

Armin Kühne* / Yusuf Sume**

Das Risiko der faktischen Organschaft bei beaufsichtigten Finanzinstituten

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Bewilligungsvoraussetzungen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Organisation
 - 2.1. Unternehmensführung
 - 2.2. Kontrollfunktionen
 - 3. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit
 - 4. Anforderungen an die qualifiziert Beteiligten
- III. Das Institut des faktischen Organs
 - 1. Verweis auf das Zivilrecht
 - 2. Verantwortlichkeit
 - 2.1. Funktioneller Organbegriff
 - a. Persönlicher Geltungsbereich
 - b. Sachlicher Geltungsbereich
 - 2.2. Exkurs: Unerlaubte Handlungen
 - 3. Faktische Organschaft bei Unternehmensgruppen
 - 3.1. Einheitliche Leitung
 - 3.2. Trennungslinie
 - 3.3. Indizien
 - 3.4. Haftungssubjekte
- IV. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen
 - 1. Wechselwirkung zwischen Zivilrecht und Aufsichtsrecht
 - 2. Auswirkungen
- V. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Beaufsichtigte Finanzinstitute, die unter einheitlicher Leitung einer Unternehmensgruppe stehen, sind sich des Risikos einer faktischen Organschaft häufig nicht bewusst. In klassischen Konzernstrukturen herrscht das Konzept der Dominanz, d.h. die Konzernleitung befiehlt den Gruppengesellschaften – insbesondere auch beaufsichtigten Finanzinstituten – «wo's lang geht».¹

Schätzungen zufolge sind im Allgemeinen mehr als die Hälfte aller unternehmerisch tätigen Aktiengesellschaften

ten bzw. rund 70 % aller Körperschaften und nahezu sämtliche Publikumsgesellschaften konzernmäßig organisiert.² Die Organisationsform des Konzerns bzw. der Unternehmensgruppe³ als Erfindung der Praxis ist aufgrund ihrer umfassenden Verbreitung aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken.⁴ Trotz dieser längst gelebten wirtschaftlichen Realität fehlt in der Schweiz eine umfassende «Konzernrechtskodifikation».⁵ Stattdessen bestehen in verschiedenen Teilrechtsgebieten unterschiedliche Regelungen und variierende Anforderungen an den Begriff der Unternehmensgruppe. Dennoch bewegen sich Gruppengesellschaften – insbesondere beaufsichtigte Finanzinstitute, die unter wirtschaftlich einheitlicher Leitung stehen – nicht in einem rechtsfreien Raum.⁶

Besonders hervorzuheben ist, dass die blosse Existenz des Phänomens «Konzern» die Interessenslage sowohl der Muttergesellschaft als auch der Tochtergesellschaft grundlegend verändert.⁷ Für die Verwaltungsräte (VR) von Tochtergesellschaften stellt sich regelmäßig die Frage, ob die Interessen der leitenden Muttergesellschaft denjenigen der Tochtergesellschaft vorgezogen werden dürfen – und wenn ja, unter welchen Rahmenbedingungen.

Obgleich z.B. der VR einer Fondsleitung ausschliesslich verpflichtet ist, die Interessen der Anleger zu wahren,⁸ sieht sich derselbe VR infolge des vorherrschenden Dominanzkonzepts in Unternehmensgruppen oft in einer doppelten Rolle: Er agiert als «Diener» sowohl der Konzernleitung als auch der eigenen Gesellschaft.⁹ Eine

² PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich/Genf 2022, § 7 ad FN 1; KUNZ (FN 1), N 89; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2023, § 24 N 30.

³ Konzerne und Unternehmensgruppen werden in der vorliegenden Abhandlung als bedeutungsgleiche Begriffe verstanden: Vgl. KUNZ (FN 1), N 4 ad FN 11.

⁴ ROLAND VON BÜREN, SPR VIII/6, 1.

⁵ PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 1 N 16.

⁶ LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel, Zürich 1994, 2.

⁷ BÖCKLI (FN 1), 230.

⁸ Art. 20 Abs. 1 lit. a. KAG (SR 951.31).

⁹ Siehe zum Ganzen: FLORIAN S. JÖRG, Grundlagen und Pflichten des Verwaltungsrates in Gruppengesellschaften, in: Kunz/Arter/Jörg, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 50 ff.

* Dr. iur. ARMIN KÜHNE, Rechtsanwalt und Partner bei Kellerhals Carrard Zürich KLG.

** YUSUF SUME, Rechtsanwalt bei Kellerhals Carrard Zürich KLG.

¹ PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, N 125; PETER BÖCKLI, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 208.

solche «Sandwichposition» des VR ist mit Risiken verbunden, insbesondere wenn die Tochtergesellschaft ein von der FINMA beaufsichtigtes Finanzinstitut ist, das ineinander greifende zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Anforderungen zu beachten hat. Dies gilt grundsätzlich für sämtliche beaufsichtigten Finanzinstitute. In der vorliegenden Abhandlung werden anhand des Beispiels einer Fondsleitung gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d. i.V.m. Art. 32 ff. FINIG¹⁰ einige wesentliche Aspekte dieser Anforderungen beleuchtet. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich jedoch ebenso auf Verwalter von Kollektivvermögen gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c. i.V.m. Art. 24 ff. FINIG und grundsätzlich auch auf alle anderen beaufsichtigten Finanzinstitute, die gemäss den schweizerischen Finanzmarktgesetzen einer Bewilligungspflicht unterstellt sind.

