



## Organisationsmängel in der Praxis

### Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung

LUKAS MÜLLER



PASCAL MÜLLER

Zahlreiche Gerichts- und Verwaltungsverfahren werden Woche für Woche eingeleitet, um Organisationsmängel von Gesellschaften nach Art. 731b OR und Art. 154 HRegV zu beheben. Wenn dies nicht gelingt, erfolgt letztlich die Konkursöffnung. Dieser Aufsatz zeigt einen Überblick über Problemstellungen, die in der Praxis oft anzutreffen sind und welche die Gesellschaften vermeiden sollten. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass Gläubiger oder Gesellschafter, die anstelle des Handelsregisteramts ein Organisationsmängelverfahren einleiten, mit Prozesskostenrisiken konfrontiert werden. Erwähnenswert ist zudem der Entwurf zur Modernisierung des Handelsregisterrechts: Das fehlende oder gelöschte Domizil einer Gesellschaft wird de lege lata in einem registerrechtlichen Verwaltungsverfahren behoben; de lege ferenda soll dies mit dem Gerichtsverfahren nach Art. 731b OR gelöst werden und auf alle im Handelsregister eingetragenen Rechtseinheiten Anwendung finden.

De nombreuses procédures judiciaires et administratives sont engagées semaine après semaine pour remédier à des carences dans l'organisation de sociétés selon l'art. 731b CO et l'art. 154 ORC. En cas d'échec, l'ouverture de la faillite est prononcée en dernier ressort. Cet article offre un aperçu des problèmes qui se posent souvent dans la pratique et que les sociétés devraient éviter. Il convient en outre de signaler que les créanciers ou sociétaires qui engagent une procédure en cas de carences dans l'organisation en lieu et place de l'office du registre du commerce risquent d'être confrontés aux coûts liés au procès. Le projet de modernisation du droit du registre du commerce mérite aussi d'être mentionné : l'absence de domicile ou la radiation du domicile d'une société est corrigée, de lege lata, dans une procédure administrative au niveau du registre ; de lege ferenda, ces carences seront corrigées dans une procédure judiciaire selon l'art. 731b CO et cela s'appliquera à toutes les entités juridiques inscrites au registre du commerce.

#### Inhaltsübersicht

- I. Überblick
- II. Typen von Organisationsmängeln
  1. Anwendungsbereich
  2. Welche Mängel in der Organisation sind von Art. 731b OR erfasst?
  3. Organspezifische Mängel
    - 3.1. Leitungs- oder Verwaltungsorgan
    - 3.2. Gesellschafter bzw. Mitglieder
    - 3.3. Revisionsstelle
    - 3.4. Liquidatoren
    - 3.5. Sachwalter
  4. Funktionsfähigkeit der Organe
    - 4.1. Dauernde Unerreichbarkeit oder Inaktivität
    - 4.2. Pattsituation
- III. Organisationsmängelähnliche Konstellationen
  1. Fehlendes oder gelöschtes Domizil
  2. Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit und Aktiven
- IV. Verfahrensfragen
  1. Verfahren vor dem Handelsregisteramt
  2. Gerichtliches Verfahren
    - 2.1. Allgemeines
    - 2.2. Keine Subsidiarität zum Verfahren beim Handelsregister
    - 2.3. Gerichtliche Anordnungen
    - 2.4. Typische Probleme bei der Zustellung
    - 2.5. Rechtsmittel und Noven
    - 2.6. Kein Widerruf eines Auflösungsentscheides
  3. Empfehlung an Gerichte und Kläger: Unternehmensidentifikationsnummer verwenden
- V. Fazit

#### I. Überblick

Am 1. Januar 2008 trat eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation von juristischen Personen in Kraft. Die bekanntesten Normen, die eine Grundlage für die Mängelbehebung von juristischen Personen geben, sind die Art. 731b OR, Art. 941a OR und Art. 154 HRegV. Seit der Einführung der Organisationsmängelnormen ist ein substanzieller Anteil der Konkursöffnungen auf ein Verfahren nach Art. 731b OR (oder der jeweils entsprechenden Norm für eine andere juristische Person) zurückzuführen.<sup>1</sup> Diese Konkurse wurden eröffnet, weil die betroffenen juristischen Personen ihre Organisationsmängel nicht innert der gesetzlichen Frist behoben haben. Es handelt sich um Mängel, die allesamt vermeidbar gewesen wären, sofern diese Gesellschaften die Organisation gemäss Art. 731b OR (oder der jeweils anwendbaren Normen) ordnungsgemäss

Die Autoren geben ihre persönliche Meinung wieder.

<sup>1</sup> Laut den Statistiken in BUNDESAMT FÜR STATISTIK, *Betreibungen und Konkurse*, Neuenburg 2015, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/02/betreibungen.html>> sind ca. 15% bis 20% der Konkursöffnungen pro Jahr auf Art. 731b OR zurückzuführen; LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, *Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte*, REPRAX 1/2012, 3 ff.

gepflegt hätten. Eine Gesellschaft, die unfähig ist, grundlegende Organisationsmängel zu beheben, droht ohnehin in Schwierigkeiten zu geraten. Diese Probleme können letztlich zur Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder der Konkursbetreibung mit anschliessender Konkursöffnung führen,<sup>2</sup> da die Nachlässigkeiten in der Organisation oft mit Fehlern in der Planung und Kontrolle der Finanzen, der strategischen sowie der operativen Prozesse einhergehen. Die Bedeutung der Behebung der Organisationsmängel zeigt auch die Tatsache, dass die Gerichte seit 2008 diesbezüglich zahlreiche Entscheidungen zu fällen hatten.<sup>3</sup> Art. 731b OR kommt infolge besonderer gesetzlicher Verweisungen ebenfalls für die GmbH<sup>4</sup> und die Genossenschaft<sup>5</sup> zur Anwendung; für andere juristische Personen gibt es analoge Bestimmungen.<sup>6</sup> Die allgemeine Organisationsmängelnorm ist in Art. 941a<sup>7</sup> OR zu finden, wobei Art. 154 HRegV die Details regelt. Dieser Aufsatz thematisiert hauptsächlich die Organisationsmängel nach Art. 731b OR, wie sie bei der AG typischerweise auftreten; gewisse Erkenntnisse zu diesem Artikel lassen sich analog auf andere Rechtseinheiten<sup>8</sup> anwenden.

Obschon Art. 731b OR und die damit verwandten Normen erst 2008 eingeführt wurden, hat der Bundesrat am 19. Dezember 2012 mit den Arbeiten angefangen, das Handelsregisterrecht zu modernisieren; am 15. April 2015 wurde der entsprechende Gesetzesentwurf veröffentlicht.<sup>9</sup> Die Gesetzesänderung soll die Sicherheit und die Effizienz im Rechtsverkehr verbessern.<sup>10</sup> Punktuell bespricht dieser Beitrag Änderungen, die das neue Recht<sup>11</sup> mit sich bringen soll.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 725 f. OR; Art. 84a ZGB, Art. 820 oder Art. 903 OR; Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 oder Art. 192 SchKG.

<sup>3</sup> Vgl. FLORIAN S. JÖRG, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, 261.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 819 OR.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 908 OR.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. Art. 69c und Art. 83d ZGB.

<sup>7</sup> Vgl. im künftigen Recht Art. 939 E-OR (2015), BBl 2015, 3666.

<sup>8</sup> Zum Begriff «Rechtseinheit» vgl. die Definition in Art. 2 HRegV bzw. Art. 927 E-OR (2015) gemäss BBl 2015, 3661. Eine Gesellschaft wird als Rechtseinheit i.S.v. Art. 2 HRegV bzw. Art. 927 E-OR (2015) verstanden.

<sup>9</sup> Vgl. den Gesetzesentwurf in BBl 2015, 3661 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015, 3618 (nachfolgend «Botschaft Handelsregister»).

<sup>11</sup> Der in BBl 2015, 3661 ff. veröffentlichte Gesetzesentwurf wird nachfolgend mit E-OR (2015) und E-ZGB (2015) zitiert. Die Botschaft ist in BBl 2015, 3617 ff. zu finden.

## II. Typen von Organisationsmängeln

### 1. Anwendungsbereich

Wenn die vorgeschriebenen Organe einer Gesellschaft fehlen oder nicht rechtmässig zusammengesetzt sind, liegt ein Organmangel vor.<sup>12</sup> Art. 731b OR kommt bei nachträglich auftretenden Organisationsmängeln zur Anwendung. Nachträglich sind diese Mängel, wenn sie entstehen oder entdeckt werden, nachdem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wurde. Anfängliche Mängel, die schon während der Gründung erkannt werden, sind nicht mit dem in Art. 731b OR beschriebenen Verfahren zu lösen. Bei anfänglichen Organisationsmängeln muss der Handelsregisterführer die Eintragung ablehnen.<sup>13</sup> In diesem Fall muss der Notar mit den Gründern den Mangel beheben und anschliessend die Gesellschaft erneut beim Handelsregister zur Eintragung anmelden. Falls die Eintragung einer Gesellschaft mit anfänglich bestehendem Organisationsmangel dennoch erfolgt, erlangt die Gesellschaft kraft Art. 643 Abs. 2 OR das Recht der Persönlichkeit; Gläubiger, Aktionäre oder das Handelsregister können anschliessend nach Art. 643 Abs. 3 OR oder nach Art. 731b OR vorgehen, um die Korrektur des Mangels oder die Auflösung der Gesellschaft anzustreben.<sup>14</sup>

### 2. Welche Mängel in der Organisation sind von Art. 731b OR erfasst?

Art. 731b OR verlangt die Behebung von Organisationsmängeln, die aufgrund des Fehlens oder der nicht rechtmässigen Zusammensetzung der Organe entstanden sind. Diese Bestimmung soll sicherstellen, dass die einem bestimmten Organ zwingend zugewiesenen Kompetenzen<sup>15</sup> dauerhaft von dem jeweils zuständigen Organ erfüllt werden. Falls eine Gesellschaft beispielsweise mittels Gesellschafterbeschluss Beiräte oder andere Organe eingeführt oder die Pflichten der Organe durch die Statuten erweitert hat, kann eine beschlusswidrige Zusammensetzung oder das Fehlen dieser freiwilligen Organe keinen Orga-

<sup>12</sup> Vgl. Art. 731 Abs. 1 OR; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Gesellschaftsrecht*, 11. A., Bern 2012, § 16 N 666 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 26 ff. HRegV; Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Wolf Stephan (Hrsg.), *Schweizerisches Obligationenrecht*, Orell Füssli Kommentar, 2. A., Zürich 2009, PASCAL MÜLLER, Art. 731b N 6.

<sup>14</sup> Vgl. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. A., Basel 2012 (nachfolgend «BSK OR II-VERFASSER»), ROLF WATTER/CHARLOTTE PAMER-WIESER, Art. 731b N 7.

<sup>15</sup> Vgl. z.B. Art. 698 oder Art. 716a OR.

nisationsmangel i.S.d. Art. 731b OR darstellen.<sup>16</sup> Es geht bei dieser Bestimmung darum, dass die unübertragbaren oder unentziehbaren Aufgaben gemäss Gesetz organisiert sind. Für die Generalversammlung sind beispielsweise in Art. 698 OR die unübertragbaren Befugnisse aufgeführt, für den Verwaltungsrat sind die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben in Art. 716a OR aufgezählt und für die Revisionsstelle finden sich die entsprechenden Bestimmungen in den Art. 727 ff. OR. Mittels Statuten respektive Gesellschafterbeschluss geschaffene Organe können diese Organisationsstruktur nicht fundamental verändern, soweit dadurch die im Gesetz zwingend fixierte Aufgaben- und Kompetenzverteilung<sup>17</sup> modifiziert werden soll. Entsprechend lassen sich für Beiräte oder andere freiwillige Organe lediglich Aufgaben oder Befugnisse vorsehen, die nicht den gesetzlich vorgesehenen Organen zwingend zugewiesen sind. Daraus folgt auch, dass es unzulässig ist, den Zustand eines nicht gesellschafterbeschluss- respektive statutenkonform bestellten Beirats als Organisationsmangel nach Art. 731b OR bzw. Art. 154 HRegV zu ahnden.

### 3. Organspezifische Mängel

#### 3.1. Leitungs- oder Verwaltungsorgan

Ein Organisationsmangel liegt vor, wenn etwa das gesetzlich vorgeschriebene Leitungs- oder Verwaltungsorgan fehlt oder gesetzeswidrig zusammengesetzt ist. Bei der AG besteht das Leitungs- oder Verwaltungsorgan aus dem Verwaltungsrat, bei der GmbH aus der Geschäftsführung und bei der Genossenschaft aus der Verwaltung. Ein handlungsunfähiges<sup>18</sup> Gesellschaftsorgan stellt ebenso einen Organisationsmangel dar, wie wenn das Organ nicht vorschriftsgemäss zusammengesetzt ist. Das Exekutivorgan einer AG oder einer GmbH muss aus mindestens einer natürlichen Person bestehen; bei der Genossenschaft umfasst die Verwaltung mindestens drei Mitglieder, wobei die Mehrheit Genossenschafter sein müssen.<sup>19</sup> Wenn mehrere Personen Mitglied eines Leitungs- oder Verwal-

tungsorgans sind, muss zudem immer ein Mitglied zum Präsidenten bzw. zum Vorsitzenden ernannt werden.<sup>20</sup> Sofern der Präsident bzw. der Vorsitzende ausfällt und dieses Amt vakant bleibt, liegt bis zur Neuwahl ein Organisationsmangel vor. Um diesen Mangel möglichst schnell zu lösen oder zu verhindern, sollte bereits bei der Gründung der Gesellschaft mittels einer Statutenbestimmung vom Recht Gebrauch gemacht werden, dass der Verwaltungsrat seinen Präsidenten bzw. den Vorsitzenden des Leitungs- oder Verwaltungsorganes selbst bestimmt und sich selbst konstituiert.<sup>21</sup>

Die Personalunion von CEO und Verwaltungsratspräsident wird unter Berufung auf eine gute Corporate Governance oft kritisiert.<sup>22</sup> Ein solches Doppelmandat stellt allerdings keinen Organisationsmangel i.S.d. Art. 731b OR dar.<sup>23</sup> Ebenso ist das gleichzeitige Mandat von Verwaltungsratsmitgliedern in einer Mutter- und in einer Tochtergesellschaft (Doppelorganschaft) kein Organisationsmangel, obschon mit einer solchen Doppelorganschaft Interessenkonflikte verbunden sein können.<sup>24</sup>

Einer der häufigsten Fälle eines Organisationsmangels entsteht wegen einer Verletzung von Art. 718 Abs. 4 OR. Gemäss dieser Bestimmung muss die Gesellschaft durch mindestens einen Direktor oder Verwaltungsrat mit Wohnsitz in der Schweiz vertreten werden können.<sup>25</sup> Sobald der letzte einzelzeichnungsberechtigte Direktor oder Verwaltungsrat seinen Wohnsitz in der Schweiz aufgibt bzw. nur noch ein kollektivzeichnungsberechtigter Direktor oder Verwaltungsrat Wohnsitz in der Schweiz hat, entsteht ein Organisationsmangel.<sup>26</sup> Wenn sich der

<sup>16</sup> Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3239 f.; BSK OR II-ROLF WATTER/CHARLOTTE PAMER-WIESER (FN 14), Art. 731b N 5 OR; MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolge sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2013, 68 ff.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. Art. 698 und Art. 716a OR.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 54 ZGB. Siehe dazu auch hinten Abschnitt II.4.1.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 707, Art. 809 und Art. 894 Abs. 1 OR; SCHÖNBÄCHLER (FN 16), 73 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 712 OR; vgl. auch Art. 809 Abs. 3 und Art. 894 Abs. 1 OR; SCHÖNBÄCHLER (FN 16), 81 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 712 Abs. 2 OR; Art. 809 Abs. 3 OR; BSK OR II-MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI (FN 14), Art. 894 N 4.

<sup>22</sup> Die Empirie zeigt, dass wenn ein CEO gleichzeitig Verwaltungsratspräsident ist, dass dessen Entschädigung wesentlich höher ausfällt als ohne Doppelmandat; vgl. CONRAD MEYER/PETER BARMETTLER, Managementvergütung und Corporate Governance, ST 10/2013, 692 f.; LUKAS MÜLLER, Regulation of Say on Pay: Engineering Incentives for Executives and Directors – Experiences from the USA and Implications for the Regulation in Switzerland, SZW 83 (2011) 168 f.

<sup>23</sup> Vgl. Jeanette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016 (nachfolgend «Aktienrecht Kommentar-VERFASSER»), PASCAL MÜLLER, Art. 731b N 7.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2011, E. 2.2; Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, 2. A., Basel 2014, CAROLINE KIRCHSCHLÄGER/ANNINA WIRTH, Art. 731b N 2 (nachfolgend «KUKO OR-AUTOR»); Aktienrecht Kommentar-PASCAL MÜLLER (FN 23), Art. 731b N 7.

<sup>25</sup> Vgl. auch die analoge Bestimmung zur GmbH: Art. 814 Abs. 3 OR.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 714 Abs. 4 und Art. 814 Abs. 3 OR. Eine vergleichbare Regelung besteht für die Revisionsstelle; vgl. Art. 730 Abs. 4 OR.

Verwaltungsrat nur aus einer einzigen Person zusammengesetzt, ist diese von Gesetzes wegen bevollmächtigt, die Gesellschaft alleine zu vertreten.<sup>27</sup> Das gilt gemäss Bundesgericht selbst dann, wenn ein abweichender Eintrag im Handelsregister besteht.<sup>28</sup>

Bei Domizilgesellschaften (umgangssprachlich «Briefkastenfirmen» genannt) entsteht ein Organisationsmangel wegen der Nichterfüllung des Wohnsitzerfordernisses gemäss Art. 718 Abs. 4 OR besonders oft, wenn diese Gesellschaften nur einen Direktor oder Verwaltungsrat mit Wohnsitz in der Schweiz haben.<sup>29</sup> Sobald die einzige zeichnungsberechtigte Person in der Schweiz die Zusammenarbeit mit der Domizilgesellschaft beendet oder ins Ausland zieht, hat die Gesellschaft die Aufgabe, eine Person zu finden, die für sie in der Schweiz als zeichnungsberechtigten Direktor oder Verwaltungsrat handelt. Es stellt in der Praxis oft ein Hindernis dar, diese Person zu finden, da sich entweder niemand für die Gesellschaft zur Verfügung stellen will oder da die Gesellschaft keine fremden Leute mit der notwendigen Zeichnungsberechtigung ausstatten möchte. In diesem Zusammenhang ist auf die Praxismitteilung 1/2008 vom Eidgenössischen Handelsregisteramt hinzuweisen. Dort heisst es: «Der Begriff des Direktors ist im Sinne von Art. 718 Abs. 2 OR auszulegen: Es handelt sich dabei um einen «Dritten» (d.h. eine nicht dem Verwaltungsrat zugehörige Person), dem die Vertretungsberechtigung übertragen wurde. Es ist daher nicht erforderlich, dass diese Person als Direktor im Handelsregister eingetragen wird.»<sup>30</sup> Diese Ansicht widerspricht dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 718 Abs. 4 OR. Aus Sicht der Praxis ist zu erwähnen, dass man auf geschäftsführender Ebene eine Person benötigt, die in der Schweiz Verantwortung<sup>31</sup> übernehmen sowie wichtige Korrespondenz abwickeln kann, welche die Korrespondenz auf höchster Führungsebene von der schweizerischen Gesellschaft betreffen. Eine Person, welche gemäss Handelsregister zwar zeichnungsberechtigt ist, aber nur die Post – womöglich ungelesen und ungeöffnet – ans Ausland weiterleitet, kann die Gesellschaft in der Schweiz de facto nicht vertreten. Die zusätzliche

Wahl einer gewöhnlichen zeichnungsberechtigten Person reicht demnach gemäss Gesetzeswortlaut zur Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 718 Abs. 4 OR nicht aus.<sup>32</sup> Diese Voraussetzungen erfüllt nur, wer effektiv organ-schaftliche oder zumindest organschaftsähnliche Vertretungskompetenz hat; letzteres ist beim Direktor der Fall.

Auf den 1. Juli 2015 wurden für die zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) einige Bestimmungen im OR geändert oder ergänzt; eine Änderung wurde auch in Art. 718 Abs. 4 OR vorgenommen. Es muss demnach mindestens ein Direktor oder Verwaltungsrat mit Wohnsitz in der Schweiz berechtigt sein, den zuständigen Behörden die Informationen über die Aktionäre und gegebenenfalls über die wirtschaftlich Berechtigten mitzuteilen, sofern die Dokumentationspflichten für das Aktienbuch oder das Verzeichnis nach Art. 697I OR nicht an einen Finanzintermediär delegiert wurden. Dieser Zugriff erfolgt dadurch, dass mindestens eine vertretungsberechtigte Person mit Wohnsitz in der Schweiz Zugang zum Aktienbuch und zum Verzeichnis nach Art. 697I OR hat. In Art. 697I OR ist das Verzeichnis der Inhaberaktionäre und der wirtschaftlich Berechtigten geregelt. Sofern diese zeichnungsberechtigte Person nicht gemäss Art. 718 Abs. 4 OR Zugang zum Aktienbuch oder zum Verzeichnis nach Art. 697I OR hat, kann dies ein Indiz dafür sein, dass ein Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR vorliegt, sofern das Aktienbuch oder das Verzeichnis nach Art. 697I OR nicht von einem Finanzintermediär gepflegt wird. Falls eine in der Schweiz wohnhafte und zeichnungsberechtigte Person keinen Zugang zum Aktienbuch oder dem erwähnten Verzeichnis hat, so ist dies ein deutliches Indiz dafür, dass es sich gar nicht um einen gemäss Art. 718 OR vertretungsberechtigten Direktor handelt. Damit scheint Art. 718 Abs. 4 OR gegenüber der früheren Praxis eine Verschärfung des Wohnsitzerfordernisses mit sich zu bringen. Diese Verschärfung ist zu begrüssen, da lediglich solche Gesellschaften in der Schweiz sein sollten, für die genügend zeichnungsberechtigte Direktoren oder Verwaltungsräte mit Wohnsitz in der Schweiz Verantwortung übernehmen und effektiv Post entgegennehmen können, damit diese von der Schweiz aus handeln können.

In der Praxis kommt es vor, dass Direktoren oder Verwaltungsräte eine schweizerische Adresse als Wohnsitz angeben, obwohl dieser gar nicht dort begründet oder aufrechterhalten wird. Das Handelsregister bekommt in der Regel auf Mitteilung von Dritten Kenntnis hiervon. Häufig sind Fälle, in denen ein Zahlungsbefehl nicht zu-

<sup>27</sup> Vgl. Art. 718 Abs. 3 OR; BGE 133 III 77 E. 6.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 133 III 77 E. 6; BSK OR II-ROLF WATTER/CHARLOTTE PAMER-WIESER (FN 14), Art. 731b N 13.

<sup>29</sup> Dieses Problem entschärft sich nur unwesentlich, wenn zwei kollektivzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglieder oder Direktoren Wohnsitz in der Schweiz haben; sobald sich eine dieser beiden Personen aus dem Handelsregister löschen lässt, liegt ein Verstoss gegen Art. 718 Abs. 4 OR vor.

<sup>30</sup> Eidgenössisches Handelsregisteramt, Praxismitteilung 1/2008, N 29.

<sup>31</sup> Insb. betreffend die Haftung für die Geschäftsführung; Art. 754 OR.

