

**Dr. iur. Patric A. Brand**

## **Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen**

Studie zur positiven Verrechtlichung des Leistungs- und  
Finanzverkehrs verbundener Unternehmen

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Literaturverzeichnis .....	XXVII
Materialienverzeichnis.....	LXI
Abkürzungsverzeichnis.....	LXV
<b>§ 1 Einleitung .....</b>	<b>1</b>
I. Gegenstand der Darstellung .....	1
II. Untersuchungsgang .....	5
<b>Kapitel I: Vom Konzern zum Konzernrecht.....</b>	<b>7</b>
<b>§ 2 Organisationsform des Wirtschaftslebens.....</b>	<b>9</b>
I. Allgemeines .....	9
II. Geschichtliche Hinweise .....	11
III. Erklärungsansätze der Konzernbildung.....	15
IV. Ergebnisse zu § 2 im Überblick .....	17
<b>§ 3 Konzernbegriffe und Konzernarten.....</b>	<b>19</b>
I. Ausgangslage und Zielsetzung.....	19
II. Allgemeine Elemente des Konzernbegriffs .....	19
A. Definitionsansatz .....	19
B. Quantitatives Element: mehrere Unternehmen(sträger).....	20
1. Anzahl abhängiger und herrschender Unternehmen .....	20
2. Bemerkungen zur Terminologie .....	21
a. Sprachliche Präzision und ihre Grenzen.....	22
b. Fehlendes Einheitsbedürfnis.....	22
3. Problemaufriss zum Unternehmensbegriff .....	23
a. Allgemeines und Ausgangslage.....	23
b. Unternehmensbegriff ausserhalb des Konzernverbunds.....	24
aa. «Klassischer» Ansatz .....	24
bb. «Moderner» Ansatz.....	25
c. Nutzen im Konzernverbund.....	25
aa. Zuordnung vom Unternehmen zu dessen Träger.....	27
bb. Zwischenergebnis.....	27
d. Unternehmensbegriff im Konzernverbund .....	28
aa. Organisatorische Einheit mit eigenen unternehmerischen Zielen .....	28
bb. Veranschlagung der Konzerngefahr im Unternehmensbegriff.....	29
cc. Zusammenfassung und Zwischenergebnis .....	31

4.	Mögliche Unternehmensträger und deren Eignung.....	31
a.	Allgemeines und Ausgangslage.....	31
b.	Herrschende Unternehmensträger.....	33
aa.	Grundsatz: Irrelevanz der Rechtsform.....	33
bb.	Rechtsform mit eigenem Leitungs- und Aufsichtsorgan? .....	33
cc.	Würdigung: Zulassung sämtlicher Unternehmensträger .....	34
dd.	Einfache Gesellschaft als herrschender Unternehmensträger .....	36
c.	Abhängige Unternehmensträger .....	37
aa.	Körperschaften des Obligationenrechts als taugliche Unternehmensträger .....	38
bb.	Bedingt taugliche Unternehmensträger .....	38
C.	Qualitatives Element: einheitliche Leitung.....	40
1.	Grundlagen der einheitlichen Leitung.....	40
a.	Faktizitäts- und Kontrollprinzip .....	41
b.	Relative Bedeutung des Leitungsbegriffs aus rechtlicher Sicht.....	43
2.	Gegenstand der einheitlichen Leitung.....	44
3.	Rechtliche Schranken der einheitlichen Leitung.....	46
a.	Zwingendes Organisationsstatut der Unternehmensträger.....	46
b.	Das Spannungsverhältnis von Art. 716a OR im Besonderen.....	47
aa.	Problemskizze .....	47
bb.	Lösungsansätze .....	48
c.	Ermächtigung zur Konzernbildung.....	51
4.	Konzernleitungsrecht und Konzernleitungspflicht.....	51
a.	Konzerndimensionales Geschäftsführungsrecht.....	51
b.	Bereiche der Konzernführung.....	52
c.	Anmerkung zu ausgewählten Bereichen: Compliance und finanzielle Führung.....	53
5.	Durchsetzungsinstrumente der einheitlichen Leitung .....	54
a.	Konzernweisung.....	54
b.	Personelle Verflechtung .....	57
c.	Mehrheitsmacht .....	60
aa.	Im Legislativorgan und Exekutivorgan .....	60
bb.	Anmerkungen zum Genehmigungsvorbehalt im GmbH-Recht .....	61
d.	Statuarische Unterordnung .....	65
e.	Weiteres und Kumuliertes .....	66
III.	Konzernbegriff des revidierten Rechnungslegungsrechts .....	67
A.	Paradigmawechsel.....	67
B.	Begriff und Konzept .....	69
C.	Konsolidierungspflichtige Unternehmensträger.....	70
1.	Allgemeines .....	70
2.	Abkehr von der «Gesellschaft» hin zur «rechnungslegungspflichtigen juristischen Person» .....	70

