

Das Arm's Length Principle im schweizerischen Recht – Die Grenzen des Konzerneinflusses

Dissertationszusammenfassung

KIRIL R. R. HASLEBACHER*

SCHLAGWÖRTER

Dealing at arm's length – Konzern – Leitungsorgan – Interessenkonflikt – Verrechnungspreis

I. Einleitung

Das zentrale Element des Konzernbegriffs ist die einheitliche Leitung. Von ihrer Umschreibung hängt letztlich ab, wann ein Rechtssubjekt ein anderes kontrolliert, oder mit anderen Worten, bei welchem Sachverhalten von einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen ist.¹ Dabei handelt es sich keineswegs um eine rein gesellschaftsrechtliche Thematik, sondern um eine Fragestellung, welche in verschiedensten Rechtsbereichen, sei es im Finanzmarktrecht, im Steuerrecht oder im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht von Bedeutung ist. Aktuell steht die Frage, wann eine juristische Person unter Kontrolle einer anderen (natürlichen oder juristischen) Person steht, vor allem im Zusammenhang mit finanziellen Beschränkungen nach der Ukraine-Verordnung im Fokus.²

Stehen (i) mindestens zwei (ii) rechtlich selbstständige Unternehmen unter (iii) einheitlicher Leitung, so wird von einem Konzern gesprochen.³ Dabei fasst die Konzernspitze (im Folgenden: Obergesellschaft) mindestens ein weiteres Konzernunternehmen (im Folgenden: Untergesellschaft) unter einheitlicher Leitung zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammen.⁴ In seiner im Sommer 2023 publizierten Dissertation zeigt der Autor die zentra-

le Bedeutung des Arm's Length Principle (im Folgenden: ALP) im Konzerngefüge auf und legt dar, wie durch das ALP der einheitlichen Leitung im Konzern Grenzen gesetzt sind.

II. Die einheitliche Leitung im Konzern

Die einheitliche Leitung bezeichnet die Unterwerfung einer Untergesellschaft unter den Willen einer Obergesellschaft.⁵ Sie beruht in der Schweiz fast durchwegs auf tatsächlichen Machtverhältnissen, typischerweise durch die Ausübung von Stimmrechten, die infolge von Eigenkapitalbeteiligungen erlangt werden.⁶ Bezüglich der Bereiche, in welchen die einheitliche Leitung wahrgenommen wird, zeigen Konzerne in der Praxis ein uneinheitliches Bild.⁷ Dies erstaunt nicht, liegt die Bestimmung derjenigen Bereiche, in welchen die einheitliche Leitung wahrgenommen werden soll, doch selbst in der potenziell allumfassenden Leitungsmacht der Obergesellschaft.⁸

Betreffend die Intensität der einheitlichen Leitung zeigt sich, dass das schweizerische Konzernrecht mit der Revision des Rechnungslegungsrechts im Grundsatz vom Leitungs- zum Kontrollprinzip übergegangen ist.⁹ Entsprechend liegt bereits eine einheitliche Leitung und da-

* KIRIL R. R. HASLEBACHER, Dr. iur., Rechtsanwalt. Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9_09.

¹ GERARD BOSMAN ALEIDUS, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, 27 f.

² Vgl. Art. 15 der Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 4. März 2022 (SR 946.231.176.72).

³ PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 7 N 25.

⁴ KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 5; PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz, Bern 2016, N 21.

⁵ Vgl. BOSMAN (Fn. 1), 42 m.w.H.

⁶ BEYELER (Fn. 4), 31 f.; LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel 1992, 22.

⁷ JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 1 N 84.

⁸ HANDSCHIN (Fn. 6), 45; SEBASTIAN HARSCH, Die einheitliche Leitung im Konzern und ihre funktionale Bestimmung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Bern 2004, 58.