<sup>32</sup> Vgl. BSK OR II-ROLF WATTER/CHARLOTTE PAMER-WIESER (FN 14), Art. 731b N 13.

gestellt wird oder beispielsweise das zuständige Migrationsamt Unregelmässigkeiten bei der Einreise oder dem Aufenthalt feststellt und wenn gegen Bestimmungen des Ausländergesetzes (AuG) verstossen wird.<sup>33</sup> Falls ein Wohnsitz in der Schweiz angegeben, jedoch nie effektiv begründet wurde, kann es sich auch um eine unwahre Angabe gegenüber Handelsregisterbehörden i.S.d. Art. 153 StGB handeln, die mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe sanktionierbar ist. Wird das Vorliegen einer strafbaren Handlung vermutet, kann von der zuständigen Behörde eine Hausdurchsuchung angeordnet werden.<sup>34</sup>

### 3.2. Gesellschafter bzw. Mitglieder

Das Unterschreiten der Mindestanzahl der Genossenschafter kann im Genossenschaftsrecht den Tatbestand des Organisationsmangels erfüllen. Laut Art. 831 Abs. 1 OR müssen bei der Gründung einer Genossenschaft mindestens sieben Mitglieder beteiligt sein. Falls in der Folge die Zahl der Genossenschafter unter diese Mindestzahl sinkt, ist Art. 731b OR entsprechend anwendbar.<sup>35</sup> Das Bundesgericht versteht die Anzahl Mitglieder einer Genossenschaft als wesensnotwendiges Begriffselement und als ein Stück der wirtschaftlichen Persönlichkeit, wobei der Zweck der gemeinsamen Selbsthilfe erst durch die Mitwirkung der Genossenschafter umsetzbar werde.<sup>36</sup> In der Lehre wird indes die Ansicht vertreten, dass die Auflösung der Genossenschaft unverhältnismässig sei, wenn sie trotz des Unterschreitens der gesetzlich vorgeschriebenen Mitgliederanzahl funktionsfähig bleibe und der Zweck der gemeinsamen Selbsthilfe auch von weniger als sieben Mitgliedern erreicht werden könne.<sup>37</sup> Obschon diese Ansicht in der Theorie vernünftig klingt, ist aus der Sicht der Praxis problematisch, dass das Gesetz in Art. 831 Abs. 2 OR ausdrücklich die Rechtsfolgen einer Unterschreitung der Anzahl Mindestmitglieder einer Genossenschaft vorsieht. Des Weiteren dürfte die Frage, wie viele Mitglieder die Funktionsfähigkeit einer Genossenschaft noch sicherstellen, in der Praxis schwierig zu ermitteln sein – sind etwa sechs, fünf, vier oder drei Mitglieder nötig?<sup>38</sup> Wer nicht im Stande ist, sieben Mitglieder für eine Ge-

nossenschaft zu begeistern, der kann allenfalls, wenn die Organisation weiterbestehen soll, eine Umwandlung der Genossenschaft in eine Kapitalgesellschaft oder in einen Verein ins Auge fassen, um auf diese Weise den Organisationsmangel zu lösen.<sup>39</sup> Es wäre allenfalls vom Gesetzgeber her zu prüfen, ob die Formulierung bezüglich der Mindestanzahl Mitglieder bei einer Genossenschaft auf eine Person gesenkt oder ob Art. 831 OR gar komplett gestrichen werden sollte. Es gilt hierbei zu bedenken, dass Genossenschaften wie beispielsweise die Migros oder der Coop längst nicht mehr (nur) für ihre Mitglieder, sondern für die Allgemeinheit Leistungen erbringen und dadurch eher den Charakter einer Anstalt statt einer Genossenschaft haben und theoretisch auch mit weniger als sieben Mitgliedern ihren Zweck noch erfüllen können.<sup>40</sup> Insofern ist fraglich, inwiefern überhaupt eine Mindestanzahl von Genossenschäftlern notwendig ist. Bei Kapitalgesellschaften ist das Unterschreiten der Anzahl Mindestmitglieder kein Organisationsmangel. Sofern eine Gesellschaft überhaupt keine Gesellschafter mehr hat (oder sich zumindest niemand mehr für diese verantwortlich fühlt), handelt es sich um «Karteileichen» im Handelsregister. Diese lassen sich gestützt auf Art. 155 HRegV vom Handelsregister von Amtes wegen löschen.<sup>41</sup>

### 3.3. Revisionsstelle

Wenn die Revisionsstelle fehlt und kein gültiger Revisionsverzicht vorliegt, stellt dies einen Organisationsmangel dar. Eine AG kann gemäss Art. 727a Abs. 2 OR mit der Zustimmung aller Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichten, sofern die Gesellschaft nicht von Gesetzes wegen der ordentlichen Revision untersteht und nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat,<sup>42</sup> Teilzeitstellen werden dabei anteilmässig angerechnet. Die Gesellschaft darf somit insgesamt nicht mehr als 1000% Stellenprozente (gerechnet in Vollzeitäquivalenten) beschäftigen; Verwaltungsräte werden in der Praxis grundsätzlich nicht zu den Arbeitnehmern gezählt, es sei denn, sie sind neben ihrem Mandat gleichzeitig Arbeitnehmer bei der betreffenden Gesellschaft. Für die Anrechnung der Stellenprozente ohne Belang ist die Art der Anstellung; auf Dauer angelegte Lehrlings- oder

<sup>33</sup> Vgl. z.B. Art. 115 ff. AuG.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 244 f. StPO.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 831 Abs. 2 i.V.m. Art. 731b OR.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 138 III 410; JÖRG (FN 3), 290.

<sup>37</sup> Vgl. JÖRG (FN 3), 291; FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, Verpasste Chancen und unabsehbare Folgen für Genossenschaften», *Entscheidbesprechung zu BGE 138 III 407*, NZZ vom 23. Oktober 2012, 33.

<sup>38</sup> Vgl. JÖRG (FN 3), 291.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 54 Abs. 2 FusG.

<sup>40</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 12), § 19 N 40a ff. und N 119; ROLAND LÜTHY, Mängel in der Organisation der Gesellschaft: drei neue Bundesgerichtsurteile, *GesKR 7 (2012) 604 f.*

<sup>41</sup> Vgl. dazu Abschnitt III.2.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 62 HRegV; Art. 727, Art. 727a, Art. 764 Abs. 2, Art. 818 Abs. 1 und Art. 906 Abs. 1 OR; BSK OR II-ROLF WATTER/KARIM MAIZAR (FN 14), Art. 727 N 21 f. und Art. 727a N 20 ff.

Praktikumsstellen müssen auch in diese Rechnung einbezogen werden.<sup>43</sup>

In der Praxis führt das erfolgreiche Unternehmenswachstum häufig dazu, dass eine Gesellschaft mit der Zeit mehr als zehn Vollzeitstellen hat und somit zumindest eine eingeschränkte Revision durchgeführt werden muss bzw. dass das «opting-out» unzulässig wird. Für wachsende Start-ups respektive ihre Gründer besteht die Schwierigkeit darin, sich um die notwendigen Formalitäten zu kümmern, wozu insbesondere die ordnungsgemässe Buchführung und Rechnungslegung sowie die Protokollierung von Verwaltungsrats- und Generalversammlungsbeschlüssen gehören. Falls sich die Buchführung und die Rechnungslegung in einem desolaten Zustand befinden, das Geschäftsmodell undurchsichtig ist, ein allgemeines Durcheinander im «corporate housekeeping» herrscht (z.B. fehlende GV-Protokolle) oder die Gesellschafter nicht vertrauenserweckend sind, wird sich nur mit viel Mühe ein zugelassener Revisor finden, der sich bereit erklärt, die nötige Revision durchzuführen (und sich hiermit einem Haftungsrisiko nach Art. 755 OR auszusetzen). Entsprechend lässt sich in der Praxis in dieser Situation der Organisationsmangel kaum je beheben.

Eine weitere Konstellation besteht darin, wenn eine Gesellschaft mit Domizil in der Schweiz mittels «opting-out» auf die eingeschränkte Revision verzichtet und später von Gesetzes wegen der ordentlichen Revision untersteht, etwa weil sie in der Zwischenzeit konzernrechnungspflichtig geworden ist, Beteiligungspapiere an eine Börse kotiert oder Anleiheobligationen herausgegeben hat.<sup>44</sup> Ein solcher Fall kann beispielsweise eintreten, wenn eine Gesellschaft an einer kleinen (ausländischen) Börse Wertpapiere kotieren lässt. Es gibt im Ausland Börsen, an denen die Kotierung von Wertpapieren möglich ist, ohne dass die Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügen muss. Sobald eine schweizerische AG, welche auf die eingeschränkte Revision verzichtet, Wertpapiere an einer ausländischen Börse kotiert, untersteht sie der ordentlichen Revision nach OR.<sup>45</sup> Dabei ist zu erwähnen, dass das Handelsregisteramt nicht verpflichtet ist, von Amtes wegen laufend abzuklären, ob eine Gesellschaft an einer in- oder ausländischen Börse kotiert ist oder nicht. Die Gesellschaft selber ist aber verpflichtet, die Beobachtung der diesbezüglichen Gesetzesvorschriften einzuhalten.

Wenn einem Revisor von der Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) die Zulassung entzogen wird, so wird die RAB dies dem zuständigen Handelsregisteramt mitteilen und allfällige Organisationsmängel zur Kenntnis bringen.<sup>46</sup> Weitere Organisationsmängel sind die Nichterfüllung des Wohnsitzerfordernisses der Mitglieder der Revisionsstelle<sup>47</sup>, die fehlende Unabhängigkeit oder das Verletzen der Anforderungen an die Befähigung der Revisionsstelle für eine objektive Beurteilung der AG.<sup>48</sup>

Für die Durchsetzung von statutarischen Organisationsvorschriften ist das Handelsregister hingegen nicht zuständig. Wenn eine Gesellschaft beispielsweise mittels Statuten eine (ordentliche) Revision («opting-up») einführt, dann ist es Sache der Gesellschafter, beim Gericht die erforderlichen Massnahmen zur Durchsetzung derselben zu beantragen, wobei das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b und Art. 941a OR bzw. Art. 154 HRegV nicht zur Anwendung gelangt, da in diesem Fall kein gesetzlicher Organisationsmangel vorliegt.<sup>49</sup>

### 3.4. Liquidatoren

Eine Gesellschaft kann freiwillig die Liquidation beschliessen oder zwangsweise in Liquidation gesetzt werden.<sup>50</sup> Falls die Liquidation beschlossen wurde, sieht das Gesetz in Art. 739 ff. OR die Liquidatoren als Organe vor.<sup>51</sup> In der Praxis kommt es vor, dass Gesellschaften die Liquidation beschliessen und hierfür einen Liquidator einsetzen, aber während der Liquidationsphase kein Mitglied des Verwaltungsrates mehr im Handelsregister eingetragen ist. Es gibt Handelsregisterämter, welche dies als Organisationsmangel betrachten und das entsprechende Verfahren einleiten, um einen neuen Verwaltungsrat zu bestellen. Dieses Vorgehen ist mit Blick auf das Gesetz nicht sinnvoll und als überspitzt formalistisch zu beurteilen. Es gilt Art. 739 Abs. 2 OR zu beachten, wonach die Befugnisse der Organe beschränkt werden, soweit sie ihrer Natur nach nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung als wenig differenziert und mehrdeutig erkannt.<sup>52</sup> Falls die Liquidation durch den Verwaltungsrat besorgt

<sup>43</sup> Vgl. BSK OR II-ROLF WATTER/KARIM MAIZAR (FN 14), Art. 727 N 21 f.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR

<sup>45</sup> Vgl. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 OR; BSK OR II-ROLF WATTER/KARIM MAIZAR (FN 14), Art. 727 N 9.

<sup>46</sup> Vgl. BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 1), 8 f.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 730 Abs. 4 OR.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 727a ff. OR.

<sup>49</sup> Vgl. Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013, CHRISTIAN CHAMPEAUX, Art. 154 N 6 HRegV (nachfolgend «SHK-HRegV-VERFASSER»).

