

EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX

Neue Entwicklungen

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX

Neue Entwicklungen

Schulthess § 2019

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2019
ISBN 978-3-7255-8028-6

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Anforderungen an den Sanierungsplan 7

Dr. iur. Oliver Kälin, Rechtsanwalt, LL.M., kaelin.legal, Zürich

Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung 21

Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, Rechtsanwalt, LL.M., Baker McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St.Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister, und
Dr. iur. Markus Wolf, Rechtsanwalt, LL.M., Baker McKenzie Zurich

Grundriss des prepacks 45

Dr. iur. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Baur Hürlimann AG, Zürich, und
Zeno Schönmann, Rechtsanwalt, Baur Hürlimann AG, Zürich

Kryptowährungen in der Insolvenz 51

Dr. iur. Benedikt Maurenbrecher, Rechtsanwalt, MBA, Partner bei Homburger AG, Zürich, und
Dr. iur. Urs Meier, Rechtsanwalt, LL.M., Homburger AG, Zürich

Ein Sanierungsrecht für Versicherungen 75

Dr. iur. Michel Kähr, Rechtsanwalt, Abteilungsleiter Geschäftsbereich Versicherungen, Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern

Zahlungsunfähigkeit in der aktienrechtlichen Sanierung 99

Dr. iur. Christian Hachmann, Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Bülach

Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung

Lukas Glanzmann/Markus Wolf*

Inhalt

I. Ausgangslage 22

II. Schaden aus Konkursverschleppung 22
1. Allgemeines 22
2. Gläubigerschaden aus Konkursverschleppung 23
3. Rangrücktritt im Besonderen 25
4. Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis 26
a) Zum Fortführungsschaden 26
b) Zum Rangrücktritt 27
c) Zwischenfazit 28

III. Aktivlegitimation der Gläubiger 28
1. Ausgangslage 28
2. Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis 30

IV. Passivlegitimation der faktischen Organe 31
1. Allgemeines 31
2. Konzernobergesellschaft 33
3. Konzernleitungsmitglieder 34
4. Nicht operativ tätige Mitglieder des Konzernverwaltungsrats 34
5. Kreditgebende Banken 34

V. Pflichtwidrigkeit der faktischen Organe 36
1. Allgemeines 36
2. Keine Pflicht zur selbständigen Benachrichtigung des Richters 37
3. Abhalten des Verwaltungsrats von der Benachrichtigung des Richters 37
4. Unterlassen der Information des Verwaltungsrats 38

VI. Adäquater Kausalzusammenhang 40

VII. Schlussfolgerungen 41

Literaturverzeichnis 42

* Die Autoren danken Merens Derungs, M.A. HSG (Law & Economics), für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com und/oder markus.wolf@bakermckenzie.com entgegengenommen.

I. Ausgangslage

Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, inwieweit faktische Organe einer Schweizer Aktiengesellschaft für Schäden aus Konkursverschleppung haften. Eine Konkursverschleppung liegt vor, wenn die Organe einer Gesellschaft ihrer Pflicht zur Benachrichtigung des Richters nicht rechtzeitig nachkommen und deshalb der Konkurs über die Gesellschaft verspätet eröffnet wird. Die Eröffnung des Konkurses wird im vorliegenden Zusammenhang also vorausgesetzt; demnach wird die Frage, ob während der Verschleppungsphase schon vor der Konkurseröffnung ein Schaden eintreten kann und wer zu dessen Geltendmachung legitimiert wäre, nicht geprüft.

In einem ersten Schritt wird geklärt, inwiefern aus einer Konkursverschleppung ein Schaden resultieren kann. Ein besonderes Augenmerk verdient dabei die Frage, ob Verbindlichkeiten, die einem Rangrücktritt unterstehen, ebenfalls zum ersatzfähigen Schaden gehören.

In einem zweiten Schritt wird sodann auf die Aktiv- und Passivlegitimation für die Geltendmachung etwaiger Schäden eingegangen. Eng damit verbunden ist auch die Frage nach der Verletzung der Sorgfaltspflichten sowie des adäquaten Kausalzusammenhangs. Dabei wird untersucht, inwiefern faktische Organe für eine Konkursverschleppung haften. Nicht näher eingegangen wird auf die Haftung der Verwaltungsratsmitglieder und der Revisionsstelle.

II. Schaden aus Konkursverschleppung[1]

1. Allgemeines

Erste Voraussetzung jeder Haftung ist, dass ein Schaden eingetreten ist. Im Verantwortlichkeitsrecht wird bei einer Schädigung von Gläubigern zwischen direkten und indirekten Schäden unterschieden. Ein direkter Schaden liegt vor, wenn dieser unmittelbar im Vermögen des Gläubigers eintritt.[2] Demgegenüber spricht man von einem indirekten oder mittelbaren Schaden des Gläubigers, wenn die Gesellschaft durch eine Eigenkapitalreduktion geschädigt wird.[3] Für Gläubiger ist eine indirekte Schädigung

1 Die Ausführungen dieses Abschnitts basieren auf GLANZMANN, Haftungsrisiken, 256-266.

2 BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E 4.2; BGE 132 III 564 E. 3.1.1 = Pra 2007 Nr. 57; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 14.

3 BAUM/VON DER CRONE, 236, die aber den Begriff „Reflexschaden" bevorzugen.

erst im Konkurs der Gesellschaft rechtlich relevant,[4] für Aktionäre dagegen bereits vor Konkurseröffnung.[5]

Eine Konkursverschleppung ist gegeben, wenn der Verwaltungsrat den Richter nicht in jenem Zeitpunkt benachrichtigt, in dem er dies nach Art. 725 Abs. 2 OR tun müsste. Erleidet die Gesellschaft ab diesem Zeitpunkt bis zur Konkurseröffnung weitere Verluste, dann entsteht ein sogenannter „Fortführungsschaden" zufolge Konkursverschleppung.[6] Dieser besteht in der Differenz zwischen der Überschuldung, die eine Gesellschaft bei rechtzeitiger Konkurseröffnung gehabt hätte und der Überschuldung, die sie tatsächlich hat.[7] Massgebend für die Ermittlung der hypothetischen Überschuldung im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht ist die Bilanz zu Veräusserungswerten.[8]

Wenn die Überschuldung während der Verschleppungsphase ab- oder zumindest nicht zunimmt, dann kann folgerichtig kein Fortführungsschaden der Gesellschaft vorliegen.[9]

2. Gläubigerschaden aus Konkursverschleppung

Der durch eine Konkursverschleppung erzeugte Schaden der Gläubiger ist wie der Fortführungsschaden der Gesellschaft zu ermitteln. Damit entspricht er der Differenz zwischen dem Betrag, den die Gläubiger bei rechtzeitiger Konkurseröffnung erhalten hätten und dem Betrag, den sie tatsächlich erhalten.[10] Für die Bestimmung des Schadens aufgrund einer Konkursverschleppung ist zwischen sog. Neu- und Altgläubigern zu unterscheiden.

---

4 BGE 131 III 306 E. 3.1.1; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 25.

5 BGE 142 III 23 E. 3.1; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 15; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 15.

6 In der Literatur auch als Konkursverschleppungs-, Verschleppungs- oder Fortsetzungsschaden bezeichnet. Vgl. zum Begriff in Rechtsprechung und Lehre: BGE 132 III 342 E. 2.3.3; 136 III 322 E. 3.2; BGer 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012, E. 3; BGer 4A_632/2012 vom 21. Februar 2013, E. 2.4; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 369 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 22. Zum Fortsetzungsschaden allgemein vgl. auch SUTER, Schaden, 185-217 und 249-263 (mit einer umfassenden Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Lehre und Vorschlägen zur Behandlung des Fortführungsschadens *de lege lata* und *de lege ferenda*).

7 BGE 132 III 342 E. 2.3.3; 136 III 322 E. 3.2; BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012, E. 2.1 sowie BGer 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012, E. 3.

8 BGE 136 III 322 E. 3.2.1; BGer 4A_478/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 4.2. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 369a.

