

Konzernverantwortungsinitiative: Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“

Christoph B. Bühler

Inhalt

I.	Einleitung	74
II.	Konzernverantwortungsinitiative und Gegenvorschlag	74
1.	Die Konzernverantwortungsinitiative	74
2.	Der massgebliche Begriff der „kontrollierten Unternehmen“	75
3.	Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments	76
4.	„Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR“	77
III.	Konzeption und Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR	78
1.	Wortlaut des Haftungstatbestands in Art. 55 OR	78
2.	Entstehungsgeschichte und dogmatische Einordnung	78
3.	Haftungsvoraussetzungen und Befreiungsgründe	80
a)	Positive Haftungsvoraussetzung	80
b)	Befreiungsgründe	81
IV.	Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“?	82
1.	Widerspruch zum Trennungsprinzip im Konzern	82
a)	Konzernrechtliches Trennungsprinzip	82
b)	Differenzierung zwischen vollständig eingeordneten Konzerngesellschaften und solchen mit aussenstehenden Minderheitsaktionären	83
2.	Kein „Subordinationsverhältnis“ im Sinne von Art. 55 OR zwischen Ober- und Untergesellschaft im Konzern	85
a)	Eigenverantwortlichkeit der Leitungsorgane der Konzerngesellschaften	85
b)	Die Konzernweisung ist keine Anweisung im Sinne von Art. 55 OR	87
3.	Eigenständigkeit und -verantwortlichkeit der Zulieferunternehmen	88
a)	Zulieferer sind keine Hilfspersonen im Sinne von Art. 55 OR	88
b)	Entlastungsbeweis in Bezug auf Zulieferer kaum möglich	89
V.	Schlussfolgerungen	89
	Literaturverzeichnis	90

I. Einleitung

Am 29. November 2020 ist die Initiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“ (sog. „Konzernverantwortungsinitiative“)¹ in der Volksabstimmung am Ständemehr gescheitert.² In der Debatte um die Konzernverantwortungsinitiative und den indirekten Gegenvorschlag des Parlaments³ ging es im Kern um die Frage, inwieweit Schweizer Unternehmen für die Aktivitäten der von ihnen kontrollierten Unternehmen im Bereich Menschenrechte und Umweltschutz haftbar gemacht werden sollen. Nach dem Ansinnen der Initianten hätte dabei das Modell der Geschäftsherrenhaftung als konzeptionelle Vorlage für einen neuartigen gesetzlich zu verankernden Konzernhaftungstatbestand dienen sollen. Sie machten mit einem Teil der Lehre geltend, die Geschäftsherrenhaftung sei im Grunde bereits *de lege lata* auf Konzernverhältnisse anwendbar. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob sich das Modell der Geschäftsherrenhaftung wirklich auf im Konzern verbundene und entsprechend „kontrollierte Unternehmen“ übertragen lässt.

II. Konzernverantwortungsinitiative und Gegenvorschlag

1. Die Konzernverantwortungsinitiative

Die Konzernverantwortungsinitiative war am 7. April 2015 lanciert und am 10. Oktober 2016 mit rund 120'000 Unterschriften zustande gekommen. Sie forderte die Verankerung eines neuen Artikels 101a in der Bundesverfassung, der den Bund hätte anhalten sollen, mit entsprechenden Massnahmen bzw. verbindlichen Gesetzesbestimmungen dafür zu sorgen, dass international tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz bei allen ihren Aktivitäten weltweit die *international anerkannten Menschenrechte und Umweltstandards respektieren* müssen. Konkret sollten die Unternehmen zu einer *angemessenen Sorgfaltspflichtprüfung* verpflichtet werden. Konzernmuttergesellschaften sollten in der Schweiz eingeklagt werden können. Sie sollten für den Schaden haften,

¹ Eidgenössische Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, BBl 2015, 3245 ff.

² Mit einem Stimmanteil von 50,73% wurde die Konzernverantwortungsinitiative am 29. November 2020 zwar von der Schweizer Bevölkerung angenommen, das Ständemehr jedoch deutlich verfehlt. Nur 8,5 Stände haben für die Initiative gestimmt, und 14,5 Stände haben die Vorlage abgelehnt.

³ Obligationenrecht (Indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“) vom 19. Juni 2020, AS 2021 846.

welche die von ihnen kontrollierten Unternehmen irgendwo auf der Welt aufgrund einer Verletzung von Menschenrechten oder Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben.

Die Schweizer Konzernmuttergesellschaft hätte nur dann nicht haften müssen, wenn sie bewiesen hätte, dass sie alle *gebotene Sorgfalt angewendet* hatte, um den Schaden zu verhindern, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die Beweislast hätte also *umgekehrt* werden sollen: Die Sorgfaltspflicht hätte als verletzt gegolten, ausser das betreffende Unternehmen hätte das Gegenteil bewiesen.⁴

2. Der massgebliche Begriff der „kontrollierten Unternehmen“

Ob ein Unternehmen ein anderes kontrolliert, sollte sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmen; eine Kontrolle könne – so der Initiativtext – *„faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung“* erfolgen.⁵ Die Initiative erstreckte sich damit nicht nur auf die *in den Konzern eingebundenen Untergesellschaften eines Schweizer Unternehmens*, sondern dehnte dessen Verantwortlichkeit auf alle Gesellschaften aus, die durch das Unternehmen „faktisch“ beherrscht bzw. durch „wirtschaftliche Machtausübung“ kontrolliert werden, wie namentlich auch wirtschaftlich abhängige Zulieferunternehmen.⁶

Im Bereich des Rechnungslegungsrechts, wo das Gesetz auf wirtschaftliche Tatbestände abstellt und es um die „Darstellung der wirtschaftlichen Lage“ geht, ist für die Bestimmung des Konsolidierungskreises bekanntlich das Kon-

⁴ Vgl. zur Konzernverantwortungsinitiative: Kaufmann, Konzernverantwortungsinitiative, 45 ff.; Böckli/Bühler, Konzernverantwortung, 145 ff.; Bohrer, 323 ff.; Geisser, Konzernverantwortungsinitiative, 943 ff.; Handschin, Konzernverantwortungsinitiative, 998 ff.; Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 1 ff.; ZK Obligationenrecht-Bühler, Vor Art. 707-726, N 325 ff.; Stoffel/Sautier, 516 ff.

⁵ Art. 101a Abs. 2 lit. a E-BV.

⁶ So Verein Konzernverantwortungsinitiative, Initiativtext mit Erklärungen abrufbar unter <www.Sachdokumentation.ch/bestand/ds/358>: „In Einzelfällen kann aber eine Gesellschaft auch ausserhalb ihres Konzerns eine andere Gesellschaft kontrollieren, z.B. via ökonomische Beherrschung. Ein Beispiel: Wenn ein Schweizer Unternehmen einziger Abnehmer eines Zulieferers ist, kann das auch ein Kontrollverhältnis darstellen.“ Vgl. auch Verein Konzernverantwortungsinitiative, Erläuterungen abrufbar unter <www.Sachdokumentation.ch/bestand/ds/2920>, 43; Botschaft zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, BBl 2017, 6335 ff., 6358; Böckli/Bühler, 15 f.

trollprinzip massgeblich. Nach der Definition in Art. 963 OR liegt ein Konzern vor, wenn eine juristische Person andere Unternehmen kontrolliert, indem sie:⁷

- (i) direkt oder indirekt über die *Mehrheit der Stimmen im obersten Organ* (bei der Aktiengesellschaft in der Generalversammlung) verfügt;
- (ii) direkt oder indirekt über das *Recht* verfügt, die *Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans* (bei der Aktiengesellschaft des Verwaltungsrats) zu *bestellen oder abzurufen*; oder
- (iii) aufgrund der Statuten, eines Vertrages oder vergleichbarer Instrumente einen *beherrschenden Einfluss* ausüben kann.⁸

Es scheint, dass die Initiative mit den sog. „kontrollierten Unternehmen“, für welche die Schweizer Konzernmuttergesellschaft haften sollte, auf diesen bereits gesetzlich definierten Kontrollbegriff abstellte. Dieser Schein trägt jedoch: Nach dem Begriffsverständnis des Art. 963 OR kann die Kontrolle zwar auch auf gesellschafts- oder schuldrechtlicher sowie auch auf rein tatsächlicher Grundlage ausgeübt werden, jedoch *immer nur in Verbindung mit einer unternehmerischen Mitwirkungsmöglichkeit*.⁹ Nach dem Kontrollbegriff der Initiative wäre demgegenüber kein rechtliches Instrument (Beteiligung, Statuten, Vertrag, Trust etc.) zur Durchsetzbarkeit der Beherrschung über ein anderes Unternehmen vorausgesetzt gewesen, sondern es wäre auf rein tatsächliche Verhältnisse abgestellt worden, welche das Potential schaffen, faktisch wirtschaftliche Macht auszuüben.¹⁰

3. Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments

Der Bundesrat lehnte die Konzernverantwortungsinitiative ab und unterstützte einen indirekten Gegenvorschlag, der von der Bundesversammlung nach dem Durchlaufen des parlamentarischen Differenzbereinigungsver-

⁷ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., 1723.

⁸ von der Crone, § 15 N 4 ff.; Monsch/von der Crone, 453 f., die dafürhalten, dass aufgrund der Aufhebung von Art. 663e aOR und Neufassung in Art. 963 OR hinsichtlich der Konzerndefinition von einem „generellen Paradigmenwechsel“ auszugehen sei; a.M. Brand, 81 ff. und 199 ff.; ZK Obligationenrecht-Bühler, Art. 717, N 290.

⁹ veb.ch Praxiskommentar-Glanz/Zihler, Art. 963, N 50; Böckli, Rechnungslegung, N 1201; Böckli, Konzern, 210.

¹⁰ Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 17; so auch ausdrücklich Verein Konzernverantwortungsinitiative, Erläuterungen zur Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, 44: „Mit der gewählten Formulierung entscheidet sich die Konzernverantwortungsinitiative für einen Konzernbegriff, der über die Konsolidierungspflicht gemäss Art. 963 OR hinausgeht.“

fahrens am 19. Juni 2020 beschlossen wurde.¹¹ Dieser beinhaltet eine Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung über die Achtung der Menschenrechte und den Umweltschutz.¹² Die Unternehmen können dabei auf die Berichterstattung über einzelne Belange verzichten, sofern sie erklären, warum dies der Fall ist (*comply or explain*). Zudem soll die Pflicht zur Berichterstattung nur für grössere Unternehmen gelten. Die Vorlage sieht jedoch keine Haftungsregeln vor, die über die heute geltenden Regeln hinausgehen. Die Verletzung der Berichtspflichten soll jedoch strafbar sein.¹³ Auch die Sorgfaltsprüfungspflicht bleibt auf bestimmte Konfliktmineralien und Kinderarbeit beschränkt.¹⁴

4. „Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR“

Der Regelungsvorschlag der sogenannten „Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis“ gemäss Konzernverantwortungsinitiative ist, wie erwähnt, konzeptionell angelehnt an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der vorgeschlagenen Norm¹⁵ und den einzelnen Haftungsvoraussetzungen:

- (1) das Vorliegen eines Kontrollverhältnisses zwischen zwei Unternehmen im erwähnten erweiterten Sinne;
- (2) die Verletzung international anerkannter Menschenrechte und/oder internationaler Umweltstandards (*Widerrechtlichkeit*) und
- (3) ein daraus (*kausal*) entstandener Schaden,
- (4) der in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung eingetreten ist (*funktioneller Zusammenhang*), sowie
- (5) das Misslingen des Sorgfaltsbeweises.

In den Erläuterungen der Initianten zum Initiativtext heisst es denn auch entsprechend: „Da die Geschäftsherrenhaftung im Obligationenrecht (Art. 55 OR) diesen Vorgaben am nächsten kommt, ist der Initiativtext dieser Bestimmung nachgebildet.“¹⁶ Die Geschäftsherrenhaftung stelle – so die weitere Begründung – die „Grundnorm für ausservertragliche Unternehmensrisiken“ dar. An die Stelle des Geschäftsherrn und der Hilfsperson bei der Geschäfts-

¹¹ BBl 2021, 890 ff.

¹² Art. 964a ff. OR; vgl. Fischer, 15 ff.

¹³ Art. 325ter des Schweizerischen Strafbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

¹⁴ Art. 964j ff. OR.

¹⁵ Art. 101a Abs. 2 Bst. c E-BV.

¹⁶ Verein Konzernverantwortungsinitiative, Initiativtext mit Erklärungen, 2; Verein Konzernverantwortungsinitiative, Erläuterungen, 41 f.; vgl. auch Geisser, Konzernverantwortungsinitiative, 954; Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 57 f.

herrenhaftung gemäss Art. 55 OR treten nach dem Konzept der Initiative das *kontrollierende Unternehmen im Inland* sowie das *kontrollierte Unternehmen*, das sich typischerweise im Ausland befindet.¹⁷

Was ist davon zu halten? Lassen sich die Prinzipien der Geschäftsherrenhaftung wirklich auch auf Konzernverhältnisse übertragen? Um diese Frage beantworten zu können, sind die Grundlagen und das Konzept der Geschäftsherrenhaftung heranzuziehen.

III. Konzeption und Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR

1. Wortlaut des Haftungstatbestands in Art. 55 OR

Gemäss Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

2. Entstehungsgeschichte und dogmatische Einordnung

Die Bestimmung orientierte sich – in ihrer ursprünglichen Fassung von 1881 gemäss Art. 62 aOR – am Vorbild der Geschäftsherrenhaftung des Art. 1384 Abs. 3 des französischen Code Civil von 1804, jedoch mit der Ergänzung des Sorgfaltsbeweises. Die früheren Entwürfe von Walther Munzinger, auf welche Art. 62 aOR zurückgeht, bezogen sich nicht auf „Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen“, sondern zunächst nur auf „Angestellte oder Arbeiter“ und zeigen, dass diese Bestimmung nicht irgendwelche, sondern nur *organisatorische Pflichten* des Geschäftsherrn erfassen sollte.¹⁸

Die Auslegung und dogmatische Einordnung der Geschäftsherrenhaftung ist bis heute umstritten. Lehre und Rechtsprechung qualifizierten sie früher¹⁹

¹⁷ BBl 2017, 6359 f.

¹⁸ Vgl. BGE 33 II 150 E. 7 S. 156 und BGE 41 II 494 E. 2 S. 496 ff.; vgl. auch Fleischer, Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen, 147; Waespi, 15.

¹⁹ Gysler Seitenzahl fehlt; Bieder, 345; Burckhardt, 476; BGE 29 II 485 E. 3 S. 489; BGE 32 II 459 E. 3 S. 462.

und teilweise heute²⁰ noch als *Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast* und den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn folglich als Exkulpationsbeweis.

Seit einem Leitentscheid aus dem Jahre 1908²¹ bezeichnete das höchste Gericht die Geschäftsherrenhaftung dann mit der bis heute vorherrschenden Lehre²² als eine *milde Kausalhaftung für die vermutete Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten durch den Geschäftsherrn* und präziserte in seiner Rechtsprechung fortan den Inhalt dieser Pflichten insbesondere auf die *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* sowie das generelle Erfordernis, die Arbeitsabläufe im Betrieb zweckmässig zu organisieren.²³ Ein Unternehmen muss mithin so organisiert sein, dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden können.²⁴ Im Bereich der Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Konsumenten gehört hierzu auch die Endkontrolle der Produkte.²⁵ Art. 55 OR ist also im Grunde ein *Tatbestand der Organisationshaftung*.²⁶ Konsequenterweise handelt es sich bei der Geschäftsherrenhaftung somit zwar um eine Haftung für fremdes schädigendes Verhalten, nämlich jenes der Hilfsperson, jedoch für *eigene, vermutete organisatorische Pflichtverletzungen des Geschäftsherrn*. Haftungsbegründend ist dabei letztlich das sorgfaltswidrige Verhalten des Geschäftsherrn, und nicht jenes der Hilfsperson.²⁷

Es ist auch folgerichtig, dass das Bundesgericht den gesetzlich vorgesehenen Sorgfaltsbeweis mit der Qualifikation der Geschäftsherrenhaftung als Kausalhaftung seither auch nicht mehr als Exkulpationsbeweis, sondern vielmehr als einen „bestimmt umschriebenen und nach objektiven Kriterien zu würdigenden Entlastungsbeweis“ bezeichnete.²⁸

Man kann sich immerhin fragen, ob die grundlegende Qualifikation der Geschäftsherrenhaftung als Verschuldens- oder eben als Kausalhaftung nicht

²⁰ Honsell, § 13, N 4; Roberto, N 2; Petrin, 8 f.

²¹ BGE 34 II 266 E. 5 S. 270 f.

²² Soweit ersichtlich zunächst insbesondere Charmorel, 87; dann auch Nater, 5; Oftinger/Stark, § 20, N 5; Fellmann/Kottmann, § 5, N 733; Haftpflichtkommentar-Fischer/Iten, Art. 55 OR, N 2; Schwenzer/Fountoulakis, N 23.25.

²³ BGE 97 II 221 E. 1 S. 223.

²⁴ BGE 90 II 86 E. 3c S. 90; vgl. BK OR-Brehm, Art. 55, N 77 ff.; BSK OR I-Kessler, Art. 55, N 21; Schwenzer/Fountoulakis, N. 23.25; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12.

²⁵ BGE 110 II 456 E. 3a S. 462 ff.; vgl. KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12.

²⁶ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12; BSK OR I-Kessler, Art. 55, N 21.

²⁷ So auch Waespi, 17.

²⁸ BGE 72 II 255 E. III 1 S. 261.

eher von dogmatischer Bedeutung ist, zumal sich dieser grundsätzliche Unterschied aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung an den Befreiungsbeweis²⁹ in der Praxis ohnehin kaum auswirkt.³⁰

3. Haftungsvoraussetzungen und Befreiungsgründe

a) Positive Haftungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 55 Abs. 1 OR setzt die Haftung des Geschäftsherrn einen Schaden voraus, der durch eine Hilfsperson in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen *widerrechtlich verursacht* worden ist. Die schädigende Handlung der Hilfsperson muss indessen, wie erwähnt, *nicht auch verschuldet* sein.³¹

Nicht näher einzugehen ist im vorliegenden Zusammenhang auf die vom Geschädigten nach den üblichen Grundsätzen zu beweisenden *allgemeinen Haftungsvoraussetzungen* des Schadens, der adäquaten Kausalität und der Widerrechtlichkeit. Interessant ist indessen die besondere Haftungsvoraussetzung der Beziehung zwischen der Hilfsperson und dem Geschäftsherrn, welche zueinander in einem *Subordinationsverhältnis* stehen müssen.³² Entscheidend hierfür ist die tatsächliche Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Geschäftsherrn gegenüber der Hilfsperson, was bei Arbeitnehmern regelmässig der Fall ist.³³ Der Mitarbeiter einer Organisation ist dann *nicht* mehr als Hilfsperson im Sinne von Art. 55 OR zu betrachten, wenn er über eine *gewisse rechtliche und faktische Selbständigkeit* verfügt und die Weisungen des Vertragspartners nicht hierarchisch legitimierte Befehle, sondern allenfalls Wünsche im Vertragskontext sind.³⁴ Solche Personen sind als sog. *selbständige Hilfspersonen* zu qualifizieren, für deren Verhalten der Geschäftsherr nicht nach Art. 55

²⁹ Vgl. dazu BSK OR I-Kessler, Art. 55, N 15; Roberto, § 8 N 19; Fleischer, 149.

³⁰ So auch Oftinger/Stark, § 20, N 3; Schwenzer/Fountoulakis, N 23.13; Roberto, § 8, N 2; vgl. dazu auch die Hinweise bei Fleischer, 148.

³¹ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 9.

³² BGE 84 II 381 E. b. S. 382.

³³ BGE 46 II 122 E. 2 S. 126; BGE 41 II 494 E. 3 S. 498; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 7; Waespi, 20.

³⁴ Oftinger/Stark, § 20, N 68.

OR haftet.³⁵ Das trifft insbesondere auf die „selbständigen Unternehmer“ zu, welche „wohl für die Zweck eines Auftraggebers tätig werden, aber auf eigene Rechnung und namentlich nach eigenem Urteil“ handeln.³⁶

Vorausgesetzt ist immer eine *Delegation* von Aufgaben. Eine Einzelperson, die alleine handelt und dabei jemanden schädigt, kann somit nicht nach Art. 55 OR haften. Ebenso kann ein Organ des Geschäftsherrn im Sinne von Art. 55 ZGB nie Hilfsperson sein.³⁷

Die Hilfsperson muss den Schaden sodann in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben. Zwischen der auszuführenden Verrichtung und der schädigenden Handlung muss also ein *funktio-neller Zusammenhang* bestehen.³⁸ Dieser ist auch gegeben, wenn die Hilfsperson Weisungen des Geschäftsherrn zuwiderhandelt oder Kompetenzen überschreitet.³⁹ Der Geschäftsherr haftet demgegenüber *nicht*, wenn der Schaden nicht in Ausübung, sondern bloss *bei Gelegenheit* dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen zugefügt wurde.

b) Befreiungsgründe

Hat ein Geschädigter diese positiven Haftungsvoraussetzungen bewiesen, tritt die Haftung des Geschäftsherrn ein, es sei denn, er könne sich auf einen Befreiungsgrund berufen. Dieser besteht entweder im Nachweis, dass er die *nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet* hat, um einen Schaden dieser Art zu vermeiden, oder dass der Schaden *auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre*.⁴⁰

Die gebotene Sorgfalt bezieht sich dabei typischerweise auf die drei *curae*, nämlich die Sorgfalt bei der Auswahl der Hilfsperson, der Instruktion und der Überwachung. Bedeutend ist sodann, wie bereits erwähnt, die *Pflicht* zu ei-

³⁵ BGE 24 II 128 E. 7 S. 135 f.; BGE 99 II 131 E. 2 S. 134; BK OR-Brehm, Art. 55, N 10; Petrin, 69 f.; Waespi, 21.

