

Das Faktische Organ

Ines Pöschel

Rechtsanwältin, Partner
Kellerhals Rechtsanwälte
ines.poeschel@kellerhals.ch

4. November 2009



Warum interessiert uns das faktische Organ?

- Weil ein faktisches Organ wie ein formelles Organ mittels der Verantwortlichkeitsklage **haftbar** gemacht werden kann.
- Weil viele von uns **Berater und Kreditgeber** sind.
- Weil Berater und Kreditgeber bisweilen und meist unbewusst und in bester Absicht die **Grenze** zum faktischen Organ überschreiten.
- Weil es zu den Pflichten einer **Konkursverwaltung** gehört, Verantwortlichkeitsansprüche zu prüfen. Auch diejenigen gestützt auf eine faktische Organstellung.

Gesetzliche Grundlage

- **Art. 754 Abs. 1 OR**

"Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der **Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen** sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen."

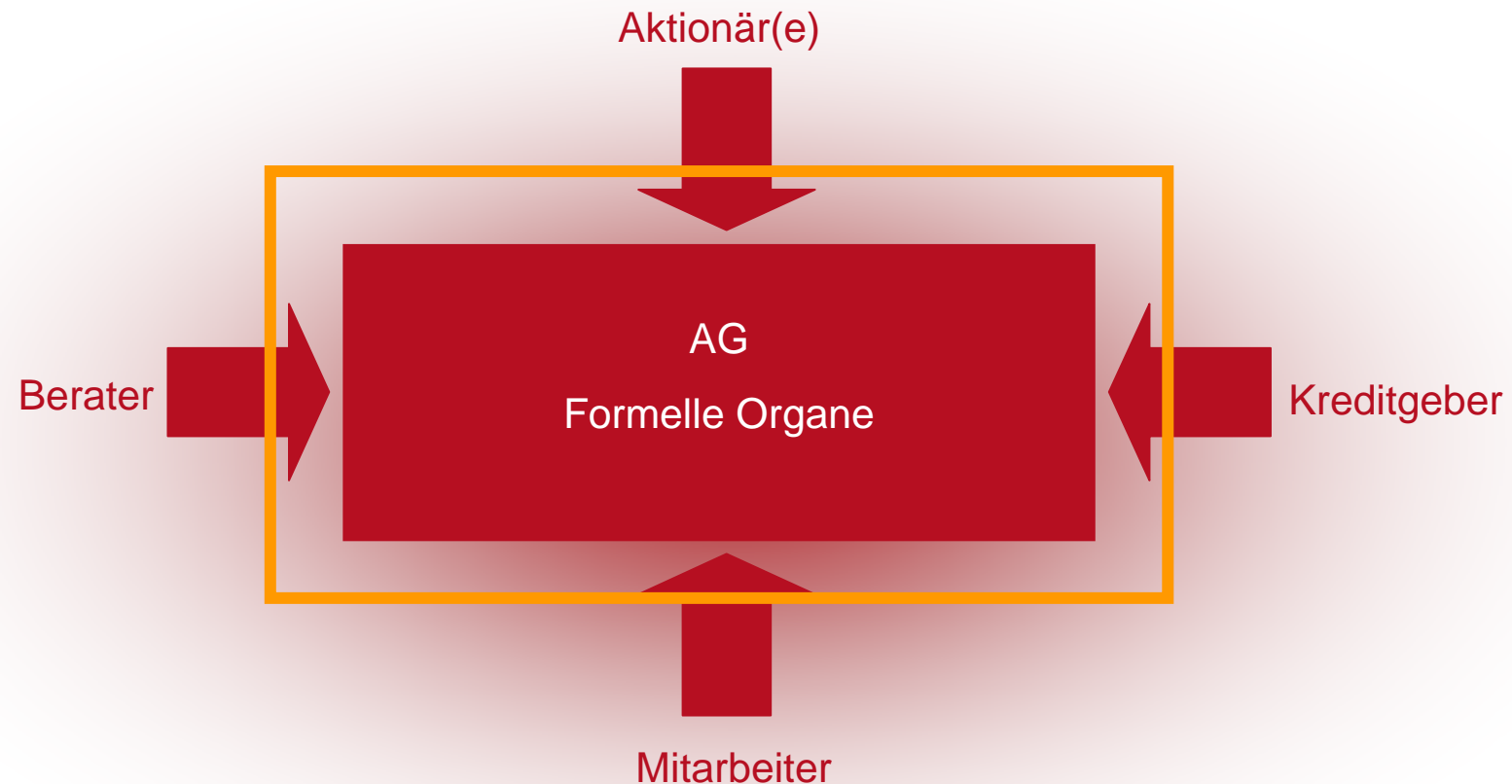
Definitionen faktisches Organ – Rechtsprechung & Theorie