⁹ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 2131; relativierend: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handels-

mit ein Konzern vor, wenn der Obergesellschaft die blosse Möglichkeit zukommt, die Untergesellschaft nach ihrem Plan (einheitlich) zu leiten.¹⁰ Eine solche Beherrschungsmöglichkeit ist gegeben, wenn eine (natürliche oder juristische) Person (i) direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ eines anderen Unternehmens verfügt, (ii) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abuberufen oder (iii) aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (vgl. Art. 963 Abs. 2 OR).

III. Zulässigkeit von Konzernweisungen

Die Möglichkeit zur Erteilung von Konzernweisungen ist unentbehrlicher Bestandteil der einheitlichen Leitung und damit jedes Konzerns. Die Konzernweisung ist eine Willensäußerung der Obergesellschaft an die Leitungsorgane der Untergesellschaft, also etwa den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, zur Umsetzung eines bestimmten Konzernziels in Geschäftsführungsmassnahmen.¹¹ Da die Möglichkeit einer Gesellschaft, sich bzw. ihre Leitungsorgane direkt den Weisungen einer Obergesellschaft zu unterstellen, aufgrund des Paritätsprinzips stark eingeschränkt ist, handelt es sich bei Konzernweisungen in der Regel um einen rein faktischen – und keinen rechtlichen – Vorgang.¹² Wenn eine Obergesellschaft aufgrund ihres Stimmrechts die Möglichkeit hat, die Leitungsorgane der Untergesellschaft jederzeit abuberufen und neu zu besetzen, sind die Leitungsorgane der Untergesellschaft faktisch gezwungen, den Weisungen der Obergesellschaft zu gehorchen da sie andernfalls ihre Abberufung riskieren würden.¹³

Weil Leitungsorgane neben der in der Regel rein faktischen Pflicht, die Interessen der Obergesellschaft zu wahren und deren Weisungen zu befolgen, aufgrund ihrer Treuepflicht aber ebenso verpflichtet sind, die Interessen

der Untergesellschaft, als deren Organ sie tätig sind, in guten Treuen zu wahren (doppelter Pflichtennexus), stehen die Leitungsorgane von Untergesellschaften in einem akuten Interessenkonflikt.¹⁴ Nach der Theorie vom doppelten Pflichtennexus gehen in einer solchen Situation die Interessen der Untergesellschaft den Interessen der Obergesellschaft vor.¹⁵ Weisungen der Obergesellschaft dürfen daher nur, aber immerhin, berücksichtigt werden, wenn deren Befolgung im Interesse der Untergesellschaft liegt.¹⁶

IV. Die Grenzen des Konzerneinflusses

A. Prozedurale Massnahmen zur Beseitigung der Vermutung der Pflichtverletzung

Während sich die Interessen der Untergesellschaft in Beziehungen mit konzernfremden Dritten in der Regel mit den Interessen der Obergesellschaft decken, befinden sich die Leitungsorgane der Untergesellschaft beim Abschluss konzerninterner Rechtsgeschäfte in einem permanenten Interessenkonflikt. Dabei ist nicht von Belang, ob die Leitungsorgane in einem konkreten Fall auch tatsächlich von der Obergesellschaft angewiesen worden sind, eine bestimmte konzerninterne Transaktion vorzunehmen, oder in vorauseilendem Gehorsam oder gar im besten Interesse der Untergesellschaft gehandelt haben; sobald ein Konzern vorliegt, ist der Interessenkonflikt der Leitungsorgane der Untergesellschaft bei konzerninternen Transaktionen immanent.¹⁷

Der Interessenkonflikt des Leitungsorgans einer Untergesellschaft hat nicht nur zur Folge, dass bei der gerichtlichen Überprüfung eines Geschäftsentscheids die Business Judgment Rule nicht zur Anwendung gelangt und damit eine richterliche Zurückhaltung nicht gerechtfertigt

registerrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018, § 24 N 46 f.

¹⁰ BEYELER (Fn. 4), 113; PATRIC A. BRAND, Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen, Studie zur positiven Verrechtlichung des Leistungs- und Finanzverkehrs verbundener Unternehmen, Diss. Bern 2014, N 84.

¹¹ Vgl. HARSCH (Fn. 8), 111 f.

