

---

# Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen

---

St. Galler Gesellschaftsrechtstag 2010

15. Juni 2010 | Zürich | Dr. Alexander Vogel, LL.M.

---

# I. Rahmenbedingungen

---

# Haftungsrisiken im Konzern

---

- » Rahmenbedingungen
  - Konzernrecht?
  - Zeitpunkt der Überprüfung
  - Sanierung als kritischer Vorgang

# Konzern als wirtschaftliche Einheit v. Trennprinzip (I)

---

- » konsolidierte Rechnungslegung (OR 663e–663g)
- » weitere Beispiele:
  - BankG 3c (konsolidierte Aufsicht, etc.): **Finanzgruppe und -konglomerat**
  - VAG 63-79 (konsolidierte Aufsicht, etc.): **Versicherungsgruppe und -konglomerat**
  - StHG 28 Abs. 2 (Steuerharmonisierung/Holdingprivileg):  **Holdinggesellschaft**
  - MWStV 28 Grenzüberschreitende Entsendung von Mitarbeitenden im **Konzern**
  - ARBG 12 Übertragung der Reserven im **Konzern**
  - StGB 161 Ziff. 1 StGB (Insidertatbestand); Einbezug der **Konzernorgane**
  - KAG 2 Abs. 2 lit. e (Abgrenzung des Anwendungsbereichs): **Konzern/Holdingges.**
  - OR 671 Abs. 4 (Gesetzliche Reserven):  **Holdinggesellschaft**
  - BEHV-FINMA 10 Abs. 2 (abgestimmte Verhaltensweise): **Konzern/Unternehmensgruppe**
- » faktischer Beistandszwang (BGE 116 Ib 331 i.S. CS Gruppe; BezGer Zürich 23.6.2009 i.S. Swissair/Sabena)

## Konzern als wirtschaftliche Einheit v. Trennprinzip (II)

---

### » Konzernleitungsrecht

- teleologische Reduktion von OR 716a
- Rozenblum-Doktrin: Gesamtbetrachtung der aus der Konzernzugehörigkeit resultierenden Vor- und Nachteile
- BezGer Bülach vom 7.1.2007 i.S. Swissair: Konzernleitungs- und Beistandsrecht, sofern keine Existenzbedrohung

### » Konzernleitungspflicht

- BezGer Zürich vom 8.1.2009 i.S. Swissair/Roscor (Oberleitungspflicht bez. Finanzen des M-VR) und vom 23.6.2009 i.S. Swissair/Sabena
- BGE 122 IV 103 i.S. von Roll/Frech bez. Organisationspflicht
- Wettbewerbsrecht
- Banken- und Versicherungsrecht (VAG 22/67; AVO 191)

## Konzern als wirtschaftliche Einheit v. Trennprinzip (III)

---

- » kein Konzernkonkurs → Trennungsprinzip
  - der Konkurs der Obergesellschaft bewirkt keinen automatischen Konkurs der Untergesellschaft (und umgekehrt)
  - aber: Abhängigkeit erhöht Risiko eines Dominoeffekts
  - pro Konzerngesellschaft ein Konkursverfahren, eine Konkursmasse, ein Konkursverwalter
  
- » Organpflichten sind gegenüber der Einzelgesellschaft geschuldet
  - nur sehr beschränkte Konzernsicht (BGE 130 III 213)

---

## II. Haftungsansätze im Konzern

---

## Internationaler Kontext (I)

---

- » Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO)
- » regelt seit 31. Mai 2002 in allen Ländern der EU (mit Ausnahme Dänemarks) grenzüberschreitende Insolvenzverfahren
- » regelt gerichtliche Zuständigkeit für die Verfahrenseröffnung
- » Unterscheidung zwischen Hauptinsolvenzverfahren (COMI) und Sekundärinsolvenzverfahren
- » englischer „Insolvenzimperialismus“ bis zum Parmalat/Eurofood Urteils des EuGH → jetzt i.d.R. am Sitz der jeweiligen Konzerngesellschaft
- » Bestellung eines Konkursverwalters für mehrere Gesellschaften

## Internationaler Kontext (II)

---

### » Deutschland:

- **kodifiziertes** Konzernrecht für die AG: faktischer Konzern, Vertragskonzern und Eingliederung
- faktischer Konzern: **Nachteilsausgleich**, bei fehlendem Ausgleich Schadensersatz
- für die GmbH: Haftung für **existenzvernichtende Eingriffe**, löst frühere Rechtsprechungslinie des „qualifiziert faktischen Konzerns“ ab („Trihotel“-Entscheid vom 16.07.2007)
- frühere Regelung für sog. kapitaleretzende Darlehen wurde ersetzt durch einen allgemeinen (rechtsformunabhängigen) **Nachrang von Gesellschafterdarlehen** in der Insolvenzordnung