- Alle Personen, die tatsächlichen Organen vorbehaltenen Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung **massgeblich bestimmen**, ohne formell als Organ gewählt oder bestellt zu sein (letztmals BGE 132 III 523 ff.).
- Alle Personen, die nicht als Organ bestellt sind, aber funktionell **massgebend** die Willensbildung der Gesellschaft **beeinflussen** und das in organtypischer Weise (BGE 107 II 349).
- Die angemessenen Kompetenzen müssen **wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen** und sich zu einer massgebenden Mitwirkung an der Willensbildung verdichten (BGE 117 II 573 ff.).
- Eingriff in organtypische Kompetenzen (Knobloch, S. 191).

Definition faktisches Organ – praktische Kritik

- Einfach:
 - Kein formelles Organ
- Schwieriger:
 - massgebende Beeinflussung Willensbildung vs. Fällen von Entscheiden?
 - Tatsächliche Beeinflussung vs. Möglichkeit der Beeinflussung?
 - Einmal vs. dauernd?
 - Allein entscheidend vs. mitentscheidend?
 - Natürliche vs. juristische Personen?

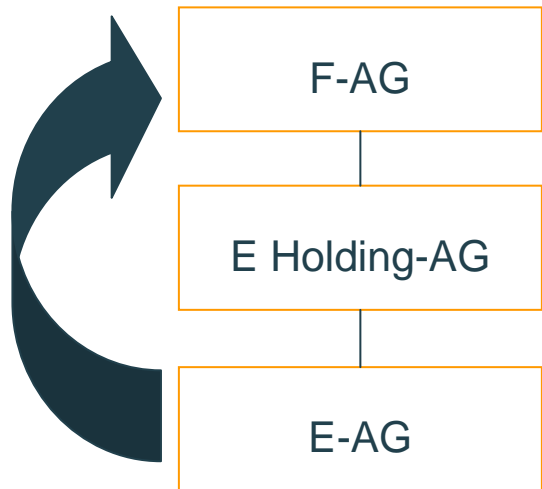
Wo liegt die Grenze zwischen Entscheidungsträger und – gehilfe?



Fall Mutter-Tochter-Enkelin (1/2)

BGE 128 III 29 ff und 92 ff.:

Sanierungsvereinbarung F-AG, E-AG und Bank C, wonach F-AG der E-AG **Software für 3 Mio.** abkauft, sofort zahlbar 1.5 Mio, Rest in Raten @ 300 p.a.



Einziges VR: D1
Geschäftsführung: Exekutivausschuss, D1
beratende Stimme
Geschäftsführer: D2

VR: D

Im Konkurs der E-AG wirft nun die Bank C, Gläubigerin der E-AG, D1 und D2 je einzeln vor, sie hätten die Geschäfte der E-AG faktisch geführt und hätten in pflichtwidriger Weise keine Sicherheiten für die zweite Kaufpreishälfte verlangt.

