

ZR 1999 Nr. 52

Nr. 52

Rechtsfragen des internationalen Konzernrechts. Beurteilung eines transnational operierenden (mit einer einzelnen Person als herrschendem Unternehmer einerseits organisierten und unter Verwendung einer Kaskade von mehreren Holding-Gesellschaften andererseits strukturierten) Finanz-Konglomerates nach schweizerischem Kollisionsrecht, schweizerischem und deutschem Konzernrecht sowie dem Recht eines Off-shore-Gebietes.

1. Internationales Trustrecht. Art. 150 und 154 IPRG; Art. 16 IPRG; Art. 18 IPRG i.V.m. Art. 2 ZGB. Kollisionsrechtliche Qualifikation eines Trusts (hier) nach Gesellschaftsrecht. Anwendung des ausländischen Rechts von Amtes wegen und Beurteilung des Trusts nach Guernsey-Law. Kollisionsrechtliche Qualifikation der Durchgriffs-Problematik bei Missbrauchshandlungen durch den herrschenden Unternehmer (Urteil A.).

2. Fehlendes Gesetzesrecht im schweizerischen Konzernrecht, Richterrecht nach Art. 1 ZGB. Rechtsfragen des Konzerninteresses bei Sanierungs-Versuchen einer Mutter-Holding gegenüber einer Tochter-Holding (Urteil B.1) bzw. einer Schwester-Holding gegenüber einer anderen Schwester-Holding (Urteil B.2). Widerstandsrecht bzw. Widerstandspflicht des Verwaltungsrates (VR) von Konzern-Gesellschaften gegenüber dem herrschenden Unternehmer bei groben Verstößen gegen fundamentale Grundsätze des Aktienrechts, insb. des Gläubigerschutzes (Urteile B.1/ B.2).

3. Schweizerisches Konzernkollisionsrecht als Richterrecht nach Art. 1 ZGB. Vorhandenes Gesetzesrecht im anwendbaren deutschen Konzernrecht. § 117 und § 311/ 317 AktG. Vollkommen-zweiseitige (schweizerische) Kollisionsnorm der Anwendbarkeit des Rechts am Sitz der beherrschten Gesellschaft, insb. im Hinblick auf den Schutz der Minderheitsaktionäre und Gläubiger. Schadenersatzpflicht bei unzulässiger Einflussnahme nach § 117 des deutschen AktG; Haftung für die Veranlassung eines abhängigen Unternehmens zu einem nachteiligen Rechtsgeschäft durch den herrschenden Unternehmer nach § 311 i.V.m. § 317 des deutschen AktG; jedoch Widerstandsrecht bzw. Widerstandspflicht des VR einer unteren Konzern-Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmer des Konzerns bei groben Verstößen gegen fundamentale Grundsätze des Aktienrechts, insb. des Gläubigerschutzes (Urteile C.1/ C.2).

4. Übersicht:

Urteil A: Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Proz. Nr. FB920075), Urteil vom 1. Februar 1994 in Sachen OD-Bank en liquidation gegen Konkursmasse des WKR betreffend Kollokation (im Konkurs WKR). Kein Rechtsmittelverfahren, rechtskräftig.

Urteil B.1: Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FB930111), Urteil vom 30. November 1994 in Sachen OH-AG in Nachlassliquidation gegen Konkursmasse WKR betreffend Eigentumsansprache (Aussonderung im Konkurs WKR). Rechtskräftig nach Rückzug der Berufung (II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Proz. Nr. NF950005), Beschluss vom 18. Februar 1997).

Urteil B.2: Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Proz. Nr. FB930112), Urteil vom 30. November 1994 in Sachen OB-AG in Nachlassliquidation gegen Konkursmasse WKR betreffend Eigentumsansprache (Aussonderung im Konkurs WKR). Rechtskräftig nach Rückzug der Berufung (II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Proz. Nr. NF950004), Beschluss vom 18. Februar 1997).

Urteil C.1: Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer (Proz. Nr. LI940001), Urteil vom 24. April 1996 in Sachen HA-AG gegen Konkursmasse WKR betreffend Kollokation. Rechtskräftig nach Abweisung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen dieses Urteil (Kassationsgericht des Kantons Zürich (Proz. Nr. 96/246Z), Beschluss vom 20. August 1999).

Urteil C.2: Kassationsgericht des Kantons Zürich (Proz. Nr. 96/246Z), Beschluss vom 20. August 1999.

Sachverhalte zu den fünf Urteilen (wesentlich gekürzt):

Am 4. September 1991 verfügte der Konkursrichter des Bezirkes Zürich die Konkurseröffnung über den *Gemeinschuldner WKR* (Privatkonkurs nach Art. 191 SchKG). Dieser hatte in den Jahren zuvor ein Finanz-Konglomerat, den *O-Konzern*, begründet, mit über hundert ineinander verschachtelten Holding-, Beteiligungs- und Finanzierungs-Gesellschaften, die ihrerseits versuchten, tatsächlich werthaltige Industrie- und Dienstleistungs-Unternehmen an sich zu ziehen. WKR sicherte sich seine Rechtsstellung als herrschender Unternehmer mit Mehrheitsbeteiligungen, jedoch ohne Beherrschungsverträge zwischen den jeweiligen Ober- und Unter-Gesellschaften, wodurch ein faktischer Konzern entstand. An der Spitze dieses O-

Konzerns stand neben der OB-AG die OH-AG, deren Mehrheits-Aktienpaket (sowie weitere Beteiligungen) WKR vom europäischen Kontinent in ein off-shore-Gebiet verlegte und dem (nach Guernsey-Law errichteten) WKR Trust einverleibte.

A. Die *OD-Bank en liquidation* (Klägerin im Urteil A) ist eine untere Konzern-Gesellschaft, deren Aktien über mehrere Zwischen-Gesellschaften vom WKR-Trust gehalten wurden. Die Beklagte (*Konkursmasse WKR*) wies die Kollokation der klägerischen Forderung mit der Begründung der wirtschaftlichen Identität zwischen Gläubiger (Klägerin) und Schuldner (Gemeinschuldner WKR) ab.

Die Klägerin versucht formell mit einer sog. positiven Kollokationsklage gleichwohl am Haftungssubstrat der Konkursmasse teilzunehmen. Sie begründet ihre Forderung materiell mit einem Darlehen, das sie dem Gemeinschuldner gewährt habe. Der Einzelrichter weist die Klage mit mehreren Eventual-Begründungen ab. Dabei wird insbesondere Rechtsmissbrauch und Nichtigkeit des Off-shore-Trusts, in dem die Rechte zur Beherrschung des O-Konzerns liegen, festgestellt (nachfolgend *Urteil A*).

B. Klägerinnen in den Urteilen B.1 und B.2 sind die *OH-AG* und die *OB-AG* mit Sitz in Bern. Die *OH-AG* (im Mehrheitsbesitz des herrschenden Unternehmers WKR und späteren Gemeinschuldners) war die Mutter-Holding der *OB-AG* und der *OSEC Ltd.* (diese mit Sitz auf Cayman), welche als Tochter-Holding weitere Beteiligungen hielten. Im Dezember 1990 waren die *OH-AG* in der Höhe von mehr als 320 Millionen Franken, die *OB-AG* mit etwa 150 Millionen Franken und die *OSEC Ltd.* auf Cayman in der Höhe von mehr als 308 Millionen Franken überschuldet, obwohl die *OH-AG* und die *OB-AG* werthaltige Beteiligungen besaßen, u.a. in Form von 5'111 (*OH-AG*) bzw. 10'000 (*OB-AG*) Namenaktien des S-Industriekonzerns mit Hauptsitz in der Schweiz.

Am 29. Januar 1991 gewährte die *BPB-Bank* dem Gemeinschuldner WKR ein persönliches Darlehen von 50 Millionen Franken, dessen Valuta am 31. Januar 1991 in der Höhe von 49,5 Millionen Franken über die *BSI-Bank* auf ein Konto der *OSEC Ltd.* (Cayman) transferiert wurde. Als Sicherheit erhielt die *BPB-Bank* die der *OH-AG* und der *OB-AG* gehörenden 15'111 Namenaktien des S-Industriekonzerns, die neben weiteren werthaltigen Papieren in das Depot des Gemeinschuldners bei der kreditierenden *BPB-Bank* gelegt wurden. Diese Transaktion wurde ermöglicht durch die Mitwirkung von

Verwaltungsräten der *OH-AG* und der *OB-AG*. Später, am 25. März 1991, gab WKR zuhanden der *BPB-Bank* die Erklärung ab, wonach die Namenaktien durch die *OH-AG* und die *OB-AG* "on a fiduciary basis" in sein Depot transferiert worden seien.

Im Prozess beanspruchen die *OH-AG* und die *OB-AG* in Nachlassliquidation als Klägerinnen von der Beklagten (*Konkursmasse WKR*) das Eigentum an den fraglichen 15'111 Namenaktien des S-Industriekonzerns, bzw. deren Surrogat im Gesamtwert von rund hundert Millionen Franken, da die Beklagte im Privatkonkurs des WKR die Namenaktien zur Konkursmasse gezogen hatte (nachfolgend *Urteile B.1/ B.2*).

C. Klägerin in den Urteilen C.1 und C.2 ist die *HA-AG* mit Sitz in Deutschland. In ihrer über hundertjährigen Geschichte entwickelte sich die *HA-AG* zu einem Misch-Konzern mit Beteiligungen an Industrie- und Dienstleistungs-Unternehmen, u.a. zu hundert Prozent an der *T&J-Gesellschaft* mit Sitz in Deutschland sowie (nach der Übernahme durch den O-Konzern) an der *HA-Ltd.* mit Sitz auf Cayman Islands. Über ein Mehrheits-Aktienpaket von vorerst 51 Prozent und anschliessend über den sog. *NAR-Kredit* gelang es der *OH-AG* bzw. dem O-Konzern in den Jahren 1989/90 mittels mehrerer Zwischen-Holdinggesellschaften und mit Fremdkapital von 97 Prozent in den Besitz des *HA-Konzerns* zu gelangen. Die Forderungen der *HA-AG* gegen WKR persönlich stützen sich im Wesentlichen auf dessen Stellung als herrschender Unternehmer des O-Konzerns.

Die erste Forderung begründet die *HA-AG* mit einem Darlehen ihrer *Tochter-Gesellschaft T&J* vom 21. Dezember 1990 über 15 Millionen DM an die *ANB-Bank* mit Sitz auf den Bahamas, deren Aktien von Drittpersonen treuhänderisch im Namen von WKR gehalten wurden. Das Darlehen wurde der klägerischen Tochter-Gesellschaft nicht zurückbezahlt und die *ANB-Bank* im Frühjahr 1991 auf den Bahamas liquidiert. Die zweite Forderung begründet die *HA-AG* mit einem Forderungs-Kauf (*Zession*) ihrer *Tochter-Gesellschaft HA-Ltd.* in der Höhe von zwei Millionen US-Dollar. Eine Ur-Urenkel-Gesellschaft der *OH-AG* mit Sitz in Delaware/USA (*CC-Gesellschaft*, Verkäuferin) hatte einer "ADA Ltd." (Käuferin) 427'178 Aktien einer "ADA N.V." verkauft. Die Gesellschaft des O-Konzerns (*CC-Gesellschaft*, Zedent) liess sich den Preis der Aktien von der Gesellschaft des *HA-Konzerns* (*HA-Ltd.*, Zessionar) zwar bezahlen, die "ADA Ltd." (*debitor cessus*) honorierte die zedierte Forderung jedoch nicht und blieb sie schuldig (nachfolgend *Urteile C.1/ C.2*).

**Aus den Erwägungen (je Erw. Ziff. IV.):
Urteil A.**

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin (*OD-Bank en liquidation*) geltend, die von ihr im Konkurs über den Gemeinschuldner WKR angemeldete Forderung sei zu Unrecht nicht kolloziert worden und verlangt deren Aufnahme in den Kollokationsplan. Die Beklagte, d.h. die Konkursmasse des WKR, vertritt demgegenüber den Standpunkt, die strittige *klägerische Forderung sei eine Forderung des Gemeinschuldners gegen sich selbst und könne als solche wegen wirtschaftlicher Identität von Gläubigerin und Gemeinschuldner* in der laufenden Vollstreckung keine Berücksichtigung finden. Die Kreditgewährung der Klägerin an WKR an sich ist unbestritten.

Nachfolgend ist entsprechend den Parteivorbringen auf die Sachverhalts- und Rechtsfragen der Beteiligungsverhältnisse an der Klägerin und der Machtstellung WKR (Erwägung Ziff.1.), der Rechtstellung der Klägerin im Verhältnis zum *WKR Trust* (Erwägung Ziff.2.) und zu *WKR persönlich* (Erwägung Ziff.3.), sodann auf das klägerische Darlehen an WKR (Erwägung Ziff.4) sowie schliesslich auf die Geltung des Rechtsmissbrauchsverbots bei internationalen Konzernverhältnissen (Erwägung Ziff.5.) einzugehen.

1. Rechtliche und wirtschaftliche Beteiligungsstruktur

Die Klägerin gibt an, seit 1990 seien ihr die Beteiligungsverhältnisse an ihrer Muttergesellschaft, der BB-Gesellschaft, nicht mehr bekannt gewesen und die Struktur der Beteiligungen sei bis heute nicht genügend nachgewiesen. Sie zweifelt insbesondere an, dass die Aktien der Muttergesellschaft der BB-Gesellschaft, nämlich jene der AA-Gesellschaft, tatsächlich im WKR Trust liegen. Die Beklagte betrachtet die von ihr aufgezeigte Beteiligungsstruktur als erwiesen und vertritt die Ansicht, dass diese auch der Klägerin mehrheitlich bekannt gewesen sein musste.

Nachfolgend sind die Beteiligungsverhältnisse im massgeblichen Zeitpunkt der Urteilsfällung (§ 188 Abs. 1 ZPO) zu erörtern (Ziff. 1.1.) und ist zu prüfen, inwieweit die Klägerin bzw. die für sie handelnden Organe jeweils über diese im Bilde waren (Ziff. 1.2.).

1.1 Rechtstellung der Klägerin

Unbestritten ist, dass die *BB-Gesellschaft mit Sitz in Genf seit 1983 Alleinaktionärin der Klägerin (OD-Bank en liquidation)* ist. Die Klägerin führt in ihrer Replik an, die Darstellung der Beklagten, wonach ihre Muttergesellschaft eine hundertprozentige Tochter der AA-Gesellschaft

sein solle, sei neu für sie und werde bestritten. In Widerspruch zu den Ausführungen in der Replik legt die Klägerin hingegen in der Klageschrift noch ohne Vorbehalte dar, einziger Aktionär der BB-Gesellschaft sei die AA-Gesellschaft. Auch in ihrer Stellungnahme zu den Duplikbeilagen geht die Klägerin davon aus, dass die BB-Gesellschaft zur AA-Gesellschaft gehört. Dass die BB-Gesellschaft der AA-Gesellschaft gehört, folgt auch aus dem Protokoll der Generalversammlung der BB-Gesellschaft vom 29. Juni 1992 und wird durch die beiden Schreiben A.s an B. von der BB-Gesellschaft bestätigt. Aufgrund der Gesamtheit der geschilderten Umstände kann daher auch als erstellt gelten, dass die *Muttergesellschaft der Klägerin, die BB-Gesellschaft, eine Tochtergesellschaft der AA-Gesellschaft ist.*

Aus der Gründungsurkunde des WKR Trusts und den Anweisungen WKR zur Umschreibung der Aktien ergibt sich sodann, dass das gesamte liberierte Aktienkapital der AA-Gesellschaft in den WKR Trust eingebracht wurde. Die von der Klägerin dazu vorerst allgemein vorgebrachten Zweifel und Bestreitungen werden durch die klare Aussage in der Trusturkunde entkräftet (*first schedule*). Dies scheint die Klägerin denn auch nach Einsicht in die Trusturkunde nicht mehr zu bestreiten. Überdies sind auch die diesbezüglichen klägerischen Vorbringen widersprüchlich, bezeichnet doch die Klägerin selbst den WKR Trust in der Replik als eingetragenen Eigentümer ihrer Aktien, bezweifelt aber kurz danach, dass der WKR Trust wirklich Eigentümer ihrer Aktien sei.

Somit ist die aktuelle *Beteiligungsstruktur* in der Form, wie sie von der Beklagten anlässlich der zweiten Gläubigerversammlung im Konkurs WKR dargelegt wurde, erstellt: Es besteht eine Kette hundertprozentiger Beteiligungen (mit Ausnahme allfälliger Pflichtaktien) vom *WKR Trust an der AA-Gesellschaft, von der AA-Gesellschaft an der BB-Gesellschaft und von der BB-Gesellschaft an der Klägerin.*

1.2 Machtstellung WKR

Der massgebliche *tatsächliche Einfluss WKR* auf die Klägerin und damit seine Machtstellung war dieser mindestens bis Ende 1990 bekannt. Dies ergibt sich aus den Korrespondenzen zwischen der Klägerin bzw. deren Verwaltungsrat B. und WKR. WKR wurde dabei weitgehend in die Geschäftstätigkeit einbezogen. Offen bleiben kann dabei, ob der Klägerin auch jederzeit die genaue formale Beteiligungsstruktur bekannt war. Vorliegend von Bedeutung ist vor allem, dass *WKR bzw. teilweise der WKR Trust bis Ende 1990 von der Klägerin als oder wie deren direkter oder indirekter Hauptaktionär oder Weisungsbefugter betrachtet und behandelt wurden*

und dass die Kreditvergabe der Klägerin an WKR, welche durch die Konsolidierung der Kredite mit schriftlichem Vertrag vom 25. September 1990 eine Festlegung erfuhr, in diese Zeitspanne fiel.

Ob die Klägerin erst aufgrund der Schreiben A.s an B. vom 22. Oktober 1991 und vom 10. Juli 1992 Kenntnis davon erhalten hat, dass die Aktien der BB-Gesellschaft der AA-Gesellschaft gehören, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Immerhin ist anzumerken, dass auch die Beklagte einräumt, dass die Klägerin über die rechtliche Struktur des WKR Trusts wohl nur ungenügend im Bild gewesen sei.

2. WKR Trust und Rechtstellung der Klägerin

2.1 Internationales Privatrecht

Wie bereits dargelegt, ist die Klägerin dem Vermögen des WKR Trust zuzuordnen. Der WKR Trust ist in Guernsey domiziliert und gemäss der Trusturkunde dem Recht Guernseys unterstellt. Da der WKR Trust als rechtlich bedeutsamer Teil des in Frage stehenden Lebenssachverhaltes einen Auslandbezug aufweist, liegt ein internationaler Sachverhalt vor (SCHWANDER IVO, Einführung in das Internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, St.Gallen 1990, N 49). Demzufolge ist vorgängig das für die Beurteilung der Gültigkeit des WKR Trusts anwendbare Recht gemäss IPRG zu bestimmen (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG).

2.1.1 Qualifikation des Trusts

a) In der schweizerischen Rechtsordnung hat der Trust des Common Law kein Gegenstück. Aufgrund dieser Systemlücke des schweizerischen materiellen Rechts entsteht ein Qualifikationsproblem. Es erscheint dabei schwierig, einen allgemein anwendbaren Ansatz zur Lösung von Qualifikationsproblemen zu finden. Demzufolge stehen die teleologische Betrachtungsweise und die Qualifikation aufgrund eines Funktionsvergleiches im Vordergrund (SCHWANDER, a.a.O., N 265 ff.).

Der Trust findet im angelsächsischen Rechtskreis in verschiedensten Gebieten Verwendung. Ein Trust kann starke Auswirkungen auf vermögensrechtlichem, familienrechtlichem bzw. erbrechtlichem Gebiet haben (KLEIN, F.E., in: Das neue Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung, Zürich 1990, S. 86). Dementsprechend vielfältig sind die Erscheinungsformen eines Trusts, und es fällt selbst englischen Juristen nicht leicht, eine allgemein verwendbare Definition eines Trusts zu geben (vgl. BAKER, P.V./LANGAN, P.ST., Snell's Principles of Equity, 28th ed., London 1982, S. 90). Auch Art. 2e der Haager Übereinkunft zum Trust vom 1. Juli 1985 hat auf eine

eigentliche Definition verzichtet und listet stattdessen gewisse Charakteristiken des Trusts auf.

b) Im Vordergrund steht vorliegend die Frage, ob der WKR Trust als Gesellschaft im Sinne des IPRG betrachtet werden kann. Nach Art. 150 Abs. 1 IPRG gelten als Gesellschaften im Sinne des IPRG organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten.