II. Bewilligungsvoraussetzungen

1. Allgemeines

Wer gemäss den schweizerischen Finanzmarktgesetzen eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt, muss die für ihn geltenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen und benötigt eine Bewilligung der FINMA. Eine Aufnahme der Geschäftstätigkeit ohne erteilte Bewilligung kann aufsichtsrechtliche Massnahmen nach sich ziehen.¹¹

Der Bewilligungsträger hat der FINMA als Bewilligungsbehörde ein Bewilligungsgesuch mit sämtlichen Angaben und Unterlagen einzureichen, die zu seiner Beurteilung erforderlich sind. Die erforderlichen Angaben und Unterlagen ergeben sich für die Finanzinstitute gemäss FINIG insbesondere aus Art. 9 FINIV¹² sowie aus den zusätzlichen Anforderungen für die einzelnen Kategorien von beaufsichtigten Finanzinstituten. Dazu gehören auch die Informationen und Dokumente zu einer angemessenen Betriebsorganisation sowie der Nachweis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.¹³

2. Organisation

Fondsleitungen sind Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Hauptzweck in der Ausübung des Fondsgeschäfts liegt.¹⁴ Unter strukturellen Gesichtspunkten sind Fondsleitungen verpflichtet, ihre Organisation an die Anzahl der Kunden, das Volumen der verwalteten Vermögenswerte sowie die eingesetzten Anlagestrategien und gewählten Produkte im Rahmen

ihrer spezifischen Geschäftstätigkeit anzupassen; d.h. die Komplexität der getätigten Geschäfte sowie die damit verbundenen Risiken müssen berücksichtigt werden.¹⁵ Diese Anpassungen sind im Rahmen des Bewilligungsgeuchs der FINMA offenzulegen.

2.1. Unternehmensführung

Fondsleitungen sind verpflichtet, angemessene Regeln zur Unternehmensführung festzulegen und sich so zu organisieren, dass sie ihre gesetzlichen Pflichten wirksam erfüllen können.¹⁶ Die Anforderungen an eine angemessene Betriebsorganisation sind in den Organisationsgrundlagen der Fondsleitung zu konkretisieren. Diese umfassen insbesondere die Statuten, das Organisations- und Geschäftsreglement sowie weitere interne Reglemente und Weisungen, etwa zum internen Kontrollsystsem (IKS), Risikomanagement und Compliance, in denen die internen Kompetenzen und Aufgaben festgelegt werden (vgl. Ziff. 2.2 nachfolgend).¹⁷ Damit verbunden müssen Fondsleitungen ihre Geschäftstätigkeit umfassend dokumentieren, sodass sowohl die Prüfgesellschaft als auch die FINMA in der Lage sind, sich ein zuverlässiges Bild über die Geschäftstätigkeit zu verschaffen.

Ein wesentlicher Bestandteil der Unternehmensführung – und damit der angemessenen Corporate Governance – sind klare Zuständigkeitsregelungen sowie spezifische Regelungen zur Stellvertretung der wichtigsten Leitungsfunktionen.¹⁸ Eine angemessene Betriebsorganisation und Corporate Governance gehören zu den zentralen Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung.

2.2. Kontrollfunktionen

Zu einer angemessenen Betriebsorganisation einer Fondsleitung gehört überdies, dass sie über ein angemessen ausgestattetes Risikomanagement und Compliance sowie ein wirksames IKS verfügen muss.¹⁹ Der VR hat im Rahmen des Risikomanagements sicherzustellen, dass alle wesentlichen Risiken der Fondsleitung angemessen und wirksam identifiziert, bewertet und überwacht werden. Das Risikomanagement einer Fondsleitung befasst sich in diesem Zusammenhang mit der Kontrolle und Steuerung der wesentlichen Risiken, die sich aus der

¹⁰ SR 954.1.

¹¹ Vgl. zur «Zwangsliquidation»: BSK FINIG-WINZELER, Art. 5 N 2.

¹² SR 954.11.

¹³ Art. 9 Abs. 1 lit. a. und c. FINIV.

¹⁴ Art. 33 FINIG.

¹⁵ Art. 9 Abs. 1 FINIG.

¹⁷ FLAVIO AMADÒ/GIOVANNI MOLO, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen – Praxiskommentar, in: Amadò/Molo (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2022, Art. 9 N 4.

¹⁸ BERTRAND G. SCHOTT/FLORIAN L. STEINER, Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, in: Sethe/Bösch/Favre/Schott (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 9 N 11.

¹⁹ Art. 57 Abs. 1 FINIV.

Geschäftstätigkeit des Bewilligungsträgers ergeben.²⁰ In der Praxis wird zur Unterstützung dieses Prozesses eine Risikomatrix erstellt.²¹ Diese dient dazu, die wesentlichen Risiken nach Geschäftsbereichen zu identifizieren und zu beschreiben, die erforderlichen Massnahmen zur Planung und Steuerung der Risiken festzulegen und diese systematisch zu überwachen. Die Risikomatrix wird im Auftrag des VR mindestens einmal jährlich von der Geschäftsleitung gemeinsam mit den betroffenen Geschäftsbereichen überprüft und an die aktuelle Situation angepasst.²²

Weiter umfasst das IKS als unternehmensinternes System die Gesamtheit der Kontrollstrukturen und -prozesse, die auf allen Ebenen der Fondsleitung die Grundlage für die Erreichung der geschäftspolitischen Ziele und einen ordnungsgemäßen Betrieb bilden. Der VR, die Geschäftsleitung sowie die Abteilungen Risikomanagement, Compliance und Financial Controlling bilden diesbezüglich die verantwortlichen Personen bzw. die verantwortlichen Bereiche.²³

Schliesslich sind der VR und die Geschäftsleitung organisatorisch für die Compliance – «verstanden als Geschäftstätigkeit im Einklang mit Recht und Gesetz»²⁴ – verantwortlich und stellen die Implementierung angemessener interner Systeme und Prozesse zur Sicherstellung der Compliance sicher.²⁵ In diesem Sinne dient Compliance in erster Linie dem Risikomanagement, und zwar sowohl im Hinblick auf die Erfüllung der regulatorischen Anforderungen als auch in Bezug auf die Reputationsrisiken.²⁶

