

Bachelorarbeit

**Das Konkursverfahren als Folge eines Organisations-
mangels nach Art. 731b OR**

ZHAW School of Management and Law

8. Semester Wirtschaftsrecht

Zürich, Frühlingsemester 2022

Prof. Dr. iur.

Bruno Pasquier, LL.M.,

Rechtsanwalt und Dozent für Wirtschaftsrecht

Samuel Rieder

Matrikel-Nr. 18677443

Management Summary

Im Rahmen der Revision des Obligationenrechts wurde Art. 731b OR eingeführt, welcher seit 1. Januar 2008 in Kraft ist. *Ratio legis* der Bestimmung ist die Schaffung einer einheitlichen Ordnung für die Behebung und Sanktionierung von Mängeln in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer Gesellschaft.

Treten solche Organisationsmängel auf, ist der Zivilrichter für die Behebung derselben zuständig. Dabei steht ihm ein breiter Katalog möglicher Massnahmen zur Verfügung, welche allesamt darauf zielen, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Die wirtschaftlich schwerwiegendste Massnahme bildet dabei die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs, welche stets *ultima ratio* zu erfolgen hat. Zwar ist die Überführung einer Gesellschaft in das Liquidationsstadium durch einen richterlichen Entscheid nicht ungewöhnlich. Jedoch ist die richterliche Anordnung der Liquidation gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR nach konkursrechtlichen Verfahrensgrundsätzen speziell und einzigartig, da in allen anderen Fällen, in denen eine Liquidation nach den konkursrechtlichen Prinzipien erfolgt, stets eine Konkurseröffnung nach SchKG vorausgesetzt wird.

Basierend auf dieser Ausgangslage untersucht die Bachelorarbeit unter Berücksichtigung der herrschenden Lehre, der Rechtsprechung sowie unter Bezugnahme praktischer Ansichten, welche Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation letztendlich eine Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs hervorrufen können und welche Massnahmen dem Richter sonst noch zur Verfügung stehen, um dem vorhandenen Organisationsmangel entgegenzuwirken. Gleichzeitig soll anhand objektiver Kriterien aufgezeigt werden, wie hoch die Schwelle liegt, bis die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft als letztmögliche Massnahme angeordnet wird.

Im Rahmen der Bachelorthesis werden ferner die richterliche Liquidation der Gesellschaft i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR und das ordentliche Konkursverfahren einander gegenübergestellt, um die wesentlichen und praxisrelevanten Unterschiede im jeweiligen Einleitungs- und Hauptverfahren systematisch darzustellen.

Zusammenfassend lässt sich demnach feststellen, dass insbesondere von den Grundtatbeständen gem. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 OR ein breites Spektrum möglicher Organisationsmängel erfasst werden. Dem Richter steht dabei diesbezüglich nahezu immer die

Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs zur Verfügung, wenn die Gesellschaft anlässlich der gebotenen Mängelbehebung untätig bleibt.

Nach den Ausführungen zu den einzelnen Mängeltatbeständen und den in diesem Zusammenhang stehenden Massnahmen wird ersichtlich, dass sich die Liquidation nach Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR insbesondere zu Beginn des Verfahrens wesentlich von den SchKG-Konkurseröffnungstatbeständen unterscheidet. Dies führt folglich dazu, dass dieser abnormale Konkursbeginn im Falle von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR auch im Rahmen der Abwicklung des Konkursverfahrens weitreichende Problem- und Fragestellungen birgt. Demzufolge kann der allgemeinen Annahme, wonach das Konkursverfahren zufolge eines Organisationsmangels analog eines Konkurseröffnungstatbestandes gem. SchKG abgewickelt wird, nicht gänzlich zugestimmt werden. Stattdessen sind die Praktiker, namentlich die Konkursbeamten, dazu angehalten, ein besonderes Augenmerk auf die Verfahrensabwicklung im Zusammenhang mit dem richterlichen Liquidationsentscheid gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR zu legen.

Inhaltsverzeichnis

Management Summary	II
Inhaltsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VII
Materialienverzeichnis	XVI
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
A. Grundlagen	3
I. Einführung in das Thema	3
1. Allgemeines	3
2. Gesellschaftsrechtlicher Anwendungsbereich	3
3. Grundlagen	4
II. Statistik	6
III. Die Handhabung von Organisationsmängeln vor dem Regime von Art. 731b OR	7
IV. Revisionen von Art. 731b OR seit 2008	10
1. Revision 2015/2017	10
2. Revision 2019	11
B. Die Organisationsmängel gemäss Art. 731b OR	13
I. Einleitende Bemerkungen	13
II. Arten von Organisationsmängeln	13
1. Allgemeines	13
2. Fehlendes Organ	14
a. Aktiengesellschaft	14
b. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	17
c. Genossenschaft	18
3. Nicht rechtmässige Zusammensetzung eines Organs	19
4. Nicht vorschriftsgemässe Führung des Aktienbuchs oder Aktionärsverzeichnisses	23
5. Ordnungswidrige Ausgabe von Inhaberaktien	25
6. Fehlendes Rechtsdomizil	26
III. Massnahmen und Ermessensspielraum des Richters	27
1. Allgemeines / Prozessuales	27
2. Fristansetzung (Art. 731b Abs. 1 ^{bis} Ziff. 1 OR)	28

3.	Ernennung eines fehlenden Organs oder eines Sachwalters	28
4.	Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs.....	31
5.	Weitere relevante Massnahmen.....	31
C.	Das Verfahren bis zur Konkurseröffnung	33
I.	Einleitende Bemerkungen	33
II.	Konkurseröffnungstatbestände im Allgemeinen	33
1.	Allgemeines	33
2.	Konkursbetreibung	33
3.	Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung	34
a.	Allgemeines	34
b.	Auf Antrag eines Gläubigers	35
c.	Auf Antrag des Schuldners.....	37
aa.	Art. 191 SchKG (Insolvenzerklärung)	37
ab.	Art. 725a OR (Überschuldungsanzeige)	38
III.	Die Besonderheiten der Liquidationsanordnung wegen Organisationsmängeln	39
1.	Allgemeines	39
2.	Einleitung des Konkursverfahrens und Eröffnungsbehörde.....	40
a.	Sachliche und örtliche Zuständigkeit beim streitigen Organisationsmangelverfahren	41
b.	Sachliche und örtliche Zuständigkeit beim nicht streitigen Organisationsmangelverfahren	42
3.	Vorsorgliche Massnahmen	43
4.	Konkursaufschub und -aussetzung	45
a.	Konkursaufschub	45
b.	Aussetzung des Konkursentscheides	46
5.	Kostenvorschuss	46
D.	Die Anwendung von Regeln des ordentlichen Konkursverfahrens auf Konkurse zufolge von Organisationsmängeln	47
I.	Einleitende Bemerkungen	47
II.	Die Grundsätzliche Anwendung der Regeln zum Konkursverfahren	48
III.	Die Besonderheiten des Konkursverfahrens wegen Organisationsmängeln	51
1.	Zeitpunkt der Wirkung des Entscheides und Rechtsmittel dagegen	51

a.	SchKG-Konkurseröffnungen.....	51
b.	Auflösungsentscheide gem. Art. 731b Abs. 1 ^{bis} Ziff. 3 OR	53
aa.	Nicht Streitiges Organisationsmangelverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	53
ab.	Streitiges Organisationsmangelverfahren.....	55
2.	Mitteilung des Entscheides	56
3.	Widerruf nach Art. 195 SchKG	58
a.	Allgemeines	58
b.	Revision	60
c.	Fristwiederherstellung	60
4.	Aktivenüberschuss.....	61
a.	Zinsstopp	61
b.	Verwertungsstopp.....	62
c.	Verteilung des Überschusses	62
E.	Strafrechtliche Aspekte sowie die Verantwortlichkeitsklage im Zusammenhang mit Art. 731b OR	65
I.	Allgemeines.....	65
1.	Strafrechtliche Aspekte.....	65
2.	Verantwortlichkeitsklage.....	66
II.	Würdigung und Problemstellung.....	67
1.	Benachrichtigung des Gerichtes über die festgestellte Überschuldung.....	67
a.	Allgemeines	67
b.	Einstellung mangels Aktiven.....	69
c.	Summarisches Konkursverfahren.....	69
2.	Auswirkungen der Konkurseröffnung auf das pendente Liquidationsverfahren.....	70
3.	Rechtsmittel gegen die Konkurseröffnung gemäss Art. 174 SchKG?	72
4.	Konkurswiderruf gemäss Art. 195 SchKG?	73
	Schlussbemerkungen/Konklusion	74
	Eigenständigkeitserklärung.....	76

Literaturverzeichnis

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

BAUER MARTIN, Organisationsmängel in der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2008, S. 89 ff.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.

BRAENDLI BEAT, Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 31 ff.

BÜRGE STEFAN/GUT NICOLAS, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, S. 157 ff.

CARTIER PATRICIA/WÜTHRICH DOMINIC, Inhaberaktien: Die Folgen der automatischen Umwandlung vom 1. Mai 2021 für das Handelsregister, REPRAX 2021, S. 191 ff.

DI SAURO VALERIO/FRIEDERICH ANOUK/HERGER ANTONIA/KRÄHENBÜHL SAMUEL/GÜNMERVE/ POGGIO KARIN/SIFFERT RINO/TAGMANN ADRIAN/TURIN NICHOLAS, Rückblick auf die Praxis 2021 des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, REPRAX 2022, S. 1 ff.

DOMENIG BENJAMIN/GÜR CLAUDIO, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, AJP 2021, S. 168 ff.

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.

ERNST WOLFGANG/OBERHOLZER SERAFIN/SUNARIC PREDRAG, Fristen und Fristberechnungen im Zivilprozessrecht (ZPO - BGG - SchKG), Zürich/St. Gallen 2021.

FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Züricher/St. Gallen 2016 (zit. BEARBEITER/IN, HAFTPFLICHTKOMMENTAR).

FORRER LUCAS/ZUUR FLORIS/MÜLLER MATTHIAS P. A., Künstliche Intelligenz im Aktienrecht, in: Meier Julia/Zurkinden Nadine/Staffler Lukas (Hrsg.), Recht und Innovation, Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht, APARIUZ - Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich Band/Nr. 21, Zürich/St. Gallen 2020, S. 211 ff.

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizer Aktienrecht, Bern 1996.

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/BANGERT JAN, Instrumente der eigenen Vorsorge - Unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, in: Böhler Andrea/Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrechtstage 28./29. Januar 2016 in Zürich, FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 23, Bern 2016, S. 203 ff.

FRITSCHI EUGEN, Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung, ZStV - Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band/Nr. 163, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010.

GESELLSCHAFT DER NOTAR-STELLVERTRETER DES KANTONS ZÜRICH (GNS), Muster-Kollokationsplan, Darstellungen für den Praktiker mit Mustervorlagen und Erläuterungen für Inventar, Kollokationsplan mit Lastenverzeichnis für Grundstücke im Konkurs, Grundstücksteigerung und Freihandverkauf, Zürich 2007.

GESSLER DIETER/SCHODER CHARLOTTE, § 16 Insolvenzstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021, S. 535 ff.

GESSLER DIETER/SCHODER CHARLOTTE, Besonderer Teil des Wirtschaftsstrafrechts, §16 Insolvenzstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021, S. 535 ff.

GLANZMANN LUKAS, Neues bei der AG und GmbH - Rechtsprechung, in: Hari Olivier/Riske Olivier (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis - La pratique de l'avocat 2015, Bern 2015, S. 615 ff.

GLANZMANN LUKAS/MEYER MANUEL, Gesellschaftsrecht, in: Baker McKenzie, Zürich (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2013/2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 27 ff.

GRAF DAMIAN K. (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020 (zit. BEARBEITER/IN, StGB Annotierter Kommentar).

GRAF DAMIAN K., Konkursreiterei: Phänomen - rechtliche Einordnung - Bekämpfung, BISchKG 2019, S. 1 ff.

HAGENSTEIN NADINE, Die Schuldbetreibungs- und Konkursdelikte nach schweizerischem Strafgesetzbuch, Basel 2013.

HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürcher/Basel/Genf 2018 (zit. ZK-BEARBEITER/IN).

HANDSCHIN LUKAS/TRUNIGER CHRISTOF, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.

HANDSCHIN LUKAS/JUNG PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 660-697m OR, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2. Aufl., Zürcher/Basel/Genf 2021 (zit. ZK-BEARBEITER/IN).

HASS ULRICH/MARGHITOLA RETO (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürcher/Basel/Genf 2020 (zit. BEARBEITER/IN, Fachhandbuch Zivilprozessrecht).

HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), GOG Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar GOG)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-BEARBEITER/IN).

HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-BEARBEITER/IN).

JAGMETTI DENISE, Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr - Pauliana und Konkursdelikte, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 346, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2019.

JÖRG FLORIAN S., Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 257 ff.

JUNG PETER/KUNZ PETER V./BÄRTSCHI HARALD, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

KNOBLOCH STEFAN, Weitgehende Abschaffung der Inhaberaktien und weitere Neuerungen durch das Global-Forum-Gesetz, in: Forrer Lucas/Zuur Floris/Müller Matthias P. A. (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, S. 345 ff.

KOPTA-STUTZ BETTINA, Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften, Unter Berücksichtigung des aktienrechtlichen Konzepts zur Auslösung von Sanierungsmassnahmen, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 295, Zürich/Basel/Genf 2019.

KRÄHENBÜHL SAMUEL/ZIHLER FLORIAN, Handelsregisterrechtliche Praxis zum neuen Revisionsrecht, REPRAX 2008, S. 62 ff.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Prozess- und Vollstreckungsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. SK SchKG-BEARBEITER/IN).

KUNZ PETER V., Amerikanisierungen bei Rechtsfolgeermessen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 799 ff. (zit. KUNZ, Amerikanisierung).

KUNZ PETER V., Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019 (zit. KUNZ, Wirtschaftsrecht).

LEHMANN PETER, Die „Kleine Aktienrechtsrevision“ (Teil 2), Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 3 2007, S. 420 ff.

LORANDI FRANCO, Aktivenüberschuss in der Generalexekution - wenn der Glücksfall zum Problemfall wird, BLSchKG 2013, S. 217 ff. (zit. LORANDI, Aktivenüberschuss).

LORANDI FRANCO, Aktuelle Daten zu den Konkurseröffnungen, ZZZ 2021, S. 562 ff. (zit. LORANDI, Konkurseröffnungen).

LORANDI FRANCO, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung - Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 11 (2008) S. 1378 ff. (zit. LORANDI, Handelsgesellschaften).

LORANDI FRANCO, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP (2018) S. 56 ff. (zit. LORANDI, Wiedereröffnung).

LUSTENBERGER SARA/WOODTLI NOÉMIE, Umsetzung der Motion Hess „Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern“, in: Canapa Damiano/Landolt Robin/Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen - Auswirkungen - Kritik, APA-RIUZ- Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich Band/Nr. 19, Zürich/St. Gallen 2018, S. 193 ff.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETZE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

MEISTERHANS CLEMENS/GWELESSIANI Michael (Hrsg.), Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BEARBEITER/IN, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung).

MÜLLER JANINE STEFANIE, Die Rechtsstellung des Anlegeraktionärs der SICAV, Unter besonderer Berücksichtigung des Publikumsanlegers, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 344, Zürich/St. Gallen 2018.

MÜLLER LUKAS/MÜLLER PASCAL, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, S. 42 ff.

MÜLLER LUKAS/ONG MALIK/ODERMATT PATRIK, Mantelhandel aus zivil-, straf- und be-
urkundungsrechtlicher Perspektive, REPRAX 2021, S. 207 ff.

NOBEL PETER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationen-
recht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017.

NUSSBAUMER DANIEL, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen - wie sich
Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im
Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BLSchKG 2016, S. 124 ff.

OEHRI DANIEL, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, AISUF
- Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 380,
Zürich/Basel/Genf 2018.

ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften - Vergütungsverordnung, Art. 53-771 OR - VegüV, 3. Aufl., Züricher/Basel/Genf 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER/IN).

SCHNEUWLY ANDREAS, Die Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO im Organisationsmängelverfahren, REPRAX 2016, S. 28 ff.

SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Die Organisationsmängelklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 316, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2013.

SIFFERT RINO, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Das Handelsregister, Art. 927-943 OR, Bern 2021 (zit. BK-SIFFERT, Das Handelsregister).

SIFFERT RINO, Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) im Handelsregister, REPRAX 2009, S. 28 ff. (zit. SIFFERT, SICAF).

SPÜHLER KARL/DOLGE ANETTE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Grundzüge des internationalen Konkursrechts, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).

STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS/LORANDI FRANCO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG I-BEARBEITER/IN).

STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS/LORANDI FRANCO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN).

STRAZZER RENÉ, Geschäftsführungs- und Kontroll-Pflichten bei der vorübergehenden oder dauernden Verwaltung von Mehrheits- und Minderheitsanteilen durch den Vollstrecker - Länderbericht Schweiz, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), 3. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio und der Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögensvorsorge e.V. in Luzern vom 12. April 2019, SSVV- Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht Band/Nr. 15, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 125 ff.

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm.).

SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Züricher/Basel/Genf 2021 (zit. CHK ZPO-BEARBEITER/IN).

TANNER BRIGITTE, Leasing Cases zum schweizerischen Gesellschaftsrecht mit einer zusammenfassenden Darstellung der Theorie und einem Glossar der wichtigsten Begriffe, SCB - Stämpfli's Case Book, Bern 2019.

VISCHER MARKUS, Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters, HAVE 2017, S. 362 ff.

VISCHER MARKUS/ZYSSET PASCAL, Besprechung des Bundesgerichtentscheids vom 30. Mai 2017, 4A_51/2017, AJP 2017, S. 1147 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

VON DER CRONE HANS CASPAR/GOTTINI MELANIE CATALINA, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Aktienrecht, SZW 2016, S. 512 ff.

WATTER ROLF/VOGT HANS-UELI (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Art. 1-33 VegüV, Basel 2015 (zit. BSK VegüV-BEARBEITER/IN).

WEBER DANIEL S., Mängel in der Organisation von Gesellschaften - Art. 731b OR - Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Haunreiter Diego/Juchli Philipp/Kupp Christoph/Würmli Marcel (Hrsg.), Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, HSG - Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen Band/Nr. 4, Bern 2009, S. 345 ff.

WÜTHRICH KARL, Konkursöffnungen in Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR während schon laufenden Konkursverfahren, ZZZ 2022, S. 39 ff. (zit. WÜTHRICH KARL).

WÜTHRICH MARTINA, Gesellschafts- und vertragsrechtliche Aspekte von Joint Venture-Verträgen insbesondere im Hinblick auf Pattsituationen, NIWUZ - Veröffentlichungen aus dem LL.M.-Studiengang Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich Band/Nr. 115, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. WÜTHRICH MARTINA).

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15. April 2015, BBl 2015 3617 ff.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 17. März 2017, BBl 2017 2433 ff.

Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21. November 2018, BBl 2019 279 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes) vom 26. Juni 2019, BBl 2019 5193 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Amt. Bull. (SR)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Ständerat)
aHRegV	frühere Fassung der Handelsregisterverordnung
aOR	frühere Fassung des Obligationenrechts
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, Bankengesetz (SR 952.0)
BB1	Bundesblatt
BEG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten, Bucheffektengesetz (SR 957.1)
betr.	betreffend
BezGer	Bezirksgericht
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110)
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft

BISchKG	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
E.	Erwägung(en)
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f.	folgende (Seite)
ff.	fortfolgende (Seiten)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
GAFI	Groupe d'action financière
gem.	gemäss
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarkt- recht sowie Umstrukturierungen
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GNS	Gesellschaft der Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich
GOG	Gesetz vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorga- nisation im Zivil- und Strafprozess (SR 211.1)
GR	Kanton Graubünden
GV	Generalversammlung
HAVE	Haftung und Versicherung (Sonderhefte)
HGer	Handelsgericht

h.L.	herrschende Lehre
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 224.411)
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	In Verbindung mit
KAG	Bundesgericht vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen, Kollektivanlagengesetz (SR 951.31)
KGer	Kantonsgericht
KI	Künstliche Intelligenz
KIG	Kollektivgesellschaften
KmG	Kommanditgesellschaften
KOV	Verordnung vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter (SR 281.32)
KUKO	Kurzkommentar
lit.	Litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
mind.	mindestens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
Nr.	Nummer
öff.-rechtl.	öffentlich-rechtlich
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
RAB	Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (Bern)
RAG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, Revisionsaufsichtsgesetz (SR 221.302)
REPRAX	Zeitschrift für Handelsregisterpraxis
RS	Revisionsstelle
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt (Bern)
SICAF	Société d'investissement à capital fixe / Investmentgesellschaft mit festem Kapital
SICAV	Société d'investissement à capital variable / Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Schulthess Kommentar
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	unter anderem/anderen
ugs.	umgangssprachlich
u.U.	unter Umständen

v.a.	vor allem
v.A.w.	von Amtes wegen
VegüV	Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (SR 221.331)
vgl.	vergleiche
v.G.w.	von Gesetzes wegen
VR	Verwaltungsrat
VZG	Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (SR 281.42)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Einleitung

Diese Bachelorthesis wurde im Rahmen des Studiengangs „Wirtschaftsrecht“ an der Zürcherischen Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) erarbeitet und unter der Betreuung von Herrn Prof. Dr. iur. Bruno Pasquier, LL.M., Rechtsanwalt und Dozent für Wirtschaftsrecht, erstellt.

Die Bachelorarbeit soll im Zusammenhang mit dem am 1. Januar 2008 eingeführten Artikel 731b OR aufzeigen, inwiefern sich die richterliche Auflösung und Liquidation von Gesellschaften, die an einem schwerwiegenden Organisationsmangel leiden, im Verhältnis zu den SchKG-Konkureröffnungstatbeständen unterscheidet. Aufgrund der Häufigkeit von konkursrechtlichen Liquidationen zufolge von Organisationsmängeln in der Praxis, stellen sich den Konkursbeamten immer wieder komplexe und mühselige Fragen in diesem Zusammenhang.

Entsprechend soll unter Konsultation der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung sowie unter Würdigung der praktischen Handhabung im Zusammenhang mit der Verfahrensabwicklung, auf die sich daraus ergebenden Fragen und Probleme Stellung genommen werden, indem:

- vorab anhand der praktisch relevanten Rechtseinheiten der AG, GmbH und Genossenschaft systematisch aufgezeigt wird, welche Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer Gesellschaft zu den Rechtsfolgen von Art. 731b Abs. 1^{bis} OR führen können. Damit soll ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, wie gering der gesetzliche Spielraum ist, bis eine Gesellschaft an einem solch schwerwiegenden Mangel leidet;
- vorab im Vergleich zu den restlichen, nicht abschliessend aufgezählten Massnahmen gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR aufgezeigt wird, wie sich diese von der Massnahme der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft unterscheiden. Ferner soll erörtert werden, wie die Gerichte zu einer restriktiven Anwendung dieser Massnahme angehalten sind und welche schwerwiegenden Konsequenzen die angeordnete Auflösung letztendlich mit sich bringt.

Sobald ein grundlegendes Verständnis für die Organisationsmängel und die sich daraus ergebende Klagemöglichkeit i.S.v. Art. 731b OR geschaffen wurde, soll weiter ausgeführt werden, ob und inwiefern sich das Konkursverfahren zufolge von Organisationsmängeln von den SchKG-Konkurseröffnungstatbeständen unterscheidet. Diese Unterscheidung drängt sich deshalb auf, weil die konkursrechtliche Liquidation zufolge von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR zwar nach den Vorschriften über den Konkurs erfolgt, zu Beginn dieses „Konkursverfahrens“ aber keine eigentliche Konkurseröffnung steht. Daraus ergeben sich Besonderheiten bzw. Unterschiede, die sich insbesondere zu Beginn und am Ende des Konkursverfahrens bemerkbar machen. Diese Besonderheiten und Unterschiede sollen systematisch erörtert werden, indem:

- zuerst auf die in diesem Zusammenhang relevanten Konkurseröffnungsgründe eingegangen werden soll, summarisch die wesentliche Charakteristik der jeweiligen Tatbestände aufgezeigt werden soll und anschliessend der atypische Verfahrensbeginn des richterlichen Auflösungsentscheides gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR dem Einleitungsverfahren gemäss SchKG gegenübergestellt wird;
- aufgezeigt wird, dass sich die Durchführung des Liquidationsverfahrens zwar grundsätzlich nach den Bestimmungen des SchKG richtet, sich aber aufgrund des speziellen Verfahrensbeginn einzelne, praktisch relevante Unterschiede im Vergleich zu den SchKG-Konkurseröffnungen ergeben;
- die erfolgten Gesetzesrevisionen kritisch durchleuchtet und unter Bezug zur Praxis entsprechend abgehandelt werden.

Literatur und Rechtsprechung wurden bis 1. Mai 2022 berücksichtigt. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich ferner auf das Schweizerische Recht, womit kein Bezug zu den internationalen Rechtsverhältnissen erfolgt.

A. Grundlagen

I. Einführung in das Thema

1. Allgemeines

Artikel 731b OR wurde im Rahmen der Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) eingeführt und ist seit 1. Januar 2008 in Kraft.¹ *Ratio legis* der Bestimmung ist die Schaffung einer einheitlichen Ordnung für die Behebung und Sanktionierung von Mängeln in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer Gesellschaft.² Ferner soll die Organisationsmängelklage den Schutz des öffentlichen Interesses sowie des Rechtsverkehrs sicherstellen,³ indem zwingende Vorgaben durchgesetzt werden, welche die Funktions- und Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft gewährleisten.⁴

Ihren Ursprung hat die Organisationsmängelklage i.S.v. Art. 731b OR in Anlehnung an das amerikanische Recht.⁵ Dies ist insbesondere daran erkennbar, dass dem Richter im Zusammenhang mit den zu erhebenden Massnahmen ein weiter, US-amerikanischer Ermessensspielraum eingeräumt wird.⁶ In Staaten wie der Schweiz, in denen die *Civil Law*-Tradition verankert ist, steht grundsätzlich das gesetzte Recht (sog. „*statutory law*“) im Vordergrund. Entsprechend wird im Gegensatz zu den vom *Common Law* beherrschten angelsächsischen Staaten das Richterrecht (sog. „*case law*“) weniger bedeutsam gewichtet.⁷ Damit liegt in Anbetracht von Art. 731b OR eine Abweichung dieses Grundsatzes und eine Anlehnung an das *Common Law* vor.⁸

2. Gesellschaftsrechtlicher Anwendungsbereich

Ursprünglich waren insbesondere Handelsgesellschaften vom Anwendungsbereich des Art. 731b OR betroffen, namentlich die Aktiengesellschaft (Art. 731b OR), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 819 OR) sowie die Genossenschaft (910a OR).⁹

¹ BBl 2002 3148, 3231; AS 2007 4791, 4839.

² Urteil BGer 4A_706/2012 vom 29. Juli 2013, E. 2.1.4; Urteil BGer 4A_158/2013 vom 8. Juli 2013, E. 2.1.4; BBl 2002 3148, 3231.

³ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1380.

⁴ BBl 2002 3148, 3231 f.; WEBER, S. 349 f.

⁵ KUNZ, Wirtschaftsrecht, S. 997 f.

⁶ BRAENDLI, S. 39 f.; KUNZ, Amerikanisierung, S. 807.

⁷ KUNZ, Wirtschaftsrecht, S. 979, 997.

⁸ KUNZ, Amerikanisierung, S. 807 f.

⁹ BBl 2002 3148, 3231 f.; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1379.

LORANDI spricht davon, dass die Bestimmung von Art. 731b OR unabhängig der Rechtsform grundsätzlich für alle Handelsgesellschaften gelten solle,¹⁰ obwohl in der Botschaft zur Revision des Obligationenrechts keine weiteren Ausführungen betreffend Anwendungsbereich der Bestimmung erörtert wurden.¹¹ Bei der Kommanditaktiengesellschaft verweist jedoch Art. 764 Abs. 2 OR auf die Bestimmungen des Aktienrechts. Diese Bestimmung war bereits vor Einführung von Art. 731b OR in Kraft und ist eine dynamische Verweisung, weshalb die jeweils geltende Fassung der Verweisungsregelung zur Anwendung gelangt.¹² Bei der SICAF wird mit Art. 112 KAG auf Art. 731b OR verwiesen, weshalb die aktienrechtliche Bestimmung über die Auflösung einer Gesellschaft im Falle von Organisationsmängeln analog Anwendung findet.¹³ Dasselbe gilt sodann infolge des Verweises in Art. 96 Abs. 2 lit. d KAG für die SICAV.¹⁴ Die juristischen Personen des Zivilgesetzbuches (ZGB) wurden anlässlich der Revision des Obligationenrechts nicht an die aktienrechtlichen Normen im Zusammenhang mit Organisationsmängeln geknüpft.¹⁵ Stattdessen wurden differenzierte Vorschriften geschaffen, welche jedoch inhaltlich weitestgehend den Bestimmung des Aktienrechts entsprechen. Eine direkte Anwendung von Art. 731b OR auf den Verein oder die Stiftung ist damit jedoch ausgeschlossen.¹⁶ Ebenfalls in der Botschaft zur Revision des Obligationenrechts nicht erwähnt waren die Personengesellschaften wie namentlich Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Mittlerweile wurden allerdings auch für diese Rechtseinheiten eigene Artikel geschaffen, welche gleichermassen auf die aktienrechtlichen Bestimmungen im Falle von Organisationsmängeln verweisen.¹⁷

3. Grundlagen

Ein Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR Abs. 1 liegt vor, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt (Ziff. 1), eines der vorgeschriebenen Organe der Gesellschaft nicht richtig zusammengesetzt ist (Ziff. 2), die Gesellschaft das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führt (Ziff. 3), die Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, obwohl

¹⁰ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1379.

¹¹ BBl 2002 3148 ff.

¹² BSK OR II-WILDHABER, Art. 764 N 8.

¹³ SIFFERT, SICAF, S. 70.

¹⁴ MÜLLER, Rz. 775.