<sup>50</sup> Vgl. z.B. Art. 736 OR oder Art. 731b OR.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 739 ff. OR; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 19 N 5.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 123 III 473 E. 4b.

wird, ist die in Art. 739 Abs. 2 OR enthaltene Befugnisbeschränkung zugunsten der Liquidatoren gegenstandslos. Falls aber die Liquidation eigens hierfür gewählten Liquidatoren übertragen wird, so ist der Verwaltungsrat von den Befugnisbeschränkungen stärker betroffen als die Generalversammlung und die Revisionsstelle.<sup>53</sup> Dem Verwaltungsrat obliegt die Geschäftsführung respektive die Überwachung der Geschäfte der noch unaufgelösten Gesellschaft.<sup>54</sup> Ab dem Beschluss, die Gesellschaft aufzulösen, liegt die Hauptaktivität und Verantwortung der Gesellschaft in den Händen der Liquidatoren.<sup>55</sup> Die Verschiebung der Verantwortlichkeiten (und der hiermit verbundenen Kompetenzen) zeigt sich etwa bei der Pflicht der Liquidatoren, den Richter im Falle der Überschuldung zu benachrichtigen<sup>56</sup> sowie für die unsorgfältige Geschäftsführung oder Liquidation zu haften.<sup>57</sup>

Die Kompetenzabgrenzung gemäss Art. 739 Abs. 2 OR ist zwingender Natur.<sup>58</sup> Nach der Auflösung sind die in Art. 739 Abs. 2 OR erwähnten Kompetenzen und Verantwortlichkeiten bei den Liquidatoren. Das ändert laut Bundesgericht aber nichts daran, dass der Auflösungsbeschluss und der anschliessende Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium die Grundstruktur der Gesellschaft nicht verändert.<sup>59</sup> Abgesehen vom Sonderfall, dass der Verwaltungsrat die Liquidation nicht selbst besorgt, sind die Aufgaben und Pflichten grundsätzlich dieselben und werden lediglich an die neue Aufgabe angepasst, um die Gesellschaft zu liquidieren.<sup>60</sup> Die Liquidatoren sind für alle Handlungen zuständig, die zur eigentlichen Durchführung der Liquidation gehören und durch sie besorgt werden.<sup>61</sup> Dabei übernehmen die Liquidatoren im Wesentlichen die Funktion des Leitungs- oder Verwaltungsorgans. Die Liquidatoren können in diesem Fall auch als «Exekutivorgan» verstanden werden, welches die Gesellschaft nach aussen vertritt.<sup>62</sup> Damit üben sie unseres Erachtens – zumindest de facto – die Funktion des Verwaltungsrates aus.

Ein Verfahren wegen mangelhafter Organisation gegen eine Gesellschaft einzuleiten, die zwar einen Liquidator, aber keinen Verwaltungsrat hat, ist aus praktischen Überlegungen nicht sinnvoll. Einerseits hat der Liquidator

ja gerade nach Art. 739 Abs. 2 OR die Liquidation der Gesellschaft auszuführen; die Gesellschaft kann anschliessend im Handelsregister gelöscht werden. Andererseits wird mit dem Verfahren nach Art. 731b OR bzw. Art. 154 HRegV, sofern die Gesellschaft keinen Verwaltungsrat bestellt, die Gesellschaft wiederum liquidiert; in der zweiten Variante erfolgt dies allerdings durch die (staatliche) Konkursverwaltung anstelle der privaten Liquidation.

In der Literatur wird postuliert, dass der Verwaltungsrat – mit Ausnahme der letzten Löschungsanmeldung (Art. 746 OR) – immer noch für sämtliche Handelsregisteranmeldungen zuständig bleibe und die Generalversammlungsgeschäfte vorzubereiten habe.<sup>63</sup> Sollte diese Lehrmeinung zutreffen, dann würde dies die Liquidation der Gesellschaft in manchen Fällen erschweren, da damit sowohl die Kompetenzen als auch die Verantwortlichkeiten auseinanderklaffen. Der Verwaltungsrat könnte die Liquidationshandlungen der Liquidatoren verzögern oder gar blockieren, indem er die Generalversammlungsgeschäfte nachlässig oder gar nicht ausführt. Um diese Probleme und allfällige Schäden (oder Verantwortlichkeitsprozesse<sup>64</sup>), die im Zusammenhang mit der Liquidation entstehen könnten, zu vermeiden, ist in jedem Fall vorzusehen, dass die Liquidatoren in Personalunion den Verwaltungsrat stellen. Des Weiteren ist es wünschenswert, das Gesetz anlässlich der Revision des Aktienrechts anzupassen. Es könnte etwa Art. 739 Abs. 2 OR am Ende wie folgt ergänzt werden: «Falls kein Verwaltungsrat bestellt wurde, amten die Liquidatoren an seiner Stelle.»

### 3.5. Sachwalter

Für den Fall des Konkursaufschubs oder bei bestehendem Organisationsmangel kann ein Sachwalter als Organ eingesetzt werden.<sup>65</sup> Einerseits ist der Sachwalter ein öffentliches Organ des Staates, welches gleichermassen die Interessen von Gläubigern und Gesellschaftern wahren muss.<sup>66</sup> Andererseits untersteht der Sachwalter der Haftung aus Verantwortlichkeit für die Liquidation.<sup>67</sup> Von Gesetzes wegen ist der Sachwalter kein unverzichtbares Organ für eine Gesellschaft. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 725a Abs. 2 OR, wonach der Rich-

<sup>53</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 51), § 56 N 72 ff.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 716, Art. 716a und Art. 716b OR; BGE 123 III 473 E. 4b.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 742 ff. OR.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 743 Abs. 2 OR.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 754 Abs. 1 OR.

<sup>58</sup> Vgl. BGE 123 III 473 E. 4b.

<sup>59</sup> Vgl. BGE 123 III 473 E. 4b.

<sup>60</sup> Vgl. BGE 123 III 473 E. 4b.

<sup>61</sup> Vgl. BGE 123 III 473 E. 4b.

<sup>62</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 51), § 19 N 6.

<sup>63</sup> Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 17 N 27; BSK OR II-CHRISTOPH STÄUBLI (FN 14), Art. 739 N 8.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 754 Abs. 1 OR.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 725a Abs. 2 und Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 OR; BÖCKLI (FN 63), § 13 N 493.

<sup>66</sup> Vgl. BGE 104 III 1 E. 3b.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 754 Abs. 1 OR; BSK OR II-HANSPETER WÜSTNER (FN 14), Art. 725a N 13a.

ter einen Sachwalter bestellen «kann». Der Sachwalter ist lediglich temporär für eine Gesellschaft tätig. Sobald die Gesellschaft saniert ist, der Organisationsmangel behoben oder der Konkurs über sie eröffnet wurde, verliert der Sachwalter im Normalfall sein Mandat. Daraus folgt auch, dass der Sachwalter nicht direkt allfällige Mängel heilen kann, die von anderen Organen verursacht wurden. Ein Sachwalter kann insbesondere den fehlenden Verwaltungsrat oder Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz nicht ersetzen, da der Wortlaut von Art. 718 Abs. 4 OR dem entgegensteht. Es ist immer noch ein Direktor oder ein Verwaltungsratsmitglied mit Zeichnungsberechtigung und Wohnsitz in der Schweiz nötig. Immerhin kann der Sachwalter indirekt darauf hinwirken, die bestehenden Probleme zu lösen, etwa indem er der Generalversammlung Verwaltungsräte mit Wohnsitz in der Schweiz zur Wahl vorschlägt und dafür sorgt, dass diese Personen von den zuständigen Organen die entsprechende Zeichnungsberechtigung erhalten. Im Übrigen verdrängt der Sachwalter die bestehenden Organe der Gesellschaft nicht, obschon sich einige Kompetenzen zu Lasten des Verwaltungsrates auf den Sachwalter übertragen lassen.<sup>68</sup> Daraus folgt, dass wenn der Sachwalter ausfällt, lediglich vom Gericht (bei Bedarf) ein neuer Sachwalter einzusetzen ist.<sup>69</sup>

## 4. Funktionsfähigkeit der Organe

### 4.1. Dauernde Unerreichbarkeit oder Inaktivität

Das Fehlen eines Organs kommt der dauernden Unerreichbarkeit oder der Inaktivität der Organträger gleich, nicht aber eine bloss vorübergehende Störung der Funktionstauglichkeit eines Organs.<sup>70</sup> Die Funktionsfähigkeit kann beeinträchtigt sein, wenn sich die Mitglieder der Organe dauerhaft querulatorisch verhalten, schwer erkranken (etwa mit einer schweren psychischen Störung, Demenz etc.) oder wenn sie sich nach einem Unfall lange Zeit im Spital behandeln lassen müssen und dadurch arbeitsunfähig sind. Wenn die Gesellschaft dadurch in ihrer Organisation beeinträchtigt ist, muss das Gericht mittels richterlicher Anordnung einen Sachwalter ernennen oder

bei dauerhafter Beeinträchtigung das funktionsunfähige Organ neu bestellen.<sup>71</sup>

Ein weiteres Problem kann sich ergeben, wenn Organmitglieder vermisst werden oder gar verschollen sind. Sofern beispielsweise bekannt ist, dass der einzige Verwaltungsrat in ein Krisengebiet gereist und dort eine Naturkatastrophe oder eine politische Unruhe eingetreten ist und diese Person nachrichtenlos bleibt, besteht Handlungsbedarf, um das reibungslose Funktionieren der Organisation sicherzustellen. Ähnlich gelagert ist der Fall, wenn beispielsweise das einzige Mitglied des Verwaltungsrates zur Fahndung ausgeschrieben wurde und sich auf der Flucht befindet. In diesem Fall bleibt der Verwaltungsrat in der Regel inaktiv oder unerreichbar; hier ist ein Sachwalter einzusetzen oder eine andere Person für das Organ zu ernennen.

### 4.2. Pattsituation

Bei Zweimanngesellschaften, in denen die Gesellschafter je die Hälfte der Stimmen haben, müssen de facto alle Entscheidungen einstimmig getroffen werden.<sup>72</sup> Sobald sich die Aktionäre nicht mehr einigen können, entsteht eine Pattsituation. Eine Pattsituation in der Generalversammlung oder im Verwaltungsrat bildet für sich alleine noch keinen Anlass für ein Organisationsmängelverfahren. Hingegen kann eine dauernde Pattsituation die Organisation der Gesellschaft stören und letztlich zu einem Organisationsmangel führen.<sup>73</sup> Das wird zum Problem, wenn etwa die Wiederwahl von Organen nicht mehr möglich ist, da sich die Gesellschafter beispielsweise nicht auf eine Revisionsstelle oder einen Verwaltungsrat einigen können.<sup>74</sup> Bei einer andauernden Pattsituation oder bei der Handlungsunfähigkeit eines Gesellschaftsorgans kann das Gericht das fehlende Organ ernennen.<sup>75</sup>

Das Bundesgericht hatte 2014 einen Fall zu beurteilen, in welchem sich die Generalversammlung bei den Erneuerungswahlen für den Verwaltungsrat nicht auf neue Kandidaten einigen konnte.<sup>76</sup> In den Statuten dieser Gesellschaft wurde dieses Patt antizipiert. Demnach sollten die bisherigen Verwaltungsräte im Amt verbleiben, bis

<sup>68</sup> Vgl. BSK OR II-HANSPETER WÜSTINER (FN 14), Art. 725a N 12; BÖCKLI (FN 63), § 13 N 836 ff.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 725 Abs. 2; Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 OR.

<sup>70</sup> Vgl. Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, MARTIN WALDBURGER-OR, Art. 625 N 4, (nachfolgend «AUTOR-CHK»); Aktienrecht Kommentar-PASCAL MÜLLER (FN 24), Art. 731b N 6.

<sup>71</sup> Vgl., Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR.

<sup>72</sup> Vgl. MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 84 (2012) 468.

<sup>73</sup> Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 14 N 27 f.

<sup>74</sup> Vgl. BGE 138 III 294 und BGE 140 III 349.

<sup>75</sup> Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3232.

<sup>76</sup> Vgl. BGE 140 III 349 ff.

eine Neuwahl vorgenommen wird oder bis die Mitglieder bestätigt werden.<sup>77</sup> Diese Klausel verletzt allerdings die unentziehbaren Kompetenzen der Generalversammlung, da diese für die Wahlen der Mitglieder des Verwaltungsrats zuständig ist.<sup>78</sup> Eine Alternative zu diesem Lösungsmechanismus besteht darin, dass bei einer Pattsituation in der Generalversammlung die Wahl mittels Stichentscheid durch den Vorsitzenden entschieden wird.

Wenn eine Gesellschaft wegen einer Pattsituation im Aktionariat weder den Verwaltungsrat noch die Revisionsstelle wählen konnte, liegt ein Organisationsmangel vor, der mit dem Verfahren nach Art. 731b OR zu beheben ist. Die richterliche Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR kommt in diesem Fall nicht zur Anwendung; das Gericht kann hingegen gestützt auf Art. 731b OR eine Generalversammlung einberufen, sofern dies unter gegebenen Umständen überhaupt sinnvoll ist.<sup>79</sup> Die dauerhafte Pattsituation lässt sich in der Regel nur durch die Liquidation der Gesellschaft lösen, falls innert nützlicher Frist keine Einigung erreicht werden kann.<sup>80</sup> Die Liquidation erfolgt anschliessend gestützt auf das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR.

