

*St. Galler Gesellschaftsrechtstag
Verantwortlichkeit im Gesellschaftsrecht
Zürich, 8. Mai 2013*

u^b

**b
UNIVERSITÄT
BERN**

Materielle Organschaft – Voraussetzungen sowie Folgen im Gesellschaftsrecht

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Universität Bern
Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

1. Einleitung
2. Voraussetzungen
3. Rechtsfolgen
4. Spezialthemen
5. Schlussbemerkungen

Einleitung

Was ist ein Organ?



Einleitung

a) Begriffliches

- Umgangssprache
z.B. Organ als „spezialisierte(r) Teil des Körpers“; „Prawda“ in ex. UdSSR
- Mehrdeutigkeiten...
... selbst für Juristen – v.a. zwei Grundthemen:
- OR 722 („Haftung der Organe“)
missverständlich: „*Organhaftung*“ – eigentlich „*Haftung für Organe*“
- OR 754..!
i.c. geht es um *Passivlegitimation* bei *Verantwortlichkeitsklagen*

Einleitung

b) Fokus des Referats

- *Aktienrecht*
generell ebenfalls zu thematisieren: GmbH-Recht etc.

- *Rechtssetzung* re „Organe“
ZGB 54 f., ZGB 57 I, OR 629, OR 689 I, OR 754 II, OR 804 I etc. etc.

- *Rechtsanwendung* re „materielle Organschaft“
v.a. Praxis des Bundesgerichts

- *Darstellungen*
Theorie (v.a. Doktrin) + *Praxis* (z.B. Konzernmutter, Kreditgeber...)

Voraussetzungen

a) Doktrin

- Terminologisches
unklar, ob „*materielles Organ*“ und „*faktisches Organ*“ synonym (PVK etc.) oder nicht
- beliebte Thematik
materielle Organschaft als „Kernthema“ der Lehre (z.B. PVK in 1993...)
- aktuelle Literatur
Beispiele: *Michael Wytttenbach* (Diss. BS 2012) + *Meinrad Vetter* (Diss. ZH 2007)

Voraussetzungen

b) Bundesgericht

- umfangreiche Praxis – Auswahl:
BGE 117 II 432; BGE 119 II 255; BGE 128 III 29; BGE 132 III 527; BGE 4A.306/2009
- beispielhafte Umschreibung in „leading case“ BGE 128 III 92:
„(...) Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraut im Sinne dieser Bestimmung [sc. Art. 754 aOR] 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 (BGE 124 III 418 E. 1b; 122 III 225 E. 4b; [...])“ (Erw. 3. a).

Voraussetzungen

c) Übersicht zu Einzelkriterien

- *(i) Person*
keine Einschränkung auf „Personen i.e.S.“ – *extensiv* OR 754 I: „befasste Personen“)
- *(ii) organähnliche Funktion*
nicht „irgendwelche“ Einflussnahmen + nicht „gewählt“ o.Ä. (z.B. Grossaktionäre)
- *(iii) Besorgung der Geschäftsführung*
alternativer Ansatz – ebenfalls tatsächliche statt rechtliche Elemente
- *(iv) massgebliche (v) Mitbestimmung der Willensbildung*
Intensität: De minimis-Ordnung

Rechtsfolgen

a) Verantwortlichkeit des faktischen Organs

➤ *OR 754 ff.*

Besonderheiten: Delegation? Business Judgement Rule?

➤ **Versicherbarkeit**

D&O-Versicherungen für (formelle) Organe – und sonst?

Rechtsfolgen

b) Materielle Organschaft in weiteren Rechtsgebieten

- **Finanzmarktrecht**
z.B. „Gewährsfrage“ durch FINMA bei Banken?

- **Strafrecht**
Thematik: *Insiderregelung*?

- **Sozialversicherungsrecht**
z.B. materielles Organ als „*arbeitgeberähnliche*“ Stellung betreffend ALV?

a) Beispiele der Praxis

- *Konzernobergesellschaft* als faktisches Organ?
Präjudiz: BGE 4.A_306/2009 vom 8. Februar 2010 („UBS“); *keine automatische Haftung*, sondern reale Eingriffe erforderlich (wohl noch seltener mit „Kontrollprinzip“...)
- *Prüfgesellschaft* als faktisches Organ?
- *Bank als Kreditgeberin* (v.a. im Sanierungsfall)?
mehrheitliche Ablehnung in der bisherigen „Lehre“ – Überlegungen...

b) Verteidigungsmöglichkeiten?

- *Delegation* (an VRD oder GL): OR 754 II
- *Business Judgement Rule*: Praxis – generell äusserst umstritten...

Schlussbemerkungen

1. Terminologisches

Lehre ist uneinheitlich, ob Begriffe „*faktisches Organ*“ und „*materielles Organ*“ dasselbe meinen oder nicht – eine *überflüssige* Debatte, so lange klar ist, was wirklich gemeint wird.

2. Dogmatik

Bundesgericht hat über Jahrzehnte hinweg eine „Formell“ entwickelt, deren *Kriterien unklar* erscheinen; die Doktrin sollte sich mehr um diese Aspekte kümmern – im Ergebnis scheint nach wie vor nicht wirklich klar, wer als „*befasste Person*“ gemäss OR 754 I zu betrachten ist.

3. Praxisbeispiele

Nunmehr entschieden ist die Streitfrage betreffend Konzernobergesellschaft; heikler: „*Bank als Kreditgeberin*“, weil faktisch *Sanierungen gefährdet* werden könnten.

4. Verteidigungen

Sowohl Delegation im Rahmen von OR 754 II einerseits als auch BJR andererseits basieren auf *formalisierten Grundlagen*, die eben gerade fehlen bei materiellen Organen.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch