

Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft

Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012 (BGE 138 III 294) i. S. X-AG (Beschwerdeführerin) und B (Nebenintervenient 2) gegen das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen (Beschwerdegegner) und AX (Nebenintervenient 1)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Matthias Trautmann
und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte**
 - 1. Erwägungen des Handelsgerichts
 - 2. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen**
 - 1. Organisationsmängel
 - 1.1 Gesetzliche Regelung
 - 1.2 Verwaltungsrat
 - 1.2.1 Allgemein
 - 1.2.2 Fehlender Verwaltungsrat
 - 1.2.3 Vertretungsbefugnis und Wohnsitz-erfordernis
 - 1.2.4 Verwaltungsratspräsidium
 - 1.2.5 Handlungsfähigkeit
 - 1.3 Revisionsstelle
 - 1.4 Weitere Organisationsmängel
 - 1.4.1 Fehlendes Rechtsdomizil
 - 1.4.2 Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit und Aktiven
 - 1.5 Pattsituation (Deadlock)
 - 2. Organisationsmängelverfahren
 - 2.1 Einleitung durch das Handelsregisteramt
 - 2.2 Gerichtliches Verfahren
 - 3. Richterliche Massnahmen
 - 3.1 Aufforderung zur Mängelbehebung
 - 3.2 Einsetzung fehlender Organe oder eines Sachwalters
 - 3.3 Auflösung der Gesellschaft
 - 3.4 Weitere Massnahmen
 - 3.4.1 Aktienrückkauf und Kapitalherabsetzung
 - 3.4.2 Eingriffe in die Aktionärsstruktur
 - 3.4.3 Stichentscheid im Verwaltungsrat
 - 3.4.4 Stichentscheid in der Generalversammlung
 - 3.4.5 Weitere organisatorische und strukturelle Massnahmen
 - 4. Nachträgliche Mängelbehebung
 - 5. Bemerkungen zur Argumentation der Gerichte
- IV. Fazit**

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Bei der Beschwerdeführerin X-AG handelt es sich um eine schweizerische Aktiengesellschaft, deren Zweck die Entsorgung von Schrott, Metallen,

Papier, Kunststoffen, Sonderabfällen und anderen Materialien, die Erbringung von Transportdienstleistungen sowie der Erwerb, die Verwaltung, die Nutzung und die Veräusserung von Gütern ist. Ihr Kapital ist in 150 Namenaktien mit Nennwert CHF 1000.– pro Aktie unterteilt. Einzige Aktionäre der X-AG sind AX (Nebenintervenient 1) und B (Nebenintervenient 2) mit je 75 Namenaktien, d.h. je 50% des Aktienkapitals. Bis zum 5. Dezember 2005 war AX Verwaltungsratspräsident und B Mitglied des Verwaltungsrats, beide mit Einzelunterschrift. Seit her waren B als Verwaltungsratspräsident und AX als Mitglied des Verwaltungsrats, beide mit Kollektivunterschrift, eingetragen. Per 7. April 2011 wurde die Zeichnungsberechtigung von B in Einzelunterschrift geändert, am 2. November 2011 wurde AX als Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister gelöscht.

Anlässlich der Generalversammlung vom 10. Dezember 2010 zeigte sich, dass aufgrund der Streitigkeiten der Aktionäre bzw. Verwaltungsräte untereinander kein einziger Beschluss gefasst werden konnte, weil das statutarische Beschlussquorum nicht erreicht wurde. Da die Amtsdauer der Revisionsstelle gemäss Statuten ein Jahr beträgt, war die X-AG nach Ablauf der Amtsdauer in der Folge ohne Revisionsstelle. Ein Opting-Out wurde nicht vorgenommen. Am 14. Dezember 2010 wurde das Protokoll der Generalversammlung dem Handelsregisteramt eingereicht.

2. Prozessgeschichte

Mit Gesuch vom 24. Februar 2011 stellte das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen (Beschwerdegegner) dem Präsidenten des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen das Gesuch, dass aufgrund von Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der X-AG die «erforderlichen Massnahmen» gemäss Art. 941a Abs. 1 OR zu ergreifen seien. Der X-AG fehle es an der Revisionsstelle und es seien keine Unterlagen für den Verzicht auf die eingeschränkte Revision im Sinne von Art. 727a Abs. 2 OR eingegangen.

Der Handelsgerichtspräsident wies die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 25. Februar 2011 darauf hin, dass die Gesellschaft gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR aufgelöst und die Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses angeordnet werde,

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

wenn die X-AG nicht bis zum 3. April 2011 den Nachweis der Behebung der Mängel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation erbracht habe.

Mit Gesuch vom 18. März 2011 beantragte AX dem Handelsgerichtspräsidenten daraufhin im Wesentlichen, er sei als Nebenintervenient gemäss Art. 74 ZPO auf Seiten des Handelsregisteramtes zuzulassen und die X-AG sei gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR wegen Mängeln in der Organisation aufzulösen und es sei die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen. Aufgrund des Streits mit dem Mitaktionär und Verwaltungsratspräsidenten B seien in der Vergangenheit weder Verwaltungsratssitzungen noch Generalversammlungen durchgeführt worden. Eine einvernehmliche Einigung über die Zukunft der X-AG sei nie zustande gekommen und auch die Generalversammlung vom 10. Dezember 2010, an der kein einziger Beschluss gefasst werden konnte, zeige, dass das Mehrheitsprinzip bei der vorliegenden paritätischen Zweipersonengesellschaft nicht spielen könne.¹

Die X-AG, vertreten durch ihren Verwaltungsratspräsidenten B, reichte mit Eingabe vom 4. April 2011 eine Stellungnahme zu Händen des Handelsgerichtspräsidenten ein. B machte geltend, insbesondere sei durch Entscheid des Handelsgerichtspräsidenten eine Revisionsstelle gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR einzusetzen. Sofern ein Kostenvorschuss hierfür nötig sei, seien die Kosten der X-AG aufzuerlegen und deren Bank durch den Handelsgerichtspräsidenten unmittelbar anzuweisen, den festgesetzten Betrag zu überweisen. Zur Begründung führt B an, dass eine Einsetzung durch den Richter ohne Weiteres möglich und zulässig sei und angesichts der Zerstrittenheit der Parteien zielführender, da jedem Vorschlag einer Seite von der anderen widersprochen würde. Eine konkursamtliche Liquidation der Gesellschaft schiesse über das Ziel hinaus und bringe die Gefahr der unnötigen Vernichtung wirtschaftlicher Werte mit sich. Das Vertrauensverhältnis der beiden Aktionäre sei zwar tiefgreifend gestört, jedoch sei diese Situation nicht von vornherein unheilbar, da es organisatorische Massnahmen gäbe. Beispielhaft werden die Erweiterung des Verwaltungsrats, die Änderung der Beteiligungsverhältnisse und der Einbezug einer neutralen Drittperson mit Stichentscheid

aufgezählt. Des Weiteren sei der Rechtsvertreter der X-AG für den Fall, dass die X-AG nicht hinreichend vertreten sei, als Sachwalter im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR einzusetzen.²

Mit Eingabe vom 18. April 2011 beantragte AX die Abweisung der Anträge des B, woraufhin B mit Eingabe vom 29. April 2011 namens der X-AG den Antrag stellte, die Anträge des AX seien abzuweisen und im eigenen Namen ersuchte, auf Seiten der X-AG als Nebenintervenient gemäss Art. 74 ZPO zugelassen zu werden. Der Handelsgerichtspräsident ordnete mit Entscheid vom 27. Mai 2011 die Auflösung der X-AG an und verfügte ihre Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses.

Die X-AG beantragte mit Beschwerde in Zivilsachen, der Entscheid des Handelsgerichtspräsidenten sei aufzuheben und für die X-AG sei eine Revisionsstelle einzusetzen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, eine Revisionsstelle einzusetzen. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Das Bundesgericht gewährte die aufschiebende Wirkung und hiess die Beschwerde mit Urteil vom 4. Mai 2012 gut. Es hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Sache zur Ernennung der fehlenden Revisionsstelle an die Vorinstanz zurück.³

II. Erwägungen der Gerichte

1. Erwägungen des Handelsgerichts

Der Handelsgerichtspräsident setzt sich zunächst mit den weit ausholenden Eingaben der Parteien über vergangene Vorfälle zwischen den Aktionären AX und B auseinander. So umschreibt B den AX als Störer, der mit allen Mitteln versuche, den Betrieb der X-AG zu stören. Er solle nicht in der Weise privilegiert werden, dass er seinen sachlich nicht nachvollziehbaren, destruktiven Willen zur wirtschaftlichen Entwertung und Zerstörung der X-AG durchsetzen könne.⁴

¹ Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011.53-HGP vom 27. Mai 2011, E. I. 3.

² Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011.53-HGP vom 27. Mai 2011, E. I. 4.

³ Urteil des BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 4 (in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erwägung).

⁴ Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011.53-HGP vom 27. Mai 2011, E. I. 4.

