

Peter Forstmoser

Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht¹

Betrachtet man das Werk von ARTHUR MEIER-HAYOZ, so besticht vorab die enorme Spannweite seines Schaffens, die Vielzahl von – stets grundlegenden – Themen, zu denen er kompetent Stellung nahm und nimmt. Diese Breite wissenschaftlichen Arbeitens, die nie auf Kosten der Tiefe geht, hat auch der Schreibende erlebt: Als Student wurde er von ARTHUR MEIER-HAYOZ eingeführt in das Personen- und Familienrecht, das Sachenrecht, das Handels- und Wertpapierrecht und – in der Vorlesung über den Einleitungstitel des ZGB – in methodische Fragen der Rechtsauslegung und -anwendung. Als Assistent konnte er unter kundiger Leitung Probleme des Sachen- und des Handelsrechts behandeln. Die intensivsten fachlichen Kontakte aber bestanden und bestehen im *Gesellschaftsrecht*, in laufender gemeinsamer Dozententätigkeit in Vorlesungen und Seminarien und in der Koauthorschaft von Publikationen². Der Beitrag zu dieser Festgabe für den Lehrer, Vorgesetzten, Kollegen und Freund ist daher aus diesem Gebiet gemeinsamer Arbeit gewählt.

Untersucht wird eine Spezialfrage: die des *Organbegriffs* im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht. Einleitend wird darauf hingewiesen, dass der Organbegriff im Gesellschafts- und besonders im Aktienrecht an verschiedenen Stellen und nicht notwendig überall in identischem Sinne verwendet wird (Ziff. I). Anschliessend wird die

¹ Meinen Assistenten Anton Baur, Gerald Gonzenbach, Suzanne Wettenschwiler und Gaudenz Zindel danke ich für ihre Unterstützung beim Sammeln des Materials und für nützliche Diskussionen.

² ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (1.–4. A. Bern 1974–1981); PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (1. und 2. A. Bern 1976/1980).

Organeigenschaft als Grundlage persönlicher Verantwortung im Aktienrecht allgemein betrachtet (Ziff. II). Der Hauptteil der Arbeit befasst sich mit Einzelfragen der Organstellung im Verantwortlichkeitsrecht. Geprüft wird zunächst die Begründung der Organeigenschaft (Ziff. III), sodann deren Umfang (Ziff. IV). Weiter soll versucht werden, Kriterien zu finden für die Grenzziehung zwischen der Einflussnahme auf eine Gesellschaft aus einer sog. materiellen Organstellung heraus und der Einwirkung als – nicht der Organhaftung unterstellter – Aussenstehender (Ziff. V). Die Ergebnisse werden in Ziff. VI kurz zusammengefasst.

I. Der Organbegriff im Körperschaftsrecht

a) Der Organbegriff wird in der Literatur zum Körperschaftsrecht – mehr oder weniger unbewusst – in drei verschiedenen Bedeutungen verwendet:

- «Organ» bedeutet zunächst *Funktionsträger*. So wird der Organbegriff etwa bei der Aussage verstanden, die AG verfüge von Gesetzes wegen zwingend über drei Organe: Generalversammlung, Verwaltung und Kontrollstelle³.
- Zugleich wird der Organbegriff auch in einem engeren Sinne zur Bezeichnung des *nach aussen* auftretenden Funktionsträgers verwendet. «Organ» ist in diesem Sinne gleichbedeutend mit *Exekutivorgan* oder Verwaltung. Dieser engere Begriff ist vor allem bedeutsam im Hinblick auf die Haftung einer Körperschaft für Handlungen – besonders auch unerlaubte Handlungen – von für sie tätigen Personen⁴.

³ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2) § 15 N 2; ähnlich das Gesetz, das in einem einzigen Abschnitt über die «Organisation der Aktiengesellschaft» die Generalversammlung, die Verwaltung und die Kontrollstelle behandelt.

⁴ Vgl. OR 718, wo freilich nicht von «Organ», sondern von einer «zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte[n] Person» gesprochen wird. Dagegen verwendet die entsprechende allgemeine körperschaftsrechtliche Bestimmung von ZGB 55 den Ausdruck «Organ». Der von OR 718 und der von ZGB 55 umfasste Personenkreis ist – entgegen einer anderen Lehrmeinung – identisch, vgl. ISO SCHUMACHER: Beistandschaft in der AG (Diss Zürich 1981) 59. Nach ZR 75 (1976) Nr. 99 S. 258 = SJZ 73 (1977) Nr. 26 S. 79 ist es «klares Recht», dass der Organbegriff für alle juristischen Personen derselbe ist.

– Endlich wird der Organbegriff in Lehre und Praxis verwendet für die Abgrenzung desjenigen Personenkreises, welcher der besonderen aktienrechtlichen *Verantwortlichkeit* für Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle unterliegt⁵.

b) In Lehre und Praxis ist bisher stets von der *Identität des Organbegriffs* im zweiten und dritten Sinne ausgegangen worden.

Illustrativ ist etwa BGE 65 II 6, wo der anhand der Praxis zu ZGB 55 gewonnene Organbegriff ohne ein Wort der Begründung auf OR 754 angewendet wird⁶.

Die Literatur zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stützt sich für die Umschreibung der nach OR 754 ff. verantwortlichen Organpersonen ebenfalls auf Entscheidungen und Lehrmeinungen zu ZGB 55 und OR 718. Überwiegend geschieht dies *stillschweigend*, so etwa bei BÜRGI/NORDMANN⁷, PETER FORSTMOSER⁸, HEINZ REICHWEIN⁹ und ISO SCHUMACHER¹⁰. Vereinzelt wird die Frage der Einheitlichkeit des Organbegriffs gemäss ZGB 55/OR 718 einerseits und OR 754 ff. andererseits *ausdrücklich* aufgeworfen und bejaht, so von JÖRG MEIER-WEHRLI¹¹ und von MAX ALBERS-SCHÖNBERG¹².

Demgegenüber hat neuestens JEAN NICOLAS DRUEY¹³ zu Recht dar-

⁵ OR 754 ff.; die Bestimmungen kommen auch im Recht der GmbH zur Anwendung: OR 827. Der gleiche Organbegriff findet sich sodann im Genossenschaftsrecht, wo in OR 916 ff. eine analoge, aber etwas einfachere Regelung getroffen worden ist.

⁶ Dass das Bundesgericht von einem einheitlichen Organbegriff ausgeht, zeigt sich ferner darin, dass auch strafrechtlichen Entscheiden derselbe Organbegriff zugrunde gelegt wird, vgl. etwa BGE 97 IV 10 ff. und 78 IV 30.

⁷ Zürcher Kommentar zum Aktienrecht Art. 739 ff. (Zürich 1979) Art. 753 f. N 119: Zwar wird der Organbegriff nicht erwähnt, doch wird auf Literatur und Judikatur zu ZGB 55/OR 718 verwiesen.

⁸ Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Zürich 1978) N 483 und dort insb. Anm. 842.

⁹ Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte..., SJZ 64 (1968) 129 ff., 133.

¹⁰ Zit. Anm. 4, 59.

¹¹ Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG... (Diss Zürich 1968) 20 f., mit Hinweisen auf weitere, ältere Literatur. Unrichtig die Behauptung von MEIER-WEHRLI, OR 754 I stelle eine *lex specialis* zu ZGB 55 (und damit wohl auch zu OR 718 III) dar: Während im einen Falle (OR 754) die persönliche Verantwortung von Organpersonen in Frage steht, geht es im anderen (ZGB 55/OR 718) um das Einstehenmüssen der Körperschaft für Handlungen ihrer Organe.

¹² Haftungsverhältnisse im Konzern (Diss Zürich 1980) 49.

¹³ Organ und Organisation – Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, SAG 53 (1981) 77 f.

auf hingewiesen, dass die Anwendung identischer Abgrenzungskriterien für die Haftung der AG gegenüber Dritten einerseits und die persönliche Verantwortlichkeit von im Rahmen einer AG handelnden Personen andererseits «keineswegs selbstverständlich» ist.

Der Frage, ob Differenzierungen nötig sind, wäre nachzugehen. Hiefür fehlt im Rahmen dieser Darstellung der Raum. Allgemein kann nur festgehalten werden, dass die Ordnungen von ZGB 55 bzw. OR 718 einerseits und OR 754 ff. andererseits eine gemeinsame Basis haben: die (zumindest relative) *Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit* der in Frage stehenden Personen oder der *Anschein solcher Selbständigkeit und Freiheit*. Diese Grundlage ist sowohl Erklärung dafür, dass das Verhalten dieser Personen – entsprechend der Realitätstheorie¹⁴ – der juristischen Person als eigene Willensäußerung zugerechnet wird, als auch Rechtfertigung für eine persönliche Haftung der Handelnden. In aller Regel dürfte daher die traditionelle Gleichsetzung der Organbegriffe im Aussen- und im Innenverhältnis der Körperschaft gerechtfertigt sein.

c) In der Folge befasse ich mich ausschliesslich mit dem Organbegriff des aktienrechtlichen *Verantwortlichkeitsrechts*¹⁵.

II. Die Unterteilung des Organbegriffs im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht

1. Die herkömmliche Gliederung in Organeigenschaft im formellen und im materiellen Sinn und ihre Rechtfertigung

a) Lehre und Praxis gehen durchwegs – teils ausdrücklich, teils stillschweigend – von einem zweiteiligen Organbegriff im Bereich des Verantwortlichkeitsrechts aus¹⁶:

¹⁴ Dazu etwa MAX GUTZWILLER: Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Schweiz. Privatrecht Bd. II (Basel/Stuttgart 1967) 425 ff., 438 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 2) § 2 N 13 ff.

¹⁵ Dabei wird freilich auch Literatur und Judikatur zu ZGB 55 und OR 718 III beigezogen, da dies – wie soeben erwähnt – in der Regel als gerechtfertigt erscheint.

¹⁶ Vgl. statt vieler ALBERS-SCHÖNBERG (zit. Anm. 12) 49 ff.; BÜRGI/NORDMANN (zit. Anm. 7) Art. 753 f. N 119; DRUEY (zit. Anm. 13) 80; FORSTMOSER (zit. Anm. 8) N 479 ff.; MEIER-WEHRLI (zit. Anm. 11) 19 ff.

- Organ im *formellen* Sinn ist danach derjenige, der als Mitglied des Verwaltungsrates gewählt und nach aussen bekannt gegeben wurde, unabhängig davon, welche Aufgaben er tatsächlich erfüllt¹⁷.
- Als Organ im *materiellen* Sinn wird bezeichnet, wer – ohne formell als Mitglied der Verwaltung gewählt worden zu sein – «effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhat, indem er in einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person selbständige Entscheidungsbefugnisse besitzt»^{18, 19}. Einigkeit besteht darüber, dass sowohl die formelle wie die materielle Organeigenschaft die Unterstellung unter das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht begründen²⁰.

b) Die Unterstellung unter die Organhaftung *rechtfertigt* sich beim Organ im materiellen und beim Organ im formellen Sinne aus unterschiedlichen Gründen:

aa) Für das *faktische* Organ, das Organ im materiellen Sinne, wird regelmässig auf die *effektive Einwirkung* auf die Geschäftsangelegenheiten hingewiesen^{20a}. Der Grund für die Unterwerfung unter eine besonders strenge persönliche Verantwortlichkeit liegt demnach in der *tatsächlichen Einflussnahme* auf die Geschicke der Gesellschaft. Wer den Gang der Geschäftsangelegenheiten wesentlich bestimmt, der soll auch geradestehen müssen, wenn er von dieser Möglichkeit leichtfertigen Gebrauch macht²¹.

bb) Im Falle der *formellen* Organeigenschaft rechtfertigt sich dagegen die Verantwortlichkeit nach OR 754 ff. aus Gründen des *Ver-*

¹⁷ Vgl. etwa MEIER-WEHRLI (zit. Anm. 11) 21; MATHIAS BURCKHARDT: Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der Verwaltung der AG (Diss Basel 1969, MaschSchr) 118; BÜRGI/NORDMANN (zit. Anm. 7) Art. 753 f. N 119; FORSTMOSER (zit. Anm. 8) N 482. Zu weit gehend dagegen m. E. SCHUMACHER (zit. Anm. 4) 62 und die dort angeführte Literatur: Danach soll jeder Zeichnungsberechtigte Organ im formellen Sinne sein. Diese Auffassung dürfte der des Bundesgerichts widersprechen, das etwa bei Prokuristen stets den Kompetenzbereich prüft und damit auf materielle Kriterien abstellt, vgl. etwa BGE 104 II 197 (zu ZGB 55).

¹⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 2) § 2 N 21.

¹⁹ Gelegentlich wird der materielle Organbegriff auch als Oberbegriff verwendet, der den des Organs im formellen Sinne mitumfasst, so von ALBERS-SCHÖNBERG (zit. Anm. 12) 50.

²⁰ Vgl. statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2) § 25 N 2 und etwa BGE 102 II 359 f.

^{20a} Vgl. etwa BGE 102 II 359, 101 Ib 435 f., 87 II 187, 81 II 226.

²¹ Vgl. etwa KONRAD FEHR: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizerischen Aktienrecht, in: Schweiz. Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (Genf 1954) 147 ff., 149.

*trauensschutzes*²²: Durch Eintragung in das Handelsregister und Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt wird die Organstellung einer Person jedermann kundgetan. Aufgrund der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters²³ können Dritte nicht einwenden, eine eingetragene und publizierte Tatsache nicht gekannt zu haben. Es besteht somit «zu Lasten Dritter eine absolute unwiderlagbare Vermutung, d. h. eine Fiktion, die ihnen jede Berufung auf ihre Unkenntnis von der Eintragung abschneidet»²⁴. Korrelat dieser Fiktion ist das Recht Dritter, sich darauf verlassen zu können, dass den offiziell als Organe einer AG bezeichneten und als solche öffentlich bekannt gegebenen Personen die Organfunktion auch zukommt. Es besteht somit ein «berechtigtes Vertrauen»²⁵ darauf, dass die als Verwaltungsräte eingetragenen Personen Würde und Bürde ihres Amtes voll wahrnehmen, dass sie insbesondere gegebenenfalls für Nachlässigkeiten persönlich einzustehen haben.

Nicht die effektive Einflussnahme ist es somit, die eine Haftung aus formeller Organstellung rechtfertigt, sondern der *Schutz des Vertrauens* von Aktionären und Dritten.

2. Ungenügen der herkömmlichen Zweiteilung in formelle und materielle Organeigenschaft

Übersehen wurde m. W. bisher, dass der Vertrauensschutz die Bejahung einer Organstellung und der damit verbundenen Haftung auch *ohne Registereintrag* rechtfertigen kann:

Die Bekanntgabe einer – zumindest scheinbaren – Organstellung braucht nämlich nicht notwendig durch Handelsregistereintrag und amtliche Publikation zu erfolgen. Analog dem Stellvertretungsrecht ist vielmehr auch eine *Bekanntgabe auf anderem Wege* möglich, etwa

²² Dazu grundlegend ARTHUR MEIER-HAYOZ: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss (Diss Zürich 1948).

²³ OR 933 II.

²⁴ ROBERT PATRY: Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweiz. Privatrecht Bd. VIII/1 (Basel/Stuttgart 1976) 142; vgl. auch etwa MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 2) § 5 N 58; PETER FORSTMOSER: Schweiz. Aktienrecht Bd. I/1 (Zürich 1981) § 11 N 120, mit weiteren Angaben; BGE 98 II 214 f., 96 II 439, 95 II 455, 91 I 445.

²⁵ Zum Begriff ausführlich MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 22) 110 f.

durch individuelle Mitteilung an einen bestimmten Dritten²⁶ oder auch durch konkludentes Verhalten²⁷. Auch in solchen Fällen entsteht bei Dritten ein «berechtigtes Vertrauen» in die Organstellung und deren rechtliche Konsequenzen, insbesondere der Verantwortlichkeit nach OR 754 ff.

