

---

DANIEL S. WEBER

# **Mängel in der Organisation von Gesellschaften**

## **Art. 731b OR – Alter Wein in neuen Schläuchen?**

Sonderdruck aus

### **Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft**

Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen (HSG), Band 4

Herausgegeben von

M.A. in Law and Economics HSG Diego Haunreiter

lic. iur. HSG Philipp Juchli

B.A. in Law HSG Christoph Knupp

lic. iur. HSG Marcel Würmli

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

# Mängel in der Organisation von Gesellschaften

## Art. 731b OR – Alter Wein in neuen Schläuchen?

DANIEL S. WEBER\*

### Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>345</b>
<b>II.</b>	<b>Rechtslage vor und nach der kleinen Aktienrechtsrevision.....</b>	<b>347</b>
	A) Im Gesellschaftsrecht .....	347
	B) Im Vereins- und Stiftungsrecht.....	348
<b>III.</b>	<b>Regelungsgegenstand von Art. 731b OR .....</b>	<b>349</b>
	A) Bedeutung des Begriffs «Mängel in der Organisation» .....	349
	1. Grundsätzliches.....	349
	2. Fehlende oder mangelhafte Revisionsstelle .....	351
	3. Fehlende oder mangelhafte oberste Leitungs- und Verwaltungsorgane .....	354
	4. Fehlender Wohnsitz in der Schweiz.....	356
	5. Handlungsunfähigkeit der Gesellschaftsorgane.....	357
	6. Verletzung von Statutenbestimmungen .....	359
	7. Weitere Organisationsmängel.....	360
	B) Spezialfälle organisatorischer Mängel.....	361
	1. Fehlendes Rechtsdomizil .....	361
	2. Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne verwertbare Aktiven.....	363
	C) Behebung der Mängel durch geeignete Massnahmen .....	364
<b>IV.</b>	<b>Schlussbemerkungen .....</b>	<b>366</b>

### I. Einleitung

Bei juristischen Personen und Körperschaften können durch die Verletzung von zwingenden Gesetzesvorschriften *Mängel in deren Organisation* auf-

\* Herrn PATRICK FRIGO und Frau ANGELA KÜNG danke ich für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anregungen.

treten. Insbesondere in wirtschaftlichen *Krisenzeiten* akzentuiert sich das Auftreten derartiger Organisationsmängel, weshalb der Durchsetzung dieser Vorschriften, welche zur Sicherung des Rechtsverkehrs im Interesse von Aktionären, Gläubigern und weiteren Dritten erlassen worden sind, vermehrt Beachtung zu schenken ist.<sup>1</sup> Verfügt eine Gesellschaft beispielsweise über keine oder eine nicht ausreichend befähigte Revisionsstelle, besteht ein legitimes *öffentliches und privates Interesse*, den rechtmässigen Zustand – die Bestimmung einer adäquaten Revisionsstelle – herbeizuführen.<sup>2</sup>

Im Zuge der *kleinen Aktienrechtsrevision* wurde ein neues Verfahren für die Behebung von Organisationsmängeln bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), der Genossenschaft sowie bei Vereinen und Stiftungen eingeführt. Diese grundlegende Neuregelung des Vorgehens bei Mängeln in der Organisation einer Gesellschaft zielt auf eine *einheitliche Ordnung* für die *Behebung und Sanktionierung sämtlicher Mängel* in der Organisation einer juristischen Person bzw. einer Körperschaft ab.<sup>3</sup> Der neu ins Gesetz aufgenommene *Art. 731b OR* erfasst sowohl das Fehlen als auch die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung der vorgeschriebenen Organe. Diese Neuregelung hat grundlegende Auswirkungen insbesondere auf die Handelsregisterpraxis.<sup>4</sup>

Vorliegend wird das Augenmerk auf die organisatorischen Mängel im Bereich der Aktiengesellschaft, der GmbH und der Genossenschaft gelegt. Der Beitrag gliedert sich in zwei Teile. Im *ersten Teil* (II.) erfolgt eine kurze Dar-

<sup>1</sup> Im Kanton Zug war im Jahr 2008 rund ein Siebtel der neu eröffneten Konkurse auf «Mängel in der Organisation der Gesellschaft» zurückzuführen. Siehe Medienmitteilung vom 29. Januar 2009 des kantonalen Amtes für Wirtschaft und Arbeit; [www.zug.ch/zug.ch/www.zug.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/direktionssekretariat/Aktuell/konkurs-statistik-2008-des-kantons-zug](http://www.zug.ch/zug.ch/www.zug.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/direktionssekretariat/Aktuell/konkurs-statistik-2008-des-kantons-zug) (besucht am 15. März 2009). FRANCO LORANDI, Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen – Kleine Ursache mit grosser Wirkung, ST 2009, S. 91, Fn 20, weist darauf hin, dass sich das Bezirksgericht Zürich im Schnitt mit drei bis fünf Fällen pro Woche zu befassen hat.

<sup>2</sup> FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, S. 1380; Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, S. 3232; ZR 1995 Nr. 42.

<sup>3</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3231.

<sup>4</sup> Begleitbericht zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 28. März 2007, Ziff. 3.7. Siehe auch MARTIN BAUER, Organisationsmängel in der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2008 (2/3), S. 89–99. Eine bedeutende Rolle kommt den Handelsregisterbehörden bei der Durchsetzung der Neuregelung der Revisionspflicht zu.

stellung der Rechtslage vor und nach der kleinen Aktienrechtsrevision. Anschliessend wird in einem *zweiten Teil* (III.) der Regelungsgegenstand von Art. 731b Abs. 1 OR eingehend untersucht. Insbesondere wird der Begriff des «Organisationsmangels» ausgelegt und anhand von konkreten Beispielen dessen praktische Bedeutung aufgezeigt.

## II. Rechtslage vor und nach der kleinen Aktienrechtsrevision

### A) Im Gesellschaftsrecht

Art. 731b OR fasst verschiedene Vorschriften zusammen, die nach dem alten Recht die Folgen von organisatorischen Mängeln innerhalb einer *Gesellschaft* geregelt haben.<sup>5</sup> Diese zahlreichen Normen waren *unübersichtlich* an verschiedenen Stellen verstreut und erwiesen sich zudem als *ungenügend* aufeinander *abgestimmt*.<sup>6</sup> Zur unübersichtlichen Rechtslage und Rechtsunsicherheit trug zudem bei, dass unterschiedliche *Zuständigkeiten* vorgesehen waren: Richter, Handelsregisterführer und Vormundschaftsbehörde behoben nebeneinander Organisationsmängel.<sup>7</sup> In der Praxis erwiesen sich ferner diverse Bestimmungen als mangelhaft.<sup>8</sup> Die Einführung des neuen Gesetzesartikels

<sup>5</sup> ROLF WATTER/CHARLOTTE WIESER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht II, Art. 530–1186, 3. Aufl. 2008, Art. 731b N 1.

<sup>6</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3148 ff., S. 3231; Art. 625 Abs. 2 aOR (ungenügende Mindestaktionärszahl, Fehlen von erforderlichen Organen), Art. 708 Abs. 4 aOR i.V.m. Art. 86 Abs. 1<sup>bis</sup> und 3 aHRegV (Verletzung von Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernissen sowie der Vertretungsordnung), Art. 727e Abs. 3 aOR (Fehlen der Voraussetzungen für das Amt des Revisors), Art. 727f aOR (Fehlen der Revisionsstelle), Art. 740 Abs. 3 aOR (Verletzung des Wohnsitz- und Vertretungserfordernisses des Liquidators), Art. 393 Ziff. 4 aZGB (Beistand bei fehlender Vermögensverwaltung), Art. 88a aHRegV (Verlust des Rechtsdomizils) und Art. 89 aHRegV (keine verwertbaren Aktiven); für GmbH und Genossenschaft siehe LORANDI (Fn 2), S. 1379, Fn 7.

<sup>7</sup> LORANDI (Fn 2), S. 1379 Fn 8; WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 4.

