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: 99 (1980)

Artikel: Aufgaben eines Konzernrechts

Autor: Druey, Jean Nicolas

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896097

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: 07.01.2026

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

Aufgaben eines Konzernrechts

Referat von Dr. iur. JEAN NICOLAS DRUEY
Professor an der Hochschule St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

1. Absicht 279
2. Die Auslandorientierung schweizerischer Konzernbeziehungen 280
3. Einstweilige Begriffsbestimmung 281
   3.1 Das Verhältnis von außerrechtlichem und rechtlichem Ursprung des Begriffs 281
   3.2 Weite einstweilige Umschreibung 282

Analyse-Teil: Das Normbedürfnis

1. Gegebenheiten 284
   1.1 Entwicklung und Stand des Konzernwesens 284
   1.2 Die Reaktion des Rechts 287
   1.3 Der Stand des Konzernrechts 290
      1.3.1 Schweiz 290
      1.3.2 Deutschland 292
      1.3.3 Frankreich 293
      1.3.4 Großbritannien und USA 294
      1.3.5 Andere Länder 295
      1.3.6 Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 295

2. Das Regelungsbedürfnis bezüglich des Konzerns im allgemeinen 296
   2.1 Die makroökonomische Sicht 296
   2.2 Die mikroökonomische Sicht 297
      2.2.1 Die Interessenlage 297
      2.2.2 Das grundsätzliche Ungenügen des vorhandenen Rechts .. 300

3. Einzelne Rechtsgebiete 303
   3.1 Gesellschaftsrecht 303
      3.1.1 Die juristische Person als Interessen- und Willenseinheit .. 303
      3.1.2 Die Problembereiche 305
         3.1.2.1 Das maßgebende Interesse 305
         3.1.2.2 Der Konflikt der Loyalitäten 308
         3.1.2.3 Die Störung des organisatorischen Gleichgewichts 311
         3.1.2.4 Konzerninterne Dispersion des Vermögens 312
         3.1.2.5 Wechselseitige Beteiligungen 314

3.2 Unternehmensrecht: Publizität 316
3.2.1 Konsolidierte Rechnung 316
3.2.2 Separater Ausweis konzerninterner Verhältnisse in den Einzelrechnungen 319
3.2.3 Bekanntgabe von Konzernverhältnissen 320
3.3 Vertragsrecht 322
3.4 Marken- und Firmenrecht 325
3.4.1 Marke 325
3.4.2 Firma 328
3.5 Kartellrecht 329
3.6 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 331
3.7 Steuerrecht 331

4. Würdigung 334

Synthese-Teil: Grundlagen einer Lösung

1. Der Konzernbegriff 336
1.1 Gesetzgebung, Lehre und Praxis 336
1.2 Was ergibt der Normzweck? 340
1.3 Allgemeine Ergebnisse 343
1.4 Das Problem der Rechtstechnik 346

2. Die fundamentalen Alternativen 349
2.1 Mißbrauchsverhinderung oder Eigengestaltung? 349
2.2 Restaurative oder aufbauende Lösung? 352
2.3 Subjekt oder Objekt? 355
2.4 Freiwilligkeit oder Zwang? 356
2.5 Einheitliche oder differenzierende Form? 357
2.6 Gesetzesrecht oder Richterrecht? 360

3. Lösungselemente 361
3.1 Allgemein 361
3.1.1 Der Konzern nach außen: Prinzip und Grenzen der Einheitsbehandlung 361
3.1.1.1 Der Konzern als Handlungs- und Interesseneinheit 361
3.1.1.2 Das Unternehmen als die relevante Größe für den Dritten 362
3.1.1.3 Die Regel der Einheitsbehandlung 364
3.1.1.4 Dispositive Natur der Regel 364
3.1.2 Der Konzern nach innen: Schutz und Abfindung der T-Gesellschafter und Verantwortlichkeit der M-Organe und von M 366
3.1.3 Publizität 368
3.2 Die Stellung der T-Gläubiger 370
3.2.1 Verantwortlichkeit, Durchgriff, Patronat und Einheitsbehandlung 370
3.2.2 Die Ausgestaltung der Konzernhaftung 377

Ergebnisse 379

Der Bericht verwendet durchgehend für die Bezeichnung der Obergesellschaft das Zeichen M, für die Untergesellschaft T. Damit ist jeweils die *relative* Position verstanden; T kann also je nachdem z.B. auch eine Enkelgesellschaft sein, M dagegen eine Unterholding.

Die in Klammern gestellten *Kursivziffern* innerhalb des Textes verweisen auf die mit Kursivziffern bezeichneten Textabschnitte.

Eine *Bibliographie* der wichtigsten Publikationen zum Thema Konzernrecht wurde für die beiden Referate gemeinsam erstellt. Sie befindet sich am Schluß des Korreferates «Vers un droit des groupes de sociétés?» von ROLAND RUEDIN (Heft 2, 1980, S. 263).

Einleitung

1. Absicht

«Ein Konzernrecht will man heute nur noch auf den Universitäten», äußerte der Chef der Rechtsabteilung eines schweizerischen Großkonzerns. Mitverstanden war: Warum zu allen Plagen noch diese? Und zudem wohl: Was weiß man schon an den Universitäten über die Wirklichkeit der Wirtschaft? Mit allem, auch mit den in den Fragen implizierten Meinungen, traf er etwas Wahres. Aber nicht mit der darin sich ausdrückenden Konklusion, daß man das Thema so rasch wie möglich verlassen sollte.

Unangemessen wäre eine solche Konklusion, und sei es auch nur deshalb, weil die «Universitäten» über die Wirklichkeit des Wirtschaftslebens zu belehren wären, weil sie den Konzern, den sie als elementares Organisationsphänomen kennen, aber in dem ihnen verfügbaren Rechtssystem nicht vorfinden, einzuordnen lernen sollten. Auch wenn die Fragestellung keine andere als diese «bloß akademische» wäre, dürfte sie nicht übergangen werden. Das Recht lebt als System, und die Praxis, die dem System vorausgeeilt ist, tut gut daran, das Ihre zu ihrer Wiedereingliederung oder aber zur Anpassung des Systems beizutragen.

Geschieht die Verständigung nicht, so wird mehr und mehr mit «Vermutungen» über das Wesen dieses Wirtschaftslebens gearbeitet. Und wird das Argument der Systembereinigung nicht anerkannt, wird die (möglicherweise bloß theoretische) Unausgewogenheit der Verhältnisse auf sich beruhen gelassen, so erfolgt die «Besetzung der Begriffe», der Begriff des Konzerns wird mit dem der Macht, der Intransparenz und andern assoziiert und erhält entsprechende Vorzeichen.

Das bringt die Gefahr am Ziel vorbeischießender Lösungen und fruchtloser Polarisierungen mit sich.

Die Absicht des vorliegenden Berichts ist, das Konzernphänomen und die einschlägigen Normen des bestehenden Rechts miteinander zu konfrontieren. Daraus soll eine Antwort auf die

Frage hervorgehen, ob jenes in diesen aufgehen kann. Verneinendenfalls, wenn also eigene Regeln als wünschbar erkannt werden, soll umrißweise illustriert werden, von welcher Art die Regeln sein sollen, die das erkannte Normbedürfnis verlangt. Die Aufgabe muß der Brückenschlag von Praxis zu Wissenschaft und umgekehrt sein.

3 Diese Aufgabe ist nicht leicht. Die sehr große wissenschaftliche Literatur erfordert eine Sichtung und Auswahl, und vor allem bedarf es für die Kenntnis der Praxis, die unter den hier interessierenden Aspekten kaum literarisch oder statistisch Niederschlag gefunden hat, der Anschauung. Diese hat naturgemäß einen beschränkten Horizont. Konkret für das vorliegende Referat beruht sie vor allem auf zwölfjähriger Tätigkeit in der Rechtsabteilung eines schweizerischen Konzerns der Chemiebranche bzw. einer großen Treuhandgeselllschaft. Um aber die nie zu vermeidende Einseitigkeit der Anschauung zu verringern, haben die Referenten zudem gemeinsame Besuche bei rund einem Dutzend schweizerischer Großkonzerne gemacht.

2. Die Auslandorientierung schweizerischer Konzernbeziehungen

4 Die verhältnismäßige Kleinheit des schweizerischen Wirtschaftsraums bringt mit sich, daß viele Konzernbeziehungen hiesiger Gesellschaften ins Ausland weisen, sei dies in der Konzernhierarchie aufwärts zu einer ausländischen Mutter oder abwärts zu ausländischen Töchtern. Das hat zur Meinung geführt, daß eher auf ein nationales Konzernrecht zugunsten einer einheitlichen Ordnung auf supranationaler Ebene verzichtet werden sollte[1].

Aber gerade um in einer Diskussion über die Landesgrenzen hinweg zu bestehen, muß ein den schweizerischen Vorstellungen entsprechendes Konzept möglichst weitgehend ausgearbeitet sein. Vor allem aber hat, wie im Verlauf dieses Berichts noch festzustellen sein wird, das Reformbedürfnis seinen Anlaß in den *bestehenden* Rechtsnormen: der Konzernsachverhalt beraubt diese kraft seiner Häufigkeit in einem nicht unwesentlichen Ausmaß ihrer Gültigkeit und macht das Konzernrecht zu einer Angelegenheit der Autorität des nationalen Rechts. Zudem dürfte der

[1] Etwa F. VISCHER/F. RAPP, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968 (zit. Neugestaltung), S. 202 N. 2; ALAIN HIRSCH, Bulletin d'Information du Centre Européen, 1967, S. 7f.; siehe auch TH. FAIST, Votum am Juristentag, ZSR 92 II, 1973, S. 1027f.

Wunsch nach übernationaler Regelung vor allem der Optik internationaler Konzerne mit Zentrum in der Schweiz entspringen, während es aber auch den umgekehrten Fall schweizerischer Töchter ausländischer Konzerne zu ordnen gibt, wo ein ausgeprägtes lokales Regelungsinteresse besteht, weshalb auch nach der international-privatrechtlichen Lehre ein schweizerisches Konzernrecht in dieser Situation zum Zug kommen könnte[2].

Ganz außer acht bleiben, weil wir uns dem Konzernproblem grundsätzlich zuwenden, die besondern mit der *Multinationalität* verbundenen Aspekte.

3. Einstweilige Begriffsbestimmung

3.1. Das Verhältnis von außerrechtlichem und rechtlichem Ursprung des Begriffs

Der Begriff «Konzern» bezeichnet eine Organisation, die nicht juristisch geformt ist; er unterscheidet sich darin von der «Aktiengesellschaft», der «Kollektivgesellschaft» usw. Insofern wird er zu Recht als außerrechtlicher qualifiziert[3]. Der Verweis auf die Betriebswirtschaft, der dem Juristen solchenfalls naheliegt, scheint allerdings ebenfalls nicht berechtigt; der Konzernbegriff taucht dort zwar auf, er erhält aber nicht allzuviel Aufmerksamkeit, differenziertere definitorische Bemühungen fehlen[4]. Der Ursprung ist am ehesten in der Alltags-Wirtschaftssprache zu suchen[5].

Zu dem Begriff gehört aber, bei jeder Art seiner Verwendung, daß er ein übergeordnetes wirtschaftliches Ganzes bezeichnet, das aus einer Mehrzahl von *juristischen* Einheiten besteht. Der Betriebswirtschafter kann aus seiner Sicht nichts Spezifisches an

[2] B. GOLDMAN, S. 7–36, W. R. SCHLUEP, S. 48–52 und P. VAN OMMESLAGHE, S. 54–59 (für den Schutz der freien Aktionäre), H.-G. KOPPENSTEINER, S. 79–109, R. BÄR, S. 112–119 und E. REHBINDER, S. 126–131 (für den Schutz der Gläubiger von T), zusammenfassend FRANK VISCHER, S. 257–261 (alle in: Genève); nüancierter für das Arbeitsrecht ibid. B. KNAPP, S. 147–196.

[3] L. RAISER, Konzernbildung, S. 51, REHBINDER, S. 35.

[4] Wegweisend PASSOW, S. 101: «Zusammenfassung von zivilrechtlich selbständig bleibenden Unternehmen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und unter einheitlicher Leitung stehen». Anlehnend heute etwa E. PAUSENBERGER in HdWb der Betriebswirtschaft I/3, Stuttgart 1975, v° «Konzern»; Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. Aufl. Thun 1977, v° «Konzern».

[5] L. RAISER, Konzernbildung, S. 51, REHBINDER, S. 34, PASSOW, S. 101.

diesen Einheiten finden; sie sind vielfach nur formell. Für ihn gibt es nur die eine Form, die als Leistungsorganisation in Frage kommt, nämlich eben das Unternehmen[6]. Für die Kennzeichnung der spezifischen Unternehmensform des Konzerns kann sie darum einfach auf die Rechtswissenschaft verweisen. Wenn anderseits die Juristen das Phänomen des Konzerns überwiegend als ein betriebswirtschaftlich zu erfassendes qualifizieren, so drohen wir in einen für das Handelsrecht so typischen negativen Kompetenzkonflikt zwischen Betriebswirtschaft und Recht zu geraten.

7 Die Auflösung des Konflikts muß so geschehen, daß der Jurist wird anerkennen müssen, daß die Aufgabe bei ihm liegt. Der Ökonom hat offensichtlich nach eigener Auffassung seinen Teil getan, er hat – für gewisse Juristen etwas vorschnell *(223)* – die wirtschaftliche Einheit gesehen und den Rechtswissenschafter in seine traumatische Rolle des ewig Zweiten gedrängt, der sich an der Verarbeitung von längst Entwickeltem schwertut. An ihm ist es zu beantworten, weshalb im Sonderfall des Konzerns das Unternehmen sich aus einer Mehrzahl von *rechtlichen* Einheiten zusammensetzt. Entsprechend ist der Gegenstand der Problemstellung, also der Konzernbegriff, vom Recht selber zu bestimmen.

3.2 Weite einstweilige Umschreibung

8 Durchweg wird in Anlehnung an die Definition von § 18 des geltenden und § 15 des früheren deutschen Aktiengesetzes (von 1965 bzw. 1937) der Konzern heute als *Zusammenfassung mehrerer wirtschaftlich tätiger Subjekte unter einheitlicher Leitung* verstanden. Das Merkmal der «einheitlichen Leitung» gibt aber als Verweis auf tatsächliche Gegebenheiten wenig her; der graduelle Aspekt, das Maß der Einflußnahme, muß von erstrangiger Bedeutung sein, da jede Verbindung sich irgendwo zwischen totaler Zentralisation und totaler Dezentralisation einordnet.

Für die rechtliche Untersuchung empfiehlt sich deshalb eine einstweilige Umschreibung, die möglichst weit ist, um das Ungenügen der bestehenden Normen möglichst ganz zu erfassen. Der

[6] E. GROCHLA, Betriebsverband und Verbandsbetrieb, Berlin 1959, S. 37ff.; K. KÄFER, Probleme der Konzernbilanzen, Mitt. aus dem HWS der Univ. Zürich, Heft 107, S. 289, 306; K. MELLEROWICZ, Unternehmenspolitik, Freiburg 1963, S. 552; E. PAUSENBERGER, Der Konzernaufbau, München 1957, S. 29.

Konzern ist gekennzeichnet durch ein Hinausreichen des organisatorischen Bezugs über die juristische Organisationsform hinaus, durch eine «Fremdsteuerung». Unser Blickfeld soll vorläufig von entsprechender Weite sein, unter Ausklammerung des quantitativen Problems, welches Maß an Zusammenfassung zu fordern sei.

Analyse-Teil: Das Normbedürfnis

1. Gegebenheiten

1.1. Entwicklung und Stand des Konzernwesens

9 Gemessen an der Geschichte der Gesellschaft, insbesondere auch der Erwerbsgesellschaft, die ein Unternehmen betreibt, ist der Konzern eine verhältnismäßig junge Erscheinung. Er konnte erst entstehen, als mit der Loslösung von der staatlichen Aufsicht im 19. Jahrhundert die gesellschaftsrechtlichen Formen und namentlich diejenige der AG frei verfügbar wurden[7]. Auch dann noch brauchte es seine Zeit, bis diese Verwendungsart der Gesellschaftsform «entdeckt» wurde und Verbreitung fand. Bezeichnenderweise ging es zunächst um den Gedanken der Diversifikation, nicht der einheitlichen Beherrschung, wo also die einzelnen Einheiten eine einigermaßen unangetastete Selbständigkeit bewahrten. So war die wohl älteste vertikale Schichtung von Gesellschaften (seit 1822), die belgische Société Générale des Pays-Bas, eine Zusammenfassung von Betrieben, welche im Sinne unserer heutigen Anlagefonds oder Konglomerate die Risiken verteilen, durch die Größe bekannt werden und durch beides Anleger gewinnen sollte[8].

Nicht sehr viel jünger ist das wohl älteste Beispiel aus der Schweiz, die Omnium, Société civile genevoise d'emploi de fonds, mit einem Aktienkapital von 2 Mio. damaligen Franken, von drei Genfer Banken gegründet für den Ankauf von Börsenpapieren, also noch deutlicher mit Anlagezweck. Dasselbe gilt für die American Trust Company, nun schon gegen Ende des Jahrhunderts (1895) von der Kreditanstalt in Zürich gegründet[9].

[7] Vgl. Ott, S. 122.

[8] Robert Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, 4. Aufl., Jena 1923, S. 127–151.

[9] Liefmann bespricht S. 185f. auch diese und andere schweizerische Anlagegesellschaften. Der Anekdote zulieb sei sein Urteil erwähnt, daß die Schweizer

Später setzte die – nun auf Mehrheitsbeteiligung gerichtete – Entwicklung der Holdinggesellschaften ein, vor allem auf die Ausnützung lokaler Steuervorteile zielend. In den USA wurde die bundesstaatliche Struktur Anlaß zum Wettstreit zwischen den Einzelstaaten, einander in diesem Sinn das Wasser abzugraben[10]. Die gegen 1890 einsetzende Entwicklung wurde – mit der gehörigen zeitlichen Verschiebung – auch in die Schweiz getragen, wo der Kanton Schaffhausen anscheinend als erster 1914 die Gründung einer Holding (von Gebr. Sulzer, Winterthur) anzulocken vermochte[11] (seiner Pionierstellung in dieser Hinsicht scheint sich der Kanton neuerdings wieder zu erinnern).

Die konzernmäßige Struktur der schweizerischen Unternehmen wurde aber dann vor allem – seit der Akzentuierung dieser Entwicklung im Anfang dieses Jahrhunderts – durch die Eröffnung von Betrieben im Ausland bestimmt. Im Jahresbericht 1920 von Bally werden die Vorteile des Konzernverhältnisses in dieser Hinsicht mit einer heute in Geschäftsberichten kaum zu findenden Direktheit hervorgehoben: «Durch die diskrete Art der Beteiligung wird der nationale Charakter des ausländischen Tochterunternehmens gewahrt und das Nationalgefühl der Käuferschaft geschont». In den industriellen Unternehmen steht der Auslandaspekt in der Konzernstruktur bis heute so im Vordergrund, daß die interne Sprache unter «Tochtergesellschaft» oft just die (größern) ausländischen, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Betriebe und unter «Konzern» den Auslandteil des Unternehmens versteht. Erst neuerdings ist in verstärktem Maß die Konzernierung auch in der Form der «Kernspaltung», der Funktionsgliederung etwa im Mutterhaus selber durch Aufteilung in mehrere Gesellschaften zu beobachten.

Dies alles sind Entwicklungen, welche Konzerne von innen heraus, aus einem einzigen Unternehmen, entstehen ließen. Daneben tritt selbstverständlich die Konzernbildung durch *Konzentration,* d.h. durch Vereinigung mehrerer Unternehmen, nur ist diese eben keineswegs eine so ausschließliche Ursache der Kon-

Anleger wegen des Mangels an Publizität der hiesigen Gesellschaften dieser Art sehr schlechte Erfahrungen gemacht hätten, doch daß eine Gesetzesrevision hier nun Abhilfe schaffen werde. Dies 1923!

[10] «The race of laxity» nach dem Wort von Justice BRANDEIS (Diss. op. in Liggett Co. v. Lee 288 U.S. 517, 1533, S.558f.); vgl. CONRAD, S.11, LAUCHENAUER, S.16.

[11] Die erste «extraterritoriale» Holding scheint die AG für Industriewerte in Luzern gewesen zu sein, welche schon vor dem 1. Weltkrieg die Beteiligungen der deutschen Sichel-Gruppe vereinigte. Dazu LAUCHENAUER, S.53–55.

zernierung, wie es gewisse Darstellungen glauben lassen[12].Eine Mehrheit von Motiven lassen sich auch hier unterscheiden. Einmal ging der Konzern als Konzentrationsprodukt aus einer Weiterentwicklung des *Kartells* hervor. Das zeigt nicht nur die weit ins letzte Jahrhundert zurückreichende Erscheinung der Trusts in Amerika, die als kontraproduktives Resultat der Antitrustgesetzgebung in noch engere Zusammenschlüsse getrieben wurden, um dank einheitlicher Leitung der Marktabreden gar nicht mehr zu bedürfen[13], sondern auch in Deutschland[14] mit der zum Konzern sich weiterentwickelnden Figur der «Interessengemeinschaft» (Gewinnpool) und sporadisch in der Schweiz[15]. Die Grundstruktur solcher Zusammenschlüsse war also eher egalitär-gesellschaftlich als hierarchisch, und auch später, als mehr und mehr die einen die andern aufkauften – die aus neuerer Zeit bekannte, eigentliche Konzentrationsbewegung –, war das Motiv nicht weniger die Diversifikation als die Domination, wie jeden genügend Anschauungsbeispiele aus jüngeren Jahren lehren. Soweit es um die Beherrschung geht, ist der Konzern ohnehin nur Zwischenstufe der Entwicklung, an die sich die Fusion zur Bildung des Einheitsunternehmens auch im formellen Sinn anschließen könnte.

Daß dieser letzte Schritt in der Regel ausbleibt, liegt außer an den Kosten der Stempelsteuer und der Vermeidung steuerlicher Betriebsstätten wohl vor allem am Bestreben, den Namen und die Form einer gewissen Selbständigkeit zu erhalten, also wieder an einer dezentralistischen Motivation.

13 Man wird also eine «endogene» und eine «exogene» Konzernbildung zu unterscheiden haben – die «exogene» als die Aufnahme eines Unternehmens in ein anderes, also als Konzentration, neben der die erstgenannte, als Dispersion, nicht weniger Bedeutung haben dürfte. Zudem, wo der Konzern aus Konzentration hervorging, ist historisch die einheitliche Leitung, die Beherrschung, keineswegs das vorwiegende Motiv, sondern viel eher ist es zunächst eine vermögensmäßige Vergemeinschaftung, um Interessenkonflikte im Wettbewerb zu vermeiden.

[12] z.B. EMMERICH/SONNENSCHEIN, S.3–9.

[13] LIEFMANN, S.174, 292; LANDESBERGER, S.303.

[14] HANS POHL, Die Konzentration in der deutschen Wirtschaft vom ausgehenden 19. Jahrh. bis 1945, Zeitschr. für Unternehmensgeschichte, Beiheft II, Wiesbaden 1978, S.12, 16, 22; NÄGELI, S.217–235.

[15] ROLF BAUMGARTNER, Die wirtschaftliche Bedeutung der chemischen Industrie in Basel, Bern 1947, S.35–37, und PESTALOZZI, S.249 betr. Interessengemeinschaft der Basler Chemie im Teerfarbensektor (gegründet 1918 auf 50 Jahre, vorzeitig aufgelöst 1951).

Heute kann der Konzern nicht nur als verbreitete Erscheinung, sondern als die *normale* Struktur der großen und mittleren Unternehmen in der Schweiz angesehen werden. Verläßliche Unterlagen fehlen, doch setzen alle Schätzungen die Zahl der Gesellschaften, die zu einer andern in einem Konzernverhältnis stehen, auf über 50% an.

1.2. Die Reaktion des Rechts

Der Konzern ist wohl eines der interessantesten Beobachtungsfelder, um die Reaktionsweise des Rechts auf wirtschaftliche Entwicklungen festzustellen. Die Geschichte des Konzernrechts ist noch nicht geschrieben und wäre ein sehr lohnendes Monographiethema.

Das Recht hat jedenfalls die *Bedingungen* für die Bildung und Verbreitung der Konzerne geschaffen. Wieweit dies gezielt oder ungewollt geschehen ist, wieweit es Förderung oder bloß Duldung war, ist eine der Fragen, die einer genaueren Abklärung wert wären. Dramatisch, als klar intendierter politischer Akt, erfolgte die Geburt des Konzerns in den USA durch die Gestattung der Beteiligung einer Gesellschaft an einer andern im Gesetz von New Jersey 1888[16]. Unbestimmter, wie erwähnt im Zuge der allgemeinen Liberalisierung, entstand er in Europa.

Trotz grundsätzlicher Zulässigkeit hätten ihm einzelne Regeln des Gesellschaftsrechts außerordentlich hinderlich werden können; die Praxis hat sie aber so gehandhabt, daß sie kaum als Schranken wirkten. Als solche mögliche, aber nicht tatsächliche Konfliktsgebiete von Konzern und Gesellschaftsrecht nennt FRIEDLÄNDER, einer der ersten Darsteller des Konzernrechts, 1927 die Mindestzahl von Aktionären, welche durch die Zulassung der Treuhandschaft (wir müssen hinzufügen: durch die Tolerierung der Einmanngesellschaft) ihre Bedeutung verloren hat, dann die Stimmenthaltungsvorschriften und die Beschränkung der Informationsrechte des Aktionärs auf die Geschäfte der eigenen Gesellschaft (wir müssen hinzufügen: das durch die Aktiengesellschaft ermöglichte Anonymat der Beteiligung ganz allgemein), und schließlich die Frage der Bindung des Aktionärs an die Interessen seiner Gesellschaft, welche in Deutschland durch das Hibernia-Urteil des Reichsgerichts im Sinne der strengen Durchführung des Mehrheitsprinzips und damit der Domination

[16] GROSSFELD, S. 164, nennt diesen Akt *die* Revolution im amerikanischen Gesellschaftsrecht.

durch den Mehrheitsaktionär[17] entschieden wurde[18]. Zusätzlich ist gewiß die Zuständigkeitsverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltung sowie die Verpflichtung der Verwaltung auf die Interessen der M zu nennen; das zuletzt genannte Problem wurde vor allem durch die Möglichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrats für den Konzern im Sinne der Vereinbarkeit der Treuepflicht zu T mit einer solchen zu M gelöst und damit auch das erstgenannte, der partielle oder totale Ausschluß der Generalversammlung von Geschäftsführungsangelegenheiten und damit die Unterbindung der Macht von M bei T entschärft. – Vor allem aber hatte natürlich das Steuerrecht durch die Abschwächung der Mehrfachbesteuerung der verbundenen juristischen Personen *(126)* die Konzernbildung zumindest stark erleichtert.

16 Schon früh wurde aber doch die Notwendigkeit rechtlicher Eingriffe in die durch die Konzerne geschaffenen neuen Strukturen festgestellt. Interessant ist an diesen Forderungen, daß durch die Jahrzehnte eine Verlagerung ihrer Brennpunkte zu beobachten ist. Im Vordergrund stand um die Jahrhundertwende das Problem der Überkapitalisierung, welche durch die mehrfache «Eigentümerschaft» an denselben Produktionsmitteln entstand (sowohl Gesellschafter von M wie von T bezüglich der Aktiven von T). Damit tritt eine Verwässerung des produktiven Substrats für das eingesetzte Kapital ein, und anderseits gelangt die Herrschaftsmacht in die Hand verhältnismäßig kleiner Kapitalanteile[19]. So entsteht ein Potential zur Einsetzung des Überschußkapitals für eigennützige Ziele des Herrschenden[20].

17 Dieses Problem scheint sich (ohne rechtliche Vorkehren) abgeschwächt zu haben. Wir können dann ein zweites Stadium in den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts ausmachen. Jene Zeit brachte in Deutschland einen ersten Schub eigentlich konzernrechtlicher Literatur hervor[21]. Ihre Haltung ist vor allem beschreibend, und entsprechend ist die Grenze zu den großen Wer-

[17] RGZ 68 235; gemildert allerdings in RGZ 107 202, BGHZ 33 175 u.a.

[18] FRIEDLÄNDER, S. 6, OTT, S. 157f.

[19] Zur Beherrschung von T braucht es bloß einen Anteil von 51% an T und 51% an M, d.h. von nur knapp über einen Viertel am Gesamtkapital. Türmt man noch mehr Gesellschaften übereinander, verdünnt sich der für die Herrschaft erforderliche Anteil weiter.

[20] LIEFMANN, S. 307, LAUCHENAUER, S. 79–81, 54 (insbes. betr. USA).

[21] Außer den Arbeiten von FRIEDLÄNDER, FLECHTHEIM und KRONSTEIN (siehe Bibliographie) sind zu erwähnen etwa FRITZ HAUSSMANN, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1926; RICHARD ROSENDORFF, Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin/Wien 1927.

ken, die zum Konzernthema in jener Zeit auf betriebswirtschaftlicher Ebene entstanden, fließend[22]. Die juristische Problemstellung hat weniger fundamentale Strukturfragen im Auge, als daß sie die Vielfalt von Einzelproblemen betrachtet, die sich aus der Zwischenstellung des Konzerns zwischen Vielheit und Einheit ergeben, und auf der Basis des geltenden Rechts zu lösen sucht; der Konzern wird als solcher akzeptiert. Ähnliches gilt für die nicht wenigen Schriften, welche in den Jahren bis 1950 in der Schweiz erschienen[23].

Seit dem Zweiten Weltkrieg hat wiederum eine grundsätzliche Sicht Platz gegriffen, nun im Sinn eines Postulats für verstärkten Schutz spezifischer Interessen, nämlich derjenigen des außenstehenden (konzernfremden) Aktionärs und des Gläubigers in T (*41*f.). So selbstverständlich dies heute als der wesentliche Inhalt eines Konzernrechts betrachtet wird, so wenig ist es dies somit in der historischen Perspektive. Sie zeigt im Gegenteil, daß das Konzernproblem von recht verschiedener Seite angeleuchtet werden kann. Die heutige Tendenz ist geradezu Verrat am bewußten Bemühen der Zwischenkriegszeit um eine universale rechtliche Konzernbetrachtung[24]. Diese Interessenschutzbewegung ist naturgemäß viel weniger bereit, die rechtliche Erfassung des Konzernrechts der Gerichts- und Wirtschaftspraxis zu überlassen, sondern verlangt heute allenthalben nach dem Wirken des Gesetzgebers. Dieser hat bis heute allerdings in der Schweiz und in der Mehrzahl der andern Länder nur wenig eingegriffen (*20–38*).

Zu allen Zeiten gab es bei den Juristen das Gefühl, daß es jedenfalls eine allgemeine Aufgabe des Rechts sei, den Konzern als wirtschaftliches Phänomen zu «fassen». Schon 1926 beklagt AUGUST EGGER, daß die konzernrechtliche Literatur hinter der wirtschaftlichen Entwicklung «weit zurück bleibt»[25], ja schon 1904 warnt FRANZ KLEIN, die Diskrepanz von Form und Inhalt dürfe beim Konzern nicht länger hingenommen werden[26]. Das

[22] Außer LIEFMANN vor allem RICHARD PASSOW und OSKAR KLUG (siehe Bibliographie).

[23] Die Arbeiten von RAMBERT (1927), HÄRDY (1928), ROSSET (1929), NÄGELI (1935), JOSS (1935), FRANKENBERG (1937) und TOBLER (1948) sowie namentlich die Juristentagsreferate 1943 von W. v. STEIGER und CAPITAINE über die Holdinggesellschaften.

[24] Etwa FRIEDLÄNDER, S. 270.

[25] AUGUST EGGER, Bespr. des Werks von HAUSSMANN (oben Anm. 21), SJZ 23, 1926/27, S. 221f.

[26] FRANZ KLEIN, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der AG, S. 55 (nach BÄLZ, S. 293).

Konzernrecht ist in diesem Sinn ein Anliegen, das seit bald einem Jahrhundert als «modern», als Besinnung des Juristen auf eine veränderte Umwelt immer wieder neu vorgetragen wird. Die Frage erhebt sich, wie sich diese – bei allem auch anderswo feststellbaren Nachhinken des Rechts hinter den faktischen Entwicklungen ungewöhnliche – Verzögerung ergeben konnte. Eine Teilantwort mindestens läßt sich aus unsern Feststellungen ableiten, indem der Wechsel in den normativen Zielrichtungen ohne Zweifel der Sache abträglich war: in der ersten von uns unterschiedenen Phase eine mehr öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung an ein Konzernrecht (Verhinderung konkreter Mißstände), dann das Hinnehmen des Konzerns als Faktum und das Bestreben, die Regeln des bestehenden Rechts auf ihn umzudenken, sowie schließlich heute der Appell an den zivilrechtlichen Gesetzgeber. Zu bedauern ist gleicherweise, daß die gesetzgeberischen Bestrebungen unserer Zeit nicht schon früher geprüft wurden, wie auch die mangelnde heutige Beachtung der früheren Bemühungen auf der Basis des geltenden Rechts.

Jedenfalls ist das Recht bis heute an Normen, welche auf den Konzern Bezug nehmen, arm geblieben, ob sie nun vom Gesetzgeber, von der Judikatur oder der Wissenschaft erarbeitet worden seien. Das soll nachfolgend ganz übersichtsweise gezeigt werden.

1.3. Der Stand des Konzernrechts

Eine Orientierung über den Entwicklungsstand des Konzernrechts muß geographisch aufgegliedert erfolgen. Es soll hier nur um die ganz großen Züge gehen; Hinweise zu Einzelheiten finden sich bei der nach Sachfragen aufgeteilten Erörterung.

1.3.1. Schweiz

20 Die Schweiz besitzt kein Konzernrecht. Im wesentlichen finden sich Normen, die stark auf den Konzern bezogen sind, im Steuerrecht (Holdingprivileg), im Markenrecht (Art. 6bis MSchG) und, mit geringer Bedeutung, im Gesellschaftsrecht (Art. 671 Abs. 4, 711 Abs. 2 OR). Die anderweitige Beschäftigung des Gesetzgebers mit der Materie zeichnet sich auch nicht indirekt ab, indem es Bestimmungen gäbe, welche zwar nicht tatbeständlich den Konzern oder die Holdinggesellschaft nennen, aber durch diese Erscheinungen motiviert sind. Der «Stellen-

wert» des Phänomens im geltenden schweizerischen Recht ist mithin klein.

Entsprechend den geschilderten allgemeinen Tendenzen konnte 1939, nach eben vollzogener Gesellschaftsrechtsreform, festgestellt werden: «Eine eigentliche ernste Strömung, die auf Schaffung einer eingehenden gesetzlichen Ordnung ausgegangen wäre, hat sich in der Schweiz nie geltend gemacht.» Mißbräuche habe es kaum gegeben[27]. Die Rufe nach einem Konzernrecht begannen, genau besehen, erst in den siebziger Jahren. Der Zwischenbericht 1972 zur Teilrevision des Aktienrechts suchte durch gewisse Bestimmungen einen Anreiz zur konsolidierten Rechnungslegung zu geben (Vorentwurf 1975, Art. 663a), und kam im übrigen zur Ansicht, «die Ausarbeitung eines Konzernrechts sollte rasch an die Hand genommen werden», sagt aber unmittelbar zuvor: «Die Regelung des Konzernrechts ist nicht dringend», weil nennenswerte Mißbräuche nicht vorliegen[28]. Diese nicht leicht zu harmonisierenden Aussagen deuten wohl Spannungen an, die diese Frage in der Kommission erzeugte, was wiederum symptomatisch für die auch sonst im Land bestehenden Anschauungen hierzu sein könnte. Jedenfalls war auch anläßlich der Diskussion des Konzernthemas am Juristentag 1973 eine Polarisierung der Atmosphäre unverkennbar[29].

In die gleichen Jahre 1972 bzw. 1973 fielen auch mit den Arbeiten von ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, KLAUS TAPPOLET und MARTIN ZWEIFEL die ersten monographischen Behandlungen des Themas, welche nun ganz auf die Forderung nach neuem Recht zentriert waren. Dasselbe gilt vom Bericht zum erwähnten Juristentag von LOUIS DALLÈVES, mit allerdings zurückhaltender Formulierung der Reformforderungen. Und in dasselbe Jahr 1973 fiel auch die Motion von Nationalrat ARNOLD KOLLER, mit welcher der Bundesrat ersucht wurde, den eidgenössischen Räten beförderlich den Entwurf eines Bundesgesetzes über Konzerne vorzulegen[30]. Die Antwort des Bundesrates hat etwas von jener Zwielichtigkeit des Zwischenberichts: er ist bereit, die aufgeworfenen Fragen «zielstrebig zu prüfen», beantragt aber die Überweisung als bloßes Postulat – was auch beschlossen wurde[31].

[27] A. SIEGWART im Zürcher Kommentar, Einl. vor Art. 620ff. OR N. 159.
[28] Zwischenbericht, S. 192.
[29] Diskussion über das Thema Konzentration und Kooperation, ZSR 92 II, 1973, S. 1008–1061, wobei die Konzernfrage stark dominierte.
[30] Motion A. KOLLER v. 26. Juni 1973, Sten. Bull. Nationalrat 1973, S. 889f.
[31] Sten. Bull. a.a.O., S. 891.

Alle weitern wissenschaftlichen Arbeiten zum Thema, die Dissertationen von OESCH (schon 1971), HOEHENER und v. GRAFFENRIED (rechtsvergleichend mit den USA resp. mit Großbritannien resp. der EWG) sowie von TSCHÄNI und PLÜSS münden alle in die erwähnten Reformpostulate.

1.3.2. Deutschland

23 Beim Blick ins Ausland ist fraglos an erster Stelle Deutschland zu nennen. Es gilt als Leader in der Domäne, hat es doch als bisher einziges Land – mit der offenbar einen Ausnahme von Brasilien (*35*) – ein Konzernrecht im Sinne eines systematischen Schutzes von Aktionären und Gläubigern im Fall von Konzernen erlassen. Zudem aber verdient es diese Stellung durch seine quantitativ wie qualitativ reiche Literatur. Unser Referat muß sich in dieser Hinsicht angesichts der Fülle ganz besondere Zurückhaltung auferlegen, weil es wohl trotzdem seine Aufgabe ist, den Blick auch für die zurückhaltendere Einstellung anderer Nationen offenzuhalten.

24 Dabei sind an den «Konzern» im technischen Sinn des deutschen Aktiengesetzes verhältnismäßig wenig Rechtsfolgen geknüpft. Es definiert diesen als Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheitlicher Leitung (§ 18) und verpflichtet ihn vor allem zur konsolidierten Rechnungslegung (§ 329). Dagegen sind die wichtigen andern «konzern»-rechtlichen Bestimmungen an einen auf das Element der einheitlichen Leitung verzichtenden Tatbestand, nämlich an die «Abhängigkeit» (§ 17) geknüpft, welche vermutungsweise bei kapital- oder stimmrechtsmäßigem Mehrheitsbesitz (§ 16) gegeben ist.

