

Aspekte des internationalen Konzernrechts – Eine Fallstudie

Alexander Brunner*

Wenn aber ein Fall eintritt, der in der allgemeinen Bestimmung des Gesetzes nicht enthalten ist, so ist es, wenn der Gesetzgeber säumig war, richtig gehandelt, das Versäumte zu verbessern, wie der Gesetzgeber es tun würde, wenn er den Fall vor sich gehabt hätte.

ARISTOTELES, *Nik.Eth.*, V.14

Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Schweizerisches ZGB I Abs. 2

1.	Prolog – ein aktienrechtlicher Ausreisser	113
2.	Grenzenlose Konzernmacht als Fiktion und Realität	116
2.1	Nationale Konstruktion des Konzerns	116
2.2	Globale Konstruktion des Konzerns	119
3.	Verwaltungsräte in transnationalen Konzernen	121
3.1	Perspektiven in Ober-Gesellschaften	121
3.2	Perspektiven in Unter-Gesellschaften	123
4.	Konzernkollisionsrecht	126
4.1	Internationales Zivilprozessrecht	126
4.2	Internationales Privatrecht	127
4.3	Internationales Vollstreckungsrecht.	129
5.	Epilog – Nachsehen und Vorsehen	132
	English Summary.	133

1. PROLOG – EIN AKTIENRECHTLICHER AUSREISSER

Die vorliegende Arbeit stützt sich auf eine Reihe von Verfahren, deren Beurteilung den Gerichten ab 1990 oblag und die 1999 einen vorläufigen Abschluss fanden. Es

* Dr.iur., Oberrichter, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich.

handelt sich dabei insbesondere um Fragen des internationalen Konzernrechts, deren Aktualität ungebrochen ist und angesichts der Globalisierung der wirtschaftlichen Beziehungen noch zunehmen wird. Die Festschrift für meinen verehrten Freund KURT SIEHR erscheint daher als ideales Gefäss, um in Anlehnung an die *aktuelle Praxis*¹ einigen grundlegenden Fragestellungen nachzugehen. Nicht völlig unbeabsichtigt wäre es sodann, wenn die vorliegend zu Tage tretenden Problemlagen den Schweizer Gesetzgeber zum Handeln veranlassen würden. Denn es erscheint vermessen anzunehmen, dass die Rechtsfragen des nationalen und internationalen Konzernrechts auch künftig allein mit den Vernunftgründen des ARISTOTELES² begründet werden müssen; oder – um nicht den Gesetzgeber zu bemühen: Handelt es sich bei der hier besprochenen aktuellen Praxis um einen veritablen „aktienrechtlichen Ausreisser“, der den Schluss rechtfertigen würde, solches sei einmalig und könne sich in Zukunft nicht wiederholen?

Der Gang der Untersuchung wird eingerahmt durch einen Prolog und einen Epilog, um damit anzuzeigen, dass Handlungen von Verwaltungsräten als Rollenträger in internationalen Konzernen eine gewisse Dramatik entfalten können. Die Gerichte hatten ein transnational operierendes, mit einer einzelnen Person als herrschendem Unternehmer einerseits organisiertes und unter Verwendung einer Kaskade von mehreren Holding-Gesellschaften andererseits strukturiertes Finanz-Konglomerat zu beurteilen, wobei sich Fragen des schweizerischen Kollisionsrechts, des schweizerischen und deutschen Konzernrechts sowie des Rechts eines Off-shore-Gebietes stellten. Dem lag der folgende Sachverhalt³ zugrunde.

Am 4. September 1991 verfügte der Konkursrichter des Bezirkes Zürich die Konkursöffnung⁴ über den Gemeinschuldner WKR. 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 Rechtstellung als herrschender Unternehmer mit Mehrheitsbeteiligungen, jedoch ohne Beherrschungs-

¹ Der Prozess-Komplex mit fünf nunmehr rechtskräftigen Urteilen (bezeichnet als Urteile A, B.1, B.2, C.1 und C.2), wurde publiziert in *ZR* (Blätter für Zürcherische Rechtsprechung) (1999) Nr. 52 (Volltext). Ausschnitte aus diesen Entscheiden werden unter Hinweis auf die Fundstellen der Urteils-publikation für die vorliegende Abhandlung in einen besonderen systematischen Zusammenhang gebracht und aufgrund neuer Rechtsentwicklungen aktualisiert. Vgl. dazu insb. die Arbeiten des Forum Europaeum Konzernrecht 1992-1999: „Konzernrecht für Europa“, *ZGR (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht)* (1998) 672-772.

² Die von Huber vorgeschlagene und vom Gesetzgeber in das Schweizerische Zivilgesetzbuch (SR 210) aufgenommene Grundnorm in Art. 1 ZGB findet sich erstmals bei Aristoteles als rationales Prinzip.

³ *ZR* (1999) Nr. 52 Sachverhalt.

⁴ Privatkonkurs nach Art. 191 SchKG (Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs; SR 281.1).

verträge zwischen den jeweiligen Ober- und Unter-Gesellschaften, wodurch ein faktischer Konzern⁵ 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. Vor dem Privatkonkurs des WKR, bei dem Forderungen von über vier Milliarden Schweizer Franken angemeldet wurden, erfolgten Vermögensdispositionen oberer und unterer Konzern-Gesellschaften, deren Rechtmässigkeit in den nachfolgenden Kollokations- und Widerspruchsklagen angefochten wurden. Diesen Rechtsgeschäften war gemeinsam, und hier liegt der Bezug zum internationalen Konzernrecht der vorliegenden Fallstudie, dass es sich zur Hauptsache um eine *transnationale Verschiebung von Vermögenswerten innerhalb des Konzerns* handelte. Einerseits wurden - dies als radikalste Strategie - die Herrschaftsrechte über den gesamten Konzern in einen Off-shore-Trust auf Guernsey Island verlegt.⁶ Andererseits wurden Millionen-Darlehen mit Aktien eines übernommenen Schweizer On-shore Industrie-Konzerns abgesichert⁷ oder direkt von Unter-Gesellschaften eines übernommenen deutschen On-shore Industrie-Konzerns⁸ erhältlich gemacht, worauf die Vermögenswerte schliesslich zu einer in Liquidation stehenden Unter-Gesellschaft flossen, die von Off-shore Zwischen-Gesellschaften gehalten wurde⁹, oder einer massiv überschuldeten Off-shore Konzern-Gesellschaft auf Cayman Islands zuzugingen.¹⁰ oder den Konten von Off-shore Konzern-Gesellschaften auf den Bahamas (mit anschliessender Liquidation) bzw. im Staate Delaware (mit zweifelhafter Bonität des Grundgeschäfts) gutgeschrieben wurden.¹¹

Mit Bezug auf den solcherart gegebenen Sachverhalt der vorliegenden Fallstudie dürfen jedoch keine voreiligen Schlüsse gezogen werden. Das transnationale *Cash-Management* innerhalb von internationalen Konzernen gehört in einer globalisierten Welt zu den normalen Fakten des wirtschaftlichen Lebens, zumal die sog. global player heute Bilanzsummen vereinigen, die dem Bruttosozialprodukt (BSP) mittlerer europäischer Staaten entsprechen. Fraglich ist nicht das Cash-Management im internationalen Konzern als Tatsache, sondern der *Machtmissbrauch in den Formen des Rechts*, falls die oberste Konzernleitung – aus welchen Gründen auch immer – sich als Usurpatorin entpuppt. Transnationale Vermögensverschiebungen erscheinen dann in einem anderen Licht, wenn alle relevanten Umstände

⁵ Vgl. zum faktischen Konzern Maierhofer, *Der faktische Konzern nach geplanteuropäischem Recht* (München 1996).

⁶ ZR (1999) Nr. 52 Sachverhalt A.

⁷ Sachverhalt B (oben N. 6).

⁸ Sachverhalt C (oben N. 6).