<sup>8</sup> Zwar sah das alte Recht namentlich bei einem Fehlen der Organe vor (Art. 625 Abs. 2 aOR), dass die Gesellschaft in Liquidation gesetzt werden konnte. Die bisherigen Organe nahmen als eingesetzte Liquidatoren indessen keine Liquidationshandlungen vor, sondern führten die Geschäftstätigkeit regelmässig fort. Eine gemäss Art. 727f aOR richterlich ernannte Revisionsstelle nahm und nimmt auch heute noch ein Mandat nur gegen Leistung eines Kostenvorschusses an, wobei die Gesellschaft diesen bis anhin nicht zu leisten verpflichtet war.

stellt deshalb eine willkommene *Vereinheitlichung* der bisherigen Vorschriften und der damit zusammenhängenden Verfahren dar,<sup>9</sup> wobei *keine Erweiterung* der Durchsetzung zwingender Vorgaben durch die neue Bestimmung stattfinden sollte.<sup>10</sup> Die neue gesetzliche Regelung von Art. 731b OR gilt qua gesetzlichem Verweis auch für die GmbH und die Genossenschaft.<sup>11</sup>

Die kurz bevorstehende Totalrevision des Vormundschaftsrechts sieht vor, dass vormundschaftliche Massnahmen auf natürliche Personen beschränkt werden.<sup>12</sup> Die *atypische Ernennung* eines Beistands für juristische Personen durch die Vormundschaftsbehörde nach Art. 393 Ziff. 4 aZGB wurde daher bereits im Zuge der kleinen Aktienrechtsrevision gestrichen.<sup>13</sup>

Gestützt auf Art. 731b Abs. 1 OR können *Aktionäre, Gläubiger* und der *Handelsregisterführer* dem Richter im Falle von Mängeln in der Organisation der Gesellschaft beantragen, «die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen».<sup>14</sup>

## B) Im Vereins- und Stiftungsrecht

Für den *Verein* und die *Stiftung* wurden aufgrund der Besonderheiten dieser Rechtsformen differenzierte Vorschriften geschaffen, die sich aber eng an Art. 731b OR anlehnen.

Art. 69c ZGB regelt neu die Behebung von Mängeln in der Organisation eines Vereins.<sup>15</sup> Der Gesetzgeber hat dabei berücksichtigt, dass dem Verein in seiner Organisation ein grosser *Gestaltungsfreiraum* zukommt. Es wurde auf eine Durchsetzung der gesetzlichen Vorgaben durch den Handelsregisterführer verzichtet, da ein Verein erstens nicht notwendigerweise im Handels-

<sup>9</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit der GmbH-Revision wurde Wert darauf gelegt, das Gesellschaftsrecht als einheitliches System zu betrachten. Siehe hierzu CHRISTIAN CHAMPEAUX, Bericht über die Tätigkeit der Eidg. Fachkommission für das Handelsregister im Jahr 2001, REPRAX 2002 (1) S. 70. Siehe zu den noch bestehenden Ausnahmen nachstehend III.B.

<sup>10</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3231 f.; WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 1; BEAT M. BARTHOLD/FLORIAN S. JÖRG, Kleine Aktienrechtsrevision, Revision des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, ST 2006, S. 496.

<sup>11</sup> Art. 819 OR und Art. 908 OR i.V.m. Art. 731b OR. Zum Übergangsrecht siehe LORANDI (Fn 2), S. 1379 f. Die gesetzlichen Verweise sind dynamischer Natur.

<sup>12</sup> Die Referendumsfrist lief am 16. April 2009 ab.

<sup>13</sup> Siehe Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, S. 7017.

<sup>14</sup> Siehe zu den erforderlichen Massnahmen nachstehend III.C.

<sup>15</sup> Gestützt auf Art. 69c Abs. 1 ZGB kann jedes Vereinsmitglied und jeder Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.

register eingetragen werden muss,<sup>16</sup> zweitens insbesondere aber deshalb, weil Vereinen – unter Berücksichtigung des Schutzes Dritter und des öffentlichen Interesses – *nicht* die gleiche wirtschaftliche Bedeutung wie den Handelsgesellschaften zukommt.<sup>17</sup>

Die rechtmässige Organisation von Stiftungen wurde bereits unter altem Recht durch die zuständige Aufsichtsbehörde gewährleistet. Zur Vermeidung von *Kompetenzüberschneidungen* zwischen den Gerichten und den Handelsregisterbehörden und um den Besonderheiten der Stiftung Rechnung zu tragen,<sup>18</sup> sieht der neue Art. 83d ZGB im Gegensatz zu der Regelung bei den Körperschaften vor, dass die *Aufsichtsbehörde* die erforderlichen Massnahmen von Amtes wegen ergreifen muss, wenn die vorgesehene Organisation der Stiftung nicht genügend ist, der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist.<sup>19</sup>

### III. Regelungsgegenstand von Art. 731b OR

#### A) Bedeutung des Begriffs «Mängel in der Organisation»

##### 1. Grundsätzliches

Ausgangspunkt der Auslegung von Art. 731b OR und dessen Marginalie «Mängel in der Organisation» bildet sein erster Absatz: Als Mangel in der Organisation definiert das Gesetz erstens das «*Fehlen eines der vorgeschriebenen Organe*» sowie zweitens die «*nicht rechtmässige Zusammensetzung der Organe*». *Ratio legis* von Art. 731b OR ist der Schutz vor Verletzungen

<sup>16</sup> Siehe hierzu Art. 61 ZGB.

<sup>17</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3243. Siehe aber Art. 941a Abs. 3 OR zur Antragspflicht des Registerführers bei Verletzungen der zwingenden Vorschriften über die Revisionsstelle im Verein. Vgl. hierzu MARTIN ECKERT, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht II, Art. 530–1186, 3. Aufl. 2008, Art. 941a N 7.

<sup>18</sup> MARTIN EISENRING, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 83d N 1 ff.

<sup>19</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3240 und S. 3244. Es kann somit auf ein Antragsrecht verzichtet werden. Die Handelsregisterbehörden informieren die Aufsichtsbehörde jedoch durch eine Aufsichtsanzeige, sofern sie Kenntnis von Organisationsmängeln erhalten (Art. 941a Abs. 2 OR). Allerdings müssen sie nicht die Einhaltung der in der Stiftungsurkunde oder in den Stiftungsreglementen enthaltenen Bestimmungen sicherstellen. Siehe hierzu ECKERT (Fn 17), Art. 941a N 4.

von Normen, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind und die dem Verkehrsschutz dienen.<sup>20</sup> Es geht insbesondere um die Durchsetzung zwingender Vorgaben,<sup>21</sup> die die *Funktions- und Handlungsfähigkeit* einer Gesellschaft sicherstellen.

Gestützt auf Art. 941a Abs. 1 OR muss der Handelsregisterführer bei Mängeln in der *gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation* von Amtes wegen das Gericht benachrichtigen und dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.<sup>22</sup> Zu Recht bleibt seine Pflicht zur Benachrichtigung auf jene Verletzungen zwingender gesetzlicher Vorschriften beschränkt, die sich direkt aus dem Handelsregistereintrag und den einzureichenden Belegen ergeben.<sup>23</sup> Die Durchsetzung rein *statutarischer Vorschriften* stellt somit keinen von Amtes wegen zu verfolgenden Mangel in der Organisation dar.<sup>24</sup> *E contrario* stellt sich indessen die Frage, ob die Nichteinhaltung statutarischer Vorschriften als Mängel in der Organisation im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR zu qualifizieren sind,<sup>25</sup> welche zwar nicht vom Handelsregisterführer, jedoch von den anderen Antragsberechtigten – Aktionären und Gläubigern – gerügt werden könnten.

Folglich ergeben sich *zwei Arten* von Organisationsmängeln, welche mit einer Klage nach Art. 731b OR gerügt werden können: Einerseits ist darunter das eigentliche *Fehlen* eines oder mehrerer zwingender Organe zu verstehen,<sup>26</sup> andererseits die nicht *rechtmässige Zusammensetzung* dieser Organe, wobei sich die «rechtmässige Zusammensetzung» auf zwingende gesetzliche Vor-

<sup>20</sup> RETO BERTHEL, Das neue GmbH-Recht, St.Gallen 2008, N 1011; LORANDI (Fn 2), S. 1380.

<sup>21</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3231 f.

<sup>22</sup> Das Handelsregisteramt fordert aber vor der Überweisung an den Richter die zur Anmeldung verpflichteten Personen auf, innert 30 Tagen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die entsprechende Eintragung anzumelden (Art. 154 Abs. 1 HRegV). Diese Frist ist notwendig, braucht es doch zur ordentlichen Einberufung einer Generalversammlung bereits 20 Tage (Art. 700 Abs. 1 OR). Siehe eingehend zum Verfahren nach Art. 154 HRegV BAUER (Fn 4), S. 94 ff.

<sup>23</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3239 f.

<sup>24</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3239 f.; BAUER (Fn 4), S. 90; HARALD BÄRTSCHI, Revidiertes Handelsregisterrecht, GesKR 2008, S. 62; BERTHEL (Fn 20), N 1035.

<sup>25</sup> PETER LEHMANN, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 2), Neuerungen in Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 2007, S. 422. Siehe hierzu nachstehend Ziff. 6.