Die ordnungsgemäße Erfüllung der internen Regularien erfordert ein hohes Mass an Verantwortungsbewusstsein seitens des VR. Dieser ist nicht nur dafür verantwortlich, die Einhaltung der regulatorischen und internen Vorgaben zu überwachen und zu gewährleisten, sondern trägt auch endverantwortlich für eine transparente und sorgfältige Umsetzung der ihm zugewiesenen Leitungs-, Überwachungs- und Kontrollaufgaben Sorge. Dies umfasst insbesondere die Pflicht, wirksame Kontrollmechanismen nicht nur einzurichten, sondern diese auch laufend zu überwachen und anzupassen, um den Anforderungen eines dynamischen und regulierten Umfelds gerecht zu werden.²⁷

3. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

Fondsleitungen als Finanzinstitute und die mit der Verwaltung und Geschäftsführung des Finanzinstituts betrauten Personen müssen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Diese Vorgabe stellt eine zentrale Bewilligungsvoraussetzung für die Gründung einer Fondsleitung dar.²⁸ Gewährsträger in diesem Sinne ist nicht nur die Fondsleitung selbst – die Rede ist von einer «Entpersonifizierung»²⁹ der Vorschrift –, sondern jede Person, die eine einflussreiche Stellung im übergeordneten Entscheidungsbereich innehat.³⁰ Dabei handelt es sich bei einer Aktiengesellschaft grundsätzlich um die Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung. Entscheidend ist hierbei jedoch nicht die formelle Funktionsbezeichnung, sondern vielmehr die tatsächlich ausgeübte Funktion (vgl. dazu Ziff. III.2.1 und IV.2. nachfolgend).³¹

Personen, die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Fondsleitung betraut sind, müssen bestimmte persönliche Qualifikationen erfüllen: Sie haben einen guten Ruf zu geniessen und die für ihre Funktion erforderlichen fachlichen Qualifikationen mitzubringen.³² Die notwendige fachliche Qualifikation wird sowohl bei der jeweiligen einzelnen Person im Hinblick auf deren ausgeübte Funktion und Verantwortung als auch beim gesamten Gremium vorausgesetzt.³³ Die Komponente des guten Rufes erfordert ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr.³⁴ Darunter wird im Wesentlichen die Beachtung der Rechtsordnung, der Statuten, des internen Regelwerks, der vertraglichen Vereinbarungen mit Kunden sowie der aufsichtsrechtlichen Praxis verstanden.³⁵ Nach vorliegender Auffassung ist ein Fehlverhalten im privaten Bereich grundsätzlich nur dann zu berücksichtigen, wenn es einen relevanten Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit des Gewährsträgers aufweist.³⁶

Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit muss nicht nur bei der Gründung eines Finanzinstituts erfüllt sein, sondern auch dauerhaft bestehen bleiben.³⁷

²⁸ BSK FINIG-WINZELER, Art. 11 N 1.

²⁹ PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2019, § 7 N 173.

³⁰ SCHOTT/STEINER (FN 18), Art. 11 N 13; vgl. zudem: BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, in: Zobl/Schwob/Winzeler/Kaufmann/Weber/Kramer (Hrsg.), Zürich 2015, Art. 3 N 175; vgl. ferner: Urs ZULAUF, Gewähr im Gericht, FINMA Sonderbulletin – Bulletin Spécial 2/2013, 16 ff.

³¹ FIDLEG/FINIG Handkommentar-VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, Art. 11 FINIG N 2.

³² Art. 11 Abs. 2 FINIG.

³³ Botschaft (FN 15), 9023.

³⁴ Siehe dazu: ZULAUF (FN 30), 21.

³⁵ Vgl.: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. März 2008 (B-3708/2007), E. 3.1 und BGer 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004, in: EBK 4/2004, 31, E. 1.

³⁶ SCHOTT/STEINER (FN 18), Art. 11 N 19.

³⁷ BGer 2C_163/2014 vom 15. Januar 2015, E. 2.3.

²⁰ AMADÒ/MOLO (FN 17), Art. 9 N 18 f.

²¹ SCHOTT/STEINER (FN 18), Art. 9 N 49.

²² Vgl. zum ganzen Thema: ARMIN KÜHNE, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, Zürich 2015, N 237; vgl. Ablauf für Banken: Rundschreiben 2017/1, Corporate Governance – Banken vom 22. September 2016, N 52.

²³ ARMIN KÜHNE, Kollektivsanlagengesetz – Stämpfli Handkommentar, in: Dedeyan/Eichhorn/Müller (Hrsg.), Bern 2024, Art. 14 N 30 f.

²⁴ BSK FINIG-WINZELER, Art. 9 N 7.

²⁵ KÜHNE (FN 22), N 241.

²⁶ KÜHNE (FN 23), Art. 14 N 32.

²⁷ Vgl. Art. 52 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 4 FINIV.

Eine Verletzung der Gewährspflicht kann zu Massnahmen seitens der FINMA führen und im schlimmsten Fall den Entzug der Bewilligung nach sich ziehen.³⁸

4. Anforderungen an die qualifiziert Beteiligten

Die qualifiziert Beteiligten einer Fondsleitung müssen einen guten Ruf geniessen und sicherstellen, dass ihr Einfluss nicht zum Nachteil einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit ausgeübt wird.³⁹ Darüber hinaus müssen die qualifiziert Beteiligten eines beaufsichtigten Finanzinstituts grundsätzlich keine weiteren aufsichtsrechtlichen Pflichten erfüllen.⁴⁰

Als qualifiziert beteiligt gilt, wer direkt oder indirekt mindestens 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte an einer Fondsleitung hält oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen kann.⁴¹ Im letztgenannten Fall genügt bereits die Möglichkeit einer beeinflussenden Stellung, wobei diese Beeinflussung für die Geschäftspolitik der Fondsleitung bestimmd sein muss.⁴²

