbeit und Mitverantwortung von Ausländern zu ermöglichen, wo dies mit Rücksicht auf die vorwiegend ausländischen Beteiligungen der Gesellschaften als wünschenswert, u. U. sogar notwendig erscheint und damit auch das Strohmännertum einzuschränken. Dies ist aber nur der Fall, wo es sich um dauernde Beteiligungen an ausländischen Unternehmen handelt. Hingegen brauchen sie nicht beherrschende zu sein, da auch bei Minderheitsbeteiligungen, wenn sie an sich von genügender Bedeutung sind, die Mitarbeit von Ausländern wünschenswert sein kann[249]).

---

[249]) Schucany, Art. 711 N. 2 billigt das Privileg nur Kontrollgesellschaften zu. Dagegen wurde durch einen Entscheid des Bundesrates vom 15. Oktober 1937 das Privileg gemäss OR 711 Abs. 2 auch einer Gesellschaft zugebilligt, die (soweit der Tatbestand aus dem Entscheid ersichtlich ist) nicht als eine

§ 17.

VI. Schlussfolgerungen.

Die sich im Zusammenhang mit HG ergebenden Fragen liessen sich alle auf Grund der allgemein geltenden Normen des OR, insbesondere des Gesellschaftsrechtes beantworten. Dies ist vor allem darum möglich, weil auch das rev. OR die im ZGB verkörperte Tradition und Methode befolgt hat, indem es auf zu eingehende Normierung verzichtete, sondern sich im wesentlichen auf die Aufstellung von Grundsätzen beschränkte, die Entwicklung ins Einzelne der Lehre und Rechtsprechung überlassend[250]). Freilich, diese Grundsätze sind als feste Richtlinien zu achten und zu befolgen, auch wenn sich daraus in einzelnen Fällen nicht ganz befriedigende Lösungen ergeben. Dies gilt vor allem für die Pflichten der Gesellschaftsorgane und ihre Verantwortungen. Auch der Hinweis auf die stets möglichen Umgehungen des Gesetzes darf nicht zu Abweichungen von den grundsätzlichen Gedanken des Gesetzes veranlassen. Auch die zu umgehende Norm behält ihren Wert, einmal als Richtlinie für das Verhalten derjenigen, die die Gesetze befolgen wollen — und für diese sind sie in erster Linie da —, sodann als Grundlage für

---

eigentliche Beteiligungsgesellschaft gelten konnte. Der BR macht dafür geltend, dass man mit dieser Bestimmung „AG., deren Betätigung oder deren Interessen ganz vorwiegend im Ausland liegen und für die es dementsprechend schwierig oder unmöglich ist, die Verwaltung mehrheitlich aus Schweizerbürgern zu bestellen, das Verbleiben in der Schweiz zu ermöglichen, das vom fiskalischen und wirtschaftlichen Standpunkt sehr erwünscht sein kann". OR 711 Abs. 2 sei daher nicht zu eng auszulegen und „nicht streng auf HG zu beschränken, sondern beim Vorliegen stichhaltiger Gründe auch AG. zugänglich zu machen, deren Vermögen oder Betrieb sich ausschliesslich oder ganz vorwiegend im Ausland befinden, ohne dass es sich um blosse Beteiligungsrechte handeln muss". Umgekehrt wurde aber der gleichen Gesellschaft das Privileg gemäss OR 674 Abs. 4 verweigert (soweit der Bundesrat auf diese Frage überhaupt einzutreten hatte).

[250]) S. hierüber u. a. Egger, SJZ Bd. 34 S. 1 ff.

die Verantwortung derjenigen, die sie missachten. Die Praxis der neueren Zeit in Verantwortungsfragen hat die Bedeutung scheinbar unwirksamer Normen wieder wesentlich gehoben.

Es scheint aber auch, dass sich die Rechtsverhältnisse der HG auf Grund des geltenden Rechtes auch materiell befriedigend ordnen lassen. Viel wird allerdings davon abhängen, wie der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot des Rechtsmissbrauches gehandhabt wird. In ZGB 2 hat die Praxis ein Mittel, dessen Gebrauch die Entwicklung des Rechtes der Unternehmen und der Unternehmensverbindungen weitgehend beeinflussen wird.

Eine besondere Gesetzgebung über HG erscheint daher nicht nötig. Sie wäre auch nicht erwünscht, denn allen Spezialgesetzgebungen haftet das doppelte Merkmal einer bestimmten (oft nur vorübergehend gerechtfertigten) Tendenz und der Starrheit an. Beides aber ist gerade auf dem Gebiete des sich in ständiger Entwicklung befindlichen Wirtschaftsrechtes besonders unerwünscht. Allerdings, die Spezialgesetzgebung erspart in einem gewissen Masse das Suchen der Lösung und, weil sie Verhältnisse von vorneherein ordnet, vielleicht auch den Kampf um die Lösung. Aber kein Spezialgesetz vermag mit der Entwicklung der Verhältnisse und Anschauungen Schritt zu halten, während gerade das Suchen von Lösungen die Rechtsentwicklung fördert. Und wenn es ein Gebiet gibt, wo der Kampf ums Recht in der Natur der Dinge liegt, so ist es sicher das Wirtschaftsrecht. Jura vigilantibus scripta — das gilt hier in besondrem Masse, für den das Recht Suchenden und für den Richter.