¹² BOSMAN (Fn. 1), 46; JEAN NICOLAS DRUEY, Neues aus dem Konzernrecht, oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 2005, 1083–1097, 1094.

¹³ MAX ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, 82 f.; zudem: MARC AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Diss. Zürich 1992, N 591.

¹⁴ DAMIAN A. FISCHER, Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung eines omnipräsenten Governance-Problems, Habil. Zürich 2018, 426; MICHAEL LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004, 67; ROLAND VON BÜREN, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Von Büren Roland/Hausheer Heinz/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, 47–67, 58.

¹⁵ KUNZ (Fn. 3), § 7 N 281; KUNZ (Fn. 4), N 284.

¹⁶ HANDSCHIN (Fn. 6), 107.

¹⁷ Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012 E. 4.2.2; GRASS ANDREA R., Management-Entscheidungen vor dem Richter, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW 2000, 1–9, 6 f.; FISCHER (Fn. 14), 427.

tigt ist und das Gericht mit voller Kognition prüft, ob im Zusammenhang mit der Geschäftsführungstätigkeit eine Pflichtverletzung begangen worden ist.¹⁸ Ein unter Interessenkonflikten entstandener Entscheid lässt die Pflichtwidrigkeit der Entscheidungsträger sogar vermuten.¹⁹

Leitungsorgane einer Untergesellschaft können die Vermutung der Pflichtverletzung bei konzerninternen Rechtsgeschäften beseitigen, indem sie entweder belegen, dass der Entscheid trotz Interessenkonflikt zu einem sachlich angemessenen Ergebnis führte oder indem sie nachweisen, dass sie beim Zustandekommen des Geschäftsentscheides die notwendigen Massnahmen ergriffen haben, um eine Verfälschung durch den Interessenkonflikt auszuschliessen, wobei aufgrund der Schwierigkeit, die materielle Angemessenheit positiv aufzuzeigen, Letzteres – d.h. die prozeduralen Massnahmen – im Vordergrund steht.²⁰

Als prozedurale Massnahme zur Beseitigung der Vermutung der Pflichtverletzung kommen die Ausstandspflicht und Genehmigung durch unbelastete Mitglieder des Verwaltungsrates, die Genehmigung durch das oberste Organ, das ALP oder die Fairness Opinion infrage: In Konzernverhältnissen ist eine Ausstandspflicht bzw. die Genehmigung durch unbelastete Mitglieder des Leitungsorgans oder durch das oberste Organ (beispielsweise Generalversammlung) zur Bewältigung des Interessenkonflikts der Leitungsorgane der Untergesellschaft nicht zielführend.²¹ Da die Obergesellschaft in der Regel über das Recht verfügt, die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen, müsste das gesamte oder zumindest die Mehrheit der Mitglieder des Leitungsorgans in den Ausstand treten, was – wenn überhaupt – zu Entscheiden einer nicht

repräsentativen Mehrheit der Mitglieder des Leitungsorgans führen würde.²² Die Selbstgenehmigung durch das oberste Organ würde lediglich dazu führen, dass eine allfällige Pflichtwidrigkeit des Leitungsorgans von den Einwilligenden, d.h. der Untergesellschaft sowie den Mitgliedern des obersten Organs, die dem Beschluss zugestimmt haben, nicht geahndet werden könnte.²³ Indes ist sie nicht geeignet, um bei konzerninternen Rechtsgeschäften als Nachweis des pflichtgemässen Verhaltens zu dienen.

Weil die Aussagekraft einer Fairness Opinion, also einer schriftlichen Bestätigung, die sich zur finanziellen Angemessenheit einer Unternehmenstransaktion äussert,²⁴ aufgrund häufiger Interessenkonflikte und fehlender Qualitätsstandards zu relativieren ist,²⁵ bleibt als prozedurale Massnahme letztlich einzig das ALP übrig, um eine Verfälschung des Entscheids durch den bei konzerninternen Rechtsgeschäften immanenten Interessenkonflikt auszuschliessen.