Fall Mutter-Tochter-Enkelin (2/2)

- D1: Weil er mit beratender Stimme im Exekutivausschuss tatsächlich über die Umstrukturierung von E-AG **mit entschieden** hat, gilt er als faktisches Organ der E-AG
- D2: Weil er nur Alternativkonzept zuhanden des Exekutivausschusses auszuarbeiten und diese vorzulegen hatte, und somit keine dauernde Zuständigkeit für das Alltagsgeschäft übersteigende Entscheide übernommen hat, gilt D2 nicht als faktisches Organ der E-AG. Konkret hat D2 aber z.B. die Jahresrechnung unterzeichnet. Gemäss diesem Entscheid begründet die Vornahme **einzelner** Handlungen, die dem Bereich der Geschäftsführung zuzuordnen sind, keine faktische Organstellung. Kriterium des „dauernden“ Einwirkens kritisiert.

Fall Treuhänder

BGE 132 III 523:

- Zentrum kariovaskuläre Chirurgie – I AG. Gesellschaftsstrukturen von **Treuhandfirma Y** aufgebaut, entsandte Z. in den VR, sowie D, eine Angestellte, in die I AG. Buchhaltung wurde ebenfalls von Mitarbeiter von Y geführt, dieser nahm auch an VR-Sitzungen teil. Y kümmerte sich auch um die Löhne. Sozialversicherungsbeiträge nicht geleistet. Y hat dies mehrfach abgemahnt. Finanzielle Probleme, Sanierungsvorschläge gemacht. Ausgleichskasse klagte gegen VRP I, VRP I klagte gegen Treuhand Y und Z. Y als faktisches Organ. Und bekam Recht.
- Haftung der Organe gestützt auf Art. 52 AHVG schliesst faktische Organe mit ein.

Fall Prokuristin einer Kleinbank

BGE 117 II 432 ff.:

- Margrit war **Prokuristin in X Bank**. Y AG brauchte Kredit. Y AG von Delegiertem der X Bank beherrscht. Delegierter nahm Darlehen auf, besichert durch **Garantien und Bürgschaften der X Bank**. Zweite Unterschrift jeweils von Margrit. Der Delegierte verschwand, mit dem Geld, und die Bank ging ins **Nachlassverfahren**.
- Margrit wurde als faktisches Organ zur Zahlung von CHF 500'000 plus Zins verpflichtet.
- BGer: Es genügt, wenn die in Anspruch genommenen Personen die **tatsächliche Möglichkeit** gehabt haben, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, mithin den Geschäftsgang massgebend zu beeinflussen. Hat organtypische Kompetenzen wahrgenommen.

Fall Mitarbeiter Muttergesellschaft

BGE 117 II 570 ff.:

- K Holding verkaufte 2 Tochtergesellschaften. Aktionär erhob Verantwortlichkeitsklage u.a. gegen 2 kollektiv zeichnungsberechtigte Mitarbeiter. Vorwurf, sie seien mitverantwortlich, dass die Beteiligungen weit unter Wert verkauft wurden.
- Blosser Mithilfe bei der Entscheidung genügt nicht. Verantwortlichkeit trifft grundsätzlich nur die oberste Leitung der Gesellschaft, die oberste Schicht der Hierarchie.
- Nicht passivlegitimiert.

Fall kreditgebende Bank 1

Zumbrunn-Entscheid (BGE 107 II 349):

- Vertreter der Bank (nicht die Bank!) wurden als faktische Organ aufgefasst. Bank hatte Zumbrunn Kredite gewährt und sich via Tochtergesellschaften auch an Zumbrunn beteiligt. Zudem existierte eine Vereinbarung, gemäss welcher die Bank Zumbrunn in Bezug auf alle Fragen der finanziellen Führung des Unternehmens berate.
- Bankenvertreter bezeichneten sich als „stille Verwaltungsräte“.
- An allen VR-Sitzungen waren zwei Bank-Vertreter anwesend und bildeten die Mehrheit.
- **Kritik:** Keine konkrete Beeinflussung nachgewiesen. Nur Einflussmöglichkeiten. Falsa demonstratio non nocet.