25 Von zentraler Bedeutung für das Konzept des deutschen Aktiengesetzes ist allerdings, daß die von ihm «eigentlich» geregelte Unternehmensverbindung nicht durch den bloßen Aktienbesitz, sondern nur durch Vertrag (insb. sog. Beherrschungsvertrag) entsteht. M's Macht ist damit legitimiert (§ 308); Gläubiger und freie Aktionäre von T werden dafür geschützt (§ 300–306). Als Gegensatz heißt die nur auf Mehrheitsbesitz gegründete Verbindung «(bloß) faktischer Konzern». Ob Einflußnahme auf die T-Geschäftsleitungen im Rahmen des letzteren überhaupt legal sei, ist umstritten; jedenfalls sind die daraus resultierenden Nachteile für T am Jahresende auszugleichen (§ 317).

26 Hervorzuheben ist zudem die besondere Figur der «Eingliederung». Sie greift Platz bei vollständigem Anteilbesitz des herrschenden Unternehmens, wobei es bei mindestens 95% Besitz

die restlichen Aktien an sich ziehen kann (§ 320). Die Eingliederung führt zu einer im Vergleich zu den andern Fällen einfachen Regelung, basierend auf dem Prinzip der Behandlung als Einheit; M haftet für die T-Schulden (§ 322).

1.3.3. Frankreich

In Frankreich hatte ein in den Jahren 1970 und 1974 in zwei Versionen vom Abgeordneten COUSTÉ eingebrachter, offenbar aus Revisorenkreisen inspirierter Gesetzesvorschlag die Schaffung eines Konzernrechts mit ähnlichen Schutzzielen wie das deutsche verlangt. Bis heute ist er aber anscheinend nicht zu parlamentarischer Beratung gelangt. Der Justizminister hat immerhin schon 1971 die Entwicklung eines Konzernrechts als langfristigen, mehrstufigen Plan angekündigt[32].

Die Reform des Aktienrechts 1966 brachte lediglich eine Definition der «filiale»[33] und zudem eine solche der «participation»[34], d.h. der unternehmerisch begründeten, als Anlagevermögen zu kennzeichnenden Beteiligung. Die mit diesen Tatbeständen verbundenen Rechtsfolgen sind vergleichsweise nicht sehr bedeutend: bei beiden Beteiligungsarten ist im Geschäftsbericht die Identität der so verbundenen Gesellschaften mitzuteilen[35]. Die M-Bilanz hat zudem gewisse Aufschlüsse darüber zu geben, und größere bzw. börsenkotierte M haben ihre «filiales» in eine konsolidierte Rechnungslegung einzubeziehen[36]. Wechselseitige Beteiligung ist verboten, wenn in einer Richtung mindestens eine «participation» vorliegt[37]. Zudem begründen solche Beteiligungen gewisse Inkompatibilitäten[38].

Eine Behandlung des Konzerns als Einheit kennt dagegen in Frankreich das Steuerrecht *(103)*. Ferner kennt das Konkursrecht Vorschriften über den Einbezug anderer Konzernglieder in den Konkurs einer konzernierten Gesellschaft[39]. Zudem fand in gewissen Rechtsgebieten, insbesondere im Arbeitsrecht, eine Rechtsfortentwicklung in diesem Sinn ohne das Eingreifen des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung statt *(87)*.

[32] PAILLUSSEAU (in: LIÈGE), S. 184f.
[33] G v. 24.7.1966 Art. 354: über 50% Anteil von M.
[34] ibid. Art. 355: 10–50%.
[35] ibid. Art. 356.
[36] Jura europea 30.70 Nr. 43.
[37] G v. 24.7.1966 Art. 358f.
[38] z.B. ibid. Art. 220 und 229 betr. Revisionen.
[39] G v. 13.7.1967 Art. 99 und 101.

31 In der Lehre stehen den Befürwortern eines eigentlichen Konzernrechts[40] auch zurückhaltende Ansichten gegenüber[41].

1.3.4. Großbritannien und USA

32 Die angelsächsischen Länder machen den Eindruck eines steinigen Bodens für den Konzernrechtsgedanken. Obwohl der Ausdruck concern selber von dort kommt (es war für Kontinentaleuropa der Beginn des heutigen wirtschaftsterminologischen Westwinds), hat die Lehre von der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft keine grundsätzliche Einheitsdoktrin für das Konzernganze aufkommen lassen[42]. Die heutige englische Rechtssprache entbehrt sogar eines fest dafür geprägten Begriffs.

Fest etabliert und gesetzlich verankert sind immerhin die Publizitätsregeln *(75, 82)*. Zudem hat sich auf verschiedenen Linien in der Praxis wie auch einzelnen gesetzlichen Bestimmungen eine wachsende Anerkennung der Konzerneinheit entwickelt, welche nun das «distinguishing» von den alten, formelleren Entscheiden schwierig macht.

33 In *Großbritannien* hat der Einheitsgedanke teilweise im Gebiet der Steuern Platz gegriffen[43], dann aber auch in der persönlichen Haftung der Aktionäre, wenn ihre Zahl längere Zeit unter 7 sinkt[44], dann auch aus öffentlichem Interesse bei Gesellschaften, die aus Feindesland kontrolliert wurden[45], wie überhaupt zur Bestimmung der Nationalität einer formell englischen Gesellschaft[46]; selten auch bei Mißbrauch der Rechtspersönlichkeit der T[47], öfters dagegen aus impliziter Organeigenschaft von M in

[40] Etwa die Arbeiten von SINAY, CHAMPAUD (rev. trim. dr. comm. 1967), PAILLUSSEAU (in: LIÈGE).

[41] Etwa BÉZARD et al. und OPPETIT/SAYAG.

[42] Wegweisend in England Salomon v. Salomon & Co Ltd. [1897] A.C. 22 (von KAHN-FREUND «a calamitous decision» genannt; HÖHENER, S. 12), dazu etwa ROBERT R. PENNINGTON, Company Law, 3. Aufl., London 1973, S. 39–45, und HANS-JOACHIM BAUSCHKE, Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im englischen Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1975, S. 58–60; Prof. GOWER bezeichnet die Gerichtspraxis als völlig zufällig («it smacks of palmtree justice rather than the application of legal rules»; Principles of Modern Company Law, 4. Aufl., London 1975, S. 97). Betr. USA etwa HARRY G. HENN, Law of Corporations, 2. Aufl., St. Paul 1970, S. 256–272.

[43] PENNINGTON, a.a.O. (Anm. 42), S. 52–54.

[44] Comp. Act 1948 sect. 31.

[45] Daimler Co. Ltd. v. Continental Tire und Rubber Co. (Great Britain) Ltd [1916] 2 A.C. 307.

[46] Re F.G. Filma Ltd [1953] All E.R. 615.

[47] Gilford Motor Co. Ltd. v. Horne [1933] All E.R. Rep. 109 (Umgehung eines

T[48]. Lange war klar, daß eine Beteiligungsquote auch über 50% keine Vermutung der für die Organschaft erforderlichen Beherrschung begründet[49], neuerdings sind aber offenbar die Entscheide über steuerliche Holdingprivilegien auf dem Weg zu einer solchen Präsentation[50].

In den *USA* hat sich die Praxis bezüglich des Mißbrauchs der juristischen Persönlichkeit, weil nicht durch einen Grundsatzentscheid wie das englische Salomon-Urteil[51] gehindert, unter Stichworten wie «piercing the corporate veil» freier entwickeln können[52]. Selten einmal wird sogar das Interesse des Gesamtkonzerns geschützt[53], aber grundsätzlich werden die Geschäfte zwischen M und T einem unerbittlichen «fairness test» durch die Gerichte unterworfen[54].

1.3.5. Andere Länder

Recht zahlreiche Länder kennen eine Konsolidierungspflicht und eine Pflicht zur Offenlegung der Konzernbeziehungen. Ein eigentliches, materiell-vermögensmäßige Rechte und Pflichten begründendes Konzernrecht nach deutschem Muster besitzt aber anscheinend nur noch Brasilien[55].

1.3.6. Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

In den Bestrebungen der EWG zur Gesetzgebung im Gesellschaftrecht – welche ihrerseits in ihrem ganzen politischen System eine wichtige Rolle spielen – genießt der Konzern große Beachtung. Der Entwurf zu einem Statut für die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europea, SE) widmet ihm einen Titel mit 18 konzentrierten Artikeln (Art. 223–240), daneben noch Bestimmungen über die Rechnungslegung im Konzern (Art.

Konkurrenzverbots), Jones v. Lipman [1962] 1 All E.R. 442 (Umgehung der Naturalerfüllung).

[48] Wegweisend Knight Ltd. v. Birmingham Corp. [1939] 4 All E.R. 116.

[49] Kodak Ltd v. Clark [1902] 2 K.B. 450.

[50] PENNINGTON, a.a.O. (Anm. 42), S. 52–54. [51] Oben Anm. 42.

[52] PENNINGTON, a.a.O. (Anm. 42), S. 50f., HENN, a.a.O. (Anm. 42), S. 256–272.

[53] Salomine v. Hollander 16 A. 2d 203 (New Jersey 1940) (der Alleinaktionär hatte öfters Bereitschaft gezeigt, Nachteile zugunsten der T auf sich zu nehmen, weshalb auch Nachteile in der Gegenrichtung gerechtfertigt waren; nach MESTMÄCKER, S. 165).

[54] MESTMÄCKER, S. 160; siehe auch F.-P. OESCH, S. 61, 64f. u.a. betr. formale Garantien der Selbständigkeit der T.

[55] G Nr. 6404 v. 15.12.1976 Kap. 20–22.

196-202), die Offenlegung von Konzern- und ähnlichen Beziehungen (Art. 191 Zif. 5 und 6) und den Konzern-Betriebsrat (Art. 130–136).

37 Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsrichtlinien, also der Vereinheitlichungsmodelle, auf welche die nationalen Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten verpflichtet werden, entstand 1974/75 ein Vorentwurf einer Konzernrechtsrichtlinie mit der Thematik des deutschen und SE-Konzernrechts. Dieser wurde in einer stark überarbeiteten und erweiterten Fassung Ende 1978 dem zuständigen Mitglied der EG-Kommission vorgelegt.

Anders als das deutsche Recht wird der neue Vorentwurf dem Vernehmen nach neben dem durch Beherrschungsvertrag begründeten Konzern die Möglichkeit für die Einzelstaaten vorsehen, einen auf (bloßer) Beteiligung und dennoch ausdrücklich «legal» erklärten, sog. «organischen» Konzern einzuführen. Danach kann sich ein Konzern durch entsprechende publizitäre Erklärung den von der Richtlinie vorgesehenen Schutzregeln für außenstehende Aktionäre und Gläubiger unterstellen und M darf anderseits legal Weisungen an T erteilen. Erfolgt dagegen die Unterwerfung nicht, so versucht der Text mit wesentlich schärferen Mitteln als das deutsche Aktiengesetz die für T nachteilige Einflußnahme zu verhindern.

Um den Vorschriften zum Schutz der außenstehenden Aktionäre zu entgehen, kann auch nach diesem Konzept M bei stark qualifizierter Mehrheitsbeteiligung (hier 90%) die verbleibenden Aktionäre auskaufen.

38 Ferner hat Ende 1978 die Kommission bereits einen Entwurf einer 7. Richtlinie in zweiter Fassung vorgelegt, der die Einführung der konsolidierten Rechnungslegung mit zahlreichen Einzelanweisungen vorschreiben soll. Anscheinend sind zur Zeit aber starke Bemühungen um eine nochmalige Neufassung im Gange.

2. Das Regelungsbedürfnis bezüglich des Konzerns im allgemeinen

2.1. Die makroökonomische Sicht

39 Konzerne sind teilweise durch Konzentration entstanden, d.h. durch Erwerb von Einfluß eines Unternehmens auf ein anderes, das zuvor autonom war. Dies erzeugt Probleme in Hinsicht auf

das Funktionieren der Marktwirtschaft und allgemeiner bezüglich des Gleichgewichts der Kräfte auf der öffentlichen Ebene. Das Kartellrecht nimmt sich partiell ihrer an. Im übrigen besteht über Notwendigkeit und Art rechtlicher Abhilfe keine Klarheit, erst recht entsprechend kein politischer Konsens.

Dieser Aspekt wird in diesem Bericht nicht weiter verfolgt. Probleme der genannten Art ergeben sich aus der Größe eines Gesamtunternehmens schlechthin und knüpfen sich nicht spezifisch an die konzernmäßige Gliederung. Umgekehrt hat die Konzernbildung durchaus nicht ihren einzigen Ursprung in der Konzentration. Wohl zum mindestens gleich großen Teil sind die Konzerngesellschaften in der Schweiz bereits als solche «geboren», d.h. sind von der M eigens für ihre Zwecke gegründet worden; man denke etwa an die lokalen T ausländischer Unternehmen. Zu sehr werden zuweilen die Konzernierung und die Konzentration (welche auch wortgeschichtlich nichts miteinander zu tun haben!) identifiziert[56].

Konzentration hat überdies auch eine *interne* Seite, welche die Konzernierung geradezu als gegenwirksame Tendenz erscheinen läßt: das Problem der Machtballung ist weniger zugespitzt, wenn sich intern die Willensbildung auf viele Entscheidungsträger verteilt, was durch die Aufteilung der Unternehmenstätigkeit auf eine Mehrzahl von juristischen Einheiten gefördert werden kann[57].

2.2. Die mikroökonomische Sicht

2.2.1. Die Interessenlage

Zwei Arten von Schutzinteressen stehen in der konzernrechtlichen Literatur stark im Vordergrund. Zum einen ist es dasjenige des sog. *«freien Aktionärs»*, womit der Aktionär einer T verstanden ist, der selber keinen konzernmäßigen Einfluß ausübt (in aller Regel Kleinaktionär)[58].

[56] z.B. DALLÈVES, Problèmes, S. 573, EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 10–18, RASCH, Konzernrecht, S. 4–11. Bei allen genannten Autoren spielt freilich die Konzentrationsproblematik durchaus nicht in ihre weiteren Erwägungen hinein.

[57] GOLDMAN (ed.), S. 78.

[58] Motion KOLLER (Nationalrat v. 26.6.1973, mit mündl. Begründung Sten. Bull., S. 889f.); DALLÈVES, Problèmes, S. 602f.; GRAFFENRIED, S. 46; HIRSCH, Votum am Juristentag, ZSR 92 II, 1973, S. 1047–1050 (1048f.); F.-P. OESCH, S. 199; PETITPIERRE, S. 44, 149–232; PLÜSS, § 7; ZWEIFEL, Holdinggesellschaften, S. 88–108, 170; EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 15–17; RASCH, S. 12; Begrün-

42 Zum andern ist es der *Gläubiger* einer *T*[59]. Im Vordergrund steht dabei das Anliegen, daß solchen Gläubigern das Haftungssubstrat, auf das sie bei Unabhängigkeit zählen könnten, nicht durch konzerninterne Vermögensverlagerungen entzogen wird. Es geht also um die durch Konzernierung verstärkt bedrohte *Bonität* der T. Dabei ist die Bonität auch schwieriger zu beurteilen, weil konzerninterne Finanzbeziehungen Reflexwirkungen erzeugen: beispielsweise die Forderung gegen eine andere Konzerngesellschaft ist in ihrer Qualität ihrerseits vom Wohlergehen der Gläubigerin abhängig, weil über die Beteiligung am Kapital und über Forderungen (direkt oder indirekt) in der umgekehrten Richtung deren Vermögensverhältnisse auf den übrigen Konzern Reperkussionen haben[60] *(58)*.

43 Etwas weniger werden andere Interessen dieser selben Personengruppe zur Geltung gebracht: der Vertragspartner der T hat ein Interesse zu wissen, mit wem er die Vertragsbeziehung hat. Die «ferngesteuerte» Konzern-T wird darin aus andern Teilen des Unternehmensganzen beeinflußt, und der Nutzen kommt andern Gliedern zu[61]. Die Forderung geht also auf *Transparenz* der Konzernbeziehung *(80–82, 185*f.).

Im Gegensatz zu den letztgenannten können die vorangehenden Interessen zugleich als Interessen der T als solcher gefaßt

dung Regierungsentwurf zum dt. AktG, 1960, Bundestagsdrucksache III, S. 105ff. Allg. Vorbem. zum 3. Buch (KROPFF, S. 373); BÉZARD et al., S. 257, PAILLUSSEAU (rev. trim. dr. comm. 1972, S. 813–849, 829–838), SINAY, Nr. 23, COUSTÉ-Entwurf (1974), Einl. S. 10.

[59] DALLÈVES, Problèmes, S. 607, GRAFFENRIED, S. 48, PETITPIERRE, S. 44, Motion KOLLER (siehe vorige Anm.), PLÜSS, S. 108 N. 3, ZWEIFEL, Holdinggesellschaften, S. 170; EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 17, RASCH, S. 154, Begründung Reg-Entw. dt. AktG (vorige Anm.). Das Gläubigerinteresse steht dagegen etwas im Hintergrund in Frankreich (vgl. vorige Anm.; immerhin etwa COUSTÉ-Entwurf Art. 24, SINAY Nr. 23) (auch bei HIRSCH, vorige N., und DALLÈVES).

[60] *Beispiele:* 1. T^1 gibt T^2 ein Darlehen, T^2 ist ihrerseits Gläubigerin von M. Bei diesen Forderungen sowie bei den Beteiligungen von M an T^1 und T^2 handle es sich dabei um wesentliche Aktiven der betreffenden Gesellschaften. – 2. T^1 hypotheziert ein eigenes Grundstück für eine Verbindlichkeit von M, die zur Finanzierung eines Projekts von T^1 und T^2 dient.
In solchen Fällen kann zwar das Geschäft durchaus mit dem Interesse der T vereinbar und eine Vermögensverschiebung zulasten der T-Gläubiger ausgeschlossen sein; aber die Risikobeurteilung wird dadurch erschwert, daß sie «im Kreis» gehen muß.

[61] *Beispiele:* 1. Dem Bündner, der ein «Calanda» bestellt, wäre es wohl nicht gleichgültig, wenn im Rahmen einer Konzernierung auf die Herstellung seines Biers in Rheinfelden umgestellt würde. – 2. Firma X würde an Firma Y kaum eine Lizenz erteilen, wenn sie wüßte, daß dahinter ihr Konkurrent Z steht.

werden. T ist insofern, wie dies zum Wesen juristischer Personen allgemein gehört, Sammelpunkt dahinterliegender Interessen anderer Subjekte.

In geringerem Maß werden auch Interessen der *Aktionäre und Gläubiger von M* angeführt. Die Beschränkung der *Rechnungslegung* auf die Vermögensverhältnisse von M selber, ohne Einbezug der Aktiven und Passiven der T, ergibt insbesondere wegen der Höchstbewertungsgrenzen auf dem Posten «Beteiligungen» ein je nachdem verzerrtes Bild *(76)*. Wie für den an T Interessierten erschweren überdies die konzerninternen Finanzbeziehungen die Beurteilung der Vermögenslage. Speziell für den Aktionär wird ferner geltend gemacht, daß durch die Abtrennung von Unternehmensteilen in separaten juristischen Personen seine Zuständigkeiten zugunsten der Geschäftsleitung (in deren Aufgabenbereich die Beteiligungsverwaltung fällt) verkürzt werden[62].

Daneben tritt wieder die Sammelpunkt-Betrachtungsweise: dem *Konzern selber* wird ein schützenswertes Eigeninteresse zugeschrieben – mittelbar ist dies ein Interesse aller Gruppen von Personen, welchen das rationelle Funktionieren des Ganzen dient. Das sind wiederum die Aktionäre und Gläubiger von M, aber auch weitere Kreise, wie die Arbeitnehmer, Lieferanten und Abnehmer, der Fiskus usw. Dieses Konzerninteresse richtet sich darauf, daß der einheitlichen Leitung keine Hindernisse beim Einsatz der T innerhalb der Gesamtorganisation in den Weg gelegt werden[63]. Außerdem kann ein Konzernrecht der Präzisierung heute unsicherer Rechts- und Pflichtlagen im Konzern dienen.

Das Interesse des Konzerns erscheint zunächst genau konträr demjenigen der T und der hieran Beteiligten, weil es sich darauf richtet, die T zu beherrschen und ihre Mittel im Dienst des Ganzen zu nutzen. T kann aber durch seine meist starke Verflechtung im Konzern (betriebliche Spezialisierung auf die Konzernbedürfnisse, finanzielle oder rohstoffmäßige Abhängigkeit, aktive und passive Darlehensbeziehungen usw.) ein großes Interesse am Wohlergehen des Konzerns haben.

[62] EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 17f., MESTMÄCKER, S. 4f.

[63] PETITPIERRE, S. 25f., GLEICHMANN, S. 53. Anders dagegen das Ergebnis der CREDA-Umfrage in Frankreich (BOUCOURÉCHLIEV, in: LIÈGE, S. 80f.): kein Interesse der Konzernleitungen an einem Konzernrecht, was auch von unsern eigenen Erhebungen in der Schweiz eindeutig bestätigt wird.

46 In dieser Ambivalenz der Konzernbeziehung für T – man mag sie geradezu das «Konzern-Paradoxon» nennen – liegt das besondere rechtliche Regelungsproblem. Eine generelle Interessenlage bei T läßt sich deswegen nicht feststellen. Entweder muß darum die ganze Würdigung dem Einzelfall vorbehalten bleiben – und da fragt sich zum vornherein *(58)*: welcher Richter würdigt gern die unzähligen und ungewissen Einzelheiten, aus denen sich «das» Gesellschaftsinteresse zusammensetzt? –, oder es werden Regeln aufgestellt, bei denen man zum vornherein in Kauf zu nehmen hat, daß sie teilweise inadäquat sind.

2.2.2. Das grundsätzliche Ungenügen des vorhandenen Rechts

47 Von einem Regelungsbedürfnis läßt sich selbstverständlich nur sprechen, wenn rechtliche Regeln zum Schutz der für schutzwürdig erachteten Interessen fehlen. Solches läßt sich indessen hinsichtlich der erwähnten Aktionärs- und Gläubiger-Interessen nicht von vornherein sagen. Der Schutz der Minderheiten sowie derjenige des Grundkapitals und vor allem die Verpflichtung der Verwaltung der T auf ausschließliche Wahrung von deren Interessen wirken in diesem Sinn.

Ohne in die Einzelheiten zu gehen, sind aber vorweg zwei negative Feststellungen zu machen:

48 Zunächst gilt der *bestehende Rechtsschutz nur der Einzeleinheit.* Er beschränkt in einem gewissen (praktisch allerdings geringen) Maß die Freiheit der Einflußnahme durch den Mehrheitsaktionär.

Diese Einseitigkeit zugunsten der Einzeleinheiten scheint zunächst keinen wesentlichen Nachteil zu bedeuten, sind doch kaum Stimmen aus den interessierten Kreisen vernehmbar, welche das gegenteilige Interesse, die Belange der Zentralmacht, geltend machen. Auf seiten der Konzernleitungen besteht wohl, wie festgestellt, Einmütigkeit in dem Sinn, daß die Beibehaltung des jetzigen Rechtszustands einem neuen Konzernrecht vorzuziehen sei, auch wenn dieses eine «Legitimierung» und einen Schutz des Gesamt-Konzerninteresses beinhaltet. Diese Haltung müßte sich aber ändern, wenn die verhältnismäßig ineffizienten heutigen Regeln zum Schutz der T-Aktionäre und -Gläubiger durch stärkere Schutzvorschriften für das Vermögen und die Autonomie der T abgelöst würden. Der Schutz des Gesamtkonzerninteresses bleibt darum, bedingt in diesem Sinn, aktuell.

49 Die zweite Feststellung geht dahin, daß die bestehenden Normen als a priori ungenügend zu bezeichnen sind insofern, als das

geltende Gesellschaftsrecht deutlich von der Vorstellung ausgeht, *jede Gesellschaft betreibe autonom für sich ein Unternehmen*[64]. Dieses Modell paßt auf die konzernierte Gesellschaft nicht mehr, und dies wurde in der konzernrechtlichen Lehre zum ganz im Vordergrund stehenden Motiv, um dem bestehenden Gesellschaftsrecht die Gültigkeit für Konzernverhältnisse abzusprechen und ein Konzernrecht zu fordern[65].

Weiter ist zu beachten, daß diese Konfrontation der Rechts*normen* mit dem Konzernphänomen (d.h. die Frage nach dem Sinn bestehender Normen in Anwendung auf den Konzern), konsequent betrachtet, weit *über den Bereich des Gesellschaftsrechts hinaus weist.* Ganz allgemein ist die Frage überall dort zu stellen, wo Rechtsvorschriften sich an organisierte Einheiten wenden. Über die einzelnen juristischen Disziplingrenzen hinweg gibt es darum im öffentlichen wie privaten Recht, vom Steuer-

[64] Darauf deuten schon dem *Wortlaut* nach zahlreiche Bestimmungen. Wir greifen aus dem Aktienrecht heraus: OR 626 Ziff. 2 («Gegenstand und Zweck des Unternehmens»), 627 Ziff. 4 («Begrenzung und Dauer des Unternehmens»), 641 (ähnlich), 657 («mit dem Unternehmen verbundene Personen»; daß nicht nur die in der Vorschrift – betr. Möglichkeit der Ausgabe von Genußscheinen – genannten Personenkategorien, Aktionäre und Gläubiger, in Frage kommen, sondern ein Bezug zur Tätigkeit wesentlich ist, deutet die Formel von BGE 93 II 393, 399 an, wonach «jeder Vorteil» als Voraussetzung für die Ausgabe von Genußscheinen genüge), 659[1] Ziff. 4 («zum Gegenstand des Unternehmens gehöriger Geschäftszweig»), 663[2], 674[2] («dauerndes Gedeihen des Unternehmens»), 671[3] («das Unternehmen durchzuhalten»), 673[1] und 674[3] («Angestellte und Arbeiter des Unternehmens»), 676[1] («voller Betrieb des Unternehmens»).
Allerdings ist die Terminologie gerade dort nicht konsequent, wo es um Konzernverhältnisse geht; vgl. OR 671[4] und 711[2] «Beteiligung an andern Unternehmen (Holdinggesellschaften)». Vor allem aber geht die gesetzgeberische Vorstellung, daß jede AG ein eigenes Unternehmen führt, aus der von ihm bereitgestellten *organisatorischen Konzeption* hervor, indem das Gesetz mit der Einsetzung der Verwaltung ein Organ vorsieht, welches einzig und ausschließlich mit der Führung der Geschäfte der Gesellschaft betraut ist und insbesondere den Aktionären keine solche Kompetenz zuweist.

[65] Zwischenbericht, S. 192–195; P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976 (zit. Aktienrecht), S. 298; DALLÈVES, Problèmes, S. 636f.; PETITPIERRE, S. 20–29; ZWEIFEL, Holdinggesellschaften, S. 165–176; DERSELBE in SAG 1973, S. 24; GRAFFENRIED, S. 88, 127–130; TSCHÄNI, S. 89; PLÜSS, S. 107–110; Begründung dt. RegEntw. 1960 (KROPFF, S. 373f.); Untersuchungen, S. 37; GLEICHMANN, S. 50; PIETER SANDERS (nach DABIN in: Festschrift Sanders, Den Haag 1972, S. 27), CHAMPAUD, Les méthodes, S. 1020.
In Deutschland kommt das Motiv hinzu, daß bei Konzernierung die Aufteilung in Aufsicht und Geschäftsleitung (Aufsichtsrat/Vorstand) nicht mehr spielt (RASCH, Konzernrecht, S. 118, m. weit. Lit.).

(102–105) bis zum Immaterialgüterrecht[66], im Verwaltungs-[67] wie im Strafrecht[68], konzernrechtliche Problemstellungen. Denn wo immer eine solche Einheit als Normadressat angesprochen oder Tatbestandselement ist, muß entschieden werden, ob nach Wortlaut oder Sinn an das Gesamtunternehmen und in dem Sinn an den Konzern angeknüpft wird.

Eine besondere Aufgabe erwächst dieser Überprüfung des geltenden Rechts noch im Bereich der *dispositiven* Bestimmungen. Denn was vorhin ausgeführt wurde, gilt selbstverständlich nicht weniger für das relative, von Vertragsparteien für sich gesetzte Recht. Ist ein Konzern an einem Vertrag beteiligt, so verfügt er zwar öfters über genügend juristische Beratung, daß bei der Redaktion an die Regelung der aus dem Konzernsachverhalt sich ergebenden Ungewißheiten gedacht wird. Aber nicht selten sind Fragen dieser Art von der ganzen Vertragsmaterie aus gesehen eher peripherer Natur und werden schon um der Einfachheit des Texts willen gerne weggelassen oder in Stereotypformeln gefaßt, die den sachlichen Anforderungen nicht immer gerecht werden[69]. Hier haben Regeln eines dispositiven Konzernrechts ein weites Wirkungsfeld.

Solche Fragen der Anwendung geltenden Rechts können, einzeln gesehen, von verhältnismäßig geringer Tragweite sein. Insgesamt haben sie aber ihren Brennpunkt in einem gemeinsamen Problem, das von erstrangiger Bedeutung ist. Unsere dem systematischen Denken wenig zugetane heutige Rechtslehre hat dieses gesamthafte Angehen des Konzernproblems arg vernachlässigt[70].

[66] *Beispiel:* Gilt die Vorbenutzung einer von Dritten patentierten Erfindung nur für die betreffende Gesellschaft oder den ganzen Konzern? Im übrigen unten *(89–94)*.

[67] *Beispiele:* 1. Gilt eine Konzession für eine bestimmte juristische Person oder kann sie konzernintern frei übertragen und aufgeteilt werden? – 2. Gilt als «Störer» im Sinn des Polizeirechts die Einzelgesellschaft oder der Konzern?

[68] *Beispiele:* 1. Kann Weitergabe eines Geheimnisses an eine zum Konzern gehörende Gesellschaft wirtschaftlichen Nachrichtendienst (StGB 273) darstellen? – 2. Wie sind Vermögensdelikte zugunsten anderer Konzerngesellschaften zu beurteilen? – Strafrechtliche Haftung M für T: EuG v. 14.7. 1972 (WuW 1972, S. 831) betr. Ciba-Geigy.

[69] *Beispiel:* «Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag gelten auch für die mit den Vertragsparteien verbundenen Gesellschaften». Was besagt diese Formel etwa bezüglich der Lizenzgebührenpflicht auf konzerninternen Verkäufen?

[70] Als Ausnahme aus neuerer Zeit ragt die gesamthafte Betrachtung im Bereich des Privatrechtsverkehrs von ECKHARD REHBINDER hervor (dort etwa S. 22 betr. die am Phänomen orientierte Untersuchungsweise). Ein weites Blickfeld hat in der schweizerischen Literatur die Arbeit von GRAFFENRIED (etwa S. 115–126 über Wettbewerbs-, Steuer- und Arbeitsrecht).

Unsere Aufgabe wird es also nun sein, die geltenden Rechtsnormen mit dem Konzernsachverhalt zu konfrontieren. Von diesen Normen her gesehen gilt es, ihre *Gültigkeit* für diesen Fall zu prüfen. Zugleich aber, wie bei jeder Betrachtung de lege ferenda, hat die Prüfung aus der Sicht der auf dem Spiel stehenden Interessen, d.h. im Hinblick auf das *Genügen* dieser Normen, zu geschehen.

3. Einzelne Rechtsgebiete

3.1. Gesellschaftsrecht

Das Gesellschaftsrecht gilt als sedes materiae des Konzernrechts. Diese Orientierung wird stark dadurch beeinflußt, daß die Strapazierung der geltenden Rechtseinrichtungen im Gesellschaftsrecht besonders sinnfällig wird. Sie bestätigt sich in der Einordnung der Konzernrechtsregelung im Aktiengesetz in Deutschland und auf EWG-Ebene im Statut-Entwurf der societas europaea und den gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsrichtlinien.

Überdies sollte man innerhalb des Gesellschaftsrechts den Blick nicht vorschnell auf Spezifika der einzelnen Gesellschaftsformen konzentrieren. Das Konzernrecht gilt heute weitherum als ein Teil des Aktienrechts[71]. Praktisch ist dies zweifellos richtig, und auch theoretisch trifft zu, daß das Gebot des Grundkapitalschutzes die Problematik der Vermögensvermischung im Konzern akzentuiert. Zudem steht die Aktiengesellschaft wegen ihrer tatsächlichen Verbreitung, aber auch wegen der für die Konzernbildung bzw. -tätigkeit günstigen leichten Übertragbarkeit und Anonymität der Beteiligung im Brennpunkt. Grundsätzlich ist aber auch die Beteiligung von Gesellschaften anderer Form denkbar.

3.1.1. Die juristische Person als Interessen- und Willenseinheit

Jedes Konzernglied ist Subjekt und damit Träger eines eigenen Interesses und Willens. Es stellt, in Abwandlung des Ausdruckes «profit center», ein «Interessenzentrum» dar. Dadurch entsteht überhaupt das rechtliche Konzernproblem, dezentrale Rechtswerte stellen sich der unbeschränkten Realisierung des Konzernwillens in den Weg.

[71] Statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Aktienrecht, S. 299 N. 30.

55 Diesen Eigenwert der Einzeleinheit mag man in ihrer Eigenschaft als juristische Person von selber begründet sehen. Ergibt er sich aus der von Lehre und Praxis überwiegend anerkannten Fähigkeit der juristischen Person, Persönlichkeitsrechte innezuhaben?[72] Der Schluß geht wohl fehl: die Trägerschaft einzelner Persönlichkeitsrechte ist nicht dasselbe wie die Trägerschaft des *allgemeinen* Persönlichkeitsrechts, welches erst der Ausdruck des Eigenwerts, der Würde, als Subjekt ist[73]. Entsprechend kommt die Anrufung von Art. 27 ZGB (Verbot übermäßiger Selbstbeschränkung) als konzernrechtliches Instrument zum Schutz der T kaum in Frage[74]. Die Aussage des Reichsgerichts aus den ersten Jahrzehnten unseres Jahrhunderts (1913), daß das Recht der Standard Oil of New Jersey, die Organe ihrer deutschen T zu bestellen, «der in Deutschland herrschenden Sittenordnung widerstreitet»[75], kann heute wohl gerade wegen der Gewöhnung an Konzernverhältnisse nicht mehr in gleicher Weise gelten.

56 In weniger moralischer Art kann aber der Eigenwert der einzelnen Einheit aus der Grundabsicht des Gesellschaftsrechts hergeleitet werden. Aus der Tatsache selber, daß eine Organisation für die Willensbildung aufgestellt wird, geht für eine verbreitete Meinung hervor, daß diese Willensbildung autonom zu erfolgen habe[76]. Dieser (an sich vorschnelle) Schluß wird untermauert durch die im Gesellschaftsrecht immer wieder in Erscheinung tretende Vorstellung, daß die Gesellschaft zur Führung eines eigenen Unternehmens da sei[77]. Vor allem aber sind alle für die

[72] Dazu statt vieler BGE 95 II 481, 488–490, mit Verweisen auf Literatur und Judikatur.

[73] PETER JÄGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 II, 1960, S. 133a–261a, 217a; DRUEY, Geheimsphäre, S. 89 (m. weitern Verweisen).

[74] So auch EGGER im Zürcher Kommentar, N. 17 zu Art. 53 ZGB (die konzernmäßige Unterwerfung der T ist möglich, weil nur «innere», der natürlichen Person vorbehaltene Güter tangiert sind); SIEGWART, Einl. vor Art. 620 OR, N. 166; v. STEIGER, S. 278a–289a; CAFLISCH, S. 132; TAPPOLET, S. 117; in Deutschland insbes. W. MÜLLER-FREIENFELS, Zur Lehre vom sogenannten «Durchgriff» bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156, 1957, S. 522–543, 529f.; BRACHVOGEL, Leitungsvollmacht, S. 10; im Gegensatz zu HANS MAURER, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell, Diss. Bern 1955, S. 98–100, und F.-P. OESCH, S. 134–137.

[75] RGZ 82 308, 311f., auch schon RGZ 3 123. Ähnliche Tendenzen bis heute in Frankreich (BRACHVOGEL, Französisches Recht, S. 107) und England (s. unten Anm. 186), auch ältere amerikanische Entscheide, z. B. Barry v. Interstate Refineries Inc. 13 F 2d 249 (1926).

[76] Insbes. MESTMÄCKER, S. 121.

[77] Vgl. oben Anm. 64f.

Führung der Geschäfte der Gesellschaft eingesetzten Personen auf die Wahrung ihrer Interessen verpflichtet (Art. 722 OR). Die Anerkennung eines Eigenwerts und damit auch einer autonomen Willensbildung geht daraus denknotwendig hervor.

Eine Unterwerfung der T unter die Zielsetzungen der M steht also nicht nur im Widerspruch zu den hinter dem Gesellschaftsrecht liegenden allgemeinen Vorstellungen («dégradation du droit des sociétés»[78]), sondern zum positiven Gesetz selbst.

3.1.2. Die Problembereiche

3.1.2.1. Das maßgebende Interesse

Der soeben ins Zentrum gerückte Satz, daß die Geschäftsführung sich an den Interessen der Gesellschaft zu orientieren hat, behält auch bei Konzernierung ohne weiteres seine Geltung. Doch *kann auch bei vollständiger Domination und Einsetzung der T im Dienst des Ganzen in der Regel beansprucht werden, daß die Interessen von T gewahrt bleiben.*

Diese Verschmelzung von M- und T-Interesse verstärkt sich mit dem Maß der betrieblichen Einordnung der T in den Konzern. Jede Form der Dauerbindung bringt, wachsend mit deren Intensität, den Gesichtspunkt ins Spiel, daß die Interessenwürdigung sich nicht auf den einzelnen Akt oder die einzelne Angelegenheit beschränken darf, sondern daß die Vorteile aus der Dauerbeziehung als solcher zu berücksichtigen sind. Der einzelne Vorgang kann für eine T nachteilig sein, läßt sich aber innerhalb des ganzen Verhältnisses begründen, weil Kompensation erwartet werden kann oder einfach weil sich das Wohl des übrigen Konzerns wegen der bestehenden Verflechtungen reflektiv auch als Nutzen der Einzelgesellschaft auswirkt[79].

Die Beurteilung der Opportunität für die Gesellschaft, deren Schwierigkeit schon für einzelne Geschäfte die Gerichtspraxis

[78] SINAY, S. 73 (Nr. 24).

