Matias Wettstein*

Das faktische Organ in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Grundlagen
  1. Organbegriff im schweizerischen Privatrecht
  2. Formelles, materielles und faktisches Organ
III. Begriff des faktischen Organs anhand der bundesgerichtlichen Formel
  1. Person
  2. Tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen
  3. Die eigentliche Geschäftsführung besorgen
  4. Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen
  5. Dauernde Befugnis, über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehende Entscheide zu treffen
  6. Selbständige und unabhängige Entscheidkompetenz
  7. In der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern
    7.1. Historische Herleitung
    7.2. Differenzierungen und kritische Würdigung
IV. Besonderheiten für faktische Organe in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR
  1. Pflichtverletzung
    1.1. Verantwortlichkeitsbereich und Pflichten der Organe
    1.2. Pflichtverletzung durch Unterlassen
    1.3. Business Judgment Rule
  2. Haftungsentlastung
    2.1. Décharge
    2.2. Haftungsbeschränkung bei befugter Delegation
V. Konkrete Fallkonstellationen: Qualifikation potenzieller faktischer Organe in konkreten Situationen
  1. Buchhalter – BGer, Urteil 4A_62/2024
  2. Prokuristen
    2.1. BGE 117 II 432
    2.2. BGer, Urteil 9C_27/2017
  3. Muttergesellschaft und ihre Vertreter
    3.1. Allgemeine Anmerkungen
    3.2. Vertreter der Muttergesellschaft als faktisches Organ – BGE 128 III 92
  4. Kreditgeber
    4.1. Allgemeine Anmerkungen
    4.2. BGE 136 III 14
  5. Ungültig gewähltes Verwaltungsratsmitglied oder ungültig mit der Geschäftsführung betrautes Geschäftsleitungsmitglied
VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz verfolgt zwei Ziele: Erstens sollen anhand einer kritischen Untersuchung der bundesgerichtlichen Formel die Voraussetzungen einer faktischen Organschaft herausgearbeitet werden. Zweitens sollen die Folgen der Qualifikation einer Person als faktisches Organ für die Anspruchsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage dargestellt werden. Die Ausführungen zu diesen Zielen werden durch die Beurteilung konkreter Fallkonstellationen greifbar gemacht. Dabei wird ausschliesslich das faktische Organ im Rahmen der Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung nach Art. 754 OR behandelt. Insbesondere die Liquidationshaftung[1] und die Revisionshaftung bzw. die Haftung der faktischen Revisionsstelle[2] werden im Folgenden ausgeklammert.

Im Teil II. werden die theoretischen Grundlagen zur Rechtsfigur des faktischen Organs erarbeitet. Im Teil III. werden anhand einer kritischen Analyse der bundesgerichtlichen Formel die Voraussetzungen einer faktischen Organschaft konkretisiert. Anschliessend wird im Teil IV. das faktische Organ in das System der Anspruchsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage eingeordnet. Dabei wird untersucht, welche Folgen das Vorliegen einer faktischen Organschaft auf die Anspruchsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage hat. Anders formuliert behandelt dieser Teil des Aufsatzes die Unterschiede, die sich in einem Verantwortlichkeitsprozess daraus ergeben, dass eine passivlegitimierte Person als faktisches Organ statt als formelles oder ma-

* Matias Wettstein, MLaw, Substitut bei Bär & Karrer AG, Zürich. Der vorliegende Aufsatz basiert auf der Masterarbeit des Autors an der Universität Zürich bei Herrn Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt. Der Autor bedankt sich herzlich bei Herrn Vogt für die anregenden Gespräche, bei Herrn Dr. Patrick Schmidt für das Lektorat und die hilfreichen Hinweise und bei Frau Tess Hannemann, stud. iur., für die wertvolle Unterstützung bei der formalen Überarbeitung.

1 S. hierzu Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 108 f. m.w.H.

2 S. hierzu BSK Revisionsrecht-Bertschinger, Art. 755 OR N 24 ff.

terielles Organ zu qualifizieren ist. Im Teil V. wird unter Bezugnahme auf das in Teil III. erarbeitete Fundament untersucht, ob eine bestimmte Person in der konkreten Situation als faktisches Organ zu qualifizieren ist. Der letzte Teil VI. fasst die zentralen Erkenntnisse zusammen.

II. Grundlagen

1. Organbegriff im schweizerischen Privatrecht

Im schweizerischen Privatrecht ist der Begriff «Organ» an verschiedenen Stellen zu finden, eine Legaldefinition fehlt jedoch.[3] Der Organbegriff wird in der Lehre unterschiedlich gegliedert; die wohl gängigste Gliederung ist eine Dreiteilung in den organisations-, vertretungs- und verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriff.[4]

Der organisationsrechtliche Organbegriff umfasst ein Organ als Funktionszentrum, d.h. als Funktionsträger, der bestimmte Aufgaben und Funktionen wahrzunehmen hat.[5] Er erfasst bei der Aktiengesellschaft den Verwaltungsrat, die Generalversammlung und die Revisionsstelle sowie fakultative Organe (z.B. die Geschäftsleitung), wobei immer das Gremium und nicht ein einzelnes Mitglied des Gremiums gemeint ist.[6]

Der vertretungsrechtliche Organbegriff erfasst die Personen und Gremien, die die juristische Person gegen aussen vertreten und durch ihr Verhalten unmittelbar verpflichten.[7] Gemeint sind die Organe, die gem. Art. 55 Abs. 2 ZGB die juristische Person durch den Abschluss von Rechtsgeschäften und durch ihr sonstiges Verhalten verpflichten.[8]

Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff wird für die Personen verwendet, die gestützt auf Verantwortlichkeitsbestimmungen persönlich für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die juristische Person haften.[9] Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff erfasst immer die handelnden Personen, nicht Gremien.[10]

Der vertretungsrechtliche und der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff erfüllen unterschiedliche Funktionen: Der vertretungsrechtliche Organbegriff ist auf die Begründung der Haftung der Gesellschaft für das Handeln des Organs gerichtet, der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff auf die Haftung des Organs selbst.[11]

Wenn hiernach in diesem Aufsatz der Begriff «Organ» verwendet wird, ist stets ein Organ im Sinne des verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriffs gemeint, sofern nicht ausdrücklich auf einen anderen Organbegriff Bezug genommen wird.

2. Formelles, materielles und faktisches Organ

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind neben den Mitgliedern des Verwaltungsrats auch «alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen» der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und Gläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Das Verantwortlichkeitsrecht geht von einem funktionalen Organbegriff aus,[12] der durch die Formulierung «mit der Geschäftsführung befasst» zum Ausdruck gebracht wird.[13]

Die Organe in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit lassen sich in formelle, materielle und faktische Organe

---

3 Rolf Ditesheim, La représentation de la société anonyme, Par ses organes ordinaires, fondés de procuration et mandataires commerciaux, Diss. Lausanne, Bern 2001, 70 (= ASR 647); Haftpflichtkommentar-Luterbacher, Vorbemerkungen zu Art. 754–760 OR N 2; Meinrad Vetter, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen, Zürich 2007, 3; Michael Wyttenbach, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Diss. Basel 2012, 2 (= BSTR A108).

4 S. Peter Forstmoser, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Forstmoser/Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 126 f.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 19 N 2 ff.; Vito Roberto/Valentin Jentsch, Praxishandbuch Verantwortlichkeitsrecht, Bern 2025, 29; Nina Sauerwein, La responsabilité de la société mère: Panorama des moyens de protection des actionnaires minoritaires et des créanciers de sociétés dominées, Diss. Genf, Bern 2006, 15 (= ASR 721); Vetter (FN 3), 4.

5 Wyttenbach (FN 3), 18.

6 Vetter (FN 3), 5 f.; Wyttenbach (FN 3), 18 ff.; s.a. Alexander Vogel, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss. St. Gallen 1997, 256 f. (= SSPHW 51).

7 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 19 N 6; Vetter (FN 3), 6 ff.; Vogel (FN 6), 257; Wyttenbach (FN 3), 21.

8 Stefan Hasenböhler, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2003, 18; Wyttenbach (FN 3), 21; vgl. betreffend die Aktiengesellschaft auch Art. 722 OR.

9 Vetter (FN 3), 9.

10 Wyttenbach (FN 3), 23; s.a. BGer, Urteil 7B.166/2000, E. 7a/cc; Bärtschi (FN 1), 93; ZK-Bühler, Art. 707 OR N 14; Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, 6; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 36 N 5; Hasenböhler (FN 8), 17; Vetter (FN 3), 10.

11 Sauerwein (FN 4), 19; Vetter (FN 3), 9.

12 Stefan Knobloch, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Unter besonderer Berücksichtigung der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2006, 165 (= SSHW 252); Roberto/Jentsch (FN 4), 29 f.; s.a. Forstmoser (FN 10), 657; Vetter (FN 3), 16, die von einem «funktionellen» Organbegriff sprechen.

13 BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 5; Knobloch (FN 12), 165 FN 728; vgl. auch BBl 1983 II 745 ff., 935.

unterteilen.[14] Diese Unterteilung ist m.E. schlüssig und notwendig, wie in diesem Aufsatz noch näher erläutert wird. Allerdings vermengen das Bundesgericht[15] und Teile der Lehre[16] gelegentlich den materiellen und den faktischen Organbegriff.

Weiter wird in der Lehre ein «Organ infolge Kundgabe» diskutiert.[17] Ein «Organ infolge Kundgabe» ist eine Person, die nach aussen den Eindruck erweckt, in einer Gesellschaft eine Organstellung innezuhaben, ohne tatsächlich mit Organaufgaben betraut zu sein oder Organaufgaben wahrzunehmen.[18] Ein «Organ infolge Kundgabe» ist kein Organ im Sinne des verantwortlichkeitsrechtlichen Organbegriffs, weil es definitionsgemäss nicht mit der Geschäftsführung betraut oder befasst ist.[19] Die Bestimmungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sind auf das «Organ infolge Kundgabe» daher höchstens analog anwendbar.[20] Das «Organ infolge Kundgabe» wird in diesem Aufsatz nicht weiter behandelt.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden – als von der Generalversammlung gewählte (und damit «bestellte») Personen – im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit als formelle Organe bezeichnet, unabhängig davon, ob sie im Handelsregister eingetragen sind.[21] Die Organstellung des formellen Organs entsteht durch die Wahl, während sein Verantwortlichkeitsbereich[22] durch das Gesetz begründet wird.[23]

Zu den «mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen» i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR zählen materielle und faktische Organe.[24] Materielle Organe sind Personen, die mit der Geschäftsführung «betraut» wurden, ohne als Verwaltungsratsmitglieder gewählt (und damit als solche «bestellt») zu sein.[25] Nach Art. 716b Abs. 1 OR kann der Verwaltungsrat die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder teilweise an Dritte übertragen, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen; durch eine solche Übertragung der Geschäftsführung vom Verwaltungsrat an eine Drittperson wird diese mit der Geschäftsführung «betraut» und dadurch zum materiellen Organ.[26] Typische Beispiele materieller Organe sind CEOs, CFOs und weitere Personen der Geschäfts-

---

14 BGE 146 III 37 E. 6.1; BBl 1983 II 745 ff., 935; Bärtschi (FN 1), 95; Karin Beyeler, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2004, 262 (= SSHW 234); Lukas Glanzmann, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, 22; Claudia Götz Staehelin/Simone Stebler, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 4/2009, 479 ff., 481; Hasenböhler (FN 8), 19; Christina Lips-Rauber, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005, 144 (= SSHW 241); Sauerwein (FN 4), 22; Stefan Schmidtmadel, Das Verhältnis von Exekutivorganmitgliedschaft und Anstellung im schweizerischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, Diss. Basel 2013, 197 (= BSTR A110); Vetter (FN 3), 17; Wyttenbach (FN 3), 24 f.; den Begriff des «materiellen Organs» ablehnend und statt dieser Dreiteilung eine Zweiteilung in «bestellte» oder «statutarische» und faktische Organe befürwortend: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022, § 16 N 33; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 21 N 1840 ff.; wohl auch Ditesheim (FN 3), 74; Haftpflichtkommentar-Luterbacher, Art. 754 OR N 6; Robert Paul Peyrot, Informationspflichten der Konzernobergesellschaft gegenüber der Konzernuntergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bamberg 2003, 106 FN 403; den Begriff des «faktischen Organs» ablehnend und eine Zweiteilung in formelle und materielle Organe befürwortend: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 3 f.; Andreas Hünerwadel, Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Hauptaktionärs beim Kontrollverkauf einer privaten Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1995, 93 f. (= SSHW 162); Peter V. Kunz, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzungen sowie Folgen im Aktienrecht, in: Kunz/Jörg/Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 175; Thomas Sauber, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder, Diss. Zürich 1987, 31; eine Unterteilung in «Verwaltungsrat», «formelles Organ» (was nach Terminologie dieses Aufsatzes materielle Organe wären) und «faktisches Organ» vornehmend: Sebastian Reichle/Bernhard Stehle, in: Gauch/Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2023), 11. Aufl., Zürich/Genf 2025, Art. 754 N 1 ff.; die Existenz eines materiellen Organs gänzlich ablehnend, weil eine Übertragung von Organaufgaben bzw. eine formelle Ernennung nicht ausreiche und dem Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR entsprechend eine Befassung notwendig sei für die Passivlegitimation: KUKO OR II-Lehmann, Art. 754 N 10.

