

PETER JUNG

Faktische Organe im Zivilprozess – Substance over Form?

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Einführung	264
II. Grundfragen	266
1. Eignung typologischer Betrachtung im Verfahrensrecht?	266
2. Berechtigung einer allgemeinen Zurechnung faktischen Organverhaltens?	267
III. Einzelfragen	268
1. Haftungsrechtliche Stellung faktischer Organe	268
2. Vertretungsrechtliche Stellung faktischer Organe	268
3. Beweisrechtliche Stellung faktischer Organe	269
4. Persönliches Erscheinen einer juristischen Person in Gestalt faktischer Organe	270
5. Qualifizierte Zustellungen an faktische Organe	272
6. Ausstand faktischer Organe im Prozess der juristischen Person	273
IV. Fazit	274

I. Einführung

Das Zivilprozessrecht ist wie jedes Verfahrensrecht durch eine formale Strenge gekennzeichnet, die lediglich nicht überspitzt werden darf.¹ Die formale Gleichbehandlung der Parteien, die Beschleunigung des Verfahrens sowie die Gewährleistung klarer Abläufe und rechtssicherer Entscheidungen bedingen, dass im Verfahrensrecht grundsätzlich nur eine formal begründete und ausgewiesene Rechtsstellung Beachtung finden kann. Insofern stellt sich an der Schnittstelle zwischen Verfahrens- und Organisationsrecht die Frage, ob faktische Organe, die im materiellen Recht vielfach den formellen Organen gleichgestellt werden, auch im Zivilprozessrecht eine den formellen Organen vergleichbare Rechtsstellung geniessen können.

Als faktische Organe werden im Organisationsrecht natürliche oder juristische Personen bezeichnet, die – ohne hierzu wirksam bestellt worden zu sein – effektiv, wiederholt und in entscheidender Weise an der Bildung und Äusserung des Willens einer juristischen Person teilhaben, indem sie Leitungsorganen vorbehaltene Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen.² Eine nur einmalige oder sehr seltene Einmischung in die Geschäftsführung genügt daher nicht. Es muss sich zudem um ein Eingreifen in bedeutende, den Leitungsorganmitgliedern zukommende Aufgaben wie insbesondere Leitungsentscheidungen oder den Abschluss wichtiger Geschäfte handeln.³ Das Gesetz verwendet den Begriff des faktischen Organs nicht und enthält auch keine Definition der faktischen Organstellung, erkennt die Rechtsfigur aber immerhin im Verantwortlichkeitsrecht dadurch an, dass es in Art. 754 Abs. 1 bewusst⁴ von den «*mit der Geschäftsführung (...) befassten Personen*» spricht (ähnlich zudem Art. 916 OR).

Als faktische Organe kommen zunächst die zwar formell bestellten, aber aufgrund einer nichtigen bzw. wirksam angefochtenen oder nicht wirksam angenommenen Wahl unwirksam bestellten Exekutivorganmitglieder in Betracht. So zählt etwa der Direktor, der

1 Zum Formalismus des Zivilprozessrechts ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 1 Rz. 10 («*Bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts galt daher das Zivilprozessrecht als Inbegriff des strengen Rechts, welches eine billige, dem Einzelfall gerechte Lösung ausschliesst. Ohne einen gewissen Formalismus ist indessen kein gerechter, fairer Prozess denkbar.*»); ferner DAVID EGGER, Die Stellung der Organe im Zivilprozess, Diss. Zürich 2014, Rz. 91 f.; zur strengen Handhabung von formalen Regeln des Zivilprozessrechts einerseits und zum sog. Verbot des überspitzten Formalismus andererseits THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 443 ff.

2 Vgl. dazu (mit jeweils leicht unterschiedlichen Formulierungen) etwa BGE 124 III 418, E. 1b; BGE 128 III 29, E. 3a; BGE 132 III 523, E. 4.5; ferner MICHAEL WYTTENBACH, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Diss. Basel 2012, S. 239 ff.; ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen/Bern 1997, S. 301.

3 Siehe nur BGE 61 II 339, E. 2; BGE 122 III 225, E. 4b; BGE 128 III 29, E. 3c; WYTTENBACH (Fn. 2), S. 240.

4 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983, S. 745, 935.

vom Verwaltungsrat ohne ein gültiges Organisationsreglement bestellt wurde, auch dann zu den faktischen Organen, wenn er in das Handelsregister eingetragen worden sein sollte, da die Bestellung offensichtlich den Grundprinzipien der Aktiengesellschaft nach Art. 714 i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR widerspricht und die Eintragung keine konstitutive Wirkung entfaltet. Darüber hinaus geht es um (zumeist massgeblich beteiligte) Gesellschafter oder (zumeist mit der Gesellschaft z.B. als Kreditgeberin eng verbundene) Dritte, die sich zur Wahrung ihrer Interessen in nennenswerter Form in die organschaftliche Geschäftsführung einmischen und mit an den «Schalthebeln des Unternehmens»⁵ sitzen. Nach der Rechtsprechung können unter den genannten Voraussetzungen, d.h. nicht per se und teilweise nur ausnahmsweise, zu den faktischen Organen gezählt werden: beherrschende (Allein-)Gesellschafter⁶ wie insbesondere auch eine Konzernmuttergesellschaft⁷, von der Konzernmuttergesellschaft entsandte Organmitglieder der Tochtergesellschaft⁸, von neben- oder untergeordneten Konzerngesellschaften entsandte Organmitglieder⁹, Sekretäre der Gesellschaft¹⁰, Prokuristen¹¹, Bankdirektoren¹², Versicherungsdirektoren¹³ und der verantwortliche Redaktor einer Zeitung¹⁴. Hilfspersonen und besondere Vertreter gehören hingegen in aller Regel nicht zu den faktischen Organen.

Umstritten bzw. vielfach unklar ist in der gesellschafts- und stiftungsrechtlichen Rechtsprechung bzw. Literatur, ob das faktische Organ einem formell wirksam bestellten Organ in jeder Hinsicht gleichsteht oder ob es sich lediglich um ein haftungsrechtliches Institut handelt, mit dem zum einen die Zurechnung von Delikten zu einer juristischen Person (Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722, 817, 899 Abs. 3 OR) und zum anderen die Tatbestände der Organverantwortlichkeit (Art. 754 ff., 827 OR) erweitert werden.¹⁵ Diese Frage soll im Folgenden für das Zivilprozessrecht näher betrachtet werden.

5 BGE 61 II 339, E. 2 («personnes qui tiennent les leviers de commande de l'entreprise»).

6 BGE 102 II 353, E. 3a.

7 BGE 117 II 570, E. 4a (obiter); BGE 128 III, E. 3; BGE 132 III 523, E. 4.5; BGer 4A_306/2009 E. 7.1.1 und 7.2.2. (in casu verneint); VOGEL (Fn. 2), S. 205 ff., 301 ff. und 345 ff.; KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Habil. Zürich/Tübingen 1995, S. 194 f. und 197 ff.

8 BGE 128 III 29, E. 3c (in casu verneint); BGer 4A_306/2009 E. 7.1.2 (in casu vereint).

9 BGE 117 II 570, E. 4 (in casu verneint).

10 BGE 101 Ib 422, E. 5a.

11 Ein Prokurist gehört allerdings nur in Ausnahmefällen zu den faktischen Organen; bejaht in BGE 117 II 432, E. 2.

12 BGE 65 II 2, E. 3; BGE 68 II 91, E. 3; BGE 89 II 239, E. 8 (Vizedirektor); BGE 104 II 190, E. 3b; BGer SJ 1988, 337, 341 (sous-directeur).

13 BGE 61 II 339, E. 2.

14 BGE 72 II 65.

15 Zum Meinungsstand im Gesellschaftsrecht näher WYTTENBACH (Fn. 2), S. 247 ff.

II. Grundfragen

1. Eignung typologischer Betrachtung im Verfahrensrecht?

Bei der faktischen Organschaft handelt es sich um einen durch verschiedene typologische Merkmale (Usurpierung von Leitungsmacht, hohe hierarchische Stellung, massgebliche Beteiligung an der Willensbildung, Dauerhaftigkeit)¹⁶ geprägten Begriff. Derartige Typen umschreiben mit Hilfe eines elastischen und interdependenten Merkmalsgefüges einen Wesenskern, der allen dem Typus zugehörigen Erscheinungen trotz der Verschiedenheit ihrer Einzelzüge innewohnt.¹⁷ Im Gegensatz zu einem gewöhnlichen Begriff ist der Typus durch die Offenheit, die vereinzelte Entbehrlichkeit und die Abstufbarkeit seiner Merkmale gekennzeichnet, so dass ein Sachverhalt ihm nur wertend zugeordnet und nicht unter ihn subsumiert werden kann.¹⁸ Im Vergleich zu einem herkömmlichen Begriff ist der Typus mithin regelmässig flexibler handhabbar, wandelbarer, wertungs-offener und anschaulicher,¹⁹ weist aber auch eine geringere Trennschärfe²⁰ auf. Seine Anwendung ist daher weniger rechtssicher²¹ sowie weniger durchschaubar und kontrollierbar²². Das mag hinzunehmen sein, wenn es bei der Anwendung materiellen Rechts wie etwa in Haftungsfragen um ein ex post herzustellendes Höchstmass an Einzelfallgerechtigkeit geht. Im Verfahrensrecht und insbesondere in Massenverfahren geht es aber um eine im Zeitpunkt des Verfahrens rasch, einfach und rechtssicher zu treffende Entscheidung, für die eine typologische Betrachtung ungeeignet ist.²³

16 Zu den einzelnen Merkmalen siehe nur WYTENBACH (Fn. 2), S. 241 f. m.w.N.

17 KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 221 und 462.

18 Zur methodischen Gegenüberstellung von Begriff und Typus siehe nur LARENZ (Fn. 17), S. 215 ff. und 461 ff.; ARNOLD KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg/Ue. 1967, S. 15 ff.; KARL ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968, S. 237 ff.; HARM-PETER WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Habil. Berlin 1970, S. 102 ff.; krit. hingegen LOTHAR KUHLEN, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Diss. Berlin 1977, S. 65 ff. und passim; FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, Juristische Methodik, Bd. 1 (Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis), 11. Aufl., Berlin 2013, Rz. 230 f.; REINHOLD ZIPPELIUS, Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, in: PAUL BOCKELMANN/ARTHUR KAUFMANN/ULRICH KLUG (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M. 1969, S. 224 ff.; PETER KOLLER, Theorie des Rechts – Eine Einführung, 2. Aufl., Wien 1997, S. 207 ff.

19 ENGISCH (Fn. 18), S. 237 ff.

20 WALTER OTT, Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht – Dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Diss. Bern 1972, S. 62; GUSTAV RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, IZTR 12/1938, S. 46, 49.

21 Siehe nur OTT (Fn. 20), S. 119.

22 JOSEF ESSER, Rezension zu Karl-Heinz Strache: Das Denken in Standards, 1968, AöR 96/1971, S. 140, 141.

23 So in der Sache auch für Art. 204 ZPO BGE 141 III 159, E. 2.4, 2.5; für Art. 159 vgl. die in der Vernehmlassung geäusserten Bedenken des OGZH (dazu Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], S. 459); im Schrifttum ähnlich EGGER (Fn. 1), Rz. 161 ff. und Rz. 459 ff.

2. Berechtigung einer allgemeinen Zurechnung faktischen Organverhaltens?

Die faktische Organschaft ist ein Rechtsinstitut, welches aus Gründen des Umgehungs-schutzes, des Durchgriffs und der Einzelfallgerechtigkeit primär im Haftungsrecht entwickelt wurde.²⁴ Das Stellvertretungsrecht kennt zudem die auch für faktische Organe massgeblichen Figuren der Duldungs- und Anscheinsvollmacht.²⁵ Aus Sicht der juristischen Person handelt es sich jeweils um an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte und auf bestimmte Teilbereiche beschränkte Zurechnungen. Im Prozessrecht geht es aber nur selten um Haftungsfragen sowie um eine Vertretungsmacht kraft Vertrauensschutzes. Vielmehr stellt sich in aller Regel die Frage der generellen Gleichstellung von faktischer und formeller Organschaft und mithin die Frage nach der Berechtigung einer generellen Zurechnung im Sinne der Realitäts- bzw. Organtheorie, welche neben der Zurechnung von deliktischem und rechtsgeschäftlichem Verhalten das faktische Organ überhaupt an die Stelle der juristischen Person treten lässt und etwa auch zu einer Zurechnung von Wissen²⁶ und persönlicher Anwesenheit²⁷ führt.

Zu unterscheiden ist zwischen der auf einzelne haftungs- oder stellvertretungsrechtlich relevante Handlungen beschränkten Zurechnung und dem generellen Status als Organ, sodass ein Nichtorgan durch einzelne Zurechnungen noch nicht generell zum Organ wird.²⁸ Eine solche umfassende Gleichstellung, die sich nicht allein auf die Beteiligten auswirkt, erscheint auch nicht gerechtfertigt.²⁹ Das faktische Organ wird unter Missachtung der vielfach zwingenden organisationsrechtlichen Kompetenz- und Verfahrensvorschriften tätig. Möglicherweise wird das entsprechende Verhalten von den formell zuständigen Organmitgliedern als den organisationsrechtlich berufenen Vertretern der juristischen Person nur unfreiwillig oder sogar gar nicht geduldet. Mit einer generellen Gleichstellung von faktischen und formellen Organen würde man zudem einer Missachtung der organisationsrechtlichen Vorschriften und der Regelungen zur Handelsregisterpublizität Vorschub leisten, wofür sowohl auf Seiten der juristischen Person wie auf Seiten potentieller Organmitglieder ein Interesse bestehen kann. Gerade wenn es um die Sanktionierung informeller Strukturen geht, kommt dem Zivilprozess- und dem Registerrecht eine für die gesamte Rechtsordnung wichtige Pionierfunktion zu.

24 BGE 107 II 349, E. 5b; BGE 117 II 570, E. 3; BGE 119 II 255, E. 4; BGE 128 III 29, E. 3a; BGE 128 III 92, E. 3a; BGE 136 III 14, E. 2.4.

25 Vgl. für eine juristische Person des öffentlichen Rechts BGE 124 III 418, E. 1b, 1c; generell zu den Vollmachten kraft Vertrauensschutzes KUKO-JUNG, Art. 33 OR N 14f.

26 Zur Wissenszurechnung nach der sog. Organtheorie (auch Theorie der absoluten Wissenszurechnung) ZK-JUNG, Art. 620 OR N 253 m.w.N.

27 Siehe dazu die Beispiele unter III. 3 und III. 5.

28 So auch WYTTENBACH (Fn. 2), S. 267.

29 Wie hier WYTTENBACH (Fn. 2), S. 267 ff.; a. A. KGer BL vom 15. 7. 2014 (400 14 78) E. 2.2 als Vorinstanz zu BGE 141 III 159 und PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht – Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen, Diss. St. Gallen/Zürich 1978, S. 12 und 21; skeptisch und jedenfalls für Art. 204 ZPO eine Gleichstellung verneinend BGE 141 III 159, E. 2.