<sup>26</sup> Womit fakultative Organe wie Beiräte m.E. ausgeschlossen sind.

schriften<sup>27</sup> und möglicherweise auch auf die Nichteinhaltung statutarischer Vorschriften beziehen kann.<sup>28</sup>

Nachfolgend wird der Versuch unternommen, möglichst alle Organisationsmängel inklusive Spezialfälle zu erfassen und systematisch darzustellen.

## 2. Fehlende oder mangelhafte Revisionsstelle

Durch die Neuordnung der Revisionspflicht wurde die bisherige, an die Rechtsform anknüpfende Regelung für wirtschaftlich tätige Körperschaften durch eine rechtsformunabhängige Regelung ersetzt, welche sich grundsätzlich nach der Unternehmensgrösse richtet.<sup>29</sup>

Art. 727 OR sieht einerseits für eine Gesellschaft<sup>30</sup> eine *ordentliche Revision* («*Full Audit*») ihrer Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle vor, wenn sie gemäss Abs. 1 Ziff. 1 eine Publikums-gesellschaft ist, bzw. wenn sie die in Abs. 1 Ziff. 2 aufgeführten Kriterien in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren erfüllt oder zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet ist (Abs. 1 Ziff. 3).<sup>31</sup> Ferner muss gemäss Art. 727 Abs. 2 OR auch dann eine ordentliche Revision durchgeführt werden, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen. Andererseits hält Art. 727a Abs. 1 OR fest, dass eine Gesellschaft ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle *eingeschränkt* («*Review*») prüfen lassen kann,<sup>32</sup> sofern die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision nicht gegeben sind. Neuerdings kann mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre

<sup>27</sup> Beispielsweise eine besondere Befähigung der Revisionsstelle. Siehe hierzu nachstehend Ziff. 2.

<sup>28</sup> Sehen die Gesellschaftsstatuten beispielsweise einen speziellen Verwaltungsratsausschuss – z.B. ein *Audit Committee* – vor, so stellt sich bei seinem Fehlen die Frage, ob ein Aktionär gestützt auf Art. 731b OR dessen Schaffung verlangen kann. Siehe hierzu nachstehend Ziff. 6.

<sup>29</sup> Siehe hierzu statt vieler FLORIAN ZIHLER, Das neue Revisionsrecht des Obligationenrechts, REPRAX 2007 (3), S. 1 ff. Gemäss Art. 83b ZGB sind auch Stiftungen zur Wahl einer Revisionsstelle verpflichtet. Vereine indessen nur dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 69b ZGB erfüllt sind.

<sup>30</sup> Kraft Verweisung sind die aktienrechtlichen Vorschriften für die Revisionsstelle auch auf die GmbH und die Genossenschaften anwendbar (Art. 818 Abs. 1 OR und Art. 906 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 727 ff. OR).

<sup>31</sup> Die Kriterien sind eine Bilanzsumme von 10 Millionen Franken, ein Umsatzerlös von 20 Millionen Franken oder 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

<sup>32</sup> Gestützt auf Art. 727 Abs. 3 OR können die Statuten vorsehen oder kann die Generalversammlung beschliessen, dass die Jahresrechnung trotzdem ordentlich geprüft wird (*Opting-up*).



bzw. Gesellschafter oder Genossenschafter auf eine eingeschränkte Revision *gänzlich verzichtet* werden, sofern die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt aufweist (*Opting-out* nach Art. 727a Abs. 2 OR).<sup>33</sup>

Das neue Revisionsrecht sieht auch mit Blick auf die *Anforderungen* an die Revisionsstelle ein austariertes System nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Gesellschaft vor. Publikumsgesellschaften sind verpflichtet, ein *staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen* nach den Vorschriften des Revisionsaufsichtsgesetzes<sup>34</sup> zu bezeichnen (Art. 727b Abs. 1 OR). Die übrigen zur ordentlichen Revision verpflichteten Gesellschaften müssen einen *zugelassenen Revisionsexperten* bestellen (Art. 727b Abs. 2 OR). Bei Gesellschaften mit eingeschränkter Revision genügt ein *zugelassener Revisor* als Revisionsstelle (Art. 727c OR).<sup>35</sup>

Ferner muss die bezeichnete Revisionsstelle *unabhängig* sein, wobei die Unabhängigkeit weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein darf.<sup>36</sup> Art. 728 OR enthält eine konkretisierende, aber nicht abschliessende Aufzählung von Tatbeständen, welche mit der Tätigkeit als Revisionsstelle unvereinbar sind.<sup>37</sup>

Die Neuregelung der Revisionspflicht birgt mit Blick auf Art. 731b OR einige *Stolpersteine*:

- *fehlende Revisionsstelle*: Verfügt eine revisionspflichtige Gesellschaft über keine Revisionsstelle, fehlt ihr ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ im Sinne eines Organisationsmangels.<sup>38</sup> Dieser Fall kann dann eintreten, wenn die Revisionsstelle – z.B. aufgrund einer Mandatsniederlegung – ausscheidet und die Gesellschaft nicht rechtzeitig Massnahmen für einen Ersatz getroffen

<sup>33</sup> Der Verzicht, welcher mit den erforderlichen Unterlagen beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden muss, gilt auch für die nachfolgenden Jahre. Jeder Aktionär hat indessen das Recht, spätestens zehn Tage vor der Generalversammlung eine eingeschränkte Revision zu verlangen (Art. 727a Abs. 4 OR).

<sup>34</sup> Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (RAG) vom 16. Dezember 2005.

<sup>35</sup> Siehe Art. 15 ff. RAG und ZIHLER (Fn 29), S. 9.

<sup>36</sup> Es wird nicht nur auf eine subjektive innere Unabhängigkeit abgestellt, sondern auch auf die Würdigung der Umstände durch einen durchschnittlichen Betrachter aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung. Siehe hierzu ZIHLER (Fn 29), S. 17 f.

<sup>37</sup> So ist z.B. die Übernahme eines Auftrags, der zur wirtschaftlichen Abhängigkeit führt, nicht mit der Unabhängigkeit vereinbar. Siehe auch Art. 11 RAG, welcher für staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen noch weitergehende Pflichten vorsieht.

<sup>38</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3232.

hat.<sup>39</sup> Ferner kann nur mittels *Opting-out* rechtsgültig auf die Revisionsstelle verzichtet werden.<sup>40</sup> Wählt die Gesellschaft ihre Revisionsstelle ab, hat aber bei der Anmeldung des *Opting-out* beim Handelsregister die *notigen Massnahmen* (noch) nicht getroffen, so verfügt sie über *keine* Revisionsstelle.<sup>41</sup>

- *nicht rechtmässige Zusammensetzung der Revisionsstelle*: Je nach den gesetzlichen Anforderungen an eine Revisionsstelle benötigt diese eine unterschiedliche Zulassung. Das Handelsregisteramt überprüft von Amtes wegen,<sup>42</sup> ob eine zur Eintragung angemeldete Revisionsstelle über die entsprechende Zulassung verfügt. So darf die ordentliche Revision bei einer Publikums-gesellschaft beispielsweise nur von einem staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen durchgeführt werden.<sup>43</sup> Verfügt eine revisionspflichtige Gesellschaft über keine entsprechend ihrer Revisionsart *befähigte und zugelassene Revisionsstelle*, liegt bei der Gesellschaft ein Organisationsmangel vor.<sup>44</sup> Eine mangelhafte Revisionsstelle liegt aber nicht nur dann vor, wenn sie nicht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich ihrer Zulassung und Befähigung entspricht, sondern auch dann, wenn ihr die notwendige *Unabhängigkeit* nach Art. 728 und Art. 729 OR fehlt. Der Handelsregisterführer wird allerdings in den seltensten Fällen feststellen können, ob die Unabhängigkeitserfordernisse erfüllt sind.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Die neue HRegV sieht in Art. 17 Abs. 2 lit. a vor, dass die Revisionsstelle ihre eigene Löschung beim Handelsregisteramt anmelden kann.

<sup>40</sup> Art. 727 Abs. 2–5 OR i.V.m. Art. 62 HRegV: Die Erklärung der Zustimmung sämtlicher Aktionäre, eine Bestätigung der Nicht-Überschreitung von zehn Vollzeitstellen, Kopien der massgeblichen aktuellen Unterlagen wie Erfolgsrechnungen, Bilanzen, Jahresberichte, die Verzichtserklärungen der Aktionärinnen und Aktionäre oder das Protokoll der Generalversammlung müssen der Anmeldung beigelegt werden, welche von mindestens einem Verwaltungsrat unterzeichnet sein muss. Beim Verzicht auf eine Revisionsstelle ist bei der Aktiengesellschaft eine *Statutenänderung* erforderlich (Art. 727 Abs. 5 OR). Das GmbH-Recht schreibt hingegen keine Statutenbestimmungen vor (Art. 776 OR – vorbehaltlich Art. 776a Abs. 1 Ziff. 16 OR). Siehe zum Ganzen insbesondere ZIHLER (Fn 29), S. 11 ff.