15 Am deutlichsten ist die Vermengung in BGer, Urteil 4A_147/2014, E. 6.2, wo es heisst: «Die aktienrechtliche Haftung nach Art. 754 OR erfasst nicht nur die formellen Organe sondern auch die materiellen (faktischen) Organe.»; s. hierzu auch Böckli (FN 14), § 16 N 33 FN 115; von der Crone (FN 14), § 21 N 1843 FN 50.

16 S. FN 14.

17 Statt vieler: Vetter (FN 3), 22 ff.

18 BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 8; Vetter (FN 3), 23.

19 OFK OR-Amstutz/Gohari, Art. 754 N 48; Bärtschi (FN 1), 104; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 8; Haftpflichtkommentar-Luterbacher, Art. 754 OR N 15; Roberto/Jentsch (FN 4), 49, 64; Vetter (FN 3), 79; angedeutet, auch ein Organ infolge Kundgabe könne faktisches Organ sein: BGE 117 II 570 E. 3; der Ansicht, das Organ infolge Kundgabe könne ausnahmsweise nach Art. 754 Abs. 1 OR für eine Unterlassung haften: Wyttenbach (FN 3), 323 f., 353; der Ansicht, bei Kundgabe gegenüber Dritten könne aus dem Vertrauensgrundsatz auf die «materielle Organstellung» (gemeint ist nach Terminologie dieses Aufsatzes die faktische Organstellung) geschlossen werden, selbst wenn das Verhalten im Innenverhältnis nicht organtypisch sei: Peter R. Isler, Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners?, in: von der Crone/Forstmoser/Weber/Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl, Zürich 2004, 293 f.

20 Bärtschi (FN 1), 104; Hasenböhler (FN 8), 27; Vetter (FN 3), 24 f., 79; s.a. Vogel (FN 6), 340.

21 Bärtschi (FN 1), 97; Beyeler (FN 14), 263; Forstmoser (FN 10), 681; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 4; Hasenböhler (FN 8), 19; Alexander Nikitine, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007, 81 (= SSHW 266); Roberto/Jentsch (FN 4), 35; Vetter (FN 3), 61 ff.; Marco Villa, Organes de fait et organes apparents, in: Imsand (Hrsg.), La responsabilité civile dans l'entreprise, Lausanne 2004, 81 f.; Vogel (FN 6), 263; Wyttenbach (FN 3), 24 f.

22 S. zum Begriff des Verantwortlichkeitsbereichs: Ziff. IV.1.1.

23 S. Vogel (FN 6), 264.

24 CHK OR-Binder/Roberto, Art. 754 N 2.

25 S. BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 5; Glanzmann (FN 14), 23; Vogel (FN 6), 263 f.

26 Bärtschi (FN 1), 99 f.; Beyeler (FN 14), 263; Hasenböhler (FN 8), 24; Sauerwein (FN 4), 21; Vetter (FN 3), 67.

leitung, an die die Geschäftsführung delegiert ist.[27] Die Organstellung und der Verantwortlichkeitsbereich des materiellen Organs entstehen durch die Delegation, wobei der Verantwortlichkeitsbereich durch den Umfang der Delegation beschränkt wird.[28] Diese Beschränkung des Verantwortlichkeitsbereichs ist ein zentraler Unterschied zwischen dem materiellen und dem formellen Organ. Das materielle Organ haftet für die Pflichtverletzungen im ihm übertragenen Bereich der Geschäftsführung, auch wenn es die ihm eingeräumten Kompetenzen nicht wahrgenommen hat.[29]

III. Begriff des faktischen Organs anhand der bundesgerichtlichen Formel

In den Worten des Bundesgerichts sind faktische Organe «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen», ohne als Verwaltungsratsmitglied gewählt oder mit der Geschäftsführung betraut zu sein.[30] Dabei muss die Person die dauernde Befugnis haben, über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehende Entscheide zu treffen, ihre Entscheidungskompetenz muss selbständig und unabhängig erscheinen und sie muss in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern.[31] Während der erste, zitierte Teil den Kern der bundesgerichtlichen Formel darstellt, der grundsätzlich in jedem Bundesgerichtsurteil zur faktischen Organschaft vorkommt, kommen die Elemente des zweiten Teils nur gelegentlich vor und nicht immer im exakt gleichen Wortlaut. In der Lehre werden die Voraussetzungen für die faktische Organschaft teilweise damit zusammengefasst, dass sich die betreffende Person «organtypisch»[32] verhalten müsse.[33]

Die bundesgerichtliche Formel enthält die folgenden Elemente, die in diesem Teil des Aufsatzes genauer zu beleuchten sind:

(1) Person,
(2) tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen,
(3) die eigentliche Geschäftsführung besorgen,
(4) die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen,
(5) die dauernde Befugnis haben, über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehende Entscheide zu treffen,
(6) selbständige und unabhängige Entscheidungskompetenz und
(7) in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern.

Direkte Anwendung findet die bundesgerichtliche Formel m.E. nur auf faktische Organe, nicht auch auf formelle oder materielle Organe.[34] Zwar werden auch diese regelmässig alle Elemente der bundesgerichtlichen Formel erfüllen,[35] jedoch müssen sie das nicht, um in einer Verantwortlichkeitsklage passivlegitimiert zu sein. Das formelle Organ ist nämlich kraft Wahl in den Verwaltungsrat passivlegitimiert, das materielle Organ kraft rechtsgültiger Übertragung der Geschäftsführung.[36] Das sind sie kraft Anordnung des objektiven Rechts und bleiben es auch, selbst wenn sie nicht alle Elemente der bundesgerichtlichen Formel erfüllen sollten, etwa wenn sie sich gar nie mit der Geschäftsführung befasst haben.[37] In Bezug auf materielle Organe ist die bundesgerichtliche Formel m.E. insofern (zumindest indirekt) anwendbar, dass die ihnen übertragenen Aufgaben und Befugnisse die in der Formel beschriebene Qualität aufweisen müssen. Anders formuliert kann eine Person nur materielles Organ sein, wenn die ihr übertragenen Aufgaben und Befugnisse eine solche Qualität aufweisen, dass eine an-

---

27 Hasenböhler (FN 8), 24; Vetter (FN 3), 67.

28 S. BGer, Urteil 9C_920/2014, E. 2.2.1.

29 Bärtschi (FN 1), 100; Knobloch (FN 12), 177; Vogel (FN 6), 302; vgl. auch BGer H 320/01 vom 8. Oktober 2003, E. 6.2; OFK OR-Amstutz/Gohari, Art. 754 N 42; Sauerwein (FN 4), 30.

30 BGE 146 III 37 E. 6.1; 132 III 523 E. 4.5; 128 III 92 E. 3a; 128 III 29 E. 3a; 117 II 570 E. 3; 117 II 432 E. 2b; 114 V 213 E. 3; 114 V 78 E. 3 (ohne «und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen»); 107 II 349 E. 5a; BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1; 4A_133/2021, E. 7.1; 4A_294/2020, E. 3.1; 4A_268/2018, E. 5; 4A_603/2014, E. 4.2.3; 4A_147/2014, E. 6.2; 4A_474/2011, E. 3.4; 9C_317/2011, E. 4.1.1; 4A_306/2009, E. 7.1.1; H 320/01, E. 6.2; H 215/02, E. 3.3.2.

31 BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 29 E. 3a; BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1; 4A_133/2021, E. 7.1; 4A_306/2009, E. 7.1.1.

32 Den Begriff «organtypisch» ablehnend, weil er zu keiner zusätzlichen Klarheit führe: Simon Lang, Die faktische Organschaft, Unter Berücksichtigung von Besonderheiten bei der Sanierung, GesKR 1/2019, 111 ff., 112.

33 Böckli (FN 14), § 16 N 38; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 7; s.a. Vogel (FN 6), 304 ff.; vgl. auch BGer, Urteil 4A_268/2018, E. 5, wo das Bundesgericht das Wahrnehmen von «organtypischen Funktionen» als Kern des Begriffsverständnisses von faktischen Organen bezeichnet.

34 In Bezug auf formelle Organe gleicher Ansicht: BGer, Urteil 9C_88/2023, E. 4.3.1; in Bezug auf materielle Organe a.A.: Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone, Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vizedirektor einer Aktiengesellschaft, SZW 2002, 260 ff., 263.

35 Vgl. Peter V. Kunz, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Darstellung der Rechtslage unter bisherigem und revidiertem Aktienrecht, Diss. Bern 1993, 173 (= BBSW 7).

36 S. Ziff. II.2.

37 S. zum formellen Organ: BGer, Urteil 9C_27/2017, E. 4.1; 9C_920/2014, E. 2.2.1; Bärtschi (FN 1), 97; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 3; Andrew M. Garbarski, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Diss. Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2006, 25 f. (= SSHW 247); BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 4; Hünerwadel (FN 14), 94; Jürg Koeferli, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Überschuldung und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1994, 181 f. (= SSHW 158); Haftpflichtkommentar-Luterbacher, Art. 754 OR N 6; Roberto/Jentsch (FN 4), 35; s. zum materiellen Organ: Bärtschi (FN 1), 100; Knobloch (FN 12), 177; Vogel (FN 6), 302; vgl. auch BGer H 320/01 vom 8. Oktober 2003, E. 6.2; OFK OR-Amstutz/Gohari, Art. 754 N 42; Sauerwein (FN 4), 30.

dere Person, die diese usurpiert, als faktisches Organ zu qualifizieren wäre.[38]

1. Person

Von Büren und einige Autoren von Werken aus dem 20. Jahrhundert vertreten die Ansicht, dass nur natürliche Personen faktische Organe sein können.[39] Dies begründen sie einerseits damit, dass gem. Art. 707 Abs. 3 OR nur natürliche Personen in den Verwaltungsrat gewählt werden können und deshalb auch nur natürliche Personen nach Art. 754 OR haften sollen.[40] Andererseits argumentieren sie, dass juristische Personen nicht selbst handeln können und für die Handlungen der für sie tätigen Personen ohnehin aus Organhaftung (Art. 55 ZGB oder Art. 722 OR) oder Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) haften.[41]

Faktische Organe können nach richtiger Ansicht jedoch sowohl natürliche als auch juristische Personen sein.[42] Die juristische Person muss zwar ihre Handlungen durch eine natürliche Person vornehmen lassen, jedoch hindert das ihre Qualifikation als faktisches Organ nicht.[43] Auch dass die juristische Person aufgrund der Zurechnung der Handlungen der natürlichen Person, die als vertretungsrechtliches Organ[44] (Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722 OR) oder als Hilfsperson (Art. 55 Abs. 1 bzw. 101 Abs. 1 OR) für diese juristische Person handelt, ohnehin für die Handlungen der natürlichen Person haftet, macht die Qualifikation der juristischen Person als faktisches Organ nicht obsolet. Die Qualifikation der juristischen Person selbst als faktisches Organ führt nämlich dazu, dass auch bei einem Wechsel der für die juristische Person handelnden natürlichen Person weiterhin eine Garantenstellung der juristischen Person besteht.[45] Die Garantenstellung ist, wie noch zu zeigen ist, entscheidend für die Haftung des faktischen Organs für Unterlassungen.[46] Zudem führt die Qualifikation der juristischen Person selbst als faktisches Organ dazu, dass sie auch dann haften kann, wenn das Verhalten der für sie handelnden natürlichen Person nicht widerrechtlich i.S.v. Art. 41 OR ist.[47] Auch Art. 707 Abs. 3 OR, wonach juristische Personen nicht in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft gewählt werden können, hindert die Qualifikation einer juristischen Person als faktisches Organ nicht; der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff folgt einer funktionalen Betrachtungsweise und knüpft nicht an die Wählbarkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsratsmitglieds an.[48]

2. Tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen

Zu beleuchten ist zuerst, was unter «tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide» zu verstehen ist. Danach ist zu definieren, was damit gemeint ist, diese Entscheide zu «treffen».