³⁶ Oftinger/Stark, § 20, N 67.

³⁷ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 7; BK OR-Brehm, Art. 55, N 13 ff.; Roberto, N 9.

³⁸ KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 8; BK OR-Brehm, Art. 55, N 20; Oftinger/Stark, § 20, N 83; Nater, 34; Waespi, 23.

³⁹ BGE 95 II 93 E. II 4a S. 106; BK OR-Brehm, Art. 55, N 25 f.; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 8.

⁴⁰ Oftinger/Stark, § 20, N 106; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 10.

ner zweckmässigen Betriebsorganisation, d.h. ein Unternehmen muss die Kompetenzen klar abgrenzen⁴¹ und so organisiert sein, dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden können.⁴²

Die zweite Befreiungsmöglichkeit des Geschäftsherrn betrifft sodann die Berufung auf *rechtmässiges Alternativverhalten*. Dabei geht es letztlich um den Nachweis des mangelnden Kausalzusammenhangs.⁴³

Schliesslich kann sich der Geschäftsherr auch auf allgemeine Entlastungsgründe, wie *höhere Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden*, berufen.

IV. Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf „kontrollierte Unternehmen“?

Es stellt sich nun die Frage, ob sich das dargelegte Konzept der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR entsprechend dem Ansinnen der Initianten der Konzernverantwortungsinitiative auch auf „kontrollierte Unternehmen“, namentlich auf Konzernverhältnisse bzw. konkret auf das Verhältnis zwischen der Mutter- und den Tochtergesellschaften oder Zulieferunternehmen übertragen lässt.

1. Widerspruch zum Trennungsprinzip im Konzern

Die Frage, ob die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR bereits nach geltendem Recht eine Grundlage für die Konzernhaftung bilden kann, wurde in der Lehre schon diskutiert und ist umstritten.⁴⁴

a) Konzernrechtliches Trennungsprinzip

Das Aktienrecht macht an sich eine klare Trennung zwischen der Aktiengesellschaft als selbständiger juristischer Person und ihren Aktionären. Grundlage dieses Trennungsprinzips bildet Art. 620 OR, welcher besagt, dass die Aktionäre nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet sind und für die

⁴¹ BK OR-Brehm, Art. 55, N 77 f.; Oftinger/Stark, § 20, N 136 ff.

⁴² BGE 90 II 86 E. 3c S. 90; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 12; BK OR-Brehm, Art. 55, N 77 ff.

⁴³ Oftinger/Stark, § 20, N 153; KUKO OR-Schönenberger, Art. 55, N 13; vgl. auch Bühler, Verantwortlichkeit, 62 ff. m.w.H.

⁴⁴ Dafür von Büren, 202 ff.; Geisser, Menschenrechtsverletzungen, N 568; Handschin, Konzern, 344 ff.; Werro, 428 ff.; Hofstetter, Konzernhaftung, 239 ff.; *dagegen* Böckli, Aktienrecht, § 11, N 472; Fleischer, 149 ff. und inzwischen offenbar auch Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 273.

Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften. Solange die Muttergesellschaft in einem Konzern also ausschliesslich ihre Rechte als Aktionärin der Tochtergesellschaft wahrnehmen würde, könnten ihr auch nur die Pflichten eines Aktionärs auferlegt werden.⁴⁵

Obwohl die Konzerngesellschaften mehr oder weniger straff unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden und von den Ökonomen als ein im Markt auftretendes Gesamtunternehmen mit eigenem Unternehmensinteresse aufgefasst werden⁴⁶, bleiben die einzelnen Konzerngesellschaften *rechtlich selbständige juristische Personen* mit jeweils *eigenem Sondervermögen* und *individuellem Gläubigerkreis*.⁴⁷ Die Gläubiger haben grundsätzlich nur Zugriff auf die Aktiven jener Einzelgesellschaft, der sie Kredit gewährt haben.

b) *Differenzierung zwischen vollständig eingeordneten Konzerngesellschaften und solchen mit aussenstehenden Minderheitsaktionären*

Aber auch der Aktionärskreis ist bei der Obergesellschaft und der Untergesellschaft im Konzern nicht immer einheitlich. Dies ist nur der Fall, wenn die Obergesellschaft sämtliche Aktien der Gruppengesellschaften hält und somit das Eigenkapital aller dieser Gesellschaften und die Rechte der Eigenkapitalinvestoren auf Dividende und Wertzuwachs in der Obergesellschaft gepoolt sind. Hat die Tochtergesellschaft jedoch neben der Obergesellschaft weitere Minderheitsaktionäre, so haben Ober- und Untergesellschaft auch je eigene Anteilseignerkreise. Entsprechend diesen unterschiedlichen Beteiligungsverhältnissen und Konstellationen sind die Konzernverhältnisse in der Praxis denn auch unterschiedlich ausgestaltet.

Verfügt eine Obergesellschaft im Sinne der im Rechnungslegungsrecht massgeblichen Definition nach Art. 963 OR lediglich über die *Möglichkeit der Kontrolle* über ihre Untergesellschaften, ohne sich jedoch über ihre Rolle als Aktionärin hinaus *organtypisch* in deren Geschäftsführung hineinzuwirken und dieser Weisungen zu erteilen, so liegt grundsätzlich auch kein Subordinationsverhältnis im Sinne der Haftungsvoraussetzung des Art. 55 OR vor, welche einen Gleichlauf von Haftung und Kontrolle rechtfertigen könnte.⁴⁸

Doch selbst wenn die Obergesellschaft ihren *einheitlichen Konzernleitungsanspruch* geltend macht und Konzernleitungsmassnahmen entfaltet, indem sie

⁴⁵ Bühler, Konzernhaftungsrisiken, 992.

⁴⁶ Böckli, Konzern, 211.

⁴⁷ Vgl. BGE 110 1b 127ff., 132 E.3 und BGE 137 III 550 ff., 552 E. 2.3.1; ZK-Jung, Art. 620, N 128; Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 272.

⁴⁸ In diesem Sinne auch Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 274.

sich über ihre Aktionärsrolle hinaus in die Angelegenheiten der Untergesellschaft einmisch, ist zu differenzieren: In der Konzernrealität bestehen nämlich vielfältige Konstellationen der Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Es ist zu unterscheiden zwischen *strafferen* und *lockeren* Formen des Konzerns, jeweils in unterschiedlichen Ausprägungen.⁴⁹

Konzern mit straffer Leitung durch die Spitze (Einordnungskonzept): die Obergesellschaft zieht durch einseitigen Akt die Oberleitung mit den wichtigsten Finanz- und Führungskompetenzen der von ihr beherrschten Untergesellschaft an sich und reduziert die Zuständigkeit des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Untergesellschaft auf die minimalen *residuellen* Aufgaben (vor allem Erhaltung der Eigenwirtschaftlichkeit und Einhaltung der Rechtsvorschriften). Eine derartige, straffe Konzernierung ist praktisch nur mit 100%-igen Gruppengesellschaften durchführbar und wird in der Lehre auch als *Einordnung* in den Konzern bezeichnet.

Konzern mit Untergesellschaften am langen Zügel (Aushandlungskonzept): in einem weniger straffen Konzerngefüge richtet die Obergesellschaft die Untergesellschaft, *an der im typischen Fall auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind* zu berücksichtigen sind, auf bestimmte Konzernziele aus, ohne jedoch die Kernkompetenzen der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der Gruppengesellschaften an sich zu ziehen. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft ist auf *Gleichbehandlung aller Aktionäre* und auf Berücksichtigung der Interessen auch bestimmter weiterer Stakeholder verpflichtet. Die Obergesellschaft muss mit ihm daher die Geschäfte nach dem umfassenden zivilrechtlichen Prinzip des „*dealing at arm's length*“ aushandeln.

Es geht nicht an, in all diesen Fällen generell eine Art Durchgriffskonstellation zu unterstellen und die Obergesellschaft gestützt auf Art. 55 OR haftungsmässig als Geschäftsherrin ihrer Tochtergesellschaft zu qualifizieren.⁵⁰ *Damit würde geradezu die heute anerkannte rechtliche Gestaltungsstruktur des Konzerns aufgehoben.*

Nur wenn das Schalten und Walten der Konzernleitung auf der Ebene der Untergesellschaft sehr weit geht, erscheint die Berufung der Obergesellschaft auf die Selbständigkeit der Untergesellschaft als rechtsmissbräuchlich und die Gerichte können sich nach der geltenden Praxis *ausnahmsweise* über den sonst universell geltenden Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der Ge-

⁴⁹ vgl. Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 17; Böckli, Aktienrecht, § 11 N. 236 ff.; differenziert von Büren, 52 ff.

⁵⁰ Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative, 277 spricht in diesem Zusammenhang von einer „konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung“.

sellschaft hinwegsetzen. Mit dem sogenannten „Durchgriff“ oder gestützt auf die Tatbestände der faktischen Organshaft, der Doppelorganshaft oder der Haftung aus Konzernvertrauen kann die Obergesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin gegenüber den Gläubigern bzw. Minderheitsaktionären der Untergesellschaft unter Umständen direkt haftbar gemacht werden.⁵¹

Umgekehrt gilt aber: eine bestehende *Beherrschung allein* genügt nicht für die Begründung eines Durchgriffs. Auch wenn die Gesellschaft eine Allein- oder Mehrheitsaktionärin hat, wird die Gesellschaft weiterhin grundsätzlich durch ihren eigenen Verwaltungsrat verwaltet, und dieser bleibt für die Geschäftsführung verantwortlich. Ein genereller Durchgriff in Konzernlagen, wie ihn die Konzernverantwortungsinitiative einführen wollte, verbietet sich also bereits aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Konzerne. So hat denn auch das Bundesgericht in einem *obiter dictum* aus dem Jahre 1992 festgehalten, dass die Zugehörigkeit zu einem Konzern für sich allein keine Anwendung der Geschäftsherrenhaftung begründen könne, weil eine solche Zugehörigkeit *kein Subordinationsverhältnis* impliziere.⁵²

2. Kein „Subordinationsverhältnis“ im Sinne von Art. 55 OR zwischen Ober- und Untergesellschaft im Konzern

a) *Eigenverantwortlichkeit der Leitungsorgane der Konzerngesellschaften*

Eine Subsumtion des Mutter-Tochterverhältnisses unter den Tatbestand der Geschäftsherrenhaftung würde voraussetzen, dass Tochtergesellschaften „Hilfspersonen“ im Sinne von Art. 55 OR sind. Dazu müsste zwischen Ober- und Untergesellschaft ein *Subordinationsverhältnis* vorliegen, gestützt auf welches die Untergesellschaft nach den Weisungen der Obergesellschaft als ihrer Geschäftsherrin handelt.

Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, das erforderliche Unterordnungsverhältnis könne vorliegen, wenn und soweit unter den konkreten Umständen eine einheitliche Leitung durch die Obergesellschaft ausgeübt werde.⁵³ Das Subordinationsverhältnis könne sich aus der tatsächlichen Kontrolle eines Hauptaktionärs ergeben.⁵⁴

⁵¹ Bühler, Konzernhaftungsrisiken, 993.

⁵² SJ 1992, 627; vgl. auch Stoffel/Sautier, 516.

⁵³ Albers-Schönberg, 177 ff.; von Büren, 203; von der Crone, § 15, N 118; Hofstetter, Konzernhaftung, 241.

⁵⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 60 N 43; Handschin, Konzern, 348 f.

Diese Auffassung ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht stichhaltig: die Analyse der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR hat ergeben, dass ein Unterordnungsverhältnis nicht mehr vorliegt, wenn die Hilfsperson über eine gewisse *rechtliche und faktische Selbständigkeit* verfügt und grundsätzlich „*auf eigene Rechnung und nach eigenem Urteil*“ handelt.⁵⁵ Genau dies trifft in der Konzernkonstellation zu: Die Untergesellschaft ist nicht eine Marionette oder ein willenloses Werkzeug der Obergesellschaft, sondern handelt durch ihre Organe grundsätzlich eigenständig und *eigenverantwortlich*. Bei einer Untergesellschaft mit aussenstehenden Minderheitsaktionären ist das Aktionärsinteresse nicht unbedingt deckungsgleich mit dem Konzerninteresse. In dieser Situation findet keine Kompetenzattraktion der Obergesellschaft gegenüber den Oberleitungs- und Oberaufsichtsfunktionen des obersten Leitungsorgans der Untergesellschaft statt. Dieses hat vielmehr das Interesse aller Aktionäre, also auch dasjenige der Minderheitsaktionäre zu wahren und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Art. 716a Abs. 1 OR, der dem Verwaltungsrat bestimmte unentziehbare Kernkompetenzen zuteilt, beansprucht in dieser Situation grundsätzlich volle Anwendung. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft darf nicht blindlings den Weisungen der Muttergesellschaft folgen, sondern muss sein Mandat so ausüben, dass er nicht nur das übergeordnete Konzerninteresse berücksichtigt, sondern jederzeit auch den aussenstehenden Aktionären darüber Rechenschaft ablegen kann, wie er die Interessen der Untergesellschaft als selbständig organisierte Geschäftseinheit wahrt. In dieser Situation muss das Handeln der Organe der Untergesellschaft einem Drittvergleich (sog. „*dealing at arm's length*“) standhalten.⁵⁶

Aber auch im Falle einer 100%-igen Konzernierung der Tochtergesellschaft findet keine vollständige Usurpation der Kompetenzen des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft durch die einheitliche Konzernleitung statt. Auch dem Verwaltungsrat der konzernrechtlich eingeordneten Untergesellschaft verbleiben gewisse *unentziehbare residuelle Kompetenzen*. Er hat eigenverantwortlich sicherzustellen, dass die Tochtergesellschaft in die Lage versetzt bleibt, den Gläubigerschutz durch die Ausrichtung auf Erhaltung der Solva-

⁵⁵ Oftinger/Stark, § 20, N 68.

⁵⁶ Böckli, Konzern, 226.

bilität und einer minimalen Eigenkapitalrendite zu gewährleisten.⁵⁷ So sehr die Aufgaben – verglichen mit der viel weiter gehenden Gestaltungsverantwortung eines „eigenständigen“ Verwaltungsrates in dieser Konstellation als reduziert erscheinen, so bleibt doch ein nicht zu unterschätzender eigener Handlungsbereich.⁵⁸

b) *Die Konzernweisung ist keine Anweisung im Sinne von Art. 55 OR*

Sowohl in einem Konzernverhältnis mit ausstehenden Minderheitsaktionären als auch in einer vollständigen Einordnungssituation sind *Konzernweisungen* gegenüber den Gruppengesellschaften nicht als vertragsrechtlich abgestützte Anweisungen wie im Verhältnis des Auftraggebers zum Beauftragten oder des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer oder gar als „Befehl“ zu verstehen. Die Konzernweisung ist kein einzelvertraglich zu verstehender Willensakt, sondern es handelt sich vielmehr um eine *Aufforderung der Konzernleitung an die Leitungsorgane der Untergesellschaft zur eigenständigen und eigenverantwortlichen Umsetzung eines näher bestimmten Konzernziels in konkrete Geschäftsführungsmassnahmen auf Stufe Untergesellschaft*.⁵⁹ Folglich kann die Untergesellschaft im Konzernverhältnis allenfalls eine „selbständige Hilfsperson“ der Muttergesellschaft, in der Regel aber nicht eine solche im Sinne von Art. 55 OR sein.

Es wäre verfehlt, die Rechtsbeziehung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft mit den Begriffen des Vertragsrechts zu erfassen und gar ein Auftragsverhältnis konstruieren zu wollen – in dem Sinne, dass die Tochtergesellschaft als Hilfsperson der Muttergesellschaft am Wirtschaftsverkehr im Auftrag der Konzernspitze teilnehmen würde. Solche Gedanken werden zwar immer wieder geäussert; sie treffen jedoch auf das Konzept einer Konzernierung nicht zu.

Was aber natürlich auch in einer Konzernkonstellation geben kann, ist eine *vertragliche Vereinbarung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ausserhalb*

⁵⁷ Vgl. BGE 140 III 533 E. 4.1 und 4.2 S. 541 ff. i.S. *Swisscargo*. Am Grundsatz, dass die einzelgesellschaftliche Betrachtung insbesondere in Bezug auf die Kapitalschutzvorschriften massgeblich ist, hat das höchste Gericht letztlich auch in seinem jüngsten Urteil, Urteil des Bundesgerichtes 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4, i.S. *Swissair* festgehalten, indem es bestätigt hat, dass vom Grundsatz der Marktkonformität von Konzerndarlehen nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände abgewichen werden kann, wenn dies letztlich auch durch das mittelbare Interesse der das Darlehen gewährenden Konzerngesellschaft am Fortbestand des Konzerns gerechtfertigt wird.

⁵⁸ ZK-Bühler, Art. 716a, N 155; Böckli, Aktienrecht, § 11, N 326 f.

⁵⁹ Böckli, Aktienrecht, § 11, N 264 ff.

der eigentlichen Konzernweisung. In diesem Sinne dürften denn auch die Erwägungen des Bundesgerichts im vorerwähnten Entscheid aus dem Jahre 1992 zu verstehen sein, wonach das Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften für sich nicht alleine ausreiche, um eine Unterordnung im Sinne von Art. 55 OR zu begründen. Die Bestimmung könne indessen anwendbar sein, wenn eine Gesellschaft *vertraglich* gehalten sei, bestimmte Anordnungen der anderen zu befolgen. Selbst wenn die Tochtergesellschaft Teil eines Konzerns sei, werde eine selbständige Gesellschaft nach wie vor durch den eigenen Verwaltungsrat geführt.⁶⁰

3. Eigenständigkeit und -verantwortlichkeit der Zulieferunternehmen

a) *Zulieferer sind keine Hilfspersonen im Sinne von Art. 55 OR*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Unterakkordant eines Generalunternehmers keine Hilfsperson des letzteren.⁶¹ Ausserdem sind „selbständige Hilfspersonen, welche wohl für die Zwecke eines Auftraggebers tätig werden, aber auf eigene Rechnung und namentlich nach eigenem Urteil“ handeln, vom Anwendungsbereich des Art. 55 OR nicht erfasst.⁶² Entsprechend lässt sich mangels Weisungsunterworfenheit des Zulieferers auch eine Geschäftsherrenhaftung des Auftragsgebers in der Lieferkette grundsätzlich nicht begründen.⁶³ Selbständige Unternehmer fallen prinzipiell nicht unter den Begriff der „Hilfspersonen“ im Sinne der Haftungsvoraussetzung des Art. 55 OR. Diese mögen zwar in eine mehr oder weniger straffe Wertschöpfungskette des Konzerns eingebunden sein und der in der Schweiz ansässige Konzern mag – nach der einschlägigen Begriffsdefinition der Initiative – vielleicht auch „faktisch“ oder „wirtschaftlich“ eine gewisse „Macht“ auszuüben, doch fehlt ihnen in aller Regel die notwendige Eingliederung in den Herrschafts- und Organisationsbereich des Auftraggebers. Sowohl in- als auch ausländische Zulieferer sind grundsätzlich „Dritte“, unabhängige Marktteilnehmer⁶⁴, die eigenverantwortlich handeln. Deren Verhalten kann somit richtigerweise auch nicht der Schweizer Konzerngesellschaft zugerechnet werden und deren Risiken sind daher auch nicht mehr im Sinne einer verschuldensunabhängigen Deliktshaftung des Geschäftsherrn direkt von dieser zu tragen.

⁶⁰ SJ 1992, 627. In diesem Sinne auch Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 150; Caflisch, 263; Kaufmann, Personengesellschaften, 84; Böckli, Aktienrecht, § 11, N 472.

⁶¹ BGE 33 II 150 E. 8 S. 157 ff.

⁶² Oftinger/Stark, § 20 N 67; Petrin, 69.

⁶³ So auch Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 151.

⁶⁴ Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 156.