¹⁵ Vgl. Art. 69c sowie 83d ZGB.

¹⁶ BBl 2002 3148, 3243 f.; SCHÖNBÄCHLER, S. 35.

¹⁷ Vgl. Art. 581a betr. KIG (in Kraft seit 1 Januar 2021; AS 2020 957; BBl 2015 3617) sowie betr. KmG Art. 619 OR i.V.m. Art. 574 ff. OR.

sie weder Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert noch die Inhaberaktien als Bucheffekte ausgestaltet hat (Ziff. 4) oder die Gesellschaft schliesslich über kein gültiges Rechtsdomizil mehr verfügt (Ziff. 5).¹⁸

Leidet eine Gesellschaft an einem solchen schwerwiegenden Mangel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation, kann das Gericht auf entsprechende Klage eines Aktionärs oder Gläubigers bzw. auf eine Anzeige des Handelsregisteramtes hin, die erforderlichen Massnahmen gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR anordnen. Dabei statuiert die Bestimmung einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog möglicher Massnahmen.¹⁹ Das Gericht kann also **insbesondere**:

- Der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Ziff. 1); oder
- das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2); oder
- die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3).

Dem Gericht steht dabei ein weitreichender Handlungsspielraum zu, um die konkreten Umstände des Einzelfalls würdigen und entsprechend angemessene und verhältnismässige Massnahmen ergreifen zu können.²⁰ Der Richter ist bei der Wahl der Massnahmen freilich nicht ungebunden, da diese gem. h.L. und Rechtsprechung in einem Stufenverhältnis stehen.²¹ Die weitreichendste Massnahmen der Auflösung nach den Vorschriften über den Konkurs (Ziff. 3) hat stets *ultima ratio* zu erfolgen, wenn sich mildere Mittel als nicht sachgerecht oder zielführend erweisen.²² Mit dem Regime von Art. 731b OR wurde kein neuer Konkursöffnungstatbestand im eigentlichen Sinne begründet, selbst wenn die Liquidation grundsätzlich nach den Bestimmungen des SchKG erfolgt. Stattdessen handelt es sich um einen richterlichen Auflösungsentscheid, da der Terminus „Konkursöffnung“ die gerichtliche Eröffnung eines Konkurses nach SchKG voraussetzt.²³ Auf eine Erweiterung der Konkursöffnungstatbestände im SchKG hat der Gesetzgeber dabei im Rahmen der Revision explizit verzichtet.²⁴

¹⁸ Stand per 1. Januar 2022.

¹⁹ BGE 138 III 407, E. 2.4; BGE 138 III 294, E. 3.1.4.

²⁰ BGE 142 III 629, E. 2.3.1; BGE 138 III 166, E. 3.5 ff.; Urteil BGer 4A_439/2022 vom 25. Januar 2022, E. 4.2.

²¹ LORANDI, *Handelsgesellschaften*, S. 1385; SCHÖNBÄCHLER, S. 189; BGE 141 III 43, E. 2.6; BGE 138 III 407, E. 2.4; BGE 138 III 294, E. 3.1.4.

²² BGE 138 III 294, E. 3.1.4.

²³ Art. 159 ff. SchKG sowie Art. 190 bis 193 SchKG.

²⁴ KGer AI, Entscheidung vom 6. Juli 2021, K 2-2021, E. 1.2.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 731b OR ist ferner ein entsprechender Eintrag im Handelsregister.²⁵ In diesem Zusammenhang besteht eine generelle Eintragungspflicht für die AG (Art. 631 Abs. 1 OR), Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2 OR), GmbH (Art. 783 Abs. 1 OR), Genossenschaft (Art. 838 Abs. 1 OR), nicht-kaufmännische Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art. 553, 595 OR), SICAV (Art. 36 ff. KAG) sowie SICAF (Art. 110, 112 KAG). Aufgrund der konstitutiven Wirkung des Handelsregistereintrags entstehen diese Gesellschaften somit erst nach erfolgter Eintragung, womit die Anwendbarkeit von Art. 731b OR vor diesem spezifischen Zeitpunkt *per se* ausgeschlossen ist.²⁶

II. Statistik

Das Bundesamt für Statistik veröffentlicht jährlich einzelne, statisch ermittelte Kennzahlen zu Betreibungs- und Konkursverfahren. Mit dem Beginn des Regimes von Art. 731b OR wurden bereits im Jahr 2008 ca. 402 konkursrechtliche Liquidationen angeordnet, welche auf Organisationsmängel zurückzuführen waren. Im darauffolgenden Jahr waren es sogar 1258 Fälle. Von 7002 eröffneten Konkursverfahren im Jahr 2020, welche auf im Handelsregister eingetragene Gesellschaften zurückzuführen waren, wurden 1858 aufgrund von Art. 731b OR eröffnet, was einer Quote von 26.53 % entspricht.²⁷ Im Jahr 2021 waren es bereits 28.58 % (2172 Konkursverfahren zufolge Organisationsmängel von Total 5434 eröffneten Konkursverfahren von Gesellschaften, welche im Handelsregister eingetragen sind).²⁸ Aus diesen Statistiken ist die wichtige Funktion des SchKG im Zusammenhang mit der „Beseitigung“ von mängelbehafteten Gesellschaften ersichtlich.

Gemäss WEBER akzentuieren sich bei Gesellschaften insbesondere während Krisenzeiten Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation.²⁹ Umso erstaunlicher erscheint demnach die Tatsache, wonach die Zahl an konkursrechtlichen Liquidationen zufolge Organisationsmängeln im Jahr 2020 trotz der Coronapandemie im Vergleich zum Vorjahr

²⁵ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 7.

²⁶ Vgl. BSK OR II-ECKERT, Art. 934 N 2.

²⁷ LORANDI, Konkursöffnungen, S. 562.

²⁸ Bundesamt für Statistik, Statistik vom 4. April 2022 zu den Eröffnungen von Konkursverfahren nach Grossregionen und Kantonen im Zeitraum vom 2010-2021, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden/Industrie, Dienstleistungen/Unternehmen und Beschäftigte/Unternehmensdemografie/Betriebung und Konkurse), besucht am 1. März 2022.

²⁹ WEBER, S. 346.

um 5.6 % abnahm.³⁰ Dieses unerwartete Ergebnis ist gemäss LORANDI u.a. auf die Massnahmen des Bundes im Zusammenhang mit den COVID-Überbrückungskrediten sowie den Kurzarbeitsentschädigungen zurückzuführen.³¹ Ob Gesellschaften, welche während dieser Krisenzeit an schwerwiegenden Organisationsmängeln litten, gleichermassen von den angeordneten Massnahmen profitiert haben, ist zwar anzunehmen, bleibt jedoch offen. Es steht zumindest fest, dass die Tendenz von richterlichen Auflösungsentscheiden seit 2021 wieder steigt. Aus der Statistik geht hervor, dass die Zahl an OR 731b-Fällen im erwähnten Jahr bereits wieder bei 2'172 Fällen lag, was einem prozentuellen Anstieg von 16.9 % im Vergleich zum Vorjahr entspricht.

III. Die Handhabung von Organisationsmängeln vor dem Regime von Art. 731b OR

Vor Einführung des Regimes von Artikel 731b OR bestanden zahlreiche rechtliche Grundlagen für den Umgang mit mangelbehafteten Gesellschaften, welche grösstenteils unübersichtlich und nicht aufeinander abgestimmt waren.³² Wie bereits erwähnt, bezweckt Art. 731b OR lediglich eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung organisatorischer Mängel innerhalb einer Gesellschaft, weshalb die Organisationsmängeltatbestände gegenüber dem bis dahin geltenden Recht nicht erweitert, sondern lediglich vereinheitlicht wurden.³³ Im Wesentlichen wurden also insbesondere die folgenden Bestimmungen unter dem im Jahr 2008 neu geschaffenen Artikel 731b OR zusammengeführt.³⁴

a) Art. 625 Abs. 2 aOR (AG), Art. 775 Abs. 2 aOR (GmbH), Art. 831 Abs. 2 aOR (Genossenschaft)

Für den Fall, wonach die Mindestanzahl an Aktionären, Gesellschaftern oder Genosschafter nicht mehr erfüllt war oder ein vorgeschriebenes Organ fehlte, sahen die rechtsformabhängigen Bestimmungen vor, dass der Richter auf Antrag eines Anteilseigners oder eines Gläubigers die Auflösung der Gesellschaft verfügen konnte, sofern die Gesellschaft nicht binnen angemessener Frist den gesetzmässigen Zustand wiederherstellte. Die

³⁰ Bundesamt für Statistik, Statistik vom 4. April 2022 zu den Eröffnungen von Konkursverfahren nach Grossregionen und Kantonen im Zeitraum vom 2010-2021, www.bfs.admin.ch (Statistiken finden/Industrie, Dienstleistungen/Unternehmen und Beschäftigte/Unternehmensdemografie/Betreibung und Konkurse), besucht am 1. März 2022.

³¹ LORANDI, Konkursöffnungen, S. 563.

³² BBI 2002 3148, 3231; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1379; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 2.

³³ Urteil BGer 4A_457/2010 vom 5. Januar 2011, E. 2.2.1.

³⁴ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 1; BBI 2002 3148, 3231 (FN 77); BBI 2004 3969 ff.

Rechtsfolge der Auflösung der Gesellschaft unter den alten gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen war insbesondere deshalb problematisch, weil die Gesellschaft zwar in das Liquidationsstadium überführt wurde, die Abwicklung des Verfahrens jedoch den jeweiligen Organen oblag. Waren keine Organe mehr vorhanden oder blieben diese untätig,³⁵ wurden die notwendigen Liquidationshandlungen regelmässig nicht vorgenommen.³⁶

b) Art. 708 Abs. 4 aOR i.V.m. Art. 86 Abs. 1^{bis}-3 aHRegV, Art. 813 Abs. 2 aOR i.V.m. Art. 90 lit. e aHRegV, Art. 895 Abs. 2 aOR i.V.m. Art. 96 lit. a aHRegV

Unter diesen Bestimmungen wurde ein allgemeines Nationalitäts-, Wohnsitz- und Vertretungserfordernis der jeweiligen Gesellschaftsorgane statuiert. Rechtsfolge im Falle der Verletzung dieses Erfordernisses war eine Fristansetzung durch den Handelsregisterführer i.S.v. Art. 86 aHRegV zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes. Erfolgte innert Frist keine Mängelbehebung, wurde die Gesellschaft von Amtes wegen als aufgelöst erklärt. Dabei erfolgte die Liquidation ebenfalls nicht durch das Konkursamt, sondern durch die Registerbehörde. Dies erschien jedoch insbesondere im Zusammenhang mit dem Gewaltenteilungsprinzip als problematisch.³⁷

c) Art. 727e Abs. 3 aOR

Für den Fall, wonach die Revisionsstelle die Voraussetzungen für das Amt nicht (mehr) erfüllte, konnten die Aktionäre und die Gläubiger mittels Klage die Abberufung des Revisors verlangen. Unter die Voraussetzungen, welche die Revisionsstelle zu erfüllen hatte (bzw. auch heute noch zu erfüllen hat), waren insbesondere die Anforderung an die Befähigung (gem. Art. 727a aOR),³⁸ das Wohnsitzerfordernis des Revisors (gem. Art. 727 Abs. 2 aOR)³⁹ sowie die Unabhängigkeit gegenüber dem Verwaltungsrat und den Mehrheitsaktionären (gem. Art. 727c Abs. 1 aOR)⁴⁰ zu subsumieren.

d) Art. 727f aOR

Bezeichnete die Aktiengesellschaft unter dem alten Recht keine Revisionsstelle, oblag es i.S.v. Art. 727f aOR dem Richter dieser Aufgabe nach erfolgtem Antrag seitens des Handelsregisterführers nachzukommen. Diese Bestimmung erwies sich in der Praxis jedoch

³⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 55 N 126.

³⁶ SCHÖNBÄCHLER, S. 14 f.

³⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 55 N 142.

³⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 32 N 4 ff.

³⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 32 N 22 ff.

⁴⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 32 N 24 ff.

als fehlerhaft, da die Revisionsstellen ein Mandat regelmässig nur nach geleistetem Kostenvorschuss annahm,⁴¹ die Bestimmung selbst aber keine Pflicht der Gesellschaft zur Leistung eines solchen vorsah.⁴² Die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zufolge fehlender Revisionsstelle war sodann selbst als letztmögliche Massnahme ausgeschlossen.⁴³

e) Art. 740 Abs. 3 aOR

Diese Bestimmung regelte die Rechtsfolge im Zusammenhang mit der Verletzung des Wohnsitz- und Vertretungserfordernisses des Liquidators einer Gesellschaft. War demnach nicht wenigstens einer der Liquidatoren in der Schweiz wohnhaft und zur Vertretung berechtigt, wurde auf Antrag eines Aktionärs oder eines Gläubigers vom Richter ein entsprechender Ersatz ernannt.

f) Art. 393 Ziff. 4 aZGB

Unter dem alten Vormundschaftsrecht war es möglich, für Körperschaften oder Stiftungen einen Beistand zu ernennen, sofern Organe fehlten und nicht auf andere Weise für die Verwaltung des Vermögens gesorgt war.⁴⁴ Dieses Vorgehen war jedoch gemäss Bundesgericht „ein mit Zurückhaltung zu handhabender Notbehelf“ und in der Praxis rar.⁴⁵ Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts wurden die Anwendbarkeit dieser Massnahmen per 1. Januar 2008 auf natürliche Personen beschränkt, wodurch Art. 393 Ziff. 4 aZGB seither nicht mehr für juristische Personen anwendbar ist.⁴⁶

Summa summarum kann also festgehalten werden, dass aufgrund der verschiedenen Einzelbestimmungen, der unterschiedlichen Zuständigkeiten, Klageberechtigungen sowie Rechtsfolgen im Zusammenhang mit Mängeln in der Organisation, die Einführung eines einheitlichen Regimes zu begrüssen war.⁴⁷ Nach der alten Handelsregisterverordnung bestand sodann ein generelles Widerrufsrecht der angeordneten Auflösung der Gesellschaft, sofern der gesetzmässige Zustand binnen drei Monaten wiederhergestellt wurde.⁴⁸ Diese Möglichkeit ist allerdings mit der Einführung von Art. 731b OR im Jahr 2008 entfallen.⁴⁹

⁴¹ BBl 2002 3148, 3231; AS 2007 4791.

⁴² SCHÖNBÄCHLER, S. 15.

⁴³ Urteil BGer 4A_706/2012 vom 29. Juli 2013, E. 2.1.4.

⁴⁴ BBl 2002 3148, 3231.

⁴⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 20 N 43 (mit Verweis auf BGE 78 II 374 ff.).

⁴⁶ BBl 2002 3148, 3231.

⁴⁷ SCHÖNBÄCHLER, S. 11 ff.

⁴⁸ Vgl. Art. 86 Abs. 3 aHRegV.

⁴⁹ BGE 141 III 43, E. 2.5.4 (mit Verweis auf das Urteil BGE 136 III 369, E. 11.4.2).

IV. Revisionen von Art. 731b OR seit 2008

Die ursprüngliche Fassung des Artikels 731b OR lautete wie Folgt:⁵⁰

„¹ 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.*

[...]“

Insbesondere in den vergangenen Jahren haben sich vereinzelte, praxisrelevante Revisionen ergeben, welche nachfolgend summarisch erörtert werden sollen.

1. Revision 2015/2017

Mit Botschaft vom 15. April 2015 unterbreitete der Bundesrat der Bundesversammlung einen Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht).⁵¹ Im Rahmen dieser Revision wurde Art. 731b OR dahingehend geändert, als die Bestimmung um einen neuen Mangelatbestand erweitert wurde. So sollte neu das Fehlen des Rechtsdomizils oder eines Domizilhalters ebenfalls als schwerwiegender Mangel in der Organisation qualifiziert werden und zu den Rechtsfolgen von Art. 731b Abs. 1^{bis} OR führen.⁵² Vor der Revision wurde mit fehlenden Rechtsdomizilen im Sinne von Art. 153 ff. HRegV verfahren,⁵³ weshalb ein solcher Mangel nicht als Teil der gesetzlichen Systematik von Art. 731b OR erfasst war.⁵⁴

Ferner wurde mit Botschaft vom 15. April 2015 das in Art. 731b OR verankerte Antragsrechts des Handelsregisterführers bei festgestellten Organisationsmängeln gestrichen.⁵⁵

⁵⁰ Stand per 1. Januar 2008.

⁵¹ BBl 2015 3617 ff.

⁵² Diese Änderung war bereits in der Botschaft vom 21. Dezember 2007 vorgesehen, vgl. BBl 2008 1589, 1692; BBl 2015 3617, 3653.

⁵³ SCHÖNBÄCHLER, S. 165 f.; Artikel 153a ff. wurde mit Wirkung per 1. Januar 2021 gänzlich aufgehoben, vgl. AS 2020 971.

⁵⁴ WEBER, S. 362.

⁵⁵ Vgl. alte Fassungen von Art. 731b OR.

Stattdessen wurde die Vorgehensweise des Handelsregisteramtes in diesem Zusammenhang neu in Art. 939 OR statuiert. Danach ist das Handelsregisteramt nicht mehr aktiv legitimiert, sondern überweist die Angelegenheit dem Gericht, sofern der Mangel seitens der Gesellschaft nicht innert Frist behoben wird. Dies führt folglich dazu, dass das Handelsregisteramt *de lege lata* keine Parteistellung mehr innehat, sondern lediglich noch die Funktion eines Anzeigerstatters erfüllt. Diese Konkretisierung erschien deshalb als notwendig, weil die Gerichte im Organisationsmangelverfahren den Handelsregisterämtern die Klägerrolle, mit den damit einhergehenden Konsequenzen zugewiesen hat, obwohl diese lediglich ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Meldepflicht nachgekommen sind. Entsprechend wird mit dem geltenden Art. 939 OR verdeutlicht, dass das Handelsregisteramt seine Mitteilungspflicht zu erfüllen hat, dabei aber zu keiner Zeit im Zivilverfahren als Klägerschaft mitwirken soll. Seitens des Handelsregisteramtes können demzufolge auch keine Anträge zum Ausgang des Verfahrens mehr gestellt oder Rechtsmittel gegen die Anordnungen des Gerichts oder der Aufsichtsbehörde erhoben werden. *Vice versa* ist die Abwälzung allfälliger Gerichtskosten und Parteientschädigungen auf das Handelsregisteramt gleichermassen ausgeschlossen.⁵⁶

Schliesslich wurde mit Botschaft zur Änderung des Obligationenrechtes (Handelsregisterrecht) eine weitere, für die Praxis relevante Neuerung eingeführt. Dabei handelt es sich um Abs. 4 von Art. 731b OR, wonach das Gericht über Gesellschaften, welche im Sinne von Art. 731b Art. 1^{bis} Ziff. 3 OR liquidiert werden, den Konkurs eröffnen kann. Damit wollte der Gesetzgeber auch im Falle von richterlichen Auflösungsentscheiden gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR die objektive Strafbarkeitsbedingung zur Strafverfolgung von Insolvenzdelikten herbeiführen, was bis zu diesem Zeitpunkt nicht möglich war.⁵⁷

Diese Neuerungen traten per 1. Januar 2021 in Kraft.⁵⁸

2. Revision 2019

Mit Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21. November 2018 wurde Art. 731b OR erneut revidiert. Nebst redaktionellen Änderungen wurden zwei weitere Mangeltatbestände eingeführt.⁵⁹

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen BBl 2015 3617, 3649.

⁵⁷ GESSLER/SCHODER, S. 572.

⁵⁸ AS 2020 957; BBl 2019 279, 318; vgl. dazu ausführlich S. 65 ff.

⁵⁹ BBl 2019 279, 318.

Gemäss der neueingeführten Ziff. 3 von Art. 731b Abs. 1 OR, welche am 1. November 2019 in Kraft trat,⁶⁰ weist eine Gesellschaft seither einen Mangel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation auf, wenn sie die vorschriftsgemässe Führung des Aktienbuchs oder des Verzeichnisses über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen unterlässt.⁶¹ Die Eintragung in das Aktienbuch und das Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen ist für die Aktionäre der Nachweis, wonach sie ihre Meldepflichten erfüllt haben und somit ihre Mitgliedschafts- und Vermögensrechte ausüben dürfen.⁶² Das Bestehen sowie die rechtmässige Führung des Aktienbuches und des Verzeichnisses über die wirtschaftlich berechtigten Personen sind für die Ausübung der Aktionärsrechte in der Gesellschaft somit unabdingbar. Vor der entsprechenden Revision im Jahr 2019 standen den Aktionären für den Fall, wonach der Verwaltungsrat seinen Pflichten nicht nachkam, keinerlei Klagemöglichkeiten zu. Durch die Ergänzung der Organisationsmängeltatbestände in Art. 731b Abs. 1 OR wurde dieser Unzulänglichkeit entgegengewirkt.⁶³

Sodann wurde ein weiterer Organisationsmängeltatbestand unter Ziff. 4 von Art. 731b Abs. 1 OR geschaffen, welcher an den anlässlich der GAFI-Revision ebenfalls neu eingeführten Art. 622 Abs. 1^{bis} OR knüpft. Demnach sind Inhaberaktien nur noch zulässig, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des BEG ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind. Der Organisationsmängeltatbestand gemäss Ziff. 4 würdigt diese Vorschrift dahingehend, als ein allfälliges Zuwiderhandeln im Rahmen von Art. 731b Abs. 1^{bis} OR sanktioniert wird und das Gericht die erforderlichen Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustands ergreifen kann.⁶⁴

⁶⁰ AS 2019 3136.

⁶¹ Vgl. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR; BBl 2019 279, 300.

⁶² Art. 689a Abs. 1 OR.

⁶³ BBl 2019 279, 319.

⁶⁴ BBl 2019 279, 319.

B. Die Organisationsmängel gemäss Art. 731b OR

I. Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend soll unter Würdigung der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung systematisch aufgezeigt werden, welche Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer Gesellschaft unter Art. 731b Abs. 1 OR subsumiert werden können. Dies erfolgt anhand der praktisch relevanten Gesellschaftsformen der AG, GmbH und Genossenschaft. Bezweckt wird damit die Sensibilisierung des Praktikers, indem verdeutlicht wird, wie gering der vom Gesetz vorgegebenen Spielraum im Zusammenhang mit Organisationsmängeln ist und wie grundsätzlich jeder einzelne Tatbestand die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft herbeiführen kann. Anschliessend soll aufgeführt werden, wie sich die weiteren, nicht abschliessenden Massnahmen gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR von der Liquidation der Gesellschaft nach den Regeln über den Konkurs unterscheiden und wie hoch die Schwelle ist, bis der Richter die Gesellschaft *ultima ratio* auflöst.

II. Arten von Organisationsmängeln

1. Allgemeines

Die Organisationsmängelklage im Sinne von Art. 731b OR bedarf keines speziellen Anfechtungsobjektes, sondern richtet sich gegen einen rechtswidrigen Zustand.⁶⁵ Die Bestimmung gelangt somit in den Fällen gemäss Abs. 1 zur Anwendung,⁶⁶ welche diese unrechtmässigen Tatbestände definiert.

Ursprünglich enthielt der Wortlaut von Art. 731b OR lediglich zwei „Grundtatbestände“. Dabei handelte es sich um das Fehlen eines gesetzlich vorgeschriebenen Organs sowie die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung vorgeschriebener Organe.⁶⁷ Unter diese „Grundtatbestände“ sind insbesondere die Handlungsunfähigkeit eines Gesellschaftsorgans, das Fehlen eines Verwaltungsrates (Art. 707 OR), das Fehlen eines Verwaltungsratspräsidenten (Art. 712 OR), das Fehlen einer Revisionsstelle (Art. 727 OR), die Verletzung der Anforderungen an die Befähigung und Unabhängigkeit der Revisionsstelle

⁶⁵ LEHMANN, S. 423; BSK OR II-WATTER/PAMER, Art. 731b N 18.

⁶⁶ Vgl. Art. 731b Abs. 1 OR; VON DER CRONE, § 20 Rz. 1780; SCHÖNBÄCHLER, S. 63 ff.

⁶⁷ BBl 2002 3148, 3231.

(Art. 727a ff. OR) und die Verletzung von Wohnsitzerfordernissen (Art. 718 Abs. 3 OR und Art. 727 Abs. 2 OR) zu subsumieren.⁶⁸

Unter den Begriff des Organs fallen gemäss Wortlaut der Bestimmung sodann lediglich die gesetzlich vorgeschriebenen Organe,⁶⁹ namentlich also die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Revisionsstelle sowie die Liquidatoren. Diese Auffassung vertritt die herrschende Lehre, weshalb Art. 731b OR folgerichtig bei fehlenden statutarisch vorgesehenen Organen nicht anwendbar ist.⁷⁰

2. *Fehlendes Organ*

a. Aktiengesellschaft

a) Gemäss Art. 707 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat der Gesellschaft aus mindestens einem Mitglied bestehen, damit seine Rolle als wichtiger Funktionsträger der Gesellschaft erfüllt werden kann.⁷¹ Gemäss Abs. 3 können keine juristischen Personen oder Handelsgesellschaften in den Verwaltungsrat gewählt werden.⁷² Ebenfalls kein Verwaltungsratsmitglied kann *de lege lata* eine KI sein.⁷³ Entsprechend ist der Tatbestand des fehlenden Verwaltungsrates gemäss Lehre u.a. dann erfüllt, wenn die Amtsdauer des einzigen Mitglieds des Verwaltungsrats abläuft und eine Wieder- oder Ersatzwahl ausbleibt. Ferner endet das Verwaltungsratsmandat mit der Erklärung der Demission des einzigen vorhandenen Verwaltungsratsmitgliedes, dem Verlust der Organfunktion *ex lege* zufolge Tod,⁷⁴ der ersatzlosen Abberufung sowie der dauerhaften Handlungsunfähigkeit des einzigen Verwaltungsratsmitglieds.⁷⁵ In einem kürzlich ergangenen Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts⁷⁶ wurde über die bis dato umstrittene Frage entschieden,⁷⁷ ob das Verwaltungsratsmandat auch dann endet, wenn binnen der von Art. 699 Abs. 2 OR vorgeschriebenen Frist von sechs Monaten nach dem abgeschlossenen Geschäftsjahr keine Generalversammlung durchgeführt wird oder das Traktandum bzgl. Wahl des Verwaltungsrates ausbleibt. Das Bundesgericht hielt fest, dass in diesem Fall das Amt des

⁶⁸ BBl 2002 3148 ff., 3232.

⁶⁹ BBl 2002 3148 ff., 3231.

⁷⁰ Vgl. beispielhaft ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 25, BSK OR II-WATTER/PAMER, Art. 731b N 5; SCHÖNBÄCHLER, S. 69 ff.; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1380; VON DER CRONE, § 20 Rz. 1780; LEHMANN, S. 422.

⁷¹ VON DER CRONE, §20 Rz. 1783.

⁷² Art. 707 Abs. 3 OR; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 707 N 1.

⁷³ FORRER/ZUUR/MÜLLER, S. 216.

⁷⁴ STRAZZER, S. 131.

⁷⁵ SCHÖNBÄCHLER, S. 73; VON DER CRONE, § 20 Rz. 1784; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 710 N 11 ff.

⁷⁶ Urteil BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021, E. 3 ff.

⁷⁷ BGE 140 III 349 ff.

Verwaltungsrates mit Ablauf von sechs Monaten nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres *eo ipso* endet und demzufolge keine stillschweigende Verlängerung der Amtsdauer der Verwaltungsratsmitglieder erfolgt. Damit wird auch ein Organisationsmängeltatbestand begründet, wenn die Durchführung der Generalversammlung ausbleibt und damit keine Wahl des Verwaltungsrates erfolgt.⁷⁸

b) Die Revisionsstelle einer Gesellschaft ist grundsätzlich ebenfalls eines der gesetzlich vorgeschriebenen Organe und kann sowohl aus natürlichen als auch aus juristischen Personen bestehen.⁷⁹ Eine ordentliche Revisionspflicht gemäss Art. 727 OR besteht, wenn die Gesellschaft eine Publikumsgesellschaft ist (Ziff. 1), wirtschaftlich bedeutsam ist bzw. die Voraussetzungen gem. Ziff. 2 erfüllt oder konsolidierungspflichtig ist (Ziff. 3).⁸⁰ Gemäss Art. 727 Abs. 2 und 3 OR kann die Gesellschaft sodann entweder einmalig oder dauerhaft der ordentlichen Revisionspflicht unterstellt werden, selbst wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 727 Abs. 1 OR nicht erfüllt sind. Vorausgesetzt wird dabei, dass Aktionäre, die zusammen mind. 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten, dies verlangen, die Statuten dies vorsehen oder die Generalversammlung dies beschliesst (sog. *Opting-Up*).⁸¹ Sind die Voraussetzungen für eine ordentliche Revision hingegen nicht erfüllt, muss die Gesellschaft gem. Art. 727a Abs. 1 OR ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle eingeschränkt prüfen lassen. Im Falle der ordentlichen oder der eingeschränkten Revision ist die Revisionsstelle gleichermassen im Handelsregister einzutragen.⁸² Gesellschaften, welche zur eingeschränkten Revision verpflichtet sind, können gänzlich auf diese verzichten, wenn die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat und ferner sämtliche Aktionäre diesem sog. *Opting-Out* zustimmen.⁸³ Gem. Art. 62 Abs. 2 HRegV muss das *Opting-Out* beim Handelsregisterführer belegt werden können.⁸⁴ Wird also diese Pflicht zur Bestellung der gesetzmässigen Revisionsstelle missachtet oder erfolgt kein gültiger Verzicht auf die Revision, wird ein Organisationsmängeltatbestand i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR begründet.⁸⁵ Dasselbe gilt, wenn

⁷⁸ Urteil BGer 4A_496/2021 vom 3. Dezember 2021, E. 3.2 und 3.5.

⁷⁹ Art. 727 ff. OR; Urteil BGer 4A_589/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.1; BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727b N 3.

⁸⁰ BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727 N 3.