III. Einzelfragen

1. Haftungsrechtliche Stellung faktischer Organe

Die faktische Organschaft ist ein Rechtsinstitut, das primär im Haftungsrecht entwickelt wurde.³⁰ Geht es daher um die Haftung einer juristischen Person als Partei eines Zivilverfahrens oder um andere Rechtsfolgen unerlaubten Prozessverhaltens (vgl. z. B. Art. 328 Abs. 1 lit. b ZPO) einer Partei, kann ihr nach Rechtsprechung und Lehre auch das Verhalten von faktischen Exekutivorganmitgliedern nach Art. 55 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 722, 817, 899 Abs. 3 OR zugerechnet werden. Voraussetzung ist allerdings, dass dieses Verhalten in einem funktionalen Zusammenhang mit einer Geschäftsführungsaufgabe steht, deren Wahrnehmung dem faktischen Organ von einem formalen Organ übertragen oder von diesem zumindest geduldet wurde.³¹

2. Vertretungsrechtliche Stellung faktischer Organe

Juristische Personen werden im Prozessrechtsverkehr durch ihre Exekutivorgane und rechtsgeschäftlichen Vertreter repräsentiert. Inwieweit sie dabei auch durch faktische Organe vertreten werden können, ist umstritten.³² Das Bundesgericht hat die Frage zuletzt für das materielle Recht offen gelassen und sie jedenfalls für die persönliche Vertretung durch eine nicht gesondert bevollmächtigte Person im Rahmen von Art. 204 ZPO verneint.³³ Richtigerweise ist eine Vertretung durch faktische Organe im Zivilprozess generell zu verneinen, sofern diese Organe nicht über eine die Prozesshandlung umfassende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (Vollmacht i.S.v. Art. 33 Abs. 2, 458 ff. OR) oder eine Vollmacht kraft Vertrauensschutzes (Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 37 OR, Duldungs- oder Anscheinsvollmacht) verfügen. Anderenfalls käme es zu schwierigen Abgrenzungsfragen und zu einer Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Organisationsregelungen.³⁴ Ein faktisches Organ kann aber eine juristische Person beispielsweise dann im Prozess vertreten, wenn es zu Unrecht als Mitglied des Vertretungsorgans im Handelsregister eingetragen ist,³⁵ zum Prokuristen bestellt wurde (Art. 459 Abs. 1 OR)³⁶ oder über eine ausnahmsweise auch Prozesshandlungen deckende Handlungsvollmacht verfügt (vgl. Art. 462 Abs. 2 OR). Besonderheiten gelten, wenn die Prozesshandlungen von einer juristischen Person als Partei höchstpersönlich vorzunehmen sind oder es um qua-

30 BGE 107 II 349, E. 5b; BGE 117 II 570, E. 3; BGE 119 II 255, E. 4; BGE 128 III 29, E. 3a; BGE 128 III 92, E. 3a; BGE 136 III 14, E. 2.4.

31 Zum funktionalen Zusammenhang als einer ungeschriebenen Zurechnungsvoraussetzung siehe nur BGE 68 II 91, E. 3; BGE 101 Ib 422, E. 5b; BK-RIEMER, Art. 54/55 ZGB N 35 f.

32 Zum Meinungsstand WYTTENBACH (Fn. 2), S. 247 ff.

33 BGE 141 III 159, E. 2.4 ff.

34 Dazu bereits unter II.

35 Bis zur geplanten Einführung des sog. öffentlichen Glaubens des Handelsregisters (Art. 936b Abs. 3 E-OR) ergibt sich dies allerdings nur unter den Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht.

36 Dabei kommt es wegen der deklaratorischen Natur der Eintragung nicht darauf an, ob die betreffende Person im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.

lifizierte Zustellungen als Sonderfall der passiven Stellvertretung bzw. die Möglichkeit der Ersatzzustellung geht.³⁷

3. Beweisrechtliche Stellung faktischer Organe

Nach Art. 159 ZPO sind die Organe einer juristischen Person in deren Zivilprozess beweisrechtlich wie eine Partei zu behandeln. Sie können daher nicht als Zeuge (Art. 169 ff. ZPO), sondern nur als Partei (Art. 191 ff. ZPO) befragt und zur Beweisaussage verpflichtet werden.³⁸ Die Mitwirkung können sie nur nach Art. 163 f. ZPO und nicht nach Art. 165 ff. ZPO verweigern.³⁹ Mit Art. 159 ZPO soll ganz im Sinne der Realitätstheorie dem Grundsatz von Art. 55 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB Rechnung getragen werden, wonach der Wille und das Handeln der Organe der Wille und das Handeln der juristischen Person sind.⁴⁰ Unter Organen versteht die Vorschrift dabei die einzelnen Mitglieder des jeweils geschäftsführenden Exekutivorgans, d.h. die Verwaltungsräte, Direktoren, Geschäftsführer, Verwaltungsmitglieder, Vorstandsmitglieder und Stiftungsräte sowie in der Liquidation die Liquidatoren und die Konkursverwaltung.⁴¹