3.	Hintergrund und kritische Würdigung .....	72
4.	Konsequenzen für das Konzernrecht insgesamt?.....	75
5.	Konsolidierungspflicht von nicht als juristische Personen organisierten herrschenden Unternehmen?.....	76
D.	Qualität der einheitlichen Leitung.....	76
1.	Kontrollbegriff.....	77
2.	Vermutung oder Fiktion effektiver Leitung kraft Kontrolle?.....	78
a.	Begriffliche Klarstellung .....	78
b.	Vermutung effektiver Leitung .....	79
aa.	Widerlegbare Vermutung oder Fiktion?.....	80
aaa.	Ausgangslage.....	80
bbb.	Grundsätzliche Möglichkeit des Nachweises fehlender Konzerngewalt .....	81
ccc.	Argumente pro und contra Zulassung zum Beweis des Gegenteils .....	82
bb.	Ergebnis .....	83
3.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1–3 OR .....	83
4.	Die Tatbestände von Art. 963 Abs. 2 OR im Einzelnen .....	84
a.	Kontrolle durch Stimmenmehrheit (Ziff. 1).....	84
b.	Recht zur Bestellung der Mehrheit der Mitglieder des obersten Exekutivorgans (Ziff. 2).....	84
c.	Möglichkeit beherrschenden Einflusses auf andere Weise (Ziff. 3).....	85
IV.	Konzernarten.....	85
A.	Allgemeines zur Typenbildung.....	85
B.	Unterordnungs- und Gleichordnungskonzerne.....	86
C.	Faktische Konzerne und Vertragskonzerne.....	88
V.	Ergebnisse zu § 3 im Überblick .....	89
<b>§ 4</b>	<b>Verrechtlichung des Konzernphänomens.....</b>	<b>95</b>
I.	Ausgangslage und Zielsetzung.....	95
II.	Einleitendes.....	96
III.	Geburtsstunde des Konzernrechts .....	97
IV.	Konzernrecht als komplexe Querschnittmaterie.....	98
V.	Konzernparadoxon – oder: Einheit und Vielheit zugleich.....	100
A.	Konzerntypischer Antagonismus .....	100
B.	Trennungsprinzip vs. Einheitsbehandlung .....	101
VI.	Fehlende umfassende Kodifizierung .....	102
A.	Verzicht des Gesetzgebers auf eine Konzernkodifikation.....	102
B.	Normen des Obligationenrechts mit Konzernrelevanz.....	104
1.	Normen und Prinzipien des Allgemeinen Teils .....	104
2.	Bestimmungen über die einfache Gesellschaft .....	105
3.	Konzernspezifische Bestimmungen im Gesellschaftsrecht.....	105
C.	Konzernspezifische Regelungen in weiteren Regularien .....	107
D.	Jüngste Grundsatzablehnung des Gesetzgebers .....	108
E.	Punktuelle Anpassungen im Rahmen laufender Revisionen .....	109

F.	Konzernrecht auf Verfassungs- und Verordnungsebene .....	110
1.	Konzernrelevanter Gegenstand von Art. 95 Abs. 3 BV .....	110
2.	Grundsätzliche Fragen der Auslegung .....	111
3.	Konkretisierung durch die VegüV .....	112
4.	Konzernrechtliche Relevanz der VegüV .....	115
a.	Ausgangslage und Zielsetzung .....	115
b.	Regulierung fiduziarischer Verwaltungsräte im Konzernverhältnis .....	115
c.	Organisationsrechtliche Illegalität des Managementgesellschaftsmodells und dessen strafrechtliche Ahndung .....	116
d.	Regulierung der Tätigkeiten ausserhalb des Konzerns .....	118
e.	Unzulässige Vergütungen im Konzern – Art. 21 VegüV .....	120
G.	Weitergehende konzernspezifische Regelung de lege ferenda – ein Wunschtraum? .....	124
VII.	Umgang im «bestehenden» (Konzern-)Recht .....	125
A.	Problemlage .....	125
B.	Konzern-teleologische Auslegung, konzernspezifische Vermutungen und Fiktionen sowie «Lückenfüllung» .....	125
1.	Grundsatz .....	125
2.	Konzernspezifische Vermutungen im SchKG .....	128
3.	Vermutungen auf der Basis konzernorganisatorischer (Un-)Rechtmässigkeit .....	129
C.	Individuelle Rechtsfolgenanknüpfung gesetzlich umschriebener Konzernbegriffe .....	131
D.	Rechtsprechung des Bundesgerichts zu konzerninternen Darlehen im Besonderen .....	132
1.	Vorbemerkung .....	132
2.	Urteil des Bundesgerichts 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013 .....	133
3.	Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 .....	134
4.	Hinweis auf weitere Urteile des Bundesgerichts .....	134
VIII.	Konzernrechtszwecke und Konzerngefahren .....	135
A.	Organisations- vs. Gewährleistungs- und Schutzrecht .....	135
B.	Vorbeugung und Reaktion auf Konzerngefahren .....	137
1.	Ausgangslage .....	137
2.	Allgemeine Gefahren der Konzernlage .....	138
3.	Konzerngefahren im Finanzbereich .....	139
IX.	Konzeptualisierung des Unternehmensverbands an sich .....	141
A.	Bedeutung der «Unternehmensverbunderfassung» .....	141
B.	Der Konzern als einfache Gesellschaft .....	141
1.	Ausgangslage und Fragestellung .....	141
2.	Begriff und Wesen der einfachen Gesellschaft .....	143
3.	Folgerungen für die Qualifikation .....	145
a.	Grundsatz .....	145
b.	Fremdbestimmung vs. affectio societatis .....	146
aa.	Grundsatz .....	146