<sup>41</sup> BAUER (Fn 4), S. 91. Das Handelsregister ersucht die Gesellschaft im Rahmen des hängigen Eintragungsverfahrens darum, die fehlenden Belege innert Frist nachzureichen, ansonsten es zu einer Einleitung eines Verfahrens nach Art. 154 HRegV kommt.

<sup>42</sup> Mittels Einsichtnahme in das Online-Register der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (Art. 61 Abs. 2 HRegV i.V.m. Art. 16 Abs. 2 RAG).

<sup>43</sup> Art. 727b Abs. 1 OR.

<sup>44</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3232.

<sup>45</sup> Siehe HANS-JAKOB KÄCH, GmbH-Revision und weitere Änderungen des Gesellschafts- und Handelsregisterrechts, ZBGR 89 (2008), S. 7, wonach die Handelsregisterbehörden die Eintragung der Revisionsstelle nach einer summarischen Prüfung abweisen (Art. 61 Abs. 3 HRegV), wenn der Anschein einer Abhängigkeit besteht. Die

Auch *übergangsrechtlich* sind im Jahr 2009 einige Besonderheiten zu beachten. Die neuen Bestimmungen zur Revisionsstelle gelten vom ersten Geschäftsjahr an, das mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung oder danach beginnt.<sup>46</sup> Kraft Verweisung kommen die Vorschriften des Aktienrechts nun *auch für die GmbH*, welche bis anhin keiner Revisionspflicht unterstand, zur Anwendung.<sup>47</sup> Die betroffenen Gesellschaften müssen nun entweder eine geeignete Revisionsstelle bezeichnen oder ihr *Opting-out* dem Handelsregisteramt rechtzeitig zur Eintragung anmelden.<sup>48</sup> Es ist allerdings möglich, das *Opting-out* für das Geschäftsjahr 2008 anlässlich der ordentlichen General- oder Gesellschafterversammlung im Jahr 2009 noch *vor* der Genehmigung der Jahresrechnung 2008 zu beschliessen.<sup>49</sup> Der *Verzicht* auf eine eingeschränkte Revision nach Art. 62 HRegV darf aber erst ins Handelsregister eingetragen werden, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats schriftlich bestätigt, dass die Revisionsstelle die Jahresrechnung für das Geschäftsjahr, welches vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begonnen hat, geprüft hat.<sup>50</sup> Von der übergangsrechtlichen Regelung nicht erfasst sind jene Fälle, in denen bei einer bereits im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft die Revisionsstelle zurücktritt.

### 3. Fehlende oder mangelhafte oberste Leitungs- und Verwaltungsorgane

Offensichtliche Mängel im Bereich der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane liegen dann vor, wenn die Aktiengesellschaft über keinen Verwal-

Registerbehörden haben diesbezüglich jedoch keine weiteren Nachforschungen anzustellen. Siehe auch ZIHLER (Fn 29), S. 18 f.

<sup>46</sup> Vgl. Art. 7 der Übergangsbestimmungen der Änderung des Obligationenrechts vom 16. Dezember 2005. Das erste relevante Geschäftsjahr war somit dasjenige vom 1. Januar bis 31. Dezember 2008. Die ersten Abschlussprüfungen nach dem neuen Recht erfolgten im 1. Semester 2009, weshalb bis zu diesem Zeitpunkt eine Revisionsstelle zu wählen war.

<sup>47</sup> Art. 818 i.V.m. Art. 727 ff. OR.

<sup>48</sup> BAUER (Fn 4), S. 91. Das *Opting-out* ist *kein* Automatismus. Bei Untätigkeit nach Ablauf der Übergangsfrist besteht die Gefahr eines Verfahrens nach Art. 154 HRegV.

<sup>49</sup> Siehe Praxismitteilung EHRA 2/2008 vom 28. November 2008, Ziff. 1 f. Die General- bzw. Gesellschafterversammlung musste bis spätestens 30. Juni 2009 abgehalten sein (Art. 699 Abs. 2 OR; Art. 805 Abs. 2 OR). Der Verzicht konnte somit bis zu diesem Datum unter Beilage der erforderlichen Belege (siehe Fn 40) angemeldet werden.

<sup>50</sup> Art. 174 HRegV ist nur auf Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Genossenschaften anwendbar. Diese Regelung bezieht sich auf das Geschäftsjahr 2007. Siehe hierzu ZIHLER (Fn 29), S. 14.

tungsrat, eine GmbH über keine Geschäftsführung und eine Genossenschaft über keine Verwaltung mehr verfügt.<sup>51</sup> Demissioniert beispielsweise der Verwaltungsrat oder wird dieser ersatzlos abgewählt, fehlt der Aktiengesellschaft das nötige Exekutivorgan.<sup>52</sup> Das Gesellschaftsrecht trifft verschiedene *Schutzmassnahmen*, um die Funktions- und Führungsfähigkeit einer Gesellschaft aufrechtzuerhalten. So sieht Art. 809 Abs. 3 OR bei der GmbH im Falle mehrerer Geschäftsführer vor, dass zwingend ein Vorsitzender bezeichnet werden muss.<sup>53</sup> Die Parallelbestimmung im Aktienrecht sieht bei mehreren Verwaltungsräten ebenfalls zwingend die Ernennung eines Präsidenten vor (Art. 712 OR).<sup>54</sup> Ein Verwaltungsratssekretär ist hingegen nicht unbedingt notwendig,<sup>55</sup> da er nicht zwingend ins Handelsregister eingetragen werden muss. Die Verwaltung der Genossenschaft muss ferner als Kollegialorgan mindestens drei Personen umfassen, wobei die Mehrheit der Verwaltungsmitglieder Genossenschafter sein muss (Art. 894 Abs. 1 OR).<sup>56</sup> Als Organisationsmangel ist auch eine *anhaltende Pattsituation* im Verwaltungsrat zu qualifizieren, wenn die Führung der Gesellschaft dauerhaft unmöglich geworden ist.<sup>57</sup> Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn die Statuten in Abänderung von Art. 713 Abs. 1 OR keinen Stichtentscheid des Präsidenten mehr vorsehen.

Organisationsmängel können auch durch die *fehlende Zeichnungsberechtigung* des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans auftreten. Nach Art. 718 Abs. 3 und Art. 814 Abs. 2 OR muss stets eine eigenständige Vertretung der Gesellschaft durch zeichnungsberechtigte Organmitglieder – Verwaltungsräte und Geschäftsführer – gewährleistet sein.<sup>58</sup> Neben der Einzelunterschrift eines Verwaltungsrats oder Geschäftsführers kommt nur noch jene Variante

<sup>51</sup> Art. 707 ff. OR, Art. 809 ff. OR, Art. 894 ff. OR.

<sup>52</sup> BAUER (Fn 4), S. 92.

<sup>53</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3212; BERTHEL (Fn 20), N 688 und N 1007; Fragen und Antworten zum neuen GmbH-Recht, Handelsregisteramt des Kantons Zürich, REPRAX 2008 (1), S. 8.

<sup>54</sup> Die Ernennung erfolgt durch den Verwaltungsrat selbst oder durch die Generalversammlung. Die Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3232 qualifiziert einen fehlenden Verwaltungsratspräsidenten explizit als Organisationsmangel.

<sup>55</sup> BAUER (Fn 4), S. 92; wohl auch WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 6; a.M. LEHMANN (Fn 25), S. 422 Fn 18.

<sup>56</sup> ROLAND MÜLLER/ROBERTO FORNITO, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 894 N 3 f.

<sup>57</sup> BARTHOLD/JÖRG (Fn 10), S. 496; WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 6 m.w.H. Siehe hierzu nachstehend Ziff. 5.