Nach überwiegender Ansicht gilt Art. 159 ZPO auch für die faktischen Exekutivorganmitglieder von juristischen Personen.⁴² Begründet wird dies in aller Regel mit dem Hinweis auf die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, wonach der Gesetzgeber die mit der von ihm befürworteten Gleichstellung faktischer Organe drohenden Unsicherheiten ausdrücklich in Kauf genommen habe.⁴³ Die juristische Person werde nicht nur durch ihre formellen, sondern auch durch ihre faktischen Organe repräsentiert.⁴⁴ Wie bei einer doppelrelevanten Tatsache sei für die Vorladung zunächst auf die Qualifikation der betreffenden Person durch die Klägerin abzustellen, wobei die Stellung dann in der Hauptverhandlung geprüft (vgl. für den Fall der Vorladung als Zeuge Art. 172 lit. b ZPO) und allenfalls korrigiert werden könne.⁴⁵ Vereinzelt geäußerte Bedenken setzen bei der bereits in der Vernehmlassung zur Sprache gekommenen unsicheren Abgrenzung der faktischen Organstellung an.⁴⁶ So sollen nach einer Ansicht nur die eindeutig als faktische Organe identifizierbaren Personen als Partei gel-

37 Siehe dazu noch unter III. 4 und III. 5.

38 SUTTER-SOMM (Fn. 1), Rz. 795; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 1), § 18 Rz. 36, 87; BK-BRÖNNIMANN, Art. 159 ZPO N 12; eingehend EGGER (Fn. 1), Rz. 586 ff.

39 Eingehend dazu EGGER (Fn. 1), Rz. 616 ff.

40 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. 6. 2006, BBl 2006, S. 7221, 7315.

41 BK-BRÖNNIMANN, Art. 159 ZPO N 3 ff.; ZK-HASENBÖHLER, Art. 159 ZPO N 7, 9, 14.

42 ZK-HASENBÖHLER, Art. 159 ZPO N 2 und 10; SHK-PASSADELIS, Art. 159 ZPO N 5.

43 ZK-HASENBÖHLER, Art. 159 ZPO N 10; DIKE-Komm-LEU, Art. 159 ZPO N 4.

44 ZK-HASENBÖHLER, Art. 159 ZPO N 10.

45 So mit der fragwürdigen Begründung, dass der betroffenen Person hieraus kein Nachteil entstünde, DIKE-Komm-LEU, Art. 159 ZPO N 9 ff.

46 Siehe dazu die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), S. 459 sowie die Botschaft ZPO (Fn. 40), S. 7315.

ten; im Zweifel sei vom Fehlen der Parteistellung auszugehen.⁴⁷ Die Einbeziehung faktischer Organpersonen ist aber nicht allein mit Abgrenzungsproblemen verbunden, die alle Beteiligten betreffen, sie begegnet auch grundsätzlichen Bedenken. Zur prozessrechtlichen Repräsentation einer juristischen Person sollten nämlich nur diejenigen Organpersonen berufen sein, die hierzu in einer Weise bestellt wurden, die den insoweit regelmässig zwingenden Vorschriften des Organisationsrechts entspricht. Anderenfalls droht nicht nur eine Umgehung der organisationsrechtlichen Anforderungen, sondern auch die Benachteiligung der juristischen Person durch ein Verhalten, das ihr nicht immer z. B. aufgrund einer Veranlassung oder Duldung durch die formellen Organe zugerechnet werden kann. Auch soweit es sich um Prokuristen und sonstige rechtsgeschäftliche Vertreter mit Prozessvollmacht handelt, wurden diese zwar wirksam zu Prozessvertretern einer Partei bestellt, können mit dieser aber beweisrechtlich nicht gleichgestellt werden.⁴⁸ Anderenfalls würde der Unterschied zwischen der im Rahmen des Gesellschafts- bzw. Stiftungszwecks umfassenden organschaftlichen Repräsentanz (vgl. Art. 55 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB) und der auch bei der Prokura beschränkten rechtsgeschäftlichen Vertretung (vgl. Art. 459 Abs. 2, 462 Abs. 2 OR) verwischt. Einer allfälligen Befangenheit des als Zeuge einvernommenen faktischen Organmitglieds oder rechtsgeschäftlichen Vertreters kann im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO hinreichend Rechnung getragen werden (vgl. auch Art. 172 lit. b ZPO).⁴⁹

4. Persönliches Erscheinen einer juristischen Person in Gestalt faktischer Organe

Kraft Gesetzes oder gerichtlicher Anordnung kann eine Pflicht der Parteien zum persönlichen Erscheinen bestehen (Art. 68 Abs. 4, Art. 204 ZPO). Durch das direkte Gespräch zwischen den Parteien und dem Gericht sollen der Sachverhalt aus erster Hand ermittelt, Missverständnisse ausgeräumt oder eine Verständigung gesucht werden.⁵⁰ Die mit den Säumnisfolgen und Ordnungsbussen sanktionierte Pflicht zum persönlichen Erscheinen gilt dann vorbehaltlich von Ausnahmetatbeständen⁵¹ auch für juristische Personen,⁵² wobei diese zwingend vertreten werden müssen. Als Vertreter kommen dabei nur Personen in Betracht, die eine derart umfassende Vertretungsmacht besitzen, dass sie prozes-

47 BK-BRÖNNIMANN, Art. 159 ZPO N 7.

48 A. A. DIKE-Komm-LEU, Art. 159 ZPO N 13 f.

49 BK-BRÖNNIMANN, Art. 159 ZPO N 7, 16; speziell für einflussnehmende Gesellschafter auch PETER JUNG, Die Stellung der Gesellschafter im Zivilprozess der Gesellschaft, BJM 2009, S. 121, 126 f.

