

Peter V. Kunz
Florian S. Jörg
Oliver Arter
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX

Dieter Gericke / Stefan Waller
Lukas Glanzmann
Urs P. Gnos
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Michael Nordin / Regula Portmann
Urs Schenker



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:

Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3123-0
ISBN Judocu 978-3-0354-1125-6
ISBN E-Book 978-3-7272-5852-7



Materielle Organschaft („faktische VR“): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht

PETER V. KUNZ*

Inhaltsverzeichnis

1.	Vorbemerkungen	174
1.1	Begriffliches.....	174
1.1.1	Sprachgebrauch.....	174
1.1.2	Mehrdeutigkeiten	174
1.2	Übersicht.....	176
2.	Voraussetzungen	176
2.1	Bundesgericht	176
2.2	Doktrin.....	177
2.3	Kriterien für faktische Organschaften.....	178
2.3.1	Person	178
2.3.2	Organtypische Funktion.....	179
2.3.3	Besorgung der Geschäftsführung.....	181
2.3.4	Mitbestimmung der Willensbildung.....	181
2.3.5	Massgeblichkeit	182
3.	Folgen.....	183
3.1	Verantwortlichkeit	183
3.2	Weitere Folgen – Auswahl.....	184
4.	Spezialthemen.....	185
4.1	Beispiele der Praxis.....	185
4.1.1	Konzernobergesellschaften	185
4.1.2	Banken bzw. Kreditgeber.....	187
4.1.2.1	Ausgangslage.....	187
4.1.2.2	Ergebnisse.....	189
4.1.3	Prüfgesellschaften	190
4.2	Verteidigungsmöglichkeiten?	191
4.2.1	Delegation.....	191
4.2.2	Business Judgment Rule	192
5.	Schlussbemerkungen	192
	Literaturverzeichnis	194

* Der Unterzeichner wurde beim Referat vom 8. Mai 2013 sowie beim vorliegenden Beitrag tatkräftig unterstützt durch Herrn Rechtsanwalt ANDREAS HAGI, wissenschaftlicher Assistent an meinem Lehrstuhl am Institut für nationales und internationales Wirtschaftsrecht der Universität Bern (www.iwr.unibe.ch), dem ich dafür bestens danke; der Aufsatz wurde *Mitte Mai 2013* abgeschlossen.

1. Vorbemerkungen

1.1 Begriffliches

1.1.1 Sprachgebrauch

Jedermann hat eine ganz persönliche Vorstellung, was „ein Organ“ ist. Umgangssprachlich haben *Nicht-Juristen* wohl meist medizinische bzw. biologische Gedanken; Wikipedia spricht in diesem Zusammenhang von einem „spezialisierte[n] Teil des Körpers“. Die russische Tageszeitung „Prawda“ wurde ebenfalls mit diesem Terminus umschrieben, nämlich als „Organ der KPdSU“ in der ehemaligen UdSSR.

Unter *Juristen* herrscht ein anderes (oder ein ergänzendes) Verständnis vor, wobei keine Einheitlichkeit festgestellt werden kann. Die Uneinheitlichkeit ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die Rechtsordnung – im Folgenden auf das Aktienrecht fokussiert – eine Vielzahl von Organbegriffen kennt. Das Privatrecht und das Wirtschaftsrecht erwähnen verschiedene „Organe“¹, wobei der Begriff am häufigsten im Gesellschaftsrecht² vorkommt.

1.1.2 Mehrdeutigkeiten

Im Aktienrecht entstehen immer wieder Missverständnisse bei den Terminologien „*Organhaftung*“ sowie „*Haftung der Organe*“³. Es geht dabei um die Haftung der Aktiengesellschaft (AG) für das Verhalten der eigenen Organe gemäss Art. 722 OR und nicht um deren persönliche Haftung;

¹ Auswahl: Art. 54 ZGB, Art. 55 Abs. 1 ZGB, Art. 57 Abs. 1 ZGB, Art. 64 Abs. 1 ZGB, Art. 65 ZGB, Art. 69c Abs. 1 ZGB, Art. 83 ff. ZGB, Art. 666b ZGB, Art. 712m Abs. 2 ZGB, Art. 781a ZGB, Art. 955 Abs. 2 ZGB, Art. 962a Ziff. 4 ZGB; zudem: Art. 40 OR, Art. 357b Abs. 2 OR, Art. 626 Ziff. 6 OR, Art. 629 OR, Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 4 OR, Art. 689 Abs. 1 OR, Art. 689c OR, Art. 689e Abs. 1 OR, Art. 697b Abs. 2 OR, Art. 697d Abs. 2 OR, Art. 698 Abs. 1 OR, Art. 702 Abs. 2 Ziff. 1 OR, Art. 722 OR, Art. 728 OR, Art. 731b OR, Art. 739 Abs. 2 OR, Art. 740 Abs. 5 OR, Art. 754 Abs. 2 OR, Art. 777 Abs. 1 OR, Art. 804 Abs. 1 OR, Art. 832 Ziff. 4 OR, Art. 834 Abs. 3 OR, Art. 841 Abs. 1 OR, Art. 857 Abs. 4 OR, Art. 879 Abs. 1 OR, Art. 881 Abs. 1 OR, Art. 890 Abs. 2 OR, Art. 922 Abs. 1 OR, Art. 931a OR, Art. 938b Abs. 1 OR, Art. 958 Abs. 3 OR, Art. 958e Abs. 1 OR, Art. 959a Abs. 4 OR, Art. 959c Abs. 2 Ziff. 11 OR, Art. 962 Abs. 4 OR, Art. 962a Abs. 4 OR, Art. 963 Abs. 2 OR, Art. 1160 Abs. 2 OR.

² In diesem Bereich sind ebenfalls *Mehrdeutigkeiten* festzustellen: Vgl. dazu hinten Ziff. 1.1.2.

³ Es handelt sich um die Marginale von Art. 722 OR.

bei Haftungsthemen zulasten der Organ(mitglieder) sollte m.E. vielmehr von „*Verantwortlichkeit*“ (Art. 754 ff. OR) gesprochen werden⁴. Wichtiger als die Terminologie erscheinen in jedem Fall die konkreten Rechtsgrundlagen.

Die Organschaft im Rahmen von Art. 754 OR thematisiert die *Passivlegitimation*, d.h., wer eingeklagt wird, kann allenfalls eine „Einrede mangelnder Organeigenschaft“ zur Verteidigung vorbringen⁵. Anders als die Aktivlegitimation wird die Passivlegitimation relativ offen umschrieben. Verantwortlichkeitsklagen – je nach Situation klagen AG, Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger – stehen v.a. gegen *formelle* Organe⁶ oder gegen *materielle* Organe⁷ zur Verfügung⁸; zudem wird eine dritte Variante der verantwortlichkeitsrechtlichen Organschaft – nämlich Organe *infolge Kundgabe* – erwähnt⁹.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll die Frage zu beantworten versucht werden, wer bzw. *welche Personen* als materielle Organe bzw. *als faktische VR* zu betrachten sind. Die vorgezogene Kurzantwort ist einfach: Als potentiell Passivlegitimierter einer Verantwortlichkeitsklage gilt *jeder-mann*, der die Voraussetzungen einer materiellen Organschaft erfüllt; in Praxis und Lehre werden v.a. Alleinaktionäre, Mehrheitsgesellschafter, Mitglieder eines ABV, Prokuristen, Konzernobergesellschaften oder sogar Gesellschaftsgläubiger debattiert¹⁰.

⁴ KUNZ, Rechtsnatur, S. 172; teils spricht indes sogar das Bundesgericht von „Organhaftung“, wenn „Verantwortlichkeit“ das Thema ist: „Die Organhaftung nach Art. 754 aOR erfasst nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrates, sondern alle mit der Geschäftsführung betrauten Personen“ (BGE 128 III 93 Erw. 3. a.).

⁵ KUNZ, Rechtsnatur, S. 174; ähnlich: VETTER, S. 1.

⁶ Im Vordergrund stehen z.B. Mitglieder des Verwaltungsrats (VR), Revisionsstellen oder Liquidatoren.

