

## Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik

von Prof. Dr. Roland von Büren, Rechtsanwalt<sup>1</sup>, Bern und  
Michael Huber, Fürsprecher<sup>2</sup>, Bern

*Henry Peter and Francesca Birchler<sup>3</sup> have recently suggested to apply the rules on unregistered partnerships (Art. 530 Code of Obligations) to groups of companies. In their opinion, the traditional approach, i.e. to consider companies that are members of a group as legally independent corporations, leads to unsatisfactory, and sometimes even very disturbing results – especially in case of insolvency within the group. Replacing the traditional by a partnership approach should permit creative developments, mem-*

*bers of the groups being jointly and severally liable with respect to creditors of any member of the group or even of the group as a whole. In this article, von Büren and Huber strongly oppose this partnership approach, as they believe that groups of companies cannot be considered as partnerships. In addition, they believe that the legal consequences of having groups of companies considered as a partnership are not acceptable.*

### Inhaltsübersicht

#### A. Einleitung

#### B. Sind die Begriffsmerkmale der einfachen Gesellschaft bei einem Konzern überhaupt gegeben?

1. Fehlender gemeinsamer Zweck der Gesellschafter
2. Fehlender Gesellschaftsvertrag
3. Einfache Gesellschaft und Führung eines kaufmännischen Unternehmens

#### C. Welche Rechtsfolgen hätte die Qualifikation des Konzerns als einfache Gesellschaft?

1. Unpraktikables Einstimmigkeitsprinzip für Konzernbeschlüsse
2. Entzug der Geschäftsführungsbefugnis der Konzernleitung durch abhängige Unternehmen aus wichtigem Grund

3. Erfordernis eines Beschlusses zur Verteilung von Konzerngewinn und -verlust

4. Einsichtsrecht der abhängigen Unternehmen in Konzernangelegenheiten

5. Vertretung des Konzerns durch abhängige Unternehmen

6. Haftung der Konzernunternehmen im Innenverhältnis

7. Gemeinschaftliche Berechtigung an Vermögenswerten

8. Recht der abhängigen Unternehmen zur Klage auf Auflösung des Konzerns aus wichtigem Grund

9. «Kündigung» des Konzerns durch abhängige Unternehmen

#### D. Zusammenfassung

### A. Einleitung

Der fundamentale Irrtum der beiden Autoren des Beitrags «Les groupes de sociétés sont des sociétés

<sup>1</sup> Ordinarius für Handelsrecht, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, Präsident der Eidgenössischen Wettbewerbskommission.

<sup>2</sup> Assistent am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

<sup>3</sup> *Henry Peter/Francesca Birchler*, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW/RSDA 70 (1998) S. 113 ff.

simples» zeigt sich schon im ersten Satz der Einleitung: «Les groupes de sociétés donnent, souvent délibérément, l'impression de constituer un tout.» Diese Aussage ist im Ansatz verfehlt. Der Konzern muss nämlich nach der Definition des Gesetzgebers in OR 663e I eine Zusammenfassung mehrerer juristisch selbständiger Unternehmen unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung darstellen. Wo es an dieser einheitlichen Leitung fehlt, liegt gar kein Konzern vor. Diese (wirtschaftliche, nicht juristische) Einheit – von der die Autoren sagen, Konzerne würden oft den Eindruck einer solchen erwecken – ist nichts anderes als

ein Begriffsmerkmal eines jeden Konzerns. Der Konzern lebt in diesem Dualismus zwischen juristischer Selbständigkeit seiner Glieder und der wirtschaftlichen Einheit des Ganzen: Die Aufgabe der juristischen Selbständigkeit einerseits würde zu einem einzigen Grossunternehmen mit unzähligen Zweigniederlassungen führen, und eine der wichtigsten «*raisons d'être*» des Konzerns – nämlich die Errichtung juristisch dichter Schotten zwischen den Konzerngliedern – würde damit aufgegeben. Die Aufgabe der wirtschaftlichen Einheit andererseits würde bedeuten, dass anstelle eines Konzerns eine blosser Holdinggesellschaft ohne operativen Einfluss auf ihr Beteiligungsportfolio vorliegen würde.

Im Folgenden soll vorerst gezeigt werden, dass ein Konzern die für eine einfache Gesellschaft erforderlichen Begriffsmerkmale gar nicht aufweist und dass – selbst wenn dies der Fall wäre – die Qualifikation eines Konzerns als einfache Gesellschaft in der Praxis zu inakzeptablen Rechtsfolgen führen würde.

## B. Sind die Begriffsmerkmale der einfachen Gesellschaft bei einem Konzern überhaupt gegeben?

Voraussetzung für die Qualifikation des Konzerns als einfache Gesellschaft ist, dass die Begriffsmerkmale dieser Gesellschaftsform beim Konzern vorliegen<sup>4</sup>.

Gemäss der Legaldefinition in OR 530 stellt die einfache Gesellschaft

- die vertragsmässige Verbindung
- von zwei oder mehreren Personen
- zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks
- mit gemeinsamen Kräften und Mitteln dar.
- Die einfache Gesellschaft darf zudem nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllen.