### III. Organisationsmangelähnliche Konstellationen

Neben den Organisationsmängeln gemäss Art. 731b OR gibt es ähnlich wirkende Mängel, die jedoch nicht die Organisation betreffen. Zu diesen Mängeln gehören das fehlende oder gelöschte Domizil sowie der Fall, wenn eine Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven vorhanden ist.<sup>81</sup>

#### 1. Fehlendes oder gelöschtes Domizil

Wenn die Gesellschaft oder der Domizilhalter die Löschung des Domizils anmeldet, aber kein neues Domizil angibt, liegt nach geltendem Recht kein Organisations-

mangel i.S.d. Art. 731b OR vor.<sup>82</sup> Analog ist der Fall zu behandeln, wenn Dritte dem Handelsregister mitteilen, dass die Gesellschaft über kein Domizil mehr verfügt.<sup>83</sup> Der in der Praxis häufigste Fall einer solchen Mitteilung erfolgt durch die Post, wenn diese auf der Sendung den Vermerk anbringt, dass die Gesellschaft nicht mehr an der angegebenen Adresse erreichbar sei.<sup>84</sup>

Domizilgesellschaften haben naturgemäss nur einen relativ geringen Bezug zur im Handelsregister eingetragenen Adresse. Dort sind in der Regel nur wenige Mitarbeiter, ein Büro und ein Briefkasten vorhanden, um zumindest ansatzweise das Erfordernis einer steuerrechtlichen Betriebsstätte zu erfüllen. Sobald eine Gesellschaft den «Briefkasten» verliert, weil etwa die dort anwesende Person die Post nicht mehr entgegennimmt, büsst diese Gesellschaft ihr rechtliches Domizil ein. Die Gründe hierfür können vielfältig sein: Der Domizilhalter zieht beispielsweise weg und meldet sein neues Domizil nicht beim Handelsregister an oder der Domizilhalter möchte aufgrund eines Reputationsrisikos (z.B. wenn Zahlungsbefehle zugestellt werden oder der Ruf anderweitig leidet) der betroffenen Gesellschaft kein Domizil mehr gewähren. Als Domizil<sup>85</sup> gelten jene Räumlichkeiten, über welche die Rechtseinheit aufgrund eines Rechtstitels (wie etwa Eigentum, Miete oder Untermiete) tatsächlich verfügen kann, welche den Mittelpunkt ihrer administrativen Tätigkeit bilden und wo ihr Mitteilungen aller Art physisch zugestellt werden können.<sup>86</sup>

Wenn Dritte dem Handelsregister mitteilen, dass die Rechtseinheit angeblich kein Domizil mehr hat, wird das Handelsregisteramt die Rechtseinheit dazu auffordern, ein neues Rechtsdomizil zur Eintragung anzumelden oder zu bestätigen, dass dieses noch besteht.<sup>87</sup> Die Aufforderung muss jeweils die Hinweise enthalten, was geschieht, wenn das Domizil nicht bestätigt oder neu angemeldet wird.<sup>88</sup> Falls die Rechtseinheit nicht Folge leistet, so hat das Handelsregisteramt eine Veröffentlichung von dieser Aufforderung im SHAB zu machen. Wenn die Löschung des Domizils von der Gesellschaft oder vom Domizilhal-

<sup>77</sup> Vgl. BGE 140 III 349 ff., 351 lit. C.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 140 III 349 ff., 354 f.

<sup>79</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.5 bis E. 2.1.7; STEFAN HÄRTNER, Richterliche Einberufung einer Generalversammlung, ius.focus, April 2015, 14.

<sup>80</sup> Vgl. TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 72), 469. Bei einer GmbH wäre dies allenfalls mit einer Klage auf Austritt oder Ausschluss aus der Gesellschaft möglich; vgl. Art. 822 ff. OR.

<sup>81</sup> Vgl. VON DER CRONE (FN 73), § 14 N 29 f. bezeichnet diese Fälle als «weitere Organisationsmängel» ausserhalb von Art. 731b OR.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 153 HRegV; WOLFGANG MÜLLER/SILVIA MARGRAF-CHK (FN 70), Art. 731b OR N 6.

<sup>83</sup> Vgl. Art. 153a HRegV.

<sup>84</sup> Vgl. SHK-HRegV-CHRISTIAN CHAMPEAUX (FN 49), Art. 153a N 1 HRegV.

<sup>85</sup> Das Domizil bzw. Rechtsdomizil ist in Art. 2 lit. c HRegV definiert; es handelt sich demnach um «die Adresse, unter der die Rechtseinheit an ihrem Sitz erreicht werden kann, mit folgenden Angaben: Strasse, Hausnummer, Postleitzahl und Ortsnamen».

<sup>86</sup> Vgl. BGE 100 Ib 458; Art. 2 lit. c HRegV; SHK-HRegV-CHRISTIAN CHAMPEAUX (FN 49), Art. 153 N 1 HRegV.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 153a ff. HRegV.

<sup>88</sup> Vgl. Art. 153 Abs. 1 und Art. 153a Abs. 1 HRegV.

ter dem Handelsregister mitgeteilt wird, veröffentlicht dieses die Aufforderung, dass sich die Gesellschaft am neuen Sitz im Handelsregister einzutragen habe, direkt im SHAB.<sup>89</sup> Sofern die Rechtseinheit die entsprechende publizierte Aufforderung ignoriert, erlässt das Handelsregisteramt nach geltendem Recht eine Verfügung, womit die Rechtseinheit aufgelöst und ihre Aktiven und Verbindlichkeiten liquidiert werden.<sup>90</sup> Diese Verfügung wird den in der Schweiz wohnhaften Unternehmensträgern, Organvertretern, Liquidatoren oder Zeichnungsberechtigten zugestellt, die in Art. 153b Abs. 2 HRegV aufgezählt sind, und im SHAB veröffentlicht, sofern nicht alle der in dieser Norm genannten Personen in der Schweiz Wohnsitz haben.<sup>91</sup>

Das Fehlen eines Domizils soll nach künftigem Recht als Organisationsmangel i.S.d. Art. 731b OR behandelt werden.<sup>92</sup> Anstatt verwaltungsintern das Handelsregister zu bereinigen, soll künftig das Gericht über die Fälle des fehlenden Domizils entscheiden. De lege ferenda soll auch bei Vereinen, Stiftungen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften das Fehlen eines Domizils oder eines Domizilhalters als Organisationsmangel behandelt werden.<sup>93</sup> Die geplanten Gesetzesänderungen sind zu begrüßen, da der Rechtsschutz der betroffenen Personen verbessert wird und kein Grund dafür ersichtlich ist, wieso das fehlende Domizil verfahrensrechtlich anders behandelt werden soll als die Organisationsmängel nach Art. 731b OR bzw. den damit verwandten Normen.

## 2. Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit und Aktiven

Art. 938a OR erfasst den Fall, dass eine Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und sie keine verwertbaren Aktiven mehr hat. Bei dieser Fallkonstellation geht es um Gesellschaften, die es nach der faktischen Liquidation versäumt haben, sich im Handelsregister löschen zu lassen.<sup>94</sup> Das Verfahren richtet sich unter bisherigem Recht nach Art. 155 HRegV.<sup>95</sup>

Da die gesetzliche Grundlage für Art. 155 HRegV umstritten ist, will der Bundesrat dieses Verfahren neu auf Gesetzesstufe regeln.<sup>96</sup> Der wesentliche Inhalt von Art. 938a OR und Art. 155 HRegV soll neu in Art. 934 E-OR (2015) enthalten sein. Zudem soll diese Norm rechtsformneutral auf sämtliche im Handelsregister eingetragenen Rechtseinheiten angewandt werden.<sup>97</sup> Dabei wird der Begriff «Gesellschaft» durch «Rechtseinheit» ersetzt. Das Verfahren von Art. 155 HRegV bzw. Art. 934 E-OR (2015) bleibt unverändert. Nach wie vor ist für die Löschung einer solchen Rechtseinheit erforderlich, dass sie keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und über keine verfügbaren Aktiven mehr verfügt.<sup>98</sup>

Im Fall des Art. 938a OR bzw. Art. 934 E-OR (2015) kann der Handelsregisterführer nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf die Gesellschaft aus dem Handelsregister löschen. Bevor die Löschung möglich ist, hat das Handelsregisteramt zunächst die Rechtseinheit unter Ansetzung einer Frist aufzufordern, die Löschung anzumelden.<sup>99</sup> Die Rechtseinheit kann darauf reagieren, indem sie geltend macht, dass sie ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Eintrages hat.<sup>100</sup> Falls auf die Aufforderung des Handelsregisteramts keine Reaktion erfolgt, kann dieses nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf die Rechtseinheit im Handelsregister löschen.<sup>101</sup> Wenn die Rechtseinheit selbst oder «weitere Betroffene» ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtseinheit geltend machen, dass sie ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Eintrags haben, so überweist das Gericht die Angelegenheit dem zuständigen Gericht.<sup>102</sup> Als «weitere Betroffene» i.S.d. Art. 934 Abs. 3 E-OR (2015) sind namentlich Gesellschafter, Genossenschafter, Gläubiger, Schuldner oder andere Personen gemeint. Theoretisch könnte auch die öffentliche Hand ein Interesse geltend machen;<sup>103</sup> dies v.a. gestützt auf die Tatsache, dass eine staatliche Institution häufig Gläubiger aus einer Steuerforderung oder aus Gebühren sein könnte. Im Zweifel ist jede Person als

<sup>89</sup> Vgl. Art. 153 HRegV.

<sup>90</sup> Vgl. Art. 153b Abs. 1 HRegV.

<sup>91</sup> Vgl. SHK-HRegV-CHRISTIAN CHAMPEAUX (FN 49), Art. 153b N 7 ff. HRegV.

<sup>92</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 1 E-OR (2015).

<sup>93</sup> Vgl. Art. 69c Abs. 1 und Art. 83d Abs. 1 E-ZGB (2015) Art. 581a E-OR (2015); die zuletzt genannte Bestimmung soll gestützt auf den Verweis in Art. 619 OR auch für Kommanditgesellschaften gelten.

<sup>94</sup> Vgl. BSK OR II-MARTIN K. ECKERT (FN 14), Art. 938a N 1.

<sup>95</sup> Vgl. MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 541 ff.; SHK-

HRegV-DAVID RÜETSCHI (FN 49), Art. 155 N 1 ff. HRegV mit Hinweisen.

<sup>96</sup> In Art. 155 HRegV ist die Rede von Rechtseinheiten statt von Gesellschaften, wie dies in Art. 938a OR der Fall ist; entsprechend ist der Anwendungsbereich der Verordnung weiter als derjenige des Gesetzes; vgl. Botschaft Handelsregisterrecht, 3643 f. mit Hinweisen.

<sup>97</sup> Vgl. Botschaft Handelsregisterrecht, 3643 f.

<sup>98</sup> Vgl. Botschaft Handelsregisterrecht, 3643.

<sup>99</sup> Vgl. Art. 934 Abs. 2 E-OR (2015).

<sup>100</sup> Vgl. Art. 934 Abs. 2 E-OR (2015).

<sup>101</sup> Vgl. Art. 155 Abs. 2 HRegV bzw. Art. 934 Abs. 2 E-OR (2015).

<sup>102</sup> Vgl. Art. 155 Abs. 4 HRegV i.V.m. Art. 938a Abs. 2 OR; Art. 934 Abs. 2 E-OR (2015).

<sup>103</sup> Vgl. Botschaft Handelsregisterrecht, 3644.

