

**In Anbetracht der existentiellen Auswirkungen ist den Gesellschaften dringend anzuraten, Organisationsmängeln von Anfang an grösste Aufmerksamkeit zu schenken und für eine rasche Mängelbehebung besorgt zu sein. Ansonsten kommt es zu äusserst unliebsamen Überraschungen.**

FRANCO LORANDI

# ORGANISATIONSMÄNGEL VON GESELLSCHAFTEN MIT TÜCKISCHEN FOLGEN

## Kleine Ursache mit grosser Wirkung\*

### 1. REGELUNG IM BISHERIGEN RECHT

Die Normen des bisherigen Rechts, welche sich mit Organisationsmängeln befassten, waren unübersichtlich, zahlreich und ungenügend aufeinander abgestimmt [1]: Unübersichtlich war bereits, dass sich gewisse Massnahmen in bezug auf juristische Personen nach den Normen des Vormundschaftsrechts richteten [2], während andere im Gesellschaftsrecht platziert waren. Auch innerhalb des Gesellschaftsrechts waren die Normen überall im Gesetz verstreut [3].

Weiter erwiesen sich verschiedene Bestimmungen als unklar und ungenügend: So sah das bisherige Recht namentlich bei Fehlen von Organen vor, dass die Gesellschaft (nach den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts) in Liquidation versetzt werden konnte [4]. Häufig nahmen die bisherigen Organe, welche als Liquidatoren agierten, keine Liquidationshandlungen vor, sondern setzten die Geschäftstätigkeit fort [5]. Zudem scheiterte etwa die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle [6] daran, dass eine neue Revisionsstelle das Amt nur gegen Leistung eines Kostenvorschusses antrat, die Gesellschaft jedoch den geforderten Vorschuss nicht leistete [7]. Das bisherige Recht erwies sich in verschiedener Hinsicht als unvollkommen (lex imperfecta). Die Rechtslage war unklar, und die kantonale Gerichtspraxis war uneinheitlich. Dies war der Rechtssicherheit abträglich.

### 2. REGELUNG IM NEUEN RECHT

Seit 1. Januar 2008 [8] hat sich die Rechtslage für Handelsgesellschaften, welche Mängel in der Organisation aufweisen, grundlegend geändert. Ziel der Revision war es, eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionen sämtlicher

Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer juristischen Person zu schaffen [9]. Es wurde deshalb eine Regelung eingeführt, welche grundsätzlich rechtsformunabhängig gilt.

**2.1 Mängel in der Organisation.** Das Gesellschaftsrecht stellt in bezug auf die Organisation von Handelsgesellschaften (AG, GmbH und Genossenschaften) verschiedene Vorschriften auf [10]. Sind diese Vorschriften verletzt, liegt ein sog. Mangel in der Organisation der Gesellschaft vor. Der Mangel kann darin liegen, dass ein vorgeschriebenes Organ ganz fehlt oder ein solches Organ nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Bei der AG sind die vorgeschriebenen Organe der Verwaltungsrat [11] und die Revisionsstelle [12], sofern nicht – unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen – darauf verzichtet wird [13].

Erfasst werden insbesondere die Handlungsunfähigkeit [14] eines Verwaltungsrates oder der Revisionsstelle, das Fehlen eines Verwaltungsrates oder einer Revisionsstelle, das Fehlen eines Präsidenten des Verwaltungsrates [15], die Verletzung der Anforderungen an die Befähigung [16] und Unabhängigkeit der Revisionsstelle [17] oder die Verletzung des Wohnsitzerfordernisses des Verwaltungsrates [18] und der Revisionsstelle [19]. Für die GmbH und die Genossenschaft gelten diese Bestimmungen sinngemäss [20]. Die Praxis zeigt, dass es relativ viele Verfahren wegen Organisationsmängeln gibt [21].

**2.2 Massnahmen im allgemeinen.** Liegt ein Mangel in der Organisation vor, hat der Richter auf Klage hin die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen [22]. Klageberechtigt sind Aktionäre, Gläubiger oder der Handelsregisterführer [23]. Wie die Gerichtspraxis und die Publikationen in den Amtsblättern seit Anfang Jahr zeigen, sind solche Klagen häufig. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der Handelsregisterführer nicht nur zur Klage berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, Klage zu führen, wenn er von einem Organisationsmangel Kenntnis erlangt [24]. Vorgängig muss er der Gesellschaft aber eine Frist von 30 Tagen ansetzen, um den Mangel zu beheben [25].