Des Weiteren argumentiere B in seiner eigenen Eingabe, dass eine konkursamtliche Liquidation zu einer massiven Verminderung und zu einem Verlust von erheblichen Vermögenswerten der Gesellschaft führe. B als 50%-Aktionär und Verwaltungsratspräsident habe ein rechtliches Interesse an der Erhaltung der X-AG, um die es sowohl bilanz- als auch ertragsmässig sehr gut bestellt sei. AX habe durch seine Ablehnung der Wiederwahl der bisherigen Revisionsstelle einen Mangel in der Organisation der Gesellschaft zum Zwecke der Auslösung eines Verfahrens gemäss Art. 731b OR erreichen wollen. Bei diesem sei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.⁵

Der Handelsgerichtspräsident erwägt, dass die X-AG mit Schreiben vom 25. Februar 2011 aufgefordert wurde, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Der Gesellschaft sei angedroht worden, dass sie für den Fall des Nichtbehebens der Mängel richterlich aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet würde. Die X-AG habe die Mängel innert angesetzter Frist nicht behoben und auch nicht ausgeführt, sie werde innert einer zu erstreckenden Frist im Stande sein, die Mängel zu beheben. Wie die X-AG sowie AX und B selbst davon ausgingen, sei eine Mängelbehebung solange nicht möglich, als AX und B diese nicht gemeinsam in die Wege leiten, zumal sie je die Hälfte des Aktienkapitals der X-AG halten. Im Verwaltungsrat sei B Präsident und AX Mitglied, sodass auch dieser nur beschlussfähig sei, wenn beide Aktionäre zustimmen. Die X-AG würde durch beide Aktionäre mit Kollektivunterschrift zu zweien vertreten, womit hier nur Handlungsfähigkeit bei gemeinsamem Handeln gegeben sei. AX und B würden nicht ausführen, dass diese Struktur im Jahre 2005 nicht im Wissen um die damit verbundenen Risiken bei Differenzen zwischen den Aktionären gewählt wurde. Aufgrund der jahrelang dauernden Konflikte zwischen AX, B und deren Angehörigen gingen diese von einer derartig tiefen Zerrüttung des Verhältnisses aus, dass eine Mängelbehebung in der Organisation aussichtslos erscheine. Dass das Patt beendet werden könne, erscheine auch deshalb ausgeschlossen, weil AX im vorliegenden Verfahren die Auflösung der X-AG verlange. Nachdem die mildereren Massnahmen, insbe-

sondere die Aufforderungen zur Mängelbehebung des Handelsregisteramts und des Handelsgerichtspräsidenten nicht zum Ziel geführt hätten, bliebe gemäss konstanter Praxis des Handelsgerichtspräsidenten grundsätzlich nur noch die angedrohte Auflösung und Liquidation der Gesellschaft.⁶

Der Handelsgerichtspräsident erwägt die Möglichkeit des Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR, nach der der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter einsetzen könne. Hierbei würde er die Dauer bestimmen und die Gesellschaft verpflichten, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Kostenvorschuss zu leisten (Art. 731b Abs. 2 OR). Angesichts der unüberbrückbaren Differenzen zwischen AX und B sei jedoch davon auszugehen, dass eine Einsetzung der Revisionsstelle die Mängel in der Organisation nicht dauerhaft beheben könne, sondern nach einem Jahr wieder ein Mangel bestünde. Zudem wäre die X-AG vorliegend nicht im Stande, einen Kostenvorschuss zu leisten, da AX als kollektivzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied nicht dazu in der Lage sei, eine Zahlungsanweisung zu unterzeichnen. Für die von der X-AG und B beantragte Anweisung der Bankverbindung der X-AG durch den Handelsgerichtspräsidenten, den Betrag an die von ihm bestimmte Zahlstelle zu überweisen, sei keine gesetzliche Grundlage ersichtlich. Auch nach Ansetzung einer Nachfrist werde die X-AG nicht in der Lage sein, den Kostenvorschuss zu bezahlen, weshalb die Einsetzung einer Revisionsstelle aussichtslos erscheine. Somit verbleibe nur die Auflösung und die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs, wobei unerheblich sei, ob die X-AG überschuldet ist oder nicht. In Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips habe das Konkursamt dafür besorgt zu sein, dass das Unternehmen als Einheit an AX, B oder einen meistbietenden Dritten verkauft werden könne.⁷

Entsprechend ordnete der Handelsgerichtspräsident die Auflösung der X-AG und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an.

⁵ Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011-53-HGP vom 27. Mai 2011, E. I. 5.

⁶ Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011-53-HGP vom 27. Mai 2011, E. II. 2.

⁷ Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011-53-HGP vom 27. Mai 2011, E. II. 3a.

2. Erwägungen des Bundesgerichts

Gemäss Bundesgericht sei die vorinstanzliche Feststellung, die X-AG sei nur durch AX und B kollektiv zu zweien handlungsfähig, aufgrund des am 7. April 2011 im SHAB publizierten Handelsregister eintrags, nach dem B Einzelzeichnungsberechtigung zukommt, offensichtlich unrichtig.⁸

Die Beschwerdeführerin rüge zudem eine Verletzung von Art. 731b OR, da die Gesellschaft aufgelöst wurde, anstatt das fehlende Organ zu ernennen. Dieses Vorgehen der Vorinstanz sei unverhältnismässig, da es sich um ein funktionierendes Unternehmen handle und die Auflösung *ultima ratio* sei. Für die Auflösung stehe dem AX die Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR zur Verfügung.⁹

Laut Bundesgericht handle es sich bei den in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR genannten Massnahmen um eine exemplarische Aufzählung. Laut Lehre stünden die Massnahmen in einem Stufenverhältnis. Die Auflösung solle erst erfolgen, wenn die Fristansetzung und dann die Ernennung des Organs oder eines Sachwalters nicht genügen oder erfolglos bleiben. Es gelte das Verhältnismässigkeitsprinzip.¹⁰

Wenn ein Aktionär gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR die Auflösung der Gesellschaft beantrage, habe der Richter zu beachten, dass die strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR nicht unterlaufen werden. Bei der Abwägung, ob eine Auflösung als subsidiäre Massnahme in Betracht komme, seien alle auf dem Spiel stehenden Interessen zu beachten, d.h. neben jenen des klagenden Aktionärs auch die der übrigen Aktionäre und weiteren Anspruchsgruppen, namentlich der Arbeitnehmer. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die AG eine Kapital- und nicht eine Personengesellschaft ist, sodass – mindestens bei grösseren Gesellschaften – grundsätzlich nur die finanziellen Interessen der Aktionäre massgeblich seien.¹¹

Dadurch, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, dass aufgrund der Pattsituation im Verwaltungsrat kein Kostenvorschuss möglich sein werde und daraufhin auf die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle verzichtet habe, verkenne sie das Ver-

hältnismässigkeitsprinzip, das bei der Auswahl der Massnahmen zur Mängelbehebung gemäss Art. 731b Abs. 1 OR gelte. Trotz der unzutreffenden Annahme, B habe keine Einzelzeichnungsberechtigung, würde die Gesellschaft bei richterlicher Einsetzung der Revisionsstelle ohnehin im Urteilsdispositiv dazu verpflichtet werden, die Kosten zu tragen und den Vorschuss zu leisten. Damit würde verhindert, dass die richterliche Ernennung des Organs faktisch scheitert, weil die blockierte Gesellschaft Kosten oder Vorschüsse für das Mandat nicht bezahle.¹²

Die Auflösung würde grundsätzlich das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Auflösungsklage erfordern, wobei das Interesse des AX an der Auflösung dasjenige von B und den anderen Anspruchsgruppen am Fortbestand überwiegen müsste, was gemäss den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht ersichtlich sei. Somit würde nicht nur das im Rahmen von Art. 731b Abs. 1 OR zu beachtende Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt, sondern es würden auch die strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR unterlaufen.¹³

III. Bemerkungen

1. Organisationsmängel

1.1 Gesetzliche Regelung

Gesetzlich geregelt werden die Mängel in der Organisation von Gesellschaften seit der GmbH-Revision in Art. 731b OR, Art. 941a OR und Art. 154 HRRegV. Sie bilden neu eine einheitliche Ordnung für die Massnahmen bei organisatorischen Mängeln.¹⁴ Art. 731b OR ist einerseits anwendbar, wenn eine Gesellschaft derartige Mängel aufweist, dass es an einem der gesetzlich zwingenden Organe vollständig fehlt, und andererseits, wenn eines der Organe nicht mehr rechtmässig zusammengesetzt ist. Gemäss *Botschaft* ist die Bestimmung lediglich auf die gesetzlich vorgeschriebenen Organe anwendbar;¹⁵ die Nichtein-

⁸ Urteil des BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 2.3 (in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erwägung).

⁹ BGE 138 III 294 ff. (297), E. 3.

¹⁰ BGE 138 III 294 ff. (299), E. 3.1.4.

¹¹ BGE 138 III 294 ff. (300), E. 3.1.6.

¹² BGE 138 III 294 ff. (302), E. 3.3.1.

¹³ BGE 138 III 294 ff. (303), E. 3.3.2.

¹⁴ Gemäss Art. 764 Abs. 2, Art. 819 und Art. 908 OR finden diese Bestimmungen ebenfalls auf Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften Anwendung.

¹⁵ Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. De-

haltung statutarischer Bestimmungen, die dispositives Gesetzesrecht zur Organisation modifizieren, kann somit nicht zu einem Mangel im Sinne von Art. 731b OR führen.

Die Generalversammlung kann und muss nicht bestellt werden, sie wird lediglich einberufen.¹⁶ Somit treten – neben Spezialfällen¹⁷ – relevante Organisationsmängel in der Aktiengesellschaft beim Verwaltungsrat oder bei der Revisionsstelle auf. Art. 731b OR findet nur Anwendung, wenn die Gesellschaft bereits ins Handelsregister eingetragen wurde.¹⁸ Art. 731b OR entsprechend regelt Art. 154 HRegV die Organisationsmängel und konkretisiert die Handlungspflichten des Handelsregisteramtes.

1.2 Verwaltungsrat

1.2.1 Allgemein

Art. 707 OR statuiert, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen kann. Juristische Personen oder Personengesellschaften sind nicht wählbar; es können die sie vertretenden natürlichen Personen im Handelsregister eingetragen werden. Eine Mindest- oder Maximalanzahl von Verwaltungsratsmitgliedern ist demnach nicht vorgeschrieben, ein Einmann-Verwaltungsrat ausdrücklich zulässig.¹⁹

1.2.2 Fehlender Verwaltungsrat

Hat die Gesellschaft kein Verwaltungsratsmitglied, durch das sie vertreten werden kann, wie dies Art. 718 Abs. 3 OR vorschreibt, so ist die Gesellschaft mangelhaft organisiert.