⁹ Sachverhalt A (oben N. 6).

¹⁰ Sachverhalt B (oben N. 6).

¹¹ Sachverhalt C (oben N. 6).

den Schluss nahe legen, die Off-shore Strategie zulasten der Minderheit und der Gläubiger stamme von einem aktienrechtlichen Ausreisser, d.h., einem Raider. Die Wirkungsweise des Raiders¹² wurde im Wirtschaftsalltag durch Übernahmen der Kontrollmacht über Aktiengesellschaften gegen deren Willen, sog. „Unfriendly Takeover“ bekannt. Darüber hinaus ist die Wirkungsweise des Raiders geprägt von einer detailliert geplanten, typischen Finanzierungsstrategie, die zur systematischen Aushöhlung gesunder Unternehmen und zur Plünderung derer Liquiditätsreserven führt und damit sämtliche Tätigkeiten des Raiders beherrscht. Der Machtmissbrauch in der Rechtsform des internationalen Konzerns, dies muss nicht weiter betont werden, kann dabei seltsame Gewächse hervorbringen, deren eigenartiges Wuchern kaum mehr zu kontrollieren ist. Zusammengefasst stellen sich daher die Rechtsfragen, welche Normen das materielle, nationale Konzernrecht als Minimalstandard für die Aktionärsminorität und die Gläubiger¹³ enthalten muss (nachfolgend Ziff. 2), welcher Kodex das Verhalten von Verwaltungsräten in Ober- und Unter-Gesellschaften regelt (nachfolgend Ziff. 3), und welche Kautelen das Konzernkollisionsrecht zur Verfügung stellt (nachfolgend Ziff. 4). Abschliessend ist auf einige Aspekte einer künftigen Entwicklung des Konzernrechts¹⁴ einzugehen (nachfolgend Ziff. 5).

2. GRENZENLOSE KONZERNMACHT ALS FIKTION UND REALITÄT

2.1 Nationale Konstruktion des Konzerns

In Bezug auf das Phänomen privater wirtschaftlicher Macht¹⁵ verlangt die Erfüllung der Aufgaben des Rechts als staatliches Ordnungsprinzip immer wieder nach einer materiellen, wertenden Stellungnahme. Wesentliche Voraussetzungen für die Erfassung von Natur und Tragweite der Aufgabe, private wirtschaftliche Macht zu beschränken, ist es, die mögliche Machtrelevanz von Rechtsnormen aufzudecken.

¹² Vgl. dazu ZR (1999) Nr. 52 Urteil B, Erw. 1.2.2, unter Hinweis auf Schlupe, „Lauterkeitsrechtliche Aspekte des <Unfriendly Takeover>“ in: *SAG (Schweizerische Aktiengesellschaft)* (3/1988) 89, m.w.H.

¹³ Gläubiger von Unter-Gesellschaften internationaler Konzerne sind nicht nur Banken und Anleger, sondern auch Arbeitnehmer dieser Gesellschaften.

¹⁴ Lutter, „Die Harmonisierung des Rechts der Kapitalgesellschaften in Europa“, in: Nobel (Hrsg.), *Internationales Gesellschaftsrecht* (Bern, Stämpfli 1998) 129ff., insb. 150; Thiele, *Konzernatbestand und Vertragskonzern – Faktizitäts- und Vertragsprinzip als gemeinsame Grundlagen einer europäischen Konzernrechtsangleichung* (Hamburg, Mauke 1995). Zum schweizerischen Konzernrecht vgl. insb. von Büren, *Der Konzern. Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens*, SPR VIII/6 (Basel, Helbing & Lichtenhahn 1997).

¹⁵ Vgl. zum folgenden ZR (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.1.1ff., insb. unter Hinweis auf Homburger, *Recht und private Wirtschaftsmacht* (Zürich, Schulthess 1993) 62ff.

Gerade im Bereich der Rechtsform der Aktiengesellschaft als potentieller Machtträger und hier umso mehr bei Formen von *Unternehmensbeteiligungen und -zusammenschlüssen*¹⁶ im Rahmen des Konzerns führt die Ausübung der Privatautonomie in Richtung auf die Bildung oder die Verstärkung privater wirtschaftlicher Macht. 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 ist, wird der Zugang zum Aufbau wirtschaftlicher Machtstellungen unter Verwendung dieser Rechtsform weit und scheinbar grenzenlos geöffnet.

a) Der *schweizerische Gesetzgeber* hat es bisher unterlassen, das Konzernrecht¹⁷ zu kodifizieren. Festzuhalten ist immerhin, dass der Konzern als solcher nicht rechtsfähig ist. Das geltende schweizerische Aktienrecht geht von der Fiktion unabhängiger und nur im eigenen Interesse geführter Gesellschaften aus. Das massgebende Abgrenzungskriterium zwischen einer von der Mutter-AG beherrschten Tochter-AG und einer blossen Zweigniederlassung liegt denn auch de lege lata in der *Aufrechterhaltung der rechtlichen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft*.¹⁸ Zwar hat der Gesetzgeber¹⁹ 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. Das Bestehen von Gesetzeslücken²⁰ ist heute unbestritten. Rechtsgrundlage für Entscheide im schweizerischen Konzernrecht ist daher Artikel 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. Er hat dabei eine (generell-abstrakte) Regel zu finden, nicht nur einen (individuell-konkreten) Einzelfall zu entscheiden.

Als Konzerne²¹ werden Gruppen rechtlich selbständig bleibender, jedoch unter einheitlicher Führung und Geschäftspolitik, „einheitlichem Willen“ unterworfenen Gesellschaften verstanden. Solche Konzerne werden unter Einsatz verschiedenster

¹⁶ Vgl. dazu grundlegend für das schweizerische Recht: Schluép, „Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation“, *ZSR* (Zeitschrift für Schweizerisches Recht) (1973 II) 155ff.

¹⁷ Zum folgenden *ZR* (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.4.2 unter Hinweis auf Handschin, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht* (Zürich, Schulthess 1994) 22.

¹⁸ BGE 115 Ib 61.

¹⁹ Art. 663e Abs. 1 OR (Obligationenrecht; SR 220).

²⁰ Vgl. Kritik von Büren, in von Büren/ Hausheer/ Wiegand (Hrsg.), *Grundfragen des neuen Aktienrechts* (Bern, Stämpfli 1993) 66; Amstutz, *Konzernorganisationsrecht* (Bern, Stämpfli 1993) 207ff., 211f.; Meier-Hayoz/ Forstmoser, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, 7. Aufl. (Bern, Stämpfli 1993) 445 sowie die Vorschläge gemäss Schlussbericht vom 24. September 1993 der „Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht“ des EJPD.

²¹ *ZR* (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.4.1.

Mittel gebildet, so namentlich durch Personalunion in den Führungsspitzen der verschiedenen Gesellschaften. In den der vorliegenden Fall-Studie zugrunde liegenden Sachverhalten konnte der Gemeinschuldner WKR den O-Konzern als *faktischen Konzern*²² infolge Kapitalmehrheit bilden. Gemäss herrschender Lehre²³ kommt der *Interessenwahrungspflicht*²⁴ der Einzelgesellschaften im Konzern 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 Dauerbindung bringt, wachsend mit deren Intensität, den Gesichtspunkt ins Spiel, dass die Interessenwürdigung sich nicht auf den einzelnen Akt oder die einzelne Angelegenheit beschränken darf, sondern dass die Vorteile aus der Dauerbeziehung als solcher zu berücksichtigen sind. 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 reflexiv auch als Nutzen der Einzelgesellschaft auswirkt. Auch bei vollständiger Beherrschung und Einsetzung der Tochter-Gesellschaft im Dienst des Konzerns kann jedoch nach herrschender Lehre²⁵ in der Regel beansprucht werden, dass die *Interessen der Tochter gewahrt* werden.

b) Anders als im schweizerischen Konzernrecht muss sich der Richter im *deutschen Konzernrecht* nicht auf „Ratio“²⁶ und „Dogma“²⁷ stützen, da die analoge Aufgabe im deutschen Aktienrecht durch den Gesetzgeber²⁸ positiv geregelt²⁹ worden ist. Es handelt sich v.a. um Wertentscheide zur Beurteilung des Verhaltens von Personen im Spannungsfeld zwischen Recht und möglicher Machtausübung im ak-

²² Oben N. 21 unter Hinweis auf Guhl/ Kummer/ Druey, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 8. Aufl. (Zürich, Schulthess Verlag 1991) 622f.; Baudenbacher, Vorbem. zu Art. 620 OR N 19, in Hon-sell/ Vogt/ Watter (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, 1. Aufl. (Basel, Helbing & Lichtenhahn 1994). Vgl. neuerdings: von Büren (oben N. 14) 28 N 136ff.; Druey/ Vogel, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte* (Zürich, Schulthess 1999) 5, 29 und 31; Nobel, *Aktienrechtliche Entscheide* (Bern, Stämpfli 1991) 38ff.