Es gilt der haftpflichtrechtliche Grundsatz, dass jede Person nur für ihr eigenes Verhalten und ihre eigene Sphäre verantwortlich ist, nicht aber für das Verhalten und die Sphäre Dritter.⁶⁵

b) *Entlastungsbeweis in Bezug auf Zulieferer kaum möglich*

Der beklagten Schweizer Konzerngesellschaft wäre zudem eine Entlastung, wie sie sowohl nach Art. 55 OR als auch nach der Initiative vorgesehen war, stark erschwert oder faktisch unmöglich, weil ihr der Entlastungsbeweis, dass auch weit entfernte Zulieferer ihrer Untergesellschaften alle relevanten Standards eingehalten haben, kaum gelingen würde. Es fehlt mangels Weisungsbefugnis und Konzernierung schlicht an den Möglichkeiten, bei Drittvertragsparteien an die nötigen Informationen zu gelangen. Der Entlastungsbeweis müsste in der Praxis regelmässig scheitern und die Konzerngesellschaft würde – unabhängig davon, ob ihre Organe die Sorgfaltspflichten gewahrt haben oder nicht – grundsätzlich für Drittfehler in die Haftung genommen.⁶⁶

Auch die zweite Entlastungsmöglichkeit, welche die Initiative vorsah – der Beweis nämlich, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre – wäre kaum zu erbringen gewesen. Es geht hier um den *mangelnden Kausalzusammenhang* im Bereich der vorgeworfenen Unterlassungen, den im ausservertraglichen Haftpflichtrecht anerkannten Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens. An den Einwand der mangelnden Kausalität werden praxisgemäss sehr hohe Beweisanforderungen gestellt; es gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Das blosses Vorbringen, dass der Schaden bei pflichtgemässigem Verhalten ebenfalls hätte eintreten können, vermag den Schädiger dabei nicht zu entlasten. Die rechtliche Kraft der zweiten Entlastungsmöglichkeit – der von der Schweizer Gesellschaft zu erbringende Beweis, der Schaden im Ausland wäre auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten – ist daher in der Praxis als sehr gering einzuschätzen.⁶⁷

V. Schlussfolgerungen

Die durch die Konzernverantwortungsinitiative vorgeschlagene Regelung einer „Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis“ lehnte sich an die Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR an. Das Institut der Geschäftsherrenhaftung lässt sich jedoch nicht – oder zumindest nicht generell – auf

⁶⁵ Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme, 165 m.w.N.

⁶⁶ Bohrer, 329; Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative, 58.

⁶⁷ Böckli/Bühler, Konzernverantwortung, 57 ff.

Konzernverhältnisse übertragen. Das widerspräche dem *konzernrechtlichen Trennungsprinzip* und würde geradezu einer *Aufhebung der heute anerkannten rechtlichen Gestaltungsstruktur des Konzerns* gleichkommen. Ausserdem fehlt dem Ansatz die erforderliche Differenzierung nach den *unterschiedlichen Ausprägungen von Konzernkonstellationen*, die in der Praxis vorkommen, mit einer mehr oder weniger starken Kompetenzattraktion durch die Konzernobergesellschaft.

Ein Konzernhaftungstatbestand, der mit der Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung an sich eine Weisungsgebundenheit einer *Hilfsperson* gegenüber dem Geschäftsherrn voraussetzen würde, passt schliesslich auch nicht in das etablierte *Konzept der Governance eines Konzerns*. Denn dieses basiert auf der *Eigenverantwortung* der Oberleitungs- und Oberaufsichtsorgane der Gruppengesellschaften und belässt ihnen – auch wenn sie in einen grösseren Verbund eingeordnet und einer einheitlichen Konzernleitung unterstellt sind – immer bestimmte *unentziehbare residuelle Kernkompetenzen*.

Literaturverzeichnis

Albers-Schönberg Max, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980.

Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, in: Brehm Roland, 4. A., Bern 2013 (zit. BK OR-Brehm, Art. XX, N YY).

Bieder Alfred, Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem Schweizerischen Obligationenrechte, ZSR 1886, 327 ff.

Böckli Peter, OR-Rechnungslegung, Zürich 2019 (zit. Böckli, Rechnungslegung).

Böckli Peter, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Sethe Rolf/Isler Peter (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 203 ff. (zit. Böckli, Konzern).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009 (zit. Böckli, Aktienrecht).

Böckli Peter/Bühler Christoph B., Zur „Konzernverantwortungsinitiative“, Rechtliche Überlegungen zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“, Zürich 2018 (zit. Böckli/Bühler, Konzernverantwortungsinitiative).

Böckli Peter/Bühler Christoph B., Konzernverantwortung ohne Grenzen, in: Kunz Peter/Arter Oliver/Jörg Florian (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 145 ff. (zit. Böckli/Bühler, Konzernverantwortung).

Bohrer Andreas, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, Überlegungen zur „Konzern-Initiative“, GesKR 2017, 323 ff.

- Brand Patric A., Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Up-stream Darlehen, Diss. Bern 2014, Zürich 2015.
- Bühler Christoph B., Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung, in: Grolimund Pascal et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton Karl Schnyder, Zürich 2018, 989 ff. (zit. Bühler, Konzernhaftungsrisiken).
- Bühler Christoph B., Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016 (zit. Bühler, Verantwortlichkeit).
- Burckhardt C. Chr., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1903, Basel 1903, auch publiziert in: ZSR 1903, 469 ff.
- Caflisch Silvio, Die Bedeutung und Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Zürich 1961.
- Charmorel Jacques, La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle, Diss. Lausanne 1925.
- Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012.
- Fischer Joel, Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, GesKR Online 2021, 1 ff.
- Fleischer Holger, Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen und Lieferketten: Eine rechtsvergleichende Skizze im Lichte der Konzernverantwortungsinitiative, in: Müller Matthias P. A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 145 ff. (zit. Fleischer, Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen).
- Fleischer Holger, Gutachterliche Stellungnahme zur rechtsvergleichenden Einordnung des Regelungsvorschlags der Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“ (Konzernverantwortungsinitiative) vom 17. Oktober 2019 (zit. Fleischer, Gutachtliche Stellungnahme).
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996.
- Geisser Gregor, Die Konzernverantwortungsinitiative, AJP 2017, 943 ff. (zit. Geisser, Konzernverantwortungsinitiative).
- Geisser Gregor, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für „Menschenrechtsverletzungen“ bei internationalen Sachverhalten, Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis zu Völkerrecht und internationalem Privatrecht, Zürich 2013 (zit. Geisser, Menschenrechtsverletzungen).
- Gysler Emil, Die Haftung für fremde culpa, Diss. Zürich 1892.
- Haftpflichtkommentar, in: Fischer Willi/Lutherbacher Thierry (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Haftpflichtkommentar-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Handschin Lukas, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2017, 998 ff. (zit. Handschin, Konzernverantwortungsinitiative).

- Handschin Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 2004 (zit. Handschin, Konzern).
- Hofstetter Karl, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 2019, 271 ff. (zit. Hofstetter, Konzernverantwortungsinitiative).
- Hofstetter Karl, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995 (zit. Hofstetter, Konzernhaftung).
- Honsell Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2000.
- Kaufmann Christine, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, 45 ff. (zit. Kaufmann, Konzernverantwortungsinitiative).
- Kaufmann Markus, Personengesellschaft als Konzernspitze, Bern 1988 (zit. Kaufmann, Personengesellschaft).
- Kurzkomentar Obligationenrecht, Art. 1-529, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Basel 2008 (zit. KUKO OR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Monsch Martin/von der Crone Hans Caspar, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, SZW 2013, 445 ff.
- Nater Hans, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Diss. Bern 1971.
- Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. A., Zürich 1987.
- Petrin Martin, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Diss. St. Gallen, Zürich 2004.
- Roberto Vito, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018.
- Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020.
- Stoffel Walter A./Sautier Camille, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung im Konzern, SZW 2019, 509 ff.
- veb.ch Praxiskommentar, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, in: Pfaff Dieter et al. (Hrsg.), 2. A., Zürich 2019 (zit. veb.ch Praxiskommentar-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- von Büren Roland, Der Konzern, 2. A., Bern 2005.
- von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, Bern 2014.
- Waespi Oliver, Organisationshaftung, Diss. Bern 2005.
- Werro Franz, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungs-norm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, sui-generis 2018.
- Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), 3. A., Zürich 2018.
- Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. ZK OR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Alexander Vogel

Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts

Tagung zu Konzernrecht
Tagungsband 2020



Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts von Alexander Vogel wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Alexander Vogel – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-532-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-533-4 (PDF)

978-3-03805-534-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-532>

Version: 1.01 – 20221027

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/aktuelle-herausforderungen-und-entwicklungen-des-konzernrechts/>.

müsse eine solche Darlehensgewährung an eine 100% Tochtergesellschaft, auch wenn es sich „dabei um auf allerweiteste Sicht nicht rückzahlbare sog. Downstream-Darlehen von der Mutter- an die Tochtergesellschaft“ handle, müsse „nicht in jedem Fall zur Entreicherung der Muttergesellschaft führen“, weshalb sie unter Umständen als zulässig angesehen werden könnten. In einer solchen Situation spiele auch die Frage, ob dafür Sicherheiten geleistet wurden bzw. eine Gegenleistung erbracht wurde, grundsätzlich keine Rolle⁷⁸.

e) *Sachverhalt OGer Zürich vom 25.3.2013 (SAirGroup/Sabena)*⁷⁹

Im Jahr 1995 erwarb die Swissair eine Minderheitsbeteiligung von 49.5% an der belgischen Fluggesellschaft Sabena. Bereits zu diesem Zeitpunkt war die letztere stark verschuldet und kämpfte mit ihrer Profitabilität. Im Rahmen der Umstrukturierung der Swissair übertrug die SAirGroup die Sabena-Beteiligung an die SAirLines. Um die grossen finanziellen Schwierigkeiten der Sabena zu meistern, vereinbarte die SAirGroup mit den übrigen Aktionären der Sabena eine Rekapitalisierungsvereinbarung, in welcher sie sich gegenüber den übrigen Aktionären verpflichtete, an die Sabena liquide Mittel im Umfang EUR 150 Mio. beizubringen gegen Zeichnung von Partizipationsscheinen durch ihre Tochtergesellschaft SAirLines, welche später erfüllt wurde. Fünf Jahre später klagte die SAirGroup in Nachlassliquidation gegen die früheren Mitglieder des Verwaltungsrates der SAirGroup Schadenersatz im Betrag von EUR 150 Mio. mit der Begründung durch die Rekapitalisierungsvereinbarung sei die SAirGroup geschädigt worden, weil sie für ihre Zahlung keinen Gegenwert erhalten habe. Sie bestritt, dass die ihrer Tochtergesellschaft SAirLines zugeteilten Partizipationsscheine werthaltig gewesen seien, dieser Umstand sei aber für die Frage der Schädigung der Muttergesellschaft SAirGroup letztlich irrelevant.⁸⁰

f) *Würdigung des Obergerichts*

Sowohl Bezirk- wie auch Obergericht wiesen die Klage mit dem Argument ab, die Nachlassliquidatoren hätten den angeblichen, durch die SAirGroup Schaden erlittenen Schaden nicht nachgewiesen, da die SAirGroup einen Gegenwert für ihre Zahlung von EUR 150 Mio. an die Sabena erhalten habe, namentlich eine Darlehensforderung gegenüber ihrer Tochtergesellschaft SAirLines, für welche sie die Zahlung unter der Rekapitalisierungsvereinbarung bzw. zur Liberierung der durch die SAirLines gezeichneten Partizipationsscheine ge-

⁷⁸ BGer 4A_97/2013 E. 2.2.

⁷⁹ OGer ZH LB090080.

⁸⁰ Vgl. Vogel/Küpfer, 45.

tätigt hatte. Mangels substantiierter Darlegung, dass diese Darlehensforderung nicht werthaltig gewesen sei und in Anbetracht der Tatsache, dass die Darlehensschuld später durch Verrechnung getilgt worden sei, bejahte das Gericht die Werthaltigkeit und damit den Erhalt eines Gegenwerts. Im Weiteren erachtete das Gericht eine Pflichtverletzung der Beklagten als nicht erstellt, da der Entscheid zur Rekapitalisierung der Sabena und damit zum Einschuss zusätzlicher Mittel als Eigenkapital im Umfang von EUR 150 Mio. durch Zeichnung von Partizipationsscheinen im Lichte der damaligen Umstände gesehen und beurteilt werden müsse. Der Verwaltungsrat sei wegen der unmittelbar bevorstehenden Generalversammlung der Sabena unter erheblichem Zeitdruck gestanden, an welcher ohne den vorherigen Abschluss der Rekapitalisierungsvereinbarung die umgehende Liquidation der Sabena hätte beschlossen werden müssen. Eine Auflösung der Sabena hätte jedoch für die SAirGroup und ihre Gruppengesellschaften zum einen negative Auswirkungen auf der Ebene des operativen Geschäfts sowie die Reputation und zum anderen Schadenersatzforderungen nach sich gezogen, womit auch die Möglichkeit eines geordneten Ausstiegs aus der Sabena-Beteiligung von vornherein verunmöglicht worden wäre. Aus der damaligen Optik des Verwaltungsrats der SAirGroup sei daher von einem vertretbaren Geschäftsentscheid auszugehen.⁸¹

2. Umstrukturierung zur Stärkung einer angeschlagenen Tochtergesellschaft

a) Sachverhalt BGer 4A_410/2011 (SAirGroup/Roscor)

Die SAirGroup als Konzernobergesellschaft hielt eine 100%ige Tochtergesellschaft SAirLines, die das Fluggeschäft betrieb. Ende 2000 entschied sich der Verwaltungsrat der SAirGroup, eine andere Beteiligung der SAirGroup, die Roscor Inc., ohne Gegenleistung von der SAirGroup auf die SAirLines zu übertragen, um das Eigenkapital der letzteren zu stärken. Daraufhin wurde die Roscor Inc. in die SAirLines fusioniert (Roscor-Transaktion).

Im Oktober 2001 musste die SAirGroup provisorische Nachlassstundung beantragen. Im Juni 2003 bewilligte der Nachlassrichter den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Die SAirGroup in Nachlassliquidation machte am 6. September 2005 beim Bezirksgericht Zürich eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen zwölf ehemalige Mitglieder der obersten Führungsorganisation, namentlich

⁸¹ OGer ZH LB090080 E. IV.

den CEO, CFO und zehn Verwaltungsratsmitglieder, der SAirGroup anhängig. Die SAirGroup machte geltend, ihr sei durch die Roscor-Transaktion ein Schaden in Höhe von knapp CHF 300 Mio. entstanden, denn vor der Transaktion hätte die Beteiligung an der Roscor für die SAirGroup einen Wert von rund CHF 300 Mio. dargestellt. Durch die Übertragung bzw. den Einschluss der Beteiligung sei diese als Vermögenssubstrat aus der Bilanz der SAirGroup verschwunden, ohne dass im Gegenzug beim Beteiligungswert der SAirLines – wegen deren im Übertragungszeitpunkt angeblich bereits eingetretenen Überschuldung – ein entsprechender Wertzuwachs eingetreten sei. Das Bezirksgericht wie auch das Obergericht wiesen die Klage ab. Als Hauptbegründung führte das Obergericht aus, zum Zeitpunkt der Roscor-Transaktion seien weder die SAirGroup noch die SAirLines überschuldet gewesen. Damit liege lediglich eine konzerninterne Vermögensverschiebung vor. In einer Eventualbegründung führte das Obergericht aus, dass eine allfällige Überschuldung der SAirLines per Ende 2000 durch den Zuschuss im Rahmen der Roscor-Transaktion behoben worden sei. Es hätte sich daher für die SAirGroup ein unmittelbarer Vorteil darin ergeben, dass ihre wichtigste Tochtergesellschaft, die SAirLines, dadurch ein Insolvenzverfahren habe abwehren können. Ein entsprechender Entscheid der Leitungsgremien sei in einer solchen Situation daher zumindest vertretbar gewesen. Die Subeventualbegründung des Obergerichts adressierte den „schlechtesten“ Fall, namentlich, dass eine allfällige Überschuldung der SAirLines durch die Roscor-Transaktion nicht vollumfänglich hätte remediert werden können. Als Folge hätte die SAirGroup zwar keinen adäquaten finanziellen Gegenwert erhalten, eine Pflichtverletzung sei aber auch diesfalls zu verneinen, denn die Roscor-Transaktion hätte die für den Konzern äusserst bedeutsame Weiterexistenz „ihres Herzstücks“, der SAirLines, am Stichtag gesichert, weil so ein Konkurs der SAirLines habe abgewendet werden können, der weitreichende Folgen für den gesamten Konzern gehabt – und namentlich mit grosser Wahrscheinlichkeit auch den Konkurs der SAirGroup nach sich gezogen – hätte, weshalb die beiden Gesellschaften in einer „schicksalhaften Gemeinschaft verbunden“ gewesen seien. Daraus hätte aus der Roscor-Transaktion mindestens ein wichtiger mittelbarer Vorteil resultiert. Auch in dieser Konstellation habe daher ein vertretbarer Geschäftsentscheid vorgelegen. Als weitere Eventualbegründung führte das Obergericht aus, dass es selbst bei Bejahung des Vorliegens eines pflichtwidrigen Verhaltens und eines Schadens an der erforderlichen Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden gefehlt hätte, da auch ein pflichtgemässes Handeln – und die Umsetzung eines alternativen Sanierungskonzepts – zum gleichen Ergebnis geführt hätte.

b) Würdigung des Bundesgerichts

Auch das Bundesgericht wies die Klage ab und folgte dabei der Hauptbegründung des Obergerichts, namentlich dass zum Zeitpunkt der Roscor-Transaktion weder die SAirGroup noch die SAirLines überschuldet gewesen wären.⁸² Folglich ergäbe sich aus der Genehmigung der Roscor-Transaktion keine haftungsbegründende Pflichtverletzung der zuständigen Leitungsorgane.⁸³

Auf die von den Nachlassliquidatoren gerügte falsche Anwendung von Art. 716a OR und Art. 717 Abs. 1 OR durch die Vorinstanz, namentlich diese hätte eine unzulässige Konzernbetrachtung vorgenommen, indem sie das Verhalten der Leitungsorgane im Zusammenhang mit der Roscor-Transaktion selbst bei Vorliegen eines Überschuldungs- bzw. Sanierungstatbestands nicht als pflichtwidrig erachtet hatte, da die Transaktion angeblich in einem übergeordneten Konzerninteresse gelegen habe, musste das Bundesgericht nicht weiter eingehen, da es der Hauptbegründung des Obergerichts, die SAirLines sei im relevanten Zeitraum nicht überschuldet gewesen, bestätigte.⁸⁴

c) Strafverfahren gegen Organe der SAirGroup

d) Sachverhalt

Im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der SAirGroup kam es zudem zu verschiedenen Strafverfahren.⁸⁵ Die SAirGroup hatte in der Phase vor ihrem Zusammenbruch noch verschiedene Sanierungsbemühungen unternommen. Eine davon betraf wie oben bereits dargestellt die beiden Gesellschaften SAirLines und Roscor AG, beides 100%ige Tochtergesellschaften der SAirGroup. Um die für die Gruppe sehr wichtige, aber angeschlagene Gesellschaft SAirLines zu stärken und deren Verluste auszugleichen, wurde von den Organen der Muttergesellschaft SAirGroup beschlossen, die Roscor AG im Sinne eines Kapitalzuschusses der Muttergesellschaft an die angeschlagene Tochter SAirLines unentgeltlich zu übertragen (und anschliessend mit der Letzteren zu fusionieren). Den Organen der SAirGroup wurde von der Staatsanwaltschaft

⁸² Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 3.3 f. und 11.

⁸³ BGer 4A_410/2011 E. 11.

⁸⁴ BGer 4A_410/2011 E. 7 und 9.

⁸⁵ Vgl. BG Bülach DG060079, DG060090, DG060091, DG060092, DG060095 und DG060096 des vom 4. Juni 2017.

darauf vorgeworfen, sie hätten durch die dargestellte Übertragung ihre Pflicht, das Vermögen der SAirGroup werthaltend zu verwalten, verletzt und die SAir-Group damit in einem Ausmass von rund CHF 100 Mio. geschädigt.⁸⁶

Auch im Zusammenhang mit der angestrebten Sanierung der Sabena wurde den Organen der SAirGroup ungetreue Geschäftsführung vorgeworfen. Grund dafür war die vorne bereits dargestellte⁸⁷ Beteiligung der SAirGroup an der Rekapitalisierung der Sabena. Die Staatsanwaltschaft argumentierte, dabei habe eine vorsätzliche Verminderung des Vermögens der SAirGroup um 150 Mio. stattgefunden, denn der Sabena sei es auch auf weite Sicht nicht möglich gewesen, wieder profitabel zu werden.⁸⁸

e) Würdigung des Bezirksgerichts

In beide Konstellationen sprach das zuständige Gericht die Angeklagten vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung frei. Die unentgeltliche Übertragung der Roscor AG auf die SAirLines sowie der Kapitaleinschuss an die Sabena wurden damit als zulässig erachtet. Interessant ist dabei insbesondere wieder die Argumentation hinsichtlich der Rolle des Konzerns. So wurde zwar anerkannt, dass die einzelnen Gesellschaften, welche in einem Konzernverbund zusammengeschlossen sind, grundsätzlich rechtlich selbständig behandelt werden müssen. Dennoch gilt es das Konzerninteresse ebenfalls mit zu berücksichtigen, denn dieses kann wiederum die Einzelgesellschaften direkt beeinflussen. Namentlich hätte im vorliegenden Sachverhalt ein Konkurs der Sabena in einer möglichen Gefährdung der Interessen der SAirLines oder deren Tochtergesellschaft bedeuten können. Daher lag es im Eigeninteresse der SAirGroup, diesen Schaden abzuwenden.

3. Expansion durch Akquisition sanierungsbedürftiger Gesellschaften

a) Sachverhalt HG120149-O (SAirGroup/Air Littoral)

Im Zusammenhang mit der bereits erwähnten sog. „Hunter-Strategie“⁸⁹ wurde vom Verwaltungsrat der SAirGroup die Akquisition⁹⁰ der französischen Regionalfluggesellschaft Air Littoral sowie die Ausrichtung von Darlehen zum Zweck deren Sanierung und weitere Investitionen bezüglich der Air Littoral geneh-

⁸⁶ Vogel/Küpfer, 109.