	bb. Konzernspezifischer Willensbildungsprozess als Grundproblem.....	146
	4. Frage nach dem gemeinsamen Zweck.....	147
	5. Zwischenergebnisse.....	149
	C. Netzwerkstruktur des Konzerns.....	150
	1. Konzerne als Netzwerke heterarchischer Ordnung.....	150
	2. Würdigung.....	152
	X. Anmerkung: Das Steuerrecht als «Organisationsfaktor».....	153
	XI. Ergebnisse zu § 4 im Überblick.....	154
<b>§ 5</b>	<b>Grenzen der Rechtmässigkeit der Konzernorganisation.....</b>	<b>159</b>
	I. Ausgangslage: Grundsätzliche Rechtmässigkeit der Organisationsform Konzern.....	159
	II. Historische Reminiszenz: aOR als «Konzernbildungshindernis».....	160
	III. Aspekte einer minimalen rechtmässigen Konzernorganisation de lege lata.....	162
	A. Zur Konzernbildungskontrolle.....	163
	B. Zur Konzernleitungskontrolle.....	165
	C. Amstutz'sche Konzernorganisationsthesen.....	167
	1. Konzernorganisatorischer Massnahmenkomplex als Grundsatz....	167
	2. Ebene der abhängigen Konzerngesellschaft.....	168
	3. Eingriffsvoraussetzungen des Ausgleichssystems im Besonderen.....	169
	4. Ebene der herrschenden Konzerngesellschaft.....	170
	5. Resultierende Grenze der Konzerngewalt.....	171
	D. Schranken der Konzerngewalt im faktischen GmbH-Konzern nach deutschem Recht.....	172
	E. Folgerungen für das Organisationsrechtmässigkeitskonzept – Ergebnisse zu § 5.....	173
	1. Erfordernis einer minimalen rechtmässigen Konzernorganisation.....	173
	2. Ebene des herrschenden Unternehmens.....	174
	3. Ebene des abhängigen Unternehmens.....	174
	a. Grundsatz.....	174
	b. Einfache Einordnung.....	174
	c. Qualifizierte Einordnung.....	175
	4. Möglichkeit konzernbeziehungstheoretischer Auslegung und Rechtsfortbildung.....	175
	a. Grundsatz.....	175
	b. Fortbildung als eigenständiges Tatbestandsmerkmal.....	176
	Kapitel 2: Finanzierung im Konzern.....	179
<b>§ 6</b>	<b>Übersicht zur Unternehmensfinanzierung.....</b>	<b>181</b>
	I. Ausgangslage und Zielsetzung.....	181
	II. Kapitalbedarf.....	181
	III. Finanzierungsbegriff.....	182

IV.	Finanzierungsziele.....	182
	A. Liquidität.....	183
	B. Rentabilität.....	184
	C. Stabilität.....	185
V.	Finanzierungsformen.....	185
	A. Kategorisierungsmöglichkeiten.....	185
	B. Einteilung nach der Herkunft der Mittel .....	186
	1. Aussenfinanzierung .....	186
	a. Beteiligungsfinanzierung.....	186
	b. Kreditfinanzierung.....	187
	2. Innenfinanzierung .....	188
	a. Selbstfinanzierung .....	189
	b. Abschreibungsfinanzierung .....	190
	c. Rückstellungsfinanzierung .....	190
	d. Umschichtungsfinanzierung .....	191
	C. Einteilung nach der Rechtsstellung des Kapitalgebers.....	191
	1. Eigenkapitalfinanzierung .....	191
	a. Vorbemerkung.....	191
	b. Begriff(e) des Eigenkapitals .....	192
	c. Zur Zusammensetzung des Eigenkapitals bei Kapitalgesellschaften.....	193
	aa. Allgemeines .....	193
	bb. Zu den Reserven im Besonderen.....	194
	d. Innerkorporative Zuständigkeitsordnung und Verfahren.....	195
	e. Flexibilisierung der Kapitalstrukturen de lege ferenda.....	195
	2. Fremdkapitalfinanzierung.....	196
	a. Begriff .....	196
	b. Innerkorporative Zuständigkeit .....	197
	3. Mezzanine-Capital-Finanzierung.....	197
VI.	Ergebnisse zu § 6 im Überblick .....	198
<b>§ 7</b>	<b>Besonderheiten der Konzernfinanzierung.....</b>	<b>201</b>
	I. Ausgangslage und Zielsetzung.....	201
	II. Begriff.....	201
	III. Finanzierungsziele.....	202
	IV. Einheit und Vielheit im Finanzverbund.....	202
	A. Allgemeines und Überblick .....	202
	B. Konzernexterne Finanzierung .....	203
	C. Konzerninterne Finanzierung.....	203
	D. Relativität der Mittelzuordnung.....	205
	E. Finanzierungseffekte.....	206
	1. Bedeutung.....	206
	2. Tresoreffekt .....	206
	3. Durchleitungs- und Metamorphoseeffekt .....	207
	4. Teleskop- und Pyramideneffekt.....	208
	V. Transparenz in der Bilanz von konzerninternen Darlehen .....	209
	VI. Zentralisierungsgrad der Finanzierung.....	210