Dieser Tatbestand hat *Gemeinsamkeiten* sowohl mit der materiellen wie auch mit der formellen Organstellung im vorerwähnten Sinn, er *unterscheidet sich* aber auch von beiden:

- Im Gegensatz zur formellen und im Einklang mit der materiellen Organstellung ist für die Begründung *kein Formalakt* – Registereintrag und amtliche Publikation – erforderlich.
- Dagegen hat diese Variante mit der formellen Organstellung gemein, dass es nicht auf den tatsächlichen Einfluss, sondern auf den *Anschein* desselben ankommt. Diesbezüglich unterscheidet sie sich von der materiellen Organeigenschaft im herkömmlichen Sinn.

3. Dreiteilung des Organbegriffs

Eine Betrachtung der Rechtfertigung einer besonderen Organhaftung, wie sie in OR 754 ff. vorgesehen ist, zeigt somit, dass genau besehen nicht bloss zwei, sondern drei Varianten des Organbegriffs zu unterscheiden sind:

- die *Organstellung im formellen Sinn* aufgrund des Handelsregistereintrages und unabhängig vom tatsächlichen Einfluss auf die Geschichte der Gesellschaft;
- die *Organstellung im materiellen Sinn* infolge einer entscheidenden effektiven Teilnahme an der Willensbildung der Gesellschaft;
- endlich eine *Organstellung aufgrund des* durch andere als registerrechtliche Kundgabe oder konkludentes Verhalten bewirkten *Anscheins* von Organkompetenzen. Sie wird in der Folge als «Organstellung infolge Kundgabe» bezeichnet.

Diese Differenzierung ist – wie sich zeigen wird – nicht bloss *art pour l'art*, sondern sie hat durchaus praktische Konsequenzen.

²⁶ Es wird z. B. Herr X im Schreiben an einen Gläubiger als Verwaltungsrat vorgestellt, obwohl er nicht als solcher im Handelsregister eingetragen ist.

²⁷ Ein untergeordneter Angestellter erweckt den Anschein, selbständige Entscheidungsbefugnisse in grundlegenden Angelegenheiten der Gesellschaft zu haben.

III. Die Begründung der Organstellung im einzelnen

1. Begründung der formellen Organstellung

a) Keine Probleme stellt die Begründung der formellen Organstellung: Diese entsteht durch einen *formalen Vorgang*, durch Registereintrag und amtliche Publikation. Daher lässt sie sich anhand des Handelsregisters auch jederzeit zweifelsfrei nachprüfen.

b) Negativ ist nochmals zu betonen, dass die tatsächliche *Einflussnahme* auf die Geschicke der Gesellschaft für die Entstehung der Organschaft im formellen Sinne *belanglos* ist.

2. Begründung der materiellen Organstellung

a) Die in Literatur und Judikatur anzutreffenden Umschreibungen des Organs im materiellen Sinn sehen sich durchwegs sehr ähnlich. In Ergänzung zum vorn bei Anm. 18 angeführten Zitat seien etwa erwähnt:

aa) BÜRGI²⁸ erklärt, der Organcharakter sei auszudehnen auf alle Personen,

«welche ... selbständige Kompetenzen für die Geschäftsführung – wenn auch unter der Oberaufsicht der Verwaltung – oder entsprechend selbständige Kontrollfunktionen ausüben».

PIERRE-OLIVIER GEHRIGER²⁹ betont, es sei entscheidend,

«die funktionelle Betrachtungsweise, wonach Organ ist, wer tatsächlich und in entscheidender Weise an der Bildung des Gesellschaftswillens teilnimmt».

MEIER-WEHRLI³⁰ hebt ebenfalls die *Funktionen* hervor, die jemand im Namen der Gesellschaft ausübt. Es komme darauf an, ob die in Frage stehenden Personen

²⁸ Zürcher Kommentar zu OR 698 ff. (Zürich 1969) Vorb. zu Art. 698–731 N 34.

²⁹ Faktische Organe im Gesellschaftsrecht... (Diss St. Gallen 1978) 75.

³⁰ Zit. Anm. 11, 19.

«selbständige Entscheidungen zu treffen und für die AG wesentliche Aufgaben zu erfüllen haben».

Im gleichen Sinne äussert sich HEINZ REICHWEIN³¹. Danach kommt die Organqualität im Sinne von OR 754 I

«allen Personen [zu], die ... an der Verwaltung im engeren Sinne tatsächlich mitwirken oder eigentliche Geschäftsführungsfunktionen ausüben».

Nach FORSTMOSER³² sind dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht alle jene Personen unterstellt, die

«in massgebender Weise an der Willensbildung der AG teilnehmen und korporative Aufgaben selbständig ausüben».

bb) In der *Gerichtspraxis* finden sich ähnliche Formulierungen: In einem zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrages erst in der «Praxis» publizierten Bundesgerichtsentscheid in Sachen B. et al. gegen K. et al. vom 14.9.1981³³ wird erklärt, OR 754 seien auch unterworfen

«Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen ...».

Nach BGE 104 II 197 ist

«nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter anderem derjenige als Organ anzusehen, der unter der Aufsicht des obersten Verwaltungsausschusses einer juristischen Person deren eigentliche Geschäftsführung besorgt oder sich sonst in leitender Stellung betätigt...»³⁴.

Nach BGE 97 IV 10 ff. ist Geschäftsführer (im strafrechtlichen Sinne)

«ein die Gesellschaft tatsächlich leitendes Verwaltungsorgan einer Aktiengesellschaft».

Und in BGE 78 IV 28 wird (ebenfalls in strafrechtlichem Zusammenhang) betont:

³¹ Zit. Anm. 9, 133.

³² Zit. Anm. 8, N 483.

³³ Pra. 71 (1982) 8 ff.; wird voraussichtlich als BGE 107 II 349 ff. publiziert.

³⁴ Mit Hinweisen auf weitere Entscheide.

«Auch Personen, welche die Mitglieder der statutarischen Verwaltung, die Direktion oder die Bevollmächtigten als Strohänner benützen und so die Aktiengesellschaft tatsächlich leiten, sind [Verwaltungsorgane].»³⁵

Dementsprechend wurden – teils nach OR 754, teils unter ZGB 55 bzw. OR 718 – von der Gerichtspraxis als Organe bezeichnet

- «verdeckte» Verwaltungsräte³⁶, insbesondere Hauptaktionäre, die eine Gesellschaft über Strohänner faktisch leiten³⁷;
- Direktoren³⁸ und Prokuristen³⁹;
- Vereinssekretäre⁴⁰ und die Redaktoren eines Zeitungsunternehmens⁴¹;
- leitende Ingenieure⁴², nicht aber Werkmeister mit Überwachungs- und Ausführungsfunktionen⁴³;
- endlich etwa der Sohn des Geschäftsinhabers, dem faktisch die Stellung eines Stellvertreters des Betriebsleiters zukam, obwohl er nicht unterschiftsberechtigt war⁴⁴.

b) Massgebend für die Abgrenzung der materiellen Organstellung sind somit die *tatsächlichen Verhältnisse*, «Tatsachenvorgänge»⁴⁵. Abgrenzungskriterium ist die faktische Einflussnahme auf Entscheide, und zwar *grundlegende* Entscheide, die typischerweise dem Geschäftsleitungsorgan und nicht untergeordneten Instanzen zugewiesen sind.

Belanglos ist die formelle Stellung der in Frage stehenden Person.

3. Begründung der Organstellung infolge Kundgabe

a) In diesem Fall geht es um den Gutgläubensschutz Dritter, vor allem von Geschäftspartnern der Gesellschaft, allenfalls auch von aus-

³⁵ Vgl. auch etwa Sem 103 (1981) 220; SJZ 73 (1977) 79 ff. Nr. 26; ZR 69 (1970) Nr. 141 S. 372 E 4 a.

³⁶ Vgl. BGE 102 II 359.

³⁷ Vgl. BGE 101 Ib 436; 97 IV 10 ff.; 78 IV 28 f.; Sem 103 (1981) 220.

³⁸ BGE 104 II 197, 68 II 103, 65 II 5 f.