9 Vgl. BGer 4A_251/2013 vom 11. November 2013, E 2.4.4.; BGE 142 III 23 E. 4.4.; BAUM/VON DER CRONE, 237.

10 BGE 136 III 322 E. 3.2.

Gläubiger, die ihre Gläubigerstellung erst während der Phase der Konkursverschleppung erlangen (sog. „Neugläubiger"), erleiden durch die Konkursverschleppung einen Schaden in voller Höhe ihres Verlusts. Diese Gläubiger hätten nämlich ihre Forderung gar nie erworben, wenn der Konkurs über die Gesellschaft rechtzeitig eröffnet worden wäre, weil die Gesellschaft nicht mehr im Geschäftsverkehr aufgetreten wäre.[11]

Während ein Neugläubiger durch eine Konkursverschleppung immer geschädigt wird, ist dies bei Gläubigern, die schon zu Beginn der Verschleppungsphase eine Forderung hatten (sog. „Altgläubiger"), nicht der Fall. Diese erleiden nämlich selbst dann einen Schaden, wenn die Konkurseröffnung rechtzeitig erfolgt und damit keine Konkursverschleppung vorliegt.[12] Dies ergibt sich aus dem System der Fortführungs- und Veräusserungswerte in Verbindung mit der Vorgabe von Art. 725 Abs. 2 OR, dass ein Konkurs erst dann zu eröffnen ist, wenn die Gesellschaft sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten überschuldet ist. Liegt also nur zu Veräusserungs-, nicht aber zu Fortführungswerten eine Überschuldung vor, so ist der Gesellschaft der Gang zum Richter vorerst erspart.[13] Sobald sie aber auch zu Fortführungswerten überschuldet ist, muss der Richter gemäss Art. 725 Abs. 2 OR benachrichtigt werden. Damit findet ein Wechsel auf Veräusserungswerte statt, weil in einem Konkursverfahren zumeist nur diese erhältlich sein werden. Da eine Bilanz zu Veräusserungswerten in aller Regel ein wesentlich tieferes Eigenkapital ausweist als eine Bilanz zu Fortführungswerten, erleiden die Gläubiger in den meisten Fällen selbst dann einen Schaden, wenn der Richter rechtzeitig benachrichtigt wird.[14]

Unter der Annahme, dass der Fortführungsschaden der Gesellschaft liquidiert werden kann, kann der Schaden der Altgläubiger aus Konkursverschleppung sogar abnehmen. Ob der Schaden der Altgläubiger aufgrund einer Konkursverschleppung kleiner wird, hängt davon ab, ob der zusätzliche Gesellschaftsschaden durch eine Abnahme von Aktiven oder eine Zunahme von Passiven begründet wird. Folgendes Beispiel mag dies verdeutlichen:

Im Zeitpunkt, in dem eine Gesellschaft den Richter benachrichtigen müsste, verfügt diese über Aktiven von 100 und Fremdkapital von 200 (Veräusserungswerte). Die

---

11 Vgl. zu diesem Aspekt BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 369b und SUTER, Schaden, 254 f., die in Bezug auf die Bestimmung des Schadens der Neugläubiger dafür plädiert, die gesamten Forderungen der Neugläubiger heranzuziehen.

12 GLANZMANN, Haftungsrisiken, 259. Ein Konkurs ohne Gläubigerschaden ist definitionsgemäss undenkbar, denn wenn alle Forderungen getilgt sind, ist der Konkurs zu widerrufen (Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG).

13 Unter der Voraussetzung, dass die Gesellschaft noch zu Fortführungswerten bilanzieren darf. Nach Art. 958a Abs. 2 OR sind der Rechnungslegung für die betreffenden Unternehmensteile nämlich Veräusserungswerte zugrunde zu legen, wenn die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar ist.

14 Vgl. dazu ausführlich GLANZMANN, Haftungsrisiken, 256-259.

Gläubiger sind also zu 50% gedeckt.[15] Während der Phase der Konkursverschleppung nimmt die Überschuldung dieser Gesellschaft um 50 zu, d.h., der Gesellschaftsschaden aus Konkursverschleppung beträgt 50. Es wird angenommen, dass dieser Gesellschaftsschaden von den Organen gedeckt werden kann und die 50 ebenfalls an die Gläubiger verteilt werden können.

Basiert dieser Gesellschaftsschaden auf einer Abnahme von Aktiven, dann betragen diese neu 50 und die Deckungsquote der Gläubiger reduziert sich vorerst auf 25%. Da dieser Schaden aber von den Gesellschaftsorganen beglichen wird, wird das Haftungssubstrat wieder auf 100 erhöht, weshalb die Forderungen der Gläubiger letztlich immer noch zu 50% gedeckt sind. Die Deckungsquote bleibt somit gleich.

Resultiert die Zunahme der Überschuldung hingegen nicht aus einer Reduktion von Aktiven, sondern aus einer Zunahme von Fremdkapital, dann steht den Aktiven von 100 ein Fremdkapital von 250 gegenüber. Entsprechend sinkt die Deckungsquote der Gläubiger auf 40%. Weil aber auch hier die Gesellschaftsorgane einen Schadenersatz von 50 leisten, erhöht sich das Haftungssubstrat auf 150, was zu einer Deckungsquote der Gläubiger von 60% führt.

Schliesslich ist bemerkenswert, dass sich die Deckungsquote der Gläubiger selbst dann ändern kann, wenn sich die Überschuldung der Gesellschaft nicht verändert, und damit auch kein Gesellschaftsschaden vorliegt.[16] Reduzieren sich z.B. die Aktiven und Passiven um je 50, dann bleibt die Überschuldung der Gesellschaft gleich. Dennoch vermindert sich die Deckungsquote der Gläubiger auf 33⅓%. Umgekehrt steigt die Deckungsquote der Gläubiger auf 60%, wenn sich die Aktiven und Passiven um je 50 erhöhen, obwohl auch in diesem Fall die Überschuldung konstant bleibt.[17]

3. Rangrücktritt im Besonderen

Eine besondere Beachtung gebührt Forderungen, die mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR belastet sind. Das Bundesgericht stellt dazu zwar richtigerweise fest, dass mit einem Rangrücktritt die entsprechenden Schulden der Gesellschaft nicht entfallen,[18] schliesst daraus aber fälschlicherweise, dass auch solche Verbind-

---

15 Es wird davon ausgegangen, dass die Aktiven unbelastet sind und sämtliche Gläubiger in der 3. Klasse kolloziert werden.

16 BAUM/VON DER CRONE, 237.

17 Vgl. dazu ausführlich GLANZMANN, Haftungsrisiken, 261-266.

18 BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 4.3; BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3; BGer 4A_478/2008 vom 16. Dezember 2008, E. 4.2.

lichkeiten für die Ermittlung des Gesellschaftsschadens zu berücksichtigen seien.[19] Anhand des obigen Beispiels kann dies zu folgendem Ergebnis führen:

Geht man davon aus, dass ein Gläubiger während der Verschleppungsphase einen Rangrücktritt für eine Forderung von 50 erklärt, dann würde – bei ansonsten gleichbleibenden Verhältnissen – das nicht nachrangige Fremdkapital auf 150 sinken. Damit erhöhte sich die Deckungsquote der nicht nachrangigen Gläubiger von 50% auf 66⅔%, während die Deckungsquote des im Rang zurückgetretenen Gläubigers 0% beträgt. Erhöht sich die Überschuldung in der gleichen Zeit um 50 durch eine Zunahme von Fremdkapital, so wäre das nicht nachrangige Fremdkapital wieder 200 und die Deckungsquote der nicht nachrangigen Gläubiger immer noch bei 50%. Zählt nun aber die nachrangige Verbindlichkeit ebenfalls zum Gesellschaftsschaden und kann dieser liquidiert werden, dann steigen die Aktiven auf 150 und die Deckungsquote der nicht nachrangigen Gläubiger auf 75%, während der nachrangige Gläubiger immer noch leer ausgeht. Dieses Szenario kann z.B. eintreten, wenn ein Aktionär der Gesellschaft während der Verschleppungsphase ein nachrangiges Darlehen gewährt und die entsprechenden Mittel verbraucht werden. Würden diese Mittel hingegen als formelles Eigenkapital zur Verfügung gestellt, dann würde die Überschuldung nicht zunehmen, weshalb es keinen Gesellschaftsschaden zu liquidieren gäbe und die Gläubiger immer noch eine Konkursdividende von 50% erhielten.

4. Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis

a) Zum Fortführungsschaden

Die obenstehenden Beispiele verdeutlichen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Fortführungsschaden in verschiedener Hinsicht zu fragwürdigen Resultaten führt.

Wenn der Fortführungsschaden aus einer Zunahme des Fremdkapitals resultiert und erfolgreich liquidiert werden kann, dann erhöht sich die Konkursdividende der Altgläubiger. Dies ergibt sich daraus, dass der Fortführungsschaden dem Betrag der Forderungen der Neugläubiger entspricht, der geleistete Schadenersatz aber allen Gläubigern zusteht. Dies führt unweigerlich dazu, dass die Altgläubiger mehr erhalten, als sie bei einer rechtzeitigen Konkurseröffnung erhalten hätten. Für sie hat die Konkursverschleppung geradezu wohltuende Folgen, wenn der Gesellschaftsschaden durch die Organe gedeckt wird.