50 Botschaft ZPO (Fn. 40), S. 7331; BK-ALVAREZ/PETER, Art. 204 ZPO N 1; ZK-HONEGGER, Art. 204 ZPO N 1.

51 Zur Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auf juristische Personen XAVER BAUMBERGER/PATRICK HOBI, Persönliche Erscheinungspflicht juristischer Personen anlässlich von Schlichtungsverhandlungen – Analyse der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 204 ZPO, Jusletter vom 19. 10. 2015, Rz. 39 ff.

52 BGE 140 III 70, E. 4.3.

sual allein über den Streitgegenstand vollständig und eigenständig verfügen können.⁵³ Das sind neben den jeweiligen formellen Mitgliedern des Exekutivorgans (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB) nach der Rechtsprechung auch die Prokuristen (Art. 458 ff. OR) und die mit einer besonderen Prozessvollmacht ausgestatteten Handlungsbevollmächtigten (Art. 462 OR).⁵⁴ Die Ausdehnung auf rechtsgeschäftliche Vertreter durch die Praxis ist bedenklich, weil die im Rahmen des persönlichen Erscheinens vorzunehmenden Prozesshandlungen höchstpersönlicher Natur und daher einer rechtsgeschäftlichen Vertretung nicht zugänglich sind. Ausserdem werden hierdurch die dogmatischen Unterschiede zwischen organschaftlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretung ignoriert und die juristischen Personen gegenüber den natürlichen Personen, die keine rechtsgeschäftlichen Vertreter entsenden können, bevorzugt. Die Ausdehnung entspricht aber offenbar den praktischen Bedürfnissen insbesondere grosser Aktiengesellschaften. Erscheint eine lediglich kollektiv zur Vertretung berechtigte Person alleine, hat sie ihre Bevollmächtigung durch den oder die anderen Mitwirkungspflichtigen nachzuweisen.⁵⁵ Eine Eintragung des Exekutivorganmitglieds bzw. Handlungsbevollmächtigten im Handelsregister ist entgegen einer offenbar verbreiteten Ansicht⁵⁶ nicht erforderlich, da die Eintragung lediglich deklaratorischer Natur⁵⁷ und eine Eintragung der einfachen Handlungsvollmacht auch gar nicht möglich⁵⁸ ist. Die entsprechende Vertretungsmacht muss lediglich durch eine (beliebige) Urkunde (vgl. Art. 203 Abs. 2 S. 1 ZPO) nachgewiesen werden, wozu in der Praxis in den allermeisten Fällen der Handelsregisterauszug als öffentliche Urkunde (vgl. Art. 9 ZGB) dient.⁵⁹

Fraglich ist, ob auch faktische Mitglieder eines Exekutivorgans das persönliche Erscheinen einer juristischen Person gewährleisten können. Dies wird unter Hinweis auf eine angebliche grundsätzliche Gleichstellung der faktischen Exekutivorganmitglieder mit den

53 BGE 140 III 70, E. 4.4; FRANÇOIS BOHNET/GUILLAUME JÉQUIER, La personne morale et l'entreprise en procédure civile, in: FRANÇOIS BOHNET/OLIVIER HARI (Hrsg.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Basel 2014, S. 35 ff.

54 BGE 141 III 80, E. 1.3; BGE 141 III 159, E. 1.2.2; BAUMBERGER/HOBI (Fn. 51), Rz. 12 ff.

55 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 1), § 20 Rz. 19; BK-ALVAREZ/PETER, Art. 204 ZPO N 2.

56 BK-ALVAREZ/PETER, Art. 204 ZPO N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 1), § 20 Rz. 19.

57 Für die Prokura ausdrücklich Art. 458 Abs. 2 OR.

58 Zur mangelnden Eintragungsfähigkeit auch der Generalhandlungsvollmacht siehe Ziff. 5 der Praxismitteilung des Eidgenössischen Handelsregisteramts (EHRA) 4/09 vom 17.12.2009 (obiter); FLORIAN ZIHLER, in: RINO SIFFERT/NICHOLAS TURIN (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV) – Kommentar, Art. 30 N 10; KARL REBSAMEN, Die neue GmbH im Handelsregister, Zürich 2008, Rz. 155, 268.

59 Bei Exekutivorganmitgliedern und Prokuristen hält BGE 141 III 159, E. 2.6 allerdings allein die Vorlage des Handelsregisterauszugs für ausreichend.