⁸⁷ Siehe dazu oben für Sachverhaltsdarstellung Abschnitt [V.1.e](#)).

⁸⁸ Vogel/Küpfer, 109.

⁸⁹ Siehe dazu hinten Abschnitt [V.6.a](#)).

⁹⁰ Kauf von 49.9% des Kapitals.

मित. Die SAirGroup in Nachlassliquidation klagte darauf im Juli 2012 vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich gegen Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung sowie Kantone⁹¹ und die Schweizerische Eidgenossenschaft, die an Stelle ihrer Vertreter im Verwaltungsrat ins Recht gefasst wurden, auf einen Schadenersatz von insgesamt rund CHF 124 Mio.⁹²

Vorgeworfen wurde dem Verwaltungsrat im Wesentlichen, er hätte die besagte Akquisition ohne eine genügende Prüfung, ohne schriftliche Unterlagen und ohne kritische Hinterfragung der Werthaltigkeit, den Risiken und der Strategiekonformität dieser Akquisition genehmigt und dadurch der SAir-Group pflichtwidrig einen Schaden zugefügt.

b) Begründung des Handelsgerichts

Das Handelsgericht argumentierte, durch die Akquisition hätte keine Vermögensverminderung der SAirGroup ohne entsprechende Gegenleistung stattgefunden. Folglich fehle es bereits am Bestehen eines Schadens.⁹³

Hinsichtlich der behaupteten Pflichtverletzung im Zusammenhang mit den durch die SAirGroup an die Air Littoral geleisteten und nicht zurückbezahlten Sanierungsdarlehen wendete das Handelsgericht die Business Judgment Rule an. Das Gericht stellte fest, dass im Rahmen der Unternehmensakquisition eine ausreichende Due Diligence durchgeführt worden sei. Der Verwaltungsrat habe damit auf Grundlage einer ausreichenden Informationsbasis gehandelt, den Entscheid ohne Interessenskonflikt gefällt und im Sinne des Gesellschaftsinteresses agiert. Der Entscheid des Verwaltungsrates der SAirGroup, die Air Littoral zu akquirieren sei damit zwar durchaus risikobehaftet gewesen, sei jedoch nicht als pflichtwidrige Handlung zu qualifizieren.⁹⁴

4. Sanierungsverantwortung der Muttergesellschaft

a) Sachverhalt BGer 4A_306/2009 (Systor)

Die Systor AG war eine auf Informatikdienstleistungen spezialisierte Gesellschaft, die seit dem Jahre 1999 eine 100 %ige Tochtergesellschaft der UBS war. Anfang 2000 übernahm die Systor AG die in Köln ansässige Schumann-Unternehmensgruppe, wobei die Akquisition mittels Krediten finanziert wurde,

⁹¹ Basel-Stadt, Genf und Zürich.

⁹² Vgl. Isler/Schmid, 21.

⁹³ Vgl. HG ZH HG120149-O vom 26. Januar 2015 E. 5.5.1 ff.

⁹⁴ HG ZH HG120149-O E. 7.2 ff.

die von einem Bankenkonsortium bereitgestellt wurden. Als Kreditnehmerin wurde die Systor GmbH gegründet, deren einzige Gesellschafterin die Systor AG war. Mit der Systor AG wurde durch die A-Bank AG (A-Bank AG als Teil des Bankenkonsortiums) ein Kreditversicherungsvertrag abgeschlossen.

Im Jahr 2001 wurde zwischen der UBS und dem Bankkonsortium eine Restrukturierungsvereinbarung geschlossen, um den Liquidationsbedarf der Systor AG und der Systor GmbH zu sichern sowie eine drohende Überschuldung zu verhindern. Im Gegenzug versicherte die UBS weitere Kreditmittel als Darlehen zur Verfügung zu stellen. Im Jahr 2003 wurde schliesslich der Konkurs über die Systor AG eröffnet.

Das Bankkonsortium klagte daraufhin gegen die UBS als Muttergesellschaft mit der Begründung, dass sie falsches Vertrauen erweckte hätte, u.a. indem die langjährige Geschäftsbeziehung der Systor AG mit der UBS und eine Auftragsvergabe von jährlich 170 Mio. angepriesen wurden. Das Bankkonsortium argumentierte, dass aufgrund dieses erweckten Vertrauens weder eine vertragliche Absicherung in Form einer Garantie, noch eine marktübliche Due Diligence eingeholt worden sei.⁹⁵

Die Konsortialbanken machten gestützt auf folgende Tatbestände den Ersatz von knapp CHF 100 Mio. geltend: Erstens, aufgrund einer Vertrauenshaftung im Zusammenhang mit der Kreditgewährung. Zweitens, aufgrund einer positiven Vertragsverletzung im Zusammenhang mit der Kreditbelassung, sowie drittens, aufgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

b) Würdigung des Bundesgerichts

Wie erwähnt machten die Konsortialbanken neben den Ansprüchen aus Vertrauenshaftung auch Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend.

Bezüglich der überkauften Schumann-Akquisition argumentierten die Konsortialbanken, dass die Systor AG durch massgebliche Beeinflussung der Verhandlungen durch die UBS zum überkauften Erwerb der Schumann Unternehmensgruppe gedrängt worden sei. Im Gegensatz hierzu anerkannte das Bundesgericht im Erwerb keine Pflichtverletzung, da dem Entscheid eine ernsthafte Entscheidungsfindung vorangegangen sei, weshalb nicht von einer Investition in ein Projekt ohne Erfolgsaussichten gesprochen werden könne.

Gemäss Argumentation der Konsortialbanken habe zudem ein Interessenskonflikt bestanden, da der Chef IT bzw. Mitglied der Konzernleitung des

⁹⁵ Vgl. hierzu ausführlich Vogel/Küpfer, 27 ff.

UBS-Konzerns auch gleichzeitig ein Mitglied bzw. Präsident des Verwaltungsrates der Systor AG war. Weiter argumentierten die Konsortialbanken, dass die Systor AG durch massiven Ausbau der UBS internen IT-Service Abteilung und – damit verbunden – durch einen ebenso massiven Auftragsrückgang geschwächt worden sei, wodurch ein Führungsvakuum entstanden sei: Während 18 Monaten sei der CFO-Posten der Systor AG unbesetzt gelassen und durch schnell wechselnde Personen ausgefüllt worden. Zudem sei zwischen November 2001 und März 2002 keine einzige Verwaltungsratssitzung der Systor AG durchgeführt worden. Wiederum wurde die Sachlage vom Bundesgericht anders beurteilt. Das Bundesgericht erkannte keinen Fall der Organhaftung, bei der ein Organ der Systor AG eine ihm obliegende Pflicht verletzt hätte. Hierfür hätte konkret dargelegt werden müssen, inwiefern unterlassene Entscheide oder Führungslosigkeit zu einem Schaden geführt hätten.

Die Konsortialbanken brachten weiter vor, der Verwaltungsrat hätte eine Sanierung pflichtwidrig verhindert, insbesondere dadurch, dass er es unterlassen hätte das Personal der Systor AG abzubauen. Auch hier verneinte das Bundesgericht eine Haftungsgrundlage, da auszuführen gewesen wäre, welche konkreten Personen hätten entlassen werden müssen, damit dies der Systor AG genützt und nicht geschadet hätte. Bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen bestehe zudem ein grosser Ermessensspielraum, weshalb bei der gerichtlichen Beurteilung von Geschäftsleitungsentscheiden Zurückhaltung geboten sei.

Das von den Konsortialbanken vorgebrachten Argument, die Rabatt- und Dienstleistungsgutschriftensystem seien marktunüblich gewesen und würden deshalb den Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttungen an die UBS erfüllen, wies das Bundesgericht aufgrund mangelnder Substantiierung ab.

Auch die von den Konsortialbanken vorgebrachte ungenügende Kapitalausstattung durch die UBS als faktisches Organ der Systor AG, wies das Bundesgericht aufgrund mangelnder Substantiierung ab.

Zusammenfassend verneinte das Bundesgericht sowohl eine Haftung der UBS als faktisches Organ der Systor AG nach Art. 754 OR als auch eine Haftung für ihre Vertreter nach Art. 722 OR mangels pflichtwidrigen bzw. widerrechtlichen Verhaltensweisen.

Ebenso wurde eine Haftung aus Konzernvertrauen mangels einer Enttäuschung berechtigter Erwartungen in die UBS als Konzernmutter verneint.

5. Nichtkündigung von Cash-Pool Guthaben trotz Krise der Gruppe

a) Sachverhalt BGer 4A_603/2014 (SAirGroup/Flightlease)

Bei der Flightlease AG handelte es sich um eine Tochtergesellschaft der Sub-Holding SAirLines, welche die Flugzeugflotte der Gruppe hielt und bewirtschaftete und ihrer Schwestergesellschaft Swissair für deren Flugbetrieb zur Verfügung stellte. Flightlease erlitt im Rahmen der Insolvenz der Gruppe einen Verlust von rund CHF 50 Mio. auf ihren Guthaben gegenüber dem konzernweiten Cash-Pool, einem Zero Balancing Cash Pool, weil die Cash-Pool-Gesellschaft insolvent wurde und die entsprechenden Guthaben nicht mehr bedienen konnte. Die Beklagten waren Mitglieder des Verwaltungsrates der SAirGroup sowie weitere Personen, denen eine formelle oder materielle Organstellung bei der Flightlease zukam und die zum Teil zusätzlich auch Mitglieder in der Konzernleitung der Swissair Gruppe waren.⁹⁶

Vorgeworfen wurde den Beklagten u.a., dass sie durch die vollständige Übergabe der eigenen liquiden Mittel an die Cash-Poolführerin ein liquiditätsmässiges „Klumpenrisiko“ eingegangen und damit eine Pflichtverletzung nach Art. 754 OR begangen hätten.⁹⁷ Die Konzerngesellschaften, unter ihnen auch die Flightlease AG, hätten aufgrund einer Weisung der Konzern-Muttergesellschaft SAirGroup am Cash-Pool teilnehmen müssen. Damit hätten sie ihre gesamte Liquidität an die Poolführerin abgeben müssen und auch tatsächlich abgegeben, ohne dass die üblichen Standards wie Bonitätsprüfung und -überwachung, Kontoinformationen, Besicherung der gegenüber der Poolführerin entstandenen Forderungen, Festsetzung von Kreditlimiten etc. eingehalten und somit taugliche Vorkehrungen zur Begrenzung der den teilnehmenden Gesellschaften daraus entstehenden Risiken getroffen worden seien.

Ein weiterer Vorwurf lautete dahingehend, die eingeklagten Organpersonen hätten ihre Pflicht zur Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses dadurch verletzt, dass sie in der Krise der SAir-Gruppe die Interessen der Gruppe vor die Interessen der betreffenden Gruppengesellschaft, der Flightlease AG, ge-

⁹⁶ Vgl. Isler/Schmid, 15 f.

⁹⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 4.

stellt hätten, weil sie es unterlassen hätten, die Flightlease AG rechtzeitig aus dem Konzernverbund herauszulösen und dadurch ein Ring-fencing umzusetzen.⁹⁸

b) *Würdigung des Bundesgerichts*

Alle Instanzen wiesen die Klage ab.⁹⁹ Im Vordergrund stand zunächst die Frage, ob den Verwaltungsräten der SAirGroup überhaupt Passivlegitimation für die Klage zukam, da diese keine formelle Organstellung bei der Flightlease innehatten. Das Bundesgericht bestätigte zwar, dass auch faktischen Organen passivlegitimiert sein können, liess die Frage jedoch – wie bereits auch schon die Vorinstanzen – offen.¹⁰⁰

Die von der Klägerin geltend gemachten Pflichtverletzung wurde von ihr damit begründet, dass die Flightlease mit der Teilnahme am Cash-Pool ein enormes liquiditätsmässiges „Klumpenrisiko“ eingegangen sei. Diese Argumentation wurde sowohl von der Vorinstanz als auch vom Bundesgericht abgelehnt. Es fehle dazu an der Haftungsvoraussetzungen eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der möglichen Pflichtverletzung und dem eingeklagten Schaden. Denn nicht das Eingehen eines liquiditätsmässigen „Klumpenrisikos“ habe den Ausfall der geschuldeten Darlehensforderung verursacht, sondern der Konkurs der Poolleaderin an sich.¹⁰¹ Die Vorinstanz erachtete es als äusserst unrealistisch, dass die eingeklagten Organe der stark in den Konzern eingebundenen Tochtergesellschaft Flightlease AG sich der Teilnahme am Cash-Pool hätten entgegensetzen können und dass sich damit die Flightlease AG als Konzerngesellschaft entgegen den Vorgaben der Konzernmutter, der SAirGroup, nicht am Cash Pooling hätte beteiligen können. Ebenso sei auch eine Sicherstellung der Forderungen der Teilnehmergeellschaften gegenüber der Poolleaderin praktisch kaum umsetzbar gewesen. Entsprechend sei auch der Entscheid zur Teilnahme am Cash Pool nicht per se als pflichtwidrig einzustufen.

⁹⁸ Die Nachlassverwalterin machte insbesondere geltend, eine aus einem solchen Ring-fencing eines Teils der bestehenden Gruppe entstehende neue Gebilde, bestehend aus Swissair, Crossair, Flightlease AG und aus den mit diesen Gesellschaften zusammenhängenden Teilen von Swisscargo, SR Technics sowie Swissport, wäre profitabel gewesen und hätte die für ihren Betrieb notwendige Liquidität erwirtschaftet, die nicht via Abführung durch den Cash Pool zur Deckung der Verluste ausländischer Beteiligungsgesellschaften verwendet worden wäre, vgl. BGer 4A_603/2014 E. 8.2.1.1.

⁹⁹ Vgl. Isler/Schmid, 16.

¹⁰⁰ Es wies die Beschwerde bereits aus anderen Gründen ab, vgl. BGer 4A_603/2014 E. 4.2.3.

¹⁰¹ Vgl. BGer 4A_603/2014 E. 6.1.

Weiter wurde von der Klägerin vorgebracht, dass sich die Flightlease mit der fortgesetzten Teilnahme am Cash-Pooling einer übermässigen Gefahr eines Wertverlustes durch einen Ausfall der Darlehensforderung gegenüber der Poolleaderin ausgesetzt habe. Ein umsichtiges bzw. sorgfältiges und damit pflichtgemässes Vorgehen hätte nach Ansicht der Beschwerdeführerin verlangt, die Flightlease AG (zusammen mit der Swissair und allenfalls anderen, das Kerngeschäft führenden Gesellschaften) aus dem bisherigen Gesamtkonzern herauszulösen, d.h. ein Ring-fencing der überlebensfähigen Teile der Gruppe vorzunehmen. Konkret hätte die Flightlease AG ihre finanziellen Verflechtungen zum Konzern möglichst weitgehend abbauen und ihre Vermögenswerte von den Vermögenswerten der finanziell angeschlagenen Konzerngesellschaften isolieren sollen, um damit zu verhindern, dass liquide Mittel der Flightlease AG zur Deckung der Verluste der ausländischen Beteiligungsgesellschaften verwendet würden. Auch in diesem Punkt hatte die Klage keinen Erfolg. Die Vorinstanzen erachteten es wenn schon als Pflicht der Konzernobergesellschaft – und nicht der Organe der Flightlease AG als Tochtergesellschaft, ein Ringfencing zu prüfen und ggf. umzusetzen.¹⁰² Zudem gingen sie davon aus, die Flightlease AG habe sich während der relevanten Zeitperiode ständig in einer Nettoschuldnerstellung gegenüber der SAirGroup befunden, weshalb die eingeklagten Organe in Anbetracht der konkreten Umstände in guten Treuen hätten davon ausgehen dürfen, die Forderungen der Flightlease AG gegenüber dem Cash Pools könnten jederzeit mit den betragsmässig stets höheren Schulden gegenüber der SAirGroup verrechnet werden, weil sich die SAirGroup nicht auf das fehlende Gegenseitigkeitserfordernis berufen, sondern die Verrechnung zulassen würde. Als Konsequenz daraus habe ein übermässiges Wertverlustrisiko praktisch ausgeschlossen werden dürfen. Sowohl eine Besicherung der Forderungen als auch eine Bonitätsprüfung der Poolleaderin oder andere Massnahmen hätten sich angesichts dieser konkreten Umstände erübrigt. Das Bundesgericht billigte diese Argumente und führte zum Vorwurf, die Organe hätten mit ihrem allgemeinen Verhalten nicht das Gesellschaftsinteresse der Flightlease AG, sondern das Konzerninteresse verfolgt, aus, dieser sei viel zu allgemein gehalten und deshalb mangels konkret vorgeworfener Handlungen oder Unterlassungen nicht tauglich, um eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen.¹⁰³

Beurteilt wurde zudem die Frage, ob die Teilnahme am Cash-Pooling ein Geschäftsentscheid darstellte, bei dessen nachträglichen Beurteilung die Gerichte gemäss dem Grundsatz der Business Judgement Rule mit einer gewissen Zurückhaltung an den Sachverhalt heranzugehen haben. Gemäss

¹⁰² BGer 4A_603/2014 E. 8.1.

¹⁰³ Vgl. BGer 4A_603/2014 E. 8.

Bundesgericht sei diese Regel vorliegend jedoch nicht anwendbar, da diese nur in den Situationen Anwendung finde, bei denen eine fehlerhafte Tätigkeit vorgeworfen werde. Auf Fälle, in denen Organe ein pflichtwidriges Unterlassen vorgeworfen wird, finde die Regel hingegen keine Anwendung – es sei denn, das Organ entscheide sich in einem bewussten Entscheidungsprozess für ein absichtliches „Nicht-Handeln“. Ein solches war aber nicht dargestellt worden. Folglich sei eine *freie* Prüfung des Organ-Verhaltens angemessen, wobei auch bei einer freien Prüfung nicht von einer Pflichtverletzung auszugehen sei.¹⁰⁴

6. Gläubigerentschädigung durch Zahlung von fälligen Schulden trotz Krise?

a) Sachverhalt BGer 4A_425/2015/BGE 142 III 23 (SAirGroup)

Durch einen Erwerb von Beteiligungen an ausländischen Fluggesellschaften als Folge der Hunter-Strategie¹⁰⁵ war die Verschuldung des Swissair-Konzerns stark angestiegen. In der Jahresrechnung 2000 wies der SAirGroup-Konzern Verluste in der Höhe von rund CHF 2.9 Mia. aus, die zu einem grossen Teil auf Rückstellungen im Zusammenhang mit den in den Vorjahren erworbenen ausländischen Airline-Beteiligungen zurückzuführen waren. Der Verwaltungsrat der SAirGroup beschloss in der Folge die Aufgabe der Hunter-Strategie und den geordneten Ausstieg aus den ausländischen Airline-Beteiligungen, leitete Devestitionen ein, traf Massnahmen zur Liquiditätssicherung und zog verschiedene Beratungsfirmen zur Unterstützung bei der Sanierung bei. Die finanzielle Lage wurde durch die Terroranschläge in den USA vom 11. September 2001, die zu erheblichen Beeinträchtigungen des Flugverkehrs führten, zunehmend verschärft. Die SAirGroup reichte am 4. Oktober 2001 ein Gesuch um Nachlassstundung ein. Dieses wurde am Folgetag provisorisch bewilligt. Seit 2003 befand sich die SAirGroup in Nachlassliquidation.

In der Zeit vor der Einreichung des Nachlassstundungsgesuchs leistete die SAirGroup verschiedene Zahlungen an Dritte. Die Nachlassmasse der SAirGroup erhob im Zusammenhang mit diesen Zahlungen beim Handelsgericht Zürich im Jahr 2012 eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Beklagten wegen *Gläubigerbegünstigung* in einem Betrag von rund CHF 135 Mio.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Vgl. BGer 4A_603/2014 E 7.1.1 f.

¹⁰⁵ Vgl. dazu bspw. BILANZ.

¹⁰⁶ Vgl. dazu umfassend Isler/Schmid, 18 f.

b) *Würdigung des Bundesgerichts*

Zentral war bereits vor der Vorinstanz die Frage, ob überhaupt ein Schaden im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts vorlag. Von den Beklagten wurde vorgebracht, dass zwischen der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ein wesentlicher Unterschied liege. Der relevante Schaden in einer Verantwortlichkeitsklage bestimmt sich in der negativen Veränderung des Gesellschaftsvermögens. Die für die paulianische Anfechtung relevante Gläubigerschädigung sei hingegen eine objektive Schädigung der Gläubiger durch eine Beeinträchtigung der Aktiven der Gesellschaft.¹⁰⁷ Sofern die Gesellschaft in einer Krisensituation fällige Schulden bezahlt, kommt es zu keiner Verminderung des Nettovermögens der Gesellschaft.¹⁰⁸ Das Bundesgericht stützte die Ansicht der Vorinstanz und anerkannte, dass im Rahmen der erhobenen Verantwortlichkeitsklage kein relevanter Schaden der Gesellschaft durch eine negative Veränderung des Gesellschaftsvermögens substantiiert wurde.¹⁰⁹

Dem Bundesgericht bot sich in diesem Entscheid die Möglichkeit, sich zu einem bereits ergangenen Entscheid, dem „Raichle-Entscheid“, zu äussern und diesen Entscheid zu relativieren.¹¹⁰ Im Rahmen des Raichle-Entscheids wurde vom Bundesgericht der Konkursverwaltung eine Aktivlegitimation zugesprochen.¹¹¹ Mit anderen Worten steht es gemäss dem Raichle-Entscheid der Konkursverwaltung zu, einen Schaden, der den Gläubigern durch eine Verminderung des Verwertungssubstrates entstanden war, im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage gegen die fehlbaren Organe geltend zu machen. Dies unabhängig davon, ob bei der Gesellschaft bzw. der Konkursmasse eine Vermögensverminderung vorlag. Diese restriktive Anwendung der Aktivlegitimation von Gläubigerschäden im Konkurs sei gemäss BGer mittlerweile überholt.¹¹² Es rechtfertige sich deshalb nicht mehr, einer Konkursmasse die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des ausschliesslich den Gläubigern entstandenen Schadens zuzugestehen. Die Beschwerdeführerin als Nachlassmasse sei deshalb nicht aktivlegitimiert, den von ihr eingeklagten Schaden, lediglich bestehend aus einer Verminderung des Wertesubstrates mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane geltend zu machen.¹¹³

¹⁰⁷ Vgl. HG ZH HG120137-O vom 1. Juli 2015 E. 5.4.1 m.w.H.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Isler/Schmid, 19 f.