In Konzernverhältnissen sind drei konstitutive Elemente erkennbar: Einerseits müssen die Gruppengesellschaften (1) rechtlich selbständige Unternehmen sein, die (2) unter einheitlicher Leitung stehen, und andererseits braucht es als quantitatives Element (3) mindestens eine Mutter- und eine Tochtergesellschaft.⁴³ Steht ein beaufsichtigtes Finanzinstitut als rechtlich selbständiges Unternehmen unter der einheitlichen Leitung einer Muttergesellschaft, gilt diese als qualifiziert Beteiligte und muss die an sie gerichteten Anforderungen jederzeit erfüllen. Verantwortlich für diese Sicherstellung ist jedoch nicht die leitende Muttergesellschaft, sondern das Finanzinstitut selbst, das von der FINMA beaufsichtigt wird.

III. Das Institut des faktischen Organs

1. Verweis auf das Zivilrecht

Das FINIG verweist hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Organe der Fondsleitung auf die Bestimmungen des OR⁴⁴ über die Aktiengesellschaft.⁴⁵

2. Verantwortlichkeit

2.1. Funktioneller Organbegriff

Der Begriff des Organs im Rahmen der Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR knüpft nach ständiger Rechtsprechung an einen funktionellen Organbegriff an und ist keineswegs auf die formell gewählten Mitglieder des VR beschränkt.⁴⁶ Der funktionelle Organbegriff umfasst gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts neben dem formellen VR und weiteren Organen im formellen Sinne auch alle Personen, die mit der Geschäftsführung betraut sind: «Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraut im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen».⁴⁷

Im Folgenden sollen die einzelnen relevanten Komponenten der faktischen Organschaft im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kurz näher beleuchtet werden.

a. Persönlicher Geltungsbereich

Als faktische Organe kommen nicht nur natürliche Personen, sondern gemäss herrschender Lehre auch juristische Personen in Betracht.⁴⁸ Das Bundesgericht erkennt bereits seit längerem neben natürlichen Personen auch juristische Personen als faktische Organe an.⁴⁹

b. Sachlicher Geltungsbereich

Für die tatsächlich ausgeübte Funktion eines Organs und damit das Vorliegen einer faktischen Organschaft ist eine gewisse Intensität des Eingriffs erforderlich. Dafür müssen die nachfolgenden Elemente erfüllt sein:

ba. Organotypische Stellung

Der funktionelle Organbegriff ist erfüllt, wenn einer Person eine organotypische Stellung zugesprochen werden kann.⁵⁰ Der Betreffende, der formell nicht bestellt wird – wie Mitglieder des VR und der Geschäftsleitung –, han-

³⁸ Vgl. Art. 37 Abs. 1 FINMAG (SR 956.1).

³⁹ Art. 11 Abs. 3 FINIG.

⁴⁰ Ausnahme: Die Meldepflicht gemäss Art. 11 Abs. 5 FINIG.

⁴¹ Art. 11 Abs. 4 FINIG.

⁴² Analog gemäss der bankenrechtlichen Dogmatik: KLEINER/SCHWOB (FN 30), Art. 3 N 251 f.

⁴³ KUNZ (FN 1), N 960.

⁴⁴ SR 220.

⁴⁵ Art. 68 Abs. 1 FINIG; siehe zur Problematik der Abgrenzung zwischen FINIG und KAG: BSK FINIG-BÄRTSCHI, Art. 68 N 8 und 30 f.

⁴⁶ MEINRAD VETTER/ROMAN S. GUTZWILLER, Faktische Organschaft im Konzern – Ein kurzer Überblick, GesKR 2/2010, 224 ff., 225.

⁴⁷ BGE 128 III 92, E. 3.a); vgl. zudem: BGer 4A_62/2024 vom 17. Dezember 2024, E. 7.1.1.

⁴⁸ PETER V. KUNZ, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, in: Kunz/Jörg/Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 178; eingehend: ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1997, 350 ff. (= SSPHW 51); ferner: BÖCKLI (FN 2), § 16 N 41; a.M. ROLAND VON BÜREN, SPR VIII/6, 207 f.

⁴⁹ BGE 132 III 523, E. 4.5; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

⁵⁰ BGE 128 III 92, E. 3.b).

delt so, als ob er Organ wäre.⁵¹ Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass faktische Organe Personen sind, denen Organaufgaben nicht übertragen worden sind.⁵² Sie nehmen in diesem Sinne den formellen Organen vorbehaltene Funktionen wahr.⁵³ Es liegt insofern eine Usurpierung – d.h. eine Anmassung – der Erfüllung einer Organkompetenz vor.⁵⁴ Eine derart verstandene Organstellung ist jedoch nur gegeben, wenn eine Person aus einer hierarchisch hohen Stellung heraus eine leitende und entscheidende Funktion ausübt.⁵⁵ Personen, die lediglich unterstützende Hilfe bei der Entscheidungsfindung leisten – etwa durch technische, kaufmännische oder juristische Beiträge zur Entscheidungsfindung – sind von der faktischen Organschaft ausgenommen.⁵⁶

bb. Massgebliche Einflussnahme auf die Willensbildung

Der funktionelle Organbegriff erfordert – in organypischer Weise⁵⁷ – eine massgebliche Mitbestimmung bei der Willensbildung der Gesellschaft.⁵⁸ Eine Gesellschaft wird dann in ihrer Willensbildung massgeblich beeinflusst, wenn es insbesondere um «unternehmenspolitische und -leitende»⁵⁹ Entscheidungen geht.⁶⁰

bc. Auf Dauer angelegt

Die Einflussnahme auf die Willensbildung muss grundsätzlich auf Dauer ausgerichtet sein.⁶¹ In besonderen Ausnahmefällen kann jedoch auch «ein einziger, tiefgreifender punktueller Eingriff» zur Annahme einer faktischen Organschaft führen.⁶²