²³ Art. 1 Abs. 3 ZGB.

²⁴ Vgl. zum folgenden ZR (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.4.3.

²⁵ Oben N. 24 unter Hinweis auf Druey, „Aufgaben eines Konzernrechts“, ZSR (1980 II) 305; Meier-Hayoz/ Forstmoser (oben N. 20) 441; ferner Handschin (oben N. 17) 108. Vgl. neuerdings: von Büren, (oben N. 14) 128 N 272ff.

²⁶ Art. 1 Abs. 2 ZGB.

²⁷ Art. 1 Abs. 3 ZGB.

²⁸ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

²⁹ Vgl. dazu ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.1, Erw. 3.ff.

tenrechtlichen 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). Mit Bezug auf die *Machtausübung durch einen herrschenden Unternehmer* hat daher das deutsche Aktienrecht ausgleichende Regeln³⁰ geschaffen.

2.2 Globale Konstruktion des Konzerns

Die Aktiengesellschaft als juristische Person ist an und für sich vorerst eine Konstruktion der Rechtswissenschaft und hernach eine Fiktion des nationalen Gesetzgebers, woran Fögen³¹ in einer rechtshistorischen Abhandlung erinnert hat. Eine *Fiktion der Fiktion* erscheint daher umso mehr der Konzern als Hyper-Konstruktion juristischer Personen und, in potenziierter Form, der transnational konstruierte globale Konzern; es wäre wohl naiv, wenn die Rechtswissenschaft dieses Faktum nicht im Bewusstsein bewahren würde.

Andererseits zeigt ein philosophischer Exkurs³², dass *Fiktion Realität* werden kann. Dieser paradoxe Vorgang ist dann möglich, wenn fiktive Vorstellungen auf allgemeiner Akzeptanz beruhen. Man spricht dann von einer gemeinsamen Konstruktion der Wirklichkeit, ein Befund, der für alle Formen menschlicher Gemeinschaft, mithin auch für die staatliche Rechtsordnung, festgehalten werden kann. Das vom nationalen Gesetzgeber geschaffene Recht gilt nicht nur kraft Staatsgewalt, sondern in erster Linie aufgrund der Akzeptanz der Bürger. Insbesondere die Akzeptanz der juristischen Person als Konstruktion und Fiktion des Gesetzgebers³³

³⁰ Oben N. 29 unter Hinweis auf § 311 AktG in Verbindung mit § 317 AktG mit Literaturlauswahl, Emmerich/ Sonnenschein, *Konzernrecht*, 5. Aufl. (München, Beck 1993); Lutter/ Krieger, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates*, 3. Aufl. (Freiburg im Br., 1993); Flume, *Juristische Person* (Berlin, Springer 1993) § 4 IV; Gessler/ Hefermehler/ Kropff, *Aktiengesetz*; v. Godin/ Wilhelmi, *Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl. (Berlin, de Gruyter 1971); Grossfelder, *Internationales Unternehmensrecht* (Heidelberg, Müller 1986); Handschin (oben N. 17) 10f. (deutsches Recht); Henn, *Handbuch des Aktienrechts* (Heidelberg, Müller 1978); Hüffer, *Aktiengesetz*, Kommentar, 2. Aufl. (München, Beck 1995); Raiser, *Recht der Kapitalgesellschaft*, 2. Aufl. (München, Franz Vahlen 1992); Würdinger, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, 4. Aufl. (Karlsruhe, Müller 1981). Zur neueren Entwicklung im europäischen Konzernrecht, vgl. Thiele (oben N. 14) sowie Hopt, „Europäisches Konzernrecht?“, *EuZW (Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)* (1999) 577.

³¹ Fögen, „<Mehr Sein als Schein>? Anmerkungen zur juristischen Person in Theorie und Praxis“, *SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung)* (1999) 393ff.; vgl. auch Rausch, „Wieviel Fiktion ist genug?“, *FS Meier-Hayoz* (Zürich, Schulthess 1972) 35ff.

³² Brunner, „Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts“, in: Schuhmacher (Hrsg.), *Geschlossene Gesellschaft* (Zürich, Rio 1993) 187ff., insb. 205 unter Hinweis auf die Theorie des Konstruktivismus: Luckmann, von Foerster, Watzlawick, u.a.

³³ Die Gesetzesfiktion der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen ist daher grundsätzlich zu beachten. Der Rückgriff auf die Realität („Durchgriff“) ist nur unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs zulässig, vgl. Forstmoser/ Untersander, „Entwicklungen im Gesellschaftsrecht“, *SJZ* (1999) 470ff., insb. 474, Ziff. II.

steht und fällt demnach mit dem Vertrauen der Bürger in die Rationalität und Legitimität dieses Rechtsinstitutes, womit auch dessen Entfaltung und Grenzen bestimmt werden.

Bei der globalen Konstruktion von Konzernen in den Formen des Rechts entwickelt sich damit ein Wechselspiel von Fiktion und Realität, das in mehrfacher Hinsicht zu *Illusionen* verleitet. *Einerseits* wird die Konzernmacht als „grenzenlos“ im doppelten Sinn beklagt von Bürgern und Regierungen der einzelnen Nationalstaaten, weil sie den Geltungsgrund der Institutionen des Gesellschaftsrechts im staatlich gesetzten Recht und dessen Gestaltbarkeit scheinbar vergessen. *Andererseits* können Konzernleitungen übersehen, dass Unternehmensformen durch eben dieses staatliche Recht geschaffen werden und dass der Ursprung der Konzernmacht in den aktienrechtlichen Formen zu finden ist. *Konzernmacht ist daher auch in transnational konstruierten Konzernen nicht grenzenlos*. Errichtung und Existenz verdankt der Konzern dem Recht des Nationalstaates, der durch Gesetz und völkerrechtliche Abkommen Schranken setzen kann. Sodann stehen die einzelnen Rechtsgeschäfte der Konzernleitungen unter der Bedingung funktionsfähiger Rechtsordnungen der einzelnen Nationalstaaten, d.h., dem rule of law – Prinzip, nicht zuletzt hinsichtlich Aufsicht, Rechtsanwendung und Vollstreckung.