¹⁰⁹ Vgl. BGer 4A_425/2015 E. 6; dazu umfassend Baum/von der Crone, 232 ff.

¹¹⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C_29/2000 vom 19. September 2000.

¹¹¹ Vgl. BGer 5C_29/2000 E. 4b/c.

¹¹² BGE 142 III 23 E. 4.2 S. 28 f.

¹¹³ BGE 142 III 23 E. 4.2 f S. 28 ff.

Literatur

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Baum Oliver/von der Crone Hans Caspar, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2016, 232 ff.
- BILANZ, Der Niedergang der Swissair: „Hunter“ – der Flug ins Abseits, Bilanz vom 31. Dezember 2001, <<https://www.handelszeitung.ch/panorama/der-niedergang-der-swissair-hunter-der-flug-ins-abseits>>.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009.
- Druey Jean Nicolas, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015, 64 ff.
- Druey Jean Nicolas/Vogel Alexander, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.
- EXPERTSuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR, abrufbar unter <https://www.expertsuisse.ch/mm/QA_Beurteilung_konzerninterner_Finanzierung_Cash_Pooling_und_Art_680_OR_12-2014.pdf>.
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, Ausgewählte Bemerkungen zum Urteil HG130015-O des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Januar 2014, GesKR 2014, 264 ff. (zit. Glanzmann/Markus, Cash Pooling).
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, Praktische Auswirkungen des Urteils BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, Der Schweizer Treuhänder 2015, 131 ff. (zit. Glanzmann/Markus, Cash Pools).
- Hess Harald, Sanierungshandbuch, 6. A., Köln 2013.
- Isler Peter/Schmid Ernst, Erfahrungen aus den Swissair-Verantwortlichkeitsprozessen, in: Sethe Rolf/Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Verantwortlichkeitsprozesse, Tagungsband 2020, Zürich 2020, 9 ff.
- Jung Marcel R., Up- und cross-stream Darlehen im Konzern, Analyse des aktienrechtlichen Urteils des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014 (BGE 140 III 533) im Lichte des bilanzbezogenen Eigenkapitalschutzes im Schweizer Aktienrecht, GesKR 2016, 22 ff.
- Kunz Peter V., Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016 (zit. Kunz, Konzernrecht).
- Kunz Peter V., Konzernhaftungen, in: Klass Susanne/Fleischer Holger/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, Tübingen 2014, 49 ff. (zit. Kunz, Konzernhaftung).
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018.

- NZZ, Staatsanwaltschaft zieht SAirGroup-Urteile nicht weiter, NZZ vom 7. September 2007, <https://www.nzz.ch/swissair_sairgroup_prozess_keine_berufung-ld.431737?reduced=true> (zit. NZZ, SAirGroup-Urteile).
- NZZ, Systors Fall auch ein „Fall UBS“, NZZ vom 10. Dezember 2002, <<https://www.nzz.ch/article8KIRB-ld.1210488?reduced=true>> (zit. NZZ, UBS).
- NZZ, Wahl eines Liquidators für die Systor AG, NZZ vom 19. Juli 2003 <<https://www.nzz.ch/article8ZIFW-ld.264633?reduced=true>> (zit. NZZ, Systor AG).
- Rauber Martin, Unsicherheiten bei konzerninternen Darlehen: Folgen des Swisscargo-Entscheids, TREX 2015, 23 ff.
- Schürpf Thomas, Baufirma Meier und Jäggi am Ende, NZZ vom 3. September 2002, <<https://www.nzz.ch/newzzD5ME0MY3-12-ld.222937?reduced=true>>.
- Vogel Alexander, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss. St. Gallen 1997 (= SSPHW 51) (zit. Vogel, Haftung der Muttergesellschaft).
- Vogel Alexander, Unternehmens(ver)käufe in der Krise, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIX, Zürich 2017, 197 ff. (zit. Vogel, Unternehmens(ver)käufe).
- Vogel Alexander/Küpfer Daniel, Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 65 ff.
- Von Büren Roland, Schweizerisches Privatrecht, VIII/6, Der Konzern, 2. A., Basel/Genf 2005.

Arbeitsrecht im Konzern: neuere Tendenzen in Rechtsprechung und Praxis

Thomas Geiser*

Inhalt

I.	Grundlagen: Konzerngesellschaften als selbständige juristische Personen	149
1.	Folgen für Einzelarbeitsvertrag	150
2.	Folgen bei Gesamtarbeitsverträgen	152
3.	Anwendbares Recht im internationalen Konzern	152
II.	Personalverleih im Konzern	154
III.	Einzelfragen	156
1.	Treuepflicht und Haftung	156
a)	Ausgangslage	156
b)	Haftung des Arbeitnehmers	156
c)	Haftung der Arbeitgeberin	160
2.	Betriebsübergang im Konzern	161
3.	Kündigung	163
a)	Ausübung des Kündigungsrechts	163
b)	Massenentlassungen	164
aa)	Mitwirkungsrecht	165
bb)	Sozialplan	166
4.	Konkurrenzverbot	169
5.	Tariffähigkeit	170
6.	Normative Wirkung des GAV	171
IV.	Folgerungen	173
	Literaturverzeichnis	173

I. Grundlagen: Konzerngesellschaften als selbständige juristische Personen

Der Konzern ist bekanntlich im schweizerischen Recht nicht wirklich definiert. Allerdings bestehen die Differenzen mehr in den Nuancen als im Grundsätzlichen. Heute kann man den Konzern als eine Mehrzahl selbständiger juristischer Personen unter dem Dach einer Muttergesellschaft umschreiben. Das

* Schriftliche Fassung eines an einer Tagung des Europa Instituts Zürich am 8. September 2020 gehaltenen Vortrages.

„Dach“ bedeutet nach der neueren Umschreibung nicht mehr eine einheitliche Leitung, sondern eine einheitliche Kontrolle. Die Unterscheidung ist allerdings nicht von grosser Bedeutung. Es geht um die Beherrschung.¹ Zu beachten ist zudem, dass eine einheitliche Konzerndefinition weder möglich noch sachlich sinnvoll ist. Wie bei vielen anderen Erscheinungen des Wirtschaftslebens ist es auch hier sinnvoll, die Definition je nach zu beurteilender Rechtsfrage auch etwas anders zu fassen. Nachfolgend verstehe ich unter einem Konzern die Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften durch eine (andere) Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung.²

Im vorliegenden Zusammenhang hat zentrale Bedeutung, dass der Konzern selber keine juristische Person ist, sondern sich aus einer Mehrzahl juristisch selbständiger Gesellschaften oder Anstalten zusammensetzt. Von daher ist er eine Sachmehrheit. Das Ganze ist aber mehr als bloss seine Teile. Überdies durchbricht der Konzern in einem gewissen Masse den Grundsatz der Unveräusserlichkeit seiner Handlungsfreiheit,³ indem die einzelnen Konzerngesellschaften materiell, nicht aber formell ihre Entscheidungsfreiheit der Konzernmutter abtreten. Das hat namentlich auch im Arbeitsrecht folgen.⁴

1. Folgen für Einzelarbeitsvertrag

Mangels eigener Rechtspersönlichkeit kann der Konzern als solcher in aller Regel nicht Arbeitgeberin sein.⁵ Diese Stellung kommt immer nur einer (oder mehreren) einzelnen Konzerngesellschaft(en) zu.⁶ Für das Arbeitsrecht ergeben sich Besonderheiten aus der Konzernleitungspflicht, bzw. dem Konzernleitungsrecht.⁷ Sie haben zur Folge, dass die Konzernmutter den Organen der Konzerntochter und damit unter Umständen – direkt oder indirekt – den leitenden Angestellten dieser Unternehmung Weisungen erteilt. Daraus ergibt sich die Frage, *welche Konzerngesellschaft nun eigentlich Arbeitgeberin ist*.⁸ Gemäss Art. 18 OR kann dabei weder bloss auf die Parteibezeichnungen in einem

¹ Art. 963 des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220); vgl. zum Ganzen: Druey/Just/Glanzmann, § 1, N 95 ff.; Nobel, § 10, N 17 ff.

² von Büren, 13; Handschin, 30.

³ Art. 27 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

⁴ Vgl. Geiser/Müller/Pärli, N 143a ff.

⁵ Wyler/Heinzer, 71; eine Ausnahme ist dann zu möglich, wenn die Konzerngesellschaften gemeinsam als einfache Gesellschaft auftreten.

⁶ Dallèves, 616; Schildknecht, 30.

⁷ Handschin, 109 ff.; von Büren, 54 ff.

⁸ Vgl. Windbichler, 67 ff.; Schildknecht, 31.

allfälligen schriftlichen Arbeitsvertrag abgestellt werden.⁹ Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Arbeitnehmer Arbeitsverträge mit mehreren Konzerngesellschaften gleichzeitig eingegangen ist, sogar bezüglich der gleichen Arbeitsleistung. Besonderheiten ergeben sich auch, wenn der Arbeitnehmer nicht in jener Konzerngesellschaft arbeitet, von der er auch angestellt worden ist. Schliesslich wandelt sich auch der Einsatz eines Arbeitnehmers im Konzern während der Dauer des Arbeitsverhältnisses, sei es, dass dies von Anfang an geplant war, oder dass sich dies erst im Laufe der Zeit aufgrund veränderter Umstände ergab. Dann fragt sich, ob über die verschiedenen Tätigkeiten ein einheitliches Arbeitsverhältnis vorliegt¹⁰ und ob dieses von einem einheitlichen Arbeitsvertrag beherrscht wird, oder ob mit der Änderung des Tätigkeitsfeldes auch eine andere Konzerngesellschaft Arbeitgeberin geworden ist.

Wer innerhalb des Konzerns Arbeitgeberin ist, hat für eine Vielzahl von Fragen Bedeutung. Es nicht nur um die Aktiv- und Passivlegitimation im Falle eines Prozesses. Vielmehr lassen sich auch die gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht ohne Bestimmung der Arbeitgeberin festlegen. Die Treuepflicht besteht der formellen Arbeitgeberin gegenüber. Ebenso steht ihr grundsätzlich das Weisungsrecht zu. Von Bedeutung ist der formelle Arbeitgeber auch im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten und der Verschwiegenheitspflicht sowie der Ausübung von Gestaltungsrechten.

In der Praxis kommen sehr verschiedene Konstruktionen vor. Namentlich bei Kadermitarbeitern, welche im Laufe ihrer Karriere in verschiedenen Gesellschaften eingesetzt werden sollen, sind überschneidende Vertragsverhältnisse häufig. Sei es, dass ein Rahmenvertrag mit der Konzernmutter und einzelne Arbeitsverträge für die jeweils beschränkte Zeit des Einsatzes bei einer Tochter vorgesehen sind oder parallel Anstellungsverhältnisse mit mehreren Gesellschaften bestehe. Aber auch bei Arbeitnehmenden, die nur für eine Konzerngesellschaft tätig sind, kommen *unterschiedliche Ausgestaltungen der Anstellung* vor:¹¹

- Es gibt Konzerne, bei denen jede Tochtergesellschaft ihre eigenen Arbeitnehmer anstellt, während die Konzernmutter selber praktisch keine Angestellten hat, weil sie sich auf die Leitung beschränkt. Formell ist dann *jede Tochter für ihre Arbeitnehmer selber Arbeitgeberin*.

⁹ A.M. Schildknecht, 31.

¹⁰ In diesem Sinne BGE 112 II 51; vgl. Dallèves, 617; Windbichler, 71 ff.; Schildknecht, 31.

¹¹ Vgl. Geiser/Müller/Pärli, N 143c.

- In anderen Konzernen sind alle Anstellungen bei der Mutter konzentriert, obgleich die einzelnen Arbeitnehmer in den Tochtergesellschaften tätig sind. *Formelle Arbeitgeberin ist dann aber die Konzernmutter.*
- Schliesslich kann der Konzern das gesamte Humankapital einer speziellen Tochter zugewiesen haben. Diese schliesst dann für alle Konzernmitarbeiter die Arbeitsverträge ab. Formell ist dann *ausschliesslich eine Tochtergesellschaft Arbeitgeberin.*

2. Folgen bei Gesamtarbeitsverträgen

Aus der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernglieder (Konzerngesellschaften) folgt, dass es auch für die Feststellung der Kollektiv-Arbeitsrechtsbeziehungen in einem Konzern entscheidend darauf ankommt, welches Konzernglied durch welches Rechtsgeschäft in den Anwendungsbereich eines GAV gelangt ist oder gelangen könnte.

Damit wird entscheidend, welche Konzerngesellschaften, bzw. welche Betriebe des Konzerns in den Anwendungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages fallen. Für die Anwendbarkeit eines GAV ist dann allerdings nicht nur entscheidend, ob die entsprechende Gesellschaft formell Arbeitgeberin ist. Gewisse gesamtarbeitsvertragliche Regelungen sind auch auf Leiharbeitnehmer anwendbar, wenn der Einsatzbetrieb dem GAV untersteht.¹² Zudem gilt für den Personalverleih ein allgemeinverbindlich erklärter GAV.

3. Anwendbares Recht im internationalen Konzern

Die Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer richtet sich einerseits nach dem IPRG und andererseits nach dem Lugano-Übereinkommen. Gemäss Art. 115 IPRG sind im Allgemeinen die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder am Arbeitsort zuständig. Das Gesetz gewährt dem Arbeitnehmer zusätzlich ein Forum an seinem schweizerischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt. In die Schweiz entsandte Arbeitnehmer können zudem bezüglich der während der Entsendung auf die Arbeitsleistung anzuwendenden Arbeits- und Lohnbedingungen auch in der Schweiz klagen, selbst wenn weder sie noch die Arbeitgeberin in der Schweiz wohnt und auch die Arbeit gewöhnlich nicht in der Schweiz er-

¹² Art. 20 des Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11).

bracht wird.¹³ Im Ausland ergangene Entscheide werden anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts des Beklagten ergangen sind.¹⁴ Für Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag werden mangels eines Schweizer Wohnsitzes des Arbeitnehmers auch Entscheide am Arbeits- oder Betriebsort anerkannt.¹⁵

Während die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer grundsätzlich nur an dessen Wohnsitz verklagen darf,¹⁶ steht dem Arbeitnehmer gemäss dem *Lugano-Übereinkommen* auch ein Forum am Ort offen, an dem er gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.¹⁷ Sofern der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet, kann vor dem Gericht des Ortes geklagt werden, an dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Schliesslich beschränkt Art. 21 LugÜ die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bei Individualarbeitsverträgen auf den Zeitpunkt nach Entstehung der Streitigkeit, soweit damit nicht dem Arbeitnehmer weitere Gerichtsstände eingeräumt werden.

Grundsätzlich untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.¹⁸ Verrichtet er seine Arbeit aber gewöhnlich in mehreren Staaten, so kommt das Recht der Niederlassung oder subsidiär des gewöhnlichen Aufenthalts der Arbeitgeberin zur Geltung.¹⁹ Die Rechtswahlmöglichkeiten sind eingeschränkt auf das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.²⁰ Damit ist insbesondere die Wahl des Staates, in dem die Konzernmutter ihren Sitz hat, nicht möglich, wenn sie nicht Arbeitgeberin ist.

Namentlich öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutzbestimmungen und Normen von Gesamtarbeitsverträgen kommen allerdings als *lois d'application immédiate* auf die Arbeit in der Schweiz auch zur Anwendung, wenn das Ar-

¹³ Art. 115 Abs. 3 des Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291).

¹⁴ Art. 149 Abs. 1 IPRG.

¹⁵ Art. 149 Abs. 2 lit. c IPRG.

¹⁶ Art. 20 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12).

¹⁷ Art. 19 LugÜ.

¹⁸ Art. 121 Abs. 1 IPRG.

¹⁹ Art. 121 Abs. 2 IPRG.

²⁰ Art. 121 Abs. 3 IPRG.

beitsverhältnis ausländischem Recht untersteht.²¹ Wenig geklärt ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen Bestimmungen des ArG zur Anwendung gelangen können, wenn das Arbeitsverhältnis schweizerischem Recht untersteht, die Arbeit aber im Ausland verrichtet wird.²² Zu beachten ist schliesslich, dass für Anexfragen, wie die sozialversicherungsrechtliche oder steuerrechtliche Behandlung des Arbeitsverhältnisses andere Anknüpfungsregeln gelten als für das Arbeitsvertragsrecht.

Bezüglich internationalen Konzernen hat die geltende Regelung den Nachteil, dass es nicht möglich ist, in einem Konzern alle Arbeitnehmer dem gleichen Recht zu unterstellen, wenn Konzerngesellschaften in verschiedenen Staaten als Arbeitgeberinnen auftreten. Aus verschiedenen Gründen ist es aber in der Regel notwendig lokale Arbeitsverträge abzuschliessen, wenn jemand längere Zeit in einer Tochtergesellschaft in einem anderen Land tätig ist. Von daher ist es kaum je möglich, alle über die Welt verstreuten Mitarbeiter ausschliesslich bei einer Konzerngesellschaft anzustellen. Das macht die Aufgabe der HR-Verantwortlichen in einem Konzern äusserst komplex.

II. Personalverleih im Konzern

Wesenselement des Personalverleih ist, dass eine Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer an ein anderes Unternehmen *ausleiht*. Dabei überträgt die Temporärfirma als Arbeitgeberin der Kundenfirma als Einsatzbetrieb ein Weisungsrecht gegenüber dem ausgeliehenen Arbeitnehmer. Gleichzeitig verpflichtet sich der Arbeitnehmer die Weisungen des Einsatzbetriebes zu befolgen. Beim Personalverleih werden ausschliesslich einzelne Rechte aus dem Vertrag auf den Einsatzbetrieb übertragen, nicht aber das Arbeitsverhältnis. Während die Übertragung des Arbeitsverhältnisses in den Art. 333 Abs. 1 bis 3 OR geregelt ist, findet sich im Arbeitsvertragsrecht nur in Art. 333 Abs. 4 OR eine Regelung für den Personalverleih.²³ Dieser Art der Arbeitsverhältnisse ist vielmehr ein eigenes Gesetz gewidmet, das AVG. Entscheidend beim Personalverleih ist, dass die Temporärfirma nicht die Dienstleistung erbringt, sondern nur einen Arbeitnehmer ausleiht, der dann unter der Leitung des Einsatzbetriebes die

²¹ Art. 18 IPRG; Schwander, N 512. Für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber in Art. 2 des Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, EntsG, SR 823.20) gewisse arbeitsrechtliche Regelungen ausdrücklich als *lois d'application immédiate* bestimmt.

²² Vgl. dazu: Geier/Müller/Pärli, N 72a ff. und Geiser, Anwendungsbereich, 25 ff.

²³ Carruzzo, Art. 333 OR, N 8; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 OR, N 21.

entsprechende Arbeit leistet. Damit ist die Temporärfirma in keiner Weise für die Qualität oder gar den Erfolg der Dienstleistung verantwortlich. In der Regel versteht sie von dieser Tätigkeit gar nichts. Sie übernimmt höchstens eine Verantwortung für die sorgfältige Auswahl des Arbeitnehmers. Der Personalverleih darf nicht mit der Entsendung eines Arbeitnehmers verwechselt werden.²⁴ Bei der Entsendung bleibt das Weisungsrecht bei der entsendenden Arbeitgeberin und geht nicht auf den Einsatzbetrieb über.²⁵

Der Personalverleih ist ein Rechtsinstitut, dass sich für das Personalwesen eines Konzerns äusserst eignet. Arbeitnehmer werden häufig in einer anderen Konzerngesellschaft eingesetzt als jener, die ihre formelle Arbeitgeberin ist. Dabei sind alle drei Formen des Personalverleihs anzutreffen.²⁶ Bei der *Temporärarbeit* ist der Zweck und die Dauer des Arbeitsvertrages auf einen einzelnen Einsatz bei einem Einsatzbetrieb beschränkt. Für Konzerne von grosser Bedeutung ist die *Leiharbeit*, bei welcher der Zweck des Arbeitsvertrages hauptsächlich im Überlassen des Arbeitnehmers an Einsatzbetriebe liegt, wobei die Dauer des Arbeitsvertrages von den einzelnen Einsätzen bei Einsatzbetrieben unabhängig ist. Schliesslich gibt es auch noch das *gelegentliche Überlassen*. Hier handelt es sich um einen gewöhnlichen Arbeitsvertrag und die Parteien vereinbaren im Sinne von Art. 333 Abs. 4 OR, dass die Arbeitgeberin nur ausnahmsweise das Weisungsrecht für eine beschränkte Zeit einem Einsatzbetrieb überlassen kann. Für die Temporärarbeit und die Leiharbeit bedarf die Arbeitgeberin gemäss AVG grundsätzlich einer Bewilligung.²⁷ Beim Verleih ins Ausland sind weitere Einschränkungen zu beachten.²⁸ Ein Verleih aus dem Ausland in die Schweiz ist verboten.²⁹ Das gilt auch für Betriebe mit Sitz in EU/EFTA-Staaten.³⁰ Zu beachten ist auch, dass der Arbeitsvertrag beim Personalverleih der Schriftform unterliegt, was auch für den Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb gilt.³¹ Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb besteht demgegenüber kein Vertrag.³²

²⁴ Zur Unterscheidung vgl. insb. Wyler/Heinzer, 1163 f.