Gemeint sind mit «tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide» solche Entscheide, die gem. der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung einem formellen Organ vorbehalten wären.[49] Das Treffen von Entscheiden im Rahmen der unentziehbaren und nicht übertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gem. Art. 716a Abs. 1 OR erfüllt dieses Kriterium eindeutig.[50] Aber auch das Treffen von anderen Entscheiden, die nicht mehr zur Routine des Alltagsgeschäfts gehören, sondern von unternehmerischer Bedeutung sind, ist nach der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung einem formellen Organ vorbehalten.[51]

Die Frage, wann eine Person eine tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheidung «trifft», bezieht sich auf die nötige Intensität der Einflussnahme.[52] Die Mithilfe bei der Entscheidfassung ist nicht ausreichend für die Begründung einer faktischen Organschaft.[53] Die Begren-

---

38 Wohl der gleichen Meinung: Bärtschi (FN 1), 100; Knobloch (FN 12), 168; Vogel (FN 6), 286.

39 Max Albers-Schönberg, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, 168 ff. (= SSHW 44); Pierre-Olivier Gehriger, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen, Diss. St. Gallen, Zürich 1979, 105 ff. (= SSHW 34); Roland von Büren, SPR VIII/6, 208; Andreas von Planta, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981, 87 (= BSTR A3).

40 Gehriger (FN 39), 105 ff.; von Büren (FN 39), 208; von Planta (FN 39), 87.

41 Albers-Schönberg (FN 39), 171; Gehriger (FN 39), 107; von Büren (FN 39), 208 f.; von Planta (FN 39), 87.

42 BGE 132 III 523 E. 4.5; BGer, Urteil 4A_294/2020, E. 3.1; 4A_306/2009, E. 7.1.1; Bärtschi (FN 1), 93; Böckli (FN 14), § 16 N 41; Lukas Fahrländer, Konzerndeliktsrecht, Grundlinien einer deliktischen Aussenhaftung von Konzernmuttergesellschaften für Handlungen ihrer Tochtergesellschaften, Habil. Zürich 2024, 184; Forstmoser (FN 10), 727; Isler (FN 19), 291 f.; Knobloch (FN 12), 192; Kunz (FN 14), 178; Lips-Rauber (FN 14), 145; Haftpflichtkommentar-Luterbacher, Art. 754 OR N 9; Henry Peter, La responsabilité de – et par – l'organe de fait, in: Chappuis/Peter/von Planta (Hrsg.), Responsabilité de l'actionnaire majoritaire, Zürich 2000, 29 ff., 38; Vetter (FN 3), 200; Meinrad Vetter/Roman S. Gutzwiller, Faktische Organschaft im Konzern – Ein kurzer Überblick, GesKR 2/2010, 224 ff., 225; Villa (FN 21), 90.

43 Vetter (FN 3), 201.

44 S. zum vertretungsrechtlichen Organbegriff: Ziff. II.1.

45 Vetter (FN 3), 201 f.; s.a. Peyrot (FN 14), 108 f.

46 S. Ziff. IV.1.2.

47 Forstmoser (FN 10), 715; Lukas Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Diss. Basel, Zürich 1994, 329.

48 Handschin (FN 47), 323; Vetter (FN 3), 200 f.; Wyttenbach (FN 3), 302 f.; s.a. Beyeler (FN 14), 274 f.

49 BGer, Urteil 4A_268/2018, E. 5; Lang (FN 32), 113.

50 S. Isler (FN 19), 293; Knobloch (FN 12), 169.

51 Vgl. BGE 117 II 432 E. 2b; Knobloch (FN 12), 173.

52 S. Lang (FN 32), 113.

53 BGE 128 III 29 E. 3a; 117 II 570 E. 3; BGer, Urteil 4A_306/2009, E. 7.1.1; Beyeler (FN 14), 266; CR CO II-Corboz/Aubry Girardin/Canapa, Art. 754 N 11; Garbarski (FN 37), 29; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 7; Glanzmann (FN 14), 24; Hasenböhler (FN 8), 26; Haftpflichtkommentar-Luterbacher, Art. 754 OR N 10; Villa (FN 21), 88.

zung der faktischen Organschaft auf Situationen, in denen die betreffende Person anstelle der formellen oder materiellen Organe handelt, wäre jedoch auch zu eng – vielmehr muss auch die Einwirkung mit genügender Intensität auf die Entscheidung eines formellen oder materiellen Organs eine faktische Organschaft begründen.[54] Was die genügende Intensität der Einwirkung genau ist, lässt sich kaum abstrakt und unabhängig von einem konkreten Einzelfall festlegen. Nach Knobloch muss ein äusserst strenger Massstab anwendbar sein auf die nötige Intensität der Einwirkung; das Standhalten gegen die Einwirkung müsse objektiv als unzumutbar erscheinen.[55] Zwar reicht die Mit*hilfe* bei der Entscheidfassung nicht aus für eine Organstellung, eine Mit*entscheidungskompetenz* jedoch schon. Schliesslich haftet auch ein Verwaltungsratsmitglied für Entscheide, die nur im Gremium getroffen werden können (vgl. Art. 716a OR), und eine Andersbehandlung von faktischen Organen wäre in diesem Zusammenhang nicht zu rechtfertigen.[56] Dementsprechend kann eine Person auch dann als faktisches Organ qualifiziert werden, wenn sie zwar nicht allein tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide trifft, jedoch eine Stimme in einem Gremium hat, das solche Entscheide trifft.[57]

3. Die eigentliche Geschäftsführung besorgen

Das Besorgen der eigentlichen Geschäftsführung ist eine alternative Voraussetzung zum Treffen von tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheiden. Eine Person muss nur eine der beiden Varianten erfüllen, damit sie als faktisches Organ qualifiziert werden kann.[58]

Der Begriff «Geschäftsführung» bezeichnet das Übernehmen von Aufgaben mit massgeblicher unternehmerischer Bedeutung, die für die Gesellschaft möglicherweise schicksalsbestimmende Auswirkungen haben. Entscheidend dafür, ob eine Person die Geschäftsführung einer Gesellschaft besorgt, ist dementsprechend, welche potenziellen Auswirkungen ihre Handlungen für die Gesellschaft haben.[59]

Grundsätzlich erfasst die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nur die oberste Schicht der Hierarchie, die oberste Leitung einer Gesellschaft.[60] Auch Personen auf hierarchisch niedrigeren Stufen treffen zwar gelegentlich gewisse Entscheidungen oder wirken bei Entscheidungen von weitreichender Bedeutung mit; das macht sie jedoch nicht automatisch zu faktischen Organen.[61] Nötig wäre dafür, dass sie *unternehmensleitende* Entscheidungen *selbst* treffen,[62] d.h. die eigentliche Geschäftsführung besorgen oder tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen.

Auch Drittpersonen wie Vertragspartner der Gesellschaft können auf die Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft Einfluss nehmen und die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen. Wenn sie das lediglich zur Wahrnehmung eigener legitimer Interessen tun, kann nicht vom «Treffen von tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheiden» oder vom «Besorgen der eigentlichen Geschäftsführung» gesprochen werden; eine Ausdehnung der faktischen Organschaft auf solche Fälle wäre verfehlt.[63] Die typische Einflussnahme gesellschaftsfremder Personen, etwa von Vertragspartnern, gleicht nicht der gesellschaftsinternen Tätigkeit von faktischen Organen und begründet deshalb auch keine Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 754 OR.[64]

Für die Begründung der faktischen Organschaft ist erforderlich, dass die betreffende Person tatsächlich Geschäftsführungsaufgaben übernommen hat; die blosse Möglichkeit, diese wahrzunehmen, reicht nicht aus.[65] Das wird in der bundesgerichtlichen Formel dadurch deutlich, dass die betreffende Person die Geschäftsführung «besorgen» müsse. Würde die Möglichkeit dazu ausreichen, müsste die Formulierung lauten: «Personen, die […] die eigentliche Geschäftsführung besorgen *können*».

4. Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen

Sprachlich unklar ist, ob sich das Tatbestandselement der «Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» nur auf «die eigentliche Geschäftsführung

---

54 Lang (FN 32), 113 f.

55 Knobloch (FN 12), 203 f.

56 Knobloch (FN 12), 202 f.; vgl. auch Forstmoser (FN 10), 659.

57 Vgl. Knobloch (FN 12), 202 f.

58 S. Kunz (FN 14), 181.

59 Vetter (FN 3), 115; s.a. BGE 117 II 432 E. 2b, in dem es heisst: «[…], dass Geschäftsführung im Sinne von […] Art. 754 Abs. 1 OR dann gegeben ist, wenn eine Person Geschäfte abwickelt und Entscheide trifft, welche nicht mehr zur Routine des Alltagsgeschäfts gehören, sondern von unternehmerischer Bedeutung sind, d.h. sich spürbar auf den Status der Bank auswirken»; vgl. auch BBl 1983 II 745 ff., 922: «Geschäftsführer ist, wer diese Funktion tatsächlich ausübt, d.h. wer auf der Kommandobrücke der Gesellschaft steht».

60 BGE 117 II 570 E. 3; s.a. Vetter (FN 3), 116.

61 S. Villa (FN 21), 88 f.

62 S. Forstmoser (FN 10), 659.

63 BGE 136 III 14 E. 2.4; 107 II 349 E. 5b; Forstmoser (FN 4), 140 f.; Forstmoser (FN 10), 662; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 7; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 9; Isler (FN 19), 292 f.; der a.A., entscheidend sei die Auswirkung auf die betroffene AG, nicht, ob das potenzielle faktische Organ eigene legitime Interessen wahrnimmt: Kunz (FN 14), 180; das Wahrnehmen eigener Interessen als Abgrenzungskriterium ebenfalls ablehnend: Vogel (FN 6), 307.

64 BGE 107 II 349 E. 5b; Catherine Chammartin/Hans Caspar von der Crone, Der Déchargebeschluss, SZW 2005, 329 ff., 333; s.a. Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 14 N 36; vgl. jedoch dazu, dass insbesondere Kreditgeber unter gewissen Umständen auch als faktische Organe qualifiziert werden können: Ziff. V.4.

65 BGer, Urteil 4A_294/2020, E. 3.2 f.; Knobloch (FN 12), 212; Sauber (FN 14), 91; Vetter (FN 3), 135.

besorgen» oder auch auf «tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen» bezieht.

Inhaltlich unklar ist sodann, ob dem Element «die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt. Nach Vetter ist die Geschäftsführung wie folgt zu definieren: «Die Geschäftsführung gemäss Art. 754 Abs. 1 OR ist die selbständige und eigenverantwortliche Ausübung von massgebenden internen Tätigkeiten und externen Verpflichtungen, die den Willen der Aktiengesellschaft bilden und damit unmittelbar zur Realisierung des Gesellschaftszweckes beitragen.»[66] Nach dieser Definition enthält die Geschäftsführung i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR bereits das Bilden des Willens der Aktiengesellschaft. Vetter geht daher implizit davon aus, dass dem Element «die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» keine eigenständige Bedeutung zukommt, weil die Willensbildung der Aktiengesellschaft bereits Teil des Elements der «Besorgung der Geschäftsführung» ist. Nach Kunz beschreibt das Kriterium der «massgeblichen» Einflussnahme auf die Willensbildung die nötige Intensität des Einflusses auf die Gesellschaft.[67] Das Kriterium der nötigen Intensität ist m.E. jedoch bereits in der Wortwahl der beiden Elemente «tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheidungen zu *treffen*» bzw. «die eigentliche Geschäftsführung zu *besorgen*» enthalten.