## Internationaler Kontext (III)

---

### » Frankreich:

- „action en comblement de passif“
- gerichtet gegen die „dirigeants de droit“ und die „**dirigeants de fait**“
- zu den „dirigeants de fait“ zählt auch die Muttergesellschaft

### » England:

- Haftung der Organe für „wrongful trading“ oder „fraudulent trading“
- haften können auch die „**shadow directors**“, d.h. u.a. die Muttergesellschaft

### » Italien:

- Haftung der Muttergesellschaft für missbräuchlichen Gebrauch der Leitungsgewalt
- Theorie der „**vantaggi compensativi**“

## Schweiz: Überblick

---

- » keine Haftung als Muttergesellschaft per se
- » Durchgriff (bei Unterkapitalisierung oder Vermögensvermischung)
- » Anscheins- oder Rechtsscheinhaftung, Konzernvertrauen
- » Haftung gestützt auf Auftragsverhältnis
- » Geschäftsherrenhaftung
- » Haftung für Leitungsverhalten bei Tochtergesellschaften als materielles oder faktisches Organ
- » Haftung für Doppelorgane

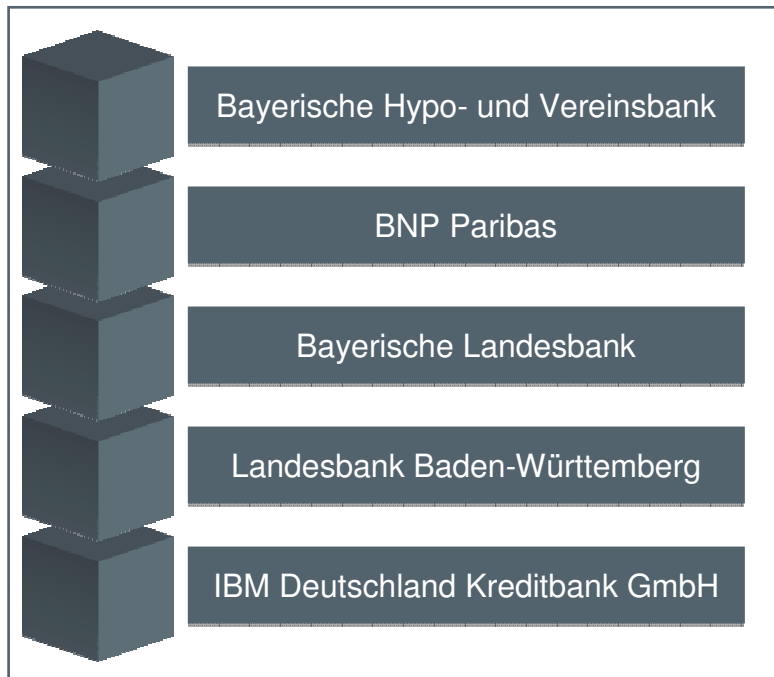
## Durchgriff

---

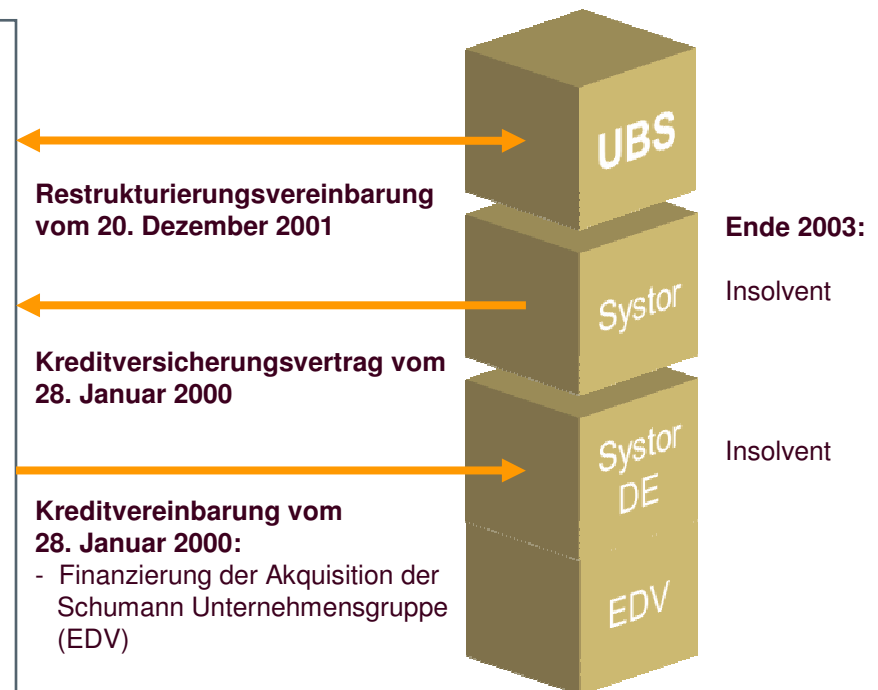
- » allgemeine Voraussetzung: Beherrschung bzw. Abhängigkeit
- » zusätzlich Unterkapitalisierung oder Vermögensvermischung
  