³⁹ Vgl. BGE 102 II 359, 68 II 301.

⁴⁰ Vgl. BGE 48 II 6 f.

⁴¹ Vgl. BGE 72 II 65 f.

⁴² Vgl. BGE 87 II 188.

⁴³ Vgl. BGE 87 II 187, 81 II 227.

⁴⁴ Vgl. ZR 69 (1970) Nr. 141 S. 372 f.

⁴⁵ Reichwein (zit. Anm. 9) 133.

senstehenden Aktionären. Entsprechend der einem Dritten kundgegebenen Vollmacht⁴⁶ ist daher das *Vertrauensprinzip* zugrunde zu legen, d. h. es ist die Organeigenschaft dann anzunehmen, wenn der Dritte als vernünftiger und korrekter Partner in guten Treuen vom Vorliegen einer Organstellung ausgehen durfte⁴⁷.

b) Lehre und Praxis haben zwar bisher m. W. im Zusammenhang mit der Begründung der Organstellung nicht auf das Vertrauensprinzip verwiesen. Immerhin wird – zu OR 718 III – hervorgehoben, diese Norm diene der Sicherheit des Rechtsverkehrs^{47a}, dem Schutz des gutgläubigen Dritten⁴⁸. Daher wird auch darauf abgestellt, ob nach einer *objektiven Betrachtungsweise*⁴⁹, dem äusseren Anschein nach, in Ausübung von Organfunktionen gehandelt worden ist⁵⁰.

c) Die Kundgabe muss *sowohl der Gesellschaft wie auch dem potentiellen Organ anzurechnen sein*. Erfolgt sie ohne Wissen des Betroffenen, so können höchstens Verpflichtungen der Gesellschaft entstehen. Masst sich ein Dritter eine Organstellung an, ohne dass die Gesellschaft dies unterstützt oder zumindest duldet, so dürfte es am berechtigten Vertrauen des Geschäftspartners fehlen⁵¹.

IV. Verantwortlichkeit wofür und gegenüber wem?

Nicht nur die Begründung der Organstellung und ihre Rechtfertigung unterscheiden sich bei den drei erwähnten Varianten, sondern ebenso der Umfang der Verantwortlichkeit in sachlicher wie in personeller Hinsicht. Dazu im einzelnen das Folgende:

⁴⁶ Dazu etwa EUGEN BUCHER: Schweiz. OR Allgemeiner Teil (Zürich 1979) 553.

⁴⁷ Vgl. die Formulierungen zur Auslegung von Willenserklärungen etwa bei MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 22) 112 und bei VON TUHR/PETER: Allg. Teil des Schweiz. OR Bd. I (Zürich 1979) 287, mit Hinweisen auf Literatur und Judikatur.

^{47a} HANS MERZ: Vertretungsmacht und ihre Beschränkungen im Recht der juristischen Personen ..., in: Festschrift Westermann (Karlsruhe 1974) 400, 402; abgedruckt auch in: Ausgewählte Abhandlungen (Bern 1977) 343 ff.

⁴⁸ BÜRGI (zit. Anm. 28) Art. 718 N 3, 9; BGE 96 II 445.

⁴⁹ MERZ (zit. Anm. 47a) 403.

⁵⁰ Vgl. BGE 101 Ib 436 f.; 96 II 445; 48 II 9; Bürgi (zit. Anm. 28) Art. 718 N 3, 4.

⁵¹ Allenfalls wird der Dritte aber nach den Regeln über die vollmachtlose Stellvertretung (OR 39) verpflichtet.

1. Bei formeller Organstellung

a) *Organ* im formellen Sinn ist – wie vorn erwähnt –, wer *als solches*, insbesondere als Mitglied der Verwaltung einer Gesellschaft *bestellt* und im Handelsregister eingetragen worden ist.

Die Pflichten der Verwaltung sind in OR 721 ff. aufgezählt⁵². Neben einer Reihe spezifisch genannter Pflichten besteht die allgemeine Pflicht, «die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten»⁵³.

Verantwortlich wird eine Organperson somit *für jedes Tun oder Unterlassen, das diese allgemeine oder spezifisch genannte Pflichten verletzt*, sofern auch die übrigen Voraussetzungen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit – Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden – erfüllt sind.

b) *Klage- und anspruchsberechtigt* sind gemäss OR 754 I die Gesellschaft selbst, die einzelnen Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger. Mit Bezug auf die Geltendmachung des Schadens ist dabei zu differenzieren, vgl. hiezu etwa BÜRGI/NORDMANN⁵⁴ zu OR 753 ff.; FORSTMOSER⁵⁵ N 6 ff.; MEIER-WEHRLI⁵⁶ insb. 8 I ff.

2. Bei materieller Organstellung

a) Während bei der formellen Organstellung am Anfang die Bestellung zum Organ steht und aus dieser organschaftliche Handlungs- und Unterlassungspflichten fliessen, verhält es sich bei materieller Organschaft genau umgekehrt: Ausgangspunkt ist ein bestimmtes *Verhalten* – die wesentliche Einflussnahme auf Angelegenheiten der Gesellschaft –, und durch dieses wird die *Organstellung begründet*. Werden aber die Organstellung und damit auch die Organhaftung durch ein bestimmtes – organschaftliches – Verhalten bewirkt, dann können sie auch nicht weiter gehen als dieses Verhalten: Der Pflichtenkreis eines Organs im materiellen Sinn kann sich mithin nur auf die Bereiche

⁵² Dazu statt vieler BÜRGI (zit. Anm. 28) zu Art. 721 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ (zit. Anm. 2) § 24 N 12 ff.

⁵³ OR 722 I.

⁵⁴ Zit. Anm. 7.

⁵⁵ Zit. Anm. 8.

⁵⁶ Zit. Anm. 11.

erstrecken, in denen es tatsächlich tätig wurde. Für Aufgaben, in die sich das Organ im materiellen Sinn nicht einmischte, kann es m. E. auch nicht verantwortlich gemacht werden.

Damit stellt sich die Frage, ob es bei materieller Organschaft auch eine *Haftung für Unterlassen* geben kann oder ob Organe im materiellen Sinn nur für aktives Einwirken verantwortlich gemacht werden können. Die Antwort des Bundesgerichts zu dieser Frage im vorerwähnten Entscheid vom 14. 9. 1981⁵⁷ ist sibyllinisch: Das Bundesgericht erklärt mit Bezug auf materielle Organe, es sei richtig,

«dass ihre Verantwortung gemäss Art. 754 OR auf Handlungen zu beschränken ist, an denen sie persönlich teilgenommen haben».

Scheint das Bundesgericht dadurch die Haftung auf das aktive Tätigwerden, auf «Handlungen» zu begrenzen, so ergibt sich sogleich aus dem nächsten Satz das Gegenteil. Das Bundesgericht fährt nämlich fort:

«Wie es sich damit verhält, hängt von den Fehlern *oder Unterlassungen* ab, die ihnen vorgeworfen werden ...»⁵⁸

Damit soll also offenbar die «persönliche Teilnahme» an «Handlungen» auch in Unterlassungen bestehen können.

Eine Lösung dieses scheinbaren Widerspruchs ergibt sich m. E. daraus, dass die geschäftsführende Tätigkeit in Teilfunktionen, Bereiche aufgliedert werden kann. Während das Organ im formellen Sinn für die Geschäftsführung in ihrer Gesamtheit (soweit diese nicht rechtmässig delegiert worden ist) verantwortlich ist, *erstreckt sich die Verantwortung von Organen im materiellen Sinn immer nur auf diejenigen Funktionen oder Bereiche, in die sie sich eingemischt haben*. In diesem Umfang wird das Organ im materiellen Sinn dann aber voll verantwortlich, nicht nur für sein Tun, sondern *auch für Unterlassungen*⁵⁹. Dagegen trifft es keine Pflicht, in Bereichen tätig zu werden, in die es nicht eingewirkt hat. So wird sich etwa derjenige, der sich darauf beschränkt hat, Einfluss auf die Finanzierung zu nehmen, Fehler im

⁵⁷ Pra. 71 (1982) 10; vgl. auch vorn Anm. 33.