⁷ M.E. stellen „materielles Organ“ sowie „faktisches Organ“ *Synonyme* dar: KUNZ, Rundflug, S. 89; gl.M. etwa bereits: FORSTMOSER, N 657 (Titel); MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, 16 N 576.

⁸ Jüngst: WYTENBACH, S. 25 und S. 137 f., der terminologisch zwischen „materiellem Organ“ und „faktischem Organ“ differenziert; Details: a.a.O., S. 136 ff.; ebenso: VETTER, S. 19 ff.

⁹ Grundlegend: FORSTMOSER, N 676 ff.; zudem: BÄRTSCHI, S. 104 ff.; VETTER, S. 22 ff.; VOGEL, S. 330 ff.; obiter: BGE 117 II 573 Erw. 3.

¹⁰ FORSTMOSER, N 672, erwähnt zusätzlich Handlungsbevollmächtigte, Kassierer, Buchhalter, Redaktoren, externe Rechtsanwälte sowie „graue Eminenzen“; in Bezug auf Aktionärbindungsverträge (ABV): FISCHER, S. 304 f.

1.2 Übersicht

Materielle Organschaften erweisen sich im Gesellschaftsrecht generell als bedeutsam, wobei das Körperschaftsrecht im Vordergrund steht. Die vorliegende Darstellung beschränkt sich allerdings auf das *Aktienrecht* gemäss Art. 620 ff. OR¹¹, und zwar sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen¹² als auch hinsichtlich der (Verantwortlichkeits-)Folgen¹³.

Nebst *theoretischen* Ausführungen sollen *praktische* Fragestellungen erörtert werden. Angesprochen werden nebst Beispielen aus der Wirtschaftsrealität (z.B. Konzernverhältnisse¹⁴ oder Banken als Kreditgeber¹⁵) noch kaum erörterte Verteidigungsmöglichkeiten für materielle Organe (sc. VR-Delegation¹⁶ und Business Judgment Rule¹⁷).

2. Voraussetzungen

2.1 Bundesgericht

Die bundesgerichtliche Praxis zum faktischen VR hat sich über mehrere Jahrzehnte hinweg entwickelt¹⁸, wobei die *anzuwendende Rechtsgrundlage* zu Beginn der 1990er Jahre revidiert wurde. Legaler Ansatzpunkt ist das Gesetz, d.h., prinzipiell sind materielle Organe „alle mit der Geschäftsführung (...) befassten Personen“ (Art. 754 Abs. 1 OR); der *Begriff* „befasst“ wird weiter verstanden als der frühere Terminus „betraut“¹⁹.

Die aus dem Jahr 1983 stammende Botschaft zum heute gültigen Aktienrecht hält in Bezug auf Art. 754 Abs. 1 OR fest: „Der unterschiedliche Wortgebrauch [sc. „befasst“ statt „betraut“] ist gewollt und bringt zum

¹¹ Die Ausführungen zur *aktienrechtlichen* materiellen Organschaft sind *analog anwendbar* auf andere Gesellschaftsformen: Art. 827 OR re GmbH sowie Art. 916 OR re Genossenschaft.

¹² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.

¹³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1/Ziff. 4.2.

¹⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.1.1.

¹⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.1.2.

¹⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.2.1.

¹⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.2.2.

¹⁸ Übersicht: WYTENBACH, S. 9 ff. m.w.H.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 5 bezeichnen die Praxisentwicklung als „schillernd“.

¹⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 576; FISCHER, S. 304.

Ausdruck, dass nicht nur die formellen (...) sondern auch die *faktischen Organe* erfasst werden²⁰.

Das Bundesgericht hat auf dieser Grundlage in den letzten 20 Jahren eine „Formel“ bzw. eine *Definition des materiellen Organs* entwickelt²¹: „Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraut im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht nur Entscheidorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (...)“²².

M.E. bestehen – basierend auf dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 754 Abs. 1 OR – vier bzw. fünf Voraussetzungen zur Bejahung einer faktischen Organschaft, nämlich²³ „Person“, „organtypische Funktion“ oder „Besorgung der eigentlichen Geschäftsführung“, „Mitbestimmung der Willensbildung“, und zwar in „massgeblicher“ Weise. Die aktienrechtliche Doktrin²⁴ begrüsst diese Praxis im Grossen und Ganzen.

2.2 Doktrin

Die Lehre befasst sich seit langer Zeit mit dem aktienrechtlichen Organbegriff, wobei ehemals formelle Organe im wissenschaftlichen Vordergrund standen²⁵. Mit der Zeit wurde die Debatte auf faktische VR ausgedehnt²⁶ (u.a. vom Unterzeichner)²⁷, und zwar nicht zuletzt durch jüngere Publika-

²⁰ Botschaft zum Aktienrecht: BBl 1983 II 935; Hervorhebung im Original – weiter wird ausgeführt: „Als faktisches Organ gilt der *Hauptaktionär*, der sich in die Geschäftsführung *einmisch*t, der *Treugeber* (...), der dem fiduziarischen Verwaltungsrat *Weisungen erteilt*, alle stillen und verdeckten Verwaltungsräte, alle verborgenen Direktoren sowie *jedermann*, der, ohne gewählt oder besonders bezeichnet worden zu sein, *dauernd* und *selbständig* für die Gesellschaft und ihr Unternehmen *wichtige Entscheide fällt*“ (a.a.O.; Hervorhebungen hinzugefügt).

²¹ Hierzu: WYTENBACH, S. 12 ff.

²² BGE 128 III 93 Erw. 3. a.

²³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.

²⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.

²⁵ Beispielhaft: HARTMANN, *passim*.

²⁶ Auswahl zur fast unüberschaubaren Literaturflut: FORSTMOSER, N 657 ff. m.w.H.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 575 ff.; BÖCKLI, § 18 N 109 ff.; VETTER/GUTZWILLER, S. 224 ff.

²⁷ KUNZ, Rechtsnatur, S. 182 ff.

tionen²⁸. Mehrheitlich begrüßen die Autoren die bundesgerichtliche Praxis. Immerhin wird teils davor *gewarnt*, dass der *Organbegriff* „ausufernd“ könnte²⁹.

Ein Teil der Doktrin vertritt die Ansicht, dass die materielle Organschaft als solche *widerrechtlich* sei, d.h., sie dürfe von den formellen Organen nicht geduldet werden, ansonsten eine Pflichtwidrigkeit vorliege³⁰. M.E. trifft dies nicht zu, u.a. weil das Aktienrecht *keine Pflicht zur Formalisierung* der Einflussnahme vorsieht³¹.

Die Lehre diskutiert eine *breite Palette von Beispielen* potentieller faktischer VR³². Traditionellerweise stehen Alleinaktionäre oder Gross- bzw. Hauptaktionäre im Vordergrund der Debatte³³. In jüngerer Zeit kamen einige reale Praxisbeispiele hinzu, und zwar insbesondere die Möglichkeit einer materiellen Organschaft der Konzernobergesellschaft³⁴; zu Kontroversen führt die mögliche Haftung von Gläubigern (z.B. von Banken) aus Darlehen³⁵.

2.3 Kriterien für faktische Organschaften

2.3.1 Person

Sowohl die Rechtssetzung (also: Art. 754 Abs. 1 OR) als auch die Rechtsanwendung³⁶ verlangen eine oder mehrere „*Personen*“ als potentiell Passivlegitimierte. Naheliegend erscheint das Privatrecht – konkret: Art. 11 ff. ZGB sowie Art. 52 ff. ZGB – heranzuziehen. Als faktische VR kommen denn auch *natürliche Personen* einerseits und *juristische Personen* andererseits³⁷ in Frage; die ältere Lehre wollte teilweise juristische Personen ausschliessen³⁸.

²⁸ VETTER, *passim*; WYTTENBACH, S. 239 ff.

²⁹ In diesem Sinne wörtlich: FORSTMOSER, N 670; zudem: KUNZ, Rechtsnatur, S. 182; wohl ähnlich: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 5.

³⁰ BÖCKLI, § 13 N 625 f. („Unrechtstatbestand“) sowie § 18 N 109c.

³¹ Für Allein- und Grossaktionäre: Art. 680 Abs. 1 OR.