Es ist nicht ersichtlich, welchen zusätzlichen Gehalt die bundesgerichtliche Formel durch das Element «die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflussen» erhält. Es ist nicht vorstellbar, dass eine Person entweder tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt, ohne so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen.

5. Dauernde Befugnis, über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehende Entscheide zu treffen

In BGE 117 II 432 bejahte das Bundesgericht die faktische Organstellung einer Prokuristin noch wegen einzelner organtypischer Handlungen.[68] In BGE 128 III 29 kam es hingegen zum Schluss, dass nur eine «dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide» eine faktische Organstellung zu begründen vermöge, während «Handeln im Einzelfall» keine Organhaftung begründe.[69] Es stellt fest, dass BGE 117 II 432 in der Lehre «mit beachtlichen Gründen» kritisiert worden sei.[70] Im konkreten Fall hat das Bundesgericht die faktische Organstellung einer Person verneint, die in Einzelfällen Geschäftsführungsaufgaben wahrgenommen hatte.[71] Konkret waren das die Unterzeichnung einer Bilanzerklärung, die Bestätigung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Aufstellung über die angefangenen Arbeiten für einen Jahresabschluss und die Unterzeichnung einer Abtretungserklärung zugunsten einer Bank zur Sicherung eines Kredits.[72]

In der Lehre ist umstritten, ob eine dauernde Einflussnahme erforderlich ist für die Begründung einer faktischen Organschaft oder ob bereits punktuelles Eingreifen ausreicht. Die eine Lehrmeinung spricht sich wie das Bundesgericht dafür aus, dass eine dauernde Einflussnahme auf die Geschäftsführung nötig sei für die Begründung einer faktischen Organschaft.[73] Dafür spricht u.a., dass es bereits in der Botschaft über die Revision des Aktienrechts im Jahr 1983 hiess, dass als faktisches Organ jedermann gelte, der, ohne gewählt oder besonders bezeichnet worden zu sein, *dauernd* und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fälle.[74] Wie lange die Dauer der Einflussnahme auf die Geschäftsführung sein muss, ist jedoch unklar. Nach Isler gilt: Je häufiger die Handlungen, desto kürzer die erforderliche Dauer, wobei er als kürzesten Zeitraum sechs bis zwölf Monate für angemessen hält.[75] Der Grundsatz «je häufiger die Handlungen, desto kürzer die Dauer» leuchtet ein. Die Mindestdauer von sechs bis zwölf Monaten scheint hingegen aus der Luft gegriffen. Isler begründet diese Mindestdauer auch nicht weiter.

Die andere Lehrmeinung hält auch eine punktuelle oder einmalige Befassung mit der Geschäftsführung für ausreichend, um eine faktische Organstellung zu begründen.[76] Ein Argument für diese Meinung ist, dass auch eine Person, die nur einen einzigen Amtstag als Verwaltungsratsmitglied hat, für einzelne Handlungen verantwortlich ist. Die Verneinung der faktischen Organschaft bei Vornahme einzelner Geschäftsführungshandlungen würde daher eine ungerechtfertigte Privilegierung der die Geschäftsführung usurpierenden Person bedeuten.[77] Weiter wird angeführt, dass bereits die Ausführung einer

---

66 Vetter (FN 3), 119.
67 Kunz (FN 14), 182.
68 BGE 117 II 432 E. 2b f.; s. zu diesem Fall ausführlich: Ziff. V.2.1.
69 BGE 128 III 29 E. 3c; bestätigt in BGE 136 III 14 E. 2.4; BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1; 4A_306/2009, E. 7.1.1.
70 BGE 128 III 29 E. 3a.
71 BGE 128 III 29 E. 3c.
72 BGE 128 III 29 E. 3b.
73 CR CO II-Corboz/Aubry Girardin/Canapa, Art. 754 N 7; Druey/Druey Just/Glanzmann (FN 64), § 14 N 35; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 7; Klaus Hütte, 27. August 1991; Bundesgericht, I. Zivilabteilung, AJP 1992, 516 ff., 517; Isler (FN 19), 294; Roberto/Jentsch (FN 4), 47; Villa (FN 21), 88.
74 BBl 1983 II 745 ff., 935.
75 Isler (FN 19), 294.
76 OFK OR-Amstutz/Gohari, Art. 754 N 47; Beyeler (FN 14), 266; Forstmoser (FN 10), 669; Garbarski (FN 37), 30 ff.; Hünerwadel (FN 14), 98; Lang (FN 32), 113; Vetter (FN 3), 164; Vogel (FN 6), 310.
77 Garbarski (FN 37), 31; Vetter (FN 3), 164 f.

einzelnen Geschäftsführungshandlung erhebliche Auswirkungen auf eine Aktiengesellschaft haben könne.[78]

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Person, die unrechtmässigerweise Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt, gegenüber einer ordentlich bestellten oder mit der Geschäftsführung betrauten Person privilegiert werden sollte. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb eine Person, die durch einmalige Ausführung einer Geschäftsführungshandlung einen erheblichen Schaden verursacht, nicht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen soll. Daraus, dass eine einmalige Befassung mit der Geschäftsführung ausreichend ist für die Begründung einer faktischen Organschaft, folgt automatisch, dass die faktische Organschaft mit der ersten organtypischen Handlung beginnt.[79] Dass die faktische Organschaft (erst) mit der ersten organtypischen Handlung beginnt, ist ein zentraler Unterschied zwischen dem faktischen und dem materiellen Organ, weil die Organstellung des materiellen Organs durch die Delegation der Geschäftsführung entsteht und auch besteht, wenn das materielle Organ die ihm übertragenen Aufgaben gar nicht wahrnimmt.[80]

Dem Zusatz, dass sich die dauernde Befugnis auf das Treffen von über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehenden Entscheiden bezieht, ist m.E. keine eigenständige Bedeutung zuzumessen. Dass die Tätigkeiten einer Person über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehen müssen, damit sie als faktisches Organ qualifiziert werden kann, ergibt sich bereits daraus, dass sie tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen muss.

6. Selbständige und unabhängige Entscheidkompetenz

Mit dem Element der selbständigen und unabhängigen Entscheidkompetenz wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Person Geschäftsführungsaufgaben mit ausreichender Entscheidungsfreiheit ausüben muss, damit sie als faktisches Organ qualifiziert werden kann. Sie muss also nicht nur bei der Wahrnehmung einer solchen Aufgabe mithelfen, sondern tatsächlich Geschäftsführungsentscheidungen selbständig und unabhängig treffen.[81] In der Literatur wird in diesem Zusammenhang von «decision shaping» versus «decision taking» gesprochen,[82] wobei «decision shaping» noch keine faktische Organschaft begründen kann, «decision taking» hingegen schon.[83]

Aus dem Kriterium der selbständigen und unabhängigen Entscheidkompetenz lässt sich ableiten, dass eine Person, die in all ihren Tätigkeiten in der Gesellschaft weisungsgebunden ist, kein faktisches Organ sein kann.[84]

Das Kriterium der selbständigen und unabhängigen Entscheidkompetenz hat m.E. keine eigenständige Bedeutung, weil eine Person, die nur bei der Entscheidfindung mithilft oder Weisungen umsetzt, nicht tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide «trifft» oder die eigentliche Geschäftsführung «besorgt», weil sie die dafür nötige Intensität der Einflussnahme nicht erreicht. Das Kriterium der selbständigen und unabhängigen Entscheidkompetenz ist daher nur als Konkretisierung der Elemente «tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen» und «die eigentliche Geschäftsführung besorgen» zu betrachten.

Wenig geglückt ist m.E. die Wortwahl, die das Bundesgericht zuletzt im Urteil 4A_62/2024 verwendet hat, die Entscheidkompetenz müsse selbständig und unabhängig «erscheinen».[85] Auch die französische Version dieses Elements der bundesgerichtlichen Formel, die lautet «il faut […] que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant»[86] ist nicht besser. Das Wort «erscheinen» (oder «apparaisse») suggeriert, es sei ausreichend, wenn der Eindruck einer selbständigen und unabhängigen Entscheidkompetenz entsteht. Vielmehr muss die Person jedoch *tatsächlich* eine selbständige und unabhängige Entscheidkompetenz haben, damit sie als faktisches Organ qualifiziert werden kann. Wenn es nur «erscheint», als habe die Person eine selbständige und unabhängige Entscheidkompetenz, ohne dass das auch tatsächlich der Fall ist, handelt es sich bei der betreffenden Person nicht um ein faktisches Organ.[87]

Vorzuziehen ist deshalb die Formulierung, die das Bundesgericht in BGE 128 III 29 sowie im Urteil 4A_306/2009 verwendet hat: «Für die Organverantwortlichkeit ist erforderlich, dass die nach der internen Organisation tatsächlich mit der Leitung der Gesellschaft befasste Person in eigener Entscheidbefugnis die sich daraus ergebenden Pflichten zu erfüllen hat, sie also selbständig und eigenverantwortlich handelt.»[88] Diese Formulierung bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass eine Person tatsächlich, nicht nur dem Anschein nach, selbständig und eigenverantwortlich handeln muss, damit sie als faktisches Organ qualifiziert werden kann.

---

78 Vetter (FN 3), 165; Vogel (FN 6), 310, FN 286; s.a. Forstmoser (FN 10), 669.

79 S. Vetter (FN 3), 158.

80 S. Ziff. III *Ingress*.

81 Vgl. Stutz/von der Crone (FN 34), 263; Vetter (FN 3), 120.

82 Böckli (FN 14), § 16 N 395; Vetter (FN 3), 133.

83 Druey/Druey Just/Glanzmann (FN 64), § 14 N 39.

84 Chammartin/von der Crone (FN 64), 333; s.a. Stutz/von der Crone (FN 34), 263.

85 BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1.

86 BGE 136 III 14 E. 2.4.

87 Diese Person könnte höchstens als «Organ infolge Kundgabe» qualifiziert werden. Ein «Organ infolge Kundgabe» ist jedoch, wie bereits ausgeführt, kein verantwortlichkeitsrechtliches Organ – s. dazu Ziff. II.2.

88 BGE 128 III 29 E. 3a; BGer, Urteil 4A_306/2009, E. 7.1.1.

7. In der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern

In den meisten Bundesgerichtsurteilen wird verlangt, das potenzielle faktische Organ müsse in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu *verhindern*.[89] Einige andere Bundesgerichtsurteile verlangen hingegen, das faktische Organ müsse in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu *verursachen oder zu verhindern*.[90] Während die erstgenannte Formulierung wohl nur auf Unterlassungen abzielt, umfasst die zweite sowohl Handlungen als auch Unterlassungen.

Das Kriterium, das Organ müsse in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern, betrifft m.E. das Ende der faktischen Organstellung. Diese besteht nach der bundesgerichtlichen Formel nur so lange, wie das faktische Organ den Eintritt des Schadens verhindern kann. Nachfolgend wird zuerst anhand einer historischen Herleitung dieses Kriteriums dargelegt, weshalb es das Ende der Organstellung betreffen muss. Darauf folgt eine kritische Würdigung dieses Kriteriums und eine Darlegung der Differenzierungen, die m.E. in Zusammenhang mit diesem Kriterium nötig wären.