Nicht alle Trustarten sind unter den Begriff der 'organisierten Vermögenseinheit' zu fassen und damit dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen (Botschaft zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 10. November 1982, S. 176). Einerseits sind formelle Erfordernisse einzuhalten, damit von einer 'organisierten Vermögenseinheit' gesprochen werden kann. Andererseits hat der Einsatzbereich des Trusts die Anwendung des Gesellschaftstatutes zu rechtfertigen: Damit der Trust dem Erfordernis der 'organisierten Vermögenseinheit' im Sinne von Art. 150 Abs. 1 IPRG zu genügen vermag, dürfte in formeller Hinsicht zu fordern sein, dass der Trust schriftlich und ausdrücklich gegründet wurde. Es hat sich demnach um einen 'express trust' zu handeln. Der WKR Trust, der durch Trusturkunde vom 28. März 1988 gegründet wurde, entspricht diesem Erfordernis.

Zweck des WKR Trusts ist die Verwaltung und Führung einer konzernartigen Struktur von Gesellschaften. Die durch die Trusterrichtung aufgeworfenen Fragen des Familien-, Erb- und Sachenrechts bleiben beim WKR Trust im Hintergrund. Der WKR Trust nimmt somit die Stellung einer Holdinggesellschaft ein. Diese massgebliche Funktion des WKR Trusts rechtfertigt die Anwendung des Gesellschaftsstatutes. Das Halten und Verwalten von Beteiligungen ist als vorwiegend gesellschaftsrechtlicher Natur zu werten.

c) Aufgrund seiner Ausgestaltung und Verwendung ist der WKR Trust daher unter das Gesellschaftsstatut (Art. 150 ff. IPRG) zu subsumieren.

2.1.2 Anwendbares Guernsey-Law

a) Nach Art. 154 Abs. 1 IPRG unterstehen Gesellschaften dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert haben. Mit dieser Bestimmung bekennt sich das IPRG zur Inkorporationstheorie. Das Bundesgericht bekräftigte diesbezüglich, dass kein Raum für den Vorbehalt des fiktiven Sitzes besteht, da sonst die Absicht des Gesetzgebers missachtet sei (BGE 112 II 494 ff., insb.

S. 500 f.). Von der Inkorporationstheorie könne allenfalls bloss aufgrund von Bestimmungen des allgemeinen Teils des IPRG abgewichen werden.

Nach dem Text der Trusturkunde wurde der WKR Trust gemäss den Gesetzen von Guernsey begründet und wurde das Recht von Guernsey als anwendbares Recht bezeichnet. Das Recht von Guernsey sieht keine speziellen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften für die Begründung eines einfachen Trusts vor (Art. 6. (1) Trusts (Guernsey) Law, 1989). Da der WKR Trust gemäss Trusturkunde nach dem Recht Guernseys organisiert wurde, kommt auf diesen das *Recht von Guernsey zur Anwendung* (Art. 154 Abs. I IPRG).

b) Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen (Art. 16 IPRG). Die Kanalinsel Guernsey gehört als "dependency" zum British Empire, jedoch nicht zu Grossbritannien. Guernsey hat - wie Jersey - eine eigenständige Rechtsordnung. Gerade im Trustrecht kommt indessen der englischen Rechtsprechung, die sich seit dem Mittelalter entwickelt hat, auf den Channel Islands entscheidende Bedeutung zu. Besonders zu beachten ist zudem die Rechtsentwicklung in Jersey, welche ähnlich wie jene Guernsey's verlaufen ist. Sowohl Jersey als auch Guernsey haben das Trustrecht erst kürzlich kodifiziert: Jersey als Trusts (Jersey) Law 1984 und Guernsey als Trusts (Guernsey) Law, 1989.

2.2 Frage der Gültigkeit des WKR Trusts

Bei der Errichtung eines Trusts erfolgt eine *Eigentumsübertragung vom Settlor auf den Trustee*. Der Trustee erwirbt 'legal ownership' am Trustvermögen. Er hat das Eigentum für einen Begünstigten ('beneficiary') zu halten. Dieser erwirbt am selben Vermögen 'equitable ownership'. Diese Eigentumsspaltung ist das Kennzeichen des Trusts. Das *Trustvermögen wird unter die Kontrolle des Trustee* gebracht. Ihm obliegt es, das Trustvermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Die Gründungsurkunde kann als Verfassung des Trusts betrachtet werden. Der Settlor hat bei ihrer Gestaltung grosse Freiheit; er kann ein rechtliches Gebilde nach seinen Wünschen und Vorstellungen schaffen. Die Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit sind erst die Verletzung der Moral, der 'public policy' (was grundsätzlich dem kontinentalen ordre public entspricht) und die Missachtung von Gesetzesbestimmungen. Wenn ein an sich gültiger Trust gegen diese Grundsätze verstösst, ist er rechtlich nicht durchsetzbar (Snell's Principles of Equity, 28th ed., London 1982, S. 91).

Für die *Beurteilung der Gültigkeit des WKR Trusts ist nachfolgend zu prüfen*, ob die in

der Trusturkunde des WKR Trusts niedergelegten wesentlichen Bestimmungen über dessen Gestaltung mit den Grundsätzen des Trustrechts vereinbar sind (Erwägung Ziff. 2.2.1.) und ob bei Errichtung und Führung des Trusts die erforderliche Trustabsicht des Settlors vorhanden war (Erwägung Ziff. 2.2.2.). Als Ergebnis ist schliesslich die Ungültigkeit des WKR Trusts festzuhalten (Erwägung Ziff. 2.2.3.).

2.2.1 Rechtsnatur des WKR Trusts

Der Gemeinschuldner WKR setzte sich selber als ersten Begünstigten des WKR Trust ein. Diese Personalunion wird vom Trustrecht hingenommen. Da auch die anderen Begünstigten Privatpersonen sind, handelt es sich um einen '*private trust*'.

Mit der Trustgründung verliert der Settlor nicht alle Einflussmöglichkeiten. Der Settlor hat indessen alle Befugnisse, die er sich vorbehalten will, in der Trusturkunde ausdrücklich aufzuzählen. WKRs Vorbehalte, allenfalls aus dem Kreis der Begünstigten auszuschneiden oder einen neuen Trustee zu bestimmen, falls der ursprüngliche ausscheiden sollte, sind daher zulässig.

Ein Trustee hat bei der Ausführung seiner Pflichten die Trusturkunde und die Grundsätze der Equity zu beachten (Snell's Principles of Equity, 28th ed., London 1982, S. 232). Die Klausel, der Trustee habe die Verwaltung des Trustvermögens im besten Interesse für die Begünstigten vorzunehmen, entspricht den Grundsätzen der Equity, welche die Begünstigten vor Übergriffen des Trustees auf das Trustvermögen schützen. Falls ein Trustee seinen Pflichten nicht nachkommt, also einen 'breach of trust' begeht, kann er von den Beneficiaries zur Verantwortung gezogen werden (Snell's Principles of Equity, 28th ed., London 1982, S. 90 ff. und S. 281 ff.). Im übrigen räumte WKR den Trustees uneingeschränktes Ermessen ein, was den WKR Trust als 'discretionary trust', erscheinen lässt.

Es finden sich in der Trusturkunde auch des weitern keine dem Trustrecht widersprechenden Klauseln. Ebenso wenig ergeben sich aus der Trusturkunde Hinweise auf formelle Mängel des WKR Trusts. Die in der Trusturkunde niedergelegten Bestimmungen stehen damit der Rechtsgültigkeit des WKR Trusts als '*express private trust*' nicht entgegen.

2.2.2 Anforderungen nach Guernsey-Law

Damit ein Trust gültig ist, sind indessen nicht bloss objektive Erfordernisse bei der Trustgründung und -gestaltung zu erfüllen. Darüber hinaus muss der Settlor tatsächlich die Absicht gehabt haben, einen *Trust zu gründen*. Eine bestimmte Ausdrucksform oder gar die Erwähnung des Wortes 'Trust' ist dabei nicht erforderlich

(RIDDAL, *The Law of Trusts*, 4th ed., London 1992, S. 22 und 34 f.). Durch die in formaler Hinsicht einwandfreie Errichtung des Trusts entsteht die Vermutung, dass der Settlor die Absicht, den Trust zu errichten, tatsächlich hatte und die rechtlichen Auswirkungen des Trusts, *die sog. Trustidee, befolgen will*.

Zeigt sich indessen aufgrund des Verhaltens des Settlors, dass dieser der Trustidee nicht nachlebt, ist seine angeblich bestehende Trustabsicht zu hinterfragen. Dabei ist aufgrund äusserer Tatsachen auf das Vorhandensein oder Fehlen der Trustabsicht zu schliessen. Es ist dabei 'on the whole', unter Berücksichtigung aller Umstände, zu entscheiden (Snell's *Principles of Equity*, 28th ed., London 1982, S. 114).

a) *Im Entscheid in Sachen Clothilde Rahman versus Chase Bank (CI) Trust Co Ltd and Others* vom 6. Juni 1991 führte der Royal Court of Jersey dazu aus, dass der Settlor namens Kamel Abdel Rahman keine Absicht hatte, sich an die Trustidee zu halten. Bei der rechtlichen Würdigung bezeichnete das Gericht den Trust als 'sham on the facts', als - aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse - blosses *Scheingebilde*. Aufgrund der gesamten Beweislage kam das Gericht zum Schluss, es habe keine gültige Übertragung der Befugnisse und Aufgaben auf den Trustee stattgefunden und dem Trustee sei die Kontrolle über das Trustvermögen nicht übertragen worden.

Kamel Abdel Rahman betrachtete das Trustvermögen als ihm gehörend. Er behielt sich die Möglichkeit vor, Vermögenswerte des Trusts zu sich zurückzuholen. Ohne das Wissen des Trustee nahm er Vermögensdispositionen vor. So verminderte er das Trustvermögen ohne Wissen des Trustee um eine Million Dollar. Eine Vermögensverfügung dieser Art wiederholte sich mindestens einmal. Er hatte nach Belieben die Möglichkeit, mittels brieflichen oder telephonischen Anweisungen (mit darauffolgender schriftlicher Bestätigung) das Trustvermögen zu verteilen. Dabei spielte es keine Rolle, ob die Auszahlung Kamel Abdel Rahman selbst oder Dritten zugute kam, oder ob es sich um Darlehensgewährungen durch den Trust handelte. Kamel Abdel Rahman kontrollierte die Führung und Verwaltung des Trusts. Er behielt das Investitionsmanagement des Trusts in seiner Hand. Investitionsentscheide wurden von einem Berater, einem Vertrauten oder gar vom Kamel Abdel Rahman selbst getroffen. Als der Trustee bei der Chase Manhattan Bank (Schweiz) ein Konto eröffnete, wurde in einer Klausel folgendes vereinbart: "The Bank may make or change investments upon receipt of instructions given by Kamal Abdel Rahman".

Im Mai 1978 machte Kamel Abdel Rahman die Advicorp SA zum neuen Berater des Trust in Investitionsfragen. Das Mandat für die Advicorp SA wurde mit folgender Umschreibung unterzeichnet: "The undersigned Kamel Abdel Rahman in my capacity and on behalf of Kamel Abdel Rahman Trust". Dem Trustee schrieb Kamel Abdel Rahman, er verlagere *kraft seiner Befugnisse als Settlor* das Trustvermögen zur Schweizerischen Volksbank.

Aufgrund der dominierenden Stellung des Settlors Kamel Abdel Rahman war der Trustee eine Randfigur. Briefwechsel, an denen er beteiligt war, hatten (abgesehen von wenigen Ausnahmen) den Zweck, ihn über die Bewegungen des Trustvermögens auf dem laufenden zu halten. Der Trustee nahm auf die Kontrolle des Trustvermögens keinen Einfluss. Er habe sich nicht erinnern können, als Trustee je eine Investitionsentscheidung gefällt zu haben. Er unterliess es entgegen seinen Pflichten als Trustee, Auszahlungen ('appointments') aus dem Trustvermögen vorzunehmen. Der Trustee wurde nur auf Geheiss Kamel Abdel Rahmans tätig. Er konnte vor Gericht nicht eine Gelegenheit erwähnen, bei der er die Anweisung Kamel Abdel Rahman nicht befolgte. Er entwickelte damit kein eigenständiges Denken ('independent judgement'). *Aufgrund dieser Sachlage erklärte der Royal Court of Jersey den Trust für ungültig*.

b) Vorliegend sind das *Verhalten und der Einfluss WKR in bezug auf den WKR Trust zu würdigen*. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Gesamtheit der Umstände - vergleichbar dem Fall in Sachen Kamel Abdel Rahman Trust - darauf schliessen lassen, dass der Settlor WKR die Trustidee beim WKR Trust nicht verwirklichte bzw. nie verwirklichen wollte.

aa) Laut der Trusturkunde des WKR Trusts wie auch nach den allgemeinen Prinzipien des Trustrechts obliegt die *Verwaltung des Trustvermögens ausschliesslich dem Trustee*. In seiner Stellung als Begünstigter des Trusts hatte WKR keine Befugnis, in die Geschäfte des Trustee einzugreifen. Eine solche wäre ihm grundsätzlich nur im Falle eines 'breach of trust' zugestanden. Ebensowenig stand ihm in seiner Eigenschaft als Settlor eine Befugnis zu, in die Geschäfte des Trusts einzugreifen oder diese zu führen. Seine Befugnisse als Settlor wurden in der Trusturkunde abschliessend niedergelegt und diese enthält keine Bestimmung, welche ihn in irgendwelcher Form zur Verwaltung und Verfügung über das Trustvermögen berechtigen würde. Offen gelassen werden kann dabei vorliegend, ob solche Bestimmungen an sich zulässig wären. *Dennoch nahm WKR mehrfach Handlungen vor, welche allein dem Trustee zugestanden wären*.

So erteilte WKR Vollmacht zur Vertretung von Aktien der BB-Gesellschaft an deren Generalversammlung. Am 23. September 1988, also rund sechs Monate *nach der Errichtung des Trusts* und der Übertragung der Aktien an den Trustee, bevollmächtigte er B. (VR der Klägerin) zur Vertretung von 498 Aktien für die Generalversammlung vom 13. Oktober 1988. WKR unterschrieb die Vollmacht und fügte bei, er handle als *Inhaber ('titulaire') dieser Aktien*. Dieser Eingriff WKR's war kein Einzelfall. 1989 wurde wiederum eine Vollmacht für B. ausgestellt. Zwar unterschrieb C. (Trustee des WKR Trusts) für den WKR Trust, aber WKR's Unterschrift erschien ebenfalls, und zwar unter dem Vermerk "einverstanden". Dasselbe wiederholte sich im darauffolgenden Jahr.

Wer einer Vollmacht den Vermerk "einverstanden" beifügt, beeinflusst die Entscheidung. Dass B. als VR der Klägerin die Vollmacht an WKR und nicht an den Trustee C. sandte, kann blosser Zufall sein; es kann indessen auch ein Hinweis dafür sein, dass WKR die Entscheidungen traf, während C. - ähnlich dem Trustee im Fall Rahman - bloss WKR's Weisungen ausführte. WKR musste wissen, dass er nach der Gründung des Trusts zu solchen Eingriffen nicht mehr befugt war, hatte er doch in der Trusturkunde die Aufgabe der Führung und Kontrolle der vom Trust kontrollierten Gesellschaften dem Trustee übertragen. Dass er dennoch solche Handlungen vornahm, ist ihm als grobe *Missachtung der Grundsätze des Trustrechts* anzulasten.

Am 12. Dezember 1988 informierte die BSI-Bank den Trustee C., dass sie WKR persönlich einen Kredit im Betrag von 14 Millionen Franken gewährt habe, der durch (dem WKR Trust gehörende) 140'000 Namenaktien der OH-AG gesichert sei. Am 14. Dezember 1988 erklärte C. hierzu sein Einverständnis. Aufgrund der Trusturkunde war der Trustee befugt, das Trustvermögen als Sicherheit einzusetzen (schedule 3 clause 8 und 9). Da der dazu befugte Trustee C. das Einverständnis zu dieser Kreditgewährung gab, wurde grundsätzlich den Trustgrundsätzen Folge geleistet. Anzumerken ist aber, dass die Verwendung des Trustvermögens zur Sicherung von Krediten in der ausschliesslichen Befugnis des Trustee liegt. Wenn daher der Trustee erst am 14. Dezember sein Einverständnis gab, nachdem die Bank schon am 12. Dezember schrieb, sie habe die Kredite (bereits) gewährt, stellt sich immerhin die Frage, ob das Einverständnis des Trustee allenfalls als blosses Förmlichkeit erscheint, die massgebenden Entscheide und Verfügungen aber von WKR vorgenommen wurden.

Augenfälliger war die aktive Rolle WKR's bei der Kreditbestellung durch die BKB-Bank. Diese teilte WKR mit Schreiben vom 27. April 1989 mit, der bestehende Kredit über 40 Millionen Franken könne weitergeführt werden, wobei 400'000 Namenaktien der OH-AG als Sicherheit dienen würden. Im Falle dieser Kreditgewährung erklärte sich WKR selber mit den vorgeschlagenen Konditionen einverstanden. Die Pfandbestellung wurde am 9. Mai 1989 von WKR als Pfandgeber unterzeichnet. - Dies ungeachtet dessen, dass die verpfändeten Aktien dem WKR Trust gehörten und auf C., den Trustee, lauteten. Mit dieser *Verfügung über dem WKR Trust gehörende Aktien versties WKR gegen die Grundsätze des Trustrechts* und die von ihm in der Trusturkunde vorgenommene Kompetenzverteilung.

Ein weiterer Hinweis für WKR's Einflussnahme auf die Führung des WKR Trust ist die "Traktandenliste für unsere nächste Besprechung", datiert vom 18. Dezember 1990, welche B. als VR der Klägerin WKR zustellte. Traktanden der Besprechung waren u.a. die Abschlüsse und Zukunft der BB-Gesellschaft und der Klägerin. Aus der Traktandenliste geht nicht hervor, ob an dieser Besprechung neben WKR und B. noch weitere Personen teilnahmen. Die von B. einleitend verwendete Formulierung: "Sehr geehrter Herr WKR, darf ich Ihnen folgende Traktandenliste für unsere nächste Besprechung unterbreiten?" zeigt, dass bei dieser Besprechung WKR eine bedeutende Rolle zukam. Hervorzuheben ist insbesondere auch, dass die Einladung zu dieser Besprechung *fast drei Jahre nach der Gründung des WKR Trusts* und der (indirekten, weil über die AA-Gesellschaft erfolgten) Einbringung der Aktien der BB-Gesellschaft und der Klägerin in den WKR Trust erfolgte. WKR wurde also auch 1990 noch in die Geschäfte von Gesellschaften einbezogen, welche dem WKR Trust gehörten. Diese Kompetenz wäre aber nach der Trusturkunde dem Trustee zugestanden.

bb) Charakteristisches *Wesensmerkmal eines Trust* ist, dass dessen *Begründer ('settlor') sein Vermögen auf den Trust überträgt und damit sein eigenes Eigentum und seine Verfügungsmacht über die betroffenen Vermögenswerte aufgibt*. Das Verhalten WKR's deutet jedoch darauf hin, dass er in gewissem Umfang weiterhin über die in den Trust eingebrachten Werte verfügte und lässt damit auch erhebliche Zweifel aufkommen, ob WKR gewillt war, diese Voraussetzungen des Trusts zu verwirklichen. Einer Telefonnotiz von D., einem Vertreter der Revisionsgesellschaft, vom 26. Oktober 1989 ist zu entnehmen, dass WKR diesem gegenüber demn Trust als 'blosses Treuhandverhältnis'

bezeichnete, wobei - gemäss WKR - die Aktiven ebensogut von einer Bank treuhänderisch gehalten werden könnten. In einer Zusammenstellung der Aktiven und Passiven WKR per 31. Dezember 1988 erscheint als Posten 1610 "Dr. C., Rubrik WKR-Trust: Fr. 920'160'001.--." Dieser Bilanzposten machte den Hauptteil der Aktiven des nachmaligen Gemeinschuldners aus. *WKR wies hier also das Trustvermögen als sein eigenes aus.*

Diese Umstände legen den Schluss nahe, dass WKR entweder die grundsätzlichen Folgen einer Trustgründung unbekannt waren oder dass er diese nicht wahrhaben wollte. Zweifel am Willen WKRs, den Trust rechtsgültig zu begründen und zu verwirklichen, stellen sich auch aufgrund der Modalitäten der Vereinbarung zur Übertragung des Trustvermögens ein. Im Vertrag betreffend die Übertragung der das Trustvermögen bildenden Aktienpakete auf den Trustee C. wurde festgelegt, dass "unsere Rechtsbeziehung" (zwischen WKR und C.) schweizerischem Recht unterstehe. In der Trusturkunde erklärte WKR indessen das Recht Guernsey's für anwendbar. Die Übertragung der Aktienpakete hatte aber für die Begründung des WKR Trust zentrale Bedeutung, enthielt sie doch die Einbringung des Trustvermögens durch den Settlor. Es erscheint daher problematisch, diese für den Trust massgebende Rechtsbeziehung ausdrücklich schweizerischem Recht zu unterstellen, während als auf den Trust anwendbares Recht jenes von Guernsey ausdrücklich vorgesehen wird. Auf die Frage der Beachtlichkeit der Rechtswahl braucht im übrigen vorliegend nicht eingegangen zu werden. Die widersprüchlichen Rechtswahl-Erklärungen wurden am selben Tag, am 29. März 1988, getroffen. Dies lässt die Möglichkeit eines blossen Irrtums oder einer Flüchtigkeit gerade auch aufgrund der Bedeutung des Geschäftes als eher gering erscheinen. Vielmehr muss von einer bewussten Handlung WKRs ausgegangen werden. Dies lässt aber ebenfalls darauf schliessen, dass WKR die entsprechenden grundsätzlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Trustgründung nicht kannte oder dass er durch die widersprüchliche Vereinbarung seine wahren Absichten verschleiern wollte.