Der transnational strukturierte und operierende Konzern ist deshalb besonders verletzlich, weil er ohne das Vertrauen in die Rechtsförmlichkeit seiner Teile nicht denkbar ist, was für das Innen – und für das Aussenverhältnis zutrifft. Die Fragen des Aussenverhältnisses³⁴ müssen hier ausgeklammert bleiben. Den Fragen des *Innenverhältnisses* geht die vorliegende Fallstudie nach. Hier kann das berechtigte Vertrauen der Verwaltungsräte von Konzern-Gesellschaften in die Korrektheit und Rechtsförmlichkeit der anderen Teile in ein trojanisches Pferd *umfunktioniert* werden, wenn der internationale Konzern von einem Raider beherrscht wird. Die Tore stehen dann, um bei den Bildern des Dramas zu bleiben, weit offen, was die Stellung der Verteidiger umso hoffnungsloser macht, wenn die Vermögenswerte werthaltiger Konzern-Gesellschaften auf diesem Wege „off the shore“ gelangen. So hat der Gemeinschuldner der vorliegenden Fallstudie³⁵ versucht, die Mehrheitsbeteiligung des Konzerns 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 und die Frage aufwirft, ob durch die Fiktion auf die Realität zurückgegriffen werden kann und muss. Die entsprechenden Probleme im Innenverhältnis sind dabei eng mit der

³⁴ Vgl. dazu Brechbühl, *Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen* (Bern, Stämpfli 1998); Kuzmic, *Haftung aus Konzernvertrauen* (Zürich, Schulthess 1998); Fleischer, „Konzernrechtliche Vertrauenshaftung“, *ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht)* (1999) 461ff.

³⁵ ZR (1999) Nr. 52 Urteil A und Urteil C.1, Erw. 3.2.2.

Rechtstellung der Verwaltungsräte in den Ober- und Unter-Gesellschaften des Konzerns verknüpft.

3. VERWALTUNGSRÄTE IN TRANSNATIONALEN KONZERNEN

3.1 Perspektiven in Ober-Gesellschaften

a) Um das Verhältnis zwischen Ober- und Unter-Gesellschaften im Konzern³⁶ näher auszuleuchten, sind für das schweizerische Recht folgende idealtypische Pflichten festzuhalten: Das geschäftsführende Organ der *beherrschenden Aktiengesellschaft* hat bei der Wahrnehmung seiner Konzernmacht einer eigentlichen *Konzernleitungspflicht*³⁷ zu genügen. Als Richtlinien für die Beurteilung haben im schweizerischen Recht die – auf das Leitbild eines autonomen Unternehmens zugeschnittenen – Artikel 716a OR und Artikel 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.³⁸ Der Gemeinschuldner der vorliegenden Fallstudie begründete die *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 Abberufung dürfte bei den Mitgliedern der Verwaltung zumeist seine Wirkung nicht verfehlen und sie dazu veranlassen, die Geschäfte nach den Anweisungen des Hauptaktionärs zu führen“.³⁹ 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)

³⁶ Vgl. zum folgenden ZR (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.4.4. Vgl. nunmehr auch Vogel, *Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft*, Diss. St. Gallen (Bern, Paul Haupt 1997); Zweifel, „Die Haftungsverhältnisse im faktischen Konzern infolge Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch die herrschende Gesellschaft“, *FS Meier-Hayoz* (oben N. 31) 126ff.

³⁷ Oben N. 36 unter Hinweis auf Amstutz (oben N. 20) 363, 376, 380; vgl. nunmehr überdies: Druey/Vogel (oben N. 22) 33; von Büren (oben N. 14) 54ff.

³⁸ Oben N. 36 unter Hinweis auf Amstutz (oben N. 20) 390ff.

³⁹ Oben N. 36 unter Hinweis auf A. von Planta, *Die Haftung des Hauptaktionärs* (Basel, Helbing & Lichtenhahn 1980) 10.

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 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.⁴⁰ Konzernmacht ist demnach nicht grenzenlos. Konzernmässige Beeinflussung ist 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.⁴¹ Verwaltungsräte in Ober-Gesellschaften des Konzerns dürfen diese Grenze demnach nicht überschreiten.

b) Auch mit Bezug auf diese Rechtsfrage bestehen im *deutschen Recht* nicht nur Vernunftgründe, sondern positive Aktienrechtsnormen.⁴² Nach deutschem Recht ist auch eine natürliche Person (wie vorliegend der Gemeinschuldner) durchaus qualifiziert, als sog. *herrschender Unternehmer*⁴³ aufzutreten. 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 kleiden⁴⁴. Gemäss dem *Wertentscheid des deutschen Gesetzgebers*⁴⁵ ist ein herrschender Unternehmer verpflichtet, die aufgrund seiner Machtstellung erworbenen Vorteile zurückzuerstatten, wenn das beherrschte Un-

⁴⁰ Oben N. 36 unter Hinweis auf Amstutz (oben N. 20) 402ff.

⁴¹ Oben N. 36 unter Hinweis auf Amstutz (oben N. 20) 442; F. von Planta, *Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft* (Zürich, Schulthess 1988) 153ff.

⁴² Vgl. insb. § 117, 311 und 317 sowie § 291 deutsches AktG.

⁴³ ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.1, Erw. 3.3.1.a. unter Hinweis auf Schneider, „Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern“, ZHR (1979) 485-521.

⁴⁴ Oben N. 43 unter Hinweis auf Hüffer (oben N. 30) § 15 RN 9 a.E.

⁴⁵ ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.1, Erw. 3.3.1.b.

ternehmen durch ein unvorteilhaftes Geschäft im Rahmen seines Konzerns zu Schaden⁴⁶ gekommen ist.

Bei einem Gebilde wie dem globalen O-Konzern der vorliegenden Fallstudie⁴⁷ finden sich diese Leitgedanken zum Verhältnis von Mutter- zu Tochter-Gesellschaft innerhalb der Konzernstruktur äusserst unzureichend verwirklicht: Aufgrund der tatsächlich vorherrschenden Machtstrukturen stand einzig die Person des Gemeinschuldners im Zentrum. Zwar wurde eine gesellschaftsrechtliche Konzernstruktur durchaus aufgebaut und benutzt, vom Raider aber als Werkzeug für seine persönlichen Zwecke missbraucht. Er hat die juristische Selbständigkeit der einzelnen Unternehmungseinheiten nie genügend beachtet. Das Cash-Management führte dabei in zwei Richtungen: Einerseits in die oberste Konzern-Gesellschaft und von dort in den Off-shore Trust des Gemeinschuldners, andererseits an die vom Konzernleiter beherrschten Unter-Gesellschaften in verschiedenen Off-shore Gebieten. Welche Sicherheiten bestanden dabei für die beherrschten Gesellschaften und damit für die Gläubiger?

3.2 Perspektiven in Unter-Gesellschaften

a) Im dramatischen Interessenkonflikt⁴⁸ abhängiger Verwaltungsräte, die als Organe der abhängigen Gesellschaft einerseits deren Interessen zu vertreten, gleichzeitig aber die Konzerninteressen wahrzunehmen haben, bietet das geltende *schweizerische Konzernrecht*⁴⁹ wiederum keine Handhabe. Der h.L.⁵⁰ 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. Insgesamt wird dieses zentrale, dem Konzern inhärente Problem vom Gesetzgeber aber 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 Lückenfüllung⁵¹ zu erfolgen. Trotz der unbestrittenen Abhängigkeit unterer Konzern-Gesell-

⁴⁶ Oben N. 45 unter Hinweis auf: Luchterhandt, „Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern“, *ZHR* (1969) 1-60; Emmerich/ Sonnenschein (oben N. 30) 420.

⁴⁷ *ZR* (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.4.5.

⁴⁸ F. von Planta (oben N. 41); Schlupep, „Über privatrechtliche Freiheit und Verantwortung des kartellähnlichen Konzerns“, *FS Meier-Hayoz* (oben N. 31) 345ff, insb. 357ff.

⁴⁹ *ZR* (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.4.6. f.

⁵⁰ Oben N. 49 unter Hinweis auf: Meier-Hayoz/ Forstmoser (oben N. 20) 441; Tappolet, *Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht* (Zürich, Schulthess 1973) 76ff.; vgl. nunmehr auch: von Büren (oben N. 14) 125ff. sowie: Zürcher, *Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechtskonzern*, Diss. Zürich (Bern, Stämpfli Verlag 1993) 153ff.; Druey, (oben N. 25) 366ff.