7.1. Historische Herleitung

Das Kriterium, das Organ müsse die Möglichkeit gehabt haben, durch seine Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen, hat das Bundesgericht, soweit ersichtlich, das erste Mal in BGE 109 V 86 verwendet. Der Entscheid betraf jedoch nicht ein faktisches Organ, sondern ein Verwaltungsratsmitglied, das zum Zeitpunkt der schädigenden Unterlassung (im konkreten Fall der Unterlassung der Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen) zwar noch im Handelsregister eingetragen, aber bereits aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden war.[91] Das Kriterium bringt damit in diesem Entscheid nur zum Ausdruck, dass unabhängig von einem Handelsregistereintrag nur formelles Organ ist, wer tatsächlich (noch) dem Verwaltungsrat angehört.[92]

Unter Verweis auf BGE 109 V 86 hielt das Bundesgericht in BGE 111 II 480 fest, dass ein ehemaliger Geschäftsführer nicht allein deshalb weiterhin der Haftung nach Art. 754 OR unterliegt, weil er im Handelsregister noch als Geschäftsführer eingetragen ist, sondern nur, solange er tatsächlich die Möglichkeit gehabt hat, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, d.h. den Geschäftsgang der Gesellschaft zu beeinflussen.[93]

Erstmals auf ein potenzielles faktisches Organ angewendet hat das Bundesgericht dieses Kriterium in BGE 117 II 432, unter Verweis auf den oben erwähnten BGE 111 II 480, mit der Formulierung: «Es genügt somit, wenn die in Anspruch genommenen Personen tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, d.h. den Geschäftsgang der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen.»[94] Die Formulierung des Bundesgerichts in BGE 117 II 432 liess vermuten, dass bereits die Möglichkeit, den Schaden zu verursachen oder zu verhindern, d.h. die Möglichkeit, den Geschäftsgang der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen, für die Begründung der faktischen Organschaft «genüge».[95] Diese Formulierung, es «genüge», hat das Bundesgericht in keinem anderen Urteil wiederholt. Vielmehr halten andere Urteile – in diesen oder in ähnlichen Worten – fest, es sei «erforderlich, jedoch nicht ausreichend», dass die «tatsächlich als Organ handelnde» Person den eingetretenen Schaden hätte verhindern können.[96] Das Bundesgericht stellt damit klar, dass die Möglichkeit, den eingetretenen Schaden verhindern zu können, ein Kriterium für die Haftung ist, aber für sich allein keine faktische Organschaft begründet.

In BGE 128 III 29 griff es das Element erneut auf, unter Verweis auf BGE 117 II 432 und auf BGE 111 II 480 mit der Bemerkung «wo die formelle Eintragung im Handelsregister ohne diese Möglichkeit für die Haftung als nicht ausreichend angesehen wurde».[97]

Das Element der bundesgerichtlichen Formel, das potenzielle faktische Organ müsse in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern, kommt also ursprünglich von einer Unterscheidung zwischen im Handelsregister eingetragenen Tatsachen und tatsächlich noch bestehenden Verhältnissen in der Gesellschaft. Es ist daher der Schluss zu ziehen, dass dieses Kriterium – ähnlich wie in BGE 109 V 86 für ein Verwaltungsratsmitglied und in BGE 111 II 480 für einen Geschäftsführer – das Ende der Organstellung betrifft.

7.2. Differenzierungen und kritische Würdigung

Das Ende der faktischen Organstellung hängt m.E. davon ab, ob das faktische Organ dauernd tätig wurde und damit eine Garantenstellung begründet hat oder ob es sich nur punktuell mit der Geschäftsführung befasst

---

89 BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 29 E. 3a; BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1; 4A_268/2018, E. 5; 4A_306/2009, E. 7.1.1; 9C_263/2007, E. 5; 4C.208/2001, E. 3a.

90 BGE 132 III 523 E. 4.5; 117 II 432 E. 2b; BGer, Urteil 9C_246/2017, E. 2; H 320/01, E. 6.2.

91 BGE 109 V 86 E. 13.

92 S. Ziff. II.2.

93 BGE 111 II 480 E. 2a.

94 BGE 117 II 432 E. 2b.

95 BGE 117 II 432 E. 2b.

96 BGE 136 III 14 E. 2.4; 132 III 523 E. 4.5; 128 III 29 E. 3a; 111 II 480 E. 2a; BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1; 4A_268/2018, E. 5; 9C_246/2017, E. 2; 4A_306/2009, E. 7.1.1.

97 BGE 128 III 29 E. 3a.

hat.[98] Nur das Ende einer solchen Garantenstellung bestimmt sich m.E. danach, ob das faktische Organ den Eintritt eines Schadens hätte verhindern können. Hat eine Person hingegen nur punktuell gehandelt und deshalb keine Garantenstellung begründet, endet ihre faktische Organstellung mit dem organtypischen Handeln.[99]

Die bundesgerichtliche Formulierung dieses Elements ist ungenau. Es erschliesst sich erst durch vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung, dass es sich auf das Ende der Organstellung beziehen muss. Ausserdem kann sich die Tätigkeit des faktischen Organs auf einen bestimmten Bereich der Geschäftsführung beschränken.[100] Eine Person kann in einem Bereich der Geschäftsführung tätig werden und trotzdem den Eintritt eines Schadens, der aufgrund von Handlungen oder Unterlassungen in einem anderen Bereich der Geschäftsführung entstanden ist, nicht verhindern können. Diese schädigende Handlung oder Unterlassung fällt nicht in ihren Verantwortlichkeitsbereich, weshalb ihr keine kausale Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, obwohl sie aufgrund ihrer Tätigkeit in einem anderen Bereich der Geschäftsführung (noch immer) als faktisches Organ zu qualifizieren ist.[101]

IV. Besonderheiten für faktische Organe in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR

Hinsichtlich der Aktivlegitimation, des Schadens, der Kausalität und des Verschuldens ergeben sich, soweit ersichtlich, keine Besonderheiten daraus, ob sich eine Verantwortlichkeitsklage gegen ein formelles, materielles oder faktisches Organ richtet; auf diese Voraussetzungen wird daher nicht eingegangen. Die Besonderheiten in Bezug auf die Passivlegitimation wurden in den Teilen II.2 und III. bereits ausführlich behandelt. In diesem Teil des Aufsatzes werden daher nur die Pflichtverletzung und die Haftungsentlastung erörtert.

1. Pflichtverletzung

1.1. Verantwortlichkeitsbereich und Pflichten der Organe

Als Verantwortlichkeitsbereich wird in diesem Aufsatz der sachliche Umfang der Verantwortlichkeit eines Organs bezeichnet. Er umfasst die Geschäftsführungsbereiche, in denen eine Handlung oder Unterlassung des Organs eine Pflichtverletzung darstellen kann.[102]

Der Verantwortlichkeitsbereich formeller Organe umfasst grundsätzlich alle Geschäftsführungsbereiche, die ihnen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement zuweisen, während der Verantwortlichkeitsbereich der materiellen Organe auf die ihnen übertragenen Geschäftsführungsbereiche beschränkt ist.[103]

Bei der faktischen Organschaft wird erst aus einem bestimmten Verhalten eine Organstellung begründet.[104] Der Verantwortlichkeitsbereich des faktischen Organs kann deshalb auch nicht weiter gehen als das Verhalten, das die Organstellung begründet.[105] Für pflichtwidrige Unterlassungen im Bereich von Aufgaben, in die sich das faktische Organ nicht einmischte, kann es daher grundsätzlich nicht verantwortlich gemacht werden.[106] Da es zwischen einzelnen Geschäftsführungsbereichen enge Wechselwirkungen gibt, kann es im Einzelfall allerdings schwierig sein, den Verantwortlichkeitsbereich des faktischen Organs abzugrenzen.[107] Für den Fall, in dem eine Person nur einmalig oder punktuell eine organtypische Aufgabe übernimmt und schon deshalb nach richtiger Ansicht als faktisches Organ zu qualifizieren ist, beschränkt sich die Verantwortlichkeit auf diese Handlung – das faktische Organ trifft in diesem Fall keine umfassende Verantwortlichkeit für den ganzen betroffenen Geschäftsführungsbereich.[108]

Das faktische Organ ist in den Bereichen, in die es sich einmischt, an die gleichen gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Pflichten gebunden, an die auch ein formelles oder materielles Organ in diesem Bereich gebunden wäre.[109] Insbesondere ist das faktische Organ in diesen Bereichen an die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR gebunden.[110] Ebenso hat es das

---

98 S. zur Garantenstellung: Ziff. IV.1.2.

99 S. Vetter (FN 3), 159.

100 Vetter (FN 3), 169 f.

101 In diesem Sinne auch: BGer, Urteil 9C_263/2007, E. 5; s. zum Verantwortlichkeitsbereich allgemein: Ziff. IV.1.1.

102 Vgl. Vetter (FN 3), 168, der auch den Begriff «Verantwortlichkeitsbereich» verwendet; vgl. auch Bärtschi (FN 1), 107, der den Begriff «Verantwortungsbereich» verwendet.

103 Vetter (FN 3), 168 f.

104 Forstmoser (FN 4), 136; Forstmoser (FN 10), 685.

105 Forstmoser (FN 10), 685; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 8; Sauerwein (FN 4), 36; Vogel (FN 6), 401; s.a. Lips-Rauber (FN 14), 145.

106 BGE 107 II 349 E. 5c; Bärtschi (FN 1), 108; Forstmoser (FN 4), 136 f.; Forstmoser (FN 10), 685 ff.; Vetter (FN 3), 169; Vogel (FN 6), 314; vgl. auch BGer, Urteil 9C_263/2007, E. 5; wohl der a.M., das faktische Organ habe alle Pflichten bzw. den Verantwortlichkeitsbereich eines formellen Organs: Roberto/Jentsch (FN 4), 43; von der Crone (FN 14), § 21 N 1842; s. zur Pflichtverletzung durch Unterlassen im Detail: Ziff. IV.1.2.

107 Forstmoser (FN 10), 687, FN 1345; Knobloch (FN 12), 214; Vetter (FN 3), 170.

108 Vetter (FN 3), 170; Vogel (FN 6), 311; vgl. auch BGE 107 II 349 E. 5c.

109 Vogel (FN 6), 318; s.a. Beyeler (FN 14), 280; Peyrot (FN 14), 110; von der Crone (FN 14), § 21 N 1842.

110 ZK-Bühler, Art. 717 OR N 2; Vetter (FN 3), 31; vgl. auch BBl 1983 II 745 ff., 925.

Gleichbehandlungsgebot gem. Art. 717 Abs. 2 OR zu beachten.[111]

Es stellt sich die Frage, ob bereits durch die Usurpation einer Geschäftsführungsaufgabe eine Pflichtverletzung im Sinne der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vorliegt. Dies ist zu verneinen; relevant ist, ob das Verhalten des faktischen Organs eine Pflichtverletzung wäre, hätte es sich beim Handelnden um ein formelles oder materielles Organ gehandelt.[112]

1.2. Pflichtverletzung durch Unterlassen

Eine Unterlassung ist nur pflichtwidrig, wenn eine spezifische Handlungspflicht besteht, die durch die Unterlassung verletzt wird.[113] Während die Pflichtwidrigkeit des Unterlassens einer gebotenen und zumutbaren Handlung bei formellen und materiellen Organen unumstritten ist, ist nicht ohne Weiteres klar, ob das faktische Organ auch für Unterlassungen haftbar sein kann.[114] Nach hier vertretener Ansicht begründet das faktische Organ in dem Bereich der Geschäftsführung, in dem es sich eingemischt hat, unter den folgenden Voraussetzungen[115] eine Handlungspflicht, was eine Haftung für Unterlassungen rechtfertigt.[116]

Voraussetzung ist, dass das Tätigwerden in einem Bereich der Geschäftsführung einer späteren pflichtwidrigen Unterlassung in diesem Bereich zeitlich vorangeht, da erst dieses Tätigwerden die faktische Organschaft begründet.[117] Der Verantwortlichkeitsbereich des faktischen Organs erstreckt sich nicht auf Bereiche der Geschäftsführung, in denen es nicht tätig wurde, weshalb es in diesen Bereichen auch nicht für Unterlassungen haftet.[118] Weiter ist nötig, dass das faktische Organ in dem Bereich der Geschäftsführung, in dem eine Haftung für ein Unterlassen im Raum steht, regelmässig und dauernd tätig geworden ist und damit eine Pflicht zum Handeln bzw. eine Garantenstellung begründet hat.[119] Eine einmalige Befassung mit der Geschäftsführung führt noch nicht zu einer Garantenstellung.[120] Diese Garantenstellung muss zudem weiterhin bestehen, d.h. das faktische Organ muss weiterhin die Möglichkeit haben, sich mit der Geschäftsführung im betroffenen Bereich zu befassen und den Eintritt des Schadens zu verhindern.[121]

1.3. Business Judgment Rule

Das Bundesgericht hält sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden zurück, wenn diese auf einer angemessenen Informationsbasis beruhen und in einem von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.[122] Diese Praxis wird als Business Judgment Rule bezeichnet.[123] Die Voraussetzungen der Business Judgment Rule sind das Vorliegen eines Geschäftsentscheids, das Vorliegen eines ordnungsgemässen Entscheidprozesses insbesondere mit angemessener Information, das Fehlen von Interessenkonflikten und die inhaltliche Vertretbarkeit.[124] Insbesondere kein ordnungsgemässer Entscheidprozess liegt vor, wenn das Organisationsreglement verletzt wurde, etwa weil kein kompetenzgemässer Entscheid getroffen wurde.[125] Sind die Voraussetzungen der Business Judgment Rule erfüllt, nimmt das Gericht keine haftungsrelevante Pflichtverletzung an.[126] Sind sie nicht erfüllt, prüft das Gericht das Verhalten des Organs nicht beschränkt auf die inhaltliche Vertretbarkeit, sondern frei.[127]

Die Business Judgment Rule ist auf faktische Organe nicht anwendbar, da sie definitionsgemäss keine kompetenzgemässen Unternehmensentscheidungen treffen.[128]

---

111 Peyrot (FN 14), 110.

112 S. BGer, Urteil 4A_306/2009, E. 7.2.2; Beyeler (FN 14), 280; Vogel (FN 6), 319.

113 Böckli (FN 14), § 16 N 242.

114 Vetter (FN 3), 173 f.

115 Von diesen Voraussetzungen ausgenommen sind ungültig gewählte Verwaltungsratsmitglieder und ungültig mit der Geschäftsführung betraute Geschäftsleitungsmitglieder. S. zu dieser Ausnahme im Detail: Ziff. V.5.

