

Dr. Adrian Plüss

Haftung aus faktischer Organschaft – Risiken von Aktionärpools, Beiräten und Steuerungsausschüssen

Bei Unternehmensanierungen werden gelegentlich sog. *Steuerungsausschüsse* oder *Steering Committees* gebildet, deren Mitglieder das strauchelnde Unternehmen wieder auf den rechten Weg führen sollen; viele grössere Gesellschaften kennen sog. *Beiräte*, denen teilweise neben beratenden auch unternehmerische Funktionen übertragen werden. In Familiengesellschaften, in denen die Mehrheit oder ein Teil der Aktionäre durch Aktionärbindungsverträge verbunden sind, finden manchmal regelmässig Versammlungen der Mitglieder dieses *Aktionärspools* statt, die ebenfalls Fragen mit Bedeutung für die Geschäftsleitung zum Gegenstand haben. – Die aktuelle Situation ruft der Frage, ob und inwieweit solche Gremien von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit¹ erfasst werden.

1. Grundlage: Haftung auch des faktischen Organs

1.1 Art. 754 OR sieht vor, dass «die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung... befassten Personen... sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich (sind), den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen».

1.2 Die aktienrechtliche Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass diese Haftung einerseits die «formellen» und andererseits die «faktischen» Organe erfasst; als weitere haftungsunterworfenen Personen werden seit einigen Jahren jene betrachtet, die (nur) im Rechtsverkehr als Organe wahrgenommen werden².

Sucht man nach dem Konzept, das dieser Haftungsordnung zugrunde liegt, ergibt sich etwa folgendes:

– Als *formelle Organe*, die «...mit der Geschäftsführung... befasst» sind, qualifizieren sich zunächst die vom Gesetz ausdrücklich erwähnten «... Mitglieder des Verwaltungsrats», da dieser nach Art. 716 Abs. 2 OR «...die Geschäfte der Gesellschaft (führt), soweit er die Geschäftsführung nicht

übertragen hat». – Die Mitglieder des Verwaltungsrats stehen in einem *organschaftlichen* Verhältnis zur Aktiengesellschaft³, in dem sie – gesetzlich abschliessend und zwingend geregelte – Organpflichten zu erfüllen haben. Da die Tätigkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats, die durch diese Organpflichten geregelt ist, in besonderem Mass auch Dritte⁴ betrifft, ist auch die Haftung entsprechend erweitert und



Dr. Adrian Plüss
Rechtsanwalt
Partner Kunz & Bühler

¹ Art. 754 ff. OR

² sog. Organe «infolge Kundgabe», vgl. dazu namentlich die neueste Gesamtdarstellung von HARALD BÄRTSCHI *Verantwortlichkeit im Aktienrecht* (Diss. Zürich 2001 = SSHW 210) S. 94 ff. und den «Klassiker» des Verantwortlichkeitsrechts von PETER FORSTMOSER *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (2. Auflage Zürich 1987) S. 205 ff.

³ dazu näher ADRIAN PLÜSS *Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds* (Diss. Zürich 1990 = SSHW 130) S. 113 ff.

⁴ Aktionäre, Arbeitnehmer, übrige Gläubiger, «die Öffentlichkeit»

umfasst über Schadenersatzansprüche der Aktiengesellschaft hinaus auch solche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern⁵.