2.2.3 Ungültigkeit des WKR Trusts

Selbst wenn WKR - anders als Kamel Abdel Rahman im Fall des Royal Court of Jersey - kein Trustvermögen direkt in seinen eigenen Vermögensbereich zurückverschoben hat, waren seine Übergriffe und Verstösse gegen die Grundsätze des Trust zahlreich.

a) Obwohl WKR weder als Begründer noch als Begünstigter des WKR Trust Befugnisse hatte, dessen Geschäfte zu führen, übte er

mehrfach dessen Geschäfte aus. Dies wäre jedoch alleine dem Trustee zugestanden. Aus dem Verhalten WKRs geht auch hervor, dass ihm die Trustidee als solche nicht genügend bekannt war, oder dass er dieser nicht nachleben und sich nicht an die rechtlichen Folgen der Gründung des WKR Trust halten wollte. WKR behandelte überdies das Trustvermögen mehrfach und unzulässigerweise wie sein eigenes Vermögen. *Aufgrund dieser Umstände ist der WKR Trust demnach mangels Trustabsicht des Settlers WKR für ungültig zu qualifizieren.*

b) In BGE 112 II 494 ff. prüfte das Bundesgericht die Bedeutung von Art. 17 IPRG im Zusammenhang mit dem für Gesellschaften allgemein geltenden Inkorporationsprinzip im Sinne von Art. 154 IPRG. Das Bundesgericht stellte fest, dass Art. 17 IPRG eine allgemeine Grenze der Inkorporationstheorie darstellt. Wenn die Sitten und Empfindungen des schweizerischen Rechts in unerträglichem Mass verletzt sind, ist vom an sich anwendbaren ausländischen Recht abzusehen, oder einer ausländischen Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit abzuerkennen (BGE 112 II 494 ff., 501 f.).

Da die vorstehenden Erwägungen zum Ergebnis führten, dass der WKR Trust nach dem anwendbaren Recht von Guernsey ungültig ist, *erübrigt sich eine Beurteilung, ob im vorliegenden Fall der negative ordre public im Sinne von Art. 17 IPRG zu berücksichtigen ist.*

c) Die *Rechtsfolgen der Ungültigkeit* eines Trusts und der damit verbundene Entscheid über das Eigentum am Vermögen, welches in den Trust eingebracht wurde bzw. werden sollte, sind je nach Art, Umständen und Zeitpunkt des Eintritts des Ungültigkeitsgrundes unterschiedlich (RIDDAL, *The Law of Trusts*, 4th ed., London 1992, S. 50): *Das Vermögen kann den Begünstigten (beneficiaries) direkt zufallen, dem Trustee ungeteilt zukommen, dem Settlor verbleiben oder gilt als vom Trustee zugunsten des Settlers gehalten.*

WKR ist sowohl Settlor als auch erster Beneficiary des WKR Trust. Demzufolge fällt das dem (ungültigen) Trust eingebrachte bzw. zugeschriebene Vermögen entweder an WKR selbst (zurück), wird von den aktuellen Trustees zu seinen Gunsten gehalten oder steht in deren vollem Eigentum. Für die nachfolgenden Erwägungen zum Durchgriff (Ziff.3.) wird im Hauptstandpunkt davon ausgegangen, dass das fragliche Vermögen infolge der Ungültigkeit des WKR Trust im ungeteilten Eigentum WKRs steht. Damit erscheint WKR als Eigentümer der Aktien der AA-Gesellschaft, welche ihrerseits die Muttergesellschaft der BB-Gesellschaft, also der Alleinaktionärin der Klägerin, ist.

3. *WKR persönlich und Rechtstellung der Klägerin*

Die Beklagte macht geltend, es bestehe eine wirtschaftliche Identität zwischen WKR und der Klägerin. Infolge von deren rechtsmissbräuchlichen Auswirkungen rechtfertige sich vorliegend ein Durchgriff und müsse die rechtliche Selbständigkeit der Klägerin und ihrer Muttergesellschaften unbeachtet bleiben.

3.1. *Internationales Privatrecht*

3.1.1 *Qualifikation der Durchgriffsproblematik*

Zur Beurteilung steht vorliegend das Verhältnis zwischen dem Eigentümer der AA-Gesellschaft mit Sitz auf Guernsey und der von dieser über eine weitere Gesellschaft (BB-Gesellschaft) mit Sitz in Genf gehaltenen Klägerin bzw. die rechtliche Selbständigkeit dieser Gesellschaften. Das strittige Rechtsverhältnis weist somit einen Auslandsbezug auf, weshalb vorgängig das anwendbare Recht zu bestimmen ist.

Die schweizerische Lehre und Praxis fasst den Durchgriff überwiegend als Qualifikationsproblem im Sinne von Art. 2 ZGB auf. Die ausnahmsweise Nichtbeachtung der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen, wie sie von der Beklagten vorliegend geltend gemacht wird, kann dementsprechend nur unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs und des Prinzips von Treu und Glauben erfolgen. Diese Grundsätze gehören zweifellos zum *positiven ordre public*. Als solcher Anwendungsfall tragender Grundsätze des schweizerischen Rechts ist das Institut des Durchgriffs bzw. der einem solchen zugrundeliegende *Art. 2 ZGB in bezug auf den vorliegend zur Beurteilung stehenden Sachverhalt als eine loi d'application immédiate im Sinne von Art. 18 IPRG aufzufassen*. Diese Qualifikation lässt sich insbesondere auch insofern rechtfertigen, als der zur Frage stehende Sachverhalt im übrigen wie auch die vorliegende Klage, welche ein inländisches Zwangsvollstreckungsverfahren betrifft, in weiten Teilen Binnenbezug aufweisen. Demzufolge ist die Frage nach der Zulässigkeit eines *Durchgriffs nach schweizerischem Recht zu beurteilen*.

3.1.2 *Anwendbares schweizerisches Recht*

Die rechtliche Selbständigkeit gehört zum Wesen einer juristischen Person. Im schweizerischen Gesellschaftsrecht ist dieser *Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit* fest verankert und es wird von der klaren und vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Trennung der Gesellschaft von ihren Gesellschaftern ausgegangen.

Besteht jedoch zwischen einer juristischen Person und ihrem Eigentümer wirtschaftliche Identität, kann deren formalrechtliche

Selbständigkeit dann *keine Beachtung finden, wenn die Diskrepanz zwischen juristischer Formgebung und wirtschaftlicher Realität missbräuchlich ausgenutzt wird*. Diesfalls kann der Richter die Rechtsform der juristischen Person ignorieren und durch sie hindurch auf den wirtschaftlich mit ihr identischen Eigentümer greifen (Durchgriff).

Die Rechtsfolgen eines Durchgriffes können nicht generell umschrieben werden. Allgemein ausgedrückt wird das Trennungsprinzip durchbrochen (vgl. FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht I, Zürich 1981, § 1 N 131 ff.). Konkret können die Rechtsfolgen nur im Einzelfall bezeichnet werden. Vorliegend würde die Bejahung eines Durchgriffstatbestandes zur Nichtbeachtung der rechtlichen Selbständigkeit der Klägerin und ihrer Muttergesellschaften führen. Die *Forderung der Klägerin aus dem Darlehen an WKR* könnte daher infolge der wirtschaftlichen Identität von Gläubiger (Klägerin) und Schuldner (WKR) in der laufenden Zwangsvollstreckung keine Aufnahme und Berücksichtigung finden. Damit wäre die positive Kollokationsklage abzuweisen, ohne dass vorgängig die Forderung im übrigen noch in Bestand und Umfang überprüft werden müsste.

3.2. *Frage des aktienrechtlichen Durchgriffs*

3.2.1 *Wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis*

Das Bestehen eines wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses ist notwendige, allerdings nicht ausreichende Voraussetzung des Durchgriffs. Das Abhängigkeitsverhältnis beruht in der Regel auf Aktienbesitz. Die in Frage stehende Beherrschung hat massgebend zu sein (BK-MERZ, Art. 2 ZGB, N 286 ff.; FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht I, Zürich 1981, § 1 N 114 f.). In der Kette der beherrschenden Beteiligungen stehen zwischen WKR und der Klägerin zwei Holding-Gesellschaften, die AA-Gesellschaft und die BB-Gesellschaft. Das erforderliche Abhängigkeitsverhältnis braucht indessen nicht auf direktem Aktienbesitz zu beruhen. Falls ein indirektes Beteiligungsverhältnis vorliegt, ist die Rolle der *dazwischen liegenden Gesellschaften zu prüfen*.

Die *AA-Gesellschaft* hat sich jederzeit äusserst passiv verhalten. Die Secretaries Ltd (Guernsey), welche behauptet, sie sei als Sitz der AA-Gesellschaft eingetragen, konnte über deren Vermögensverhältnisse keinerlei Angaben machen. Die von A. in seinem Schreiben an die BB-Gesellschaft genannten Direktoren der AA-Gesellschaft traten nie in Erscheinung. Wer Verwaltungsrat der AA-Gesellschaft ist, blieb ebenfalls unklar. Die Gesellschaft nahm keinen

Einfluss auf die BB-Gesellschaft, trotz ihrer Stellung als Alleinaktionärin. An der Generalversammlung der BB-Gesellschaft vom 29. Juni 1991 übte die AA-Gesellschaft ihr Stimmrecht nicht aus. B., der einzige Verwaltungsrat der BB-Gesellschaft, fasste mit seiner Pflichtaktie die Generalversammlungsbeschlüsse. Bis zum Schreiben vom 22. Oktober 1991 wusste die BB-Gesellschaft überdies nach ihren eigenen Angaben nicht, dass sie der AA-Gesellschaft gehörte.

Die *BB-Gesellschaft* ihrerseits wird von der Klägerin selbst als gemischte Holding bezeichnet, welche die Beteiligung an der Klägerin hält und daneben Dienstleistungen erbrachte.

Demnach erscheinen die *AA-Gesellschaft* und die *BB-Gesellschaft* vorliegend als *Holdinggesellschaften*, welche der *Bejahung des erforderlichen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen WKR und der Klägerin nicht entgegenstehen*.

3.2.2 Identität der wirtschaftlichen Interessen

Weitere Voraussetzung für einen Durchgriff ist die Identität der *wirtschaftlichen Interessen* (FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht I, Zürich 1981, § 1 N 116). In Konzernen sind die wirtschaftlichen Interessen der Konzerngesellschaften häufig gleichgeschaltet. Der Konzern ist dann ein übergeordnetes wirtschaftliches Ganzes, wobei es gilt, den Gewinn des Konzerns zu maximieren. Die Gesellschaften des Konzerns werden zur Förderung des Gesamtinteresses eingesetzt; dabei wird in Kauf genommen, dass ihren Einzelinteressen entgegengewirkt wird (DRUEY, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980 II 273 ff., insb. S. 281 f.). Die Beziehung einer Gesellschaft zum beherrschenden Aktionär kann hingegen auch anderer Art sein. Gleichgerichtete Interessen sind ebenfalls denkbar. Indessen unterliegen die Aktionäre mitunter der Versuchung, das Sondervermögen der Gesellschaft für ihre privaten Zwecke zu verwenden (BÖCKLI, Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, FS Frank Vischer, Zürich 1983, 527 ff., 531).

Das Ausmass der Kreditgewährung durch die Klägerin an WKR weist die enge Verflechtung zwischen der Klägerin und WKR aus, lässt aber allein betrachtet die Annahme der Identität der wirtschaftlichen Interessen noch nicht zu. Wird zusätzlich berücksichtigt, dass die Klägerin nach ihren eigenen Angaben bei der Finanzierung von WKR-Unternehmungen mithalf, können innerhalb der Struktur der von WKR kontrollierten Gesellschaften und ihm selbst mindestens *gewisse wirtschaftlich identische Interessen bejaht werden*.

Zusätzlich ist bei der Prüfung der Identität der wirtschaftlichen Interessen aber auch zu

berücksichtigen, dass sich die Klägerin seit 1978 in Liquidation befindet. Ihr Endzweck ist damit nicht mehr die gewinnstrebige Verfolgung wirtschaftlicher Ziele, sondern besteht darin, die noch laufenden Geschäfte zu erledigen, Verpflichtungen zu erfüllen und ihre Tätigkeit allgemein zum Abschluss zu bringen. Daher sind die Massstäbe für eine Bejahung des Kriteriums der Identität der wirtschaftlichen Interessen geringer anzusetzen. Vorliegend ist dabei ausserdem anzumerken, dass infolge der langen Dauer der Liquidation und der im Ausmass beträchtlichen Kreditgewährung der Klägerin an WKR nicht klar ersichtlich ist, wieweit die Klägerin in dieser Hinsicht den ihr aufgegebenen (Liquidations-) Zweck erfüllte und den damit verbundenen eigenen Interessen nachkam. Hier kann die Meinung vertreten werden, dass die Klägerin eben vorwiegend nicht ihre eigenen Interessen, sondern diejenigen des beherrschenden Aktionärs WKR wahrnahm.

Damit ist vorliegend die für einen Durchgriff *erforderliche Identität der wirtschaftlichen Interessen zu bejahen*.

3.2.3 Rechtliche Selbständigkeit der Klägerin

Es ist kaum möglich, allgemeingültige Regeln zum Durchgriff aufzustellen. Ob ein *Durchgriff erfolgen soll, kann nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden*. Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen der Einhaltung des Grundsatzes der Selbständigkeit juristischer Personen und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 ZGB. Beim Entscheid, ob sich ein Durchgriff rechtfertigt, sind auch allfällige Drittinteressen in Betracht zu ziehen (FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht I, Zürich 1981, § 1 N 117 - 135). Da der Durchgriff eine ausnahmsweise Nichtbeachtung der Selbständigkeit der juristischen Person darstellt und somit eine gewisse 'ultima ratio Funktion' aufweist, *sollte er im Interesse der Rechtssicherheit eher eine Ausnahme bleiben*.

Im vorliegenden Fall steht nicht die Verwendung einer juristischen Person zum Zwecke des Entzuges von Haftungssubstrat und des Entgehens von Verpflichtungen und damit ein Durchgriff zwecks Haftungserstreckung zur Frage. *Eine solche Verwendung der Klägerin durch WKR in der Absicht, eigenen Verpflichtungen zu entgehen oder persönlichen Vorteil zu erlangen, ist auch weder dargelegt worden noch erwiesen*. Die Beklagte bringt im wesentlichen vor, dass eine Zulassung der Forderung im Ergebnis dazu führen würde, dass WKR als Gemeinschuldner aus dem eigenen Konkurs ungerichtlich eine Dividende bezieht (Teilnahme

der effektiv dem Gemeinschuldner gehörenden Klägerin in der Kollokation). Damit würde die Dividende der (übrigen) Gläubiger des Gemeinschuldners zu dessen Vorteil geschmälert.

Wie vorstehend (Ziff. 3.2.1.) gezeigt, kann das erforderliche Abhängigkeitsverhältnis der Klägerin von WKR trotz den zwischengeschalteten Gesellschaften bejaht werden. Aus diesem Grunde ist denn auch die Argumentation der Beklagten, wonach WKR selbst eine an die Klägerin geleistete Konkursdividende indirekt beziehen würde, *zumindest in wirtschaftlicher Betrachtungsweise*, nachvollziehbar. Nicht jeder Umstand, der zwar unter bestimmter Betrachtungsweise unbefriedigend oder widersprüchlich erscheinen mag, kann aber zur Nichtbeachtung der rechtlichen Selbständigkeit von juristischen Personen führen. Ein Durchgriff kann nur dann erfolgen, wenn eine Häufung ungewöhnlicher Umstände und Verhaltensweisen nachgewiesen ist und wenn eine Beachtung der rechtlichen Selbständigkeit der in Frage stehenden juristischen Personen offensichtlich stossend wäre.

Diese Voraussetzungen sind aber vorliegend nicht erfüllt und werden von der Beklagten auch nicht genügend dargetan. Die rechtliche Selbständigkeit der Klägerin an sich wurde nicht grundsätzlich bestritten oder entkräftet. Selbst wenn der massgebliche tatsächliche Einfluss WKRs auf die Klägerin bis zum Jahre 1991 als erstellt gelten kann, wird dadurch die rechtliche Selbständigkeit der Klägerin und ihrer Mutter noch nicht fundiert in Frage gestellt. *Für die Zeit nach 1991 wurde kein weiterer direkter Einfluss WKRs auf die Geschäfte der Klägerin nachgewiesen.* Unter diesem Blickwinkel besteht zum massgebenden *heutigen* Zeitpunkt (§ 188 ZPO) demzufolge kein Anlass, an der Selbständigkeit der Klägerin zu zweifeln. Im übrigen hat die Klägerin auch früher eine gewisse eigenständige Funktion innerhalb WKRs Imperium ausgeübt. Die Beklagte gibt diesbezüglich selbst an, die Klägerin habe WKR als Instrument zur Finanzierung von Transaktionen und zum Erwerb von Beteiligungen gedient. Diese Verwendung der Klägerin ist zwar angesichts ihres Liquidationsstatus als zweck- und funktionswidrig zu bewerten, vermag aber an sich noch keine missbräuchliche Verwendung der Klägerin aufzuzeigen. *Der Erwerb der Klägerin durch WKR und die entwickelten Geschäftsbeziehungen vermögen somit in der dargelegten Form keinen Durchgriff zu rechtfertigen.*

Der Grundsatz der Beachtung der rechtlichen Selbständigkeit der Klägerin und ihrer Muttergesellschaften hat auch Beachtung zu finden, obwohl sich die Klägerin in Liquidation befindet. Die Liquidation ist noch nicht abgeschlossen und

es kann zum heutigen Zeitpunkt keine verbindliche Aussage über deren Abschluss und Ergebnis getätigt werden. Umgekehrt fällt ins Gewicht, dass die Klägerin noch Verpflichtungen gegenüber anderen Gläubigern zu erfüllen hat. Eine Nichtbeachtung der rechtlichen Selbständigkeit der Klägerin kann somit auch in ihrem Liquidationsstatus und den damit einhergehenden Umständen keine Rechtfertigung finden. Allerdings ist diesbezüglich kritisch anzumerken, dass die Dauer der Liquidation doch als ungewöhnlich lang bezeichnet werden muss. Jedoch vermag auch dieser Umstand eine Nichtbeachtung der rechtlichen Selbständigkeit der Klägerin nicht zu rechtfertigen.

Hinzuweisen ist ausserdem auf die *Rechtsnatur der Kollokationsklage*. Mit einer solchen wird der Entscheid darüber angestrebt, in welcher Form und in welchem Umfang die streitigen Gläubigeransprüche am Verwertungserlös teilhaben sollen. Der diesbezügliche Entscheid wird getroffen, nachdem vorfrageweise Bestand, Rang und Umfang der in Frage stehenden Forderung materiellrechtlich nach den Grundsätzen des Zivilprozesses überprüft wurden. Entsprechend ist vorliegend das Verhältnis WKRs zur Klägerin zu beurteilen und darauf gestützt zu prüfen, ob die rechtliche Selbständigkeit der Klägerin bezüglich ihrer Darlehensforderung keine Berücksichtigung finden kann. Das Ergebnis der Teilnahme einer Forderung im Vollstreckungsverfahren kann hingegen als solches bei der Prüfung der materiellen Vorfrage nicht bewertet oder vorweggenommen werden.

Anzumerken gilt schliesslich, dass die Beklagte, obwohl sie die Klägerin als wirtschaftlich identisch mit dem Gemeinschuldner betrachtet, keine direkten Schritte unternahm, um die Aktien oder Aktiven der Klägerin zur Konkursmasse zu ziehen. Darin ist ihr ein gewisser Widerspruch in ihrem eigenen Verhalten anzulasten. Die Konkursverwaltung strengte nach ihren Angaben zwar ein Verfahren bezüglich Ungültigerklärung des WKR Trust an. Ob die Beklagte bei positivem Ausgang dieses Verfahrens auch effektiv Verfügungsmacht über die Vermögenswerte des WKR Trust erhält, kann vorliegend nicht beurteilt werden. Da jedoch bei Einleitung des Verfahrens auf Guernsey dessen Ausgang jedenfalls ungewiss war, wäre der zusätzliche Versuch eines direkten Zugriffes auf die Aktien oder Aktiven der Klägerin mit Sitz in der Schweiz wohl verfahrensmässig geboten und vertretbar gewesen.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass vorliegend keine solche Häufung ungewöhnlicher Verhaltensweisen nachgewiesen ist, welche einen Durchgriff rechtfertigen würden.

Demzufolge ist die Selbständigkeit der Klägerin und ihrer Muttergesellschaften zu beachten und kann keine Identität zwischen dem Gemeinschuldner und der Klägerin angenommen werden.

3.3 WKR und WKR Trust

In den vorstehenden Erwägungen zum Durchgriff wurde von der Ungültigkeit des Werner Kurt WKR Trusts ausgegangen (Ziff. 2.2.3.) und angenommen, dass das bezeichnete Trustvermögen daher im Eigentum WKR steht. ... Die Parteien selbst äusserten sich im übrigen nicht zu den *Rechtsfolgen der Ungültigkeit des Trusts*, gingen aber offenbar ebenfalls davon aus, dass diesfalls das Vermögen WKR zusteht.

Die vorstehenden Erwägungen zum Durchgriff würden im Ergebnis gleich ausfallen, wenn die Gültigkeit des WKR Trusts bejaht worden wäre oder wenn zwar von der Ungültigkeit des WKR Trusts, nicht aber vom ungeteilten Eigentum WKR am bezeichneten Trustvermögen ausgegangen würde (vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.c). Im Rahmen einer solchen Eventualbegründung könnte bereits das für einen Durchgriff erforderliche Abhängigkeitsverhältnis nicht oder nur beschränkt bejaht werden. Die übrigen Erwägungen zum Durchgriff würden unverändert gelten, soweit sie noch anzubringen wären. Auch im Rahmen einer solchen Eventualbegründung wäre daher von der *rechtlichen* Selbständigkeit der Klägerin auszugehen. ...

4. (Anmerkung: In der Folge jedoch gleichwohl *Abweisung der positiven Kollokationsklage* ausserhalb der konzernrechtlichen Begründung. Feststellung der Zweckwidrigkeit des klägerischen Darlehens an den Gemeinschuldner WKR, dem ein in der Höhe ständig variierendes Darlehen von rund acht Millionen Franken während Jahren ohne schriftliche Unterlagen "stehen" gelassen wurde. Dies versties gegen den Liquidationszweck der Klägerin. Die Eidgenössische Bankkommission (EBK) hatte der Klägerin über zehn Jahre zuvor die Banklizenz entzogen, mit der Auflage, umgehend die Liquidation der Gesellschaft einzuleiten. Die Liquidation wurde jedoch nicht vollzogen; vielmehr wurde die Klägerin faktisch als "Kontoposten" des O-Konzerns verwendet, was gegen den Liquidationszweck versties).

5. Rechtsmissbrauchsverbot als *positiver ordre public*

Im vorliegenden Fall wurde unter Erwägung Ziff. 3 ein (direkter) Durchgriff im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB unter Zugrundelegung der von Lehre und Praxis zum Durchgriffstatbestand entwickelten Kriterien verneint.

Die Beziehung einer juristischen Person zu ihren (indirekten) Aktionären ist jedoch nicht

alleine unter dem Gesichtspunkt eines allfälligen Durchgriffs zu würdigen. Der Rechtsschutz kann allgemein und einer juristischen Person im besonderen selbst bei Beachtung ihrer Selbständigkeit verweigert werden, wenn dessen Gewährung zu einem offensichtlich stossenden Ergebnis führen würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die faktische Machtstellung einerseits und die normative Rechtstellung andererseits in einem offenbaren Missverhältnis stehen und das in Frage stehende Rechtsverhältnis im Übermass beherrscht (vgl. dazu HOMBURGER ERIC, *Recht und private Wirtschaftsmacht*, Zürich 1993, 33-35.).

Art. 2 ZGB in seiner ganzen Tragweite und in der Gesamtheit seiner Anwendungsfälle verpflichtet den Richter, das Ergebnis einzelner Erwägungen im Hinblick auf die Gesamtheit der dargelegten Umstände zu würdigen. *Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit juristischen Personen konkretisiert sich nicht alleine im Anwendungsfall des direkten Durchgriffs*. Es sind vielmehr weitere Fälle denkbar, in welchen der Rechtsschutz zu verweigern ist, ohne dass ein Durchgriff vorgenommen werden müsste oder könnte (vgl. zu den allgemeinen Grundsätzen: ZELLER ERNST, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*, Zürich 1981, 313 ff.). Der Grundsatz des Rechtsmissbrauchsverbots entfaltet dabei nicht bloss bei nationalen, sondern zunehmend auch bei transnationalen Rechtsverhältnissen seine volle Wirkung. Die *positivrechtliche Grundlage* hierfür ist gegeben (a.M.: HOMBURGER, a.a.O., S. 33, FN 10.). Das Rechtsmissbrauchsverbot ist nicht nur ein materiellrechtliches Prinzip, vielmehr als *positiver ordre public auch ein kollisionsrechtliches Prinzip im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 18 IPRG*.

Vorliegend wäre eine solche Würdigung - im Sinne einer Eventualbegründung - insbesondere dann vorzunehmen gewesen, wenn der Bestand der klägerischen Forderung gegen WKR (entgegen Erw. Ziff. 4) hätte bejaht werden müssen. Bei einem solchen Ausgang wäre die Frage zu beurteilen gewesen, ob eine Forderung am Konkursergebnis hätte teilnehmen können, die wirtschaftlich betrachtet dem konkursiten Gemeinschuldner zuzurechnen ist.

Eine solche Teilnahme wäre verneint worden. *Die rechtliche Möglichkeit internationaler Konzernstrukturen darf nicht zur Verschleierung der Tatsache führen, dass der Schuldner zum Nachteil der Gläubiger gegen sich selbst Forderungen geltend machen könnte*. Eine andere Entscheidung würde nichts anderes als die Zulassung zweckwidriger Verwendung internationaler Konzernstrukturen bedeuten.

Zudem könnte der Gemeinschuldner im vorliegenden Fall von der Territorialität der Verfügung des Konkursrichters vom 4. September 1991 (Konkurseröffnung im Privatkonkurs WKR) und der nicht sichergestellten Entscheidharmonie im internationalen Bereich Nutzen ziehen. Solchen Vorkehrungen darf indessen kein Vorschub geleistet und muss die Unterstützung versagt bleiben. Die Zulassung der vorliegend geltend gemachten Forderung wäre daher auch in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 18 IPRG (Rechtsmissbrauchsverbot als *loi d'application immédiate*) mit den entsprechenden Wertungen verweigert worden. (Auch diese Erwägung führte zur Abweisung der Klage).

Urteil B.1

Mit der vorliegenden Klage macht die OH-AG in Nachlassliquidation (Klägerin) geltend, die von ihr im Konkurs über WKR angemeldete Eigentumsansprache sei zu Unrecht abgewiesen worden. Die Konkursmasse WKR (Beklagte) vertritt demgegenüber den Standpunkt, die strittigen Aktien (des S-Industriekonzerne) bzw. deren Surrogat stünden im fiduziarischen Eigentum des Gemeinschuldners und seien demzufolge nicht aus der Konkursmasse auszusondern.

Der entsprechend den Parteivorbringen im einzelnen vorzunehmenden Würdigung der Sachverhalts- und Rechtsfragen, welche sich im Zusammenhang mit der in Frage stehenden Aktientransaktion stellen, ist eine *grundsätzliche Beurteilung und Wertung der Handlungsweise WKRs* sowie deren Auswirkungen zugrunde zu legen. Dieses Vorgehen erweist sich als unabdingbar, da es einerseits eine einheitliche Beurteilung der vielen oft bewusst undurchschaubar und damit rechtlich kaum fassbar gestalteten Handlungen des Gemeinschuldners erlaubt und andererseits seine stets gleichbleibende Taktik offenlegt.

1.1 Offenlegung der Wertentscheide als Grundlage für die rechtliche Würdigung

1.1.1 In bezug auf das *Phänomen privater wirtschaftlicher Macht* verlangt die *Erfüllung der Aufgaben des Rechts* als staatliches Ordnungsprinzip immer wieder nach einer materiellen, wertenden Stellungnahme (ausführlich: E. HOMBURGER, *Recht und private Wirtschaftsmacht*, Zürich 1993, 62 ff.). In der Wahrnehmung gesetzgeberischer Verantwortung gleich wie in der richterlichen Beurteilung des konkreten Falles ist jeweils zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen und wie das verfügbare juristische Instrumentarium eingesetzt werden soll. Wesentliche Voraussetzungen für die Erfassung von Natur und Tragweite der Aufgabe,

private wirtschaftliche Macht zu beschränken, ist es, die mögliche Machtrelevanz von Rechtsnormen aufzudecken. Das wiederum erfordert gründliche Abklärung der unter diesem Gesichtspunkt erheblichen Sachverhalte, damit die je zuständigen Instanzen ihre Entscheidungen in voller Kenntnis der massgebenden Umstände treffen können. Gerade im Bereich der Rechtsform der *Aktiengesellschaft als potentieller Machttträger "par excellence"* und hier umso mehr bei Formen von Unternehmensbeteiligungen und -zusammenschlüssen im Rahmen des Konzerns führt die Ausübung der Privatautonomie meist in Richtung auf die Bildung oder die Verstärkung privater wirtschaftlicher Macht. Diese Entwicklung vollzieht sich in der Regel während einer längeren Zeitspanne und durchläuft verschiedene Phasen. Es fragt sich deshalb, in welchem Entwicklungsstadium das Recht gefordert ist (E. HOMBURGER, a.a.O., 63 f., 66).

Dadurch, dass der Gesetzgeber die Rechtsform der Aktiengesellschaft unter sehr leicht zu erfüllenden Bedingungen jedermann zur Verfügung stellt sowie dadurch, dass auch die konzernierte Aktiengesellschaft weitestgehend zugelassen, ja (im schweizerischen Recht) *de lege lata* nicht einmal durch spezifische Normen erfasst ist, wird der Zugang zum Aufbau wirtschaftlicher Machtstellungen unter Verwendung dieser Rechtsform weit geöffnet. Die erst durch den Richter auf *Missbrauchstatbestände aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB* reagierende Rechtsordnung (hierzu sogleich 1.1.2) erfasst damit eine - wie zu zeigen sein wird - extreme private wirtschaftliche Machtausübung wie die hier vorliegende auf jeden Fall erst retrospektiv und damit (zu) spät.

1.1.2 Grundlage für das Vorgehen im vorliegenden Verfahren ist *Art. 1 Abs. 2 ZGB*, wonach dem Richter bei Fehlen einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmung die *Pflicht zukommt, nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde*. Dabei hat er nicht nach Willkür, Zufall oder blossem Gefühl vorzugehen, sondern sich von allgemeinen, objektiven Beweggründen leiten zu lassen. Er hat dabei eine (generell-abstrakte) Regel zu finden, nicht nur einen (individuell-konkreten) Einzelfall zu entscheiden.

Dieses Vorgehen gilt gemäss h.L. unumschränkt zur Füllung von *sog. echten Lücken* (statt vieler: TUOR/SCHNYDER, *Das Schweizerische ZGB*, 10.A., Zürich 1986, 40 f.). Der Richter ist sodann auch in Fällen von *sog. unechten, rechtspolitischen Lücken* zur kreativen Rechtschöpfung aufgerufen, etwa in Fällen offensichtlich ungenügender gesetzlicher Normierung, wo sich die Verhältnisse seit Erlass eines Gesetzes

derart gewandelt haben, dass die fragliche Vorschrift unter legislativpolitischem, realistischem oder ethischem Gesichtspunkt nicht mehr zu befriedigen vermag; - oder wie dies bereits *W. Burckhardt* ausgeführt hat: "das im echten Sinn lückenhafte Gesetz genügt nicht dem Begriff des Rechts; das im unechten Sinn lückenhafte Gesetz genügt nicht der Idee des Rechts" (zit. bei BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 278).

Das schweizerische Privatrecht anerkennt unechte Lücken, soweit die Anwendung vorhandener und deshalb grundsätzlich anzuwendender Gebotsinhalte als *missbräuchlich* erscheint. Die positivrechtliche Anerkennung der rechtspolitischen Lücken ist m.a.W. auf Art. 2 Abs. 2 ZGB zu gründen und erfasst nur krasse Fälle von Unvollkommenheiten (BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 296).

Methodisch ist dabei wie folgt vorzugehen: Vom Richter aufzustellen ist eine Regel, d.h. eine generelle und abstrakte Norm, unter die der individuelle und konkrete Sachverhalt zu subsumieren ist. Hierzu ist vorab die Interessenlage zu eruieren, abzuwägen und kritisch zu würdigen; zu orientieren hat sich der Richter dabei (wie der gute Gesetzgeber) an zwei Massstäben: an einem ethischen und an einem realistischen (BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 322). *Diesen Massstäben gemäss werden im folgenden zwei richterliche Wertentscheide getroffen und als solche offengelegt.* Wie bereits die Bezirksanwaltschaft Zürich in der Einstellungsverfügung einer Strafanzeige der OH-AG wegen Kredit-schädigung sinngemäss erkannte, sind dabei die zur Erläuterung herangezogenen Begriffe aus der Welt des Abenteuers und des Dramas nicht unangemessen, um das ans Licht gekommene Handeln der Beteiligten zu beschreiben.

1.2. Ausgangspunkt: WKR als "Raider"

1.2.1 Der Financier WKR war im für die vorliegenden Verfahren massgeblichen Zeitraum bis Ende Februar 1991 Mehrheitsaktionär sowie Delegierter und Präsident der OH-AG, die Unternehmensbeteiligungen hielt und handelte. Diese wiederum war unter anderem zu einhundert Prozent an der OB-AG sowie an der OSEC Ltd. beteiligt. Wie in anderen Unternehmen mit derartigen Führungs- und Besitzverhältnissen brachte dies auch beim O-Konzern eine *Monokultur* mit sich, in der die Unternehmensleitung geprägt wurde von einer Hauptfigur, mit der etwa auch Banken ausschliesslich verhandeln wollten. Der Schluss liegt somit nahe, für die Prüfung der vorliegend geltend gemachten Ansprüche grundsätzlich von der Person WKRs als *Konzernleiter* mit den entsprechenden positivrechtlich normierten Aufgaben, Rechten und Pflichten auszugehen.

Es wird in der Folge allerdings zu zeigen sein, dass - entgegen dieser idealtypischen Konstruktion eines klassischen "Industriekapitäns" - von der Person WKRs ... als sog. "*Raider*" auszugehen sein wird. Das eingereichte Aktenmaterial im vorliegenden Verfahren sowie gezogene Schlüsse aus den Erwägungen der vom hiesigen Gericht bereits ergangenen Entscheide in Sachen "OC Ltd. gegen Konkursmasse des WKR", vor allem aber in Sachen "OD-Bank en liquidation gegen Konkursmasse des WKR" (*Anm.: vorstehend Urteil A.*) führen nämlich - zusammen mit gerichtsnotorischer Kenntnis - weg von dem durch das gesetzliche Normengefüge zumindest marginal erfassten Konzernleiter hin zu einer Art modernem Freibeuter, der sich bei seinen Beutezügen Methoden an der Grenze der geltenden Rechtsordnung bedient ...

1.2.2 Die *Wirkungsweise des Raiders* wurde im Wirtschaftsalltag durch Übernahmen der Kontrollmacht über Aktiengesellschaften gegen deren Willen, sog. "Unfriendly Takeover" bekannt (hierzu und zum *Begriff des Raiders*: WALTER R. SCHLUEP, *Lauterkeitsrechtliche Aspekte des "Unfriendly Takeover"*, SAG 3/88, 89 m.w.H.). Darüber hinaus ist die Wirkungsweise des Raiders geprägt von einer detailliert geplanten typischen Finanzierungsstrategie, die zur systematischen Aushöhlung gesunder Unternehmen, zur Plünderung derer Liquiditätsreserven etc., führt und damit sämtliche Tätigkeiten des Raiders beherrscht. Aus heutiger Sicht und mit dem heute zur Verfügung stehenden Hintergrundwissen lassen sich WKRs ebenso durchsichtige wie gerissene Verschiebungs-, Verschleierungs- und Täuschungsmanöver durchschauen. Sie können als das erkannt werden, was sie von Anfang bis Ende mehrheitlich waren: *Missbräuchliche Manipulationen ... zur Verschleierung seiner meist prekären Eigenmittel- und Liquiditätssituation.* Für die weitere Beurteilung ist deshalb vorab klarzustellen, dass die *Handlungen WKRs im vorliegenden Fall unter dem Gesichtspunkt seiner Raiderstellung und damit rechtsmissbräuchlich bzw. ausserhalb gängiger positivrechtlich normierter Bereiche zu beurteilen* sein werden.

1.3. Auswirkungen auf von WKR vorgenommene Transaktionen

1.3.1 Die von WKR vorgenommenen Transaktionen erweisen sich gemeinhin als in ihrem Ablauf relativ komplex, nicht völlig durchschaubar sowie in ihren Beweggründen nicht auf Anhieb einleuchtend. Aus der geschilderten Wirkungsweise als Raider wird vorweg jedoch zumindest klar, dass dessen Transaktionen (und Aktionen, die dahinter stehen) ausschliesslich auf den geldmässigen Vorteil des Raiders und

deshalb derart egoistisch angelegt sind, dass die legitimen und legalen Interessen der übrigen am gemeinsamen Unternehmen Beteiligten (Aktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer) in den Hintergrund treten.

1.3.2 Soweit überblickbar hat WKR in seinem gesamten Werdegang nie irgendwelche Industrie-Innovationen initiiert, durchgeführt, geschweige denn zum Erfolg gebracht. Diese Feststellung trifft schon auf seine früheren Engagements etwa bei den Unternehmen B-AG oder ACMV-AG zu. Aus beliebig auszudehnenden Nachforschungen in diese Richtung lässt sich ableiten, dass auch der gesamte O-Konzern mit seinen zahlreichen Ablegern lediglich dazu benutzt wurde, um bestehende Industriewerte und damit von anderer Seite erarbeitete Substanz zu benutzen. Diese Feststellungen führen zum zwingenden Schluss einer *ersten Wertentscheidung*: *WKR tätigte auch Transaktionen für den O-Konzern stets in eigenem Interesse und zu eigenem Vorteil.*

1.4. Beurteilung der Struktur des O-Konzerns

1.4.1 Als Konzerne werden nachfolgend Gruppen rechtlich selbständig bleibender, jedoch unter einheitlicher Führung und Geschäftspolitik, "einheitlichem Willen" unterworfenen Gesellschaften verstanden (vgl. die Legaldefinition in Art. 663e Abs. 1 OR). Solche Konzerne werden unter Einsatz verschiedenster Mittel gebildet, so namentlich durch Personalunion in den Führungsspitzen der verschiedenen Gesellschaften. Vorliegend wird vom O-Konzern als einem *faktischen Konzern* infolge Kapitalmehrheit auszugehen sein (statt vieler: GUHL/KUMMER/DRUEY, Das schweizerische Obligationenrecht, 8.A., Zürich 1991, 622 f.; C. BAUDENBACHER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR II, Basel/ Frankfurt a.M., Vorbem. zu Art. 620 OR N 19).