Von diesen fünf Begriffsmerkmalen sind beim Konzern lediglich zwei bzw. allenfalls drei gegeben: Es handelt sich um eine Zusammenfassung von zwei oder mehreren Personen, welche gemeinsam Kräfte und Mittel einsetzen. Ein Gesellschaftsvertrag liegt

dagegen nur im Falle eines Vertragskonzerns vor, der in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland praktisch nicht vorkommt. Beim sogenannten faktischen Konzern beruht die Konzernierung auf Beherrschung durch Beteiligung, personeller Verflechtung, wirtschaftlichem Einfluss oder einer Kombination dieser Elemente, jedoch nicht auf Vertrag<sup>5</sup>.

Die übrigen Begriffsmerkmale der einfachen Gesellschaft dagegen fehlen beim Konzern.

### 1. Fehlender gemeinsamer Zweck der Gesellschafter

Der gemeinsame Zweck der Gesellschafter ist das Element, welches das Wesen jeder Gesellschaft ausmacht<sup>6</sup>. *Peter/Birchler* machen geltend, dass im Konzernverhältnis der gemeinsame Zweck die Verfolgung des Konzerninteresses sei, d.h. die Maximierung des Erfolgs des Konzerns als Ganzes. Nach dieser Argumentation müsste der Gesellschaftszweck jedes einzelnen Konzernunternehmens die Verfolgung dieses Konzerninteresses sein.

Diese Überlegung greift zu kurz: Es ist zwar durchaus denkbar, dass sich der Gesellschaftszweck des herrschenden Unternehmens mit demjenigen des abhängigen Unternehmens deckt. Dies muss jedoch nicht und wird häufig auch nicht so sein<sup>7</sup>: Im Konzern ist allein das Interesse des Gesamtkonzerns massgebend, welches von der Konzernleitung definiert und durchgesetzt wird. Die Beherrschung im Konzern geschieht nicht von unten nach oben, sondern stets von oben nach unten. Die Konzernleitung ist nicht nur zur Leitung des Konzerns befugt, sondern es trifft sie eine Konzernleitungspflicht<sup>8</sup>. Sie allein ist dafür verantwortlich, dass die Interessen des Konzerns als Ganzes durchgesetzt werden, wenn nötig auch gegen den Willen und notfalls sogar in krassem Widerspruch zu den Interessen der abhängigen Unternehmen<sup>9</sup>. Was

<sup>5</sup> von Büren (zit. Fn 4), S. 79 ff.

<sup>6</sup> Statt vieler *Theo Gühli/Max Kummer/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 585; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 12 N 18 ff., *Werner von Steiger*, Handelsrecht, Schweizerisches Privatrecht VIII/1, Basel und Stuttgart 1976, S. 334 f.

<sup>7</sup> Vgl. dazu ausführlich von Büren (zit. Fn 4), S. 85 ff.

<sup>8</sup> von Büren (zit. Fn 4), S. 54 ff., 59 ff.; *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 109 ff.

<sup>9</sup> Z.B. die Verhinderung einer Expansion in ein Land, wo bereits ein anderes Konzernunternehmen seine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

<sup>4</sup> Nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob die einzelnen Konzernunternehmen einfache Gesellschaften sein können; vgl. dazu *Roland von Büren*, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Basel und Frankfurt am Main 1997, S. 239 f., 244.

allein zählt, ist der Erfolg des Konzerns als Ganzes. Die Interessen der abhängigen Unternehmen werden den Konzerninteressen also stets untergeordnet.

Die abhängigen Unternehmen sind an diesem Entscheidprozess nicht beteiligt. Ihre Interessen werden dem Konzerninteresse vollständig untergeordnet, auch wenn dies zu Ungunsten oder sogar gegen den Willen der abhängigen Unternehmen ist. Daraus ist klar ersichtlich, dass es an der für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft erforderlichen Interessenparallelität der Gesellschafter und damit am «animus societatis» in einem Konzern fehlt<sup>10</sup>.

Dies ist auch die Meinung des Bundesgerichts, welches im Entscheid 4C.472/1997 vom 16. April 1998<sup>11</sup> klar festgestellt hat, dass die Zugehörigkeit eines Unternehmens zu einem Konzern bzw. sogar ein «gemeinsamer Marktauftritt» für sich allein nicht ausreicht, um eine einfache Gesellschaft zu begründen. Es sei unerlässlich, dass jeder Beteiligte einen Beitrag leiste.

## 2. Fehlender Gesellschaftsvertrag

Die einfache Gesellschaft ist eine vertragliche Verbindung, die formfrei eingegangen werden kann, auch durch konkludentes Verhalten der Beteiligten<sup>12, 13</sup>.

Bei *Vertragskonzernen* liegt zwar ein Gesellschaftsvertrag vor. Vertragskonzerne kommen in der Schweiz – wie bereits erwähnt – jedoch praktisch

nicht vor<sup>14</sup>, sondern *faktische Konzerne* sind der Regelfall. Die Unternehmenszusammenfassung beruht in diesem Fall nicht auf einem Vertrag, sondern auf einem faktischen Machtverhältnis. Das herrschende Unternehmen erwirbt die Kontrolle über das abhängige Unternehmen, und es kommt zur Unterwerfung<sup>15</sup>.

*Peter/Birchler*<sup>16</sup> argumentieren, dass sich die abhängigen Unternehmen den Weisungen des herrschenden Unternehmens widersetzen könnten. Sie seien juristisch unabhängige Gesellschaften und damit in ihrer Entscheidung nach wie vor frei. Wenn sie ihr Handeln nicht nach dem Konzerninteresse ausrichten, entstehe höchstens eine Schadenersatzpflicht<sup>17</sup>. Der Umstand, dass sich die abhängigen Unternehmen trotzdem dem Konzerninteresse unterwerfen und die Weisungen der Konzernleitung befolgen, lasse auf einen animus societatis schliessen.