[79] *Beispiele:*

1. Eine T muß zu Selbstkosten mit geringem Aufschlag Bestandteile an eine andere Konzerngesellschaft für die von ihr hergestellten Maschinen liefern; sie hat aber Gewißheit, daß sie als Lieferantin immer zuerst berücksichtigt wird.
2. Gewinne der T werden ungeachtet der betriebswirtschaftlich gebotenen Reservenbildung ausgeschüttet; T darf aber damit rechnen, daß M nicht nur allfällige Verluste ausgleicht, sondern auch allenfalls erforderliche neue Investitionen finanziert.
3. Eine T ist mit ihrem gesamten Betrieb bei einer andern T eingemietet, welche ihrerseits das Mietobjekt als praktisch einziges Aktivum besitzt.

beweist[80], wird durch diese Gesamtbetrachtung noch wesentlich komplexer. Dabei ist für die Konzernbeziehung typisch, daß die Dauerbeziehung sich auf eine Vielzahl von verschiedensten, unter sich kaum mehr kommensurablen Unternehmensaspekten erstreckt.

Leistungen auf dem Produktionssektor stehen der Unterstützung im Finanzsektor oder etwa allgemeiner Managementberatung gegenüber, konkrete augenblickliche Leistungen sind mit unspezifischen, künftig erwarteten Vorteilen zu vergleichen. Mehr noch: die konzernintern laufenden Leistungen sind oft schon für sich allein genommen kaum bewertbar, dies wiederum wegen der Spezialisierung auf die Konzernbedürfnisse; es handelt sich nicht selten um Zwischenprodukte, Bestandteile oder besonders ausgerichteten Knowhow, welche außerhalb des Konzerns kein entsprechendes, seinerseits im Wert quantifizierbares Gegenstück haben.

Aber nicht nur begegnen die Versuche, das Interesse einer Konzerngesellschaft zu bestimmen, diesen enormen Schwierigkeiten der Würdigung: sie führen, richtig besehen, zur eigentlichen Aporie, zur vollständigen Desorientierung der T. Denn letztlich stehen die T immer in einem Zielkonflikt. Einerseits sollen sie als Interessenzentren autonom bleiben, die Verteidigung dieser Autonomie ist Aufgabe der Verwaltung, und anderseits wird von ihr möglichst vollständige betriebliche Einordnung in den ganzen Konzern erwartet, die Gesellschaft hat ihre Aufgabe *im Konzern.* Das aber heißt, daß sie sich in Abhängigkeit begibt, daß sie sich spezialisiert und sich am Verhalten des übrigen Konzerns und insbesondere an den Anweisungen der Konzernleitung orientiert. Abhängigkeit hat sodann eine Eigendynamik in sich; wenn sie einmal unter gewissen Aspekten besteht, so nötigt sie die T zur Rücksichtnahme auch unter weiteren Aspekten[81]. Dies alles *im Interesse der T.*

59 Es ist nichts als ein Ausdruck dieses Phänomens, daß die Ratschläge, die M an T erteilt, fast von selber den Charakter zwin-

[80] Statt vieler BGE 99 II 55, 61–65.

[81] *Beispiele:*

1. Finanzielle Beziehungen aktiver oder passiver Art (Forderungen oder Schulden gegenüber andern Konzerngesellschaften, Beteiligung an solchen) bringen mit sich, daß jede T ein allgemeines Interesse am Wohlergehen des ganzen Konzerns hat und deshalb weitere Leistungen zu bessern als «marktkonformen» Bedingungen zu berechnen bereit ist.

2. Produktdifferenzierung bringt mit sich, daß die Konjunkturfestigkeit der einzelnen T ab- und die Abhängigkeit vom finanziellen Rückhalt des Konzerns zunimmt.

gender Weisungen annehmen. Die Praxis mancher Konzerne, die Konzernleitung auf der Basis bloßer Beratung mit den T verkehren zu lassen, verbindet deshalb die Anerkennung der formellen Unabhängigkeit, die sich unter verschiedenen Gesichtspunkten empfiehlt, mit einer praktisch sicheren Steuerungsmöglichkeit, auch unabhängig von irgendwelcher Machtausübung über Stimmrechtsmehrheit. Es ist nicht nur unrealistisch, weil unpraktikabel, sondern auch faktisch nicht notwendig, daß sich diese ganze konzernmäßige Einordnung in rechtlichen Verbindlichkeiten niederschlägt. Sie stellt Rechtstatsachen dar, auch wenn der Dienst am Konzernganzen nicht in den Statuten oder in Verträgen zwischen Konzerngliedern verankert ist, weil die andern Konzerngesellschaften durch den betrieblichen Bezug zu prädestinierten Lieferanten, Käufern, Geldgebern usw. werden – also eben auch aufgrund einer autonomen Interessenwürdigung der Geschäftsleitung der jeweiligen Gliedeinheit[82]. Damit ist auch der Begriff der Weisung von M an T, der die konzernrechtliche Literatur im Bemühen um rechtliches Erfassen der tatsächlichen Vorgänge viel zu sehr beschäftigt, in den Hintergrund versetzt.

Das traditionelle Gesellschaftsrecht ist nicht in der Lage, diese Doppelheit der Interessenausrichtung zu bewältigen. An ihr zeigt sich die Notwendigkeit eines besonderen Konzernrechts, weil in dieser Situation des «Sogs» eines größeren Unternehmensganzen der Charakter der T als Interessenzentrum fast notwendig verlorengeht. Die Konturen des T-Interesses, auf dessen Wahrung die T-Organe verpflichtet sind, wird diffus. Diese Erkenntnis begründet aber nicht nur die Notwendigkeit eines spezifischen Konzernrechts, sondern weist auch bereits die Richtung seiner materiellen Ausgestaltung. Das Konzernrecht kann sich nicht auf Versuche beschränken, den Zustand, insbesondere das Vermögen, in eine Lage zurückzuversetzen, wie sie – hypothetisch – ohne Konzernierung bestünde. Das hieße verkennen, daß die Konzerngesellschaft das Arbeiten im Konzernverband gerade zum betrieblichen Ziel hat.

Es läßt sich auch nicht dieses Ziel unterbinden, also gleichsam die Entstehung des Schneeballs verhüten, der den Schneeballeffekt der sich ständig intensivierenden konzerninternen Interessenkonvergenz erzeugt. Denn der Verwaltung einer T steht ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung, innerhalb dessen sie das für ihre Gesellschaft Beste bestimmen kann. Bei Neugrün-

[82] Für die Schweiz etwa SIEGWART, Einl. vor Art. 620 OR, N. 168; PETITPIERRE, S. 140 u.a.; GRAFFENRIED, S. 80–88, 168 m. weit. Hinweisen.

dung ist er quasi total innerhalb der (meist sehr weiten) statutarischen Zwecksetzung; die T kann sehr wohl «zum Dienen geboren» sein. Die Legitimität der Anlehnung an den Konzern wird deshalb kaum je anzufechten sein.

61 Just diese Restaurierung eines «Vorzustands» der T, wie M ohne Konzerneinfluß bestünde, versucht aber das deutsche Konzernrecht. Dies obwohl die Praxis des Reichsgerichts die Untauglichkeit der Orientierung am Gesellschaftsinteresse als einer Barrikade gegen die Konzernierung schon erwiesen hatte[83]. Trotz der Warnung etwa von MESTMÄCKER[84] verharrte anscheinend ein maßgeblicher Teil der Lehre bei einer auf den Einzelfall beschränkten Interessenwürdigung und sah sich[85] zur Konstruktion eines speziellen Konzerninteresses als Begründung veranlaßt, wo eine einzelne Maßnahme als nachteilig für die T erschien[86] – im Gegensatz zu den wohl realistischeren Franzosen, welche einen weitgehenden Einklang von T- und Konzerninteresse aus einer gesamthaften Sicht herleiten[87]. Dieses Bestreben, die für T interessenwidrigen, nachteiligen Geschäfte zu erfassen und den Nachteil erst noch finanziell zu quantifizieren, kann denn auch als Grund bezeichnet werden, daß die Regelung des deutschen Aktiengesetzes über die «faktischen», nicht vertraglich konstituierten Konzerne *(25)* wenig wirksam blieb[88].

3.1.2.2. Der Konflikt der Loyalitäten

62 Durch den Einfluß von M bei der Bestimmung von Verwaltung und Geschäftsleitung wird eine solche Ernennung mittelbar zu einem von M verliehenen Mandat. Deutlich wird dies beson-

[83] OTT, S. 159. – Nachdem die «Hibernia»-Entscheidung eine strikte Gleichsetzung des Mehrheitswillens mit dem Gesellschaftsinteresse vorgenommen hatte (RGZ 68 235, 245f.), wurde allerdings später wieder ein objektives Gesellschaftsinteresse zur Richtschnur erklärt (RGZ 107 202, 204, BGHZ 33 175, 186 und dazwischenliegende Entsch.).

[84] S. 278–280.

[85] So schon die berühmte «Konzernklausel» des AktG 1937, § 197[2] Satz 2 in Verb. mit § 101[3], ohne den Konzern allerdings beim Namen zu nennen.

[86] RASCH, Konzernrecht, S. 157; ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, § 311 Rn 27, 37–49; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, § 311 Anm. 9–36; EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 210–219 m. weit. Hinweisen.

[87] RIPERT/ROBLOT, Droit commercial, 7. Aufl., Paris 1972, I Nr. 713, Trib. de grande instance 26. II. 1968 (rev. trim. dr. comm. 1968, S. 1082 mit Anm. HOUIN); s. a. PETITPIERRE, S. 112. Vgl. dazu SE-Entwurf 1975, S. 240.

[88] IMMENGA, Schutz, S. 275; LUTTER, Konzernrecht BRD, S. 160; EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 198, 217; KROPFF, N. 183–184 zu § 311 AktG.

ders, wenn Angestellte von M solche Funktionen aufgrund ihres Arbeitsverhältnisses übertragen erhalten, oder wenn ein Mandatsvertrag das T-Organ an M oder ihre Vertreter bindet. Soweit Interessengegensätze zwischen M und T auftreten (die Ausführungen im vorigen Abschnitt wollen sie selbstverständlich nicht ein für allemal ausschließen), entsteht deshalb ein Konflikt zwischen den Verpflichtungen gegenüber M und denjenigen gegenüber T.

Hält unser Gesellschaftsrecht die Lösung für diesen Konflikt bereit? Auf erste Sicht ist dies zu bejahen. Der Auftrag bzw. die Weisung von M, soweit vorhanden, lautet auf Übernahme einer Aufgabe in T; die Anforderungen dieser Aufgabe, d.h. die Loyalität gegenüber T, sind darin einbezogen. Vorrang hat also die Wahrung der Interessen von T[89].

Eine Betrachtung der Wirklichkeit straft aber eine solche Hierarchie der Interessen Lügen. Ein solcher Vertreter von M wird doch wohl die Loyalität gegenüber M als die primäre und grundlegende betrachten und im Konfliktsfall zumindest einiges Widerstreben haben, gegen die Interessen von M zu handeln. Und die juristische Theorie, wenn sie den Gründen für eine solche Haltung nachspürt, wird – muß! – ihrerseits die «Legitimation» dafür finden: Es ist doch meistens in einer solchen Situation nicht der Vertreter allein, der sich seinen Willen für die Beeinflussung von T bildet, sondern hinter ihm steht der ganze Apparat des Konzerns, der diese Willensbildung vorbereitet; der Vertreter ist vor allem nur Bindeglied, er übersieht allenfalls selber die Gründe für eine ihm aufgetragene Verhaltensweise keineswegs vollständig. Er wird in der Regel diese «fertig» erhaltene Politik übernehmen dürfen, weil er sie von Fachleuten ausgearbeitet weiß und auch angesichts der Beteiligung von M an T darauf vertrauen kann, daß bei M für die Belange von T mitgedacht wird.

Die Rechtswissenschaft hat diesem Problem unabhängig von solchen Überlegungen schon auf der Basis des geltenden Rechts durch eine generelle Klärung der Stellung des «Vertreters» einer juristischen Person in der Verwaltung einer andern (Art. 707 Abs. 3 OR) beizukommen versucht.

Ein Teil der Doktrin erklärt die dahinter stehende juristische Person zur Trägerin der Haftung[90]. Soweit der von M eingesetzte

[89] ALBERS, 2. Teil, 4. Kap. B IV (m. weit. Verweisen).

[90] Vgl. PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 30, Zürich 1978, N. 502–506 (m. allen weitern Zit.).

T-Verwaltungsrat als «Vertreter» in diesem Sinn verstanden werden kann (siehe im folgenden), ist er damit persönlich aus der Konfliktsituation befreit. Weiter geht die Theorie von der Doppelorganschaft. Sie betrachtet den «Vertreter» als Inhaber einer Doppelrolle, wenn er seine Funktion bei T in der Eigenschaft als Organ von M wahrnimmt. Schließlich kann daran gedacht werden, M selber als Organ von T zu qualifizieren. Durch die Konstruktion solcher Organschaften wird der Verhaltensmaßstab nicht nur an der Person des «Vertreters», sondern an M als ganzem genommen, was der Konzernsituation, wie vorhin gekennzeichnet, noch angemessener ist[91]. Indessen ist sehr fraglich, ob Art. 707 Abs. 3 diese Gestaltung der Haftung zuläßt. Deutlich spricht daraus der Gedanke, daß trotz Organisation im Hintergrund der «Vertreter» persönlich einstehen solle, weil das Verwaltungsratsmandat ad personam erteilt sei[92]. Ein anderer konstruktiver Weg erschließt ebenfalls direkte Sorgfaltspflichten von M, wenn nämlich, einer heute sich verbreitenden Lehre entsprechend, Sorgfaltspflichten des Großaktionärs gegenüber seiner Gesellschaft statuiert werden[93]. Dieses Theorem inspiriert sich just am Konzernverhältnis und postuliert eine qualitative Veränderung der Aktionärsposition, welche an sich durch das Fehlen einer Treue- und damit auch Sorgfaltspflicht gekennzeichnet ist, für den Fall der Beherrschung. Indessen ist diese Lehrmeinung noch nicht gesichert, und vor allem erfaßt sie nicht die Einflußnahme, die der Großaktionär *nicht in dieser Eigenschaft* ausübt – und er hat es in aller Regel nicht nötig, die damit verbundenen Wahl- und Sachentscheidungsbefugnisse auszuspielen.

66 Die bestehende Regelung ist also zumindest klarstellungs-, eher aber ergänzungsbedürftig. Dies einerseits bezüglich der

[91] Darstellung und Befürwortung nun bei ALBERS, 3. Teil, 2. Kap. A und 3. Kap., WOERNLE, S. 23, 60f.

[92] Die differenzierende Ansicht von FORSTMOSER (zit. Anm. 90), N. 506, BÜRGI, N. 34 zu Art. 707 OR und ALBERS (zit. Anm. 91) geht dahin, daß Art. 707 Abs. 3 OR zwar die Haftung von M für Vertreterhandlungen nicht schlechthin begründet, aber auch nicht zum vornherein ausschließt, indem sie bei eigenen materiellen Organfunktionen von M doch zum Zug kommen kann. Indessen scheint doch die Fassung von Art. 707 eben die Frage der Stellung der «dahinter stehenden» Gesellschaft im Sinne ihrer Verdrängung in den Hintergrund klären zu wollen. Konzerne waren zur Zeit seiner Entstehung schon bekannt genug.

[93] WOHLMANN. S. 90, Bes. Teil §§ 5–8, bejaht Treuepflichten in atypischen Aktiengesellschaften (insbes. bei AG mit maßgebender Beteiligung); ALBERS, 3. Teil 1. Kap.; GEHRIGER, S. 83f.; PETITPIERRE, S. 135; WOERNLE, S. 58–61, 84. – TAPPOLET, S. 36–40, lehnt jede Konstruktion einer über das Verhalten nach Treu und Glauben hinausgehenden Treuepflicht ab.

«Mittlerpersonen», welche den Willen von M in die T vermitteln, sei dies als formell oder materiell als Organe fungierende Amtsträger. Sie sind im geltenden System Sorgfaltspflichten unterworfen, die sie im Konzern zum größern Teil nicht selber erfüllen; sie halten also «den Kopf hin», in Erfüllung ihrer Loyalität gegenüber M, was dem Gedanken des ad personam-Charakters der Organschaft widerspricht[94]. Zudem, als Gegenstück, verlangt die Konzernsituation die Klarstellung der Position von M als materiell willensbildende Instanz.

Der Konzernsachverhalt schafft also auch in dieser Hinsicht ein Normbedürfnis.

3.1.2.3. Die Störung des organisatorischen Gleichgewichts

Die Konzernierung bringt eine Umkehr der Funktionen mit sich, indem die Generalversammlung, sofern ihr irgendwelche Funktion verbleibt, allenfalls zum Medium für die geschäftsführenden Impulse wird, während dem Verwaltungsrat eine Art Aufsichtsfunktion in der Weise zufällt, daß er im Hinblick auf die Belange außenstehender Aktionäre und Gläubiger dafür verantwortlich ist, die eigenen Interessen der T in einem kontrollierenden Sinn geltend zu machen. Erst recht gilt dies, wenn die Geschäftsleitung von sich aus der Konzernpolitik folgt, wie dies eben am ehesten zutrifft. Diese Umfunktionierung bedeutet die Aufhebung des gesetzlich vorgesehenen Aufsichtssystems. Der Verwaltungsrat, dem nach der gesetzlichen Ordnung die Geschäftsführung obliegt (OR 722), ist der Generalversammlung Rechenschaft schuldig; die Kontrollstelle assistiert dabei die Generalversammlung in gewissem Maße bei der Überprüfung (OR 728f.). Im Konzern verliert dagegen die Generalversammlung ihre überwachende Funktion, indem sie in der Regel von densel-

[94] Die heute herrschende Tendenz geht anscheinend auf ein Sowohl-als-auch formell *und* materiell begründeter Organverantwortlichkeit (FORSTMOSER, Verantwortlichkeit [zit. Anm. 90], insbes. N. 481–485; ALBERS, 2. Teil 4. Kap. A u.a.; GEHRIGER, S. 85–87). Es handelt sich aber wohl um eine Alternative, die der Entscheidung bedarf. Die Organschaften müssen für eine Gesellschaft insgesamt ein in sich geschlossenes System geben, also muß entweder die formelle oder aber die tatsächlich-materielle Ebene maßgebend sein. Der Entscheid im Sinne des zweitgenannten, von den erwähnten Autoren in den Vordergrund gestellten Kriteriums ist wohl richtig, wenn dem auch die Auffassung widerspricht, welche die Erfüllung der Nationalitäts- und Domizilerfordernisse (Art. 711 OR) durch den fiduziarischen Verwaltungsrat toleriert (PETER JÄGGI, Ein Urteil zum abhängigen [fiduziarischen] Verwaltungsrat, SJZ 56, 1960, S. 1–7), stützt sie sich doch auf dessen formell begründete Verantwortlichkeit.

ben Impulsen gesteuert wird, die schon die Verwaltung direkt von M empfängt, oder aber indem sie als Medium für die Durchsetzung des M-Willens selber Geschäftsführungsfunktionen beansprucht.

68 Die gesetzliche Minimalorganisation ist also bei der Konzernierung unterspielt, indem faktisch eine Verkürzung auf eine einzige Entscheidungsplattform erfolgt. Damit ist zugleich das Gleichgewicht gestört, welches das Gesetz zwischen *anonymer und offener Machtstellung* schafft. Die Führung des Geschäfts soll den im Handelsregister publizierten Verwaltungsräten obliegen; den Aktionären konnte die Anonymität zugestanden werden, weil sie beschränkte und auf Wahrung ihrer eigenen Interessen konzentrierte Funktionen haben, welche nur Rechte und nicht Pflichten darstellen. Das Fehlen einer die Sorgfaltspflicht der Aktionäre statuierenden Bestimmung, im Gegensatz zur Ordnung für Verwaltung und Geschäftsleitung, ist signifikant. Daraus wird eine Konzeption sichtbar, welche einerseits im Sinne der paritätischen Theorie die Generalversammlung aus Angelegenheiten zurückdrängt, und/oder anderseits von einer *pluralistischen Willensbildung* in diesem Organ ausgeht. Wie immer man sich im übrigen zur Frage des gesetzlichen Typus der Aktiengesellschaft stellt, geht aus ihrer Ausformung als Gesellschaft und insbesondere aus Art. 625 OR hervor, daß eine Mehrheit von Aktionären dazu gehört. Die Vermutung liegt nahe, daß das Gesetz auf der Chance einer Ausdifferenzierung der Sonderinteressen einzelner Aktionäre aufbaut, daß es also glaubt, auf eine Sorgfalts- oder Treuepflicht der Aktionäre verzichten zu können, weil sich die Stimmen insgesamt auf das Gesellschaftswohl einpendeln[95].

3.1.2.4. Konzerninterne Dispersion des Vermögens

69 Aus der konzerninternen Interessenverquickung ergibt sich eine eigentümliche Vermögenssituation für die einzelnen Glieder. Deutlicher als irgendwo sonst fallen die zwei Aspekte der vermögensmäßigen Position auseinander: zum einen das Vermögen im Sinn der verwertbaren Substanz und zum andern im Sinn des Potentials für die künftige Tätigkeit (Substanz- bzw. Ertragswert).

[95] Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Aktienrecht, § 3 II, N. 4–10; ROLF BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 II, 1966, S. 321–537, 423–425; WOHLMANN, S. 142; ZÖLLNER, S. 340–342.

Die Gemeinschaft der Interessen unter den Konzerngliedern veranlaßt je nachdem Verschiebungen des Vermögens im Sinn von Substanz: es wird unter dem anderswo zu erzielenden Preis geliefert, Eigenkapital wird zur anderweitigen Investition im Konzern weggegeben und damit wird auf eigene zinsfreie Mittel verzichtet und die eigene Durchhaltekraft exponiert. Dies geschieht (bzw. *kann* geschehen) in Erwartung eines Ausgleichs solcher Leistungen aus dem Konzern in sachlich und zeitlich weiter Sicht. Mithin mag in dieser weiteren Perspektive eine Transaktion durchaus als gerechtfertigt, d.h. das Vermögen als zumindest intakt erscheinen, wogegen von der Substanz aus betrachtet die Einbuße an Vermögen eindeutig ist, wenn eine formelle und entsprechend aktivierbare Kompensationszusage fehlt.

Das Gesellschaftsrecht gibt auch auf diese Grundfrage keine Antwort. Der Gesellschaft kann es prinzipiell nicht verwehrt sein, für den Augenblick Nachteile in Kauf zu nehmen, wenn dies im Rahmen einer allgemeineren Konzeption erfolgt, die im ganzen vorteilhaft ist, selbst dann, wenn der Eintritt des Vorteils nicht sicher ist. Beispiele dazu finden sich ohne weiteres auch außerhalb der Konzernbeziehung; die Überlegung gilt im Grund für jede Investition. Auf der andern Seite ist der Substanzschutz doch ein Ziel, das vom Recht zumindest für die Kapitalgesellschaften angestrebt wird, so wahr es deren Gläubigern mit der Institution des Grundkapitals gewisse Garantien bieten will[96]. Diese nach den Rechtszwecken erstrangig wichtige Personengruppe ist auf die Substanz, das verwertbare Substrat, angewiesen. Fällt beispielsweise eine T in Konkurs, so können sie Geschäfte wie die erwähnten schwer benachteiligen.

Das Problem liegt, wie angedeutet, im Vermögensbegriff als solchem und überschreitet bei weitem den Bereich des Konzerns. Im Konzern wird es aber entscheidend akzentuiert, weil solche Substanzverlagerung aus dem Wesen der einheitlichen Steuerung heraus systematisch vorgenommen wird und der Risikoaspekt von der allgemeinen Erwartung, ein Teil der Schicksalsgemeinschaft zu sein und nicht fallengelassen zu werden, ständig überlagert wird. Dies ganz im Gegensatz zur selbständigen Gesellschaft, die nur mit Zurückhaltung Substanz im Hinblick auf eine künftige Entgeltung hingeben kann.

[96] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Aktienrecht, S. 205; F. v. STEIGER, Das Recht der AG, 4. Aufl., Zürich 1970, S. 16; SIEGWART, N. 3 zu Art. 621 OR.

3.1.2.5. Wechselseitige Beteiligungen

71 Das Konzernverhältnis erschüttert auch die Konzeption, die das Recht der Kapitalgesellschaften dem Grundkapital zudenkt. Es ermöglicht eine Bresche in den Kapitalschutz zu schlagen, den Art. 659 OR durch das Verbot des Erwerbs eigener Aktien errichten will. Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, daß das Unternehmensrisiko und damit das Risiko für das Gesellschaftsvermögen sich potenziert: geht das Unternehmen schlecht, so vermindert sich von selber auch der Wert der Beteiligung an der eigenen Gesellschaft[97]: unter Umständen stellt der Erwerb eigener Aktien gar eine verbotene Einlagenrückgewähr dar[98]. Ferner werden die Bereiche von Aktionären und Verwaltung verwischt, wenn die Verwaltung im Rahmen der Geschäftsführung das Stimmrecht aus diesen Aktien ausübt.

72 Die Potenzierung des Risikos entsteht nicht weniger als beim Halten eigener Aktien auch bei wechselseitigen Beteiligungen, wenn also Kapitalgesellschaften gegenseitig Anteile voneinander in ihren Portefeuilles haben; besitzt T Aktien von M, so wirkt der Geschäftsgang von M über den Wert der Beteiligung an T in die Aktiven von M zurück. Diese Problemstellung beschränkt sich zwar nicht auf den Fall des Konzerns, sondern erhebt sich bei jeder Art von wechselseitiger Beteiligung, also unabhängig vom Einfluß einer Gesellschaft auf die andere. Indessen verstärkt sich das Phänomen natürlich bei Vergrößerung der Beteiligungen in der einen (M an T) und/oder der andern (T an M) Richtung, und es liegt deshalb nahe, eine Schwelle für gesetzgeberische Vorkehren bei qualifizierten Beteiligungen zu legen.

Insbesondere verschärft sich aber bei qualifiziertem Einfluß von M auf T das organisatorische Problem, indem die Verwaltung von M durch die Handhabung der Stimmrechte von T zur

[97] FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Aktienrecht, S. 207 N. 25, F. VON STEIGER, S. 153, 156; ALFRED WIELAND, Wie weit gilt das Erwerbsverbot eigener Aktien für eine Tochtergesellschaft? in SAG 20, 1947, S. 57–66, 65.
Wie sehr dieser Gesichtspunkt angesichts der Tatsache ins Gewicht fällt, daß unvermeidlicherweise auch andere, insbesondere betriebsspezifische, Aktiven bei schlechtem Gang des Unternehmens an Wert einbüßen (Übergang von Fortführungs- zu Liquidationswerten), mag allerdings dahingestellt bleiben.

[98] Gleichstellung schlechthin bei MANFRED HETTLAGE, Die Begründung von wechselseitigen Beteiligungen auf dem Wege der gegenseitigen Aktienübernahme nach dem schweizerischen Obligationenrecht, in SAG 39, 1967, S. 33–40, 36, kritisiert zu Recht durch VISCHER/RAPP, S. 240 und DALLÈVES, Participations, S. 26f.; richtig nüanciert wohl auch SIEGWART, N. 4–12 zu Art. 659 OR.

aktionärsmäßigen Aufsicht ihrer selbst wird. Dies nun ist recht eigentlich ein Konzernproblem, weil es besonders durch die Einheitlichkeit der Leitung, d.h. spezifisch durch die Einflußnahme der M-Verwaltung auf die Beteiligungsbewirtschaftung bei T hervorgerufen wird.

Wechselseitige Beteiligungen bringen überdies im Vergleich zum Besitz eigener Aktien zusätzliche Probleme, weil sie ein weiteres Feld von Mißbräuchen eröffnen, wie etwa fraudulöse Kapitalerhöhungen bei M zugunsten von T[98a]. Namentlich aber gestattet die Einschaltung von Konzerngesellschaften, den beim Erwerb eigener Aktien offensichtlichen Rechtsverstoß gegen Art. 659 OR zu verdecken.

Die *Schweiz* ist hinsichtlich Vorschriften bei gegenseitigen Beteiligungen im Vergleich zu andern Rechtsordnungen zurückhaltend. Immerhin hat das Thema hier aber in der Literatur breite Beachtung gefunden[99] und war sogar Gegenstand eines der wenigen bundesgerichtlichen Entscheide, die dem Konzern Einheitsbehandlung angedeihen lassen und damit die Möglichkeit einer richterlichen Entwicklung eines Konzernrechts illustrieren[100].

Ausländische Schutzvorschriften sind häufig und greifen öfters schon bei Beteiligungen von weniger als 50% ein[101]; die Einflußmöglichkeit, insbesondere durch Stimmenmehrheit, stellt aber doch eine markante, allenfalls zusätzliche Stufe dar, auf welcher ein gänzliches Verbot des Aktienbesitzes in der Gegenrichtung auftritt[102].

[98a] Vgl. DALLÈVES, Participations, S. 26f.

[99] Forderung nach Erlaß beschränkender Normen durch DALLÈVES, Participations, S. 34f. (in Richtung franz. Lösung), JOOS A. ZULAUF, Die wechselseitige Beteiligung, Diss. St. Gallen 1974, insbes. S. 101f., VISCHER/RAPP, Neugestaltung, S. 240–242 (Schwelle bei 20%), PLÜSS, S. 178–180; siehe auch W. v. STEIGER, S. 319af. (Einheitsbehandlung des Konzerns), F. v. STEIGER, a.a.O. (Anm. 96), S. 156 (ebenso), ALFRED WIELAND, a.a.O. (Anm. 97), S. 57–66, insbes. 66 (Verbot nur, wenn M T die Mittel für Erwerb zur Verfügung stellt), CAPITAINE, S. 58a–60a (zugelassen insbes. Erwerb aus Reserven), SIEGWART, Einl. vor Art. 620 OR, N. 181f. (zugelassen, wenn T-Beteiligung an M «keine sehr bedeutende» ist).

[100] BGE 72 II 275–293, 275.

[101] *Frankreich.* G v. 24.7.1966 Art. 358f. (10%); *Deutschland.* AktG § 328 in Verb. m. 19 (25%); *belg.* Entwurf zum Gesellschaftsrecht, Art. 25–28; *SE*-Entwurf 1975. Art. 47 (beide 10%).

[102] Deutsches AktG §§ 56 und 71 Abs. 4, SE-Entwurf 1975, Art. 46 Abs. 2, Codice civile italiano, Art. 2359f., GB Companies Act 1948, sect. 27, div. US-Einzelstaaten (HÖLZLER, S. 30–35; je nachdem nur Verbot der Stimmrechtsausübung).

74 Die Regelung wechselseitiger Beteiligung kann sachlich recht gut isoliert werden und könnte auch dann an die Hand genommen werden, wenn auf eine umfassende Bearbeitung des Konzernproblems verzichtet wird[103].

75 Im Konzern verliert die Erscheinung der wechselseitigen Beteiligung allerdings ihre selbständige Bedeutung und weitet sich in andere Fragestellungen aus. Die «Wertreflexe», wie sie sich bei gegenseitigen Beteiligungen einstellen, sind für den Konzern in einem viel allgemeineren Sinn typisch. Sie werden durch die Schicksalsgemeinschaft erzeugt, die sich auf finanzieller wie auf betrieblicher Ebene zwischen den Konzerngesellschaften ergibt. Der Wert der Beteiligungen von M ist dadurch indirekt mit dem Geschäftsgang des Konzerns und von M gekoppelt, weil die T beispielsweise für ihre Zulieferungsmöglichkeiten, für die Finanzierung von Investitionen oder für die Bonität ihrer Forderungen gegen andere Konzerneinheiten davon abhängen. Anderseits, von T aus betrachtet, ist zum Beispiel die erwähnte Bonität von Forderungen an Konzerngesellschaften u.a. eine Funktion des eigenen Wohlergehens, weil dieses sich im übrigen Konzern auswirkt *(58)*.

Der Stellenwert der Vorschriften gegen wechselseitige Beteiligungen, welche im Ausland, aber auch in unserer Lehre und Rechtsprechung von den hier berührten Themenkreisen verhältnismäßig weit gediehen sind, sollte deshalb als konzernrechtliches Element nicht zu hoch veranschlagt werden.

3.2. Unternehmensrecht: Publizität

Das Publizitätsrecht ist in unserem Land auch allgemein noch zu wenig entwickelt, um anhand von positiven Regeln die Notwendigkeit von Sondernormen für den Konzern nachweisen zu können. Von der Sache und von den erhobenen Postulaten her, wie auch aus der bereits etablierten Rechnungslegungspraxis, werden die besondern Bedürfnisse im Fall des Konzerns indessen ohne weiteres deutlich.

3.2.1. Konsolidierte Rechnung

76 Die konsolidierte, d.h. konzernweit einheitlich zusammengefaßte Darstellung der Finanzdaten ist das Gebiet, wo internatio-

[103] DALLÈVES, Problèmes, S. 1020.

nal gesehen das Konzernrecht am weitesten fortgeschritten ist. Auch Länder, welche im übrigen dem Konzern kaum eigene Bestimmungen widmen, sehen eine Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung vor[104]. Die Europäischen Gemeinschaften haben diesen Punkt gegenüber der übrigen Vereinheitlichung des Konzernrechts zeitlich vorgezogen[105]. In der *Praxis* hat die Konsolidierung auch in der Schweiz schon Verbreitung erfahren, wobei sie aber nicht selten nur für interne Zwecke angewandt wird[106]. Die mit der Konsolidierung allgemein und mit der Auslandorientierung der schweizerischen Großunternehmen im besondern verbundenen Probleme scheinen insoweit den Grundsatz der Konsolidierung nicht in Frage zu stellen[107]. Im Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts führen sie allerdings zum Kompromißvorschlag, die Konsolidierung freiwillig zu belassen, aber mit dem Recht zu «belohnen», auf gewisse Angaben in der Jahresrechnung von M zu verzichten[108]. Erstmals per 1977 verlangte die Eidg. Bankenkommission die Einreichung (nicht jedoch die Publikation) konsolidierter Bilanzen von den konzernmäßig organisierten Banken[109].

Durch Ausschaltung der konzerninternen Beziehungen wird in der konsolidierten Rechnung ein Bild der Vermögenslage des

[104] *Großbritannien:* Companies Act 1948, sect. 149–153, schedule VIII, part 2 §§ 15–18, schedule IX § 4, Companies Act 1976 sect. 8; *USA:* SEC Regulation S-X 4 sowie zahlreiche Einzelregeln der berufsständischen Accounting-Gremien (vgl. Zogg, S. 13f.); *Frankreich:* Entwurf v. 17.5.1978 (Nr. 236); *Niederlande:* G.v. 26.7.1976 Art. 318–321; *Deutschland:* AktG 329–338; *Dänemark:* Lov om Aktieselskaber v. 13.6.1973 96–108; *Schweden:* Aktiebolagslag v. 15.12.1975 (aus: Die AG 1978 16); *Norwegen:* Lov 4. Juni 1976 Nr. 59 om aksjeselskaper 11–13 (aus: Die AG 1978 189–191).

[105] 7. Richtlinie zur Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts (Entwurf der EG-Kommission, 2. Fassung Dez. 1978).

[106] Über die schweizerische Praxis insbes. die Arbeit von Zogg mit Auswertung einer eigenen Untersuchung über 40 schweizerische Großunternehmen. Dabei kam immerhin heraus, daß von den 140 zunächst angefragten Unternehmen nur deren 42 mit Sicherheit für externe oder interne Zwecke einen konsolidierten Abschluß erstellen (Zogg, S. 8).
Laut «Die Volkswirtschaft» (1978, S. 621) veröffentlichten per 1977 insges. 44 schweiz. Unternehmen eine konsolidierte Vermögensübersicht, wobei diese 45,8% des Steuerwerts aller erfaßten Unternehmen (jeder Größe) darstellen.

[107] Ausführlich über die Probleme im einzelnen Zogg, S. 82–268; das pro und contra etwa auch bei A. C. Brunner bzw. C. M. Jacottet, in: Betriebswirtschaftliche Probleme III, S. 42–47, bzw. 53–57 (1966).

[108] VE Art. 663a OR; dazu Zwischenbericht der Expertenkommission, Nr. 87f.

[109] Beschluß der Eidg. Bankenkommission vom 17. März 1978 (BankG Art. 4, Konsolidierungsrichtlinien).

Konzerns als ganzem geboten. Das drängt sich wegen der Interdependenz der Interessen innerhalb des Konzerns auf: die meist gewichtigen konzerninternen Forderungen und Verbindlichkeiten können nur aus der Kenntnis der Vermögenslage des Ganzen richtig bewertet werden. Zudem können durch die Konsolidierung stille Reserven, welche oft kraft der gesetzlichen Bewertungslimiten (Art. 667 OR) auf dem Ausweis der Beteiligungswerte in der M-Bilanz gebildet werden, offengelegt werden. Die Aufdeckung dieser Zwangsreserven hat dazu geführt, daß heute in der Praxis erwartet wird, eine konsolidierte Bilanz enthalte auch keine anderweitigen stillen, insbesondere keine dem Ermessen der Verwaltung anheimgestellten sog. Verwaltungsreserven.

77 Die konsolidierte Rechnung wird damit unter anderm zum Instrument der Geschäftsleitung selber[110]. Dieser interne Nutzen der Konsolidierung macht möglicherweise deren Erstellung dort, wo sie zur Gewinnung der Übersicht erforderlich ist, zur rechtlichen Pflicht, auch ohne daß es der Schaffung neuer Normen bedarf[111]. Man hat wohl unnötigerweise geglaubt, eine solche Pflicht aus dem Aufbau des Buchführungsrechts heraus verneinen zu müssen, indem dieses an die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister anknüpfe (Art. 957 OR), welche für den Konzern als gesetzlich nicht vorgesehene Organisationsform natürlich nicht gegeben ist[112]. Ohne daß zu einer im Erkenntniswert fragwürdigen «wirtschaftlichen Betrachtungsweise»[113] – welche höchstens der Anlaß oder das Resultat, nicht aber die Grundlage der Rechtsfindung sein kann – gegriffen werden muß, kann allenfalls die konsolidierte Rechnung als ein Bestandteil der Buchführung angesehen werden, die M auferlegt ist, ist doch Art. 957 bezüglich der Art der zu führenden Bücher offen. So oder anders dürfte aber in den Verhältnissen von solcher Größe und Komple-

[110] KARL KÄFER, Konzernbilanzen, Mitt. aus dem handelswiss. Seminar, Heft 107, Zürich 1958, S. 13; dagegen zweifelnd am internen Wert von Konzernrechnungen etwa ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, Vorbem. zu §§ 329–338 AktG, No. 31–33.

[111] Handelsgericht Zürich und Bundesgericht, in: Der Treuhänder 1976/1 Erw. 8f. bzw. 1976/9 Erw. 3; ANDRÉ ZÜND, Konsolidierte Rechnungen als Lenkungsinstrumente der Konzernführung, Büro und Verkauf 38, 1969, S. 139–141, 141; FRANK VISCHER, Die konsolidierte Rechnungslegung in der Aktiengesellschaft, SAG 48, 1976, S. 81–85, 81.