2.2. Exkurs: Unerlaubte Handlungen

Eine faktische Organschaft kann ebenso im Deliktsrecht haftungsbegründend wirken.⁶³ Entsendet eine Muttergesellschaft einen Vertreter in den VR der Fondsleitung als Tochtergesellschaft – etwa in Form einer Doppelorganschaft – und erfüllt dieser Vertreter z.B. durch die Sicherstellung der Kontrolle oder die Wahrung der Interessen der leitenden Muttergesellschaft die Kriterien der faktischen Organschaft (vgl. Ziff. 2.1 hiervor und Ziff. 3. hiernach), haftet die Muttergesellschaft als entsendende juristische Person auch für den Schaden, den der von ihr entsandte Vertreter in Ausübung seiner geschäftlichen Tätigkeit für die Muttergesellschaft verursacht hat (Art. 722 OR).⁶⁴ In diesem Sinne ist eine Haftung der leitenden Muttergesellschaft zu bejahen, wenn der Vertreter der Muttergesellschaft als formelles Organ der Fondsleitung faktisch als Vollstrecker des Willens und der Interessen der Muttergesellschaft agiert.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund haftet die Muttergesellschaft so, als hätte sie selbst einen Sitz im VR der Fondsleitung eingenommen.⁶⁶

3. Faktische Organschaft bei Unternehmensgruppen

3.1. Einheitliche Leitung

Die Verbindung der Gruppengesellschaften und damit auch die Unterwerfung des beaufsichtigten Finanzinstituts als Tochtergesellschaft wird im Allgemeinen durch die einheitliche Leitung gewährleistet.⁶⁷ Mit anderen Worten setzt der Konzernbegriff im Rahmen der Unternehmensgruppe die einheitliche Leitung voraus: Eine Konzernleitung kann sich konkret nur in jenen Fällen entfalten, «in denen eine adäquate Einflussnahme(möglichkeit)» auf ein beaufsichtigtes Finanzinstitut, z.B. eine Fondsleitung als Tochtergesellschaft, sichergestellt ist.⁶⁸ Die einheitliche Leitung ist entsprechend das zentrale Element des Konzernbegriffs.⁶⁹

3.2. Trennungslinie

Die dem Konzernbegriff inhärente einheitliche Leitung löst als solche noch keine Verantwortlichkeit aus.⁷⁰ Die

⁵¹ BENEDIKT MAURENBRECHER, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP 1998, 1327 ff., 1336; vgl. auch: ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat – Band I, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Zürich 2021, N 4.62.

⁵² VOGEL (FN 48), 301.

⁵³ MEINRAD VETTER, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen, Zürich 2007, 21 (= SSHW 261).

⁵⁴ MICHAEL WYTTEBNACH, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Diss. Basel 2012, 240 (= BSR Reihe A 108); MARC BAUEN/SILVIO VENTURI, Der Verwaltungsrat, Zürich/Basel/Genf 2007, N 655.

⁵⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 2), § 16 N 914; WYTTEBNACH (FN 54), 240.

⁵⁶ BGE 117 II 570, E. 3; BÖCKLI (FN 2), § 16 N 38.

⁵⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 2), § 16 N 911.

⁵⁸ MATTHIAS P.A. MÜLLER/CÉDRIC BERGER/DANIEL BÖTTICHER, Der faktische Verwaltungsrat: rechtliche Ordnung, Grenzen und Möglichkeiten, GesKR 3/2024, 427 ff., 430.

⁵⁹ PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, N 659.

⁶⁰ KUNZ (FN 48), 182.

⁶¹ MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 51), N 4.63.

⁶² BÖCKLI (FN 2), § 16 N 40; vgl. zudem KUNZ (FN 48), 182 ad FN 72, der darauf hinweist, dass eine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung unter bestimmten Voraussetzungen auch in einzelnen Fällen vorliegen kann.

⁶³ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2020, N 1496.

⁶⁴ BÖCKLI (FN 2), § 16 N 58; vgl. ferner Art. 55 Abs. 2 ZGB (SR 210).

⁶⁵ JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 366.

⁶⁶ Siehe dazu: URS SCHENKER, Haftung des entsendeten Verwaltungsrates, in: Kunz/Jörg/Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 170.

⁶⁷ KUNZ (FN 1), N 21.

⁶⁸ PATRIC A. BRAND, Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2015, N 72 (= SSHW 326).

⁶⁹ KIRIL R. R. HASLEBACHER, Das Arm's Length Principle im schweizerischen Recht, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2023, N 185 (= SSHW 361).

⁷⁰ BGE 128 III 92, E. 3.a).

blosse Tatsache einer Konzernierung führt insofern nicht automatisch zu einer faktischen Organschaft.⁷¹ Wenn sich jedoch der Einfluss der Muttergesellschaft auf die Fondsleitung zu einer «usurpierten Zuständigkeit verdichtet» und die übrigen bereits erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Ziff. 2.1 hiervor), wird die Muttergesellschaft selbst oder deren Repräsentanten zu einer faktischen Organschaft.⁷²

3.3. Indizien

Die Abgrenzung zwischen einem folgenlosen Einfluss der leitenden Muttergesellschaft auf die Fondsleitung und einer massgeblichen Mitbestimmung bei der Willensbildung der Fondsleitung gestaltet sich häufig schwierig. Die Feststellung einer faktischen Organschaft muss stets im Einzelfall geprüft werden.⁷³ In der Literatur und Rechtsprechung werden jedoch sowohl für allgemeine Konstellationen⁷⁴ als auch speziell für Konzernverhältnisse verschiedene Indizien aufgeführt, die für eine mögliche Bejahung der faktischen Organschaft sprechen können:

- Die Teilnahme an Sitzungen des VR der Tochtergesellschaft mit gleichberechtigtem Stimmrecht, Einladungen zu sämtlichen Sitzungen des VR, regelmässige Unterbreitung von Beschlüssen des VR (allenfalls verbunden mit einem Vetorecht), gemeinsames Auftreten gegenüber Dritten und die Mitbestimmung bei unternehmenspolitischen und -leitenden Entscheidungen können zu einer faktischen Organschaft führen,⁷⁵
- die als faktisches Organ handelnde Person ist aufgrund ihrer Entscheidungsgewalt in der Lage, den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden zu verhindern;⁷⁶
- es reicht aus, dass der VR der Tochtergesellschaft «von oben» vorgebrachte Vorschläge und Empfehlungen – selbst wenn sie zu Unrecht befolgt werden – als bindend erachtet;⁷⁷
- Mitglieder des VR oder der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft können häufig aufgrund ihrer entscheidenden («systematischen») Einflussnahme auf die Unternehmenspolitik und -leitung der Tochtergesellschaft in eine faktische Organstellung geraten;⁷⁸

⁷¹ KUNZ (FN 48), 186.

⁷² JEAN NICOLAS DRUEY, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Baer (Hrsg.), *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern 2000, 21.

⁷³ BÖCKLI (FN 2), § 16 N 60.

⁷⁴ Die allgemeinen Konstellationen können nach vorliegender Ansicht ebenso für Unternehmensgruppen gelten; siehe dazu auch KUNZ (FN 48), 186, der ein Konzernprivileg ausschliesst.

⁷⁵ KUNZ (FN 48), 180 und 182; vgl. dazu auch: SIMON LANG, Die faktische Organschaft, GesKR 1/2019, 111 ff., 115.

⁷⁶ BGer 4A_268/2018 vom 18. November 2019, E. 5.

⁷⁷ VOGEL (FN 48), 397.

⁷⁸ KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2004, 267 (= SSHW 234).

- die Muttergesellschaft überschreitet ihre Rolle als Aktionärin und greift aktiv in das Managementgeschehen der Tochtergesellschaft ein;⁷⁹
- eine mittelbare Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Entscheidungsfindung der Tochtergesellschaft kann ebenfalls eine faktische Organschaft begründen;⁸⁰
- eine Einflussnahme der leitenden Muttergesellschaft im Rahmen einer Doppelorganschaft kann zur faktischen Organschaft führen;⁸¹
- eine faktische Organschaft kann durch Kundgabe entstehen, wenn jemand den Eindruck vermittelt, als Organ zu handeln;⁸²
- bei vollständigem Beherrschungsverhältnis übernimmt der VR der Muttergesellschaft regelmässig zentrale Leitungsaufgaben (Strategie, Unternehmenspolitik, Organisation, Finanzen und Personelles), wodurch eine Organstellung der Konzernleitung begründet werden kann;⁸³
- eine faktische Organschaft bei einer Gesellschaft ist gegeben, wenn eine juristische Person durch einen Treuhänder – etwa in der Funktion eines fiduziariischen VR – organtypisch handelt und als unsichtbare «Strippenzieherin» massgeblich in die Willensbildung einer anderen Gesellschaft eingreift;⁸⁴
- sendet ein Aktionär eine Person in den VR, die ausschliesslich Weisungen des Entsenders umsetzt und dadurch nur noch als «Überbringer» oder «Vollstrecker» tätig wird, kann der Entsender durch diese Fernsteuerung selbst zum faktischen Organ werden.⁸⁵

3.4. Haftungssubjekte

In der Doktrin ist (ausserhalb von Konzernverhältnissen) umstritten, ob eine faktische Organschaft per se als widerrechtlich zu qualifizieren ist.⁸⁶ Das Bundesgericht hat hierzu Folgendes erwogen: Ein faktisches Organ besitzt gemäss Art. 718 OR weder eine (interne) Vertretungsbefugnis noch eine Organvertretungsmacht nach aussen.⁸⁷ Die von PETER BÖCKLI vertretene Auffassung, dass eine faktische Organschaft von den «ordnungsge-

⁷⁹ DANIEL DAENIKER/KARL HOFSTETTER, Pro und Contra, GesKR 1/2023, 13 ff., 14.

⁸⁰ ALEXANDER VOGEL, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, Zürich/Basel/Genf 2002, 624.

⁸¹ BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.2; vgl. auch: PETER V. KUNZ, Klarstellungen zur Konzernhaftung, recht 2011, 41 ff., 45 ff.; siehe zudem: BÖCKLI (FN 2), § 16 N 58.

⁸² MÜLLER/LIPP/PLÜSS (FN 51), N 4.62.

⁸³ VETTER/GUTZWILLER (FN 46), 227.

⁸⁴ BÖCKLI (FN 2), § 16 N 59.

⁸⁵ SCHENKER (FN 66), 169.

⁸⁶ Für eine «automatische» Widerrechtlichkeit: BÖCKLI (FN 2), § 9 N 129; gegen eine «automatische» Widerrechtlichkeit: KUNZ (FN 48), 178.

⁸⁷ BGE 146 III 37, E. 6.2.3 (siehe zu den Ausnahmen: E. 7.1.2.1 f.).

mäss in ihre Funktion eingesetzten Personen» weder akzeptiert noch geduldet werden dürfe, ist von der Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt worden.⁸⁸

Ob diese bundesgerichtliche Rechtsprechung jedoch «tel quel» auf Konzernverhältnisse übertragen werden kann, ist fraglich.⁸⁹ Gleichwohl ist unbestritten, dass unter Heranziehung der bereits genannten Kriterien (vgl. Ziff. 2.1 hiervor) sowohl die leitende Muttergesellschaft als juristische Person⁹⁰ als auch die Repräsentanten der Muttergesellschaft⁹¹ der Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR unterliegen können.