«weitere Betroffene» anzusehen, die ein schutzwürdiges an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft hat. Der Begriff des schutzwürdigen (rechtlichen oder faktischen) Interesses lehnt sich an die beispielhafte Aufzählung in Art. 935 Abs. 2 E-OR (2015) an. Es handelt sich dabei um die Konstellationen, dass etwa eine Person gegen die nicht mehr aktive Gesellschaft in einem Gerichtsverfahren oder Verwaltungsverfahren als Partei teilnimmt oder dass noch nicht alle Aktiven verwertet worden sind.<sup>104</sup>

## IV. Verfahrensfragen

Das Verfahren zu den Organisationsmängeln der Gesellschaft wird eingeleitet, sobald der Handelsregisterführer Kenntnis davon erhält, dass ein Organisationsmangel besteht, oder wenn ein Gesellschafter, Gläubiger oder der Handelsregisterführer beim Gericht eine Klage erhebt. Wer ein Organisationsmängelverfahren einleiten will, benötigt kein besonderes Rechtsschutzinteresse; es genügt, wenn ein Organisationsmangel vorhanden ist.<sup>105</sup>

### 1. Verfahren vor dem Handelsregisteramt

Der Handelsregisterführer wird handlungspflichtig, wenn er über das Bestehen eines Organisationsmangels benachrichtigt wurde oder wenn er zufällig vom Organisationsmangel Kenntnis nimmt.<sup>106</sup> Eine laufende Überwachung der Organisation der eingetragenen Gesellschaften durch das Handelsregisteramt ist gesetzlich nicht vorgesehen und wäre in der Praxis nicht durchführbar.

Wer als Gläubiger, Gesellschafter oder als Dritter dem Handelsregisteramt das Bestehen eines Organisationsmangels bei einer Gesellschaft meldet (und allenfalls Vorschläge zur Beseitigung des Mangels macht), trägt kein Kostenrisiko. Das Verfahren vor dem Handelsregisteramt wird in Art. 154 HRegV beschrieben. Auf dieser Verfahrensstufe erfolgt über den Verlauf von mehreren Wochen und Monaten eine Aufforderung an die Rechtseinheit, den Organisationsmangel zu beheben. Diese Post wird grundsätzlich mittels Einschreiben verschickt und enthält die ausdrückliche Aufklärung, was bei Untätigkeit geschieht, oder es erfolgt bei Unzustellbarkeit eine Publikation im SHAB. In diesen Wochen und Monaten hat die Rechts-

einheit genügend Zeit, Organisationsmängel zu beheben. Sofern vor dieser Instanz der Organisationsmangel nicht behoben werden kann, so stellt das Handelsregisteramt dem Gericht den Antrag, die erforderlichen Massnahmen zu beheben.<sup>107</sup>

Bei Stiftungen ergibt sich ein spezieller Instanzenzug. Der Handelsregisterführer muss sich gemäss Art. 941a Abs. 2 OR bei Organisationsmängeln einer Stiftung an die zuständige Stiftungsaufsicht statt an das Gericht wenden, sofern das Verfahren beim Handelsregister nach Ablauf der dreissigtägigen Frist von Art. 154 Abs. 1 HRegV ergebnislos blieb.<sup>108</sup>

## 2. Gerichtliches Verfahren

### 2.1. Allgemeines

Das Gericht am Sitz der Gesellschaft oder Rechtseinheit ist für das Verfahren nach Art. 731b OR bzw. Art. 941a OR örtlich zuständig.<sup>109</sup> Im Kanton Zürich ist in der Regel der Präsident des Handelsgerichts oder ein von ihm bezeichnetes Mitglied des Handelsgerichts sachlich zuständig, da der Streitwert oftmals über Fr. 30'000.– liegt.<sup>110</sup> Laut Bundesgericht bemisst sich der Streitwert nach dem nominellen Kapital der Gesellschaft.<sup>111</sup> Es wäre indes ebenso sachgerecht, den Streitwert nach der Bilanzsumme zu bemessen, da bei einer Auflösung der Gesellschaft mindestens dieser (Brutto-)Substanzwert auf dem Spiel steht; das entspricht der Summe der Vermögenswerte respektive der Summe von Fremd- und Eigenkapital. Aktivlegitimiert sind gemäss Art. 731b Abs. 1 OR Gesellschafter, Gläubiger und der Handelsregisterführer. Die Klage richtet sich gegen die mangelhaft organisierte Gesellschaft.<sup>112</sup>

<sup>104</sup> Vgl. SHK-HRegV-DAVID RÜETSCHI (FN 49), Art. 155 N 20 f. HRegV.

<sup>105</sup> Vgl. KUKO OR-CAROLINE KIRCHSCHLÄGER/ANNINA WIRTH (FN 24), Art. 731b N 3.

<sup>106</sup> Vgl. Art. 941a Abs. 1 OR; Art. 154 Abs. 3 HRegV; BSK OR II-ROLF WATTER/CHARLOTTE PAMER-WIESER (FN 14), Art. 731b N 13.

<sup>107</sup> Vgl. Art. 154 Abs. 3 HRegV, Art. 941a und z.B. Art. 731b OR.

<sup>108</sup> Vgl. KUKO OR-THOMAS VOGT (FN 24), Art. 941a N 1 ff.; de lege ferenda ist der wesentliche Inhalt von Art. 941a Abs. 2 OR in Art. 939 Abs. 3 E-OR (2015) zu finden, ergänzt um die Rechtseinheiten, die dem Kollektivanlagengesetz unterstehen. Für die Kollektivanlagen ist die FINMA als Aufsicht zuständig; vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c FINMAG.

<sup>109</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO. Im künftigen Recht entspricht Art. 941a OR im Wesentlichen dem geplanten Art. 939 E-OR (2015).

<sup>110</sup> Vgl. Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 14. Februar 2011, LF110011-O, E. 3.32; § 45 lit. c des Zürcher Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), LS 211.1.

<sup>111</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_278/2010 vom 8. Juli 2010, E. 6; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbeitrags- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 38 N 46.

<sup>112</sup> Vgl. BGE 138 III 213 ff.; KUKO OR-CAROLINE KIRCHSCHLÄGER/ANNINA WIRTH (FN 24), Art. 731b N 3.

Jede Klage auf Behebung von Organisationsmängeln der Gesellschaft wird im summarischen Verfahren beurteilt.<sup>113</sup> Der Officialgrundsatz beherrscht dieses Verfahren, woraus folgt, dass das Gericht nicht an Parteianträge gebunden ist.<sup>114</sup> Das Verfahren nach Art. 731b OR kann, sobald es vom Gericht eröffnet wurde, nicht mehr ohne richterliche Verfügung von den betroffenen Parteien – etwa mittels Vergleiches – beendet werden.<sup>115</sup> Für das Organisationsmängelverfahren gilt der beschränkte Untersuchungsgrundsatz. Dieser ist insofern beschränkt, als sich das Gericht grundsätzlich auf die Behauptungen und Beweisanträge der rechtskundigen Vertreter verlassen darf. Nur wenn offensichtliche Lücken oder Ungereimtheiten bestehen, muss der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt werden.<sup>116</sup> Das heisst, dass das Gericht darauf hinwirken soll, dass die Parteien ungenügende Angaben vervollständigen und vorhandene Beweismittel ergänzen.<sup>117</sup> Handelsregistereinträge sind als bekannte Tatsachen im Sinne des Art. 151 ZPO zu behandeln und bedürfen keines Beweises.

Das Gericht sollte im Entscheiddispositiv ausdrücklich festhalten, welche Anordnungen es bis wann umgesetzt haben möchte, um den Organisationsmangel zu beheben.<sup>118</sup> Klarheit hilft den Beteiligten bei der Behebung der Mängel und fördert die Rechtssicherheit.

## 2.2. Keine Subsidiarität zum Verfahren beim Handelsregister

Gesellschafter oder Gläubiger können gestützt auf Art. 731b OR direkt an das Gericht gelangen und die Behebung eines Organisationsmangels beantragen, ohne abzuwarten, ob das Handelsregister in der Sache tätig wird. Dieses Vorgehen empfiehlt sich aber nur dann für Gesellschafter oder Gläubiger, sofern sie das vom Handelsregister geleitete Verfahren nicht abwarten wollen. Entsprechend könnte dadurch das Verfahren beschleunigt

oder es könnten gar Lösungsvorschläge zur Behebung des Organisationsmangels dem Gericht unterbreitet werden. Der Nachteil dieser Vorgehensweise liegt darin, dass der private Kläger den Gerichtskostenvorschuss leisten muss. Falls er mit seiner Klage obsiegt, dann richtet sich die Liquidation der Prozesskosten grundsätzlich nach Art. 111 ZPO. Das heisst für den obsiegenden Kläger, dass die Gerichtskosten vom Vorschuss entnommen werden, welcher der Kläger geleistet hat, wobei dieser wiederum ein Regressrecht gegen die passivlegitimierte Gesellschaft hat. Sofern die Gesellschaft den Mangel nicht beheben kann, wird über sie der Konkurs eröffnet. Damit trägt der Kläger das Insolvenzzisiko und er erhält den bezahlten Gerichtskostenvorschuss nur, sofern aus der (unter Umständen langwierigen) Liquidation der Gesellschaft die Verbindlichkeiten überhaupt befriedigt werden können.

## 2.3. Gerichtliche Anordnungen

### a. Fristansetzung

Der Richter hat der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist anzusetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist.<sup>119</sup> Es handelt sich hierbei um eine prozessleitende Verfügung.<sup>120</sup> Die Länge der vom Richter anzusetzenden Frist ist gesetzlich nicht vorgegeben. Das Gericht muss aber den Umständen des Einzelfalles angemessene Rechnung tragen. Da die Einberufung der Generalversammlungen mindestens zwanzig Tage zum Voraus geschehen muss,<sup>121</sup> sind erfahrungsgemäss für die Ansetzung der Frist dreissig bis zu sechzig Tage angemessen. Auf begründetes Gesuch hin ist diese (gerichtliche) Frist grundsätzlich erstreckbar.<sup>122</sup>

Für die Wiederherstellung der Frist ist Art. 148 ZPO zu beachten, soweit entschuldbare Verhinderungsgründe i.S.v. Art. 148 ZPO vorliegen. Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht auf Gesuch der säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft.<sup>123</sup> Dieses Gesuch ist innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzu-

<sup>113</sup> Vgl. Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO. Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO soll um den Verweis auf Art. 941a OR ergänzt werden, vgl. die Gesetzesänderung vom 25. September 2015, veröffentlicht in BBl 2015, 7162 (Ablauf der Referendumsfrist: 14. Januar 2016); BGE 138 III 166 ff.; JÖRG (FN 3), 331.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO; BGE 138 III 166 E. 3.5.

<sup>115</sup> Vgl. BGE 138 III 294 E. 3.1.3.

<sup>116</sup> Vgl. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 10 N 26 f.

<sup>117</sup> Vgl. z.B. Art. 247 ZPO; KUKO ZPO-MYRIAM A. GEHRI, in: Kurzkomentar ZPO, Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), 2. A., Basel 2013, Art. 55 N 18.

<sup>118</sup> Vgl. BSK OR II-ROLF WATTER/CHARLOTTE PAMER-WIESER (FN 14), Art. 731b N 19.

<sup>119</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

<sup>120</sup> Vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-JULIA GSCHWEND/REMO BORNATICO (FN 117), Art. 124 N 1 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 116), § 17 N 18 ff.; SCHÖNBÄCHLER (FN 16), 213 f.

<sup>121</sup> Vgl. Art. 700 OR. Es ist möglich, dass eine Gesellschaft statutarisch längere Einberufungsfristen vorgesehen hat. Wenn dies der Fall ist, muss das Gericht dies in der gemäss Art. 731b OR anzusetzenden Frist angemessen berücksichtigen.

<sup>122</sup> Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 116), § 17 N 6.