⁵⁸ Hervorhebung durch mich.

⁵⁹ Es besteht eine Art Garantenstellung; vgl. in diesem Zusammenhang DRUEY (zit. Anm. 13) 81 und die dort Anm. 28 zitierte Literatur.

Marketing, in der Produktion und der Entwicklung nicht entgegenhalten lassen müssen.

Im einzelnen dürften sich freilich schwierige *Abgrenzungsprobleme* stellen, da zwischen den verschiedenen unternehmerischen Funktionen zahlreiche und stete Wechselbeziehungen bestehen und auch die Aufteilung in Bereiche im Einzelfall oft streitig sein wird.

b) Mit Bezug auf die *Klage- und Anspruchsberechtigung* ergeben sich gegenüber der formellen Organstellung keine Unterschiede.

3. Bei Organstellung infolge Kundgabe

a) Der Umfang der Bereiche, für die eine Organhaftung infolge Kundgabe bewirkt werden kann, richtet sich konsequenterweise nach dieser Kundgabe, nach dem *Anschein* also, der gegenüber Dritten erwirkt wurde:

Im allgemeinen wird wohl der Eindruck geschaffen, dem Betreffenden komme in der Gesellschaft eine ähnliche Funktion zu wie einem formellen Organ. Die Verantwortlichkeit erstreckt sich dann – entsprechend der bei formeller Organeigenschaft – auf alles, was zur sorgfältigen Geschäftsführung gehört.

Denkbar ist aber auch, dass einem Dritten gegenüber die Zuständigkeitsbereiche klar abgegrenzt werden. Entsprechend der Verantwortlichkeit aus materieller Organstellung ist die Haftung in diesen Fällen auf die genannten Bereiche zu beschränken.

b) Aus der Kundgabe können m. E. *nur diejenigen Personen Rechte ableiten, denen diese Kundgabe zukam*: Es fehlen die Wirkungen des positiven Publizitätsprinzips, und der Vertrauensschutz begründet sich aus den konkreten Umständen im Einzelfall⁶⁰.

Entgegen OR 754 I wird daher der *Gesellschaft* in der Regel kein eigener Anspruch zukommen, da sie um den tatsächlichen Kompetenzumfang weiss und ihr gegenüber somit kein (falscher) Anschein erweckt wird⁶¹. Das Klage- und Anspruchsrecht beschränkt sich damit

⁶⁰ Die Differenzierung entspricht der zwischen der gewillkürten Stellvertretung gemäss OR 32 ff. und den institutionalisierten Vertretungsbefugnissen des – regelmässig – im Handelsregister eingetragenen Prokuristen; dazu statt vieler BUCHER (zit. Anm. 46) 568 ff.

⁶¹ Vorbehalten bleiben allfällige Regressansprüche, wenn die Gesellschaft für Handlungen solcher «Organe» einstehen muss.

m. E. auf Aktionäre und vor allem Gläubiger, die nach Vertrauensprinzip auf das Vorliegen einer Organstellung schliessen durften.

4. Zusammenfassung; Verhältnis der verschiedenen Organstellungen zueinander

a) Eine genauere Betrachtung zeigt, dass sich die verschiedenen Organstellungen im Bereich der Verantwortlichkeit wie auch im anspruchsberechtigten Personenkreis unterscheiden:

- Aus *formeller* Organstellung erwächst eine Verantwortung für den ganzen Bereich der Verwaltung und Geschäftsführung⁶², und zwar gegenüber der Gesellschaft, ihren Aktionären und Gläubigern.
- Aufgrund *materieller* Organstellung ist eine Verantwortlichkeit nur für diejenigen Bereiche anzunehmen, auf welche die Organperson tatsächlich eingewirkt hat. Anspruchsberechtigt sind wiederum die Gesellschaft, ihre Aktionäre und Gläubiger.
- Die Verantwortlichkeit aufgrund einer *Kundgabe* ist sachlich allenfalls beschränkt auf die Bereiche, für die der Eindruck der Organstellung erweckt wurde, und es sind anspruchsberechtigt nur diejenigen, die sich nach Treu und Glauben auf die Organstellung verlassen durften.

b) Damit stellt sich die Frage nach dem *Verhältnis* der unterschiedlich begründeten Organstellungen zueinander:

Nach DRUEY⁶³ schliessen sich formelle und materielle Kriterien aus. Es handle sich «um zwei verschiedene Quellen für die Umschreibung der zuständigen Personen: die «wirkliche» Organisation oder diejenige, die durch die Eintragung im Handelsregister officialisiert ist». Jede dieser Ordnungen erhebe ihrer Natur nach Anspruch auf Vollständigkeit.

Dem ist m. E. entgegenzuhalten, dass sich die formelle und die materielle Organstellung nicht auszuschliessen brauchen, sondern dass im Gegenteil die Voraussetzungen typischerweise *kumulativ* erfüllt sind: Wer Organ im formellen Sinne ist, dem kommen im Normalfall auch die entsprechenden Kompetenzen zu, und es sind umgekehrt

⁶² Soweit diese Funktionen nicht rechtmässig delegiert worden sind.

⁶³ Zit. Anm. 13, 79 f.

die mit der Verwaltung und Geschäftsführung tatsächlich betrauten Personen in der Regel auch im Handelsregister als solche aufgeführt. Nicht selten dürfte sodann auch die Nennung der tatsächlich zuständigen Personen gegenüber Dritten sein, die Verbindung materieller Organstellung mit der aus Kundgabe also.

In solchen Fällen ist – sowohl mit Bezug auf den Haftungsumfang wie auch im Hinblick auf den anspruchsberechtigten Personenkreis – jeweils die *strengere* Regel anzuwenden. So haftet das formelle Organ für die gesamte (nicht rechtmässig delegierte) Verwaltung und Geschäftsführung, nicht nur für die Gebiete, auf die es tatsächlich Einfluss genommen hat. Ebenso haftet das materiell umfassend einwirkende Organ für den gesamten Einflussbereich, auch wenn seine Kompetenzen nach aussen als beschränkt mitgeteilt worden sind⁶⁴.

V. Einzelfragen zur Abgrenzung der organschaftlichen von der nicht organschaftlichen Einwirkung

1. Das Problem

a) Soweit sich die Organstellung aus der tatsächlichen Einflussnahme herleitet – bei der *materiellen Organstellung* also –, stellen sich erhebliche Abgrenzungsprobleme:

Faktischen Einfluss auf die Geschicke einer Gesellschaft können nämlich auch Dritte haben, die vernünftigerweise nicht der Organhaftung zu unterstellen sind. Die Vorschläge eines Beraters werden allenfalls sklavisch befolgt, und ein Gläubiger ist möglicherweise nur dann bereit, der Gesellschaft in kritischer Lage beizustehen, wenn deren Geschäftsführung bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Doch wird – im Normalfall wenigstens – niemand diese *schuldvertraglichen* Partner einer AG dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht unterstellen wollen.

⁶⁴ Entgegen DRUEY (zit. Anm. 13, 80) wirkt sich daher die materielle Lehre nicht erleichternd für ein formelles Organ aus. Unrichtig daher m. E. auch nicht amtlich publizierter BGE in SAG 23 (1950/51) 184 ff., wo als haftungsmildernd berücksichtigt wurde, dass Verwaltungsräte nur pro forma tätig waren.

Es muss somit differenziert werden zwischen einer *Einflussnahme Dritter «von aussen»*, die keine Organstellung begründet, und einer *organschaftlichen Einwirkung* auf die Gesellschaft. Die Abgrenzung fällt deshalb schwer, weil keine formalen Kriterien zur Verfügung stehen und die gleichen Auswirkungen – wesentlicher tatsächlicher Einfluss auf die Gesellschaft – zur Diskussion stehen.