Diese Betrachtungsweise ist ausserordentlich formalistisch: Aus der juristischen Selbständigkeit der abhängigen Unternehmen kann nicht auf eine allgemeine Unabhängigkeit geschlossen werden. Aus dem Konzernbegriff<sup>18</sup> ergibt sich unmissverständlich, dass die abhängigen Unternehmen unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung stehen und folglich in ihrem Handeln eben gerade nicht eigenständig sind. Wer Weisungen befolgt, weil er Sanktionen befürchtet, handelt nicht frei. Beim faktischen Konzern liegt also kein Gesellschaftsvertrag vor.

## 3. Einfache Gesellschaft und Führung eines kaufmännischen Unternehmens

Eine einfache Gesellschaft liegt nur dann vor, wenn nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind<sup>19</sup>. Eine einfache Gesell-

<sup>10</sup> Dies gilt auch für den Gleichordnungs- bzw. Koordinationskonzern, bei dem sich mehrere Unternehmen nicht in einem Subordinationsverhältnis, sondern als gleichberechtigte Partner gegenüberstehen (von Büren, zit. Fn 4, S. 29). Die abhängigen Unternehmen bestimmen in diesem Fall zwar die Oberleitung, diese wird aber – sobald sie ihre Funktionen auszuüben beginnt – allein für die Wahrung des Konzerninteresses verantwortlich sein.

<sup>11</sup> Zur Publikation vorgesehen. Das Urteil wird von *Roland von Büren* in einer der nächsten Nummern dieser Zeitschrift besprochen.

<sup>12</sup> BGE 108 II 208, 109 II 320; *Alexander Vogel*, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997, S. 178.

<sup>13</sup> Von der durch konkludentes Verhalten eingegangenen einfachen Gesellschaft ist die sog. «faktische Gesellschaft» zu unterscheiden. Bei ihr besteht *kein* Gesellschaftsvertrag. Die Gesellschaft entsteht einzig auf Grund faktischer Vorgänge; vgl. *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 311. Eine faktische Gesellschaft liegt insbesondere dann vor, wenn ein mit Mängeln behafteter Gesellschaftsvertrag nachträglich ex tunc dahinfällt; vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 1 N 38 ff.

<sup>14</sup> *von Büren* (zit. Fn 4), S. 28; *Markus P. Stebler*, Konzernrecht in der Schweiz – ein Überblick über den Stand von Lehre und Rechtsprechung, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern/Stuttgart 1988, S. 9 ff.

<sup>15</sup> *Handschin* (zit. Fn 8), S. 62 f.

<sup>16</sup> *Peter/Birchler* (zit. Fn 3), S. 119 f.

<sup>17</sup> Z.B. beim fiduziarischen Verwaltungsrat: Es besteht ein Mandatsvertrag zwischen dem herrschenden Unternehmen und dem fiduziarischen Verwaltungsrat als dessen Vertreter im Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens. Verfolgt er die Konzerninteressen nicht genügend, wird er gemäss OR 398 wegen nicht gehöriger Vertragserfüllung schadenersatzpflichtig; vgl. zum Ganzen *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1633 ff.; *von Büren* (zit. Fn 4), S. 163 ff.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 319.

<sup>18</sup> OR 663e I.

<sup>19</sup> OR 530 II.

schaft kann neben ideellen auch wirtschaftliche Zwecke verfolgen<sup>20</sup>. Tut sie dies jedoch, indem sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen<sup>21</sup> betreibt, so liegt eine Kollektivgesellschaft vor.

Konzernunternehmen führen regelmässig ein kaufmännisches Unternehmen. Beim Konzern wären aber ausschliesslich juristische Personen Gesellschafter der einfachen Gesellschaft. Juristische Personen kommen als Gesellschafter der Kollektivgesellschaft nicht in Frage<sup>22</sup>. Die Praxis lässt in diesem Fall zwar ausnahmsweise eine einfache Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister zu<sup>23</sup>. Diese Praxis ist allerdings nicht unumstritten<sup>24</sup>. *Peter Gauch* bringt es auf den Punkt: «Hätte der Gesetzgeber die Eintragung eines in einfacher Gesellschaft betriebenen Geschäftes gewollt, so hätte er die einfache Gesellschaft als mögliches Eintragungssubjekt und die Geschäftseintragung auf deren Registerblatt vorgesehen. Dies hat er nicht getan. (...) Es geht nicht an, eine Geschäftseintragung auf dem Umweg über einzelne Gesellschafter dennoch herbeizuführen»<sup>25</sup>.

Gesellschaftsvertragliche Verbindungen, an denen juristische Personen beteiligt sind und in deren Rahmen ein kaufmännisches Unternehmen betrieben wird, können also dogmatisch korrekt nicht als einfache Gesellschaft qualifiziert werden. Es stehen dafür andere Gesellschaftsformen (wie z.B. Kollektivgesellschaft, AG oder GmbH sowie Genossenschaft) zur

Verfügung. Die umstrittene Praxis des Bundesgerichts<sup>26</sup> nun auch noch auf Konzernverhältnisse ausdehnen zu wollen, würde den bereits überdehnten Bogen wohl endgültig überspannen.