Demgegenüber tragen die während der Verschleppungsphase neu hinzukommenden Gläubiger die Hauptlast der Verschleppung. Diese Neugläubiger wären bei einer recht-

[19] BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3. Vgl. die Kritik dazu bei HIRSCH, 413 f., BAUMGARTNER/CAMPONOVO, 1037 f. sowie JACQUEMOUD/PASQUIER, Postposition, 294-300 und JACQUEMOUD/PASQUIER, Responsabilité, 290. Zustimmend jedoch SUTER, Schaden, 258.

zeitigen Konkurseröffnung gar nie Gläubiger geworden, wie oben gezeigt wurde.[20] Dennoch werden sie in einem Konkurs der Gesellschaft gleich behandelt wie die Altgläubiger. Hinzu kommt, dass ihnen das Bundesgericht auch noch verwehrt, gegenüber den Organen einen direkten Schaden geltend zu machen, sofern die Gesellschaft durch die Konkursverschleppung ebenfalls einen Schaden erleidet;[21] gemäss aktueller Rechtsprechung wäre dies nur möglich, wenn Art. 725 Abs. 2 OR eine Norm wäre, die *ausschliesslich* die Gläubiger schützt. Das Bundesgericht hat aber Art. 725 Abs. 2 OR diesen ausschliesslichen Schutznormcharakter abgesprochen.[22] In der früheren Rechtsprechung war zu Recht allgemein anerkannt, dass diese Neugläubiger einen direkten Schaden erleiden, den sie auch geltend machen können.[23]

b) Zum Rangrücktritt

Gleichfalls schwer nachzuvollziehen ist die bundesgerichtliche Praxis zu den nachrangigen Verbindlichkeiten. Wie bereits erwähnt, werden diese auch zum relevanten Schaden gezählt. Aus diesem Grund kann der betreffende Betrag im Konkurs ebenfalls liquidiert werden, obwohl die nicht nachrangigen Gläubiger nicht einmal eine Verminderung ihrer Deckungsquote erfahren. Dank der Schadenersatzzahlung können sie sodann ihre Deckungsquote ungerechtfertigterweise erhöhen. Dies führt nicht nur zu einer eklatanten Ungleichbehandlung im Vergleich zu einer Finanzierung mittels Eigenkapital, sondern auch zu einem viel grösseren Haftungsrisiko der Organe. Dem Zweck des Rangrücktritts als wirtschaftliches Eigenkapital,[24] wie er in Art. 725 Abs. 2 OR konzipiert ist, entspricht dies kaum[25] und sollte auch nicht als Nebeneffekt hingenommen werden müssen.[26]

In der aktuellen Aktienrechtsrevision wollte der Bundesrat diesen Missstand beheben. Die entsprechende Bestimmung ist allerdings – nicht ganz zu Unrecht – im Nationalrat durchgefallen.[27] In der Praxis behilft man sich bis auf weiteres damit, dass bei Finanzierungen mittels nachrangigen Darlehen durch nahestehende Personen auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung bzw. der Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung hin ein Forderungsverzicht ausgesprochen wird.[28] Folglich erlischt die

---

20 Vgl. dazu oben II.2.

21 Vgl. dazu unten III.1.

22 BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 180 E. 2c.

23 Vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung in BGE 122 III 176 E. 7c. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 14; WATTER/TRUFFER, 1582.

24 Vgl. MÜLLER, Rz 35; SCHENKER, Anzeigepflichten, 141.

25 BAUMGARTNER/CAMPONOVO, 1038.

26 GLANZMANN, Haftungsrisiken, 265.

27 Vgl. Art. 757 Abs. 4 E-OR und die Kritik dazu u.a. bei GLANZMANN, Zahlungsunfähigkeit, 400.

28 Vgl. Ziff. 1 des Musterdokuments Rangrücktritt von EXPERTsuisse und JACQUEMOUD/PASQUIER, Postposition, 300.

Verbindlichkeit der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bzw. der Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung und kann nicht mehr als Schaden geltend gemacht werden. Für den unwahrscheinlichen Fall, dass der Verwertungserlös den Betrag sämtlicher nicht nachrangiger Gläubigerforderungen übersteigt, wird gleichzeitig vereinbart, dass die mit einem Rangrücktritt belegte Forderung rückwirkend wieder auflebt.[29] Damit wird ein etwaiger Mittelabfluss an die Aktionäre verhindert, bevor alle Verbindlichkeiten gedeckt sind.

c) Zwischenfazit

Infolge der aufgeführten Gründe ist es angezeigt, den zurzeit vom Bundesgericht vertretenen Ansatz zur Schadensberechnung für Gläubigerschäden zu überdenken. Beim Fortführungsschaden könnte die Höhe der Konkursdividende für die Gläubiger alternativer Anknüpfungspunkt sein; der Fortführungsschaden wäre demnach so zu bemessen, dass die tatsächliche Konkursdividende der Altgläubiger gleich hoch ist, wie wenn der Richter rechtzeitig benachrichtigt worden wäre. Dies würde gleichzeitig erfordern, dass die Behandlung der Neugläubiger überdacht wird.[30] Diese werden nämlich in der aktuellen Bundesgerichtspraxis ungerechtfertigterweise gleich behandelt wie die Altgläubiger, was ihren Interessen nicht gerecht wird.[31]

III. Aktivlegitimation der Gläubiger[32]

1. Ausgangslage

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen nicht nur der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären, sondern auch den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

---

[29] Unbestimmt bezüglich des Zeitpunkts des Forderungsverzichts Ziff. 1 des Musterdokuments Rangrücktritt von EXPERTsuisse, der wie folgt lautet: „Für den Fall der Konkurseröffnung (Art. 175, Art. 192 SchKG) und für den Fall der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 317 SchKG) verzichtet der Gläubiger auf die genannten Forderungen in dem Umfang, in dem das Verwertungsergebnis zur vollen Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger und zur Deckung allfälliger Liquidations-, Stundungs- oder Konkurskosten benötigt wird."

[30] Zu prüfen wäre auch, ob Altgläubiger, die während der Verschleppungsphase neue Forderungen erwerben, während ihre alten Forderungen beglichen werden, ebenfalls als Neugläubiger gelten würden.

[31] GLANZMANN, Haftungsrisiken, 265.

[32] Die Ausführungen dieses Abschnitts basieren auf GLANZMANN, Haftungsrisiken, 249-252.

Die Klagelegitimation der Gläubiger wird einerseits durch das Gesetz relativiert. Anderseits gibt es eine Anzahl höchstrichterlicher Entscheide, die sich damit befassen. Dabei hat das Bundesgericht in den letzten 25 Jahren verschiedene Praxisänderungen vorgenommen, welche nicht nur der Rechtssicherheit abträglich waren, sondern auch einen roten Faden vermissen lassen.[33]

Hinsichtlich des mittelbaren Schadens statuiert Art. 756 Abs. 1 OR, dass vor einem Konkurs – bzw. vor der Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung[34] – neben der Gesellschaft nur die Aktionäre berechtigt sind, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Den Gläubigern steht in dieser Phase richtigerweise kein Recht zu, einen mittelbaren Schaden geltend zu machen, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht geschädigt sind.[35]

Im Konkurs bzw. in der Nachlassliquidation der Gesellschaft steht die Berechtigung einen Gesellschaftsschaden einzuklagen, zunächst einmal der Konkursverwaltung bzw. – in der Nachlassliquidation – dem Liquidator zu.[36] Erst wenn diese auf die Verfolgung der Ansprüche verzichten, sind gemäss Art. 757 Abs. 2 OR (nebst den Aktionären) auch die Gesellschaftsgläubiger je einzeln zur Klage legitimiert. Ein Gläubiger, der sich den Anspruch abtreten lässt, kann dabei nicht mehr und nichts anderes verlangen, als es die Konkursverwaltung in Vertretung der Konkursmasse könnte.[37] Aus diesem Grund kann er z.B. nicht geltend machen, dass durch eine Darlehensrückzahlung das Verwertungssubstrat vermindert worden sei. Eine Darlehensrückzahlung führt nämlich zu keinem Gesellschaftsschaden, weil sie keinen Einfluss auf die Höhe des Eigenkapitals der Gesellschaft hat.[38]

Bei einem unmittelbaren Schaden ist die Klagelegitimation der Gläubiger nicht aufgrund des Gesetzes, sondern wegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Einschränkungen unterworfen. Zwar können die Gläubiger die Organe jederzeit auf Ersatz des Schadens einklagen, der „unmittelbar und einzig“ in ihrem Vermögen eingetreten ist.[39] Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn durch die schädigende Handlung nicht gleichzeitig auch die Gesellschaft geschädigt worden ist. Hat hingegen nebst

---

33 Vgl. dazu die Darstellung der Rechtsprechung bei MÜLLER/KIESER, 114 f.

34 Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist dem Konkurs gleichgestellt. Vgl. BGE 117 II 432 E.1b/ii; 122 III 166 E. 3b/aa m.w.N. Siehe zudem RASCHEIN, 358; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 77 f., 100 und 116; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 282; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 757 OR N 3. Anderes gilt jedoch für den Prozentvergleich (vgl. BGE 122 III 166 E. 3b/bb und BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 283).