	A. Allgemeines .....	210
	B. Dezentrales Finanzmanagement.....	211
	C. Zentrales Finanzmanagement.....	211
	D. Bemerkungen zum Cash Pooling im Besonderen .....	212
	1. Begriff .....	212
	2. Rechtliche Einordnung der Liquiditätsflüsse .....	213
	3. Innerkorporative Kompetenzordnung .....	214
VII.	Fremdfinanzierungsstrukturen.....	215
	A. Übersicht und Bedeutung.....	215
	B. Upstream-Struktur.....	215
	1. Begriffliches .....	215
	2. Rechtliche Einordnung .....	217
	C. Downstream-Struktur .....	218
	D. Sidestream-Struktur .....	218
VIII.	Ergebnisse zu § 7 im Überblick .....	219
<b>§ 8</b>	<b>Charakteristika des Upstream-Darlehens .....</b>	<b>223</b>
I.	Ausgangslage und Zielsetzung.....	223
II.	Darlehensvertrag ausserhalb des Konzernverbunds .....	223
	A. Allgemeines .....	223
	B. Rechte und Pflichten der Parteien .....	224
	1. Grundsatz.....	224
	2. Zur Belassungspflicht im Besonderen .....	225
	C. Herkunft und Rechtsnatur .....	227
	D. Essentialia negotii .....	229
	1. Eigentumsverschaffung der Valuta und Geschäftszweck .....	229
	2. Zur Rückerstattungspflicht im Besonderen.....	230
	E. Verzinsliches Gelddarlehen .....	231
	F. Beendigung.....	233
III.	Besonderheiten des Upstream-Darlehens.....	234
	A. Wirtschaftliche Bedeutung.....	234
	B. Begriff, Parteien und Wesen .....	234
	C. Rechtliche Einordnung und Besonderheiten im Überblick .....	235
	1. Grundsatz.....	235
	2. Grundfragen zum Anwendungsbereich des Darlehensrechts.....	236
	3. Ausgestaltung zu Marktbedingungen.....	239
	a. Grundsatz .....	239
	b. Kriterien zur Beurteilung «klassischer» Drittbedingungen.....	240
	c. Stellungnahme des Bundesgerichts (aussteuerrechtlicher Sicht) .....	242
	d. Amstutz'sches Konzept .....	244
	e. Verbundvorteile und deren Berücksichtigung.....	245
	f. Ausgleichssystem mit Gesamtbetrachtung? .....	247
	4. Hinweis: Buchhalterische Betrachtungsweise .....	249
IV.	Ergebnisse zu § 8 im Überblick .....	249

Kapitel 3: Konzerntypische Rechtsfragen von Upstream-Darlehen.....	253
<b>§ 9 Ausgangslage: «Bewährte Lehre» als Hindernis einer konzerndimensionalen Rechtsfortbildung.....</b>	<b>255</b>
<b>§ 10 Konzerndimensionale Vertragsentstehungsaspekte .....</b>	<b>257</b>
I. Ausgangslage und Zielsetzung.....	257
II. Willensbildung unter dem Einfluss von Leitungszwang .....	258
A. Ausgangslage und Fragestellung.....	258
B. Grundsatz: Massgeblichkeit des Einzelfalls.....	259
C. Willensbildung nach typisierten Leitungsvorgaben .....	260
1. Analysezweck.....	260
2. Im dezentralen Finanzmanagement .....	261
a. Keine konkrete Einflussnahme durch die Konzernspitze .....	261
b. Vorgaben in Bezug auf einzelne Transaktionen .....	261
c. Leitungsmacht als zulässiger Zwang? .....	262
aa. Zwangslage bei der Willensbildung im Allgemeinen.....	263
bb. Zwang bei der Willensbildung im Konzern.....	265
cc. Zwang bei der Willensbildung bei Aufwärtsdarlehen .....	267
d. Zwischenergebnis.....	267
3. Im zentralen Finanzmanagement .....	268
a. Ausgangslage.....	268
b. Expliziter und konkludenter Vertragsschluss .....	269
c. Zwei Willenserklärungen und ein Willensbildungsprozess als Grundsatzproblem .....	271
D. Zwischenergebnis .....	273
III. Verstoss gegen zwingendes Recht.....	274
A. Allgemeines .....	274
B. Verstoss gegen Kapitalschutzbestimmungen .....	276
IV. Fiktive Darlehensgewährung.....	277
A. Begriff.....	277
B. Qualifikation .....	278
C. Massgebender Wille.....	279
1. Ausgangslage.....	279
2. Grundsatz: Massgeblichkeit des Einzelfalls.....	279
3. Erschliessung des Willens aus den äusseren Umständen .....	280
a. Grundsatz .....	280
b. Differenzierung nach dem Zentralisierungsgrad der Finanzierung .....	281
aa. Im zentralisierten Finanzmanagement.....	281
bb. Im dezentralisierten Finanzmanagement .....	282
c. Vermutung gestützt auf organisationsrechtliche Legitimität ..	282
V. Die Grundsätze des (konzerndimensionalen) Vertretungsrechts .....	283
A. Ausgangslage und Zielsetzung.....	283
B. Grundlagen des Vertretungsrechts .....	284
1. Allgemeines.....	284