⁵¹ Oben N. 49 unter Hinweis auf die Kritik bei: von Büren, in von Büren/ Hausheer/ Wiegand (oben N. 20) 59; Homburger (oben N. 15) 67; F. von Planta (oben N. 41) 156.

schaften ist jedoch in einem Wertentscheid nach Artikel 1 Abs. 2 ZGB festzuhalten, 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 Gesellschaftsrecht⁵² 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, ob die eigene Interessenwahrnehmung und damit die Wahrnehmung eines Widerstandsrechts gegen die Ober-Gesellschaft den Organen der Unter-Gesellschaft möglich war. Folgende Entscheid-Kriterien sind dabei massgebend: 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 Fall⁵³ auszuführen hat. So stellt eine *sachlich unmotivierter Überweisung*, welche ein Verwaltungsrat ausschliesslich auf Weisung der Konzernleitung im Rahmen einer konsolidierten Geschäftsführung tätigt, eine Sorgfaltspflichtverletzung⁵⁴ dar. Sodann ist als absolute *Grenze aller gesellschaftlichen Tätigkeit* stets zu beachten, dass Rechtsgeschäfte nichtig sind, sofern sie gegen den *Gesellschaftszweck*⁵⁵ verstossen. Bei Aktiengesellschaften besteht der Endzweck in aller Regel im Erzielen von Gewinn.⁵⁶ 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 Rechtsgeschäfte jedoch stets, wenn sie mit vernünftigen Überlegungen nicht mehr vereinbar sind und zu einem Schaden⁵⁷ des Unternehmens führen. 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.⁵⁸ Von Liberalitäten wird ge-

⁵² Vgl. ebenso nunmehr auch: von Büren (oben N. 14) 125ff.; Druey/ Vogel (oben N. 22) 376ff.

⁵³ ZR (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 4.2 unter Hinweis auf: Graf, *Verträge zwischen Konzerngesellschaften* (Bern, Stämpfli 1988) 49ff.

⁵⁴ Oben N. 53 unter Hinweis auf BGE 108 Ib 37; 110 Ib 132 f. = Pra 1984, 707ff. und OR-Baudenbacher (oben N. 22) zu Art. 620 N 24.

⁵⁵ ZR (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 4.2.2.

⁵⁶ Oben N. 55 unter Hinweis auf: Forstmoser, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bd. I (Zürich, Schult Hess 1981) 10 und 63f.; mit Einschränkungen auch gültig für Einzelgesellschaften innerhalb des Konzerns: Graf (oben N. 53) 153f.

⁵⁷ Oben N. 55 unter Hinweis auf Schreiber, *Die Zweckbindung bei der Aktiengesellschaft* (Zürich, Juris 1974) 11.

⁵⁸ Oben N. 55 unter Hinweis auf ZK-Bürgi, Art. 698-738 OR; Art. 718 OR N 5; Graf (oben N. 53) 67; Schreiber (oben N. 57) 12.

sprochen, 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. Gegen solche unentgeltliche Vermögenszuwendungen haben Verwaltungsräte von Unter-Gesellschaften, insbesondere im Hinblick auf den Gläubigerschutz, Widerstand anzumelden; dieser Wertentscheid gilt umso mehr, wenn der Mittelabfluss in Off-shore Gebiete erfolgt, die bekanntlich erhebliche Probleme im internationalen Vollstreckungsrecht bereiten.

b) Analoge Wertentscheide hat der *deutsche Gesetzgeber* getroffen. Auch bei Geltung der grundsätzlichen Haftung des herrschenden Unternehmers gegenüber dem beherrschten Unternehmen stellt sich die Frage, ob dies auch für solche Entscheide von Organen der Unter-Gesellschaften gelten kann, die in *Missachtung der elementarsten Sorgfaltspflichten einer Unternehmensleitung*⁵⁹ erfolgt sind. Stellt der statutarische Zweck die Gesellschaft ausdrücklich in den Dienst eines Konzerns, so muss die Verwaltung zwar mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln dieses Ziel verfolgen. Selbst in dieser extremen Ausprägung ist jedoch die *Eigenverantwortlichkeit* der Organe des beherrschten Unternehmens keinesfalls aufgehoben. Dies gilt umso mehr im faktischen Konzern ohne formale Beherrschungsverträge.⁶⁰ 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 formal-juristische Stellung unverändert bleibt.

Im bereits erwähnten, schwerwiegenden *Interessenkonflikt abhängiger Verwaltungsräte*, 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 Konzerns feststeht, ist festzuhalten, dass es auch im deutschen Recht ein *Widerstandsrecht bzw. eine Widerstandspflicht*⁶¹ der Tochter-Gesellschaft gegenüber dem Mutterhaus, der Einzelgesellschaft gegenüber der Konzernleitung gibt. Insoweit behält das formelle Gesellschaftsrecht für die Beurteilung der Handlungen der Einzelgesellschaften und ihrer Organe auch im deutschen Konzernrecht seine Gültigkeit.

⁵⁹ ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.1, Erw. 3.3.2.

⁶⁰ Oben N. 59 unter Hinweis auf § 291 AktG und Hüffer (oben N. 30) § 76 RN 19.

⁶¹ Oben N. 59 unter Hinweis auf 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) 388ff.; Clemm, „Die Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht des Vorstands der beherrschten AG bei bestehendem Beherrschungsvertrag“, ZHR (1977) 197-208.

4. KONZERNKOLLISIONSRECHT

4.1 Internationales Zivilprozessrecht

Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist *von Amtes wegen* festzustellen, was sich im schweizerischen Kollisionsrecht aus Artikel 16 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) ergibt.⁶² Diese Norm hält zwar fest, dass bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis den Parteien überbunden werden kann. Von dieser Möglichkeit sollten die Gerichte jedoch zurückhaltend Gebrauch machen, vor allem dann, wenn es sich um ausländisches Recht von Staaten des europäischen Binnenmarktes handelt. Dieser Grundsatz sollte vor allem im beschleunigten Verfahren⁶³ in der Vollstreckung gelten. Das hindert ein Gericht selbstverständlich nicht, die Mitwirkung der Parteien beim Nachweis ausländischen Rechts in Anspruch zu nehmen. Die Überprüfung der richtigen Anwendung des ausländischen Rechts kann in vermögensrechtlichen, berufungsfähigen Verfahren jedoch nicht durch das Bundesgericht⁶⁴ erfolgen. Wie vorstehende Ausführungen zeigten, hatte das Gericht den transnationalen Sachverhalt der vorliegenden Fallstudie nach ausländischem materiellem Recht zu beurteilen. Neben den konzernrechtlichen Fragen nach *deutschem Aktienrecht* gehörten dazu insbesondere auch das *Trustrecht von Guernsey Island*.⁶⁵

a) 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 kodifiziert.⁶⁶ In Guernsey war 1991 sodann der Fall des Kamel Abdel Rahman – Trust entschieden worden. In Anwendung dieser Rechtsprechung⁶⁷ bzw. mangels Trustabsicht und wegen Scheingeschäfts musste in der Folge der WKR Trust ungültig⁶⁸ erklärt werden.

⁶² ZR (1999) Nr. 52 Urteile A und C.1.

⁶³ Vgl. zu diesem Verfahren: Brunner/ Houlmann/ Reuter, *Kollokations- und Widerspruchsverfahren nach SchKG* (Bern, Stämpfli 1994).

⁶⁴ Mächler-Erne, Anhang: Aufhebung und Änderung des geltenden Bundesrechts, N 12, in: Honseil/Vogt/Schnyder (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht* (Basel, Helbing & Lichtenhahn 1995); vgl. auch ZR (1996) Nr. 2 sowie BGE 119 II 93.

⁶⁵ ZR (1999) Nr. 52 Urteil A.