Dazu kann es kommen, wenn die Amtsdauer des einzigen Verwaltungsratsmitglieds abläuft und die Wiederwahl oder gar die entsprechende Generalversammlung nicht stattfindet. Einzelne Autoren vertreten, dass das «Vergessen» der Wiederwahl dazu führe,

dass das Mandat bis zur nächsten Generalversammlung fortbestünde, an der das Traktandum der Wahl des Verwaltungsrates zur Abstimmung gelange.²⁰ Nach einer anderen Meinung wird vertreten, dass im Ablauf der Amtszeit ohne Abwahl oder Wiederwahl eine stillschweigende Verlängerung der Amtsperiode zu ersehen sei.²¹ Eine stillschweigende Verlängerung ist mit dem Konzept der Willensbildung der Aktionäre im Rahmen der Generalversammlung, nach dem ein Beschluss erst bei Zustandekommen des Quorums als angenommen, sonst als abgelehnt gilt, jedoch kaum vereinbar. Eine positive Willensäußerung in der Generalversammlung ist in diesem Sinne unersetzlich.²² Vielmehr muss die gemäss Art. 710 OR auf drei Jahre festgelegte Amtsdauer mit Abhaltung der ordentlichen Generalversammlung des betreffenden Geschäftsjahres als abgelaufen gelten. Das Gesetz schreibt vor, dass diese bis Ende des sechsten Monats nach Beginn des nächsten Geschäftsjahres stattzufinden hat (Art. 699 Abs. 2 OR). Da Art. 730a Abs. 1 OR eine solche Regelung für die Revisionsstelle explizit vorschreibt, sind unseres Erachtens keine überzeugenden Argumente ersichtlich, die es rechtfertigen würden, die Amtsdauer des Verwaltungsrats nach anderen Modalitäten enden bzw. weiterlaufen zu lassen. Würde die Amtszeit bei Ablauf stillschweigend oder ohne Weiteres bis zur nächsten Generalversammlung, an der die Wahl abgehalten wird, «verlängert», so widerspräche dies dem klaren Wortlaut von Art. 710 OR. Somit muss im Falle der Nichtabhaltung einer Generalversammlung oder der Abstimmung zur Wiederwahl oder Neuwahl eines Verwaltungsratsmitglieds nach der hier vertretenen Auffassung dessen Amt als ohne Weiteres mit Ablauf des sechsten, auf das Ende des betreffenden Geschäftsjahres folgenden Monats, beendet gelten.²³ Agiert der Verwaltungsrat trotz Ablauf der Amtszeit dennoch weiter, so ist er faktisches Organ ohne rechtliche Legitimation.²⁴ Als solches unterliegt das betreffende Mitglied der aktien-

zember 2001, BBl 2002, 3148 (zit. Botschaft GmbH-Revision), 3231.

¹⁶ *Franco Lorandi*, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1380.

¹⁷ Hierzu hinten III.1.4.

¹⁸ *Rolf Watter/Charlotte Pamer-Wieser*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 7 zu Art. 731b OR.

¹⁹ *Martin Wernli/Marco A. Rizzi*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 5 zu Art. 707 OR.

²⁰ *Georg Krneta*, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, Nr. 404; *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 49.

²¹ *Martin Wernli/Marco A. Rizzi*, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 3a zu Art. 710 OR.

²² *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, N 58 zu § 13.

²³ Gl. M. *Böckli* (Fn. 22), N 58 f. zu § 13.

²⁴ *Böckli* (Fn. 22), N 58, 92a zu § 13.

rechtlichen Verantwortlichkeit.²⁵ Verwaltungsratsbeschlüsse, an denen ein Nichtmitglied mitwirkt, sind jedoch nur bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes gemäss Art. 714 i.V.m. 706b OR als nichtig zu qualifizieren. Die verbleibende Eintragung im Handelsregister ist lediglich hinsichtlich dem Gutgläubenschutz Dritter auf die Zeichnungsberechtigung von Relevanz, führt jedoch nicht zum Andauern der formellen Organfunktion.²⁶

Weitere Konstellationen, die zum Fehlen eines Verwaltungsrats führen können sind die Demission, der Tod oder die Abwahl ohne Neuwahl des einzigen bzw. letzten Verwaltungsratsmitglieds. Während die Unterschreitung einer statutarischen Mindestanzahl von Verwaltungsratsmitgliedern nicht zum Eingreifen des Handelsregisteramtes führt, stellt der Wegfall des «letzten» Mitglieds stets einen Organisationsmangel dar.²⁷

1.2.3 Vertretungsbefugnis und Wohnsitzerfordernis

Des Weiteren bestehen gesetzliche Anforderungen an die Verwaltungsratsmitglieder, die bei Nichteinhalten Mängel darstellen: Mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates muss gemäss Art. 718 Abs. 3 OR zur Vertretung befugt sein. Gemäss Art. 718 Abs. 4 OR muss die Gesellschaft zudem durch eine Person vertreten werden, die Wohnsitz in der Schweiz hat, wobei dieses Erfordernis durch ein Mitglied des Verwaltungsrats oder einen Direktor erfüllt werden kann. Wie auch schon nach der Praxis unter altem Recht können sowohl das Wohnsitzerfordernis wie auch das vorgeschriebene Vertretungsrecht auf Stufe des Verwaltungsrats entweder von einer Person mit Einzelzeichnungsberechtigung oder von zwei Personen mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien erfüllt werden.²⁸

1.2.4 Verwaltungsratspräsidium

Art. 712 Abs. 1 OR schreibt zudem vor, dass der Verwaltungsrat seinen Präsidenten und den Sekretär bestimmt. Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR konstituiert sich der Verwaltungsrat selbst. Die Statuten

können aber die Wahl des Präsidenten durch die Generalversammlung vorsehen (Art. 712 Abs. 2 OR). Während es sich beim Präsidenten des Verwaltungsrats um ein zwingend vorgeschriebenes, und im Handelsregister einzutragendes Organmitglied handelt, ist der Sekretär – bekleidet er nicht noch ein anderes Amt – kein Organ.²⁹ Somit führt lediglich das Fehlen eines Präsidenten in einem mehrköpfigen Verwaltungsrat zu einem Organisationsmangel.

1.2.5 Handlungsfähigkeit

Als persönliche Anforderung muss das Verwaltungsratsmitglied handlungsfähig sein. Lediglich Urteilsfähigkeit zur Übernahme des Amtes genügen zu lassen, ist unseres Erachtens problematisch. Grundsätzlich wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft durch die Wahl als Antrag gemäss Art. 3 ff. OR einerseits und Annahme der Wahl durch die betreffende Person andererseits begründet.³⁰ Somit ist die Amtsübernahme kein einseitiges Rechtsgeschäft, wie dies bei der nicht annahmebedürftigen bürgerlichen Bevollmächtigung nach Art. 32 ff. OR der Fall ist und bei der deshalb Urteilsfähigkeit genügt.³¹ Eine Wahlannahme, wie im Übrigen auch ein Rücktritt, wäre Unmündigen oder Entmündigten somit nicht ohne Weiteres möglich.³² Zudem wäre für jeden wesentlichen, die Gesellschaft verpflichtenden Geschäftsakt die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einzuholen.³³ Dieser müsste unter Umständen den Verwaltungsratssitzungen beiwohnen und es würde sich die Frage stellen, inwiefern der gesetzliche Vertreter der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, allenfalls als faktisches Organ, untersteht. Eine solche Konstellation, in der die Mandatsannahme und -aufgabe sowie

²⁵ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, N 576 zu § 16.

²⁶ Böckli (Fn. 22), N 59 f. zu § 13 m.w.H.

²⁷ Böckli (Fn. 22), N 94 zu § 13; Krneta (Fn. 20), N 332.

²⁸ Rolf Watter, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 13 zu Art. 718 OR.

²⁹ Lukas Berger/David Rüetschi/Florian Zihler, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, 1 ff., 8; Böckli (Fn. 22), N 108 zu § 13; Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2011, N 256 zu § 5; Wernli/Rizzi (Fn. 21), N 13 zu Art. 712 OR; zur Funktion des Sekretärs des Verwaltungsrates vgl. Katja Roth Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2007, Nr. 632 ff.

³⁰ Wernli/Rizzi (Fn. 21), N 7 zu Art. 710 OR.

³¹ Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jürg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Nr. 1340, 1345.

³² Adrian Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitglieds, Diss. Zürich 1990, 8.

³³ Böckli (Fn. 22), N 36 zu § 13 m.w.H.

das rechtsgeschäftliche Handeln des Verwaltungsratsmitglieds von der Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters abhinge, würde dem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten jeglichen Ermessensspielraum nehmen³⁴ und wäre deshalb mit der Funktionsweise des Verwaltungsrats als Exekutivorgan einer juristischen Person nicht vereinbar. Unseres Erachtens ist deshalb volle Handlungsfähigkeit erforderlich.³⁵

Verliert bei mehreren Verwaltungsratsmitgliedern ein Mitglied nachträglich seine Handlungsfähigkeit, so entsteht kein Organisationsmangel. Das Gesetz schreibt lediglich ein vertretungsbefugtes Verwaltungsratsmitglied und ein Mitglied oder Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz vor. Wird durch die Handlungsunfähigkeit eines Verwaltungsratsmitglieds jedoch ein gesetzliches Erfordernis nicht mehr eingehalten (Wohnsitz, Vertretungsbefugnis), oder wird der gesetzlich vorgeschriebene Verwaltungsratspräsident handlungsunfähig, so liegt ein Organisationsmangel vor.