- Die Haftung der *faktischen Organe* lässt sich als analoge Anwendung der Regeln über die *Geschäftsführung ohne Auftrag* auf Organschaftsverhältnisse verstehen. – Art. 419 OR verpflichtet den Geschäftsführer auf eine auftragsähnliche Sorgfalt und Interessenswahrung⁶, und nach Art. 420 Abs. 1 OR haftet der Geschäftsführer grundsätzlich «für jede Fahrlässigkeit». Aus dieser Regelung ist der gesetzgeberische Wille erkennbar, Pflichten und Haftung möglichst so zu ordnen, wie sie bei einem Auftrag⁷ bestünden⁸. – Entsprechend macht es auch Sinn, die Haftung der faktischen Organe bei einer Aktiengesellschaft jener der formellen Organe anzugleichen. Sofern eine Aktiengesellschaft über einen ordnungsgemäss bestellten und handlungsfähigen Verwaltungsrat verfügt, erscheint die Einwirkung eines faktischen Organs immer als unnötig bzw. als nicht gewollt, da ja das faktische Organ gerade nicht von der Generalversammlung mit einer entsprechenden Funktion betraut worden ist; zudem verfolgt das faktische Organ häufig mehr oder weniger deutlich eigene Interessen⁹, so dass sich umso weniger eine Haftungsreduktion aufdrängt.
- Eine Haftung von *Organen infolge Kundgabe* lässt sich dagegen kaum in dieses Konzept einfügen, soweit sie nicht gleichzeitig als faktische Organe betrachtet werden können. Aus dem Vertrauensprinzip kann jedenfalls nur eine Ersatzpflicht für Schaden abgeleitet werden, der adäquat-kausal aus dem fälschlichen Vertrauen in die Organstellung des Organs infolge Kundgabe heraus entstanden ist¹⁰, nicht aber eine Haftung dafür, dass es die Geschäftsführungstätigkeit nicht oder nicht anders beeinflusst hat. – Eine solchermaßen beschränkte Haftung ist zu befürworten, gehört aber in einen anderen Kontext; während die aktienrechtliche Verantwortlichkeit das pflichtwidrige Organhandeln sanktio-

niert, ist – u.a. auf der Grundlage eines schöpferischen Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts¹¹ – eine allgemeine Haftung für enttäushtes Vertrauen namentlich im Bereich von Gesellschafts- und Konzernverhältnissen im Entstehen¹². Grundlage muss hier aber Art. 2 Abs. 1 ZGB sein, wonach «jedermann... in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (hat)».

1.3 Hält man sich dieses Konzept vor Augen, ergeben sich daraus weitere Schlussfolgerungen:

- Die *Aktionäre* bzw. die *Generalversammlung* sind bzw. ist nicht in die aktienrechtliche Verantwortlichkeit eingebunden¹³. Obwohl durchaus denkbar ist, dass gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse der Generalversammlung Aktionäre oder Gläubiger schädigen, machen sich Aktionäre nicht dadurch haftpflichtig, dass sie einem solchen Beschluss zustimmen. Eine Ausnahme ist mit Blick auf die Prospekt- und die Gründungshaftung nach Art. 752 und 753 OR und dann zu machen, wenn die Generalversammlung Beschlüsse treffen soll, die ausschliesslich dem Verwaltungsrat vorbehalten sind¹⁴.

Beispiel:

Legt der Verwaltungsrat die Frage, ob er im Sinn von Art. 725 Abs. 2 OR den Konkursrichter benachrichtigen soll, der Generalversammlung vor, haften m.E. jene Aktionäre, die für ein gesetzwidriges Zuwarten stimmen, für den daraus entstehenden Schaden.

- Namentlich die Rechtsprechung hat die Haftung nach Art. 754 ff. OR immer mehr auf untergeordnete «...mit der Geschäftsführung ... befasste Personen...» ausgedehnt¹⁵. Dies scheint auf den ersten Blick mit dem zitierten Wortlaut des Gesetzes vereinbar zu sein, da unter «Geschäftsführung» sämtliche Rechts- und Tathandlungen und Unterlassungen für die Gesellschaft verstanden werden können. –

Dem ursprünglichen Sinn des Gesetzeswortlauts entsprechend, der mit kosmetischen Änderungen¹⁶ in das neue Aktienrecht übernommen wurde¹⁷, muss sich die Haftung nach Art. 754 ff. OR aber auf die Mitglieder des Verwaltungsrats – als das *gesetzliche Kompetenzzentrum der Geschäftsführung* – oder *einer* nachgeordneten Führungsinstanz beziehen, wenn ihr die Geschäftsführung – gemäss Art. 716 Abs. 2 OR – dergestalt delegiert worden ist, dass die nachgeordnete Führungsinstanz alle Grundsatzentscheide fällt. Behält sich der Verwaltungsrat die Grundsatzentscheide vor¹⁸ und delegiert er nur untergeordnete Geschäftsführungsaufgaben weiter, bleibt dagegen die Haftung