⁶⁶ Jersey: Trusts (Jersey) Law 1984; Guernsey: Trusts (Guernsey) Law, 1989.

⁶⁷ Eingehend ZR (1999) Nr. 52 Urteil A, Erw. 2.2.2.

⁶⁸ Oben N. 67, Erw. 2.2.3.

b) Das schweizerische internationale Konzern- bzw. Gesellschaftsrecht führte wie bereits erwähnt, auch zur Anwendung⁶⁹ des deutschen Konzernrechts von Amtes wegen im Fall⁷⁰ des im Konkursverfahren des Gemeinschuldners klagenden deutschen Industrie-Konzerns HA-AG.

4.2 Internationales Privatrecht

a) Mit Bezug auf die kollisionsrechtliche Beurteilung⁷¹ des vom Gemeinschuldner errichteten Off-shore-Trusts, womit der Zugriff der Gläubiger auf das Haftungssubstrat des transnationalen Konzerns erschwert werden sollte, ergab sich nach schweizerischem Recht folgendes: Gemäss Artikel 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 schweizerische IPRG zur *Inkorporationstheorie*.⁷² Nach dem Wortlaut der Trusturkunde wurde der „WKR Trust“ gemäss den Gesetzen von Guernsey begründet und das Recht von Guernsey als anwendbares Recht bezeichnet. Das Recht von Guernsey sieht keine speziellen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften für die Begründung eines einfachen Trusts vor⁷³. Da der „WKR Trust“ gemäss Trusturkunde nach dem Recht Guernseys organisiert wurde, war auf diesen das *Recht von Guernsey* anwendbar.⁷⁴

Bei der Errichtung eines Trusts⁷⁵ erfolgt eine *Eigentumsübertragung vom Settlor auf den Trustee*⁷⁶. 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. Als Grenzen dieser Gestaltungsfrei-

⁶⁹ ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.2; die Anwendung des deutschen Aktienrechts wurde durch das Zürcher Kassationsgericht überprüft, da eine Berufung an das Bundesgericht in diesem Punkt nicht möglich war.

⁷⁰ ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.1.

⁷¹ ZR (1999) Nr. 52 Urteil A, Erw. 2.1.2.

⁷² BGE 112 II 494ff., insb. 500f.

⁷³ Art. 6. (1) Trusts (Guernsey) Law, 1989.

⁷⁴ Art. 154 Abs. 1 IPRG.

⁷⁵ Vgl. dazu neuerdings Mosimann, *Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten* (Zürich 1999).

⁷⁶ ZR (1999) Nr. 52 Urteil A, Erw. 2.2.

heit wirken erst die Verletzung der Moral, d.h., der „public policy“, was grundsätzlich dem kontinentalen *ordre public* entspricht, sowie die Missachtung von Gesetzesbestimmungen. Wenn ein an sich gültiger Trust gegen diese Grundsätze verstösst, ist er rechtlich nicht durchsetzbar.⁷⁷

Bei der *Beurteilung der Gültigkeit des WKR Trusts* war demnach zu prüfen, ob die in der Trusturkunde niedergelegten wesentlichen Bestimmungen über dessen Gestaltung mit den Grundsätzen des Trustrechts vereinbar waren und, ob bei Errichtung und Führung des Trusts die erforderliche Trustabsicht des Settlors vorhanden war. Als Ergebnis dieser Beurteilung musste die Ungültigkeit des „WKR Trusts“ festgestellt werden, nachdem der Gemeinschuldner zahlreiche Übergriffe und Verstösse gegen die Grundsätze des Trustrechts von Guernsey Island zu vertreten hatte. Die Gläubiger erhielten damit (zumindest theoretisch) Zugriff auf das Haftungssubstrat des transnationalen Konzerns im Off-shore Gebiet.

b) Die weitere kollisionsrechtliche Rechtsfrage nach dem anwendbaren Recht auf *Ansprüche wegen Einflussnahme als herrschender Unternehmer* ist im schweizerischen Recht⁷⁸ zufolge Fehlens eines Konzernrechts gesetzlich nicht geregelt⁷⁹. Demgegenüber kennt das deutsche Recht wie dargelegt eine eingehende Konzerngesetzgebung im Aktienrecht, das 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 Artikel 19 IPRG war 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.⁸⁰

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 Verhältnis⁸¹ erhalten bleiben soll. Anders entscheiden hiesse, die vom nationalen Gesetzgeber getroffenen Wertentscheide zwecks Begrenzung wirtschaftlicher Macht bezüglich transnationaler Konzerne faktisch aufzuheben bzw. zu umgehen, d.h., es

⁷⁷ Oben N. 76 unter Hinweis auf Baker/ Langan, *Snell's Principles of Equity*, 28th edn. (London, Sweet and Maxwell 1982) 91.

⁷⁸ Vischer, „Das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz“, in: Nobel (oben N. 14) 27ff., insb. 35f.

⁷⁹ ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.1, Erw. 2.1.2 unter Hinweis auf A. von Planta, Art. 150 N 6, in: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht* (oben N. 64).

⁸⁰ Oben N. 79 unter Hinweis auf Mächler-Erne, Art. 19 N 14, in: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht* (oben N. 64).

⁸¹ Immenga/ Klocke, „Konzernkollisionsrecht“, ZSR (1973 I) 27ff., insb. 46ff.

gingen die ausgleichenden Bemühungen des Rechts der souveränen Staaten⁸² durch quasi-souveräne Entscheide internationaler Konzerne ins Leere. Für konkrete Haftungsfälle ist damit die vorgenannte Fiktion der Fiktion eines transnationalen Konzerns zumindest teilweise in die Realität zurückzuführen. Im Sinne von Artikel 1 Abs. 2 ZGB gilt damit folgende *kollisionsrechtliche Grundregel: Für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen herrschendem und beherrschtem Unternehmen ist das Schutzrecht am Sitz des beherrschten Unternehmens anwendbar.*⁸³ Das massgebliche Schutzrecht erstreckt sich dabei insbesondere auf die Rechte der Unternehmensleitung,⁸⁴ der Minderheitsaktionäre⁸⁵ und der Gläubiger⁸⁶ 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 tiefer Schutzstandard, eine Feststellung im übrigen, die den Gesetzgeber zum Handeln auffordert.

4.3 Internationales Vollstreckungsrecht

In einem der Verfahren⁸⁷ der vorliegenden Fallstudie machte die beklagte Konkursmasse geltend, die positive Kollokationsklage der klagenden Konzern-Gesellschaft dürfe nicht geschützt werden, andernfalls der Gemeinschuldner als Eigentümer der Aktien der Zwischen- und Mutter-Gesellschaften der Klägerin im Ergebnis vom Haftungssubstrat der Konkursmasse profitieren könne. Zur Begründung wurde u.a.

⁸² Zu denken ist insb. an die revidierten Aktienrechtsnormen zum Schutz der Minderheitsaktionäre (vgl. dazu Bratschi, *Die Stellung des freien Aktionärs im Konzern* [Bern, Stämpfli 1996] 43ff.) und vor unfreundlichen Übernahmen sowie an das *Aufsichtsrecht* im Bereich der Finanzdienstleistungen und des Anlegerschutzes. Vgl. bereits Mestmäcker, „Multinationale Unternehmen im nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht“, in: Sternberger (Hrsg.), *Recht und Macht in Politik und Wirtschaft* (Zürich, Schulthess 1976) 109-135.

⁸³ ZR (1999) Nr. 52 Urteil C.1; vgl. ebenso: von Büren (oben N. 14) 412ff, insb. 414 N 19 unter Hinweis auf Vischer, N 25 der Vorbemerkungen zu IPRG 150-165, in: Heini/ Keller/ Siehr/Vischer/ Volken (Hrsg.) *Kommentar zum IPRG* (Zürich, Schulthess 1993). Vgl. sodann: Immenga, „Internationales Konzernrecht – deutsche Perspektiven“, in: Nobel (oben N. 14) 117ff., insb. 122ff.; Rohr, *Der Konzern im IPR unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Minderheitsaktionäre und Gläubiger*, Diss. Freiburg (Zürich, Schulthess 1983); Plüss, „Zur Rechtsstellung des <Konzernführers>“ *FS Forstmoser* (Zürich, Schulthess 1993) 147ff., insb. 150.