1.3 Revisionsstelle

Art. 727 ff. OR regeln die Revisionsstellenpflicht. Nach Art. 727 OR müssen grosse Gesellschaften ihre Jahres- und ggf. Konzernrechnung ordentlich prüfen lassen, wenn sie die vorgeschriebenen Schwellenwerte überschreiten. Für die übrigen Gesellschaften schreibt Art. 727a OR die eingeschränkte Revision vor, jedoch kann gemäss Art. 727a Abs. 2 OR mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf die eingeschränkte Revision verzichtet werden, sofern die Gesellschaft nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat (sog. Opting-Out).

Fehlt es überhaupt an einer Revisionsstelle und wurde kein Opting-Out vorgenommen, d.h. wurde eine solche aufgrund Rücktritt gemäss Art. 730a

Abs. 3 OR gelöscht³⁶ oder ist die Amtsdauer ohne Neuwahl abgelaufen, so liegt ein Mangel vor. Anders als in Bezug auf den Verwaltungsrat ist das Ende der Amtsdauer der Revisionsstelle in Art. 730a Abs. 1 OR explizit geregelt. Hiernach wird die Revisionsstelle für ein bis drei Jahre gewählt, ihr Amt endet mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung, d.h. in der Regel spätestens sechs Monate nach Ende des betreffenden Geschäftsjahres.³⁷

Nach dem Revisionsaufsichtsgesetz benötigen Revisionsstellen eine Zulassung der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde.³⁸ Das Handelsregisteramt klärt durch Einsicht in betreffende Register die Zulassung ab.³⁹ Fehlt einer Revisionsstelle die Zulassung nachträglich, so wird das Handelsregisteramt aufgrund Organisationsmangels aktiv.⁴⁰ Wird die Revisionsstelle selbst im Handelsregister gelöscht und wurde kein Opting-Out durchgeführt, so liegt ebenfalls ein Organisationsmangel vor. Dies ist auch der Fall, wenn die Revisionsstelle nicht die Anforderungen an die Unabhängigkeit erfüllt.⁴¹

Ebenso wie für den Verwaltungsrat besteht ein Wohnsitzerfordernis gemäss Art. 730 Abs. 4 OR, das in der Regel dann als eingehalten gilt, wenn es sich um eine Person mit Wohnsitz bzw. eine in der Schweiz eingetragene Zweigniederlassung handelt. Die Verletzung des Sitzerfordernisses stellt auch bei der Revisionsstelle einen Organisationsmangel dar.⁴²

1.4 Weitere Organisationsmängel

1.4.1 Fehlendes Rechtsdomizil

Gesondert in der HRegV geregelt ist der Fall, in dem die Gesellschaft über kein Rechtsdomizil mehr verfügt. Art. 117 HRegV schreibt vor, dass als Sitz der Gesellschaft der Name der politischen Gemeinde, sowie das Rechtsdomizil gemäss Art. 2 lit. c HRegV ins Handelsregister einzutragen sind. Das Rechtsdomizil ist die Adresse, unter der die Rechtseinheit tat-

³⁴ Plüss (Fn. 32), 9.

³⁵ Gl. M. Böckli (Fn. 22), N 36 zu § 13; Eric Homburger, Kommentar zu Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Teilband V 5 b, 2. Aufl., Zürich 1997, N 77 zu Art. 707 OR; Krneta (Fn. 20), Nr. 34; Müller/Lipp/Plüss (Fn. 20), 11; Plüss (Fn. 32), 7; Roth Pellanda (Fn. 29), Nr. 214 f.; Wernli/Rizzi (Fn. 19), N 21 zu Art. 707 OR; a.M. Rudolf Kunz, Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, Diss. St. Gallen 2004, 16; Watter (Fn. 28), N 6 zu Art. 718 OR.

³⁶ Wobei die Löschung in diesem Fall vom Verwaltungsrat vorzunehmen ist, jedoch kann auch die Revisionsstelle selbst die Löschung verlangen (Art. 931a, 938b Abs. 2 OR).

³⁷ Art. 699 Abs. 2 OR.

³⁸ Art. 3 Abs. 1 RAG.

³⁹ Art. 61 Abs. 2 HRegV.

⁴⁰ Art. 15 RAV; Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 8.

⁴¹ Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 8 f.; Art. 728, 729 OR; Art. 61 Abs. 3 HRegV.

⁴² Lorandi (Fn. 16), 1380; Thomas U. Reutter, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 18 zu Art. 730 OR.

sächlich erreicht werden kann und erfordert die Angabe von Strasse, Hausnummer, Postleitzahl und Ortsname. Verfügt die Gesellschaft an ihrem Sitz über kein Rechtsdomizil, d.h. nicht über eigene Büros aufgrund von Eigentum oder Miete, so ist im Handelsregister einzutragen, bei wem sich das Rechtsdomizil befindet (c/o-Adresse).⁴³ In diesem Fall gewährt eine andere Person aufgrund vertraglicher Beziehung (Domizilhaltevertrag), dass die Rechtseinheit ein Rechtsdomizil an ihrem Sitz hat. Vertraglich wird hier sichergestellt, dass die Post entgegengenommen und an die verantwortlichen Organe weitergeleitet wird.⁴⁴

Verfügt die Gesellschaft über kein Rechtsdomizil am Ort ihres Sitzes, sei es, weil sie selbst oder ihr Domizilhalter die Löschung veranlasst hat, so veröffentlicht das Handelsregisteramt im SHAB die Aufforderung, dass innert 30 Tagen ein neues Domizil anzumelden sei (Art. 153 Abs. 1 HRegV).⁴⁵ Sind weitere Adressen eingetragen, so wird das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan an diese per eingeschriebenem Brief aufgefordert (Art. 153 Abs. 2, 3 lit. a HRegV). Wird dem Handelsregisteramt von Dritten zur Kenntnis gebracht, dass die Gesellschaft an ihrem Domizil nicht mehr erreichbar ist, so wird das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan aufgefordert, innert 30 Tagen ein neues Domizil zur Eintragung anzumelden (Art. 153a Abs. 1 HRegV). Die Aufforderung wird an das Rechtsdomizil und allfällige weitere eingetragene Adressen per eingeschriebenem Brief zugestellt (Art. 153a Abs. 2 HRegV). Wird der Aufforderung keine Folge geleistet, so verfügt das Handelsregisteramt die Auflösung der juristischen Person, sowie die weiteren angedrohten Massnahmen (Art. 153b HRegV).

Im Unterschied zum Organisationsmängelverfahren gemäss Art. 731b OR⁴⁶ ist das Handelsregisteramt – nicht der Richter – zuständig, gegebenenfalls die Massnahmen gemäss Art. 153b HRegV zu verfügen. Ebenfalls anders als im Organisationsmängelverfahren ist nach allfälliger Auflösung der Gesell-

schaft die Wiedereintragung möglich, sofern innert drei Monaten nach Eintragung der Auflösung das rechtskonforme Domizil angemeldet wird.⁴⁷ Liegt ein Organisationsmangel vor und fehlt es gleichzeitig an einem Rechtsdomizil, so sollte die strengere Regelung des Art. 731b OR Anwendung finden.⁴⁸

Die geplante Aktienrechtsrevision sieht für das Fehlen des Rechtsdomizils das Verfahren gemäss Art. 731b OR vor.⁴⁹

1.4.2 Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit und Aktiven

Art. 938a OR sowie Art. 155 HRegV schreiben vor, dass wenn die Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr aufweist und sie keine verwertbaren Aktiven mehr hat, das Handelsregister die zur Anmeldung verpflichteten Personen auffordert, innert 30 Tagen die Löschung anzumelden oder mitzuteilen, dass die Eintragung aufrecht erhalten bleiben soll. Andernfalls veranlasst das Handelsregisteramt einen dreimaligen Rechnungsruf im SHAB. Wird kein Interesse an der Aufrechterhaltung geltend gemacht, wird die Rechtseinheit gelöscht.

1.5 Pattsituation (Deadlock)

Insbesondere in paritätischen Zweimanngesellschaften, in denen beide Aktionäre gleich grosse Aktienpakete halten, gilt faktisch das Einstimmigkeitsprinzip. Jeder Aktionär verfügt über eine absolute Sperrminorität. Das Einstimmigkeitsprinzip führt dazu, dass ein absoluter Schutz individueller Interessen der Beteiligten und des kollektiven Interesses gewährleistet ist.⁵⁰ Diesem positiven Aspekt steht u.a. gegenüber, dass bei paritätischen Zweimanngesellschaften die Kosten des Aushandelns eines konsensfähigen Projekts erheblich sein können.⁵¹ Sind sich die Aktionäre nicht einig, so kommt es zu einem Patt;⁵² Beschlüsse können nicht mehr gefasst werden.

⁴³ Vgl. Art. 117 Abs. 3 HRegV.

⁴⁴ Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich/Basel/Genf 2008, N 10 zu Art. 2 HRegV.

⁴⁵ Sofern die Voraussetzungen nach Art. 938a Abs. 1 OR erfüllt sind, wäre jedoch nach Art. 155 HRegV vorzugehen; vgl. Gwelessiani (Fn. 44), N 530 zu Art. 153 HRegV.

⁴⁶ Hierzu hinten III.2.

⁴⁷ Art. 153 Abs. 3 HRegV.

⁴⁸ Lorandi (Fn. 16), 1381.

⁴⁹ 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, 1692.

⁵⁰ Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 89 (1993), 37 ff., 39.

⁵¹ von der Crone (Fn. 50), 39.

⁵² Sog. *Deadlock*.