<sup>58</sup> Fragen und Antworten zum neuen GmbH-Recht, Handelsregisteramt des Kantons Zürich, REPRAX 2008 (1), S. 6.

in Frage, bei der zwei Mitglieder bzw. Geschäftsführer Kollektivunterschrift zu zweien haben.<sup>59</sup>

Entspricht die Zusammensetzung des Verwaltungsrats zwar den gesetzlichen, aber nicht (mehr) den statutarischen Vorschriften, ist ebenfalls eine Verletzung von Art. 731b OR denkbar.<sup>60</sup>

#### 4. Fehlender Wohnsitz in der Schweiz

Sowohl die Aktiengesellschaft (Art. 718 Abs. 4 OR), die GmbH (Art. 814 Abs. 3 OR) als auch die Genossenschaft (Art. 898 Abs. 2 OR) müssen durch mindestens eine einzelzeichnungsberechtigte Person vertreten werden können,<sup>61</sup> welche über einen *Wohnsitz in der Schweiz* verfügt.<sup>62</sup> Dieses Erfordernis ist zwingender Natur und stellt bei Nichterfüllung einen Mangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR dar, da die Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt sind. Unter altem Recht sah Art. 708 Abs. 2 aOR bei der Aktiengesellschaft noch vor, dass wenigstens ein zur Vertretung der Gesellschaft befugtes Mitglied des Verwaltungsrats in der Schweiz wohnhaft sein muss. Weiterhin muss gemäss Art. 718 Abs. 3 OR mindestens ein Verwaltungsratsmitglied vertretungsberechtigt sein, es muss aber keinen Wohnsitz in der Schweiz mehr haben.<sup>63</sup>

Art. 718 Abs. 4 OR hält mit Bezug auf die Vertretung in der Aktiengesellschaft fest, dass das Erfordernis des schweizerischen Wohnsitzes entweder durch ein Mitglied des Verwaltungsrats oder durch einen Direktor erfüllt werden «kann». Es stellt sich somit die Frage, ob diese Aufzählung enumerativ oder abschliessend ist. Das Gesetz führt unter Abs. 2 desselben Artikels

<sup>59</sup> Es ist somit unzulässig, eine Kollektivunterschrift zu zweien «nur» mit einem Direktor zu führen. Vgl. zur kuriosen Entwicklung von Art. 718 Abs. 3 OR LUKAS GLANZMANN/VITO ROBERTO, Wer darf Bundesgesetze erlassen? – Fragwürdige Gesetzeskorrekturen durch die Redaktionskommission, NZZ vom 4. April 2008, Nr. 78, S. 31.

<sup>60</sup> Siehe hierzu nachstehend Ziff. 6.

<sup>61</sup> Bei einer Kollektivunterschrift zu zweien sind naturgemäss zwei Personen mit schweizerischem Wohnsitz nötig. Ferner ist eine volle Unterschriftsberechtigung erforderlich, eine Prokura genügt nicht. Siehe hierzu Fragen und Antworten zum neuen GmbH-Recht, Handelsregisteramt des Kantons Zürich, REPRAX 2008 (1), S. 6.

<sup>62</sup> Bei Personen mit unbekanntem Aufenthalt kann nicht Wohnsitz in der Schweiz angenommen werden. Siehe BAUER (Fn 4), S. 93 Fn 14.

<sup>63</sup> Siehe hierzu vorstehend Ziff. 3. Folglich kann sich damit ein Verwaltungsrat aus Personen zusammensetzen, von denen keine in der Schweiz wohnhaft ist. Kritisch hierzu LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 88 (2007), S. 75, mit Hinweis auf die diesbezügliche Problematik der Verantwortlichkeit der Organe.

aus, dass es unter «Dritten» mit der Geschäftsführung beauftragte Direktoren versteht.<sup>64</sup> Die Frage, ob auch eine zeichnungsberechtigte Person ohne eine der im Gesetz explizit aufgeführten Funktionen – somit eine Person *ohne formelle Organstellung* – das Wohnsitzerfordernis erfüllen kann, hat das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) in der Praxis bereits positiv beantwortet.<sup>65</sup> Das EHRA argumentiert, dass die jeweils im zweiten Satz genannten Funktionen im Sinne einer beispielhaften Aufzählung zu verstehen sind, weshalb die Eintragung einer in der Schweiz wohnhaften Person *unabhängig ihrer Funktion* genüge.<sup>66</sup>

## 5. Handlungsunfähigkeit der Gesellschaftsorgane

Unter den Anwendungsbereich der nicht (mehr) rechtmässigen Zusammensetzung eines Organs fallen auch jene Tatbestände, bei denen ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ nicht mehr *handlungsfähig* ist. Neben der bereits erwähnten *Pattsituation* im Verwaltungsrat kommt dabei insbesondere die Handlungsunfähigkeit eines anderen Gesellschaftsorgans – z.B. indirekt durch jene des *einzigsten Aktionärs*<sup>67</sup> oder der *Gesellschafterversammlung* selbst – in Frage.<sup>68</sup> Es sind Konstellationen der Handlungsunfähigkeit denkbar, bei denen organisatorische Mängel durch eine *statutarische Selbstbeschränkung* erzeugt werden. Das neue GmbH-Recht sieht beispielsweise in Art. 807 OR vor, dass die Statuten für einzelne oder mehrere Gesellschafter *ad personam* ein Vetorecht gegen einzelne bestimmte, in den Statuten klar zu umschreibende Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vorsehen können.<sup>69</sup> Durch die Einführung eines derartigen Vetorechts wird die *Willensbildung* in der Gesellschaft erheblich verändert. Dies birgt die Gefahr einer Blo-

<sup>64</sup> Gemäss Wortlaut der Gesetzesbestimmungen kommen explizit neben einem Verwaltungsratsmitglied bei der Aktiengesellschaft, Geschäftsführer bei der GmbH, Verwaltungsmitglieder oder Geschäftsführer bei der Genossenschaft sowie Direktoren in Frage.

<sup>65</sup> In der Handelsregisterpraxis sind derartige Eintragungen bereits vorgenommen bzw. vom EHRA genehmigt worden.

<sup>66</sup> Wie in Fn 61 erwähnt, genügt eine Prokura jedoch nicht. Siehe Fragen und Antworten zum neuen GmbH-Recht, Handelsregisteramt des Kantons Zürich, REPRAX 2008 (1), S. 6. Das EHRA legt Art. 718 Abs. 4 OR sehr extensiv aus. Vgl. auch BERTHEL (Fn 20), N 752 mit Hinweis auf den materiellen Organbegriff; ferner BAUER (Fn 4), S. 93 m.w.H.

<sup>67</sup> Art. 12 ZGB.

<sup>68</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3232; BARTHOLD/JÖRG (Fn 10), S. 496.

<sup>69</sup> GEMA OLIVAR PASCUAL/ANDREA PETRA ROTH, Organisation der GmbH gemäss revidiertem Recht, ST 2007, S. 471.

ckade bzw. der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft. Führt ein Vetorecht beispielsweise dazu, dass die vorgeschriebenen Organe nicht mehr rechtskonform bestellt werden können, muss Art. 807 i.V.m. Art. 819 OR hinter Art. 731b OR zurücktreten.<sup>70</sup>

Ähnlich sieht es im Bereich der Generalversammlung aus: Art. 704 Abs. 1 OR sieht für wichtige Beschlüsse der Generalversammlung eine qualifizierte Mehrheit – eine «*Doppelhürde*»<sup>71</sup> – vor, welche die Statuten auf weitere Geschäfte ausdehnen kann.<sup>72</sup> Solche Statutenänderungsbeschlüsse verschärfen das gesetzliche Quorum, weshalb sie gemäss Art. 704 Abs. 2 OR ebenfalls mit dem qualifizierten Quorum gefasst werden müssen.<sup>73</sup> Dadurch geschaffene «*lock-up*»-Klauseln in den Statuten ermöglichen einer Gesellschaft namentlich die Abwehr von Angriffen, welche auf die Erringung der Kontrolle zielen. Insbesondere Publikumsgesellschaften erschweren dem Angreifer eine Übernahme, indem sie wichtige Statutenänderungen einer qualifizierten Mehrheit (z.B. einer Dreiviertelmehrheit) unterstellen.<sup>74</sup> Bei derartigen und anderen extremen Beschlusserschwernissen besteht indessen die Gefahr einer *Beschlussunfähigkeit* der Generalversammlung,<sup>75</sup> welche am Ende in einer Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft selbst resultiert<sup>76</sup> – und welche deshalb ebenfalls von Art. 731b OR erfasst wird.

<sup>70</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3209.

<sup>71</sup> Eine Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und eine absolute Mehrheit der vertretenen Nennwerte.

<sup>72</sup> PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten, in: Nedim P. Vogt, Eric Stupp, Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, S. 44.

<sup>73</sup> Die Einführung von qualifizierten Mehrheiten ist jedoch unzulässig für die zur Aufrechterhaltung der Entscheidungsfähigkeit einer Gesellschaft unbedingt notwendigen Beschlüsse (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2–5 OR). Jene Beschlüsse müssen mit der in Art. 703 OR genannten absoluten Mehrheit der vertretenen oder der gültigen abgegebenen Stimmen gefasst werden können.