⁸⁴ F. von Planta (oben N. 41).

⁸⁵ Bratschi (oben N. 82); Zweifel (oben N. 36).

⁸⁶ Zürcher (oben N. 50).

⁸⁷ ZR (1999) Nr. 52 Urteil A.

ein aktienrechtlicher Durchgriff⁸⁸ im internationalen Privatrecht postuliert. Nach Feststellung der Ungültigkeit des Trusts auf Guernsey Island zeigte sich denn auch in der Folge, dass das *Vermögen* der Klägerin über die Zwischen-Gesellschaften des Konzerns⁸⁹ im Eigentum des Gemeinschuldners stand. Solche Konstellationen sind im Vollstreckungsrecht keineswegs selten, weshalb sie stets als Möglichkeit einer schuldnerischen Strategie⁹⁰ in Betracht zu ziehen sind. *Verfahrensrechtlich* wurde daher geltend gemacht, die 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. *Konzernrechtlich* wurde argumentiert, diese rechtsmissbräuchliche Wirkung rechtfertige einen Durchgriff und es müsse die rechtliche Selbständigkeit der Klägerin und ihrer Mutter-Gesellschaften unbeachtet bleiben.

a) Bei einer solchen Sachlage stellt sich die Frage nach der *Qualifikation der Durchgriffsproblematik*⁹¹ im internationalen Privatrecht. Die schweizerische Lehre und Praxis fasst den Durchgriff überwiegend als Qualifikationsproblem im Sinne von Artikel 2 ZGB auf. Die ausnahmsweise Nichtbeachtung der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen als Umkehr von der Fiktion zur Realität kann dementsprechend nur unter den Gesichtspunkten des Prinzips von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots erfolgen. Als fundamentale Grundsätze der Rechtsordnung gehören sie zweifellos zum *positiven ordre public im Sinne von Artikel 18 IPRG*. Die Qualifikation von Artikel 2 ZGB als *loi d'application immédiate*⁹² lässt sich insbesondere auch insofern rechtfertigen, als die Rechtsfragen der Vollstreckung einen starken Binnenbezug aufweisen. Der transnationale konzernrechtliche Durchgriff in der Vollstreckung ist daher *nach schweizerischem Recht* zu beurteilen.

b) Ein direkter aktienrechtlicher Durchgriff durch den Schleier der Konzernstruktur wurde in der Folge jedoch materiellrechtlich verneint,⁹³ auch wenn die *wirtschaftliche Betrachtungsweise* einen anderen Schluss hätte nahe legen können. Ein Grund für die Beachtung der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person lag darin, dass *nach* der Konkurseröffnung über den Gemeinschuldner Drittin-

⁸⁸ Vgl. zum Durchgriff im Konzernrecht, Pedrazzini, *Gesellschaftsrechtliche Entscheide* (Bern, Stämpfli Verlag 1998) 156ff. unter Hinweis auf BGE 113 II 31 = Pra 1987 Nr. 174; Behrens, „Der Durchgriff über die Grenze“, *RabelsZ* (1982) 308ff.

⁸⁹ ZR (1999) Nr. 52 Urteil A., Erw. 2.2.3.c am Ende.

⁹⁰ Zum „*Oktopus-Effekt*“ in der Vollstreckung als transnationale Strategie künftiger Schuldner, vgl. Brunner, „Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht“, *AJP (Aktuelle Juristische Praxis)* (1/1995) 3ff., insb. Ziff. III.1.3.

⁹¹ Zum folgenden ZR (1999) Nr. 52 Urteil A., Erw. 3.

⁹² Zur Kritik dieser Rechtskonstruktion, vgl. Siehr, „« False Conflicts », « lois d'application immédiate » und andere « Neuentdeckungen » im IPR“, *FS Drobnič* (Tübingen, Mohr Siebeck 1998) 443ff.

⁹³ ZR (1999) Nr. 52 Urteil A., Erw. 3.2. und 3.3.

teressen an der Klägerin nicht ausgeschlossen⁹⁴ werden konnten. Die positive Kollokationsklage drang indessen gleichwohl nicht durch, da der Gemeinschuldner als herrschender Unternehmer des Konzerns ein in der Höhe ständig variierendes persönliches Darlehen von rund acht Millionen Franken während Jahren bei der Klägerin – einer Bank mit Sitz in Genf – ohne schriftliche Unterlagen „stehen“ gelassen hatte. Dies verstieß gegen den Liquidationszweck der Klägerin, da die Aufsicht, d.h., die Eidgenössische Bankenkommission (EBK), dieser bereits zehn Jahre zuvor die Banklizenz entzogen hatte, mit der Auflage, umgehend die Liquidation der Gesellschaft einzuleiten. Die Liquidation wurde jedoch nicht vollzogen; vielmehr wurde die Klägerin vom herrschenden Unternehmer faktisch als „Kontoposten“ des O-Konzerns verwendet.⁹⁵

c) Eine Eventualbegründung⁹⁶ zur Frage des Rechtsmissbrauchs kam jedoch zum Schluss, dass die Beziehung einer juristischen Person zur ihren (indirekten) Aktionären nicht alleine unter dem Gesichtspunkt des direkten Durchgriffs gewürdigt werden kann. 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.⁹⁷ Artikel 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 allein im Anwendungsfall des direkten Durchgriffs. Es sind vielmehr *weitere Fälle*⁹⁸ denkbar, in welchen der Rechtsschutz zu verweigern ist, ohne dass ein Durchgriff vorgenommen werden müsste oder könnte.⁹⁹ Die rechtliche *Möglichkeit transnationaler Konzernstrukturen als Gesetzesfiktion* darf nicht soweit gehen, dass ein Schuldner als vormaliger herrschender Unternehmer eines Konzerns *in Realität gegen sich selbst* zum Nachteil der Gläubiger Forderungen geltend machen könnte.

⁹⁴ Oben N. 93, Erw. 3.2.3; dies insb. im Zeitpunkt des Urteils (vgl. § 188 Zürcher ZPO).

⁹⁵ Oben N. 93, Erw. 4 (Zusammenfassung).

⁹⁶ Oben N. 93, Erw. 5.

⁹⁷ Oben N. 93 unter Hinweis auf Homburger (oben N. 15) 33-35.

⁹⁸ Vgl. zur Rechtsprechung insb. Druey/ Vogel (oben N. 22) 59ff.

⁹⁹ Vgl. zu den allgemeinen Grundsätzen: Zeller, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot* (Zürich, Schulthess 1981) 313ff.

5. EPILOG – NACHSEHEN UND VORSEHEN

Die verschiedenen Instrumente des materiellen und internationalen Konzernrechts konnten nicht verhindern, dass die Gläubiger im Konkurs über den vormals herrschenden Unternehmer sowie im Verfahren betreffend Nachlassliquidation der Ober-Gesellschaften des Konzerns in wirtschaftlicher Hinsicht das *Nachsehen* haben. Als Epilog zur verschachtelten transnationalen Struktur, zu den Finanzstrategien und Beziehungen mit kreditgebenden Banken im Aussenverhältnis sowie zu den gegenseitigen Abhängigkeiten und Geldflüssen im Innenverhältnis des Konzerns bietet die griechische Mythologie denn auch die Geschichte des König Midas an; offensichtlich sind die geschädigten Gläubiger ebenso wie die abhängigen Verwaltungsräte davon ausgegangen, dass alles zu Gold werde, was der Gemeinschuldner anfasse.¹⁰⁰ Die erst durch den Richter auf *Missbrauchstatbestände* aufgrund von Artikel 2 Abs. 2 ZGB reagierende Rechtsordnung erfasst damit eine extreme private wirtschaftliche Machtausübung, wie sie in der vorliegenden Fallstudie zu Aspekten des internationalen Konzernrechts aufgezeigt wurden, in jedem Fall erst retrospektiv und damit zu spät¹⁰¹. Darlehen und Geldflüsse, die im transnationalen Finanzkonglomerat versickerten, sind zum grossen Teil verloren.