⁸¹ Art. 727 OR; BK-NOBEL, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, § 6 N 101.

⁸² BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727a N 12.

⁸³ BÖCKLI, § 15, N 513 ff.; Urteil BGer 4A_589/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.2.1.

⁸⁴ S. auch Urteil BGer 4A_589/2017 vom 9. Februar 2018, E. 2.2.2.

⁸⁵ ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 28; SCHÖNBÄCHLER, S. 122; VON DER CRONE, § 20 Rz. 1789; BGE 139 III 449, E. 2.3.3; Urteil BGer 4A_158/2013 vom 8. Juli 2013, E. 2.1.5.

das *Opting-Out* rückgängig gemacht und keine neue Revisionsstelle im Handelsregister eingetragen wird.⁸⁶

c) Bei den mit der Liquidation der Gesellschaft beauftragten Liquidatoren handelt es sich um ein Organ für eine ausserordentliche Situation.⁸⁷ Die Liquidation wird grundsätzlich durch den Verwaltungsrat besorgt (sog. gesetzliche Liquidatoren i.S.v. Art. 740 Abs. 1 OR). Die Liquidatoren können aber auch durch die Statuten oder durch einen Generalversammlungsbeschluss (sog. statutarische bzw. gewählte Liquidatoren) oder schliesslich gem. Abs. 4 durch das Gericht bestimmt werden, falls die Gesellschaft durch richterliches Urteil aufgelöst wird.⁸⁸ Fehlt es der Gesellschaft entsprechend an einem mit der Liquidation betrauten Organ, führt dies gleichermassen zu einem Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR.⁸⁹

d) Auch die Generalversammlung fällt unter den Organbegriff einer Gesellschaft.⁹⁰ Fraglich ist jedoch, ob das Willensbildungsorgan auch unter die „gesetzlich vorgeschriebenen Organe“ gem. Art. 731b OR subsumiert werden kann.⁹¹ In der Lehre besteht grundsätzlich ein Konsens im Zusammenhang mit der Tatsache, wonach eine Generalversammlung nicht bestellt, sondern nur einberufen werden kann.⁹² Entsprechend ist unwahrscheinlich, dass es einer Gesellschaft formell an ihrer Generalversammlung fehlen kann.⁹³ Zwar hat das Kantonsgericht Zug in einem *obiter dictum* erwähnt, dass der Gesellschaft die Generalversammlung fehlt, wenn die Aktionäre nicht eruierbar sind, verweist dabei aber zugleich auf die Diss. von SCHÖNBÄCHLER.⁹⁴ Der Verweis des Kantonsgerichts Zug ist m.E. verfehlt und irreführend, vertritt SCHÖNBÄCHLER doch schliesslich die Meinung, dass es einer Aktiengesellschaft formell kaum an ihrer Generalversammlung fehlen kann.⁹⁵ Gleichermassen ist auch ein Streit oder die Unklarheit über die Eigentumsverhältnisse an einer juristischen Person nicht unter Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR zu subsumieren.⁹⁶

⁸⁶ KRÄHBÜHL/ZIHLER, S. 74.

⁸⁷ SCHÖNBÄCHLER, S. 151.

⁸⁸ BSK OR II-STÄUBLI, Art. 740/741 N 1.

⁸⁹ BÖCKLI, § 17 N 34; BBI 2002 3148, 3234.

⁹⁰ Vgl. Art. 698 Abs. 1 OR („oberstes Organ der Aktiengesellschaft“).

⁹¹ SCHÖNBÄCHLER, S. 134 ff.

⁹² LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1380; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 5 f.

⁹³ Nichts desto trotz kann sich ein Organisationsmangel in diesem Organ manifestieren, wenn auch nicht aufgrund des formellen Fehlens (s. dazu S. 23); vgl. SCHÖNBÄCHLER, S. 135.

⁹⁴ KGer ZG, Entscheid vom 24. April 2017, ES 2016, 550 ff.

⁹⁵ SCHÖNBÄCHLER, S. 135.

⁹⁶ KGer ZG, Entscheid vom 24. April 2017, ES 2016, 550 ff.

e) Aktiengesellschaften, deren Aktien (zumindest teilweise) an einer Börse im In- oder Ausland kotiert sind und demnach unter den Geltungsberiech des VegüV fallen, müssen gem. Art. 7 VegüV einen Vergütungsausschuss durch die Generalversammlung wählen lassen.⁹⁷ Zwar ist der Vergütungsausschuss nicht als Organ der Aktiengesellschaft im Sinne eines körperschaftlichen Funktionsträgers zu qualifizieren, jedoch wird es vom Organbegriff gem. Art. 731b OR erfasst.⁹⁸ Ist demnach gemäss Art. 7 Abs. 4 VegüV der Vergütungsausschuss nicht vollständig besetzt, liegt ein Organisationsmängeltatbestand i.S.v. Art. 731b OR vor, sofern der Verwaltungsrat für die verbleibende Amtsdauer die fehlenden Mitglieder nicht ernennt oder die Statuten keine anderweitigen Regeln zur Behebung eines allfällig auftretenden Organisationsmangels vorsehen.⁹⁹ Die in Art. 7 Abs. 4 VegüV vorgesehenen Massnahmen verdrängen somit zwar grundsätzlich die aktienrechtliche Bestimmung gem. Art. 731b OR, jedoch nur sofern die Gesellschaft den Mangel nicht innert Frist selbst behebt.^{100/101}

b. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

a) Bei der GmbH übernimmt die Geschäftsführung die Funktion des Exekutivorgans¹⁰² nach dem Prinzip der Selbstorganschaft, wonach vermutungsweise alle Gesellschafter gemeinsam zur Geschäftsführung berechtigt bzw. verpflichtet sind.¹⁰³ Von dieser Regelung kann jedoch statutarisch abgewichen werden. Demnach ist es möglich, dass die Geschäftsführung von einem Gesellschafter oder gar von einem Dritten ausgeübt wird.¹⁰⁴ Gemäss Art. 809 Abs. 2 OR können analog dem Aktienrecht sodann nur natürliche Personen als Geschäftsführer amten. Mangelt es der Gesellschaft an dem vorgeschriebenen Exekutivorgan, liegt ebenfalls ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 819 OR i.V.m. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR vor.¹⁰⁵

⁹⁷ BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 12.

⁹⁸ BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 24.

⁹⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 4 VegüV.

¹⁰⁰ In der früheren Fassung der HRegV wurde gem. Art. 154 aHRegV grundsätzlich eine Frist von 30 Tagen zur Behebung des Mangels angesetzt. Diese Bestimmung bzw. Frist war *per analogiam* auch für die Behebung der Mängel eines Vergütungsausschusses anwendbar (vgl. BSK VegüV-Vogt, Art. 7 VegüV N 178). Aufgrund der Streichung von Art. 154 aHRegV ist seither Art. 939 OR i.V.m. Art. 152 Abs. 2 HRegV für die Mängelbehebung anwendbar, wobei es sich neuerdings um eine behördliche Frist handelt, welche durch das kantonale Recht geregelt wird und nicht zwingend in Tagen bemessen werden muss; vgl. MEISTERHANS/GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Art. 152 N 635.

¹⁰¹ BSK VegüV-VOGT, Art. 7 N 192.

¹⁰² Vgl. Art. 809 OR; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 809 N 3.

¹⁰³ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 809 N 4 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 809 OR; SCHÖNBÄCHLER, S. 74 f.

¹⁰⁵ CHK OR-MÜLLER/NIETLISPACH/MARGRAF, Art. 731b N 10.

b) Bei der GmbH gilt bzgl. der Revisionsstelle und des Liquidators aufgrund der Verweise in Art. 818 OR bzw. Art. 826 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 819 OR dasselbe wie für die Aktiengesellschaft. Es wird entsprechend auf die obigen Ausführungen verwiesen.¹⁰⁶

c. Genossenschaft

a) In der Organisation der Genossenschaft ist das Exekutivorgan die Verwaltung, welche zwingend als Kollegialorgan auszugestalten ist und aus mindestens drei Mitglieder bestehen muss, welche mehrheitlich Genossenschafter sein müssen.¹⁰⁷ Ist die Verwaltung demnach handlungsunfähig, weil sie die gesetzlich vorgeschriebene Mindestanzahl nicht (mehr) erfüllt, führt dies zur Rechtsfolge gemäss Art. 831 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b OR.¹⁰⁸

b) Bei der Genossenschaft wird ein weiterer Mängeltatbestand begründet, wenn die bei der Gründung der Genossenschaft notwendige Mindestanzahl von sieben Mitgliedern später unter dieses gesetzlich vorgeschriebene Minimum sinkt. Aufgrund der gegenwärtigen Gesetzeslage handelt es sich dabei um ein begriffsbestimmendes Element der Genossenschaft. Im Falle der Missachtung der Vorschrift führt dies folglich zum Verlust einer wesentlichen Existenzvoraussetzung bzw. zum Verlust des Tatbestandes der Genossenschaft.¹⁰⁹ Entsprechend gelangt Art. 831 Abs. 2 OR zur Anwendung, welcher auf die aktienrechtliche Rechtsfolge von Art. 731b OR verweist.¹¹⁰ Falls die Genossenschaft demnach eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes durch die Aufnahme von neuen Genossenschaftern unterlässt, kann der Richter entsprechende Massnahmen und *ultima ratio* die Auflösung der Genossenschaft anordnen.¹¹¹

c) Bei der Genossenschaft gilt bzgl. der Revisionsstelle und des Liquidators aufgrund der Verweise in Art. 906 Abs. 1 OR bzw. Art. 913 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 908 OR dasselbe wie für die Aktiengesellschaft. Es wird entsprechend auf die obigen Ausführungen verwiesen.¹¹²

¹⁰⁶ Vgl. S. 15 ff.

¹⁰⁷ BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 894 N 1, 5.

¹⁰⁸ SCHÖNBÄCHLER, S. 75 f.

¹⁰⁹ Zum Ganzen BGE 138 III 407, E. 2.5.2.; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, § 1 Rz 5.

¹¹⁰ Urteil BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.1.

¹¹¹ Vgl. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR; BGE 138 III 407, E. 2.5.2.

¹¹² Vgl. S. 16 ff.

3. Nicht rechtmässige Zusammensetzung eines Organs

Die nachfolgenden Ausführungen im Zusammenhang mit den nicht rechtmässig zusammengesetzten Organen der Aktiengesellschaft gelten in analoger Weise auch für die GmbH aufgrund von Art. 814 Abs. 2 und 3 OR, Art. 818 Abs. 1 OR, Art. 826 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 819 OR und für die Genossenschaft aufgrund von Art. 898 Abs. 2 OR, Art. 906 Abs. 1 und 913 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 908 OR. Zu erwähnen ist jedoch vorab, dass das Genossenschaftsrecht keine Bestimmungen zur Vertretungsberechtigung der Verwaltungsmitglieder aufstellt. Gemäss einem Teil der Lehre muss dennoch mind. ein Mitglied der Verwaltung mit Einzelunterschrift oder mehrere Mitglieder mit Kollektivunterschrift zur Vertretung der Genossenschaft befugt sein (dazu aber gleich mehr unter lit. a).¹¹³

a) Gemäss Art. 718 Abs. 3 OR muss mindestens ein Verwaltungsratsmitglied zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein. Das Vertretungserfordernis kann dabei entweder durch eine Person (VR oder Geschäftsführer) mit Einzelzeichnungsberechtigung oder durch zwei bzw. mehrere Personen mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien erfüllt werden.¹¹⁴ Ferner muss die Gesellschaft gemäss Abs. 4 durch ein Verwaltungsratsmitglied oder durch den Direktor vertreten werden können, der seinen Wohnsitz in der Schweiz hat.¹¹⁵ Die Bedingungen gemäss Abs. 3 und 4 müssen dabei kumulativ erfüllt werden.¹¹⁶ Ist dies nicht der Fall, liegt ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 2 OR vor.¹¹⁷ Gleiches gilt, wenn das Wohnsitzerfordernis des Liquidators missachtet wird (vgl. Art. 740 Abs. 3 OR) oder wenn nicht wenigstens ein Mitglied der Revisionsstelle seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz hat (Art. 730 Abs. 4 OR).¹¹⁸

b) Ein weiterer Tatbestand des nicht rechtmässig zusammengesetzten Exekutivorgans ergibt sich, wenn es der Gesellschaft an einem Verwaltungsratspräsidenten fehlt. Diese Vorschrift ist jedoch nur zwingend, wenn der Verwaltungsrat durch mehrere Personen besetzt ist.¹¹⁹ *De lege lata* wird der Präsident gemäss Art. 712 Abs. 1 OR im Rahmen des Prinzips der Selbstorganisation vom Verwaltungsrat aus seiner Mitte besetzt. Dieser

¹¹³ Statt vieler: SCHÖNBÄCHLER, S. 97 f.

¹¹⁴ BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 13.

¹¹⁵ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1785.

¹¹⁶ BAUER, S. 92.

¹¹⁷ SCHÖNBÄCHLER, S. 90 ff.

¹¹⁸ ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 38.

¹¹⁹ BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 712 OR N 3; ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 31.

Grundsatz ist jedoch dispositiver Natur, weshalb die Statuten im Sinne von Abs. 2 vorsehen können, dass der Präsident durch die Generalversammlung gewählt wird.¹²⁰ *De lege ferenda* übernimmt Art. 712 revOR die Regelung der VegüV für börsenkotierte Gesellschaften. Demnach wird der Präsident bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, zukünftig direkt von der Generalversammlung gewählt. Bei Gesellschaften, deren Aktien nicht an der Börse kotiert sind, gilt auch weiterhin der *status quo*.¹²¹ Der Verwaltungsratspräsident ist demnach ein zwingend vorgeschriebenes Organ und muss im Handelsregister eingetragen werden. Die Missachtung der Vorschrift begründet einen schwerwiegenden Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR.¹²² Gleiches gilt für den Fall, wonach ein Verwaltungsratspräsident dauerhaft handlungsunfähig wird und die Gesellschaft nicht selbst präventive Massnahmen für einen solchen Fall getroffen hat.¹²³

c) *De lege lata* ist ferner die Vorschrift über die Ernennung eines Sekretärs des Verwaltungsrates im Sinne von Art. 712 Abs. 1 OR eine zwingende, selbst wenn ein Einpersonenverwaltungsrat besteht.¹²⁴ Es ist indes unklar, ob das Fehlen eines solchen Sekretärs einen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR zu begründen vermag.¹²⁵ Während ein Teil der Lehre einen Organisationsmangel im Falle des fehlenden Sekretärs befürwortet,¹²⁶ lehnt dies der andere Teil der Lehre entschieden ab.¹²⁷ Die Botschaft schweigt sich darüber aus.¹²⁸ So oder so wird diese Frage mit der vorgesehenen Revision von Art. 712 OR redundant, da mit Inkrafttreten der neuen Fassung des Obligationenrechts¹²⁹ den Gesellschaften zur „Stärkung der organisatorischen Flexibilität“ keine Vorschriften mehr zum Sekretär des Verwaltungsrats gemacht werden.¹³⁰

d) Ein weiterer Organisationsmangeltatbestand i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR begründet eine anhaltende Pattsituation (sog. *Deadlock*) im Verwaltungsrat, welche die Führung der Gesellschaft dauerhaft verunmöglicht.¹³¹ Demnach besteht zwar grundsätzlich ein

¹²⁰ SCHÖNBÄCHLER, S. 81 ff.; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 712 N 3 f.

¹²¹ BBI 2017 399; VON DER CRONE, § 20 Rz. 1786.

¹²² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 137; ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 31; SCHÖNBÄCHLER, S. 81 ff.

¹²³ FOUNTOULAKIS/BANGERT, S. 218 f.

¹²⁴ BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 712 N 13.

¹²⁵ ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 33.

¹²⁶ Vgl. insb. SCHÖNBÄCHLER, S. 89; LEHMANN, 422 (Fn 18).

¹²⁷ Vgl. insb. ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 33; VON DER CRONE, §20 Rz. 1786; BÖCKLI § 13 N 108; JÖRG, S. 272 f.

¹²⁸ BBI 2002 3148, 3232.

¹²⁹ AS 2020 4005, tritt voraussichtlich per 1. Januar 2023 in Kraft.

¹³⁰ BBI 2017 399, 567.

¹³¹ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 6.

formell korrekt besetztes Organ, welches jedoch materiell handlungsunfähig ist und dadurch die ihm zukommenden Pflichten nicht mehr zu erfüllen vermag.¹³² Es ist in der Literatur und Rechtsprechung indes umstritten, ob die Pattsituation und die sich daraus ergebenden Verunmöglichung der Führung der Gesellschaft, an sich bereits einen Organisationsmangel begründen kann¹³³ oder ob die Pattsituation zwar nicht *per se* als eigenständiger Organisationsmangel zu qualifiziert ist, durchaus aber die Ursache von sich daraus ergebenden Mängeln in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation sein kann.¹³⁴

e) Gleichermassen können Interessenskonflikte im Verwaltungsrat zu schwerwiegenden Organisationsmängel in der Gesellschaft führen, wenn die Interessen der Gesellschaft in bestimmten Angelegenheiten nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder diametrale Interessen verfolgen.¹³⁵ *In concreto* bedeutet dies, dass ein mit der Wahrung von Fremdinteressen beauftragtes Organ Entscheidungen zu treffen hat, welche einen eventuellen Konflikt mit den eigenen oder mit anderen, ihr zur Wahrung übertragene Interessen, begründen.¹³⁶ Das Vorgehen nach Art. 731b OR im Falle von Interessenskonflikten erscheint deshalb als sinnvoll, weil der Gesetzgeber mit Art. 731b OR die alten vormundschaftlichen Normen von Art. 392 Ziff. 2 und Art. 393 Ziff. 4 aZGB für juristische Personen abgelöst hat. Seither kann die Vormundschaftsbehörde für eine Gesellschaft im Falle von bestehenden Interessenskonflikten zwischen Gesellschaft und Organen keine Beistandschaft mehr ernennen.¹³⁷

f) Die Botschaft erwähnt sodann die Verletzung der Anforderungen an die Befähigung sowie Unabhängigkeit der Revisionsstelle als Organisationsmängeltatbestand im Sinne von Art. 731b OR.¹³⁸ Bei der Befähigung der Revisionsstelle handelt es sich um ein Kriterium, wonach ein erhöhter Qualitätsstandard sichergestellt werden soll, indem nur fachlich qualifizierte Revisoren zugelassen werden.¹³⁹ Entsprechend benötigen Revisionsdienstleister gem. Art. 3 Abs. 1 RAG eine Zulassung der Revisionsaufsichtsbehörde

¹³² VON DER CRONE/GOTTINI, S. 521; VON DER CRONE, § 20 Rz. 1792.

¹³³ Vgl. u.a. BGE 140 III 349, E. 2.1; Urteil BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.2; SCHÖNBÄCHLER, S. 99 f.; BÖCKLI, § 13 N 491; WEBER, S. 355; mittlerweile auch VON DER CRONE, § 20 Rz. 1792.

¹³⁴ Vgl. insb. ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 42; CHK OR-MÜLLER/NIETLISPACH/MARGRAF, Art. 731b N 10b; JÖRG, S. 275; WÜTHRICH MARTINA, S. 48 f.; AppGer BS, Urteil vom 11. Juni 2020, ZB 2020.09, E. 2.3.2.

¹³⁵ Urteil BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2; Urteil BGer 4A_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.2.

¹³⁶ KOPTA-STUTZ, S. 61 f.

¹³⁷ BBl 2002 3148, 3231; Urteil BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.3.

¹³⁸ BBl 2002 3148, 3232.

¹³⁹ SCHÖNBÄCHLER, S. 124.

(RAB).¹⁴⁰ Die Zulassung von im Handelsregister eingetragenen Revisoren, wird im Sinne von Art. 61 Abs. 2 HRegV durch das Handelsregisteramt von Amtes wegen und mittels Prüfung des Onlineregisters der RAB überprüft.¹⁴¹ Erfüllt die Revisionsstelle die vorgesehenen Vorschriften nicht (mehr) ausreichend, können die Aktionäre sowie die Gläubiger nach Art. 731b OR oder der Handelsregisterführer nach Art. 939 OR beim Gericht beantragen, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen.¹⁴²

Gleiches gilt für eine Revisionsstelle, welche zwar über eine Zulassung der RAB verfügt, ihre Unabhängigkeit gegenüber der Gesellschaft aber nicht mehr gehörig wahrzunehmen vermag.¹⁴³ Entsprechend hat eine Revisionsstelle gemäss Art. 728 Abs. 1 OR (ordentliche Revision) und Art. 729 Art. 1 OR (eingeschränkte Revision) unabhängig zu sein und sich ihr Prüfungsurteil objektiv zu bilden. Es geht *nota bene* also um einen Prüfungsbericht, welcher¹⁴⁴

- insbesondere auf sachbezogenen Beobachtungen und Überlegungen basiert;
- von der Revisionsstelle ohne Interessenskollisionen erstellt wurde;
- auf das selbst erarbeitete Verständnis der anwendbaren Regeln der Rechnungslegung ausgerichtet ist; und schliesslich
- objektiv und ohne Einfluss der Unternehmensleitung oder der Aktionäre der geprüften Gesellschaft erfolgt.

Für die eingeschränkte und ordentliche Revision gelten die grundsätzlichen Anforderungen an die Revisionsstelle gleichermassen.¹⁴⁵ Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle ist sodann nicht nur zu verneinen, wenn diese tatsächlich beeinträchtigt ist, sondern auch bereits dann, wenn der Anschein für eine mögliche Beeinträchtigung besteht (sog. „*independence in appearance*“).¹⁴⁶ Mit der Unabhängigkeit nicht vereinbar wäre bspw. eine enge Beziehung zwischen Gesellschaft und Revisionsstelle, wenn (zumindest dem Anschein nach) ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird.¹⁴⁷

g) Ein weiterer Organisationsmängeltatbestand im Zusammenhang mit der Revisionsstelle und Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR begründet die Verletzung der Rotationspflicht gem.

¹⁴⁰ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1790.

¹⁴¹ WEBER, S. 353; ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 37.

¹⁴² BSK OR II-MAIZAR/WATTER, Art. 727b/727c N 38.

¹⁴³ BBI 2002 3148, 3232; ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 37.

¹⁴⁴ BÖCKLI, §15 N 575.

¹⁴⁵ BSK OR II-WATTER/RAMPINI, Art. 729 N 3.

¹⁴⁶ SCHÖNBÄCHLER, S. 130; BÖCKLI § 15 N 577.

¹⁴⁷ DI SAURO/FRIEDERICH/HERGER/KRÄHENBÜHL/GÜN/POGGIO/SIFFERT/TAGMANN/TURIN, S. 9.

Art. 730a Abs. 2 OR.¹⁴⁸ Demnach darf die Person, welche die ordentliche Revision leitet, das Mandat während längstens sieben Jahren ausüben und das gleiche Mandat erst nach einem Unterbruch von mindestens drei Jahren wieder aufnehmen.¹⁴⁹ Wird diese Bestimmung missachtet, liegt ein Organisationsmangel zufolge unrechtmässiger Zusammensetzung der Revisionsstelle vor.¹⁵⁰

h) Wie bereits erwähnt, ist eine fehlende Generalversammlung grundsätzlich formell ausgeschlossen.¹⁵¹ Jedoch kann ein Organisationsmangelatbestand durchaus aufgrund fehlender Beschlussfähigkeit bzw. der sich *ipso facto* ergebenden Handlungsunfähigkeit der Generalversammlung eintreten. Ein Organisationsmangel im Sinne der nicht rechtmässigen Zusammensetzung besteht bspw. also dann, wenn eine Pattsituation im Aktionariat bzw. in der Generalversammlung die Bestellung der notwendigen Organe verhindert und die Generalversammlung demnach materiell handlungsunfähig ist.¹⁵² Können aufgrund einer solchen Pattsituation folglich keine Organe mehr gewählt werden, ist eine statutari-sche Klausel, welche den Mitgliedern des Verwaltungsrates eine automatische Wiederwahl ermöglicht und damit eine allfällige Blockade im Aktionariat verhindern soll, nichtig. Eine solche Statutenbestimmung würde nämlich in das unabdingbare Recht der Generalversammlung eingreifen, wonach diese gem. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR die Mitglieder des Verwaltungsrates wählen muss, und dem von der Generalversammlung geäusser-ten Willen entgegenwirken, indem eine nicht gewollte Perpetuierung der Verwaltungs-ratsmitglieder ermöglicht würde.¹⁵³

4. *Nicht vorschriftsgemässe Führung des Aktienbuchs oder Aktionärsverzeichnisses*

Wie bereits erwähnt, wurden die Grundtatbestände gem. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR u.a. aufgrund der Umsetzung der revidierten Empfehlungen der GAFI erweitert.¹⁵⁴ Seither begründet die nicht vorschriftsgemässe Führung des Aktienbuches bei Namenak-tien und des Verzeichnisses über die wirtschaftlich berechtigten Personen bei Inhaberak-tien einen Organisationsmangelatbestand i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

¹⁴⁸ SCHÖNBÄCHLER, S. 132 f.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 730a Abs. 2 OR.

¹⁵⁰ SCHÖNBÄCHLER, S. 132 f.

¹⁵¹ Vgl. S. 16.

¹⁵² BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 6; VON DER CRONE, § 20 Rz. 1792; Urteil BGer 4A_160/2016 vom 1. September 2016, E. 2.3.2; Urteil BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.5; BGE 138 III 294 E. 3.1.5; Urteil BGer 4A_235/2013 vom 27. Mai 2014.

¹⁵³ TANNER, S. 115 (mit Verweis auf BGE 140 III 239, in Pra 104 (2015) Nr. 3); Urteil BGer 4A_380/2020 vom 25. August 2020, E. 5; Urteil BGer 4A_235/2013 vom 27. Mai 2014, E. 2.5 f.

¹⁵⁴ Vgl. zum Ganzen BBl 2019, 279 ff.; VON DER CRONE §20 Rz. 1794 f.

Eine Legaldefinition für das Aktienbuch besteht nicht, es ist jedoch ein von jeder Gesellschaft, welche Namenaktien ausgibt, zu führendes Register.¹⁵⁵ Der Eintrag im Aktienbuch hat dabei die natürlichen und juristischen Personen (samt deren Namen und Adressen) zu umfassen, welche sich gegenüber der Gesellschaft als Aktionäre bzw. Nutzniesser ausgewiesen haben.¹⁵⁶ Obwohl dem Eintrag im Aktienbuch nach h.L. keine konstitutive, sondern rein deklaratorische Bedeutung zukommt,¹⁵⁷ ist der Eintrag im Aktienbuch für die Eigentümer der unerlässliche Nachweis dafür, dass sie ihrer Meldepflicht nachgekommen sind und ihre Mitgliedschafts- und Vermögensrechte entsprechend ausüben dürfen.¹⁵⁸ Die Pflicht zur Führung des Aktienbuches obliegt dem Verwaltungsrat, welcher allerdings eine Delegation dieser Aufgabe vornehmen kann.¹⁵⁹ Gegen das allfällige Pflichtversäumnis des Verwaltungsrates kann somit seitens des Aktionärs mittels Art. 731b Art. 1 Ziff. 3 OR entgegengewirkt werden, indem das Gericht um Erhebung der entsprechenden Massnahmen ersucht wird.¹⁶⁰

Ein Beispiel der gesetzeswidrigen Führung des Aktienbuches wäre der Kauf eines Aktienmantels. Ein solches Rechtsgeschäft ist zwar *ex tunc* nichtig, jedoch in der Praxis eine gängige Vorgehensweise.¹⁶¹ Wird nun aufgrund eines solchen nichtigen Rechtsgeschäftes das Aktienbuch angepasst, ist dieses folglich nicht mehr korrekt geführt und es kommt u.U. zur Rechtsfolge gemäss Art. 731b Art. 1 Ziff. 3 OR.¹⁶²

Gleiches gilt für die Pflicht der Gesellschaft, ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre sowie über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen gem. Art. 697i OR zu führen.¹⁶³ Gemäss Abs. 2 OR enthält das Verzeichnis ebenfalls die Vor- und Nachnamen bzw. die Firma sowie die Adressen der Aktionäre und der wirtschaftlich berechtigten Personen. Mit „wirtschaftlich berechtigten Personen“ sind im Sinne von Art. 697j Abs. 1 OR Namen- oder Inhaberaktionäre gemeint, welche alleine oder in gemeinsamer Absprache mit Drittpersonen Aktienpakete erwerben und dadurch den Grenzwert

¹⁵⁵ Vgl. ZK-TRIGO TRINDADE, Art. 686 N 4 m.w.H.

¹⁵⁶ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 686 N 3; BÖCKLI § 6 N 320.

¹⁵⁷ BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, Art. 686 N 4.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 689a Abs. 1 OR; BBI 2019 279, 319.

¹⁵⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §43 N 76.

¹⁶⁰ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1795.

¹⁶¹ MÜLLER/ONG/ODERMATT, S. 219 f.

¹⁶² MÜLLER/ONG/ODERMATT, S. 219 f.