35 BaK-GERICKE/WALLER, Art. 756 OR N 2; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 14 N 104 sowie die Nachweise oben in FN 3.

36 Art. 757 Abs. 1 OR.

37 BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 3.4.

38 BGE 142 III 23 E. 4.4 bestätigt in BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 3.3; siehe auch BAUM/VON DER CRONE, 241.

39 BGer 4A_623/2017 vom 24. August 2018, E. 4.2. Vgl. dazu auch BAUM/VON DER CRONE, 238.

dem Gläubiger auch die Gesellschaft selbst einen Schaden erlitten, kann der Gläubiger seinen direkten Schaden im Konkurs bzw. in der Nachlassliquidation nur ausnahmsweise geltend machen. Voraussetzung dafür ist, dass der entsprechende Anspruch auf einer *ausschliesslich* die Gläubiger schützenden aktienrechtlichen Norm, auf einem widerrechtlichen Verhalten i.S.v. Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* beruht.[40] Damit soll ein Wettlauf zwischen den Gläubigern und der Konkursverwaltung zur Geltendmachung ihrer Ansprüche verhindert werden.[41]

2. Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis

Die durch das Bundesgericht vorgenommene Einschränkung der Aktivlegitimation im Konkurs kann zu problematischen Ergebnissen führen. Dies kann wiederum am oben erwähnten Beispiel dargestellt werden:

Es wird davon ausgegangen, dass ein Neugläubiger der Gesellschaft während der Phase der Konkursverschleppung ein Darlehen von 50 gewährt. Werden diese Mittel verbraucht, nimmt die Überschuldung der Gesellschaft um 50 zu. Vor Verantwortlichkeitsansprüchen verfügt die Gesellschaft somit über Aktiven von 100 und Fremdkapital von 250, d.h. die Deckungsquote beträgt 40%. Für die Klagelegitimation des Neugläubigers ist nun entscheidend, welche Vermögen durch die Konkursverschleppung geschädigt werden. Im konkreten Fall ist einerseits das Vermögen der Gesellschaft betroffen, da ihr Eigenkapital um 50 reduziert wird. Gleichzeitig erleidet der Neugläubiger aber einen eigenen unmittelbaren Schaden. Weil beide Vermögen betroffen sind, steht dem Neugläubiger im Konkurs der Gesellschaft der Klageweg nur offen, wenn ein widerrechtliches Verhalten i.S.v. Art. 41 OR bzw. ein Tatbestand der *culpa in contrahendo* vorliegt oder eine *ausschliesslich* die Gläubiger schützende aktienrechtliche Norm verletzt ist. Da nach Ansicht des Bundesgerichts der bei einer Konkursverschleppung verletzte Art. 725 Abs. 2 OR keine ausschliesslich die Gläubiger schützende Norm ist,[42] ist der Neugläubiger nicht legitimiert, seinen unmittelbaren Schaden einzuklagen. Die Gesellschaft kann ihren eigenen Schaden dagegen geltend machen. Gelingt ihr dies, verfügt sie über Aktiven von 150 und Passiven von 250. Daraus ergibt sich eine Deckungsquote von 60% und der Neugläubiger erhält schliesslich eine Konkursdividende von 30. Er erleidet also einen nicht gedeckten Schaden von 20.

Geht man im vorstehenden Beispiel nun davon aus, dass die Überschuldung der Gesellschaft in der Phase der Konkursverschleppung nicht zunimmt, sondern stabil bleibt, dann erleidet die Gesellschaft während der Konkursverschleppung keinen Schaden. Der Neugläubiger wird aber auch in diesem Fall geschädigt, denn er hätte

---

40 BGE 122 III 176 E. 7b; 131 III 306 E. 3.1.2; 132 III 564 E. 3.2.3 = Pra 2007 Nr. 57; siehe auch BAUM/VON DER CRONE, 239 f.; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 14 N 109.

41 BAUM/VON DER CRONE, 241.

42 Vgl. dazu die Nachweise auf die Rechtsprechung in FN 23.

das Darlehen gar nicht mehr gewähren können, wenn die Gesellschaft rechtzeitig den Richter benachrichtigt hätte.[43] Weil durch die Konkursverschleppung aber die Gesellschaft nicht geschädigt wurde, kann der Gläubiger seinen ganzen unmittelbaren Schaden einklagen. Auf diese Weise besteht die Chance, dass er sich vollständig schadlos halten kann und sein Darlehen von 50 zurückerhält. Daraus ergibt sich für den Gläubiger eine Verbesserung um 20 im Vergleich zur ersten Variante. Diese 20 wurden in der ersten Variante vom Neu- auf die Altgläubiger umverteilt, was alleine auf die fehlende Klagelegitimation des Neugläubigers zurückzuführen ist.

Dieses Beispiel verdeutlicht, dass die Klagelegitimation der Gläubiger bei einer Konkursverschleppung mitunter vom Zufall abhängt.[44] Entscheidend ist jeweils, ob durch die schädigende Handlung nebst dem Gläubiger auch die Gesellschaft geschädigt wurde. Dieser Umstand dürfte an sich keinen Einfluss auf die Klagelegitimation eines Neugläubigers haben. Dennoch hat dieser Zufall weitreichende Konsequenzen für die Neu- und Altgläubiger. Letztere können nämlich bei fehlender Klagelegitimation der Neugläubiger ihre Position auf deren Kosten verbessern. Auch dieser Fall verdeutlicht, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Aktivlegitimation überdacht werden sollte.[45]

IV. Passivlegitimation der faktischen Organe

1. Allgemeines

Die Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation einer Aktiengesellschaft beschränkt sich nicht auf die Mitglieder des Verwaltungsrates. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR, der mit der Formulierung „alle mit der Geschäftsführung […] befassten Personen" auf einen funktionellen Organbegriff

43 Vgl. dazu oben II.2.

44 Ebenfalls kritisch BAUM/VON DER CRONE, 246 f.

45 Vgl. dazu die umfassende Kritik von BAUM/VON DER CRONE, insb. 243-248.

abstellt.[46] Entsprechend zählen Lehre[47] und Rechtsprechung[48] neben den formellen[49] und materiellen[50] auch die faktischen Organe zum Kreis der Haftpflichtigen. Faktische Organe sind Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.[51]

Primäres Erfordernis einer faktischen Organstellung ist die Einflussnahme auf Verwaltung oder Geschäftsführung in organtypischer Weise.[52] Dabei geht es immer um das eigentliche Entscheiden. Nicht ausreichend ist eine blosse Mithilfe bei der Entscheidfindung.[53] Zudem ist eine gewisse Dauer der Einflussnahme vorauszusetzen. Ein Handeln im Einzelfall vermag noch keine Organhaftung zu begründen.[54]

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Organverantwortlichkeit 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.[55] In einer anderen Formulierung verlangt das Bundesgericht, die Person müsse in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnehmen.[56] In jedem Fall ist

---

46 VETTER, 16; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 5.

47 Statt vieler BÄRTSCHI, 95; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 109; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 7 und N 657-675; DERS., Organbegriff, 129; FORSTMOSER/CARBONARA/HUNZIKER, 39 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 2 und 4; GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 161; NIKITINE, 81; VETTER, 68; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 4 f.

48 BGE 136 III 14 E. 2.4; 132 III 523 E. 4.5; 128 III 92 E. 3a; 128 III 29 E. 3a; 124 III 418 E. 1b; 122 III 225 E. 4b; 117 II 570 E. 3; 117 II 432 E. 2b; 107 II 349 E. 5a; BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015, E. 4.2.3.; BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 6.2; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

49 Als formelle Organe gelten die Mitglieder des Verwaltungsrats, unabhängig davon, ob sie sich mit der Geschäftsführung befassen und ob sie im Handelsregister eingetragen sind (BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 4, m.w.N.).

50 Materielle Organe sind diejenigen Personen, die nicht dem Verwaltungsrat angehören, jedoch formell zur Geschäftsführung bestellt wurden (GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 162).

51 Vgl. dazu die Nachweise auf die Rechtsprechung in FN 48.

52 BGE 128 III 92 E. 3a/b; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 109; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 7.

53 BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 29 E. 3a; 117 II 570 E. 3; BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 6.3; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

54 BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 29 E. 3c; BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 6.2; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 109a; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 14 N 43; KUNZ, 182. A.M. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 669; GUTZWILLER/VETTER, 225; VETTER, 166 f.

