

DIE GRAUEN EMINENZEN – FAKTISCHE ORGANE IM FOKUS

Neben den gewählten oder ernannten Gesellschaftsorganen gibt es in der Praxis eine Vielzahl von Konstellationen, in denen andere natürliche oder juristische Personen einen massgeblichen Einfluss auf Geschäftsführungsentscheide ausüben. Nicht immer liegt dabei gleich ein sogenanntes faktisches Organ vor. Dieser Beitrag gibt anhand praktisch relevanter Beispiele einen Überblick über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines faktischen Organs.

■ Von Dr. Robert Bernet und Dr. Peter Kühn

Formelle (gesetzliche, statutarische) Gesellschaftsorgane

Die von der Generalversammlung der Aktiengesellschaft gewählten Mitglieder des Verwaltungsrats (bzw. die von der Gesellschafterversammlung ernannten Mitglieder der Geschäftsführung der GmbH) haben insbesondere die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe der Oberleitung der Gesellschaft. Der Verwaltungsrat kann die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements an eine Geschäftsleitung (CEO, CFO etc.) delegieren. Die allenfalls gewählte Revisionsstelle hat ihren Prüfungsauftrag der ordentlichen oder eingeschränkten Revision zu erfüllen. Der Liquidator ist zuständig für die Abwicklung und Beendigung der Gesellschaftstätigkeiten. Bei all diesen Personen (selbst wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen sind) handelt es sich um die klassischen, formellen und vom zuständigen Organ gültig gewählten oder ernannten Gesellschaftsorgane. Diese sind auch nach dem Gesetz verantwortlich für durch schuldhaftes Pflichtverletzungen kausal herbeigeführte Schäden der Aktionäre oder im Konkursfall auch für Schäden von Gesellschaftsgläubigern.

Bei ihrer Entscheidungsfindung sind die Leitungsorgane der Gesellschaft in aller Regel nicht nur auf sich selbst gestellt, sondern unterliegen zahlreichen gesellschaftsinternen wie äusseren Einflüssen. Dies ist auch notwendig und richtig, müssen doch rechtmässige Geschäfts-

entscheide auf ausreichend informierter und konfliktfreier Basis getroffen werden (Business Judgement-Rule). Doch wie weit darf sich der Verwaltungsrat in seiner Organfunktion legitimerweise beeinflussen lassen? Und wann hingegen liegt ein sogenanntes faktisches Organ vor? Im Einzelfall stellen sich schwierige Abgrenzungs- und Haftungsfragen.

Begriff des faktischen Organs

Das Bundesgericht bezeichnet als faktisches Organ eine Person, die ohne ausdrückliche Wahl oder Ernennung tatsächlichen (formellen) Organen vorbehaltene Entscheide trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmt. Erforderlich ist eine erhebliche und nach der gesetzlichen bzw. statutarischen Kompetenzordnung widerrechtliche Einflussnahme.

Umstritten ist, ob dieses weite Begriffsverständnis etwa dahin gehend einzuschränken ist, dass mehr als nur einmalige (somit mehrmalige oder andauernde) Eingriffe erfolgen müssen.

Ob im Einzelfall ein faktisches Organ vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände zu entscheiden. In der Rechtsprechung und Praxis sind verschiedene typische Fälle anzutreffen.

Typische Fallgruppen und Praxisbeispiele

Weitgehend Einigkeit besteht, dass die blossen Grundlagenbeschaffung bzw.

Vorbereitung der Beschlussfassung durch die Bereitstellung technischer, kaufmännischer oder juristischer Grundlagen nicht genügen soll. Damit sind jedenfalls hierarchisch untergeordnete Angestellte von der Organstellung und -haftung ausgeschlossen.

PRAXISTIPP



Für Prokuristen wird es regelmässig an der ausreichenden organotypischen Entscheidungsbefugnis fehlen, um faktische Organschaft zu begründen. Auch der Sekretär des Verwaltungsrats, der von Gesetzes wegen nicht dessen Mitglied sein muss, wäre nur dann faktisches Organ, wenn er tatsächlich erheblichen organotypischen Einfluss auf die Entscheide nimmt.