¹⁶³ von der Crone, § 20 Rz. 1794 ff.

von fünfundzwanzig Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreichen oder überschreiten.¹⁶⁴

5. Ordnungswidrige Ausgabe von Inhaberaktien

Art. 731b Art. 1 Ziff. 4 OR sieht die Sanktionierung i.S. eines Organisationsmängelatbestandes vor, wenn eine Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, ohne die dafür vorgeschriebenen Erfordernisse zu erfüllen.¹⁶⁵ Inhaberaktien sind gesetzlich nur noch erlaubt, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des BEG ausgestaltet und bei einer von der Gesellschaft bezeichneten Verwahrungsstelle in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.¹⁶⁶ Damit knüpft der Organisationsmängelatbestand an die gesetzliche Bestimmung von Art. 622 Abs. 1^{bis} OR, wonach Gesellschaften ihr Inhaberaktionariat in Namenaktien umzuwandeln haben, sofern die erwähnten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 622 Abs. 1^{bis} OR die Voraussetzungen für das Halten von Inhaberaktien erfüllen, müssen diese Tatsache gem. Art. 622 Abs. 2^{bis} OR in das Handelsregister eintragen lassen.¹⁶⁷

Eine Lehrmeinung¹⁶⁸ vertritt sodann die Ansicht, dass eine Gesellschaft, welche nach Ablauf der 18 monatigen Frist (d.h. ab 1. Mai 2021) Inhaberaktien ausstehend hat, ohne die Bedingungen von Art. 622 Abs. 1^{bis} OR zu erfüllen bzw. die Bedingungen zwar erfüllt hat, aber ihrer Eintragungspflicht i.S.v. Art. 622 Abs. 2^{bis} OR nicht nachgekommen ist, an einem Organisationsmangel gem. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR leidet. Die Meinung von KNOBLOCH ist jedoch abzulehnen. Gemäss den Übergangsbestimmungen in der Botschaft werden die Inhaberaktien der Gesellschaften nach Ablauf der 18-monatigen Frist automatisch in Namenaktien umgewandelt, sofern die jeweiligen Erfordernisse nicht erfüllt sind.¹⁶⁹ Zwar führt dies dazu, dass der Handelsregistereintrag aufgrund der v.G.w. erfolgten Umwandlung nicht mehr mit den Gesellschaftsstatuten übereinstimmt, jedoch würdigt das Handelsregisteramt diese Tatsache dahingehend, als es eine Bemerkung vornimmt, wonach die Belege vom Eintrag abweichende Angaben enthalten.¹⁷⁰ Die Gesellschaft, deren Aktionariat v.G.w. umgewandelt wurde, hat ihre Statuten in der nächsten

¹⁶⁴ BSK OR II-DETTWILER/HESS, Art. 697j N 2.

¹⁶⁵ BBI 2019 279, 319.

¹⁶⁶ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1796.

¹⁶⁷ BBI 2019 279, 321.

¹⁶⁸ KNOBLOCH, S. 358 f.

¹⁶⁹ BBI 2019 279, 322 (Art. 5 Abs. 1 UeB).

¹⁷⁰ BBI 2019 279, 323 (Art. 5 Abs. 2 UeB).

Statutenänderung anzupassen, da das Handelsregisteramt ansonsten jede andere Statutenänderung solange zurückweist, bis eine Anpassung an das revidierte Recht erfolgt ist.¹⁷¹ Somit liegt aufgrund der Übergangsbestimmungen der Botschaft kein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR vor, wenn die Gesellschaft nach Ablauf der 18-monatigen Frist die Bedingungen gem. Art. 622 Abs. 1^{bis} und 2^{bis} OR nicht erfüllt hat.¹⁷²

Ein Mangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR liegt aber immerhin dann vor, wenn eine Gesellschaft nach dem 1. Mai 2021 Inhaberaktien hält, ohne die Bedingungen von Art. 622 Abs. 1^{bis} bzw. 2^{bis} OR zu erfüllen,¹⁷³ indem sie bspw. aufgrund der Dekotierung über Inhaberaktien verfügt, die zwischenzeitlich nicht mehr an einer Börse kotiert oder als Bucheffekten i.S. des BEG ausgestaltet sind.¹⁷⁴ Erfolgt daraufhin keine Umwandlung i.S.v. Art. 622 Abs. 2^{bis} OR wird der Organisationsmängeltatbestand entsprechend erfüllt.¹⁷⁵

6. Fehlendes Rechtsdomizil

Seit der Revision des Handelsregisterrechts gilt das Fehlen eines Rechtsdomizils oder Domizilhalters als Mangel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation und begründet seither einen neuen Organisationsmängeltatbestand i.S.v. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR.¹⁷⁶ *Ratio legis* dieser Ergänzung ist die Schaffung von Transparenz in Bezug auf die für den Rechtsverkehr wichtigen Tatsachen und Verhältnisse durch das Handelsregister und der damit verbundenen Publikationsfunktion.¹⁷⁷

Von der Bestimmung nicht erfasst, sind fehlende Rechtsdomizile von Einzelunternehmen und Zweigniederlassungen, da diese bei bestehenden Mängeln nicht liquidiert werden. Stattdessen gilt *in casu* das Verfahren gemäss Art. 934a OR, wonach ein Einzelunternehmen oder eine Zweigniederlassung vom Handelsregisteramt *ex officio* gelöscht wird, sofern der Mangel nach ergebnisloser Aufforderung nicht behoben wird.¹⁷⁸

¹⁷¹ BBl 2019 279, 323 (Art. 6 Abs. 1 und 2 UeB).

¹⁷² Gleicher Meinung CARTIER/WÜTHRICH, S. 195; so wohl auch VON DER CRONE, § 20 Rz. 1796.

¹⁷³ CARTIER/WÜTHRICH, S. 195.

¹⁷⁴ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1796.

¹⁷⁵ BBl 2019 279, 315.

¹⁷⁶ Vgl. BBl 2015 3617, 3653; BBl 2017 2433, 2441; BBl 2019 279, 318 f.

¹⁷⁷ BBl 2015 3617, 3632.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 934a Abs. 1 OR; BBl 2015 3617, 3644.

III. Massnahmen und Ermessensspielraum des Richters

1. Allgemeines / Prozessuales

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den in Art. 731b Abs. 1^{bis} OR statuierten Massnahmen um keinen *numerus clausus*.¹⁷⁹ Art. 731b OR gibt dem Gericht einen hinreichenden Ermessensspielraum, um mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls angemessene Massnahmen treffen zu können.¹⁸⁰ Die Organisationsmängelklage dient dazu, schwerwiegende Mängel in der Organisation, welche die Gesellschaft aus bestimmten Gründen nicht aus eigener Kraft zu beseitigen vermag,¹⁸¹ idealerweise definitiv und nicht bloss vorübergehen zu beheben.¹⁸² Bei der Beseitigung der Mängel ist das Gericht an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden,¹⁸³ jedoch, aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit, nicht an die Parteianträge. Es gilt somit die *Offizialmaxime* gem. Art. 58 Abs. 2 ZPO.¹⁸⁴ Demnach haben es die Parteien nicht in der Hand, ob etwa als Folge eines Organmangels nur das fehlende Organ neu bestellt oder aber die Gesellschaft nach den Bestimmungen über den Konkurs aufgelöst wird.¹⁸⁵ Die Parteien können folglich nicht über den Streitgegenstand verfügen, womit auch ein allfälliger Vergleich ausgeschlossen ist.¹⁸⁶ Nichts desto trotz ist auch der richterliche Handlungsspielraum nicht grenzenlos, da die in Art. 731b Abs. 1^{bis} OR genannten Massnahmen in einem Stufenverhältnis stehen.¹⁸⁷ Die erforderlichen Massnahmen müssen also in Anbetracht der jeweiligen Interventionsintensität ausgewählt werden.¹⁸⁸ Der Richter hat deshalb stets darum besorgt zu sein, mit dem mildestmöglichen Eingriff den rechtmässig Zustand der Organisation wiederherzustellen.¹⁸⁹

¹⁷⁹ BGE 138 III 407, E. 2.4; BGE 138 III 294, E. 3.1.4; Urteil BGer 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013, E. 2.2.1; BSK OR-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 16.

¹⁸⁰ BGE 138 III 407, E. 2.4; Urteil BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.6; HANDSCHIN/TRUNIGER, S. 354

¹⁸¹ Urteil BGer 4A_439/2020 vom 5. Oktober 2020, E. 4.4.

¹⁸² SCHÖNBÄCHLER, S. 196.

¹⁸³ In analoger Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR, vgl. BGE 138 III 294, E. 3.1.4.

¹⁸⁴ BGE 138 III 294, E. 3.1.3.

¹⁸⁵ BGE 141 V 372, E. 5.2.

¹⁸⁶ BGE 138 III 294, E. 3.1.3.

¹⁸⁷ LORANDI, *Handelsgesellschaften*, 1385; BGE 138 III 294, E. 3.1.4.

¹⁸⁸ KUNZ, *Amerikanisierung*, S. 806 f.

¹⁸⁹ BÖCKLI, § 13 N 493.

Im Organisationsmängelverfahren ist umstritten, ob der Verhandlungs- oder der Untersuchungsgrundsatz gilt. Diese Frage wurde bislang noch nicht vom Bundesgericht beantwortet.¹⁹⁰ Einig ist sich die Lehre und die Rechtsprechung immerhin, dass das Organisationsmängelverfahren stets im summarischen Verfahren entschieden wird, auch wenn dies in Art. 250 lit. c ZPO nicht ausdrücklich erwähnt ist.¹⁹¹

2. Fristansetzung (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 1 OR)

Grundsätzlich ist der mangelhaften Gesellschaft zunächst unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist anzusetzen, innert dieser der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden soll.¹⁹² Der Richter hat dabei im Urteilsdispositiv explizit zu erwähnen, welche Massnahmen er für angebracht erachtet, um den Mangel zu beseitigen.¹⁹³

Die Ansetzung der Frist erfolgt als Teil einer Anordnung nach Art. 262 ZPO ist mithin also eigentlich eine Prozessfrist, keine Prozesshandlung.¹⁹⁴ Die Dauer der Fristansetzung liegt im Ermessen des Richters. Obwohl dies im Wortlaut der Bestimmung nicht explizit vorgesehen ist,¹⁹⁵ hat die Ansetzung der Frist jedoch als Ausfluss des Verhältnismässigkeit¹⁹⁶ stets vor Ergreifung anderer, schwerwiegenderer Massnahmen zu erfolgen, sofern der Sachverhalt selbstverständlich nicht als aussichtslos erachtet wird.¹⁹⁷ Wird der Mangel innert Frist behoben, kann das Organisationsmängelverfahren gem. Art. 242 ZPO als gegenstandslos abgeschlossen werden.¹⁹⁸ Zeigt die Gesellschaft dagegen keinerlei Reaktion und unterlässt damit die gebotene Mängelbehebung, ist die bereits angedrohte Auflösung nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen.¹⁹⁹

3. Ernennung eines fehlenden Organs oder eines Sachwalters

Die Einsetzung eines fehlenden Organs oder eines Sachwalters erfolgt durch den Richter und erscheint *prima facie* dann sinnvoll, wenn die mangelhafte Gesellschaft noch wirt-

¹⁹⁰ DOMENIG/GÜR, S. 173.

¹⁹¹ Urteil BGer 4A_364/2017 vom 28. Februar 2018, E. 6 (publiziert in BGE 144 III 100); LIENHARD, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, S. 719.

¹⁹² Vgl. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 1 OR; BÖCKLI, § 13 N 493.

¹⁹³ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 19.

¹⁹⁴ ERNST/OBERHOLZER/SUNARIC, S. 19.

¹⁹⁵ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1806.

¹⁹⁶ SCHÖNBÄCHLER, S. 204.

¹⁹⁷ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 19 f.

¹⁹⁸ SCHÖNBÄCHLER, S. 214, BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 19.

¹⁹⁹ JÖRG, S. 318 f. (mit Verweis auf Urteil BGer 4A_158/2013, vom 8. Juli 2013).

schaftlich aktiv ist oder eine konkursamtliche Liquidation aus anderen Gründen als nachteilig erscheint.²⁰⁰ Diese Massnahme ist bereits als erheblichen Eingriff in die Selbstorganisation der Gesellschaft zu qualifizieren, dennoch aber die mildere Massnahme im Verhältnis zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft.²⁰¹ Die Einsetzung eines fehlenden Organs oder eines Sachwalters ist in der Praxis selten, da die mangelbehaftete Gesellschaft häufig den für die Ernennung eines Organs oder Sachwalters notwendigen Kostenvorschuss i.S.v. Art. 731b Abs. 2 Satz 2 OR nicht leisten oder sicherstellen kann.²⁰² Insbesondere bei bestehender Pattsituation kann die Ernennung eines Sachwalters oder Organs jedoch als sinnvoll erachtet werden.²⁰³ Bei einer dauerhaften Pattsituation ist hingegen die Auflösung der Gesellschaft das geeignetere Mittel, sofern innert angemessener Frist keine Einigung erzielt wird.²⁰⁴

Das Gericht muss dem ernannten Organ oder Sachwalter bei dessen Einsetzung „eine klar umrissene Mission auf den Weg geben“²⁰⁵ und dessen Kompetenzen entsprechend im Urteil umschreiben und festhalten.²⁰⁶ Gemäss Art. 731b Abs. 2 OR hat das Gericht ferner die Dauer der Ernennung zu bestimmen, womit also nur eine Lösung *ad interim* geschaffen wird,²⁰⁷ um optimaler Weise eine Wiederherstellung der gesetzlichen Organisation herbeizuführen.²⁰⁸ Die Gesellschaft, nicht aber die Aktionäre, Gläubiger oder der Handelsregisterführer,²⁰⁹ kann aus wichtigen Gründen die Abberufung der eingesetzten Personen verlangen.²¹⁰ Dies dürfte konkret dann der Falls sein, wenn eine ernsthafte Gefährdung oder gar eine Verletzung beteiligter Aktionärs- oder Gesellschaftsinteressen droht oder das eingesetzte Organ die notwendigen Wohnsitz-, Unabhängigkeits- oder Befähigungserfordernisse nicht (mehr) erfüllt.²¹¹

²⁰⁰ BÜRGE/GUT, S. 160.

²⁰¹ GLANZMANN, S. 649 f.

²⁰² VON DER CRONE, §20 Rz. 1809.

²⁰³ HANDSCHIN/TRUNIGER, S. 270 f.; vgl. auch Urteil BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015, wonach das Aktionariat einer ärztlichen Notfallpraxis von zwei zerstrittenen Eheleuten zu je 50 % gehalten wurden, welche auch zugleich die einzigen VR-Mitglieder waren. Aufgrund der Pattsituation konnte anlässlich der Generalversammlung die Wiederwahl der Verwaltungsräte nicht erfolgen, weshalb das Bezirksgericht Luzern einen der Eheleute als alleiniger, temporärer VR eingesetzt hat. Dieses Vorgehen wurde vom höchsten Gericht bestätigt.

²⁰⁴ MÜLLER/MÜLLER, S. 50.

²⁰⁵ Zit. BÖCKLI, § 13 N 493.

²⁰⁶ BSK OR-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 21a; vgl. HGer ZH, Entscheid vom 27. Oktober 2015 sowie 14. und 19. Januar 2016, HE150484 ff.; HGer ZH, Urteil vom 20. Mai 2020, HE200154 ff.

²⁰⁷ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 22; *per analogiam* OEHRI, S. 190.

²⁰⁸ Vgl. bspw. HGer ZH, Urteil vom 6. Dezember 2019, HE190408 ff.

²⁰⁹ BÖCKLI, § 13 N 495.

²¹⁰ Vgl. Art. 731b Abs. 3 OR.

²¹¹ ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 50.

Eine in der Lehre umstrittene Frage besteht sodann im Zusammenhang mit der Stellung und Haftung des Sachwalters. Gemäss einem Teil der Lehre erfüllt der ernannte Sachwalter Organfunktion und ist gleichzeitig öffentlich-rechtlich eingesetzter Funktionsträger, erfüllt damit also eine Doppelstellung.²¹² Als öffentlich-rechtlich eingesetzter Funktionsträger würde er demnach auch der Aufsicht der ihn einsetzenden Behörde unterstehen.²¹³ In Bezug auf die Haftung des Sachwalters greift SCHÖNBÄCHLER unter Konsultation der Literatur zu Art. 725a Abs. 2 OR auf einen Ansatz, welche die ambivalente Stellung des Sachwalters entsprechend würdigt.²¹⁴ Demnach richtet sich die Haftung grundsätzlich zwar nach Art. 754 ff. OR, jedoch soll der Sachwalter vor der direkten Inanspruchnahme durch Geschädigte geschützt werden. Dies setzt allerdings voraus, dass das kantonale Staatshaftungsrecht eine primäre Haftung des Kantons vorsieht und der Sachwalter innerhalb der ihm durch das Gericht eingeräumten Kompetenzen handelt.²¹⁵

Dieser Meinung folgt das Schrifttum jedoch nicht einstimmig. Stattdessen wird begründet, dass die Stellung des vom Richter ernannten Sachwalters gem. Art. 731b OR nicht mit dem Sachwalter gem. Art. 725a OR vergleichbar sei, da dieser nicht im Zusammenhang mit einem (möglichen) Konkurs bestellt wurde. Daran ändere auch die Bestimmung von Art. 731b Art. 1^{bis} Ziff. 3 OR nichts, wonach die konkursamtliche Liquidation zwar als *ultima ratio* eingeleitet werden kann, sich das Verfahren aber schliesslich in vielerlei Punkten von dem „normalen“ Konkursverfahren unterscheide.²¹⁶ Stattdessen sei die Stellung eines vom Richter ernannten Sachwalters durch eine gesellschafts- und vertragsrechtliche Doppelnatur bestimmt.²¹⁷ Während sich gem. BÖCKLI die Haftung sodann ausschliesslich nach Art. 754 ff. OR richtet,²¹⁸ ist VISCHER der Meinung, dass v.a. Art. 398 f. OR (Auftragsrecht) greife und Art. 754 ff. OR für den Sachwalter nur anwendbar sei, soweit die gerichtlich vorgegebene Aufgabe des Sachwalters in der Geschäftsführung oder der Liquidation der Gesellschaft bestehe.²¹⁹

Die Rechtsprechung schweigt sich über die strittige Frage aus, womit die Stellung und die Haftung des Sachwalters nach wie vor ungeklärt bleibt.

²¹² OEHRI, S. 183 f.; SCHÖNBÄCHLER, S. 221; MÜLLER/MÜLLER, S. 48 f.; LUTERBACHER, Haftpflichtkommentar, Art. 754 N 17.

²¹³ OEHRI, S. 187.

²¹⁴ SCHÖNBÄCHLER, S. 227.

²¹⁵ SCHÖNBÄCHLER, S. 225 ff.; OEHRI, S. 595 ff.

²¹⁶ VISCHER, S. 370.

²¹⁷ BÖCKLI, § 18 N 111a; VISCHER, S. 369.

²¹⁸ BÖCKLI, § 18 N 111a.

²¹⁹ VISCHER, S. 369 f.

4. *Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs*

Die Anordnung der Auflösung der Gesellschaft und die daraus folgende Liquidation nach den Vorschriften über das SchKG hat wie bereits mehrfach erwähnt stets als letztmögliche Massnahme zu erfolgen, wenn anderweitige Anordnungen als nicht zweckmässig oder zielführend erachtet werden.²²⁰ Die Schwelle wonach eine konkursrechtliche Liquidation der Gesellschaft gerechtfertigt ist, richteten sich grundsätzlich nach dem Verhalten der Gesellschaft zur Mängelbehebung. Zeigt die mängelbehaftete Gesellschaft entsprechend keinerlei Reaktion auf Aufforderungen zur Mängelbehebung, ist der Tatbestand der Auflösung regelmässig erfüllt.²²¹ Ist die Frist zur Mängelbehebung zwar grundsätzlich abgelaufen, bemüht sich die mängelbehaftete Gesellschaft jedoch trotzdem, den Organisationsmangel zu beheben, wäre es wiederum unverhältnismässig, die Gesellschaft aufzulösen, anstatt mildere Massnahmen anzuordnen.²²² Die Auflösung der Gesellschaft muss entsprechend unter Würdigung der Umstände als einzige wirksame Massnahme zur Beseitigung der Organisationsmängel erachtet werden. Dabei hat das Gericht u.a. eine Güterabwägung vorzunehmen, wobei Kriterien wie das öffentliche Interesse an der Durchsetzung zwingender Organisationsvorschriften und das Interesse am Weiterbestehen der Gesellschaft einander gegenüberzustellen und abzuwägen sind.²²³

5. *Weitere relevante Massnahmen*

Wie bereits erwähnt, stehen dem Richter weitere Möglichkeiten zur Verfügung, um einem allfällig bestehenden Organisationsmangel bestmöglich entgegenzuwirken. Dabei kommen insbesondere folgende Anordnung in Frage:

- Verfügt die Gesellschaft über keinen Verwaltungsrat, will das fehlende Organ allerdings wieder rechtmässig besetzen, ist ein an den Verwaltungsrat zu stellendes Begehren um Einberufung der Generalversammlung gem. Art. 699 Abs. 3 OR seitens der Aktionäre ausgeschlossen. Entsprechend kann auch nicht i.S.v. Abs. 4 beim Gericht ein Antrag auf Einberufung eingereicht werden, da die formelle Voraussetzung von Art. 699 Abs. 3 Satz 2 OR, wonach vorgängig zwingend ein Begehren an den

²²⁰ BBl 2002 3148, 3232; LORANDI, *Handelsgesellschaften*, S. 1380; BÖCKLI, § 13 N 493, BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 25; SCHÖNBÄCHLER, S. 264; BGE 138 III 407, E. 2.4; BGE 138 III 294, E. 3.1.4; Urteil BGer 4A_706/2012 vom 29. Juli 2013, E. 2.1.3.

²²¹ Urteil BGer 4A_706/2012 vom 29. Juli 2013, E. 2.2.2; Urteil BGer 4A_354/2013 vom 16. Dezember 2013, E. 2.3; BGE 143 I 328 E. 3.6.

²²² Urteil BGer 4A_354/2013 vom 16. Dezember 2013, E. 2.3.

²²³ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1811.

Verwaltungsrat zu stellen ist, nicht erfüllt werden kann. Somit ist ein Vorgehen gemäss Art. 699 Abs. 4 OR nicht möglich, womit sich stattdessen die Erhebung einer Organisationsmangelklage beim Gericht als zielführend erweisen könnte. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Richter die Generalversammlung gestützt auf Art. 731b Abs. 1^{bis} OR einberufen.²²⁴

- Ist der Verwaltungsrat handlungsunfähig und somit nicht ordnungsgemäss besetzt, kann ein Sachwalter vom Gericht eingesetzt werden, welcher die Generalversammlung einzuberufen hat, anlässlich derer der Verwaltungsrat neu besetzt werden muss. Rechtfertigen es die Umstände entsprechend, kann das Gericht in diesem Zusammenhang auch die bestehenden, nicht rechtmässig zusammengesetzten Verwaltungsräte abberufen.²²⁵ Gleiches gilt im Zusammenhang mit Revisionsstellen.²²⁶
- Lässt ferner eine bestehende, andauernde Pattsituation in einer Zweipersonenaktiengesellschaft ein vernünftiges Agieren der Generalversammlung nicht zu, ist die Auflösung der Gesellschaft nicht zwingend die einzige Lösung. Stattdessen ist auch an eine richterlich angeordnete Versteigerung oder einen Verkauf der Aktien durch einen Aktionär an den anderen denkbar.²²⁷ Bezüglich der Frage, ob die Übertragung der Beteiligung auf dem Weg des Verkaufs oder der Versteigerung zu erfolgen hat, ist auf die sich am Verfahren beteiligten Aktionären abzustellen, wonach sich eine Versteigerung insbesondere dann rechtfertigt, wenn mehrere, verschiedene Kaufangebote beim Gericht eingereicht werden.²²⁸

²²⁴ Vgl. zum Ganzen Urteil BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.6.

²²⁵ Urteil BGer 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013, E. 2.2.2; bestätigt in BGE 142 III 629, E. 2.3.1 sowie in Urteil BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3.; GLANZMANN/MEYER, S. 43.

²²⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 699.

²²⁷ BGE 138 III 294, E. 3.3.3; BGE 142 III 629, E. 2.3.1 f.; Urteil BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3.; VISCHER/ZYSSET, S. 1150 (mit Verweis auf Urteil BGer 4A_51/2017, vom 30. Mai 2017); HGer ZH, Urteil vom 6. August 2018, HE180111 ff.

²²⁸ HGer ZH, Urteil vom 6. August 2018, HE180111, E. 9.5 und 9.7.2.

C. Das Verfahren bis zur Konkursöffnung

I. Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend soll aufgezeigt werden, inwiefern sich die richterlich angeordnete Liquidation im Sinne von Art. 731b OR im Rahmen des Einleitungsverfahrens zu den SchKG-Konkursöffnungstatbeständen unterscheidet. Dabei soll zuerst auf die in diesem Zusammenhang relevanten Konkursöffnungsgründe eingegangen werden, indem summarisch auf die wesentliche Charakteristik der jeweiligen Tatbestände eingegangen wird.²²⁹ Anschliessend werden die Konkursöffnungstatbestände gem. SchKG sowie einzelne relevante Verfahrensschritte im Zusammenhang mit dem Einleitungsverfahren dem richterlichen Auflösungsentscheid i.S.v. Art. 731b OR gegenübergestellt, um einen bestmöglich Vergleich zu erzielen.

II. Konkursöffnungstatbestände im Allgemeinen

1. Allgemeines

Über Konkursbegehren wird stets im summarischen Verfahren gem. Art. 251 lit. a ZPO entschieden. Dabei gilt die beschränkte Untersuchungsmaxime, wonach das Gericht den zugrundeliegenden Sachverhalt *ex officio* feststellt.²³⁰ Der Entscheid des Konkursgerichts über die Konkursöffnung gem. Art. 171 SchKG ist ein Endentscheid i.S.v. Art. 236 Abs. 1 ZPO.²³¹

2. Konkursbetreibung

Artikel 39 SchKG enthält eine abschliessende Aufzählung von Schuldner, welche der sog. ordentlichen Konkursbetreibung unterstehen.²³² Der Konkursbetreibung inhärent ist

²²⁹ Aufgrund fehlender Relevanz zu Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR sind in dieser Arbeit die folgenden Konkursöffnungstatbestände nicht abgehandelt: Die ausgeschlagene Erbschaft gem. Art. 193 SchKG; die offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung und Nichtzustandekommen eines Nachlassvertrags i.S.v. Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 293a Abs. 3 oder 294 Abs. 3 SchKG; die Konkursöffnung v.A.w. wenn während einer bewilligten Nachlassstundung die Konkursöffnung zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens notwendig ist; die offensichtliche Aussichtslosigkeit auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrags oder ein Zuwiderhandeln des Schuldner gegen Art. 298 SchKG oder die Weisungen des Sachwalters (vgl. Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 296b und 298 SchKG); die Ablehnung des Nachlassvertrags i.S.v. Art. 309.

²³⁰ KREN KOSTKIEWICZ, § 7 N 1057 f.

²³¹ KREN KOSTKIEWICZ, § 7 N 1060.

²³² AMONN/WALTHER, § 9 N 3.

die Tatsache, wonach die Schuldner gem. Art. 39 Abs. 1 SchKG im Handelsregister eingetragen sein müssen, da sich daraus die Konkursfähigkeit ergibt.²³³ Die Eintragung entfaltet ihre Wirkung erst mit dem auf die Bekanntmachung im SHAB folgenden Tag²³⁴ und besteht noch während sechs Monaten seit erfolgter Streichung aus dem Handelsregister.²³⁵ Untersteht der Schuldner der Konkursbetreibung, müssen aufgrund des zwingenden Charakters der Bestimmung sämtliche Forderungen, welche sich gegen ihn richten, auf dem Weg der Konkursbetreibung eingefordert werden.²³⁶ Vorbehalten bleiben dabei Forderungen im Sinne von Art. 43 SchKG, welche aufgrund von sozialpolitischen Gründen nicht mittels Konkursbetreibung eingefordert werden können.^{237/238}

Nach erfolgreichem Einleitungsverfahren gem. Art. 67 ff. SchKG erfolgt die Betreibung auf Konkurs nach den Vorschriften gem. Art. 159 ff. SchKG. Das Konkursverfahrensrecht ist in den Art. 221 ff. SchKG sowie den dazugehörigen Verordnungen geregelt.

Sowohl die Konkursbetreibung als auch die nachfolgenden Konkursöffnungstatbestände ohne vorgängige Betreibung werden durch den örtlich zuständigen Konkursrichter gem. Art. 46 ff. SchKG erledigt.²³⁹

3. Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung

a. Allgemeines

Die Konkursöffnungen ohne vorgängige Betreibung sind abschliessend in den Art. 190 bis 193 geregelt.²⁴⁰

²³³ SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 2 Rz. 10.

²³⁴ Vgl. Art. 39 Abs. 3 SchKG.

²³⁵ Vgl. Art. 40 Abs. 1 SchKG.

²³⁶ BSK SchKG I-ACOCCELLA, Art. 39 N 5.

²³⁷ SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 2 Rz. 14; nichts desto trotz kann auch für Forderungen gem. Art. 43 SchKG eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung i.S.v. Art. 190 SchKG erfolgen, da es sich dabei um eine *lex specialis* zur Bestimmung von Art. 43 SchKG handelt, vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 19a; KUKO SchKG-JENT-SØRENSEN, Art. 43 N 5; vgl. dazu S. 36 f.

²³⁸ Exkurs: Anlässlich der Botschaft vom 26. Juni 2019 hat der Bundesrat der Bundesversammlung beantragt, den öff.-rechtl. Gläubigern für im öffentlichen Recht begründete Forderungen ein Wahlrecht einzuräumen, wonach diese erklären können, das Verfahren als Betreibung auf Pfändung oder neu auch als Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortzusetzen. Das Wahlrecht gem. Art. 43 E-SchKG würde foglich dazu führen, dass über insolvente Gesellschaften vermehrt der Konkurs eröffnet werden würden, womit gleichzeitig verhindert werden soll, dass sich der Schaden der öff.-rechtl. Gläubigern vergrössert. Diese Anpassung ist im revSchKG vom 01.01.2023 jedoch noch nicht enthalten (vgl. zum Ganzen BBl 2019 5193, 5216, 5219).

²³⁹ BSK ZPO-MAZAN, Art. 251 N 7.

²⁴⁰ KGer AI, Entscheid vom 6. Juli 2021, K 2-2021, E. 1.2.