Zwischenergebnis aus Rechtsprechung und Theorie

- massgebende Beeinflussung **Willensbildung** vs. Fällen von Entscheiden?
- **Tatsächliche** Beeinflussung vs. Möglichkeit der Beeinflussung?
- **Einmal** vs. dauernd?
- Allein entscheidend vs. **mitentscheidend**?
- **Natürliche** vs. **juristische** Personen?

Was heisst das für Berater und kreditgebende Banken ?

Grundsätzlich:

- **Vorrang des Vertragsverhältnisses**, Vertragspartner haften primär vertragsrechtlich.
- Erst, wenn die Kompetenzen wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen (BGE 117 II 573), kann es zu einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kommen.
- Entscheidend ist das **Mass der Einflussnahme** auf das Unternehmensgeschehen.
- Eine Einflussnahme ist **unbedenklich**, soweit sie **rechtlich schützenswerten Eigeninteressen** des Vertragspartners dienen.
- Eine Einflussnahme ist **unzulässig**, wenn es um eine **Kontrolle** oder eine Beeinflussung unternehmerischer Funktionen geht.

Was heisst das für die kreditgebende Bank ? (1/3)

Beurteilung muss in jedem **Einzelfall** erfolgen!

Unkritisch erscheinen:

- Die kreditgebende Bank darf angemessene Sicherheiten verlangen.
- Die kreditgebende Bank darf verlangen, dass der Kreditbetrag nur für einen bestimmten Zweck verwendet wird, solange sie den eigentlichen Investitionsentscheid dadurch nicht präjudiziert.
- Vorschreiben von Rechnungslegungsstandards und Qualitätssicherungsvorschriften.
- Verpflichtung, Zahlungsverkehr über kreditgebende Bank abzuwickeln.
- Dividendenausschüttungsverbot.

Was heisst das für die kreditgebende Bank ? (2/3)

Kritisch erscheinen:

- Bindung Kredit an bestimmte VR oder GL-Mitglieder („solange Herr X VR oder Herr Y CEO ist“);
- Vorschreiben von Organisation oder Produktions- oder Leistungssortiment;
- Vetorecht bezüglich grösserer Geschäfte und Investitionsvorhaben (nichtig), kein Einbezug Bank in einzelne Entscheide;
- Einbindung in Entscheidungsprozess der Unternehmung (institutionalisiert, regelmässig);
- Durchsetzung einer Increasing-Debt-Klausel (Neuverschuldungsverbot).

Was heisst das für die kreditgebende Bank ? (3/3)

- Möglichkeit der Bank zu bestimmen, welcher Gläubiger befriedigt wird?
- Vorsicht bei Teilnahme an VR-Sitzungen, v.a. bei Mehrheit – klare Trennung von Entscheidungsfindung Gesellschaft und Bank!
- Entscheid über Veräusserung von Unternehmensteilen?
- Entscheid über Umstrukturierung?

Was heisst das für die Berater ? (1/2)

- **Treuhänder**
 - Entsendung Mitarbeiter in VR und Führung Buchhaltung, Lohnwesen sowie Mitwirkung bei Sanierungsarbeiten – trotz mehrfacher Abmahnung Zahlung Sozialversicherungsbeiträge Haftung als fakt. Organ (BGE 132 III 523)
- **Unternehmensberater**
 - Wesentliche organisatorische Weichenstellung
 - Definition / Überprüfung Unternehmensstrategie (nicht delegierbar), keine Personalunion
 - Sicherstellung Wahrnehmung als Entscheidungsgehilfe

Was heisst das für die Berater ? (2/2)

- **Rechts- inkl. Steuerberater**
 - Besonders kritisch ist fehlende Einbindung Klient in Entscheidungen
 - Kritisch: Frage der Entschädigung durch Aktien – Interessenkonflikt?
- **Wirtschaftsprüfer**
 - Neben Revisionsstelle Buchhaltung oder sonstige Aufträge, die als Geschäftsführung zu qualifizieren sind – nicht kompatibel
 - Falls Prüfung ohne formell korrekte Wahl: fakt. Organ (BGE 119 II 255 ff.)