Das ALP steht synonym für das, was in Art. 9 Abs. 1 des Musterabkommens der OECD für Konzernunternehmen im Bereich der internationalen Gewinnermittlung und -abgrenzung positiv geregelt wird:²⁶ Nach dem ALP müssen sich Konzerngesellschaften untereinander so verhalten wie unabhängige fremde Dritte dies tun würden,²⁷ weshalb die vereinbarten Vertragsbedingungen denjenigen entsprechen müssen, welche die Konzerngesellschaften unter den gleichen Umständen auch in Rechtsgeschäften mit unabhängigen Dritten vereinbaren würden.²⁸ Mit

¹⁸ DANIEL BRUGGER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, Bundesgerichtsurteil 4A_375/2012 vom 20. November 2012 i.S. Lorze AG gegen die Verwaltungsräte der Reishauer Beteiligungen AG (publiziert als BGE 139 III 24), SZW 2013, 178–189, 184 f.; GRASS (Fn. 17), 6 f. sowie 9; zur Business Judgment Rule: BGE 139 III 24 E. 3.2 S. 26; ALEX CHRISTEN, «Quo vadis, BJR?», Grundsätzliche Gedanken zur aktuellen Position und zur Zukunft der Business Judgment Rule im System des schweizerischen Verantwortlichkeitsrechts, AJP 2015, 123–134, 124 f.

¹⁹ BGE 132 III 758 E. 3.3 S. 762; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.139/2001 vom 13. August 2001 E. 2a/bb; BRUGGER/VON DER CRONE (Fn. 18), 184 f.

²⁰ BRUGGER/VON DER CRONE (Fn. 18), 185; ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007, 83 f.; VON DER CRONE (Fn. 9), Rz. 1547.

²¹ FISCHER (Fn. 14), 428; VON DER CRONE (Fn. 9), Rz. 1513.

²² FISCHER (Fn. 14), 428.

²³ Vgl. MARTINA ISLER, Konsultativabstimmung und Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung, Unter besonderer Berücksichtigung von Entschädigungsfragen, Diss. Zürich 2010, 66.

²⁴ Detailliert: PHILIPPE BUCHER/MARKUS H. BUCHER, Fairness Opinion im Wandel, Stark erhöhter Detaillierungsgrad, ST 2005, 155–157, 155 ff.

²⁵ KISSLING MISCHA, Der Mehrfachverwaltungsrat, Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Diss. Zürich 2006, N 252; CHRISTOPH NÜSSLI, Wie fair sind Fairness Opinions?, NZZ vom 30. Oktober 2003, 23.

²⁶ PETER BRÜLISAUER, Abgrenzung nach dem «Dealing-at-Arm's-Length-Prinzip» im internationalen Einheitsunternehmen (1. Teil), Anwendbare Abgrenzungsmethode und steuersystematische Realisierung im Rahmen des internationalen Wegzugs bei Anwendung der direkten Methoden, FStR 2014, 211–249, 226.

²⁷ JÖRG HANKEN/GUIDO KLEINHETPASS/MARTIN LAGARDEN, Verrechnungspreise, Praxisleitfaden für Controller und Steuerexperten, 3. Aufl., Freiburg 2020, 247.

²⁸ BRAND (Fn. 10), N 538; ELISABETH BÜRGI BONANOMI/SATHI MEYER-NANDI, Schweizer Doppelbesteuerungsabkommen:

anderen Worten müssen konzerninterne Rechtsgeschäfte marktkonform ausgestaltet werden.

B. Rechtsquellen des ALP

Das ALP, das seinen Ursprung im internationalen Steuerrecht hat, besitzt zahlreiche Einfallstore ins schweizerische Recht, und zwar sowohl auf bi- bzw. multilateraler Ebene²⁹ als auch in verschiedenen Rechtsbereichen des unilateralen Rechts. Rechtsquellen finden sich sowohl im Steuerrecht³⁰, im Aktienrecht³¹, im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht³² als auch im Strafrecht³³: Die Verletzungen des ALP bei konzerninternen Rechtsgeschäften kann steuerrechtlich zu Gewinnkorrekturen führen und eine bereicherte Konzernunternehmung kann aktienrechtlich sowie allenfalls auch nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zur Rückerstattung von Leistungen verpflichtet werden. Nebst diesen Massnahmen, die der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dienen, droht Leitungsorganen bei Vornahme von nicht ALP-konformen Transaktionen darüber hinaus, aktienrechtlich oder strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden.