Im Übrigen gelten aufgrund von Art. 194 SchKG die Vorschriften über den Kostenvorschuss (Art. 169 SchKG), die vorsorglichen Massnahmen (Art. 170 SchKG), den Konkursaufschub (Art. 173a und 173b SchKG), die Beschwerde gegen die Konkursöffnung (Art. 174 SchKG), den Zeitpunkt der Konkursöffnung (Art. 175 SchKG) sowie die Mitteilung der gerichtlichen Entscheide (Art. 176 SchKG) in analoger Weise für Konkursöffnungen ohne vorgängige Betreibungen.

b. Auf Antrag eines Gläubigers

Gemäss Art. 190 SchKG kann ein Gläubiger ohne Einleitung einer vorgängigen Betreibung und unabhängig des Erfordernisses der Konkursfähigkeit gem. Art. 39 SchKG die Konkursöffnung verlangen, wenn:²⁴¹

- der Aufenthaltsort des Schuldners unbekannt ist oder sich dieser auf der Flucht befindet, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen; betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen hat oder zu begehen versucht; oder bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht (Ziff. 1),²⁴²
- der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (Ziff. 2).

a) Bei juristischen Personen ist der Tatbestand gem. Ziff. 1 insbesondere dann erfüllt, wenn am eingetragenen Domizil niemand anwesend ist und der Aufenthaltsort der Organe unbekannt ist.²⁴³ Unbekannt ist der Aufenthaltsort dann, wenn dieser trotz angemessener sowie zumutbarer Ermittlungen des Gläubigers und trotz Konsultation behördlicher Hilfe nicht ermittelt werden konnte.²⁴⁴

In der Praxis ist häufig der Fall anzutreffen, wonach eine mangelbehaftete Gesellschaft aufgrund eines fehlenden Vertreters mit Wohnsitz in der Schweiz i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 konkursrechtlich Liquidiert wird. Ob dabei auch zugleich der Tatbestand gem. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG erfüllt wäre und somit eine Konkursöffnung nach SchKG herbeigeführt werden könnte, ist denkbar, wäre aber im Einzelfall unter Vorbehalt der Erfüllung der notwendigen Voraussetzung zu prüfen.

²⁴¹ Vgl. Art. 190 SchKG.

²⁴² Nachfolgend wird aufgrund mangelnder Relevanz zur Arbeit nicht auf die Konkursöffnungstatbestände bzgl. Verheimlichung des Vermögens sowie Schuldnerflucht eingegangen.

²⁴³ KUKO SchKG-HUBER, Art. 190 N 4.

²⁴⁴ AMONN/WALTHER, § 38 N 5.

b) Betrügerische Handlungen durch einen Schuldner liegen u.a. dann vor, wenn dieser mit schädigender Absicht versucht, sein Vermögen zu verschieben oder zu verheimlichen, Schulden vortäuscht, unbegründete Forderungen anerkennt oder deren Geltendmachung veranlasst.²⁴⁵ Die (versuchte) betrügerische Handlung hat gem. Wortlaut der Bestimmung zum Nachteil der Gläubiger zu erfolgen.²⁴⁶

c) Bei der Zahlungseinstellung genügt blosser Zahlungsunwille nicht um eine Konkursöffnung zu erwirken.²⁴⁷ Vielmehr wird vorausgesetzt, dass der Schuldner fällige Schulden nicht mehr bezahlt, Beteiligungen auflaufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag gegen die Forderungen erhebt und selbst kleine Rechnungsbeträge nicht mehr bezahlt.²⁴⁸ Zwar muss die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht nachgewiesen werden, jedoch ist die Einstellung der Zahlungen ein Indiz dafür.²⁴⁹ Hier besteht m.E. eine Gemeinsamkeit mit der konkursamtlichen Liquidation gem. Art. 731b Art. 1^{bis} Ziff. 3 OR. Auch ist bei der Organisationsmängelklage die Überschuldung der Gesellschaft keine Voraussetzung,²⁵⁰ in der Praxis jedoch der Regelfall. Denkbar wäre demnach, dass sämtliche Verwaltungsratsmitglieder aufgrund der prekären finanziellen Lage der Gesellschaft ihr Mandat niederlegen, womit ein Organisationsmangel begründet wird, und die Gesellschaft dadurch ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Demnach ist m.E. die gleichzeitige Erfüllung beider Tatbestände möglich.²⁵¹

Zur Einleitung der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung bedarf es grundsätzlich ein Konkursbegehren durch den Gläubiger. Zur Stellung des Begehrens legitimiert ist jeder Gläubiger, unbeachtlich der Tatsache, ob seine Forderung fällig ist.²⁵² Das Verfahren findet im Summarium gem. Art. 251 lit. a ZPO statt und untersteht dem Untersuchungsgrundsatz gem. Art. 255 lit. a ZPO, wonach keine Beweismittelbeschränkung vorgesehen ist.²⁵³ Die Beweislast für die Gläubigereigenschaft und den materiellen Konkursgrund obliegt dem antragsstellenden Gläubiger.²⁵⁴ Während die Gläubigereigenschaft dabei nur glaubhaft gemacht werden muss, ist in der Lehre das Beweismass des materiellen

²⁴⁵ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 7.

²⁴⁶ KUKO SchKG-HUBER, Art. 190 N 5.

²⁴⁷ KUKO SchKG-HUBER, Art. 190 N 9.

²⁴⁸ AMONN/WALTHER, § 38 N 13.

²⁴⁹ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 11a.

²⁵⁰ SCHÖNBÄCHLER, S. 279; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1385.

²⁵¹ Vgl. Urteil BGer 5A_137/2013 vom 12. September 2013, wonach sowohl das Vorgehen gem. Art. 190 Abs. 2 SchKG sowie kurze Zeit später die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b OR verlangt wurde.

²⁵² AMONN/WALTHER, § 38 N 16.

²⁵³ BSK ZPO-MAZAN, Art. 251 N 7.

²⁵⁴ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 26a; KUKO SchKG-HUBER, Art. 190 N 15.

Konkursgrundes nicht gänzlich klar. Umstritten ist demnach ob der materielle Konkursgrund glaubhaft gemacht,²⁵⁵ mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargelegt oder gar strikt bewiesen²⁵⁶ werden muss.²⁵⁷ In einem kürzlich ergangenen Entscheid des Obergerichtes Zürich gilt aufgrund der folgeschweren Konsequenzen, die einer Konkursöffnung inhärent sind, das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Demnach gilt ein Beweis als erbracht, „wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen“.²⁵⁸

c. Auf Antrag des Schuldners

aa. *Art. 191 SchKG (Insolvenzerklärung)*

Die Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG kann sowohl von Natürlichen als auch von Juristischen Personen abgegeben werden.²⁵⁹ Der Konkurs nach Art. 191 SchKG muss aufgrund des Missbrauchspotentials bzw. der sog. Flucht in den Konkurs, beim Richter beantragt und nicht wie früher einfach vom Schuldner bewirkt werden.²⁶⁰ Der Richter ist deshalb zu einer strengen Prüfung der finanziellen Verhältnisse des Schuldners angehalten.²⁶¹

Antragsberechtigt ist der Schuldner,²⁶² wonach der Schuldnerantrag zur Konkursöffnung sowie die Insolvenzerklärung im Falle der juristischen Person durch das zuständige Organ unter Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Anforderungen zu erfolgt

²⁵⁵ Glaubhaftmachung liegt bereits dann vor, wenn für das Vorhandensein einer Tatsache gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten, vgl. BGE 140 III 610, E. 4.1.

²⁵⁶ Das Beweismass des „strikten Beweises“ ist zu bejahen, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist, vgl. BGE 140 III 610, E. 4.1.

²⁵⁷ Für Glaubhaftmachung: AMONN/WALTHER, § 38 N 16; KUKO SchKG-HUBER, Art. 190 N 21; für überwiegende Wahrscheinlichkeit: BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 26b (irreführende Kommentierung, da in N 26a die Meinung vertreten wird, wonach überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt werden muss (vgl. N 26a), allerdings im nächsten Abschnitt das Vorliegen des strikten Beweises postuliert wird (vgl. N 26b)); für strikten Beweis: SK SchKG-TALBOT, Art. 190 N 22; BSK ZPO-MAZAN, Art. 251 N 3 mit Verweis, wonach auch im Summarverfahren grundsätzlich der volle Beweis erbracht werden muss und es demnach keine generelle Beweismassbeschränkung gibt, obwohl im SchKG zahlreiche Fälle vorgefunden werden können, bei denen die Glaubhaftmachung des Anspruchs genüge.

²⁵⁸ OGer ZH, Urteil vom 26. Februar 2020, PS190237, E. 2.3; OGer ZH, Urteil vom 11. August 2020, PS200148, E. 3.2; vgl. bzgl. Begrifflichkeiten BGE 140 III 610, E. 4.1.

²⁵⁹ Umfasst die AG, Kommandit-AG, SICAV, SICAF, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stiftung, KIG und die KmG, vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 191, N 13 ff.

²⁶⁰ AMONN/WALTHER, § 38 N 24

²⁶¹ KUKO-RONCORONI, Art. 191 N 3; AMONN/WALTHER, § 38 N 24.

²⁶² AMONN/WALTHER, § 38 N 28.

hat.²⁶³ Bei der AG ist demnach ein öffentlich beurkundeter Auflösungsbeschluss der Generalversammlung erforderlich, in dem die Zahlungsunfähigkeit festgestellt wird, die Abgabe der Insolvenzerklärung festgestellt wird und die Auflösung der Gesellschaft zufolge Zahlungsunfähigkeit beschlossen wird. Daraufhin hat der Verwaltungsrat beim Konkursrichter die Insolvenz zu erklären und die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen.²⁶⁴

ab. Art. 725a OR (Überschuldungsanzeige)

Der Konkursstatbestand der Überschuldung (ugs. Deponierung der Bilanz) begründet einen besonderen Konkursgrund gegenüber Kapitalgesellschaften und erfolgt aufgrund von Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR.²⁶⁵ Der Begriff der Überschuldung ist in Art. 725 Abs. 1 OR definiert. Demnach liegt eine Überschuldung vor, wenn das Fremdkapital einer Gesellschaft nicht mehr vollständig durch die Aktiven gedeckt ist. Besteht begründete Besorgnis einer solchen Überschuldung, aufgrund der wirtschaftlichen und finanziellen Lage sowie der Eigenkapitalbasis,²⁶⁶ muss unverzüglich eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor vorgelegt werden.²⁶⁷ Die Zwischenbilanz ist auf ihre Angemessenheit und Vertretbarkeit zu überprüfen.²⁶⁸ Bei offensichtlicher Überschuldung wird in der Gerichtspraxis jedoch regelmässig auf eine solche Prüfung verzichtet.²⁶⁹ Die Prüfung bezweckt zwar grundsätzlich, dass die prekäre finanzielle Lage nicht verfälscht wird, jedoch soll die Konkurseröffnung nicht zum Nachteil der Gläubiger und der Öffentlichkeit aufgrund der strengen Anforderung an eine formelle Prüfung durch den Revisor scheitern.²⁷⁰ Wird entgegen Art. 725 OR kein Revisor für die Prüfung der Bilanz bestellt, liegt ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR vor, wonach der Richter *ultima ratio* und auf Mitteilung eines Antragsberechtigten die konkursamtliche Liquidation der Gesellschaft anordnen kann.²⁷¹

²⁶³ BSK SchKG-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 191 N 13.

²⁶⁴ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 191 N 13a.

²⁶⁵ AMONN/WALTHER, § 38 N 31.

²⁶⁶ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 32.

²⁶⁷ Vgl. Art. 725 Abs. 2 OR.

²⁶⁸ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 39a.

²⁶⁹ Urteil BGer 5A_625/2015 vom 18. Januar 2016, E. 3.5.

²⁷⁰ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 39b.

²⁷¹ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 192 N 8a f.

Das Gericht eröffnet auf die Benachrichtigung des Verwaltungsrates hin v.A.w. den Konkurs i.S.v. Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR, sofern die Voraussetzungen der Überschuldung erfüllt sind und kein Antrag auf Konkursaufschub aufgrund allfälliger Sanierungsmöglichkeiten erfolgt.²⁷²

Auch für die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung auf Antrag des Schuldners gelten die Verfahrensgrundsätze gemäss Art. 194 SchKG. Zu erwähnen ist jedoch, dass im Falle der Deponierung der Bilanz kein Kostenvorschuss gem. Art. 169 SchKG geleistet werden muss.²⁷³

III. Die Besonderheiten der Liquidationsanordnung wegen Organisationsmängeln

1. Allgemeines²⁷⁴

Die Anordnung der konkursrechtlichen Liquidation aufgrund von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ist deshalb besonders, weil zwar ein Verfahren nach den Vorschriften über den Konkurs stattfindet, zu Beginn dieses Konkursverfahrens aber keine eigentliche Konkursöffnung steht.²⁷⁵ Daran ändert auch beispielsweise eine unpräzise Formulierung durch ein Bezirksgerichts nicht, welches im Urteilsdispositiv von einer „Konkursöffnung“ spricht, anstelle von einer richterlichen Auflösungsentscheid. Das falsche Urteilsdispositiv vermag keinen neuen, gesetzlich nicht vorgesehenen, materiellen Konkursgrund i.S. des SchKG zu schaffen.²⁷⁶

Im Falle der Anordnung der Liquidation durch das Gericht i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ist die Durchführung des Verfahrens nach dem SchKG aussergewöhnlich und einzigartig, da in allen übrigen Fällen, in denen eine Gesellschaft konkursrechtlich aufgelöst wird, ein Konkursgrund und eine Konkursöffnung gem. SchKG vorausgehen.²⁷⁷ Da der Gesetzgeber jedoch explizit auf eine Erweiterung der SchKG-Konkursöffnungstatbestände im Rahmen der Revision des Obligationenrechts verzichtet hat,²⁷⁸ ergeben sich

²⁷² BSK OR II-WÜSTNER, Art. 725a N 1 ff.

²⁷³ Vgl. Art. 194 Abs. 1 SchKG.

²⁷⁴ Die nachfolgenden Ausführungen gelten nicht nur für die Anordnung der konkursrechtlichen Liquidation i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR, sondern für sämtliche Massnahmen im Zusammenhang mit Organisationsmängeln.

²⁷⁵ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 24.

²⁷⁶ KGer AI, Entscheid vom 6. Juli 2021, K 2-2021, E. 1.3, dies war im Entscheid E 20-2019 des Präsidenten des Bezirksgerichtes vom 22. März 2019 der Fall, wonach diese bei einer mangelbehafteten Gesellschaft den „Konkurs eröffnet“ hat.

²⁷⁷ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1381; KGer AI, Entscheid vom 6. Juli 2021, K 2-2021, E. 1.2

²⁷⁸ Vgl. BBl 2002 3148 ff.; KGer AI, Entscheid vom 6. Juli 2021, K 2-2021, E. 1.2.

entsprechend im Fall von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR insb. im Rahmen des Einleitungsverfahrens diverse Besonderheiten bzw. Unterschiede im Vergleich zu den Konkursöffnungsstatbeständen gemäss SchKG,

Die Möglichkeit ein Konkursbegehren zu stellen, steht in direkter Konkurrenz zu den Ansprüchen gem. Art. 731b OR. Damit besteht keine vorgeschriebene Rangordnung, wonach eine Organisationsmängelverfahren gegenüber konkursrechtlichen Rechtsbehelfen nur subsidiär zur Verfügung steht. Zumindest solange über die Gesuchsgegnerin nicht (rechtskräftig) der Konkurs eröffnet wurde.²⁷⁹ Entsprechend ist nach erfolgter Konkursöffnung eine gleichzeitige oder spätere Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften von Art. 731b OR nicht mehr möglich. Analoges gilt in umgekehrter Konstellation.²⁸⁰

2. Einleitung des Konkursverfahrens und Eröffnungsbehörde

Im Falle der Organisationsmängelklage nach Art. 731b OR sind gemäss Wortlaut der Bestimmung die Aktionäre, unabhängig der Kapitalbeteiligung oder die Gläubiger der Gesellschaft aktivlegitimiert. Dabei hat der jeweilige Kläger seine Aktionärs- oder Gläubigereigenschaft zu beweisen.²⁸¹ Gemäss der h.L. sind die Exekutivorgane nicht dazu berechtigt, eine Organisationsmängelklage zu erheben (es sei denn, diese sind zugleich Aktionäre).²⁸² Weder Gläubiger noch Aktionäre haben dabei ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse nachzuweisen.²⁸³

Wie bereits erwähnt, wurde mit der Modernisierung des Handelsregisterrechts die bis 1. Januar 2021 verankerte Aktivlegitimation des Handelsregisterführers gestrichen, womit dem Handelsregisteramt bei festgestellten Organisationsmängeln seither keine Parteistellung mehr zukommt. Stattdessen hat das Handelsregisteramt i.S.v. Art. 939 Abs. 2 OR lediglich noch die Funktion eines Anzeigerstatters.²⁸⁴ Diese Revision führt sodann zu einem relevanten Wechsel in der gerichtlichen Zuständigkeit, da bisher sämtliche Organisationsmängelklagen als streitige Verfahren behandelt wurden.²⁸⁵

²⁷⁹ OGer ZH, Urteil vom 11. Dezember 2020, LF200049, E. 2.3.

²⁸⁰ Urteil BGer 5A_137/2013 vom 12. September 2013, E. 1.2.1 f.

²⁸¹ DOMENIG/GÜR, S. 174; vgl. bzgl. der Begrifflichkeit des „strikten Beweises“ vgl. S. 37.

²⁸² ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 9 f.

²⁸³ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1801, BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 12.

²⁸⁴ BBI 2015 3617, 3649.

²⁸⁵ OGer ZH, Beschluss vom 2. Juli 2021, LF210044, E. 4.

a. Sachliche und örtliche Zuständigkeit beim streitigen Organisationsmangelverfahren

Reicht ein Aktionär oder ein Gläubiger ein Organisationsmangelverfahren ein, handelt es sich nach wie vor stets um ein Streitiges Verfahren.²⁸⁶ Für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften können die Kantone nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO ein Fachgericht, namentlich das Handelsgericht, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist, bezeichnen.²⁸⁷ Gemäss § 44 lit. b GOG ist im Kanton Zürich in Falle des streitigen Verfahrens somit das Handelsgericht bzw. gem. § 45 lit. c GOG das Einzelgericht des Handelsgerichts zuständig, sofern der Streitwert mind. CHF 30'000.00 beträgt.²⁸⁸

Da in einem Organisationsmangelverfahren aufgrund der Offizialmaxime stets die Liquidation der Gesellschaft droht, ist der Streitwert im Grundsatz stets nach Massgabe des Gesamtwerts der betroffenen Gesellschaft zu berechnen.²⁸⁹ Demnach ist der Streitwert in einem Organisationsmangelverfahren pauschalisiert, nach dem jeweilig höchsten bekannten Wert aus drei sinnvollen Kenngrössen zu ermitteln, namentlich dem nominellen Kapital der Gesellschaft, dem tatsächlichen Jahresumsatz und den tatsächlich vorhandenen Aktiven.²⁹⁰ Selbst wenn aber die Streitwertgrenze in einem Organisationsmangelverfahren nicht erreicht wäre, wird in der Zürcher Gerichtspraxis aufgrund der weitreichenden wirtschaftlichen Auswirkungen der Auflösung von einem CHF 30'000.00 übersteigenden Streitwert ausgegangen.²⁹¹ Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der mangelbehafteten Gesellschaft um eine GmbH mit einem Stammkapital von CHF 20'000.00 handelt.²⁹²

Wäre der Streitwert rein hypothetisch nicht erreicht, würde sich die Zuständigkeit wohl nach § 24 lit. c GOG richten, wonach Angelegenheiten und Streitigkeiten im summarischen Verfahren durch den Einzelrichter am zuständigen Bezirksgericht entschieden werden, sofern sie keiner anderen Instanz zugewiesen werden können.

²⁸⁶ Urteil BGer 4A_321/2008 vom 5. August 2010, E. 2; Urteil BGer 4A_238/2014 vom 19. Januar 2015, E. 2.2.1.

²⁸⁷ DOMENIG/GÜR, S. 171.

²⁸⁸ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, Kommentar GOG, § 45 N 20; DOMENIG/GÜR, S. 171; OGer ZH, Urteil vom 11. Dezember 2020, LF200049, E. IV./2.

²⁸⁹ SCHÖNBÄCHLER, S. 412 ff.

²⁹⁰ Urteil BGer 4A_499/2019 vom 25. März 2020, E. 1.3; OGer ZH, Urteil vom 17. Mai 2021 LF210031, E. 2.2.; OGer ZH, Urteil vom 11. Dezember 2020, LF200049, E. IV./4; OGer ZH, Beschluss vom 31. August 2021, LF210047, E. 2.2.

²⁹¹ Urteil BGer 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013, E. 1.1; Urteil BGer 4A_425/2011 vom 12. Dezember 2011, E. 1.2.

²⁹² DOMENIG/GÜR, S. 171

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich dabei nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach das Gericht am Sitz der mängelbehafteten Gesellschaft zuständig ist. Demnach ist bei streitigen Organisationsmängelverfahren nicht wie bei SchKG-Konkurseröffnung das Konkursgericht am Betreibungsort der Gesellschaft i.S.v. Art. 46 ff. SchKG zuständig, sondern das Einzelgericht des Handelsgerichts am Sitz der Gesellschaft.²⁹³

b. Sachliche und örtliche Zuständigkeit beim nicht streitigen Organisationsmängelverfahren

Stellt das Handelsregisteramt Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation von Gesellschaften fest, ist es aus Gründen des Verkehrsschutzes verpflichtet, die Gesellschaft zur Mängelbehebung aufzufordern.²⁹⁴ Sofern der Mangel nicht behoben wird, kommt dem Handelsregisteramt im darauffolgenden Gerichtsverfahren keine Parteistellung zu,²⁹⁵ womit das durch das Handelsregisteramt eingeleitete Organisationsmängelverfahren neuerdings ein Einparteienverfahren ist, und damit der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeteilt wird.²⁹⁶ Entsprechend steht damit nicht mehr der Entscheid über Rechtsstreitigkeiten im Vordergrund, sondern die in diesem Zusammenhang stehende Rechtsfürsorge.²⁹⁷

Stellt das Handelsregisteramt nun also aufgrund des Handelsregistereintrags und den vorhandenen Belegen²⁹⁸ Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation fest, hat es der entsprechenden Gesellschaft mittels eingeschriebener Postsendung eine Frist zur Mängelbehebung anzusetzen und diese über die Folgen der Nichteinhaltung zu orientieren.²⁹⁹ Das Verfahren des Handelsregisteramtes i.S.v. Art. 939 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 152 ff. HRegV muss zwingend durchgeführt werden, bevor die Angelegenheit an das Gericht überwiesen werden kann.³⁰⁰ Die Fristansetzung liegt im Ermessen des Handelsregisteramtes und kann entsprechend auch erstreckt werden.³⁰¹ Ist die Zustellung der Aufforderung hingegen unmöglich, da bspw. das Rechtsdomizil der Gesellschaft nicht mehr den

²⁹³ Vgl. zum Ganzen MÜLLER/MÜLLER, S. 52; DOMENIG/GÜR, S. 172; SUTTER-SOMM/GUT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 10 N 20.

²⁹⁴ Vgl. Art. 939 OR; BK-SIFFERT, Das Handelsregister, Art. 939 OR N 3.

²⁹⁵ VON DER CRONE, § 20 Rz. 1800.

²⁹⁶ DOMENIG/GÜR, S. 172; OGer ZH, Beschluss vom 2. Juli 2021, LF210044, E. 4.

²⁹⁷ BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 1 N 6; DOMENIG/GÜR, S. 172.

²⁹⁸ BK-SIFFERT, Das Handelsregister, Art. 939 OR N 10.

²⁹⁹ Vgl. Art. 939 Abs. 1 OR, Art. 152 Abs. 1 und 2 sowie Art. 152a HRegV

³⁰⁰ BK-SIFFERT, Das Handelsregister, Art. 939 OR N 11.

³⁰¹ BK-SIFFERT, Das Handelsregister, Art. 939 OR N 17 und 19.

Tatsachen entspricht und das neue Domizil trotz zumutbarer Nachforschungen nicht festgestellt werden konnte, erfolgt die Mitteilung durch Publikation im SHAB.³⁰² Wird der Mangel nicht fristgerecht behoben, wird die Angelegenheit i.S.v. Art. 939 Abs. 2 OR an das Gericht überwiesen.³⁰³

Betreffend der sachlichen Zuständigkeit im nicht streitigen Organisationsmängelverfahren gem. Art. 939 OR ist im Kanton Zürich nicht das Handelsgericht, sondern das Einzelgericht des Bezirksgerichts zuständig.³⁰⁴

Die örtliche Zuständigkeit im Falle des nicht streitigen Verfahrens richtet sich nach Art. 19 ZPO, wonach das Gericht am Sitz der mangelbehafteten Gesellschaft zuständig ist.³⁰⁵

Wird die Angelegenheit an das Gericht überwiesen, ergreift es die erforderlichen Massnahmen.³⁰⁶ Sowohl die Abwicklung des streitigen als auch des nicht streitigen Verfahrens erfolgt im Summarium gem. Art. 250 lit. c³⁰⁷ bzw. Art. 248 lit. e ZPO.³⁰⁸

3. *Vorsorgliche Massnahmen*

Das Gericht kann gem. Art. 170 SchKG sofort nach Anbringung des Konkursbegehrens die zur Wahrung der Rechte der Gläubiger notwendigen vorsorglichen Vorkehrungen treffen.³⁰⁹ Vorsorgliche Massnahmen sind materielle Anordnungen des Gerichts, mit denen einer Partei vor oder während des Verfahrens ein vorläufiger Rechtsschutz gewährt werden kann.³¹⁰ Entsprechend soll verhindert werden, dass ein gewissenlosen Schuldners nach Stellung des Konkursbegehrens Aktiven beseitigt, um damit den Gläubigern zu schaden.³¹¹ In der Praxis sind vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 170 SchKG eher selten, obwohl diese eigentlich dem Interessen der Gläubigergesamtheit dienen würde, eine

³⁰² Vgl. Art. 152a Abs. 3 lit. a und b HRegV.

³⁰³ Wie bereits erwähnt soll mit dem Begriff „überweisen“ zum Ausdruck gebracht werden, dass dem Handelsregisteramt in keinem Fall Parteistellung zukommen soll und dieses demnach auch keine Anträge über den Ausgang des Verfahrens stellen kann oder ein allfälliges Rechtsmittel gegen den Entscheid des Gerichts ergreifen kann. Entsprechend können dem Handelsregisteramt aber auch keine Prozesskosten auferlegt werden, vgl. im Detail BBl 2015 3617, 3649.

³⁰⁴ Vgl. § 24 lit. c GOG; DOMENIG/GÜR, S. 172.

³⁰⁵ DOMENIG/GÜR, S. 173.

³⁰⁶ Art. 939 Abs. 2 Satz 2 OR; vgl. bzgl. Massnahmen S. 27 ff.

³⁰⁷ Daran ändert auch nichts, dass in Art. 250 lit. c Ziff. 6 und Ziff. 11 ZPO nur zwei der möglichen Massnahmen genannt werden, den die Frage, welche Massnahme anzuordnen ist, fällt in den Bereich der Offizialmaxime, und es muss für das gesamte Verfahren einheitlich dieselbe Verfahrensart gelten, vgl. OGer ZH, Urteil vom 11. Dezember 2020, LF 200049, E. IV./1.

³⁰⁸ DOMENIG/GÜR, S. 173; OGer ZH, Urteil vom 11. Dezember 2020, LF 200049, E. IV./1.

³⁰⁹ Vgl. Art. 170 SchKG.

³¹⁰ HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 N 1.

³¹¹ FRITSCHI, S. 81 f.

möglichst vorteilhafte Deckung im Konkursverfahren zu erwirken.³¹² Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfolgt auf Antrag eines Gläubigers oder *ex officio* durch das Gericht.³¹³ Es ist jedoch Sache des Gerichts, sinnvolle und effektive Massnahmen für die Sicherung allfälliger Vermögenswerte zu treffen.³¹⁴ Um den Schutz der Gläubigerinteressen zu gewährleisten, können die Massnahmen sodann im summarischen Verfahren gem. Art. 251 lit. a ZPO superprovisorisch und ohne Anhörung des Schuldners vorgenommen werden.³¹⁵ Sachlich und örtlich Zuständigkeit ist das Konkursgericht, an welches das Konkursbegehren gestellt wurde.³¹⁶ Mit der Konkurseröffnung und dem damit verbundenen Konkursbeschluss fallen die vorsorglich angeordneten Massnahmen *eo ipso* dahin.³¹⁷

In Organisationsmängelverfahren gem. Art. 731b OR wird die Anwendung von Art. 170 SchKG zurecht verneint, da die Liquidation der Gesellschaft zwar grundsätzlich nach den Regeln über den Konkurs erfolgt, sich das Einleitungsverfahren allerdings nicht nach dem SchKG, sondern nach Art. 261 ff. ZPO richtet.³¹⁸ Da für die Anordnung des Liquidationsverfahrens nach Art. 731b OR nicht zwingend eine Überschuldung vorausgesetzt wird, sind vorsorgliche Massnahmen zugunsten der Gläubiger ebenfalls eher selten, können aber nichts desto trotz als notwendig erscheinen.³¹⁹ Denkbar sind demnach insbesondere vorsorgliche Massnahmen, die zur Sicherstellung des mit dem Verfahren gem. Art. 731b OR verfolgten Ziel einhergehen,³²⁰ womit die Wahl der vorsorglichen Massnahme im Ermessen des Gerichts steht.³²¹ Die örtliche Zuständigkeit im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen im Organisationsmängelverfahren richtet sich nach Art. 13 ZPO, wonach das Gericht am Ort der zu entscheidenden Hauptsache zuständig ist.³²² Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht.³²³ Da auch im Falle der vorsorglichen Massnahmen gem. ZPO die Dringlichkeit in der Sache der Natur liegt, wird gleichermassen im summarischen Verfahren gem. Art. 252-256 ZPO entschieden.³²⁴ Sofern die

³¹² KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 170 N 1.

³¹³ SK SchKG-TALBOT, Art. 170 N 1.

³¹⁴ SK SchKG-TALBOT, Art. 170 N 2.