1.4.2 Die schweizerische Gesetzgebung kennt kein gesetzlich kodifiziertes Konzernrecht (weiterführend etwa L. HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 22). Festzuhalten ist immerhin, dass der Konzern als solcher nicht rechtsfähig ist. Das geltende schweizerische Aktienrecht geht vielmehr noch immer von der Fiktion unabhängiger und nur im eigenen Interesse geführten Gesellschaften aus. Das massgebende Abgrenzungskriterium zwischen einer von der Mutter-AG beherrschten Tochter-AG und einer blossen Zweigniederlassung liegt denn de lege lata auch in der *Aufrechterhaltung der rechtlichen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft* (BGE 115 Ib 61). Zwar hat der Gesetzgeber mit dem neuen Aktienrecht erstmals die wirtschaftliche Realität

des Konzerns ausdrücklich anerkannt. Verschiedene Problemkreise sind indessen ungelöst geblieben und noch immer fehlen über weite Strecken aktienrechtliche Normen, die dem atypischen Charakter konzernierter Aktiengesellschaften gerecht werden. Die bestehenden *Lücken* sind deshalb heute vom Richter im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen (vgl. Kritik R. VON BÜREN, in: von Büren/Hausheer/Wiegand, Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 66; M. AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, Bern 1993, 207 ff., 211 f.; A. MEIER-HAYOZ/ P. FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7.A., Bern 1993, 445 sowie neuerdings die Vorschläge gemäss Schlussbericht vom 24. September 1993 der "GROUPE DE RÉFLEXION Gesellschaftsrecht" des EJPD).

1.4.3 Im Rahmen des Konzernzusammenhanges kommt der *Interessenwahrungspflicht* der Einzelgesellschaften gemäss h.L. und Praxis entscheidende Bedeutung zu: Die Verbindung von Aktiengesellschaften in einem Konzern befreit die Verwaltung nicht von ihrer Pflicht, die Interessen der Tochtergesellschaft auch im Verhältnis zur Mutter-Gesellschaft wahrzunehmen. Die Tochter-Gesellschaft wiederum hat die Geschäfte grundsätzlich im eigenen Interesse und nicht in dem der Unternehmensgruppe zu leiten. In der wirtschaftlichen Faktizität verstärkt sich indessen die Interessensverschmelzung von Mutter- und Tochter-Gesellschaft mit dem Mass der betrieblichen Einordnung der Tochter in den Konzern. Jede Form von Dauerverbindung bringt, wachsend mit deren Intensität, den Gesichtspunkt ins Spiel, dass die Interessenwürdigung sich nicht auf den einzelnen Akt oder die einzelne Angelegenheit beschränken darf, sondern dass die Vorteile aus der Dauerbeziehung als solcher zu berücksichtigen sind. Deshalb kann der einzelne Vorgang für eine Tochter nachteilig sein, lässt sich aber als strategisches Kalkül innerhalb des ganzen Verhältnisses begründen, weil Kompensation erwartet werden kann oder einfach, weil sich das Wohl des übrigen Konzerns wegen der bestehenden Verflechtungen reflektiv auch als Nutzen der Einzelgesellschaft auswirkt. Dennoch gilt es vorab im Einklang mit der h.L. verdeutlichend festzuhalten: Auch bei vollständiger Domination und Einsetzung der Tochter-Gesellschaft im Dienst des Ganzen kann in der Regel beansprucht werden, dass die *Interessen der Tochter gewahrt* werden (J.N. DRUEY, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 1980 II, 305; A. MEIER-HAYOZ/ P. FORSTMOSER, a.a.O., 441; ferner L. HANDSCHIN, a.a.O., 108).

1.4.4 Um das Verhältnis von Ober- zu Unter-Gesellschaft im Konzernverbund näher

auszuleuchten, sind diesem folgende idealtypische Pflichten zugrunde zu legen: Das geschäftsführende Organ der *beherrschenden Aktiengesellschaft* hat zur Wahrnehmung seiner Konzernmacht einer eigentlichen *Konzernleitungspflicht* zu genügen (hierzu M. AMSTUTZ, a.a.O., 363, 376, 380 ohne weitere Entsprechung in der h.L.). Als Richtlinien zu einer Beurteilung haben die - auf das Leitbild eines autonomen Unternehmens zugeschnittenen - Art. 716a OR und Art. 717 Abs. 1 OR zu gelten, die dem Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft anvertrauen und ihn dazu anhalten, diese Aufgabe mit aller Sorgfalt und unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen in guten Treuen zu erfüllen.

Umgekehrt lässt sich die *Abhängigkeit der beherrschten Aktiengesellschaft im Konzernverbund* über verschiedene Mittel begründen (im einzelnen: M. AMSTUTZ, a.a.O., 390 ff.). Für den vorliegenden Fall genügt die Betrachtung der *Abhängigkeit durch Stimmenmacht*. In den Händen des unternehmerischen Aktionärs ist dies eine Konzernmacht, welche die Beherrschung der Generalversammlung, des obersten Organs der Aktiengesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR), erlaubt. Dadurch wiederum vermittelt sie die Befugnis, einerseits die anderen Organe zu bestellen und andererseits einen entscheidenden Einfluss auf den Statuteninhalt auszuüben (Art. 698 Abs. 2 OR). Insbesondere das Organbestimmungsrecht ermöglicht dem herrschenden Unternehmen, die Geschäftspolitik der abhängigen Gesellschaft faktisch zu kontrollieren: "Der Wink mit der Aberufung dürfte bei den Mitgliedern der Verwaltung zumeist seine Wirkung nicht verfehlen und sie dazu veranlassen, die Geschäfte nach den Anweisungen des Hauptaktionärs zu führen" (A. VON PLANTA, Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel/ Frankfurt a.M. 1980, 10). Damit wird das Recht auf Organbestellung de facto ermöglicht, was wiederum im Grundsatz mit dem Prinzip der eigenverantwortlichen Geschäftsführung der Verwaltung (Art. 717 Abs. 1 OR) nicht vereinbar ist.

Die Erreichung des Gesellschaftszweckes liegt im Gesellschaftsinteresse und ist zugleich oberste Aufgabe der gesellschaftlichen Organe (Art. 717 Abs. 1 OR). Stellt nun der statutarische Zweck die Gesellschaft in den Dienst eines Konzerns, so muss die Verwaltung mit allen ihren zur Verfügung stehenden Mitteln dieses Ziel verfolgen. Selbst in dieser extremen Ausprägung ist dabei jedoch ihre *Eigenverantwortlichkeit* (Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 754 OR) keinesfalls aufgehoben. Das bedeutet, dass sie weiterhin den regulären Pflichten des Aktienrechts untersteht, dass folglich ihre *formal-juristische Stellung unverändert bleibt*. Die Tochterverwaltung hat in eigener

Regie zu entscheiden, wie sie am besten dem Konzern dienlich sein soll. Die abhängige Tochter ist also nicht zur Dienstleistung an die Mutter, sondern zu aktiver Mithilfe bei der Realisierung des Konzerns verpflichtet. Mutter- und Tochterverwaltung planen und realisieren zusammen - beide aber jeweils in weitgehender Eigenverantwortlichkeit - die Durchführung des Konzerns (M. AMSTUTZ, a.a.O., 402 ff.).

Einheitliche Leitung darf nach Umfang und Intensität nur insoweit ausgeübt werden, als das Ausgleichssystem, das aus einer konzernspezifischen Interpretation des Geschäftsführungsstatuts der rechtswirksam in den Unternehmensverbund eingegliederten Tochter-Gesellschaft (Art. 716 ff. OR) gewonnen wurde, nicht in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt wird. *Konzernmässige Beeinflussung ist demnach nur insoweit legitim, wie die damit einhergehenden Benachteiligungen ausgeglichen werden*. Nimmt die Konzernmacht ein Ausmass an, das dem Funktionieren des Systems abträglich ist, so können die ihretwegen der Tochter-Gesellschaft zugefügten Nachteile unmöglich wettgemacht werden. Die *Grenze der legitimen Konzerngewalt* liegt m.a.W. da, wo die Tochter-Gesellschaft den Status eines selbständigen Unternehmensträgers verliert, der imstande ist, sein Schicksal aus eigener Kraft zu bewältigen (vgl. M. AMSTUTZ, a.a.O., 442; F. VON PLANTA, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988, 153 ff.).

1.4.5 Bei einem Gebilde wie dem O-Konzern finden sich diese Leitgedanken zum Verhältnis von Mutter- zu Tochter-Gesellschaft innerhalb der Konzernstruktur äusserst unzureichend verwirklicht: Aufgrund der ausgeführten tatsächlich vorherrschenden Machtstrukturen steht einzig die Person des heutigen Gemeinschaftsleiters WKR im Zentrum. Zwar wird eine gesellschaftsrechtliche Konzernstruktur durchaus aufgebaut und benutzt, vom Raider aber als Werkzeug für seine persönlichen Zwecke missbraucht.

Die Stellung WKRs im O-Konzern ist in jeder Beziehung als überragend zu qualifizieren. Er hat die juristische Selbständigkeit der einzelnen Unternehmungseinheiten nie genügend beachtet. Vielmehr entsteht der Eindruck, er habe keinen Unterschied zwischen seiner persönlichen Vermögenssphäre und jener, seiner Führung anvertrauten, Gesellschaften gemacht. Als Hauptaktionär der OH-AG betrachtete er denn auch die Publikumsaktionäre nicht als Miteigentümer, sondern eher als weitere Geldgeber. Als Vergleich für die verschachtelte Struktur, die benutzten Finanzierungsinstrumente, die Verbindungen zu den kreditgebenden Banken, die

gegenseitigen Abhängigkeiten und Garantien in ihrer Häufung bietet die griechische Mythologie die Geschichte des König Midas an. Offensichtlich sind alle Kreditgeber davon ausgegangen, dass alles, was WKR anfasse, zu Gold werde (vgl. dazu: Sachwalterbericht der Revisionsgesellschaft über die OH-AG in Nachlassstundung vom 2. Oktober 1991; zit. in NZZ vom 12. Oktober 1991).

Aufgrund seines erdrückenden Stimmengewichts im O-Konzern schaltete und waltete WKR uneingeschränkt und autoritär. Er verhandelte mit wem er wollte, er entschied, wie es ihm passte, er kaufte, verkaufte, verpfändete und verschob Firmen der Gruppe und entblöste sie ihres Liquiditäts- und Kreditpotentials, ohne irgend jemanden zu fragen, weder seine "Generaldirektoren" noch die betroffenen Firmenleitungen. Damit betrieb er eine ganz auf seine persönlichen Interessen ausgerichtete *Fait-accompli*-Politik ohne Beachtung der einzelnen rechtlichen Einheiten (vgl. Sachwalterbericht).

1.4.6 Doch trotz Annahme der Raider-Figur an der Spitze wird die dargestellte Struktur des O-Konzerns nicht gänzlich in Frage gestellt, sondern nur insofern ausser Kraft gesetzt, als es Tätigkeiten von WKR persönlich zu beurteilen gilt. Die übrigen handelnden Organe der einzelnen Gesellschaften aber, soweit ihnen von WKR überhaupt noch Handlungsspielraum zugebilligt wird, befinden sich für die nachfolgende Beurteilung der Handlungen im Einzelfall weiterhin innerhalb der Konzernstruktur und unterliegen grundsätzlich den daraus folgenden Rechten und Pflichten.

Im ausgeführten dramatischen Interessenkonflikt abhängiger Verwaltungsräte, die als Organe der abhängigen Gesellschaft einerseits deren Interessen zu vertreten, gleichzeitig aber die Konzerninteressen wahrzunehmen haben, bietet das geltende Normgefüge keine Handhabe. Der h.L. und den dargestellten Leitgedanken gemäss dürfen bzw. müssen im Rahmen des Ermessens etwa Weisungen der Ober-Gesellschaft befolgt werden, nicht aber dann, wenn die eigene Gesellschaft dadurch geschädigt würde (vgl. vorne 1.4.2. ff.; A. MEIER-HAYOZ/ P. FORSTMOSER, a.a.O., 441; K. TAPPOLET, Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1973, 76 ff.). Insgesamt wird dieses zentrale, dem Konzern inhärente Problem vom Gesetzgeber einfach offen gelassen. Es wird insbesondere versäumt, die Stellung des Machtbetroffenen durch gesetztes Recht zu stärken. Eine fallweise Lösung des Problems hat demnach durch den Richter in pflichtgemässer Lückenfüllung zu erfolgen (vgl. Kritik R. VON BÜREN, in: von Büren/ Hausheer/ Wiegand,

Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 59; E. HOMBURGER, a.a.O., 67; F. VON PLANTA, a.a.O., 156).

1.4.7 Wiewohl die grundsätzliche Abhängigkeit von Personen in Organstellungen in Tochter-Gesellschaften des O-Konzerns von der Mutter-Gesellschaft und damit von WKR unbestritten ist, wird deshalb für die weitere Beurteilung des Sachverhaltes im Sinne einer *zweiten Wertentscheidung* daran festzuhalten sein, dass es *objektiv* betrachtet in bestimmten Fällen ein *Widerstandsrecht bzw. eine Widerstandspflicht* des "Belehnten" gegenüber dem "Lehensherr", d.h., der Tochter-Gesellschaft gegenüber dem Mutterhaus, der Einzelgesellschaft gegenüber der Konzernleitung gibt. Mindestens insoweit behält als Kriterium und Mass das formelle Gesellschaftsrecht für die Beurteilung der Handlungen der Einzelgesellschaften seine Gültigkeit. In dieser Antinomie zwischen wirtschafts- und machtpolitischer Fremdbestimmung und grundsätzlicher rechtlicher Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft bleibt es jedoch der *Abklärung im Einzelfall* überlassen, inwieweit die eigene Interessenwahrnehmung und damit die Wahrnehmung eines Widerstandsrechts gegen die Obergesellschaft WKR persönlich den Organen der Einzelgesellschaft möglich war.

2. *Interessenlage der beteiligten Parteien zum Zeitpunkt der strittigen Transaktionen*

2.1 Aufgrund vorstehender Erwägungen, welche unter Beizug der Akten und der gerichtlichen Kenntnis des gesamten Prozess-Komplexes zum Schluss führen, WKR habe den O-Konzern als Mittel für seine privaten Zwecke benutzt ..., ist auch im vorliegenden Fall anzunehmen, die Kreditaufnahme bei der BPB-Bank sei nicht im Interesse des O-Konzerns erfolgt. Im einzelnen ist nun zu prüfen, ob diese aufgrund eines Wertentscheides getroffene allgemeine Regelung auch aufgrund des erstellten Sachverhaltes im vorliegenden Fall standhält.

2.2 Während die Beklagte davon ausgeht, WKR habe im Interesse der OSEC Ltd. und damit des O-Konzerns gehandelt, ist die Klägerin der Auffassung, er habe private Interessen verfolgt.

Dem von der Klägerin eingereichten Kontokorrentauszug ist eindeutig zu entnehmen, dass WKR die bei der BPB-Bank aufgenommenen Darlehensvaluta auf sein Kontokorrent bei der OSEC Ltd. transferieren und *gleichzeitig mit eigenen Schulden verrechnen* liess. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist nicht davon auszugehen, dass die aus dieser Verrechnung resultierende Schuldenreduktion WKRs gegenüber der OSEC Ltd. lediglich "eine natürliche Folge des Geldflusses" darstellt, mit dem "BPB-Kredit

nichts zu tun hat" und für das vorliegende Verfahren irrelevant ist. Durch die erfolgte Verrechnung ist vielmehr und offensichtlich für WKR ein finanzieller Vorteil entstanden, da sich durch die Transaktion seine privaten Schulden bei der OSEC Ltd. reduzierten, ohne dass er dafür eigene Mittel aufwenden musste. Die OSEC Ltd. hingegen erhielt zwar liquide Mittel, jedoch verringerte sich der Kontokorrentbestand auf WKRs Konto gleichzeitig um den gleichen Betrag zu ihren Lasten, so dass für sie keinerlei finanzielle Besserstellung aus der Überweisung resultierte. Dies unabhängig davon, ob sie über die Darlehensvaluta in der Folge selbständig verfügen konnte, wie die Beklagte vorbringt, oder ob ihr, wie es die Klägerin darstellt, WKR diesbezügliche Vorschriften machte. In beiden Fällen wirkte sich infolge der Verrechnung die ganze Transaktion für die OSEC Ltd. sowie den übrigen O-Konzern lediglich dergestalt aus, dass der Klägerin (OH-AG) und der OB-AG zumindest vorübergehend *Aktiven entzogen wurden, ohne dass innerhalb des Konzerns einer Gesellschaft tatsächlich finanzielle Vorteile erwachsen wären.* ... Unabhängig vom Entscheid über die Zulässigkeit der Verrechnung ist für den vorliegenden Fall ausschlaggebend, dass zum Zeitpunkt der Transaktionen WKR nicht die Absicht hatte, das Darlehen zu Gunsten einer Konzern-Gesellschaft zu verwenden, sondern zu seinem persönlichen Vorteil nutzte, indem er *private Schulden* bei der OSEC Ltd. abbaute und somit aus seiner Sicht in eigenem Interesse und auf eigene Rechnung handelte.

3. Gültigkeit einer allfällig geschlossenen Treuhandabrede?

3.1 Wesentliche Bestandteile einer Treuhandabrede

Beim Treuhandgeschäft handelt es sich um einen besonderen Vertragstyp, auf den jedoch zumindest teilweise die Regeln des Auftragsrechts Anwendung finden (vgl. BGE 99 II 397). Hauptsächlich Vertragsinhalt bildet der Rechtshandlungsauftrag an den Fiduziar, ein Geschäft in *eigenem Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Treugebers* vorzunehmen (OR-WEBER, I.A., Art. 394 N 11).

3.2 Indizien für den Abschluss eines Treuhandvertrages zwischen der Klägerin und WKR

3.2.1

Wie die Beklagte vorbringt, kann ein Treuhandvertrag im Zivilrecht auch formlos abgeschlossen werden. Ob vorliegend ein mündlicher Vertrag abgeschlossen wurde oder nicht, kann aufgrund der eingereichten Unterlagen weder bewiesen noch ausgeschlossen werden. Insgesamt ist der Klägerin darin beizupflichten, dass eine mündliche Treuhandabrede in Anbetracht

der Grösse des Geschäftes als äusserst ungewöhnlich erscheint. Dies um so mehr, als die Beklagte selber mehrfach geltend macht, an den Transaktionen seien stets Juristen beteiligt gewesen. Die Beklagte betrachtet den Abschluss einer mündlichen Treuhandabrede und gestützt darauf den fiduziarischen Eigentumsübergang der Aktien aufgrund der Umstände als naheliegend. Tatsächlich geht aus den von WKR mit der BPB-Bank aufgesetzten Dokumenten hervor, dass als Darlehenssicherheit *Aktien aus WKRs Eigentum* verpfändet werden sollten. Hingegen ist die Darstellung der Beklagten, wonach Vertreter der Klägerin gegenüber der BPB-Bank sogar vorgaben, die 5'111 Aktien des S-Industriekonzerens stünden bereits im Eigentum WKRs, durch keinerlei Unterlagen belegt. Im Gegenteil schreibt E. in seinem "Memorandum" vom 1. Februar 1991 eindeutig, er habe gegenüber der BPB-Bank erwähnt, dass die *fraglichen Aktien nicht im Eigentum WKRs* stünden. Die Klausel im Kreditvertrag, wonach die Aktien "owned by the borrower and blank endorsed" seien, ist kein Beweis für das Vorliegen einer Treuhandabrede und einen erfolgten Eigentumsübergang, da den entsprechenden Vertrag nur WKR und BPB-Bankvertreter unterzeichneten und demzufolge für die Klägerin daraus keine Bindung resultieren kann. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auch im "Amendment Nr. 1" keine Bestätigung der fraglichen Klausel durch Vertreter der Klägerin erfolgt. Zwar ist das Schreiben vom klägerischen Verwaltungsratsmitglied F. unterzeichnet, dieser handelte dabei jedoch gemäss Begleittext zusammen mit E. eindeutig als Privatbevollmächtigter WKRs und somit nicht für die Klägerin (OH-AG).

Auch der Umstand, dass Vertreter der OH-AG die Entnahme der Aktienzertifikate des S-Industriekonzerens aus dem Depot der OH-AG bei der BKB-Bank und anschliessend ihre Einlieferung in das persönliche Depot WKRs bei der BPB-Bank veranlassten, begründet noch nicht die Vermutung, dass die Klägerin einen Treuhandvertrag abschliessen wollte. Das Schreiben an die BKB-Bank vom 30. Januar 1991 wurde von F. und G., beide Verwaltungsräte der Klägerin mit Kollektivunterschriftsberechtigung zu zweit, rechtsgültig unterzeichnet. Inhaltlich beschränkt es sich auf die Weisung an die BKB-Bank, die Zertifikate an einen Boten der Klägerin auszuhändigen und enthält keinerlei Angaben über die weitere Verwendung der Aktienzertifikate. Eine implizite Genehmigung des treuhänderischen Kredites kann entgegen der Ansicht der Beklagten darin noch nicht gesehen werden. Der Brief an die BPB-Bank vom 30. Januar 1991 mit der Anweisung, die Zertifikate auf WKRs

persönliches Depot einzuliefern, stammt von Vertretern der OB-AG, einer Tochter-Gesellschaft der Klägerin. Es erscheint zum einen als fraglich, inwieweit ein solches Schreiben Rechtswirkungen für die Klägerin entfalten kann, zum anderen ist nicht ersichtlich, ob der Mitunterzeichnende H. für eine Anweisung der vorliegenden Art überhaupt berechtigt war. Diese Fragen können indes offen bleiben, da sich aus dem Inhalt dieses Dokuments keine ausreichenden Indizien für die Annahme eines Treuhandverhältnisses zwischen der Klägerin und WKR ergeben.