[112] BENNO LUTZ, Die Bewertungsprobleme des Konzerns, Zürich 1952, S. 167; FRANZ SCHLENK, Bilanzvorschriften im Konzern, Winterthur 1962, S. 197; ZWEIFEL, Holdinggesellschaften, S. 83.

[113] FRANK VISCHER, a.a.O. (Anm. 111), S. 82.

xität, daß eine Konsolidierung zur Verschaffung der Übersicht dringend wünschbar wird, deren Erstellung als ein Gebot aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht der Verwaltung erscheinen.

Die Konsolidierung schafft eigene Probleme der *Revision*[114]. Etablierte Regeln, wie zu konsolidieren sei, sind erst in Entwicklung[115]. Damit stellt sich für den Prüfer die Frage nach dem Maßstab, an dem er die zu prüfende Rechnung zu messen hat, und die Tendenz liegt nahe, diesen Maßstab so allgemein wie möglich zu fassen und einfach an dem zu erreichenden Ziel zu orientieren. Das führt zu einer Lösung im Sinne des angelsächsischen Grundsatzes, daß von der Jahresrechnung schlicht eine «true and fair view», ein möglichst getreues Abbild des Unternehmens verlangt wird. Fachkreise in unserm Land wie anderswo in Europa weisen demgegenüber auf eine Überforderung der Revisoren durch diese generelle Aufgabenstellung und damit auf eine gefährliche Überschätzung ihres Berichts hin, sind doch diese Personen trotz allem Externe, deren Einblick und Beurteilungsvermögen für die spezifischen Gegebenheiten des Betriebs notwendig beschränkt sind.

3.2.2. Separater Ausweis konzerninterner Verhältnisse in den Einzelrechnungen

Mit der konsolidierten Rechnung sind die durch Konzernierung entstehenden zusätzlichen Informationsprobleme nur teilweise bewältigt. Wer Rechtsbeziehungen zu einzelnen juristischen Einheiten hat, bleibt an spezifischen Aufschlüssen über diese interessiert[116]. Die Konsolidierung ist darum für den externen Bedarf zum vornherein von beschränktem Wert. Die Konsolidierung erhält ihren eigentlichen Sinn nach außen erst, wenn materielle Rechtsverhältnisse auf den Konzern als ganzen erstreckt werden.

Immerhin kann eine auch stark verbesserte Einzelpublizität über M und T stets nur eine Ergänzung zur Konsolidierung sein.

[114] Darüber insbes. A. ZÜND, Die externe Revision des Konzerns, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Bd. 36, S. 63–80.

[115] ZÜND, a.a.O. (Anm. 114), S. 64; Zwischenbericht, N. 88; Art. 663a VE Aktienrecht (Art. 724 Abs. 2 Ziff. 4) sieht allerdings die Ableitung von Konsolidierungsregeln aus allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen als möglich an. Die Arbeit von ZOGG versucht sie für die Schweiz zu materialisieren.

[116] ZOGG, S. 25.

Ihre Aufgabe muß bezüglich der Konzerntransparenz darin liegen, den konzerninternen Teil der bestehenden Beteiligungs- und Forderungsverhältnisse aufzuzeigen, den Teil also, der in die «Schicksalsgemeinschaft» einbezogen ist. Für die Feststellung dann, was dieses Schicksal sei, kann die Einzelrechnung nichts mehr leisten, sondern hat die konsolidierte Rechnung Auskunft zu geben. Auch die Einzelrechnung kann aber kaum über die Angemessenheit von Transferpreisen und andere konzerninterne Geschäfte Kontrollen ermöglichen[117].

Der Ausweis der konzerninternen Finanzbeziehungen ist ein Bestreben der neuern Publizitätsverbesserungen, dem offensichtlich erstrangige Bedeutung zugemessen wird[118]. Der schweizerische Vorentwurf zum Aktienrecht geht einen Schritt in dieser Richtung, indem sein Gliederungsschema für die Bilanz die Forderungen gegen «nahestehende Personen» in einem Sammelposten zu den Beteiligungen schlägt (Art. 663b A6); weiter sieht er aber keinen gesonderten Ausweis für Konzernbeziehungen vor.

3.2.3. Bekanntgabe von Konzernverhältnissen

80 Jede konzernrechtliche Regelung muß notwendig eine Norm mitenthalten, welche dafür sorgt, daß die *Tatsache der Konzernierung* den Schutzadressaten bekannt wird. Andernfalls ist sie nicht wirksam. Beispielsweise wird natürlich der Gläubiger einer T nach einer konsolidierten Bilanz erst verlangen, wenn er von deren Einbeziehung in einen Konzern weiß. Insoweit gehört Information an die Schutzberechtigten über den Einbezug in einen Konzern zu jeder konzernrechtlichen Ordnung.

Überdies besteht aber ein *selbständiges* Bedürfnis nach Konzerntransparenz. In unzähligen Situationen ist es demjenigen, der in Beziehung zu einer Gesellschaft steht, keineswegs gleichgültig, wer «dahinter» steht (*43*). Vom Unternehmen, das mit einer T in eine Kooperation tritt, bis zum Konsumenten der Produkte und Dienstleistungen einer T haben diese Personen gemeinsam, daß ihre Beziehung nicht zur Gesellschaft als der Vereinigung der

[117] VISCHER, a.a.O. (Anm. 111), S. 81–85, 81.

[118] *EG 4. gesellschaftsrechtliche Harmonisierungsrichtlinie:* Art. 9 und 10, je C III 1.–4., D II 2.+3., III 1., C 6.+7., Art. 10 I 6.+7., Art. 23 9.–11., 13. Art. 24 A7., B5.–7. Art. 25 7.–9., 11., Art. 26 A5., B3.–5.; ähnlich *SE-Statut:* (Entwurf 1975) Art. 153f., 168–171. – *Deutschland:* AktG § 151 Aktivseite II B1., III B9.+10. Passivseite VI 5. § 157 Abs. 1 Pos. 7–9. – *Frankreich:* G. v. 24.7.66 Art. 357 Décret v. 23.3.67 Art. 247. – *Italien:* CC Art. 2425 bis, Art. 2429 bis. – *England:* Comp. Act 1948 s. 149 und sched. VIII.

Eigenkapitalgeber, sondern zu dem von ihr betriebenen *Unternehmen* geht[119]. Damit ist nicht nur die Offenlegung der Tatsache der Konzernierung, sondern diejenige der Identität der zusammenhängenden Glieder postuliert.

Dieses Transparenzbedürfnis besitzt durchaus schon eine Schutzgrundlage im System, wenn auch nicht in den positiven Bestimmungen des geltenden Rechts. Der Konzernsachverhalt schafft auch in dieser Hinsicht, wie in andern Rechtsgebieten, eine Situation, in der die dem Recht zugrundeliegende Konzeption sich nicht mehr gültig in den bestehenden Normen ausdrückt. Die *Firma* soll nach der Intention des Rechts für eine einwandfreie Identifikation der im Wirtschaftsleben auftretenden Einheit sorgen. Vieles spricht dafür, daß es dabei entgegen dem formellen Anschein nicht um die Bezeichnung des agierenden Subjekts, sondern um diejenige des Unternehmens geht, als der Organisation zur Erzeugung der Leistungen, zum Betrieb der Anlagen, zur Beschäftigung der Mitarbeiter dieses Subjekts: durch das Unternehmen entstehen die Außenbeziehungen, welchen seinerseits das Firmenrecht dient[120].

Nach dieser Intention des Firmenrechts ist es im Fall des Konzerns sinnwidrig, die Firma mit der einzelnen Einheit zu verknüpfen. Vielmehr müßte die Firmenbildungspflicht, welche sich heute an die Einzel-Geschäftsinhaber und die handelsrechtlichen Gesellschaften richtet (Art. 934, 945, 947 OR), den Konzern als ganzen treffen. Tritt die Einzeleinheit als Rechtssubjekt auf, so sollte aus seiner Bezeichnung demnach die Zugehörigkeit zum Ganzen hervorgehen. Die Transparenz sollte mithin nicht weniger als bei Zweigniederlassungen gewährleistet sein (Art. 952 OR).

Ein Blick auf die ausländischen Rechtsordnungen zeigt, daß die Pflicht zur Bekanntgabe von Gesellschaften, zu welchen Konzernbeziehungen bestehen, schon recht weite Verbreitung gefun-

[119] Nicht unter diesen Gesichtspunkt fällt, weil auf die Gesellschaft und nicht auf das Unternehmen bezogen, das Interesse des Kleinaktionärs von T, M zu kennen. Hier gelten besondere Gesichtspunkte (vgl. ALAIN HIRSCH, L'anonymat de l'actionnaire dans la S. A., in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 307–331; DRUEY, Geheimsphäre, S. 165–174).

[120] Deshalb ist das Firmenrecht Teil des Handelsrechts; Stiftungen und Vereine fallen nicht darunter, jedenfalls soweit sie nicht ein Unternehmen betreiben (BGE 102 II 161, 165 m. weit. Zit.). Der Firmenschutz setzt die Unternehmenstätigkeit voraus (BGE 93 II 256, gestützt auf Wortlaut von Art. 944 Abs. 1 OR). Bei Geschäftsübernahme (d.h. Übergang des Unternehmens) kann die alte Firma weitergeführt werden (mit Nachfolgezusatz; Art. 953 Abs. 2 OR). Siehe auch unten Anm. 148.

den hat. Naheliegenderweise steht die Offenlegung der T durch M im Vordergrund; in der umgekehrten Richtung besteht die Schwierigkeit, daß bei Inhaberaktien oder Aufteilung über Treuhänder eine beherrschende Stellung einer M bei T nicht einmal bekannt wird[121].

3.3. Vertragsrecht

83 Im Vertragsrecht tritt die Veränderung der Situation durch die Konzernierung weniger deutlich hervor als im Gesellschafts- und Publizitätsrecht. Während die externe Steuerung die gesamte rechtliche Organisation der Gesellschaft in Frage stellt, ist sie bezüglich der von Konzerneinheiten abgeschlossenen Verträge zunächst irrelevant. Ein Kaufvertrag wird in seiner Bedeutung kaum durch die Tatsache beeinflußt, daß die Käuferin einem Konzern angehört. Schon wichtiger kann aber die Konzernierung der *Ver*käuferin sein, weil daraus etwas über die Herkunft des Produkts erhellen mag (*90*). Aber auch dann ist die Problematik in Anbetracht der ohnehin bei der heutigen Arbeitsteilung bestehenden Ungewißheit über die Wege eines Produkts verhältnismäßig peripher. Die Frage der Konzernierung ist jedenfalls weit davon entfernt, eine allgemeine Vertragsgrundlage eines Kaufs zu sein.

Daß das Konzern-Vertragsrecht[122] auffallend wenig Beachtung gefunden hat, dürfte aber auch daran liegen, daß es seine größte Bedeutung bei Dauerverhältnissen zwischen größeren Unternehmen hat; Differenzen aus solchen Beziehungen werden selten allgemein bekannt. Ein weiterer Grund mag in der verzettelten Erscheinungsweise des Problems liegen: es stellt sich bei den verschiedensten Vertragstypen und -klauseln und Instituten des Obligationenrechts.

[121] *Offenlegung wird etwa verlangt in: Deutschland:* AktG § 20 Abs. 1 (25%), Abs. 4 (Mehrheitsbeteiligung), § 21; *SE-Entwurf:* Art. 226 (Bekanntmachung der Konzernierung durch T), *Großbritannien:* Comp. Act 1967 ss 3–5; *Frankreich:* G. v. 24.7.66 Art. 356 Abs. 1.

[122] Um alle Mißverständnisse auszuschließen, sei auf die Doppeldeutigkeit der Begriffsverbindung «Konzern» und «Vertrag» hingewiesen. Die Bezeichnung «Konzernvertrag» ist, von Deutschland her, etabliert für die Verträge, durch welche eine Konzernierung begründet oder untermauert wird. Hier dagegen handeln wir von Verträgen, die von Gesellschaften abgeschlossen werden, welche einem bereits bestehenden Konzern angehören. Die Gegenpartei ist dabei vornehmlich (wenn auch nicht notwendig) Außenstehende. Wir schreiben hier «Konzern-Vertragsrecht» zur Abhebung vom «Konzernvertragsrecht».

Mannigfaltige Fragen ergeben sich schon auf der Ebene des allgemeinen OR. Insbesondere sind einmal die *Rollen* verschiedener Konzerneinheiten in einem Vertrag zu bestimmen, wo deren mehrere in der einen oder andern Weise aufgetreten sind. Dies beginnt bei der Frage, wer überhaupt Vertragspartei ist[123], und geht weiter zur Frage einer impliziten Vollmacht von Konzerngesellschaften, füreinander zu handeln[124], bis zu derjenigen eines kumulativen Schuldbeitritts oder einer Garantie insbesondere von M für T aufgrund der Bekanntgabe des Abhängigkeitsverhältnisses. Diese letztgenannte allgemeine «Patronage» könnte sich aus der verbreiteten Praxis und öfters von den Unternehmen ausgedrückten Absicht, keine T fallen zu lassen, entwikkeln, indem mangels gegenteiliger Erklärung im Einzelfall eine entsprechende Erwartung Platz greift (*194*).

Hinsichtlich der Erfüllung stellt sich etwa die wichtige Frage der Verhaltenszurechnung im Konzern[125]. Aus der Beherrschung könnte sowohl eine Haftung von M für das Verhalten von T (auf der gedanklichen Grundlage der Geschäftsherrenhaftung)[126] wie auch eine solche von T für dasjenige von M (aus Organschaft[127]) abgeleitet werden[128].

Nicht weniger erheben sich Fragen bezüglich der *Beendigung* von Dauerverträgen. Häufig enthalten etwa Zusammenarbeits- oder Lizenzverträge u.ä. zwischen Unternehmen eine Klausel, wonach bei Erwerb der Herrschaft über eine Vertragspartei durch ein Drittunternehmen der Vertrag von der Gegenseite vorzeitig gekündigt werden kann. Es fragt sich, ob mangels ausdrücklicher Stipulierung eine solche Regel vermutet werden soll.

[123] *Beispiele* von Situationen, in denen die Frage auftauchen kann: 1. Tätigkeit einer Gesellschaft als Einkäuferin für den Konzern. 2. Arbeitsverhältnis von Personen, die in mehreren Konzerngesellschaften Funktionen haben.

[124] *Beispiel:* In welchen Situationen kann eine T verpflichtend für M erklären, diese stehe für das Geschäft gut? Die Frage der impliziten Vollmacht stellt sich in der Gegenrichtung in allgemeiner Weise: kann M aufgrund der bloßen Bekanntgabe ihrer beherrschenden Stellung bei T als ermächtigt gelten, für T zu handeln?

[125] *Beispiel:* Kann eine T Drittverschulden beanspruchen, wenn wegen Verspätung in der Zulieferung von Material durch eine Schwestergesellschaft Verzögerungen eintreten?

[126] ALBERS, 3. Teil, 4. Kap.; REHBINDER, insbes. S. 529–547.

[127] ALBERS, 3. Teil, 3. Kap.; REHBINDER, S. 282 («Eine Konzerngesellschaft, die auf Weisung der Obergesellschaft ihren Vertrag brechen können will, soll sich das im Vertrag vorbehalten»). Eher verneinend W. v. STEIGER, S. 306a.

[128] So offenbar auch der Entscheid des Einigungsamts BL i.S. Firestone (Schweiz) AG v. 23.11.1979, wo zwar die formelle Verwaltung der Gesellschaft entlastet, Haftbarkeit aber mit dem Verhalten der amerikanischen Konzernleitung begründet wurde (Neue Zürcher Zeitung vom 31.1.1980, S. 29 f.).

86 Ferner kann beispielsweise erwogen werden, ob das für den Konzern typische Gebaren als vermögensmäßige Einheit ein Recht zur *Verrechnung* begründet, wenn ein außenstehender Schuldner einer Gesellschaft seinerseits eine Forderung gegen ein anderes Konzernglied hat[129]. In der deutschen Vertragspraxis findet sich öfters das Umgekehrte: die Gesellschaften bedingen sich gegenüber ihren Gläubigern aus, mit Forderungen anderer Konzerneinheiten verrechnen zu können[130]. Auch dies hat seine Berechtigung, ist doch innerhalb des Konzerns die Vereinigung der Gegenforderung mit der Schuld durch Zession ein wahrscheinlicher Vorgang, so daß man ihn als ipso iure vollzogen ansehen kann.

87 Fragen können sich in Fülle auch zu besondern Vertragsarten stellen. Im Mietrecht kann etwa gefragt werden, ob der Bedarf von andern Konzerngliedern dem Eigenbedarf hinsichtlich Kündigungsmöglichkeit gleichzusetzen sei[131]. Im Arbeitsrecht, das eine eigene ausführliche Abhandlung unter unserem Gesichtspunkt wert wäre, stellt sich zum Beispiel die Frage der Versetzbarkeit innerhalb des Konzerns und bei Versetzung diejenige des Verbleibs bei einem konzerneinheitlichen arbeitsrechtlichen Status[132]. Oder wie steht es etwa mit der Treuepflicht: ist sie dem ganzen Konzern geschuldet[133]?

[129] Die heutige schweizerische scheint aber noch streng an der formellen Parteiidentität festzuhalten, siehe BGE 85 II 113, VON TUHR/ESCHER, Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, Bd. II, S. 191f., GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972, S. 264.

[130] BGHZ 10 205, 207f., 17, 19, 24; BGH in: Die AG 1966, S. 327; Großkommentar Anm. 88 zu § 15 AktG; REHBINDER, S. 414–418; LIÈGE, S. 516 und 521f.

[131] Die Praxis steht auch hier wenigstens vorläufig auf dem formalen Boden; OGer ZH v. 3.12.1971 (SJZ 68, 1972, S. 76). BGE 77 I 19, 20 bezeichnet eine solche Ausdehnung geradezu als willkürliche Ausdehnung des Eigentumsbegriffs.

[132] Besonders wird die Konzerneinheit in solchen Fragen bejaht von der französischen Praxis; vgl. J.C. JAVILLIER, Droit du travail, Paris 1978, S. 221–226, OPPETIT/SAYAG, S. 579–581, BRACHVOGEL, Franz. Recht, S. 44f., BÉZARD, S. 221–223. Einheitsbehandlung diesbezüglich auch in Großbritannien (Harold Hadsworth & Co. Ltd. v. Caddies [1955.] 1 W.L.R. 352, 358, 368 [BAUSCHKE, S. 101]).
In einem arbeitsrechtlichen Urteil Bejahung der Konzerneinheit (unter Berücksichtigung der betrieblichen Nähe) auch durch das schweiz. Bundesgericht (93 I 378, 381f.: Zusammenzählung des Personals nach Art. 5 Abs. 2 lit. a ArbG). Allgemein zum Konzernarbeitsrecht GRAFFENRIED, S. 49–53.

[133] Bejahend (betr. GmbH-Gesellschafter) der dt. BGH (DB 1975 2172).

Vor allem ist aber an den Einfluß des Konzernsachverhalts auf gewisse gängige Klauseln in Unternehmensverträgen zu denken. Die Frage der Ausdehnung auf den Konzern stellt sich etwa bezüglich vertraglichen Verpflichtungen, den gesamten Bedarf an einem Produkt oder einer Leistung beim Vertragspartner einzudecken, oder der Pflicht zur Überlassung aller Neuentwicklungen in einem bestimmten Gebiet zur Nutzung, oder der Verpflichtungen zur Geheimhaltung (mit entsprechendem Recht zur Weitergabe). Immer besteht hinsichtlich solcher Pflichten eine starke Vermutung, daß der ganze zu einer Vertragspartei gehörende Konzern einbezogen sein sollte. Aufgrund der Verhältnisse im konkreten Fall ist ein Schluß auf das Gegenteil freilich durchaus denkbar.

Die Normbedürfnisse im Vertragsbereich sind natürlich solche des *relativen* Rechts und damit als erstes eine Sache der beteiligten Parteien. Allgemeine konzernrechtliche Normen wären deshalb vor allem dispositiver Natur, sie müßten lediglich eine Typisierung von Tatbeständen als Auslegungsregeln zum Ziel haben. Bemühungen in dieser Richtung, welche kaum vom Gesetzgeber, sondern viel eher von Rechtsprechung und Wissenschaft auszugehen hätten, könnten deswegen nicht weniger nützlich sein. Zum einen ist die Frage der Einbeziehung von Konzerngesellschaften bei der Eingehung von Verträgen ein Randproblem und wird deshalb auch bei verhältnismäßig ausführlichen, wie erwähnt, Ausfertigungen nicht selten vergessen oder weggelassen. Und zum andern ist die Fragestellung auf einen typischen, sich oft in ähnlicher Weise wiederholenden Sachverhalt bezogen, weshalb wohl für zahlreiche Arten von Verträgen, Klauseln und Konstellationen, teilweise als Ergänzung des bestehenden gesetzlichen Vertragsrechts, die Schaffung verhältnismäßig einfacher dispositiver Regeln möglich sein könnte.

3.4. Marken- und Firmenrecht

3.4.1. Marke

Das Markenrecht ist eines der wenigen Gebiete, das auf gesetzlicher Ebene einigermaßen direkt auf den Konzern Bezug nimmt. Art. 6bis MSchG erklärt eine Ausnahme vom Verbot gleichlautender Marken für gleichartige Waren, sofern die verschiedenen Markenbenützer «wirtschaftlich eng miteinander

verbunden» sind. Die markenrechtliche Umgangssprache spricht hier von einer «Konzernmarke»[134].

90 Andere Fragen betreffend den Konzern regelt das Gesetz jedoch nicht, obschon die traditionelle Funktion der Marke als Herkunftsangabe (Art. 1 Ziff. 2 MSchG) das Problem in den Vordergrund drängt, was als «Herkunft», als die erzeugende (bzw. vertreibende) Unternehmenseinheit (vgl. Art. 7 MSchG), anzusehen sei[135]. Lehre und Praxis durften aber vom gesetzgeberisch gesteckten Jalon aus eine allgemeinere Einheitsbehandlung des Konzerns extrapolieren, ist doch jene Problemstellung auch in den andern Fragen gegeben. Verbreitet ist heute anerkannt, daß unter Konzernfirmen eine *Anrechnung des Gebrauchs* statthat; das bedeutet, daß der Gebrauch der Marke, den Art. 9 für die Aufrechterhaltung der Registrierung verlangt, von einem Konzernglied zugunsten eines andern ausgeübt werden kann[136]. Dasselbe muß für den Gebrauch gelten, der das Markenrecht ohne Registrierung begründet[137]. Ferner lockert die Konzernbeziehung die Schranken, die das schweizerische Recht der *Markenlizenz* heute noch auferlegt; in Anbetracht der Qualifikation des Konzerns als einheitlichen Ursprungs fällt das Bedenken bei konzerninterner Lizenzierung dahin, daß das Publikum durch die Gestattung der Markenbenutzung getäuscht werden könnte[138].

91 Die Einheitsbehandlung könnte auch bedeuten, daß eine Konzerneinheit sich nicht gegen *Verwendung der Marke durch andere Konzerneinheiten* wehren kann, weil die einheitliche Herkunft gewahrt sei. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erscheint in dieser Hinsicht als nicht völlig konsequent, wenn einerseits zwar der Konzern als einheitliche Herkunft bejaht, anderseits aber die Frage der Einheit dem Urteil des *Publikums* überlassen wird. Die

[134] Etwa BGE 105 II 49, 53–57.

[135] Über die Alternative Herkunfts- oder Produktbezeichnung etwa ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. I, Basel 1968, S. 255, KASPAR SPOENDLIN, Verzicht auf präzise Definition der Marke? SJZ 65, 1969, S. 1–6, 3f.
Auf der Basis einer konsequent realisierten Produktebezeichnungsfunktion dürften die hier diskutierten Fragen dahinfallen, weil der Bezug zu einer Organisation wegfällt.

[136] BGE 75 I 340, 352; HEINRICH DAVID, Kommentar zum schweizerischen Markenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1960, S. 149 Anm. 6; E. MATTER, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, Zürich 1939, S. 123; zurückhaltend aber TROLLER, a.a.O., S. 330f. Anm. 165.

[137] Vgl. BGE 72 II 423, 426.

[138] BGE 83 II 312, 330; vgl. auch BGE 101 II 293, 297.

einzelne Einheit kann also markengleiche Erzeugnisse des übrigen Konzerns verbieten lassen, wenn das Publikum die Herkunft von der spezifischen Einheit annimmt[139]. Damit wird die *rechtliche,* vom Konzerntatbestand als solchem ausgehende Einheitsbehandlung wieder aufgegeben.

Zur Einheitsbehandlung des Konzerns müßte auch gehören, daß auf die formelle Trägerschaft nichts ankommt. Insbesondere müßte es möglich sein, daß die Marke von einer Konzerngesellschaft gehalten wird, die nicht selber durch Herstellung oder Vertrieb die Marke gebraucht. Das Bundesgericht hat dies früher jedenfalls für die «Verwaltungs-Holding» (womit eine M gemeint war, die eigene unternehmerische Leitung ausübt) bejaht und in dem Sinn die *Holdingmarke* anerkannt[140]. Neuerdings scheint das Gericht diese Praxis in Zweifel zu ziehen[141]. Eine Umkehr in diesem Punkt würde bedeuten, daß einer markenrechtlichen Einheitstheorie für Konzerne ein wesentlicher Baustein entzogen würde.

Den weitesten Schritt auf die Konzerneinheit hin hat im Markenrecht aber wohl der Entscheid «Yopi» getan. Eine schweizerische T erhält kraft ihrer Eigenschaft als Konzernglied das Recht, gestützt auf die Marke der amerikanischen M einen Markenverletzer anzugreifen[142]. Damit ersteht der Konzern geradezu als *subjektive Einheit,* und es wäre eine Entwicklung vollzogen, die weit über das Markenrecht hinaus direkte Bedeutung hätte. Indessen ist davon in der seitherigen Rechtsprechung nichts mehr zu vermerken[143].

Versucht man diese Praxis gesamthaft zu würdigen, so zeigt der Vergleich der neuen Entscheidungen ein Flackern, welches wohl mehr auf die spezifisch markenrechtliche Grund-Alternative von Herkunfts- oder Produktbezeichnung als auf das Konzernproblem zurückzuführen ist[144]. Der konzernrechtliche Aspekt, die Frage des Konzerns als einheitliche Herkunft, mag

[139] BGE 105 II 49, 52 («Omo»-Entscheid; Konzerneinheit für Publikum verneint), BGE 86 II 270, 279f. und 284f. («Philips»-Entscheid; Konzerneinheit für Publikum bejaht).

[140] BGE 75 I 340, 354.

[141] BGE 100 II 159, 165.

[142] BGE 95 II 354, 361.

[143] BGE 105 II 49, 54f.

[144] Insbesondere der Gegensatz des «Philips»- und «Omo»-Entscheids (siehe oben Anm. 139) scheint letztlich darauf zu beruhen, daß im ersten Fall die Konzern-Hausmarke, im zweiten dagegen Produktemarken zur Diskussion standen.

im Markenrecht seine Bedeutung verlieren, wenn einmal die zweitgenannte Theorie obsiegen sollte. Die bisherige Entwicklung in diesem Gebiet kann aber so oder anders als eine – wenn man eine zusammenfassende Bezeichnung finden will – «gedämpfte Ermutigung» für das Konzernrecht im allgemeinen wirken. Die verbleibenden Unsicherheiten lassen aber auch hier ein Normbedürfnis entstehen.

3.4.2. Firma

95 Das Firmenrecht kennt zwar den Konzern als gesetzliches Tatbestandselement nicht, doch tritt er in der Praxis namentlich neueren Datums hervor. Das Bundesgericht hat etwa im Entscheid Außenhandels-Finanz AG c. Außenhandel AG bemerkt, daß die Klägerin schon deswegen die ähnliche andere Firma nicht zu dulden brauche, weil Außenstehende daraus einen «rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang» mit der Klägerin ableiten könnten[145]. Die Anforderungen sind besonders streng, «wenn zwei Firmen miteinander im Wettbewerb stehen und sich an die gleichen Abnehmerkreise wenden»[146]. Sie sind somit weniger streng, so läßt sich aus beiden Argumentationen ableiten, wenn der Zusammenhang besteht; daß zwischen Konzernfirmen ein geringerer Unterscheidungsabstand genügt, ist ein notwendiger Umkehrschluß aus der angeführten Praxis bei nichtverbundenen Parteien.

Das Firmenrecht nähert sich damit ein Stück der markenrechtlichen Konzeption (Art. 6 bis MSchG). Es etabliert aber, genau besehen, eine noch differenziertere Lösung, indem es den Konzern doch nicht völlig als Einheit behandelt. Der Grundsatz von Art. 944 Abs. 1 OR, daß die Firma keine Täuschung verursachen soll, und insbesondere von Art. 951 Abs. 2, wonach sich die Firma der AG usw. deutlich von jeder andern in der Schweiz bereits eingetragenen Firma zu unterscheiden hat, muß schon vom Wortlaut her auch innerhalb des Konzerns gelten. Für unbeteiligte Firmen bedeutet dann die Pflicht, den Eindruck der Konzernierung zu vermeiden, noch eine zusätzliche Auflage[147].

[145] BGE 100 II 224, 227. Siehe auch schon 98 II 57, 65 und 67; 97 II 153, 157; 95 II 456, 459; 94 II 128, 131; 92 II 95, 96f.; 90 II 192, 202; 88 II 293, 294f.

[146] BGE 97 II 153, 155 und dort zit. Entsch.

[147] Das deutet sich auch in der öfters vom Bundesgericht gebrauchten Wendung an, daß der Besserberechtigte sich «nicht einmal» den Eindruck der Zusammengehörigkeit gefallen lassen müsse (BGE 92 II 95, 96; auch 95 II 456, 459, 88 II 293, 294).

Man kann für die Fortentwicklung dieser Regeln die Frage stellen, ob das Erfordernis der «deutlichen» Unterscheidung gegenüber Konzerngesellschaften nicht noch um einiges herabzusetzen wäre. Namentlich hat aber zu einer sach- und systemgerechten Lösung für das Konzernfirmenrecht ein weiteres hinzuzutreten, das sich bis heute weder gesetzlich noch in der richterlichen Rechtsfortbildung findet: soll die Firma das *Unternehmen* identifizieren[148] und sollen Firmen wahr sein, so wäre das Firmenrecht um den Grundsatz zu ergänzen, daß die Konzernbeziehung aus der Firma auch tatsächlich hervorgeht.

3.5. Kartellrecht

Im Bedürfnis nach Systematisierung werden gern Kartell und Konzern nebeneinander genannt, das erste als eine Art Vorform der zweiten, als eine lockerere, die Selbständigkeit grundsätzlich wahrende Art der Verhaltenskoordination von Unternehmen. Was immer es damit auf sich hat, sind jedenfalls das Kartell- und Konzern*recht* nicht aus einem solchen Stufenschema zu verstehen. Das Kartellrecht verbietet die Bildung oder Ausübung gewisser marktbeeinflussender Potenzen, während das Konzernrecht sich um die organisatorische Erfassung seines Gegenstands bemüht. Es kann also die *Verbindung* von beiden, das *Konzern-Kartellrecht,* geben, welches die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Konzerne je aus der Optik des Kartell- und des Konzernrechts angeht[149]. Es hat somit einen kartell- und einen konzernrechtlichen Zweig.

Zum *einen* sind die Konzerne als eine mögliche und intensive Ausprägung von Verhaltenskoordination auch ein Zielgebiet des Kartellrechts. Unter dem etwas kryptischen Stichwort der «kartellähnlichen Organisation» unterstellt sich das schweizerische Kartellgesetz (Art. 3) auch einzelne marktmächtige Unternehmen. Dies können auch Konzerne sein. Die strengeren ausländischen Ordnungen erfassen kartellrechtlich auch die *Bildung* von

[148] A. Meier-Hayoz/P. Forstmoser, Grundriß des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1976, § 5 N. 75–80; E. His, im Berner Kommentar, N. 3–7 zu Art. 944 OR; Robert Patry, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel/Stuttgart 1976, S. 155f. Siehe im übrigen oben Anm. 120.

[149] Besonders hingewiesen sei auf die Arbeit von Harms, sowie Olivier Mach, L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence, Schweiz. Beiträge zum Europarecht 15, Genf 1974, und A. Lyon-Caen, in: Goldman ed., S. 328–370.

Konzernen; unter der verbreiteten, aber unpräzisen Bezeichnung «Fusionskontrolle» soll insbesondere die Agglomeration zu großer Marktanteile, aber auch zu großer Ressourcen, bei einzelnen einheitlich geführten Unternehmen verhindert werden[150].

Zum *andern* stellt sich für das Kartellrecht wie für jedes andere wirtschaftsrechtliche Gebiet die zentrale konzernrechtliche Frage, ob der Konzern als eigene Einheit zu betrachten sei. Sie tritt im Kartellrecht vor allem an zwei Orten auf.

98 Einmal ist zu beantworten, ob die sehr häufigen, ja wesensgemäßen *Abmachungen zwischen Konzerngesellschaften,* durch welche Exklusivbindungen, Marktaufteilungen, Preisabreden usw. getroffen werden, überhaupt dem Zugriff des Kartellrechts unterliegen oder aber als interne organisatorische Regeln eines Gesamtunternehmens zu qualifizieren sind. Die Schweiz ist mangels eines Verbots solcher Abreden heute zumindest nicht aufgerufen, das Problem zu regeln; das Ausland gibt uneinheitliche Antworten: während die USA, getreu der auch im Gesellschaftsrecht eingenommenen Haltung, auf die Einheitsbetrachtung verzichten und auch im Konzern das Antitrustrecht durchsetzen[151], hat die Praxis zum EWG-Kartellrecht die Abmachung mit einer völlig kontrollierten T davon ausgenommen[152].

99 Sodann ist bei *Bemessung der Marktmacht,* etwa im Bereich der Konzentrationskontrolle also, zu bestimmen, ob die Kennziffern einzelner Konzerngesellschaften unter Einrechnung der Da-

[150] Deutsches GWB Art. 22 Abs. 1, EWG-Vertrag Art. 86 (Urteil Continental Can des EuGH v. 21.2.1973, WuW 23, 1973, S. 298–304), USA Clayton Act § 7.

[151] Timken Roller Bearing Co. v. US, 341 U.S. 593 (1951) (auch in: GRUR Ausl. 1952 93), Kiefer-Stewart-Co. v. Josef E. Seagram & Sons Inc. et al., 340 U.S. 211 (1951), u.v.a. Diese «intra enterprise conspiracy»-Doktrin beruht nach der Analyse von HARMS (S. 51f.) nicht auf einer Ablehnung der Unternehmenseinheit des Konzerns, sondern dem Bestreben, mit dem Antitrustrecht in die Unternehmen einzudringen.

[152] Kommissionsentscheide i.S. Christiani-Nielsen v. 18.6.1969 (Amtsblatt 15.7.1969) und Eastman-Kodak v. 30.6.1970 (Amtsblatt 7.7.1970). Der Europäische Gerichtshof versteht die kartellrechtliche Irrelevanz konzerninterner Absprachen unter den zwei Voraussetzungen, daß sie dem Zwecke dienen, die Aufgabenverteilung im Konzern zu regeln (so auch die Komm. in Christiani-Nielsen), und daß die beteiligten Gesellschaften tatsächlich nicht frei handeln (Entscheid Centrafarm v. 31.10.1974, WuW 25, 1975, S. 165–169). Gegen diese Einschränkungen etwa GLEISS/HIRSCH, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1978, Allg. Teil, N. 64 zu EWGV Art. 85 (1), und A. LYON-CAEN, in: GOLDMAN ed., S. 362–365. E. J. MESTMÄCKER (Europ. Wettbewerbsrecht, München 1974, S. 407f.) betrachtet die Präjudizien als offen für eine fallweise Beurteilung konzerninterner Absprachen.

ten für den ganzen Konzern zu würdigen sind[153]. Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das hier eine präzise Regelung anstrebt, bejaht dies[154]. Der Einbezug auch betriebsfremder, nicht auf demselben Markt tätiger Konzerneinheiten kann damit begründet werden, daß dadurch die finanzielle Basis verbreitert und so die Widerstandskraft und Marktmacht doch verstärkt wird[155].

Trotz beschränkter Aktualität für die Schweiz sind diese Fragen und insbesondere die Antworten der Erwähnung wert. Sie zeigen vor allem im Ausland eine wichtige Wachstumszone des Konzernrechts, welche im Rahmen der Überlegungen für eigene Lösungen nicht unbeachtet bleiben darf.

3.6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Die zur Zeit laufenden Arbeiten zur Erneuerung des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes prüfen auch konzernrechtliche Bestimmungen. In Frage kommt eine *administrative Vereinheitlichung* zur rationellen Erledigung der vielfachen konzerninternen Rechtsbeziehungen, sowie, nach dem Vorschlag von VISCHER/RAPP, eine Art *Konzern-Pauliana*[156]. Erwägenswert ist ferner die Ausdehnung des *Ausländerarrests* auf konzerngleiche Gesellschaften oder eine Vermutung des *Rangrücktritts* konzerninterner Gläubiger.

3.7. Steuerrecht

Das Steuerrecht dürfte keinesfalls erst auf diesem hintern Platz in der Reihe der «konzernrelevanten» Rechtsgebiete erscheinen, wenn es um die *Entstehungsfaktoren* des Konzerns ginge. Unter diesem Aspekt gebührt ihm zweifellos erstrangige Bedeutung. Gefördert, oder überhaupt erst ermöglicht, wurde die Konzernbildung vor allem durch die steuerlichen Bestimmungen, welche

[153] Bejahend etwa die Bagatell-Bekanntmachung und die Spezialisierungs-Freistellungsverordnung der EG-Kommission (v. 19. bzw. 23.12.1977, WuW 28, 1978, S. 288–290), Zoja-Entscheid EuG v. 6.3.1974 (WuW 24, 1974, S. 843).

[154] GWB Art. 22 Abs. 1, Art. 23 Abs. 1 Satz 2–7.

[155] WESTRICK/LOEWENHEIM, Kommentar zum GWB, 4. Aufl., Herne/Berlin 1977, N. 19 zu § 22 und N. 39 zu § 22, N. 112–117 zu § 23.