³² VETTER, *passim*; FORSTMOSER, N 657 ff.

³³ Bereits in der Botschaft zum Aktienrecht: BBl 1983 II 935; statt vieler: KUNZ, Rundflug, S. 89; KUNZ, Rechtsnatur, S. 183.

³⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.1.1.

³⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.1.2.

³⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

³⁷ KUNZ, Rechtsnatur, S. 185; gl.M. betreffend juristische Personen: BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 110 f.; BÖCKLI, § 18 N 109b; BÄRTSCHI, S. 103; AFFENTRANGER,

M.E. muss der Terminus „Person“ bzw. „Personen“ im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR jedoch *möglichst umfassend*, geradezu „grenzenlos“ verstanden werden. In diese Kategorie fallen also nicht allein Körperschaften (AG, GmbH, SICAV etc.), sondern ausserdem *Rechtsgemeinschaften* (also einfache Gesellschaften, Kollektivgesellschaften, Kommanditgesellschaften sowie KGK)³⁹. Es besteht m.a.W. *kein Rechtsformenzwang* betreffend materielle Organschaft für die Passivlegitimation bei Verantwortlichkeitsklagen⁴⁰.

Nicht zu „Personen“ im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR gehören immerhin sog. *jenseitige Wesen*, die Gegenstand der Medialität sind. Dies gilt unabhängig davon, ob allenfalls eine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung erfolgt ist. Das Bundesgericht hielt im Jahr 1990 – in anderem Zusammenhang⁴¹ – fest: „Jenseitige Wesen aber sind keine Subjekte schweizerischen Rechts (Art. 11 ZGB)“ (BGE 116 II 354 Erw. 2. c.).

2.3.2 Organtypische Funktion

Die *generelle Einflussnahme* auf die Willensbildung einer AG reicht (noch) nicht aus für eine materielle Organschaft⁴². Einerseits muss sie sich auf *eigentliche Organkompetenzen* des VR beziehen⁴³, die allerdings m.E. weiter gehen als die Kompetenzen gemäss Art. 716a OR; andererseits muss ein faktischer VR eine *organtypische Funktion* wahrnehmen⁴⁴ – dabei handelt es sich um die Voraussetzung, zu der am meisten Diskussionen geführt werden⁴⁵.

S. 109; ISLER, S. 291 f.; BERTHEAU, S. 123; VETTER, S. 199 ff.; es kommt m.E. nicht darauf an, ob es juristische Personen des *Privatrechts* oder des *öffentlichen Rechts* sind.

³⁸ LÄNZLINGER, S. 197/198; VON BÜREN, S. 208 f., und zwar in Analogie zu Art. 707 Abs. 3 OR; weitere Hinweise: BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 110 Fn. 308; m.E. können z.B. auch *Stiftungen* (Art. 80 ff. ZGB) sowie *Vereine* (Art. 60 ff. ZGB) potentiell als faktische VR qualifiziert werden.

³⁹ Gl.M.: WYTTENBACH, S. 314; allg. zu Rechtsgemeinschaften: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 62 ff.

⁴⁰ M.E. können z.B. *Anlagefonds* oder *Erbengemeinschaften* (gl.M.: VETTER, S. 78) ebenfalls faktische Organe sein, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind.

⁴¹ Thema war das urheberrechtliche Schöpferprinzip.

⁴² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.5.

⁴³ ISLER, S. 293.

⁴⁴ M.a.W.: „Er muss handeln, wie wenn er Organ wäre“ (MAURENBRECHER, S. 1336).

⁴⁵ Statt aller: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 7; ISLER, S. 292 f.; BÄRTSCHLI, S. 101 f.; detailliert: VETTER, S. 107 ff.; VOGEL, S. 304 ff.

In diesem Zusammenhang sind „*organtypisch*“ – als Beispiele⁴⁶ – Teilnahmen an Sitzungen des VR, und zwar allenfalls sogar mit gleichberechtigtem Stimmrecht, Einladungen zu sämtlichen (also nicht nur zu einzelnen) Sitzungen, regelmässige Unterbreitung von Beschlüssen des VR (eventuell verbunden mit einem Vetorecht des materiellen Organs) oder gemeinsames Auftreten gegenüber Dritten; teils wird bereits die Abwicklung des Zahlungsverkehrs durch Banken⁴⁷ als organtypische Handlung verstanden⁴⁸.

Ein Teil der Lehre spricht Einflüssen von *Vertragsparteien* (z.B. Kreditgeber)⁴⁹ auf AG a priori eine organtypische Wirkung ab. M.E. trifft ein solches apodiktisches Verständnis nicht zu⁵⁰. Entscheidend scheint nämlich nicht, ob Vertragspartner einer betroffenen Gesellschaft „eigene legitime Interessen“ wahrnehmen⁵¹, sondern inwiefern sich solche Einflussnahmen auf die betroffene AG (und deren Willensbildung) „auswirken“.

Organtypisch ist ausserdem eine hierarchische Überordnung. Es handelt sich um eine *leitende* und *entscheidende* Funktion, d.h., bloss untergeordnete oder vorbereitende Funktionen reichen nicht aus⁵²; deshalb dürften z.B. Prokuristen (regelmässig) keine faktischen Organe darstellen⁵³. M.a.W. geht es einzig um die „oberste Schicht der Hierarchie“⁵⁴. Untergeordnete Fachleute gehören nicht in diese Kategorie, selbst wenn sie weitreichende Entscheide fassen⁵⁵. Ebenfalls nicht dazu gehören blosse Hilfspersonen⁵⁶ oder Berater⁵⁷.

⁴⁶ Hierzu: ISLER, S. 293.

⁴⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.1.2.

⁴⁸ Hinweise: BERTHEAU, S. 133 f.

⁴⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.1.2.

⁵⁰ GL.M.: VETTER, S. 136.

⁵¹ FORSTMOSER, N 662 m.w.H.

⁵² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 576a; BÖCKLI, § 18 N 109; LIPS-RAUBER, S. 144.

⁵³ Anders im Ergebnis: BGE 117 II 441 ff. Erw. 2.; etwas „abgemildert“ dann das Bundesgericht: BGE 128 III 31 Erw. 3. a.; generell zur Thematik: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 576a; KUNZ, Rechtsnatur, S. 185 ff.; zudem: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 5 a.E.; BÄRTSCHI, S. 102.

⁵⁴ BGE 117 II 573 Erw. 3 a.E.; zudem: KUNZ, Rechtsnatur, S. 183 m.w.H. in Fn. 115; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 109; BÄRTSCHI, S. 102 und S. 103 ad Fn. 480; VETTER, S. 184 f.; WYTENBACH, S. 240 m.w.H. in Fn. 1745.

⁵⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 6.

⁵⁶ Statt aller: BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 109; BÄRTSCHI, S. 102; WYTENBACH, S. 288.

⁵⁷ Statt aller: KUNZ, Rechtsnatur, S. 182 Fn. 103; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 109; generell: BERTSCHINGER, Berater, *passim*.

Die *restriktive Interpretation* der Voraussetzung „organtypische Funktion“ führt im Ergebnis – m.E. mit gutem Grund (und ähnlich wie bei der „Massgeblichkeit“)⁵⁸ – dazu, dass der faktische Organbegriff *nicht* „ausufer“⁵⁹. Der Organbegriff soll nicht schrankenlos sein.

2.3.3 Besorgung der Geschäftsführung

Die „Besorgung der Geschäftsführung“ ist keine kumulative, sondern eine *alternative Voraussetzung* der bundesgerichtlichen „Formel“⁵⁹ zu Art. 754 Abs. 1 OR. In diesem Zusammenhang muss „*Geschäftsführung*“ m.E. in einem *umfassenden* Sinn verstanden werden, d.h., es geht nicht allein um eine interne Funktion, sondern eine externe Funktion (dabei in erster Linie die Vertretung der Gesellschaft) fällt ebenfalls darunter⁶⁰.

Als *Geschäftsführung* kann nicht jede Tätigkeit für die Unternehmung qualifiziert werden. Erforderlich sind vielmehr Entscheide, „welche nicht mehr zur Routine des Alltagsgeschäfts gehören, sondern von *unternehmerischer Bedeutung* sind“⁶¹. Das faktische Organ zeichnet sich durch Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit aus⁶². Geschäftsführung meint die Förderung in verantwortungsvoller Funktion.