2.	Grundformen der Vertretung .....	284
3.	Grundvoraussetzungen der echten Stellvertretung.....	285
	a. Vertretungsmacht .....	286
	b. Handeln in fremdem Namen.....	287
4.	Vertretungsarten nach dem Entstehungsgrund der Vertretungsmacht.....	287
5.	Bürgerliche und kaufmännische Vertretung .....	289
6.	Problemaufriss zu den dogmatisch konzeptionellen Grundlagen der Vertretung(swirkung) .....	289
	a. Vorbemerkung.....	289
	b. Vertretene Lehrmeinungen im Überblick .....	290
	c. Konzept der strukturellen Verschiedenheit im Besonderen.....	291
	aa. «Voluntarismus» vs. Rechtsschein(entsprechung) im Verkehrsschutzinteresse .....	291
	bb. Folgerungen für die organschaftliche Vertretung .....	293
7.	Zur organschaftlichen Vertretung im Besonderen .....	294
	a. Allgemeines.....	294
	b. In Kürze zum Organbegriff .....	295
	c. Eine Tour d'Horizon in Rechtsgeschichte .....	296
	aa. Verknüpfung mit der Entstehung der juristischen Person .....	296
	bb. Theoretische Erfassungsversuche juristischer Persönlichkeit.....	298
	aaa. Zur Fiktionstheorie .....	298
	bbb. Zur Realitätstheorie .....	299
	cc. Rechtsgeschichtliches zur AG im Besonderen .....	300
	dd. Relevanz und Folgerungen im Überblick .....	304
	d. Legislatorische Wurzeln .....	305
	aa. Vorläufer und Entwürfe des aOR .....	306
	aaa. Konkordat Munzinger von 1863 .....	306
	bbb. Entwurf schweizerisches Handelsgesetzbuch 1864 .....	307
	ccc. Entwurf 1869 .....	309
	ddd. Entwurf 1871 .....	309
	eee. Entwurf 1875: «Zweiter Entwurf».....	311
	fff. Entwurf 1877: «Dritter Entwurf».....	314
	ggg. Entwurf 1879 .....	316
	bb. Gesetzestexte auf eidgenössischer Ebene.....	319
	aaa. Obligationenrecht 1881.....	319
	bbb. Obligationenrecht 1911.....	322
	ccc. Aktienrechtsrevision und Obligationenrecht von 1936 .....	325
	ddd. Aktienrechtsrevision und Obligationenrecht von 1991 .....	325
8.	Ergebnis zu den Grundlagen des Vertretungsrechts.....	326
C.	Dichotomie von Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis .....	327
	1. Ausgangslage.....	327

2.	Vertretungsmacht der Organe .....	328
a.	Begriff und Funktion .....	328
b.	Von der Vertretungsmacht abgedeckte Rechtsgeschäfte .....	329
c.	Von der Vertretungsmacht nicht umfasste Rechtsgeschäfte ....	330
d.	Nach aussen dringende fehlende Vertretungsbefugnis im Besonderen .....	331
aa.	(Fehlende) Gutgläubigkeit.....	332
aaa.	Grundsatz.....	332
bbb.	Eintragungsfähige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis.....	332
ccc.	Nicht eintragungsfähige Beschränkungen.....	333
ddd.	Differenzierung anhand organisationsrechtlicher Legitimität .....	334
bb.	Wissenszurechnung im Besonderen .....	334
aaa.	Allgemeines .....	334
bbb.	Konzept Abegglen .....	336
ccc.	Vermutung auf der Basis der Organisationsrechtmässigkeit .....	338
e.	Konzerndimensionale Auslegung der Zweckgrenze nach Art. 718a Abs. 1 OR.....	339
f.	Folgerungen für Darlehensflüsse konzernaufwärts.....	340
3.	Vertretungsbefugnis der Organe .....	341
a.	Begriff, Funktion und Umfang .....	341
b.	Beschränkungen .....	342
c.	Interessenwidrigkeit .....	343
aa.	Interessen- und Konzernkonflikt .....	343
bb.	Der Zweck und das Gesellschaftsinteresse.....	344
cc.	Vom Gesellschafts- zum Konzerninteresse .....	345
dd.	Generelle Interessenkonformität zufolge rechtmässiger Unterordnung?.....	348
aaa.	Grundsätzliche Interessenkonformität zufolge Organisationsrechtmässigkeit .....	349
bbb.	Zur Interessenkonformität von Klumpenrisiken.....	350
ee.	Umgang mit interessenwidrigen Geschäften .....	352
d.	Typisierte Interessenlage bei der Darlehensgewährung.....	352
aa.	Grundsatz .....	352
bb.	Bestimmung von Drittbedingungen .....	353
cc.	Bestimmung der Konzernbedingungen .....	353
aaa.	Im Allgemeinen .....	353
bbb.	Stets unzulässige Konzernbedingungen: Existenzgefährdung .....	354
dd.	Bestimmung der Zweifelsfälle .....	354
ee.	Grad der Organisationsrechtmässigkeit bei der abhängigen Gesellschaft.....	355
ff.	Hinweise des Bundesgerichts zur Interessenlage bei Darlehen .....	356