[156] Ausgleich konzerninterner Begünstigungen in den 5 Jahren vor Konkursausbruch (VISCHER/RAPP, Neugestaltung, S. 201 f.). Aber was ist Begünstigung?

der mehrfachen Gewinnerfassung bei Durchlauf durch juristische Personen entgegenwirken: das Holdingprivileg und der Beteiligungsabzug[157], in Deutschland bis 1976 das dem Beteiligungsabzug verwandte Schachtelprivileg und die Konstruktion der Organschaft[158]. Zudem liegt aber zum Teil im Steuerrecht begründet, daß die leitungs- und vermögensmäßige Einheit nicht auch zur formellen Einheit geführt hat. Die Ausgliederung von Unternehmensteilen in eigene juristische Personen bewirkt, daß die Steuerfaktoren von M bei der Besteuerung durch den T-Fiskus nicht anwendbar sind, und umgekehrt unterliegen die Außenbetriebe nicht der zentralen Steuerhoheit. Der Zusammenschluß zu einer einheitlichen juristischen Person wird zudem durch die Besteuerung dieses Vorgangs (in der Schweiz durch den Emissionsstempel) erschwert.

103 Der Konzern hat damit im Steuerrecht ein differenzierteres Gesicht als in den andern Rechtsgebieten. Er ist geboren als *Mittelding* zwischen Einheit und Vielheit. Das macht verständlich, daß die Tendenz zur eigentlichen *Einheitsbehandlung* in dieser Domäne, die heute eine wesentlich raschere Entwicklung als das private Wirtschaftsrecht beanspruchen darf, verhältnismäßig wenig weit gelangt ist[159]. In der Schweiz ist sie immerhin Gegenstand von Forderungen, sie liegt «irgendwie in der Luft»[160], andernorts wurde sie als Option für den Konzern gesetzgeberisch realisiert[161]; die Konzeption der Organgesellschaft kommt ihr nahe[162]. Diese Tendenzen verkörpern denn auch in der hier interessierenden Sicht nichts grundsätzlich anderes, als was schon im Holding- oder Schachtelprivileg zum Ausdruck kommt, nämlich die Anerkennung, daß die formellen Grenzen der juristischen Person auch aus der steuerlichen Perspektive nicht ohne weiteres maßgebend sind.

[157] ERNST HÖHN, Steuerrecht, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, 3. Aufl., Bern 1979, § 26, N. 10–22; RICHARD OESCH, Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, S. 7.

[158] EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 23–30; heute statt des Schachtelprivilegs das von der Beteiligungshöhe unabhängige Anrechnungssystem.

[159] Eine frühere Tendenz des Bundesgerichts in diesem Sinn (BGE 46 I 175 u. a.) wurde wieder rückgängig gemacht (59 I 272).

[160] ANTON PESTALOZZI, Votum am Schweiz. Juristentag 1978, ZSR 97 II, 1978, S. 580; auch JACQUES-ANDRÉ REYMOND, ibid., S. 588.

[161] Frankreich: Gesetz 65–566 Art. 22 (weltweit); Niederlande: Wet op de Vennootschapbelasting 1969 Art. 15 (national).

[162] Deutschland: Entsch. des Reichsfinanzhofs v. 11.11.1927 (22 183) und v. 26.7.1932 (31 297); eingeschränkt in der Praxis des Bundesfinanzhofs, insbes. Entsch. v. 4.3.1965 (82 233); USA: Fed. Income Tax Regulation 1. 1502.

Indessen ist bezüglich der Analogie zu andern Rechtsgebieten zu vergegenwärtigen, daß die Problemstellung des Steuerrechts doch eine wesentlich andere ist. Zwar nimmt es die zivilrechtlichen Formen grundsätzlich zum Ausgangspunkt; die Entwicklung zur steuerlichen Konzerneinheit wurde gerade durch die Erwägung gebremst, daß es zivilrechtlich den Konzern nicht gebe[163]. Die Anknüpfung erfolgt dabei an die *formellen* Strukturen des Zivilrechts und braucht sich auch bei Entwicklung eines zivilen Konzernrechts nicht zu ändern, solange die einzelnen Konzerngesellschaften Rechtssubjekte bleiben, der Konzern dagegen keine Rechtssubjektivität erhält *(150)*.

Aber umgekehrt ist auch denkbar, daß das Steuerrecht in der Einheitsbehandlung über das Zivilrecht hinausgeht. Es ist nicht wesensnotwendig daran gebunden, sondern benützt bloß die zivilrechtlichen Formen als Instrumente bei seinem Bestreben nach einer gerechten und vor allem auch praktikabeln Verteilung der Steuerlast. Ob eine Konzernbesteuerung hiefür etwas bringt, ist allerdings umstritten[164]. Wenn man aber einer der zum Steuerrecht geäußerten Ansichten folgt, so fordert eine gerechte Besteuerung in letzter Konsequenz die volle Steueranrechnung, so daß der Letzt-Gewinnberechtigte auf dem Gewinn im ganzen nur einmal Steuern zahlt[165]. Für das Privatrecht, das die Aufgabe hat, Formen für den Wirtschaftsverkehr bereitzustellen, ist es jedenfalls nicht möglich, diesen Schritt mitzumachen, und umgekehrt ist die Haltung des Steuerrechts für jenes nicht unmittelbar schlüssig[166].

Hingegen bietet das Steuerrecht in seiner heutigen Gestalt in der Schweiz einen wertvollen Hinweis für die Fortbildung der andern Disziplinen. Auch im geltenden schweizerischen System vom Beteiligungsabzug und Holdingprivileg kommt gerade dadurch, daß sie auf alle Gewinnausschüttungen innerhalb des Konzerns Anwendung finden, aber beim Austritt aus dem Konzern, bei der Dividendenzahlung an den M-Aktionär haltmachen, die Vorstellung von der Einheit des Konzerns deutlich zum Ausdruck.

[163] BGE 59 I 272.

[164] Positiv etwa JACOB LEONARD STOLK, Die Behandlung multinationaler Konzerne als Einheit im Steuerrecht, Diss. St. Gallen 1972, S. 16f., PESTALOZZI, a.a.O. (Anm. 160), S. 580–583; zweifelnd WALTER RYSER, Einfluß des Steuerrechts auf das Handelsrecht, ZSR 97 II, 1978, S. 136–196, 192–194.

[165] JACQUES-ANDRÉ REYMOND, L'influence du droit fiscal sur le droit commercial, ZSR 97 II, 1978, S. 281–501, 292 und 379. Vgl. insbes. das deutsche KörperschaftssteuerreformG 1976.

[166] RYSER, a.a.O., S. 194.

4. Würdigung

106 Aus dieser sektoriellen Analyse ergeben sich die folgenden Feststellungen:

1. Es besteht ein Bedürfnis nach Normen, welche sich spezifisch mit dem Konzern befassen. Dieses Bedürfnis entstammt nicht (nur) daraus, daß in der Praxis die Konzernmacht zu Mißbräuchen führen oder das geltende Recht ein nicht tolerierbares Potential für Mißbräuche offenlassen würde, sondern es müssen die untersuchten Normen dahin verstanden werden, daß sie auf den Konzernfall nach ihrem Konzept nicht passen. Es liegen also nach der gebräuchlichen Terminologie *unechte Lücken* vor. Anders ist dies lediglich für das Publizitätsrecht; dieses existiert in unserm Land noch nicht, die besondern durch den Konzern entstehenden Informationsprobleme sollten in diesem Bereich zur Neuschaffung, nicht Veränderung von Recht führen.

2. Versucht man, in allgemeiner Form herauszuarbeiten, welche Normen das Problem entstehen lassen, so läßt sich feststellen, daß die in der neuern Wissenschaft öfters bedauerte Identifikation von Gesellschaft bzw. juristischer Person und *Unternehmen* dabei eine Rolle spielt. Das Ungenügen bestehender wirtschaftlicher Normen für den Konzernfall ist dort feststellbar, wo die Normen ihrer Intention nach am Tatbestand des Unternehmens orientiert sind. Dann aktualisiert sich der Mangel der geltenden Ordnung, welche Gesellschaft und Unternehmen als identische Einheiten setzt, weil der Konzern die Frage aufdrängt, ob er nicht als ganzer die Unternehmenseinheit darstellt.

Dieser Blick auf das Unternehmen dürfte es sein, welcher bei der in Konzernfragen besonders häufig beschworenen «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» erfolgen soll. Diese Betrachtungsweise ist allerdings keineswegs «nur» wirtschaftlich, sondern durchaus juristisch, weil eben zahlreiche Regeln des Rechts zumindest ihrem Sinn nach an den Umstand anknüpfen, daß ein Unternehmen betrieben wird[167].

3. Die vorstehend überblicksweise durchgangenen Rechtsgebiete sind solche, in denen die Konzernfrage bereits aufgetaucht

[167] Man darf hoffen, daß der seichte Begriff der «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» bald aus dem Instrumentarium des Privatrechtlers verschwindet. Als Anstoß, über das Formelle hinauszusehen, hat er seinen Dienst getan, doch enthält er keinerlei Hinweis, welche Regeln in welcher Weise zu ergänzen sind.

ist oder gar bereits einzelne mehr oder weniger explizite Lösungen gefunden hat. Die Induktion auf das Stichwort des Unternehmens läßt ohne weiteres absehen, daß die Problematik auch in andern juristischen Gebieten, und in den erwähnten Gebieten an weitern Orten, auftritt.

4. Unter den verschiedenen Gebieten ist keine Koordination der Entwicklung festzustellen. Es zeichnen sich denn auch Unterschiede ab, etwa in dem jeweils angewandten Begriff des «Konzerns», «wirtschaftlich verbundenen» oder «nahestehenden» Unternehmens usw. (*112*). Dabei ist die Problemstellung im Sinne des Anknüpfens an das Unternehmen als einheitlich geführte Gesamtheit (*124*) überall gegeben. Auch wenn auf die Zwecksetzung der einzelnen Norm immer Rücksicht zu nehmen ist, besteht zumindest eine Chance, einen gemeinsamen Fundus von Erkenntnissen und Regeln herauszuarbeiten. Wenn solche Regeln auch am ehesten im Gesellschaftsrecht angesiedelt würden, hätten sie ihre Tragweite doch weit darüber hinaus.

5. Das Gesellschaftsrecht ist insofern in einer eigenen Stellung, als es aus einer besondern Richtung an das Problem herankommt. Die Konzernfrage stellt sich dort als *organisatorische* Frage, während sie im übrigen als die Frage der *Einheit oder Vielheit* erscheint. Das Gesellschaftsrecht, auf der strukturalen Ebene wirkend, hat darum sinnvollerweise die «Vorleistung» zu erbringen; es hat zu bestimmen, ob und in welcher Form es ein Rechtsgebilde (nicht notwendig ein Rechtssubjekt) «Konzern» schaffen will.

Durch die Bedeutung über das Gesellschaftsrecht hinaus ist aber eine zentrale Frage bei der rechtlichen Regelung des Konzerns bereits beantwortet: die Lösung kann nicht auf den Schutz einzelner spezifischer Interessen und damit auf die Verstärkung oder Neuschaffung einzelner Schutzinstitute beschränkt sein, sondern es ist der Konzern als solcher, als Gebilde, zu fassen. Im Schlagwort gesagt, geht es mithin *nicht um zusätzliche Vorschriften, sondern zusätzliche Formen.* Diesen Schluß muß man aber auch aus der Analyse des Gesellschaftsrechts selber ziehen: das geltende Recht ist mangels Anerkennung des Konzerns als eigener Einheit nicht in der Lage, das Spiel der Interessen zwischen konzernierten Gesellschaften in den Griff zu bekommen.

Synthese-Teil: Grundlagen einer Lösung

1. Der Konzernbegriff

1.1. Gesetzgebung, Lehre und Praxis

107 Die Lehre ist heute einhellig in der Umschreibung des Konzerns als einer unter *einheitlicher Leitung* stehenden Mehrheit von Gesellschaften.

Auch die Gesetzgebung hat das Kriterium der einheitlichen Leitung aufgegriffen; nicht nur das deutsche Aktiengesetz (§ 18), sondern auch der Entwurf zum Statut der societas europaea (Art. 223) stellen darauf ab[168]. Allerdings ist damit nur für das SE-Statut der Gegenstand der landläufig als Konzernrecht bezeichneten Normen umschrieben, während der (gesetzestechnische) Konzernbegriff in der Systematik des deutschen Aktiengesetzes nur gerade für einen Teilaspekt (im wesentlichen die Konsolidierung[169]) zum Tragen kommt und das übrige «Konzern»-Recht (Schutz für freie Aktionäre und Gläubiger) auf andern Kriterien aufbaut (Mehrheitsbesitz, Abhängigkeit, Konzernvertrag, Eingliederung)[170]. Fragt man weiter, wie sich die einheitliche Leitung manifestiere, so dürften sich, international und pauschal gesehen, die Vorstellungen bei der *Mehrheitsbeteiligung* einpendeln, wobei weiter zu bestimmen bleibt, ob die Kapital- oder die Stimmrechtsmehrheit ausschlaggebend ist[171]. Vor allem

[168] Auch etwa, allerdings ohne Tragweite, das österreichische Aktiengesetz § 15.

[169] Dazu noch die sehr nüancierten Vorbehalte von AktG § 329 Abs. 2.

[170] Auch auf der Ebene des EG-Rechts fällt auf, daß von den Harmonisierungs-Richtlinien nur diejenige betreffend Konsolidierung (Nr. 7), nicht aber die «eigentliche» Konzernrichtlinie (Art. 1) nach den vorliegenden Entwürfen 1975 den Begriff der einheitlichen Leitung ins Zentrum rücken wird.

[171] *Stimmrechtsmehrheit* vor allem in der USA-Praxis (aus dem Begriff «control») (vgl. Zogg, S. 105, F.-P. Oesch, S. 70); auch SE-Entwurf 6 Abs. 2 lit. a (bei Kapitalmehrheit aber immerhin Vermutung der Konzernierung), Italien CC Art. 2359, und die dänische (AktG 2 Abs. 1) und schwedische (siehe Die AG 1978, S. 16) Gesetzgebung. *Kapitalmehrheit* z.B. in Frankreich, G

wird dieser Orientierung an der Mehrheitsbeteiligung der Erkenntniswert durch Ordnungen wie die deutsche und die EG-Konsolidierungsrichtlinie wieder genommen, indem eine solche Beteiligung lediglich die *Vermutung* des Konzerns bewirken soll[172]; es kann also trotz Mehrheit kein Konzern, und anderseits trotz bloßer Minderheit ein Konzern vorliegen, je nach Bestehen der «einheitlichen Leitung». Für Sonderfragen finden sich auch Schwellenwerte bei[173] oder unter 50%[174], wobei sich teilweise damit die Vorstellung einer Differenzierung des bloßen «Einflusses» o. ä. von der eigentlichen Konzernbeziehung verbindet[175].

Die Auffassungen über das Wesen der *einheitlichen Leitung* sind selber nicht einheitlich[176]. Das deutsche Konzernrecht führte den Begriff als Gegenseite zur «Abhängigkeit» ein, welche ihrerseits zur Konstituierung des «Konzerns» in der Terminologie des Gesetzes nicht genügen soll: während die Abhängigkeit die *Möglichkeit* der Beherrschung bezeichnen soll, ist mit «einheitlicher Leitung» die *effektive* Beherrschung gemeint[177].

v. 24.7.1966 354, anscheinend auch in Holland (WvK 138, zit. nach Jura Europae II 60–10.62) und in der Regel im schweizerischen Steuerrecht betr. «namhafte» Beteiligung (z. B. WStB 59). Am häufigsten erscheinen heute die beiden Kriterien *alternativ,* so daß die Erfüllung eines von ihnen genügt; z. B. dt. AktG § 16 Abs. 1, EG Entwurf Konzernrichtlinie 1975 1, Entwurf 7. Richtlinie 2 Abs. 2, belg. Entwurf (siehe KEUTGEN, in: LIÈGE, S. 95), Beschluß der schweiz. Bankenkommission v. 17.3.1978 Art. 3.2.1. (1). In mehreren Regelungen wird dieses Alternativ-Kriterium zudem ergänzt (ebenfalls alternativ) durch die Macht zur Bestellung der Mehrheit des Verwaltungsrats von T (so schon GB Comp. Act 1948 sect. 154).

[172] AktG § 18 Abs. 1 Satz 3; 7. EG-Richtlinie zum Gesellschaftsrecht 3 Abs. 2.

[173] In der EWG die kartellrechtliche Bagatellbekanntmachung v. 29.12.1977 und Spezialisierungsverordnung v. 23.12.1977 (dazu nächste Anm.).

[174] z. B. *Frankreich* 10% betr. Stimmrechtsausschluß (G v. 24.7.1966, 308) und wechselseitige Beteiligungen (do. 355/358) sowie 20% betr. Beschränkung VR-Mandate (do. 92/136; Fassung v. 6.1.69); *Italien* sogar bloß 5% bei kotierten Aktien von T, sonst 10%, betr. Mitteilungspflichten (G v. 7.6.1974; siehe Die AG 1975, S. 10); in England der Investment Company Act sect. 2 (9) (25% Stimmrecht), in den *EG* z. B. die kartellrechtliche Bagatellbekanntmachung v. 29.12.1977 und Spezialisierungsverordnung vom 23.12.1977 25% betr. Bestimmung des Gesamt-Unternehmens (Alternativkriterium aber 50% Stimmrecht, siehe vorige Anm.).

[175] Insbes. sowohl *Frankreich* wie *Italien* kennen daneben das Mehrheitskriterium (oben Anm. 172). Zur Differenzierung des Konzernbegriffs unten *(157).*

[176] Die Untauglichkeit des Begriffs für das Recht wird etwa beklagt von HANS WÜRDINGER, in: Quo vadis, S. 260, WERNER FLUME, DB 1968, S. 1013; positiver trotz Zweifeln ERNST GESSLER in: Die Europäische AG, S. 287–292. Zuversichtlich (u. E. zu Recht) GLEICHMANN, S. 55.
Tendenz zu völligem Verzicht auf umfassendes Konzernrecht wegen der Schwierigkeit der Umschreibung in Frankreich *(228).*

[177] AktG, § 17f.

Das hinderte die Lehre aber nicht, ein vorwiegend restriktives Bild dieses tatsächlichen Einwirkens zu zeichnen[178], so daß sich der Begriff doch wieder der bloß potentiellen Leitung nähert. Auch in der Schweiz[179] sowie noch ausgeprägter in Frankreich[180] ist diese Tendenz festzustellen. Das angelsächsische «control» stellt vollends nur auf die Potentialität ab[181]. Der Begriff der Leitung enthält in der Tat ja ein bloß potentielles Moment, indem er eine *organisatorische,* nicht auf die Tätigkeit im Einzelfall bezogene Größe ist.

109 Eine weitere bei den Bemühungen um die Konzerndefinition abgehandelte Frage ist die des Subjekts an der Konzernspitze. Vorherrschend ist die Meinung, daß zuoberst eine *organisierte,* systematisch auf die T einwirkende Einheit, zu stehen habe[182]. Das liegt im Wesen selber der «Leitung». Es spricht daraus der Gedanke, daß als Konzern nur die organisatorische Gesamtheit gelten, daß also das planmäßige Zusammenfassen, und nicht die (allenfalls sporadische, unsystematische) Machtausübung als solche wesentlich sein soll. Nicht der potentielle Mißbrauch, sondern die Einheitlichkeit des wirtschaftlichen Phänomens erscheint mithin als Anlaß der Regelung.

110 Ferner kann nach der Art der *Grundlage für die Ausübung des Einflusses* gefragt werden. Denkbar sind deren drei:

- Stimmrechte aus Beteiligung,
- Vertreter in der Geschäftsführung,
- Vertraglich gesicherte Einflußmöglichkeiten.

In der Schweiz bildet regelmäßig die Beteiligung am Gesellschaftskapital die Grundlage, welche sodann öfters auch zur Entsendung von Vertretern im Sinne von instruktionsgebundenen

[178] Schon der Regierungsentwurf (KROPFF, S. 33) («Abstimmung» in grundsätzlichen Fragen) sowie etwa Untersuchungen, S. 28 («grundsätzliche Richtlinien» und Überwachung ihrer Einhaltung), RASCH, Konzernrecht, S. 57; zusammenfassend EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 63 (m. weit. Nachw. N. 83).

[179] GRAFFENRIED, S. 26, überlegt, unter Verweis auf REHBINDER, S. 50 u. a., daß auch der dezentralisierte Konzern, wo die Zentrale wenig eingreift, wegen des faktisch sich ergebenden einheitlichen Verhaltens eine wirtschaftliche Einheit darstellt.

[180] GOLDMAN u. a. (ed.), S. 71–73 und 81 f.

[181] Beispielsweise AISG Consolidated Statements (ZOGG, S. 22) § 28: control = «power to direct», ebenso IASC Consolidated Statements § 4.

[182] Dt. AktG § 16–18: an der Spitze steht ein «Unternehmen». Hervorzuheben ist, daß dies auch für die Umschreibung der «Abhängigkeit» (§ 17) gilt; auch dieser Begriff ist mithin offensichtlich aus der Vorstellung des Konzerns bestimmt. So auch SE-Entwurf 6, GB Companies Act 1948 sect. 154 («holding company») u. a. Anders aber (M kann Privatperson sein) EG Entwurf Konzernrichtlinie 1975 1.

Personen in den Verwaltungsrat oder die Direktion führt. Die *vertragliche* Basis, die in Deutschland große Bedeutung hat (gefördert durch die steuerliche Behandlung[183]), ist fast – aber doch nicht völlig – bedeutungslos. Dabei ist zu differenzieren: Zum einen kann es sich um Verträge handeln, welche direkt auf die Unterordnung einer Gesellschaft unter die andere tendieren; das sind die eigentlichen «Konzernverträge», weil unmittelbar konstitutiv für einen Konzern (nach deutscher Terminologie insbesondere der «Beherrschungs-» und der «Gewinnabführungsvertrag», beide zusammen Elemente der «Organschaft», der steuerlich relevanten Unterordnung einer Gesellschaft unter eine andere). Zum andern aber können Verträge mittelbar Abhängigkeit erzeugen, weil sie faktisch, nach den Umständen des Falls, einer Gesellschaft die Selbständigkeit nehmen[184]. Das trifft je nachdem bei Dauerlieferverträgen, Alleinvertretungsverhältnissen u.ä. zu.

Begriffe wie «einheitliche Leitung» und «Abhängigkeit» sind hinsichtlich der rechtlichen Basis *neutral.* Eine Konzerndefinition auf solcher Grundlage hat also keinen Anlaß, diese Frage weiter zu prüfen. Dennoch finden sich im Ausland sowohl Stimmen für den gänzlichen Ausschluß des Vertragskonzerns[185] wie umgekehrt für die ausschließliche Beschränkung auf diesen[186], beidemal aus dem Gedanken heraus, daß es eine Umgehung des jeweils vorgestellten Grundkonzepts zu verwehren gelte.

Öfters erscheinen in der Rechtssprache konzernartige Verbindungen unter andern Stichworten. Das schweizerische Steuerrecht hat den Begriff der «nahestehenden Person» geschaffen, welcher offensichtlich möglichst auf Breite angelegt ist und den Personenkreis erfassen soll, der möglicherweise von einer Gesellschaft privilegierte Behandlung erfährt[187] – somit ein weiterer

[183] EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 23, RASCH, Konzernrecht, S. 82, u.v.a.

[184] Untersuchungen, Nr. 121, DIERDORF, S. 33.

[185] Etwa A. LYON-CAEN, in: GOLDMAN (ed.), S. 80 (betr. Frankreich und Belgien), D.T. DONALDSON, JZ 1977, S. 819 (betr. Großbritannien). Der Gedanke der Unverzichtbarkeit der Autonomie steht im Vordergrund.

[186] Insbes. WÜRDINGER (in Festschrift Sanders, S. 262 und in DB 1976, S. 613–616, 616) aus dem Gedanken, es bedürfe um der Rechtssicherheit willen eines konstitutiven Akts für die Begründung des Konzerns. Dagegen W. SCHILLING, ZGR 1978, S. 417f.

[187] REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd. 3, Bern 1969, N. 77 zu § 45; R. PFUND, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer I, Basel 1971, N. 3. 25 zu Art. 4; ROLF J. PRYM, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, Diss. St. Gallen 1976, S. 36.

Kreis als im zivilrechtlichen Sinn, weil er nicht auf Einordnung in ein Unternehmen beschränkt ist. Das Markenrecht seinerseits spricht von «wirtschaftlich enger Verbundenheit» (Art. 6 bis MSchG); die Praxis hat dies in einer ganz auf das spezifische Anliegen des Markenrechts ausgerichteten und den gesetzlichen Begriff stark strapazierenden Weise auf die Identität der Herstellvorschriften umgedeutet[188].

1.2. Was ergibt der Normzweck?

113 Den rechtlichen Konzernbegriff haben wir zunächst nicht in der Tatsachenwelt zu suchen, er hat uns nicht von einer beschreibenden Wissenschaft, insbesondere nicht von der Wirtschaftswissenschaft geliefert zu werden (*6*f.). Vielmehr haben wir uns die Quelle zu vergegenwärtigen, der das Normbedürfnis entspringt, und können auf unsere entsprechende Analyse zurückgreifen.

114 Nach jenen Feststellungen geht die *gesellschaftsrechtliche* Aufgabenstellung für ein Konzernrecht aus der Inkongruenz von Gesellschaft und Unternehmen im Fall des Konzerns hervor. Das weist darauf hin, daß als Konzern die Einheit zu fassen wäre, die, über die Gesellschaft hinaus, als ein Unternehmensganzes anzusprechen ist. Somit wäre nicht auf jede Beherrschung im Sinne irgendwie gearteter, gegenüber dem Kleingesellschafter qualifizierter Einflußmöglichkeit abzustellen, sondern es muß sich um die systematische Leitung im Sinn eben einer Unternehmensleitung handeln.

Was also als Anlaß der Schöpfung neuen Rechts anzusehen ist, das ist nicht die irgendwo bestehende Macht, sondern die Notwendigkeit der Erfassung einer Organisation. Ginge es um eine Machtkorrektur, d.h. um die Korrektur eines potentiellen Machtmißbrauchs, so wäre der Kreis der als M zu betrachtenden Subjekte sehr viel weiter zu ziehen (*139*). Das organisatorische Problem anderseits stellt sich naturgemäß nur bei der *organisatorischen* Ausweitung über die juristische Einheit hinaus. Unsere Analyse führt also in die gleiche Richtung wie die vorherrschenden Umschreibungen des Konzerns.

115 Verifizieren wir dies etwa an der Frage der Verantwortlichkeit: Wenn ein mächtiger privater, d.h. nicht als Unternehmen organisierter Aktionär, oder ein Großlieferant seinen Einfluß ausnützt, um von der Geschäftsleitung irgendwelche ungebührli-

[188] BGE 101 II 293, 300 und ältere.

chen Vorteile zu erlangen, so ist kein Anlaß, dies anders zu qualifizieren als ein Druck anderer Art, dem die Geschäftsleitung ausgesetzt ist. Sollten die allgemeinen rechtlichen Regeln (Haftung, Willensmängel usw.) die nötigen Schranken nicht setzen können, so ist das Problem auf einer viel breiteren Basis als alles, was ins Konzernrecht fallen könnte, anzugehen. Es ist doch wohl das erwähnte Stichwort der Macht, welches da ganz allgemein auftritt, und das sich ebensowohl auf einen Eigen- wie einen Fremdkapitalgeber, auf einen Zusammenarbeitspartner wie auch auf einen wichtigen Angestellten beziehen kann. Wenn dagegen die Einflußnahme systematisch im Sinn der Indienstnahme der Gesellschaft für ein größeres Ganzes erfolgt, so können die dargestellten doppelten Loyalitäten entstehen. Dies vor allem durch die Nomination der Mitglieder der Verwaltung bzw. Geschäftsleitung und durch die Vorlegung einer «fertigen» Willensbildung «von oben», die sich dadurch legitimiert, daß das Interesse von T kraft der Beteiligung auch das Interesse von M sei. Und nur dann läßt sich von «Organschaft» reden[189], mit ihrer entsprechenden Verantwortlichkeitsregelung.

In den *andern Rechtsgebieten* tritt teilweise ein anderer Gesichtspunkt hervor: derjenige der *Vermögenseinheit.* Damit ist aber bloß ein anderer Aspekt desselben Phänomens angesprochen. Dispositions- und Vermögenseinheit müssen in einem auf dem Gewinnstreben des Individuums aufbauenden System zusammenfallen. Der Erwerb der Dispositionsrechte geschieht in der Erwartung, die betreffenden Vermögenswerte einsetzen zu können, und umgekehrt sollte der Verzicht auf die Autonomie sich an die Erwartung knüpfen, am Ganzen partizipieren zu können (*58*). Greifen wir dazu einigermaßen willkürlich ein Beispiel aus dem *Obligationenrecht* heraus: Für die Frage, ob mit einer Gegenforderung gegen eine andere Konzerngesellschaft soll verrechnet werden können (*86*), muß ein Konzernbegriff maßgeblich sein, der den Konzern als Vermögenseinheit versteht. Denn Idee des Verrechnungsinstituts ist, daß Leistungen sollen unterbleiben können, welche in der Gegenrichtung zurückgehen müssen[190]. Daß die Konzernierung aber Motiv werden kann, den Grundsatz der Parteiidentität der beiden Forderungen zu verlassen und in diesem Sinn Vermögenseinheit anzunehmen, liegt an der zentralen Disposition über die Vermögenswerte im Konzern,

[189] Organ ist *Funktion,* siehe PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1978, N. 491–494, GEHRIGER, S. 10–15.
[190] Von TUHR/ESCHER (zit. Anm. 129), I, S. 190f.

durch welche die Kompensation zwischen den Konzerneinheiten praktisch fast ohne weiteres als gewährleistet erscheint – sofern von der Konzernleitung gewollt. Und dabei ist der dauernde und systematische Charakter der Leitung ein wichtiges Moment: dann ist nicht mehr die einzelne Gesellschaft, sondern das Ganze Interesseneinheit, weil es auf ein gemeinsames Ziel hinarbeitet; einem Schutzbedürfnis des außenstehenden Gläubigers, das durch die Vermögensverschiebungen innerhalb des Konzerns erhöht wird, steht ein Hinfall des rechtlichen Interesses an Getrenntbehandlung der Konzerngesellschaften gegenüber.

117 Damit ist eine Feststellung für den Gläubigerschutz allgemein (für das materielle *Schuldrecht* wie auch das *Konkursrecht*) ausgedrückt. Mit der gesamthaften Leitung findet die Verschmelzung der Vermögensinteressen der Gesellschaften statt, das Vermögen wird nach einheitlichen Gesichtspunkten disponiert. Im Fall der bloßen Einflußmöglichkeit ist zwar ein Mißbrauchspotential gegeben, Vermögenswerte können zum Nachteil von Gläubigern verschoben werden, Druck kann ausgeübt werden, wo Unabhängigkeit bestehen sollte, usw.; aber ein Normbedürfnis bestünde entsprechend nur, wenn ein (gegenüber dem Allgemeinrisiko gesteigerter) Mißbrauch tatsächlich vorkommt *(21)*. Dagegen entsteht das im analytischen Teil namhaft gemachte strukturelle, eine Lösung in jedem Fall verlangende Problem mit der effektiven (systematischen) einheitlichen Leitung.

118 Prüfen wir noch andere Rechtsgebiete auf den wünschbaren Konzernbegriff, so zeigt sich dasselbe in noch deutlicherer Weise, weil die Tatsache der Unternehmenseinheit des Konzerns im Sinn einer Aktionseinheit direkt in Erscheinung tritt. Beispielsweise im *Kartellrecht:* Seine Bezugsgröße ist die auf dem Markt tätige Einheit. Wenn und soweit das Kartellrecht die Einheitsbehandlung dem Konzern angedeihen läßt, so geschieht dies also, weil er als ein auf dem Markt sich einheitlich verhaltendes Gebilde auftritt. Der kartellrechtliche Begriff des Konzerns ist dabei im Kontrast zu demjenigen des Kartells zu sehen. Das Kartell ist just auf die Vereinheitlichung des Marktverhaltens ausgerichtet und das Kartellrecht stellt sich ihm aus diesem Grund entgegen. Der Konzern auf der andern Seite ist für das Kartellrecht zumindest in Europa *(98)* ein nicht in gleicher Weise aufbrechbares, nämlich über die Koordination des Marktverhaltens hinaus vereinheitlichtes Phänomen[191].

[191] HARMS, S. 230. 275 u.a.

Ebenso ist der Konzernbegriff etwa des *Firmenrechts* nicht ohne eine tatsächliche Gesamtführung denkbar. Er ist veranlaßt durch die Intention, mit der Firma Unternehmen und nicht bloße juristische Subjekte zu bezeichnen *(96)*, weil die Unternehmenstätigkeit im wesentlichen die für den Dritten relevanten Kontaktflächen schafft. Desgleichen könnte im *Arbeitsrecht* kaum etwas anderes gelten. Wenn man zum Beispiel postulieren will, die Dienstjahre bei verschiedenen Konzerngesellschaften seien zusammenzurechnen, so geht man vom Gedanken aus, daß der Wechsel von der einen in die andere nicht aus der Aufhebung des Arbeits-, d.h. Weisungsverhältnisses, sondern aus dem veränderten Einsatz durch den Arbeitgeber, d.h. aus einem einheitlichen Leitungskonzept resultierte. Auch im *Steuerrecht* visiert das Postulat der Einheitsbehandlung doch am ehesten das tatsächlich zusammengefaßte Unternehmen an, kommt es ihm doch wohl auf die Anknüpfung an die Leistungseinheit an[192].

Nur ein Einzelaspekt der Gesamt-Leitung ist im Konzern-*Markenrecht* von Bedeutung. Soll nach traditioneller Lehre die Marke Herkunftsbezeichnung sein, so erhebt sich die Frage, ob der Konzern als einheitlicher Ursprung eines Erzeugnisses betrachtet werden kann *(89–94)*. Der Akzent liegt hier also einseitig auf der Produktion. Auch zwei Firmen, die für die Herstellung eines Fabrikats in einem Joint Venture vereinigt sind, kann deshalb die «Konzern»-Marke zuerkannt werden, obwohl die Partner im übrigen ihre Selbständigkeit behalten, also nicht einheitlich geleitet werden.

1.3. Allgemeine Ergebnisse

Die Ableitung aus den Normzwecken zeigt recht einheitliche Ergebnisse. Es erscheint durchaus als sinnvoll, den Versuch der Erarbeitung eines allgemeinen rechtlichen Konzernbegriffs zu machen[193].

[192] Das gilt wohl auch für das Holdingprivileg – wenn die Motive auch kaum scharf herauszuarbeiten sind –, macht doch die Reduktion der Mehrfachbesteuerung beim Schritt von der (obersten) Holding zum privaten Aktionär halt (differenziert R. Oesch, S. 93–207, insbes. 183).

[193] Namentlich besteht wohl kein Anlaß zu einer Differenzierung im Sinn von Kronstein, S. 6, wonach im bürgerlichen Recht der «Leitungszusammenhang», im Handelsrecht der «Kapitalzusammenhang» und im Arbeitsrecht der «Produktionszusammenhang» im Vordergrund stehe.

122 Eine erste Aussage kann dahin lauten, daß entsprechend der deutschen und entgegen der EG-Lösung der Konzern durch eine unternehmerisch tätige Spitze zu kennzeichnen ist, daß also der Privatmann und das nicht für die spezifische Branche von T führungsmäßig eingerichtete Unternehmen[194] trotz starker Beteiligung nicht in Betracht fallen. Relevant ist in der von uns angewandten Optik die organisatorische Eingliederung von T in ein Gesamtunternehmen; es kommt deshalb auf die tatsächliche und nicht nur die potentielle Beherrschung an. Solange T faktisch autonom ist, kann und wird es ausschließlich seine eigenen Interessen verfolgen.

123 Sucht man das Konzernverhältnis allgemein zu umschreiben, so läßt es sich am ehesten als *Einordnung* der T in die Organisation und das Verhalten von M und der übrigen Gruppe verstehen. Es ist nicht von Bedeutung, ob diese Einordnung erzwungen oder freiwillig, und ob die Einflußnahme in die Form von Weisungen oder von Empfehlungen gekleidet ist[195]. Irrelevant ist auch, ob die Einflußnahme durch Weisungen im Einzelfall oder durch generelle, das Geschäftsgebaren jedoch maßgeblich gestaltende Richtlinien erfolgt, oder ob gar ungeschriebene, in der «Natur» der Sache begründete Grundsätze wirksam sind[196].

Kennzeichnend ist dagegen der mit der Einordnung verbundene faktische *Verlust des Eigennutz-Prinzips.* Ein Profit Center ist somit nicht Konzernglied; was sich in der Praxis als solches bezeichnet, wird dem Namen allerdings meist bei weitem nicht gerecht, indem Autonomie nur partiell, nur für die Art der Realisierung, aber nicht für die Zielsetzungen selber gewährt wird, und ihm der «profit» keineswegs vollständig verbleibt[197].

124 Es müssen also, damit ein Konzern vorliegt, Teile der *geschäftsleitenden* Funktionen im Sinne der organisatorischen Funktionsaufteilung von T institutionell in M verlagert sein. Da-

[194] *Beispiel:* Beteiligung einer Bank an einem Industrieunternehmen. Auch die institutionellen Anleger (Fonds, Stiftungen) wollen in der Regel nicht selber regieren, sondern «when we buy stock we buy management» (nach GÜNTER H. ROTH, Das Treuhandmodell des Investmentrechts..., Frankfurt 1972, S. 183). Dazu oben Anm. 182.

[195] VAN HOYNINGEN, S. 524f; siehe auch BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, N. 12 zu AktG § 18.

[196] *Beispiel:* Eine Verkaufs-T, der völlige Freiheit gelassen wird, kann dennoch kaum ohne Zustimmung von M fremde Produkte in ihr Sortiment aufnehmen.

[197] Siehe EDWIN RÜHLI, Unternehmungsführung und Unternehmungspolitik I, Bern u. a. 1978, S. 179; WULF VON STARCK, Betriebswirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Probleme der einheitlichen Leitung im Konzern, München 1970, S. 29.

bei spielt es meines Erachtens keine wesentliche Rolle, um welche Unternehmensfunktionen es sich handelt, bildet doch die Leitung letztlich ein untrennbares Ganzes. Sind beispielsweise M die größeren Investitionsentscheide vorbehalten, so beinhaltet dies via Finanzbereich auch ein Eingreifen in die übrige Geschäftspolitik, insbesondere in die Produktion und das Marketing. Oder wenn M gewisse Produktionsvorgaben an T macht, so schließt dies seinerseits einen Entscheid über Investitionen und das zu verkaufende Sortiment ein. Immerhin tritt der *Finanzsektor* insofern in den Vordergrund, als die Bewilligung des Budgets, insbesondere der Investitionsmittel am ehesten das Verfahren sind, in welchem die Einflußnahme von M aktuell wird, weil vor allem hier die Gesichtspunkte mit Relevanz über die Einzeleinheit hinaus auftreten – in diesem Sinn sind wohl die Meinungsäußerungen zu verstehen, die einheitliche Leitung mit der Handhabung der Finanzpolitik gleichsetzen[198].