- » → kein konzernspezifischer Haftungsansatz

# BGer 4A\_306/2009 vom 8.2.2010: Systor

## Bankenkonsortium / Kreditgeber (Kläger)



## UBS-Konzern



# Systor: NZZ Berichterstattung (I)

---

## UBS Capital lässt die Systor fallen

### IT-Dienstleister in provisorischer Nachlassstundung

Der Systor AG ist für zwei Monate eine provisorische Nachlassstundung gewährt worden. Management und Sachwalter werden während des zweimonatigen Schuldenmatoriums versuchen, für das IT-Unternehmen eine Lösung für den Fortbestand zu finden. Der Hauptaktionär, UBS Capital, lässt die Gesellschaft praktisch fallen.

NZZ, 10.02.2002

## Systor: NZZ Berichterstattung (II)

---

[...] Die Systor AG weist (ohne die 119 Beschäftigten der Systor Business Services) heute noch 425 interne Mitarbeiter in ungekündigter Stellung auf. 260 davon arbeiten in Basel, 140 in Zürich und 25 in Genf. Daneben beschäftigte die Systor AG Ende Oktober noch gut 100 externe Mitarbeiter, mit seither fallender Tendenz. [...] Zuvor hatten die Eigentümerin von Systor, die *UBS Capital* (bei ihr liegen 39,2% sowie die Management-Verantwortung, bei der UBS AG 58,9%, die restlichen 1,9% beim Management), und ein deutsches Bankenkonsortium sich auf keine Finanzierungslösung für das Unternehmen einigen können. [...]

NZZ, 10.02.2002

## Geltend gemachte Ansprüche

---

- » Die Konsortialbanken verlangten den Ersatz von knapp CHF 100 Mio. gestützt auf:
  - Vertrauenshaftung (im Zusammenhang mit Kreditgewährung)
  - positive Vertragsverletzung (im Zusammenhang mit Kreditbelassung)
  - aktienrechtliche Verantwortlichkeit

## Vertrauenshaftung

---

- » Haftung eines vertragsfremden Dritten, wenn der Dritte zunächst schutzwürdiges **Vertrauen erweckt und dieses anschliessend treuwidrig enttäuscht**
- » entsprechend kann erwecktes Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft bei **Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage** haftungsbegründend sein
- » Verhalten der Muttergesellschaft muss geeignet sein, **hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen** zu wecken

## Vertrauenshaftung: Information Memorandum (I)

---

- » Argumente Konsortialbanken:
  - Kommunikation im Zusammenhang mit der Erstellung eines Information Memorandums (Hinweis auf exzellenten Gesellschafterhintergrund, wesentliche Ertragsbeiträge durch UBS-Aufträge)
  - Zusicherung durch UBS mittels Genehmigung des Informationen Memorandums
  - Initiierung und Leitung der Verhandlung über die Kreditgewährung durch die UBS

## Vertrauenshaftung: Information Memorandum (II)

---

- » Würdigung BGer:
  - kein vertrauensauslösendes Moment im Information Memorandum (diente lediglich zu Informationszwecken, nicht unterschrieben → keine Zusicherung)
  - es kann im Kreditgeschäft von darin spezialisierten Banken nicht angehen, dass sich diese bei der Kreditgewährung auf informelle Angaben verlassen

## Positive Vertragsverletzung

---

- » Argumente Konsortialbanken:
  - Verstoss gegen verschiedene Nebenpflichten aus der Restrukturierungsvereinbarung vom 20. Dezember 2001
  
- » Würdigung BGer:
  - zusammenfassend liegt keine positive Vertragsverletzung im Rahmen der Restrukturierungsvereinbarung vor bzw. ist eine solche von den Klägerinnen nicht rechtsgenügend dargetan

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (I)

---

- » gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsleitung [...] **befassten** Personen [...] für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen
- » die Haftung der Organe setzt eine **schuldhafte Pflichtverletzung**, einen **Schaden** und einen **adäquaten Kausalzusammenhang** zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraus

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit (II)

---

- » als materielle oder faktische Organe gemäss OR 754 kommen auch **juristische Personen** in Betracht
- » → materielle Organe: Konzernorgane, denen Organaufgaben innerhalb der Konzernorganisation **zugewiesen** worden sind
- » → faktische Organe: Konzernorgane, welche sich in Organaufgaben der Tochtergesellschaft **einmischen**

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: überteuerte Schumann-Akquisition

---

- » Argumente Konsortialbanken:
  - Drängung der Systor zum überteuerten Erwerb der Schumann Unternehmensgruppe
  - massgebliche Beeinflussung der Verhandlungen
- » Würdigung BGer:
  - keine Pflichtverletzung, da eine ernsthafte Entscheidungsfindung vorangegangen sei
  - es könne zudem nicht von einer Investition in ein Projekt ohne Erfolgsaussichten gesprochen werden

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Personalabwerbung / Reduktion Auftragsvolumen

---

- » Argumente Konsortialbanken:
  - Schwächung der Systor durch massiven Ausbau der UBS internen IT-Service Abteilung und – damit verbunden – durch einen ebenso massiven Auftragsrückgang
  - Interessenkonflikt: Chef IT bzw. Mitglied der Konzernleitung des UBS-Konzerns und gleichzeitig Mitglied bzw. Präsident des Systor VR
- » Würdigung BGer:
  - keine Pflichtverletzung

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Führungsvakuum

---

- » Argumente Konsortialbanken:
  - Führungsvakuum (CFO-Posten der Systor wurde während 18 Monaten unbesetzt gelassen und durch schnell wechselnde Personen ausgefüllt)
  - keine einzige Systor VR-Sitzung zwischen November 2001 und März 2002
  
- » Würdigung BGer:
  - kein Fall der Organhaftung, bei der ein Organ der Systor eine ihm obliegende Pflicht verletzt hätte
  - es hätte konkret dargelegt werden müssen, inwiefern unterlassene Entscheide oder Führungslosigkeit zu einem Schaden geführt hätten

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: unterlassene Sanierungsmassnahmen

---

- » Argumente Konsortialbanken:
  - verhinderte Sanierung, insbesondere durch Unterlassung Personalabbau bei Systor
  
- » Würdigung Gericht:
  - es wäre auszuführen gewesen, welche konkreten Personen hätten entlassen werden müssen, damit dies Systor genützt und nicht geschadet hätte
  - grosser Ermessenspielraum bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen
  - Zurückhaltung bei gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Rabatt- und Dienstleistungsgutschriftensystem

---

- » Argumente Konsortialbanken:
  - marktübliches Rabatt- und Dienstleistungsgutschriftensystem
  - verdeckte Gewinnausschüttungen an die UBS
- » Würdigung BGer:
  - mangelnde Substantiierung, weshalb das Rabatt- und Dienstleistungsgutschriftensystem eine verdeckte Gewinnausschüttung zur Folge gehabt hätte

## Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: ungenügende Kapitalausstattung