4.	Insihgeschäfte im Besonderen.....	357
a.	Allgemeines.....	357
b.	Differenzierung nach der Rechtmässigkeit der Konzernorganisation.....	359
aa.	Vorhandensein einer rechtmässigen Konzernorganisation.....	359
bb.	Fehlen einer rechtmässigen Konzernorganisation.....	360
aaa.	Keine Benachteiligung nach der Natur des Geschäfts?.....	360
bbb.	Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ.....	362
c.	Hinweis zu Art. 717a E-OR.....	364
D.	Zwischenergebnis und Folgerungen zum konzerndimensionalen Vertretungsrecht.....	365
1.	Zur (konzerndimensionalen) Dichotomie des Vertretungsrechts.....	365
2.	Konzerndimensionale Weiterentwicklung des organschaftlichen Vertretungsrechts.....	366
a.	Ausgangslage und Fragestellung.....	366
b.	Motive der Fortbildung.....	367
c.	Vorschlag de lege ferenda.....	368
E.	Rechtsfolgen bei fehlender Vertretungsmacht.....	372
1.	Grundsatz: Keine Vertretungswirkung und Schwebezustand.....	372
2.	Ausnahme: Genehmigung.....	373
a.	Begriff und Rechtsnatur.....	373
b.	Zuständigkeit zum Genehmigungsbeschluss.....	373
aa.	Ausgangslage.....	373
bb.	In unverbundenen Gesellschaften.....	374
cc.	Bei unrechtmässiger Einordnung.....	375
aaa.	Zuständigkeit des Legislativorgans.....	375
bbb.	Beschlussquorum für interessenwidrige Geschäfte.....	375
dd.	Bei rechtmässiger Einordnung.....	377
VI.	Ergebnisse zu § 10 im Überblick.....	378
<b>§ 11</b>	<b>Konzerndimensionale Vermögens- und Kapitalschutzaspekte.....</b>	<b>379</b>
I.	Ausgangslage und Zielsetzung.....	379
II.	Verdeckte Gewinnausschüttung – besser: Verbot unrechtmässiger Vermögensverlagerungen.....	380
A.	Auslegeordnung und Ausgangsthese.....	380
B.	Legislatorische Wurzeln von Art. 678 OR.....	381
1.	Vorläufer des aOR.....	382
a.	Konkordat Munzinger von 1863.....	382
b.	Entwurf Schweizerisches Handelsrecht von 1864.....	383
c.	Entwurf 1871.....	384
d.	Entwurf 1875.....	385
e.	Entwurf 1877.....	386

f. Entwurf 1879.....	386
2. Entwicklung seit dem aOR.....	386
a. Bestimmung im aOR von 1881.....	387
b. Bestimmung im OR von 1936.....	387
c. Revision von 1991.....	387
d. Kleine Aktienrechtsrevision im Zuge der GmbH-Revision.....	388
3. Ausblick und Prognosen.....	388
C. Normzwecke.....	389
1. Im Allgemeinen.....	389
2. Zweck im Unternehmensverbund.....	390
a. Im Allgemeinen.....	390
b. Gläubigerschutz durch Vermögensschutz im Konzernverhältnis.....	391
c. Reichweite des Schutzzwecks nach dem Grad der Organisationsrechtmässigkeit.....	393
D. Gegenstand und Tatbestandsvoraussetzungen.....	394
1. Obligationenrecht in der Fassung nach der Revision 1991.....	394
a. Gegenstand der Rückerstattungspflicht.....	394
b. Fiktive Geschäfte im Besonderen.....	396
c. Tatbestandsvoraussetzungen.....	397
aa. Ungerechtfertigte Leistung.....	397
aaa. Im Allgemeinen.....	397
bbb. Konzerndimensionale Bedeutung.....	398
bb. Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.....	399
aaa. Leistungsbegriff.....	399
bbb. Abgrenzung zum Schaden und zur Bereicherung im Besonderen.....	401
ccc. Begriff des Missverhältnisses.....	402
ddd. Zum Missverhältnis im Konzernverbund im Besonderen.....	403
cc. Offensichtlichkeit.....	404
aaa. Im Allgemeinen.....	404
bbb. Im Konzernverbund.....	405
dd. Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.....	406
ee. Gut- bzw. Bösgläubigkeit.....	407
E. Rückerstattungspflichtige.....	408
1. Allgemeines.....	408
2. Aktionäre im Besonderen.....	409
3. Nahestehende Personen.....	410
a. Im Allgemeinen.....	410
b. Ausdehnung auf jedwede Konzernunternehmung.....	410
F. Rückerstattungsberechtigte.....	411
1. Im Allgemeinen.....	411
2. Konzernrechtlich begründete Ausweitung der Aktivlegitimation.....	412
G. Rechtsfolgen.....	412