Ein Konzernverhältnis liegt dagegen *nicht* vor,

- wenn sich die Tätigkeit des beteiligten Subjekts auf die eigentliche *Portefeuilleverwaltung* beschränkt, d.h. im Sinne der Stellung des Aktionärs die Entscheide sich auf Gewinnverwendung und -neuanlage beschränken, ohne daß das Unternehmensverhalten (mit)konzipiert wird;
- wenn die Tätigkeit des beteiligten Subjekts sich auf die bloße *Koordination* beschränkt, in dem Sinn, daß kein gestaltender Beitrag zur Geschäftspolitik von ihm ausgeht, sondern nur organisatorische Mechanismen für die Schlichtung von Konflikten zwischen den Gruppengliedern zur Verfügung gestellt werden;
- wenn der Einfluß nur mit einem weitern Subjekt zur Bestimmung der Gesellschaftspolitik ausreicht, also beispielsweise im Fall der 50:50-*Joint Venture,* ist doch die für den Konzern typische Interessenvermischung zwischen gemeinsamer Einheit und den daran Beteiligten nicht gegeben. Das Interesse des einzelnen Beteiligten bestimmt nicht eo ipso das Verhalten einer solchen Einheit, sondern erst nach Abstimmung mit den

[198] SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, S. 269–273, SLONGO, Teil II B u.a., BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, N. 8f. zu AktG § 18. Wenn allerdings Letztgenannte schreiben, daß Entscheidungskompetenzen finanzieller Art das konstitutive Minimum für das Bestehen eines Konzerns darstellten, «weil davon das Geschick des Ganzen tangiert wird», so ist dies zu allgemein gefaßt. Wohl bedeutet die Befugnis von M, nach eigenem Ermessen ihre T mit Mitteln auszustatten, eine Machtstellung; zur Leitung wird sie aber erst, wo T tatsächlich *Verhaltensregeln* in der einen oder andern Form von M empfängt.

allenfalls anderslautenden Interessen des andern Beteiligten; es resultiert ein Wille, der nicht dem Willen des einzelnen Beteiligten gleichgesetzt werden kann[199].

126 Es gibt also konzernrechtlich keine «Herrschaft durch Negation»[200]. Es gibt auch keine Konzernierung durch bloße Kontrolle, sondern nur durch aktive Gestaltung. Es genügt aber die Bestimmung der großen Linien des Unternehmensverhaltens, unter der Bedingung allerdings, daß sie nicht ein für allemal, sondern mit dem Vorbehalt der Änderung festgelegt sind – andernfalls wäre in Anbetracht der dem Unternehmen innewohnenden Notwendigkeit zur ständigen Anpassung die Amalgamierung zur Unternehmenseinheit nicht gegeben.

127 Mit alledem ist nichts dagegen gesagt, daß auch Gruppierungen von Gesellschaften nach *andern Kriterien* rechtlich relevant werden können. Das gilt namentlich möglicherweise von der Abhängigkeit im Sinn des deutschen Rechts, also dem bloßen, allenfalls nicht aktualisierten Beherrschungs*potential (157)*.

1.4. Das Problem der Rechtstechnik

128 Auch wenn der so umschriebene Konzernbegriff bei Kennzeichnung seines Hintergrunds mit den verwendeten Stichworten wie Einordnung und In-Dienst-Stellung grundsätzlich als Rechtsbegriff durchaus tauglich sein sollte, so ist er doch ein *unbestimmter* Rechtsbegriff. Ob er als Grundlage eines Konzernrechts auch genügend praktikabel ist, muß besonders deshalb ernsthaft geprüft werden, weil wir uns im Bereich des Handelsrechts bewegen, das das Anliegen des raschen und klaren Rechtsverkehrs in den Vordergrund stellt. Klagen über die mangelnde Bestimmtheit des Kriteriums der «einheitlichen Leitung» sind nicht selten[201].

129 Die Anforderungen an die Praktikabilität des Begriffs hängen von der Art der materiellen Lösung ab. Eine präzise, auf einfach feststellbaren Gegebenheiten sich stützende Umschreibung ist insbesondere dann nötig, wenn der Konzern als eigene Form

[199] SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, S. 285, m. deutschen Zit. pro und contra. Anders die EWG-Konzernrichtlinie nach dem Vorentwurf 1975 (Teil II Art. 7, 29–31, 51–55); die neue Fassung will nun aber die Regelung dieses Falls, weil zu komplex, weglassen.

[200] DIERDORF, S. 94–96, HAROLD RASCH, Sperrminoritäten in Bankbesitz, Die AG 1979, S. 49–51.

[201] Oben Anm. 176.

(nicht notwendig als eigenes Subjekt) im Rechtsverkehr auftritt, wenn also Rechte und Pflichten begründet werden sollen, die den Konzern als ganzen erfassen, wenn mithin das Recht eine Einheitsbehandlung in der einen oder andern Hinsicht instituiert. Der Konzern sollte dann ein (für Dritte und auch für sich selber!) nicht weniger leicht erkennbares Ganzes sein als die handelsrechtlichen Gesellschaften.

Dagegen bedürfte ein Konzernrecht, das die einzelnen Glieder in ihrer Vollwertigkeit stärken will, beispielsweise eine Regelung über wechselseitige Beteiligungen, weniger der organisatorischen Klarheit; es wäre am – ohnehin unbestimmten – Mißbrauchsgedanken orientiert *(136f., 146)* und müßte von einer Formel ausgehen, die die Fälle mit dem typischen Mißbrauchsrisiko in einer allgemeinen Weise umschreibt.

Zur Schaffung klarerer Verhältnisse stehen vor allem drei Rechtstechniken zur Verfügung, die man etwa als das «deutsche», das «europäische» bzw. das «englische» Modell bezeichnen kann. Das erstgenannte läßt den rechtlichen Konzern erst durch einen besondern *konstitutiven Akt* entstehen. Diese Möglichkeit ist für unser Land wegen der fehlenden Verbreitung des Konzernvertrags wohl a limine auszuschließen. Das zweite Modell wäre die *Registrierung* des Konzerns[202], also die Angleichung hinsichtlich der formellen Publizität an die Einzelgesellschaft. Diese Lösung, wie auch die erste, haben beide den Mangel, daß sie teilweise das Problem nur verschieben, indem die Umschreibung des Phänomens unbestimmt bleibt, welches die betreffenden Vorkehren auslösen soll; die Initiative müßte weitgehend von den Konzernen selber ausgehen und möglicherweise durch negative Rechtsfolgen im Unterlassungsfall oder Überwachungsmaßnahmen «gefördert» werden, welche beide den liberalen Charakter, den ein Konzernrecht wahren sollte, empfindlich treffen könnten.

Es lohnt sich deshalb, eine dritte Möglichkeit näher zu prüfen, welche das qualitative Moment der einheitlichen Leitung in *quantitative Kriterien* umsetzt, und zwar, entgegen den deutsch-europäischen Modellen, nicht nur im Sinne von widerlegbaren Vermutungen, sondern als eigentliche Fixierungen des Konzerntatbestands[203]. Das brächte naturgemäß eine gewisse Starre mit

[202] SE-Entwurf, Art. 226; der neue Vorentwurf der Konzernrichtlinie wird voraussichtlich beide genannten Möglichkeiten kombinieren.

[203] Unwiderlegliche Vermutung der Abhängigkeit («potentielle Leitung») im SE-Entwurf Art. 6^2.

sich, könnte aber die schweizerische Konzernwirklichkeit im ganzen doch recht gut erfassen.

131 An solchen Kriterien bieten sich deren drei an, d.h. gleichsam drei «Dimensionen» der Konzernverbindung:
- die Kapitalbeteiligung
- die Stimmrechtsmacht
- die Macht zur Einsetzung von leitenden T-Organen.

In der Tat drückt sich in jedem dieser Gesichtspunkte ein Teil des Wesens des Konzerns im vorhin umrissenen Sinn aus, und insgesamt ergibt sich eine Kennzeichnung, die als nicht nur notwendig, sondern auch hinreichend bezeichnet werden kann. Die quantitativ bedeutsame Kapitalbeteiligung ist Voraussetzung für die konzerntypische Verquickung der Interessen von M und T; ohne sie kann (außer durch entsprechende Gewinnabführungs- u.ä. Verträge) die Vorstellung nicht entstehen, daß T «für M arbeitet». Die Stimmrechtsmacht sodann ist zwar nicht denknotwendiges, aber doch stark symptomatisches Element für die Konzernbeziehung. Notwendig ist sie insofern nicht, als auch eine freiwillige langfristige Annäherung, die schließlich zu einer Verschmelzung der Interessen führt, vorstellbar ist.

Und schließlich die Befugnis, die T-Organe zu bestimmen: sie ist der direkteste Ausdruck der Unternehmenseinheit. Sie ist neben der Stimmrechtsmehrheit kaum mehr ein Requisit von selbständiger Bedeutung, weil jene die Macht zur Ernennung der obersten geschäftsleitenden Personen und damit auch weitergehende Einflußnahme auf die personelle Besetzung in der Regel einschließt. Ausnahmsweise können aber Entsendungsrechte in den Verwaltungsrat die Ausübung dieser Macht aus den Stimmrechten hindern, und vor allem läßt unser Aktienrecht die Bestimmung der Geschäftspolitik durch die Aktionäre nicht ohne weiteres zu *(67)*. Ist das Ernennungsrecht für die Mehrheit gegeben, so entfällt auch umgekehrt die Stimmrechtsmacht als selbständige Voraussetzung nicht, ist doch die Befugnis, über den Gewinn und seine Ausschüttung zu beschließen (Art. 698 Ziff. 3 OR für die AG), ein Element der Vermögenseinheit.

132 Wir gelangen also auf die vom britischen Companies Act 1948 inaugurierte Linie des *Kriterienpluralismus,* und zwar auf das von den zwei diesbezüglich wichtigsten europäischen Entwürfen vorgeschlagene Triptychon der drei vorhin aufgeführten Merkmale. Mit dem SE-Entwurf müßte das Vorliegen der Kriterien eine *unwiderlegliche Vermutung* schaffen. Denn diese Merkmale stellen Annäherungsgrößen an den rechtlichen «Idealbegriff» des Konzerns selber dar; die Ausgestaltung als bloße praesumtio iu-

ris sed non de iure im Sinne der EG-Konzernrichtlinie (Entwurf 1974/75) wie auch des deutschen Aktiengesetzes verläßt auf halbem Weg die Aufgabe solcher präziser Kriterien, nämlich die Zurückdrängung allgemeiner Begriffe wie «einheitliche Leitung» auf eine *metajuristische,* unmittelbare Anwendung ausschließende Ebene.

Entgegen den erwähnten britischen und europäischen Modellen plädieren aber die obigen Erwägungen dafür, daß diese Kriterien *nicht alternativ, sondern kumulativ* zum Zuge kommen müssen. Sie sind einzelne Aspekte der Gesamterscheinung Konzern. Nur zusammen konstituieren sie ihn als ein einheitliches Unternehmen. Die Frage, ob die Kriterien mit «oder» oder mit «und» zu verbinden sind, dürfte in der praktischen Bedeutung geringer sein, als es zunächst den Anschein haben kann, weil sie meist zusammen erfüllt oder nicht erfüllt sind.

Es bleibt die Frage der Quantifizierung. Für alle drei Kriterien lassen sich Argumente zugunsten einer Schwelle unterhalb der Mehrheit, d.h. bei 50% oder darunter, anführen. Bei der Bemessung des Einflusses (zweites und drittes der genannten Kriterien) läßt sich erwägen, daß bei Streuung der übrigen Willensbildner die Chance der Durchsetzung der eigenen Absichten schon bei geringerem Anteil (z.B. 30% Stimmrecht) groß ist. Es ist aber doch sehr zu bezweifeln, daß es in der Praxis für eine unternehmerische Einordnung bei einer nichtmehrheitlichen Stimmrechts- und Nominationsmacht sein Bewenden haben würde; eine solche organisatorische Gestaltung würde doch wohl erst erfolgen, wenn das Mehrheitsstimmrecht die sichere Basis dafür abgibt. Anders könnte es bei der Kapitalbeteiligung liegen. Diesbezüglich dürften schon Werte um 25% oder 30% genügen, damit eine Beteiligung bereits deutlich den Charakter einer unternehmerischen und nicht bloß finanziellen Anlage vermuten läßt[204].

2. Die fundamentalen Alternativen

2.1. Mißbrauchsverhinderung oder Eigengestaltung?

Für ein Konzernrecht gibt es zwei grundsätzlich verschiedene Konzepte, die es bei der Frage nach dem Erlaß solcher Normen

[204] In der 4. EG-Richtlinie wird die Schwelle bei 20% (als Höchst-Mindestwert, den die Mitgliedländer vorsehen dürfen) angesetzt (Art. 17). Franz. G.v. 24.7.1966 Art. 308: 10%.

sogleich zu unterscheiden gilt. Sie werden durch verschiedene Erscheinungen veranlaßt und führen auch zu abweichenden Ausgestaltungen. Eine Ordnung, die beide vermischt, verrät, daß sie in ihren Motivationen unklar ist, denn es handelt sich, wie bei den andern nachfolgend zu behandelnden Fragen, um eine Alternative, ein Entweder/Oder.

136 Auf der einen Seite kann es darum gehen, den Mißbrauch auszuschließen, den die Beherrschung einer Gesellschaft möglich macht. Es geht also um die Korrektur der Macht, die diese Position einräumt, soweit nicht-tolerierbare Mißbräuche dieser Macht vorgekommen oder zu befürchten sind. Auf der andern Seite soll ein in der Tatsachenwelt vorgefundenes soziales Phänomen, eine Organisation, vom Recht eingefangen werden. Man kann dies also ein phänomenologisches Vorgehen nennen. Ebenso kann es aber auch als ein systematisches bezeichnet werden, weil eine Überprüfung des ganzen Rechtssystems damit verbunden ist, nämlich eine Überprüfung auf die Frage hin, ob die bestehende Ordnung das Phänomen erfassen kann – nicht jede neue Erscheinung macht neue Normen nötig.

137 Regeln zum Schutz vor Machtmißbrauch durch M müssen durch ein *Mißbrauchspotential* in der Konzernbeziehung veranlaßt sein, welches das «normale», in der durchschnittlichen Rechtsbeziehung vorhandene und durch Art. 2 ZGB abzudekkende Mißbrauchsrisiko übersteigt. Die (vorgeschlagenen und bestehenden) *gesetzgeberischen Lösungen,* die diesem Motiv zuzuordnen sind, gehen vor allem in zwei Richtungen: einmal soll die *Transparenz* verbessert werden, indem vor allem die Konzernbeziehungen offenzulegen, sodann konsolidierte Bilanzen vorzulegen und allenfalls durch weitere Informationen, wie über innerkonzernliche Transaktionen, zu ergänzen sind. Dadurch wird eine zwar nicht zwingende, aber ohne Zweifel doch öfters wirksame Vorkehr gegen mißbräuchliches «Drahtziehen» der Konzernleitung getroffen. Die Bekanntgabe der Konzernbeziehungen zum Beispiel erschwert stark die Möglichkeit der Konzerngesellschaften, sich hintereinander zu verstecken, etwa um ein Konkurrenzverbot zu umgehen. Durch die andern Informationsinstrumente können allenfalls «Plünderungen» einzelner T sichtbar oder angedeutet werden.

Die andere wesentliche Stoßrichtung dieser Art Gesetzgebung muß der *Ausgleich* für mißbräuchliche Transaktionen sein. Daneben sind weitere legislatorische Maßnahmen denkbar, die wiederum auf der präventiven Ebene liegen würden, wie beispielsweise Regelungen betreffend wechselseitige Beteiligungen; an-

dere sind als Illustrationen im nächsten Kapitel zu nennen *(146)*.

Anders die legislatorische Tendenz, die auf *eigene rechtliche Gestaltungen* für das Phänomen des Konzerns ausgeht. Ihr Ausgangspunkt ist nicht die Feststellung von Verzerrungen der geltenden Ordnung durch den Konzern, sondern von *Lücken* dieser Ordnung in bezug auf ihn. Sie richtet sich deshalb nicht auf ein Verbot beziehungsweise die Verhinderung bestimmter Verhaltensweisen, sondern auf die Organisation, die spezifisch durch das Konzernphänomen gebotene Verteilung von Rechten und Pflichten Beteiligter und Außenstehender.

Nur diese Art von Normen ist im Grunde berechtigt, als «Konzernrecht» bezeichnet zu werden, ist doch nur für sie der Konzern Gegenstand der Ordnung. Eine Mißbrauchsgesetzgebung könnte sich sinnvollerweise nicht auf den Konzern konzentrieren, sondern hätte noch andere Erscheinungen mit einzubeziehen, bei welchen die Problemstellung eher noch akzentuierter sein dürfte: nicht weniger als im Konzernverbund kann die mißbräuchliche Vorschiebung einer juristischen Person außerhalb des Unternehmenskonnexes, insbesondere auch durch natürliche Privatpersonen, geschehen, und eine juristische Person ist nicht einmal notwendigerweise das Instrument für die mißbräuchliche Vorkehr, sondern es mag allenfalls zum Beispiel eine Treuhandschaft ebenso zum Ziel führen. Eher dürfte die Gefahr des Mißbrauchs im Fall des Konzerns geringer sein; durch ihr Auftreten nach außen als Teile eines aktiven Unternehmens sind Konzerngesellschaften mit Rücksicht auf den Ruf und eine gewisse von selber durch die Tätigkeit gegebene Transparenz (Kenntnis seitens regelmäßiger Geschäftspartner oder Konkurrenten usw.) eher zur Zurückhaltung veranlaßt.

In der so verstandenen «positiven» Erfassung des Konzerns durch das Recht ist ein angemessener Mißbrauchsschutz von selber mitenthalten, jene geht also über diesen hinaus. Sie faßt das Mißbrauchspotential an der Wurzel, indem sie die Einheit der Willensbildung als solche aufnimmt. Beispielsweise müßte mit der Behandlung als Willenseinheit die Ausübung von T-Stimmen in der M-Generalversammlung von selber dem gleichen Verbot unterliegen wie diejenige von eigenen Stimmen von M. Was im übrigen der Inhalt einer solchen «positiven» Ordnung sein könnte, hat uns noch in weiteren Abschnitten zu beschäftigen *(162–207)*.

Die *Entscheidung* in dieser Alternative ist schon durch den analytischen Teil unserer Überlegungen gewiesen. Eine bloße Mißbrauchsgesetzgebung, also die Aufstellung von Normen, die

der übermäßigen Machtausübung durch die Konzernleitung zum Schaden bestimmter Dritter entgegentreten, greift zum vornherein teilweise ins Leere und kann nur eine teilweise Lösung bringen, weil für den Konzern typischerweise die Interessen und damit die Bestimmung von Vorteil und Schaden der Einzelglieder verschwimmen (*58* u.a.). Dies macht es nötig, den Konzern rechtlich als *eigene Größe* zu erfassen. Daß Mißbräuche tatsächlich im schweizerischen Konzernwesen auch gewiß nicht ausgeprägt feststellbar sind *(21),* ist eine zusätzliche Erwägung. Dieses Faktum mag allerdings seinen Grund gerade in der erschwerten Erfaßbarkeit der Interessenlage der Konzernglieder haben.

142 Der Mißbrauchsgedanke und die systematische Betrachtungsweise würden sich treffen, wenn der Konzern *schlechthin* als mißbräuchlich qualifiziert würde. Das wäre allerdings nicht Mißbrauch eines Rechts im Sinne von Art. 2 ZGB, sondern einer *Institution,* nämlich der handelsrechtlichen Gesellschaft, durch die Beherrschung.

Gerade diese extreme Position zeigt aber die gedankliche Fragwürdigkeit des Mißbrauchsprinzips in unserm Problembereich auf. Das Gesellschaftsrecht ist formales Recht, es stellt Formen den Privaten zur Verfügung; sie sind deren Macht unterworfen. Diese Macht zu unterbinden ist eine zu wenig spezifische, das eigentliche Problem nicht erfassende Maßnahme; das Kind wird mit dem Bad ausgeschüttet. Herrschaft über eine juristische Person wäre in einem noch viel weiteren Sinn in die Gegenmaßnahmen einzubeziehen, der Allein- oder der (eventuell mit einem Minderheitspaket, und beispielsweise auch aufgrund von Familienbindungen, eines Informationsvorsprungs usw.) dominierende Aktionär schlechthin, der Aktionärbindungsvertrag in denkbar allgemeiner Bedeutung (jede abgestimmte Ausübung des Stimmrechts zwecks gemeinsamer Beherrschung einer Gesellschaft), die wirtschaftlichen Abhängigkeiten durch Kooperationen, Lieferverträge usw. würden dazu gehören.

Eine sachlich befriedigende Gesamtumschreibung der Beherrschungsfälle dürfte auf schwere Hindernisse stoßen[205].

2.2. Restaurative oder aufbauende Lösung?

143 Diese Fragestellung ist eine Fortführung der soeben besprochenen. Vor sie sieht sich ein Konzern-Gesetzgeber gestellt, der sich

[205] Vgl. vor allem DIERDORF, S. 25–219, zusammenfassend S. 274f.

nicht auf die «Lokaltherapie» der Verhinderung einiger Mißbräuche, also auf die Positivierung des allgemein in Art. 2 ZGB ausgedrückten Prinzips in einigen besonders akuten Fällen beschränken will. Er hat dann eine grundsätzliche Richtungswahl vorzunehmen: die Neugestaltung des Rechts kann sich nach *rückwärts oder vorwärts* bewegen, nämlich entweder bei der einzelnen juristischen Person oder beim Konzernganzen ansetzen. Die Gesetzgebung kann entweder versuchen, mit dem Gedanken der unternehmerischen Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaft Ernst zu machen und den Konzerneinfluß prinzipiell zu unterbinden, oder sie kann im Gegenteil den Konzern selber zu ihrem Gestaltungsobjekt machen. Die Eigengestaltung kann mithin positiv oder negativ sein.

Auf diese fundamentale Alternative aufmerksam gemacht zu haben, ist das Verdienst der nach wie vor lesenswerten konzernrechtlichen Arbeit von VAN OMMESLAGHE von 1965[206]. Sie stellt wiederum ein echtes Entweder/Oder dar; eine Vermischung ergibt eine konzeptuelle Verunklärung und Unsicherheit in der Rechtsanwendung. Die Gefahr der Vermischung besteht besonders in dem Sinn, daß die rückwärtsgewandte, restaurative Tendenz nicht voll verwirklicht wird, weil vor einer zu starken Behinderung des Konzernlebens zurückgeschreckt und diesem in den grundlegenden Wertungen doch eine Eigenberechtigung zugestanden wird. Daraus entsteht eine «Halb-Legitimation» des Konzerns, die die Regelung der faktischen Konzerne im deutschen Aktienrecht zu kennzeichnen scheint[207].

Die beiden Konzepte können aber ohne weiteres in dem Sinn nebeneinander bestehen, daß die restaurative Tendenz auf diejenigen Gebilde angewendet wird, welche die Anforderungen für die Anwendung eines positiven Konzernrechts nicht erfüllen. Die scharfen Bestimmungen gegen Ausübung des Konzerneinflusses sind dann gleichsam die Höllenhunde für alle, denen es nicht in den Konzernhimmel gereicht hat. Da eine legislatorische Abschaffung des Konzerns nicht in Frage kommt, ist dies sogar die einzig denkbare Art, auf welche das konsequente restaurative System in die Gesetzgebung Eingang finden kann; es zeigt sich in mehreren konzernrechtlichen Modellen[208].

[206] PIERRE VAN OMMESLAGHE, Rapport introductif, S. 153–252, insbes. 159f., aufgenommen auch von DALLÈVES, Problèmes, S. 636–638, wobei sich für ihn die erstgenannte Variante auf Mißbrauchsunterbindung bei Beteiligung T an M zu konzentrieren scheint.

[207] Vgl. Darstellung bei EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 206–208.

[208] Etwa die deutsche Regelung (Vertragskonzern und Eingliederung einerseits,

146 Eine konsequent durchgeführte restaurative Regelung müßte recht einschneidend aussehen. Nimmt man die Feststellung der Lehre zum Ausgangspunkt, daß die heute noch geltende gesellschaftsrechtliche Ordnung auf einer Deckung von Gesellschaft und Unternehmen aufbaut *(49)*, so müßte Gegenstand der «Restauration» die völlige Autonomie von T als Unternehmen sein. In radikaler Form müßte also eine derartige «Abnabelung» der T von M die Unterbindung aller Einflußkanäle bedeuten, insbesondere müßte einer als Unternehmen tätigen M die Ausübung eines Mehrheitsstimmrechts namentlich (aber nicht nur) bei der Wahl der Verwaltung verwehrt werden[209]. Die andere Möglichkeit ist, M auf die ausschließliche Wahrnehmung der T-Interessen beim Handeln in T-Angelegenheiten und andernfalls auf Nachteilsausgleich zu verpflichten[210] – die mangelnde Praktikabilität solcher Vorschriften wurde schon besprochen *(60f.)*. Alle andern Maßnahmen in der gleichen Richtung, wie zum Beispiel das Verbot von Weisungen an T-Organe[211], ja die proportionale Beschränkung oder gar das Verbot der Entsendung von Personen in die Verwaltung, die durch M bestimmt sind, das Verbot von Geschäftsführungsbeschlüssen in der Generalversammlung[212], die Nichtigkeit klar interessewidriger Beschlüsse von T-Organen[213], die intensivierte richterliche Überprüfung von Geschäften zwischen Konzerngesellschaften[214] usw, werden der Zielsetzung nur teilweise gerecht.

«faktischer Konzern» AktG §§311–318 anderseits), der Vorschlag COUSTÉ 1974 (Vertragskonzern einerseits, «groupe de sociétés non affiliées» 6, 34–37 anderseits); am konsequentesten soll nun bezüglich der «Höllenhunde» der neue Vorentwurf der EG-Konzernrichtlinie ausgestaltet werden.

[209] Überlegungen dieser Art bei Vorbereitung des deutschen AktG 1965 wurden wieder fallengelassen (vgl. Untersuchungen, S. 40). Lediglich können die AG statutarisch Stimmrechtsbeschränkungen auf bestimmte Paketgrößen vorsehen (AktG § 134; je nachdem auch nachträglich einführbar, BGH v. 19.12.1977 in Die AG 1978, S. 135–137). In Schweden Stimmrechtsbeschränkung auf 20% als dispositiv gesetzliche Regelung (GEBHARD CARSTEN in Die AG 1978, S. 14).

[210] VE EG-Konzernrichtlinie 1974/75 II 1, dt. AktG §§ 311/317, Vorschlag COUSTÉ 1974 34, Fiduciary duties des Mehrheitsaktionärs in USA (F.-P. OESCH, S. 14–26).

[211] In Deutschland aus AktG § 100 abgeleitet; TH. RAISER, Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 2, 1978, S. 391–404. 399f.

[212] Dt. AktG § 199[2] (aber mit Vorlagerecht der Geschäftsleitung!).

[213] Franz. Cour de Cassation, Chambre Commerciale v. 11.10.1967, D. 1968 Jur. 136f.

[214] Insbes. USA-Praxis (MESTMÄCKER, S. 152–179). In unserem Land könnte sich eine solche Praxis etwa an derjenigen betreffend Selbstkontrahieren von Organen oder Vertretern orientieren.

Wenn also solche Normen nur neben ein positiv gestaltendes Konzernrecht treten können, muß die Wünschbarkeit ihrer Einführung davon abhängen, ob das aufbauende Konzernrecht in der Lage ist, den Konzernbegriff so zu fassen und die Bestimmungen materiell so zu formulieren, daß für die Unternehmen ein Ausweichen nicht von Interesse ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so läßt sich auf ein solches Gegenstück verzichten. Dieses (Selbst-) Vertrauen weist etwa der SE-Entwurf aus.

2.3. Subjekt oder Objekt?

Ist einmal entschieden, den Konzern rechtlich anzuerkennen und zu regeln, so erhebt sich gleich die weitere Frage, ob dies eine eigene neue Gesellschaftsform oder jedenfalls eine eigene, rechtlich als Einheit schlechthin auftretende Organisation ergebe. Das muß auch trotz einer solchen Entscheidung zur positiven Gestaltung nicht sein: das Konzernrecht kann sich in Rechten und Pflichten ausdrücken, die den einzelnen Einheiten zugeordnet sind. Die Zuordnung braucht auch nicht alle Einheiten zu betreffen, sondern kann sich auf bestimmte unter ihnen, beispielsweise auf M, beschränken. Die Einheitsbehandlung kann auf die Bedeutung beschränkt werden, daß bestimmte, aber nicht alle Rechtswirkungen von Einzelgesellschaften auf das Konzernganze ausgedehnt werden, ohne daß die geltenden Organisationsregeln tangiert werden, oder umgekehrt kann die Neuordnung sich auf das Organisatorische, allenfalls nur in den T, beschränken. Der Einheitsgedanke ist dann ein nur mittelbar sich in den Normen ausdrückendes Prinzip. Die Frage ist also die, ob der Konzern als eigenes «Lebewesen» auszugestalten ist, das zum eigenen Handeln strukturiert und damit zur Trägerschaft von Rechten und Pflichten befähigt, mithin ein Rechtssubjekt ist, oder ob er lediglich einen Anlaß zur Schaffung bestimmter Rechtsvorschriften, mithin ein Regelungsobjekt darstellt.

Weil der Konzern *Unternehmens*einheit ist, werden wir damit zur Frage nach dem Subjekts- oder Objektscharakter des Unternehmens geführt, die die Rechtswissenschaft seit einiger Zeit beschäftigt hat[215]. So deutlich sich schon nach geltendem Recht die

[215] Etwa W. R. SCHLUEP, Mitbestimmung?, in: Festschrift Bürgi, S. 311–357, 331 u. a.; REMO FRANCESCHELLI, La notion juridique d'entreprise en Italie, revue trim. de droit comm. 25, 1972, S. 575–583, 582; RUDOLF WIETHÖLTER, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft, Karlsruhe 1961, S. 276 u. a.; GRAFFENRIED, S. 43; DRUEY, Geheimsphäre, S. 102–111 und 208–214; PETER NOBEL, Das «Unternehmen» als juristische Person? WuR 32, 1980, S. 27–46.

vom Unternehmens*träger* (der Gesellschaft insbesondere) sich lösende eigene Rechtsstruktur des Unternehmens (eigene Organe) abzeichnet, so läßt sich für heute doch nur mit SCHLUEP sagen, daß die Entwicklung auf dem Weg zur Subjektivierung des Unternehmens ist; das Ziel (wenn es eines ist) ist noch nicht erreicht, die Lehre von der juristischen Persönlichkeit verknüpft diese vorderhand wohl noch ausschließlich mit den positiv so bezeichneten Formen[216].

150 Es fällt auch auf, daß keines der konzernrechtlichen Modelle im Ausland soweit geht, den Konzern zum eigenen Rechtssubjekt zu machen. Die Frage wird anscheinend gar nicht diskutiert. Das hat seinen guten Grund. Anlaß für eine Konzerngesetzgebung bildet die Interessenkonvergenz innerhalb der Gruppe. Diese macht die Schaffung eines eigenen Rechtssubjektes «Konzern» nicht notwendig. Die dadurch entstehende Vermögenseinheit *(164)* läßt sich rechtlich auch mit andern Instrumenten fassen – nur um Denkmöglichkeiten zu nennen: das Modell kann die einfache Gesellschaft abgeben[217], oder ein Managementauftrag an M kann der Konstruktion zugrundegelegt werden. Die Gestaltung kann aber auch gänzlich eigene Wege gehen.

2.4. Freiwilligkeit oder Zwang?

151 Ist der Konzern eine Form, die einer Organisation zu ihrer rechtlichen Strukturierung zur Verfügung steht, so ist das Konzernrecht in dem Sinne freiwillig, daß es, analog zu den Organisationsformen des Zivil- und Gesellschaftsrechts, eines besondern formellen *Unterziehungsaktes* bedarf, um die entsprechenden Regeln für die jeweilige Organisation zur Anwendbarkeit zu bringen. Ist anderseits der Konzern rechtlich ein Faktum, in der rechtstechnischen Bedeutung ein Tatbestand, der durch sein blo-

[216] Vgl. M. GUTZWILLER in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel 1967, S. 468.

[217] Der Vorstoß in diesem Sinn von HARMS, S. 147–156, stieß auf einhellige Kritik, weil der Konzern im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft vertikal strukturiert, durch Herrschaftsverhältnisse gekennzeichnet sei. Diese Kritik ist selbstverständlich berechtigt, was die formellen Mechanismen im Konzern angeht; ist aber die unternehmerische Zusammenschweißung der Glieder einmal vollzogen, so herrscht die funktionale Gleichwertigkeit wie in jedem System, jedes Glied ist auf die andern angewiesen. Im übrigen geht es um eine Idee der rechtlichen *Gestaltung,* nicht nur Erfassung, des Konzerns, welche eine Chance zu der vielen vorschwebenden «Rettung» der «Würde» der Einzeleinheit bietet.

ßes Bestehen Rechtsfolgen auslöst, so ist die entsprechende Regelung in diesem Sinn zwingend.

Diese Alternative hat insbesondere deswegen schon Anlaß zur Diskussion gegeben, weil die beiden prominentesten bisherigen Lösungsversuche, das deutsche Aktiengesetz und der Entwurf einer Societas Europaea, sich je auf eine Seite geschlagen haben. Nach dem deutschen System bedarf es entweder eines sog. Konzernvertrags (§ 291–310) oder der sog. Eingliederung (§ 319–327), damit ein Konzern als eigene Rechtsgestalt vorliegt, während der bloß faktische Konzern, der lediglich aufgrund einer qualifizierten Beteiligung besteht, nur geduldet und zum Schutz von Gläubigern und freien Aktionären mit Vorschriften in seiner freien Tätigkeit eingeschränkt wird (§ 311–318). Insofern ist die Unterwerfung unter das Konzernrecht freiwillig. Demgegenüber folgt der SE-Entwurf der Lehre vom sog. «organischen» Konzern, welche nichts als das Vorliegen gewisser tatsächlicher Kriterien für das Eingreifen des Konzernrechts verlangt.

Die organische Lösung dürfte, vom Interesse der Unternehmen her betrachtet, nicht nachteiliger sein. Mit einer Konzeption, welche die freiwillige Unterstellung vorsieht, müßte notwendig das restaurative Gegenstück, d.h. ein auf Unterbindung des M-Einflusses gerichtetes Normsystem, für die nicht-unterstellten, faktisch aber konzernmäßig organisierten Unternehmen hinzutreten. Eine Ordnung, welche auf ein solches Gegenstück verzichtet, wie das bei der «organischen» Konzeption möglich ist, steht unter dem Zwang, die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse gut einzufangen, während die andere aufgrund ihres «Gleichgewichts des Schreckens» auch ohne dies wirksam wird. Die Alternative «Freiheit/Zwang» ist also irreführend, die Bezeichnungen sollten geradezu umgekehrt werden: freiheitlicher ist eigentlich die organische Lösung, weil sie (mangels «Gegenstück») die Wahl zwischen dem Konzernrecht und *keiner* Regelung offenläßt, je nachdem wie die Unternehmen ihre Struktur und Beziehungen gestalten.

2.5. Einheitliche oder differenzierende Form?

Die Wirklichkeit zeigt eine unermeßliche Vielfalt von Arten, in denen Gesellschaften zu höheren Einheiten zusammengefaßt sind. Es geht eine praktisch stufenlose Skala über alle Grade der Intensität in der Zusammenfassung; von den lockersten, vor allem nur finanziell oder nur partiell betrieblich begründeten Ge-

bilden gibt es alle Arten bis zur Organisation, welche die Grenzen der einzelnen juristischen Personen völlig überspielt.

155 Ein Versuch, innerhalb dieser Möglichkeiten Typen zu bilden, könnte etwa folgendes zeigen (ungefähr in der Reihenfolge wachsender Intensität der Zusammenfassung):

- Die rein konglomerale Verbindung: die Beteiligung bezweckt die Branchen-Diversifikation zur Aufteilung des Risikos (Beispiel: Gutor-Gruppe/Industrie-Holding Cham).
- Die Verbindung zur Verknüpfung von verwandten Leistungsangeboten ohne wesentlichen betrieblichen Zusammenhang (Beispiele: Beteiligung von Banken an Treuhandgesellschaften und umgekehrt; Nestlé/L'Oréal).
- Die Verbindung als Grundlage eines allmählichen betrieblichen Zusammenwachsens (Jelmoli/Union-Handelsgesellschaft).
- Die Verbindung zur Erzielung gewisser betrieblicher Synergieeffekte (vorwiegender Typus in der chemischen und Maschinenindustrie, soweit nicht in die nächste Kategorie fallend).
- Die Verbindung zur Erzielung betrieblicher Synergien und zugleich zur Arrondierung der Angebotspalette (s. o.).
- Betriebliche Einordnung unter Belassung einer gewissen Autonomie (Losinger/Prader, Sulzer/Escher Wyss).
- Betriebliche Einordnung, aber Wahrung der Selbständigkeit nach außen zur Erhaltung eines Kundenstamms, zur Image-Differenzierung (vorwiegend bei Konzernverhältnissen der Dienstleistungsbranchen) oder zur regionalen Domizilierung (z. B. große Bauunternehmen, «Winterthur»/«Eidgenössische», Bankverein/Prokredit und Finalba Bank).
- Betriebliche Einordnung unter Verzicht auf Einbringung in einheitliche Gesellschaft aus steuerlichen Gründen (Vermeidung von Betriebsstättenbesteuerung, Stempelsteuer) (Sibra, SSIH).

156 Die große Unterschiedlichkeit der Beziehungsintensität drängt die Frage auf, ob die rechtliche Erfassung unter dem einzigen und einheitlichen Titel des Konzerns genügen kann. An Versuchen zu einer weiteren rechtlichen Differenzierung läßt sich aber – so naheliegend diese Fragestellung zunächst ist – wenig finden. Immerhin zeigt Deutschland sowohl das Modell eines Minus gegenüber dem Konzern wie auch dasjenige eines Plus. Einerseits knüpft das deutsche Aktienrecht wichtige Rechtsfolgen an einen Tatbestand, welcher im Unterschied zum Konzern im deutschen rechtstechnischen Sinn auch ohne Vorliegen effektiver einheitli-

cher Leitung, d.h. bei bloßer Beherrschungs*möglichkeit,* erfüllt ist *(24)*. Und anderseits kennt es den qualifizierten Konzern unter dem Stichwort der *Eingliederung (26),* heute auch unter der Bezeichnung «durchgeführter Konzern» bezüglich seines Analogons im GmbH-Recht diskutiert[218].

Indessen vermögen uns für unser Land wohl beide Institutionen nur beschränkt zu eigenen Lösungen zu verhelfen.