⁵ wodurch sie sich grundlegend von einer Vertragshaftung unterscheidet

⁶ «...ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der masslichen Absicht des anderen entspricht»

⁷ als dem «Normaltatbestand»

⁸ dazu näher GEORG GAUTSCHI, in Berner Kommentar, Band VI/2/5 (Bern 1964) N 5a der Vorbemerkungen zu Art. 419 ff. OR

⁹ etwa der Mehrheitsaktionär oder die Konzernmutter

¹⁰ so BÄRTSCHI, S. 104 f., vgl. auch ALEXANDER VOGEL Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft (Diss. St. Gallen 1997 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 51) S. 332 f.

¹¹ vgl. BGE 120 II 331 ff. («Swissair»-Entscheid, mit Besprechungen in beinahe jeder wirtschaftsrechtlich orientierten Zeitschrift), 121 III 350 ff., 124 III 297 ff.; zum «Konzernvertrauen» vgl. KRISTINA KUZMICH Haftung aus «Konzernvertrauen» (Diss. Zürich 1998 = SSHW 187); BEAT BRECHBÜHL Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen (Diss. Bern 1998 = ASR 617)

¹² vgl. dazu BÄRTSCHI, S. 54 ff. mit einem Überblick über die – bereits sehr umfangreiche – Literatur und die Rechtsprechung

¹³ vgl. BÄRTSCHI, S. 94 und Anm. 430 und 432

¹⁴ vgl. Art. 716a OR

¹⁵ besonders eindrücklich BGE 117 II 441 ff., wo die Prokuristin einer Kleinbank erbarmungslos als Organ qualifiziert wurde (wohl weil der fehlbare Delegierte des Verwaltungsrats «unter Mitnahme der auf dem Postcheck-Konto... liegenden liquiden Mittel geflüchtet war» und nicht belangt werden konnte)

¹⁶ «befasst» statt «betraut»

¹⁷ dazu näher PETER BÖCKLI Schweizer Aktienrecht (2. Auflage Zürich 1996) Rz. 1965 und 1969

¹⁸ wie dies – trotz grundsätzlicher Zweiteilung der obersten Exekutive – auch nach der Bankengesetzgebung möglich ist; Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG

weiterhin ausschliesslich bei ihm. – Mit einem solchen engeren Verständnis des Kreises der haftungsunterworfenen Personen lassen sich verschiedene Ungereimtheiten – namentlich ein ungeklärtes Nebeneinander von unterschiedlichen Haftungsmassstäben nach Arbeitsrecht und Aktienrecht durch die Überlagerung von Arbeitsverhältnissen von der Organhaftung – vermeiden¹⁹.

- Nach heutigem Verständnis haften *Vertragspartner* der Gesellschaft dann nach Art. 754 ff. OR, wenn sie wegen der Art und Intensität ihrer Einflussnahme auf das Unternehmensgeschehen zu faktischen Organen werden²⁰.
- Diese Abgrenzung ist einleuchtend, lässt aber die entscheidende Frage offen, welche Einflussnahme auf das Unternehmensgeschehen dem Vertragspartner aufgrund der Vertragsbeziehung zuzugestehen ist, ohne dass dies als organtypische Einflussnahme erscheint. – Die Frage stellt sich namentlich bei kreditgebenden Banken, die den gewährten Kredit an Bedingungen knüpfen, gegebenenfalls aber auch bei Lieferungen von Produkten, wenn der Abnehmer dem Lieferanten Vorschriften über die Herstellung, Lagerung und Kontrolle der Produkte oder den Bezug von Teilprodukten oder Rohstoffen macht.