### C. Welche Rechtsfolgen hätte die Qualifikation des Konzerns als einfache Gesellschaft?

Unter B. wurde dargestellt, dass der Konzern die Begriffsmerkmale der einfachen Gesellschaft nicht erfüllt. Selbst wenn man unterstellen würde, dass der Konzern eine einfache Gesellschaft sei, zeigen die zahlreichen unerwünschten Rechtsfolgen, dass eine derartige Qualifizierung in der Praxis zu unannehmbaren Konsequenzen führen würde.

#### I. Unpraktikables Einstimmigkeitsprinzip für Konzernbeschlüsse

Gesellschaftsbeschlüsse werden gemäss OR 534 I mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst. Sie bedürfen also der Einstimmigkeit<sup>27</sup>. Zwar brauchen nicht alle Entscheidungen in der einfachen Gesellschaft Gegenstand von Beschlüssen zu sein. In weiten Bereichen kann jeder Gesellschafter allein Entscheide treffen<sup>28</sup>. Ferner gilt das Einstimmigkeitsprinzip nicht absolut für alle Gesellschaftsbeschlüsse: Die Parteien können gemäss OR 534 II im Gesellschaftsvertrag auch Mehrheitsbeschlüsse vorsehen. Das Kopfstimmprinzip ist diesfalls nicht zwingend. Die Parteien können auch eine andere Berechnung der Stimmkraft vorsehen<sup>29</sup>.

Trotz dieser möglichen Einschränkungen des Einstimmigkeitsprinzips können Gesellschaftsbeschlüsse, die zu einer *Abänderung des Gesellschaftsvertrages* führen, in jedem Fall nur einstimmig gefasst werden, auch wenn Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen sind<sup>30, 31</sup>. Sodann ist gemäss OR 535 III zur Bestellung

<sup>20</sup> *Martin Furrer*, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Diss. Zürich 1996, S. 54; *Lukas Handschin*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1994, Art. 530 N 4; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 12 N 23 ff.; *Alfred Siegwart*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Zürich 1938, Art. 530 N 18; *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 334.

<sup>21</sup> Zum Begriff des kaufmännischen Unternehmens vgl. OR 934 I, HRegV 52–56.

<sup>22</sup> *Carl Baudenbacher*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1994, Art. 552 N 6; *Hartmann* (zit. Fn 24), Rz. 25 zu Art. 552; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 4 N 62 f.

<sup>23</sup> BGE 79 I 179, 84 II 381.

<sup>24</sup> *von Büren* (Fn 4), S. 239 f.; *Martin Eckert*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1994, Art. 934 N 4; *Peter Gauch*, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974, S. 109 f. N 540, 544 f.; *Guhll/Merzl Druey* (zit. Fn 6), S. 584; *Wilhelm Hartmann*, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII/1: Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (OR 552–619), Bern 1943, Rz. 4 zu Art. 552; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 4 N 61 ff.; *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 334.

<sup>25</sup> *Gauch* (zit. Fn 24), S. 110 N 545.

<sup>26</sup> BGE 79 I 179.

<sup>27</sup> *Handschin* (zit. Fn 20), Art. 534 N 3; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 12 N 45; *Siegwart* (zit. Fn 20), Art. 534 N 6; *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 395.

<sup>28</sup> *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 12 N 48.

<sup>29</sup> *Handschin* (zit. Fn 20), Art. 534 N 4; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 12 N 47; *Siegwart* (zit. Fn 20), Art. 534 N 8; *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 396.

<sup>30</sup> *Handschin* (zit. Fn 20), Art. 534 N 5; *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 396.

<sup>31</sup> Der Gesellschaftsvertrag müsste solche Beschlüsse ausdrücklich vorsehen, vgl. *Handschin* (zit. Fn 20), Art. 534 N 5; *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 396; a.M. *Siegwart* (zit.

von Generalbevollmächtigten<sup>32</sup> und zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen<sup>33</sup>, die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich, sofern nicht Gefahr im Verzuge liegt.

Diese Regelung im Recht der einfachen Gesellschaft hätte für den Konzern einschneidende Konsequenzen. Müssten Beschlüsse einstimmig gefasst werden, hätte dies zur Folge, dass jedes einzelne Konzernunternehmen – so klein und unbedeutend es auch sei – seine Zustimmung zu geben hätte. Grosskonzerne mit einer Vielzahl von abhängigen Unternehmen würden dadurch faktisch gelähmt: Die Konzernierung eines neuen Unternehmens, die Gründung einer Tochtergesellschaft oder eine konzerninterne Fusion würde eine Änderung der Mitgliederstruktur des Konzerns darstellen und damit die Änderung des Gesellschaftsvertrags erfordern, was wiederum der Zustimmung jedes einzelnen Konzernunternehmens bedürfte. Jedes Konzernunternehmen hätte dabei quasi ein Vetorecht und könnte die Entwicklung eines Konzerns völlig blockieren.

Eine derartige Beschlussfassung steht im krassen Widerspruch zur Konzernwirklichkeit: Es ist einzig und allein die Konzernleitung, welche entscheidet. Die einzelnen abhängigen Unternehmen werden nicht in den Beschlussfassungsprozess einbezogen. Das Einstimmigkeitsprinzip der einfachen Gesellschaft ist im Konzernverhältnis schlichtweg nicht praktikabel.