IV. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen

Die Bejahung einer faktischen Organschaft bei einer beaufsichtigten Fondsleitung im Rahmen von Konzernverhältnissen kann nicht nur auf zivilrechtlicher Ebene zu einer Verantwortlichkeit der beteiligten Personen führen, sondern auch weitreichende aufsichtsrechtliche Konsequenzen entfalten. Besonders betroffen sind dabei die Anforderungen zum Gewährserfordernis und die angemessene Betriebsorganisation der Fondsleitung als beaufsichtigtes Institut.

1. Wechselwirkung zwischen Zivilrecht und Aufsichtsrecht

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA dient insbesondere dem Schutz der Gläubiger und Anleger sowie dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte: Sie erfüllt im Aufsichtsrecht eine öffentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe.⁹² Dabei können sich Aufsichtsrecht und Zivilrecht wechselseitig beeinflussen. Dieser Zusammenhang wird als «Ausstrahlungswirkung» bezeichnet. Hierbei wird das Zivilrecht z.B. zur Klärung oder Konkretisierung einer aufsichtsrechtlichen Fragestellung berücksichtigt.⁹³

2. Auswirkungen

Nach Art. 11 Abs. 1 FINIG müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung des Finanzinstituts betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (vgl. Ziff. II.3. hiervor). Der relevante Personenkreis orientiert sich am zivilrechtlichen Organschaftsbegriff.⁹⁴ Liegt im Rahmen eines Konzernverhältnisses eine faktische Organschaft vor, fällt nach vorliegender Ansicht entweder die leitende Muttergesellschaft als juristische Person oder ihre Repräsentanten unter die Gewährspflicht (sog. «faktische Gewährsträger»⁹⁵).⁹⁶ Dieses Gewährserfordernis ist durch die Fondsleitung dauerhaft einzuhalten.⁹⁷

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der Verantwortungsbereich faktischer Organe anhand der von ihnen tatsächlich ausgeübten Leistungstätigkeiten in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich definiert wird.⁹⁸ Konsequenterweise wäre eine Fondsleitung verpflichtet, Änderungen bei den für die Verwaltung und Geschäftsführung tätigen Personen, d.h. die faktischen Organe, der FINMA zu melden.⁹⁹ Zudem sind die Fondsleitung und ihre Gewährspersonen verpflichtet, der FINMA Tatsachen zu melden, die geeignet sind, den guten Ruf oder die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der Fondsleitung oder der mit Geschäftsführungsaufgaben betrauten Personen sowie von Inhabern einer qualifizierten Beteiligung in Frage zu stellen.¹⁰⁰

Im Rahmen des Bewilligungsverfahrens muss die Fondsleitung zudem eine angemessene Betriebsorganisation nachweisen und diese nach Erteilung der Bewilligung dauerhaft gewährleisten (vgl. Ziff. II.2. hiervor). In der Praxis ist diesbezüglich generell eine Verschärfung der Anforderungen der FINMA an die angemessene Betriebsorganisation festzustellen.¹⁰¹ Liegt anhand der genannten Kriterien (vgl. Ziff. III.2.1 und III.3. hiervor) eine faktische Organschaft infolge eines massgeblichen

⁸⁸ BGE 146 III 37, E. 6.2.2.

⁸⁹ Die h.L. geht generell davon aus, dass in Konzernverhältnissen keine Widerrechtlichkeit per se vorliegt: KUNZ (FN 1), N 797 ad FN 2475; VOGEL (FN 48), 403; DERS. (FN 80), 625; BEYELER (FN 78), 280; HANDSCHIN (FN 6), 329 f. und 336; RAINER GONZENBACH, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus «Konzernvertrauen», recht 1995, 117 ff., 130 («Konzern für sich genommen ist kein Haftungstatbestand»); JEAN NICOLAS DRUEY, Neues aus dem Konzernrecht Oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 2005, 1083 ff., 1091.

⁹⁰ BGE 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1; VOGEL (FN 80), 623.

⁹¹ BGE 128 III 92, E. 3c); BEYELER (FN 78), 280.

⁹² BGE 139 II 279, E. 4.2.

⁹³ SANDRO ABEGGLEN/LÉONIE LUTERBACHER, Das Verhältnis der FIDLEG-Verhaltensregeln zum Privatrecht, ZSR 2020 I, 223 ff., 228.

⁹⁴ DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 2014, 1195 ff., 1199.

⁹⁵ URS BERTSCHINGER, Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, 460.

⁹⁶ Siehe dazu CAROLE CLAUDIA BECK, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Diss. Bern, Zürich 2019, N 322 (= SSFM 128); ELIAS BISCHOF, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Diss. Basel, Zürich 2016, N 45 f. (= SSFM 121); siehe zudem die bankenrechtliche Praxis: KLEINER/SCHWOB (FN 30), Art. 3 N 254; vgl. in diesem Zusammenhang auch: EBK-Bull. 36/1998, 22, E. 5a.; vgl. ferner: FINMA-Enforcementbericht 2017, 9 (Fall 10/Entscheid vom 1. Dezember 2017).

⁹⁷ BGer 2C_163/2014 vom 15. Januar 2015, E. 2.3.

⁹⁸ VOGEL (FN 48), 314 f.

⁹⁹ Art. 8 Abs. 2 FINIG i.V.m. Art. 10 lit. b. FINIV.

¹⁰⁰ Art. 8 Abs. 2 FINIG i.V.m. Art. 10 lit. d. FINIV.

¹⁰¹ KÜHNE (FN 23), Art. 14 N 15.

Einflusses der leitenden Muttergesellschaft oder deren Repräsentanten auf die Fondsleitung als beaufsichtigtes Finanzinstitut vor, besteht ein erhebliches Risiko, dass neben der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit auch die Bewilligungsvoraussetzung der angemessenen Betriebsorganisation der Fondsleitung nicht mehr sichergestellt ist.