³¹⁵ BSK SchKG II-NORDMANN, Art. 170 N 10.

³¹⁶ BSK SchKG II-NORDMANN, Art. 170 N 11.

³¹⁷ Vgl. Art. 221 ff. SchKG; BSK SchKG II-NORDMANN, Art. 170 N 12.

³¹⁸ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1384; SCHÖNBÄCHLER, S. 397.

³¹⁹ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1384.

³²⁰ SCHÖNBÄCHLER, S. 396.

³²¹ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 1.

³²² BSK ZPO-SPRECHER, Vor Art. 261-269, N 60; HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 N 15.

³²³ HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 N 16.

³²⁴ BSK ZPO-SPRECHER, Vor Art. 261-269, N 73.

Anforderungen gem. Art. 265 ZPO erfüllt sind, können die vorsorglichen Massnahmen im Falle von Art. 731b OR ebenfalls superprovisorisch angeordnet werden.³²⁵

Im Organisationsmangelverfahren können vorsorgliche Massnahmen sodann von dem Gesuchsteller beim zuständigen Gericht verlangt werden, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind.³²⁶ Aufgrund des herrschenden Officialgrundsatzes kann bzw. muss das Gericht, unabhängig allfälliger Parteianträge, von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen anordnen, wenn dies als notwendig erachtet wird.³²⁷

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Falle von Art. 731b OR setzt sodann voraus, dass (1) dem Gesuchsteller gegenüber dem Gesuchsgegner ein materieller zivilrechtlicher Anspruch zusteht (sog. Verfügungsanspruch, gem. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), (2) der Gesuchsgegner diesen Anspruch verletzt oder zu verletzen droht (lit. a), (3) dem Gesuchsteller aus der Verletzung des Anspruchs ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (lit. b), (4) die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zeitlich dringlich ist und (5) die vorsorgliche Massnahme verhältnismässig ist.³²⁸

4. *Konkursaufschub und -aussetzung*

a. Konkursaufschub

Im Falle der Überschuldungsanzeige gem. Art. 725 OR kann das Gericht auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers die Konkursöffnung aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht (sog. Konkursaufschub).³²⁹ Der Konkursaufschub ist an gewisse formelle und materielle Voraussetzungen gebunden, wonach u.a. verlangt wird, dass (1) eine formell richtige Überschuldungsanzeige eingereicht wird, (2) ein entsprechender Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubiger vorliegen muss, (3) die Leistung eines Kostenvorschusses erfolgt, (4) und eine tatsächliche Überschuldung der Gesellschaft gegeben ist.³³⁰

Im Organisationsmangelverfahren gem. Art. 731b OR und der damit verbundenen Liquidation der Gesellschaft ist indessen ein Konkursaufschub in analoger Anwendung von

³²⁵ DOMENIG/GÜR, S. 178.

³²⁶ SCHÖNBÄCHLER, S. 395.

³²⁷ BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 5.

³²⁸ AppGer BS, Urteil vom 11. Juni 2020, ZB.2020.9, E. 2.3.1.; HGer ZH, Urteil vom 2. Juni 2021, HE210070, E. 3 ff.

³²⁹ Art. 725a Abs. 1 OR.

³³⁰ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 5 f., vgl. für sämtliche formellen und materielle Voraussetzung denselben.

Art. 725a OR ausgeschlossen.³³¹ Wie aufgezeigt, bedarf es für einen Konkursaufschub einer formell korrekten und beim Gericht deponierten Überschuldungsanzeige, welche aufgrund der Charakteristik von Art. 731b regelmässig ausbleibt. Sodann findet keine eigentliche Konkursöffnung statt, weshalb auch kein Aufschub derselben erfolgen kann. Schliesslich ist im Falle von Art. 731b OR keine Überschuldung vorausgesetzt, weshalb sich die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft einzig als Folge bestehender Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation ergibt.³³²

b. Aussetzung des Konkursentscheides

Dasselbe dürfte sodann auch für die in Art. 173 und 173a SchKG statuierten Aussetzungsgründe einer allfälligen Konkursöffnung gelten. Erfolgt eine SchKG-Konkursöffnung kann der Richter den Entscheid über den Konkurs u.a. dann aussetzen, wenn von der Aufsichtsbehörde infolge einer Beschwerde oder vom Gericht gem. Art. 85 oder 85a Abs. 2 SchKG die Einstellung der Betreibung verfügt wird, im vorangegangenen Verfahren eine nichtige Verfügung i.S.v. Art. 22 Abs. 1 SchKG erlassen wurde, vom Schuldner bzw. Gläubiger ein Gesuch um Nachlassstundung oder Notstundung eingereicht wird oder schliesslich v.A.w. Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages vorliegen.³³³ Dabei handelt es sich um keine abschliessende Aufzählung.³³⁴

Da im Falle von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 SchKG keine eigentliche Konkursöffnung erfolgt, demzufolge kein Einleitungsverfahren gem. SchKG vorgeht und im OR eine entsprechend analoge Bestimmung fehlt, kann m.E. keine Aussetzung des Liquidationsentscheides erfolgen.

5. *Kostenvorschuss*

Der Gläubiger, welcher eine Konkursöffnung im Rahmen des SchKG anstrebt, haftet gem. Art. 169 SchKG für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gem. Art. 230 SchKG oder bis zum Schuldenruf gem. Art. 232 SchKG entstehen. Danach kann das Gericht vom Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (Abs. 2). Im Kanton Zürich setzt die Verwaltungskommission des Obergerichts

³³¹ ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 68.s

³³² SCHÖNBÄCHLER, S. 279; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1385.

³³³ Vgl. Art. 173 und 173a SchKG.

³³⁴ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 173 N 2.

den bei der Stellung eines Konkursbegehrens und bei der Erklärung der Zahlungsunfähigkeit zu leistenden Kostenvorschuss fest.³³⁵ Dieser beträgt regelmässig CHF 1'800.00.³³⁶

Im Fall der Auflösung und Liquidation einer Gesellschaft aufgrund von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR besteht für den Kläger keine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses, da es im OR einer solchen Bestimmung fehlt und die konkursrechtliche Bestimmung von Art. 169 SchKG keine analoge Anwendung findet.³³⁷ Wird das Konkursverfahren entsprechend i.S.v. Art. 230 SchKG mangels vorhandener Aktiven eingestellt, werden die bis dahin aufgelaufenen Massverbindlichkeiten bzw. die konkursamtlichen Gebühren und Auslagen vom Gemeinwesen (Kanton) getragen, da eine anderweitige Abwälzung der Kosten auf die Gesellschaft oder einen Kläger ausgeschlossen ist.³³⁸

D. Die Anwendung von Regeln des ordentlichen Konkursverfahrens auf Konkurse zufolge von Organisationsmängeln

I. Einleitende Bemerkungen

Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel im Zusammenhang mit dem richterlichen Auflösungsentscheid gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ist die Schaffung eines geordneten Systems, indem mangelbehaftete Gesellschaften unter Kontrolle der staatlichen Behörden liquidiert werden. Dabei sind jedoch nicht alle Bestimmungen des SchKG gleichermassen anwendbar, da die Gesellschaft im Falle von Art. 731b OR u.a. nicht notwendigerweise insolvent sein muss.³³⁹ Entsprechend soll nachfolgend aufgezeigt werden, inwiefern sich die SchKG-Konkuseröffnungen von dem Auflösungsentscheid des Richters gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR während der Verfahrensabwicklung unterscheidet. Nebst Konsultation der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung, sollen die Unterschiede ferner anhand praktischer Beispiele und Erläuterungen aufgezeigt werden.

³³⁵ § 6 der Verordnung des Obergerichtes über die Geschäftsführung der Konkursämter (Kantonale Konkursverordnung) vom 9. Dezember 1998.

³³⁶ Vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 1999 (Nr. 329).

³³⁷ LORANDI, *Handelsgesellschaften*, S. 1392.

³³⁸ SCHÖNBÄCHLER, S. 294.

³³⁹ Urteil BGer 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022, E. 5.1.1.

Zu erwähnen ist vorab, dass sich die gerichtliche Zuständigkeit für die Anordnung des Liquidationsverfahrens bzw. für die Konkurseröffnung gem. SchKG im Einleitungsverfahren unterscheidet. Für die Entscheide im Rahmen des Konkursverfahrens (bspw. über die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven) ist jedoch auch im Falle von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ausschliesslich das örtlich zuständige Konkursgericht aufrufbar.³⁴⁰ Ferner kann der Zivilrichter, welcher die Liquidation der Gesellschaft i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR anordnet, keine andere Person als das Konkursamt mit der Verfahrensabwicklung beauftragen.³⁴¹

II. Die Grundsätzliche Anwendung der Regeln zum Konkursverfahren

Wird eine mangelbehaftete Gesellschaft *ultima ratio* im Sinne von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR aufgelöst und liquidiert, erfolgt dies nach den Vorschriften über den Konkurs. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist.³⁴² Die Anordnung der Auflösung der Gesellschaft ist die in der Praxis die am häufigsten nach Art. 731b OR angeordnete Massnahme.³⁴³ Zu erwähnen ist demnach nochmals, dass zwar keine Überschuldung der Gesellschaft vorausgesetzt wird, dies in der Praxis jedoch den Regelfall darstellt. Mit der Schaffung der aktienrechtlichen Regelung über den Umgang mit mangelbehafteten Gesellschaft wurde kein neuer schuldbetriebsrechtlicher Konkursgrund geschaffen.³⁴⁴ Entsprechend sind die Regeln des Konkurses nur sinngemäss anwendbar.³⁴⁵

In der Lehre unbestritten ist die Tatsache, dass für die Durchführung des Liquidationsverfahrens das formelle Konkursrecht, welches sich mit den verfahrensrechtlichen Vorschriften befasst³⁴⁶ und in Art. 221 bis 270 SchKG geregelt ist, analog Anwendbar ist.³⁴⁷ Unklar ist hingegen die Frage nach dem Anwendungsbereich des materiellen Konkursrechts auf die aktienrechtliche Bestimmung von Art. 731b OR.³⁴⁸ Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass ausschliesslich die Bestimmungen gem. Art. 221 bis 270 SchKG

³⁴⁰ LORANDI, S. 1390.

³⁴¹ AppGer BS, Urteil vom 16. Dezember 2020, ZB.2020.37, E. 2.4.

³⁴² BBl 2002 3148, 3232.

³⁴³ VISCHER, S. 365.

³⁴⁴ Urteil BGer 5A_235/2007 vom 14. November 2007, E. 4.3; Bürge/Gut, S. 160.

³⁴⁵ Urteil BGer 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022, E. 5.1.1.

³⁴⁶ SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 7 Rz. 92.

³⁴⁷ BÜRGE/GUT, S. 160; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1391; SCHÖNBÄCHLER, S. 286 f.

³⁴⁸ Die Bestimmungen des materiellen Konkursrechts behandelt die materiellen Auswirkungen auf die Rechte und Rechtsverhältnisse des Schuldners, der Gläubiger und der Masse als Sondervermögen und sind namentlich die Art. 197 bis 220 SchKG, vgl. SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 7 Rz. 92; Urteil BGer 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022, E. 5.1.1.

Anwendung finden.³⁴⁹ Autoren wie LORANDI oder SCHÖNBÄCHLER plädieren hingegen, dass sämtliche Bestimmungen des SchKG, soweit diese selbstverständlich überhaupt auf ein Konkursverfahren anwendbar sind, auch im Falle von Art. 731b OR gelten. Demnach sind also nicht nur Art. 197 bis 270 SchKG, sondern auch die Bestimmungen der KOV, des VZG sowie andere anwendbare Verordnungen und schliesslich auch die allgemeinen Bestimmungen des SchKG, wie bspw. die betriebsrechtliche Beschwerde gem. Art. 17 ff. SchKG, anwendbar.³⁵⁰

Tatsächlich ist die Bestimmung gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR irreführend, statuiert diese schliesslich nur, dass die Liquidation der Gesellschaft „nach den Vorschriften über den Konkurs“ zu erfolgen hat, womit zumindest dem Wortlaut nach denkbar wäre, dass lediglich das Konkursverfahrensrecht gem. Art. 221 ff. SchKG anwendbar ist. Nichts desto trotz ist m.E. der Lehrmeinung von LORANDI und SCHÖNBÄCHLER zuzustimmen, wonach sämtliche Bestimmungen, welche auch für eine nach SchKG ergangene Konkursöffnung anwendbar sind, gleichermassen für die richterliche Auflösung gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR gelten. Dies ist einerseits deshalb als sinnvoll zu erachten, weil die Liquidation der Gesellschaft nach den Regeln des Konkurses vonstattengeht, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten und die Gläubigerinteressen zu schützen,³⁵¹ und andererseits der richterliche Auflösungsentscheid (zumindest funktional) einem Konkursdekret gleichgestellt ist.³⁵²

Im Entscheid 5A_306/2014 des Bundesgerichts wurde eine Gesellschaft nach den Bestimmungen von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR aufgelöst und nach den Vorschriften über den Konkurs liquidiert. Darin wurde festgehalten, dass der mit der Konkursöffnung bewirkte Konkursbeschluss aufgehoben wird und demnach nach Ablauf der Frist gem. Art. 230 Abs. 2 SchKG alle Befugnisse der Konkursverwaltung hinsichtlich Verwaltung und Verwertung der Masse dahinfallen.³⁵³ Dies führt folglich zum Schluss, dass zumindest aus Sicht der Gerichte die materiellen Konkursbestimmungen gem. Art. 197 bis 203 SchKG, welche die Konkursmasse und deren sachlichen Umfang definieren, sehr wohl im Falle der Liquidation gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR Anwendung finden. Dies gilt aufgrund der funktionalen Ähnlichkeit des Konkursöffnungsentscheides und des

³⁴⁹ Vgl. zu diesen Lehrmeinungen in SCHÖNBÄCHLER, S. 286 (FN 1128).

³⁵⁰ LORANDI, *Handelsgesellschaften*, S. 1391; SCHÖNBÄCHLER S. 286 f.

³⁵¹ BÜRGE/GUT, S. 160.

³⁵² Urteil BGer 5A_665/2012 vom 28. März 2013, E. 3.3.1; Urteil BGer 5A_306/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 3.3.3.

³⁵³ BGE 127 III 371, E. 4b.

richterlichen Auflösungsentscheidendes namentlich auch für die Bestimmungen gem. Art. 204 bis 207 SchKG im Zusammenhang mit der Wirkung des Konkurses auf das Vermögen des Schuldners.³⁵⁴ Schliesslich besteht, zumindest aus einer praxisbezogenen Sicht, ein unabdingbarer Konnex zwischen dem materiellen und formellen Konkursrecht. Andernfalls wäre eine Abwicklung des Konkursverfahrens im Falle von Art. 731b OR undenkbar, knüpfen die Bestimmungen des Konkursverfahrensrecht schliesslich unweigerlich an die materiellen Konkursbestimmungen an.

Gleiches gilt für die materiellen Wirkungen der Konkursöffnung auf die Rechte der Gläubiger gem. Art. 208 ff. SchKG. Die Generalexekution, wie sie im Rahmen des Konkurses angestrebt wird, ist in der Praxis nur durchführbar, wenn die damit verbundenen Gläubigerrechte entsprechend modifiziert werden. So tritt bspw. mit der Konkursöffnung die Fälligkeit sämtlicher Forderungen v.G.w. ein, um die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherzustellen.³⁵⁵ Ähnliches gilt im Falle des Stopps des Zinsenlaufs gem. Art. 209 Abs. 1 SchKG, wonach mit der Anordnung des Konkurses der Zinsenlauf gegenüber dem Schuldner aufhört. Diese Bestimmung bezweckt zwar keinen Gläubigerschutz, dient jedoch dazu, die Tätigkeit der Konkursverwaltung zu erleichtern, indem es diese von mühsamen Zinsberechnungen befreit.³⁵⁶ Schliesslich kann auch im Falle der Bestimmung von Art. 219 und 220 SchKG, welche das Rangverhältnis der Gläubiger regelt, festgehalten werden, dass die Erstellung des Kollokationsplanes gem. Art. 247 SchKG zwangsläufig an diese materiellen Konkursbestimmungen knüpft und andernfalls keine Erstellung des Kollokationsplanes erfolgen könnte.³⁵⁷

Aufgrund des Gesagten sind zumindest aus Sicht der Praxis die Bestimmungen gem. Art. 197 ff. SchKG gleichermassen für den Fall der konkursrechtlichen Liquidation von Art. 731b OR anwendbar, da ansonsten ein reibungsloser Verfahrensablauf sowie eine funktionierende Verfahrensökonomie ausgeschlossen wäre. Entsprechend werden in der Praxis Liquidationsverfahren (mit Ausnahme der nachfolgenden Ausführungen) gleich behandelt wie Konkursöffnungen gemäss SchKG. Eine Analogie im Zusammenhang mit Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR kann schliesslich auch zu der Konkursliquidation gem. BankG gezogen werden, wonach die FINMA über insolvente Banken die Liquidation anordnet und demnach keine Konkursöffnung gem. SchKG durch den Konkursrichter

³⁵⁴ BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 204 N 8, wonach der Konkursöffnung ein Auflösungsentscheid gem. Art. 731b OR gleichgestellt ist.

³⁵⁵ BSK SchKG II-SCHWOB/FISCHER, Art. 208 N 1.

³⁵⁶ BSK SchKG II-SCHWOB/FISCHER, Art. 209 N 1.

³⁵⁷ Art. 247 SchKG verweist dabei sogar ausdrücklich auf die Bestimmungen von Art. 219 und 220 SchKG.

vorgeht.³⁵⁸ Gem. Art. 34 Abs. 1 und 2 BankG sind sodann die in Art. 197-270 SchKG verankerten Wirkungen der Konkureröffnungen analog anwendbar, obwohl ebenfalls „nur“ eine Konkursliquidation erfolgt.³⁵⁹

III. Die Besonderheiten des Konkursverfahrens wegen Organisationsmängeln

1. Zeitpunkt der Wirkung des Entscheides und Rechtsmittel dagegen

a. SchKG-Konkureröffnungen

Konkureröffnungen nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz gelten gem. Art. 175 Abs. 1 SchKG mit dem Entscheid des Konkursrichters als sofort eröffnet. Der Richter hat den Zeitpunkt der Konkureröffnung nach Tag, Stunde und Minute genau im Konkursdekret zu bestimmen,³⁶⁰ da ab diesem spezifischen Zeitpunkt das Konkursurteil, als Gestaltungsurteil, seine materiellen und formellen Konkurswirkungen sowie die betriebsrechtlichen und zivilrechtlichen Wirkungen unmittelbar entfaltet und sofort vollstreckbar ist.³⁶¹

Gegen den Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO an ein oberes kantonales Gericht³⁶² vorgegangen werden.^{363/364} Anfechtungsobjekt ist dabei der Entscheid des Konkursgerichtes.³⁶⁵ Die 10-tägige Beschwerdefrist gem. Art. 174 Abs. 1 SchKG beginnt mit der Zustellung des begründeten Urteils durch die Post oder mit dem Tag, an dem die Zustellfiktion gem. Art. 138 Abs. 3 ZPO greift.^{366/367} Bei der Frist handelt es sich sodann um eine Verwirkungsfrist, welche nicht erstreckt, aber immerhin unter Erfüllung der Voraussetzungen gem. Art. 33 Abs. 4 SchKG wiederhergestellt werden kann.³⁶⁸

³⁵⁸ Vgl. Art. 33 BankG.

³⁵⁹ SCHÖNBÄCHLER, S. 286.

³⁶⁰ Art. 175 Abs. 2 SchKG; AMONN/WALTHER, § 36 N 48; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 175 N 3.

³⁶¹ SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 3 Rz. 40; KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 175 N 1 f.

³⁶² Im Kanton Zürich ist dies die II. Zivilkammer am Obergericht Zürich.

³⁶³ Vgl. Art. 174 SchKG.

³⁶⁴ Art. 174 SchKG gilt aufgrund der Bestimmung von Art. 194 Abs. 1 SchKG auch für sämtliche Konkureröffnungstatbestände ohne vorgängige Betreuung.

³⁶⁵ AMONN/WALTHER, § 36 N 52.

³⁶⁶ Gem. der Zustellfiktion gilt das mittels eingeschriebener Post zugestellte, aber nicht abgeholte Urteil des Konkursgerichtes entweder ab dem siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern die Person mit der Zustellung rechnen musste (lit. a) oder ab dem Tag der Weigerung durch die empfangsbedürftige Person, bei persönlicher Zustellung (lit. b); vgl. BSK SchKG-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 11.

³⁶⁷ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 11.

³⁶⁸ SK SchKG-TALBOT, Art. 174 N 3.

Der Beschwerde kommt sodann grundsätzlich v.G.w. keine aufschiebende Wirkung zu.³⁶⁹ Allerdings kann die Rechtsmittelinstanz auf Antrag einer Partei oder *ex officio* eine solche gewähren, wenn aufgrund der Beschwerdebegründung und der eingereichten Beweise wahrscheinlich ist, dass der Beschwerde Erfolg beschert ist.³⁷⁰ Demnach geht also Art. 174 Abs. 3 SchKG als *lex specialis* der Bestimmung von Art. 325 ZPO grundsätzlich vor.³⁷¹ In diesem Zusammenhang ist in der Praxis von besonderer Relevanz, dass eine erfolglose Beschwerde, welcher allerdings zuvor die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, einen neuen Konkursöffnungszeitpunkt begründet, da erst mit der Abweisung der Beschwerde die materiellen und formellen Konkurswirkungen entfaltet werden.³⁷²

Noven sind im Beschwerdeverfahren gegen die Konkursöffnung zulässig, womit die ZPO keinen Einfluss auf das in Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG verankerte Novenrecht hat.³⁷³ Demnach gilt, dass neue Tatsachen, welche bereits im Zeitpunkt der Konkursöffnung bestanden haben (sog. unechte Noven), uneingeschränkt geltend gemacht werden können.³⁷⁴ Beispiele solcher unechten Noven sind formelle Mängel im Konkursöffnungsverfahren³⁷⁵ oder die vollständige Begleichung der betreibenden Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten vor der Konkursöffnung. In diesem Fall kann aus praktischer Erfahrung festgehalten werden, dass die Aufhebung des Konkurses i.d.R. relativ sicher erscheint, da im Unterscheid zu den echten Noven, nicht auch kumulativ die Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht werden muss.³⁷⁶

Ein echtes Novum liegt sodann gem. Art. 174 Abs. 2 SchKG vor, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit³⁷⁷ glaubhaft macht und kumulativ durch Urkunde beweist, dass er nach dem Konkursöffnungsurteil (1) die Schuld, inkl. Zinsen und Kosten, bezahlt hat, (2) der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers (welcher die Konkursöffnung erwirkt hat) hinterlegt wurde oder (3) der betreibende Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat.³⁷⁸

³⁶⁹ Vgl. Art. 325 ZPO; KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 174 N 5.

³⁷⁰ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 29; KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 174 N 5; SK SchKG-TALBOT, Art. 174 N 5.

³⁷¹ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 29.

³⁷² AMONN/WALTHER, § 36 N 55.

³⁷³ SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 3 Rz. 48.

³⁷⁴ Vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG; AMONN/WALTHER, § 38 N 57; KREN KOSTKIEWICZ, § 7 N 1078.

³⁷⁵ SK SchKG-TALBOT, Art. 174 SchKG N 12.

³⁷⁶ Vgl. Wortlaut zu Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG.

³⁷⁷ Es müssen ausreichende liquide Mittel vorhanden sein, um die jeweiligen Gläubiger bei Fälligkeit derer Forderungen decken zu können, vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 174 SchKG N 13.

³⁷⁸ KREN KOSTKIEWICZ, § 7 N 1079 ff.

Weist das obere kantonale Gericht die Beschwerde ab oder tritt gar nicht erst darauf ein, kann gegen diesen Entscheid gem. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG innert 30 Tagen Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhoben werden. Dabei ist der Streitwert unbeachtlich und dem Entscheid kommt gem. Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG keine aufschiebende Wirkung zu,³⁷⁹ sofern kein anderslautendes Gesuch gestellt wurde oder eine solche nicht v.A.w. vom Bundesgericht zuerkannt wird.³⁸⁰

b. Auflösungsentscheide gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR

Beim Auflösungsentscheid gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR richtet sich die Vollstreckbarkeit des Entscheids nach der ZPO, womit Art. 175 SchKG ausser Acht fällt. Stattdessen wird in Bezug auf die Vollstreckbarkeit auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Entscheides abgestellt.³⁸¹ Zur Veranschaulichung der Vollstreckbarkeit von richterlichen Auflösungsentscheiden gem. Art. 731b OR ist erneut zwischen streitigen und nicht streitigen Organisationsmangelverfahren zu unterscheiden. Diese Abgrenzung erfolgt deshalb, weil unterschiedliche Gerichte zuständig sind und demnach verschiedene Rechtsmittelverfahren gelten.

aa. Nicht streitiges Organisationsmangelverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Beim Begehren um Organisationsmängelbeseitigung handelt es sich in jedem Fall um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.³⁸² Das Urteil des Richters stellt sodann einen zivilrechtlichen, erstinstanzlichen Endentscheid dar.³⁸³ Wird nun also das Organisationsmangelverfahren i.S.v. Art. 939 OR durch das Handelsregisteramt eingeleitet und dem Gericht gem. Abs. 2 überwiesen, ist für dessen Beurteilung das Einzelgericht des Bezirksgerichts zuständig.³⁸⁴ Ob im Rechtsmittelverfahren des nicht streitigen Organisationsmangelverfahrens der Entscheid berufungs- oder beschwerdefähig ist, ergibt sich aus dem Streitwert der Angelegenheit.³⁸⁵ Dieser hat nämlich für die Berufung gem. Art. 308 Abs. 2 ZPO mind. CHF 10'000.00 zu betragen. Wie bereits erwähnt, wird gemäss dem Obergericht des Kantons Zürich im Falle der Organisationsmängelklage in aller Regel von einem Streitwert von mind. CHF 30'000.00 ausgegangen. Dies führt folglich dazu, dass

³⁷⁹ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 33.

³⁸⁰ SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 3 Rz. 52; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 33a.

³⁸¹ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1389.

³⁸² OGer ZH, Beschluss vom 31. August 2021, LF210047, E. 2.2.

³⁸³ SPÜHLER/DOLGE, SchKG II, § 3 Rz. 80.

³⁸⁴ Vgl. oben S. 42 f.

³⁸⁵ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 308 ZPO N 8; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 308 N 7.

grundsätzlich alle Entscheide des Einzelgerichts im Zusammenhang mit mangelbehafteten Gesellschaften zu einem berufungsfähigen Entscheid führen, welchem v.G.w. die aufschiebende Wirkung zukommt und demnach erst mit Ablauf der 10-tägigen Berufungsfrist rechtskräftig und vollstreckbar ist.³⁸⁶ Die Berufungs- und Beschwerdeinstanz im Kanton Zürich ist gem. § 48 GOG das Obergericht.

Im Verfahren vor dem Obergericht kann mittels Berufung nur die (1) unrichtige Rechtsanwendung und (2) die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Neue Behauptungen und Beweismittel sind zwar prozessual beachtlich,³⁸⁷ allerdings nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht wurden und wenn sie der Berufungsinstanz bzw. dem Obergericht ohne Verzug mitgeteilt wurden (sog. Novenrecht).^{388/389} Bei der Behebung des Organisationsmangels während der Beru- fungsfrist handelt es sich um ein echtes Novum, welches gem. Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren zulässig ist.³⁹⁰

Zu erwähnen ist sodann, dass im Verfahren gestützt auf Art. 939 OR den Gläubigern keine Parteistellung zukommt. Entsprechend kann die von der ersten Instanz angeordnete Auflösung der Gesellschaft nicht mit einem Rechtsmittel seitens der Gläubiger angefochten werden.³⁹¹

Wird gegen den Entscheid der obersten kantonalen Instanz vorgegangen, hat dies innert 30 Tagen mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zu erfolgen. Zulässigkeit und Form richten sich dabei nach Art. 72 ff. BGG oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 BGG.³⁹² Da der Streitwert CHF 30'000.00 übersteigt ist die Beschwerde in Zivilsachen entsprechend das geeignete Rechtsmittel gegen das

³⁸⁶ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 308 ZPO N 2; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 308 N 8.

³⁸⁷ OGer ZH, Beschluss vom 17. Mai 2021, LF210031 E. 2.3.; OGer ZH, Beschluss vom 31. August 2021, LF210047, E. 2.3; KGer BL, Entscheid vom 23. Oktober 2018, 400 18 229, E. 3.

³⁸⁸ Echte Noven sind Tatsachen, welche erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind; unechte Noven sind dagegen Tatsachen, die sich bereits vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben, jedoch von der Partei aus Gründen der Unsorgfalt oder der Ungenauigkeit nicht geltend gemacht wurden; vgl. zum Ganzen BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 4 f.

³⁸⁹ Art. 317 ZPO; OGer ZH, Beschluss vom 17. Mai 2021, LF210031, E. 2.3.; OGer ZH, Beschluss vom 31. August 2021, LF210047, E. 2.3; KGer BL, Entscheid vom 23. Oktober 2018, 400 18 229, E. 3.

³⁹⁰ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 26; KGer GR, Urteil vom 17. Januar 2018, ZK2 17 42 ff.

³⁹¹ OGer ZH, Beschluss vom 2. Juli 2021, LF210044, E. 4b.

³⁹² OGer ZH, Beschluss vom 17. Mai 2021; LF210031 ff.; OGer ZH, Beschluss vom 31. August 2021, LF210047 ff.