2.3.4 Mitbestimmung der Willensbildung

Dass *nicht jede* Einflussnahme bzw. *Mitbestimmung der Willensbildung* ausreichend ist für eine materielle Organschaft, wird einerseits durch die „organtypische Funktion“⁶³ sowie andererseits durch die erforderliche Massgeblichkeit⁶⁴ sichergestellt. M.a.W. ausgedrückt steht vielmehr fest: „Einflussnahme an sich [ist] zwar notwendiges, aber nicht ausreichendes Kriterium materieller Organstellung“⁶⁵.

⁵⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.5.

⁵⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

⁶⁰ Im Detail: VETTER, S. 113 ff. m.w.H.; es wird festgehalten, „dass die Geschäftsführung von Art. 754 Abs. 1 OR sowohl die interne als auch die externe Seite der Geschäftsführung umfasst und daher als Geschäftsführung im weiteren Sinne aufzufassen ist“ (a.a.O. S. 115).

⁶¹ BGE 117 II 442 Erw. 2. b. a.E.

⁶² Statt vieler: VETTER, S. 120 ff.

⁶³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

⁶⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.5.

⁶⁵ LÄNZLINGER, S. 191.

Die Willensbildung muss *Unternehmensentscheide* der AG betreffen. Dabei genügt es allerdings (noch) nicht, dass es um „Entscheide von weittragender Bedeutung“ geht, sondern es braucht vielmehr „*unternehmenspolitische und -leitende*“ Entscheide⁶⁶. Die Willensbildung der Gesellschaft kann in beiden Pflichtorganen erfolgen:

Auf der einen Seite geht es um die *Willensbildung im VR*. Ein materielles Organ kann zwar zumindest formell die Kompetenzen gemäss Art. 716 ff. OR nicht wahrnehmen, doch die VR-Mitglieder wissen nichtsdestotrotz um die entsprechenden Wünsche bzw. Vorstellungen etc. (und beachten sie)⁶⁷. Auf der anderen Seite kommt eine *Willensbildung in der GV* ebenfalls in Frage, wobei die Ausübung des Stimmrechts im Vordergrund steht⁶⁸.

2.3.5 Massgeblichkeit

Das zentrale Problem zum faktischen Organbegriff liegt bei der Frage nach der notwendigen *Intensität des Einflusses*, d.h. beim entsprechenden qualitativen und quantitativen „Massstab“⁶⁹. Zur Massgeblichkeit gehört einerseits, dass der faktische VR seinen Einfluss wahrnimmt, *wie wenn er Organ wäre*⁷⁰; andererseits muss die Tätigkeit *auf Dauer angelegt* sein und nicht allein in einem Einzelfall vorkommen⁷¹ (in der Lehre wird beispielsweise „als kürzeste Dauer ein Zeitraum von sechs bis zwölf Monaten“ angesehen)⁷².

⁶⁶ FORSTMOSER, N 659.

⁶⁷ Dabei spielt es keine Rolle, *wie* die Willensbildung der AG im VR beeinflusst wird (z.B. durch einen Gästestatus des faktischen Organs in der VR-Sitzung, durch ein Vetorecht der Beschlussfassungen oder durch informelle Telefonate mit Mitgliedern des VR).

⁶⁸ Aus diesem Grund dürfte ein *Mehrheitsaktionär* meist faktisches Organ „seiner“ Gesellschaft sein; die Willensbildung kann nicht allein durch die reale Wahrnehmung der Stimmrechte erfolgen, sondern auch durch entsprechende Drohung(en) des Mehrheitsaktionärs.

⁶⁹ KUNZ, Konzernhaftungen, S. 290.

⁷⁰ Ähnlich bereits: FORSTMOSER, N 663 a.E.; BERTHEAU, S. 120; teils wird dieses Kriterium zur „organtypischen Funktion“ diskutiert: MAURENBRECHER, S. 1336.

⁷¹ BGE 136 III 21 Erw. 2.4. (sc. „compétence durable de prendre des décisions“); in diesem Sinne etwa: BÖCKLI, § 18 N 109a; ISLER, S. 294; a.M.: FORSTMOSER, N 669; VOGEL, S. 310; BERTSCHINGER, Berater, S. 459; allg. zur Thematik: LIPS-RAUBER, S. 145; VETTER, S. 158 f. sowie S. 162 ff.

⁷² ISLER, S. 294; solche „Mindestdauern“ wären zwar förderlich für die Rechtssicherheit, umschreiben aber die „Massgeblichkeit“ nicht sachgerecht – m.E. kann eine massgeb-

Massgeblichkeit ist beispielsweise gegeben, wenn der VR die Meinungsäusserung eines Dritten (also des potentiellen materiellen Organs) *nolens volens* akzeptiert. Zwar besteht keine klare Trennlinie für die massgebliche Einflussnahme. Es scheint allerdings klar, dass die Grenze *näher bei Weisungen* („Ukas“) als bei *Empfehlungen* liegt.

Die *restriktive Interpretation* der (bundesgerichtlichen) Voraussetzung „massgebliche“ Mitbestimmung der Willensbildung führt im Ergebnis – m.E. mit gutem Grund (und ähnlich wie bei der „organtypischen Funktion“)⁷³ – dazu, dass der faktische Organbegriff *nicht* „ausufert“. Der Organbegriff soll nicht schrankenlos sein. Die „typische“ Empfehlung, die weder formell noch materiell bindend ist, reicht folglich nicht aus.

3. Folgen

3.1 Verantwortlichkeit

Im Rahmen von *Art. 754 ff. OR* können AG, Aktionäre sowie – im Konkursfall – Gesellschaftsgläubiger den finanziellen Ausgleich des erlittenen Schadens von materiellen Organen verlangen. Faktische VR können m.E. nicht allein für Handlungen, sondern ebenfalls für *Unterlassungen* zur Verantwortung gezogen werden⁷⁴, sofern das materielle Organ durch ihre bisherigen Einflussnahmen sozusagen eine *Garantenstellung*⁷⁵ eingegangen ist.

Eine *Treuepflicht* gemäss *Art. 717 Abs. 1 OR* nehmen nicht allein formelle VR, sondern ebenfalls faktische VR wahr⁷⁶; die Treuepflicht erstreckt sich indes „nur auf diejenigen Funktionen oder Bereiche, in denen mitgewirkt wurde“⁷⁷. Materielle Organe begehen indes prinzipiell keine Pflichtverletzung, wenn eine *Überschuldungsanzeige verspätet* erfolgt. In

liche Beeinflussung der Willensbildung in einer AG durchaus *einzelfallbezogen* vorkommen.

⁷³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

⁷⁴ BGE 128 III 94 Erw. 3. a.: Faktische Organe „sind auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich, wenn im Rahmen des an sich wahrgenommenen Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre“; in diesem Sinne: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 8; BÖCKLI, § 18 N 109 a.E.; LIPS-RAUBER, S. 144; a.M.: ISLER, S. 295.

⁷⁵ VETTER, S. 177 ff. m.w.H.

⁷⁶ In diesem Sinne: SOMMER, S. 30 f.

⁷⁷ SOMMER, S. 31.

diesem Zusammenhang käme eine Verantwortlichkeit der faktischen VR-Mitglieder „nur in Betracht (...), wenn sie den formellen Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abhielten oder es unterliessen, diesen über das Bestehen der Überschuldung zu informieren“⁷⁸.

Ehemals war *keine Versicherbarkeit* von materiellen Organschaften möglich⁷⁹. Dies hat sich in der Zwischenzeit geändert, d.h., zahlreiche Versicherungsgesellschaften bieten heutzutage sog. „D&O“-*Versicherungen* an, die ebenfalls faktische VR – zumindest innerhalb gewisser Schranken – abdecken; als Beispiel angeführt: „Versicherte Personen sind (...) Mitarbeiter, denen de facto Organfunktion zukommt“⁸⁰.