²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a EntsG; Pärli, Einl. N 24 ff.; SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz vom 15 Januar 2007, S. 148.

²⁶ Art. 27 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV, SR 823.111).

²⁷ Art. 12 f. AVG.

²⁸ Art. 15 sowie 21 AVG.

²⁹ Art. 12 Abs. 2 AVG.

³⁰ Greub, N 15.72; Wyler/Heinzer, 1163 f.; Pärli, Einl., N 29.

³¹ Art. 19 AVG und 22 AVG; zur Anwendbarkeit von Gesamtarbeitsverträgen vgl. Art. 20 AVG.

³² Geiser/Müller/Pärli, N 192a.

Diese Regeln gelten grundsätzlich auch für den Personalverleih innerhalb eines Konzerns.³³ Weder im Gesetz noch in der Verordnung bestehen Sonderregeln. Das SECO nimmt in seiner Weisung zum Arbeitsvermittlungsgesetz den Konzerninternen Personalverleih allerdings ausdrücklich von der Bewilligungspflicht aus, weil dort die spezifischen Gefahren des Personalverleihs nicht bestünden.³⁴ Allerdings besteht dafür weder im Gesetz noch in der Verordnung eine Rechtsgrundlage. Demgegenüber kann es sich für die Ausnahme der Bewilligungspflicht bei der Personalvermittlung auf Art. 6 Bst. b AVV abstützen.³⁵ Das bedeutet nun wohl konkret, dass ein Verleih Konzernintern ohne Bewilligung zulässig ist, solange die verleihende Gesellschaft, d.h. die Arbeitgeberin, ihren Sitz in der Schweiz hat. Allerdings ist die Haltung des SECO alles andere als klar. In einer Stellungnahme aus dem Jahre 2017 hält es fest, dass nur ausnahmsweise der konzerninterne Personalverleih bewilligungsfrei sei. Die Praxis ist damit alles andere als klar. Sicher ist aber, dass der Verleih aus schweizerischer Sicht – auch ins Ausland erfolgen kann. Demgegenüber ist der Verleih in eine Schweizerische Konzerngesellschaft nicht zulässig, wenn die formelle Arbeitgeberin ihren Sitz im Ausland hat.

III. Einzelfragen

I. Treuepflicht und Haftung

a) Ausgangslage

Die Haftung im Konzern ist eine komplexe und teilweise sowohl in Rechtsprechung wie auch in der Lehre breit abgehandelte Fragestellung. Auf alle diese Besonderheiten kann im Folgenden nicht eingegangen werden. Ich beschränke mich auf die für das Arbeitsverhältnis spezifischen Punkte. Dabei steht die vertragliche Haftung im Vordergrund. Wie noch zu Zeigen sein wird, kann aber sehr wohl auch die ausservertragliche Haftung wenigstens subsidiär von Bedeutung sein.

b) Haftung des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt.³⁶ Das Mass der Haftung trägt dann den Be-

³³ Geiser/Müller/Pärli, N 192b; Greub, N 15.83.

³⁴ SECO, Weisung, S. 147; Greub, N 15.84.

³⁵ SECO, Weisung, S. 21.

³⁶ Art. 321e Abs. 1 OR.

sonderheiten des einzelnen Arbeitsverhältnisses Rechnung,³⁷ was allerdings am Grundsatz der Haftung nichts ändert. Wie bei jeder vertraglichen Haftung muss neben dem Schaden eine für diesen kausale Vertragsverletzung vorliegen und das Verschulden wird vermutet. Insoweit gibt es keine Besonderheiten.

Aktivlegitimiert, um den Schadenersatz geltend zu machen, ist die Vertragspartnerin, d.h. die Arbeitgeberin. Sie muss auch den Schaden erlitten haben; eine Drittschadensliquidation kennt das schweizerische Haftpflichtrecht höchstens in Ausnahmefällen. Bei Konzernverhältnissen kann darin eine Schwierigkeit liegen. Dabei ist zu unterscheiden: Der Schaden kann bei einer anderen Konzerngesellschaft eingetreten sein, obgleich der Arbeitnehmer überhaupt nicht bei dieser Tätig ist. Es handelt sich um einen echten Schaden eines Dritten. Die Arbeitgeberin hat unter Umständen gar keinen Schaden erlitten, namentlich wenn eine Schwestergesellschaft den Schaden erlitten hat. Geschädigt ist dann eventuell auch die Konzernmutter, nicht aber die Konzerntochter, bei der der Arbeitnehmer beschäftigt ist. Anders verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer der geschädigten Konzerngesellschaft ausgeliehen war. Beim Personalverleih liegen zwei Verträge vor – einer zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer und einer zwischen der Arbeitgeberin und dem Einsatzbetrieb³⁸ – die beide eine Komponente eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter haben: Der Einsatzbetrieb verspricht der Verleiherin zu Gunsten des Arbeitnehmers die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht einzuhalten und der Arbeitnehmer verspricht der Arbeitgeberin zu Gunsten des Einsatzbetriebes diesem gegenüber die Treue- und Sorgfaltspflicht zu wahren. Damit kann der Einsatzbetrieb bei einer Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten durch den Arbeitnehmer gegen diesen aus Vertrag auf Schadenersatz klagen.

Ein besonderes Problem kann sich dadurch ergeben, dass durch das Verhalten des Arbeitnehmers ein Schaden bei seiner Arbeitgeberin eintritt, der aber gleichzeitig zu *einem Gewinn in einer anderen Konzerngesellschaft* führt. Zu denken ist beispielsweise an die Verschiebung von Kapital von einer Konzerngesellschaft in eine andere, ohne Rechtsgrund.³⁹ Das kann aus Bilanzästhetischen Gründen vorkommen. Grundsätzlich kann sich diesfalls der Arbeit-

³⁷ Art. 321e Abs. 2 OR; vgl. Geiser/Müller/Pärli, N 466 ff.

³⁸ Ersterer ist ein Arbeitsvertrag, letzterer ist ein Verleihvertrag.

³⁹ Vgl. BGE 130 III 213.

nehmer gegenüber seiner Arbeitgeberin nicht auf den Gewinn des Dritten berufen⁴⁰, soweit diesbezüglich nicht Weisungen seiner eigenen Arbeitgeberin vorliegen. Er haftet folglich für den Schaden.

Die vertragliche Haftung des Arbeitnehmers setzt eine *Vertragsverletzung* voraus. In aller Regel handelt es sich um eine Verletzung der Treue- oder Sorgfaltspflichten. Auch im Konzern besteht die Treue- und Sorgfaltspflicht aber grundsätzlich⁴¹ nur gegenüber der Arbeitgeberin und nicht auch gegenüber anderen Konzerngesellschaften.⁴² Allerdings lässt sich im Arbeitsvertrag umschreiben, wessen Interessen der Arbeitnehmer zu wahren hat. Der Arbeitsvertrag kann sehr wohl auf die Interessen einer anderen Gesellschaft als der Arbeitgeberin ausgerichtet werden. Das ist aber nicht zu vermuten.

Häufig ist der von der Konzernmutter angestellte Arbeitnehmer *gleichzeitig Organ in der Tochtergesellschaft*, in der er tätig ist. Dann besteht ein schuldrechtliches Doppelverhältnis,⁴³ auf das sowohl die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts wie auch jene des Gesellschaftsrechts anwendbar sind.⁴⁴ Die beiden Rechtsverhältnisse sind in Bezug auf Entstehung, Wirkung und Auflösung klar auseinanderzuhalten, selbst wenn sie in einer engen Wechselbeziehung zueinander stehen. Insbesondere beeinflusst die aus der Organstellung fließende Treuepflicht die Frage, wie die betroffene Person ihre Rechte aus dem vertraglichen Verhältnis gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen darf und kann.⁴⁵ Im konkreten Fall ist damit immer zu untersuchen, ob sich die Treuepflicht nach arbeitsrechtlichen oder nach gesellschaftsrechtlichen Massstäben richtet. Von einem Arbeitnehmer wird nicht notwendigerweise das gleiche Mass an Treue verlangt wie von einem Organ einer juristischen Person.⁴⁶ Besteht das Arbeitsverhältnis zu einer anderen Konzerngesellschaft als jener, in der der Arbeitnehmer Organstellung hat, stellt sich für den Arbeitnehmer die Frage, wessen Interessen er wahrzunehmen hat. Durch den Arbeitsvertrag ist der Arbeitnehmer gegenüber der Muttergesellschaft zur Treue verpflichtet. Als Organ der Tochter muss er dann aber deren Interessen wahrnehmen. Diese Interessen können ohne weiteres in Widerspruch geraten. Eine Verletzung seiner Treuepflicht gegenüber der Tochtergesellschaft, deren Organ er ist, kann er nicht mit dem Argument der Treuepflicht gegenüber der Mutter rechtfertigen. Es ist von daher ohne weiteres möglich, dass er als Or-

⁴⁰ Analog zum Fehlen einer Drittschadensliquidation.

⁴¹ Vorbehalt ist der Personalverleih; siehe dazu oben [II](#).

⁴² BGE 130 III 213 E. 2.2 S. 217 ff.; Wüst, 37.

⁴³ BGE 123 III 129 E. 3a S. 132 f.; 128 III 129, E. 1a S. 131 ff.; Müller/Lipp/Plüss, 45 ff.

⁴⁴ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 2.11. und 3.52.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 1999, Pra 89/2000 Nr. 50, S. 285 ff.

⁴⁶ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.53.

gan wegen einer Treuepflichtverletzung haftet, wenn er sich für die Interessen der Muttergesellschaft entschieden hat. Entscheidet er sich demgegenüber zu Gunsten der Interessen der Tochter, deren Organ er ist, so ist zu differenzieren⁴⁷:

- Die Mutter wird ihn aus Arbeitsvertrag in aller Regel nicht haftbar machen können, weil sie ja mit dem Delegieren als Organ der Tochter bewusst diesen Interessenkonflikt in Kauf genommen hat.
- Allerdings besteht die Möglichkeit, dass sie im Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer auf die Wahrung ihrer Interessen im Konflikts Fall verpflichtet und sich bereit erklärt, ihn bei einer allfälligen Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft oder deren Gläubiger schadlos zu halten. Aufgrund einer solchen vertraglichen Vereinbarung kann die Muttergesellschaft den Arbeitnehmer haftbar machen, wenn er sich für die Wahrung der Interessen der Tochtergesellschaft und gegen die Interessen seiner Arbeitgeberin entschieden hat.
- Eine solche Vereinbarung muss allerdings ihre Grenze dort finden, wo die Verletzung der Interessen der Tochter einen Straftatbestand erfüllen würde. Dann ist nämlich die entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung rechtswidrig und damit ungültig. Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten können sich ergeben, wenn das Verhalten nicht nach schweizerischem, sondern nur nach ausländischem Recht strafbar ist. Dann muss geprüft werden, ob es dem Arbeitnehmer zuzumuten ist, sich in jenem Land strafbar zu machen oder nicht.

In jedem Fall sollte im *Arbeitsvertrag mit der Mutter geregelt werden*, wie ein entsprechender Interessenkonflikt zu lösen ist. Das gilt auch bezüglich des Weisungsrechts. Träger des Weisungsrechts ist gemäss Art. 321d Abs. 1 OR die Arbeitgeberin. Die Ausübung dieses Rechts kann delegiert werden. In Konzernen stellt sich häufig die Frage, ob nun die Organe der Muttergesellschaft führenden Angestellten, die in einer Tochtergesellschaft tätig sind, Weisungen erteilen dürfen, oder ob dafür die Organe der Tochtergesellschaft zuständig sind.⁴⁸ Besteht auch das Anstellungsverhältnis ausschliesslich zur Tochter und hat diese das Weisungsrecht nicht an die Konzernmutter delegiert, kann einem Arbeitnehmer somit aufgrund der Missachtung einer Weisung der Konzernmutter nicht fristlos gekündigt werden. Dies entschied das Bundesgericht in einem Fall, in dem auf Grund einer Umstrukturierung eine Konzerntochtergesellschaft in der Schweiz aufgelöst worden war. Deren Direktor, der von der Tochtergesellschaft angestellt war, erhielt die Weisung von der Konzernmutter, sich am Sitz der Muttergesellschaft dieser zur Verfügung zu halten. Er be-

⁴⁷ Vgl. Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.55.

⁴⁸ Vgl. Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.57 ff.

folgte diese Weisung nicht. Darauf wurde er von der Tochtergesellschaft fristlos entlassen. Das Bundesgericht erachtete nun aus den genannten Gründen die fristlose Kündigung für nicht gerechtfertigt.⁴⁹

c) *Haftung der Arbeitgeberin*

Die Haftung der Arbeitgeberin ist im Arbeitsvertragsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Vielmehr ist auf die allgemeinen vertraglichen Haftpflichtnormen zurückzugreifen.⁵⁰ Spiegelbildlich zur Arbeitnehmerhaftung greift auch hier die vertragliche Haftung nur gegenüber derjenigen Konzerngesellschaft, die als Vertragspartnerin, d.h. als Arbeitgeberin, auftritt.

Neben den verschiedenen Tatbeständen der Konzernhaftung, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, sind die Besonderheiten beim *Personalverleih* zu beachten. Wie bereits ausgeführt, ist die Besonderheit beim Personalverleih, dass der Verleihvertrag zwischen der Arbeitgeberin und dem Einsatzbetrieb ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter ist.⁵¹ Der Einsatzbetrieb verspricht der Arbeitgeberin zu Gunsten des Arbeitnehmers, die arbeitsvertraglichen Fürsorgepflichten gemäss dem zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrag einzuhalten. Verletzt der Einsatzbetrieb diese und entsteht dem Arbeitnehmer daraus ein Schaden, kann er gegen den Einsatzbetrieb Haftungsansprüche *aus dem Verleihvertrag* geltend machen.⁵² Auch wenn der Einsatzbetrieb in keiner vertraglichen Beziehung zum Arbeitnehmer steht, bezeichnen Lehre und Rechtsprechung diese Situation als quasivertragliches Verhältnis⁵³. Es handle sich um ein Rechtsverhältnis, welches in gewisser Weise so behandelt wird, als ob ihm ein gültiger Vertrag zu Grunde läge⁵⁴.

Neben der vertraglichen Haftung besteht aber auch eine *Haftung auf Grund des Arbeitsgesetzes*.⁵⁵ Bezüglich den Pflichten, alles Notwendige zur Unfallvermeidung beizutragen, hält dies die Verordnung über die Unfallverhütung ausdrücklich fest.⁵⁶ Das ArG richtet sich mit seinen Schutzpflichten nicht bloss

⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2002 vom 20. August 2002.

⁵⁰ Art. 97 ff. OR; Geiser/Müller/Pärli, N 472.

⁵¹ Vgl. oben [III.1.b](#).

⁵² Thévenoz, N 902 ff.

⁵³ BGE 119 V 357 E. 2a S. 359; Vischer/Müller, 409.

⁵⁴ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 319 OR, N 23.

⁵⁵ Art. 6 des Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11).

⁵⁶ Art. 10 der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV, SR 832.30).

an die Arbeitgeberin, sondern an jeden Betrieb, der Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob mit diesem ein Arbeitsvertrag besteht oder nicht. Entsprechend sieht auch Art. 9 ArGV 3 ausdrücklich vor, dass der Einsatzbetrieb gegenüber dem entliehenen Arbeitnehmer die gleichen Schutzpflichten hat, wie gegenüber seinen eigenen Arbeitnehmern.⁵⁷ Damit die Verpflichtungen zum Schutze des Arbeitnehmers aus dem ArG entstehen ist es in keiner Weise notwendig, dass ein Vertragsverhältnis zwischen dem Betriebsinhaber und dem Arbeitnehmer besteht⁵⁸. Für das Konzernarbeitsverhältnis bedeutet dies, dass dem Arbeitnehmer sowohl die Gesellschaft haftet, die als formelle Arbeitgeberin auftritt, wie auch der Einsatzbetrieb.

2. Betriebsübergang im Konzern

Überträgt die Arbeitgeberin den Betrieb auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Betriebsinhaber über. Gesamtarbeitsverträge gelten noch während eines Jahres weiter und es besteht zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber eine Solidarhaftung. Zudem müssen die Arbeitnehmer bzw. ihre Vertretung konsultiert werden.⁵⁹ Diese Regeln gelten grundsätzlich auch bei Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns.⁶⁰

Wird ein Konzern umstrukturiert, so können sich dadurch *mehrere Arbeitsverhältnisse mit einzelnen Konzerngesellschaften hinter einander* ergeben. Dann stellt sich die Frage, ob in der Konzernumstrukturierung ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR zu betrachten ist, so dass zwar ein Parteiwechsel arbeitgeberseitig eintritt, aber das Arbeitsverhältnis als ein einheitliches angesehen wird⁶¹ und überdies eine solidarische Haftung für gewisse Forderungen entsteht. Soweit der Arbeitgeberwechsel nicht durch eine Änderung der Tätigkeit bedingt ist, sondern ausschliesslich aus administrativen Gründen vorgenommen wird, wird zwar das gleiche Arbeitsverhältnis fortgesetzt. Die Voraussetzungen für die solidarische Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR sind aber nicht gegeben.⁶² Die Einheitlichkeit des Arbeitsverhältnisses ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Versetzung innerhalb des Konzerns auf Veranlassung

⁵⁷ SHK ArG-Scheidegger/Pittelloud, Art. 6 ArG, N 29.

⁵⁸ SHK ArG-Geiser, Art. 1 ArG, N 16.

⁵⁹ Art. 333 f. OR; die entsprechenden Regeln sind auch durch das Fusionsgesetz abgesichert (vgl. Art. 27, 49 und 76 des Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

⁶⁰ Carruzzo, Art. 333 OR, N 4.

⁶¹ BGE 112 II 51 ff.

⁶² Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.26.

der Arbeitgeberin erfolgt. Allenfalls können mehrere unabhängige Arbeitsverhältnisse innerhalb des gleichen Konzerns hintereinander treten, wenn der Wechsel vom Arbeitnehmer ausgegangen ist und seitens der Konzerngesellschaften kein koordiniertes Vorgehen vorliegt. Demgegenüber sind die Art. 333 f. OR uneingeschränkt anwendbar, wenn im Laufe einer Umstrukturierung eine Konzerngesellschaft den Betrieb der anderen Konzerngesellschaft übernimmt.⁶³

Wird ein Arbeitnehmer innerhalb eines Konzerns immer wieder in einer anderen Tochtergesellschaft eingesetzt, ist im Einzelfall zu prüfen, welche Auswirkungen dies auf das Arbeitsverhältnis hat. Entscheidend ist, was die Parteien vereinbart haben.⁶⁴ Solche Einsätze bedeuten nicht zwingend, dass ein Parteiwechsel stattfindet. Die alte Arbeitgeberin kann aus dem Vertragsverhältnis entlassen und dieses auf die neue Arbeitgeberin übergegangen sein. Dabei ist immer zu prüfen, ob im Sinne von Art. 333 OR der Übergang die Entlassung der bisherigen Arbeitgeberin aus dem Vertragsverhältnis zur Folge hat oder nur eine weitere Gesellschaft als Arbeitgeberin hinzutritt. Die Vereinbarung zwischen den Parteien kann auch dahin gehen, dass das Vertragsverhältnis mit der Muttergesellschaft während der Dauer der Tätigkeit bei einer bestimmten Tochtergesellschaft ruht. Von der vertraglichen Vereinbarung hängt es dann ab, ob die Verträge einzeln gekündigt werden können oder ihr Schicksal so eng verknüpft ist, dass die Kündigung des einen automatisch die Kündigung des anderen nach sich zieht, und unter welchen Bedingungen das ruhende Verhältnis mit der Konzernmutter wieder auflebt, wenn jenes zur Tochter untergeht.

Auch wenn das bisherige Arbeitsverhältnis weitergeführt wird, ist zu prüfen, ob der *Inhalt des Arbeitsvertrags geändert* hat. Die Arbeitsbedingungen können bei laufendem Vertragsverhältnis durch eine Änderungskündigung geändert werden.⁶⁵ Die Änderung kann auch stillschweigend im gegenseitigen Einverständnis erfolgen. Allerdings ist die Zustimmung des Arbeitnehmers zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht zu vermuten.