## 2. Entzug der Geschäftsführungsbefugnis der Konzernleitung durch abhängige Unternehmen aus wichtigem Grund

Einem Gesellschafter kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von jedem der übrigen Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden (OR 539 II und III). Dies gilt nicht nur für die gesellschaftsvertraglich oder durch Gesellschaftsbeschluss eingeräumte Geschäftsführungsbefugnis, sondern auch für die kraft Gesetz ausgeübte Geschäftsführung<sup>34</sup> (OR 535). Dieses Mitgliedschaftsrecht ist

absolut, unentziehbar und unverzichtbar und steht jedem Gesellschafter einzeln zu<sup>35</sup>.

Auf den Konzern übertragen würde diese Regelung bedeuten, dass ein Konzernunternehmen der Konzernleitung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Befugnis zur Geschäftsführung entziehen könnte. Die Konzernleitung könnte also ihre Konzernleitungspflicht nicht mehr wahrnehmen. Folglich würde gar kein Konzern mehr vorliegen, da ein Begriffselement des Konzerns – die einheitliche wirtschaftliche Leitung – entfallen würde. Es läge also im Ermessen eines abhängigen Unternehmens, den Gesamtkonzern aufzulösen.

Auch dies zeigt deutlich, dass sich die Normen der einfachen Gesellschaft nicht auf den Konzern anwenden lassen.

## 3. Erfordernis eines Beschlusses zur Verteilung von Konzerngewinn und -verlust

Würde ein Konzern tatsächlich eine einfache Gesellschaft darstellen, so müssten alle Konzerngesellschaften als einfache Gesellschafter über die Verwendung des Konzerngewinns beschliessen. Sowohl das Ausmass als auch das gegenseitige Verhältnis der Gewinn- und Verlustbeteiligung kann in der einfachen Gesellschaft durch Gesellschaftsbeschluss in beliebiger Weise geordnet werden<sup>36</sup>. Bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung käme die dispositive Norm von OR 533 I zum Tragen, wonach jeder Gesellschafter – und zwar unabhängig von der Grösse seines Unternehmens – den gleichen Anteil am Gewinn, aber auch am Verlust hätte.

Diese Regelung lässt sich realistischerweise nicht auf den Konzern anwenden: Zwar besteht für den Konzern als Ganzes eine Konsolidierungspflicht<sup>37</sup>. Die einzelnen Konzernunternehmen führen jedoch gesondert Rechnung und weisen ihren eigenen Gewinn oder Verlust aus. Auch steuerlich werden sie als eigene Rechtssubjekte behandelt. Eine beliebige Gewinnverteilung unabhängig von den durch die abhängigen Unternehmen selbst erwirtschafteten Erträgen würde steuerlich mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht an-

Fn 20), Art. 535 N 9. Im Konzern liegt jedoch gar kein ausformulierter Gesellschaftsvertrag vor.

<sup>32</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (zit. Fn 6), § 12 N 48, 52.

<sup>33</sup> Zur Abgrenzung zwischen gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Rechtshandlungen ausführlich: Siegart (zit. Fn 20), Art. 535 N 6 ff.; von Steiger (zit. Fn 6), S. 392 ff.

<sup>34</sup> Handschin (zit. Fn 20), Art. 539 N 1; Siegart (zit. Fn 20), Art. 539 N 1 ff.; von Steiger (zit. Fn 6), S. 401.

<sup>35</sup> von Steiger (zit. Fn 6), S. 400.

<sup>36</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser (zit. Fn 6), § 12 N 41 f.; von Steiger (zit. Fn 6), S. 387.

<sup>37</sup> Dem Konzern kommt juristisch keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, es wird nur eine konsolidierte Jahresrechnung erstellt (OR 663e I). Eine Pflicht zur Erstellung einer laufenden einheitlichen Rechnung des Konzerns besteht nicht; vgl. von Büren (zit. Fn 4), S. 90 ff.; Handschin (zit. Fn 8), S. 188 ff.

erkannt und wäre auch aktienrechtlich unter dem Aspekt von OR 678 kaum zu rechtfertigen.

Es ist in einem Konzern allein die Konzernleitung, welche über die Verwendung der im Konzern erwirtschafteten Gewinne zu entscheiden hat. Diese Aufgabe gehört sogar zu den zentralen Funktionen einer Konzernleitung<sup>38</sup>, da der Einsatz der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel im Zentrum der Konzernstrategie steht und damit unabdingbare Voraussetzung für die in OR 663e I für einen Konzern geforderte einheitliche wirtschaftliche Leitung darstellt.

#### 4. Einsichtsrecht der abhängigen Unternehmen in Konzernangelegenheiten

OR 541 gewährt den nicht mit der Geschäftsführung betrauten Mitgliedern einer einfachen Gesellschaft – d.h. im Konzern allen abhängigen Unternehmen – ein umfassendes und unentziehbares<sup>39</sup> Recht auf Einsicht in Gesellschaftsangelegenheiten.

Dies würde bedeuten, dass die abhängigen Unternehmen das Recht hätten, sich jederzeit persönlich vom Gang der Gesellschaftsangelegenheiten im gesamten Konzern ins Bild zu setzen. Dazu würden insbesondere gehören: Der Zutritt zum Geschäftslokal sowie die Feststellung der Existenz und der Qualität des Gesellschaftsvermögens<sup>40</sup>, die Einsicht in Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft<sup>41</sup>, und zwar nicht nur bei der Konzernleitung, sondern bei sämtlichen Konzernunternehmen.