Während das vorübergehende Patt notwendige Zwischenstufe zu einem konsensfähigen Kompromiss sein kann, ist das andauernde Patt eine fundamentale Funktionsstörung. Hier vermag lediglich die Beendigung der Zusammenarbeit das Patt grundsätzlich zu beseitigen.⁵³

Gemäss *Botschaft* kann bei andauernden Pattsituationen oder bei Handlungsunfähigkeit des einzigen Aktionärs das fehlende Organ richterlich ernannt werden.⁵⁴ Teils wird deshalb vertreten, dass auch andauernde Pattsituationen im Verwaltungsrat einen Organisationsmangel darstellen.⁵⁵ Vor dem Wortlaut des Art. 731b Abs. 1 OR scheint jedoch fraglich, ob die Pattsituation in einem wie vorgeschrieben bestellten Organ als «nicht rechtmässig zusammengesetzt» qualifiziert werden kann. Auch ergibt sich aus der *Botschaft* lediglich, dass bei Pattsituationen die richterliche Einsetzung eines Organs das probate Mittel sei, d.h. es gerade an einem weiteren Organ fehlt, nicht jedoch, dass hierin per se ein Organisationsmangel zu ersehen ist. Würde man annehmen, Pattsituationen im Verwaltungsrat wären Organisationsmängel, dürften zudem lediglich jene Aktiengesellschaften hierunter fallen, die den Stichtscheid des Vorsitzenden gemäss Art. 713 Abs. 1 OR statutarisch wegbedungen haben, da ansonsten ein Patt im technischen Sinne im Verwaltungsrat ausgeschlossen ist. Auch wäre es ein schwieriges Unterfangen für die Handelsregisterämter zu beurteilen, ob eine «andauernde» Pattsituation vorliegt, falls sie überhaupt Kenntnis hiervon erlangen. Aus diesem Grund stellen allfällige Pattsituationen in Gesellschaftsorganen so lange keinen für das Handelsregister relevanten Organisationsmangel dar, als hierdurch nicht ein weiterer Organisationsmangel, wie vorstehend skizziert, bewirkt wird.⁵⁶ In diesem Sinne sind Pattsituationen, vor allem in der Generalversammlung, vielmehr Ursache von Organisationsmängeln.

In der Generalversammlung liegt ein *Deadlock* dann vor, wenn ein Beschluss gefasst werden soll, aber das nötige Quorum nicht erreicht wird. Grund-

sätzlich schreibt Art. 703 OR für die Beschlussfassung und Wahlen der Generalversammlung die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen vor. Rechnerisch ist dies erreicht, wenn die Hälfte der Aktienstimmen zuzüglich einer weiteren zugunsten gestimmt hat.⁵⁷ Gerade beim Nichtzustandekommen des Beschlusses einer Wahl eines vorgeschriebenen Organs, sei es der Revisionsstelle oder des Verwaltungsrats, resultiert allenfalls ein Organisationsmangel.

2. Organisationsmängelverfahren

2.1 Einleitung durch das Handelsregisteramt

Gemäss Art. 154 HRegV hat das Handelsregisteramt bei Mängeln in der Organisation das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan mittels eingeschriebenen Briefs an das Rechtsdomizil der Gesellschaft aufzufordern, innert 30 Tagen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Bei Unerreichbarkeit wird die Aufforderung im SHAB publiziert. Die Mitteilung muss zwingend schriftlich ergehen und hat einen ausdrücklichen Hinweis auf die massgeblichen Vorschriften und Rechtsfolgen zu enthalten.⁵⁸ Bei der 30-tägigen Frist nach Art. 154 Abs. 1 HRegV handelt es sich um eine gesetzliche Verwirkungsfrist, die nicht erstreckt werden kann.⁵⁹ Wird der Mangel innert der 30-tägigen Frist nicht behoben, so ist das Handelsregisteramt gemäss Art. 941a Abs. 1 OR und Art. 154 Abs. 3 HRegV verpflichtet, dem Gericht den Antrag zu stellen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Wird gar keine Frist nach Art. 154 Abs. 1 HRegV angesetzt, ist eine allfällige spätere Löschung nichtig.⁶⁰

2.2 Gerichtliches Verfahren

Im darauffolgenden gerichtlichen Verfahren tritt das Handelsregisteramt als klagende Partei auf, die Gesellschaft ist passivlegitimiert.⁶¹ Zuständig sind die Zivilgerichte, und zwar auch dann, wenn das Ge-

⁵³ von der Crone (Fn. 50), 41.

⁵⁴ Botschaft GmbH-Revision (Fn. 15), 3232.

⁵⁵ Watter/Pamer-Wieser (Fn. 18), N 6 zu Art. 731b OR; Daniel S. Weber; Mängel in der Organisation von Gesellschaften – Art. 731b OR – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Haunreiter/Juchli/Knupp/Würmli (Hrsg.), Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, 345 ff., 355.

⁵⁶ Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 9.

⁵⁷ Böckli (Fn. 22), N 354 zu § 12; Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, N 10 zu Art. 703 OR.

⁵⁸ Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 11.

⁵⁹ Vgl. Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung EHRA 1/08 vom 17. Oktober 2008, Ziff. 19.

⁶⁰ Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 11.

⁶¹ Watter/Pamer-Wieser (Fn. 18), N 14 zu Art. 731b OR.

sich vom Handelsregisteramt ausgeht, da es sich um die Wiederherstellung der privatrechtlichen Ordnung im öffentlichen Interesse handelt, zumal auch Aktionäre oder Gläubiger aktiv legitimiert sind.⁶² Art. 250 lit. c Ziff. 6 und 11 ZPO schreiben ausdrücklich das summarische Verfahren vor. Im Verfahren nach Art. 731b OR gilt die Offizialmaxime. Der Richter ist an Parteianträge nicht gebunden, sondern entscheidet selbst über die zu ergreifenden Massnahmen.⁶³ Entsprechend ist auch ein Vergleich ausgeschlossen, da die Parteien nicht über den Streitgegenstand verfügen können.⁶⁴ Örtlich zuständig ist in der Regel das Gericht am Sitz der Gesellschaft gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus kantonalem Recht, wobei – sofern vorgesehen – die Handelsgerichte zuständig sind.⁶⁵

3. Richterliche Massnahmen

3.1 Aufforderung zur Mängelbehebung

Das Gesetz nennt in Art. 731b Abs. 1 OR in nicht abschliessender Weise drei verschiedene Massnahmen, die der Richter ergreifen kann. Die Fristansetzung gemäss Ziff. 1 dieser Bestimmung unter Androhung, die Gesellschaft könne für den Fall, dass der Mangel nicht beseitigt würde, allenfalls aufgelöst werden, stellt die mildeste Massnahme dar. Es ist davon auszugehen, dass der Richter, ausser in Fällen

offensichtlicher Aussichtslosigkeit, stets eine Frist gemäss Ziff. 1 ansetzt.⁶⁶ Aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich jedoch, dass die richterliche Androhung mit Fristansetzung keine Voraussetzung für die Auflösung der Gesellschaft darstellt.⁶⁷ In der Lehre wird eine Frist zwischen 30 und 60 Tagen als adäquat erachtet,⁶⁸ was aufgrund der Tatsache, dass oft die Abhaltung einer Generalversammlung zwecks Wahlen oder Statutenänderung nötig sein dürfte,⁶⁹ sachgerecht erscheint. Da es sich um eine gerichtliche Frist im Sinne von Art. 144 Abs. 2 ZPO handelt, ist bei zureichenden Gründen eine Erstreckung möglich, wobei als zureichender Grund die Erforderlichkeit einer Generalversammlung bei ernsthaften Bemühungen zur Mängelbehebung genügen dürfte.⁷⁰

3.2 Einsetzung fehlender Organe oder eines Sachwalters

Gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR kann der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen. Der Richter hat die Gesellschaft zu verpflichten, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten. Der Sachwalter tritt anstelle der Verwaltungsbeistandschaft für juristische Personen gemäss Art. 393 Ziff. 4 aZGB.⁷¹ In der Praxis wird – soweit ersichtlich – von der Möglichkeit der Organ- bzw. Sachwaltereinsetzung kaum Gebrauch gemacht.⁷² Als Grund wird genannt, dass die betreffenden Gesellschaften einen hierfür gerichtlich angeordneten Kostenvorschuss nicht leisten oder sicherstellen wollten oder konnten bzw. dass der Organisationsmangel auf anderem Wege schneller behoben werden könne.⁷³ Es gilt zu beachten, dass es sich bei dem in Art. 731b Abs. 2 OR vorgeschriebenen Kostenvorschuss nicht um einen solchen gemäss Art. 98 ZPO handelt, dessen vorgängige Nichtleistung gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO zum Nichteintreten führt. Vielmehr ist die Gesellschaft direkt im Urteilsdispositiv zu verpflichten, dem zu ernennenden Or-

⁶² *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 14.

⁶³ Botschaft GmbH-Revision (Fn. 15), 3232; *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 17; *Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 18), N 9 zu Art. 731b OR.

⁶⁴ *Lorandi* (Fn. 16), 1384 der sich neben der Offizialmaxime ebenso für die Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes im Organisationsmängelverfahren ausspricht, nach dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln hat, womit Art. 255 ZPO – trotz fehlendem Hinweis – nicht abschliessend sei. Unseres Erachtens lässt das geltende Recht – obwohl wünschenswert – hierzu keinen Spielraum, vgl. *Stefan Bürge/Nicolas Gut*, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH – Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 105 (2009), 157 ff., 161 f. Zur Frage der abschliessenden Aufzählung des Art. 255 ZPO vgl. *Ingrid Jent-Sørensen*, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010, N 3 zu Art. 255 ZPO.

⁶⁵ *Michael Lazopoulos*, in: Myriam Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), *Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich 2010, N 40 zu Art. 250; *Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 18), N 8 zu Art. 731b; zu den Rechtsmitteln und zur Vollstreckbarkeit des Urteils vgl. *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 22 ff.