In der Realität von Konzernverhältnissen kommt es jedoch aufgrund der Machtverhältnisse von Konzernleitungen («Dominanzkonzept») kaum vor, dass eine Fondsleitung als Tochtergesellschaft Usurpationen von Zuständigkeiten seitens der leitenden Muttergesellschaft oder deren Vertreter der FINMA meldet. Dies liegt insbesondere daran, dass zumeist sowohl die Mitglieder des VR als auch jene der Geschäftsleitung mit der faktischen Organschaft und deren rechtlichen Konsequenzen kaum vertraut sind oder deren Auswirkungen nicht einschätzen können.¹⁰²

Sollte die FINMA jedoch im Rahmen eigener Abklärungen – z.B. in Reaktion auf ein Vorkommnis¹⁰³ – oder durch Berichte der Prüfgesellschaften, die als «verlängerter Arm der FINMA»¹⁰⁴ fungieren, zur Ansicht gelangen, dass eine faktische Organschaft der leitenden Muttergesellschaft oder des VR der Muttergesellschaft vorliegt, könnte dies zu aufsichtsrechtlichen Massnahmen und im «Worst-Case-Szenario» zum Entzug der Bewilligung für die Fondsleitung führen.¹⁰⁵

V. Schlussfolgerungen

Die vorliegende Abhandlung zeigt, dass die faktische Organschaft in Konzernstrukturen für beaufsichtigte Finanzinstitute, z.B. für Fondsleitungen oder Verwalter von Kollektivvermögen, eine nicht zu unterschätzende Risikoquelle darstellt. Die Einflussnahme der Muttergesellschaft auf Tochtergesellschaften kann nicht nur zivilrechtliche Haftungsfragen aufwerfen, sondern auch zu erheblichen aufsichtsrechtlichen Konsequenzen führen. Diese Risiken werden in der Praxis häufig unterschätzt.

Die Bedeutung der vorliegenden Untersuchung wird weiter durch das neue FINMA-Rundschreiben zur konsolidierten Aufsicht unterstrichen, das die Risiken in

Konzernverhältnissen sowie die Notwendigkeit präziser Governance- und Schutzmassnahmen erkennt.¹⁰⁶

Eine besondere Herausforderung besteht darin, innerhalb der Konzernrealitäten («Dominanzkonzept») eine Balance zwischen der einheitlichen Leitung durch die Muttergesellschaft, der Gefahr einer faktischen Organschaft und der Eigenständigkeit des beaufsichtigten Finanzinstituts als Tochtergesellschaft sicherzustellen. Fondsleitungen, Verwalter von Kollektivvermögen und andere beaufsichtigte Finanzinstitute unterliegen dabei spezifischen aufsichtsrechtlichen Anforderungen,¹⁰⁷ die durch präzise organisierte Governance-Strukturen umgesetzt werden müssen. Neben der Pflicht zur Bestellung unabhängiger VR, welche die Anlegerinteressen streng überwachen und Interessenkonflikte vermeiden müssen,¹⁰⁸ sind Massnahmen wie detaillierte interne Vorschriften und die Durchführung von zielgerichteten internen Kontrollen erforderlich, um Einflussnahmen – im Rahmen der herrschenden Konzernrealität – zu optimieren. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass die Usurpation von Führungsfunktionen erhebliche Haftungsfolgen haben kann,¹⁰⁹ weshalb Governance-Systeme durch regelmäßige Überprüfung potenzieller Einflussnahmen kontinuierlich gestärkt werden sollten.

Im Ergebnis darf es bei beaufsichtigten Finanzinstituten keine faktische Organschaft geben. Entweder ist die Organisation des Finanzinstituts anzupassen, um die faktische Organschaft zu eliminieren, oder die faktischen Organe sind der FINMA zu melden und formal als Gewährsträger zu qualifizieren. Nach der Praxis der FINMA muss ein faktisches Organ aufsichtsrechtlich in einer formellen Organstellung nachvollzogen werden.¹¹⁰

Abschliessend bleibt festzuhalten, dass das Risiko der faktischen Organschaft in der Schnittstelle zwischen Zivilrecht und Aufsichtsrecht – gerade in Konzernverhältnissen – ein Spannungsfeld schafft und eine sorgfältige rechtliche und organisatorische Balance erfordert, um sowohl zivilrechtliche Haftungsrisiken zu minimieren als auch aufsichtsrechtliche Anforderungen dauerhaft zu erfüllen.

¹⁰² Den Autoren sind zwar Fälle der faktischen Organschaft aus Enforcementverfahren oder entsprechende Rückfragen der FINMA, jedoch keine spezifischen Meldeverfahren an die FINMA im Zusammenhang mit der faktischen Organschaft bekannt.

¹⁰³ FLORIAN SCHÖNKNECHT, Vorabklärungen im FINMA-Enforcement, in: Zulauf/Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, Bern 2022, 65 ff.

¹⁰⁴ VALENTIN JENTSCH, Prüfgesellschaften als verlängerter Arm der FINMA, SZW 2025, 405 ff., *passim*.

¹⁰⁵ Art. 37 Abs. 1 FINMAG; generell zu den Massnahmen: CHRISTOPH KUHN/David Wyss, Massnahmen der FINMA, in: (FN 103), 351 ff.

¹⁰⁶ Rundschreiben 2025/4, Konsolidierte Aufsicht von Finanzgruppen nach BankG und FINIG vom 5. März 2025.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 9 und 11 FINIG.

¹⁰⁸ Art. 52 Abs. 4 FINIV.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 128 III 92.

¹¹⁰ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Mai 2020 (B-1048/2018), E. 7.3; siehe dazu auch: URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2019 bis ins vierte Quartal 2020, SZW 2020, 702 ff., 707.