Für den Konzern ist ein solch weitgehendes Einsichtsrecht der einzelnen Konzernunternehmen schlicht undenkbar. Die Geheimhaltung von brisanten Projekten (wie z.B. bevorstehenden Umstrukturierungen, Akquisitionen oder Spin-offs) bzw. von bevorstehenden Personalentscheidungen würde verunmöglicht. Ein derartig weitgehendes Einsichtsrecht stünde sogar im Widerspruch zur Schutzklausel von OR 663h<sup>42</sup>, wonach in der Konzernrechnung auf An-

gaben verzichtet werden kann, welche dem Konzern erhebliche Nachteile bringen können<sup>43,44</sup>.

#### 5. Vertretung des Konzerns durch abhängige Unternehmen

Es stellt sich die Frage, welche Wirkungen das Geschäftsverhalten eines einzelnen Konzernunternehmens nach dem Recht der einfachen Gesellschaft auf den Konzern als Ganzes hätte.

OR 543 I regelt den Fall, wenn ein Gesellschafter *in eigenem Namen*, aber auf Rechnung des Konzerns handelt. Ein Gesellschafter wird dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet, wenn er zwar für Rechnung der Gesellschaft, aber in eigenem Namen mit einem Dritten Geschäfte abschliesst. Diese Bestimmung ist für den Konzern unproblematisch, da nur das handelnde Konzernunternehmen verpflichtet wird und keine Wirkungen auf den Konzern bzw. die anderen Konzernunternehmen entstehen.

Für das Handeln eines Gesellschafters *im Namen der Gesellschaft* ist OR 543 II heranzuziehen. Dort wird auf die Bestimmungen über die *direkte Stellvertretung* (OR 32 ff.) verwiesen. Will ein Konzernunternehmen den gesamten Konzern verpflichten, muss es von ihm dazu ermächtigt sein (OR 32 I) oder das Geschäft muss nachträglich genehmigt werden (OR 38 I). Es braucht also grundsätzlich die Mitwirkung der Konzernleitung, um ein Stellvertretungsverhältnis zu begründen<sup>45</sup>. Eine solche Vollmacht wird der Konzern dem abhängigen Unternehmen jedoch nicht erteilen, da es in seinem Interesse ist, dass nur das handelnde Konzernunternehmen verpflichtet wird<sup>46</sup>. Entgegen der Meinung von *Peter/Birchler*<sup>47</sup>

*kus Neuhaus*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 1994, Art. 663h N 1 ff.

<sup>38</sup> von Büren (zit. Fn 4), S. 100 f.

<sup>38</sup> Siehe dazu von Büren (zit. Fn 4), S. 57 f.

<sup>39</sup> OR 541 II. Eine Beschränkung besteht nur durch das Rechtsmissbrauchsverbot; vgl. *Handschin* (zit. Fn 20), Art. 541 N 9; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Fn 6), § 12 N 47; *von Steiger* (zit. Fn 6), S. 404.

<sup>40</sup> *Handschin* (zit. Fn 20), Art. 541 N 4; *Siegwart* (zit. Fn 20), Art. 41 N 2 ff.

<sup>41</sup> Das Einsichtsrecht ist umfassend: Nicht nur Geschäftsbücher und -korrespondenz sowie Belege i.S.v. OR 962 können eingesehen werden, sondern alle im Rahmen der Geschäftsführung erhaltenen und hergestellten Papiere. Dazu gehören auch Entwürfe, Notizen und Protokolle; vgl. *Handschin* (zit. Fn 20), Art. 541 N 5.

<sup>42</sup> Dazu ausführlich *Peter Bockli* (zit. Fn 17), N 873 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (zit. Fn 17), § 51 N 66 ff.; *Mar-*

<sup>43</sup> von Büren (zit. Fn 4), S. 100 f.

<sup>44</sup> Diese Bestimmung richtet sich u.E. nicht nur gegen ausstehende Dritte, sondern entfaltet auch intern im Konzern ihre Wirkung, d.h. gegenüber abhängigen Unternehmen.

<sup>45</sup> *Peter/Birchler* (zit. Fn 3) scheinen der Meinung zu sein, der Hinweis des abhängigen Unternehmens, im Namen des Konzerns zu handeln, genüge (S. 122).

<sup>46</sup> Hingegen kommt allenfalls eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht in Frage. Eine *Duldungsvollmacht* liegt vor, wenn der Konzernleitung zwar der Wille zur Vollmachterteilung fehlt, sie aber vom Auftreten des Konzernunternehmens als Vertreter des gesamten Konzerns Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet (BGE 120 II 102, 101 Ia 43, 96 II 442 f.; *Rolf Watter*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 33 N 16). Bei der *Anscheinsvollmacht* hat die Konzernleitung vom Vertreterhandeln keine Kenntnis, hätte es aber bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennen müssen und verhindern können, so dass das abhängige Unternehmen dieses Ver-

müssten auch im Falle einer Qualifizierung des Konzerns als einfache Gesellschaft beachtliche Hürden genommen werden, damit ein abhängiges Unternehmen den gesamten Konzern verpflichten kann<sup>48, 49</sup>.