<sup>74</sup> BÖCKLI/BÜHLER (Fn 72), S. 49. Darunter fällt namentlich die Aufhebung oder Lockerung der Vinkulierung von Namenaktien.

<sup>75</sup> Vgl. zum statutarischen Einstimmigkeitserfordernis bei GV-Beschlüssen ablehnend BÖCKLI/BÜHLER (Fn 72), S. 50 ff. m.w.H. auf die unterschiedlichen Meinungen in der Lehre.

<sup>76</sup> BÖCKLI/BÜHLER (Fn 72), S. 49.

## 6. Verletzung von Statutenbestimmungen

Art. 731b Abs. 1 OR erfasst die «vorgeschriebenen Organe», welche nicht «rechtmässig» zusammengesetzt sind. Die Botschaft führt diesbezüglich aus, dass es sich hierbei um die *obligatorischen* Organe einer Gesellschaft handelt,<sup>77</sup> weshalb allfällige statutarisch «vorgeschriebene» Organe – wie z.B. ein Beirat – nicht erfasst werden.<sup>78</sup> Das Fehlen bzw. die nicht korrekte Zusammensetzung eines in den Statuten vorgesehenen Organs kann somit *nicht* mit Art. 731b OR gerügt werden. Eine Einschränkung auf die gesetzlich zwingenden Organe entspricht der *ratio* der Bestimmung, welche (nur) als Schutzvorschrift zur Gewährleistung der *Funktions- und Handlungsfähigkeit* der Aktiengesellschaft dient.<sup>79</sup>

Hingegen ist fraglich, ob *konkretisierende statutarische Vorschriften* hinsichtlich der Zusammensetzung der *zwingenden* Organe in den Anwendungsbereich von Art. 731b OR fallen. Bezieht sich der Begriff der «rechtmässigen Zusammensetzung» nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Zusammensetzung von Organen oder sind auch jene Fälle miteingefasst, in denen die Statuten eine bestimmte Zusammensetzung eines zwingenden Organs – z.B. des Verwaltungsrats – vorschreiben?<sup>80</sup> Hilfreich für die Beantwortung dieser Frage ist der inhaltlich auf die Organisationsmängel abgestimmte Art. 941a Abs. 1 OR, welcher im Gegensatz zu Art. 731b Abs. 1 OR von *Mängeln in der gesetzlich zwingenden Organisation* spricht, welche der Handelsregisterführer dem Gericht zur Anzeige bringen muss. Die Mängel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation werden durch Art. 731b OR erfasst, jedoch soll es nicht Aufgabe des Handelsregisterführers sein, «rein statutarische Vorschriften» durchzusetzen.<sup>81</sup> M.E. ist Art. 731b OR auf eine richterliche Durchsetzung der statutenkonformen Bestellung von zwingenden Organen *nicht* anwendbar.<sup>82</sup> Der Grund liegt einerseits im *Normcharakter* von Art. 731b OR als Schutzvorschrift zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft. Andererseits ist eine *restriktive Auslegung* gerechtfertigt, weil die *Klagelegitimation* nach Art. 731b OR sehr *weit* gefasst ist. Es geht

<sup>77</sup> Botschaft (Fn 2), S. 3239 f.

<sup>78</sup> LEHMANN (Fn 25), S. 422. Im Gegensatz zur Anfechtungsklage nach Art. 706 Abs. 1 OR ist damit der Gegenstand der Klage von Art. 731b OR enger gefasst.

<sup>79</sup> LEHMANN (Fn 25), S. 422. Dafür sind statutarisch vorgeschriebene Organe nicht erforderlich. Siehe auch die Ausführungen bei Fn 1 und 21.

<sup>80</sup> LEHMANN (Fn 25), S. 422.

<sup>81</sup> Botschaft (Fn 2), S. 3132.

<sup>82</sup> A.M. wohl LEHMANN (Fn 25), S. 422; WOLFGANG MÜLLER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 731b N 10 m.w.H., welcher Art. 731b OR auch greifen lassen will, wenn «eine statutarisch vorgesehene Unterabteilung des VR nicht bestellt ist».



nicht an, dass der Gläubiger neben dem Aktionär und dem Handelsregisterführer nicht nur Gesetzesverstösse, sondern auch Statutenverstösse rügen kann.<sup>83</sup>

## 7. Weitere Organisationsmängel

Neben den vorstehend beschriebenen organisatorischen Mängeln bestehen weitere Tatbestände, welche – via Verweisung – in den Regelungsbereich von Art. 731b OR fallen. Gemäss Art. 831 Abs. 1 OR müssen bei der Gründung einer Genossenschaft mindestens *sieben Mitglieder* beteiligt sein. Sinkt in der Folge die Anzahl der Genossenschafter unter diese Mindestzahl, sind die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation entsprechend anwendbar. Art. 831 Abs. 2 OR wurde im Zuge der kleinen Aktienrechtsrevision angepasst und verweist heute auf Art. 731b OR. Sank unter altem Recht die Zahl der Genossenschafter unter die Mindestzahl oder fehlte es der Genossenschaft an den notwendigen Organen, konnte der Richter auf Begehren eines Gläubigers oder Genossenschafter *nur* die Auflösung verfügen, sofern nicht binnen angemessener Frist der gesetzmässige Zustand wiederhergestellt wurde.<sup>84</sup> Der Grund für das Vorliegen eines Organisationsmangels bei einer Unterschreitung liegt darin, dass für die Rechtsform der Genossenschaft die *Förderung wirtschaftlicher Interessen* ihrer Mitglieder in *gemeinsamer Selbsthilfe* kennzeichnend ist.<sup>85</sup> Unter diesem Aspekt erscheint die Gründung und der Bestand von *Eiںpersonen-Genossenschaften* nicht sachgerecht, setzt doch der Zweck der gemeinsamen Selbsthilfe wesensnotwendigerweise eine Mehrzahl von Personen voraus.<sup>86</sup>

Der Entwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007 sieht mit der Schaffung von Art. 666b E-ZGB vor, dass jede Person, die ein schutzwürdiges Interesse hat – oder das Grundbuchamt am Ort des Grundstücks – dem Gericht die *erforderlichen grundstücksbezogenen Massnahmen* beantragen

<sup>83</sup> Treffend LEHMANN (Fn 25), S. 422 Fn 17. Den Aktionären (und dem Verwaltungsrat, welcher nach Art. 731b OR *nicht* aktivlegitimiert ist) steht die Möglichkeit einer Anfechtungsklage nach Art. 706 Abs. 1 OR offen, mit welcher auch die Verletzung der Statuten gerügt werden kann. Siehe zum *Verhältnis* zur Anfechtungsklage LEHMANN (Fn 25), S. 422 f. m.w.H. und WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 18.

<sup>84</sup> Art. 831 Abs. 2 aOR.

<sup>85</sup> Art. 828 Abs. 1 OR; MATTHIAS COURVOISIER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 831 N 5.

<sup>86</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3235; Fragen und Antworten zum neuen GmbH-Recht, Handelsregisteramt des Kantons Zürich, REPRAX 2008 (1), S. 11.

kann, sofern eine im Grundbuch als Eigentümerin eingetragene juristische Person oder eine andere Rechtsträgerin nicht mehr über die vorgeschriebenen Organe verfügt.<sup>87</sup> In der Praxis kann sich wie vorstehend dargestellt die Situation ergeben, dass eine im Grundbuch als Eigentümerin eingetragene juristische Person oder Körperschaft nicht mehr über die *notigen Organe* verfügt und entsprechend die notwendige Bestellung einer *Vertretung* unterbleibt.<sup>88</sup> Der neue Art. 666b E-ZGB ermöglicht im Immobiliarsachenrecht in *Ergänzung* zu Art. 731b OR für alle Formen von juristischen Personen und anderen Rechtsträgern, die erforderlichen *grundstücksbezogenen Massnahmen* anzuordnen.

## B) Spezialfälle organisatorischer Mängel

Neben den durch Art. 731b OR direkt oder indirekt erfassten Organisationsmängeln existieren noch weitere Tatbestände, die als *spezielle Organisationsmängel* zu qualifizieren sind.