3.2.2 Die von der Beklagten als *schriftliche Grundlagen* für eine Treuhandabrede eingereichten Dokumente erscheinen in Anbetracht der Höhe der Beträge und der Geschäftsgewandtheit der beteiligten Personen als äusserst unzulängliche Grundlagen einer ernstgemeinten schriftlichen Treuhandabrede. Alle entstanden erst mehrere Wochen nach erfolgter Aktientransaktion und sind ausnahmslos *von der Klägerin an die BPB-Bank und nicht an WKR* gerichtet. Ob solche nachträglich aufgesetzten Schriftstücke grundsätzlich eine zuvor erfolgte Transaktion in ein Treuhandgeschäft umwandeln können und im Nachhinein einen gültigen Eigentumsübergang bewirken und, ob vorliegend der konkrete Inhalt der Dokumente eine genügende Grundlage für einen Treuhandvertrag darstellt, erscheint als fraglich, kann indes dahingestellt bleiben, da, wie zu zeigen sein wird, eine gültige Treuhandabrede unabhängig von allfällig existierenden Vertragsdokumenten nicht erfolgte.

3.3 *Fehlen des zum Vertragsschluss notwendigen Konsenses*

3.3.1 Nachdem aufgrund obgenannter Erwägungen (vorne Erw. Ziff. 1.) feststeht, dass WKR grundsätzlich nicht als Konzernherr im üblichen Sinne betrachtet werden kann und auch bei der vorliegend strittigen Transaktion nicht im Konzerninteresse handelte, ist davon auszugehen, dass er nie beabsichtigte, einen Treuhandvertrag abzuschliessen, sondern dass die Darlehensaufnahme bei der BPB-Bank lediglich im eigenen Interesse erfolgte.

3.3.2 Indem die Klägerin ausführt, genau die Verwaltungsräte, welche nach Auffassung der Beklagten die Klägerin als Treugeberin verpflichteten, hätten im Januar/Februar 1991 in diversen Geschäften zum Nachteil verschiedener Gesellschaften des O-Konzerns WKRs Interessen verfolgt, deutet sie an, ein allenfalls scheinbar vorliegender Treuhandvertrag wäre auch seitens der damals handelnden klägerischen Organe nicht im Gesellschaftsinteresse, sondern in demjenigen WKRs geschlossen worden. Demgegenüber macht die Beklagte geltend, die gesamten Transaktionen seien ausschliesslich im

Konzerninteresse und damit auch im Interesse der Klägerin erfolgt.

Aufgrund der verfügbaren Informationen liegt zwar die Vermutung nahe, die beteiligten Verwaltungsräte, deren Unterschriften mit grosser Regelmässigkeit in verschiedenen undurchsichtigen Transaktionen WKRs für die OH-AG oder eine andere Gesellschaft des O-Konzerns auftauchen, seien tatsächlich Interessenvertreter WKRs gewesen. Ein eindeutiges Urteil darüber ist indes nicht mehr möglich, weshalb auf den vorstehend (Erw. Ziff. 1.4.4.) getroffenen zweiten Wertentscheid zurückzukommen ist. Unabhängig davon, ob der gesamte O-Konzern als Instrument WKRs zur Finanzierung seiner privaten Interessen betrachtet wird, handelt es sich bei der Klägerin um eine Gesellschaft, welche als *Aktiengesellschaft im Sinne des Obligationenrechts* gemäss den gesetzlichen Vorschriften statuiert wurde und in den Anwendungsbereich des schweizerischen Gesellschaftsrechts fällt. Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR haben Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Demzufolge ist davon auszugehen, dass die für die Klägerin handelnden Verwaltungsräte einen allfälligen Treuhandvertrag nur unter *Beachtung des Gesellschaftsinteresses der Klägerin* abschlossen. Dies bedeutet, dass die Verwendung des Darlehens der BPB-Bank im Gesellschafts- oder allenfalls im Konzern-Interesse unabdingbare Voraussetzung für den Vertragsschluss sein musste.

3.3.3 Es stellt sich angesichts der verschiedenen Interessen, welche die beteiligten Parteien verfolgten, die Frage, ob zwischen ihnen überhaupt ein Treuhandvertrag geschlossen werden konnte oder ob der dazu notwendige Konsens im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR fehlte.

Fehlender Konsens bezüglich eines *wesentlichen Vertragselementes* kann aus einem Missverständnis zwischen den Parteien resultieren oder der fehlenden Erörterung des betreffenden Punktes zuzuschreiben sein. In jedem Fall hat der dadurch entstandene Dissens das *Nichtzustandekommen des beabsichtigten Vertrages* zur Folge (OR-BUCHER, 1.A., Art. 1 N 22). Auch die Meinung der Parteien, einen Vertrag geschlossen zu haben, vermag den fehlenden Konsens nicht zu ersetzen und löst keine Vertragswirkungen aus. Dies bedeutet, dass erbrachte Leistungen zurückzuerstatten sind. Wenn die Leistungen bereits ins Vermögen des Empfängers übergegangen sind, können sie nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung kondiziert werden. Sachleistungen, die noch als solche gesondert vorhanden sind, sind zu vindizieren (OR-BUCHER, 1.A., Art. 1 N 42 ff.).

Bei den gesetzlich geregelten Vertragstypen ist der Mindestinhalt, über den die Parteien Einigung erzielen müssen, damit ein Vertrag zustandekommen kann, in der Regel in der Legaldefinition des Vertragstyps enthalten. Bei Innominatkontrakten muss wenigstens der Sinn des Vertrages erkennbar sein. Beim Treuhandvertrag bildet der Rechtshandlungsauftrag an den Fiduziar, ein Geschäft in eigenem Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Treugebers vorzunehmen, den hauptsächlichen Vertragsinhalt (vgl. vorstehend Erw. Ziff. 3.1.). Da die OH-AG und WKR offensichtlich bezüglich der Frage, in wessen Interesse und auf wessen Rechnung WKR bei der Verwendung des Darlehens tätig werden sollte, keine Einigung erzielen konnten, *fehlt es vorliegend am Konsens bezüglich eines wesentlichen Vertragsbestandteils*. Die Klägerin unterzeichnete die Dokumente, welche die Beklagte als schriftliche Treuhandverträge wertet und die von einer Einlieferung der Aktien auf Reys Konto "*on a fiduciary basis*" sprechen, erst, *nachdem WKR bereits in seinem Interesse über das Darlehen verfügt hatte*. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Klägerin im Wissen um die Verwendung des Geldes einem Treuhandvertrag nach wie vor ausdrücklich zustimmte und deshalb ein Konsens vorlag, da den zuständigen Organen der Klägerin trotz ihrer konzernmässigen Verbundenheit zu diesem Zeitpunkt WKRs Kontokorrentauszüge bei der OSEC Ltd. nicht bekannt sein mussten. Auch vom Verwaltungsrat der Mutter-Gesellschaft kann nicht erwartet werden, dass ihm sämtliche Transaktionen der Tochter-Gesellschaft auf allen Konti zur Kenntnis gelangen. Somit trat der Dissens erst klar zutage, als die Konkursverwaltung namens der Beklagten in ihrer Verfügung vom 25. Oktober 1993 Verrechnung erklärte.

Demzufolge wäre auch bei Vorliegen rechtsgenügender Unterlagen, welche den Abschluss eines Vertrages belegen könnten, ein vermeintlich geschlossener Treuhandvertrag als nicht zustandegekommen zu betrachten und damit *ungültig*.

4. *Nichtigkeit eines allfällig abgeschlossenen Treuhandvertrages auch bei Handeln im Konzerninteresse*

Der Vollständigkeit halber ist im Sinne einer Eventual-Begründung auszuführen, weshalb auch kein Treuhandvertrag abgeschlossen werden konnte, wenn der Darstellung der Beklagten folgend angenommen würde, WKR habe im Konzerninteresse gehandelt.

4.1 *Das Konzerninteresse im schweizerischen Recht*

Zwar wird das Konzerninteresse im Gesetz nicht erwähnt, doch wird in der Lehre die

Frage nach seiner Existenz vorwiegend positiv beantwortet, indem davon ausgegangen wird, dass die im Konzern gewünschte wirtschaftliche Einheit immer erst erreichbar ist, wenn die Konzernglieder in ihrer Willensbildung nicht mehr völlig frei sind. Insbesondere *umfasst die einheitliche Leitung auch meist die Bestimmungsmacht im Finanzbereich* (WALTER R. SCHLUEP, *Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation*, ZSR 1973 II, 273, 284; J. N. DRUEY, a.a.O., N 124).

Die Einheitsbehandlung eines Konzerns ist begrenzt durch die Tatsache, dass jede Konzerngesellschaft rechtlich selbständig bleiben muss. Das bedeutet, dass der Konzern ungeachtet aller bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeiten *nie eine rechtliche Einheit darstellt* (im einzelnen vorstehend Ziff. 1.4.2.; ferner H. GRAF, *Verträge zwischen Konzerngesellschaften*, Bern 1988, 18).

4.2 *Weisungsrecht der Konzernleitung im Konzerninteresse*

4.2.1 Die zwischen den einzelnen Konzern-Gesellschaften bestehende gegenseitige Abhängigkeit bedingt eine Koordination ihrer Tätigkeiten und macht es im Interesse aller beteiligten Gesellschaften unumgänglich, dass die Konzernleitung gewisse Informationen und Weisungen an die Geschäftsführungsorgane der Konzernglieder mitgibt (BK-GAUTSCHI, 3.A., Art. 394-406 OR, Art. 397 OR N 13 b). Da jedoch die Untergesellschaften ihre rechtliche Selbständigkeit bewahren, ist das Weisungsrecht der Konzernleitung insofern beschränkt, als die geschäftsführenden Organe der Tochter-Gesellschaften bei all ihren Handlungen ihre Sorgfaltpflicht gegenüber ihrer Gesellschaft zu wahren haben. Innerhalb der verschiedenen in einer Gesellschaft aufeinandertreffenden Interessen stellt somit das Konzerninteresse nur einen - wenn auch gewichtigen - Aspekt dar. Es hat deshalb im Einzelfall stets eine Interessenabwägung zu erfolgen, deren Richtlinie das Gesellschaftsinteresse der einzelnen Gesellschaft bildet. Ein Verstoß gegen das Gesellschaftsinteresse kann die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der handelnden Organe zur Folge haben, da ein Konzernorgan zwar Weisungen entgegenzunehmen, diese jedoch nicht in jedem Fall auszuführen hat (H. GRAF, a.a.O., 49 ff.). *So stellt eine sachlich unmotiviert Überweisung, welche ein Verwaltungsrat ausschliesslich auf Weisung der Konzernleitung im Rahmen einer konsolidierten Geschäftsführung tätigt, eine Sorgfaltpflichtverletzung dar* (BGE 108 Ib 37; 110 Ib 132 f. = Pra 1984, 707 ff.; C. BAUDENBACHER, a.a.O., Vorbem. zu Art. 620 OR N 24).

4.2.2 Als absolute Grenze aller

gesellschaftlichen Tätigkeit ist stets zu beachten, dass *Rechtshandlungen nichtig sind, sofern sie gegen den Gesellschaftszweck verstossen*. Bei Aktiengesellschaften, die wie die Klägerin wirtschaftliche Ziele verfolgen, besteht der Endzweck in aller Regel im Erzielen von Gewinn (P. FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I, Zürich 1981, 10 und 63 f.; mit Einschränkungen auch gültig für Einzelgesellschaften innerhalb des Konzerns: H. GRAF, a.a.O., 153 f.). Damit folglich eine Handlung vom Endzweck gedeckt ist, müssen der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar wirtschaftliche Vorteile daraus erwachsen. Im konkreten Fall erfordert die Frage, ob ein Verstoss gegen den Gesellschaftszweck vorliegt, einen Ermessensentscheid. Ausserhalb des Ermessensspielraums liegen Rechtshandlungen jedoch stets, wenn sie mit vernünftigen Überlegungen nicht mehr vereinbar sind und zu einem Schaden des Unternehmens führen (C. SCHREIBER, Die Zweckbindung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1974, 11). Einen Verstoss gegen den Endzweck einer Gesellschaft bilden etwa *unentgeltliche Vermögenszuwendungen, auch Liberalitäten genannt, sowie die faktische Liquidation der Gesellschaft durch freiwillige Veräusserung des Gesellschaftsvermögens* (ZK-BÜRGI, Art. 698-738 OR; Art. 718 OR N 5; H. GRAF, a.a.O., 67; C. SCHREIBER, a.a.O., 12).

Von Liberalitäten wird gesprochen, wenn eine Gesellschaft durch die Vornahme von Rechtshandlungen bewusst und ohne wirtschaftliche Notwendigkeit längerfristig auf Gewinn verzichtet oder eine geldwerte Leistung erbringt, die ihr Reinvermögen vermindert, ohne dass der Mittelabgang aus ihrer Sicht geschäftsmässig begründet wäre. Demzufolge liegt keine Liberalität vor, wenn mit der erbrachten Leistung bestimmte Interessen der Gesellschaft gefördert werden sollen oder die Leistung in Erwartung einer späteren Gegenleistung erfolgt. Von einer freiwilligen Veräusserung des Gesellschaftsvermögens, welche die faktische Liquidation der Gesellschaft bedeutet, kann gesprochen werden, wenn so viele Aktiva einer Gesellschaft verkauft werden, dass das Erreichen des Gesellschaftszwecks mit dem verbliebenen Gesellschaftsvermögen künftig ausgeschlossen ist.

4.3. Sanierungsleistungspflicht innerhalb des Konzerns?

4.3.1 Nicht jedes Rechtsgeschäft, welches für eine Konzerngesellschaft abgeschlossen wird, ohne dass dieser daraus offensichtliche Vorteile resultieren, verstösst gegen die Gesellschaftsinteressen oder gar den Gesellschaftszweck: Im Rahmen der verschiedenen Rechtsbeziehungen innerhalb des Konzerns kann sich herausstellen, dass ein Geschäft isoliert betrachtet

für eine Konzerngesellschaft zwar nachteilig erscheint, die Vorteile der Konzernzugehörigkeit aber so gross sind, dass die Nachteile des konkreten Geschäftes im Interesse des Weiterbestandes des Konzerns gerechtfertigt erscheinen (J. N. DRUEY, a.a.O., 313). *So kann etwa die Weisung der Konzernleitung, einer anderen Konzerngesellschaft aus ihren finanziellen Schwierigkeiten herauszuhelfen, durchaus zulässig und vom Gesellschaftszweck gedeckt sein*, auch wenn der leistenden Gesellschaft dadurch Mittel entzogen werden, da aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung im Konzern finanzielle Schwierigkeiten einzelner Gesellschaften oft Auswirkungen auf die übrigen Konzernglieder haben. Die Sanierung notleidender Gesellschaften mit konzernerneigenen Mitteln ist in der Praxis denn auch kein ungewöhnliches strategisches Ziel (H. GRAF, a.a.O., 111).

4.3.2 Die finanziellen Leistungen können in Form eines *Sanierungsdarlehens* erbracht werden, sofern die Gesellschaft sich aufgrund vorübergehender Illiquidität in einem finanziellen Engpass befindet, jedoch nicht in ihrer Existenz gefährdet ist. Die leistende Konzerngesellschaft tritt dabei als *Fremdkapitalgeberin* auf und erhält einen entsprechenden Rückforderungsanspruch. Ein solches Darlehen ist in der Regel problemlos mit dem Gesellschaftszweck vereinbar. Anders verhält es sich, wenn die sanierungsbedürftige Gesellschaft *überschuldet* ist, da diesfalls das Fremdkapital die Aktiven übersteigt und nicht mehr vollständig gedeckt ist. Die Gewährung eines weiteren Darlehens kann die entstandenen Verluste nicht beseitigen, sondern hat lediglich ein weiteres Anwachsen des Fremdkapitals zur Folge. Eine Beseitigung der Verluste ist nur noch mittels *nicht rückforderbarer Kapitaleinschüsse* möglich und die entsprechenden *Sanierungsleistungen* bewirken demzufolge für die leistende Partei immer einen *Mittelabgang ohne unmittelbare Gegenleistung*. Erbringt eine Aktiengesellschaft die Leistung, stellt sich deshalb in jedem konkreten Fall die Frage, ob die erbrachten Sanierungsleistungen mit dem Gesellschaftszweck in Einklang zu bringen und folglich zulässig, oder durch diesen nicht mehr gedeckt und damit unzulässig sind. Für die Beurteilung der Vereinbarkeit solcher Sanierungsleistungen mit dem Gesellschaftszweck ist im Einzelfall zu prüfen, ob ihr für den Mittelabgang eine *Gegenleistung in irgendeiner Form*, etwa der Aussicht auf künftig verbesserten Gewinn, zufließt.

4.4. Aktienhingabe durch die Klägerin als zulässige Sanierungsleistung oder als unzulässige Liberalität?

Vorab ist in Erinnerung zu rufen, dass vorliegende Erörterung im Sinne einer

Eventualargumentation von der grundsätzlich verworfenen Prämisse ausgeht, WKR habe als Konzernherr im herkömmlichen Sinn gehandelt und bei der Darlehensaufnahme keine eigenen Interessen verfolgt, sondern als Beauftragter der Klägerin den Kredit bei der BPB-Bank einzig zugunsten der OSEC Ltd. aufgenommen. Dennoch erfolgte die Verpfändung der Namenaktien des S-Industriekonzerne aus dem Eigentum der Klägerin für ein Darlehen, welches die BPB-Bank WKR persönlich gewährte. In Anbetracht dieser Konstellation ist deshalb zuerst zu prüfen, ob überhaupt eine Sanierungsleistung der Klägerin an die OSEC Ltd. vorliegen kann. Nur wenn dies grundsätzlich zu bejahen ist, muss die Zulässigkeit im Hinblick auf den Gesellschaftszweck der Klägerin abgeklärt werden.

4.4.1 Das Darlehen bei der BPB-Bank wurde zwar formell durch WKR aufgenommen, aber da die OH-AG die Pfandsicherheit leistete, trug sie das ausschliessliche finanzielle Risiko. Wird weiter angenommen, WKR habe den Kredit gestützt auf eine Abrede mit der Klägerin im alleinigen Interesse der OSEC Ltd. aufgenommen und auch vollständig dieser zufließen lassen, kann grundsätzlich bejaht werden, dass die Verpfändung des genannten Aktienpakets im Interesse der OSEC Ltd. stattfand und eine Sanierungsleistung der Klägerin darstellte.

4.4.2 Da die Frage der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der handelnden klägerischen Organe nicht Gegenstand dieses Verfahrens bildet, ist vorliegend nur zu prüfen, ob die Aktiengabe eine vom Gesellschaftszweck gedeckte Sanierungsleistung der Klägerin an die OSEC Ltd. darstellte oder ob das betreffende Rechtsgeschäft wegen Verstosses gegen den Gesellschaftszweck der Klägerin nichtig war (vgl. BGE 116 Ib 331 ff.; allerdings offengelassen, unter welchen Umständen eine Beistandspflicht zwischen Konzerngesellschaften vom Gesellschaftszweck der unterstützenden Gesellschaft gedeckt und damit zulässig ist).