1.	Umfang der Rückerstattungspflicht .....	412
2.	Verjährungsfrist .....	413
3.	«Schicksal» des Darlehensvertrags .....	414
H.	Verhältnis zu anderen Ansprüchen und Normkomplexen .....	416
1.	Verhältnis zum allgemeinen Bereicherungsrecht .....	416
2.	Verhältnis zur Verantwortlichkeitsklage .....	417
3.	Verhältnis zu konzernrechtlichen Ausgleichsansprüchen .....	418
I.	Rückerstattungsklage nach der «grossen» Aktienrechtsrevision .....	418
1.	Ausgangslage .....	418
2.	Offene Rechtslage de lege ferenda .....	418
3.	Prognosen anhand des indirekten Gegenvorschlags .....	420
a.	Vorgenommene Umgestaltung im Lichte der «Abzocker»-Initiative .....	423
b.	Zur Aktivlegitimation der Gesellschaftsgläubiger im Besonderen .....	423
aa.	Beweggründe für die Streichung .....	424
bb.	Argumente für das Gläubigerklagerecht .....	426
cc.	Anregungen aus konzernrechtlicher Sicht .....	426
J.	Zwischenergebnis und Folgerungen zur konzerndimensionalen Rückerstattungsklage .....	428
1.	Folgerungen für den konzerndimensionalen Anwendungsbereich der Norm im Überblick .....	428
2.	Vorschlag de lege ferenda .....	431
a.	Gesetzestext .....	431
b.	Erläuterungen .....	433
c.	Ergänzende Skizzen: Weitere «Bausteine» eines Konzernorganisationsrechts .....	435
aa.	Kurzerläuterungen .....	435
bb.	Prima-vista-Vorschläge .....	436
3.	Berücksichtigung durch den Richter .....	439
III.	Verbot der verdeckten Einlagerückgewähr – besser: Grundsatz der Kapitalerhaltung .....	440
A.	Legislatorische Wurzeln von Art. 680 OR .....	440
B.	Art. 680 OR als Anknüpfungspunkt .....	442
1.	Allgemeines .....	442
2.	Kapitalschutz und Vermögenserhaltung .....	444
C.	Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR .....	445
1.	Anwendungsbereich der Vorschrift im Allgemeinen .....	445
a.	Grundsatz .....	445
b.	Umfang des geschützten Kapitals .....	447
2.	Anwendungsbereich im Konzernverhältnis .....	449
a.	Ausgangslage .....	449
b.	Anwendung auf Konzernverhältnisse .....	449
aa.	Herleitung des Anwendungsbereichs .....	449
bb.	Grundsätzliche Geltung bei qualifizierter Einordnung .....	450
cc.	Suspendierung der Rechtsfolgen bei Ausgleich .....	450

c.	Leistungen zulasten des Grundkapitals.....	450
aa.	Strenge Restriktion.....	451
bb.	Drittbedingungen.....	452
cc.	Bilanzielle Vollwertigkeit als Minimalkriterium.....	453
dd.	Vermutungen anhand organisationsrechtlicher Legitimität.....	454
ee.	Suspendierte Rechtsfolgenanordnung bei Leistung von Ausgleich.....	455
3.	Rechtsfolgen im Allgemeinen.....	455
4.	Rechtsfolgenanordnung im Konzernverhältnis.....	456
a.	Ausgangslage.....	456
b.	Herleitung der Rechtsfolgen anhand konzerndimensional interpretiertem Normzweck.....	457
c.	Anspruchsvoraussetzungen anhand organisationsrechtlicher Legitimität.....	458
5.	Verhältnis von Ansprüchen aus Art. 678 OR und Art. 680 OR.....	459
D.	Zwischenergebnis und Folgerungen zur konzerndimensionalen Kapitalerhaltung.....	459
1.	Zwischenergebnis zum Grundsatz der Kapitalerhaltung.....	459
2.	Konzernspezifische Fortentwicklung von Art. 680 Abs. 2 OR.....	461
IV.	Übersicht zu den Reserveschutzvorschriften.....	462
A.	Regelung de lege lata.....	462
1.	Anwendungsbereich.....	462
2.	Rechtsfolgen bei Verstoss gegen Reserveschutzvorschriften.....	464
B.	Regelung de lege ferenda.....	465
1.	Gesetzliche Kapitalreserve.....	466
2.	Aufhebungen.....	467
3.	Gewinnreserve.....	467
a.	Gesetzliche Gewinnreserve.....	467
b.	Freiwillige Gewinnreserve.....	468
V.	Verhältnis zu konzernrechtlichen Ausgleichsansprüchen.....	468
VI.	Hinweis: Anwendbarkeit der Vermögens- bzw. Kapitalschutzregeln nicht auf jeden einzelnen Liquiditätsfluss?.....	469
VII.	Ergebnisse zu § 11 im Überblick.....	470
<b>§ 12</b>	<b>Folgen unrechtmässiger Vermögensverschiebungen.....</b>	<b>471</b>
I.	Ausgangslage und Zielsetzung.....	471
II.	Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.....	471
A.	Ausgangslage und Fragestellung.....	471
B.	Voraussetzungen des Rückerstattungsanspruchs.....	472
1.	Bereicherung.....	472
2.	Entreicherung.....	473
3.	Kausal- oder Sachzusammenhang.....	474
4.	Fehlende Rechtfertigung des Vermögenszuflusses.....	475
a.	Gesetzliche Kategorien.....	475
b.	Freiwilligkeit und Irrtum beim Begleichen einer Nichtschuld.....	475