3.2 Weitere Folgen – Auswahl

Materielle Organschaften werden nicht allein im Bereich des *Gesellschaftsrechts* debattiert, sondern ebenfalls in weiteren Rechtsgebieten. In diesem Zusammenhang kann etwa das *Sozialversicherungsrecht* erwähnt werden. Beispielsweise sind nebst formellen VR auch materielle VR subsidiär haftbar für nicht geleistete Sozialversicherungsbeiträge der AHV⁸¹; ausserdem – als weiteres Beispiel – stehen faktischen VR infolge einer „arbeitgeberähnliche Stellung“ keine Arbeitslosenentschädigungen zu⁸².

Als potentiell strafbarer *Insider* im Sinne von Art. 161 aStGB – und zwar als sog. *unechte Insider*⁸³ bezeichnet – kamen schon bis anhin nebst formellen VR ebenfalls materielle VR in Frage⁸⁴. Die börsenrechtliche Neuregelung⁸⁵ hält daran fest. Es wird strafrechtlich „bestraft, wer als Organ oder Mitglied eines Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines Emitten-

⁷⁸ BGE 4A_474/2011 vom 4. Januar 2012 Erw. 3.4.

⁷⁹ Hinweise: KUNZ, Rechtsnatur, S. 182 Fn. 105.

⁸⁰ Ziff. 33 lit. e) Organhaftpflichtversicherung AVB (Zurich Insurance); inhaltlich identisch – und damit auf *Mitarbeiter beschränkt* – etwa A5 1 lit. h) der AVB betreffend D&O der AXA Versicherung.

⁸¹ Art. 52 Abs. 1 AHVG; zum sozialversicherungsrechtlichen Verständnis der faktischen Organschaft: BGE 132 III 527 ff. Erw. 4.3. – Erw. 4.6.; zudem: VETTER, S. 52 m.w.H.; VOGEL, S. 328.

⁸² BGE C 160/04 vom 29. Dezember 2004: Erw. 4; zudem: Fragen und Antworten des SECO vom 1. Mai 2012, Thema: Arbeitslosigkeit allgemein/Arbeitsmarktliche Massnahmen, *passim*.

⁸³ Übersicht: HÜRLIMANN, S. 63 ff. m.w.H.

⁸⁴ Statt aller: VETTER, S. 48 m.w.H.; betroffen waren einzig „Hilfspersonen gehobener Stufe“: HÜRLIMANN, S. 66 m.w.H.; allg.: LEUENBERGER, S. 268 ff.

⁸⁵ Allg.: LEU, *passim*.

ten (...) sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil verschafft, indem er eine Insiderinformation“ u.a. ausnutzt (Art. 40 Abs. 1 BEHG)⁸⁶.

In der Schweiz gelangt im *internationalen Verhältnis* prinzipiell das Inkorporationsprinzip zur Anwendung (Art. 154 Abs. 1 IPRG). Im Hinblick auf die Haftung von Organen *ausländischer Gesellschaften* wird dieser Grundsatz indes relativiert mit der Sitztheorie im Rahmen von Art. 159 IPRG⁸⁷, sofern der Anschein erweckt wurde, es handle sich um eine inländische Gesellschaft⁸⁸. Nebst dem *formellen VR* sind auch *materielle Organe* betroffen⁸⁹.

Im privatrechtlichen *Umstrukturierungsrecht* wird der Begriff „Organ“ bzw. „Verwaltungsorgan“ an mehreren Stellen verwendet (z.B. Art. 5 Abs. 2 FusG und Art. 12 Abs. 1 FusG). Die *fusionsrechtliche Verantwortlichkeitsklage* gemäss Art. 108 FusG erwähnt – vergleichbar mit Art. 754 Abs. 1 OR – die „befassten Personen“ als potentiell Passivlegitimierte. Trotz fehlender expliziter Verweisung in Absatz 3 der Regelung gelangt m.E. der aktienrechtliche Organbegriff zum faktischen VR hier ebenfalls zur Anwendung⁹⁰.

4. Spezialthemen

4.1 Beispiele der Praxis

4.1.1 Konzernobergesellschaften

In der *Lehre* wurde lange Zeit darüber debattiert, ob eine Obergesellschaft im Konzern als faktisches Organ von Untergesellschaften in Frage kommt

⁸⁶ Künftig sind faktische VR m.E. *automatisch* potentielle Insider; wohl ähnlich: LEU, S. 263; der mögliche Täterkreis wird neu allerdings sogar *über materielle Organe hinaus* ausgedehnt, indem auch „Personen, die unterhalb der obersten Führungsstufe“ stehen, als Insider prinzipiell in Frage kommen: BBl 2011, 6905; noch de lege ferenda argumentierend: LEUENBERGER, S. 433 ff.

⁸⁷ Art. 159 IPRG: „Werden die Geschäfte einer Gesellschaft, die nach ausländischem Recht gegründet worden ist, in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so untersteht die Haftung der für sie handelnden Personen schweizerischem Recht“.

⁸⁸ Hierzu: ZK-VISCHER, N 5 zu Art. 159 IPRG; EBERHARD/VON PLANTA, N 5 f. m.w.H. zu Art. 159 IPRG.

⁸⁹ Statt vieler: ZK-VISCHER, N 24 zu Art. 159 IPRG; EBERHARD/VON PLANTA, N 18 zu Art. 159 IPRG.

⁹⁰ Hinweise: VETTER, S. 39 f.

oder nicht⁹¹. Sollten die üblichen Voraussetzungen erfüllt sein, müsste dies der Fall sein: „M.E. gibt es in dieser Hinsicht (...) *kein Konzernprivileg*, d.h., die reguläre [Rechtsprechung] zum materiellen Organbegriff gilt konsequenterweise bei sämtlichen Gruppenunternehmen“⁹².

Das *Bundesgericht* hielt im Jahr 2001 fest, dass eine „blosse Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochtergesellschaft regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft begründet“⁹³, d.h., es braucht also ein „*Mehr*“ dazu⁹⁴. Eine faktische Organschaft der Obergesellschaft in einer Untergesellschaft⁹⁵ kann sich u.a. aus übertragenen oder aus usurpierten Zuständigkeiten ergeben⁹⁶.

Im Jahr 2010 wurde durch das *Bundesgericht* die Möglichkeit einer faktischen Organschaft der herrschenden Unternehmung in einem weiteren, unverständlicherweise nicht amtlich publizierten Entscheid⁹⁷ bestätigt. Der Umstand einer *Konzernierung allein* führt (noch) *nicht* zur Anwendung von Art. 754 ff. OR, d.h., es braucht eine Mitbestimmung der Willensbildung, die m.E. über die reguläre Konzernleitungsmacht hinausgeht⁹⁸:

„Im Konzern kann eine übergeordnete Gesellschaft (...) namentlich dadurch als faktisches Organ der Untergesellschaft (...) nach Art. 754 OR verantwortlich werden, dass sie sich als herrschende Gesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischt (...) [Erw. 7.1.1]. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (...) setzt in allen Fällen voraus, dass der Muttergesellschaft eine Verletzung von Pflichten vorgeworfen werden kann, die sich aus der (...) tatsächlich wahrgenommenen Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft (...) ergeben (...) [Erw. 7.2.2]“⁹⁹.

⁹¹ Statt aller: VETTER, S. 73 f. m.w.H.

⁹² KUNZ, Konzernhaftungen, S. 290; Hervorhebung hinzugefügt.

⁹³ BGE 128 III 94 Erw. 3. a.

⁹⁴ Generell geht es um die Konzernhaftung(en); statt vieler hierzu: VON BÜREN, S. 174 ff.; KUNZ, Konzernhaftungen, *passim*; verschiedene Konstellationen sind möglich: VETTER/GUTZWILLER, S. 226 ff.

⁹⁵ Hierzu bereits: VOGEL, S. 349 ff.

⁹⁶ BGE 128 III 9 Erw. 3. a. m.w.H.

⁹⁷ Rezension: KUNZ, Klarstellungen, *passim*.

⁹⁸ Eine sog. *Doppelorganschaft* im Konzern dürfte nicht selten eine materielle Organschaft der Muttergesellschaft andeuten: KUNZ, Klarstellungen, S. 47 f.