4.4.3 Aus allen dem Gericht eingereichten Unterlagen wird nicht ersichtlich, ob die Überweisung des Darlehensbetrages an die OSEC Ltd. in Form eines Sanierungsdarlehens oder eines nicht rückforderbaren Kapitaleinschusses erfolgen sollte. Die daraus resultierende Undurchschaubarkeit der vorgenommenen Transaktionen ist typisch für den Handlungsstil im O-Konzern. Vorliegend wird im Sinne des eingangs getroffenen zweiten Wertentscheides (vorstehend Ziff. 1.4.4.) der O-Konzern trotz WKR's dominierender Stellung als Gebilde im Sinne der geltenden aktienrechtlichen Normierung betrachtet. Als die Überweisung der 49,5 Millionen Franken auf ein Konto der OSEC Ltd.

erfolgte, war diese massiv überschuldet, wie ein Bericht ihrer Kontrollstelle belegt. Da, wie bereits gezeigt (vorstehend Ziff. 4.3.2.), bei Überschuldung einer Gesellschaft ein Sanierungsdarlehen nicht zur Verbesserung der finanziellen Situation beiträgt, ist *anzunehmen, eine im Konzerninteresse erfolgte finanzielle Unterstützung der OSEC Ltd. durch die Klägerin sollte in Form von nicht rückforderbaren Kapitaleinschüssen erbracht werden* (vgl. Anmerkung zum (unveröffentlichten) Urteil OGer ZH vom 19. Januar 1993, in SZW 6/93, 300, 303).

Bei der OSEC Ltd. handelt es sich um eine *Tochter-Gesellschaft der OH-AG*, an welcher letztere im Zeitraum der Darlehensaufnahme WKR's bei der BPB-Bank hundert Prozent des Aktienkapitals besass. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Mutter-Gesellschaft als Hauptaktionärin immer ein *Interesse am Weiterbestand ihrer Tochter-Gesellschaften* hat. Mit der Erbringung freiwilliger Kapitalleistungen bezweckt sie, dem Entstehen noch grösserer Verluste bei der Tochter-Gesellschaft vorzubeugen (H. GRAF, a.a.O., 119). Ausserdem steht der erbrachten Leistung der Mutter-Gesellschaft eine zumindest indirekte Gegenleistung dergestalt gegenüber, dass sich ihre Beteiligung an der Tochter-Gesellschaft im Wert erhöht. Somit kann die Erbringung solcher Leistungen an eine Tochter-Gesellschaft als *grundsätzlich vom Gesellschaftszweck der Mutter-Gesellschaft gedeckt und damit zulässig* betrachtet werden.

Gemäss Bericht der unabhängigen Kontrollstelle vom 2. Juli 1991 war die *OH-AG im Dezember 1990 in Höhe von mehr als 320 Millionen Franken überschuldet*. Wie die Beklagte richtig einwendet, stammt der Kontrollstellenbericht vom Juli 1991, einem Zeitpunkt, in welchem der OH-AG von der Nachlassbehörde an ihrem Sitz in Bern bereits ein Nachlassvertrag bewilligt worden war. Ihr weiteres Vorbringen, zum Zeitpunkt der vorliegend zur Diskussion stehenden Transaktionen sei die finanzielle Situation der Gesellschaften des O-Konzerns weder der Öffentlichkeit noch den finanzierenden Banken bekannt gewesen, ist indessen unbehelflich, da vorliegend allein der *Kenntnisstand der beteiligten Parteien massgebend* ist. In Anbetracht der Tatsache, dass die Übergabe der Aktien in WKR's Depot bei der BPB-Bank am 31. Januar 1991 erfolgte und die OH-AG Anfang März 1991 in Bern ein Gesuch um Nachlassstundung stellte, muss, wiederum unter Zugrundelegung üblicher gesellschaftsrechtlicher Massstäbe, davon ausgegangen werden, dass ihre finanzielle Situation zumindest den zuständigen Organen sowie dem Konzernleiter WKR bei Vornahme der Transaktion hinreichend bekannt war.

Auch die OSEC Ltd. befand sich zum Zeitpunkt der vorliegend interessierenden Vermögenstransaktionen in einer desolaten finanziellen Situation. Gemäss Kontrollstellenbericht war sie im Dezember 1990 in Höhe von mehr als 308 Millionen Franken überschuldet. Es ist anzunehmen, dass die zuständigen Organe der Klägerin, welche ja Mutter-Gesellschaft und einzige Aktionärin der OSEC Ltd. war, Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation ihrer Tochter-Gesellschaft hatten. Dies wird auch von der Beklagten nicht substantiiert bestritten. Zwar bringt sie vor, die zuständigen Organe der Klägerin seien sich der Dramatik der finanziellen Lage der Gruppen-Gesellschaften offensichtlich nicht ausreichend bewusst gewesen, gleichzeitig aber räumt sie selber ein, der Verwaltungsrat der Mutter-Gesellschaft hätte um die finanzielle Situation der gesamten Gruppe wohl wissen müssen. Demzufolge ist davon auszugehen, dass den handelnden Personen schon im Zeitpunkt der Überweisung der Aktien in WKR's persönliches Depot klar sein musste, dass durch eine Sanierungsleistung in der vorliegenden Höhe die Tochter-Gesellschaft OSEC Ltd. nicht vor dem finanziellen Zusammenbruch gerettet werden konnte. Auf jeden Fall war die Wertsteigerung der sich im Eigentum der OH-AG (Klägerin) befindlichen Aktien der OSEC Ltd. viel kleiner als der Wertverlust durch die Hingabe der Namenaktien des S-Industrie Konzerns, welche der Klägerin Anteile an einem wirtschaftlich gesunden Unternehmen gewährten. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der OH-AG durch den Abfluss der Namenaktien des Schweizer S-Industrie Konzerns Werte in der Höhe von etwa 23 Millionen Franken endgültig entzogen wurden und dieser Vermögensleistung ein Wertzuwachs in Form einer bestenfalls geringen Wertsteigerung der Aktien eines völlig überschuldeten Unternehmens (mit Sitz auf Cayman) gegenüberstand. Die Namenaktien des S-Industrie Konzerns stellten neben diversen Beteiligungen an verschiedenen Gesellschaften des O-Konzerns, welche bereits zu diesem Zeitpunkt geringen tatsächlichen Wert besaßen, eine der wesentlichen Unternehmensbeteiligungen der Klägerin dar. Die Weggabe der Aktien durch die verantwortlichen Organe der Klägerin entsprach somit einer Vermögensleistung ohne Gegenleistung, stellte demzufolge eine Liberalität dar, welche gegen den Gesellschaftszweck verstieß und ist deshalb als nichtig zu beurteilen.

5. (Zusammenfassende Würdigung; vgl. nachfolgendes Urteil B.2, a.E.).

Urteil B.2

(Analoge Erwägungen wie im Urteil B.1; Abweichungen betreffen die Stellung der

Klägerin (OB-AG) im O-Konzern, die nicht Mutter-Gesellschaft, sondern eine Schwester-Gesellschaft der (ebenfalls) überschuldeten OSEC Ltd. war).

4.4.3 ... Bei der OSEC Ltd. (Cayman Islands) handelt es sich um eine Schwester-Gesellschaft der OB-AG (Klägerin). Die Aktien beider Gesellschaften befanden sich zum Zeitpunkt der strittigen Aktientransaktion zu hundert Prozent im Eigentum der Mutter-Gesellschaft OH-AG. Während im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochter-Gesellschaft grundsätzlich davon auszugehen ist, dass eine Mutter-Gesellschaft als Hauptaktionärin immer ein Interesse am Weiterbestand ihrer Tochter-Gesellschaften hat und ihrer Kapitaleistung eine zumindest indirekte Gegenleistung in der Form gegenübersteht, dass sich ihre Beteiligung an der Tochter-Gesellschaft im Wert erhöht, kann dies im Verhältnis zwischen Tochter-Gesellschaften untereinander nicht ohne weiteres bejaht werden. Dennoch kann die Erbringung von Kapitaleistungen an andere Tochter-Gesellschaften grundsätzlich vom Gesellschaftszweck der Schwester-Gesellschaft gedeckt und damit zulässig sein. So liegt etwa die finanzielle Unterstützung auch im Interesse der leistenden Gesellschaft, wenn ihre eigene Existenz infolge der engen Konzernverbundenheit vom Weiterbestand der notleidenden Gesellschaft abhängt. Ein anderes Motiv für die Leistung kann das Interesse der einzelnen Konzerngesellschaften an der Erhaltung der Kreditwürdigkeit des Gesamtkonzerns darstellen.

Gemäss Handelsregistrauszug bestand der Gesellschaftszweck der OB-AG vor ihrem Eintritt ins Liquidationsstadium in Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen an anderen Unternehmen sowie in der Ausführung von Serviceleistungen im Immobilien-, Finanz-, Kommerz- und Verwaltungsbereich. Da sie von der OSEC Ltd. keine Aktien besass, war deren Existenz für ihr eigenes Weiterbestehen ohne Bedeutung und resultierte für sie aus dem Wertzuwachs bei der Schwester-Gesellschaft kein direkter wirtschaftlicher Vorteil. Es stellt sich die Frage, ob die Aktienhingabe aus der Sicht der Klägerin als Konzernglied im Konzerninteresse und damit im weiteren Sinn auch in ihrem eigenen Interesse erfolgte und demzufolge zulässig war oder, ob sie eine Leistung erbrachte, die gegen den Gesellschaftszweck verstieß und deshalb nichtig war.

Grundsätzlich kann die Leistung einer Konzern-Gesellschaft an eine unabhängige Schwester-Gesellschaft durchaus in ihrem eigenen Interesse liegen, weil durch den finanziellen Zuschuss die Aktien der Schwester-Gesellschaft eine Wertsteigerung erfahren, die sich auch

positiv auf die Beteiligung, welche die gemeinsame Mutter-Gesellschaft hält, niederschlägt. An deren wirtschaftlichem Wohlergehen ist wiederum die leistende Tochter-Gesellschaft in der Regel ebenfalls interessiert.

Ob die Leistung der Klägerin tatsächlich zu einer Verbesserung der finanziellen Lage der Mutter-Gesellschaft (OH-AG) führte und demgemäss ein mittelbares Interesse der Klägerin (OB-AG) an der Unterstützung der Schwester-Gesellschaft (OSEC Ltd.) bejaht werden kann oder, ob die Aktienhingabe ohne jede Gegenleistung erfolgte und somit eine unzulässige Liberalität darstellte, ist ohne Bedeutung, da sich die Unzulässigkeit der Aktienhingabe vorliegend unabhängig davon ergibt. Gemäss Bericht der unabhängigen Kontrollstelle vom 2. Juli 1991 war die *OB-AG (Klägerin) im Dezember 1990 in Höhe von etwa 150 Millionen Franken überschuldet*. Wie die Beklagte richtig einwendet, stammt der Kontrollstellenbericht vom Juli 1991, einem Zeitpunkt, in welchem der Klägerin bereits ein Nachlassvertrag bewilligt worden war. Das weitere Vorbringen der Beklagten, zum Zeitpunkt der vorliegend zur Diskussion stehenden Transaktionen sei die finanzielle Situation der Gesellschaften des O-Konzerns weder der Öffentlichkeit noch den finanzierenden Banken bekannt gewesen, ist indessen unbehelflich, da vorliegend allein der *Kenntnisstand der beteiligten Parteien massgebend* ist. In Anbetracht der Tatsache, dass die Übergabe der Aktien in das persönliche Depot von WKR bei der BPB-Bank am 31. Januar 1991 erfolgte und die Klägerin Anfang März 1991 ein Gesuch um Nachlassstundung stellte, muss, wiederum unter Zugrundelegung üblicher gesellschaftsrechtlicher Massstäbe, davon ausgegangen werden, dass ihre finanzielle Situation zumindest den zuständigen Organen sowie dem Konzernleiter WKR bereits bekannt war. Dies wird auch von der Beklagten nicht substantiiert bestritten. Sie äussert sich nur marginal über den Kenntnisstand der verantwortlichen Verwaltungsräte der Klägerin und bringt vor, die zuständigen Organe der Mutter-Gesellschaft (OH-AG) seien sich der Dramatik der finanziellen Lage der Gruppengesellschaften offensichtlich nicht ausreichend bewusst gewesen. Gleichzeitig aber räumt sie selber ein, der Verwaltungsrat der Mutter-Gesellschaft hätte um die finanzielle Situation der gesamten Gruppe wohl wissen müssen. Umso mehr ist anzunehmen, dass dem Verwaltungsrat der Klägerin die eigene Lage bekannt war.

Auch die OSEC Ltd. befand sich zum Zeitpunkt der vorliegend in Frage stehenden Vermögenstransaktion in einer desolaten finanziellen Situation. Gemäss Kontrollstellenbericht war

sie im Dezember 1990 in Höhe von mehr als *308 Millionen Franken überschuldet*. Ob die zuständigen Organe der Klägerin aufgrund der Konzernbeziehungen über die wirtschaftliche Lage dieser Schwester-Gesellschaft ebenfalls informiert waren, kann offen bleiben, da das Gesellschaftsinteresse der einzelnen Konzern-Gesellschaft im Zweifel demjenigen des Gesamtkonzerns und der übrigen Konzerngesellschaften vorgeht. Die Frage, ob eine für die Klägerin nachteilige Handlung durch das Konzerninteresse gerechtfertigt werden und damit zulässig sein kann, ist demzufolge bei Überschuldung der leistenden Gesellschaft stets zu verneinen. Somit ist davon auszugehen, dass die Organe der Klägerin unabhängig von ihrer Kenntnis der finanziellen Lage der OSEC Ltd. angesichts der *klägerischen Überschuldung* als erstes Anliegen die *eigene Sanierung* verfolgen mussten und nicht Werte ihres verbliebenen Vermögens für die Rettung anderer Konzerngesellschaften verwenden durften. Die *Hingabe der 10'000 Namenaktien des S-Industriekonzerns durch den Verwaltungsrat der Klägerin widersprach deshalb dem Gesellschaftszweck und ist demzufolge als nichtig zu beurteilen*.

5. Zusammenfassende Würdigung

Da aufgrund aller Erwägungen davon auszugehen ist, dass (unabhängig von der Interessenlage der Parteien anlässlich des Aktientransfers) das Eigentum an den Namenaktien des S-Industriekonzerns nicht von der OH-AG (*Anm.*: Urteil B.1; bzw. von der OB-AG, Urteil B.2) auf WKR übertragen werden konnte, erübrigt sich eine Prüfung der Vertretungsberechtigung der handelnden Personen anlässlich einzelner Transaktionen ebenso wie die Abklärung der Frage, ob ein ungültiges *Insichgeschäft* oder eine Kapitalrücknahme vorlag. Ebenfalls obsolet geworden ist die Frage nach der Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts, da dieses kausal zum zugrundeliegenden, *nichtigen Verpflichtungsgeschäft* ist. ... (Die Prüfung der dem vorliegenden Aussonderungsverfahren zugrundeliegenden materiellrechtlichen Vorfrage führte damit zum Ergebnis, dass das Eigentum am Surrogat der bereits verwerteten Namenaktien, d.h. an den klageweisen geltend gemachten rund hundert Millionen Franken den Klägerinnen (*Urteile B.1 und B.2*) zustand. Die Eigentumsansprüche der beiden Klägerinnen (Aussonderung im Konkurs) wurden daher gutgeheissen, womit das Guthaben aus der Konkursmasse des WKR entlassen wurde).

Urteil C.1

(Mit der vorliegenden *positiven Kollokationsklage* macht die *HA-AG* zwei *Forderungen* gegen den Gemeinschuldner WKR als

ehemaliger herrschender Unternehmer des O-Konzerns geltend. Beide Forderungen wurden nach einer Beurteilung des internationalen Konzernrechts mangels Aktivlegitimation der Klägerin (HA-AG) abgewiesen, womit diese - im Gegensatz zur teilweisen Gutheissung der klägerischen Forderungen im noch nicht rechtskräftigen, und damit noch nicht veröffentlichten Parallelurteil LI930001 vom gleichen Datum - *nicht kolloziert* wurden).

2.1. Kollisionsrecht (IPRG)

Sind im Kollokationsprozess internationale Sachverhalte vorfrageweise materiell zu überprüfen, ist das für die Behandlung der Vorfrage anwendbare Recht nach dem IPRG zu bestimmen. Mit Bezug auf die Forderung gemäss zweitem Rechtsbegehren (Geschäft ADA) gehen die Parteien übereinstimmend von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts aus. Die nachfolgenden Erwägungen betreffen somit ausschliesslich die Forderung gemäss erstem Rechtsbegehren (Geschäft T&J/ANB-Bank).

2.1.1 Die Klägerin macht zum einen Ansprüche gegen den Gemeinschuldner in dessen Funktion als ihren eigenen *Aufsichtsratsvorsitzenden* geltend. Diese allfällige Haftung aus Verantwortlichkeit untersteht dem Gesellschaftsstatut im Sinne von Art. 150 ff. IPRG (BOTSCHAFT, 181). Gemäss Art. 154 IPRG kommt das Recht zur Anwendung, nach welchem die Gesellschaft organisiert bzw. inkorporiert ist (IPRG-VON PLANTA, Art. 154 N 9). Vorliegend ist die Klägerin in Deutschland domiziliert. Demnach kommt deutsches Recht zur Anwendung.

2.1.2 Sodann macht die Klägerin *Ansprüche gegen den Gemeinschuldner* als Einflussnehmer von aussen auf den klägerischen Vorstand (Anstiftung zu gesellschaftsschädigendem Handeln) oder als beherrschendes Unternehmen geltend. Die erste Anspruchsgrundlage ist als unerlaubte Handlung zu qualifizieren. Gemäss Art. 133 IPRG kommt in jedem Fall deutsches Recht zur Anwendung.

a) Die Anspruchsgrundlage wegen *Einflussnahme als herrschender_Unternehmer* untersteht dem Gesellschaftsstatut. Das schweizerische materielle Recht kennt (noch) kein Konzernrecht, weshalb die entsprechenden kollisionsrechtlichen Rechtsfragen ebenfalls nicht geregelt sind (IPRG-VON PLANTA, Art. 150 N 6). Demgegenüber kennt das deutsche Recht eine eingehende Konzerngesetzgebung im Aktienrecht, welches insbesondere die Rechte des beherrschten Unternehmens schützen soll. Es geht insbesondere um den Schutz der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger einer im Inland gemäss nationalem (deutschem) Recht inkorporierten

Aktiengesellschaft. In systematischer Berücksichtigung von Art. 19 IPRG ist dementsprechend auf das *Beherrschungsverhältnis* jenes Recht anzuwenden, das zum Schutz der allein dem nationalen Recht unterworfenen Minderheitsaktionäre und Gläubiger geschaffen wurde und das zur Erreichung dieses Gesetzeszwecks auch *transnationale Wirkung entfalten* soll (vgl. IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 19 N 14). Unterstehen somit das herrschende Unternehmen und das beherrschte Unternehmen gemäss deren Gesellschaftsstatuten verschiedenen nationalen Rechtsordnungen, so ist das Recht der abhängigen Gesellschaft anwendbar, da einer abhängigen (nationalen) Aktiengesellschaft der Schutzstandard auch im transnationalen Verhältnis erhalten bleiben soll. Anders entscheiden hiesse, die vom nationalen Gesetzgeber getroffenen Wertentscheide zwecks Begrenzung wirtschaftlicher Macht (vgl. nachstehend Erw. Ziff. 3) bezüglich transnationaler Konzerne faktisch aufzuheben bzw. zu umgehen, d.h., es gingen die ausgleichenden Bemühungen des Rechts der souveränen Staaten durch quasi-souveräne Entscheide internationaler Konzerne ins Leere.

b) Da wie bereits erwähnt das schweizerische IPRG keine Kollisionsnorm für die Beurteilung internationaler Konzerne enthält, ist in Anwendung von Art. 1 ZGB eine neue Kollisionsnorm zu schaffen. Gemäss den vorstehenden Erwägungen gilt folgende *kollisionsrechtliche Grundregel*: *Für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen herrschendem und beherrschtem Unternehmen ist das Schutzrecht am Sitz des beherrschten Unternehmens anwendbar*. Das massgebliche Schutzrecht erstreckt sich dabei insbesondere auf die Rechte der Unternehmensleitung, der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger des beherrschten Unternehmens gegenüber dem herrschenden Unternehmen. Es handelt sich um eine vollkommen zweiseitige Kollisionsnorm in dem Sinne, dass sich ein beherrschtes Unternehmen stets auf das an seinem Sitz geltende Schutzrecht berufen kann, unabhängig davon, welche transnationalen Rechtsverhältnisse eines internationalen Konzerns vorliegen. Für Schweizer Unternehmen in einem Beherrschungsverhältnis gilt damit Schweizer Recht und dessen Schutzstandard.

2.2 Anwendbares Recht (deutsches Konzernrecht)

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass auf den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch aus dem Geschäft T&J/ANB-Bank deutsches Recht, insbesondere Aktienrecht, anwendbar ist. Dem widerspricht im übrigen auch die Beklagte nicht. Die Parteien setzen sich insbesondere mit drei möglichen

Anspruchsgrundlagen für die klägerische Forderung gemäss deutschem Aktienrecht auseinander.