aa.	Im Allgemeinen.....	475
bb.	(Un-)Freiwilligkeit unter Leitungszwang.....	476
C.	Gegenstand und Umfang des Rückerstattungsanspruchs.....	477
1.	Grundsatz.....	477
2.	Differenztheorie im Beteiligungskonzern.....	479
a.	Problemlage.....	479
b.	Alternative: «Verschobenes» Vermögensobjekt als Bemessungsgrundlage der Bereicherung? .....	479
3.	Hinweis zur Rückerstattungsbeschränkung (Art. 66 OR).....	480
D.	Abgrenzungen.....	481
1.	Zur Leistung nach Art. 678 OR .....	481
2.	Zum Schadensbegriff.....	482
III.	Bei Verstoss gegen Vermögens- bzw. Kapitalschutzvorschriften .....	482
A.	Bei Verstoss gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung.....	482
B.	Beim Verstoss gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung .....	482
IV.	Hinweis: (Vertragliche) Rückabwicklung ex nunc?.....	482
V.	Konkurrenzen.....	484
VI.	Ergebnisse zu § 12 im Überblick.....	484
Kapitel 4: Typisierte Fallgruppenbildung .....		487
<b>§ 13</b>	<b>Typus 1: Fehlende minimale rechtmässige Konzernorganisation .....</b>	<b>489</b>
I.	Typusdefinition .....	489
II.	Bedingungen der Darlehensvergabe.....	490
A.	Überblick .....	490
B.	Definition der Drittbedingungen .....	490
C.	Definition der Konzernbedingungen .....	491
D.	Definition der Zweifelsfälle .....	492
III.	Relevanter konzernorganisatorischer Rechtsrahmen im Überblick.....	492
A.	Vorbemerkung .....	492
B.	Normtexte .....	492
IV.	Folgerungen für Upstream-Darlehen.....	499
A.	Ausgangslage .....	499
B.	Darlehensgewährung erfolgt zu Konzernbedingungen und Zweifelsfälle .....	500
1.	Vertragsentstehungsaspekte.....	500
a.	Vertretungsmacht .....	500
b.	Vertretungsbefugnis .....	501
aa.	Sichtweise der darlehensgewährenden AG .....	501
bb.	Sicht der darlehensempfangenden AG .....	501
c.	Rechtsfolgen beim Nicht-Eintritt der Verpflichtungslage .....	502
2.	Vermögens- und Kapitalschutzaspekte.....	503
a.	Verbot unrechtmässiger Vermögensverlagerung.....	503
b.	Grundsatz der Kapitalerhaltung.....	503
C.	Darlehensgewährung erfolgt zu Drittbedingungen.....	504

<b>§ 14</b>	<b>Typus 2: Minimale rechtmässige Konzernorganisation</b>	
	– einfache Einordnung .....	507
I.	Typusdefinition .....	507
II.	Bedingungen der Darlehensvergabe.....	508
	A. Ausgangslage .....	508
	B. Bedingungen der Darlehensvergabe.....	508
III.	Folgerungen für Upstream-Darlehen.....	508
	A. Darlehensgewährung erfolgt zu Drittbedingungen und Zweifelsfälle .....	508
	1. Vertragsentstehungsaspekte.....	508
	2. Vermögens- und Kapitalschutzaspekte .....	509
	B. Darlehensgewährung erfolgt zu Konzernbedingungen .....	510
	1. Vertragsentstehungsaspekte.....	510
	2. Vermögens- und Kapitalschutzaspekte .....	511
<b>§ 15</b>	<b>Typus 3: Minimale rechtmässige Konzernorganisation</b>	
	– qualifizierte Einordnung.....	513
I.	Typusdefinition .....	513
II.	Bedingungen der Darlehensvergabe.....	514
III.	Folgerungen für Upstream-Darlehen.....	514
	Stichwortverzeichnis.....	515