Viel wichtiger als diese Frage sind jedoch die unerwünschten Rechtswirkungen bei Stellvertretungsverhältnissen zwischen Konzernunternehmen und Konzern als Ganzem: Sind nämlich Gesellschafter durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, so haften sie ihm gegenüber unter Vorbehalt anderer Vereinbarung persönlich, primär, unbeschränkt und solidarisch (OR 544 III)<sup>50</sup>. In Anwendung der Regeln über die Solidarität (OR 143 ff.) haftet jedes Konzernunternehmen also für die ganze Schuld und der Gläubiger kann nach seiner Wahl von allen Schuldern nur einen Teil oder das Ganze fordern (OR 144 I). Dies bedeutet, dass sich ein Gläubiger, der mit einem für den Konzern handelnden abhängigen Unternehmen einen Vertrag abgeschlossen hat, an alle anderen Konzernunternehmen wenden kann. Er wird sich also an dasjenige Unternehmen halten, das am finanzstärksten und für ihn am einfachsten einklagbar<sup>51</sup> ist. Es kann also ein ab-

halten als Bevollmächtigung beurteilen darf. Abhängige Unternehmen eines Konzerns weisen sehr oft in ihren Geschäftsunterlagen (Werbeprospekten, dem Briefkopf etc.) oder in anderer Weise (z.B. durch Patronatserklärungen; vgl. von Büren, zit. Fn 4, S. 327 ff.), auf ihre Einbindung in den Konzern hin. Dies alleine genügt zur Begründung einer Stellvertretung jedoch nicht (vgl. BGE 120 II 331, von Büren, zit. Fn 4, S. 60 ff., 184 ff.). Allenfalls kann aber eine Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen begründet werden. Das abhängige Unternehmen muss ausdrücklich klar machen, dass es im Namen des gesamten Konzerns als Stellvertreter handelt.

<sup>47</sup> Peter/Birchler (zit. Fn 3), S. 122.

<sup>48</sup> Insbesondere hat das Bundesgericht im bereits unter B. I. angesprochenen Entscheid 4C.472/1997 vom 16. April 1998 festgehalten, dass sich die gesetzliche Vollmachtsvermutung von OR 543 III nur auf die Ermächtigung der geschäftsführenden Gesellschafter bezieht, die Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter zu vertreten. Sie besagt hingegen nicht, dass von einem Gesellschafter getätigte Geschäfte vermutungsweise im Namen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter abgeschlossen worden sind.

<sup>49</sup> Fraglich ist, ob für den Dritten der Nachweis eines Vertretungsverhältnisses zwischen einem Konzernunternehmen und dem Konzern als Ganzem leichter fällt, als heute der Nachweis eines Vertretungsverhältnisses zwischen einem Konzernunternehmen und einem anderen Konzernunternehmen (meist dem herrschenden Unternehmen).

<sup>50</sup> Christoph M. Pestalozzi/Suzanne Wettenschwiler, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 1994, Art. 544 N 14 ff.; von Steiger (zit. Fn 6), S. 383 f.

<sup>51</sup> Es sind u.a. Gerichtsstand und Verfahrensart zu beurteilen.

hängiges Unternehmen für das Handeln eines anderen abhängigen, juristisch aber selbständigen Unternehmens – auf das sie notabene in keiner Weise Einfluss nehmen kann – zur Rechenschaft gezogen werden. Eines der wichtigsten Motive der Konzernbildung, nämlich die Haftungsbeschränkung durch die juristische Selbständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen<sup>52</sup>, würde damit aufgehoben. Die juristische Selbständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen – ein zentrales Element des Konzernbegriffs gemäss OR 663e – verkäme durch die solidarische Haftung sämtlicher Konzernunternehmen zur Farce.

## 6. Haftung der Konzernunternehmen im Innenverhältnis

Gemäss OR 537 I sind einem Gesellschafter für Auslagen oder Verbindlichkeiten, die er in den Angelegenheiten der Gesellschaft macht oder eingeht, sowie für Verluste, die er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus den untrennbar damit verbundenen Gefahren erleidet, die übrigen Gesellschafter haftbar. Davon wären alle Geschäfte betroffen, die Folge der gemeinsamen Zweckverfolgung sind, auch wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vorliegen, d.h. in einem Konzern alle Geschäfte innerhalb des Konzerninteresses<sup>53</sup>.

Die Ansprüche aus der Tätigkeit für die Gesellschaft begründen eine Forderung gegen die Gesellschaft insgesamt, für die das Gesellschaftsvermögen haftet<sup>54</sup>. Erst in einem zweiten Schritt und wenn das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, haften die Gesellschafter persönlich nach Massgabe des Innenverhältnisses, ohne besondere Vereinbarung zu gleichen Teilen, aber nicht solidarisch<sup>55</sup>.

Wie bei der Haftung im Aussenverhältnis ist die Regelung der einfachen Gesellschaft bei der Haftung im Innenverhältnis für den Konzern nicht sinnvoll: Die einzelnen Konzernunternehmen könnten unabhängig von ihrer Grösse im gleichen Ausmass zur Verantwortung gezogen werden. Wie schon bei der Gewinn- und Verlustverteilung<sup>56</sup> würde dies zu stossenden Ergebnissen führen, insbesondere bei kleinen Konzernunternehmen.

<sup>52</sup> Vgl. A.

<sup>53</sup> Handschin (zit. Fn 20), Art. 537 N 2.

<sup>54</sup> Vgl. C.5.