Am Rande sei erwähnt, dass sich eine angemessene Grenzziehung schon aus *praktischen Gründen* aufdrängt: Aktiengesellschaften würden gerade in schwieriger Lage kaum Berater und Geldgeber finden, wenn diese damit rechnen müssten, einer Organhaftung unterworfen zu werden. Eine allzu weite Ausuferung des Begriffs der materiellen Organstellung wäre damit für die Gesellschaft, ihre Aktionäre und Gläubiger kontraproduktiv.

b) Eine analoge Frage stellt sich für die Organstellung infolge *Kundgabe*: Der Anschein der Einflussnahme auf eine Gesellschaft kann für sich allein eine Organstellung noch nicht begründen. Vielmehr muss der Eindruck *organschaftlicher* Einflussnahme erweckt werden.

c) In der Folge wird zunächst negativ gefragt, welche Positionen jedenfalls keine materielle Organstellung bewirken (Ziff. 2). Anschliessend wird positiv geprüft, welche Art der Einflussnahme als organschaftlich zu betrachten ist (Ziff. 3–5).

2. Positionen, die keine materielle Organstellung bewirken

a) Negativ ist festzuhalten, dass die blossen *Beratung* und *Betreuung* eine Organstellung *nicht begründen*, ebensowenig *Rechte auf Information*, auch wenn sie noch so weit gehen.

Unhaltbar ist daher m. E. die Äusserung in einem Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern vom 23. 3. 1981⁶⁵, eine Organstellung werde begründet

«durch besonders intensive Beratung, Betreuung und Überwachung der formellen Organe im Auftrag eines Dritten».

⁶⁵ Es handelt sich um den Vorentscheid zum vorn bei Anm. 33 erwähnten Entscheid des Bundesgerichts.

Solange die formellen Organe der Gesellschaft tatsächlich selber entscheiden, führt solche Beratung, Betreuung und Überwachung nicht zur Organstellung.

b) Ungenügend ist auch – und hierin unterscheidet sich die materielle von der formellen Organstellung – die bloss *Möglichkeit* der Einflussnahme. Dies gilt m. E. unabhängig davon, ob diese Möglichkeit bloss faktisch besteht oder ob sie rechtlich verankert ist.

c) Unrichtig oder zumindest unpräzis sind nach dieser Ansicht die Ausführungen im erwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 14. 9. 1981⁶⁶. In E 5 a wird dort betont, ein Geldgeber habe aufgrund eines Beratungsvertrages «gewichtige Einflussmöglichkeiten» auf eine Gesellschaft gehabt. Insbesondere habe er sich «zu allen Verhandlungsgegenständen äussern» können. Verwaltungsratssitzungen hätten nur den Zweck gehabt, die Vertreter des Geldgebers

«über die Verhandlungsgegenstände zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zu geben, sich zu den vorgesehenen Beschlüssen zu äussern».

Daraus folgert das Bundesgericht:

«Die Vorinstanz schliesst daraus zu Recht auf eine erhebliche Einflussnahme auf die oder aktive Teilnahme an der Willensbildung und damit auf eine materielle Organstellung...»

Ein solcher Schluss war zumindest voreilig: Rechte auf Information und Meinungsäusserung und auch die Möglichkeit einer Einflussnahme schaffen für sich allein noch keineswegs eine Organstellung. Vielmehr kommt es – wie das Bundesgericht im gleichen Entscheid später selbst ausführt – auf den «tatsächlichen Einfluss» an.

Der Hauptaktionär bzw. die Obergesellschaft, die einen massgebenden Einfluss auf die Willensbildung nehmen können, aber auch der Geldgeber, der sich ein Recht auf Information und Stellungnahme ausbedungen hat, sind daher keineswegs schon per se Organe einer Gesellschaft.

d) Nicht entscheidend ist sodann die *Bezeichnung*, die für eine Person gewählt wird oder die sie sich selber zulegt⁶⁷. Dies ist insbeson-

⁶⁶ Pra. 71 (1982) 8 ff.

⁶⁷ Vgl. statt vieler OSER/SCHÖNENBERGER: Zürcher Kommentar zum OR, Allgemeiner Teil (Zürich 1929) Art. 18 N 4, wonach auch bei rechtkundigen Vertragsparteien der Wortlaut für

dere zu betonen im Hinblick auf den sogenannten *stillen oder verdeckten Verwaltungsrat*: Zwar kann eine solche Bezeichnung ein Indiz sein für die tatsächliche Machtstellung, die einer Person zukommt. Für sich allein begründet sie aber eine materielle Organstellung nicht. Dies dürfte in der – spärlichen – Literatur zur Position des stillen Verwaltungsrates allgemein anerkannt sein:

CHRISTOPH VON GREYERZ⁶⁸ geht davon aus, dass auch der nicht eingetragene Verwaltungsrat «ordnungsgemässes Mitglied der Verwaltung» ist. Daraus folgert er:

«Es kann kein Zweifel bestehen, dass auch solche Geheimräte den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsvorschriften unterstehen ...

Anders ist die Rechtslage einzig dann, wenn dem Stillen bloss ein Mitspracherecht, aber kein Stimmrecht zusteht. Er hat dann die Stellung eines Beraters und haftet einzig der Gesellschaft aus Vertrag, den Aktionären und Gläubigern indessen nicht.»⁶⁹

Nach MEIER-WEHRLI⁷⁰ haften «verdeckte» Mitglieder des Verwaltungsrates dann, wenn sie *effektiv Verwaltungsfunktionen ausüben* oder daran teilhaben. Entscheidend sollen die Funktionen und die tatsächliche Stellung einer Person innerhalb der Gesellschaft sein.

GEHRIGER⁷¹ unterstellt das faktische Organ per analogiam OR 754, wobei Merkmal der faktischen Organschaft die *tatsächliche Einflussnahme* in der Gesellschaft sein soll⁷², eine Einflussnahme, die sich aus einer Beteiligung, aus statutarischen Bestimmungen, aus Verträgen oder auch nur aus tatsächlichen Verhältnissen ergeben könne.

FORSTMOSER⁷³ erklärt, es dürfte sich rechtfertigen,

«eine Haftung gegenüber Gläubigern aus Verantwortlichkeitsrecht nur dann anzunehmen, wenn der stille Verwaltungsrat auch Organfunktionen im materiellen Sinn ausübt, wenn er also massgebend an der Willensbildung der AG teilnimmt, wenn ihm insbesondere das Stimmrecht im Verwaltungsrat zukommt».

die Auslegung nicht verbindlich zu sein braucht. Ausführlich zum Problem nun JÄGGI/GAUCH: Zürcher Kommentar zu OR 18 (Zürich 1980), insb. N 213 ff.

⁶⁸ Die Verwaltung in der privaten AG, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG (Zürich 1978) 57 ff., 67.

⁶⁹ Hervorhebung durch mich.

⁷⁰ Zit. Anm. 11, 21 ff.

⁷¹ Zit. Anm. 29, 96 f.

⁷² S. 22 ff.

⁷³ Zit. Anm. 8, N 488 ff., insb. 489.

Auch das Bundesgericht betont in seinem neuesten Entscheid⁷⁴, es komme für die Qualifizierung sogenannter stiller Verwaltungsräte auf den «tatsächlichen Einfluss der Person» an. Zu Recht wird präzisiert, dass sich dieser Einfluss nicht in einem formellen Stimmrecht auszudrücken brauche.

Anders ist die Rechtslage freilich dann, wenn sich ein stiller Verwaltungsrat gegenüber Dritten *als Mitglied der Verwaltung aus gibt*: Seine Organstellung ist dann zu bejahen, jedoch nicht als materielle, sondern als Organschaft infolge Kundgabe.