---

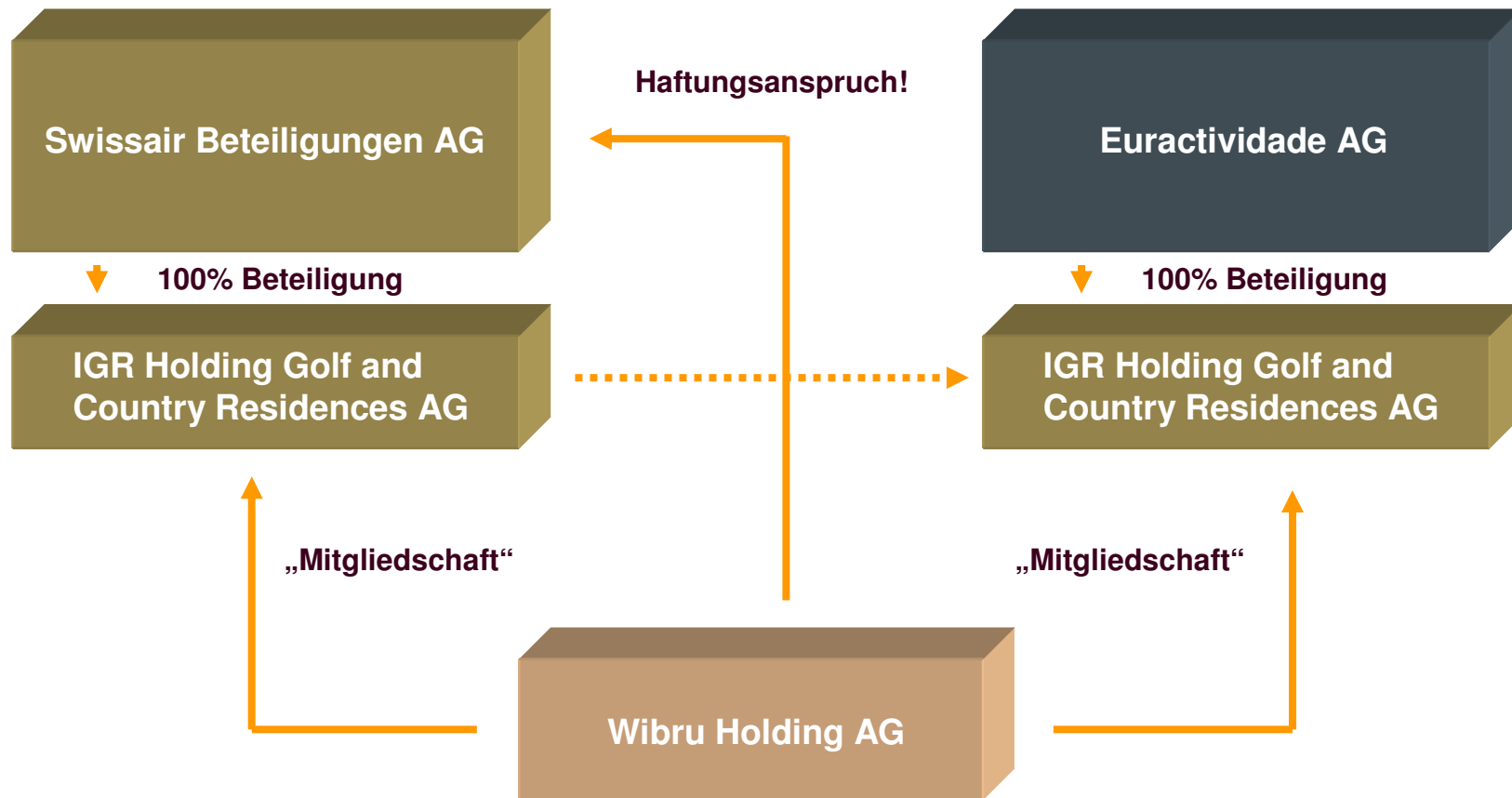
- » Argumente Konsortialbanken:
  - ungenügende Kapitalausstattung durch die UBS als faktisches Organ der Systor
- » Würdigung BGer:
  - mangelnde Substantiierung hinsichtlich Pflichtwidrigkeiten im Zusammenhang mit der Kapitalausstattung

## Zusammenfassung

---

- » Zusammenfassend hat das BGer sowohl eine Haftung der UBS als faktisches Organ der Systor nach Art. 754 OR als auch eine Haftung für ihre Vertreter nach Art. 722 OR mangels pflichtwidrigen bzw. widerrechtlichen Verhaltensweisen verneint.
- » Ebenso wurde eine Haftung aus Konzernvertrauen mangels einer Enttäuschung berechtigter Erwartungen in die UBS als Konzernmutter verneint.