Zwar erscheint es als sinnvoll, gewisse Rechtsfolgen an die bloße Möglichkeit beherrschenden Einflusses anzuknüpfen, nämlich dort, wo eine Mißbrauchsgefahr (*137*) strikt unterbunden werden soll. Zu denken ist etwa an die wechselseitigen Beteiligungen oder an Inkompatibilitätsvorschriften, zum Beispiel bezüglich des Amts des Revisors. Innerhalb unserer eigentlichen Thematik, welche eben dem Konzern als organisatorisch zusammengefaßtem Gebilde gilt, bringt uns dies aber nicht weiter. Die Eingliederung ihrerseits verdankt ihre Existenz als gesonderte Rechtserscheinung einer Differenzierung, über welche die schweizerische Praxis endgültig hinweggegangen sein dürfte. Mit der Eingliederung, welche bei 95%igem Anteilsbesitz mit Auskauf der Außenstehenden herbeigeführt werden kann, wird es möglich, die Organe vom Schutz aller andern Interessen als denjenigen des Konzerns zu entbinden, weil auf Aktionärsminderheiten nicht mehr Rücksicht zu nehmen und die Sicherung der Gläubiger anderweitig verwirklicht ist[219]. Diese Schranke an den selbständigen Pflichten der T-Organe fällt praktisch in der Schweiz schon bei Mehrheitsbesitz dahin. Eine Differenzierung zwischen verschieden starken Beteiligungen über 50% hat also kaum Sinn, es sei denn, man ergänze das Gesellschaftsrecht durch «restaurative» Regeln, welche die Einflußmöglichkeiten von M einschränken.

Daß sich für den Konzern in der vollen Bedeutung *keine* Differenzierungsmöglichkeit trotz der Varietät der Erscheinungsbilder zeigt, kommt nicht von ungefähr. Das Phänomen, das das Normierungsbedürfnis in diesem Bereich auslöst – die Bewirtschaftung der Interessen als Einheit –, enthält kein quantitatives Element und gestattet darum nur eine Ja/Nein-Antwort. Dieses Phänomen ist dabei nicht von der Häufigkeit der Einflußnahmen abhängig, sondern ist schon durch die Bestimmung der Grundlinien gegeben. Es liegt wohl bei der beträchtlichen Mehrheit der eingangs zu diesem Abschnitt gekennzeichneten Verbindungen

[218] EMMERICH/SONNENSCHEIN, S. 241 f.
[219] Vgl. Begründung Regierungsentwurf vor § 319 (KROPFF, S. 421).

vor, und wenn allenfalls noch weitere Gruppierungen, auf die dies nicht zutrifft, von der Umschreibung des Konzerns einbezogen werden, so ist dafür die rechtstechnische Schwierigkeit der Konzerndefinition verantwortlich, deren Folgen in gewissem Maß hinzunehmen sind.

2.6. Gesetzesrecht oder Richterrecht?

159 Die Feststellung eines Normbedürfnisses sagt noch nichts über die Instanz aus, welcher die Fortbildung des Rechts obliegt. Vor allem steht keineswegs von selber fest, daß einzig der Gesetzgeber als Adressat dieser Aufgabe in Frage kommt, wie sich dies in der Regel in den Forderungen nach einem Konzernrecht ausdrückt. Die Fragestellung in der hier vorgelegten, von der Problematik der wirtschaftlichen Macht losgelösten Form ist verhältnismäßig unpolitisch. Der Richter, als die alternativ mögliche rechtsfortbildende Behörde, ist durch die Feststellung einer – unechten – Lücke *(106)* zur eigenen Rechtsschöpfung legitimiert[220].

160 Von der Sache, d.h. von der Art der zu erlassenden Normen her gesehen, ist ebenfalls, wenigstens zu einem Teil, die Rechtsgestaltung durch den Richter ohne weiteres denkbar, muß sie doch auf einer einheitlichen konstruktiven Grundlage aufbauen. Diese Basis ist die Unterscheidung des Unternehmens von der Gesellschaft *(114–119)*.

Soweit Normen als anknüpfend an das Unternehmen qualifiziert werden (z.B. die Verpflichtungen aus einem Schuldvertrag), ist auch die materielle Gestaltung der konzernrechtlichen Regeln einfach: es folgt daraus die Behandlung des Konzerns als Einheit *(170f.)*. Daneben stellt aber der Konzern auch auf der Ebene der *Gesellschaft* Probleme. Diese sind nun aber anderer, nämlich intern organisatorischer Natur und können inhaltlich entsprechend nicht durch einen einfachen Ja/Nein-Entscheid gelöst werden. Es geht vor allem um die Stellung der außenstehenden Aktionäre, deren Sicherung eine Reihe differenzierter Maßnahmen erfordert *(178)*, die als gesamthaftes System in Kraft gesetzt werden

[220] Dem Wortlaut nach bietet das Gesetz (durch die Zuerkennung des Einheitscharakters an die Gesellschaften und ihre Organisation) eine Lösung, welche aber ihrer Intention nach nicht auf den Konzern anwendbar ist; also allgemein unechte Lücke (MEIER-HAYOZ im Berner Kommentar, N.275–278 zu Art.1 ZGB).

sollten, was in der einzelfallbezogenen Rechtsprechung kaum möglich ist.

Um der Kohärenz und Sicherheit des Rechts willen ist aber doch eine *allgemeine* Regelung durch den *Gesetzgeber* erwünscht.

Das hindert seinerseits jedoch nicht, daß der Auftrag zur Beachtung des Konzerns als besondere Erscheinung für die Rechtsanwendung schon heute besteht. Das versteht sich im Rahmen der Interpretation des gegebenen Rechts, insbesondere auch in der Auslegung vertraglicher Beziehungen. Es gilt aber auch im Sinn der Feststellung und damit dann auch der Ausfüllung von Lücken. Die Zurückhaltung, welche im ganzen unsere Gerichte im wirtschaftlichen Bereich kennzeichnet[221], wird allerdings keine rasche Entwicklung erwarten lassen.

3. Lösungselemente

3.1. Allgemein

3.1.1. Der Konzern nach außen: Prinzip und Grenzen der Einheitsbehandlung

3.1.1.1. Der Konzern als Handlungs- und Interesseneinheit

Der Konzern ist einheitliches Unternehmen. Nichts anderes als zwei Ausstrahlungen dieser Umschreibung sind die Feststellungen, daß ihm sein Handeln als Einheit zugerechnet werden kann und daß er an einem einheitlichen Interesse orientiert ist. Kennzeichnend ist für ihn die einheitliche Leitung, welche ihrerseits impliziert, daß alle Einheiten des Konzerns denselben Zielen dienstbar sind[221a].

Handlungseinheit im Sinn von Unternehmenseinheit will selbstverständlich nicht besagen, daß der individuelle Wille des einzelnen, für das Unternehmen Handelnden ausgeschlossen und jedes Unternehmensverhalten materiell ausschließlich von der obersten Leitung bestimmt sei. In gewissem Maß muß notwendig Dezentralisation und damit Delegation von Machtbefugnissen bestehen. Das gilt aber für *jedes* Unternehmen, ob es in eine Mehrheit von juristischen Personen aufgeteilt sei oder nicht. Die

[221] Betr. Konzern, ZR 77, 1978, Nr. 112.

[221a] Oben wurde von der juristischen Person als *Willens-* und *Interessen*einheit gesprochen (*54*). Die etwas abweichende Terminologie wollte dort die Autonomie des Rechtssubjekts, hier die Zusammenfassung im Unternehmen ins Licht setzen.

Einheit ist jedoch – das macht das Unternehmen aus – jedenfalls eben auf die Verfolgung einheitlich gesetzter Ziele ausgerichtet, und zudem wird, kraft der zentralen Organisationsmacht, einheitlich bestimmt, was als Ausdruck des Unternehmenswillens zu gelten hat, indem Zuständigkeiten und nach außen Vertretungsbefugnisse festgelegt werden.

164 Auf der andern Seite bedeutet Interesseneinheit auch wirtschaftliche *Vermögens*einheit; dem gemeinsamen Ziel müssen nicht weniger als die beteiligten Personen auch die gemeinsamen Vermögenswerte dienen. Indessen brauchen diese keineswegs die formelle Untrennbarkeit und insbesondere auch nicht die buchhalterisch gesammelte Erfassung zu bedeuten. Vermögenseinheit ist also nicht identisch mit Vermögens*vermischung* im zivilrechtlichen Sinn; entgegen einer verbreiteten Tendenz *(191)* setzt die Konzernproblematik nicht erst dort ein. Es genügt für die erstgenannte der einheitlich gegebene Zugriff zum Einsatz in der von der Gesamtleitung gewollten Weise.

3.1.1.2. Das Unternehmen als die relevante Größe für den Dritten

165 Der Außenstehende steht in der Regel nicht zur Gesellschaft, sondern zum *Unternehmen* in Beziehung. «Unternehmen» wird dabei verstanden als die Zusammenfassung von Personen und Mitteln auf ein wirtschaftliches, heute gern als «Wertschöpfung» bezeichnetes Ziel, während die «Gesellschaft», namentlich die AG, die Rolle des «Trägers» des Unternehmens innehat; sie sammelt für dieses das Kapital und tritt als Eigentümerin seines Vermögens auf. Das Unternehmen ist das nach außen tätige Gebilde, an dieses, nicht an die Gesellschaft, knüpft sich das Interesse des Arbeitnehmers, des Lizenzgebers, des Konsumenten, ebenso aber des Staates als Fiskus, als Wettbewerbs- oder Umweltschützer usw.

166 Entsprechend besteht seitens dieser Dritten auf der vertraglichen Ebene öfters eine *Erwartung,* es mit dem Gesamtunternehmen zu tun zu haben. Das wirkt sich ebenso zulasten wie auch zugunsten des Konzerns aus. Schließt die SSIH einen Vertrag auf ausschließlichen Bezug gewisser Uhrenteile ab, so darf der Kontrahent annehmen, daß diese Abmachung für alle der SSIH angeschlossenen Uhrenfabriken gilt. Ebenso darf BBC annehmen, daß eine von ihr erworbene Lizenz auch von Sécheron verwertet werden kann. Weniger deutlich ist aber der Einbezug von unten nach oben, also von M und andern T, wenn eine T nach außen auftritt. Auch dann darf eine solche Vorstellung der Parteien

aber nicht selten vermutet werden. Wer der Lokomotivfabrik Winterthur vertraulich eine Erfindung anbietet, darf kaum erstaunt sein, wenn sie Sulzer zur Prüfung übergeben wird. Und als Beispiel im Sinn der Ausdehnung der *Verpflichtungen* ist die Seveso-Affäre nicht uninteressant: bekanntlich sah sich die Firma Roche einige Wochen nach dem Unglück, während welchen die Angelegenheit immer intensiver die Öffentlichkeit interessierte, dazu veranlaßt, selber in Erscheinung zu treten, nachdem zuvor die Sache von der betroffenen Icmesa S.p.A. und ihrer unmittelbaren M Givaudan vertreten worden war. Offensichtlich bestand eine Erwartung, welche den Vorfall als Sache des Gesamtkonzerns behandelt wissen wollte.

Eine solche Erwartung ist aber keineswegs immer berechtigt. Nimmt man gerade das genannte Beispiel der Icmesa, so wird zum Beispiel ein dortiger Arbeitnehmer kaum beanspruchen können, in jeder Beziehung gleich einem Arbeitnehmer von Roche behandelt zu werden, und ein Unternehmen, das mit Icmesa in Geschäftsbeziehungen tritt, wird nicht einfach davon ausgehen dürfen, daß die Unterschrift der dortigen Geschäftsleitung den ganzen Konzern engagiert. Dazu ist der Abstand in der Konzernhierarchie über zwei Stufen zu groß, verbunden mit der Verschiedenheit der Nationalität und der Produkte.

Die Größe, an die hier anzuknüpfen ist, scheint also eher der *Betrieb*[222], die Arbeitseinheit, als das Unternehmen zu sein. Das schließt aber das Gesamtunternehmen als Bezugsphänomen nicht aus. Dieselbe «Distanz» in organisatorischer, lokaler und sachlicher Hinsicht ist auch innerhalb eines als einheitliche juristische Person gefaßten Unternehmens, insbesondere bei Vorliegen von Zweigniederlassungen, denkbar; sie wird nicht durch die Konzernstruktur als solche erzeugt. Im Einheitsunternehmen wird sie in Kauf genommen, die Einheitsbehandlung gilt grundsätzlich trotzdem; das könnte darum auch für den Konzern zur Regel gemacht werden.

Immerhin ist der Konzern doch *eher* die für dezentralisierte Organisationen geeignete Struktur *(173)*. Da sich wohl keine Kriterien für die rechtliche Unterscheidung verschiedener Zentralisierungsgrade anbieten (*158*), und weil anderseits die Handlungs- und insbesondere die Vermögenseinheit im beschriebenen Sinn auch beim dezentralisierten Konzern gegeben ist, dürfte die angemessenste Lösung die dispositive Einheitsbehandlung sein. Dazu das Folgende.

[222] PETER GAUCH, Der Zweigbetrieb, Zürich 1974, S.2f. N.9–13.

3.1.1.3. Die Regel der Einheitsbehandlung

170 Weil der Konzern als Ganzes ein Unternehmen *(114–119)* und weil das Unternehmen nächstliegender Anknüpfungspunkt für Außenbeziehungen ist *(165),* empfiehlt sich, den Konzern hinsichtlich solcher Beziehungen rechtlich als Einheit zu behandeln. Diese sollte selbstverständlich keinesfalls weiter reichen als im Fall des Einheitsunternehmens; Zweigbetriebe sollten im Konzern nicht weniger ein Eigenleben führen können, was aber ohne weiteres durch die eigene Rechtspersönlichkeit der Konzern-T gewährleistet ist (eigene Unterschriftenregelung).

171 Bezüglich der gedanklichen Grundlage dieser Regel ist zu beachten, daß sie je nach Anwendungsfall von zweierlei Art ist. Einerseits muß die Einheitlichkeit der Vermögensbewirtschaftung in einer sinnvollen Ordnung die *notwendige* Folge haben, daß auch das *Haftungssubstrat* einheitlich ist, soll nicht der einzelne Gläubiger dem Zufall oder der Manipulation bezüglich der ihm haftenden Vermögenswerte ausgesetzt sein *(198).* Anderseits haben wir festgestellt, daß bezüglich der *Reichweite von Rechten oder Pflichten,* die durch Konzerngesellschaften begründet wurden, jede gesetzliche Regelung nur der Versuch einer optimalen *Annäherung* sein kann. Die Parteivorstellungen entstehen individuell nach Einzelfall, das Recht kann nur Vermutungen aufstellen – es *soll* dies aber auch tun, soweit, wie im Fall des Konzerns, typische Konstellationen gehäuft auftreten.

3.1.1.4. Dispositive Natur der Regel

172 Die Regel der Einheitsbehandlung nach außen läßt gedanklich keine Ausnahme zu, wenn immer wir einen Konzern im gekennzeichneten Sinn, als ein auf einheitliche Ziele arbeitendes Unternehmen, vor uns haben. Insbesondere ist innerhalb dieses Rahmens der – in der Praxis ja stark differierende – Grad der organisatorischen Zentralisierung ohne Bedeutung, so wie er beim formal einheitlichen Unternehmen keine Rolle spielt. Es genügt die letztlich einheitliche Zielsetzung, um dem Einzelglied die Selbständigkeit abzusprechen *(124).*

173 Indessen darf keinesfalls verkannt werden, daß für die schweizerischen Konzerne die eigene juristische Persönlichkeit von Unternehmensteilen oft Ausdruck einer gewissen Loslösung von der Zentralgewalt sein soll. Das kann als allgemeine Manifestation der (begrenzten) Autonomie motiviert sein, beispielsweise um einer T zu ermöglichen, in einer Region besser Fuß zu fassen, es

kann aber auch speziellere Gründe haben *(155)*, wie etwa die Begrenzung des Haftrisikos, die Einschränkung der Machtbefugnisse der in Einzelsparten tätigen Kaderpersonen, umgekehrt aber auch die «Aufwertung» solcher Personen durch die Möglichkeit einer separaten Hierarchie, dann auch die Image-Trennung, allenfalls durchaus ohne Geheimhaltung der Konzernbeziehung (Globus/ABM), die Verwendung eines guten, eventuell mit Marken der einschlägigen Produkte korrespondierenden Firmennamens, und vor allem auch die «historisch» bedingten Motive, d.h. die Wahrung einiger Selbständigkeit von übernommenen Firmen zur Erhaltung ihres Kundenstamms usw.[223]. Dies kann für «Distanz» von M zu T sprechen.

Alle diese Beweggründe reichen nicht aus, um Ausnahmen zur Einheitsbehandlung zu rechtfertigen, so achtenswert sie im einzelnen sein können, weil sich am Sachverhalt der Konzernierung essentiell nichts ändert.

Doch sollte diese Einschränkung so zurückhaltend wie möglich geschehen. Eine Kompromiß-Formel, welche *trotz* Einheitsbehandlung von den genannten Zielsetzungen möglichst viel rettet, ist allerdings nicht zu finden; die Frage der Einheitsbehandlung ist bloß binär, sie verlangt entweder eine bejahende oder eine verneinende Antwort. Es ist aber grundsätzlich zu bedenken, daß im Bereich des Privatrechts das gesetzte Recht nur Hilfe zur richtigen Ausgestaltung der individuellen Rechtsverhältnisse sein will, und damit zunächst einmal *dispositiven* Charakter trägt. Zwingend müssen die allgemeinen Regeln dann werden, wenn konkrete Gefahr der Benachteiligung gewisser beteiligter oder berührter Parteien besteht.

Es scheint mir den Versuch wert, die Einheitsbehandlung zumindest in einer ersten Phase als dispositives Recht vorzusehen. Damit wäre dem Konzern die Möglichkeit offenzulassen, für einzelne Geschäfte oder auch generell für einzelne Konzerngesellschaften durch entsprechende Erklärung die Einheitsbehandlung auszuschließen. Dies wahrt dem Konzern die Chance, bei seinem Partner Zustimmung zu abweichenden und ihm wünschbarer scheinenden Regelungen zu finden. Es setzt freilich den Partner als Gläubiger den bekannten Zufälligkeiten hinsichtlich des Haftungssubstrats aus und verlangt eine entsprechend stärkere Vertrauensbasis.

[223] Die weiteren, natürlich oft im Vordergrund stehenden *steuer*rechtlichen Gründe fallen in diesem Abschnitt, der von der allfällig dispositiven Natur, also einer Frage lediglich des nicht-hoheitlichen Rechtsbereiches handelt, außer acht.

Eine solche Ordnung hätte wohl bessere Chancen als die «freiwillige» Regelung des deutschen Aktiengesetzes mit ihrer Alternative von Konzernvertrag bzw. Eingliederung zu «faktischem» Konzern insofern, als sie eine Erklärung des Konzerns voraussetzt, mit welcher das Konzernrecht ausdrücklich abbedungen wird. An diese Erklärung, wenn sie für eine Konzerngesellschaft generell erfolgt, wären ausgesprochen *hohe Publizitätsanforderungen* zu stellen; denkbar ist die Verpflichtung, den Ausschluß in der Gesellschaftsfirma selber kundzutun, zum Beispiel als «s.K.G.» («selbständige Konzerngesellschaft»).

176 Sollte sich eine solche dispositive Konzeption als konkrete Gefahr der Unterhöhlung des konzernrechtlichen Systems erweisen, so wäre in einem späteren legislatorischen Schritt auf die Dispositivität zu verzichten, oder es wäre der Ausschluß mit Auflagen zu verknüpfen, welche auf die Sicherung einer tatsächlichen Autonomie bzw. Unterbindung der konzernmäßigen Einordnung tendieren *(146)*.

3.1.2. Der Konzern nach innen: Schutz und Abfindung der T-Gesellschafter und Verantwortlichkeit der M-Organe und von M

177 Ein notwendig zu korrigierendes Ungleichgewicht entsteht im Innern des Konzerns, weil die Beteiligung an der Einzeleinheit auf der Voraussetzung aufbaut, daß diese nur für ihr Eigeninteresse und damit ausschließlich für die Beteiligten nach Maßgabe ihrer inneren Ordnung arbeite, also Interesseneinheit sei. Das trifft die Stellung der konzernfremden, sog. freien Gesellschafter. Zudem wird durch die Fremdbestimmung die Ordnung der Verantwortlichkeiten in den T ungültig, sofern und soweit sie an eine formelle Organschaft anknüpfen *(62–66)*[224].

178 Für die Gesellschafter (Aktionäre) kann die Lösung entweder die «restaurative» Richtung *(146)* einschlagen, indem Verstärkungen ihrer Position gegenüber der Konzerngewalt (Minderheitsschutz) eingeführt werden, oder es kann ihnen ein Anspruch auf Abfindung zugewiesen werden. Die Abfindung ist einerseits denkbar in bar, mittels Auskauf ihrer Beteiligung durch den Konzern zu einem der Situation vor Konzernierung angemessenen Wert, oder in natura, indem die Beteiligung gegen eine sol-

[224] Ein weiteres, heute in der Schweiz nicht, dagegen etwa in Deutschland aktuelles Beispiel: Wie sind Konzerngesellschaften bezüglich einer Vorschrift auf Beschränkung der Anzahl Aufsichtsratssitze zu behandeln? (AktG § 100[2]; vgl. etwa BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, N. 16–18 dazu).

che an M ausgetauscht wird. Insofern ist im innern Bereich von einer eigentlichen Erforderlichkeit gesetzgeberischen Eingreifens zu sprechen, da positive Neugestaltungen geschaffen werden müssen. Dies im Unterschied zum externen Teil, welcher eher auch durch den Richter entwickelt werden kann *(160)*. In diesem Sinn, aber nur in diesem, kann der Schutz der freien Aktionäre als der vorrangige Zweck des Erlasses eines Konzernrechts bezeichnet werden[225]. Es ist dagegen nach meinem Dafürhalten nicht der dringendste Teil, weil in der Praxis kaum Ausbeutungen von freien Aktionären in Konzernen festzustellen sind, jedenfalls nicht solche, bei denen die prekäre Stellung des Minderheitsaktionärs über das allgemeine Maß verschärft wäre. Dringend ist somit die Thematik nicht als solche des Konzernrechts, sondern des gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutzes.

Auf die nähere Darstellung der Möglichkeiten des Gesellschafterschutzes wird hier im Sinne der Schwergewichtsaufteilung mit dem französischsprachigen Referenten ganz verzichtet.

Dagegen wurde das durch die Konzernierung gestellte Anpassungsproblem im Bereich des *Verantwortlichkeitsrechts* als lösbar auf der Basis des geltenden Rechts betrachtet[226]. Instrument dazu ist die Lehre vom faktischen Organ, von der Doppelorganschaft und von der Organschaft von M *(65)*. Wir haben diese Möglichkeiten in Zweifel gezogen, wobei im Hintergrund die Überlegung stand, daß im Konzern die Richtschnur des Einzelgesellschaftsinteresses ihre Bestimmtheit verliert, womit die Verantwortlichkeit in der Einzeleinheit ihre Basis einbüßt.

Das zwingt dazu, die Lösung in einer einheitlichen Konzernverantwortlichkeit zu suchen. Dies erfordert angesichts der formell nicht bestehenden Vermögenseinheit eine Regelung darüber, wie sich eine Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht (gegenüber dem Konzernganzen) in Aktivforderungen der Einheiten umsetzt. Zudem stellt sich in akzentuierter Art die an sich auch für das Einheitsunternehmen zu beantwortende Frage, ob «Organ» nur die zentral tätige oder auch – für das Ganze – eine peripher in einem einzelnen von mehreren Betrieben eingesetzte Person sein kann. Die Antworten vor allem auf die erste Frage kann wohl nur der Gesetzgeber erteilen.

[225] Für Vorrang des Schutzes der freien Aktionäre: DALLÈVES Problèmes, S. 683–685, ALAIN HIRSCH, Votum am Schweiz. Juristentag, ZSR 92 II, 1973, S. 1047–1050, 1048, BÉZARD et al., S. 257 u. a.

[226] ALBERS, 4. Teil A I. ALBERS befürwortet aber doch das Eingreifen des Gesetzgebers zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit.

3.1.3. Publizität

181 Auch Rechtsordnungen, welche keine konzernrechtlichen Regeln im Sinn von besonderen durch die Konzernierung begründeten Ansprüchen einzelner Personengruppen kennen, verknüpfen doch mit qualifizierten Beteiligungsverhältnissen diverse Pflichten der Publizität (*76*ff.). Das gilt vor allem von den angelsächsischen Rechten, wo die Auffassung von Publizität als Grundlage eines liberalen Selbstregelungsmechanismus besonders stark ist. Nach dem beliebten Wort, daß Sonnenlicht desinfiziere, wird in der Publizität das Mittel gesehen, Mißbräuche zu verhüten, ohne daß es der Aufstellung von Verhaltensregeln bedarf.

182 Je mehr dann rechtliche Verhaltensnormen, ausgestattet mit rechtlichen Sanktionen, an den Konzerntatbestand geknüpft werden, desto weniger Aktualität hat entsprechend die so motivierte Forderung nach Publizität. Ein «vollständiges» Konzernrecht, welches alle schützenswerten Interessen schützt, könnte ohne sie auskommen. Indessen ist doch keine Konzernordnung ohne Publizität als Regelungselement denkbar, weil

- immer wesentliche Beziehungen des Unternehmens mit der Umwelt außerrechtlich determiniert sind, insbesondere durch seinen *Ruf;* ist das Unternehmen als Konzern strukturiert, so entsteht demgemäß das Anliegen, den Konzern als Gesamtheit zu überblicken, weil der Ruf sich naturgemäß mit der ganzen Handlungseinheit verbindet;
- ein Publizitätsbedürfnis über Unternehmen auch unabhängig von der Mißbrauchsverhütung besteht, so wahr sie insbesondere bei grösserem Umfang relevante Größen im Wirtschaftsgeschehen sind; Daten über das Unternehmen sind aber im Fall des Konzerns Konzerndaten.

183 Als die Gebiete konzernrechtlicher Publizitätsvorschriften erscheinen in der Regel die Rechnungslegung und die Bekanntgabe der Konzernbeziehung als solche. Was die *Rechnungslegung* angeht, steht die *Konsolidierung* der Daten für den Konzern ganz im Vordergrund. Dabei sollte aber in der rechtspolitischen Betrachtung nicht unterlassen werden, zwischen *zwei verschiedenen* Motivierungen zu differenzieren, die in der Schweiz je ihr spezifisches Gewicht haben. Zum einen geht es um die hier verfolgte Idee der konzernweiten Zusammenfassung der Daten in Ansehung der Vermögenseinheit des ganzen, zum andern aber um einen wichtigen Aspekt der Auseinandersetzung um die *stillen Reserven,* ist doch die Bewertung von Beteiligungen wegen des meist fehlenden Kurswerts nach Art. 667 bzw. 665 OR auf höch-

stens die «Anschaffungskosten» beschränkt, was dem bei Gründung oder Kapitalerhöhung eingeschossenen oder bei Erwerb eingesetzten Kapital entspricht[227]. Die gesamten durch akkumulierte Gewinne, selbstfinanzierte Investitionen, Goodwill etc. entstandenen Vermehrungen des T-Unternehmenswerts bleiben bei solcher Bewertung unberücksichtigt; sie stellen sog. stille Zwangsreserven dar.

Diese Unterscheidung könnte in der Lage sein, für die politische Willensbildung eine Mehrheit von Lösungsvarianten zu produzieren. Einerseits braucht die Konsolidierung nicht von selber einen Verzicht auf stille Reserven zu beinhalten[228] und anderseits kann die Aufhebung der stillen Reserven auf Beteiligungen – oder zumindest des Zwangs dazu – ohne Konsolidierung geschehen, insbesondere durch die Methode des *equity accounting,* welche den jeweiligen Eigenkapitalwert der T-Bilanzen in die M-Bilanz überträgt[229].

Die *Bekanntgabe des Konzernverhältnisses* ist ein Postulat, das ebenfalls aus dem Wesen des Konzerns als einheitlicher Organisation resultiert. Letztlich spricht daraus ein Prinzip öffentlicher Verantwortlichkeit: derjenige soll mit seinem Ruf einstehen, der ein Verhalten als Leiter bestimmt oder auch nur duldet. Dazu tritt das Element möglicher Täuschung: eine nicht sichtbare Konzernierung beläßt fälschlicherweise die Vermutung, daß eine Gesellschaft von den gleichen Personen oder doch von der gleichen Geschäftspolitik regiert wird wie zuvor. Überdies verbessert sich die Beurteilbarkeit des Ganzen, wenn alle in der Öffentlichkeit tätigen Glieder identifizierbar sind und somit das Bild aus diesen Fazetten zu einer aussagefähigen Gesamtheit zusammengefügt werden kann.

Diese Begründung trägt dort nicht mehr, wo eine Einheit selber keine Unternehmenstätigkeit ausübt, also bei Holdings, Do-

[227] Revisionshandbuch der Schweiz II, Zürich 1979, Teil 2.2, S. 91f., 94. Die Praxis läßt allerdings ungeachtet Art. 667 Abs. 2 OR im Anschluß an die Grundsätze der Eidg. Steuerverwaltung höhere Werte zu: BLUMER/GRAF, Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 6. Aufl., Zürich 1977, S. 168, BÜRGI im Zürcher Komm. N. 7f. zu Art. 667 OR (Mitberücksichtigung des Ertragswerts); strenger in den zulässigen Ausnahmen von den OR-Bewertungslimiten Revisionshandbuch, a.a.O., S. 181–184.

[228] Daß zum Konzern ausländische T gehören, welche wegen den dortigen Vorschriften ihr Eigenkapital offenlegen müssen, braucht meist die «Stille» der Beteiligungswerte bei M nicht zu präjudizieren, weil diese Gesellschaften in den übrigen T, deren Bilanzen nicht bekannt sind oder stille Reserven enthalten können, untergehen.

[229] R. J. NIEHUS, «Bedeutsamer Einfluß» bei Equity Accounting, DB 1975, S. 1613–1615, 1613.

mizilgesellschaften u.ä., die weder leitend noch ausführend in eine solche Tätigkeit einbezogen sind. Solche Einheiten sollten deshalb von der Publizitätspflicht ausgeschlossen sein, unter der Voraussetzung selbstverständlich, daß die oben und unten an einem solchen Glied in die Konzernstruktur eingefügten Gesellschaften ihre Beziehung (bei Überspringung einer solchen Zwischeneinheit) offenlegen.

187 Wird auf materielle Konzernrechtsnormen, insbesondere auf solche zum Schutz von Aktionären und Gläubigern, verzichtet, so muß die Thematik der Publizität noch verbreitert werden. Sie sollte in jene Gebiete eingreifen, in welchen die Verwischung der Interessensphären der Gesellschaften eine konkrete Möglichkeit ist, und demnach namentlich über *konzerninterne Transfers* von Gütern, Immaterialgütern und Dienstleistungen berichten, sowie über die effektive Gewinn- und Reservensituation in den T usw.

Eine solche Publizität ginge weit in die Interna hinein. Das deutsche Recht, welches zwar im Beteiligungskonzern einen jährlichen Bericht über die konzerninternen oder auf Veranlassung von M vollzogenen Geschäfte verlangt («Abhängigkeitsbericht»), läßt diesen nicht über den Kreis von Vorstand, Aufsichtsrat und Revisoren hinaustreten (§§ 312–315 AktG). Eine solche *Beschränkung des Adressatenkreises* drängt sich wohl tatsächlich auf. Eine weitere Offenlegung ist aber nun dem Vernehmen nach in der europäischen Konzernrichtlinie beabsichtigt.

3.2. Die Stellung der T-Gläubiger

3.2.1. Verantwortlichkeit, Durchgriff, Patronat und Einheitsbehandlung

188 Unsere Frage ist, ob die Konzernierung dem Gläubiger einer T die Möglichkeit gibt, Subjekte außerhalb von T selber, insbesondere auch M, auf die Erfüllung solcher Forderungen zu belangen. Zunächst ist klarzustellen, daß ein solcher Anspruch verschiedene konstruktive Grundlagen haben kann, welche in verschiedenem Grad für den Konzern spezifisch sind.

189 Als erstes ist in diesem Sinn die Haftung aus Fehlverhalten von der rechtsgeschäftlich beabsichtigten Haftung zu unterscheiden. Die erstgenannte haben wir unter dem Stichwort der *Verantwortlichkeit* soeben schon gestreift *(179f.)*. Sie hat insofern ihre eigene Problemstellung, als die Frage nach den zu wahrenden Interessen und dem Nachteil für T aufgeworfen wird. Die deutsche

Lösung laboriert an der Ungewißheit, die dem Aktiengesetz hinsichtlich dieser Unterscheidung geblieben ist: «erlaubt» sie den «faktischen» (sc. durch Mehrheitsbeteiligung allein begründeten) Konzern – welcher durch die einheitliche Leitung zur Interesseneinheit führt – oder wird M bzw. seinen Organen jede Handlung zum Nachteil von T per se zum Vorwurf gemacht?[230]

Im Gegensatz dazu versuchen verschiedene andere Überlegungswege die Haftungsausdehnung zu begründen, ohne daß das Eingreifen von M als rechtswidrig qualifiziert werden müßte, ohne daß also Verantwortlichkeit von M oder der für M handelnden Personen vorliegt. Die nachfolgend zu nennenden Stichworte sind bekannt, es gilt aber zu erkennen, daß die Grundlagen jeweils nicht dieselben sind. Deshalb sind auch die Auslösungsfaktoren unterschiedlich; wir gruppieren sie im folgenden fortschreitend nach dem Grad ihrer Allgemeinheit.

Am beliebtesten ist wohl die Institution des *«Durchgriffs»*, derjenigen der Verantwortlichkeit noch am nächsten verwandt. Dahinter steht der Gedanke, daß die juristische Form nicht länger maßgebend sein soll, wenn sie durch die wirtschaftlichen Fakten Lügen gestraft wird[231]. Zugrunde liegt also die Vorstellung eines *Mißbrauchs*[232]. Seiner Idee nach ist damit der Durchgriff

[230] Vgl. IMMENGA, Schutz, S. 272–276; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER im Kölner Kommentar, Vorbem. vor Art. 311 N. 4–15; ERNST GESSLER in: Festschrift Westermann, Karlsruhe 1974, S. 145–165; WÜRDINGER im Großkommentar zum AktG, Anm. 5 zu § 311; EMMERICH/SONNENSCHEIN, insbes. S. 206–208.

[231] SIEGWART im Zürcher Kommentar, NN. 21, 28 und 31 zu Art. 625 OR; GUTZWILLER in: Schweiz. Privatrecht II, S. 445–448; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Schweiz. Obligationenrecht. Allg. Teil, Zürich 1977, N. 1710; HOMBURGER, S. 249–254; für Deutschland etwa MEYER-LANDRUT, in: Großkommentar AktG, 3. Aufl., § 1 Anm. 23–29, SOERGEL/SCHULZE/VON LASAULX, BGB, 10. Aufl., Bd. 1, vor § 21 V Anm. 36–48. In England (Darstellung bei BAUSCHKE, S. 100–103) und den USA (etwa HARRY G. HENN, Law of Corporations, 2. Aufl., St. Paul 1970, S. 252, 259f.) Lehre vom «piercing the corporate veil».

[232] Insbesondere ROLF SERICK, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin u.a. 1955, 1, S. 203 u.a., REHBINDER, S. 109 u.a. («Durchgriff muß Ausnahme in jeder Hinsicht bleiben»), sowie die in vorangehender Anm. Angeführten.

Praxis: BGE 53 II 25, 31; 71 II 272; 81 II 455, 459–461 (dieser menschlich besser denn juristisch verstehbare Entscheid tendiert über die fallbezogene Betrachtungsweise hinaus auf eine grundsätzliche Identifizierung der betreffenden Gesellschaft mit ihrem Hauptaktionär); 93 I 378, 381 (grundsätzliche, aber normbezogene Identifikation; kein Haftungsfall); BezGer Horgen in SJZ 54, 1958, S. 21–24; Handelsgericht ZH in ZR 27, 1928, Nr. 56, S. 111 (Zurechnung verbandswidrigen Verhaltens); siehe auch die Entscheide, welche den Durchgriff *ablehnten,* sei es, weil die Schwelle des Mißbrauchs nicht er-

keineswegs auf das Konzernverhältnis beschränkt, sondern kann auch Fälle erfassen, wo zum Beispiel kein Unternehmen besteht, wie etwa das Vorschieben einer juristischen Person zur Umgehung von Verbindlichkeiten eines Privaten. Anderseits ist es aber seiner Natur nach eine Ausnahmeregelung, welche bei der heutigen Verbreitung von Konzernverhältnissen niemals den Konzern schlechthin einbeziehen kann. Sie muß sich mithin auf deutlich qualifizierte Sondersituationen beschränken, wo der *Einzelfall* mißbräuchliche Elemente aufweist.

191 Sucht man die von der Praxis anerkannten Durchgriffstatbestände zu klassifizieren, so bemerkt man, daß sie recht unspezifisch bezeichnet sind, d.h. daß die betreffenden Motive über den Durchgriff hinausreichen. Das gilt weniger für die Schweiz, wo auf eine Typisierung mehr oder weniger verzichtet und die Grenzziehung ganz als eine Frage von Art. 2 ZGB betrachtet wird[233]. In rechtsvergleichender Sicht hat ANNE PETITPIERRE die Sachverhalte, welche im Ausland als haftungsauslösend für M qualifiziert wurden, etwa folgendermaßen gruppiert[234]: Einmal die eigentliche *Vermögensvermengung,* welche die buchhalterische Auseinanderhaltung der Vermögensmassen von Aktionär und Gesellschaft verunmöglicht[235]. Dann die *ungenügende Kapitaldotation* bzw. *Aushöhlung* der Gesellschaft: sie ist eine Sache der eigenen Aufmerksamkeit des Gläubigers und sodann zunächst eine solche der Verantwortlichkeit der (eingesetzten oder faktischen) T-Organe; sie liefert also zunächst kein Motiv für die Haftung des Konzernganzen selber. Schließlich erst recht ist der häufig anzutreffende Tatbestand der *«Einmischung»* von M-Vertretern in die Angelegenheiten von T wenig spezifischer Natur[236]. Er ist ein wahres Chamäleon, das einerseits deliktische

reicht sei (BGE 85 II 111, 114–117; 92 II 160, 166f.; vgl. auch 81 II 339, 345: kein Anlaß, generell den Besitz durch den Alleinaktionär dem Besitz durch die Gesellschaft gleichzusetzen), oder wegen Beanspruchung des Durchgriffs durch den Alleinaktionär selber (BGE 72 II 67, 76f.).
Für Deutschland etwa BGH in DB 1977, S. 1246–1248, m. Verweisen.

[233] Vgl. Anm. 232; dort immerhin die Klammerbemerkungen.

[234] Vgl. PETITPIERRE, insbes. S. 67–79.