⁹⁹ Weitere bundesgerichtliche Erwägungen sind abgedruckt bei: KUNZ, Klarstellungen, S. 45 f.

4.1.2 Banken bzw. Kreditgeber

4.1.2.1 Ausgangslage

In Praxis und Lehre stellt sich gelegentlich die Frage, ob überhaupt – und allenfalls unter welchen Voraussetzungen – *Kreditgeber* (v.a. Banken) als *faktische Organe ihrer Darlehensnehmer* qualifiziert werden können. Während die Doktrin auf diese Problematik in einer Vielzahl von Publikationen eingeht¹⁰⁰, gibt es nur selten Gerichtsurteile; dies dürfte mit der hohen Vergleichsbereitschaft in diesem Bereich zusammenhängen¹⁰¹. Eine organtypische Funktion von Vertragsparteien kann nicht a priori ausgeschlossen werden¹⁰².

Kreditgeber können in Bezug auf die Kreditvergabe nebst der Darlehensrückzahlung *zusätzliche Rechte* verlangen bzw. mit dem Schuldner vereinbaren (Art. 1 OR)¹⁰³, nämlich beispielsweise Informationsansprüche sowie Mitspracherechte. Ein entsprechendes „*Kreditrisikomanagement*“ scheint insbesondere in Sanierungssituationen unerlässlich; Banken sind sich hierbei ihrer Haftungsrisiken durchaus bewusst¹⁰⁴.

Einschlägig sind in erster Linie *zwei bundesgerichtliche Urteile*. Im Jahr 1981 *bejahte* das Bundesgericht mit BGE 107 II 349 („Zumbunn“)¹⁰⁵ die Möglichkeit einer materiellen Organschaft im Zusammenhang mit einer Bank¹⁰⁶. Ein Vierteljahrhundert später, nämlich im

¹⁰⁰ Auswahl: ISLER, *passim*; BERTSCHINGER, Berater, S. 468 ff.; KNOBLOCH, S. 231 ff.; BERTHEAU, S. 119 ff.; AFFENTRANGER, S. 108 ff.; MAURENBRECHER, S. 1335 ff.; LÄNZLINGER, S. 190 ff., v.a. 197 ff.; zudem: BÄRTSCHI, S. 103; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 576a; VETTER, S. 77; WOLF, N 385 ff.

¹⁰¹ ISLER, S. 291.

¹⁰² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2; folglich kommen *Gläubiger als faktische VR* bzw. als materielle Organe des Schuldners prinzipiell in Frage: KUNZ, Rundflug, S. 89 Fn. 372.

¹⁰³ Bei unklaren „Geldvergaben“ kann es ausserdem zu heiklen Abgrenzungsfragen zwischen *partiarischen Darlehen* und *einfachen Gesellschaften* kommen.

¹⁰⁴ Etwa ISLER, S. 289, weist darauf hin, dass eine „Bank bei ihren Überlegungen, wie sie einem Schuldner *mit konstruktiven Massnahmen helfen* könnte, stets auch vom Risiko aus[geht], dass sie bei einem Scheitern der Bemühungen durch ihr Engagement zu guter Letzt noch *mitverantwortlich* gemacht und *schadenersatzpflichtig* werden könnte“; Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁰⁵ Kritisch: BERTSCHINGER, Berater, S. 468 f.; allg.: ISLER, S. 289 ff.; AFFENTRANGER, S. 109; im Detail besprochen: BERTHEAU, S. 123 ff.

¹⁰⁶ Im Verfahren wurde zwar *nicht die Bank* als faktischer VR zur Verantwortung gezogen, sondern es wurden deren *Vertreter* bei der Kreditschuldnerin eingeklagt; m.E. können indes die Aussagen des Bundesgerichts ohne weiteres auf die Thematik der Bank als materielles Organ „übertragen“ werden.

Jahr 2006, *verneinte* das Bundesgericht in BGE 136 III 14¹⁰⁷ eine Bankverantwortlichkeit. Nichtsdestotrotz bestehen nach wie vor erhebliche *Rechtsunsicherheiten*.

In *BGE 107 II 349* liess sich der Kreditgeber – heute selten – zusätzlich „als Aktionär in die Gesellschaft aufnehmen (...) [und nahm] an ihrer Willensbildung wie ein Organ“ teil¹⁰⁸. Nebst dem Erwerb einer *Minderheitsbeteiligung* nahmen Bankvertreter an *VR-Sitzungen* teil und konnten „sich zu allen Verhandlungsgegenständen äussern“¹⁰⁹. Ausserdem schloss die Bank einen „*Beratungsvertrag*“, der ihr eine „stille Einsitznahme“ im VR ermöglichte¹¹⁰: „Ob formelle Abstimmungen stattgefunden haben oder nicht, ist deshalb belanglos (...)“¹¹¹.

Die Regeste zu *BGE 136 III 14* scheint eine Tendenzumkehr anzudeuten: „Was eine Bank unternimmt, um ihre Gläubigerinteressen wahrzunehmen, stellt keine Einmischung in die Geschäftsführung einer Gesellschaft dar, die sie als faktisches Organ erscheinen liesse“¹¹². Insbesondere stellen das Verfolgen der Entwicklung eines Schuldners aus der Nähe, vorläufige Abschlüsse, Forderungsabtretungen, Sanierungsmassnahmen, Verlangen von Zahlungen oder Inverzugsetzung *keine automatische Einmischung* dar bzw. „on ne peut y voir une immixtion dans la gestion de la société impliquant un statut d’organe de fait“¹¹³.

Meist *zurückhaltend* äussert sich bis anhin die Doktrin zur materiellen Organschaft von Kreditgebern¹¹⁴, wobei dies oftmals rein pragmatisch begründet erscheint. Immerhin wird die „organtypische Funktion“ von Vertragsparteien selten mehr generell bestritten¹¹⁵.

Als *potentiell riskant* wird hingegen beispielsweise betrachtet, wenn Kreditgeber an Sitzungen der Kreditnehmer teilnehmen¹¹⁶, gewisse Sanie-

¹⁰⁷ Deutsche Übersetzung des französischen Originaltextes: Pra 99 (2010) Nr. 72.

¹⁰⁸ BGE 107 II 355 Erw. 5. b.

¹⁰⁹ BGE 107 II 354 Erw. 5. a.

¹¹⁰ BGE 107 II 354 Erw. 5. a.; es bestand eine „erhebliche Einflussnahme auf die oder aktive Teilnahme an der Willensbildung [der AG]“ (a.a.O.).

¹¹¹ BGE 107 II 354 Erw. 5. a.; solche Abstimmungen erübrigten sich zum vornherein „wegen der persönlichen Überzeugungskraft oder Machtstellung der Vertreter“ der Bank (a.a.O.).

¹¹² Originalzitat: „Si une banque ne fait que défendre ses intérêts de créancière, elle ne doit pas être considérée comme un organe de fait“ (BGE 136 III 21 Erw. 2.4.).

¹¹³ BGE 136 III 21 Erw. 2.4.; Übersetzung: Pra 99 (2010) 533.

¹¹⁴ Statt aller: MAURENBRECHER, S. 1336; differenzierend: WOLF, N 386 ff.

¹¹⁵ Immerhin: FORSTMOSER, N 662 Fn. 1305/N 667; MAURENBRECHER, S. 1336; BERTHEAU, S. 130 ff./S. 137 f.

¹¹⁶ Vorschläge für „Do’s“ and „Don’ts“: BERTSCHINGER, Berater, S. 471.

rungsmassnahmen¹¹⁷ vorschlagen¹¹⁸ bzw. durchsetzen oder durch ihre Vertreter¹¹⁹ einen unmittelbaren Einfluss beim Vertragspartner geltend machen¹²⁰. Besonders gefährlich erscheint ausserdem, wenn VR-Beschlüsse von Banken zu genehmigen sind¹²¹ bzw. wenn Kreditgeber in Geschäftsführungsentscheide miteinbezogen werden¹²² oder wenn Bankrepräsentanten für die AG gegenüber Dritten auftreten¹²³. Selbst Stillhalteabkommen werden z.T. als heikel erachtet¹²⁴.