Der Richter kann der Gesellschaft zunächst einmal Frist ansetzen, um den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen.



FRANCO LORANDI,  
PROF. DR. IUR.,  
RECHTSANWALT, LL.M.,  
HOLENSTEIN  
RECHTSANWÄLTE AG,  
ZÜRICH

len [26]. Die Praxis zeigt, dass viele Gesellschaften darauf nicht reagieren. Der Richter kann auch das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen [27]. In diesem Fall bestimmt der Richter die Dauer der Ernennung [28]. Liegt ein wichtiger Grund vor, kann die Gesellschaft vom Richter die Abberufung von Personen verlangen, welche dieser eingesetzt hat [29]. Ernennet der Richter ein fehlendes Organ oder einen Sachwalter, so ist die Gesellschaft verpflichtet, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten [30]. Vielfach leisten die Gesellschaften den Vorschuss jedoch nicht, so dass sich die ernannte Person verständlicherweise weigert, das Amt zu übernehmen. Damit verhinderten die Gesellschaften, dass der Mangel effektiv behoben werden kann.

Im richterlichen Verfahren gilt die Untersuchungs- und die Officialmaxime. Dies bedeutet unter anderem, dass der Richter nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist und dass diese keinen Vergleich schliessen können.

**2.3 Auflösung der Gesellschaft im besonderen.** Als Ultima ratio kann der Richter die Gesellschaft wegen des Mangels in der Organisation auflösen. Unter dem bisherigen Recht geschah es häufig, dass die bisherigen Organe keine Liquidation vornahmen, so dass die in Auflösung versetzte Gesellschaft weiter am Rechtsleben teilnahm. Diesem Nachteil wurde im neuen Recht damit begegnet, dass die Liquidation nun nach den Vorschriften über den Konkurs erfolgt [31].

Angesichts dessen, dass Organisationsmängel auch nur untergeordneter Natur sein können (z. B. fehlender Präsident des Verwaltungsrates), ist diese Sanktion drastisch, ja geradezu drakonisch. Letztendlich sah sich der Gesetzgeber dem Dilemma ausgesetzt, entweder (wie im bisherigen Recht) eine Lex imperfecta zu belassen oder eine griffige, aber sehr strenge Regelung zu implementieren. Er hat sich – nicht zuletzt auch aus generalpräventiven Überlegungen – für letzteres entschieden. Singulär ist, dass ein gesellschafts-

*«Die Liquidation erfolgt nun nach den Vorschriften über den Konkurs.»*

rechtlicher Mangel zu einem Konkursverfahren führt, ohne dass eine Gesellschaft illiquid oder überschuldet ist. Eine Besonderheit ist auch, dass ein Konkursverfahren durchgeführt wird, ohne dass über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden wäre.

**2.4 Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs.** Im Konkurs werden sämtliche Aktiven verwertet und alle Schulden, soweit möglich, bezahlt. In aller Regel wird die Geschäftstätigkeit sofort eingestellt. Das Geschäft wird zerschlagen. Nach abgeschlossenem Konkursverfahren wird die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht, womit sie untergeht. Dadurch werden Gesellschaften mit einem Organisationsmangel aus dem Geschäftsverkehr gezogen.

#### Art. 731 b OR

<sup>1</sup>Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der Richter kann insbesondere:

1. der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist;
2. das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen;
3. die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.

<sup>2</sup>Ernennet der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für die die Ernennung gültig ist. Er verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten.

<sup>3</sup>Liegt ein wichtiger Grund vor, so kann die Gesellschaft vom Richter die Abberufung von Personen verlangen, die dieser eingesetzt hat.

Mit Ausnahme dessen, dass ein Konkursverfahren ohne Konkurseröffnung durchgeführt wird, handelt es sich weitgehend um ein normales Konkursverfahren. Es finden die Normen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) sowie der einschlägigen Verordnungen (Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter [KOV]; Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken [VZG]) Anwendung. Zu beachten ist, dass auch die Bestimmungen über die Anfechtung von Handlungen des Schuldners anwendbar sind [32], obschon es keine Konkurseröffnung gibt. Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Liquidation von Gesellschaften sind nicht anwendbar. Der Richter kann für die Liquidation auch keinen Sachwalter oder Treuhänder einsetzen. Zuständig ist das Konkursamt. Möglich ist aber, im Rahmen des Konkursverfahrens eine ausseramtliche Konkursverwaltung einzusetzen, sofern die Gläubiger im ordentlichen Konkursverfahren dies so beschliessen [33].