[235] Also eine wesentlich engere Fallgruppe als diejenige der «Vermögenseinheit» im oben umschriebenen Sinn *(164)*.

[236] Vgl. etwa den französischen Entscheid Douai v. 20.1.1977 (bespr. v. CHAMPAUD, rev. trim. dr. comm. 1978, S. 388–390): M hat T Anweisungen gegeben und hat sich insbesondere auch in die Verhandlungen mit T-Gläubigern eingeschaltet; siehe auch das frz.G. v. 13.7.1967 Art. 101 und der GB Companies Act 1948 332. Im übrigen siehe nächste Anmerkungen.

Züge[237], sodann auch eben den Anstrich des Mißbrauchs[238] annehmen und schließlich das eigentliche Konzept des Konzerns, die einheitliche Leitung[239], meinen kann. Das Spektrum wird vollständig, wenn noch das Auftreten von M nach außen als Inhaberin der Leitungsmacht hervorgehoben wird[240]: damit wird der Gesichtspunkt des Patronats, der soeben besprochen wird, ins Spiel gebracht[241]. Dem Tatbestand der Einmischung ist also die Tauglichkeit als Kriterium für Haftungserweiterung im Konzern abzusprechen; keiner der Haftungsgedanken wird darin nur einigermaßen präzis ausgedrückt. Er steht dem Durchgriff entstehungsgeschichtlich wohl am nächsten, einfach deswegen, weil die Einmischung in der Regel als moralisch anstößige Kompetenzüberschreitung, nach dem Wort LAGARDES als «indélicatesse d'un dirigeant»[242] angesehen wird.

Schließlich gehört am ehesten unter das Stichwort des Durchgriffs die in mehreren Ländern anzutreffende Regel, wonach ein *Absinken der Aktionärszahl* unter ein bestimmtes Minimum eine persönliche Haftung der Aktionäre erzeugt[243]. Hieraus scheint die Absicht zu sprechen, ein Mißbrauchs*potential* zu verhindern[244]. Die Umgehung ist aber zu leicht, als daß hier ein verwertbarer konzernrechtlicher Ansatzpunkt gefunden werden könnte[245].

[237] Hervortretend, wenn die *Veranlassung* durch M in den Vordergrund gestellt wird; etwa DALLÈVES, Problèmes, S. 611, RGZ 142 219, 219f., KRONSTEIN, S. 75f, 79, Comp. Act 1948 332 («fraudulent purpose»).

[238] Franz. G.v. 13.7.1967 101 («...disposé des biens sociaux comme des siens...»).

[239] Etwa insbes. LANGEN, Die Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft bei multinationalen Unternehmen, Diss. Bonn 1976, der die Haftung immer bei Weisung (ob sie opportun war oder nicht) eintreten lassen will, wobei Weisung vermutet wird. Weisungen im Gesellschaftsinteresse können aber nur haftungsbegründend für M werden, wenn der Konzern deswegen als Handlungs- und Vermögenseinheit behandelt wird.

[240] Das gilt sowohl von den Urteilen in Frankreich wie etwa in den USA; siehe Darstellung bei PETITPIERRE, insbes. S. 74–79.

[241] KRONSTEIN, S. 75f.

[242] Les conditions de la mise en faillite des dirigeants de sociétés anonymes..., Revue Générale du droit des faillites 1939, S. 272 (nach PETITPIERRE, S. 95).

[243] z.B. Companies Act 1948 sect. 31 in England (unter 6), Codice civile Art. 2362 in Italien (Alleinaktionär).

[244] Vgl. PETITPIERRE, S. 100f.

[245] In beiden erwähnten Ländern (siehe Anm. 243) haben diese Bestimmungen keine praktische Bedeutung; vgl. Palmer's Company Law, 22. Aufl. (SCHMITTHOFF), London 1976, S. 115, und GERHARD LAULE, Zur Durchgriffshaftung nach italienischem Aktien- und GmbH-Recht, RIW/AWD 25, 1979 S. 29–32.

193 Anderseits hat das Konzernwesen Vorstellungen wachgerufen, wonach M eine T nicht «fallen lassen» werde. Solche Anschauungen werden wohl am besten unter dem Stichwort «*Patronat*» zusammengefaßt. Damit ist die Erweckung einer Erwartung durch M verstanden, daß M für Schulden von T bei deren Insolvenz aufkommen oder das Haftungssubstrat auffüllen wird. Die sog. Patronatserklärungen (im Englischen und Französischen wenig konkret in der Regel als «Letter of Intent» bzw. «Lettre d'intention» bezeichnet) sind verbreitet. Je nach Nuance der Formulierung steht den M allerdings die Möglichkeit offen, im Ernstfall eventuell bloße «moralische» Tragweite geltend zu machen. Die Praxis hat einen ganzen Schattierungs-Fächer von Patronatsklauseln entwickelt, namentlich um zwei an sich konträre Zwecke zu verbinden, nämlich dem Gläubiger das Gefühl der Sicherheit zu geben und doch eine Pflicht zur Erwähnung unter der Bilanz als Eventualverbindlichkeit (Art. 670 OR) zu vermeiden[246].

194 Die Frage stellt sich aber zudem, ob und inwieweit ein solches Patronat auch ohne derartige Erklärung vom T-Gläubiger erwartet, d.h. *konkludent* den Umständen entnommen werden kann. Diese Frage ist nicht abwegig, wenn man feststellt, daß bei den Konzernleitungen selber die Meinung durchaus vorherrscht, eine schlecht stehende T werde nicht fallengelassen[247], und daß tatsächlich die Beispiele sehr selten sind, wo man eine T hat in Konkurs gehen lassen, und anderseits häufig durch diverse Maßnahmen wie etwa Rangrücktrittserklärungen die M den außenstehenden Gläubigern Sicherheit für ihre Forderungen geben. Diese Tatsachen genügen freilich nicht, um die Bereitschaft zu solcher Schadloshaltung der T-Gläubiger in jedem Einzelfall sicher zu implizieren; der Wille der Konzernleitungen geht in der Regel wohl dahin, die Wahl offenzulassen, also die Option zu behalten, je nachdem mangels Interesse eine T und ihre Gläubiger doch fallenzulassen.

Es bleibt aber trotzdem das Argument, daß in sehr zahlreichen Fällen in Anbetracht der heutigen herrschenden Praxis und Vor-

[246] PETER R. ALTENBURGER, Die Patronatserklärungen als «unechte» Personalsicherheiten, Diss. Zürich 1979, insbes. S. 140–151 (einschränkende Auslegung von Art. 670 OR); ROLAND RUEDIN, La lettre d'intention en droit suisse, in: Hommage à Paul-René Rosset, Neuchâtel 1977, S. 213–228; CATHERINE GEIGY-WERTHEMANN, Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, Basel 1973, S. 21–38.

[247] Bei meinen Besuchen mit Prof. RUEDIN bei Schweizer Konzernen unterblieb eine Äußerung solcher Art in keinem einzigen Fall.

stellungen die T-Gläubiger darauf bauen, daß eine potentere M «dahiner steht», und daß dann ein eigentliches Dementi durch M nötig wäre, wenn die Haftung nicht Platz greifen soll. Eine entsprechende Vermutung wird zwar nach heutigen Anschauungen zweifellos nicht für den Konzerntatbestand schlechthin gelten können, es dürfte aber ein nur geringes Dazutun genügen, etwa indem M im Zusammenhang mit den einschlägigen Geschäften selbst auftritt, oder auch nur sich als solche zu erkennen gibt, und möglicherweise selbst dann, wenn sie mehrere, als verbundene Gesellschaften in Erscheinung tretende T in einer Sache agieren läßt[248].

Wie dem auch sei, handelt es sich beim Patronat um eine *rechtsgeschäftlich* begründete Haftung von M. Diese ist grundsätzlich anderer Natur als der auf Mißbrauch aufbauende Durchgriff, was vor allem ECKHARD REHBINDER herausgearbeitet hat[249]. Beiden ist aber gemeinsam, daß sie zwar als Ausnahme einer Regel (Haftungs-Selbständigkeit der juristischen Person) gedacht sind, aber ein Potential auf Ausdehnung in Konzernsachen im allgemeinen enthalten.

Zu unterscheiden vom Patronat ist die *selbständige* (primäre) Verpflichtung von andern Konzerngesellschaften, insbesondere von M[250]. Sie bestimmt sich nicht unbedingt nach den gleichen Kriterien. Geht beispielsweise eine T ein Konkurrenzverbot ein, so kann der Parteiwille durchaus dahin verstanden werden, daß nur T selber sich der Konkurrenz zu enthalten hat; trotzdem kann sich allenfalls der Gläubiger für die Erfüllung einer Schadenersatzforderung oder Konventionalstrafe aus Nichteinhaltung an M wenden, wenn diese – eventuell in genereller Weise – kundgetan hat, die T-Gläubiger nicht zu Schaden kommen lassen zu wollen.

Eine radikale Ausdehung der Haftung ist dann schließlich durch die *Behandlung des Konzerns als Vermögenseinheit* erreicht. Dies ist einzig aber notwendig dann die rechtspolitische Folge, wenn die Unterteilbarkeit des Haftungssubstrats in die juristischen Einheiten negiert wird. Das muß zur Haftung des gesamten Konzernvermögens für die von den Einheiten begrün-

[248] Aus solchen Umständen wurde auf eine Pflicht der M geschlossen, jedenfalls dem Gläubiger bei Kreditierung eine schlechte Finanzlage der Schuldnerin-T bekanntzugeben (KRONSTEIN, S. 74, REHBINDER, S. 335–340); dies kann auch eine sinnvolle Ausdeutung der mit einer «letter of awareness» gemeinten Rechtsfolgen sein (GEIGY-WERTHEMANN, a.a.O, S. 36).

[249] REHBINDER, S. 26–28.

[250] RUEDIN, a.a.O., S. 219.

deten Verbindlichkeiten führen, und zwar schlechthin, unabhängig von Einzelheiten des Falls.

198 Nur eine solche Lösung kann dem Wesen des Konzerns gerecht werden. Dieses ist gekennzeichnet durch die Einsetzung der Teile im Dienst des Ganzen, was auch die Verteilung der Mittel aus Gesichtspunkten des Gesamtkonzerns zur Folge hat. Eine Behandlung als Einheit ist deshalb nicht nur aus dem Motiv des Mißbrauchs, also gegen die Möglichkeit der gezielten Aushöhlung von einzelnen T zum Schaden ihrer Gläubiger, erforderlich, sondern weil eine «angemessene» Zuteilung des Vermögens an die Einheiten aufgrund einer Fiktion der Unabhängigkeit an der Unmöglichkeit der konzerninternen Leistungsbewertung scheitert.

199 Indessen zeigt die Praxis auch, daß in den Konzernen selber starke Kräfte vorhanden sind, welche ohne Zwang für einen Ausgleich zugunsten allenfalls benachteiligter T-Gläubiger sorgen. In diesem Sinn führt die einheitliche Vermögensbewirtschaftung nach dem Ausdruck von OPPETIT/SAYAG zu einem «System der kommunizierenden Gefäße»[251]. Dem Konzern wohnt die Tendenz inne, gefährdete Glieder durch Zufuhr von Mitteln zu schützen, und zwar vor allem aus folgenden Gründen:

- eine Liquidation bringt in der Regel einen beträchtlichen Wertverfall der betrieblichen Aktiven mit sich (Übergang von Fortführungs- auf Liquidationswerte);
- der Konzern ist im Rahmen seiner Organisation auf den betrieblichen Beitrag der T angewiesen;
- vor allem: der Konzern ist mit seinem Namen engagiert, was ihn in der Regel zum vornherein davon abhält, eine nicht rentierende T ohne Regelung der Verbindlichkeiten fallen zu lassen.

200 Diese faktischen Tendenzen sind naturgemäß aber keine eigentliche Gewähr dafür, daß nicht doch Gläubiger von Einzeleinheiten durch konzernbedingte Vermögensverschiebungen benachteiligt werden. Die Einheitsbehandlung des Konzern-Substrats bleibt deshalb als Forderung gültig. Doch sind diese Mechanismen ein starkes Argument für die dispositive Regelung *(172–176),* insbesondere dann, wenn durch Publizität der Konzernbeziehungen der Ruf des Ganzen bei den T engagiert ist *(80).*

201 Diese Gesamthaftung bedeutet nun nicht umgekehrt auch das Eintreten von T für M[252], sondern nur den Zugriff der jeweiligen

[251] OPPETIT/SAYAG, S. 583.

[252] Siehe DALLÈVES, Problèmes, S. 611 f.

Gläubiger auf das Konzernvermögen, indem die Werte von T in Form der bei M liegenden Beteiligungen in das Substrat einbezogen sind. Anders würde den M-Gläubigern unberechtigterweise auch der Anteil von freien T-Aktionären haften.

3.2.2. Die Ausgestaltung der Konzernhaftung

Die Umsetzung der Feststellung der Vermögenseinheit in konkrete Haftungsregeln erfordert noch die Bestimmung einer Anzahl von Modalitäten.

Die Lösung muß beinhalten, daß der Gläubiger einer T dieselbe Deckungschance für seine Forderung hat wie der Gläubiger von M. Das kann sowohl durch eine *Auffüllungspflicht*[253] im formell zugeschriebenen Vermögen von T wie durch die *direkte Mithaftung* von M[254] verwirklicht werden. Die Wahl kann wohl der Konzernleitung überlassen werden. Der Verlustausgleich kann meines Erachtens auf den Zeitpunkt hinausgeschoben werden, wo er durch das Eigenkapital nicht mehr aufgefangen werden kann, also *Überschuldung* eintritt. Die strengeren, im Ausland anzutreffenden Konzeptionen, insbesondere die Pflicht zum Ausgleich jeden Verlusts[255], scheinen unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes[256] zu wenig zwischen den Konsequenzen des Einheitscharakters und Inkrimination wegen Benachteiligung zu trennen. Die Mithaftung anderseits braucht insofern keine solidarische zu sein, sondern könnte *subsidiär* gestaltet werden, als keine primäre Anspruchskonkurrenz vorliegt, sondern nur eben eine Substratsicherung zur Diskussion steht. Auszugleichen bleibt aber der Nachteil für den Gläubiger, der ihm durch die zeitliche Verzögerung in der Belangung von M infolge der Subsidiarität entsteht.

Weiter ist das *passive Subjekt* der Haftung zu bestimmen, weil dem Konzern selber die Subjektseigenschaft abgeht *(150)*. Der Gedanke der Haftungsgemeinschaft verlangt dabei keineswegs die formelle Haftung jeden Konzernglieds für ein anderes. Es genügt, wie vorhin erwähnt, daß M einsteht, weil dort das Kon-

[253] Dt. AktG § 302 für Vertragskonzern, Vorschlag Cousté 1974 Art. 32 (dito).

[254] SE-Entwurf, Art. 239, Vorschlag Cousté 1974 Art. 24, EG-Konzernrichtlinie Vorentwurf 1975 Art. 21 (für Vertragskonzern).

[255] Vgl. Angaben in Anm. 253, wobei nach beiden Modellen doch wenigstens die während der Dauer des Beherrschungsvertrags geäufneten freien Reserven zunächst verwendet werden können.

[256] Welcher nach den Materialien (Kropff, S. 390) bzw. dem Marginale Zweck der Bestimmung ist.

zernvermögen insgesamt vereinigt ist. Entsprechend genügt im mehrstufigen Konzern das Mithaften der obersten Einheit.

205 Nicht möglich ist eine Differenzierung nach Verbindlichkeiten, welche *vor der Konzernierung,* und solchen, die danach begründet wurden[257]. Dies, weil das Postulat der Einheitsbehandlung in dieser Hinsicht nicht das Handeln des Konzerns, sondern seine interessenmäßige Verschmelzung erfassen will. Es geht um das Substrat bei *Fälligkeit* der Forderung.

206 Entsprechend den zuvor gemachten Überlegungen *(172f.)* scheint es prüfenswert, diese Haftungsordnung nur als *dispositives Recht* zu erlassen. Die starke Dezentralisation größerer Organisationen, selbst wenn sie das Motiv für die Einheitsbehandlung nicht aufheben kann *(124, 158),* erhöht für den Konzern das nicht überschaubare Risiko. Grundsätzlich soll deshalb eine Regelung, wie ausgeführt, dispositiv belassen werden, wenn nicht häufigere Mißbräuche oder konkrete Mißbrauchsgefahr die zwingende Natur gebieten.

207 Selbstverständlich ist die Haftung von M nur *externer* Natur; es steht nichts dagegen, daß M durch Zahlung einen Regreßtitel gegen T für die von dieser begründeten Verbindlichkeiten erwirbt. Es zeigt sich hier der Unterschied zu Verpflichtungen, welche primär von M mitübernommen wurden.

[257] Entgegen etwa VAN OMMESLAGHE (LIÈGE), S. 261 und RGZ 142 219, 219.

Ergebnisse

1.

«Die Regelung des Konzernrechts ist nicht dringend, ... sollte (aber) rasch an die Hand genommen werden.»[258]

Die Gefährdung der Interessen der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger einer Gesellschaft durch deren Einordnung in einen Konzern ist fraglos gegeben. Damit ist das Motiv, das den Forderungen nach einem Konzernrecht ganz überwiegend zugrundeliegt, zu bejahen. Indessen sind sie in Anbetracht anderer oder weiter zu fassender legislatorischer Aufgaben nicht ohne weiteres als zeitlich erstrangig zu gewichten.

Nach meiner Beurteilung (die Behandlung des Themas blieb dem andern Referat vorbehalten) ist die faktische Situation eines *Minderheitsaktionärs* im Konzern besser als es öfters beispielsweise diejenige eines nicht geschäftsführenden Aktionärs einer Familien-AG ist, weil die Konzernleitung, vor allem bei regional ausgelagerten T, auf ihren lokalen Ruf angewiesen ist. Das Anliegen geht darum auf einen Minderheitenschutz im allgemeinen. Allerdings aktualisiert sich, wie im Referat RUEDIN ausgeführt, mit einem effizienteren Minderheitenschutz sogleich das Interesse der *Gesamtorganisation* an hindernisfreier Ausübung der Konzernleitungsfunktionen; im Zeitpunkt der Verwirklichung verbesserten Minderheitenschutzes würde darum, weil der Konzern als Organisationsform aus unserm Wirtschaftsleben nicht wegzudenken ist, ein Konzernrecht dringlich.

Für die *Gläubiger* anderseits mildert sich das Problem durch das faktisch in aller Regel festzustellende Bestreben der Konzerne, Verlust-T zu sanieren oder unter Honorierung der Verbindlichkeiten zu liquidieren. Es gilt damit oft (freilich keineswegs zwingend) das «Gesetz der kommunizierenden Ge-

[258] Zwischenbericht, S. 192 (sic!); siehe auch DALLÈVES, Problèmes, S. 636.

fäße», indem im Konzern die Mittel zum Ausgleich an die Stelle mit einem Niveau-Defizit fließen, solange ein Glied zum Unternehmensverbund gehört. Verglichen mit andern Interessen des Gläubigers, etwa einer allseitig interessengerechten und präzisen Fassung des Überschuldungstatbestands (Art. 725 OR), sind diese Belange darum meines Erachtens nicht als dringend einzustufen.

211 Voraussetzung für die Gültigkeit solcher Überlegungen ist, daß sich die Konzernleitungen durch die Vorgänge bei den T engagiert betrachten. Zu fordern ist deshalb auf jeden Fall die *Transparenz der Konzernbeziehungen.*

212 Es wäre aber ein schwerer Fehler, aus solchen Gründen zu schließen, ein (über die Publizität hinausgehendes) Konzernrecht sei nicht notwendig. Der Konzern schlägt eine schwere Bresche in den Wirklichkeitsbezug unseres privaten Wirtschaftsrechts. Es ist ein in unserer Zeit sich verbreitendes Fehlverständnis des Wesens des Privatrechts, daß Rechtsschöpfung nur einzugreifen habe, wo handfeste Mißbräuche zu bekämpfen sind. «Das Aktienrecht soll mehr sein als eine beliebige Verordnung der Gewerbepolizei.»[259] FRANZ KLEIN hat (wahrhaftig schon 1904!) gerade auch in unserm Zusammenhang vom «Kampf um die Wahrheit der Form» gesprochen, der nicht weniger als JHERINGS «Kampf ums Recht» auszufechten sei[260]. Nicht nur um das einzelne Aktionärs- oder Gläubigerinteresse geht es, sondern um den «Glauben an die Ernsthaftigkeit von Gesetz und Recht»[261], um die Autorität des Privatrechts als einer an der Wirklichkeit orientierten Ordnung. Überdies ist bei der Alltäglichkeit des Konzernphänomens ein eminentes Interesse an Sicherheit und *Präzisierung* der Rechtsverhältnisse gegeben, selbst wenn die Wirtschaftspraxis auch ohne dies ihren Weg einigermaßen zu finden scheint.

213 Die drei Viertel des Jahrhunderts, die seit jener Äußerung von FRANZ KLEIN vergangen sind, zeigen nicht die fehlende Notwendigkeit der Weiterbildung des Rechts, sondern die Dringlichkeit, auch Nicht-Dringliches nicht aufzuschieben. Die paradoxe Ausdrucksweise des Zwischenberichts, die dieser Abschnitt eingangs als These zitiert, ist insofern angebracht.

[259] RASCH, Gutachten, S. 10; im gleichen Sinn BRACHVOGEL, Leitungsmacht, S. 2, BÄLZ, S. 293 (alle betr. Konzern).

[260] FRANZ KLEIN, Die neuen Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, Wien 1904, S. 55.

[261] PETER JÄGGI, Votum am schweiz. Juristentag, ZSR 87 II, 1968, S. 683.

2.

Ein Konzernrecht sollte die Rechtsprobleme, die das Konzernphänomen stellt, allgemein lösen.

Ein Konzernrecht ist auch deshalb aktueller, als es die Würdigung der Schutzinteressen der freien Aktionäre und das Interesse der Gläubiger am Haftungssubstrat erscheinen läßt, weil die Frage der Einheit des Konzerns in sehr viel andern Rechtsgebieten zur Diskussion steht. Daß jene spezifischen Schutzinteressen ganz unverhältnismäßig stärkere Beachtung finden, ist nicht gerechtfertigt. Die ältere, weiter gefächerte konzernrechtliche Forschung ist unverdient in Vergessenheit geraten.

Die Einheitsfrage stellt sich allgemein bei überhaupt allen Rechtsverhältnissen von konzernierten juristischen Personen, weil nie selbstverständlich und deshalb immer zu prüfen ist, ob die Anknüpfung an das formelle Subjekt oder an das Unternehmen (was auf das Konzernganze deutet) sinnvoller bzw. eher gemeint ist. Diese Normbedürfnisse treten deshalb nicht so deutlich zutage, weil sie sehr weit verstreut sind und zudem nicht direkt aus Schutzinteressen bestimmter Personengruppen hervorgehen, sondern einfach auf die Herstellung einer klaren und praktikabeln Ordnung gerichtet sind.

Die allgemeine Betrachtung rechtfertigt sich durch die gegenseitige Befruchtung aus den jeweiligen Lösungen. Überdies lassen sich aber gemeinsame Gesichtspunkte und damit Regeln genereller Art herausarbeiten. Deshalb sollte eine zentrale, allgemeine Lösung gerade angesichts der weiten Streuung der Anwendungsfälle angestrebt werden, damit wenigstens im Sinne einer *Vermutung* eine Ordnung zur Verfügung steht, die nicht in jedem spezifischen Regelungszusammenhang wiederholt zu werden braucht. Bezüglich solcher Anwendungsfälle ist nicht nur an *gesetzliche* (privat- oder öffentlichrechtliche), sondern auch an *vertragliche* Normen zu denken.

3.

Konzernrecht ist nicht Machtkontrolle, sondern rechtliche Bewältigung der Vergemeinschaftung der Interessen im Konzern.

In den politischen Ideen unserer Zeit assoziiert sich mit dem Konzernrecht wohl nach wie vor in starkem Maß die Vorstellung,

es gelte damit der Machtballung Herr zu werden, die durch die Konzentration entstanden ist. Diese Argumentation meint vorwiegend eine Macht *nach außen,* auf dem Güter- oder Arbeitsmarkt, im politischen Leben usw. Eine solche Sicht ist aber zum vornherein nicht diejenige des Konzernrechts, sondern ist allenfalls in die Aufgabenstellung des *Kartellrechts* einzubeziehen.

218 Desgleichen ist aber auch die *Innenmacht* nicht das Problem des Konzernrechts. Das bedeutet, daß nicht die Unterwerfung der T unter die Dispositionsmacht der M den eigentlichen Anlaß für das Bedürfnis nach einem Konzernrecht darstellt. Der Gedanke, daß die «Würde» oder anderweitig ein ethisches Gut der T durch eine solche Unterwerfung in rechtserheblicher Weise tangiert sei, ist wohl schon theoretisch nicht haltbar und kommt dem Konzernphänomen jedenfalls nicht bei. Die Form der Kapitalgesellschaft, jedenfalls der AG, ist ihrem Wesen nach offen für Einflüsse von außen. Diese können auf verschiedenste Arten in die Willensbildung der Gesellschaft gelangen, auch ohne daß es sich um eine Ausübung von Macht handelt, sei es durch Personalunionen oder durch Vorschläge, Empfehlungen usw., welche sachliche Autorität für sich beanspruchen können. Im weiten Rahmen des Ermessensspielraums der T-Verwaltung ist das Eingehen auf solche Einflüsse durchaus legal. Daß eine Neigung zur Willfährigkeit gegenüber einem Großaktionär dazukommen kann, ist dem System immanent. Die Ausrichtung auf ein anderes Unternehmen hat dabei Schneeballwirkung, sie wird immer mehr zum eigenen wohlverstandenen Interesse der T, je stärker die Angliederung schon erfolgt und der T-Betrieb darauf ausgerichtet ist.

219 Darum ist es nicht die juristische Aufgabe, zu versuchen, das Phänomen der «Weisung» als Manifestation der Machtausübung zu erfassen oder gar zu unterbinden. Die Rechtswissenschaft müßte zum vornherein daran scheitern, weil sie vor dem Problem stünde, die «Weisung» vom sonstigen, nicht ausschließbaren Einfluß zu unterscheiden. Vor allem aber würde sie den Kern des Problems nicht treffen, welcher in der Konvergenz der Interessen und der deshalb allenfalls völlig aus vertretbarem eigenem Interesse erfolgenden Einordnung einer Gesellschaft in ein Gesamtunternehmen liegt.

220 Darum kann es auch nicht um die *Legalisierung* der Macht durch Einbettung in rechtliche Formen gehen, etwa nach deutschem Muster durch einen Beherrschungsvertrag. Die damit notwendige Gegenfigur des «illegalen Konzerns» ist aus den erwähnten Überlegungen nicht greifbar. Da die Einflußnahme

nicht schlechthin unterbunden werden kann, suchen die in dieser Richtung gehenden Ordnungen (unter andern das deutsche Recht und die EG-Konzernrichtlinie, nicht aber das SE-Statut) die Benachteiligung der T durch M aus solcher Einflußnahme zu fassen, was wegen der oftmaligen Unmöglichkeit, das Interesse von M und T auseinanderzuhalten, meines Erachtens nicht realistisch ist.

Die Aufgabe des Konzernrechts ist demnach, auf der Ebene der Organisation, der Verteilung des Vermögens wie auch der Außenbeziehungen Normen zu bieten, die dieser Verschmelzung Rechnung tragen.

Dies alles schließt nicht aus, daß gewisse weitere Normen an das Kriterium der Beherrschung, also der bloß möglichen, aber nicht tatsächlich wahrgenommenen einheitlichen Leitung anknüpfen, wo mithin die Macht als solche zum Rechtstatbestand wird. Das könnte beispielsweise von Inkompatibilitäten, allgemeiner von Vorschriften zum Ausschluß von Mißbräuchen (Umgehung von Verboten, «Eigenkontrolle» der Verwaltung bei wechselseitigen Beteiligungen usw.) gelten.

4.

Der Konzern steht zwischen Einheit und Vielheit.

Nun sieht sich aber das Recht hinsichtlich des Konzerns einem fundamentalen Problem gegenüber, weil dieser durch Entscheidung der Alternative Einheit oder Vielheit niemals sachgerecht eingeordnet werden kann. Seinem Wesen nach steht er *zwischen* Einheit und Vielheit; der Gedanke, der einer solchen Konstellation zugrundeliegt, ist immer eine gewisse Zusammenfassung, ohne daß die daran beteiligten, mehreren juristischen Personen ganz amalgamiert würden.

Das hat zu Kritik – als zu pauschal – an der den Ökonomen zugeschriebenen Auffassung geführt, der Konzern stelle kraft der einheitlichen Leitung ein einziges Unternehmen dar und die Teile verlören damit den Unternehmenscharakter. Das hat in der Zeit zwischen den Weltkriegen auf juristischer Ebene eine Abschwächung der ISAYschen «Einheitstheorie»[262] im Sinne einer bloßen «modifizierten Einheitstheorie» hervorgebracht, wo-

[262] RUDOLF ISAY, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.

nach die Anknüpfung an das Ganze oder aber an einzelne juristische Personen spezifisch für die jeweilige Norm zu bestimmen sei[263]. Seither hat sich namentlich REHBINDER im gleichen Sinn ausgesprochen[264], die «Tübinger Schule» (L. RAISER und BÄLZ) zieht den Vergleich des Bundesstaats heran[265] bzw. redet vom Konzern als einem «polykorporativen Unternehmen»[266].

224 Indessen ist sehr fraglich, ob eine solche Differenzierung nach der einzelnen Norm möglich ist. Nehmen wir als willkürliches Anschauungsbeispiel das Arbeitsverhältnis, so kann es in Fällen einer sehr selbständigen, womöglich räumlich stark getrennten T klar sein, daß die Anknüpfung nur an sie erfolgt, das Konzernganze wäre in keinerlei Hinsicht als «Arbeitgeber» zu betrachten (z.B. betreffend Versetzungsmöglichkeiten statt Entlassung). Viel zweifelhafter, ja deutlich im Gegensinn kann die Sache aber liegen, wenn der Konzern straff zentral geführt wird, örtlich konzentriert ist und beispielsweise das Personal von einer einheitlichen Personalabteilung betreut wird. Mithin liegt wohl bei weitem das wichtigste Differenzierungsmoment in der *sehr verschiedenen Struktur der einzelnen Konzerne,* nicht in der Art der Normen.

225 Nun fehlt aber der Rechtslehre bis heute fast jeder Ansatz einer juristischen Erarbeitung der Unternehmensorganisation. Das *Innere* des Unternehmens entzieht sich ihrem Zugriff. Die entsprechenden Elemente, welche eine qualitative Erfassung, wie sie für das Recht nötig ist, von verschiedenen Dezentralisationsgraden ermöglichen würden, sind anscheinend auch nicht einfach von der Betriebswirtschaftslehre beziehbar. Es besteht auch namentlich keinerlei Gewähr dafür, daß die formelle Strukturierung des Konzerns in die einzelnen Stämme und Einheiten juristischer Personen der tatsächlichen Organisation entspricht. Heute ist aber doch zumindest die *Tendenz* deutlich feststellbar, mit der formellen Aufgliederung auch organisatorische Gegebenheiten zum Ausdruck zu bringen. Zahlreiche Gründungen sind vornehmlich durch solche Gesichtspunkte motiviert. Das Bedürfnis, den Konzern nicht über denselben Leisten wie das Einheitsunternehmen zu schlagen, gewinnt damit an Aktualität.

226 In Anbetracht der Notwendigkeit, vorläufig auf alle rechtlichen Kriterien intern im Unternehmen zu verzichten, bleibt

[263] Insbes. FRIEDLÄNDER, S. 42–45, FLECHTHEIM, S. 40, KRONSTEIN, S. 3 u.a.; in der Schweiz dann v.a. W. v. STEIGER, S. 270a–278a.

[264] S. 79f., 84.

[265] RAISER, Konzernbildung, S. 51–56

[266] BÄLZ, S. 320–338.

einem Konzernrecht grundsätzlich nur der ja/nein-Entscheid zwischen Einheit und Vielheit. Immerhin hat es zwei (grobe) Mittel zur Differenzierung gegen das von einem einzigen Subjekt getragene Einheitsunternehmen. Dies ist einmal der *Verzicht auf eigene Rechtspersönlichkeit,* womit die formal anknüpfenden Rechtsvorschriften (Steuerrecht u. a.) auf die einzelnen Konzerngesellschaften verwiesen sind, und zudem, als ein Vorschlag dieses Berichts, die *dispositive Ausgestaltung* einer Einheitsbehandlung. Letztgenannte läßt die Möglichkeit offen, daß der außenstehende Partner insbesondere in Würdigung stark dezentralisierter Verhältnisse auf die Einheitsbehandlung verzichtet. Will sich eine Konzerngesellschaft generell so behandelt wissen, so hätte sie dies deutlich (z. B. in der Firma) zum Ausdruck zu bringen und würde damit die entsprechende Meinungsbildung der Außenstehenden auslösen.

Auch in dezentralisierten Organisationen sind aber die Verhältnisse in der Schweiz heute wohl (noch) so, daß eine Interesseneinheit in aller Regel zu bejahen ist, womit der Ansatzpunkt für ein Konzernrecht gegeben ist. Die Autonomie der T dürfte sich nämlich meist nur soweit erstrecken, als nicht Interessen des übrigen Konzerns berührt sind. Eine Dezentralisierung, wie sie etwa General Motors nachgesagt wird, wo die Teile eine Art demokratisch-mitgliedschaftliche Rolle einnehmen, ist hier nicht bekannt.

Es ist auch zu bedenken, daß das Recht zu einer *generellen* Festlegung des Konzerntatbestands gelangen muß, so wahr eben, wie dargestellt, nicht erst die einzelne Weisung das Bedürfnis nach einem Konzernrecht entstehen läßt. Die Einordnung, die einheitliche Oberleitung, auf die es ankommt, ist ihrerseits ein genereller Sachverhalt. Er kann darum zu bejahen sein, auch wenn in einzelnen Angelegenheiten da und dort faktisch auf die Ausübung der Leitungsfunktion verzichtet wird.

Jedenfalls wäre es nicht berechtigt, wegen der Varietät der Erscheinungsformen der Konzerne, mithin wegen des Problems der Konzerndefinition, das Vorhaben eines Konzernrechts als solches aufzugeben, wie dies vor allem in Frankreich geäußert wurde[267].

Freilich ist zu erkennen, daß die Anhandnahme des Konzerns durch das Recht an und für sich schon seine Eigenschaft als Mittelding zwischen Einheit und Vielheit beeinträchtigt. Ein Konzernrecht ist insofern a priori ein Verrat an der Konzernidee, als

[267] BÉZARD et al., S. 257 u. a., BOUCOURÉCHLIEV, in: LIÈGE, S. 76.

bis heute das Wesen des Konzerns auch die *freie Bestimmungsmöglichkeit für die Konzernleitung* beinhaltet, als Einheit oder Vielheit aufzutreten. Es steht ihr in einem gewissen Rahmen frei, die Zugehörigkeit der einzelnen T zum Konzern zu betonen oder aber in den Hintergrund treten, ja unerkannt zu lassen. Diese Freiheit könnte als ein Element der Freiheit zur eigenen Organisation Legitimität beanspruchen, aber nur, wenn das Äußere tatsächlich Reflex des Innern ist, was heute noch keineswegs sichergestellt ist. Der Erlaß eines Konzernrechts müßte deshalb diesen heute gegebenen Spielraum für die Konzerne aufgeben, Einheit oder Vielheit wäre von Rechts wegen fixiert. Das bedeutet aber nicht, daß das Interesse der Konzernleitungen zum vornherein gegen ein Konzernrecht spricht; die Motivation dazu muß sich aus grundsätzlichen Überlegungen im Sinne von Ziff. 1 oben herleiten.

5.

Die Wissenschaft hat ihre Aufgabe in der Vorbereitung eines Konzernrechts noch nicht erfüllt.

230 Ist anerkannt, daß der Konzern der Rechtsgestaltung noch Aufgaben stellt, so bleiben diese Aufgaben zu verteilen. Als Rollenträger kommt nicht nur der (Privatrechts-)Gesetzgeber in Betracht, sondern auch der Richter als Interpret und Lückenfüller unter geltendem Recht, und schließlich aber auch die Wissenschaft als Bildnerin der «bewährten Lehre» im Sinn von Art. 1 ZGB, aber auch als notwendige Vorbereiterin von Aktionen des Gesetzgebers. Dabei ist das rechtliche Konzernproblem dadurch gekennzeichnet, daß das geltende Recht formell Antworten gibt, so daß es zudem herauszuarbeiten gilt, daß diese Antworten materiell für den Konzernfall keine Gültigkeit haben, daß also unechte Lücken vorliegen – auch dies eine primär der Wissenschaft obliegende Aufgabe.

231 Die Wissenschaft ist diesen Aufgaben bisher nur teilweise nachgekommen. Sie hat das Ungenügen der Konzeption des geltenden Gesellschaftsrechts für den Konzern zwar klar erkannt und artikuliert, aber darob die Fülle von Problemen außerhalb des Gesellschaftsrechts fast unbeachtet gelassen. Und die Position der Elemente Beherrschung, Leitung, Einordnung und anderer innerhalb des Systems eines Konzernrechts bedürfen noch weiterer Grundlagenforschung. Vor allem aber bleiben differen-

zierte Lösungen unmöglich, solange dezentralisierte Organisationen nicht als rechtliche Strukturen gefaßt werden können. Alle diese Traktanden hindern freilich nicht, daß die bereits intensiver vorbereiteten Bereiche, wie namentlich der Schutz der freien Aktionäre und Gläubiger von T, schon bald zu neuem Recht sollten führen können.

Die genannten Aufgaben zeigen, daß mit «Wissenschaft» keineswegs nur die Rechtswissenschaft gemeint sein muß, sondern daß zumindest auch die Betriebswirtschaft ihren Beitrag schuldet. Der Jurist muß aber der Initiant, der Fragende sein, denn es geht um die Anknüpfung von Rechtsfolgen, um seine Problemstellung. Unabdingbar ist aber über alle Wissenschaft hinaus, daß die Wirtschaftspraxis den Zugang zur praktischen Anschauung ermöglicht. Ihre Kooperation ist also nötig; die Durchbrechung jenes circulus vitiosus ist dringend erwünscht, welcher die Unternehmen aus der Erwartung, daß alles weitere Recht ihnen nur neue Hindernisse bringen kann, sich gegen alle Gedanken auf Fortentwicklung des Rechts verschließen läßt, und welcher dann tatsächlich zu den «akademischen», an den Interessen und Gegebenheiten des Wirtschaftslebens vorbeiargumentierenden Postulaten führt. Das Konzernrecht ist heute *die* Bewährungsprobe einer solchen Verständigung.

Prof. Jean Nicolas Druey
Erbstraße 17
CH-8700 Küsnacht