### 1. Fehlendes Rechtsdomizil

Art. 117 HRegV sieht vor, dass jede im Handelsregister eingetragene Rechtseinheit rechtsformübergreifend neben dem Namen der politischen Gemeinde als *Sitz* (Abs. 1) auch ihr *Rechtsdomizil* in das Handelsregister eintragen muss (Abs. 2).<sup>89</sup> Unter dem Rechtsdomizil versteht die HRegV die Adresse, unter der eine Rechtseinheit an ihrem Sitz *tatsächlich* erreicht werden kann, wozu neben der Strasse und der Hausnummer auch die Postleitzahl und der Ortsname gehört.<sup>90</sup> Neben eigenen Geschäftsräumen (eigene Büros)<sup>91</sup> kann dies auch eine Domiziladresse (c/o-Adresse) sein.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> Ein schutzwürdiges Interesse kommt jenen Personen zu, denen ein dingliches Recht am Grundstück zusteht, aber auch Nachbarn sowie dem Gemeinwesen.

<sup>88</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, S. 5305 f. Siehe zur Vertretung vorstehend Ziff. 3.

<sup>89</sup> Z.B. Art. 45 Abs. 1 Bst. c HRegV für die Aktiengesellschaft.

<sup>90</sup> Art. 2 Bst. b HRegV. Siehe auch MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2008, Art. 2 N 10.

<sup>91</sup> Ein Postfach oder ein Briefkasten alleine bedeuten noch keine eigenen Büros. Siehe auch GWELESSIANI (Fn 90), Art. 117 N 412, wonach fiktive Adressen, bei welchen die Erreichbarkeit lediglich durch eine postalische Umleitung an eine Postfachadresse si-

Es braucht keine extensive Auslegung des Begriffs «Organisationsmangel», um ein fehlendes Rechtsdomizil darunter subsumieren zu können.<sup>93</sup> Ein fehlendes Rechtsdomizil ist als ein *Spezialfall eines Organisationsmangels* zu qualifizieren, da es als tatsächliche Adresse einer Gesellschaft einerseits eine *wesentliche Information* für den Geschäfts- und Rechtsverkehr und andererseits ein grundsätzliches Erfordernis des Handelsregistereintrags darstellt.<sup>94</sup> *De lege lata* ist das fehlende Rechtsdomizil nicht Teil der gesetzlichen Organisationsmängelsystematik und des diesbezüglichen handelsregisterrechtlichen Verfahrens.<sup>95</sup> Der Entwurf zum neuen Aktienrecht hält mit dem leicht modifizierten Art. 731b Abs. 1 E-OR explizit fest, dass es sich auch bei einem fehlenden Rechtsdomizil um einen gesetzlichen Organisationsmangel handelt.<sup>96</sup>

Bis die wohl unbestrittene Ergänzung von Art. 731b Abs. 1 OR in Kraft tritt, ist das geltende Recht für Verfahren und Sanktionierung bei fehlendem Rechtsdomizil massgeblich: Hat eine Rechtseinheit kein Rechtsdomizil mehr am Ort ihres Sitzes und sind die Voraussetzungen von Art. 938a Abs. 1 OR nicht erfüllt,<sup>97</sup> kommt das Verfahren nach Art. 153 HRegV zur Anwendung, welches inhaltlich Art. 88 aHRegV entspricht. Das Handelsregisteramt fordert die zur Anmeldung verpflichteten Personen auf, innert 30 Tagen ein Rechtsdomizil zur Eintragung anzumelden. Wird innerhalb der Frist keine Anmeldung eingereicht, verfügt es die *Auflösung* der juristischen Person und die Einsetzung der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans als Liquidatoren.<sup>98</sup> Die Auflösung kann widerrufen werden, sofern innerhalb von *drei Monaten* nach deren Eintragung der gesetzliche Zustand wiederhergestellt wird.<sup>99</sup> Im Gegensatz zu Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR entscheidet im

chergestellt wird, rechtlich nicht zulässig sind, weshalb von einem fehlenden Rechtsdomizil auszugehen ist.

<sup>92</sup> Verfügt eine Rechtseinheit über kein Rechtsdomizil an ihrem Sitz, so muss sie gemäss Art. 117 Abs. 3 HRegV im Eintrag angeben, bei wem sich ihr Rechtsdomizil befindet. Zusätzlich ist die Erklärung des Domizilhalters einzureichen.

<sup>93</sup> Siehe aber BAUER (Fn 4), S. 94.

<sup>94</sup> LEHMANN (Fn 25), S. 423; WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 29.

<sup>95</sup> Art. 154 HRegV. Siehe hierzu vorstehend bei Fn 22.

<sup>96</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektivgesellschaft- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, S. 1692.

<sup>97</sup> Zu Art. 938a Abs. 1 OR siehe sogleich nachstehend Ziff. 2. Sind die Voraussetzungen von Art. 938 Abs. 1 OR erfüllt, richtet sich das Verfahren nach Art. 155 HRegV. BGE 126 III 283.

<sup>99</sup> Der Publikationstext im SHAB lautet bei einer Auflösung durch den Handelsregisterführer wie folgt: «Firma neu: X AG in Liquidation: Die Gesellschaft wird in Anwendung von Art. 153 HRegV von Amtes wegen als aufgelöst erklärt, weil die ihr ange-

Falle eines fehlenden Domizils somit nicht der Richter über die Auflösung der Gesellschaft, sondern (noch) das Handelsregister selbst.

Treten bei einer Gesellschaft mehrere Mängel *gleichzeitig* bzw. in *naher zeitlicher Abfolge* auf, stellen sich dem Handelsregisterführer verschiedene Fragen in verfahrenstechnischer Hinsicht, insbesondere wenn die Gesellschaft weder über die erforderlichen Organe noch über ein Rechtsdomizil verfügt. Vertreter der Handelsregisterbehörden sind sich einig, wie bei einem Vorliegen eines Organisationsmangels *und* einem bereits eingeleiteten Verfahren aufgrund eines fehlenden Domizils nach Art. 153 HRegV vorgegangen werden muss:<sup>100</sup> Eine Überweisungspflicht an den zuständigen Richter besteht *unabhängig* davon, ob beim Handelsregister noch ein Verfahren nach Art. 153 HRegV hängig ist.<sup>101</sup>

## 2. Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne verwertbare Aktiven

Seit der kleinen Aktienrechtsrevision ist die frühere Bestimmung von Art. 89 aHRegV aufgrund ihrer *materiellrechtlichen Bedeutung* direkt im Gesetz (OR) geregelt: Gestützt auf Art. 938a Abs. 1 OR kann der Handelsregisterführer eine Gesellschaft nach dreimaligem ergebnislosen Schuldenruf im Handelsregister von Amtes wegen löschen, sofern sie keine Geschäftstätigkeit und – soweit ersichtlich – keine verwertbaren Aktiven mehr aufweist.<sup>102</sup>

Art. 938a Abs. 1 OR stellt ebenfalls einen *Spezialfall des Organisationsmangels* dar:<sup>103</sup> Solche Gesellschaften haben ihre Geschäftstätigkeit vollumfänglich eingestellt und sind faktisch liquidiert, wurden aber im Handelsregister

setzte Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes in Bezug auf das Rechtsdomizil am Sitz der Gesellschaft unbenutzt abgelaufen ist. Eingetragene Personen neu oder mutierend: [...] Liquidator, mit Einzelunterschrift». Siehe Praxismitteilung EHRA 1/08 vom 17. Oktober 2008, Ziff. 20.

<sup>100</sup> BAUER (Fn 4), S. 94 und insbesondere S. 98; GWELESSIANI (Fn 90), Art. 153 N 531, wonach der «Wertung des Gesetzgebers zugunsten richterlicher Massnahmen» Rechnung zu tragen ist, weshalb bei fehlenden Organen und bei fehlendem Rechtsdomizil nach Art. 731b OR i.V.m. Art. 154 HRegV vorzugehen ist.

<sup>101</sup> Das Verfahren bleibt bis zur rechtskräftigen Erledigung durch das Gericht sistiert.

<sup>102</sup> Gemäss Art. 938a Abs. 3 OR i.V.m. Art. 155 Abs. 1 HRegV fordert das Handelsregisteramt die zur Anmeldung verpflichteten Personen auf, innert 30 Tagen die Löschung anzumelden oder *begründet* mitzuteilen, warum die Eintragung aufrecht erhalten bleiben soll. Erst danach kommt es zum Schuldenruf im SHAB.