Vorsehen sollten sich daher nicht nur künftige Gläubiger, sondern auch der Gesetzgeber, wenn Lehren aus dem dargelegten aktienrechtlichen Ausreisser gezogen werden sollen. Der säumige Gesetzgeber könnte dabei auf die Arbeiten des FORUM EUROPÆUM KONZERNRECHT¹⁰² zurückgreifen, um das Richterrecht¹⁰³ von Artikel 1 ZGB durch das demokratisch breiter abgestützte Gesetzesrecht zu ersetzen. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert dabei vor allem das Kapitel „Geschäftsleiterpflichten in der Krise (wrongful trading)“, das dem englischen Recht nachgebildet ist. Zutreffend wird – wie auch die vorliegende Fallstudie zeigt – festgestellt,¹⁰⁴ dass das Recht vielfach zu spät mit gesteigerten Pflichten des herrschenden Unternehmers eingreift, d.h. erst im Konkurs einer unteren Konzern-Gesellschaft. In solchen Gesellschaften muss der Zeitpunkt für die Pflichtenverschärfung nach vorne verschoben werden, wenn das herrschende Unternehmen auf

¹⁰⁰ ZR (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.4.5 unter Hinweis auf den Sachwalterbericht der Revisionsgesellschaft über die OH-AG in Nachlassstundung vom 2. Oktober 1991; zit. in *NZZ (Neue Zürcher Zeitung)* vom 12. Oktober 1991.

¹⁰¹ ZR (1999) Nr. 52 Urteil B.1, Erw. 1.1.1.

¹⁰² An den Arbeiten im Forum Europæum Konzernrecht beteiligten sich aus der Schweiz: Jean-Nicolas Druey, Universität St.Gallen, Peter Nobel, Universität St. Gallen, und Frank Vischer, Universität Basel; vgl. zum Schlussbericht: „Konzernrecht für Europa“ (oben N. 1).

¹⁰³ Druey (oben N. 25) 273ff., insb. 360f., begrüsst eine richterliche Rechtsfortbildung des Konzernrechts, jedenfalls solange der Gesetzgeber säumig bleibt.

¹⁰⁴ Druey (oben N. 102) 771 Ziff. (23).

das beherrschte Unternehmen Einfluss genommen hat. Das Forum Europaeum Konzernrecht schlägt daher folgende Richtlinienregelung vor:¹⁰⁵

(1) „Sobald in einer nachgeordneten Gruppengesellschaft keine vernünftige Aussicht mehr besteht, deren Auflösung aus ihren eigenen Kräften zu vermeiden (Kriseneintritt), ist die Muttergesellschaft verpflichtet, unverzüglich entweder die durchgreifende Sanierung der Gruppengesellschaft oder ihre geordnete Liquidation zu betreiben. ...“

(3) „Handelt die Muttergesellschaft ihrer Verpflichtung nach Abs. 1 zuwider, so haftet sie der Gruppengesellschaft in deren Liquidation oder Konkurs für den Ausgleich des Verlustes, den die Gesamtheit ihrer Gläubiger durch die Fehlbehandlung der Mutter erlitten hat. Dabei wird vermutet, dass die Mutter den Kriseneintritt in der Gruppengesellschaft kannte oder hätte erkennen können. . . .“

Die Beachtung und Durchsetzung dieser Grundsätze für das herrschende Unternehmen einerseits sowie die gesetzlich zu verankernden Widerstandsrechte und -pflichten abhängiger Verwaltungsräte beherrschter Unternehmen andererseits könnten den Zeitpunkt der Krisenbewältigung im *Innenverhältnis des Konzerns* früher eintreten lassen und damit zumindest die Vergrößerung von Verlusten für die Gläubiger vermeiden helfen.

SUMMARY

ASPECTS OF INTERNATIONAL CORPORATE GROUP LAW – A CASE STUDY

The case study at issue is based on a series of court proceedings in Switzerland, which began in 1990 and found an ended in 1999. In september 1991 the bankrupt “WKR” was declared insolvent with debts of more than four billion Swiss francs. In the 1980s it constructed a corporate group with some hundred companies and holding companies interlocked in the financial trade. The corporate group attracted industrial companies with assets of intrinsic value. The bankrupt company ensured its control of the attracted companies without however entering clear controlling contracts. Two holding companies (“OB Ltd.” and “OH Ltd.”) headed the corporate group. The controlling interest and other supplemental assets had been removed from the Continent to an offshore trust on Guernsey Island. The bankrupt company broke the trust, giving detailed instructions to the trustee. Furthermore, the person controlling the international corporate group induced the board of directors of the controlled companies to shift offshore real assets within the international corporate group (Bahamas, Cayman, Delaware). Consequently, the creditors of the corporate

¹⁰⁵ Druey (oben N. 102) Ziff. (24).

group and the shareholders of the controlled industrial companies lost their investment. In the several ensuing international bankruptcy cases the courts had to analyse the legal questions of conflict of laws of corporate groups according to Swiss law, German law and the law of Guernsey. This case study discusses the judgements and seeks to provide answers regarding the protection of the interest of controlled companies operating in a globalized economic sphere.

T.M.C. ASSER INSTITUUT

PRIVATE LAW
IN THE INTERNATIONAL ARENA

From National Conflict Rules Towards
Harmonization and Unification

❖ **LIBER AMICORUM KURT SIEHR** ❖

Edited by

Jürgen Basedow ♦ Isaak Meier ♦ Anton K. Schnyder

Talia Einhorn ♦ Daniel Girsberger

Jürgen Basedow
für AL
Daniel

Isaak Meier
Anton K. Schnyder
Talia Einhorn

Published by T.M.C.ASSER PRESS,
P.O.Box 16163, 2500 BD The Hague, The Netherlands

Sold and distributed in the U.S.A. and Canada
by Kluwer Law International,
675 Massachusetts Avenue, Cambridge, MA 02139, U.S.A.

In all other countries (except Switzerland) sold and distributed
by Kluwer Law International,
P.O.Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands.

Sold and distributed in Switzerland by
Schulthess Juristische Medien AG, Postfach 4438, CH-8022 Zürich
Switzerland, ISBN 3-7255-4096-9

ISBN 90-6704-124-6

© 2000, T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands

**T.M.C. Asser Instituut – Institute for Private and Public International Law,
International Commercial Arbitration and European Law**

Institute Address: R.J. Schimmelpennincklaan 20-22, The Hague, The Netherlands;
P.O. Box 30461, 2500 GL The Hague, The Netherlands; Tel.: (31-70)3420300;
Fax: (31-70)3420359; Website: www.asser.nl

Over thirty years, the T.M.C. Asser Institute has developed into a leading scientific research institute in the field of international law. It covers private international law, public international law, including international humanitarian law, the law of the European Union, the law of international commercial arbitration and increasingly, also, international economic law and the law of international commerce. Conducting scientific research either fundamental or applied, in the aforementioned domains, is the main activity of the Institute. In addition, the Institute organizes congresses and postgraduate courses, undertakes contract-research and operates its own publishing house. Because of its inter-university background, the Institute often cooperates with Dutch law faculties as well as with various national and foreign institutions. The Institute organizes Asser College Europe, a project in cooperation with East and Central European countries whereby research and educational projects are organized and implemented.

No part of the material protected by the copyright notice may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieval system, without written permission from the copyright owner.