Da der Konkurs nicht durch eine Überschuldung, sondern durch einen Organisationsmangel ausgelöst wurde, kann es durchaus vorkommen, dass das Verfahren (nach Tilgung sämtlicher Schulden) mit einem Aktivenüberschuss endet. Dieser ist durch das Konkursamt in erster Linie dafür zu verwenden, die Konkursforderungen der Gläubiger ab Beginn des Verfahrens zu verzinsen [34]. Bleibt auch dann noch ein Überschuss, so steht dieser den Anteilsinhabern (Aktionären) zu. Eine Verteilung im Rahmen des Konkursverfahrens ist jedoch nicht möglich.

**2.5 Behebung des Mangels.** Angesichts der weitreichenden Konsequenzen ist für eine Gesellschaft mit einem Organisationsmangel von entscheidender Bedeutung, ob bzw. bis wann sie den Mangel beheben kann. Im wesentlichen gibt es drei Möglichkeiten:

In erster Linie kann sie beim Richter eine Erstreckung der angesetzten Frist verlangen. Da es sich um eine richterliche Frist handelt, ist eine Fristerstreckung (nach Massgabe des

anwendbaren Zivilprozessrechts) möglich. Ist die Frist schon abgelaufen, kann ein Antrag um Fristwiederherstellung gestellt werden. Je nach Ausgestaltung des Prozessrechts kann auch bei grobem Verschulden die Frist wiederhergestellt werden, wenn die Gegenpartei zustimmt. Häufig wird der Handelsregisterführer (namens des Kantons) als Kläger auftreten; dieser wird sich in aller Regel einer Fristwiederherstellung nicht widersetzen. Zudem kann allenfalls auch im Rechtsmittelverfahren der Mangel noch behoben werden. Ob dies zu berücksichtigen ist, hängt vom sog. Novenrecht ab, welches je nach Prozessrecht unterschiedlich ausgestaltet ist.

Ein Konkurswiderruf<sup>[35]</sup> ist dagegen nur möglich, wenn gleichzeitig auch der Organisationsmangel beseitigt wird. Ein allgemeiner Widerruf des richterlichen Auflösungsbeschlusses ist nicht möglich<sup>[36]</sup>.

**Anmerkungen:** \* Kurzfassung eines Aufsatzes aus der *Aktuellen Juristischen Zeitschrift (AJZ)* 11/2008, 1378 ff. **1)** Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 ff., 3231 (nachfolgend Botschaft); Nicolas Duc, *Innovations en droit des sociétés anonymes*, ST 2002, 463. **2)** Art. 392 f. aZGB. **3)** Vgl. etwa für die Aktiengesellschaft: Art. 625 Abs. 2, Art. 643 Abs. 3, Art. 708 Abs. 4, Art. 727 e Abs. 3, Art. 727 f, Art. 740 Abs. 3 aOR; Art. 86 Abs. 1 bis 3 aHRegV; für die GmbH: Art. 775 Abs. 2, Art. 813 Abs. 2, Art. 819 Abs. 2, Art. 823 aOR; für die Genossenschaft: Art. 831 Abs. 2, Art. 895 Abs. 2 aOR;

allgemein: Art. 941 f. aOR. **4)** Für die Aktiengesellschaft: Art. 625 Abs. 2, Art. 643 Abs. 3, Art. 736 Ziff. 4 aOR. **5)** Botschaft, 3232. **6)** Art. 727 f Abs. 2 aOR. **7)** Botschaft, 3231. **8)** AS 2007 4791, 4839. **9)** Botschaft, 3231. **10)** Art. 698 ff. OR. **11)** Art. 707 ff. OR. **12)** Art. 727 ff. OR. **13)** Art. 727a Abs. 2 OR. **14)** Art. 12 ff. ZGB. **15)** Art. 712 OR. **16)** Art. 727 b ff. OR. **17)** Art. 728 OR. **18)** Art. 718 Abs. 4 OR. **19)** Art. 730 Abs. 4 OR. **20)** Art. 819, Art. 908 OR. **21)** Das Bezirksgericht Zürich hat sich im Schnitt mit drei bis fünf Fällen pro Woche zu befassen. **22)** Art. 731b OR. **23)** Art. 731b Abs. 1 OR. **24)** Art. 941a Abs. 1 OR; Art. 154 Abs. 3 HRegV. **25)** Art. 154 Abs. 1 HRegV. **26)** Art. 731 b Abs. 1 Ziff. 1 OR. **27)** Art. 731 b Abs. 1 Ziff. 2 OR. **28)** Art. 731b Abs. 2