55 BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 29 E. 3a; 117 II 570 E. 3; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

56 BGE 128 III 29 E. 3a; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.; BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 6.2.

erforderlich, jedoch nicht ausreichend, dass die tatsächlich als Organ handelnde Person den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden verhindern kann.[57]

Nachfolgend soll für ausgewählte Personengruppen dargelegt werden, unter welchen Voraussetzungen das Vorliegen einer faktischen Organstellung zu bejahen wäre.

2. Konzernobergesellschaft

Gemäss h.L.[58] und Rechtsprechung[59] kommen neben natürlichen Personen auch juristische Personen als faktische Organe in Betracht. Im Konzern kann sich eine übergeordnete Gesellschaft namentlich dadurch als faktisches Organ der Untergesellschaft qualifizieren, dass sie sich als herrschende Gesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Untergesellschaft einmischt.[60] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermag eine blosse Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochter allerdings regelmässig noch keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft begründen. Nach Ansicht des höchsten Gerichts entsteht eine faktische Organschaft in der Tochtergesellschaft aber dann, wenn sich bei der Muttergesellschaft (übertragene oder usurpierte) Zuständigkeiten bilden. Zudem muss die Einflussnahme auf die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft aus einer organtypischen Stellung heraus erfolgen.[61]

Eine faktische Organstellung der Konzernobergesellschaft kann sich vor diesem Hintergrund namentlich im Falle der sog. Doppelorganschaft ergeben, d.h. wenn die Organe der Untergesellschaft gleichzeitig Organe der Obergesellschaft sind, und sich in der Eigenschaft als Organ der Obergesellschaft in die Verwaltung und Geschäftsführung der Untergesellschaft einmischen.[62]

---

57 BGE 136 III 14 E. 2.4; 128 III 29 E. 3a; 117 II 432 E. 2b; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1. Vgl. auch die Formulierung in BGE 132 III 523 E. 4.5: *„il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société"*.

58 BÄRTSCHI, 103; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 110; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 109b; DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, § 14 N 45; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 727; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 15; GLANZMANN, Haftungsrisiken, 255; DERS., Pflichten, 24; DERS., Verantwortlichkeitsklage, 163; ISLER, Fragen, 109-111; KUNZ, 178; ROBERTO, 107; VETTER, 201 f.; VOGEL, 350 f. A.M. VON BÜREN, 208 f.; LÄNZLINGER, 197 f.

59 BGE 132 III 523 E. 4.5; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

60 BGE 117 II 570 E. 4a S. 574; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

61 BGE 128 III 92 E. 3a/b S. 94; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

62 BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.2. Vgl. auch SCHENKER, Haftung, 170 f., m.w.N.

3. Konzernleitungsmitglieder

Ob sich Konzernleitungsmitglieder, d.h. materielle Organe der Konzernobergesellschaft, wie beispielsweise der Konzern-CEO oder der Konzern-CFO, als faktische Organe der Untergesellschaft qualifizieren, hängt nach der hier vertretenen Meinung stark von der internen Kompetenzverteilung im jeweiligen Konzern ab. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diesen Personen eine faktische Organstellung zukommen kann, sofern ihnen im Rahmen der Konzernbildung zentrale Kompetenzen[63] auf Stufe Untergesellschaft übertragen wurden und sie diese regelmässig, selbständig und eigenverantwortlich wahrnehmen.[64] Darüber hinaus kann sich die faktische Organschaft von Konzernleitungsmitgliedern auch daraus ergeben, dass sie sich ohne formelle Kompetenzübertragung in organtypischer Weise in die Verwaltung und Geschäftsführung der Untergesellschaft einmischen, d.h. die jeweiligen Kompetenzen usurpieren.

4. Nicht operativ tätige Mitglieder des Konzernverwaltungsrats

Ähnlich gelagert ist die Frage, ob Mitgliedern des Konzernverwaltungsrats, d.h. formellen Organen der Konzernobergesellschaft, die nicht ins operative Tagesgeschäft involviert sind, eine faktische Organstellung auf Stufe Untergesellschaft zukommen kann. Auch hier ist u.E. entscheidend, welche Zuständigkeiten dem Konzernverwaltungsrat im Rahmen der konzerninternen Kompetenzordnung zugewiesen wurden. Kommen dem Konzernverwaltungsrat keine Kompetenzen betreffend Verwaltung und Geschäftsführung der Untergesellschaft zu, so dürfte u.E. die faktische Organschaft der nicht operativ tätigen Mitglieder des Konzernverwaltungsrats häufig zu verneinen sein.[65] Die Wahrnehmung der strategischen Oberleitung des Konzerns durch den Konzernverwaltungsrat ist nach der hier vertretenen Meinung jedenfalls nicht ausreichend, um eine faktische Organstellung der nicht operativ tätigen Mitglieder des Konzernverwaltungsrats auf Stufe Untergesellschaft zu begründen.

5. Kreditgebende Banken

Gemäss überwiegender Lehre und Rechtsprechung qualifiziert sich nicht als faktisches Organ, wer lediglich aufgrund der Ausübung vertraglich eingeräumter Rechte zur Wahrung eigener legitimer Interessen Einfluss auf die Verwaltung und Geschäftsfüh-

---

63 Bspw. im Bereich der finanziellen Führung.

64 Vgl. auch HGer ZH HG130073-O vom 16. März 2018, E. 4.3.3.2.2.c).

65 So auch im jüngsten Entscheid des Zürcher Handelsgerichts in der Causa Swissair (HGer ZH HG130073-O vom 16. März 2018, E. 4.3.3.2.3.), wo entschieden wurde, dass sich die nicht operativ tätigen Mitglieder des Konzernverwaltungsrats nicht als faktische Organe der Tochtergesellschaft qualifiziert haben, weil ihnen keine Kompetenzen auf Stufe Tochter zugekommen sind.

rung einer Gesellschaft nimmt.[66] Diesfalls liegt nämlich keine organtypische Einflussnahme vor und die Einwirkung auf die Gesellschaft erscheint lediglich als Reflexwirkung.[67]

In einem Entscheid aus dem Jahr 1981[68] hat das Bundesgericht die faktische Organstellung von Vertretern des Schweizerischen Bankvereins bejaht, die als „stille Verwaltungsräte" beim finanziell angeschlagenen Bauunternehmen Zumbrunn AG fungierten. Die Bank hatte sich zuvor über Tochtergesellschaften an zwei Kapitalerhöhungen der Zumbrunn AG beteiligt und agierte als finanzielle Beraterin des einzigen Verwaltungsratsmitglieds. Gemäss Bundesgericht ergab sich die Bedeutung der Teilnahme der Bankenvertreter an den Verwaltungsratssitzungen vor allem daraus, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft nur noch aus einem Mitglied bestand und die Sitzungen nur noch den Zweck hatten, die Bankenvertreter über die Verhandlungsgegenstände zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zu geben, sich zu den vorgesehenen Beschlüssen zu äussern.[69] Das Bundesgericht erkannte darin eine erhebliche Einflussnahme auf die oder aktive Teilnahme an der Willensbildung und bejahte die faktische Organstellung der Bankenvertreter. Dabei wurde als belanglos erachtet, ob formelle Abstimmungen stattgefunden haben oder nicht, „zumal sie sich wegen der persönlichen Überzeugungskraft oder Machtstellung der Bankenvertreter zum vorneherein erübrigen konnten und jeweils mindestens zwei davon einem einzigen Verwaltungsratsmitglied gegenüberstanden".[70]

In einem Entscheid aus dem Jahr 2009 hielt das Bundesgericht fest, dass eine Bank nicht als faktisches Organ zu betrachten sei, wenn sie nichts anderes tue, als ihre Interessen als Gläubigerin zu verteidigen.[71] So handle es sich lediglich um Massnahmen, mit denen ein Gläubiger sich selber zu schützen versuche, wenn er die Entwicklung des Schuldners aus nächster Nähe verfolgt, Zwischenabschlüsse, die Abtretung von Forderungen, Sicherungsmassnahmen oder Zahlungen verlangt und den Schuldner in Verzug setzt. Darin könne keine Einmischung in die Geschäftsführung der Gesellschaft erblickt werden, die einen Status als faktisches Organ implizieren würde.[72]

Passend dazu kam das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2014 zum Schluss, eine Anwaltskanzlei sei nicht als faktisches Organ ihrer Mandantin zu quali-

---

66 BGE 136 III 14 E. 2.4; ARPAGAUS, 185; BERTHEAU, 136; FORSTMOSER, Organbegriff, 144 f.; DERS., Verantwortlichkeit, N 662; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 7; HARTMANN, 104; ISLER, Bank, 292; KOEFERLI, 190 f.; LÄNZLINGER, 192; MAURENBRECHER, 1336; PLÜSS, 27; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 10. Vgl. aber BGE 107 II 349 E. 5c. A.M. KNOBLOCH, 196 f.