## BGE 120 II 331 – Swissair - Konzernvertrauen

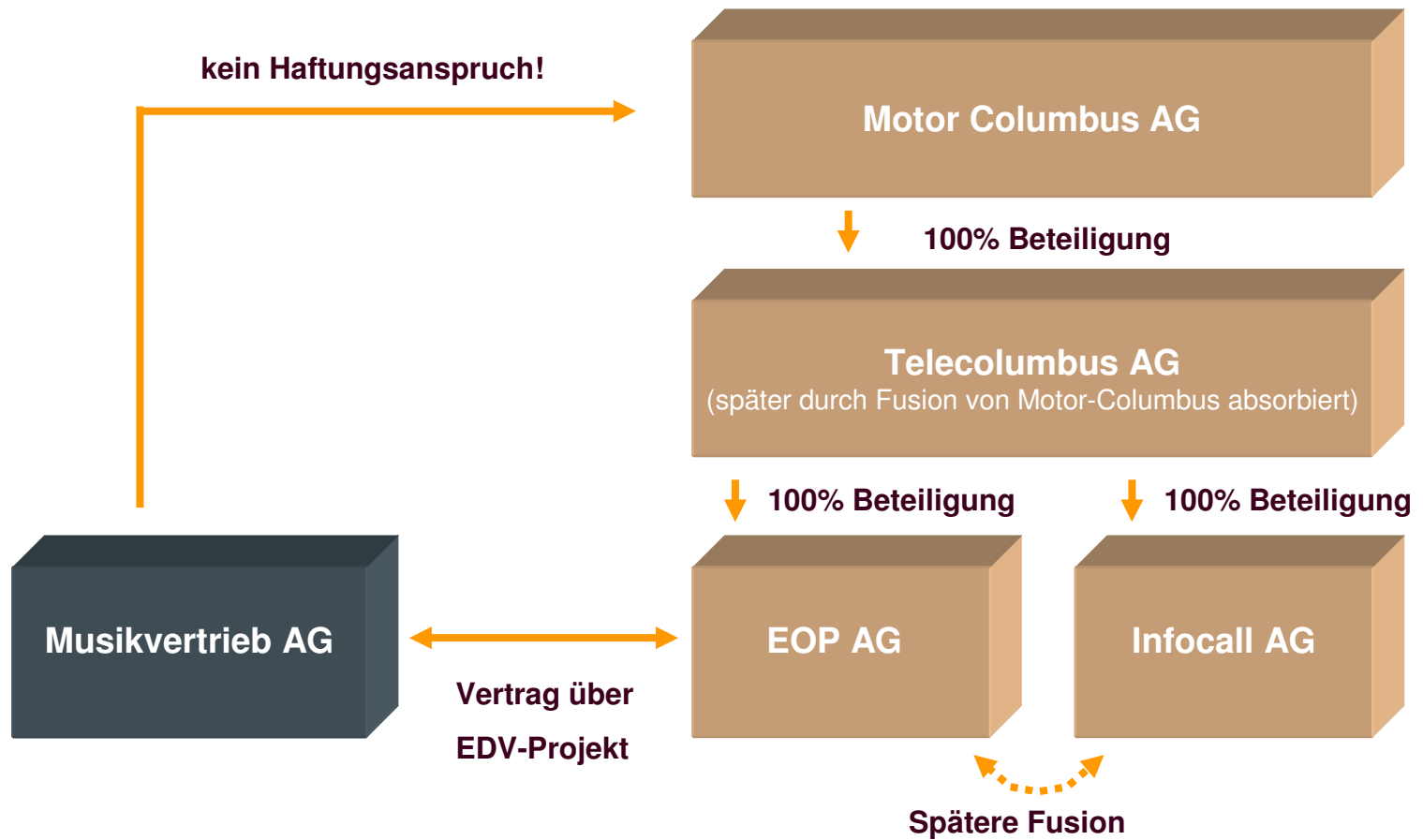


## BGE 120 II 331 – Swissair - Konzernvertrauen

---

- » Erwecktes Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft kann jedoch unter Umständen auch bei Fehlen einer vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundlage haftungsbegründend sein. Das ergibt sich aus einer Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo.

## BGE 124 III 297 – Motor Columbus AG



## BGE 124 III 297 – Motor-Columbus

---

- » Eine Haftung der Muttergesellschaft aus unerlaubtem Verhalten von Doppelorganen setzt Widerrechtlichkeit oder zumindest Sittenwidrigkeit voraus. Die Widerrechtlichkeit von Unterlassungen lässt sich weder aus dem Gefahrensatz noch aus Art. 2 ZGB ableiten.
- » Allgemeine Hinweise auf eine bestehende Konzernverbindung vermögen keine Vertrauenshaftung der Muttergesellschaft zu begründen. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.

---

## III. Haftungsrisiken bei Sanierungen

---

## Treuepflicht der Organe

---

- » BGE 109 IV 111 Treuepflicht des Geschäftsführers auch gegenüber der Mutter
- » BGE 130 III 213 Treuepflicht des Geschäftsführers: Wahrung der Konzerninteressen nicht als entlastend berücksichtigt.

„Vorliegend ist die Klägerin durch die zu Gunsten der Konzernschwester erfolgte Gutschrift geschädigt worden. Ob sie einen Rückvergütungsanspruch gegenüber der Begünstigten hat, ist zweifelhaft. Der Beklagte hat insoweit offensichtlich und für ihn erkennbar nicht im Interesse jener Gesellschaft gehandelt, deren Organ er ist. Er hat insoweit seine Treuepflicht gegenüber der Klägerin schuldhaft verletzt. Die Voraussetzungen seiner Haftung nach Art. 754 OR sind damit erfüllt. Nach dem Ausgeführten wäre der Beklagte als Organ der Klägerin von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, **allein deren Interessen und nicht diejenigen anderer Konzerngesellschaften** zu wahren, und die vom Beklagten vorgenommene Handlung ist unter grundsätzlicher Verletzung dieser Pflicht erfolgt.“