Klar ist auch, dass ein Aktionär an (ggf. auch ausserhalb) der Generalversammlung seine gesetzlichen und statutarischen Aktionärsrechte in legitimer Weise ausüben können muss (z.B. Auskunfts- und Einsichtsrechte, Ab-

PRAXISTIPP



Die Drohung des (Gross-)Aktionärs mit der Abwahl des Verwaltungsrats, um etwa einen bestimmten, nicht in der Kompetenz der Generalversammlung liegenden Geschäftsentscheid herbeizuführen (z.B. die Entlassung des CEO oder den Abschluss eines bestimmten Unternehmensvertrags) kann eine unzulässige Einflussnahme darstellen.

wahl von Verwaltungsräten, Beschlüsse über Dividendenausschüttung, Statutenänderung, Fusionen), ohne dabei gleich das Risiko einer Organhaftung einzugehen. Der Aktionär ist bekanntlich nur zur Liberierung seiner versprochenen Einlage verpflichtet.

Was gilt, wenn der Firmenpatriarch nach seinem formellen Rückzug aus Verwaltungsrat und Geschäftsleitung effektiv nach wie vor die Strippen zieht und dem Verwaltungsratsmitglied Weisungen bezüglich seiner Organtätigkeit erteilt?

WICHTIGER HINWEIS



Zu weitgehende regelmässige Weisungen des Haupt- oder Grossaktionärs an ein fiduziarisches (treuhänderisch tätiges) Verwaltungsratsmitglied im Rahmen eines zu strikten Mandatsvertrags (oder unzulässigen «Verwaltungsratsbindungsvertrags») stehen mit der vorrangigen Treuepflicht des Verwaltungsrats nicht im Einklang. Der Hintermann als Weisungsgeber wird damit zum faktischen Organ.

Darf die (internationale) Konzernzentrale selbst direkt vorgeben, welche Geschäftsführungsentscheide die Schweizer Gesellschaft im Konzerninteresse jeweils zu treffen hat? Auch hierbei gibt es Grenzen. Allerdings ist die Konzernobergesellschaft, selbst wenn deren Organ gleichzeitig auch Organfunktionen in einer Schweizer Gruppengesellschaft ausübt (Doppelorganschaft), nicht automatisch ein faktisches Organ derselben, sondern erst dann, wenn die Intensität der Konzernweisungen zu stark und der Verwaltungsrat der Untergesellschaft dadurch praktisch übergangen wird.

Darlehensgewährende Banken, Kreditgeber und andere Gesellschaftsgläubiger versuchen (legitimerweise), mit ihren vertraglich vorgesehenen Einsichts-, Zustimmungs-, Kündigungs- und sonstigen Rechten, ggf. mit der Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Finanzkennzahlen und Stellung von Sicherheiten ihren der Gesellschaft gerade auch in



deren Interesse gewährten Kredit abzusichern. Eine widerrechtliche Beeinflussung der Gesellschaftsorgane liegt darin in der Regel nicht.

WICHTIGER HINWEIS



Allerdings darf die darlehensgebende Bank nicht zu weit gehen und etwa jedweden wichtigen Verwaltungsrats- oder Geschäftsführungsentscheid unter ihren Genehmigungsvorbehalt stellen, ansonsten sie zum faktischen Organ würde.

Mitglieder von lediglich beratend tätigen Beiräten und Ausschüssen sowie z.B. von Finanzinvestoren in den Verwaltungsrat entsandte Beobachter ohne Stimmrecht und der zur Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen berechnete Vertreter der Anleihegläubiger qualifizieren regelmässig nicht als faktische Organe.

Gleiches gilt im Ergebnis, wenn sich eine Gesellschaft in bestimmten Situationen (z.B. bei einer Sanierung) oder

bei wichtigen Geschäften (z.B. Vornahme einer M&A-Transaktion) massgeblich auf die Expertise externer Berater verlässt.

PRAXISTIPP



Anwälte, Steuer-, Unternehmens-, M&A-Berater etc. qualifizieren regelmässig nicht als faktische Organe. Sie treffen die organotypischen Entscheide nicht, sondern bereiten sie allenfalls vor.

Gewichtige Outsourcing-Partner können je nach Umfang und Bedeutung der ihnen übertragenen Bereiche (z.B. Personalwesen, Buchhaltung oder Vertrieb) als materielle Geschäftsführungsorgane angesehen werden, mit der Folge eines gewissen Haftungsrisikos aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

Entsenden Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde Vertreter in die Verwaltungsräte der von ihnen kontrollierten privaten Gesellschaften, so können dahinterstehende Regierungs-

mitglieder, Behördenleiter und letztlich sogar das betreffende Gemeinwesen als faktisches Organ in Betracht kommen. So z.B., wenn der kantonale Gesundheitsdirektor direkt oder über einen entsandten weisungsgebundenen Vertreter derart massiv in die Geschäfte der Spitalbetriebsgesellschaft hineinwirkt, dass er sich als der eigentliche Entscheidungsträger gebart und somit faktisch den Willen des Staates durchsetzt.