4.1.2.2 Ergebnisse

Ausschlaggebend für die Qualifikation eines Kreditgebers als materielles Organ ist in erster Linie der „Inhalt“ der Einflussnahme und nicht deren „Form“, d.h., es gelangt eine *wirtschaftliche Betrachtungsweise* („Substance over Form“)¹²⁵ bei der Auslegung von Art. 754 Abs. 1 OR zur Anwendung. Dabei sind *Teilnahmen an VR-Sitzungen* weder notwendig noch hinreichend, um als faktischer VR eines Darlehensschuldners qualifiziert zu werden¹²⁶. Heikel erscheinen *Beteiligungen*, mit denen die Forderungen sozusagen „unterstützt“ werden¹²⁷.

Prinzipiell sollte sich ein Kreditgeber *nicht in Interna* des Kreditnehmers einmischen (z.B. Mitsprache bei der Zusammensetzung der Ge-

¹¹⁷ ISLER, S. 295 ff., erwähnt die Einsetzung eines Sanierers oder Beraters, die Einflussnahme auf das Sanierungskonzept, die Gewährung neuer Kredite oder der Abschluss eines Stillhalteabkommens.

¹¹⁸ Als unproblematisch wird das „Erteilen von Ratschlägen“ bezeichnet: LÄNZLINGER, S. 192.

¹¹⁹ MAURENBRECHER, S. 1337; BÄRTSCHI, S. 103.

¹²⁰ Riskant erscheint v.a. eine „Einmischung in die operative Führung des Geschäftes des Kreditschuldners“: AFFENTRANGER, S. 108; zudem: VETTER, S. 77.

¹²¹ Zu solchen *Genehmigungsvorbehalten*: ISLER, S. 293; MAURENBRECHER, S. 1336 ad Fn. 92; differenzierend: LÄNZLINGER, S. 192 f.

¹²² BERTSCHINGER, Berater, S. 470.

¹²³ ISLER, S. 293.

¹²⁴ Detailliert: WOLF, N 385 ff., v.a. N 403 ff. (Empfehlungen).

¹²⁵ Ähnlich wohl: LÄNZLINGER, S. 193.

¹²⁶ Ratschläge zu Sitzungen des VR oder zur Gestaltung der Sitzungsprotokolle (z.B. BERTSCHINGER, Berater, S. 471) betreffen mehr „Form“ statt „Inhalt“; im Ergebnis kann dadurch zwar die *Beweisbarkeit* einer materiellen Organschaft „verändert“ werden, jedoch nicht deren Bestehen (oder Nicht-Bestehen); das Verfassen von VR-Protokollen spricht (noch) nicht für ein materielles Organ: BERTHEAU, S. 133.

¹²⁷ Gl.M.: MAURENBRECHER, S. 1337; a.M.: LÄNZLINGER, S. 193; differenzierend: KNOBLOCH, S. 254 ff.

schäftsleitung)¹²⁸, ansonsten eine faktische Organschaft droht. Ob das materielle Organ *nach aussen erkennbar* ist, spielt *keine Rolle*; der faktische VR nimmt eine „innere Funktion“ wahr¹²⁹. Kreditgeber sollten unbedingt darauf achten, nicht in eine *Garantenstellung* zu geraten¹³⁰.

Eine *generelle Privilegierung* von Banken muss *abgelehnt* werden¹³¹. Eine Bank als Kreditgeberin – als Beispiel – hat mit einer Qualifikation als faktische VR ihrer Darlehensschuldnerin (allenfalls in Konkurs) zu rechnen, sofern sie die *regulären Voraussetzungen* materieller Organschaften im Einzelfall erfüllt¹³²; dies gilt ebenfalls für Sanierungen¹³³, selbst wenn diese in der Wirtschaftsrealität gefährdet werden könnten¹³⁴. Für *weitere Bankdienstleistungen* besteht ebenfalls im Prinzip *keine Immunität* unter Art. 754 Abs. 1 OR¹³⁵.

4.1.3 Prüfgesellschaften

Das System der *finanzmarktrechtlichen Aufsichtstätigkeit* in der Schweiz beruht auf einem sog. dreifachen Dualismus¹³⁶. Bei Banken bestehen nebst (in der Praxis meist aktienrechtlichen) Revisionsstellen zusätzlich *bankrechtliche Prüfgesellschaften*. Während Revisionsstellen im Rahmen

¹²⁸ Ebenso: LÄNZLINGER, S. 192.

¹²⁹ BERTHEAU, S. 124 ff. sowie S. 127 ff.

¹³⁰ Hinweise: VETTER, S. 178 ff.

¹³¹ Dies soll aber auch nicht zu einem Umkehrschluss führen, d.h., Banken dürfen nicht schlechter gestellt werden als andere potentielle faktische Organe; unter dem Aspekt von „Deep Pockets“ sind Banken ohne Zweifel besonders gefährdet; ähnlich wohl: VETTER, S. 77.

¹³² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3; je nach *Vertragsklauseln im Kreditvertrag* (z.B. „Neuverschuldungsverbot“, „Ausschliesslichkeitsklausel“, „Zweckbestimmungsklausel“ oder „Beteiligungshalteklausel“) gibt es unterschiedliche Ergebnisse – detailliert: KNOBLOCH, S. 233 ff.

¹³³ In Sanierungssituationen werden Banken regelmässig „organtypische Entscheidungsbefugnisse eingeräumt“: MAURENBRECHER, S. 1337.

¹³⁴ Gerichte haben das Gesetz – konkret: Art. 754 Abs. 1 OR – anzuwenden, das kein Sanierungsprivileg vorsieht, und nicht „Wirtschaftspolitik“ zu betreiben; rechtspolitisch erscheint hingegen in diesem Bereich ein Handlungsbedarf kaum bestreitbar zu sein.

¹³⁵ *Unhaltbar* die *apodiktischen* Aussagen etwa von MAURENBRECHER, S. 1336: „Die Erbringung von Beratungsdienstleistungen oder die Vorbereitung von Gesellschaftsbeschlüssen (z.B. im Zusammenhang mit der Vorbereitung von Emissionen) macht die Bank nicht zum faktischen Organ der AG“; differenzierend nach dem Kriterium „Entscheidungskompetenz“: KNOBLOCH, S. 232 f.

¹³⁶ Im Detail: WÜRMLI, N 57 ff.

von Art. 727 ff. OR ohne weiteres als formelle Organe qualifiziert werden können, verhielt es sich bei Prüfgesellschaften lange Zeit anders.

Die Lehre lehnte überwiegend eine Organstellung bankgesetzlicher Prüfgesellschaften ab¹³⁷. Debattiert (ohne klares Ergebnis) wurde, ob Prüfgesellschaften allenfalls als *faktische Organe* zur Verantwortung gezogen werden können¹³⁸. Die Fragestellung wurde im Jahr 2004 beantwortet mit der Neuregelung von Art. 39 BankG: „Die Verantwortlichkeit (...) der von der Bank ernannten (...) Prüfgesellschaften richtet sich nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752-760 des Obligationenrechts)“.

4.2 Verteidigungsmöglichkeiten?

4.2.1 Delegation

Art. 754 Abs. 2 OR sieht eine *Haftungsbeschränkung* vor: „Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat“¹³⁹. Es stellt sich die Frage, ob ein *materielles Organ* sich – wie ein VR-Mitglied – auf diese Möglichkeit berufen kann.

M.E. steht die Verteidigungsmöglichkeit einer Delegation dem faktischen VR *nicht* zu. Zwar spricht der Wortlaut von Art. 754 OR nicht dagegen¹⁴⁰, und die Systematik könnte sogar als Argument dafür verwendet werden¹⁴¹. Doch der *Zweck* der Regelung schliesst eine Delegationseinrede als Verteidigungsstrategie aus¹⁴². Ausserdem dürfte eine

¹³⁷ Nachweise finden sich bei: WÜRMLI, N 69 Fn. 234.

¹³⁸ WÜRMLI, N 68 ff. m.w.H.

¹³⁹ Zwei formelle Voraussetzungen müssen für eine solche Delegation erfüllt sein, nämlich das Vorliegen einer *statutarischen Regelung* sowie eines *Organisationsreglements*: Art. 716b Abs. 1 OR.