Die Einflussnahme ist nach unserem Dafürhalten unbedenklich, soweit sie *rechtlich schützenswerten Eigeninteressen* des Vertragspartners dient²¹. Sie ist unzulässig, wo es um eine Kontrolle oder eine Beeinflussung unternehmerischer Funktionen geht.

Beispiele:

- Die kreditgebende Bank darf angemessene Sicherheiten verlangen²².
- Die kreditgebende Bank wird auch verlangen dürfen, dass der Kreditbetrag nur in einem bestimmten Rahmen²³ verwendet wird; der eigentliche Investitionsentscheid wird dadurch nicht präjudiziert.
- Heikler sind etwa Abreden, wonach der Kreditbetrag daran gebunden wer-

de, dass bestimmte Personen Mitglied der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrats seien. – Zwar kann eine solche Regelung durchaus dem Sicherungsbedürfnis der Bank dienen – treten Schlüsselpersonen zurück, ist das ein Alarmzeichen; es ist aber offensichtlich, dass damit Personalentscheide des Verwaltungsrats beeinflusst oder beeinträchtigt werden können. Solche Entscheide fallen in die ausschliessliche und unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats²⁴. – Greift die Bank in solche Entscheide ein, wird sie m.E. zum faktischen Organ und haftet, wenn aus der Beeinträchtigung ein Schaden entsteht.

- Zum faktischen Organ wird die Bank auch, wenn sie der Gesellschaft im Kreditvertrag ein bestimmtes Leistungssortiment oder eine bestimmte Unternehmensorganisation vorschreiben will, nicht dagegen, wenn sie ein bestimmtes Rechnungslegungssystem und laufende Detailinformationen daraus verlangt. – Auch hier fällt eine Haftung in Betracht, wenn sich das Leistungssortiment als nicht marktgängig oder die Organisation als schwerfällig und kostspielig herausstellt.
- Haftungsbegründend sind schliesslich Kreditbestimmungen, wonach die Bank über grössere Geschäfte und Investitionsvorhaben informiert werden muss und sich ein Vetorecht vorbehält.
- Gesellschaftsrechtlich wäre ein solches Vetorecht ohnehin nichtig, da mit der Grundstruktur der Aktiengesellschaft unvereinbar.
- Zulässig ist dagegen wiederum, dass der Abnehmer seinem Lieferanten genaue Vorschriften über die Herstellung des Produktes macht, soweit diese Vorschriften der Qualitätssicherung, der Sicherung bestimmter Eigenschaften oder bestimmter Nachweise zur Vermeidung von Drittanprüchen (Produktehaftung) dienen.

Zu betonen ist, dass die Qualifizierung als faktisches Organ nur zu einer Haftung im Zusammenhang mit dem «Eingriff» führt; der Kreditgeber, der sich in das Leistungssortiment eingemischt hat, haftet

nicht, wenn die ungenügende Finanzkontrolle zu einem Schaden führt.

2. Zur Haftung von Steuerungsausschüssen

2.1 Steuerungsausschüsse stehen regelmässig *ausserhalb der bestehenden Organisationsstruktur* der Gesellschaft und werden – einigermassen formlos – von Aussenstehenden²⁵ gebildet und mit Vertrauensleuten besetzt. Steuerungsausschüsse treten in Ausnahmesituationen und als vorübergehende Erscheinung auf.

2.2 Die Tätigkeit von Steuerungsausschüssen spielt sich daher im luftleeren Raum ab. Die Mitglieder können zwar Grundlagen für unternehmerische Entscheidungen erarbeiten und diese vorbereiten²⁶; die *Entscheidungen* müssen aber entsprechend der statutarischen und reglementarischen *Zuständigkeitsordnung* gefällt werden, und die Gesellschaft kann sich nur durch das Handeln von Personen mit einer generell-abstrakten oder indivi-