formellen Exekutivorganmitgliedern teilweise bejaht.⁶⁰ Das Bundesgericht⁶¹ hat die Frage kürzlich jedoch im Einklang mit einem Teil der Lehre⁶² zu Recht verneint. Es könne offenbleiben, ob ein faktisches Organ als solches überhaupt aktiv für die juristische Person materiell bindende Rechtshandlungen vornehmen könne, da eine solche Vertretung zumindest im Schlichtungsverfahren aus prozessualen Gründen nicht in Betracht komme. Die Schlichtungsbehörde müsse an der Schlichtungsverhandlung möglichst rasch und gestützt auf Urkunden (vgl. Art. 203 Abs. 2 ZPO) darüber befinden können, ob die Voraussetzung des persönlichen Erscheinens nach Art. 204 Abs. 1 ZPO erfüllt oder von der Säumnis der betreffenden Partei auszugehen sei. Die tatsächliche Stellung einer Person, die sich als faktisches Organ einer juristischen Person ausbebe, könne jedoch nur schwer beurteilt und nachgeprüft werden.⁶³ Ausserdem sei unklar, ob eine solche Person dann allein oder nur zusammen mit anderen Personen zur Vertretung ermächtigt sei.⁶⁴ Sowohl bei einer unberechtigten Annahme wie einer unberechtigten Verneinung des persönlichen Erscheinens bestehe die Gefahr, die Versöhnung der Parteien als Zweck des Schlichtungsverfahrens (vgl. Art. 201 Abs. 1 ZPO) zu vereiteln.⁶⁵ Den Argumenten des Bundesgerichts kann noch hinzugefügt werden, dass es wie auch im Rahmen von Art. 159 ZPO nicht sachgerecht ist, Personen, die organisationsrechtlich nicht ordnungsgemäss zu Repräsentanten einer juristischen Person bestellt wurden, mit der Wahrnehmung von höchstpersönlichen Parteiaufgaben zu betrauen. Anderenfalls würde nicht nur informellen Organisationsstrukturen Vorschub geleistet, sondern die juristische Person auch dem Willen einer von ihr unter Umständen gar nicht oder nur unfreiwillig geduldeten Person unterworfen. Da als faktische Exekutivorganmitglieder anders als nach Art. 707 Abs. 3, Art. 809 Abs. 2 und Art. 894 Abs. 2 OR (vgl. auch noch Art. 120 S. 1 HRegV) auch juristische Personen in Betracht kommen, könnte bei einer Zulassung von faktischen Organen etwa das persönliche Erscheinen einer Tochtergesellschaft durch das Erscheinen eines Exekutivorganmitglieds der als faktisches Organ der Tochter qualifizierenden Muttergesellschaft gewährleistet werden, was der rechtlichen Verselbständigung der in der Schlichtungsverhandlung über eigene Interessen verfügenden Tochtergesellschaft zuwiderliefe.

5. Qualifizierte Zustellungen an faktische Organe

Ist einer juristischen Person eine Vorladung, Verfügung oder Entscheidung durch eingeschriebene Post oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung qualifiziert zuzustellen (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO), ist die Übergabe der Sendung an die Adressatin oder – falls nicht die ausschliesslich persönliche Übergabe angeordnet wurde – an eine qualifizierte

60 So das KGer BL vom 15. 7. 2014 (400 14 78) E. 2.2 als Vorinstanz zu BGE 141 III 159; in der Literatur etwa DIKE-Komm-EGLI, Art. 204 ZPO N 5.

61 BGE 141 III 159, E. 2.

62 EGGER (Fn. 1), Rz. 151 ff.

63 So auch EGGER (Fn. 1), Rz. 162.

64 BGE 141 III 159, E. 2.4.

65 BGE 141 III 159, E. 2.5.

Ersatzperson (sog. Ersatzzustellung) erforderlich (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Als Adressatin wird die juristische Person durch ihre Exekutivorganmitglieder vertreten, wobei auch eine Zustellung im Privatbereich⁶⁶ und eine Ersatzzustellung an angestellte Personen oder die mit dem natürlichen Exekutivorganmitglied im gleichen Haushalt lebenden und mindestens 16 Jahre alten Personen möglich sind.⁶⁷ Angesichts der prinzipiellen und breiten Möglichkeit der ausdrücklich vorgesehenen Ersatzzustellung erweist sich die qualifizierte Zustellung an ein faktisches Organ nur dann als problematisch, wenn die ausschliesslich persönliche Übergabe angeordnet wurde oder das faktische Organ nicht in einem Anstellungsverhältnis zur juristischen Person steht.

Die gerichtliche Anordnung der persönlichen Zustellung an eine juristische Person dürfte eher selten sein. Der Gesetzgeber hat insoweit vor allem an familienrechtliche Streitigkeiten gedacht.⁶⁸ Denkbar ist eine solche Anordnung aber insbesondere aus Gründen der Geheimhaltung.⁶⁹ In solchen Fällen sollte die Zustellung an ein faktisches Organ unzulässig sein. Selbst wenn man davon ausgeht, dass ein faktisches Organ als Zustellungsempfänger der prozessualen Treuepflicht der Verfahrensbeteiligten (Art. 52 ZPO)⁷⁰ oder der für die Exekutivorganmitglieder geltenden organschaftlichen Treuepflicht⁷¹ und damit auch einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, sollten allein die ordnungsgemäss bestellten und die juristische Person formal repräsentierenden Mitglieder dazu berufen sein, derartige Dokumente entgegenzunehmen. Anderenfalls würden die Grenzen zwischen höchstpersönlicher Zustellung und Ersatzzustellung verwischt. Ist hingegen die Ersatzzustellung möglich, sollte diese an ein faktisches Organ auch dann in Betracht kommen, wenn zwischen dem betreffenden faktischen Organ und der juristischen Person kein Anstellungsverhältnis besteht, da die funktionale Einordnung des faktischen Organs in die juristische Person im Bereich der passiven Stellvertretung einem Anstellungsverhältnis jedenfalls dann gleichstehen sollte, wenn das faktische Organ am Sitz bzw. an einer Niederlassung der juristischen Person angetroffen wird.