3. Einflussnahme als notwendiges, aber nicht ausreichendes Kriterium materieller Organstellung

a) Materielle Organstellung – dies steht vorab fest – kann nur durch *tatsächliche Einflussnahme* auf die Geschicke der Gesellschaft begründet werden. Ebenso steht fest, dass diese Einflussnahme nicht auf formellen Kompetenzen – etwa dem Stimmrecht in Verwaltungsrats-sitzungen – begründet zu sein braucht.

b) Andererseits ist hervorzuheben, dass *nicht jede Einflussnahme* zu einer materiellen Organstellung führt:

aa) Auszuschliessen sind vorab die Fälle, in denen jemand in *untergeordneter Position* steht, selbst wenn seine Einflussnahme tatsächlich erheblich ist. So wird der Sachbearbeiter – auch wenn er die Entscheide des Verwaltungsrates faktisch präjudiziert – keineswegs zum Organ⁷⁵.

bb) Offensichtlich ist sodann, dass *Vertragspartner* einer AG intensiv auf deren Verwaltungs- und Geschäftsführungsentscheide einwirken können. So wird vielleicht ein Darlehensgeber die Kreditgewährung an weitgehende Bedingungen knüpfen. Ebenso kann er sein Darlehen vorsorglich kündigen für den Fall, dass nicht gewisse zusätzliche Voraussetzungen erfüllt werden⁷⁶. Auch die Vertreter von Arbeitnehmern können massgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung neh-

⁷⁴ Pra. 71 (1982) 10.

⁷⁵ Dazu ausführlich DRUEY (zit. Anm. 13) 78.

⁷⁶ Vgl. etwa WILLY SCHAER: Der Bankkredit (Le Landeron 1979) 22 ff., der festhält, dass Bankkredite regelmässig einen Einfluss auf die Geschäftspolitik haben.

men, ebenso der Kreis der Kunden und selbst derjenige der Konkurrenten.

In all diesen Fällen nehmen Dritte *eigene legitime Interessen* wahr, geht es also nicht darum, die Gesellschaft und ihre Entscheidungen in einer Art zu beeinflussen, wie sie für Organe typisch ist. Die Ausdehnung der Organhaftung auf solche Fälle wäre verfehlt, und es sind die genannten Einflüsse als solche *von aussen* zu betrachten, nicht als Entscheidungen, die von Organen als einem *Teil der Gesellschaft selbst* gefällt werden. Unhaltbar ist es daher m. E., wenn der Appellationshof des Kantons Bern in einem Entscheid vom 23. 3. 1981⁷⁷ eine materielle Organstellung daraus ableitete, dass ein Dritter

«den (formell) einzigen Verwaltungsrat in wesentlichen finanziellen und administrativen Fragen beriet, sich über den Geschäftsgang informieren und in Geschäftsbücher Einblick geben liess und durch Entscheid betr. Kreditgewährung oder -nichtgewährung sogar aktiv auf die Unternehmenspolitik und damit auf die unternehmerische Willensbildung ... Einfluss nahm».

Die hier aufgeführten Tätigkeiten sind solche, die von einem ausserstehenden Dritten, dem Berater und dem Kreditgeber, typischer- und legitimerweise *in seinem eigenen Interesse und aus seiner normalen schuldvertraglichen Position heraus getätigt werden*. Die Einwirkung auf die Gesellschaft erscheint lediglich als Reflexwirkung.

Wie aber ist im einzelnen abzugrenzen? Wann nimmt etwa ein Kreditgeber (nur) seine eigenen Interessen wahr, wann wird er zum mitentscheidenden Organ? Die Frage ist in Literatur und Judikatur – soweit ersichtlich – bisher nie klar gestellt und beantwortet worden. Dagegen finden sich Ausführungen zu einem ähnlichen Problem: dem der Abgrenzung zwischen partiarischen Rechtsgeschäften – besonders dem partiarischen Darlehen – und stiller Gesellschaft⁷⁸. Lassen sich die dort verwendeten Kriterien analog anwenden?

⁷⁷ Vgl. Anm. 65.

⁷⁸ Dazu etwa WERNER VON STEIGER: Gesellschaftsrecht, in: Schweiz. Privatrecht Bd. VIII/1 (Basel/Stuttgart 1976) 311 ff., 327 f., sowie MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 2) § 1 N 48 ff. sowie § 11 N 4.

4. *Analoge Anwendung der Kriterien für die Abgrenzung des partiarischen Darlehens von der stillen Gesellschaft?*

a) Bei der Abgrenzung zwischen partiarischem Rechtsgeschäft und stiller (einfacher) Gesellschaft wird in der Regel die Auffassung vertreten, es liege so lange eine schuldvertragliche Beziehung vor, als der Borger rechtlich (wenn vielleicht auch nicht wirtschaftlich) ja oder nein sagen könne. Falls also Geldmittel unter (vielleicht sehr einschränkenden) Bedingungen gewährt werden, liegt dann noch eine schuldvertragliche Beziehung vor, wenn der Geldnehmer (rechtlich) frei ist, den Vertrag einzugehen oder nicht, und wenn ihm – im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen – der Entscheid über die Verwendung der Mittel allein zusteht⁷⁹.

b) Aus den Ausführungen zum materiellen Organbegriff ergibt sich sogleich, dass der Weg einer analogen Anwendung dieser Kriterien im Verantwortlichkeitsrecht *nicht gangbar* ist: Eine Eigenart der materiellen Organstellung ist es ja gerade, dass jemand *faktisch* entscheidend auf die Willensbildung in einer Gesellschaft Einfluss nehmen kann, obwohl er vielleicht rechtlich dazu gar keine Handhabe hat. Es muss also ein anderes oder zumindest ein zusätzliches Abgrenzungskriterium gefunden werden.

5. *Erfordernis der tatsächlichen Einflussnahme aus einer organtypischen Stellung heraus*

a) Ob eine organschaftliche oder eine nicht organschaftliche Einflussnahme auf eine Gesellschaft vorliegt, ist m. E. danach zu entscheiden, ob eine Person *in organtypischer Weise* auf die Verwaltung oder Geschäftsführung Einfluss nimmt. Dies ist näher zu erläutern:

b) Materielle Organeigenschaft ist dann anzunehmen, wenn jemand auf die Gesellschaftsentscheide so einwirkt, *wie dies üblicher- und typischerweise durch Organe im formellen Sinn geschieht*. Dazu gehört zweierlei:

⁷⁹ Vgl. neben der in Anm. 78 angeführten Literatur auch etwa HANS JOACHIM HABERMAS: Die stille Gesellschaft im deutschen und schweizerischen Recht (Diss Bern 1961) 63 f. sowie die Besprechungen von BGE 99 II 303 ff. durch KUMMER in ZBJV 111 (1975) 132 ff. und von SJZ 71 (1975) 94 ff. durch VON GREYERZ in SAG 47 (1975) 147 ff., insb. 150 f.

- Es muss sich um eine Einflussnahme auf Bereiche handeln, die zur *Verwaltung oder Geschäftsführung* gehören, die also üblicherweise dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung vorbehalten sind. Vgl. dazu lit. aa.
- Sodann muss auch die *Art der Einwirkung* organotypisch sein. Vgl. dazu lit. bb.

Ob die Voraussetzungen für eine materielle Organstellung gegeben sind, bestimmt sich nach *objektiven Gesichtspunkten*. Nicht entscheidend sind daher die persönlichen Motive des Handelnden⁸⁰, ebenso wenig dessen eigene Ansicht über seine Stellung. Anzulegen ist vielmehr der Massstab, den ein vernünftiger und korrekter, «neutraler» Dritter anlegen würde.

Dabei ist jedoch Rücksicht zu nehmen auf die Verhältnisse der *individuellen Gesellschaft*. Man wird etwa eine materielle Organfunktion eher annehmen dürfen bei einer Einmann-Gesellschaft mit rudimentär ausgebildeten Institutionen, sehr viel weniger dagegen bei einer Publikumsgesellschaft mit stark formalisierter Entscheidungsfindung.

Die Prinzipien der Objektivierung *und* Individualisierung, wie sie ARTHUR MEIER-HAYOZ in seltener Klarheit für das Vertrauensprinzip herausgearbeitet hat⁸¹, gelten somit auch hier.

aa) Einfluss muss auf Entscheidungen genommen werden, die typischerweise in die *Kompetenz eines Gesellschaftsorgans* – konkreter der Verwaltung als des Exekutivorgans – fallen. Welches der Bereich solcher Entscheidungen ist, muss nach der gesetzlichen Ordnung wie der individuellen Struktur einer AG geprüft werden, wobei zumindest die nicht delegierbaren Kompetenzen der Verwaltung dazuzuzählen sind⁸².

bb) Die Einflussnahme muss sodann in *organotypischer Art und Weise* erfolgt sein. Zur Abgrenzung ist an die eingangs (S. 126) erwähnte weitere Bedeutung des Organbegriffs als Funktionszentrum zu erinnern: Materielles Organ ist, wer eine Gesellschaft nicht bloss von aus-

⁸⁰ Dieser kann sich daher der Organhaftung nicht dadurch entziehen, dass er nachweist, seinen Einfluss nur aus seinem persönlichen Interesse als Geldgeber heraus geltend gemacht zu haben.