116 So auch BGE 128 III 92 E. 3a; BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1; 4A_268/2018, E. 5; OFK OR-Amstutz/Gohari, Art. 754 N 45; Bärtschi (FN 1), 230; Beyeler (FN 14), 279; Böckli (FN 14), § 16 N 39; Forstmoser (FN 4), 137 f.; Forstmoser (FN 10), 687; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 8; Garbarski (FN 37), 29 f.; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 7; Glanzmann (FN 14), 24; Lips-Rauber (FN 14), 144; Peter (FN 42), 50; Peyrot (FN 14), 113; Sauerwein (FN 4), 38 f.; Vetter (FN 3), 175 f.; Villa (FN 21), 86 f.; Vogel (FN 6), 315; von der Crone (FN 14), § 21 N 1842; implizit in der Aussage, die Person müsse die Möglichkeit gehabt haben, den Schaden zu verursachen *oder zu verhindern*: BGE 117 II 432 E. 2b; a.A. Hünerwadel (FN 14), 101; Isler (FN 19), 295; Benedikt Maurenbrecher, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP 1998, 1327 ff., 1337; wohl auch Knobloch (FN 12), 212 ff., der eine Art Haftung für Unterlassung nur zulassen will, wenn das faktische Organ «die Entscheidung über das Nichttun» usurpiert hat.

117 Vetter (FN 3), 172.

118 S. Böckli (FN 14), § 16 N 39; Forstmoser (FN 10), 687; Handschin (FN 47), 336; Vetter (FN 3), 176; implizit: BGE 107 II 349 E. 5c; BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.1; 4A_268/2018, E. 5; a.A. oder zumindest ungenau formuliert: CR CO II-Corboz/Aubry Girardin/Canapa, Art. 754 N 7, die meinen, das faktische Organ habe dieselben Handlungspflichten und die gleiche Position im Falle einer Unterlassung wie ein formelles Organ.

119 Handschin (FN 47), 336; Vetter (FN 3), 178 f.

120 Vetter (FN 3), 181; vgl. auch Vogel (FN 6), 311, 315 f.

121 Vetter (FN 3), 178; s. hierzu auch: Ziff. III.7.

122 BGer, Urteil 4A_74/2012, E. 5.1.

123 Statt vieler: Böckli (FN 14), § 16 N 255.

124 Statt vieler: Böckli (FN 14), § 16 N 260.

125 Nikitine (FN 21), 169 f.; vgl. auch Sandro Gauch, Grundlage und Bedeutung der Business Judgment Rule in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2018, 57.

126 Böckli (FN 14), § 16 N 260.

127 BGer, Urteil 4A_259/2016, E. 5.1.

128 Christoph B. Bühler, «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Forrer/Zuur/Müller (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 34; Gauch (FN 125), 48; Andrea R. Grass, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von

2. Haftungsentlastung

2.1. Décharge

Die Décharge lässt allfällige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen untergehen bzw. stellt eine negative Schuldanerkennung der Gesellschaft gegenüber den Organen dar.[129] Nach Art. 758 Abs. 1 OR wirkt die Décharge nur für bekanntgegebene Tatsachen und nur gegenüber der Gesellschaft und jenen Aktionären, die dem Beschluss zugestimmt oder die Aktien seither in Kenntnis des Beschlusses erworben haben.

Ausdrücklich vorgesehen ist die Décharge gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 7 OR nur für Verwaltungsratsmitglieder. Einige Autoren vertreten die Auffassung, die Décharge könne auch faktischen Organen erteilt werden, sofern sie ihre Tätigkeit gegenüber den Aktionären offenlegen.[130] Böckli vertritt die Ansicht, ein faktisches Organ könne nicht rechtswirksam entlastet werden, da die faktische Organschaft an sich rechtswidrig sei.[131] Unabhängig davon, ob die faktische Organschaft als rechtswidrig anzusehen ist oder nicht, legt Böckli nicht dar, weshalb die Rechtswidrigkeit der faktischen Organschaft die Wirksamkeit eines Déchargebeschlusses ausschliessen sollte. Da nicht ersichtlich ist, weshalb die Gesellschaft nicht gültig eine negative Schuldanerkennung gegenüber einem faktischen Organ beschliessen können sollte, ist der Ansicht zuzustimmen, dass auch gegenüber faktischen Organen rechtswirksam ein Déchargebeschluss gefällt werden kann. Das Bundesgericht hat diese Möglichkeit mit der folgenden Aussage implizit anerkannt: «Nach Art. 695 OR haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung der Gesellschaft teilgenommen haben, bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrats kein Stimmrecht. Damit soll ausgeschlossen werden, dass die mit der Geschäftsführung betrauten Aktionäre gegen den Willen der übrigen Aktionäre Entlastung erteilen und letztlich über den Verzicht der Gesellschaft auf eine gegen sie selbst gerichtete Forderung beschliessen können».[132] Der Stimmrechtsausschluss erfasst auch faktische Organe, da auch sie «in irgendeiner Weise» an der Geschäftsführung teilnehmen. Die Begründung des Bundesgerichts für den Stimmrechtsausschluss ist, dass die betroffenen Personen nicht über den Verzicht der Gesellschaft auf eine gegen sie selbst gerichtete Forderung beschliessen können sollen. Der Stimmrechtsausschluss von faktischen Organen bei Entlastungsbeschlüssen wäre jedoch sinnlos, wenn eine Déchargeerteilung ihnen gegenüber gar nicht möglich wäre.

(Haupt-)Aktionäre als faktische Organe unterliegen dem Stimmrechtsausschluss von Art. 695 Abs. 1 OR bezüglich des Déchargebeschlusses, weil sie an der Geschäftsführung teilgenommen haben. Sie können deshalb weder sich selbst noch anderen an der Geschäftsführung mitwirkenden Personen gültig die Décharge erteilen.[133]

2.2. Haftungsbeschränkung bei befugter Delegation

Nach Art. 754 Abs. 2 OR führt die befugte Übertragung einer Aufgabe zur Beschränkung der Haftung der übertragenden Person – sie haftet für den Schaden nur, wenn sie nicht die gebotene Sorgfalt bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung angewandt hat. Befugt ist eine Übertragung nur, wenn sowohl die formellen Voraussetzungen als auch die materiellen Grenzen der Delegationsmöglichkeit eingehalten werden.[134] Eine Übertragung i.S.v. Art. 716b Abs. 1 OR kann nur befugterweise erfolgen, wenn die Statuten eine Übertragung nicht verbieten und eine organisationsreglementarische Grundlage vorliegt.[135] Materielle Grenze der Delegationsmöglichkeiten ist, dass die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 OR) nicht delegiert werden können.[136]

Eine befugte Übertragung einer Aufgabe im oben beschriebenen Sinne ist beim faktischen Organ nie gegeben; das Fehlen einer rechtmässigen Übertragung der Geschäftsführung ist der faktischen Organschaft inhärent.[137] Wenn eine rechtmässige Übertragung der Geschäftsführung an eine Person ausserhalb des Verwaltungsrats vorliegt, ist diese Person als materielles Organ zu qualifizieren.[138] Daraus folgt, dass bei der Haftung eines faktischen Organs nie eine Haftungsbeschränkung i.S.v. Art. 754 Abs. 2 OR eines anderen Organs möglich ist.[139]

Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998, 115 f.; Nikitine (FN 21), 172; der a.A., die Business Judgment Rule sei auch auf faktische Organe anwendbar, jedoch unter dem Hinweis darauf, dass faktische Organe regelmässig Interessenkonflikten unterlägen: BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 31r.

129 BGE 128 III 142 E. 3b; BGer, Urteil 4A_155/2014, E. 6.3; 4C.107/2005, E. 2.2; der a.A., es handle sich um einen Verzicht auf die Geltendmachung der Ansprüche, ohne dass die Ansprüche an sich untergehen würden: Böckli (FN 14), § 16 N 379.

130 BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 758 N 2; Peter R. Isler/Bertrand G. Schott, Die Décharge – Eine überflüssige Institution des Gesellschaftsrechts?, in: Weber/Isler (Hrsg.), Europa Institut an der Universität Zürich, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, 201; CR CO II-Peter/Birchler, Art. 698 N 31; implizit: von der Crone (FN 14), § 17 N 962.

131 Böckli (FN 14), § 8 N 24; vgl. auch Lips-Rauber (FN 14), 146, die ohne weitere Begründung meint, der Décharge-Beschluss der Generalversammlung erstrecke sich nicht auch auf faktische Organe.

132 BGer, Urteil 4C.107/2005, E. 2.2.

133 S. Chammartin/von der Crone (FN 64), 338.

134 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 40.

135 BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716b N 4 f.; vgl. bereits BBl 1983 II 745 ff., 935 f.

136 OFK OR-Amstutz/Gohari, Art. 754 N 109.

137 Vogel (FN 6), 321; s.a. Ziff. II.2.

138 BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 41; Vetter (FN 3), 71; s.a. Ziff. II.2.

139 Vetter (FN 3), 71; vgl. auch Lang (FN 32), 117; Vogel (FN 6), 302 f.

V. Konkrete Fallkonstellationen: Qualifikation potenzieller faktischer Organe in konkreten Situationen

1. Buchhalter – BGer, Urteil 4A_62/2024

Im Urteil 4A_62/2024 hatte sich das Bundesgericht damit zu befassen, ob Buchhalter A., der für die C. AG kollektivzeichnungsberechtigt und Verwaltungsratsmitglied der D. AG, der Muttergesellschaft der C. AG, war, als faktisches Organ der C. AG zu qualifizieren ist.[140]

Dem Urteil liegt, kurz zusammengefasst, folgender Sachverhalt zugrunde:[141] Der C. AG wurde vom Kanton Zürich im Jahr 2006 mitgeteilt, dass vermutlich aufgrund von durch die C. AG verursachten Papierschlammablagerungen eine Sanierung eines Sees nötig sein werde und der Kanton Zürich deshalb eine Forderung in Millionenhöhe gegen die C. AG habe, was die C. AG mit Verweis auf die Verjährung bestritt. Im Jahr 2011 wurde eine Generalversammlung der C. AG durchgeführt, an der A. nicht anwesend war, bei der Ausschüttungen in Höhe von über 2 Millionen Fr. beschlossen wurden, die von A. im Jahr 2012 verbucht wurden. Im Jahr 2013 hatte die C. AG für die allfällige Forderung des Kantons Zürich Rückstellungen in Höhe von 2.02 Millionen Fr. ausgewiesen. Im Jahr 2019 wurde die C. AG zur Zahlung von 8.55 Millionen Fr. verpflichtet, woraufhin über die C. AG der Konkurs eröffnet wurde und der Kanton Zürich einen Konkursverlust von 6.7 Millionen Fr. erlitt. Daraufhin klagte der Kanton Zürich u.a. gegen A. als faktisches Organ der C. AG, weil dieser durch die unterlassene Bildung von Rückstellungen vor dem 14. Januar 2011 und durch die Verbuchung des rechtswidrigen Ausschüttungsbeschlusses in schuldhafter Pflichtverletzung einen Schaden verursacht habe.