<sup>123</sup> Vgl. Art. 148 Abs. 1 ZPO.

reichen.<sup>124</sup> Die säumige und mangelbehaftete Gesellschaft wird mit Vorteil so bald als möglich einen nachvollziehbaren Grund glaubhaft machen und mitteilen, wann dieser weggefallen ist, sowie weshalb sie kein oder nur leichtes Verschulden trifft.<sup>125</sup> Die Wiederherstellung der Frist ist nicht mehr möglich, wenn der Entscheid eröffnet worden ist und seit Eintritt der Rechtskraft sechs Monate verstrichen sind.<sup>126</sup> Nach der Eröffnung des Entscheides sind neu entstandene Tatsachen, wie etwa die zwischenzeitliche Behebung des Organisationsmangels, rechtzeitig in einem Berufungsverfahren geltend zu machen.<sup>127</sup>

#### b. Gerichtliche Bestellung eines Organes oder eines Sachwalters

Wenn das Gericht Personen für ein fehlendes Organ oder einen Sachwalter ernannt hat, dann können diese nur durch das Gericht wieder abberufen oder ersetzt werden.<sup>128</sup> Das Gericht ernannt die fehlenden Organe oder Sachwalter nach eigenem Ermessen. Dabei berücksichtigt das Gericht die jeweiligen gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen. Wenn das Gericht die fehlenden Organe nicht ersetzen kann (weil etwa ein Kostenvorschuss nicht gezahlt wurde oder weil die in Frage kommenden Personen mangelndes Vertrauen gegenüber der passivlegitimierten Gesellschaft geltend machen und darum ein Mandat ablehnen), dann hat das Gericht die Auflösung der Gesellschaft anzuordnen.<sup>129</sup>

Sofern das Gericht einen Sachwalter oder Organe einsetzt, hat es das entsprechende Mandat zu befristen. Die Dauer des Mandats ist gemäss den Umständen des Einzelfalles festzulegen. Bei börsenkotierten Unternehmungen darf das Mandat eines Verwaltungsratsmitgliedes nicht länger als ein Jahr betragen;<sup>130</sup> bei privaten Gesellschaften darf das Mandat länger dauern. Das Mandat kann nach Ermessen des Gerichts verlängert werden.

Wenn das Mandat des Organs oder Sachwalters vorzeitig erfüllt wurde oder zwischenzeitlich unerfüllbar geworden ist, kann das Gericht die eingesetzten Personen abberufen. Die Kosten sämtlicher Massnahmen sind grundsätzlich durch die Gesellschaft zu tragen.<sup>131</sup> Das Gericht kann die Gesellschaft verpflichten, den ernannten Personen (z.B. das Verwaltungsratsmitglied, die Revi-

sionsstelle oder den Sachwalter) einen Kostenvorschuss zu leisten.<sup>132</sup>

#### c. Anordnung einer zwangsweisen Liquidation

Nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR kann das Gericht die zwangsweise Liquidation anordnen. In diesem Fall sind die Vorschriften des SchKG über den Konkurs auch dann sinngemäss anzuwenden, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist.<sup>133</sup> Damit wird verhindert, dass die Gesellschaft trotz einer von einem Gericht angeordneten Auflösung und Liquidation ihre geschäftliche Tätigkeit ungehindert fortsetzt.<sup>134</sup> Das Gericht ist in jedem Fall verpflichtet, das Interesse an einer Auflösung und an dem Fortbestand der Gesellschaft abzuwägen. Die Auflösung ist erst dann zu verfügen, wenn sich mildere Mittel nicht als zielführend erweisen.<sup>135</sup> Das ist insbesondere der Fall, wenn die mangelbehaftete Gesellschaft auf die entsprechende Aufforderung des Gerichts keine Reaktion zeigt.<sup>136</sup> Für die Durchführung der Liquidation ist das Konkursamt am Sitz der Gesellschaft zuständig. Der Sitz der Gesellschaft ist dort, wo die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist.

#### d. Kein Numerus clausus der möglichen Anordnungen

Die in Art. 731b Abs. 1 OR aufgeführten gerichtlichen Anordnungen sind nicht abschliessend geregelt, da dem Gericht ein hinreichend grosser Handlungsspielraum gewährt werden muss. Dies ist namentlich im Hinblick auf die Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zentral. Des Weiteren gilt es zu beachten, dass von diesen Zwangsmassnahmen nicht nur die Gesellschaft mit ihren Aktionären, sondern auch Dritte, wie etwa Gläubiger und Arbeitnehmer, betroffen sein können.<sup>137</sup>

#### e. Verhältnismässigkeit

Bei der Anwendung von Art. 731b OR ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Das heisst insbesondere, dass die in Art. 731b Abs. 1 OR vorgesehenen Massnah-

<sup>124</sup> Vgl. Art. 148 Abs. 2 ZPO.

<sup>125</sup> Vgl. Art. 148 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO.

<sup>126</sup> Vgl. Art. 148 Abs. 3 ZPO.

<sup>127</sup> Vgl. Art. 229 Abs. 1 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. hinten Abschnitt IV.2.5.

<sup>128</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 3 OR.

<sup>129</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

<sup>130</sup> Vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. a BV.

<sup>131</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 2 OR.

<sup>132</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 2 OR.

<sup>133</sup> Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.5.3 bis E. 2.6; AMONN/WALTHER (FN 111), § 38 N 47; OLIVIER HARI, Carences dans l'organisation d'une société (art. 731b CO) et liquidation forcée en application des règles du droit de la faillite, GesKR 10 (2015) 272 f.

<sup>134</sup> Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts- und Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002, 3232 (nachfolgend «Botschaft GmbH-Recht»).

<sup>135</sup> Vgl. BGE 138 III 299.

<sup>136</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_354/2013 vom 16. Dezember 2013, E. 2.3; JÖRG (FN 3), 317.

<sup>137</sup> Vgl. Botschaft GmbH-Recht, 3232.

men in einem Stufenverhältnis stehen.<sup>138</sup> Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht oder zielführend erweisen, ist die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR anzuordnen.<sup>139</sup> Das Gericht soll demnach die Auflösung erst dann anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR erfolglos geblieben sind.<sup>140</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn beispielsweise Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt.<sup>141</sup>

#### f. Abberufung gerichtlich eingesetzter Organe

Das Gericht kann gestützt auf Art. 731b Abs. 3 OR zum Schutz der Gesellschaft auf Antrag der Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Abberufung gerichtlich eingesetzter Personen verlangen. Der Wortlaut von Art. 731b Abs. 3 OR ist indes zu eng gefasst. Unseres Erachtens muss dieser Antrag nicht notwendigerweise direkt von der Gesellschaft ausgehen. Eine Gesellschaft ist, wenn ein Organisationsmangel gegeben ist, gerade nicht im Stande, sinnvoll und organisiert zu handeln. Richtigerweise genügt es deshalb, wenn der Antrag von einem Aktionär ausgeht, der die Interessen der Gesellschaft vertritt. Wichtige Gründe für die Abberufung können namentlich eine erhebliche Gefährdung oder die Verletzung der Interessen der Gesellschaft durch die vom Gericht eingesetzten Organe oder Sachwalter darstellen.<sup>142</sup> Des Weiteren steht dem eingesetzten Organ oder Sachwalter jederzeit auch ohne Angaben von Gründen der Rücktritt offen.<sup>143</sup>

## 2.4. Typische Probleme bei der Zustellung

Jede Zustellung eines amtlichen Dokuments kann im Normalfall problemlos mit eingeschriebenem Brief an die Adresse des Domizils der Rechtseinheit oder an eine allfällig weitere erfasste Adresse gemäss Art. 117 Abs. 4

HRegV erfolgen.<sup>144</sup> Wenn eine mangelhafte Organisation oder ein fehlendes Domizil gegeben ist, bringt dies aber die Schwierigkeit mit sich, dass eine Behörde oder ein Gericht einer Gesellschaft amtliche Schriftstücke nicht mehr ordnungsgemäss zustellen kann. Es stellt sich hier die Frage, wie die Zustellung erfolgen soll. Sofern die Rechtseinheit der Zustellung nach den Bestimmungen über den elektronischen Geschäftsverkehr zugestimmt hat, so ist ihr die Aufforderung auf diesem Wege zu übermitteln und zur Kenntnis zu bringen.<sup>145</sup>

Bei Problemfällen stellt sich die Frage, wann eine Zustellung durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgen kann. CHAMPEAUX vertritt die Auffassung, dass selbst im Falle einer erkennbar nutzlosen postalischen Zustellung der Zustellungsversuch auf postalischem Weg erfolgen muss, bevor die Veröffentlichung im SHAB erfolgt.<sup>146</sup> Diese Anforderung ergibt sich unseres Erachtens zwar nicht aus dem Wortlaut von Art. 153a Abs. 3 HRegV, ist jedoch sinnvoll. Sofern die Zustellung durch die Post unmöglich war – z.B. weil der Empfänger durch die Post nicht ermittelt werden konnte, die Annahme verweigert, die Sendung nicht innert der Frist abgeholt oder der verlangte Preis bzw. der Nachnahmebetrag nicht beglichen wird –, kann das Handelsregisteramt ohne Schwierigkeiten beweisen, dass die Zustellung nicht gelang.

Falls das Domizil der Gesellschaft fehlt, dem Handelsregister oder dem Gericht jedoch die Adressen von Gesellschaftern bekannt sind, ist zu prüfen, ob die Zustellung an die Gesellschafter anstelle der Gesellschaft zulässig ist. Falls es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt, bei welcher der Gesellschafter auch als Verwaltungsrat eingetragen ist, so ist die Zustellung an diesen Gesellschafter zweckmässig. Falls lediglich die Verwaltungsräte bekannt sind, dann müsste ersatzweise die gleichzeitige Zustellung an Mitglieder des Verwaltungsrates zugelassen werden. Falls bei einer GmbH nur noch die Stammanteilsinhaber bekannt sind und diese GmbH die Drittorganschaft vorgesehen hat, ist es sinnvoll, bei Fehlen des Organs oder wenn die Gesellschaft kein Domizil mehr hat, die Mitteilungen an die in der Schweiz wohnhaften Stammanteilsinhaber zu senden. Die Stammanteilsinhaber wären – sofern die Gesellschaft selbstorganschaftlich organisiert wären – ohnehin zur Geschäftsführung berechtigt.<sup>147</sup> Im

<sup>138</sup> Vgl. BGE 138 III 294 E. 3.1.4.

<sup>139</sup> Vgl. BGE 138 III 407 E. 2.4; BGE 138 III 294 E. 3.1.4; BGE 136 III 278 E. 2.2.2.

<sup>140</sup> Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.4; BGE 138 III 294 E. 3.1.4.

<sup>141</sup> Vgl. BGE 138 III 407 E. 2.4; BGE 138 III 294 E. 3.1.4.

<sup>142</sup> Der «wichtige Grund» könnte dabei beispielsweise analog Art. 736 Ziff. 4 OR ausgelegt werden, da auch dort die Auflösung der Gesellschaft – genau wie beim Organisationsmängelverfahren – nur die ultima ratio darstellt.

<sup>143</sup> Vgl. Aktienrecht Kommentar-PASCAL MÜLLER (FN 23), Art. 731b N 15; KUKO OR-CAROLINE KIRCHSCHLÄGER/ANNINA WIRTH (FN 24), Art. 731b N 12. Intern wirkt der Rücktritt der Revisionsstelle sofort, extern entfällt die Verantwortlichkeit jedoch erst mit der Löschung aus dem Handelsregister, vgl. Art. 730a Abs. 3 OR; BSK OR II-THOMAS U. REUTTER (FN 14), Art. 730a N 12 ff.

<sup>144</sup> Vgl. SHK-HRegV-CHRISTIAN CHAMPEAUX (FN 49), Art. 153a N 2.

<sup>145</sup> Vgl. Art. 153a Abs. 2 i.V.m. Art. 12b ff. HRegV; SHK-HRegV-CHRISTIAN CHAMPEAUX (FN 49), Art. 153a N 2.

<sup>146</sup> Vgl. SHK-HRegV-CHRISTIAN CHAMPEAUX, Art. 153a N 6.

<sup>147</sup> Vgl. Art. 814 Abs. 1 und Abs. 3 OR.

Falle der Drittorganschaft haben die Gesellschafter dank der Zustellung der Mitteilungen zumindest die Chance, Organisationsmängel mittels Gesellschafterversammlungsbeschluss zu korrigieren. Falls an gar keine der genannten Personen eine Zustellung erfolgen kann, sich diese Personen als unzuständig erachten, um den Organisationsmangel zu beheben, oder wenn sie untätig bleiben, dann hat die Zustellung mittels Veröffentlichung nach Art. 141 ZPO zu erfolgen. In jedem Fall muss das Gericht zeigen können, dass es im laufenden Verfahren zumutbare Nachforschungen unternommen hat, um die für den Organisationsmangel verantwortlichen Personen bzw. Organe ausfindig zu machen.<sup>148</sup> Sofern selbst die aktuellen Gesellschafter (soweit überhaupt deren Adressen bekannt sind) nicht auf Korrespondenz des Gerichts reagieren oder zumindest Hinweise und Adressen geben, an wen sich das Gericht wenden muss, dann ist die Veröffentlichung gemäss Art. 141 ZPO gerechtfertigt.