Vorstellbar ist aber auch, dass nach dem Willen der Parteien zwar für den jeweiligen Einsatz ein Vertrag mit einer Tochtergesellschaft geschlossen wird, der Arbeitnehmer aber immer auch mit der beherrschenden Gesellschaft verbunden bleiben soll. Der Wechsel des Arbeitsplatzes hat dann nur für die Parteistellung der jeweiligen Tochtergesellschaft Folgen, während das Vertrags-

⁶³ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.42.

⁶⁴ Allerdings kommt es immer wieder vor, dass die Parteien nichts vereinbart haben.

⁶⁵ BGE 123 III 246 E. 3 S. 248 ff.

verhältnis zur Mutter erhalten bleibt.⁶⁶ Der Vertrag mit der Mutter bedeutet dann, dass die einzelnen Arbeitseinsätze im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses erfolgen.

3. Kündigung

a) *Ausübung des Kündigungsrechts*

Das schweizerische Arbeitsrecht geht von der Kündigungsfreiheit aus. Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts steht im Belieben der entsprechenden Vertragspartei und sie braucht dafür keinen besonderen Anlass. Allerdings ist der zeitliche und der sachliche Kündigungsschutz zu beachten. Zudem sind die Kündigungsfristen einzuhalten.⁶⁷

Für Konzerne ergibt sich mit Blick auf die Kündigungsfreiheit keine Besonderheit. In der Praxis kommt es aber immer wieder vor, dass die Kündigung von der falschen Gesellschaft ausgesprochen wird. Als vertragliches, empfangsbedürftiges und bedingungsfeindliches Gestaltungsrecht muss die Kündigung von einer für die *formelle Arbeitgeberin handlungsberechtigten Person* ausgehen.⁶⁸ Die Leitungsgremien der Konzernmutter können nicht die Kündigung aussprechen, wenn der Arbeitnehmer bei einer Konzerntochter angestellt ist. Eine nachträgliche Heilung eines entsprechenden Fehlers ist insofern nicht möglich, als die Kündigung dann erst im Zeitpunkt erfolgt ist, in dem die Erklärung des für die Kündigung in der formellen Arbeitgeberin handlungsberechtigten Person⁶⁹ dem Arbeitnehmer zugegangen ist. Das ist für die Berechnung der Kündigungsfristen entscheidend.

Nicht konzernspezifisch, aber besonders häufig bei Konzernarbeitsverhältnissen anzutreffen ist, dass der Arbeitnehmer bei seiner Arbeitgeberin oder in einer anderen Konzerngesellschaft eine *Organfunktion* ausübt. Dann kann für die Abberufung als Organ sehr wohl eine andere Person zuständig sein, als für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Auch kann die Beendigung auf einen anderen Zeitpunkt erfolgen. Daraus können sich zwar praktische Schwierigkeiten ergeben. Das ist aber als Folge des Doppelverhältnisses in Kauf zu nehmen.⁷⁰

⁶⁶ Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse, N 3.47. ff.

⁶⁷ Vgl. dazu: Geiser/Müller/Pärli, N 562a.; Pärli, Kündigungsfreiheit, 715 ff.

⁶⁸ Müller, N 3.90.

⁶⁹ Meistens bestehen nur kollektive Zeichnungsberechtigungen, so dass die Kündigung von mindestens zwei Personen ausgesprochen werden muss.

⁷⁰ Müller, Arbeit im Konzern, N 3.8; vgl. auch BGE 128 III 129 E. 1b S. 133 f.

b) *Massenentlassungen*

Auch bezüglich Massenentlassungen besteht *Kündigungsfreiheit*. Eine Massenentlassung bleibt zulässig, selbst wenn sie betriebswirtschaftlich eigentlich nicht gerechtfertigt ist. Das Gesetz schreibt nur ein bestimmtes Verfahren mit Konsultationen und Informationspflichten vor.⁷¹

Die entsprechenden Bestimmungen sind anwendbar, wenn eine *bestimmte Anzahl Kündigungen von der Arbeitgeberin* innert einer bestimmten Frist ausgesprochen wird. Die Anzahl ist je nach der Grösse des Betriebes abgestuft.⁷² Verwirrlich ist dabei, dass die Kündigungen zwar von der Arbeitgeberin ausgehen müssen, nicht aber auf die Anzahl der bei dieser Arbeitgeberin angestellten Personen, sondern auf die Betriebsgrösse abgestellt wird. Ausgangspunkt der Regelung war, dass nicht die Grösse des gesamten Unternehmens bestimmend sein soll, sondern jene des einzelnen Betriebs, der weder rechtlich noch wirtschaftlich, noch organisatorisch Autonom sein muss.⁷³ Es liegt auf der Hand, dass die Kündigungen den gleichen Betrieb betreffen müssen, damit sie zählen. Betreibt der Arbeitgeber mehrere Betriebe, sind die in verschiedenen Betrieben ausgesprochenen Kündigungen grundsätzlich ebenso wenig zusammenzurechnen⁷⁴ wie die Anzahl der Beschäftigten für die Grösse des Betriebes. Mit Blick auf den Normzweck, nämlich den gesellschaftlichen und sozialen Auswirkungen einer Massenentlassung entgegenzuwirken, erscheint es gerechtfertigt, mehrere Betriebe des gleichen Arbeitgebers als Einheit zu betrachten, wenn sie geographisch nahe beieinander liegen und sich von ihrer Art her entsprechen⁷⁵. Die geographische Nähe ist gegeben, wenn sie in die Zuständigkeit des gleichen Arbeitsamtes fallen.

Fraglich kann die Berechnung auch sein, wenn in einem Konzern mehrere Tochtergesellschaften im Rahmen einer gemeinsamen Umstrukturierung Entlassungen beabsichtigen. Da es sich bei den einzelnen Konzerngesellschaften um selbständige Rechtspersönlichkeiten und damit auch um unterschiedliche Arbeitgeberinnen handelt, findet keine Zusammenrechnung statt⁷⁶. Anders verhält es sich m.E. nur – aber immerhin –, wenn die Arbeitnehmer der ver-

⁷¹ Art. 335d ff. OR.

⁷² Art. 335d OR.

⁷³ Wildhaber, Umstrukturierung, N 20.130.

⁷⁴ BGE 137 III 27 E. 3.2 S. 30 f.; Wyler, 670.

⁷⁵ Aubert, 701; offengelassen in BGE 137 III 27 E. 3.3 S. 31; a.M. offenbar Wildhaber, Umstrukturierung, N 20.130.

⁷⁶ BGE 137 III 27 E.3 S. 29 ff.

schiedenen Gesellschaften in ein und demselben Betrieb arbeiten. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn nur eine örtliche und sachliche Nähe besteht, die Betriebe aber dennoch unterschieden werden können.⁷⁷

aa) Mitwirkungsrechte

Bei Massenentlassungen bestehen gewisse Mitwirkungsrechte. Die Arbeitgeberin hat die Arbeitnehmervertretung, bzw. die Arbeitnehmenden, wenn es keine Vertretung gibt, zu konsultieren, bevor sie den definitiven Entscheid fasst, Massenentlassung auszusprechen.⁷⁸ „Konsultation“ bedeutet, dass die Arbeitnehmer Vorschläge zur Vermeidung oder Minderung der Massenentlassungen der Arbeitgeberin unterbreiten können und diese die Vorschläge ernsthaft zu prüfen hat. Sie muss sie aber in keiner Weise befolgen und ist auch nicht verpflichtet, eine ablehnende Entscheidung zu begründen.⁷⁹ Eine ordentliche Prüfung wird kaum je möglich sein, ohne in einen möglicherweise auch nur kurzen Dialog mit der Arbeitnehmerschaft zu treten.

Dies hat namentlich für *grosse internationale Konzerne entscheidende* Folgen: Werden die Entscheidung über eine Massenentlassung bzw. eine Betriebschliessung nicht von der lokalen Tochtergesellschaft getroffen, sondern von der sich möglicherweise im Ausland befindenden Konzernmutter, ist die Konzerntochter nicht in der Lage *vor dem definitiven Entscheid die Vorschläge zu Prüfen*. Dann wird aber das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten und die ausgesprochenen Kündigungen sind missbräuchlich.⁸⁰ Die Situation hat sich verschärft, weil bei internationalen Konzernen nicht nur das Schweizerische Recht, sondern häufig auch noch das Europäische Recht zu beachten ist. Dieses schreibt unter gewissen Voraussetzungen einen Europäischen Betriebsrat vor, der ebenfalls vor entsprechenden Entscheidungen zu konsultieren ist. Schliesslich bestehen bei börsennotierten Gesellschaften gewisse Informationspflichten gegenüber der Öffentlichkeit. Bei einer Betriebschliessung sind diese verschiedenen Informations- und Konsultationspflichten zu koordinieren.

⁷⁷ Geiser, Massenentlassungen, N 3.54.

⁷⁸ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f OR, N 2; Urteil des Bundesgerichtes 4A_449/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 5.2.

⁷⁹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335f OR, N 2.

⁸⁰ Art. 336 Abs. 2 Bst. c OR.

bb) Sozialplan

Seit 2014 besteht bei Massenentlassungen unter gewissen Voraussetzungen die *Verpflichtung*, einen verhandelten Sozialplan zu erlassen.⁸¹ Die Voraussetzungen für diese Pflicht sind bewusst anders umschrieben, als bei der Definition der Massenentlassung nach Art. 335d OR. Der Gesetzgeber wollte, dass nur grosse Unternehmen unter diese Pflicht fallen. Insofern ist die Pflicht enger gefasst. Die Sozialplanpflicht trifft nur *Arbeitgeberinnen, die üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt*.⁸² Anders als bei Art. 335d OR verwendet das Gesetz aber nicht den Ausdruck „Betrieb“, sondern „Arbeitgeber“.⁸³ Geht man vom Gedanken aus, dass nur grosse Unternehmen von der Sozialplanpflicht erfasst werden sollen, weil diese sich einen solchen eher leisten können, ist es richtig auf die Arbeitgeberin bzw. bei einem Konzern auf die gesamte Gruppe abzustellen und nicht auf den einzelnen Betrieb, der in der Regel erheblich kleiner sein wird.⁸⁴ Der Gesetzestext ist diesbezüglich eindeutig. Verwirrlich ist dann aber die Entstehungsgeschichte. Frau BR Sommaruga hat sich genau in diesem Punkt in der Ratsdebatte im Vokabular geirrt, indem sie vom „Betrieb“ sprach.⁸⁵ NR Schwaab hat den Irrtum dann aber auch sofort richtiggestellt.⁸⁶ Allerdings hat er dann gleichzeitig den Ausführungen in der Botschaft widersprochen, welche auf die vom Bundesamt für Statistik verwendeten Kriterien abstellen wollen und ausgeführt, dass der Begriff gleich wie in Art. 335d OR auszulegen sei. Warum das Parlament dann aber keine terminologische Bereinigung vorgenommen hat, obgleich die sprachliche Differenz erkannt war, ist nicht nachvollziehbar. Das wäre ja auch in der Redaktionskommission möglich gewesen, so dass deshalb auch keine Differenz zwischen den Räten bestanden hätte. Stellt man auf die Grösse des Betriebes und nicht der Arbeitgeberin ab, müssen dann alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer berücksichtigt werden, auch wenn sie bei unterschiedlichen Konzerngesellschaften angestellt sind. Bezüglich der Frage, was die Berechnung der Zahl der Mitarbeiter bedeutet („üblicherweise“, was ist eine Stelle?) kann jedoch ohne weiteres auf die Lehre und Praxis zu Art. 335d OR zurückgegriffen werden.⁸⁷

Art. 335i Abs. 2 OR weitet den Anwendungsbereich gegenüber Art. 335d OR bei den Massenentlassungen aus, indem zeitlich verteilte Kündigungen, „die

⁸¹ Art. 335i OR.

⁸² Art. 335i Abs. 1 lit. a OR.

⁸³ Vgl. Wildhaber, Sozialplanpflicht, 432.

⁸⁴ A.M. Wildhaber, Sozialplanpflicht, 432.

⁸⁵ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung AB 2013 N 625.

⁸⁶ AB 2013 N 626.

⁸⁷ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d OR, N 7; Geiser, Sozialplanpflicht, N 3.5.

auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen“, zusammengezählt werden. Das Gesetz präzisiert nicht, um wessen Entscheid es sich handeln muss. In einem Konzern werden diese Entscheide häufig nicht von der als Arbeitgeberin auftretenden Tochter, sondern von den Organen der Konzernmuttergesellschaft gefällt. Der gleiche Entscheid kann mehrere Konzerngesellschaften betreffen.

Bei Konzernverhältnissen stellt sich sodann die Frage, welche Gesellschaft die Verhandlungspflicht trifft. Das Gesetz auferlegt diese Pflicht der Arbeitgeberin. Das Gesetz sieht grundsätzlich die Arbeitgeberin als Partei des Sozialplanes. Das ist die formelle Vertragspartei des Einzelarbeitsvertrages. Je nach Konstellation des Unternehmens kann dies aber auch eine andere Gesellschaft (oder natürliche Person) sein. Die Verhandlungspflicht trifft grundsätzlich jene (juristische oder natürliche) Person, welche nachher als Vertragspartei des Sozialplanes auftritt. Ihr gegenüber müssen dann auch die entsprechenden Forderungen durchsetzbar sein.

Ist die Arbeitgeberin selber Partei eines GAV, muss sie mit den Gewerkschaften verhandeln, andernfalls sind die Verhandlungen mit der Arbeitnehmervertretung zu führen oder, wenn eine solche fehlt, direkt mit den Arbeitnehmern.⁸⁸ Letzteres kann sich als äusserst Aufwendig erweisen, so dass es sich in diesen Fällen empfehlen kann, dass die Arbeitnehmer eine Gewerkschaft mit den Verhandlungen mandatieren. Einigen sich die Parteien nicht, sieht das Gesetz zwingend ein Schiedsgericht vor.⁸⁹ Sind die Verhandlungen mit den Arbeitnehmern direkt zu führen, fragt sich, wer alles einbezogen werden muss und darf. Es geht um die von den Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmenden. Das sind in erster Linie jene, denen gekündigt worden ist. Möglicherweise sind aber auch bei weiteren Arbeitnehmern die Arbeitsverträge neuen Gegebenheiten angepasst worden. Schliesslich können auch weitere Kündigungen folgen. Von daher sind sinnvoller Weise alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die in den Anwendungsbereich des Sozialplanes fallen.⁹⁰ Entsprechend ist dann aber ein „Sozialplan auf Vorrat“ nicht möglich; von den späteren Entlassungen sind andere Personen betroffen. Der Sozialplan kann nicht für künftige Folgeentlassungen Gültigkeit beanspruchen. Verlangen die Umstände später noch einmal eine Massenentlassung, bedarf es neuen Verhandlungen. Diese können selbstverständlich auf der Basis des bisherigen Sozialplans erfolgen.

⁸⁸ Art. 335i OR.

⁸⁹ Art. 335j OR.

⁹⁰ Vgl. dazu hinten S. 168 f.

Der Sozialplan darf den *Fortbestand des Betriebes* nicht gefährden.⁹¹ Die Bestimmung macht wenig Sinn, wenn die Massenentlassung die Folge der Betriebsschliessung ist. Sie ist von ihrem Zweck her auszulegen, möglichst weiteren Stellenverlust zu verhindern.⁹² Das betrifft aber den ganzen Konzern. Abzustellen ist folglich auf die Mittel des Konzerns und nicht nur der konkreten Arbeitgeberin. Umgekehrt kann das aber auch sehr wohl bedeuten, dass gewisse Leistungen im Sozialplan nicht möglich sind, weil diese Stellen in einer anderen Konzerngesellschaft gefährden würden. Macht die Arbeitgeberin geltend, dass gewisse Leistungen nicht möglich sind, muss sie den entsprechenden Beweis erbringen.⁹³ Dafür muss sie der Arbeitnehmerseite gegebenenfalls Zahlen, auch jene der Konzernmutter bzw. die konsolidierte Konzernzahlen offenlegen.⁹⁴

Auch wenn das nicht der wirksamste Teil eines Sozialplans ist,⁹⁵ sind die *Abfindungsbeträge* meistens der streitigste Punkt. In Lehre und der spärlichen Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass sich bei einem Unternehmen, das sich in einem feindlichen oder hart umkämpften Umfeld bewegt, welches es zu Anpassungen zwingt und bei Versäumnis zu einem grösseren Verlust von Arbeitsplätzen oder Marktanteilen führen würde, Abfindungen in der Höhe von 4-6 Monatslöhnen, bei einem Unternehmen, das sich anpassen muss, aber grosse Reserven hat, sodass seine mittelfristige Zukunft gesichert ist, von 9-12 Monatslöhnen und bei Unternehmen, deren Entlassungen hauptsächlich durch die Optimierung kurzfristiger Gewinne für Aktionäre motiviert ist, deren mittelfristige Zukunft gesichert ist und die über eine breite finanzielle Basis verfügen, von 12-18 Monatslöhnen rechtfertigt.⁹⁶ Für die Beurteilung, in welche Kategorie die zu beurteilende Massenentlassung fällt, ist auf das Verhalten des Konzerns als Ganzes abzustellen.⁹⁷

Schliesslich stellt sich noch die Frage, für welche Arbeitnehmer der Sozialplan gilt. Als Kollektivvertrag erfasst sein Geltungsbereich alle Arbeitnehmenden

⁹¹ Art. 335h Abs. 2 OR.

⁹² Wildhaber, Sozialplanpflicht, 433.

⁹³ Art. 8 ZGB.

⁹⁴ Arbitrage ad-hoc Les travailleurs licenciés collectivement du Matin Semaine c/Tamedia AG et Tamedia Publications romandes SA, Urteil vom 2. September 2019 (<https://syndicom.ch/fileadmin/user_upload/Web/Website/Branchen/Presse_und_elektronische_Medien/Tamedia_Romandie/20190902_sentence_finale_anonymisee_Co-pie.pdf>), N 135; Wildhaber, Sozialplanpflicht, 433; Wyler/Heinzer, 699; Dätwyler, 15; Cirigliano, N 4.

⁹⁵ Zum Inhalt eines Sozialplans vgl. Wyler/Heinzer, 689 f.

⁹⁶ Matin Semaine c/Tamedia AG S. 27 Rz. 147; Wyler, 135.

⁹⁷ Vgl. Matin Semaine c/Tamedia AG, N 148 ff.

der als *Partei am Sozialplan beteiligten Gesellschaften*, soweit sie die im Sozialplan aufgestellten Voraussetzungen erfüllen. Der Sozialplan hat normative Wirkung.

Obgleich der Gesetzgeber die Sozialplanpflicht auf grosse Unternehmen ausgerichtet hat, *trägt die gesetzliche Regelung den Besonderheiten von Konzernen nicht Rechnung*. Sowohl bei den Massenentlassungen, wie auch bei der Sozialplanpflicht herrscht Arbeitgeberseitig im Gesetz ein Begriffsdurcheinander, in dem teilweise auf den „Betrieb“ abgestellt wird, andererseits aber die Arbeitgeberin ins Recht gefasst wird und es schliesslich darauf ankommt, welche Entscheidungen der Konzern als Ganzes trifft und was dieser Leisten kann.

4. Konkurrenzverbot

Gemäss Art. 340 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Ein solches Konkurrenzverbot ist jedoch nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer *Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse* gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse die Arbeitgeberin erheblich schädigen könnte. Darüber hinaus hat das Konkurrenzverbot sowohl örtlich wie auch zeitlich und sachlich beschränkt zu sein.⁹⁸

Das Gesetz sieht nur die Möglichkeit vor, die *Konkurrenzierung der Arbeitgeberin* zu verbieten. Im Konzern ist diese aber möglicherweise gar nicht auf dem Markt tätig, sondern eine andere Konzerngesellschaft. Die Lehre nimmt an, dass Konkurrenzverbote zu Gunsten einer anderen Konzerngesellschaft grundsätzlich gültig vereinbart werden können.⁹⁹ Allerdings sind solche Klauseln zu Gunsten Dritter nicht zu vermuten. Zudem müssen die arbeitsvertraglichen Voraussetzungen gegeben sein: Der Arbeitnehmer muss während des Arbeitsverhältnisses Einblick in den Kundenkreis oder die Fabrikationsgeheimnisse *dieser Konzerngesellschaft* gehabt haben und es muss auch um die Konkurrenzierung *dieser Konzerngesellschaft* gehen. Ein Konzernweites Konkurrenzverbot ist entsprechend nicht zulässig.¹⁰⁰

⁹⁸ Geiser/Müller/Pärli, N 706.

⁹⁹ Müller, N 3.94.

¹⁰⁰ Müller, N 3.95; ausführlich Zürcher Fausch, 162 ff.

5. Tariffähigkeit

Gemäss Art. 356 OR kann ein GAV entweder durch einen Arbeitgeber oder einen Arbeitgeberverband abgeschlossen werden. Im einen Fall handelt es sich um einen Firmen- oder Hausvertrag, im andern um einen Verbandsvertrag.¹⁰¹ Da ein Konzern keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, fällt er als Vertragspartei bei einem GAV von vornherein ausser Betracht. Aber auch die Konzernmutter kann als juristische Person in aller Regel nach dieser Bestimmung nicht als GAV-Partnerin auftreten, weil es sich nicht um einen Arbeitgeberverband handelt und sie auch häufig nicht die Arbeitgeberin ist; vielmehr treten die Tochtergesellschaften als Arbeitgeberinnen auf. Dennoch sind Konzerngesamtarbeitsverträge eine Realität.¹⁰² Die Praxis hat die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen anerkannt.