67 FORSTMOSER, Organbegriff, 144.

68 BGE 107 II 349.

69 BGE 107 II 349 E. 5a.

70 BGE 107 II 349 E. 5a. Kritisch zum Zumbrunn-Entscheid insb. BERTSCHINGER, Berater, 469 f.

71 BGE 136 III 14 E. 2.4.

72 BGE 136 III 14 E. 2.4.

fizieren, wenn sie in ihrer Funktion als Rechtsberaterin bei der Entscheidfindung ihrer Mandantin unterstützend mitwirkt und aufgrund ihres Know-hows allenfalls einen starken Einfluss hat.[73] Entsprechendes hat auch für die Finanzberatung einer Bank zu gelten, z.B. wenn sie dem Kreditnehmer im Rahmen einer Restrukturierung ihr Know-how zur Verfügung stellt.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass eine kreditgebende Bank regelmässig nicht als faktisches Organ der Kreditnehmerin qualifiziert, wenn ihre Handlungen darauf abzielen, ihr Kreditengagement möglichst werthaltig zu machen. Damit kann ihr die Wahrung ihrer Gläubigerinteressen nicht zum Nachteil gereichen.[74] Eine faktische Organstellung kann der Bank hingegen zukommen, wenn sie in institutionalisierter und regelmässiger Form die tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide trifft.[75] Eine blosse Mitwirkung bei der Entscheidfindung in der Funktion als Kreditgeberin reicht – selbst bei starkem Einfluss – jedenfalls nicht aus.

V. Pflichtwidrigkeit der faktischen Organe

1. Allgemeines

Eine Haftung nach Art. 754 OR setzt voraus, dass die verantwortlichen Personen den eingetretenen Schaden durch eine Verletzung ihrer aktienrechtlichen Pflichten verursacht haben. Pflichtwidrig ist eine Handlung bzw. Unterlassung immer dann, wenn dadurch eine vom Gesetz oder den Statuten auferlegte Pflicht missachtet wurde.[76] Das Hinauszögern der Überschuldungsanzeige – und somit ein Verstoss gegen Art. 725 Abs. 2 OR – stellt zweifelsohne eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts dar.[77] Es handelt sich bei der Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung jedoch um eine unentziehbare und unübertragbare Aufgabe des formellen Gesamtverwaltungsrats.[78] Folglich stellt sich die Frage, inwiefern

---

73 BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 6.3.

74 WOLF, N 365.

75 Vgl. MAURENBRECHER, 1336; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 10; WOLF, N 365; ferner ARPAGAUS, 185; BERTSCHINGER, Berater, 470, der vom Einbezug des Kreditinstitutes in einzelne Geschäftsführungsentscheide spricht; HARTMANN, 104; KUNZ, 189 f.; LÄNZLINGER, 192 f.; ROBERTO, 110; TSCHÄNI, 215 f.; WEBER/HÄUSERMANN, 39-41.

76 BGE 110 II 391 E. 2; BÄRTSCHI, 240; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 249; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 70; HASENBÖHLER, 60.

77 Statt vieler AFFENTRANGER, 110; BÄRTSCHI, 248; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 384 und 389; HASENBÖHLER, 106; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 838; GLANZMANN, Pflichten, 68 f.; SENN, 41; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 28; WOLF, N 422.

78 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

einem faktischen Organ im Kontext der Konkursverschleppung überhaupt eine Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden kann.

2. Keine Pflicht zur selbständigen Benachrichtigung des Richters

Lehre[79] und Rechtsprechung[80] sind sich einig, dass faktische Organe nicht berechtigt sind, anstelle des Verwaltungsrats dem Richter die Überschuldung der Gesellschaft anzuzeigen. Dies ergibt sich direkt aus der Natur der Benachrichtigung des Konkursrichters als unentziehbare und unübertragbare Aufgabe des Gesamtverwaltungsrats. Ist ein faktisches Organ nicht zur Überschuldungsanzeige berechtigt, so kann es auch nicht dafür verantwortlich gemacht werden, diese unterlassen zu haben. Das Unterlassen der selbständigen Benachrichtigung des Richters stellt somit keine Pflichtwidrigkeit des faktischen Organs dar. Auch besteht u.E. keine Verpflichtung des faktischen Organs, den Verwaltungsrat aktiv zu einer Bilanzdeponierung zu bewegen.[81]

3. Abhalten des Verwaltungsrats von der Benachrichtigung des Richters

Ein beachtlicher Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass ein faktisches Organ im Bereich der unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats für eine Unterlassung verantwortlich gemacht werden kann, wenn es den Verwaltungsrat aktiv zur Unterlassung einer gebotenen Handlung bewogen hat.[82] Genau betrachtet handelt es sich dabei jedoch nicht um eine eigentliche Haftung für ein Unterlassen, liegt doch ein aktives Handeln des faktischen Organs vor.[83] Im Kontext der Konkursverschleppung scheint sich insbesondere auch das Bundesgericht dafür auszusprechen, dass ein faktisches Organ zur Verantwortung gezogen werden könne, wenn es den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung des Richters abgehalten hat.[84] Die Äusse-

---

79 AFFENTRANGER, 110; GLANZMANN, Haftungsrisiken, 255; DERS., Pflichten, 24; ISLER, Bank, 298; MAURENBRECHER, 1341; ROBERTO, 120.

80 BGE 136 III 14 E. 2.4; BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 6b/bb; unveröffentlichtes Urteil BGer 4C.115/1997 vom 2. November 1998, E. 4d.

81 A.M. VETTER, 178-180, der die Auffassung vertritt, dass einem Kreditgeber u.U. eine Pflicht zukommt, den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle zur Benachrichtigung des Richters resp. zur Einleitung der notwendigen Sanierungsmassnahmen aufzufordern. Komme er dieser Pflicht nicht nach, mache er sich für eine Konkursverschleppung haftbar.

82 So u.a. AFFENTRANGER, 110; GLANZMANN, Haftungsrisiken, 276 f.; KNOBLOCH, 213 f. und 257; KOEFERLI, 200 f.; ISLER, Bank, 295; WEBER/HÄUSERMANN, 40; WOLF, N 375. A.M. ROBERTO, 120, der im Rahmen der unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats eine Haftung des faktischen Organs für Unterlassungen generell ablehnt und MAURENBRECHER, 1337, der sich für eine generelle Ablehnung der Haftung faktischer Organe für Unterlassungen ausspricht.

83 WOLF, N 375.

84 BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 6b/bb und Folgeentscheid BGer 4A_474/2011 vom 4. Januar 2012, E. 3.4 f.; unveröffentlichtes Urteil BGer 4C.115/1997 vom 2. November 1998.

rungen des Bundesgerichts stellen – soweit ersichtlich – bisher aber lediglich *obiter dicta* dar.

Es stellt sich die Frage, inwiefern der Verwaltungsrat durch einen Dritten überhaupt von der Überschuldungsanzeige abgehalten werden kann. Eine vertragliche Verpflichtung des Verwaltungsrats, die Überschuldungsanzeige zu unterlassen, wäre u.E. jedenfalls widerrechtlich und somit nichtig.[85] Folglich können lediglich faktische Zwänge in Betracht kommen. In einem Konzernverhältnis wäre bspw. denkbar, dass es sich bei den Verwaltungsratsmitgliedern auf Stufe Untergesellschaft um Mitarbeiter der Obergesellschaft handelt und ihnen für den Fall der Benachrichtigung des Richters mit der Kündigung gedroht wird. Daneben sind aber auch subtilere Formen der Einflussnahme denkbar, bspw. indem die Verantwortlichen der Obergesellschaft den Verwaltungsratsmitgliedern der Untergesellschaft beteuern, man arbeite an einer konzernweiten Sanierungslösung, weshalb mit der Überschuldungsanzeige noch zuzuwarten sei.

Wie diese beiden Beispiele zeigen, führt das Haftungskonstrukt des Abhaltens des Verwaltungsrats von der Überschuldungsanzeige zu heiklen Abgrenzungsfragen. Angesichts des Umstandes, dass der Verwaltungsrat nicht rechtsverbindlich von einer Benachrichtigung des Richters abgehalten werden kann, sollten Einflussnahmen faktischer Organe u.E. nur mit Zurückhaltung als Pflichtwidrigkeit ausgelegt werden. Jedenfalls kann es nicht sein, dass jede Einflussnahme eines faktischen Organs, die geeignet ist, den Verwaltungsrat dazu zu bewegen, die Überschuldungsanzeige zu unterlassen, zu einer Verantwortlichkeit des faktischen Organs führt. Andernfalls spräche man dem Verwaltungsrat als dem für die Überschuldungsanzeige kompetenten Organ von vornherein die Mündigkeit ab.