¹⁴⁰ Art. 754 Abs. 2 OR differenziert beim Terminus „Wer“ überhaupt nicht.

¹⁴¹ Der *zweite* Absatz von Art. 754 OR bezieht sich unmittelbar auf den *ersten* Absatz, in dem sowohl formelle Organe als auch materielle Organe gleichberechtigt nebeneinander erwähnt werden.

¹⁴² Eine rechtswirksame Delegation beruht auf verschiedenen „*Formalisierungen*“ (v.a. auf Statuten sowie auf Organisationsreglementen), und zwar nicht zuletzt zur Sicherheit von potentiellen Verantwortlichkeitsklägern, d.h. insbesondere von Aktionären und von Gläubigern; materielle Organe befinden sich in aller Regel im Bereich der „*Informalisierungen*“, mit denen Unsicherheiten für Gesellschafter und Gesellschafts-

Beschränkung der Tätigkeit auf Auswahl („cura in eligendo“), Unter-
richtung („cura in instruendo“) sowie Überwachung („cura in custo-
diendo“) wohl die Massgeblichkeit¹⁴³ ausschliessen.

4.2.2 Business Judgment Rule

Die Gerichte wenden seit Jahrzehnten bei aktienrechtlichen Klagen (v.a. bei Verantwortlichkeitsklagen) die sog. *Business Judgment Rule* an. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um ein praxisorientiertes Prinzip der Rechtsanwendung, dessen Handhabung eine *richterliche Zurückhaltung* bei Geschäftsführungsentscheiden des VR gebietet, sofern gewisse (meist eher unklar umschriebene Voraussetzungen) erfüllt werden¹⁴⁴.

M.E. kann sich ein materielles Organ prinzipiell *nicht* auf die Business Judgment Rule berufen, und zwar unbesehen dessen, dass diese sowohl in der Schweiz als auch international verbreitete „Gerichtsregel“ ohnehin methodisch zweifelhaft erscheint¹⁴⁵. Bei einem VR kann zumindest gerichtlich überprüft werden, ob eine angemessene Informationsbasis für die Entscheidungsfindung vorhanden und Interessenkonflikte ausgeschlossen waren.

5. Schlussbemerkungen

Die materielle Organschaft gemäss Art. 754 Abs. 1 OR stellt einen Anwendungsfall der *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* dar. Nicht zuletzt dieser Umstand führt zu einer kaum bestreitbaren Konturenlosigkeit der Verantwortlichkeit von faktischen VR. In diesem Zusammenhang sollte eine „*Ausuferung*“ *verhindert* werden; geeignete Ansatzpunkte zur restriktiven Interpretation des Organbegriffs (sc. „befasst“) sind die Voraus-

gläubiger verbunden sind – die Möglichkeit einer Delegationseinrede für materielle Organe würde für die potentiellen Kläger die Risiken erhöhen.

¹⁴³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.5.

¹⁴⁴ BGE 139 III 26 Erw. 3.2. a.E. (als Beispiel): „Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind (...)“.

¹⁴⁵ Der Unterzeichner hat sich mehrfach *ablehnend bzw. restriktiv* zur Business Judgment Rule geäußert, ohne damit beim Bundesgericht auf offene Ohren zu stossen.

setzungen „organtypische Funktion“¹⁴⁶ sowie „Massgeblichkeit“¹⁴⁷ der Mitbestimmung auf die Willensbildung.

Entgegen einer prominenten Stimme aus der Doktrin sind *faktische Organe* als solche *nicht widerrechtlich*, d.h., formelle Organe dürfen sie durchaus dulden, ohne dadurch eine Pflichtwidrigkeit zu begehen¹⁴⁸. Das Missbrauchspotential materieller Organe wird dadurch reduziert, dass sie im Rahmen von Art. 754 Abs. 1 OR zur Verantwortung gezogen werden können. Es soll ihnen aber *nicht möglich* sein, die *Verteidigungsmittel formeller VR* zu beanspruchen¹⁴⁹, sozusagen als (weitere) Kompensation zum Missbrauchspotential.

Das Bundesgericht hat kürzlich entschieden, dass bzw. inwiefern *Konzernobergesellschaften* als materielle Organe ihrer Untergesellschaften in Frage kommen¹⁵⁰; dadurch wurde ein langer Streit der Doktrin höchstrichterlich entschieden. Heute (noch) unklar erscheint hingegen, inwiefern (z.B. sanierende) *Banken als Kreditgeber* zu faktischen VR gemäss Art. 754 Abs. 1 OR werden können¹⁵¹; eine Privilegierung muss abgelehnt werden, obwohl sich dies negativ auf die Sanierungsbereitschaft potentieller Darleiher auswirken könnte.

¹⁴⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

¹⁴⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.5.

¹⁴⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.

¹⁴⁹ *Delegation*: Vgl. dazu vorne Ziff. 4.2.1; *Business Judgment Rule*: Vgl. dazu vorne Ziff. 4.2.2.

¹⁵⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 4.1.1.

¹⁵¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 4.1.2.

Literaturverzeichnis

- AFFENTRANGER, MARKUS: Die Stellung der Banken in der Krisensituation: rechtliche Aspekte, in: ROBERTO, VITO (Hrsg.): Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich 2003, S. 103.
- BÄRTSCHI, HARALD: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss., Zürich 2001.
- BERTHEAU, FORTUNAT: Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer, Diss., Zürich 1998.
- BERTSCHINGER, URS (Arbeitsteilung): Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.
- BERTSCHINGER, URS (Berater): Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: VON DER CRONE, HANS CASPAR (Hrsg.): Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, S. 455.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- EBERHARD, STEFAN/VON PLANTA, ANDREAS: Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013.
- FISCHER, DAMIAN: Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärsbindungsverträgen, Diss., Zürich 2009.
- FORSTMOSER, PETER: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- HARTMANN, RUDOLF: Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft, Diss., Bern 1944.
- HÜRLIMANN, SILVAN: Der Insiderstraftatbestand, Diss., Zürich 2005.
- ISLER, PETER R.: Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners?, in: VON DER CRONE, HANS CASPAR/FORSTMOSER, PETER/WEBER, ROLF H./ZACH, ROGER (Hrsg.): Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zürich 2004, S. 287.
- KNOBLOCH, STEFAN: Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss., Zürich 2006.
- KUNZ, PETER V. (Rechtsnatur): Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Diss., Bern 1993.
- KUNZ, PETER V. (Klarstellungen): Klarstellungen zur Konzernhaftung, recht 29 (2011), S. 41.
- KUNZ, PETER V. (Konzernhaftungen): Konzernhaftungen in der Schweiz, GesRZ 41 (2012), S. 282.
- KUNZ, PETER V. (Rundflug): Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Bern 2012.
- LÄNZLINGER, ANDREAS: Die Haftung des Kreditgebers, Diss., Zürich 1992.
- LEU, NICOLAS: Der revidierte Insidertatbestand, AJP 22/2013, S. 261.
- LEUENBERGER, CHRISTIAN: Die materielle kapitalmarktstrafrechtliche Regulierung des Insiderhandels de lege lata und de lege ferenda in der Schweiz, Diss., Basel 2010.
- LIPS-RAUBER, CHRISTINA: Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss., Zürich 2005.
- MAURENBRECHER, BENEDIKT: Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP 7/1998, S. 1327.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012.

- SOMMER, CHRISTA: Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss., Zürich 2010.
- VETTER, MEINRAD: Der verantwortlichsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss., St. Gallen 2007.
- VETTER, MEINRAD/GUTZWILLER, ROMAN S.: Faktische Organschaft im Konzern – Ein kurzer Überblick, GesKR 2/2010, S. 224.
- VISCHER, FRANK (ZK-VISCHER): Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004.
- VOGEL, ALEXANDER: Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Diss., St. Gallen 1997.
- VON BÜREN, ROLAND: Der Konzern, SPR VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005.
- WOLF, MARKUS: Stillhalteabkommen kreditgebender Banken – Ein Beitrag zum Unternehmensanierungsrecht, Diss., St. Gallen 2012.
- WÜRMLI, MARCEL: Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, Diss., Bern 2009.
- WYTTENBACH, MICHAEL: Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Diss., Basel 2012.