Das Bundesgericht führt an, A. habe in der C. AG typische Geschäftsführungstätigkeit wahrgenommen, namentlich im Bereich der Buchhaltung und Rechnungslegung. Ausserdem habe er auch auf Ebene des Verwaltungsrats aktiv an der Willensbildung der C. AG mitgewirkt, u.a. weil die Verwaltungsratssitzungen der D. AG und der C. AG, an denen A. als Verwaltungsratsmitglied der D. AG teilnahm, wiederholt zusammen stattgefunden haben und bei den Diskussionen und der Beschlussfassung nicht zwischen den einzelnen Gesellschaften unterschieden worden sei. Deshalb werde A. als faktisches Organ der C. AG qualifiziert.[142]

Der Qualifizierung von A. als faktisches Organ der C. AG ist zuzustimmen. Durch die Mitwirkung bei der Beschlussfassung an Verwaltungsratssitzungen der D. AG und C. AG über Entscheide, die die C. AG betreffen, hat A. tatsächlich Organen der C. AG vorbehaltene Entscheide mitgetroffen. Durch die Wahrnehmung von Geschäftsführungstätigkeiten im Bereich der Buchhaltung und Rechnungslegung hat er ausserdem die eigentliche Geschäftsführung besorgt. Da A. im Bereich der Buchhaltung und Rechnungslegung tätig war, fällt die Unterlassung der Bildung von Rückstellungen in seinen Verantwortlichkeitsbereich. Das Kriterium, in der Lage zu sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern, erfüllte A. ebenfalls, da er zum Zeitpunkt der schädigenden Unterlassung Einfluss auf den Verwaltungsrat der C. AG hatte und durch die rechtzeitige Bildung angemessener Rückstellungen die schädigende Gewinnausschüttung hätte verhindern können, d.h. noch immer die faktische Organstellung innehatte.

2. Prokuristen

2.1. BGE 117 II 432

In BGE 117 II 432 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Prokuristin einer Bank, die die jeweils nötige Zweitunterschrift für Bürgschaften und Garantien in Millionenhöhe zulasten der Bank geleistet hat,[143] als faktisches Organ der Bank zu qualifizieren ist.[144] Die Leistung der Zweitunterschrift erachtete das Bundesgericht als Handlung in Organstellung, da die Beklagte Kompetenzen wahrgenommen habe, die typischerweise formellen Organen vorbehalten sind, und damit die Willensbildung der Gesellschaft wesentlich mitbestimmt habe.[145] Als nicht entscheidend erachtete das Bundesgericht, ob die Prokuristin diese Handlungen aus eigenem Antrieb oder auf Anweisung eines Verwaltungsratsmitglieds vornahm.[146]

Der Entscheid wurde in der Lehre kritisiert.[147] Insbesondere wurde geltend gemacht, die Prokuristin habe nur entweder die Zweitunterschrift leisten oder ihre Stelle aufgeben können und Mitarbeitende in unteren Hierarchieebenen hätten in einem Unternehmen nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit, Entscheide der obersten Geschäftsleitung zu verhindern.[148]

Zu dieser Kritik ist zum einen anzumerken, dass aus dem Sachverhalt des Entscheids nicht ersichtlich wird, ob die Prokuristin ihre Stelle verloren hätte, hätte sie die Zweitunterschrift nicht geleistet. Zum anderen hatte die Prokuristin in diesem Fall sehr wohl die Möglichkeit, den Entscheid des Verwaltungsratsmitglieds zu verhindern, da dieses nur über Kollektivunterschrift zu zweien ver-

140 BGer, Urteil 4A_62/2024, A.b. f., E. 7.1 ff.
141 S. für den ganzen Sachverhalt: BGer, Urteil 4A_62/2024, A. ff.
142 BGer, Urteil 4A_62/2024, E. 7.1.5.
143 BGE 117 II 432 A.
144 BGE 117 II 432 E. 2.
145 BGE 117 II 432 E. 2c.
146 BGE 117 II 432 E. 2c.
147 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 4), § 37 N 5; Hütte (FN 73), 516 f.; Kunz (FN 35), 186, FN 146.
148 Hütte (FN 73), 517.

fügte und deshalb ohne die Unterschrift der Prokuristin keine Bürgschaften oder Garantien zulasten der Bank hätte leisten können.[149] Dadurch, dass die Prokuristin die Zweitunterschrift für die Bürgschaften und Garantien in Millionenhöhe geleistet hat, hat sie über einen Geschäftsführungsentscheid mitentschieden. Eine Mitentscheidungskompetenz ist ausreichend für die Begründung einer faktischen Organschaft.[150] Der Beurteilung des Bundesgerichts in diesem Fall ist daher zuzustimmen.

2.2. BGer, Urteil 9C_27/2017

Im Urteil 9C_27/2017 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein als Zeichnungsberechtigter mit Einzelprokura im Handelsregister eingetragener X. als faktisches Organ einer Z. AG zu qualifizieren sei und deshalb Schadenersatz leisten muss für Sozialversicherungsbeiträge, die der Ausgleichskasse des Kantons Zürich wegen des Konkurses der Z. AG entgangen sind.[151]

Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass es keine schriftliche Vereinbarung zwischen der Z. AG und X. gab, mit der ihm Geschäftsführungsaufgaben übertragen worden waren.[152] X. war daher nicht materielles Organ der Z. AG. X. hat nach den Feststellungen der Vorinstanz Zahlungsbefehle entgegengenommen, ist als einziger Vertreter der Z. AG bei Pfändungsvollzügen anwesend gewesen und war die einzige Ansprechperson des Betreibungsamtes für den Aufschub der Verwertung und die Leistung von Abschlagszahlungen.[153]

Das Bundesgericht führt an, wesentlich sei, dass X. aufgrund seines Auftretens und seiner Handlungen vom Betreibungsamt und von der Ausgleichskasse als Geschäftsführer wahrgenommen wurde.[154] Weil dem, u.a. aufgrund der Eintragung von X. als einzige Person mit Einzelprokura im Handelsregister, der Bezeichnung von X. als «GF» auf zwei Zahlungsbefehlen und des hohen Lohns von X., der auf eine gesteigerte Entscheidverantwortung hindeute, so war, habe die Vorinstanz X. nicht offensichtlich unrichtig als faktisches Organ qualifiziert.[155]

Die Begründung des Bundesgerichts für die Qualifikation von X. als faktisches Organ der Z. AG ist problematisch. In E. 4.1 führt das Bundesgericht in leicht abgeänderten Worten den Kern der Formel für faktische Organe an: «Anderen Personen kommt faktische Organstellung zu, wenn sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie diesen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.»[156] In der Begründung, weshalb X. als faktisches Organ zu qualifizieren sei, geht es jedoch nicht auf die Elemente dieser Formel ein. Vielmehr hält es für entscheidend, ob X. von aussen als Geschäftsführer wahrgenommen wurde. Die Wahrnehmung von aussen ist jedoch nicht massgeblich für die Qualifikation einer Person als faktisches Organ. Entscheidend wäre in dieser Situation gewesen, ob X. tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide traf oder die eigentliche Geschäftsführung besorgte. Durch das Entgegennehmen von Zahlungsbefehlen, die Vertretung der Z. AG bei Pfändungsvollzügen und das Dienen als Ansprechperson für das Betreibungsamt ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Auch der höhere Lohn von X. ist als Kriterium für eine faktische Organschaft ungeeignet, weil der Lohn einer Person weder beweist noch widerlegt, ob sie sich im Sinne einer faktischen Organschaft mit der Geschäftsführung befasst.

Aufgrund der Tatsachen, wie sie im Urteil geschildert werden, wäre X. richtigerweise nicht als faktisches Organ der Z. AG zu qualifizieren gewesen.

3. Muttergesellschaft und ihre Vertreter

3.1. Allgemeine Anmerkungen

Im Schweizer Aktienrecht gilt in Bezug auf Konzerne das Trennungsprinzip, weshalb eine haftungsrechtliche Einheitsbetrachtung innerhalb des Konzerns nicht möglich ist.[157] Da aber auch juristische Personen faktische Organe sein können,[158] kann unter Umständen die Muttergesellschaft als faktisches Organ der Tochtergesellschaft qualifiziert werden.[159]

Die Muttergesellschaft oder ihre Vertreter sind keine faktischen Organe der Tochtergesellschaft, wenn sich die Muttergesellschaft darauf beschränkt, ihre Aktionärsrechte in der Tochtergesellschaft auszuüben.[160] Eine blosse Einflussnahme von Organen der Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochtergesellschaft begründet regelmässig auch keine Verantwortlichkeit gegenüber der Tochtergesellschaft.[161] Es entsteht auch keine fak-

149 BGE 117 II 432 A.
150 S. Ziff. III.2.
151 BGer, Urteil 9C_27/2017, A., E. 3 ff.
152 BGer, Urteil 9C_27/2017, E. 4.4.
153 BGer, Urteil 9C_27/2017, E. 4.3.
154 BGer, Urteil 9C_27/2017, E. 4.4.
155 BGer, Urteil 9C_27/2017, E. 4.4 f.
156 BGer, Urteil 9C_27/2017, E. 4.1.
157 Ausführlich dazu: Fahrländer (FN 42), 141 ff.; s.a. Vetter (FN 3), 73.
158 S. Ziff. III.1.
159 S. für einen konkreten Fall, in dem sich das Bundesgericht mit dieser Frage beschäftigen musste, die Qualifikation als faktisches Organ jedoch offengelassen hat: BGer, Urteil 4A_306/2009; s.a. Fahrländer (FN 42), 184; BSK OR II-Gericke/Häusermann/Waller, Art. 754 N 47; Peyrot (FN 14), 108; Vetter (FN 3), 73 f., 203; Vogel (FN 6), 394 f.
160 Beyeler (FN 14), 267; Forstmoser (FN 10), 709; Roberto/Jentsch (FN 4), 52.
161 BGE 128 III 92 E. 3a; BGer, Urteil 4A_306/2009, E. 7.1.1.

tische Organschaft der Muttergesellschaft allein durch eine Entsendung eines Vertreters (vgl. Art. 707 Abs. 3 OR) in den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft.[162] Eine faktische Organschaft der Muttergesellschaft oder der für sie handelnden natürlichen Personen kann jedoch vorliegen, wenn sie sich direkt oder indirekt in die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischen. Dabei können sowohl die involvierten natürlichen Personen als auch die Muttergesellschaft selbst faktische Organe der Tochtergesellschaft sein.[163] Die faktische Organschaft der Muttergesellschaft kann insbesondere dadurch begründet werden, dass sie ihrem Vertreter Verhaltensanweisungen für sein Handeln in der Tochtergesellschaft erteilt.[164]

3.2. Vertreter der Muttergesellschaft als faktisches Organ – BGE 128 III 92

BGE 128 III 92 liegt der folgende, kurz zusammengefasste Sachverhalt zugrunde:[165] D. war einziges Mitglied des Verwaltungsrats der F. AG. Die F. AG erwarb alle Aktien der E. Holding AG, die wiederum alle Aktien der E. AG hielt. Die F. AG und die E. AG schlossen mit der Bank C. eine Vereinbarung über die Sanierung der E. AG, in der sich die F. AG u.a. verpflichtete, eine Software der E. AG zum Preis von 3'000'000 Fr. zu kaufen. D. war zum Zeitpunkt, zu dem diese Vereinbarung geschlossen wurde, nicht Verwaltungsratsmitglied der E. AG. Als über die E. AG knapp zwei Jahre später der Konkurs eröffnet wurde, klagte u.a. die Bank C. gegen u.a. D. auf Bezahlung von 3'000'000 Fr., weil dieser als faktisches Organ pflichtwidrig die Bezahlung des Software-Kaufpreises nicht überwacht habe und damit der E. AG einen Schaden von 3'000'000 Fr. verursacht habe. Die beiden kantonalen Instanzen hiessen die Klage gut. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Berufung ab.