¹⁹ Dabei zeigt sich aber auch, dass Topmanagement-Funktionen in einem Grenzbereich liegen, wo sich vertragliche Beziehungen zu organschaftlichen wandeln; dazu vgl. ADRIAN PLÜSS Zur Rechtsstellung des «Konzernführers», in Festschrift Forstmoser (Zürich 1993) S. 147 ff., 148

²⁰ vgl. etwa PETER WIDMER, in «Basler» Kommentar, Obligationenrecht II (Basel und Frankfurt am Main 1994) N 7 zu Art. 754 OR mit Hinweis auf die Rechtsprechung

²¹ namentlich Schutz vor Erfüllungsstörungen oder Drittforderungen, Sicherung der Durchsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit, aber m.E. auch Schutz vor Imageschäden usw.

²² und dadurch bewirken, dass die Gesellschaft Vermögenswerte verpfänden oder sicherungsübereignen oder Forderungen abtreten muss

²³ zur Finanzierung eines neuen Fabrikgebäudes, der Übernahme eines Betriebs, des Erwerbs einer Fabrikations- und Vertriebslizenz

²⁴ Art. 716a Ziff. 4 OR

²⁵ namentlich von Banken als Kreditgebern, allenfalls von weiteren Betroffenen

²⁶ Kontakte zu und Vertragsverhandlungen mit möglichen neuen Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung, Verhandlungen mit Kreditgebern über eine Umschuldung und Neufinanzierung, Verhandlungen mit Personalverbänden über Entlassungen und Lohnkürzungen, Verhandlungen mit Geschäftspartnern über besondere Konditionen usw.

duell-konkreten *Vertretungsmacht* gültig verpflichten.

2.3 Die Haftung der Mitglieder eines Steuerungsausschusses hängt entscheidend von *diesen Formalien* und dem *Einfluss auf die formellen Organe*²⁷ ab. Nehmen die Mitglieder des Steuerungsausschusses für sich in Anspruch, unternehmerische Entscheidungen selbst zu treffen oder aber zu genehmigen, mischen sie sich in den Aufgabenbereich der formellen Organe ein und erscheinen deshalb als *faktische Organe*. Schwieriger zu bewerten sind die Fälle, in denen der Steuerungsausschuss den formellen Organen nur «Empfehlungen» abgibt und «Möglichkeiten aufzeigt»; diesfalls wird man darauf abstellen müssen, ob die Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung in ihrer Entscheidung frei waren oder davon ausgehen mussten, ein abweichendes Handeln hätte nachteilige Folgen für die Gesellschaft oder sie persönlich.

3. Zur Haftung von Beiräten

3.1 Beiratsgremien sind keine *gesetzlichen Funktionsträger*; sie werden in den gesetzlichen Organisationsbestimmungen zur Aktiengesellschaft nicht einmal als «weitere Organe» o.ä. erwähnt²⁸.

3.2 Sollen Beiratsgremien *konsultative oder ähnliche Funktionen* erfüllen, können sie auf einer *rein vertraglichen Grundlage*, durch Abschluss von Aufträgen zwischen der Aktiengesellschaft und jedem einzelnen Beirat «errichtet» werden²⁹; daraus entsteht kein «weiteres Organ»³⁰, und die einzelnen Beiräte werden auch *nicht zu formellen Organen*, die der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehen. – Sie können dagegen von der Gesellschaft nach den auftragsrechtlichen Haftungsbestimmungen³¹ belangt werden, wenn sie ihre Beratungstätigkeit «unsorgfältig» erbringen.

3.3 Sollen Beiratsgremien als *Funktions-träger* ausgestaltet und ihnen gesellschaftliche Funktionen zugewiesen werden³², bedarf es dagegen einer *gesellschaftsrechtlichen Grundlage*³³, auf die sich das *organschaftliche Verhältnis* zwischen dem einzelnen Beirat und der Gesellschaft stützt. Solche Beiräte sind *formelle Organe*; eine Haftung nach den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen scheidet in der Regel aus, da sie nicht «*mit der Geschäftsführung... befasst*» sind³⁴.