6. Ausstand faktischer Organe im Prozess der juristischen Person

Nach Art. 34 Abs. 1 BGG und Art. 47 Abs. 1 ZPO treten Gerichtspersonen aus eigenem Antrieb oder auf Ablehnungsgesuch einer Partei in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (jeweils lit. a) oder aus anderen Gründen befangen sein könnten (Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG bzw. Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO).⁷² Ein Ausstandsgrund besteht danach nicht nur im Falle einer Stellung als Partei oder als Vertreter einer Partei.

66 Vgl. für Betreuungsurkunden BGE 125 III 384, E. 2b.

67 Vgl. auch zur Ersatzzustellung einer Konkursandrohung an die Ehefrau des Verwaltungsratspräsidenten nach Art. 64 Abs. 1 S. 2 und Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG BGE 134 III 112, E. 3.

68 Botschaft ZPO (Fn. 40), S. 7307.

69 ZK-STAEHELIN, Art. 138 ZPO N 5.

70 Vgl. zum weiten Adressatenkreis von Art. 52 ZPO BK-HURNI, Art. 52 ZPO N 16.

71 Zur organschaftlichen Treuepflicht des Aktionärs als faktisches Organ HERBERT WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, Zürich 1968, S. 131 f.

72 Zum persönlichen Interesse von Organen einer juristischen Person EGGER (Fn. 1), S. 98 ff.

Nach lit. a wird lediglich ein persönliches Interesse in der Sache verlangt, wobei es sich auch nur um ein wirtschaftliches⁷³ oder mittelbares Interesse handeln kann.⁷⁴ Damit wird ein faktisches Organ als Gerichtsperson im Gesellschaftsprozess regelmässig in den Ausstand treten müssen. So verfügt etwa ein Einfluss nehmender Gesellschafter bereits allein aufgrund der Gesellschaftsbeteiligung über ein hinreichendes mittelbares wirtschaftliches Interesse in der Sache, sofern es sich nicht ausnahmsweise um eine Kleinstbeteiligung an einer Publikumsgesellschaft handelt. Ähnliches gilt für den sich in die Geschäftsleitung einmischenden Kreditgeber, sofern der Prozessausgang Einfluss auf die Bonität der Gesellschaft hat. In den übrigen Fällen werden die persönlichen und vermögensmässigen Beziehungen eines faktischen Organs zur juristischen Person und ihren Organmitgliedern (z.B. Verwandtschaft, Anstellung) in aller Regel einen sonstigen Befangenheitsgrund nach Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG bzw. Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO begründen.⁷⁵ An die hinreichende Betroffenheit des Gesellschafters sind dabei keine zu hohen Anforderungen zu stellen, da die Regelungen über den Ausstand dazu dienen, vor dem Hintergrund von Art. 30 Abs. 1 BV jeglichen objektiven Anschein der Befangenheit einer Gerichtsperson auszuräumen.⁷⁶

IV. Fazit

Die Losung «Substance over Form» mag ihre Berechtigung in Rechtsgebieten haben, die wie das Rechnungslegungs- und Steuerrecht durch eine wirtschaftliche Betrachtung geprägt sind, im Organisations- und Prozessrecht sollte sie hingegen keine Geltung beanspruchen. Insofern macht auch die organisationsrechtlich wirksame Bestellung einer Person zum Exekutivorgan überall dort den Unterschied aus, wo es nicht um einzelne haftungs- oder stellvertretungsrechtliche Zurechnungen, sondern die generelle Repräsentanz der juristischen Person als Partei geht, welche auf die formal wirksam bestellten sowie regelmässig im Handelsregister eingetragenen und bekanntgemachten Exekutivorganmitglieder beschränkt bleiben sollte. Das Ausgeführte gilt nicht allein für faktische Organe, sondern entsprechend auch für die Organe kraft Kundgabe⁷⁷ und für die faktischen Geschäftsführer von Personenhandelsgesellschaften⁷⁸. Insofern zeigen das formale Organisations- und Prozessrecht der Kraft des Faktischen Grenzen auf.

73 Vgl. demgegenüber Art. 74 ZPO, der ein rechtliches Interventionsinteresse verlangt.

74 Zum indirekten Interesse von faktischen Organen einer juristischen Person EGGER (Fn. 1), S. 109 f.

75 Zur Befangenheit massgeblich beteiligter Gesellschafter auch RUDOLF OTTOMANN, Die Aktiengesellschaft als Partei im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1976, S. 88 und LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 11 ZPO BE N 5 b.

76 BGE 114 Ia 50, 54 f.

77 So im Zusammenhang mit Art. 159 ZPO BK-BRÖNNIMANN, Art. 159 ZPO N 8; generell gegen eine Organstellung von Organen kraft Kundgabe WYTENBACH (Fn. 2), S. 274 ff.

78 Vgl. zur generellen Gleichstellung der Geschäftsführer von Personenhandelsgesellschaften mit den Exekutivorganmitgliedern juristischer Personen im Rahmen von Art. 159 ZPO ZK-HASENBÖHLER, Art. 159 ZPO N 12 f.; BK-BRÖNNIMANN, Art. 159 ZPO N 2, 5; DIKE-KOMM-LEU, Art. 159 ZPO N 20 ff.