4. Unterlassen der Information des Verwaltungsrats

In BGer 4C.366/2000 findet sich der Hinweis, faktische Organe könnten für eine verspätete Benachrichtigung des Richters zur Rechenschaft gezogen werden, wenn sie es unterlassen, den Verwaltungsrat über das Bestehen der Überschuldung zu informieren.[86] Im konkreten Fall war diese Erwägung nicht entscheidrelevant. Das Bundesgericht verweist jedoch auf ein unveröffentlichtes Urteil aus dem Jahr 1998[87], dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Die X. AG wurde im August 1984 gegründet. Einziger Verwaltungsrat war A.X. Dessen Sohn B.X. fungierte als Direktor mit Einzelzeichnungsbefugnis und kümmerte sich um die Geschäftsführung und Finanzen der Gesellschaft. Im Februar 1987 [sic]

---

85 Art. 20 Abs. 1 OR.

86 BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 6b/bb. So auch im Folgeentscheid BGer 4A_474/2011 vom 4. Januar 2012, E. 3.4 f.

87 Unveröffentlichtes Urteil BGer 4C.115/1997 vom 2. November 1998.

fand die erste ordentliche Generalversammlung der Gesellschaft statt, an der die Revisionsstelle die Bilanz per 30. September 1985 präsentierte, die eine Überschuldung auswies. Als Sanierungsmassnahme beschloss die Generalversammlung eine Kapitalerhöhung. Im September 1987 wurde eine neue ordentliche Generalversammlung abgehalten – offenbar nochmals für das erste Geschäftsjahr. Wiederum wies die Revisionsstelle auf die Überschuldung und die Bestimmungen von Art. 725 Abs. 2 und 3 aOR hin. Die nochmals beschlossene Kapitalerhöhung wurde nie durchgeführt. Für die Geschäftsjahre 1986/1987 und 1987/1988 wurden keine ordentlichen Generalversammlungen einberufen. Der bisherige Revisor wurde durch eine Treuhänderin ersetzt, die für das Geschäftsjahr 1986/1987 keinen Revisionsbericht erstellte. Im November 1988 wurde auf Begehren der kreditgebenden Bank über die X. AG der Konkurs eröffnet. In der Folge reichte die Bank u.a. gegen B.X. eine Verantwortlichkeitsklage ein, die in erster Instanz teilweise geschützt wurde. Das kantonale Urteil wurde sodann von B.X. ans Bundesgericht weitergezogen.

Das Bundesgericht bejahte zunächst die Organstellung von B.X. und hielt fest, dieser habe sich praktisch im Alleingang um das Tagesgeschäft der X. AG gekümmert, insbesondere um die kommerziellen Aspekte. Aus Sicht eines aussenstehenden Dritten habe er die Gesellschaft quasi wie ein Einzelunternehmen geführt, mit Ausnahme der Anwesenheit seines Vaters an den Generalversammlungen.[88] Sodann führte es aus, faktische Organe seien weder berechtigt noch verpflichtet, anstelle des Verwaltungsrats dem Richter die Überschuldung der Gesellschaft anzuzeigen. Entsprechend könne die Passivität eines faktischen Organs nicht zu einer Haftung aus Konkursverschleppung führen, solange der Verwaltungsrat wisse, dass die Gesellschaft überschuldet ist. Demgegenüber könne ein faktisches Organ zur Verantwortung gezogen werden, wenn dem Verwaltungsrat die Überschuldung der Gesellschaft nicht bewusst sei und es das faktische Organ unterlasse, den Verwaltungsrat über diesen Umstand in Kenntnis zu setzen.[89] Auf den konkreten Fall angewandt, rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass die Bilanz der X. AG per 30. September 1985 eine Überschuldung auswies. Gewähre man einen Monat für das Erstellen des Jahresabschlusses, so hätte der Verwaltungsrat ab Ende Oktober 1985 den Richter benachrichtigen müssen. Als Direktor habe B.X. ab jenem Zeitpunkt über sämtliche Mittel verfügt, um die Situation der Gesellschaft abschätzen zu können. Entsprechend könne man für den Zeitraum ab Ende Oktober 1985 bis zum Zeitpunkt, zu dem der Verwaltungsrat über die Überschuldung informiert wurde, B.X. zum Vorwurf machen, den Verwaltungsrat nicht über die finanzielle Situation der Gesellschaft informiert zu haben.[90] Das angefochtene

---

88 Unveröffentlichtes Urteil BGer 4C.115/1997 vom 2. November 1998, E. 4a).

89 Unveröffentlichtes Urteil BGer 4C.115/1997 vom 2. November 1998, E. 4d): *„[…] leur responsabilité peut être engagée lorsque l'administration ignore que la société est surendettée, car, dans une telle hypothèse, on peut faire grief aux autres organes de ne pas l'avoir mise au courant de la situation."*

90 Unveröffentlichtes Urteil BGer 4C.115/1997 vom 2. November 1998, E. 4e): *„Par conséquent, depuis fin octobre 1985 jusqu'au jour où le conseil d'administration a été informé du surendettement, on peut reprocher au défendeur de n'avoir pas renseigné cet organe sur la situation financière de la société."*

Urteil wurde folglich an die Vorinstanz zurückgewiesen mit der Auflage, den Sachverhalt dahingehend zu ergänzen, wann der Verwaltungsrat von der Überschuldung der Gesellschaft Kenntnis erhalten hat.[91]

Die in diesem Entscheid geäusserten Rechtsauffassungen des Bundesgerichts sind u.E. zumindest unter dem heute geltenden Recht abzulehnen. Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR gehört u.a. die Finanzkontrolle zu den unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Demnach steht der Verwaltungsrat in der Pflicht, dafür zu sorgen, dass Strukturen vorhanden sind, die es ihm erlauben, seinen Pflichten gemäss Art. 725 OR nachzukommen und namentlich eine begründete Besorgnis einer Überschuldung zu erhalten.[92] Hat der Verwaltungsrat keine Kenntnis von einer bestehenden Überschuldung, so hat er möglicherweise seine Pflicht zur Ausgestaltung der Finanzkontrolle verletzt. Für eine solche Pflichtwidrigkeit sollte lediglich der Verwaltungsrat selbst zur Verantwortung gezogen werden können.

Sodann gilt es zu beachten, dass die Pflichten des Verwaltungsrats nach Art. 725 Abs. 2 OR einsetzen, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht. Folglich kann einem faktischen Organ spätestens ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verwaltungsrat begründete Besorgnis hätte haben müssen, ohnehin nicht mehr zum Vorwurf gemacht werden, es habe den Verwaltungsrat nicht über das Bestehen der Überschuldung informiert.

Ferner sollte nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich im konkreten Fall bei B.X. um ein materielles Organ handelte und das Wissensgefälle zwischen ihm und seinem Vater offenbar besonders gross war. Daher kann diese Rechtsprechung u.E. nicht unbesehen auf andere Fälle angewendet werden, in denen ein Wissensgefälle zwischen einem faktischen Organ und dem Verwaltungsrat besteht. Ein solches Wissensgefälle kann sich bspw. in Konzernverhältnissen bilden, wenn zentrale Funktionen der finanziellen Führung der Untergesellschaft[93] auf Stufe Obergesellschaft angesiedelt werden.

VI. Adäquater Kausalzusammenhang

Um zu einer Haftung nach Art. 754 OR führen zu können, muss die vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtwidrigkeit adäquat kausal für den Schadenseintritt gewesen sein.[94] Dabei liegt nach der vom Bundesgericht verwendeten Formel ein adäquater Kausalzu-

---

91 Unveröffentlichtes Urteil BGer 4C.115/1997 vom 2. November 1998, E. 4e).

92 GLANZMANN, Haftungsrisiken, 271, m.w.N.

93 Z.B. Accounting, Controlling, Treasury.

94 Statt vieler BÄRTSCHI, 231; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 416; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 277; HASENBÖHLER, 152 f.; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 42.

sammenhang vor, wenn ein Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.[95] Im Falle einer Unterlassung gilt der Schaden als adäquat kausal verursacht, wenn er durch pflichtgemässes Verhalten hätte vermieden werden können.[96]

Studiert man die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 754 OR, so fällt auf, dass der adäquate Kausalzusammenhang kaum je prozessgegenständlich ist. Die Gründe für dieses Phänomen sind nicht ohne Weiteres ersichtlich. Der Leser erhält jedoch den Eindruck, dass wenn der Schaden einmal bejaht und die Pflichtverletzung festgestellt wurde, die adäquat kausale Verbindung zwischen diesen beiden Tatbestandselementen beinahe als Selbstverständlichkeit erachtet wird.