Urteil des Obergerichts.³⁹³ Da gem. Art. 103 Abs. 2 lit. a. BGG einer sich gegen ein Gestaltungsurteil richtenden Beschwerde in Zivilsachen die aufschiebende Wirkung zukommt, tritt die Vollstreckbarkeit des entsprechend Urteils wiederum erst mit Ablauf der 30-tägigen gem. Art. 100 Abs. 1 BGG ein.

ab. Streitiges Organisationsmängelverfahren

Wird der Auflösungsentscheid einer Gesellschaft im Sinne von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR aufgrund einer Klage des Aktionärs oder Gläubigers gefällt, ist im Kanton Zürich, wie bereits ausgeführt, das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz erstinstanzlich zuständig.³⁹⁴ Gegen einen solchen Endentscheid einer einzigen kantonalen Instanz ist das einzige noch mögliche Rechtsmittel die Beschwerde in Zivilsachen gem. Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht.³⁹⁵ Im streitigen Organisationsmängelverfahren besteht also grundsätzlich i.S.v. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG die Möglichkeit der Beschwerde gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG, unabhängig eines ansonsten relevanten Streitwerts.^{396/397} Da gem. Art. 103 Abs. 2 lit. a. BGG einer sich gegen ein Gestaltungsurteil richtenden Beschwerde in Zivilsachen stets die aufschiebende Wirkung zukommt, tritt die Vollstreckbarkeit des entsprechend Urteils wiederum erst mit Ablauf der 30-tägigen gem. Art. 100 Abs. 1 BGG ein.

Die Autoren LORANDI und SCHÖNBÄCHLER vertreten sodann die Auffassung, dass im Urteilsdispositiv des Auflösungsentscheids nebst dem Datum ebenfalls der auf die Minute genaue Zeitpunkt des richterlichen Entscheids festgehalten werden soll, sofern diesem keine aufschiebende Wirkung zukommt. Aufgrund der funktionalen Ähnlichkeit des richterlichen Auflösungsentscheides und des Konkureröffnungsurteils sowie dem damit verbundenen Rechtsschutz des Schuldners, der Gläubiger und den gutgläubigen Dritten,³⁹⁸ ist dieser Lehrmeinung zwar insbesondere aus einer dogmatischen Sicht zuzustimmen, allerdings bleibt sie in der Gerichtspraxis des Kantons Zürich nichts als toter Buchstabe. Dies ergibt sich daraus, dass dem Konkursamt in der Praxis die richterlichen Auflösungsentscheide gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR erst dann zugestellt werden, wenn die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist und das Urteil entsprechend rechtskräftig ist. Folglich

³⁹³ Vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG.

³⁹⁴ § 44 und 45 GOG.

³⁹⁵ gem. Art. 90 BGG.

³⁹⁶ Es ist noch einmal zu erwähnen, dass der Streitwert in Organisationsmängelverfahren grundsätzlich stets die Schwelle von CHF 30'000.00 übersteigt.

³⁹⁷ Urteil BGer 4A_158/2013 vom 8. Juli 2013, E. 1; BGE 139 III 67 E. 1.2.

³⁹⁸ SCHÖNBÄCHLER, S. 270 ff.; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1386.

kann frühestens mit den konkursrechtlichen Verfahrensschritten begonnen werden, wenn das rechtskräftige Urteil dem Konkursamt zugestellt wird. Anders als bei den SchKG-Konkureröffnungen ist das Urteil also nicht sofort vollstreckbar, sondern erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, sofern dem Entscheid die aufschiebende Wirkung zukommt. Ein beschwerdefähiger Entscheid, dem keine aufschiebende Wirkung zukommt, ist im Falle des nicht streitigen Verfahrens sodann nur denkbar, wenn es sich um einen berufsunfähigen, erstinstanzlichen Entscheid gem. Art. 319 lit. a ZPO handelt, bzw. wenn der Streitwert von CHF 10'000.00 nicht erreicht wäre. Diesfalls würde die Vollstreckbarkeit des Entscheides unmittelbar mit dem Entscheid über die Auflösung der Gesellschaft eintreten, unabhängig der 10-tägigen Beschwerdefrist gem. Art. 321 Abs. 2 ZPO, da die Beschwerde die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Entscheides nicht hemmen würde.³⁹⁹ Wie bereits erwähnt, ist jedoch im Falle von Organisationsmängelverfahren stets mit einem Streitwert von mind. CHF 30'000.00 zu rechnen, womit die aufschiebende Wirkung stets v.G.w. gegeben ist. Da im streitigen Organisationsmängelverfahren der Streitwert per se irrelevant ist, kommt dem erstinstanzlichen Entscheid somit gleichermassen stets die aufschiebende Wirkung zu. Aufgrund des Gesagten ist somit die Festhaltung des Zeitpunktes in einem richterlichen Auflösungsentscheid irrelevant, da in der Praxis kein Szenario denkbar ist, in dem einem Urteil nicht die aufschiebende Wirkung zukommt und dieses folglich sofort Vollstreckbar wäre.

2. *Mitteilung des Entscheides*

Wie bereits erwähnt,⁴⁰⁰ entfaltet der Konkurs seine Wirkungen sofort. Zum Schutz des Rechtsverkehrs hat die Mitteilung gem. Art. 176 SchKG unverzüglich, d.h. spätestens an dem auf das Urteil folgenden Werktag zu erfolgen, damit die Publikation im SHAB schnellstmöglich erfolgen kann und potentielle Geschäftspartner oder Debitoren damit auf allfällig ungültige Rechtshandlungen (wie bspw. Art. 204 oder 205 SchKG) gegenüber der konkursiten Gesellschaft hingewiesen werden.⁴⁰¹ Die Mitteilung hat grundsätzlich durch das Konkursgericht zu erfolgen, oder für den Fall, wonach die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, der Beschwerde allerdings kein Erfolg beschert war, durch die

³⁹⁹ vgl. Art. 325 ZPO.

⁴⁰⁰ Vgl. S. 51 ff.

⁴⁰¹ OGer ZH, Urteil vom 12. September 2018, PS 180163, E. 3.4.

Rechtsmittelinstanz.⁴⁰² Die Mitteilung hat dabei an das Betreibungs-, Konkurs-, Handelsregister- und Grundbuchamt zu erfolgen.⁴⁰³ Beim Grundbuchamt, an welches die Mitteilung gem. Art. 176 SchKG zu erfolgen hat, handelt es sich lediglich um jenes im Konkurskreis des beauftragten Konkursamtes.^{404/405} Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit Art. 176 Abs. 2 SchKG von relevanter Bedeutung, wonach der Konkurs spätestens innert zwei Tagen seit dessen Eröffnung im Grundbuch anzumerken ist (sog. Verfügungsbeschränkung). Da im Kanton Zürich die jeweiligen Grundbuch- und Konkursämter der verschiedenen Kreise vereint sind und unter einem Amt geführt werden,⁴⁰⁶ bleibt eine separate Zustellung des Konkurseröffnungsurteils an das Grundbuchamt regelmässig aus.

Die Auflösung der Gesellschaft i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ist von der Bestimmung gem. Art. 176 SchKG nicht erfasst,⁴⁰⁷ da das OR nicht vorsieht, dass eine Benachrichtigung an irgendwelche Behörden zu erfolgen hat.⁴⁰⁸ Anderer Meinung sind BOHRER/KUMMER, welche die Auffassung vertreten, dass im Falle von Art. 731b OR im Wesentlichen ein Konkursverfahren ohne vorgängige Konkursöffnung vorliegt und deshalb auch die Anwendbarkeit von Art. 176 SchKG zu bejahen sei.⁴⁰⁹ Dazu kann grundsätzlich festgehalten werden, dass der *erga omnes* wirkende Auflösungsentscheid des Richters tatsächlich funktional einem Konkursdekret gleichgestellt ist und eine gleichsam relevante Bedeutung im Rechtsverkehr genießt.⁴¹⁰ Ob daraus allerdings die Anwendbarkeit von Art. 176 SchKG auf das Liquidationsverfahren von Art. 731b OR abgeleitet werden kann, scheint bis dato nicht von der Rechtsprechung behandelt worden zu sein. Gemäss GIROUD/THEUS SIMONI hat eine Mitteilung im Falle von Art. 731b Abs. 1^{bis} OR immerhin an das Handelsregisteramt gestützt auf Art. 154 Abs. 4 i.V.m. Art. 19 HRegV zu erfolgen.⁴¹¹ Wie bereits erwähnt wurde Art. 154 HRegV jedoch mit Wirkung per 1. Januar 2021 gestrichen,⁴¹² weshalb die Mitteilung des Gerichts an das Handelsregisteramt nicht mehr gem. Art. 154 HRegV zu erfolgen hat. Stattdessen wird dies *de lege lata* durch Art. 929 Abs. 3 OR und Art. 19 Abs. 1 HRegV geregelt. Danach hat das Gericht, welches

⁴⁰² KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 176 N 1.

⁴⁰³ Gem. Art. 176 Abs. 1 SchKG.

⁴⁰⁴ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 176 N 8.

⁴⁰⁵ Exkurs: Eine Mitteilung an die übrigen Grundbuchämter, welche in anderen Konkurskreisen liegen, hat durch das Konkursamt selbst zu erfolgen, sofern der Schuldner laut Inventar überhaupt weitere Grundstücke besitzt, vgl. Art. 40 Abs. 2 lit. e KOV.

⁴⁰⁶ Vgl. § 1 NotG.

⁴⁰⁷ SK SchKG-TALBOT, Art. 176 N 1; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 176 N 2.

⁴⁰⁸ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1389.

⁴⁰⁹ ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 70.

⁴¹⁰ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1389.

⁴¹¹ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 176 N 13a.

⁴¹² AS 2020 971; damit liegt wohl ein Fehler im BSK SchKG II vor, da dieser erst Ende 2021 erschien.

eine Massnahme zur Beseitigung von Organisationsmängeln vornimmt, dem Handelsregisteramt entsprechend den rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zuzustellen.⁴¹³ Aus einer praktischen Sicht im Kanton Zürich kann jedoch gesagt werden, dass die Mitteilung über die Anordnung der Liquidation gem. Art. 731b OR stets an das zuständige Konkursamt (und damit auch gleichzeitig an das Grundbuchamt) sowie an das Betreibungsamt und Handelsregisteramt erfolgt. Ob dies allerdings gestützt auf Art. 176 SchKG erfolgt, bleibt damit unbeachtlich, da die Gerichtspraxis die Mitteilungspflicht sowie die wirtschaftliche Bedeutung eines Auflösungsentscheides analog eines Konkurseröffnungsurteils würdigt.⁴¹⁴

3. *Widerruf nach Art. 195 SchKG*

a. Allgemeines

Gemäss Art. 195 SchKG widerruft das Konkursgericht den Konkurs und gibt dem Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück, wenn dieser nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind (Ziff. 1), er von jedem gläubiger eine schriftliche Erklärung vorlegt, dass dieser seine Konkurseingabe zurückzieht (Ziff. 2), oder ein Nachlassvertrag zustande kam (Ziff. 3). Bei den Ziffern 1 bis 3 handelt es sich um echte Noven und damit um nachträglich eingetretene Tatsachen, aufgrund welcher die Voraussetzungen für die bereits ergangene Konkursöffnung nicht mehr gegeben sind.⁴¹⁵ Die Initiative zum Widerruf hat in den Fällen von Ziff. 1 und 2 zwingend durch den Schuldner zu erfolgen, womit ein Antragsrecht seitens des Konkursamtes ausgeschlossen ist.⁴¹⁶ Lediglich im Falle von Ziff. 3 SchKG hat das Konkursamt beim Konkursgericht v.A.w. einen Antrag auf Konkurswiderruf zu stellen.⁴¹⁷

Im Falle der Auflösungsklage gem. Art. 731b OR beruht das Konkursverfahren nicht auf einer Konkursöffnung, sondern auf einem richterlichen Auflösungsentscheid. Entsprechend ist sich der überwiegende Teil der Lehre darüber einig, dass ein Konkurswiderruf gestützt auf Art. 195 SchKG ausgeschlossen ist.⁴¹⁸ Zwar befürworteten die Autoren LORANDI und SCHÖNBÄCHLER eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG, sofern die Organisationsmängel von der betroffenen Gesellschaft nachträglich behoben wurden und

⁴¹³ BK-SIFFERT, Das Handelsregister, Art. 939 OR N 32.

⁴¹⁴ vgl. beispielhaft BezGer ZH, Urteil vom 17. März 2022, EO220018 ff.; BezGer ZH, Urteil vom 9. März 2022, EO220033 ff.

⁴¹⁵ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 195 N 1; KREN KOSTKIEWICZ § 7 N 1164 ff.

⁴¹⁶ OGer ZH, Urteil vom 21. Januar 2021, PS200195, E. 3.5.2.2.

⁴¹⁷ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 195 N 12.

⁴¹⁸ Statt vieler BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 195 N 5d m.w.H.

die Bedingungen von Art. 195 SchKG erfüllt sind.⁴¹⁹ Diese Minderheitsmeinung wurde vom Bundesgericht entschieden abgewiesen, womit die Rechtsprechung der h.L. folgt.⁴²⁰ Voraussetzung für eine analoge Anwendung eines Rechtssatzes ist nämlich das Vorliegen einer Gesetzeslücke, weil sich eine Bestimmung als unvollständig erweist und „sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt“. Hat sich der Gesetzgeber hingegen durch qualifiziertes Schweigen zu der Rechtsfrage geäußert, bleibt kein Platz für eine richterliche Lückenfüllung.⁴²¹ Das höchste Gericht hat dabei seinen Entscheid wie folgt begründet:

Im Zivilprozess gilt die allgemeine Annahme, wonach Entscheide, welche im summarischen Verfahren gefällt wurden, mit Ablauf der Rechtsmittelfrist sowohl materiell als auch formell in Rechtskraft erwachsen und demnach (unter Vorbehalt einer allfälligen Revision gem. Art. 328 ff. ZPO) unwiderruflich sind. Zwar erwähnt das Bundesgericht zugleich in einem *obiter dictum* desselben Urteils, dass u.a. bei Summarentscheiden der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 256 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit einer nachträglichen Aufhebung oder Abänderung besteht. Dies wiederum wirft m.E. aufgrund der seit 1. Januar 2021 geltenden Dualität im Organisationsmängelverfahrens die Frage auf, ob ein gestützt auf Art. 939 OR eingeleitetes Verfahren, welches der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeteilt wird, im Sinne von Art. 256 Abs. 2 ZPO und damit in analoger Anwendung zu Art. 195 SchKG widerrufen werden kann, wenn sich der Entscheid als offensichtlich unrichtig herausstellt. Die Antwort auf diese Frage ist m.E. jedoch zu verneinen, gelten schliesslich auch Summarentscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen der Richter hinsichtlich der Rechtsanwendung über volle Kognition verfügt und in denen das Regelbeweismass gilt, als definitiv, sobald die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist. Entsprechend gilt im nicht streitigen, durch das Handelsregisteramt eingeleitete Organisationsmängelverfahren keine Beweisbeschränkung, weshalb solche Entscheide nicht von der Bestimmung gem. Art. 256 Abs. 2 ZPO erfasst werden und mit Ablauf der Rechtsmittelfrist gleichermassen in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen. Mithin ist also eine analoge Anwendung eines Widerrufs gem. ZPO in jedem Fall ausgeschlossen.⁴²²

⁴¹⁹ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1391; SCHÖNBÄCHLER, S. 289 f.

⁴²⁰ Urteil BGer 4A_238/2014 vom 19. Januar 2015, E. 2.3.2 (publiziert in BGE 141 III 43).

⁴²¹ BGE 141 III 43, E. 2.5.1.

⁴²² Vgl. zum Ganzen CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 256 N 6; BK-SIFFERT, Das Handelsregister, Art. 939 OR N 28.

Die Unwiderrufbarkeit des Auflösungsentscheides entspricht gemäss dem Bundesgericht sodann auch der Auffassung des Gesetzgebers, da die Massnahme der richterlichen Auflösung gerade auch dann erfolgen soll, wenn keine Überschuldung der Gesellschaft vorliegt. Damit soll also mit der zwangsweisen Liquidation keine Rechtswohlthat gewährt werden, sondern Massnahmen zur Beseitigung mangelbehafteter Gesellschaften ergriffen werden.⁴²³

Aufgrund der Ausführungen des Bundesgerichtes liegt somit keine Gesetzeslücke vor, womit auch kein Raum für eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG besteht.⁴²⁴ Dieser Rechtsprechung folgt das Bundesgericht seither.⁴²⁵

b. Revision

Raum zur nachträglichen Beseitigung des Organisationsmangels besteht mit der Revision gem. Art. 328 ff. ZPO, mit welcher Umstände gewürdigt werden können, welche im Zeitpunkt des Auflösungsentscheides zwar grundsätzlich bereits eingetreten, aber dem Gericht nicht bekannt waren. Dabei handelt es sich aber keinesfalls um eine analoge Anwendung des Konkurswiderrufs gem. Art. 195 SchKG.⁴²⁶

c. Fristwiederherstellung

In der Lehre und Rechtsprechung umstritten ist die Zulässigkeit einer allfälligen Wiederherstellung der Frist von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 1 OR im Säumnisfall (vgl. Art. 148 ZPO).⁴²⁷ Aus einer praxisbezogenen Sicht kann festgehalten werden, dass die Wiederherstellung der Frist i.S.v. Art. 148 ZPO eine seltene, aber mögliche Vorgehensweise ist, um den Auflösungsentscheid des Richters rückgängig zu machen. Erforderlich ist dafür ein Kostenvorschuss seitens der mangelbehafteten Gesellschaft für die Gerichtskosten sowie für die angefallenen Kosten des Konkursamtes. Ferner setzt die Wiederherstellung ein höchstens leichtes Verschulden voraus, welches nach Zürcher Gerichtspraxis dann anzunehmen ist, wenn die notorisch schwachen Kenntnisse von Organen über ihre Pflichten

⁴²³ BÜRGE/GUT, S. 160.

⁴²⁴ BGE 141 III 43, E. 2.5.4.

⁴²⁵ BGE 141V 372, E. 5.2; Urteil BGer 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017, E. 3.6.

⁴²⁶ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 195 N 6.

⁴²⁷ Dagegen: BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 195 N 5a; MÜLLER/MÜLLER, S. 57; dafür: SCHNEUWLY, S. 41; ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 63; AppGer BS, Urteil vom 16. Dezember 2020, ZB.2020.37, E. 2.2.

und die fehlende Tangierung von Drittinteressen bejaht werden kann.⁴²⁸ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, setzt das Gericht der mangelbehafteten Person eine Frist zur Behebung des Mangels.⁴²⁹ Gemäss Art. 148 Abs. 3 ZPO kann der Antrag auf Wiederherstellung der Frist lediglich innert sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft des richterlichen Entscheides über die Auflösung der Gesellschaft beantragt werden.⁴³⁰

4. *Aktivenüberschuss*

In den meisten Fällen besteht am Ende des Konkursverfahrens ein Passivenüberschuss, d.h. ein Verlust zulasten der Gläubiger. Es kann allerdings durchaus vorkommen, dass insbesondere im Zusammenhang mit Liquidationsverfahren gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ein Aktivenüberschuss resultiert, da im Falle der gerichtlichen Auflösung eben nicht zwingend eine Überschuldung vorausgesetzt ist.⁴³¹ Ist dies der Fall, ergeben sich zahlreiche Schwierigkeiten im Umgang mit solchen Aktivenüberschüssen.

a. Zinsstopp

Mit der Konkursöffnung wird der Zinsenlauf gegenüber dem Schuldner gem. Art. 209 SchKG gestoppt. Zweck dieser Bestimmung ist *prima vista* die praktische Vereinfachung mühsamer Zinsrechnungen seitens des Konkursamtes.⁴³² Ergibt sich jedoch im Konkursverfahren ein Aktivenüberschuss, wird die Bestimmung gem. Art. 209 SchKG obsolet,⁴³³ womit für die Gläubiger der Zinsanspruch solange besteht, bis die Hauptforderung untergegangen ist.⁴³⁴ Resultiert demnach ein Aktivenüberschuss, hat das Konkursamt diesen primär zur Deckung der seit Beginn des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen der Forderungen der Konkursgläubiger zu verwenden.⁴³⁵ Im Zusammenhang mit dem Umgang bzw. der Berücksichtigung von Zinsforderungen im Konkursverfahren sind die Meinungen umstritten.^{436/437}

⁴²⁸ S. zur Thematik des Verschuldens auch ausführlich STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 148 N 7 ff.

⁴²⁹ Vgl. beispielhaft HGer ZH, Verfügung vom 12. Juli 2021, HE200468 ff.; BezGer ZH, Verfügung vom 19. Oktober 2021, EO210248 ff.

⁴³⁰ BSK ZPO-GOZZI, Art. 148 N 44.

⁴³¹ LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 217 f.

⁴³² BSK SchKG II-SHWOB/FISCHER, Art. 209 N 1

⁴³³ Urteil BGer 5A_324/2015 vom 21. August 2015, E. 4.2.2; BGE 129 III 559, E. 3.3.

⁴³⁴ LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 219.

⁴³⁵ BGE 129 III 559, E. 2 ff.; bestätigt in Urteil BGer 5A_665/2021, E. 5.1.3.

⁴³⁶ LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 219 f.

⁴³⁷ Aufgrund mangelnder Relevanz zu dieser Bachelorthesis wird nicht weiter auf den Umgang mit Zinsforderungen eingegangen, da bzgl. des umstrittenen Vorgehens nicht zwischen Auflösungsentscheid gem. 731b OR oder einer SchKG-Konkursöffnung unterschieden wird, vgl. dazu jedoch ausführlich LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 217 ff.

b. Verwertungsstopp

In einem unlängst ergangenen Bundesgerichtsentscheid wurde festgehalten, dass die Verwertung der Aktiven durch das Konkursamt grundsätzlich eingestellt werden kann, sofern sich ein Liquidationsüberschuss ergibt.⁴³⁸ Die Verwertungshandlungen des Konkursamtes verlieren also ihren Zweck, sobald die Deckung der Massakosten und der Gläubigerforderungen inkl. Zinsen bis zur Tilgung der Forderung, erreicht wurde.⁴³⁹ Fraglich ist nun allerdings, ob Gleiches bei Auflösungsentscheiden gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR gilt. Mit der Liquidation zufolge von Organisationsmängeln wird grundsätzlich die Beseitigung der mangelbehafteten Rechtseinheit aus dem Wirtschaftsverkehr verfolgt, weshalb m.E. im Falle von Art. 731b OR das gesamte wirtschaftliche Vermögen der Gesellschaft nach dem Versilberungsprinzip zu liquidieren ist, ungeachtet eines allfällig vorhandenen Aktivenüberschusses. Mithin besteht also kein legitimer Grund eines allfälligen Verwertungsstopps, da ein solcher dem Sinn und Zweck von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR zuwiderlaufen würde.

c. Verteilung des Überschusses

Liegt auch nach erfolgter Ausrichtung der Zinsen ein Aktivenüberschuss vor,⁴⁴⁰ steht dieser grundsätzlich dem Gemeinschuldner zu.⁴⁴¹ Da es sich im Falle der Auflösung gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR stets um eine juristische Person handelt, ist der Liquidationsüberschuss den berechtigten Exekutivorganen auszuhändigen. Keinesfalls ist das Konkursamt befugt, den Überschuss an die Gesellschaftsinhaber zu verteilen, da es einem solchen Vorgehen an einer gesetzlichen Grundlage mangelt.⁴⁴² Entsprechend hat die Verteilung des Überschusses stattdessen durch die Organe nach den Bestimmungen der Statuten und des Gesellschaftsrecht zu erfolgen.⁴⁴³ Angesichts dieses Aspektes, ist es insbesondere fraglich, an wen der Aktivenüberschuss ausbezahlt werden kann, wenn gar kein vertretungsberechtigtes Exekutivorgan mehr vorhanden ist, da bspw. sämtliche Verwaltungsräte ihr Mandat niedergelegt haben oder aufgrund einer Pattsituation in der Generalversammlung überhaupt kein Verwaltungsrat mehr bestellt werden konnte. LORANDI und SCHÖNBÄCHLER postulieren in diesem Falle, dass mittels Spezialanzeige durch das

⁴³⁸ BGE 88 III 68, E. 5; bestätigt in Urteil BGer 5A_159/2018 vom 24. Oktober 2018, E. 3.5.3.

⁴³⁹ Urteil BGer 5A_324/2015 vom 21. August 2015, E. 4.2.2.

⁴⁴⁰ Sog. Aktivenüberschuss i.e.S.; vgl. LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 221.

⁴⁴¹ Urteil BGer 5A_50/2015 vom 28. September 2015, E. 3.4.3; LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 221.

⁴⁴² Urteil BGer 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022, E. 5.1.3; LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 221.

⁴⁴³ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1393.

Konkursamt die Anteilseigner über den vorhandenen Aktivenüberschuss zu informieren seien, damit diese ihre Rechte daran geltend machen können.⁴⁴⁴

Das Bundesgericht hat in einem kürzlich ergangenen Urteil zum ersten Mal zu dieser Frage wie folgt Stellung genommen:⁴⁴⁵

„A défaut d'organes, l'office doit consigner l'excédent à la caisse des dépôts et consignations (art. 9, 24 et 264 al. 3 LP par analogie)“

Entsprechend schlägt das höchste Gericht vor, dass für den Fall, wonach keine Exekutivorgane mehr vorhanden sind, an welche ein allfälliger Aktivenüberschuss ausbezahlt werden kann, der Betrag bei der Depositenanstalt i.S.v. Art. 264 Abs. 3 SchKG hinterlegt werden soll.

Die Ausführungen des Bundesgerichts sind m.E. vage und zumindest im Bereich der praktischen Konkursabwicklung ungenügend. Zwar ist der sachliche Anwendungsbereich dahingehend erfüllt, als vermutungsweise auch der Aktivenüberschuss unter den Begriff der Depositen fällt,⁴⁴⁶ allerdings verkennt das Bundesgericht, dass die Hinterlegungspflicht primär der Sicherung der Depositen vor Diebstahl, Brand oder anderer schädlichen Einflüssen, sowie vor unkontrollierbarer Sonderinteressen und Spekulationen dient.⁴⁴⁷ Die Depositenanstalt selbst ist kein Zwangsvollstreckungs-, sondern lediglich ein Hilfsorgan, womit also das Konkursamt auch weiterhin die Depositen fiduziarisch zugunsten eines bekannten oder unbekanntem Ansprechers verwaltet und hält.⁴⁴⁸ Eine Annahmepflicht seitens der Depositenanstalt besteht sodann i.S.v. Art. 24 SchKG lediglich in den vom Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vorgesehenen Fällen. Da der Aktivenüberschuss nicht im SchKG geregelt ist, erwägt das Bundesgericht eine analoge Anwendung von Art. 264 Abs. 3 SchKG. Die Bestimmung gem. Art. 264 Abs. 3 SchKG erfasst grundsätzlich lediglich Fälle, in welchen ein potentiell Recht eines Konkursgläubigers zu bewahren ist,⁴⁴⁹ weshalb für diese analoge Anwendung des Rechtssatzes das Vorliegen einer Gesetzeslücke vorausgesetzt wird. Ob eine echte Gesetzeslücke vorliegt und die Bestimmung von Art. 264 Abs. 3 SchKG analog anwendbar ist, hält das Bundesgericht nicht explizit fest, ist jedoch in Anbetracht der fehlenden SchKG-Norm zu

⁴⁴⁴ SCHÖNBÄCHLER S. 296; LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1393.

⁴⁴⁵ Urteil BGer 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022, E. 5.1.3.

⁴⁴⁶ BSK SchKG I-MABILLARD, Art. 24 N 6 ff.

⁴⁴⁷ KUKO SchKG-MUSTER, Art. 24 N 5.

⁴⁴⁸ SK SchKG-MILANI, Art. 24 N 3; BSK SchKG I-MABILLARD, Art. 24 N 13.

⁴⁴⁹ BSK SchKG II-STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ, Art. 264 N 10.

dieser Thematik anzunehmen. Problematisch erscheint demnach einerseits die Frage, wie vorzugehen ist, wenn die Anteilseigner ihre Ansprüche an den hinterlegten Depositen gelten machen. Andererseits ist unklar, was passiert, wenn das fehlende Exekutivorgan bzw. die Anteilseigner ihre Ansprüche an dem Liquidationsüberschuss nicht innert zehn Jahren geltend machen.

Deponiert das Konkursamt den Aktivenüberschuss bei der Depositenanstalt und machen die Anteilseigner ihre Rechte daran geltend, stellt sich nach wie vor die Frage, auf welcher Grundlage eine Überweisung des Aktivenüberschusses zu erfolgen hat, da grundsätzlich kein Exekutivorgan mehr vorhanden ist. Da das Konkursamt das Aktivum verwaltet, allerdings keine Auszahlung desselben an die Aktionäre vornehmen kann, erscheint das analoge Vorgehen gem. Art. 263 Abs. 3 SchKG als unpraktisch.

Hinterlegt das Konkursamt den Aktivenüberschuss bei der Depositenanstalt, machen die Anteilseigner ihre Ansprüche an dem Liquidationsüberschuss hingegen nicht innerhalb von zehn Jahren geltend, sieht Art. 269 Abs. 1 und 2 SchKG grundsätzlich vor, dass hinterlegte Beträge nach Ablauf der zehnjährigen Frist durch das Konkursamt ohne weitere Formalitäten verwertet und an die zu Verlust gekommenen Gläubigern nach deren Rangordnung verteilt werden. Da im spezifischen Falle des Aktivenüberschusses allerdings sämtliche Gläubigerforderungen zzgl. der aufgelaufenen Zinsen bereits anlässlich des Konkursverfahrens befriedigt wurden, fällt ein Vorgehen gem. Art. 269 SchKG ausser Betracht und begründet abermals die Unklarheit, wie mit dem Aktivenüberschuss umzugehen ist.

Eine Antwort auf beide Fragen könnte m.E. das jeweilige kantonale Recht geben. Gem. § 17 der Kantonalen Konkursverordnung (ZH) sind Wertsachen, Depositen und Kautiolen, die nicht mehr zurückgegeben werden können, der Aufsichtsbehörde (Bezirksgericht) zu melden, woraufhin diese die Vermögenswerte zur Abholung innert Frist auszu-schreiben hat, mit der Androhung, dass sie (falls nötig) versteigert werden und ihr Gegenwert in der Staatskasse vereinnahmt werden würde.