2.2.1 Die Klägerin stützt ihre Forderung vorerst auf die *Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates* für getreue Geschäftsführung (§ 116 AktG in Verbindung mit § 93 des deutschen Aktiengesetzes, nachfolgend AktG). Hierunter fällt vor allem die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates im Sinne von § 111 Abs. 1 AktG. Zudem hat der Aufsichtsrat die Pflicht, sich in einer Interessenskollision zugunsten seines Unternehmens zu entscheiden (vgl. *NJW* 1979, 1823 und 1824 ff. sowie *NJW* 1980, 1629). Bei Eintritt eines Schadens wird das Verschulden des Aufsichtsrates vermutet; er hat sich zu exkulpieren (M. LUTTER, Rechte und Pflichten des deutschen Aufsichtsrates, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, S. 35 ff.).

2.2.2 Sodann stützt die Klägerin ihre Forderungen auf § 117 AktG. Diese aktienrechtliche Norm begründet eine *Schadenersatzpflicht bei unzulässiger Einflussnahme* einer Person auf die Verwaltung einer Gesellschaft. Die Haftungsvoraussetzungen dieser Bestimmung sind die gleichen wie jene von § 317 AktG mit der Ausnahme, dass bei § 117 AktG der haftende Personenkreis grösser ist.

2.2.3 Zur Hauptsache ruft die Klägerin indessen die Rechtsgrundlage des deutschen Konzernrechts in § 317 AktG an. Es handelt sich um eine Haftung für die *Veranlassung eines abhängigen Unternehmens zu einem nachteiligen Rechtsgeschäft durch den herrschenden Unternehmer* (§ 311 AktG in Verbindung mit § 317 AktG). Die Parteien haben sich auch mit dieser Rechtsgrundlage eingehend auseinander gesetzt. Festzuhalten ist, dass diese Haftungsgrundlage lediglich eine *Veranlassung* zu einem nachteiligen Rechtsgeschäft und einen *Nichtausgleich durch den herrschenden Unternehmer* voraussetzt. Ein Verschulden ist dabei nicht erforderlich.

Diese Rechtsgrundlage ist für den Anspruch der Klägerin aus dem Geschäft T&J/ANB-Bank entscheidend. Ist damit ein Anspruch der Klägerin begründet, erübrigt sich die Prüfung der anderen aktienrechtlichen Voraussetzungen.

3. *Rechtliche Würdigung des Sachverhalts (Grundsätze)*

Die Beklagte hat im Parallelverfahren (*Anm.*: Proz. Nr. *LI930001*, noch nicht rechtskräftig) die Entscheide des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren des Bezirksgerichts Zürich vom 30. November 1994 zu den Akten gegeben (*Anm.*: Urteile *B.1/B.2* vorstehend). Diese Entscheide sind damit Inhalt der Akten

geworden. Ein Vergleich jener Rechtsfragen mit den vorliegenden zeigt auf, dass der schweizerische Gesetzgeber die massgebenden Fragen des Konzernrechts (noch) nicht gelöst hat. Die Wertentscheide in jenen Verfahren erfolgten daher durch richterliche Lückenfüllung im Sinne von Art. 1 und 2 ZGB. *Die analoge Aufgabe ist im deutschen Aktienrecht durch den Gesetzgeber positiv geregelt worden.* Es handelt sich um Wertentscheide zur Beurteilung des Verhaltens von Personen im Spannungsfeld zwischen Recht und möglicher Machtausübung im aktienrechtlichen Konzern. ... Dabei ist daran zu erinnern, dass Machtausübung einerseits *durch das Recht begründet* (Gebrauch des Rechts), andererseits *durch das Recht begrenzt* wird (Missbrauch des Rechts).

3.1. *Rechtsgrundlagen*

... Mit Bezug auf die *Machtausübung durch einen herrschenden Unternehmer* hat daher das deutsche Aktienrecht ausgleichende Regeln geschaffen (§ 311 AktG in Verbindung mit § 317 AktG; vgl. dazu Auswahl der Literatur: EMMERICH/ SONNENSCHNIG, Konzernrecht, 5.A., München 1993; LUTTER/ KRIEGER, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 3.A. Freiburg/ Br. 1993; FLUME, Juristische Person, Berlin 1993, § 4 IV; GESSLER/ HEFERMEHLER/ KROPFF, Aktiengesetz, v.GODIN/ WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, 4.A. Berlin 1971; GROSSFELDER, Internationales Unternehmensrecht, Heidelberg 1986; L. HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 10f. (deutsches Recht); HENN, Handbuch des Aktienrechts, Heidelberg 1978; U. HÜFFER, Aktiengesetz, Kommentar, 2.A. München 1995; TH. RAISER, Recht der Kapitalgesellschaft, 2.A. München 1992; WÜRDINGER, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4.A. Karlsruhe 1981.).

3.2 *Sachverhaltsgrundlagen: der Gemeinschuldner*

3.2.1 Der Gemeinschuldner war als Finanzier im für das vorliegende Verfahren massgeblichen Zeitraum bis Ende Februar 1991 Mehrheitsaktionär sowie Delegierter und Präsident der OH-AG, die Unternehmensbeteiligungen hielt und handelte. Diese wiederum war zu einhundert Prozent an (u.a.) der OB-AG sowie an der OSEC Ltd. (Cayman) beteiligt. Aufgrund des Sachverhaltes ergibt sich, dass die *OH-AG* über ihre Beteiligungen im internationalen Konzern einen herrschenden Einfluss auf die Hauptversammlung der *HA-AG (Klägerin)* ausüben konnte. Wegen der Rechtsstellung als Mehrheitsaktionär und Organ der OH-AG bezieht sich der herrschende Einfluss somit auch direkt auf die *Person des Gemeinschuldners*. ... (Feststellung

der Rechte und Pflichten von WKR als Konzernleiter) ... Das Verhalten der Person des Gemeinschuldners im Rahmen des O-Konzerns legt sodann aufgrund der vorliegenden Akten den Schluss nahe, dass nicht von der idealtypischen Konstruktion eines klassischen "Industriekapitäns", sondern vom Realtypus des sog. *Raiders* auszugehen sein wird. Dies gilt - um es hier konkretisierend bereits vorweg zu nehmen - vor allem für das "Cash-Management" des Gemeinschuldners im Rahmen des O-Konzerns. Darauf ist zurückzukommen.

3.2.2 Entscheidend ist vorliegend überdies die Tatsache, dass der Gemeinschuldner versucht hat, seine *Mehrheitsbeteiligung an der OH-AG* im Rahmen einer Off-Shore-Strategie in den *WKR Trust* nach Guernsey-Law zu übertragen und damit scheinbar unsichtbar zu werden. Dies ist ein Verhalten, das zumindest nicht typischerweise mit jenem eines traditionellen (auch transnational operierenden) Konzernführers übereinstimmt. Die Wertung der Person des Gemeinschuldners als Raider ergibt sich auch aufgrund dieses Sachverhaltes. Er ist den Parteien des vorliegenden Verfahrens im übrigen bekannt. Es ist kein Grund ersichtlich, für das vorliegende Verfahren von der Beurteilung des (rechtskräftigen) Entscheides des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren abzuweichen, mit welchem die Zulässigkeit des Durchgriffs durch den WKR Trust auf die Person des Gemeinschuldners festgestellt worden ist (*Anm.: Urteil A. vorstehend*).

3.3 *Wertentscheide des deutschen Gesetzgebers*

3.3.1 Der gesamte von den Parteien unterbreitete Sachverhalt zeigt im vorliegenden Fall auf, dass der Gemeinschuldner im eigenen Interesse handelte, indem er sich des internationalen O-Konzerns bediente. Auffallend ist in diesem Zusammenhang die unbestrittene Tatsache, dass der O-Konzern die *Beteiligung an der Klägerin* mit einer sehr schmalen Eigenkapitalbasis erwerben konnte.

a) Der Gemeinschuldner errang dessen ungeachtet auf diese Weise die aktien- und konzernrechtlichen *Rechte*, welche ihm die massgebende *Machtstellung* verliehen, die er im eigenen Interesse ausüben konnte. Nach deutschem Recht ist denn auch eine natürliche Person durchaus qualifiziert, als sog. *herrschender Unternehmer* aufzutreten (SCHNEIDER, Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern, ZHR 1979, 485-521). Entscheidend ist lediglich, dass eine der beiden Parteien des Beherrschungsverhältnisses als Aktiengesellschaft inkorporiert ist. Dies trifft auf die Klägerin und ihre Tochter-Gesellschaften (u.a. T&J) zu. Die Frage kann dabei offen bleiben, ob der

Gemeinschuldner über den *O-Konzern* im Zeitpunkt der fraglichen Finanz-Transaktionen neben der Mehrheit in der Hauptversammlung der Klägerin auch die Mehrheit im Aufsichtsrat hatte und daher nicht allein "schalten und walten" konnte, sondern auch auf andere - eigenverantwortliche - Personen abstellen musste. Im Aufsichtsrat hatte der Gemeinschuldner zumindest eine *starke strategische Minderheit* auf seiner Seite und im Vorstand *Personen*, welche in ihrer Mehrheit *zum O-Konzern* gerechnet werden müssen. In einer solchen Ausgangs- und Rechtslage muss der Gemeinschuldner im Verhältnis zur Klägerin und ihrer Gruppe als herrschender Unternehmer im Sinne des deutschen Konzernrechts qualifiziert werden. Die Qualifikation einer Person als herrschendes Unternehmen gilt auch dann, wenn der faktische Einfluss als Mehrheitsaktionär auf die Unternehmensleitung des beherrschten Unternehmens gegeben ist und wenn versucht wird, diesen Einfluss in ein Treuhandverhältnis zu kleiden (vgl. HÜFFER, Aktienrecht, 2.A. München 1995, § 15 RN 9 a.E.).

Entscheidend ist sodann die in den Erwägungen zum Sachverhalt eingehend dargelegte Konzernstruktur des O-Konzerns und die Umklammerung der Klägerin in diesem Unternehmens-Konglomerat. Der Gemeinschuldner verschaffte sich durch diese Umklammerung im Ergebnis die *massgebenden Einflussmöglichkeiten*, welche umfassend und auf Dauer angelegt waren (vgl. HÜFFER, a.a.O. § 17 RN 6-9). Bereits die Möglichkeit einer solchen Einflussnahme auf Betriebsentscheide des beherrschten Unternehmens genügt; eine bewusste Nachteilszufügung im Sinne einer subjektiven Haftungsvoraussetzung ist nicht erforderlich (HÜFFER, a.a.O. § 317 RN 5).

b) In normativer Hinsicht kann demnach festgehalten werden: Gemäss einem *ersten Wertentscheid des deutschen Gesetzgebers* ist der Gemeinschuldner verpflichtet, die aufgrund seiner Machtstellung erworbenen Vorteile zurückzuerstatten, wenn das beherrschte Unternehmen (HA-AG und deren Tochter-Gesellschaft T&J) durch ein unvorteilhaftes Geschäft im Rahmen seines Konzerns zu Schaden gekommen ist (vgl. dazu eingehend LUCHTERHANDT, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, ZHR 1969, 1-60; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, a.a.O. S. 420). Dies rechtfertigt sich im vorliegenden Fall auch darum, weil das sog. Cash-Management des Gemeinschuldners im Rahmen des O-Konzerns derart angelegt war, dass der Geldfluss auch direkt in die Richtung der OH-AG bzw. in den Trust des Gemeinschuldners auf Guernsey und damit zum Gemeinschuldner persönlich fliessen konnte.

3.3.2 Auch bei Geltung der grundsätzlichen Haftung des herrschenden Unternehmers (Gemeinschuldner durch den O-Konzern) gegenüber dem beherrschten Unternehmen (klägerischer Industrie-Konzern) stellt sich indessen die Frage, ob dies auch für solche Entscheide von Gesellschaftsorganen gelten kann, welche in *Missachtung der elementarsten Sorgfaltspflichten einer Unternehmensleitung* erfolgt sind.

a) Vorliegend ist von einem *faktischen Konzern* auszugehen (O-Konzern mit Umklammerung des klägerischen Industrie-Konzerns) mit formal zwar selbständigen Gesellschaften, indessen einheitlicher Führung und Geschäftspolitik (Gemeinschuldner). Aufgrund der bestehenden Mehrheitsverhältnisse muss von einem einheitlichem Willen ausgegangen werden, der sich *faktisch* vor allem in der Person des Gemeinschuldners konkretisierte. Im Hinblick auf eine *normative* Beurteilung des Verhaltens des Gemeinschuldners, insbesondere aber auch jenes anderer Personen und Entscheidungsträger innerhalb des O-Konzerns, ist indessen auch auf die geltende Pflichtenlage im Rahmen der formal bestehenden Gesellschaften einzugehen. Um das Verhältnis von Ober- zu Unter-Gesellschaft im Konzernverbund näher auszuleuchten, sind folgende idealtypische Pflichten zu beachten: Das geschäftsführende Organ bzw. der *herrschende Unternehmer* hat in Wahrnehmung seiner Konzernmacht einer eigentlichen Konzernleitungspflicht zu genügen. Als Richtlinien für dessen Beurteilung hat der Grundsatz zu gelten, dass diese Aufgabe mit aller *Sorgfalt* und unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen in guten Treuen zu erfüllen sind.

Andererseits sind die *Organe der beherrschten Gesellschaften* an den statutarischen Zweck ihres Unternehmens gebunden. Die Erreichung des Gesellschaftszweckes (§ 23 Abs. 3 Ziff. 2 AktG) liegt im Gesellschaftsinteresse und ist zugleich oberste Aufgabe der gesellschaftlichen Organe (§ 77 AktG). Stellt nun der statutarische Zweck die Gesellschaft ausdrücklich in den Dienst eines Konzerns, so muss die Verwaltung mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln dieses Ziel verfolgen. Selbst in dieser extremen Ausprägung ist dabei jedoch die Eigenverantwortlichkeit der Organe des beherrschten Unternehmens keinesfalls aufgehoben. Dies gilt umso mehr im faktischen Konzern (HÜFFER, a.a.O. § 76 RN 19). Das bedeutet, dass der Vorstand der faktisch beherrschten Gesellschaft im Interesse der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger weiterhin den regulären Pflichten des Aktienrechts untersteht, dass folglich ihre formaljuristische Stellung unverändert bleibt.

Die Verwaltung einer unteren Konzern-

Gesellschaft hat in eigener Regie zu entscheiden, wie sie am besten dem Konzern dienlich sein soll. Die abhängige Tochter ist also nicht zur Dienstleistung an die Mutter, sondern zu aktiver Mithilfe bei der Realisierung des Konzerns verpflichtet. Mutter- und Tochterverwaltung planen und realisieren zusammen - beide aber jeweils in weitgehender Eigenverantwortlichkeit - die Durchführung des Konzerns. *Konzernmässige Beeinflussung ist demnach nur insoweit legitim, wie die damit einhergehenden Benachteiligungen ausgeglichen werden.* Nimmt die Konzernmacht ein Ausmass an, das dem Funktionieren des Systems abträglich ist, so können die ihr wegen der Tochter-Gesellschaft zugefügten Nachteile unmöglich wettgemacht werden. Die *legitime Konzerngewalt endet* dort, wo die beherrschte Gesellschaft ihren Status eines selbständigen Unternehmensträgers verliert, der imstande ist, sein Schicksal aus eigener Kraft zu bewältigen (vgl. vorstehend LUCHTERHANDT, a.a.O.).

b) Bei einem Gebilde wie dem O-Konzern finden sich diese Leitgedanken zum Verhältnis von Mutter- zu Tochter-Gesellschaft innerhalb der Konzernstruktur äusserst unzureichend verwirklicht. Aufgrund der tatsächlich vorherrschenden Machtstrukturen *ohne formale Beherrschungsverträge* (§ 291 AktG) steht einzig die Person des Gemeinschuldners im Zentrum. Zwar wird eine gesellschaftsrechtliche Konzernstruktur durchaus aufgebaut und benutzt, vom Raider aber als Werkzeug für seine egoistischen Zwecke missbraucht. Die Stellung des Gemeinschuldners im O-Konzern ist in jeder Beziehung als überragend zu qualifizieren. Aufgrund der Akten entsteht auch der Eindruck, er habe keinen Unterschied zwischen seiner persönlichen Vermögenssphäre und derjenigen der seiner Führung anvertrauten Gesellschaften gemacht. Beim *Gemeinschuldner als herrschender Unternehmer* und als Organ und Hauptaktionär der OH-AG, bei welcher die Tentakel der faktischen Beherrschungsverhältnisse zusammenliefen und sich kumulierten, entstanden weitreichende *Möglichkeiten zu umfassender Beeinflussung*. Doch trotz Annahme der Raider-Figur an der Spitze des O-Konzerns wird die dargestellte Konzernstruktur nicht gänzlich in Frage gestellt, sondern nur insofern ausser Kraft gesetzt, als es Tätigkeiten des Gemeinschuldners persönlich zu beurteilen gilt. Die übrigen *handelnden Organe der einzelnen Gesellschaften* befinden sich demgegenüber für die nachfolgende Beurteilung der beiden Finanztransaktionen im Rahmen des faktischen Konzerns ohne Beherrschungsvertrag und unterliegen grundsätzlich den daraus folgenden Rechten und Pflichten.

Im schwerwiegenden *Interessenkonflikt abhängiger Vorstandsmitglieder*, die als Organe der abhängigen Gesellschaft einerseits deren Interessen zu vertreten, gleichzeitig aber den Ansinnen der Konzernführung Rechnung zu tragen haben, bietet das geltende deutsche Aktienrecht eine klare Handhabe. Auch wenn jedoch die grundsätzliche Abhängigkeit von Personen in Organstellungen in Tochter-Gesellschaften des O-Konzerns von der Mutter-Holding und damit vom Gemeinschuldner unbestritten ist, wird deshalb für die weitere Beurteilung des Sachverhaltes im Sinne eines *zweiten Wertentscheids* daran festzuhalten sein, dass es ein *Widerstandsrecht bzw. eine Widerstandspflicht* der Tochter-Gesellschaft gegenüber dem Mutterhaus, der Einzelgesellschaft gegenüber der Konzernleitung gibt (LUCHTERHANDT, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, ZHR 1969, 1-60; insb. 51: "*Pflicht zum Widerstand*"; vgl. dazu, selbst bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags, BALLERSTEDT, Schranken der Weisungsbefugnis aufgrund eines Beherrschungsvertrags, ZHR 1973, 388 ff.; CLEMM, Die Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht des Vorstands der beherrschten AG bei bestehendem Beherrschungsvertrag, ZHR 1977, 197 - 208.). Insoweit behält das formelle Gesellschaftsrecht für die Beurteilung der Handlungen der Einzelgesellschaften und ihrer Organe seine Gültigkeit.

(Die beiden Forderungen der HA-AG als unterer Gesellschaft des O-Konzerns wurden in der Folge nicht zur Kollokation im Privatkonkurs des WKR zugelassen und die Kollokationsklage damit abgewiesen).

Urteil C.2:

II.A.1.1 Gemäss § 285 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, wenn und soweit der geltend gemachte Mangel auch durch Weiterzug an das Bundesgericht gerügt und von diesem frei überprüft werden kann.

Wie die Beschwerdeführerin (HA-AG) zutreffend ausführt, kann in einer vermögensrechtlichen Zivilstreitigkeit wie der vorliegenden im hier interessierenden Zusammenhang mit einer Berufung an das Bundesgericht nur geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid habe *nicht ausländisches Recht angewendet*, wie es das *schweizerische internationale Privatrecht* vorschreibt, nicht aber, der angefochtene Entscheid habe das ausländische Recht nicht richtig angewendet (Art. 43a OG).

Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist aber nicht nur bezüglich der Berufung, sondern auch bezüglich der zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht

i.S. der Art. 68 ff. OG subsidiärer Natur (FRANK/STRÄULI/ MESSMER, N 6 zu § 285 ZPO). In einem detailliert begründeten Entscheid hat das Kassationsgericht entschieden, dass – jedenfalls bis das Bundesgericht eine allenfalls anders lautende Praxis publiziert – auch mit zivilrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht nicht, insbesondere auch *nicht* gestützt auf Art. 68 Abs. 1 lit. d OG *unrichtige Anwendung ausländischen Rechtes gerügt werden kann* (ZR 1996 Nr. 2 E. 5.2). Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen, so dass insofern auf die Beschwerde einzutreten ist.

(Im folgenden eingehende Auseinandersetzung des Kassationsgerichtes mit der Anwendung des ausländischen Rechts durch die Vorinstanz (deutsches Aktienrecht) und Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde).

(Mitgeteilt von
Oberrichter Dr. Alexander Brunner)