⁶⁶ *Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 18), N 19 zu Art. 731b.

⁶⁷ *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 18.

⁶⁸ *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 19; *Lorandi* (Fn. 16), 1385; *Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 18), N 20 zu Art. 731b; *Weber* (Fn. 55), 365 Fn. 112.

⁶⁹ Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 und 2, 712 Abs. 2 OR.

⁷⁰ *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 19.

⁷¹ Botschaft GmbH-Revision (Fn. 15), 3231.

⁷² Vgl. auch *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 19, 21.

⁷³ *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 19.

gan oder Sachwalter einen Kostenvorschuss zu leisten.⁷⁴ Hiermit kann verhindert werden, dass die Einsetzung faktisch daran scheitert, dass die Gesellschaft den Vorschuss nicht bezahlt,⁷⁵ wie bspw. aufgrund einer Pattsituation im Verwaltungsrat.

Setzt das Gericht ein Organ oder einen Sachwalter ein, so hat es im Urteil die Dauer der Ernennung zu regeln⁷⁶ und die genauen Kompetenzen festzulegen.⁷⁷ Richterliche Anordnungen können von der Generalversammlung nicht widerrufen werden.⁷⁸

Unter Umständen kann die Konsultation der Gesellschaft geboten sein, da anzustreben ist, dass das einzusetzende Organ später formell wiedergewählt werden kann.⁷⁹

3.3 Auflösung der Gesellschaft

Als weitere Massnahme sieht Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR vor, dass der Richter die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Regeln über den Konkurs anordnen kann. Es handelt sich hierbei um eine drastische Massnahme, die nur als *ultima ratio* in Betracht gezogen werden sollte.⁸⁰ Mit anderen Worten hat der Richter bei der Ausübung seines Ermessens bei der Wahl der zu ergreifenden Massnahme den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten.⁸¹ Es dürfen zudem die Voraussetzungen der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR nicht unterlaufen werden, da Aktionären kein Instrument an die Hand gegeben werden soll, an einer Pattsituation die erleichterte Auflösung über Art. 731b OR zu

erwirken.⁸² Die Auflösung nach Art. 736 Ziff. 4 OR ist möglich, wenn 10 Prozent des Aktienkapitals diese aus wichtigen Gründen verlangen und ist zweifach subsidiär: Sie ist nur zulässig, wenn der die Auflösung verlangende Aktionär seine Rechte nicht anderweitig durchsetzen kann (beispielsweise durch Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklagen). Zudem darf der Richter die Auflösung nur anordnen, wenn keine andere sachgemässe Lösung möglich ist.⁸³ Bei der Anordnung der Auflösung gemäss Art. 731b OR sind diese im Zusammenhang mit der Auflösungsklage entwickelten Grundsätze somit zu beachten.

Die Auflösung der Gesellschaft muss geeignet und erforderlich sein und es muss eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen erfolgen.⁸⁴ Insbesondere sind bei der Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung zwingender Organisationsvorschriften einerseits und dem Interesse am Weiterbestehen der Gesellschaft andererseits die involvierten Interessensgruppen zu berücksichtigen. Namentlich sind hier neben den Interessen von Aktionären und Gläubigern vor allem jene der Arbeitnehmer anzuführen, deren Situation in den Abwägungsprozess einbezogen werden muss.⁸⁵

So kann die richterliche Auflösung dann als verhältnismässig erachtet werden, wenn beispielsweise bei einem fehlenden Organ die Aufforderung zur Mängelbehebung seitens der Gesellschaft nicht entgegengenommen wird, sprich wenn die Gesellschaft an ihrem Rechtsdomizil unerreichbar ist und wenn es gleichzeitig an erreichbaren Verwaltungsratsmitgliedern fehlt.⁸⁶ Nichtsdestotrotz muss auch in solchen Fällen eine Abwägung im Einzelfall stattfinden, insbesondere im Hinblick auf Arbeitnehmerinteressen, ein allfälliges laufendes operatives Geschäft und die wirtschaftliche Situation der betreffenden Gesell-

⁷⁴ BGE 138 III 294 ff. (302), E. 3.3.1.

⁷⁵ Böckli (Fn. 22), N 494 zu § 13; BGE 138 III 294 ff., (302), E. 3.3.1.

⁷⁶ Art. 731b Abs. 2 OR.

⁷⁷ Beat M. Barthold/Florian S. Jörg, Kleine Aktienrechtsrevision, Revision des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, ST 8 (2006), 494 ff., 496; Watter/Pamer-Wieser (Fn. 18), N 21 f. zu Art. 731b OR.

⁷⁸ Botschaft GmbH-Revision (Fn. 15), 3232.

⁷⁹ Watter/Pamer-Wieser (Fn. 18), N 23 zu Art. 731b OR.

⁸⁰ Böckli (Fn. 22), N 493 zu § 13; Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 743, 1184; Bürge/Gut (Fn. 64), 159 f.; Lorandi (Fn. 16), 1385; Weber (Fn. 55), 365.

⁸¹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV; zum Verhältnismässigkeitsprinzip Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 583, 585; zur Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Organisationsmängelverfahren Bürge/Gut (Fn. 64), 159 f.; Lorandi (Fn. 16), 1385; BGE 138 III 294 ff. (298 f.), E. 3.1.4 m.w.H.

⁸² BGE 138 III 294 ff. (299 f.), E. 3.1.6.

⁸³ Zur Subsidiarität der Auflösungsklage Lukas Beeler/Hans Caspar von der Crone, Auflösungsklage nach Art. 736 Abs. 4 OR, SZW 2010, 329 ff., 332 ff.

⁸⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 81), N 586 ff.

⁸⁵ Botschaft GmbH-Revision (Fn. 15), 3232; BGE 138 III 294 ff. (299 f.), E. 3.1.6 m.w.H.; Beeler/von der Crone (Fn. 83), 333; Böckli (Fn. 22), N 191 zu § 16.

⁸⁶ Beispielfallhaft das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE110570-O vom 14. März 2012, wo es sowohl an einer Revisionsstelle, an einem Opting-Out, an Verwaltungsratsmitgliedern, an vertretungsberechtigten Personen in der Schweiz und am Domizil fehlte.

schaft. «[...] [Es] muss sich eine Situation präsentieren, die derart gravierend ist, dass der Fortbestand der Gesellschaft nach Treu und Glauben als nicht mehr tragbar erscheint, die beklagte Gesellschaft mithin ihr Existenzrecht verwirkt hat und verschwinden muss.»⁸⁷

Vor diesem Hintergrund erstaunt die aktuelle Praxis der kantonalen Gerichte, nach der grundsätzlich nach Ansetzung einer Frist mit der Aufforderung, den Mangel zu beheben, die Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet wird, sofern die Gesellschaft untätig bleibt.⁸⁸

3.4 Weitere Massnahmen

Angesichts des weitreichenden Ermessens, das Art. 731b OR dem Richter wie bei der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR einräumt, sind unseres Erachtens die bezüglich der Auflösungsklage entwickelten «sachgemässen Lösungen» zum Teil auch im Organisationsmängelverfahren vom Richter in Erwägung zu ziehen. Im Vordergrund stehen hier Massnahmen, die an der Aktionärsstruktur ansetzen, um Pattsituationen in der Generalversammlung und damit weitere Organisationsmängel längerfristig zu vermeiden.

3.4.1 Aktienrückkauf und Kapitalherabsetzung

Vor allem wird in der Lehre der gerichtlich angeordnete Aktienrückkauf aus Gesellschaftsmitteln diskutiert.⁸⁹ Gerade in Pattsituationen, in denen ein Aktionär – wie im hier besprochenen Entscheid – im Verfahren nach Art. 731b OR sogar die Auflösung der Gesellschaft fordert, könnte der gerichtlich angeordnete Aktienrückkauf als probate, verhältnismässige Lösung angezeigt sein. Da beim Erwerb durch

die Gesellschaft gerade in paritätischen Zweimanngesellschaften allenfalls das Mindestaktienkapital von CHF 100 000.– unterschritten und die 10-Prozent-Schwelle des Art. 659 Abs. 1 OR für eigene Aktien überschritten würde,⁹⁰ fällt dieser in solchen Konstellationen jedoch ausser Betracht. Auch eine Teilliquidation nach den Vorschriften über die Kapitalherabsetzung gemäss Art. 732 ff. OR fiele je nach Eigenkapital- und Liquiditätssituation der Gesellschaft ausser Betracht.⁹¹

3.4.2 Eingriffe in die Aktionärsstruktur

So stellt sich die Frage, ob allenfalls auch Anordnungen gegenüber Aktionären möglich sind. Als problematisch erweist sich hier, dass diese – wie auch beim Verfahren zur Auflösungsklage – nicht Partei des Verfahrens sind und ausserdem, dass Art. 680 Abs. 1 OR neben der Liberierungspflicht keine weiteren Pflichten für Aktionäre gestattet.⁹² Es kann jedoch nicht darüber hinweg gesehen werden, dass der Wortlaut sowohl von Art. 731b OR – wie auch der von Art. 736 Ziff. 4 OR – Anordnungen gegenüber Dritten nicht ausschliesst. Den Verhältnismässigkeitsgrundsatz beachtend, muss der Richter den involvierten Interessen von Aktionären, Gläubigern und Arbeitnehmern hinreichend Rechnung tragen können. Besteht nun eine Pattsituation, so stellen Anordnungen gegenüber Aktionären das mildere Mittel gegenüber der Auflösung dar, auch wenn hier in ihre Sphäre eingegriffen wird.⁹³ Nach der hier vertretenen Auffassung sind Anordnungen gegenüber Aktionären deshalb, so wie bei der Auflösungsklage, auch im Rahmen von Art. 731b OR als zulässig zu erachten.⁹⁴ Um die Aktionärsstruktur zu verändern und im Er-

⁸⁷ BGE 138 III 294 ff. (300), E. 3.1.6 a.E.