## 2.5. Rechtsmittel und Noven

Gegen den Auflösungsentscheid, der gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR von der ersten Gerichtsinstanz erfolgt, ist die Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO und anschliessend die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gemäss Art. 72 ff. BGG möglich.<sup>149</sup> Mit der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO können echte Noven ohne Weiteres geltend gemacht werden.<sup>150</sup> Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Unechte Noven – Tatsachen und Beweismittel, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheides vorhanden waren – sind hingegen grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>151</sup> Noven sind laut Art. 317 Abs. 1 ZPO von der Berufungsinstanz nur noch dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorge-

bracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können.<sup>152</sup>

Da sich das Organisationsmängelverfahren nach dem beschränkten Untersuchungsgrundsatz richtet, stellt sich die Frage, inwiefern das Novenrecht gemäss Art. 317 ZPO restriktiv behandelt oder ob *tel quel* Art. 229 ZPO analog angewandt werden soll. Erstinstanzlich hat das Gericht, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen. Demgegenüber ist im Berufungsverfahren die analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen.<sup>153</sup> Damit können im Organisationsmängelverfahren in der Berufung nur noch neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.<sup>154</sup> Die Partei, welche neue Tatsachen behauptet und neue Beweismittel vorbringt, hat darzulegen, dass die Voraussetzungen für deren Zulassung erfüllt sind, es sei denn, dass das bei diesen Noven offensichtlich der Fall ist.<sup>155</sup> Vor Bundesgericht sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel nur noch insoweit zulässig, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt.<sup>156</sup> Anlass hierzu kann ein vorinstanzliches Urteil geben, soweit dies für den Verfahrensausgang ausschlaggebend ist; in der Regel betrifft dies das Dispositiv oder zentrale Erwägungen des Entscheides, jedoch nicht *obiter dicta*.<sup>157</sup> Ein erst nach der Fällung des Entscheides der Vorinstanz behobener Organisationsmangel kann nach Art. 99 Abs. 1 BGG nicht vor Bundesgericht geltend gemacht werden.<sup>158</sup>

Laut Bundesgericht entspricht eine restriktive Anwendung der Novenregelung durchaus dem Willen des Gesetzgebers.<sup>159</sup> Diese Ansicht ist praxistauglich, da Unternehmungen die bereits zuvor (in der Regel monatelang) eingeschriebene Post des Handelsregisteramtes und von den Gerichten ignorieren, lange genug die Gelegenheit

<sup>148</sup> Vgl. BSK ZPO-JULIA GSCHWEND/REMO BORNATICO (FN 117), Art. 141 N 2.

<sup>149</sup> Der Streitwert beträgt bei einer Aktiengesellschaft regelmässig mehr als Fr. 100'000 (Art. 308 Abs. 2 ZPO verlangt Fr. 10'000 und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG verlangt mindestens Fr. 30'000) und bemisst sich laut Bundesgericht nach den nominellen Aktienkapital; vgl. die Nachweise vorne in FN 110. Es wäre indes auch sachgerecht, den Streitwert nach der Bilanzsumme zu bemessen, da dies dem Bruttosubstanzwert einer Unternehmung entspricht. Die Frage ist indessen nur bei einer GmbH von Relevanz, da bei der AG ohnehin der Streitwert erreicht wird, der für die Beschwerde an das Bundesgericht erforderlich ist.

<sup>150</sup> Vgl. ALEXANDER BRUNNER, KUKO ZPO, in: Kurzkomentar ZPO, Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), 2. A., Basel 2013, Art. 317 N 3.

<sup>151</sup> Vgl. BSK ZPO-KARL SPÜHLER (FN 117), Art. 317 N 9.

<sup>152</sup> Vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-KARL SPÜHLER (FN 117), Art. 317 N 6 f.

<sup>153</sup> Vgl. BGE 138 III 625 E. 2.1 und E. 2.2.

<sup>154</sup> Vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO.

<sup>155</sup> Vgl. BSK ZPO-KARL SPÜHLER (FN 117), Art. 317 N 9 f.

<sup>156</sup> Vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG.

<sup>157</sup> Vgl. Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. A., Basel 2011, ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, Art. 99 N 42 ff.

<sup>158</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_599/2011 vom 14. November 2011; BGG 133 IV 342 E. 2; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel (Art. 731b OR), BLSchK, 76 (2012) 47 ff.

<sup>159</sup> Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.5.4; BGE 136 III 369 E. 11; HARI (FN 133), 272 f.

hatten, ihre Organisationsmängel zu beheben und die entsprechenden Tatsachen vor dem Handelsregister und vor den jeweiligen Gerichtsinstanzen geltend zu machen. Es ist unseres Erachtens verhältnismässig, über diese Gesellschaften den Konkurs zu eröffnen.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass im Berufungsverfahren als echtes Novum geltend gemacht wird, die Gesellschaft habe ihren Organisationsmangel inzwischen behoben.<sup>160</sup> Die Behebung des Organisationsmangels nach dem Erlass des erstinstanzlichen Entscheids ist nach Art. 317 Abs. 1 ZPO (nicht aber nach Art. 99 Abs. 1 BGG) als zulässiges Novum zu betrachten.<sup>161</sup> Die Behebung des Organisationsmangels mit der Berufung nach ZPO führt dazu, dass das Organisationsmängelverfahren gegenstandslos und vom Gericht abgeschrieben wird.<sup>162</sup> Die Gesellschaft, welche den Organisationsmangel verursacht hat, muss jedoch als Verursacherin die Gerichtskosten tragen.<sup>163</sup> Dem Handelsregisteramt dürfen keine Verfahrenskosten auferlegt werden.<sup>164</sup>

## 2.6. Kein Widerruf eines Auflösungsentscheides

Der Widerruf des gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR rechtskräftigen Auflösungsentscheides ist gemäss Bundesgericht unzulässig; ebenso ist die Wiederherstellung der Frist gemäss Art. 148 ZPO ausgeschlossen.<sup>165</sup> Das Bundesgericht sieht dies im Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, da die Auflösung ohnehin erst dann erfolgt, wenn alle anderen Massnahmen fehlschlagen.<sup>166</sup> Die Aufhebung oder ein Widerruf der Konkurseröffnung nach Art. 195 SchKG ist ausgeschlossen, da es sich um einen uneigentlichen Konkurseröffnungsgrund handelt.<sup>167</sup> Die Lösung des Bundesgerichts, dass der gestützt auf Art. 731b OR erfolgte Konkurseröffnungsentscheid unwiderrufbar bleibt, ist zu begrüssen, hat doch die betroffene Gesellschaft im Vorfeld der Auflösung genügend Mittel zur Verfügung, um sich gegen eine drohende Konkurseröffnung zur Wehr zu setzen.

Obwohl das Bundesgericht die Frage des Widerrufs einer gestützt auf einen Organisationsmangel erfolgten Konkurseröffnung geklärt hat, gibt es im Berufsalltag

immer noch zahlreiche Stimmen, welche die Widerrufbarkeit einer solchen Konkurseröffnung zulassen wollen. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob dies sinnvoll ist. Einerseits besteht wohl die Hoffnung, damit eine Unternehmung vor dem Konkurs zu bewahren und allenfalls Arbeitsplätze zu schützen. Andererseits ist auch daran zu denken, dass eine Unternehmung, die nicht fähig ist die Konkurseröffnung wegen eines Organisationsmangels zu verhindern, kaum vertrauenswürdig ist. So eine Gesellschaft kann kaum als verlässlicher Partner im Rechtsverkehr auftreten, da sie häufig nicht einmal die Post entgegen nehmen kann und ihre Organisationsstruktur über längere Zeit grundlegend mangelhaft war. Selbst wenn die (inzwischen konkursite) Gesellschaft behauptet (oder gar beweisen könnte), sie sei – nach der gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR erfolgten Konkurseröffnung – im Stande, den Organisationsmangel zu beheben, bleibt der Auflösungsentscheid rechtskräftig. Die betroffene Gesellschaft hat bis zu diesem Zeitpunkt über Monate zahlreiche Gelegenheiten verpasst, den Mangel rechtzeitig zu beheben.

## 3. Empfehlung an Gerichte und Kläger: Unternehmensidentifikationsnummer verwenden

Die Parteien eines Organisationsmängelverfahrens und die Gerichte sollten in jedem Schriftstück im Rubrum die Unternehmensidentifikationsnummer (UID) der Rechtseinheit aufführen, deren Organisationsmangel sie ahnden respektive beheben möchten. Jede im Handelsregister eingetragene Rechtseinheit erhält spätestens bei der Eintragung in das Tagesregister eine UID zugeteilt mit dem Format «CHE-123.456.789».<sup>168</sup> Die UID identifiziert eine Rechtseinheit dauerhaft und ist unveränderlich. Sie bleibt auch bei einer Sitzverlegung, Umwandlung oder Änderung der Firma oder des Namens identisch.<sup>169</sup>

Es kommt in der Praxis hin und wieder vor, dass Rechtseinheiten während einem laufenden Verfahren den Sitz verlegen, die Firma oder den Namen ändern oder dass es Rechtseinheiten mit ähnlichem Namen bzw. Firma gibt. Sofern insbesondere das Gericht in seinen Schriftstücken immer die UID hinter dem Namen respektive der Firma der betroffenen Rechtseinheit aufführt, erleichtert es den Schriftverkehr und trägt zur Vermeidung von Fehlern bei.

<sup>160</sup> Vgl. Aktienrecht Kommentar-PASCAL MÜLLER (FN 23), Art. 731b N 3.

<sup>161</sup> Vgl. FN 158.

<sup>162</sup> Vgl. Art. 242 ZPO; BSK ZPO-DANIEL STECK (FN 117), Art. 242 N 12 (vollständige Erfüllung des eingeklagten Anspruchs).

<sup>163</sup> Vgl. Art. 108 ZPO.

<sup>164</sup> Vgl. Art. 154 Abs. 3 HRegV.

<sup>165</sup> Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.6; HARI (FN 133), 272.

<sup>166</sup> Vgl. BGE 141 III 43 E. 2.6.

<sup>167</sup> Vgl. BGE 141 III 43 E. 2; AMONN/WALTHER (FN 111), § 38 N 47.

<sup>168</sup> Vgl. Art. 936a OR; Art. 116 Abs. 1 HRegV; BSK OR II-MARTIN K. ECKERT (FN 14), Art. 936a N 1 ff.

<sup>169</sup> Vgl. Art. 936a Abs. 2 OR; Art. 116 Abs. 2 HRegV.

## V. Fazit

Das Verfahren nach Art. 731b OR ist für die Behebung oder Sanktionierung von den im Gesetz vorgesehenen Organisationsmängeln in der Praxis äusserst bedeutsam. In der Praxis zeigt sich, dass die Erfüllung des Wohnsitzerfordernisses gemäss Art. 718 Abs. 4 OR oder Art. 814 Abs. 3 OR insbesondere Domizilgesellschaften vor grosse Herausforderungen stellen kann, ebenso wenn keine Mitglieder des Leitungs- oder Verwaltungsorganes auf behördliche Mitteilungen reagieren. Weitere Problemfälle bestehen etwa darin, wenn die Voraussetzungen des Revisionsverzichts nicht mehr gegeben sind und keine Revisionsstelle ernannt oder wenn in einem Leitungs- oder Verwaltungsorgan kein Vorsitzender bzw. kein Präsident gewählt werden kann. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass Gläubiger oder Gesellschafter ein erhebliches Kostenrisiko haben, wenn sie selbst ein Organisationsmängelverfahren beim Gericht einleiten wollen; das Handelsregisteramt hat demgegenüber kein Kostenrisiko. Ausserdem bringt die vom Bundesrat am 15. April 2015 verabschiedete Botschaft zur Modernisierung des Handelsregisterrechts sinnvolle Neuerungen für sämtliche im Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereine, nicht der Aufsicht unterstellte Stiftungen oder Zweigniederlassungen mit Hauptniederlassung im Ausland mit sich, da nach künftigem Recht das Fehlen eines Domizils einem Organisationsmangel gleichgestellt ist und damit den Rechtsschutz verbessert.<sup>170</sup> Die geplanten Änderungen sind zu begrüessen.

<sup>170</sup> Vgl. Art. 939 E-OR (2015).