<sup>55</sup> Handschin (zit. Fn 20), Art. 537 N 4.

<sup>56</sup> Vgl. C.3.

## 7. Gemeinschaftliche Berechtigung an Vermögenswerten

Die einfache Gesellschaft ist weder rechtsfähig, noch stellt sie eine Rechtsgemeinschaft dar. Deren Vermögenswerte gehören den Gesellschaftern nach den Grundsätzen der gemeinschaftlichen Berechtigung<sup>57</sup>. Ohne andere vertragliche Abrede handelt es sich dabei um eine Berechtigung zur gesamten Hand. Gemäss ZGB 652 geht das Recht jedes einzelnen Gesellschafters auf die ganze Sache bzw. Forderung. Verfügungen über solche Rechte oder deren Geltendmachung können nur von allen Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen werden (ZGB 653 II)<sup>58</sup>.

Im Konzernverhältnis hätte dies geradezu absurde Folgen: So müsste einerseits z.B. beim Handel mit Waren im Gesamteigentum des Konzerns jedes einzelne Konzernunternehmen zustimmen. Im Falle eines Prozesses andererseits müssten auf Klägersseite alle Konzernunternehmen gemeinsam als notwendige Streitgenossenschaft auftreten<sup>59</sup>. Gesamthandverhältnisse im Konzern würden dessen Geschäftstätigkeit völlig lähmen.

## 8. Recht der abhängigen Unternehmen zur Klage auf Auflösung des Konzerns aus wichtigem Grund

Jeder einfache Gesellschafter kann jederzeit beim Richter die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund verlangen (OR 545 I 7 und II). Ein wichtiger Grund liegt vor, «wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr vorhanden sind, so dass die Erreichung des Gesellschaftszwecks in der bei der Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich, wesentlich erschwert oder gefährdet wird»<sup>60</sup>. Das Recht auf Auflösungsklage ist zwingend und kann nicht im Gesellschaftsvertrag wegbedungen werden. Es handelt sich um ein unentziehbares Mitgliedschaftsrecht in der einfachen Gesellschaft<sup>61</sup>.

Obwohl die Hürde für das Vorliegen eines wichtigen Grundes recht hoch ist, hinge über dem Konzern ein unheilvolles Damoklesschwert, da jedes einzelne

abhängige Unternehmen die Auflösungsklage erheben und damit allenfalls die Liquidation des gesamten Konzerns bewirken könnte. Die blosser Möglichkeit der Drohung mit der Auflösungsklage gäbe den abhängigen Unternehmen ein Druckmittel in die Hand, welches die Konzernleitung in ihrer Entscheidungsfreiheit stark einschränken würde.

## 9. «Kündigung» des Konzerns durch abhängige Unternehmen

Im Recht der einfachen Gesellschaft ist zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen Kündigung zu unterscheiden: Die ordentliche Kündigung gemäss OR 546 bzw. 545 I 6 mit sechsmonatiger Kündigungsfrist, die auch *ohne* Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgesprochen werden kann, ist im Gesetz nur dispositiv geregelt<sup>62</sup>. Die Kündigungsmöglichkeit könnte also im Konzern – angenommen es bestünde ein Gesellschaftsvertrag – ausgeschlossen werden.

Anders steht es mit der ausserordentlichen Kündigung: Diese ist nicht im Recht der einfachen Gesellschaft von OR 530–551 geregelt, sondern ergibt sich aus ZGB 27 II<sup>63</sup>. Ist einem Gesellschafter der Verbleib in der einfachen Gesellschaft nicht mehr zuzumuten, so kann er die Gesellschaft kündigen. Die Gesellschaft wird bereits mit Zugang der Kündigungserklärung aufgelöst. Eine Klage und ein Urteil sind nicht erforderlich, weshalb die Gründe wesentlich gravierender und dringender sein müssen als der wichtige Grund bei der Auflösungsklage<sup>64</sup>. Auch wenn im Konzernverhältnis ein derartiger Grund nur schwer vorstellbar ist, besteht dennoch die latente Gefahr, dass Konzerngesellschaften durch einseitige Erklärung aus dem Konzern austreten könnten.

## D. Zusammenfassung

Diese Ausführungen haben vorweg gezeigt, dass beim Konzern gar nicht alle Begriffsmerkmale der einfachen Gesellschaft vorliegen. Selbst wenn die Voraussetzungen einer einfachen Gesellschaft alle gegeben wären, stünde das Ergebnis in krassem Widerspruch zur Rechtswirklichkeit und hätte geradezu absurde Konsequenzen.

<sup>57</sup> Pestalozzi/Wettenschwiler (zit. Fn 50), Art. 544 N 3.

<sup>58</sup> von Steiger (zit. Fn 6), S. 382.

<sup>59</sup> Pestalozzi/Wettenschwiler (zit. Fn 50), Art. 544 N 4.

<sup>60</sup> BGE 20 597 f., 24 II 193, 30 II 462.

<sup>61</sup> BGE 16 362; Daniel Staehelin, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1994, Art. 545/546 N 33; von Steiger (zit. Fn 6), S. 459.

<sup>62</sup> BGE 106 II 228 f.; anders noch BGE 90 II 341.

<sup>63</sup> Gihll/Meyz/Druey (zit. Fn 6), S. 594; Staehelin (zit. Fn 61), Art. 545/546 N 29.

<sup>64</sup> Staehelin (zit. Fn 61), Art. 545/546 N 29.