⁸⁸ Vgl. *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 29), 21; Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011-53-HGP vom 27. Mai 2011, E. II.2 a.E. mit Verweis auf die konstante Praxis des Handelsgerichtspräsidenten im Kanton St. Gallen.

⁸⁹ *Beeler/von der Crone* (Fn. 83), 337 f.; *Böckli* (Fn. 22), N 200 ff. zu § 16; *Christoph Stäubli*, in: *Honsell/Vogt/Watter* (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, 4. Aufl., Basel 2012, N 27 zu Art. 736 OR; *Hans-Ueli Vogt/Thomas Enderli*, *Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung»* (Art. 736 Ziff. 4 OR) – Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 278 ff., recht 2010, 238 ff., 243.

⁹⁰ Vgl. *Beeler/von der Crone* (Fn. 83), 338; *Böckli* (Fn. 22), N 204 zu § 16.

⁹¹ *Böckli* (Fn. 22), N 205 zu § 16; *von der Crone* (Fn. 50), 42.

⁹² *Beeler/von der Crone* (Fn. 83), 338; *Böckli* (Fn. 22), N 211 zu § 16; *Lukas Handschin*, *Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgemässe Lösungen*, SZW 1993, 43 ff., 45; *Philipp Habegger*, *Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR*, Diss. Zürich, Bern 1996, N 52 zu § 11.

⁹³ *Beeler/von der Crone* (Fn. 83), 338.

⁹⁴ Zur Zulässigkeit der richterlich angeordneten Versteigerung der Aktien eines Aktionärs zwecks Übernahme durch den anderen sowohl im Verfahren nach Art. 731b OR als auch nach Art. 736 Ziff. 4 OR, vgl. BGE 138 III 294 ff. (303 f.), E. 3.3.3.

gebnis die Aktien (zum Teil) von einer Partei übernehmen zu lassen, sind verschiedene Verfahren denkbar. Der Versteigerung unter den beteiligten Aktionären über mehrere Runden mit offenen Geboten wäre hier gegenüber der richterlich angeordneten Übernahme des Aktienpakets einer Partei von der anderen zu einem drittbestimmten Preis in der Regel der Vorzug zu geben. Durch die Preisbestimmung im Rahmen der Versteigerung würde ein Interessensgleich bewirkt.⁹⁵

3.4.3 Stichentscheid im Verwaltungsrat

Um Pattsituationen im Verwaltungsrat zu vermeiden, wäre allenfalls die richterliche Anordnung des Stichentscheids zugunsten des Verwaltungsratspräsidenten zu erwägen, sofern dieser statutarisch abgedungen wurde (Art. 713 OR). In paritätischen Zweimanngesellschaften, in denen die beiden Aktionäre im Verwaltungsrat Einsitz nehmen, wäre eine solche Lösung jedoch kaum zielführend, das Patt würde nur scheinbar gelöst. Somit fällt diese Massnahme als ungeeignet ausser Betracht.

3.4.4 Stichentscheid in der Generalversammlung

Dieselbe Frage stellt sich in Bezug auf den Stichentscheid in der Generalversammlung. Während der Stichentscheid des Präsidenten für den Verwaltungsrat gesetzlich festgeschrieben ist, fehlt eine solche Bestimmung für die Generalversammlung. Sofern statutarisch vorgesehen, wird der Stichentscheid des Präsidenten bzw. Vorsitzenden in der Generalversammlung weitgehend als zulässig erachtet.⁹⁶ Praktisch relevant wird die Frage nach der Zulässigkeit des Stichentscheids in der Generalversammlung nur bei 50-zu-50-Pattsituationen. Da die Generalversammlung in aller Regel über Geschäfte entscheidet, die bei Erreichen des Quorums als angenommen, ansonsten als abgelehnt gelten, kommt der Beschluss bei Zustimmung von nur 50% der Stimmen nicht zustande. Es ergeht ein negativer Entscheid und der Antrag gilt als abgelehnt. Art. 704 Abs. 2 OR schreibt unseres Erachtens vor, dass grundsätzlich nur die sta-

tutarische Einführung grösserer Mehrheiten, nicht aber kleinerer Quoren zulässig ist. Die Frage ist in der Doktrin äusserst umstritten.

Sobald ein Aktionär in die Aktiengesellschaft eintritt, unterwirft er sich notwendigerweise und bewusst dem Mehrheitsprinzip und anerkennt, dass die Meinung der Mehrheit grundsätzlich vorgeht. Für den Fall der missbräuchlichen Verfolgung partikulärer Interessen durch die Mehrheit gewährt das Aktienrecht hinreichend wirksame Minderheitenschutzrechte. Minderheitsquoten würden die Kapitalbezogenheit der Aktiengesellschaft aushebeln, da die Korrelation von Kapitalanteil, Verlustrisiko und Stimmkraft konterkariert würde. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Mehrheitsprinzip deshalb Teil der Grundstruktur der Aktiengesellschaft und darf nicht durch die Einführung von Minderheitsquoten unterlaufen werden.⁹⁷ Art. 703 OR ist in diesem Sinne zwingend. Das Mehrheitsprinzip verletzende Generalversammlungsbeschlüsse sind demnach gemäss Art. 706b Ziff. 3 OR nichtig.

Würde man einen statutarisch vorgesehenen Stichentscheid des Vorsitzenden als zulässig erachten, würde ein solches unzulässiges Minderheitsquorum geschaffen, nämlich wären nicht 50% der Aktienstimmen zuzüglich einer, sondern nur 50% ausreichend. Der Stichentscheid wäre somit eine Verletzung des in Art. 703 OR ausdrücklich vorgeschriebenen Mehrheitsprinzips⁹⁸ und des Art. 704 Abs. 2 OR. Auch wenn man den Stichentscheid als zulässig erachten würde, wäre er in paritätischen Zweimanngesellschaften mit Pattsituation ohnehin nicht zielführend, da so eine systemwidrige künstliche Mehrheit zugunsten des Verwaltungsratspräsidenten geschaffen würde, aus der zudem eine unzulässige Ungleichbehandlung der Aktionäre resultiert.⁹⁹ Der Aktionär, der das Präsidium innehat – und wohlge-merkt in der Regel mindestens zeitweise nicht verlieren kann –, würde ohne sachlichen Grund privilegiert. Von gewisser Relevanz ist ein Stichentscheid in

⁹⁵ Zur Preisbestimmung beim angeordneten Auskauf von *der Crone* (Fn. 50), 43.

⁹⁶ BGE 95 II 555 ff. (559 f.), E. 1 und 2; *Böckli* (Fn. 22), N 358 zu § 12; *Dubs/Truffer* (Fn. 57), N 12 zu Art. 703 OR; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, N 57 zu § 24; *Müller/Lipp/Plüss* (Fn. 20), 130.

⁹⁷ *Gl. M. Böckli* (Fn. 22), N 430 zu § 12; a.M. *Dubs/Truffer* (Fn. 57), N 13 zu Art. 703 OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 96), N 54 zu § 24; *Peter V. Kunz*, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, N 93 ff. zu § 12; *Brigitte Tanner*, Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1987, N 71 ff., 76 zu § 1.

⁹⁸ So auch *Kunz* (Fn. 97), N 83 f. zu § 12.

⁹⁹ *Kunz* (Fn. 97), N 84 zu § 12.

der Generalversammlung, wenn es um Eventualabstimmungen geht. Steht dem Antrag des Verwaltungsrats ein Antrag eines Aktionärs zum gleichen Geschäft entgegen und soll abgestimmt werden, welche Variante der Generalversammlung letztlich zur Abstimmung unterbreitet werden soll, so kann der Stichtentscheid – sofern statutarisch vorgesehen – als ausnahmsweise zulässig erachtet werden. Hier wird das Mehrheitsprinzip bei der letztendlichen Abstimmung gewahrt, bei der ein Stichtentscheid unseres Erachtens unzulässig ist.

Zulässig und sachdienlicher für die Lösung von Pattsituationen wäre die fiduziarische Übertragung je einer Aktienstimme jedes Aktionärs an einen neutralen Dritten, der so als Aktionär und allenfalls Verwaltungsratsmitglied einen «echten» Stichtentscheid fällt.¹⁰⁰ Eine entsprechende richterliche Anordnung im Verfahren nach Art. 731b OR ist unseres Erachtens zulässig.