3.4 In Betracht fällt schliesslich, welche Tätigkeiten Beiräte *tatsächlich* ausüben. Namentlich in Fällen, in denen ein Beiratsgremium – unzulässigerweise³⁵ – als Aufsichtsorgan der Generalversammlung gegenüber dem Verwaltungsrat institutionalisiert wird, ist denkbar, dass sich die Beiräte in den Aufgabenbereich des Verwaltungsrats einmischen; alsdann erscheinen sie als *faktische Organe* und sind ebenfalls der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterworfen.

4. Zur Haftung von Aktionärpools

4.1 Aktionärpools sind *schuld- oder aber gesellschaftsrechtliche Vertragsverhältnisse*³⁶ zwischen Aktionären, die bestimmte (Sonder-)Ziele verfolgen wollen; Aktionärpools sind v.a. in Familiengesellschaften und in Publikumsgesellschaften mit einzelnen Grossaktionären verbreitet.

4.2 Obwohl der *Gegenstand* von solchen Aktionärbindungsverträgen grundsätzlich frei geregelt werden kann³⁷, darf damit nicht die zwingende aktienrechtliche Ordnung unterlaufen werden³⁸. – Soweit die *Ausübung von Aktionärsrechten* in Frage steht, ist daher der *aktienrechtliche Rahmen*³⁹ zu beachten. Unzulässig wäre es beispielsweise, in einem Aktionärbindungsvertrag dem Verwaltungsrat besondere Informations- oder Rechenschaftspflichten gegenüber den Parteien des Aktionärbindungsvertrags oder gegenüber

allen Aktionären überbinden zu wollen. – Vor diesem Hintergrund erscheinen die Mitglieder von Aktionärpools nie als *formelle Organe*.

4.3 Namentlich in Fällen, in denen einzelne Mitglieder des Aktionärpools oder deren Vertreter gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrats sind, ist wiederum durchaus denkbar, dass sich einzelne oder alle Mitglieder des Aktionärpools in den Aufgabenbereich des Verwaltungsrats einmischen und beispielsweise versuchen, auf unternehmerische Entscheidungen Einfluss zu nehmen; alsdann erscheinen sie als *faktische Organe* und haften entsprechend.

²⁷ Verwaltungsrat, Geschäftsleitung

²⁸ zum Ganzen ausführlich FELIX REIFF Beiräte als Beratungs- und Führungsgremien bei schweizerischen Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 1988 = SSHW 115); ferner GEORG KRNETA Praxiskommentar Verwaltungsrat (Bern 2001) N 319 ff.; ERIC HOMBURGER in Zürcher Kommentar, Band V/5/b (Zürich 1996) N 141 ff. zu Art. 707 OR; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 20 N 34 ff.; BÖCKLI, Rz. 1577c

²⁹ vgl. das Beispiel bei REIFF S. 46 ff.

³⁰ im Sinn eines freiwilligen Funktionsträgers

³¹ Art. 398 OR

³² zu den wenigen zulässigen Möglichkeiten vgl. BÖCKLI, Rz. 1577c

³³ in den Statuten und gegebenenfalls in einem Organisationsreglement des Verwaltungsrats, wenn dem Beiratsgremium vom Verwaltungsrat Geschäftsführungsaufgaben delegiert werden sollen

³⁴ ausgenommen, wenn dem Beiratsgremium vom Verwaltungsrat gerade Geschäftsführungsaufgaben delegiert werden

³⁵ vgl. BÖCKLI, S. 1577c; vgl. aber die beiden Beispiele bei REIFF, S. 79/80

³⁶ vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 162 ff.

³⁷ vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 150 mit Hinweisen auf ältere Gerichtsurteile; immerhin haben sich gesellschaftsrechtlich strukturierte Aktionärpools nach den anwendbaren zwingenden Vorschriften über die Personengesellschaften zu richten

³⁸ vgl. Art. 19, 20 OR

³⁹ der einerseits die Kompetenzen der Generalversammlung und andererseits deren Organisation und die Mitwirkung der Aktionäre festlegt