Weitere Kandidaten

- **Outsourcing-Partner**
 - Wenn bedeutende Geschäftsführungsaufgaben übernommen werden.
- **Sanierungsausschüsse**
 - Bei Entscheidungen oder Genehmigungen von unternehmerischen Entscheidungen?
 - Falls nur Empfehlungen: Massstab ist die Entscheidungsfreiheit des Organs
- **Beiräte**
 - Bei Einmischung in den Aufgabenbereich des VR's
- **Aktionärspools**
 - Bei Einmischung in VR-Kompetenz oder unternehmerische Entscheidungen

Relativierung: Verantwortlichkeit generell

Voraussetzungen einer Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR:

1. Klageberechtigung (Aktivlegitimation)
2. Beklagtenqualifizierung (**Passivlegitimation**)
3. Pflichtverletzung
4. Verschulden – es genügt leichte Fahrlässigkeit. Meist bejaht, wenn Pflichtverletzung vorliegt!
5. Schaden
6. Kausalität – die Pflichtverletzung muss Ursache des nachgewiesenen Schadens sein.

Sonderfragen bei der Verantwortlichkeit (1/2)

- Delegation Art. 754 Abs. 2 OR – cura in eligendo, custodiendo et instruendo
- Business Judgement Rule
 1. Entscheidungsfindung gut vorbereitet aufgrund vollständiger Informationen und nach Prüfung von Alternativen
 2. Verfahren korrekt
 3. Organe haben in guten Treuen im Interesse der Gesellschaft gehandelt

Sonderfragen bei der Verantwortlichkeit (2/2)

- Entlastung (Décharge) – Anfechtung – Bekannte Tatsachen
- Differenzierte Solidarität und Rückgriff
- Verjährung

Schutzmassnahmen – Gegenstrategien (1/2)

- Frühe Klärung von Entscheidkompetenzen
- Klärung von Interessenkonflikten, sinnvolle Massnahmen
- Grösstmögliche Transparenz
- Bei schriftlicher Kommunikation – Empfang und Verständnis überprüfen und dokumentieren
- Keine Übernahme von Entscheidverantwortung
- „Umsetzungsbremse“
- Keine Teilnahme an VR-Sitzungen, aber Verlangen von Protokollen.
- Keine Teilnahme an GL Sitzungen, aber Verlangen von Protokollen.

Schutzmassnahmen – Gegenstrategien (2/2)

Testfragen:

- Wer ist kompetent?
- Liegen die nötigen Beschlüsse formell vor?
- Hat das formell richtige Organ **frei** entschieden?
- Hat mein Tun (oder Unterlassen) eine Auswirkung auf das Geschäftsergebnis?
- Keine Pflichtverletzung – Prüfen Sie Ihren Rat aus Organhaftungssicht!
- Kein Schaden – Prüfen Sie das Schadenpotential!
- Last but not least: Gesunder Menschenverstand!
- Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte diesen auch nicht komplett aus den Augen verlieren!

Herzlichen Dank

Ines Pöschel

Rechtsanwältin, Partnerin

Kellerhals Anwälte

Rämistrasse 5

8024 Zürich

Tel: +41 58 200 39 00

Fax: +41 58 200 39 11

Email: ines.poeschel@kellerhals.ch

Homepage: www.kellerhals.ch

Basel
Kellerhals Anwälte
Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel

T +41 58 200 30 00
F +41 58 200 30 11

Bern
Kellerhals Anwälte
Kapellenstrasse 14
Postfach 6916
CH-3001 Bern

T +41 58 200 35 00
F +41 58 200 35 11

Zürich
Kellerhals Anwälte
Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich

T +41 58 200 39 00
F +41 58 200 39 11

info@kellerhals.ch
www.kellerhals.ch