Ferner ist die – nicht von der Generalversammlung ordnungsgemäss gewählte – sogenannte faktische Revisionsstelle denkbar, die gleichwohl Abschlussprüfungen zuhanden der Generalversammlung durchführt und hierbei allenfalls Schäden verursacht. Ebenso wie die sogenannte faktischen Liquidatoren spielen diese Fälle in der Praxis eine vergleichsweise geringe Rolle.

Haftung und D&O-Versicherung

Liegt ein faktisches Organ vor, so hat dieses grundsätzlich die gleichen Pflichten und Verantwortlichkeit wie das entsprechende formelle Organ.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und – im Konkursfall – Gesellschaftsgläubigern

für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten adäquat kausal verursacht haben. Analog besteht eine Regelung zur Revisionshaftung bei der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung. Da gewisse Organe in ihren Bereichen eine Garantenstellung haben, kommen auch Haftungstatbestände bei Unterlassen in Betracht.

PRAXISTIPP



Für Verwaltungsräte praktisch sehr bedeutsam ist die strenge Haftung für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge (Art. 52 AHVG), vor allem im Konkursfall. Nach der Rechtsprechung kann davon auch ein faktisches Organ betroffen sein, etwa eine Konzernobergesellschaft.

Faktische Organschaft ist ein unrechtmässiger Zustand. Daher haften die

Verwaltungsräte als formelle Gesellschaftsorgane für allfällige Schäden, die durch faktische Organe verursacht werden, jedenfalls wenn sie die faktische Organschaft hätten erkennen und verhindern können. Daneben haften auch die faktischen Organe selbst aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und ggf. aus Delikts-/Strafrecht.

Einem faktischen Organ soll nach Ansicht der Rechtsprechung grundsätzlich einzig bei Schäden aufgrund verspäteter Bilanzdeponierung eine Haftungserleichterung gegenüber formellen Organen zukommen können.

PRAXISTIPP



D(irectors)&O(fficers)-Versicherungen decken faktische Organschaft oftmals im Grundsatz mit ab, allerdings sind die Versicherungsbedingungen im Einzelfall wie üblich genau zu studieren.

WICHTIGER HINWEIS



Der formell gewählte Verwaltungsrat (selbst dann, wenn er ein eigentlicher «Strohmann» ist) kann sich seiner (differenziert solidarischen) Verantwortlichkeit nicht durch den Hinweis auf die (Mit-)Haftung eines faktischen Organs entziehen.

AUTOREN



Dr. Robert Bernet, LL.M., ist Rechtsanwalt, Partner und Co-Head des Corporate/M&A-Teams bei VISCHER.



Dr. Peter Kühn, LL.M., ist Rechtsanwalt und Counsel im Corporate/M&A-Team bei VISCHER.

ZfU – Zentrum für Unternehmungsführung AG

Zürcherstrasse 59 – Postfach – CH-8800 Thalwil – Telefon +41 44 722 85 85 – info@zfu.ch – zfu.ch



Was kommt, was wird und was sich ändert? Es ist unsicher! Sicher ist: Wir brauchen sinnvolle Konzepte für den Zukunftserfolg!

Weitere Information zum Angebot finden Sie unter: www.zfu.ch

Gerne senden wir Ihnen per Mail oder Post unseren neuen Seminar-Katalog zu: info@zfu.ch oder 044 722 85 85

Auszug aus dem aktuellen Seminar-Angebot

Mit Unternehmensdynamik aus der Krise 17.-18.09.2020
zfu.ch/go/unk | CHF 2980.– | Hotel Panorama Resort, Feusisberg

Führen im Grenzbereich 27.10.2020
zfu.ch/go/fib | CHF 1490.– | Hotel Belvoir, Rüschlikon

High Performance Organisation 21.-22.10.2020
zfu.ch/go/hpo | CHF 2980.– | Hotel Panorama Resort, Feusisberg

Das Anti-Jammer Seminar 22.10.2020
zfu.ch/go/aja | CHF 1490.– | Hotel Belvoir, Rüschlikon

Resilienz - mit innerer Stärke Herausforderungen meistern 15.09.-16.09.2020
zfu.ch/go/fks | CHF 3285.– | Hotel Panorama Resort, Feusisberg