OR. **29)** Art. 731b Abs. 3 OR. **30)** Art. 731b Abs. 2 OR. **31)** Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR. **32)** Art. 285 ff. SchKG. **33)** Art. 237 Abs. 2, Art. 253 Abs. 2 SchKG. **34)** BGE 129 III 566 f., 102 III 45. **35)** Art. 195 SchKG. **36)** Art. 153 Abs. 5 HRegV sieht zwar vor, dass die Auflösung widerrufen werden kann, wenn innert drei Monaten der gesetzliche Zustand wiederhergestellt werden kann. Diese Bestimmung gilt jedoch nur bei fehlendem Rechtsdomizil (so der Randtitel zu Art. 153 HRegV). Diesfalls verfügt aber der Handelsregisterführer (und nicht der Zivilrichter) die Auflösung der Gesellschaft (Art. 153 Abs. 3 HRegV).

### 3. FAZIT

In Anbetracht der existentiellen Auswirkungen ist den betroffenen Gesellschaften dringend anzuraten, Organisationsmängeln von Anfang an grösste Aufmerksamkeit zu schenken und für eine rasche Mängelbehebung besorgt zu sein. Ansonsten kommt es zu äusserst unliebsamen Überraschungen. Dass die zwangsweise Liquidation von Unternehmen auch weitreichende, negative Auswirkungen auf Arbeitnehmer, Lieferanten, Kunden und sonstige Geschäftspartner hat, ist eine Tatsache, welche der Gesetzgeber bei Erlass der drastischen Regelung offenbar in Kauf genommen hat. ■

## RÉSUMÉ

# Conséquences perfides des carences dans l'organisation de la société

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, le droit des sociétés connaît une nouvelle règle en cas de carence dans l'organisation de la société – SA, Sàrl ou société coopérative. Cette modification de la loi s'imposait au vu de l'opacité et des insuffisances de l'ancienne réglementation, qui manquait notamment son but en ce sens qu'une société pouvait être mise en liquidation sans que ses anciens organes ne s'exécutent.

Le nouveau droit est clair et sans équivoque: en cas de carence dans l'organisation de la société, un actionnaire, un créancier ou le préposé au registre du commerce peut ouvrir une action. Le juge doit alors prendre les mesures qui s'imposent parmi celles que le législateur a mises à sa disposition, à savoir fixer un délai pour rétablir la situation légale, nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire, ou prononcer la dis-

solution de la société, cette possibilité étant véritablement la solution de dernier recours.

On parle de carence dans l'organisation lorsque la société ne possède pas tous les organes prescrits ou que l'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions. Pour la SA, les organes prescrits par la loi sont le conseil d'administration et l'organe de révision, pour autant que la société n'ait pas renoncé à ce dernier. Les prescriptions relatives à l'organisation ont été édictées pour sauvegarder l'intérêt public et, pour cette raison, elles connaissent de multiples particularités, notamment en ce qui concerne la procédure judiciaire en cas de sanctions.

Si la société doit être dissoute, les dispositions ordinaires du droit de la faillite s'appliquent. Mais un fait est singulier: la procédure a lieu sans ouverture pré-

lable de la faillite. Dans la mesure où une carence dans l'organisation de la société peut aussi être de nature accessoire, la dissolution forcée (selon les principes applicables en cas de faillite) est une mesure draconienne.

Il est possible de remédier à une carence dans l'organisation de la société. A cette fin, on peut exiger la prolongation du délai fixé. Mais si le délai échoit, la restitution du délai est possible. Dans le cadre d'un recours, la suppression de la carence peut être considérée comme un fait nouveau, pour autant que le droit procédural le permette. On ne saurait donc que trop conseiller aux sociétés qui présentent des carences dans leur organisation de porter toute l'attention requise à ce problème afin de s'éviter de très désagréables surprises. FL/PB