⁸¹ So insbesondere in der vorn Anm. 22 zitierten Publikation, S. 21 ff.

⁸² Zu diesen insbesondere FRANK VISCHER: *Verwaltung und Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG*, in: *Festschrift Schönenberger* (Freiburg i. Ue. 1968) 345 ff., insb. 354 f.; BENNO SCHULTHESS: *Funktionen der Verwaltung einer AG* (Diss Zürich 1967), insb. 74 ff.

sen beeinflusst, sondern wer an der Willensbildung der Gesellschaft teilnimmt, wie wenn er selber einem gesellschaftlichen Funktionszentrum – der Generalversammlung und insbesondere der Verwaltung – angehören würde.

Für die Begründung materieller Organstellung genügt es somit – entgegen den allgemein verwendeten Formeln⁸³ – noch nicht, dass jemand die Bildung des Verbandswillens wesentlich beeinflusst. Er muss dies vielmehr *so tun, wie wenn er Organ wäre*.

c) Für die Abgrenzung einer gesellschafts«internen» – organschaftlichen – von einer «externen» – z. B. schuldvertraglichen – Einflussnahme ist insbesondere das *Verhältnis einer Person zu den Organen im formellen Sinne* zu betrachten:

- Die materielle Organeigenschaft ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine Person *formell Verwaltungshandlungen* vornimmt. Materielles Organ ist damit insbesondere, wer an den Verwaltungsratssitzungen oder denen der Geschäftsleitung mit vollem Stimmrecht teilnimmt.
- Schwieriger ist die Abgrenzung, wenn einer Person Mitwirkungsrechte nicht formell eingeräumt worden sind. Man wird sich dann auf Indizien abstützen müssen:
 - – Indiz *für* materielle Organeigenschaft kann etwa die Bezeichnung einer Person als «stiller Verwaltungsrat» und seine Einladung zu allen Sitzungen des Verwaltungsrates sein. Indessen spricht es *gegen* die Organstellung, wenn jemand jeweils als «Gast» begrüsst wird.
 - – Aus der Einladung zu *sämtlichen* Verwaltungsratssitzungen und der Mitwirkung bei *allen* Traktanden folgt eher eine Organstellung als aus dem Beizug nur zu *einzelnen Sitzungen*⁸⁴ oder nur zu *bestimmten Fragen*⁸⁵.
 - – Verneinen wird man die Organstellung desjenigen, der nur insoweit auf die Geschicke einer Gesellschaft Einfluss nimmt, als dies nach objektiver Betrachtung zur Wahrung seiner *eigenen Interessen* nötig ist. Nicht Organ, sondern schuldvertragli-

⁸³ Dazu vorn bei Anm. 28 ff.

⁸⁴ Etwa der Budgetsitzung.

⁸⁵ Etwa solchen, welche die finanzielle Basis der Gesellschaft und damit die Stellung eines Kreditgebers betreffen.

cher Partner ist daher, wer in Verhandlungen über die Gewährung oder Fortführung von Krediten einer Gesellschaft Auflagen macht – etwa mit Bezug auf die kompetente Zusammenstellung der Geschäftsleitung, auf Informationsinstrumente und ähnliches. Dass so auferlegte Bedingungen auf eine Gesellschaft einschneidende Auswirkungen haben können, ändert daran nichts.

- - Schon gar nicht kann – offenbar entgegen der Auffassung des Bundesgerichts im Entscheid vom 14.9.1981⁸⁶ – jemand deshalb als materielles Organ betrachtet werden, weil er wegen seiner «persönlichen Überzeugungskraft» auf die Willensbildung der Verwaltung Einfluss nimmt.

d) Eine genauere Betrachtung der Judikatur und Literatur zeigt, dass die hier ausgeführten Präzisierungen – im Ansatz wenigstens – durchaus gemacht werden, wenn auch nicht immer konsequent:

Das *Bundesgericht*⁸⁷ räumt ein, es könnten

«auch gesellschaftsfremde Personen die Willensbildung einer Gesellschaft entscheidend beeinflussen, z.B. wenn Finanzinstitute ihre Kredite von einer bestimmten Finanz- und Geschäftspolitik, Berater oder andere Beauftragte der Gesellschaft ihre Leistungen von ähnlichen Voraussetzungen abhängig machen».

Dieses Verhalten lasse sich

«indes nicht mit der gesellschaftsinternen Tätigkeit von Personen vergleichen, denen rechtlich oder faktisch Organstellung zukommt; es vermag daher auch keine Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR zu begründen».

Dagegen verhalte es sich anders, wenn ein Kreditgeber an der Willensbildung einer Gesellschaft

«wie ein Organ teilnimmt».

Der Einflussnahme «von innen» – als Organ – wird somit die Einwirkung «von aussen» – als schuldvertraglicher Partner – gegenübergestellt.

In der *Literatur* hat GEHRIGER⁸⁸ eine ähnliche Einschränkung getroffen, indem er ausführt, das faktische Organ übe

⁸⁶ Pra. 71 (1982) 10 Erw. 5 a a. E.

⁸⁷ Pra. 71 (1982) 10 Erw. 5 b.

⁸⁸ Zit. Anm. 29, 15.

«Funktionen aus, die idealtypischerweise den ordentlichen Organen zustehen».

Besonders deutlich aber hat sich neuerdings DRUEY⁸⁹ geäußert:

«Auch die materielle Betrachtungsweise hat insofern einen formellen Aspekt, als die Verantwortlichkeit auf einer Einsetzung in eine Funktion basieren muss... Nur darf «formell» nicht bedeuten, dass die Funktion in einer speziellen Weise, etwa in den Statuten oder in einem Reglement, institutionalisiert sein müsste. Sie kann anderweitig aus einem Organigramm ... oder auch aus den Umständen hervorgehen.»

Im Gesetz kommt das Erfordernis eines Handelns aus einer Organstellung heraus – worauf DRUEY, a. a. O., zu Recht hinweist – dadurch zum Ausdruck, dass OR 754 voraussetzt, dass eine Person mit der Verwaltung oder Geschäftsführung «betraut» ist.

VI. Ergebnisse

Als Resultat dieser Untersuchung ist festzuhalten:

a) Gesetz, Judikatur und Literatur verwenden den Organbegriff in verschiedenen Bedeutungen – im Sinne eines Funktionsträgers schlechthin, im Sinne des Exekutivorgans und schliesslich zur Abgrenzung der nach aktienrechtlichem Verantwortlichkeitsrecht haftbaren Personen. Dabei steht entgegen der herkömmlichen Auffassung nicht unbedingt fest, dass der Organbegriff im zweiten und im dritten Sinne stets identisch sind.

b) Der Organbegriff des Verantwortlichkeitsrechts ist insofern zu ergänzen, als den beiden herkömmlichen Gruppen der formellen und der materiellen Organstellung eine dritte – die Organstellung infolge Kundgabe – hinzuzufügen ist.

c) Diese drei Untergruppen der Organstellung unterscheiden sich sowohl im Haftungsbereich als auch im Kreis der Personen, gegenüber denen eine Verantwortlichkeit begründet wird.

d) Die tatsächliche Einflussnahme auf grundsätzliche Entscheide der Gesellschaft genügt für sich allein zur Begründung einer materiellen Organstellung nicht. Vielmehr muss diese Einflussnahme aus einer organotypischen Stellung heraus erfolgen.

⁸⁹ Zit. Anm. 13, 78 f.

Peter Forstmoser

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht

Sonderdruck aus

«Freiheit und Verantwortung im Recht»

Festschrift für Professor Dr. Arthur Meier-Hayoz



Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1982