<sup>103</sup> LEHMANN (Fn 25), S. 423.

nicht gelöscht.<sup>104</sup> Da in den meisten Fällen *kein gerichtliches Verfahren* notwendig ist, wurde die Bestimmung nicht in Art. 731b OR aufgenommen.<sup>105</sup> Hintergrund der Neuregelung ist – neben der materiellrechtlichen Bedeutung der Norm – die Tatsache, dass von Art. 89 aHRegV zu wenig Gebrauch gemacht worden ist.<sup>106</sup> Die Löschung von Amtes wegen wird neu entsprechend den kumulativen Kriterien von Art. 938a Abs. 1 OR vollzogen,<sup>107</sup> wobei Berechtigte die *Aufrechterhaltung* der Eintragung beantragen können.<sup>108</sup> In diesem Fall überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem Gericht zum Entscheid (Art. 938a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 155 Abs. 4 HRegV).<sup>109</sup>

### C) Behebung der Mängel durch geeignete Massnahmen

Stellt ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer einen Mangel im Sinne der vorstehenden Ausführungen fest, kann er gestützt auf Art. 731b Abs. 1 OR dem Richter beantragen, die *erforderlichen Massnahmen* zu ergreifen.<sup>110</sup> Das Gesetz führt unter Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR einen nicht abschliessenden Katalog möglicher richterlicher Massnahmen auf.<sup>111</sup>

<sup>104</sup> Es entstehen sog. «Registerleichen». Darunter fallen Gesellschaften ohne Organe, von Amtes wegen aufgelöste Gesellschaften sowie Gesellschaften, über die Verlustscheine ausgestellt worden sind.

<sup>105</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3238.

<sup>106</sup> BARTHOLD/JÖRG (Fn 10), S. 497.

<sup>107</sup> Der Publikationstext im SHAB lautet wie folgt: «Die Gesellschaft wird in Anwendung von Art. 155 Abs. 3 HRegV von Amtes wegen gelöscht [nachdem kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft geltend gemacht wurde]». Siehe Praxismitteilung EHRA 1/08 vom 17. Oktober 2008, Ziff. 22.

<sup>108</sup> Nach Art. 938a Abs. 2 OR sind dies Gesellschafter, Aktionäre, Genossenschafter oder Gläubiger. Diese haben bis spätestens 30 Tage nach dem letzten Schuldenruf ein *be-gründetes* Interesse an der Aufrechterhaltung schriftlich mitzuteilen (Art. 155 Abs. 3 HRegV).

<sup>109</sup> Nach altem Recht lag gemäss Art. 89 Abs. 2 aHRegV die diesbezügliche Kompetenz noch bei der kantonalen Aufsichtsbehörde in Handelsregistersachen. Siehe ferner LEHMANN (Fn 25), S. 423, Fn 31 m.w.H.

<sup>110</sup> Vgl. eingehend zur richterlichen Mängelbehebung STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, SJZ 105 (2009) Nr. 7, S. 157-166. Der klagende Aktionär oder Gläubiger hat dabei kein besonderes Rechtsschutzinteresse nachzuweisen. Siehe WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 12 m.w.H.

<sup>111</sup> Siehe hierzu das Urteil 5A\_235/2007 des Bundesgerichts vom 14. November 2007, E. 4.2.

Der Richter kann zur Mängelbehebung *insbesondere* der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer sie den rechtmässigen Zustand herzustellen hat (Abs. 1),<sup>112</sup> direkt das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Abs. 2),<sup>113</sup> die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Abs. 3).<sup>114</sup> Sofern der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennt, bestimmt er einerseits von Gesetzes wegen die Dauer, für die die Ernennung gültig ist, andererseits verpflichtet er die Gesellschaft, die Kosten der Massnahmen zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten (Art. 731b Abs. 2 OR).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die vom Richter getroffenen Anordnungen nicht von der Generalversammlung widerrufen werden können.<sup>115</sup> Der Richter ist im Verfahren nach Art. 731b OR<sup>116</sup> *nicht* an spezifizierte Anträge der Parteien gebunden und geniesst einen grossen Ermessensspielraum.<sup>117</sup> Im Sinne der Verhältnismässigkeit der Massnahmen sollten die Auflösung der Gesellschaft als massiver Eingriff und die Anordnung der Liquidation nur als *ultima ratio* in Frage kommen.<sup>118</sup>

Aktionäre und Gläubiger *können* dem Richter bei Vorliegen eines Mangels die erforderlichen Massnahmen beantragen, sie müssen es aber nicht. Mit Blick auf den Handelsregisterführer ist jedoch mit Art. 941a OR festzuhalten,

<sup>112</sup> Eine konkrete Frist sieht das Gesetz nicht vor. In Analogie zu Art. 154 Abs. 1 HRegV soll die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes *mindestens* 30 Tage betragen. Siehe hierzu vorstehend Fn 22 und WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 20.

<sup>113</sup> Vgl. Art. 725a OR.

<sup>114</sup> Siehe grundlegend zum Konkursverfahren ohne Konkurseröffnung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR LORANDI (Fn 2), S. 1381 ff. Die vom Gericht verfügte Auflösung der Gesellschaft und die Anordnung ihrer Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs erfolgt *nicht* gestützt auf das SchKG. Das Rechtsmittel gegen die Auflösung hat von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung.

<sup>115</sup> Siehe hierzu BGE 126 III 283 E. 3c/cc.

<sup>116</sup> Passivlegitimiert ist die Gesellschaft, weshalb mangels gesetzlicher Regelung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG der Richter am Sitz der Gesellschaft örtlich zuständig ist. Eine sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren ist in Anbetracht der bei diesen Tatbeständen gebotenen Eile ebenfalls angebracht. Vgl. Art. 250 lit. c Ziff. 6 und 11 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, wonach das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt.

<sup>117</sup> WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 17; LEHMANN (Fn 25), S. 423; BAUER (Fn 4), S. 97. Im Verfahren nach Art. 731b OR gilt die Oficialmaxime.

<sup>118</sup> Gl. M. WATTER/WIESER (Fn 5), Art. 731b N 19 und N 25. Der Publikationstext im SHAB lautet wie folgt: «Mit Verfügung des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug vom [Datum] wurde die Gesellschaft gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet.» Siehe Praxismitteilung EHRA 1/08 vom 17. Oktober 2008, Ziff. 21.

dass er bei Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der Gesellschaft dem Richter bzw. bei der Stiftung an die Aufsichtsbehörde Antrag stellen *muss*.<sup>119</sup> Diese Befugnis beschränkt sich auf den *allgemeinen Eingriffsbereich* des Handelsregisterführers.<sup>120</sup> Gestützt auf die Interessen Dritter und der Öffentlichkeit soll der Handelsregisterführer sein Augenmerk insbesondere auf Verletzungen der Pflicht zur Bestellung einer rechtmässigen Revisionsstelle sowie auf die Missachtung von Wohnsitzerfordernissen legen.<sup>121</sup>

## IV. Schlussbemerkungen

Die oben stehenden Ausführungen zeigen, dass Mängel in der Organisation von Gesellschaften *in der Praxis* in verschiedenen Konstellationen von z.T. erheblicher *Bedeutung* sind. Insbesondere aufgrund der möglichen gravierenden Implikationen auf die Gesellschaften ist Organisationsmängeln und deren raschen Behebung die *notige Aufmerksamkeit* zu schenken.

Art. 731b OR schafft in Verbindung mit den einschlägigen Vorschriften der Handelsregisterverordnung ein *einheitliches System* um Organisationsmängel *rasch* und *einfach* zu beheben. Die geplante «grosse Revision» des Aktienrechts komplettiert Art. 731b OR ferner richtigerweise in absehbarer Zeit durch die Ergänzung des fehlenden Rechtsdomizils einer Gesellschaft als Organisationsmangel.

Die durchdachte Neuregelung hat insbesondere der Tatsache Rechnung getragen, das Gesellschaftsrecht einerseits als *einheitliches System* zu betrachten und andererseits der *Harmonisierung* der Regelung in den verschiedenen Rechtsformen besondere Bedeutung zuzumessen. Aktionäre, Gläubiger und der Handelsregisterführer erhalten durch Art. 731b OR einen geeigneten Rechtsbehelf, um die Funktions- und Handlungsfähigkeit von Gesellschaften – namentlich in *Krisenzeiten* – in ihrem eigenen aber auch im Interesse Dritter zu gewährleisten. Insbesondere den Handelsregisterbehörden kommt bei der Durchsetzung der zwingenden Vorschriften eine bedeutende Rolle zu.

Abschliessend ist deshalb mit Blick auf die Einleitungsfrage festzuhalten, dass Art. 731b OR weit mehr als nur «alter Wein in neuen Schläuchen» ist.

<sup>119</sup> Siehe hierzu vorstehend bei Fn 22.

<sup>120</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3239 f. Nicht Sache des Handelsregisterführers gemäss PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, § 1 N 381, ist es deshalb, gleichsam als «*Oberprokurator des Aktienrechts*» Verletzungen von rein statistischen Vorschriften durchzusetzen.

<sup>121</sup> Botschaft GmbH (Fn 2), S. 3239.