## Faktischer Beistandszwang: BGE 116 Ib 331

---

„[...] dass für die Beurteilung der sich [...] aus dem wirtschaftlichen Verbundsystem ergebenden Risiken eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an Stelle einer formalrechtlichen Betrachtung Platz zu greifen hat. [...] Diese Risiken beruhen ja eben nicht auf rechtlichen Verpflichtungen der Bank gegenüber andern Konzerngesellschaften. [...] ein faktischer Beistandszwang einer Bank gegenüber einem anderen Unternehmen des Bank- und Finanzbereiches besteht grundsätzlich dann, wenn aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen eine derart enge Verbindung zwischen beiden Gesellschaften hergestellt wird, dass sie als Bestandteile derselben wirtschaftlichen Einheit bzw. Unternehmung erscheinen. Dies ist namentlich der Fall, wenn Verbindungselemente wie gleiche Firma oder Firmenbestandteile, Kapitalverflechtungen vertikaler oder horizontaler Natur, personelle Verflechtung der Organe, die auf einheitliche oder koordinierte Leistung schliessen lassen, sowie Synergien und Marktaufteilungen vorliegen.“ (BGE 116 Ib 331 ff, insb. 339)

## Strafverfahren gegen Swissair Organe (I)

---

- » SAirLines und Roscor AG waren je 100%ige Tochtergesellschaften der SAirGroup. Die SAirLines hat sich gemäss Anklage in einer lamentablen finanziellen Lage befunden.
- » Vorwurf:
  - unentgeltliche Übertragung der Roscor AG von der SAirGroup an die SAirLines und rückwirkende Fusion per 30. September 2000 in die SAirLines
  - absichtliche Verletzung ihrer Pflicht, das Vermögen der SAirGroup werterhaltend zu verwalten und Schädigung der SAirGroup im Ausmass von etwas über CHF 100 Mio.

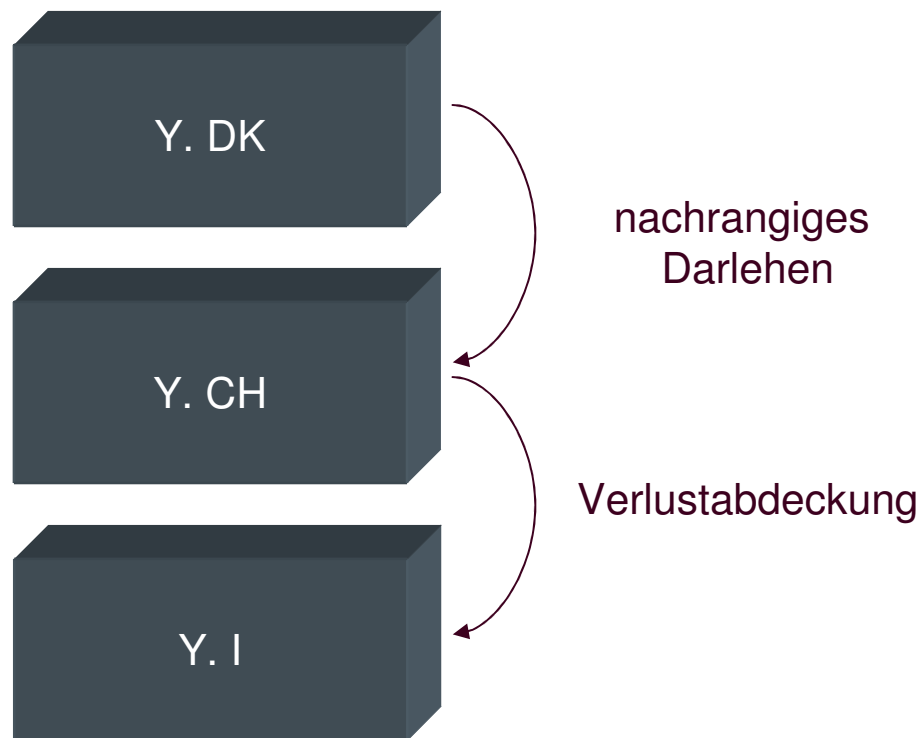
## Strafverfahren gegen Swissair Organe (II)

---

- » SAirGroup hielt indirekt eine Beteiligung von 49,5% an der belgischen Fluggesellschaft Sabena. Gemäss Angaben von deren CEO wäre Sabena im Frühjahr 2001 ohne Zuschuss von Neugeld zahlungsunfähig geworden. Gemäss Anklage beteiligte sich SAirGroup darauf an einer Rekapitalisierung der Sabena gegen Ausgabe von Partizipationsscheinen und zahlte am 26. Februar 2001 EUR 150 Mio.
- » Damit hätten die Angeklagten vorsätzlich das Vermögen der SAirGroup um EUR 150 Mio. vermindert, weil dieser Zahlung aufgrund der Unmöglichkeit, die Sabena auf weite Sicht profitabel zu führen, kein Gegenwert für die SAirGroup gegenüber gestanden habe.