3.4.5 Weitere organisatorische und strukturelle Massnahmen

Weitere im Rahmen der Auflösungsklage vorgeschlagene richterliche Anordnungen, die auch beim Verfahren nach Art. 731b OR in Betracht kommen, sind die Aufnahme eines oppositionellen Aktionärs in den Verwaltungsrat, die Abspaltung einer Beteiligungsgesellschaft, die Aufspaltung einer Zweimanngesellschaft oder die Teilliquidation durch Aktienkapitalherabsetzung.¹⁰¹

4. Nachträgliche Mängelbehebung

Wird während dem erstinstanzlichen Verfahren der Mangel behoben, so wird das Verfahren gegenstandslos. Im allfällig zu durchlaufenden kantonalen Rechtsmittelverfahren kann die Wiederherstellung des mängelfreien Zustandes als Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO geltend gemacht werden.¹⁰² Nach Eintritt der Rechtskraft kann der Entscheid gemäss Art. 731b OR nicht widerrufen werden. Auch ein Widerruf des Konkurses nach Art. 195 f. SchKG

kommt nicht in Betracht, da gar nie eine Konkursöffnung stattgefunden hat.¹⁰³

Auch das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision nach Art. 328 ff. ZPO kommt nicht infrage, da es hier eines Revisionsgrundes bedürfte. Bei nachträglicher Mängelbehebung würde es sich jedoch um Tatsachen und Beweismittel handeln, die erst nach dem Entscheid entstanden sind, womit die Revision ausgeschlossen ist.¹⁰⁴

Ergeht ein Säumnisurteil nach Art. 147 ff. ZPO, d.h. ist die Gesellschaft untätig geblieben und hat der Richter ohne ihre Stellungnahme entschieden, stellt sich die Frage nach der Fristwiederherstellung gemäss Art. 148 ZPO. Nach Eröffnung des Entscheids kann die Fristwiederherstellung innert sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft innert 10 Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes verlangt werden.¹⁰⁵ Es dürfte jedoch kaum gelingen, kein oder nur leichtes Verschuldens glaubhaft zu machen, das zur Säumnis führte. Insbesondere dürften Vergesslichkeit, Unachtsamkeit und Nachlässigkeit als grobes Verschulden zu qualifizieren sein.¹⁰⁶

Immerhin scheint das Handelsgericht Zürich bei Fristwiederherstellungen nach Art. 148 ZPO im Organisationsmängelverfahren grosszügig zu sein. «*Angesichts der Besonderheiten der Verfahren betreffend Organisationsmängeln, insbesondere der notorisch unterentwickelten Rechtskenntnisse vieler Organe, ist die Hürde für die Annahme eines bloss leichten Verschuldens an der Säumnis tief anzusetzen.*»¹⁰⁷ In diesem Sinne könne Unbedarftheit als leichtes Verschulden eingestuft werden, wenn keine Drittinteressen unmittelbar betroffen sind und wirtschaftliche Werte nicht ohne Not vernichtet werden sollten.¹⁰⁸ Da nach rechtskräftiger Erledigung des Organisationsmängelverfahrens in aller Regel keine

¹⁰⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 96), N 58 zu § 24.

¹⁰¹ Vgl. Beeler/von der Crone (Fn. 83), 338; Böckli (Fn. 22), N 207 zu § 16; Vogt/Enderli (Fn. 89), 243; Stäubli (Fn. 89), N 27 zu Art. 736 OR.

¹⁰² Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 24 f.

¹⁰³ Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 25; Lorandi (Fn. 16), 1391 der immerhin eine «modifizierte Anwendung» von Art. 195 SchKG zulassen will, wenn die Voraussetzungen des Art. 195 SchKG gegeben sind und kein Mangel in der Organisation mehr vorliegt.

¹⁰⁴ Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO.

¹⁰⁵ Art. 148 Abs. 3 ZPO.

¹⁰⁶ Zur Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO im Organisationsmängelverfahren eingehend Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 29), 25 f. m.w.H.

¹⁰⁷ Verfügung des Handelsgerichts des Kanton Zürich vom 30. November 2011, ZR 111 (2012), Nr. 22.

¹⁰⁸ Verfügung des Handelsgerichts des Kanton Zürich vom 30. November 2011, ZR 111 (2012), Nr. 22.

Möglichkeit besteht, auf den Entscheid zurückzukommen, ist immerhin das Ergebnis, das durch grosszügige Gewährung von Fristwiederherstellungen erzielt wird, zu begrüssen.

5. Bemerkungen zur Argumentation der Gerichte

Der Sachverhalt, der dem Urteil dieser Besprechung zugrunde liegt, stellt ein Musterbeispiel einer Pattsituation in der paritätischen Zweimanngesellschaft dar. Das Handelsgericht argumentiert, dass die richterliche Einsetzung der Revisionsstelle die Mängel in der Organisation nicht dauernd beheben könne, da nach Ablauf eines Jahres wiederum Mängel bestünden. Deshalb sei die richterliche Einsetzung unzweckmässig.¹⁰⁹ Diese Argumentation vermag aus verschiedenen Gründen nicht zu überzeugen. Wenn auch unwahrscheinlich, besteht zunächst die Möglichkeit der Bereinigung der Differenzen zwischen den Aktionären. Zudem bestünde im Falle der Gefahr eines wiederholten Organisationsmangels gleicher Art die Möglichkeit, anderweitige, allenfalls zusätzliche Massnahmen zu ergreifen. Bei der vorliegenden Pattsituation wäre – insbesondere da AX in seiner Eingabe vom 18. März 2011 die Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs nach Art. 731b OR sogar beantragte – ein richterlicher Eingriff in die Aktionärsstruktur als verhältnismässiges Mittel in Betracht zu ziehen gewesen. Im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens oder gar durch richterlich angeordnete Übertragung des Aktienpakets des AX auf B zu einem drittbestimmten Preis wäre mit einem milderem Mittel als der Auflösung der X-AG den beteiligten Interessensgruppen Rechnung getragen worden. Dass eine solche Anordnung sowohl zulässig als auch sachgerecht gewesen wäre, hat das Bundesgericht im vorliegend besprochenen Leitentscheid nun explizit festgehalten.¹¹⁰ Auch hätte die richterlich angeordnete fiduziarische Übertragung je einer Aktie der Aktionäre an eine unabhängige Drittperson zwecks «echten» Stichtentscheids erwogen werden können. Dass eine Veräusserung des Unternehmens an einen Aktionär oder einen Dritten das probatere Mittel sein könnte, scheint das Handelsgericht zu erkennen, gedenkt es doch in sei-

ner Urteilsbegründung das Konkursamt anzuhalten, für eine entsprechende Veräusserung in Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips besorgt zu sein.¹¹¹ Nichtsdestotrotz wird die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet, womit das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt wird.

So hält es auch das Bundesgericht fest. Mit dem Verfahren nach Art. 731b OR solle nicht die Möglichkeit eröffnet werden, die strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage zu umgehen. Die Vorinstanz habe mit der Anordnung der Auflösung das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Die drastischste Massnahme der Auflösung sei bei Fehlen einer Revisionsstelle, das auf ein Patt zurückzuführen ist, nicht verhältnismässig, zumal die Gesellschaft nach aussen handlungsfähig sei und es sich grundsätzlich um ein funktionierendes, finanziell gesundes Unternehmen handle. Auch wenn der Verwaltungsrat im vorliegenden Fall mangels erforderlicher Zeichnungsberechtigung nicht handlungsfähig wäre, so wäre auch das Argument, der Kostenvorschuss würde nicht bezahlt werden, unzutreffend, da die Gesellschaft im Dispositiv ohnehin verpflichtet würde, die Kosten der ernannten Revisionsstelle zu zahlen und dieser einen Vorschuss zu leisten.¹¹² Die Voraussetzungen der Auflösungsklage würden gebieten, dass das Interesse des AX an der Auflösung der X-AG gegenüber dem Interesse des B und der Arbeitnehmer und Gläubiger am Fortbestand der Gesellschaft überwiegt.¹¹³ Die bundesgerichtliche Argumentation, dass die Auflösung von operationell funktionierenden und finanziell gesunden Gesellschaften bei Organisationsmängeln unverhältnismässig sei, wenn die Aufforderung nicht fruchtet, überzeugt. Es ist zu begrüssen, dass die bei kantonalen Gerichten verbreitete Praxis, Gesellschaften in solchen Fällen regelmässig aufzulösen, nun eine Änderung erfahren dürfte. Hierbei wäre vor allem wünschenswert, dass Gerichte neben der richterlichen Einsetzung von Organen auch weitere, nicht geregelte Massnahmen auf ihre Verhältnismässigkeit im Einzelfall hin evaluieren. Zwar entstünde den Gerichten angesichts der Vielzahl an Organisa-

¹⁰⁹ Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011-53-HGP vom 27. Mai 2011, E. II.3a.

¹¹⁰ BGE 138 III 294 ff. (303 f.), E. 3.3.3.

¹¹¹ Urteil des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen HG.2011-53-HGP vom 27. Mai 2011, E. II.3.a.

¹¹² BGE 138 III 294 ff. (302), E. 3.3.1.

¹¹³ BGE 138 III 294 ff. (303), E. 3.3.2.

tionsmängelverfahren ein erheblicher Aufwand,¹¹⁴ doch könnte die Anzahl Verfahren durch nachhaltige einzelfallbezogene Massnahmen womöglich reduziert werden.

IV. Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts zeigt auf, dass bei Fehlen einer Revisionsstelle aufgrund einer Pattsituation im Aktionariat das Einsetzen des Organs durch den Richter grundsätzlich das mildere, also verhältnismässige Mittel darstellt und eine Auflösung über das Ziel hinaus schießt. Die Auflösung ist nur unter den strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage zulässig und als ultima ratio zu betrachten.

Es kann nun davon ausgegangen werden, dass sich aufgrund des bundesgerichtlichen Leitentscheids

die kantonale Praxis ändert, mangelhaft organisierte Gesellschaften regelmässig aufzulösen, anstatt die vielschichtigen Möglichkeiten verhältnismässigerer Massnahmen einzelfallbezogen abzuwägen. Vor allem im Hinblick auf die Interessensgruppen der Gläubiger und Arbeitnehmer ist dies zu begrüssen und würde die unnötige Vernichtung finanzieller Werte im Interesse des volkswirtschaftlichen Nutzens verhindern.

Obwohl der vorliegende Fall die Problematik von Pattsituationen in paritätischen Zweimanngesellschaften aufzeigt, kann nicht darüber hinweggesehen werden, dass Zweimanngesellschaften eine nicht nur nachteilhafte Erscheinungsform der Aktiengesellschaft darstellen. Insbesondere wird durch das faktische Einstimmigkeitsprinzip dem Schutz sowohl von individuellen als auch von kollektiven Interessen in besonderem Masse Rechnung getragen.

¹¹⁴ Vgl. Verfügung des Handelsgerichts des Kanton Zürich vom 30. November 2011, ZR 111 (2012), Nr. 22 mit dem Hinweis auf die gut 900 Verfahren im Jahre 2011.