E. Strafrechtliche Aspekte sowie die Verantwortlichkeitsklage im Zusammenhang mit Art. 731b OR

I. Allgemeines

1. Strafrechtliche Aspekte

Im Strafrecht ist gem. Art. 1 StGB das strikte Legalitätsprinzip verankert, wonach niemand für Straftaten verurteilt werden kann, die das Gesetz nicht als strafbar erkennt oder die trotz entsprechender Auslegung nicht unter eine Strafnorm subsumiert werden können (*nulla poene sine lege*).⁴⁵⁰ Dieser Grundsatz verhinderte in der Vergangenheit die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung allfälliger Delinquenten zufolge von Konkurs- und Betreibungsverbrechen- oder vergehen gem. Art. 163 bis 171^{bis} StGB, da die richterliche Auflösung gem. Art. 731b OR keine Konkursöffnung i.S. des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes begründet.⁴⁵¹ Dies führte folglich dazu, dass auf diese Weise eine illiquide oder überschuldete Gesellschaft beinahe kostenlos aus dem Wirtschaftsverkehr beseitigt werden konnte und darüber hinaus keine strafrechtlichen Konsequenzen für die Verantwortlichen drohte.⁴⁵²

Bzgl. der objektiven Strafbarkeitsbedingungen besteht in der Lehre und Rechtsprechung ein dahingehender Konsens, als insb. die Straftatbestände gem. Art. 163 bis 167 StGB sowie Art. 171 und 171^{bis} StGB eine Konkursöffnung (oder einen Verlustschein) voraussetzen.⁴⁵³ Diese objektive Strafbarkeitsbedingung ist den Strafeinschränkungsgründen zuzuweisen und begründet stets eine zwingende Voraussetzung für die Strafbarkeit.⁴⁵⁴ Selbst wenn der Verfahrensabwicklung der Liquidation gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR grundsätzlich die Bestimmungen des SchKG zugrunde liegen, mangelt es somit einem Konkursgrund gem. SchKG und einer entsprechenden Konkursöffnung.⁴⁵⁵ Die Liquidation der mangelhaften Gesellschaft wird somit zwar funktional einer Konkursöffnung gleichgesetzt,⁴⁵⁶ genügt aber entsprechend nicht, um die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung zu erfüllen und damit eine Strafbarkeit der Art.

⁴⁵⁰ GRAF, StGB Annotierter Kommentar, Art. 1 N 1 (mit Verweis auf BGE 124 IV 286, E. 1d).

⁴⁵¹ BBI 2019 5193, 5210.

⁴⁵² GRAF, BLSchKG, S. 3.

⁴⁵³ HAGENSTEIN, S. 85 f.

⁴⁵⁴ HAGENSTEIN, S. 87, 95.

⁴⁵⁵ BBI 2019 5193, 5210.

⁴⁵⁶ BGE 141 III 43, E. 2.3.2.

163 ff. StGB zu begründen.⁴⁵⁷ Entsprechend war in den vergangenen Jahren vermehrt das Verhalten zu beobachten, wonach Unternehmen sich der strafrechtlichen Verfolgung entzogen haben, indem sie die Auflösung der Gesellschaft aufgrund von Mängeln in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation provoziert haben (sog. Konkursverhinderung) und damit die Liquidation einer überschuldeten Gesellschaft herbeigeführt haben.⁴⁵⁸ Diese Straflücke wurde mit der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen neuen Bestimmung von Art. 731b Abs. 4 OR zu schliessen versucht.⁴⁵⁹ Demnach müssen neuerdings die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren, namentlich der ordentliche oder ausserordentliche Konkursverwalter, das Gericht benachrichtigen, sobald eine Überschuldung festgestellt wird. Das Gericht eröffnet daraufhin den Konkurs. Zwar zieht *de lege lata* auch weiterhin die Liquidation gem. Art. 731b OR nicht automatisch die Konkurseröffnung nach sich, jedoch besteht bei vorhandener Überschuldung die Möglichkeit, eine solche beim zuständigen Konkursrichter zu beantragen.⁴⁶⁰

2. Verantwortlichkeitsklage

Allfällige Verantwortlichkeitsansprüche sind in der Praxis von bedeutsamer Relevanz. Nach Art. 754 ff. OR sind die Organe einer Gesellschaft dieser, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche bzw. fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben.⁴⁶¹ Entsprechend wird im Konkursverfahren über juristische Personen regelmässig eine Inventarposition möglicher Verantwortlichkeitsansprüche ins Konkursinventar aufgenommen. Aufgrund der Schwierigkeit, die sich dem Konkursamt bei der Abklärung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche gem. Art. 754 ff. OR ergeben, erfolgt die Aufnahme dieser Ansprüche mittels einer allgemeinen, pauschalisierten Inventarposition.⁴⁶² Damit wird den Gläubigerinteressen Rechnung getragen, indem sich diese den entsprechenden Anspruch i.S.v. Art. 260 SchKG abtreten lassen können, sofern die Konkursmasse bzw. die Gläubigergesamtheit darauf verzichtet hat, diese Ansprüche weiter zu verfolgen. Da im Falle des richterlichen

⁴⁵⁷ JAGMETTL, S. 270; DONATSCH, S. 355; GRAF, StGB Annotierter Kommentar, Art. 163 N 15 (mit Verweis auf KGer ZG, Urteil vom 20. April 2010, GVP 2010, S. 268, E. 6.3); Bundesstrafgericht, Urteil vom 28. Oktober 2016, SK.2015.55, E. 4.6.1.2 (publiziert in TPF 2017, 6); KGer AI, Entscheid vom 6. Juli 2021, K 2-2021, E. 1.2.

⁴⁵⁸ LUSTENBERGER/WOODTLI, S. 203; NUSSBAUMER, S. 124.

⁴⁵⁹ BBl 2017 4233, 2441; KGer AI, Entscheid vom 6. Juli 2021, K 2-2021, E. 1.2.

⁴⁶⁰ BBl 2017 4233, 2441; BBl 2019 5193, 5210; GRAF, S. 3.

⁴⁶¹ KOPTA-STUTZ, S. 59.

⁴⁶² GESELLSCHAFT DER NOTAR-STELLVERTRETER DES KANTONS ZÜRICH (GNS), S. 54.

Auflösungsentscheidendes gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR jedoch keine Konkursöffnung im eigentlichen Sinne vorliegt, führt dies folglich dazu, dass den Gläubigern in der Vergangenheit ein Verantwortlichkeitsprozess gem. Art. 757 OR gegen die Organe verwehrt blieb.⁴⁶³ Auch dieser Unzulässigkeit wurde mit Art. 731b Abs. 4 OR versucht entgegenzuwirken.⁴⁶⁴

II. Würdigung und Problemstellung

Diese Gesetzesrevision ist zwar grundsätzlich im Sinne der bis dato aufgetretenen strafrechtlichen und verantwortlichkeitsrechtlichen Probleme zu begrüssen, birgt aber auch gewisse Frage- und Problemstellungen, welche nachfolgend weiter auszuführen sind. Aufgrund der sich ergebenden Unklarheiten, erscheint die Revision eher als misslungener Kunstgriff seitens des Gesetzesgebers und ist zumindest dem Anschein nach anlässlich der Ständeratssitzung vom 5. Juni 2019 „aus Versehen“ ins Gesetz gerutscht.⁴⁶⁵

Wieso stattdessen der Einfachheit halber nicht eine Erweiterung von Art. 171 StGB erfolgt ist, um die Strafbarkeit von Unternehmen, die i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR liquidiert werden, sicherzustellen, ist nicht nachvollziehbar.⁴⁶⁶

1. Benachrichtigung des Gerichtes über die festgestellte Überschuldung

a. Allgemeines

Wie bereits erörtert, hat der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen, sofern begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht. Die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten ist auf der Grundlage der letzten Jahresbilanz zu erstellen. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung, muss der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten erstellen, wonach die Aktiven zum zu erwartenden Veräusserungserlös zu beurteilen sind. Die Bilanz hat ferner einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt zu werden.⁴⁶⁷ Ergibt sich aus der Bilanz die Überschuldung der Gesellschaft und treten Gesellschaftsgläubiger nicht im Umfang der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen

⁴⁶³ BBI 2019 5193, 5210; NUSSBAUMER, 134.

⁴⁶⁴ BBI 2019 5193, 5210.

⁴⁶⁵ Votum Abate Fabio, Amtl. Bull SR 2016 755.

⁴⁶⁶ So auch WÜTHRICH KARL, S. 43.

⁴⁶⁷ Vgl. zum Ganzen BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 OR N 35 ff.

Gesellschaftsgläubiger, muss der Richter informiert werden, woraufhin dieser gem. Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725 OR den Konkurs eröffnet.⁴⁶⁸

Fraglich ist somit, ob nun aufgrund von Art. 731b Abs. 4 OR die Vorschrift gem. Art. 725 OR für die Feststellung und Anzeige der Überschuldung in analoger Weise für das Konkursamt gilt. Die Botschaft schweigt sich darüber aus.⁴⁶⁹

Insbesondere im Zusammenhang mit richterlichen Auflösungen von Gesellschaften gem. Art. 731b OR stehen dem Konkursamt, welches mit der Durchführung eines Konkursverfahrens beauftragt wird, häufig keine Buchhaltungsunterlagen oder Geschäftsakten zur Verfügung, da diese bspw. entgegen den gesetzlichen Vorschriften nicht geführt wurden, keine Informationen über deren Verbleib vorhanden sind,⁴⁷⁰ oder diese gar vernichtet wurden. Entsprechend erkennt WÜTHRICH m.E. zurecht, dass die Überschuldungsanzeige anhand der vorhandenen Konkursakten zu erfolgen hat, mithin also an eine allfällige Überschuldungsanzeige gem. Art. 731b Abs. 4 OR nicht die gleichen gesetzlichen Anforderungen wie an die Überschuldungsanzeige gem. Art. 725 OR gestellt werden können.⁴⁷¹ Dies ergibt sich bereits daraus, dass vom Konkursamt nicht verlangt werden kann, dass es die Exekutivorgane vollständig ersetzt, womit folglich die beschleunigte Liquidation der Gesellschaft überhaupt erst im Rahmen des SchKG erfolgt.⁴⁷² Eine anderslautende Lehrmeinung wäre selbst für den Fall, wonach dem Konkursamt ausnahmsweise die Buchhaltungs- und Geschäftsunterlagen ausgehändigt werden, mit dem Regelfall des summarischen Verfahrens unvereinbar. Demnach ist das Konkursamt zu einer raschen Verfahrensabwicklung angehalten, womit ein Vorgehen gem. Art. 725a OR dem summarischen Charakter des Konkursverfahrens zuwiderlaufen würde.

Entsprechend kann anhand der Konkursakten, wie bspw. Steuererklärung, Betreibungsregisterauszug, (umfangreiche) Forderungseingaben in einem frühen Verfahrensstadium und/oder bestehenden Dauerschuldverhältnissen wie Arbeits- oder Mietverträgen ermittelt werden, ob eine Überschuldung besteht und die Anzeige einer solchen beim Gericht als notwendig erscheint. Tritt dagegen der seltene Fall ein, wonach die konkursite Gesellschaft keine Überschuldung aufweist, kann im Zweifelsfall vorerst eine Anzeige der

⁴⁶⁸ Vgl. Art. 725 und 725a OR; s. Ausführung dazu S. 38 f.

⁴⁶⁹ BBl 2015 3617 ff.; BBl 2017 2433 ff.

⁴⁷⁰ Da bspw. kein VR mehr vorhanden ist, den man einvernehmen kann und keine RS vorhanden ist, da die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche nicht gegeben sind.

⁴⁷¹ WÜTHRICH KARL, S. 40.

⁴⁷² Urteil BGer 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022, E. 5.1.1.

Überschuldung ausbleiben und falls nötig, in einem späteren Verfahrensstadium noch beantragt werden.

Sodann ist betreffend der Überschuldung grundsätzlich zu unterscheiden, ob das Verfahren i.S.v. Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt wird oder im summarischen bzw. ordentlichen Verfahren durchgeführt wird.

b. Einstellung mangels Aktiven

Wird das Verfahren nämlich aufgrund mangelnder Aktiven nicht durchgeführt, kann regelmässig auch automatisch von einer Überschuldung der Gesellschaft ausgegangen werden, weshalb weitere Ausführungen im Einstellungsantrag zur finanziellen Lage der Gesellschaft überflüssig wären. In diesem Falle ist dem Konkursgericht ein entsprechender Antrag zu stellen, welcher wie folgt lauten könnte:

„[...] Wir stellen Ihnen den Antrag über die konkursite Gesellschaft im Sinne von Art. 731b Abs. 4 OR den Konkurs zu eröffnen und gleichzeitig die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven im Sinne von Art. 230 SchKG zu verfügen.“

Verfügt der Konkursrichter daraufhin die Konkurseröffnung sowie die gleichzeitige Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, genügt dies trotzdem für eine Strafverfolgung durch die zuständigen Behörden, da die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkurseröffnung erfüllt ist. Daran ändert auch die Einstellung des Verfahrens nichts.⁴⁷³

c. Summarisches Konkursverfahren

Im Falle der Durchführung des Konkurses im ordentlichen oder summarischen Verfahren, bedarf es m.E. hingegen weitere Ausführungen im entsprechenden Antrag. Demnach eignet sich insbesondere die Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven im entsprechenden Antrag an den Konkursrichter, um die Überschuldung der Gesellschaft aufzuzeigen. Der Entsprechende Antrag im Zusammenhang mit der Durchführung des Verfahrens im summarischen Verfahren könnte wie folgt lauten:

„[...] Somit machen wir Sie im Sinne von Art. 731b Abs. 4 OR darauf aufmerksam, dass eine Überschuldung der Gesellschaft im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR vorliegt und bitten Sie, den Konkurs über die Schuldnerin zu eröffnen. Ferner ersuchen wir Sie, die Durchführung des Konkurses im summarischen Verfahren gemäss Art. 231 SchKG zu verfügen,

⁴⁷³ GESSLER/SCHODER, S. 590.

da genügend freie Aktiven vorhanden sind, um die Verfahrenskosten decken zu können und die Verhältnisse als einfach eingestuft werden.“

2. Auswirkungen der Konkureröffnung auf das pendente Liquidationsverfahren

Fraglich ist sodann, wie sich die vom Richter angeordnete Konkureröffnung, nachdem diesem die Überschuldung der Gesellschaft angezeigt wurde, auf das bestehende Liquidationsverfahren nach Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR auswirkt. Dass das Liquidationsverfahren aufgrund der Bestimmung gem. Abs. 4 neben einem separat angeordneten Konkursverfahren bestehen kann, ist indes aufgrund von Art. 55 SchKG, wonach keinesfalls über einen Schuldner zwei Hauptverfahren laufen können, ausgeschlossen. Entsprechend hat aufgrund der Bestimmung gem. Abs. 4 zwangsläufig eine Überführung des Liquidationsverfahrens in ein SchKG-Konkursverfahren zu erfolgen. WÜTHRICH schlägt dazu folgende drei Alternativen vor:⁴⁷⁴

1. Das Liquidationsverfahren gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR wird nach erfolgter Konkureröffnung durch den Richter abgeschlossen, womit ein neues Konkursverfahren beginnt.
2. Der Konkurs gem. Abs. 4 wird rückwirkend auf die Anordnung der Liquidation gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR eröffnet, womit das Liquidationsverfahren abgeschlossen wird.
3. Das Liquidationsverfahren gem. Art. 731b OR wird nach erfolgter Konkureröffnung als „normales“ Konkursverfahren fortgeführt.

Der Vorschlag gem. Ziff. 1 erscheint m.E. als dahingehend problematisch, als die Gesellschaft gem. Art. 159a Abs. 1 lit. b HRegV von Amtes wegen gelöscht wird, wenn das Konkursverfahren durch Entscheid des Gerichts abgeschlossen wird. Es ist zwar grundsätzlich möglich, dass das Gericht eine andere Anordnung trifft,⁴⁷⁵ allerdings würde dies möglicherweise weitere praktische Hürden mit sich bringen. Wie WÜTHRICH ferner ausführt, müssten sodann bereits vorgenommene Verfahrensschritte gem. Art. 221 ff. SchKG (wie bspw. Einvernahme, Schuldenruf, etc.) möglicherweise erneut durchgeführt werden,⁴⁷⁶ was folglich zu schwierigen und mühsamen Fragen im Zusammenhang mit der Weiterführung des Verfahrens führen würde.

⁴⁷⁴ Vgl. zum Ganzen WÜTHRICH KARL, S. 41.

⁴⁷⁵ MEISTERHANS/GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Art. 159a N 697.

⁴⁷⁶ WÜTHRICH KARL, S. 41.

Gleiches gilt ferner im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Ziff. 2. Ferner wäre in diesem Zusammenhang m.E. von besonderer Problematik, dass Gestaltungsurteile, wovon sowohl die Konkursöffnung nach SchKG als auch die Auflösungsklage gem. Art. 731b OR subsumiert werden können, *ex nunc* wirken und somit keine rückwirkende Eröffnung des Konkurses erfolgen kann.⁴⁷⁷ Würde also eine Rückwirkung der Konkursöffnung auf den Auflösungsentscheid erfolgen, würde die Liquidation der Gesellschaft durch eine Konkursöffnung ersetzt werden, was als rechtlich problematisch erachtet wird. Somit hätte auch diesfalls der Konkurs ein neues Eröffnungsdatum, womit die entsprechenden materiellen und formellen Konkurswirkungen erneut ihre Wirkungen entfalten würden.

Somit ist m.E. insb. aus einer praktischen Sicht, die einzig sinnvolle Lösung das Liquidationsverfahren nach angeordneter Konkursöffnung als „normales“ Konkursverfahren weiterzuführen. Dies ist im Kanton Zürich sodann auch die aktuelle Gerichtspraxis. Dem Liquidationsverfahren gem. Art. 731b OR wird demnach salopp gesagt, ein neues Rechtskleid übergestülpt, womit dieses folglich als normales Konkursverfahren weitergeführt wird. Das Konkursgericht erkennt also:⁴⁷⁸

„[...]

1. *Über die Schuldnerin wird der Konkurs eröffnet.*
2. *Die mit Urteil vom **.**.**** angeordnete Liquidation der Schuldnerin nach den Vorschriften über den Konkurs i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR wird als Konkursverfahren weitergeführt.*
3. *Das Konkursverfahren wird eingestellt und das Konkursamt angewiesen, nach Art. 230 Abs. 2 SchKG zu verfahren / Es wird das summarische Konkursverfahren angeordnet.“*

Obwohl es sich bei dieser Alternative um die verfahrenstechnisch einfachste Vorgehensweise handelt, wirft auch diese nichts desto trotz die nachfolgenden verfahrensrechtlichen Fragen und Probleme auf.

⁴⁷⁷ LORANDI, Wiedereröffnung, S. 59.

⁴⁷⁸ Vgl. bspw. BezGer ZH, Urteil vom 27. April 2022, EK220705; BezGer ZH, Urteil vom 1. November 2021, EK211806 ff.; WÜTHRICH KARL, S. 42.

3. Rechtsmittel gegen die Konkursöffnung gemäss Art. 174 SchKG?

Wird nun also der Konkurs über ein bereits hängiges Liquidationsverfahren gem. Art. 731b OR eröffnet, stellt sich die Frage, ob diese Konkursöffnung ebenfalls mit einem Rechtsmittel i.S.v. Art. 174 SchKG beschwerdefähig wäre. Anfechtungsobjekt ist grundsätzlich der Entscheid des Konkursgerichtes, welcher innert zehn Tagen mit Beschwerde angefochten werden kann. *Ratio legis* der Bestimmung gem. Art. 174 SchKG besteht darin, über wirtschaftlich gesunde Unternehmen die Konkursöffnung aufzuheben, wenn der Liquidationsmangel als nicht definitiv erscheint.⁴⁷⁹ Aufgrund der unglücklichen Formulierung von Art. 731b Abs. 4 OR, wonach das Gericht nach festgestellter Überschuldung den Konkurs eröffnet, ist somit fraglich, ob der Gesetzgeber damit einen neuen Konkursöffnungstatbestand kreieren wollte.

Davon kann jedoch m.E. keinesfalls die Rede sein, sind die Konkursöffnungstatbestände abschliessend im SchKG geregelt. Wie bereits erwähnt, ist die Schaffung von Art. 731b Abs. 4 OR als gesetzgeberischer Fauxpas zu erachten, mit dem lediglich versucht wurde, die sich aus der Praxis herauskristallisierte Strafrechtslücke in Bezug auf die Insolvenzdelikte zu schliessen. Es ist entsprechend unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber mit der Ergänzung von Abs. 4 des Art. 731b OR die ganze Bestimmung von Art. 731b einer Revision unterziehen wollte. Schliesslich hat der Gesetzgeber bereits mit der Einführung von Art. 731b OR anlässlich der Revision des Gesellschaftsrechts ausdrücklich darauf verzichtet, die Konkursöffnungstatbestände im SchKG zu erweitern, weshalb der Auflösungsentscheid gem. Art. 731b OR auch nur der Funktion nach einer Konkursöffnung gleichgestellt ist. Somit ist die nachträgliche Anwendbarkeit von Art. 174 SchKG auf richterliche Auflösungsentscheid, über welche aufgrund von Art. 731b Abs. 4 OR der Konkurs eröffnet wurde, ausgeschlossen. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber damit lediglich ausdrücken wollte, dass den Liquidationsentscheiden gem. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR auch in Bezug auf die strafrechtlichen Aspekte die gleiche Wirkung wie den Konkursöffnungstatbeständen zukommt.

Da zumindest im Bereich der echten Noven stets auch die Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht werden muss, ist damit eine praktische Anwendbarkeit der Beschwerdemöglichkeit gem. Art. 174 SchKG *per se* unwahrscheinlich, wird schliesslich der Konkurs im

⁴⁷⁹ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 1b.

Falle von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR nachträglich nur eröffnet, wenn die Gesellschaft überschuldet ist.

4. Konkurswiderruf gemäss Art. 195 SchKG?

Gleichermassen verhält es sich mit der Frage, ob ein Konkurswiderruf i.S.v. Art. 195 SchKG aufgrund der neuen Bestimmung von Art. 731b Abs. 4 OR ebenfalls grundsätzlich möglich wäre, wenn eine nachträgliche Konkursöffnung erfolgt. Wie bereits ausgeführt, wurde die Anwendbarkeit des Konkurswiderrufes bereits vor der Gesetzesrevision entschieden abgelehnt.⁴⁸⁰ Ob diese Rechtsprechung allerdings aufgrund von Abs. 4 zukünftig revidiert wird, bleibt abzuwarten. Gesagt werden kann jedoch Folgendes:

Wie bereits erörtert, ist es die Auffassung des Gesetzgebers, wonach der richterliche Auflösungsentscheid auch dann zu erfolgen hat, wenn keine Überschuldung der Gesellschaft vorliegt. Demnach soll mit der zwangsweisen Liquidation gerade keine Rechtswohltat gewährt, sondern Massnahmen zur Beseitigung mangelbehafteter Gesellschaften ergriffen werden. Obwohl die Anwendbarkeit des Konkurswiderrufes auf eine rechtskräftige Konkursöffnung abstellt, kann von einer beabsichtigten Revision der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den Gesetzgeber in Bezug auf den Widerruf im Falle Art. 731b OR wohl kaum die Rede sein. Entsprechend erscheint, unter Bezugnahme auf das bereits Gesagte zu Art. 174 SchKG, die Anwendbarkeit von Art. 195 SchKG als ausgeschlossen, selbst wenn im Nachhinein aufgrund der Überschuldung der Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird. Dies würde nämlich dem substantiellen Ziel, welches mit Art. 731b OR verfolgt wird, zuwiderlaufen.

Selbst bei einer gegenteiligen Ansicht, dürfte die Anwendbarkeit von Art. 195 SchKG sowieso fraglich sein. Schliesslich kann der Konkurs nur eröffnet werden, wenn eine Überschuldung der richterlich aufgelösten Gesellschaft festgestellt wird. Damit wäre die Anwendbarkeit von Art. 195 Abs. 1 und 2 SchKG zumindest in der Praxis unwahrscheinlich, da wohl keine Aussicht auf Erfüllung der notwendigen Voraussetzung des Konkurswiderrufes besteht. Auch der Fall von Art. 195 Abs. 3 SchKG erscheint als ausgeschlossen, da ein solches Vorgehen der konkursamtlichen Liquidation gem. Art. 731b OR zuwiderlaufen würde, womit ein ordentlicher Nachlassvertrag sowieso ausgeschlossen wäre.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Vgl. dazu S. 58 f.

⁴⁸¹ LORANDI, Handelsgesellschaften, S. 1391 (FN 255).

Schlussbemerkungen/Konklusion

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass unzählige Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation unter Art. 731b Abs. 1 OR subsumiert werden können, weshalb es grundsätzlich zu begrüssen war, dass der Gesetzgeber eine einheitliche Systematik für die Behebung und Sanktionierung solcher Mängel geschaffen hat. Das Gesetz statuiert also in Art. 731b OR Abs. 1, dass ein Organisationsmangel vorliegt, wenn der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt (Ziff. 1), eines der vorgeschriebenen Organe der Gesellschaft nicht richtig zusammengesetzt ist (Ziff. 2), die Gesellschaft das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führt (Ziff. 3), die Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, obwohl sie weder Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert noch die Inhaberaktien als Bucheffekte ausgestaltet hat (Ziff. 4) oder die Gesellschaft schliesslich über kein gültiges Rechtsdomizil mehr verfügt (Ziff. 5). Dabei ist generell ersichtlich, dass das Gesetz den Gesellschaften insbesondere im Zusammenhang mit den Grundtatbeständen gem. Ziff. 1 und 2 einen geringen Spielraum überlässt und unzählige Tatbestände von der Organisationsmängelklage erfasst sind.

Der Massnahmenkatalog gem. Art. 731 Abs. 1^{bis} OR ist von exemplifikatorischer, nicht abschliessender Natur, weshalb dem Gericht ein weiter, US-amerikanischer Ermessensspielraum zur Behebung vorhandener Organisationsmängel zukommt. Die Massnahmen unterscheiden sich insbesondere im Zusammenhang mit deren Intensitätsstufe massgeblich voneinander, weshalb der Richter zur Einhaltung des statuierten Stufenverhältnisses angehalten wird. In Anbetracht des Massnahmenkatalogs spring insbesondere Ziff. 3 bzw. die Auflösung und die Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs ins Auge. Obwohl die Gerichte demnach zu einer restriktiven Anwendung der *ultima ratio* Massnahme angehalten sind, ist diese nichts desto trotz die in der Praxis am häufigsten angeordnete.

Die richterlich angeordnete Auflösung und Liquidation i.S.v. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ist zwar nach den Vorschriften über den Konkurs abzuwickeln, zu Beginn des Verfahrens steht jedoch keine eigentliche Konkursöffnung gem. SchKG. Dies führt folglich dazu, dass im Rahmen des Einleitungsverfahrens die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Eröffnungsbehörde nicht dieselbe ist, obwohl beide Fälle ein Konkursverfahren zur

Folge haben. Ferner sind die SchKG-Normen der vorsorglichen Massnahmen, des Konkursaufschubes, der Aussetzung des Konkursentscheides sowie des zu leistenden Kostenvorschuss nicht auf den Fall von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR anwendbar. Immerhin ergibt sich in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen eine analoge Anwendungsmöglichkeit aus der ZPO.

Nebst den aufgeführten Unterschieden bis zur Konkurseröffnung bzw. bis zur Anordnung der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft ergeben sich auch während der Verfahrensabwicklung praxisrelevante Fragen- und Problemstellungen im Vergleich zu SchKG-Konkurseröffnungen. In Betracht kommen dabei insbesondere der massgebliche Zeitpunkt der Wirkung des Urteils sowie die Mitteilung des Entscheides, die Widerrufsmöglichkeiten gem. Art. 195 SchKG sowie der Aktivenüberschuss. Diese Verfahrensschritte sind im Rahmen des Auflösungsentscheides gem. Art. 731b OR und im Vergleich zu den SchKG-Konkurseröffnungen in der Praxis in differenzierter Weise zu behandeln. Entsprechend trägt der Schein, wonach die Abwicklung des Konkursverfahrens auch im Falle von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR exakt gleich abläuft.

Die Bestimmung gem. Art. 731b OR hat insbesondere in den vergangenen Jahren bedeutende Revisionen erfahren. Ins Auge springt dabei insbesondere Abs. 4, mit welcher versucht wurde, die objektive Strafbarkeitsbedingung der Konkurseröffnung auch im Rahmen von Liquidationsverfahren gem. Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR zu begründen. Wird nachträglich gestützt auf die Bestimmung von Art. 731b Abs. 4 OR der Konkurs eröffnet, führt dieser gesetzgeberische Fauxpas zu schwierigen Fragen im Zusammenhang mit der Verfahrensabwicklung. Klar ist dabei, dass mit dieser Gesetzesrevision mehr Fragen entstanden sind, als dass bisher aufgetretene Fragen beantwortet wurden. Wie sich die richterliche Rechtsprechung in diesem Punkt in den kommenden Jahren entwickeln wird, bleibt abzuwarten.

Aufgrund des Gesagten kann abschliessend festgehalten werden, dass im Zusammenhang mit dem Organisationsmängelverfahren sowohl in gesellschafts- als auch in konkursrechtlicher Hinsicht nach wie vor Unklarheiten bestehen. Nebst dem speziellen Einleitungsverfahren von Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR führen insb. diese Unklarheiten zu grundsätzlichen Unterschieden und Fragen in der konkursamtlichen Verfahrensabwicklung. Entsprechend sind die Praktiker, namentlich die Konkursbeamten, bei der Bearbeitung von Konkursverfahren zufolge von Organisationsmängeln zu besonderer Vorsicht angehalten.

Eigenständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen angefertigt habe. Ich versichere zudem, diese Arbeit nicht bereits anderweitig als Leistungsnachweise verwendet zu haben.

Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Zürich, 24. Mai 2022

.....
Samuel Rieder