Zur Begründung des Urteils führt das Bundesgericht an, dass nach der Übernahme der E. Holding AG und damit der E. AG durch die F. AG beabsichtigt gewesen sei, die E- und die F-Gruppe zusammenzufassen, wobei die Koordination der Geschäftsführung durch die F. AG wahrgenommen worden sei, namentlich durch deren Exekutivausschuss.[166] Der Exekutivausschuss habe im massgebenden Zeitpunkt tatsächlich die Geschäfte der E. AG geleitet und insbesondere die Sanierung der E. AG behandelt. D. habe diesem Ausschuss als beratendes Mitglied angehört und an dessen Sitzungen teilgenommen und sei dem Ausschuss zudem als einziger Verwaltungsrat der F. AG formell vorgesetzt gewesen. Damit habe er sich aus einer organtypischen Stellung mit der Sanierung der E. AG befasst und sei deshalb im massgebenden Zeitraum faktisches Organ der E. AG gewesen.[167]

Die Formulierung, D. sei «beratendes Mitglied» gewesen, lässt den Schluss zu, dass er selbst keine Entscheidungsbefugnis im Exekutivausschuss hatte. Allein daraus, dass D. als einziges Verwaltungsratsmitglied der F. AG dem Exekutivausschuss vorgesetzt war, lässt sich m.E. keine faktische Organschaft in der E. AG begründen. In dieser Stellung als Verwaltungsratsmitglied hat D. letztlich nicht selbst tatsächlich Organen der E. AG vorbehaltene Entscheide getroffen oder deren eigentliche Geschäftsführung besorgt. Wie ausgeführt, reicht die *Möglichkeit*, tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide zu treffen oder die eigentliche Geschäftsführung zu besorgen, allein nicht aus für die Begründung einer faktischen Organschaft.[168] Die faktische Organschaft des D. lässt sich nur dann begründen, wenn D. aufgrund seiner Stellung als Vorgesetzter des Exekutivausschusses bestimmenden Einfluss auf die Mitglieder des Exekutivausschusses ausgeübt hat und dadurch nicht nur beratendes Mitglied war, sondern indirekt die Geschäftsführung der E. AG besorgt hat. Dass dem so war, geht aus dem Entscheid nicht hervor. D. wäre deshalb nicht als faktisches Organ zu qualifizieren gewesen.

4. Kreditgeber

4.1. Allgemeine Anmerkungen

Wie oben bereits erläutert, können gesellschaftsfremde Personen wie Kreditgeber erheblichen Einfluss auf eine Aktiengesellschaft haben, ohne dass sie dadurch automatisch zu faktischen Organen würden.[169] Jedoch kann auch ein Kreditgeber die Schwelle zum faktischen Organ überschreiten, wenn er nicht mehr nur legitime eigene Interessen wahrnimmt, sondern organtypisch Einfluss auf die Gesellschaft nimmt.[170] Neben dem Kreditgeber selbst können unter Umständen auch seine Vertreter als faktische Organe qualifiziert werden.[171]

4.2. BGE 136 III 14

Mit der Frage, ob eine Bank als Kreditgeberin einer Aktiengesellschaft als faktisches Organ dieser Aktiengesellschaft gehandelt hat, musste sich das Bundesgericht in BGE 136 III 14 auseinandersetzen.[172] Geltend gemacht wurde gegenüber der Bank eine Forderung in

---

162 Böckli (FN 14), § 16 N 58.
163 Forstmoser (FN 10), 710; vgl. auch BGer, Urteil 4A_306/2009, E. 7.1.2.
164 BGer, Urteil 4A_306/2009, E. 7.1.2; Böckli (FN 14), § 16 N 58; Fahrländer (FN 42), 199.
165 S. zum ganzen Sachverhalt: BGE 128 III 92 SV.
166 BGE 128 III 92 E. 3b.
167 BGE 128 III 92 E. 3c.
168 S. Ziff. III.3.
169 S. Ziff. III.3.
170 S. Vetter (FN 3), 203 f.; vgl. ausführlich zu Banken als faktische oder materielle Organe: Knobloch (FN 12), 231 ff.
171 S. dazu BGE 107 II 349.
172 BGE 136 III 14 B., E. 2.4.

Höhe eines Schadens, der angeblich durch die verspätete Deponierung der Bilanz entstanden sei.[173]

Im konkreten Fall hat die Bank die Entwicklung dieser Aktiengesellschaft genau beobachtet, von der Aktiengesellschaft Zwischenabschlüsse, eine Forderungsabtretung und Sanierungsmassnahmen gefordert, Zahlungen der Aktiengesellschaft abgewickelt und gegenüber der Aktiengesellschaft eine Mahnung ausgesprochen.[174] Das Bundesgericht hält fest, dass die Bank damit nur eigene Gläubigerinteressen gewahrt habe und dass diese Handlungen nicht als Eingriff in die Geschäftsführung gesehen werden können. Es liege keine faktische Organschaft vor, weil die Entscheidung darüber, welche Schulden der später insolventen Aktiengesellschaft vorrangig beglichen werden, bei der Gesellschaft selbst lag.[175]

Das Bundesgericht hält in seinem Entscheid jedoch fest, dass die Vorinstanz in zwei Fällen, konkret im Hinblick auf die Sicherung der Zahlung der Löhne der Aktiengesellschaft, Geschäftsführungshandlungen festgestellt habe. Unter Berufung auf das Erfordernis der «dauernden Befugnis»[176] verneint es dennoch die faktische Organschaft der Bank.[177] Nach richtiger Ansicht reicht jedoch bereits eine Geschäftsführungshandlung für die Begründung einer faktischen Organschaft.[178] Deshalb wäre die Bank unter der Annahme, die Vorinstanz habe die Handlungen der Bank zu Recht als Geschäftsführungshandlungen qualifiziert, in diesem Fall als faktisches Organ der Aktiengesellschaft zu qualifizieren gewesen.

Hätte das Bundesgericht die Bank als faktisches Organ qualifiziert, wäre jedoch noch nicht ohne Weiteres klar gewesen, dass die Bank tatsächlich für den entstandenen Schaden haftet. Dafür hätte u.a. die unterlassene rechtzeitige Deponierung der Bilanz in ihren Verantwortlichkeitsbereich fallen müssen. Da die Bank nur Geschäftsführungshandlungen vorgenommen hat, die das Sicherstellen der Zahlung von Löhnen betroffen haben, bestand für sie keine Handlungspflicht in Bezug auf das Deponieren der Bilanz. Dementsprechend hätte sich die Bank auch bei richtiger Qualifizierung als faktisches Organ keine Pflichtverletzung vorwerfen lassen müssen und hätte nicht für den Schaden gehaftet.

5. Ungültig gewähltes Verwaltungsratsmitglied oder ungültig mit der Geschäftsführung betrautes Geschäftsleitungsmitglied

Da die erfolgreiche Anfechtung der Wahl eines Verwaltungsratsmitglieds *ex tunc* zur Nichtmitgliedschaft dieses vermeintlichen Mitglieds im Verwaltungsrat führt,[179] kann dieses vermeintliche Mitglied in der Zeit, in der es als Verwaltungsratsmitglied tätig war, nicht als formelles Organ qualifiziert werden – es ist in dieser Zeit faktisches Organ.[180] Das gleiche Prinzip gilt für eine ungültig mit der Geschäftsführung betraute Person; auch diese kann mangels gültiger Betrauung mit der Geschäftsführung nicht als materielles Organ qualifiziert werden und ist deshalb faktisches Organ.[181] Schliesslich müssen die Aufgaben oder Kompetenzen, durch deren Übertragung eine Person zum materiellen Organ wird, eine solche Qualität aufweisen, dass eine Person, die diese Aufgaben oder Kompetenzen usurpiert, als faktisches Organ zu qualifizieren wäre.[182]

Vogel vertritt die Ansicht, ein fehlerhaft bestelltes vermeintliches formelles oder materielles Organ hafte als faktisches Organ nur im Rahmen der Aufgabenbereiche, die es tatsächlich wahrgenommen hat.[183] Diese Ansicht ist abzulehnen. Sowohl die betreffende Person als auch die übrigen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder und die weiteren Stakeholder der Gesellschaft handeln in der Vorstellung, die betreffende Person habe alle Pflichten eines gültig bestellten formellen oder materiellen Organs. Anders formuliert hat die betreffende Person eine Garantenstellung, die auch eine Haftung für Unterlassungen rechtfertigt, in Bezug auf alle Aufgabenbereiche, die ein gültig bestelltes formelles oder materielles Organ hätte. Die Begründung der Garantenstellung beim ungültig gewählten Verwaltungsratsmitglied oder ungültig mit der Geschäftsführung betrauten Geschäftsleitungsmitglied durch die vermeintliche Wahl bzw. Delegation anstelle vom Tätigwerden in bestimmten Geschäftsführungsbereichen ist ein Sonderfall, der von den diesbezüglichen allgemeinen Grundsätzen[184] abweicht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das fehlerhaft bestellte formelle oder materielle Organ gegenüber dem gültig bestellten privilegiert werden sollte. Weiter ist nicht ersichtlich, weshalb das Untätigbleiben eines vermeintlichen formellen oder materiellen Organs im Rah-

---

173 BGE 136 III 14 B.
174 BGE 136 III 14 E. 2.4.
175 BGE 136 III 14 E. 2.4.
176 S. zum Kriterium der «dauernden Befugnis» allgemein: Ziff. III.5.
177 BGE 136 III 14 E. 2.4.
178 S. Ziff. III.5.

179 S. zur *ex tunc* Wirkung der Anfechtungsklage nach Art. 706 OR: BGE 147 III 126 E. 3.3.1; 138 III 204 E. 4.1; BSK OR II-Dubs/Truffer, Art. 706 N 25; ZK-Tanner, Art. 706 OR N 199.
180 Peter V. Kunz, Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, in: Jusletter 29. Juni 2015, 79 f.; Vogel (FN 6), 329; Wyttenbach (FN 3), 333.
181 Vogel (FN 6), 329; Wyttenbach (FN 3), 343 f.
182 S. Ziff. III. *Ingress*.
183 Vogel (FN 6), 329.
184 S. zu den allgemeinen Grundsätzen bezüglich der Pflichtverletzung durch Unterlassen und der Garantenstellung: Ziff. IV.1.2.

men seiner vermeintlichen Aufgabenbereiche zu einer Beschränkung des Verantwortlichkeitsbereichs dieser Person führen sollte. Dass seine Lösung bei weitgehender Untätigkeit nicht zu befriedigen vermag, ist sich Vogel selbst bewusst.[185] Das fehlerhaft bestellte formelle oder materielle Organ hat m.E. denselben Verantwortlichkeitsbereich, den es bei gültiger Bestellung oder Übertragung der Geschäftsführung gehabt hätte.

VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend enthält der vorliegende Aufsatz die folgenden Erkenntnisse:

Der Kern der bundesgerichtlichen Formel beschreibt faktische Organe als «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen». Einige Bundesgerichtsurteile erweitern die Formel mit den Kriterien, die Person müsse die dauernde Befugnis haben, über die Erledigung des Tagesgeschäfts hinausgehende Entscheide zu treffen; ihre Entscheidungskompetenz müsse selbständig und unabhängig erscheinen; und sie müsse in der Lage gewesen sein, den Eintritt des Schadens zu verhindern.

Als tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide im Sinne der bundesgerichtlichen Formel gelten solche, die nach der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung einem formellen Organ vorbehalten wären. Die Geschäftsführung im Sinne der Formel bezeichnet Tätigkeiten, die potenziell schicksalsbestimmend sind für eine Gesellschaft.

Das Element, wonach eine «dauernde Befugnis» Voraussetzung für die Begründung einer faktischen Organschaft sei, ist abzulehnen. Auch eine einmalige oder punktuelle Befassung mit der Geschäftsführung kann eine faktische Organschaft begründen.

Der Verantwortlichkeitsbereich eines faktischen Organs beschränkt sich grundsätzlich auf die Bereiche der Geschäftsführung, in denen es tätig wurde. Innerhalb dieses Bereichs hat das faktische Organ dieselben Pflichten, die auch ein materielles oder formelles Organ hätte. Eine Pflichtverletzung des faktischen Organs durch Unterlassung ist möglich, allerdings nur, wenn zuvor eine Garantenstellung begründet wurde und nur im Verantwortlichkeitsbereich des betreffenden faktischen Organs.

---

185 Vogel (FN 6), 329, FN 381.