C. Bestimmung von Vertragsbedingungen nach dem ALP

Hinsichtlich der Bestimmung von Vertragsbedingungen nach dem ALP herrscht mangels explizierter Normierung in den genannten Bestimmungen einige Unklarheit. Aufgrund fehlender unilateraler Verrechnungspreisvorschriften sind die Vertragsbedingungen nach dem ALP im Einzelfall nach den Verrechnungspreisleitlinien

der OECD zu bestimmen.³⁴ Entsprechend ist eine Vergleichbarkeitsanalyse durchzuführen und die zu untersuchenden Verrechnungspreise sind mit denjenigen vergleichbarer Geschäftsvorfälle zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen zu vergleichen.³⁵ Indes stellt die Festsetzung von Vertragsbedingungen nach dem ALP keine exakte Wissenschaft dar. Vielmehr ist den Konzernunternehmen bzw. den Leitungsorganen ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen.

V. Schlussbemerkungen

Die einheitliche Leitung bezeichnet die Unterwerfung rechtlich unabhängiger Gesellschaften unter den Willen einer herrschenden Gesellschaft und die damit einhergehende Herstellung einer wirtschaftlichen Einheit. Sie beinhaltet das Recht der Obergesellschaft, einer Unter- gesellschaft bzw. deren Leitungsorganen Weisungen zu erteilen. Wenngleich die einheitliche Leitung das zentrale Element des Konzernbegriffs darstellt, ist sie nicht unbeschränkt zugelassen: Das ALP, wonach konzerninterne Rechtsgeschäfte marktkonform auszugestalten sind, bildet die Grenzen des Konzerneinflusses.

Aktuelle Politik und Entwicklungsrelevanz, Jusletter vom 30. Juni 2014, Rz. 129.

²⁹ Zu erwähnen sind insbesondere das Musterabkommen der OECD, die darauf basierenden, bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen oder die Verrechnungspreisleitlinien der OECD.

³⁰ Art. 58 Abs. 1 DBG sowie Art. 24 Abs. 1 StHG (Ermittlung des steuerbaren Reingewinns).

³¹ Art. 678 Abs. 2 OR (Rückerstattung von ungerechtfertigten Leistungen) oder Art. 717 OR (Sorgfalts- und Treuepflicht für Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung).

³² Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften bei Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung) und Art. 288 Abs. 1 SchKG (Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen mit der Absicht der Gläubigerschädigung).

³³ Art. 158 StGB (Ungetreue Geschäftsbesorgung) oder Art. 164, 165 und 167 StGB (Strafbare Verschlechterungen der Vermögenslage).

³⁴ Vgl. ANGELICA MARIA SCHWARZ, Die handels- und steuerrechtliche Behandlung von Daten, Unter besonderer Berücksichtigung von verrechnungspreislichen Aspekten im internationalen Konzernverhältnis, Diss. Zürich 2019, 375; RAOUL STOCKER, Verrechnungspreise in der Schweiz, in: Vögele Alexander/Borstel Thomas/Bernhardt Lorenz (Hrsg.), Verrechnungspreise, 5. Aufl., München 2020, Kapitel W, Rz. 20.

³⁵ MEHDY BEN BRAHIM, Verrechnungspreise (Transfer Pricing), in: Gallmann Robert/Gersbach Andreas (Hrsg.), Der Unternehmensjurist, Ein Handbuch für die Praxis, Mit Beiträgen von General Counsel führender Schweizer Unternehmen, Zürich/Basel/Genf 2016, 292–298, 293; SCHWARZ (Fn. 34), 394.