Für den Abschluss eines GAV ist die Tariffähigkeit zentral.¹⁰³ Sie wird allerdings praktisch ausschliesslich im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerseite diskutiert. Es ist aber nicht einzusehen, warum die gleichen Prinzipien nicht auch für die Arbeitgeberseite gelten sollen. Will die Konzernmutter als Verband ihrer Töchter auftreten, ist zu beachten, dass sich aus dem Prinzip der Koalitionsfreiheit ergibt, dass ein tariffähiger Verband eine freiwillige Vereinigung sein muss. Der Beitritt einer Konzerngesellschaft zu einem Konzern-GAV erfolgt meist nicht freiwillig, sondern ist durch die Konzernleitung kraft ihrer Leitungsmacht veranlasst. Fraglich ist allerdings, ob diese Voraussetzung auch für einzelne Arbeitgeberinnen beim Firmenvertrag gilt.¹⁰⁴ Aus Sicht der Arbeitnehmer wie auch der Sozialpartnerschaft, bzw. unter dem Gesichtspunkt der Schutz- und Ordnungsfunktion des GAV besteht allgemein eher ein Interesse daran, dass die Glieder eines Konzerns auch einheitlichen GAV-Bedingungen unterstehen können.¹⁰⁵ Von daher spricht nichts, gegen einen GAV mit einer Konzernmutter.

Sehr viel heikler ist die Frage, ob auch eine *Konzerntochter Tariffähigkeit* besitzt, weil sie in aller Regel die Entscheidung nicht selber fällt, sondern diese von der Muttergesellschaft vorgegeben erhält. Tariffähigkeit setzt aber *Unabhängigkeit* voraus.¹⁰⁶ Sie hat sowohl im Stadium der Vertragsverhandlungen wie auch bei der Durchsetzung der Vereinbarten Rechte und Pflichten grosse

¹⁰¹ Geiser/Müller/Pärli, N 794.

¹⁰² Vgl. zum Ganzen Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, 1 ff.

¹⁰³ Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen: Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 6.6. ff.; Geiser/Müller/Pärli, N 759 ff.

¹⁰⁴ BK-Stöckli, Art. 356 OR, N 42.

¹⁰⁵ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 6.4.

¹⁰⁶ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 6.9 ff.; Geiser/Müller/Pärli, N 763 ff.

Bedeutung. Die Problematik stellt sich besonders bei internationalen Konzernen, wenn der Sitz der Muttergesellschaft im Ausland und von den Strukturen weit weg ist. Die Konzernmutter sollte dann wenigstens bei den Verhandlungen vertreten sein und den GAV mitunterzeichnen.

6. Normative Wirkung des GAV

Dem GAV unterstehen die Arbeitsverhältnisse, wenn sowohl Arbeitnehmer wie auch Arbeitgeberin am GAV „beteiligt“ sind. Dann gilt er aber normativ; die Parteien können grundsätzlich nur zu Gunsten des Arbeitnehmers von den GAV-Normen abweichen. „Beteiligt“ sind die Arbeitnehmer, die Mitglieder der am GAV als Partei auftretenden Gewerkschaften sind und Arbeitgeberseitig entweder die Mitglieder des den GAV abschliessenden Arbeitgeberverbandes oder das Unternehmen, dass selber Partei des GAV ist, d.h. die im Vertrag genannte Konzerngesellschaft.

Wurde der GAV nicht durch alle Konzerngesellschaften als Partei abgeschlossen oder als Mitglied des Arbeitgeberverbandes mitgetragen, so kann das Bedürfnis bestehen, die Wirkung, auf den gesamten Konzern auszudehnen. Der Einbezug der Tochtergesellschaften kann auf verschiedene Weise erfolgen. Dabei ist allerdings danach zu unterscheiden, ob die Ausdehnung durch die Konzernmutter erfolgt oder durch einen rechtsgeschäftlichen Akt der Konzerntochter. Von der rechtlichen Eigenständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften ausgehend, kann die Konzernmutter grundsätzlich ihre Töchter durch ihre Handlungen nicht verpflichten, sofern sie dazu nicht von der entsprechenden Tochtergesellschaft ermächtigt worden ist.¹⁰⁷

- Geht die Ausdehnung auf die Arbeitsverhältnisse bei Tochtergesellschaften auf eine rechtsgeschäftliche Handlung der Konzernmutter zurück, so wird dadurch ausschliesslich diese verpflichtet. Die Bestimmungen des GAV können keine normative Wirkung für die Arbeitsverhältnisse der Tochter entfalten. Die Arbeitnehmer der Töchter haben aber unter Umständen einen direkten Anspruch gegenüber der Mutter auf bestimmte Leistungen.
- Geht die Ausdehnung auf eine rechtsgeschäftliche Handlung der Tochter zurück, so wird diese dadurch verpflichtet, nicht aber die Konzernmutter. Es ist sehr wohl vorstellbar, dass mit dieser Handlung der GAV auch normative Wirkung für das einzelne Arbeitsverhältnis bei der Konzerntochter entfaltet.

Eine Konzerngesellschaft, die sich ursprünglich den Gesamtarbeitsvertrag nicht mit angeschlossen hatte, kann nachträglich eine eigentliche Parteistel-

¹⁰⁷ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 7.2. ff.

lung erlangen, indem sie dem Vertrag beitrifft. Der GAV ist ein Vertrag; der Beitritt bzw. die Aufnahme einer neuen Partei in einen bestehenden Vertrag ist grundsätzlich möglich.¹⁰⁸ Er erfordert freilich eine Vertragsänderung und daher die Einwilligung aller gegenwärtigen Vertragsparteien. Keine Parteistellung verschafft demgegenüber der blosser Anschluss.¹⁰⁹ Durch den Anschluss eines einzelnen Arbeitgebers an einen GAV werden bloss dessen normative Wirkungen auf diesen Arbeitgeber erstreckt.¹¹⁰ Ein solcher Anschluss ist zulässig, wenn auch in der Lehre teilweise umstritten.¹¹¹ *Erwirbt ein Konzern weitere Gesellschaften*, können diese folglich ohne weiteres in den GAV einbezogen werden.

Sehr viel heikler ist der umgekehrte Fall, nämlich wenn eine *Gesellschaft aus dem Konzern ausscheidet*. Ist sie Partei am GAV, drängt sich ihr Ausscheiden schon deshalb auf, weil eine Teilhabe an den schuldrechtlichen Bestimmungen und ein Mitwirken bei der gemeinsamen Sozialpartnerschaft meist nicht mehr gewünscht ist. Aber auch die Weitergeltung der normativen Bestimmungen ist häufig unpassend, weil die ausscheidende Gesellschaft in der Regel ihre eigene Personalpolitik betreiben will. Hier ist in erster Linie auf die Kündigungs- bzw. Austrittsregelung im GAV abzustellen. Häufig haben aber die GAV-Parteien erstaunlicher Weise an diesen Fall gar nicht gedacht. Dann gilt der Vertrag unter Umständen für die Ausscheidende Gesellschaft weiter. Wird nur ein Betriebs- teil und nicht eine ganze Gesellschaft veräussert, sind die Art. 333 f. OR zu beachten. Der für die ursprüngliche Arbeitgeberin geltende GAV bleibt für das Arbeitsverhältnis mit der Tochtergesellschaft noch ein Jahr auf Grund der Bestimmungen über den Betriebsübergang gültig.¹¹² Die gesetzliche Wirkung gilt nicht für die neu von der Gesellschaft begründeten Einzelarbeitsverhältnisse. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse mit Weitergeltung eines GAV kann nicht durch Kündigungen auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs umgangen werden. Entsprechende Kündigung sind nichtig (!).¹¹³

Nachdem das Bundesgericht die Auffassung bestätigt hat, dass beim Austritt einer Arbeitgeberin aus dem Verband die normativen Bestimmungen des GAV für die Laufzeit des GAV weitergelten,¹¹⁴ ist schwer begründbar, warum die Ar-

¹⁰⁸ Handbuch Arbeitsrecht-Bruchez, Art. 356 OR, N 30 ff.

¹⁰⁹ Art. 356b OR.

¹¹⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 356b OR, N 4.

¹¹¹ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 7.11.

¹¹² Art. 333 Abs. 1bis OR i.V.m. Art. 49 Abs. 1 FusG.

¹¹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_102/2019 vom 20. Dezember 2019 E.3; vgl. den Kommentar von Werner Gloor, <<https://publications-droit.ch/files/analyses/droitdutravail/2-20-juin-gloor.pdf>>, S. 1 ff.

¹¹⁴ BGE 132 III 122 E. 4.5 S. 135; vgl. dazu insbesondere Vischer, 89 ff.

beitgeberin, welche einem Konzern-GAV in irgend einer Form beigetreten ist, nun durch ein Ausscheiden aus dem Konzern sich den normativen Bestimmungen entziehen können soll.¹¹⁵ Entsprechend kann zwar die Konzerntochter, welche den Anschluss erklärt hat, diesen wider kündigen. Sie bleibt aber bis zum Ablauf der Gültigkeit des GAV an diesen weiterhin gebunden.

IV. Folgerungen

Weil das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, macht sich im Arbeitsrecht das Fehlen eines eigentlichen Konzernrechts besonders bemerkbar. Nicht nur, dass die Verhältnisse auf Grund der Mehrheit von selbständigen, sehr wohl aber mit einander verbundenen juristischen Personen zu einer erheblichen Komplexität der Rechtsbeziehungen führen. Vielmehr ist ein Konzern auch kein statisches Rechtsgewebe. Er verändert sich dauernd und die Arbeitsverhältnisse müssen diesen Veränderungen angepasst werden.

Das ist auch ohne weiteres möglich. Allerdings setzt dies eine Verhandlungs- und Kompromissbereitschaft auf beiden Seiten voraus. Zudem sollten die Rechtsverhältnisse und namentlich die Pflichten und Rechte beider Parteien konzernspezifisch in den Verträgen festgehalten werden. Das gilt ganz besonders für die Kollektivvereinbarungen. Ein Festhalten der Rechte und Pflichten hilft allerdings nur weiter, wenn die entsprechenden Verträge laufend den Veränderungen angepasst werden.

Literaturverzeichnis

Andermatt Arthur et al., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Schriftenreihe Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Basel 2009 (zit. Handbuch Arbeitsrecht-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Aubert Gabriel, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, S. 699 ff.

Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, in: Widmer Lühlinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Berner Kommentar, Art. 356-360 OR, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Band IV: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR, 3. Abschnitt: Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Art. 356-360 OR, in: Stöckli Jean-Fritz, Bern 1999 (zit. BK-Stöckli, Art. XX, N YY).

¹¹⁵ Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag, N 10.7.

- Berner Kommentar, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, in: Nobel Peter, Bern 2017 (zit. BK-Nobel).
- Carruzzo Philippe, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich 2009 (zit. Carruzzo, Art. XX, N YY).
- Ciriliano Luca, Ausgewählte Fragen des neuen Sanierungsrechts – Inhalte von Sozialplänen, staatliche Schlichtungsstellen als Schiedsgericht, GAV und Sozialplan, Jusletter, 29. September 2014.
- Dallèves Louis, Problèmes de droit privé relatives à la coopération et à la concentration des entreprises, Basel 1973.
- Dätwyler Valérie, Sozialplan in der Schweiz aus arbeitsrechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2019.
- Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2015.
- Geiser Thomas, Der internationale Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes, ArbR 2004, 25 ff. (zit. Geiser, Anwendungsbereich).
- Geiser Thomas, Massenentlassungen, in: Metz Markus/Münch Peter (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. II, Basel 2012, 77 ff. (zit. Geiser, Massenentlassungen).
- Geiser Thomas, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, ZBJV 2017, 817 ff. (zit. Geiser, Sozialplanpflicht).
- Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2018.
- Geiser Thomas/Uhlig Kai-Peter, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, 757 ff. (zit. Geiser/Uhlig, Arbeitsverhältnisse).
- Geiser Thomas/Uhlig Kai-Peter, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, ZBJV 2010, 1 ff. (zit. Geiser/Uhlig, Gesamtarbeitsvertrag).
- Greub Ueli, Personalverleih, in: Portmann Wolfgang/Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, 49 ff.
- Handschin Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- Müller Roland, Arbeit im Konzern, in: Portmann Wolfgang/Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, 49 ff.
- Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Zürich 2014.
- Pärli Kurt, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, 715 ff. (zit. Pärli, Kündigungsfreiheit).
- Pärli Kurt, Entsendegesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2018 (zit. Pärli).
- Schildknecht Reto, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1997.
- Schwander Ivo, Einführung in das internationale Privatrecht, St. Gallen 2000.
- Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Bern 2005 (zit. SHK ArG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Streiff Ullin/Von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012 (zit. Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Art. XX, N YY).

- Thevenoz Luc, *Le travail intérimaire*, Diss. Lausanne 1987.
- Vischer Frank, Wirkungen des Verbandsaustritts des Arbeitgebers auf die Geltung des Gesamtarbeitsvertrages, in: Hasenböhler Franz/Schnyder Anton K. (Hrsg.), *Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht: Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht: Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin*, Zürich 1997, 89 ff.
- Vischer Frank/Müller Roland M., *Der Arbeitsvertrag*, Basel 2014.
- von Büren Roland, *Der Konzern*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Basel 2005.
- Wildhaber Isabelle, Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln, *AJP* 2015, 427 ff. (zit. Wildhaber, Sozialplanpflicht).
- Wildhaber Isabelle, Umstrukturierungen, in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Zürich 2018, 817 ff. (zit. Wildhaber, Umstrukturierungen).
- Windbichler Christine, *Arbeitsrecht im Konzern*, München 1989.
- Wyler Rémy, *Licenciements collectifs et plans sociaux: quelques aspects délicats ou controversés*, in: Martinelli Peter Raffaella/Campello Fulvio, *Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro*, Basel/Lugano 2018, 109 ff.
- Wyler Rémy/Heinzer Boris, *Droit du travail*, Berne 2019.
- Zürcher Fausch Nicole, *Konkurrenzverbote in Konzernverhältnissen*, Diss. St. Gallen 2007.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 207 **Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuern**
7. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2020
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Martin Frey, Dieter Gericke, Reto Heuberger, Margrit Marti, Lukas Morscher, Daniel Oehri, Julia Schieber, Lukas Staub, Oliver Triebold, Christian Wenger, 2021 – CHF 44.90.
- Band 208 **Die aktienrechtliche Sanierung**
11. Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2020
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Marc Bernheim, Sikander von Bhicknapahari, Gaudenz Geiger, Oliver Kälin, Livia Keller, Brigitte Knecht, Giorgio Meier-Mazzucato, Reto Schiltknecht, 2021 – CHF 39.90.
- Band 209 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2020/2021
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, André S. Berne, Alexander Brunner, Balhasar Denger, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Helmut Heiss, Isabel Höhener, Brigitta Kratz, Violeta Kuzmanovic, David Mamane, Michael Mayer, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Kurt Siehr, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2021 – CHF 49.90.
- Band 210 **Innovation und Disruption: Sanierungen, Exits, LIBOR-Ablösung und Blockchain**
16. Tagung zu Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen – Tagungsband 2020
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Sophie Bastardo, Anna Capaul, Hans-Jakob Diem, Benjamin Leisinger, Daniel Raun, Patrick Schärli, Urs Schenker, Christian Schmid, Cornelia Stengel, Stefan Tränkle, Christoph Vonlanthen, 2021 – CHF 39.90.
- Band 211 **Current Challenges of European Integration**
12th Network Europe Conference, 9 – 10 November 2020
TOBIAS BAUMGARTNER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von André S. Berne, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Alex de Ruyter, Ivana Kunda, Tobias Lock, Lee McGowan, Peter Christian Müller-Graff, Tatjana Muravska, Attila Vincze, 2021 – CHF 39.90.
- Band 212 **Schwachstelle Mensch – Prävention gegen alte und neue Formen der Kriminalität**
12. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2021
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Stefan Giger, Oliver Hirschi, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Rutger Leukfeldt, Mirjam Loewe-Baur, Nora Markwalder, Rick van der Kleij, Steve G.A. van der Weijer, Susanne van't Hoff-de Goede, 2022 – CHF 39.90.

- Band 213 **Hotspots des Sanierungsrechts**
 12. Fachtagung zur Sanierung und Insolvenz von Unternehmen –
 Tagungsband 2021
 THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Linus Cathomas, Hubert Gmünder,
 Daniel P. Oehri, Marina Schwizer, Roman Sturzenegger, Alexander von Jeinsen,
 2022 – CHF 39.90.
- Band 214 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
 Überblick und Kommentar 2021/2022
 ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg
 Appenzeller, Tobias Baumgartner, Benjamin Bergau, André S. Berne, Eliane
 Braun, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I.
 Heinrich, Vanessa Isler, Brigitta Kratz, David Mamane, Michael Mayer, Peter
 Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Dirk Trüten, Wesseline Uebe,
 Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2022 – CHF 49.90.
- Band 215 **Europa in turbulenten Zeiten**
 Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2020/21
 ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Jean Asselborn, Tatevik
 Baghdassarian, Michel Barnier, Paul Bulcke, Bundesrat Ignazio Cassis, Michail
 Chodorkowski, Prof. Kathleen Claussen, Dr. Henri Gétaz,
 Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Peter M. Huber, Prof. Michael Ignatieff,
 Prof. Dr. Günter Krings, Dr. Romeo Lacher, S.D. Erbprinz Alois von und zu
 Liechtenstein, Michel M. Liès, Petros Mavromichalis, Prof. Dr. Nils Melzer,
 Ambassador Jacques Pitteloud, Hon. Jed S. Rakoff, Dr. Norbert Riedel, Dr. Artem
 Rybchenko, 2022 – CHF 49.90.
- Band 216 **30 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich**
 Auswahl öffentlicher Vorträge aus den letzten 30 Jahren
 ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Hon. Samuel Alito, Lord Paddy
 Ashdown, Hon. Ruth Bader Ginsburg, The Rt Hon John Bercow MP, The Rt Hon
 Tony Blair, Zoran Djindjic, Dr. Andrzej Duda, Joachim Gauck, Dr. Peter
 Gauweiler, Dr. Hans-Dietrich Genscher, Valéry Giscard d'Estaing, Dr. Gregor
 Gysi, Jean-Claude Juncker, Dr. Helmut Kohl, Prof. Dr. Norbert Lammert, Enrico
 Letta, Michel M. Liès, Friedrich Merz, Adolf Muschg, Jean-Claude Trichet, Lord
 Christopher Patten of Barnes, Prof. Dr. Romano Prodi, Hon. Jed S. Rakoff,
 Anders Fogh Rasmussen, Mark Rutte, Hon. Antonin Scalia, Herman Van
 Rompuy, Fürst Hans-Adam II. von und zu Liechtenstein, Dr. Richard Freiherr
 von Weizsäcker, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, 2022 – CHF 49.90.
- Band 217 **Gefährdung durch psychisch auffällige Personen**
 Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2021
 CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von
 Lorenz Biberstein, Reinhard Brunner, Ladina Cavelti, Elmar Habermeyer,
 Corinne Kauf, Werner Schmid, Catharina Schmidt, Daniel Treuthardt, Andreas
 Werner, Ruedi Winet, 2022 – CHF 39.90.
- Band 218 **Jugendliche und junge Erwachsene im urbanen Umfeld als Fokus der
 Kriminalprävention**
 13. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2022
 CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier,
 Thomas Hestermann, Nicole Holderegger, Bernadette Schaffer, Martina
 Schneider, Simone Walser, Michael Wirz, Sven Zimmerlin, 2022 – CHF 39.90.

Weitere Publikationen und Monografien

Begegnungen

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter

KERSTIN NOËLLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradolfer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tremp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

«Vielfalt in der Einheit» am Ende?

JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsverwaltungspflege

Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringen, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen

ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Recht und Evidenz in der Pandemie

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung

KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte

MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

Die erste Tagung des Europa Instituts Zürich zum Konzernrecht gab einen Überblick über die neuesten Entwicklungen in einzelnen, für die Konzernpraxis in der täglichen Arbeit relevanten Rechtsgebieten. Ein wesentlicher Teil dieser Referate fanden in überarbeiteter Form Eingang in den vorliegenden Tagungsband, namentlich diejenigen zu den folgenden Themen: Die wichtigsten Stolpersteine bei **Konzernfinanzierungen** (LUKAS GLANZMANN), mögliche **Vorwirkungen** der Konzernverantwortungsinitiative auf die **Unternehmensverantwortung** und die **Geschäftsherrenhaftung** für „kontrollierte Unternehmen“ (CHRISTOPH B. BÜHLER), die Rolle von Corporate **Governance und Compliance** im Konzern vor dem Hintergrund einer potentiellen **Haftung der Obergesellschaft** (KARL HOFSTETTER), Entwicklungen zum **Arbeitsrecht innerhalb von Konzernorganisationen** (THOMAS GEISER), **Sanierungen durch Umstrukturierungen** in einer Gruppe mit Praxisbeispielen aus der Rechtsprechung (ALEXANDER VOGEL).

Mit Beiträgen von:

Christoph B. Bühler

Thomas Geiser

Lukas Glanzmann

Karl Hofstetter

Alexander Vogel