## Entscheid Türgriff-Gruppe (BGE vom 12.2.2010 [4A\_391/2009])

---



## BGE vom 9.9.2008 (4A\_188/2008, Türgriff-Gruppe) (I)

---

„Die Vorinstanz erwog zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegner hätten die Y. CH seit dem 3. September 1991 bis Ende 1995 durch Verlustabdeckungen zu Gunsten der Y. I in der Höhe von Fr. 1'823'036.-- geschädigt, dass sich diese Verlustübernahmen negativ auf die Erfolgsrechnung ausgewirkt hätten. Die Darlehensschuld der Y. CH gegenüber der Y. DK habe die Buchhaltung seit dem 3. September 1991 mit rund Fr. 1,8 Mio. belastet, **woran auch die Rangrücktrittserklärung der Muttergesellschaft nichts geändert habe.**

Soweit die **Verlustabdeckungen** zu Gunsten der Y. I durch ein **Darlehen** der Muttergesellschaft finanziert wurden und sich damit die Verbindlichkeiten der Y. CH erhöhten, gleichzeitig aber die gewährten Mittel unwiederbringlich abflossen und sich damit die entsprechenden Aktiven verminderten, entstand der Y. CH bzw. der Gläubigergesamtheit ein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden.“

## BGE vom 9.9.2008 (4A\_188/2008, Türgriff-Gruppe) (II)

---

„Zu einer Schadenersatzpflicht nach Art. 754 Abs. 1 OR führt diese Vermögenseinbusse jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie der konkurrierenden Gesellschaft durch pflichtwidrige Handlungen ihrer Organe schuldhaft zugefügt wurde. Die **Vorinstanz verneinte eine Sorgfaltspflichtverletzung, da die Beschwerdegegner mit weiterer Unterstützung durch die Muttergesellschaft hätten rechnen dürfen.** Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Y. DK eine Rangrücktrittserklärung für ihre Darlehensforderungen abgegeben habe. Dies habe darauf hingedeutet, dass die Muttergesellschaft schliesslich auf ihr Guthaben gegenüber der Y. CH verzichten würde.

Schliesslich hat sich die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung einer **allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung teilweise von unzutreffenden Überlegungen leiten lassen, soweit sie darauf abstellte, dass die Verlustübernahmen zumindest anfänglich im Interesse der Y. CH und auch später noch in jenem des Konzerns erfolgt seien.** Wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Organhaftung nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abzustellen und nicht auf jene des ganzen Konzerns.“

## BezGer Bülach 4. Juni 2007 (strafrechtl. Entscheid)

---

„Rechtshandlungen zwischen Konzernunternehmen sind **grundsätzlich gültig**, wenn zwischen den gegenseitigen Leistungen kein Missverhältnis vorliegt. Konzerninterne Unterstützungsleistungen werden jedoch **unzulässig**, wenn sie in einem **Missverhältnis zur Vermögenssituation der leistenden Gesellschaft** stehen und aufgrund der Umstände als sehr wahrscheinlich **nicht mehr rückforderbar** qualifiziert werden müssen, da sie nicht mehr vom Gesellschaftszweck gedeckt sind, selbst wenn die Statuten auf die Konzernverbundenheit und eine Ausrichtung auf das Konzerninteresse hinweisen.“

## Konzerninterne Sanierungsdarlehen

---

- » Risiko einer Subordination (konkludenter Rangrücktritt)
- » → Urteil OGer Zürich vom 19.1.1993 (SZW 1993 299)
  - Drittmannstest (ist Darlehen nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt von einem Dritten erhältlich)
  - Sanierungstest (im relevanten Zeitpunkt hätte nur eine Kapitaleinlage sanierende Wirkung)
- » → offen gelassen in BGE vom 2.3.2006 (5C.230/2005)

## Wirkung des Rangrücktritts beim Begünstigten

---

- » 4C.58/2007 vom 25.5.2007: Für die Schadensberechnung ist die Gesamtheit des Fremdkapitals zu berücksichtigen, da ein Rangrücktritt nicht einem Forderungsverzicht gleichkommt.

## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

---

Fragen?

**Dr. Alexander Vogel, LL.M.**  
**a.vogel@meyerylustenberger.ch**

meyerylustenberger  
Forchstrasse 452  
Postfach 1432  
8032 Zürich

T +41 44 396 91 91  
F +41 44 396 91 92