VII. Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Ausführungen lassen das Verantwortlichkeitsrecht in einem gemischten Licht erscheinen:

Zunächst scheint die bundesgerichtliche Praxis zum Schaden und zur Aktivlegitimation der Gläubiger stark vom Einzelfall geprägt zu sein, weshalb sie in ihrer Gesamtheit nicht zu überzeugen vermag. Hier wäre es wohl an der Zeit, einen Schritt zurück zu machen und das Gesamtbild neu zu modellieren. Da der Gesetzgeber diese Aufgabe in der laufenden Aktienrechtsrevision nicht angepackt hat, werden sich Lehre und Praxis darum kümmern müssen. Uns ist bewusst, dass wir im vorliegenden Aufsatz primär die Probleme aufgezeigt, aber keine in sich konsistente Lösung präsentiert haben. Dies hätte den Rahmen dieses Textes gesprengt.

Demgegenüber weist die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Begründung einer faktischen Organstellung eine relativ hohe Konsistenz auf, da sie diese nur in ausserordentlichen Fällen bejaht. Diese Praxis ist nicht nur gesetzeskonform, sondern bietet auch eine u.E. begrüssenswerte Rechtssicherheit.

Ist die faktische Organschaft jedoch einmal begründet, so verbleiben aufgrund der Äusserungen des Bundesgerichts, faktische Organe könnten für eine verspätete Benachrichtigung des Richters zur Rechenschaft gezogen werden, wenn sie den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abgehalten oder ihn über das Bestehen der Überschuldung zu informieren unterlassen haben, Unschärfen hinsichtlich des pflichtge-

[95] Aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung des BGer: BGE 142 III 433 E. 4.5; 123 III 110 E. 3a; 121 III 358 E. 5; 113 II 174 E. 2; 107 II 238 E. 5a.

[96] BGer 4C.53/2003 vom 25. Juni 2003, E. 6.1; BaK-GERICKE/WALLER, Art. 754 OR N 43.

mässen Verhaltens faktischer Organe. In diesem Punkt bedarf es weiterer Klärung durch Lehre und Praxis.

Literaturverzeichnis

AFFENTRANGER MARKUS, Die Stellung der Banken in der Krisensituation, in: ROBERTO (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (= SnA 17), 103-120.

ARPAGAUS RETO, Ausgewählte Rechtsprobleme bei der Besicherung von Forderungen gegenüber einem Not leidenden Schuldner, in: VON DER CRONE et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 175-192.

BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= SSHW 210).

BAUM OLIVER/VON DER CRONE HANS CASPAR, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, Bundesgerichtsurteil 4A_425/2015 vom 10. Dezember 2015 (BGE 142 III 23), SZW 2016, 232-249.

BAUMGARTNER ANDREAS/CAMPONOVO RICO, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, ST 12/2011, 1036-1039.

BERTHEAU FORTUNAT, Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer – Eine Untersuchung der verschiedenen Haftungsgrundlagen unter besonderer Berücksichtigung des Krediteröffnungsvertrages, Diss. Zürich 1998 (= SSBR 48).

BERTSCHINGER URS, Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: VON DER CRONE et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 455-477 (zit. BERTSCHINGER, Berater).

BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung).

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).

VON BÜREN ROLAND, Der Konzern – rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: VON BÜREN et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Halbbd. VIII/6, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005.

DRUEY JEAN NICOLAS (Hrsg.), Gesellschafts- und Handelsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. DRUEY/BEARBEITER, Gesellschafts- und Handelsrecht).

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit – die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Aufl., Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).

FORSTMOSER PETER, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: FORSTMOSER/SCHLUEP (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 125-150 (zit. FORSTMOSER, Organbegriff).

FORSTMOSER PETER/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systemischer Überblick, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 43, Basel/Genf/München 2006.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

GLANZMANN LUKAS, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 4/2017, 387-403 (zit. GLANZMANN, Zahlungsunfähigkeit).

GLANZMANN LUKAS, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: KUNZ/JÖRG/ARTER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014 (zit. GLANZMANN, Haftungsrisiken).

GLANZMANN LUKAS, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: ROBERTO (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (= SnA 17), 19-101 (zit. GLANZMANN, Pflichten).

GLANZMANN LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, in: ZSR 2000, Bd. II, 135-193 (zit. GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage).

GUTZWILLER ROMAN S./VETTER MEINRAD, Faktische Organschaft im Konzern – Ein kurzer Überblick, GesKR 2010, 224-229.

HARTMANN URSINA, Globalzession als Sicherungsmittel beim Bankkredit, IWIR 2003, 101-104.

HASENBÖHLER STEFAN, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR – im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Diss. Basel 2003.

HIRSCH ALAIN, La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité de la SA: dommage direct et dommage indirect des créanciers Arrêts du Tribunal fédéral du 8 mars 1996, du 11 décembre 1998 et du 31 décembre 1998, SZW 2000, 94-100 .

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH., 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BaK-BEARBEITER).

ISLER PETER R., Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, in: WEBER/ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 87-114 (zit. ISLER, Fragen).

ISLER PETER R., Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners?, in: VON DER CRONE et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 287-300 (zit. ISLER, Bank).

JACQUEMOUD PHILIPPE/PASQUIER AURÉLIEN, Postposition (subordination), Calcul du dommage lors du procès en responsabilité contre le conseil d'administration et/ou le réviseur lors de la faillite ou du sursis concordataire par abandon d'actifs, SZW 4/2014, 292-300 (zit. JACQUEMOUD/PASQUIER, Postposition).

JACQUEMOUD PHILIPPE/PASQUIER AURÉLIEN, Responsabilité du conseil d'administration avant et après le surendettement, Réflexions sur la restructuration d'enterprise, SJ 2013 II, 271-330 (zit. JACQUEMOUD/PASQUIER, Responsabilité).

KNOBLOCH STEFAN, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung – unter besonderer Berücksichtigung der paulianischen Anfechtung und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2006 (= SSHW 252).

KOEFERLI JÜRG A., Der Sanierer einer Aktiengesellschaft – Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Überschuldung und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1994 (= SSHW 158).

KUNZ PETER V., Materielle Organschaft („faktische VR"): Voraussetzungen im Aktienrecht, in: KUNZ/JÖRG/ARTER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 173-195.

LÄNZLINGER ANDREAS, Die Haftung des Kreditgebers – Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, Diss. Zürich 1991 (= SSHW 138).

MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP 1998, 1327-1346.

MÜLLER DOMINIQUE/KIESER HANNES, Keine Aktivlegitimation der Masse zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen für ausschliessliche Gläubigerschäden, GesKR 1/2016, 112-115.

MÜLLER KARIN, Eigenkapitalersetzende Darlehen, Bern 2015.

NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide – Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule" im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007 (= SSHW 266).

PLÜSS ADRIAN, Haftung aus faktischer Organschaft – Risiken von Aktionärspools, Beiräten und Steuerungsausschüssen IWIR 2002, 25-28.

RASCHEIN ROLF, Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: DALLÈVES et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 357-367.

ROBERTO VITO, Die Haftung der Bank als Kreditgeberin, in: EMMENEGGER (Hrsg.), Bankhaftungsrecht, Basel/Genf/München 2006, 93-140.

SENN DOROTHEA, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Basel 2001 (= SSHW 209).

SUTER CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010 (= SSHW 295).

SCHENKER URS, Haftung des entsendeten Verwaltungsrates, in: KUNZ/JÖRG/ARTER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 145-172 (zit. SCHENKER, Haftung).

SCHENKER URS, Anzeigepflichten des Verwaltungsrates (Art. 725-725d E-OR), GesKR 2008 (Sondernummer), 138-142 (zit. SCHENKER, Anzeigepflichten).

TSCHÄNI RUDOLF, Risiken von Banken bei Unternehmensübernahmen, GesKR 2008, 205-219.

VETTER MEINRAD, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen 2007 (= SSHW 261).

VOGEL ALEXANDER, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, formelles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997 (= SSPHW 51).

WATTER ROLF/TRUFFER ROLAND, Besprechung von BGE 122 III 166 und 122 III 176, AJP 1996, 1573-1585.

WEBER PHILIPPE/HÄUSERMANN MARCO, Konsortialkredite, in: REUTTER/WERLEN (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen V, 1-41.

WOLF MARKUS, Stillhalteabkommen kreditgebender Banken – Ein Beitrag zum Unternehmenssanierungsrecht, Diss. St. Gallen 2012 (= SSHW 310).