

# BACHELORARBEIT

Art. 731b OR: Organisationsmängelverfahren reduzieren?

Michael Keller

**ZHAW School of Management and Law**

8. Semester Wirtschaftsrecht (Teilzeitstudium)

Winterthur, Frühlingssemester 2023

Abgabedatum: 18. Mai 2023

Betreuung durch:

Frau Dr. iur. Helke Drenckhan, Rechtsanwältin und  
Lehrbeauftragte für Compliance und Wirtschaftsrecht

## Management Summary

Die Schweiz verfügt mit Art. 731b OR über eine weitreichende gesetzliche Grundlage, um gegen Organisationsmängel in Gesellschaften vorzugehen. Ein effektiver und effizienter Lösungsmechanismus für die Behebung von Organisationsmängeln liegt im Interesse aller Stakeholder und ist essenziell für einen funktionierenden Rechtsverkehr und die Volkswirtschaft.

In dieser Bachelorarbeit wurden die Anwendungsbereiche, die Abläufe, die Haftungen und die Strafbarkeiten von Art. 731b OR thematisiert, um Massnahmen vorzuschlagen, die vermeidbare Organisationsmängelverfahren reduzieren und die Position der Gläubiger in einem allfälligen Verfahren stärken können.

Die Praxisrelevanz von Art. 731b OR zeigt sich darin, dass im Jahr 2021 im Kanton Uri 70 % aller Konkursverfahren aufgrund von Organisationsmängeln erfolgten. Deshalb wurde untersucht, wie vorsätzlich oder eventualvorsätzlich verursachte Organisationsmängelverfahren vermieden werden können, um die ausführenden Behörden – die Handelsregister- und Konkursämter sowie die Gerichte – zu entlasten, damit sich diese ausschliesslich mit unvermeidbaren Fällen beschäftigen müssen.

Art. 731b OR kann auf jegliche Konstellationen von Organisationsmängeln angewendet werden und bietet somit den erforderlichen Rahmen, um diese Mängel zu beheben. Betroffene können auf das Handelsregisteramt zugehen, welches wiederum eine Frist zur Behebung der Mängel setzt. Verstreicht diese ungeklärt, bekommt das Gericht den Fall vom Handelsregisteramt überwiesen. Alternativ können sich Betroffene mittels der Organisationsmängelklage direkt ans Gericht wenden. Dieses kann spezifische Massnahmen erlassen und verfügt dabei über einen grossen Handlungsspielraum. Sollten keine Massnahmen zielführend sein, wird die Auflösung der Gesellschaft mittels Auflösungsbeschluss angeordnet. Der Konkurs wird in einem weiteren Schritt nur bei Fällen von Überschuldungen eröffnet. Folglich wird nicht bei allen Fällen von Liquidationen der Konkurs eröffnet, was ferner Auswirkungen auf die Strafbarkeit und die Haftungen hat. Die Liquidationen der Gesellschaften werden danach von den Konkursämtern vollzogen.

In dieser Bachelorarbeit wurden folgende Massnahmen zur Reduzierung vermeidbarer Organisationsmängelverfahren und zur Stärkung der Betroffenen vorgeschlagen:

- Einführung eines neuen Strafrechtsartikels: «unnötiges Verursachen von Organisationsmängelverfahren und deren Folgen»
- Qualifikation des Auflösungsbeschlusses als Konkursöffnung; alternativ die analoge Anwendung von Art. 163–167 StGB für Fälle des Auflösungsbeschlusses
- Schaffung eines neuen Haftungstatbestands gekoppelt an den vorgeschlagenen neuen StGB-Artikel. Dieser soll die Haftung für jegliche Kosten der Handelsregister- und der Konkursämter sowie der Gerichte begründen und zusätzlich eine strafende Komponente beinhalten.
- Der Untersuchungsgrundsatz soll für anwendbar erklärt werden.
- Die Beweislast soll der Gesellschaft auferlegt werden.
- Für alle Fälle nach Art. 731b OR soll auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO verwiesen werden betreffend die sachliche Zuständigkeit der Gerichte.
- Die Berner Lösung betreffend die sachliche Zuständigkeit soll von den Kantonen übernommen werden.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Management Summary</b> .....	<b>I</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>III</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>V</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>IX</b>
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>XVI</b>
<b>1 Einleitung</b> .....	<b>1</b>
1.1 Einführung und Anwendungsbereich .....	3
1.2 Statistik .....	4
1.3 Gang der Gesetzgebungsarbeiten .....	5
1.4 Zwischenfazit .....	9
<b>2 Anwendungsbereiche Art. 731b OR</b> .....	<b>9</b>
2.1 Allgemeines .....	10
2.2 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR – Fehlendes/falsch zusammengesetztes Organ 10	
2.2.1 Aktiengesellschaft .....	11
2.2.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	16
2.2.3 Genossenschaft .....	17
2.2.4 Personengesellschaften .....	17
2.3 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR – Aktienbuch/Verzeichnis wirtschaftlich Berechtigter .....	18
2.4 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR – Unerlaubte Ausgabe von Inhaberaktien .....	19
2.5 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR – Fehlender Sitz am Rechtsdomizil .....	20
2.6 Zwischenfazit .....	21
<b>3 Gerichtliche Anordnungen und Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln</b> .....	<b>22</b>
3.1 Allgemeines .....	22
3.2 Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 OR – Frist für Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands .....	23
3.3 Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 2 OR – Einsetzen von fehlendem Organ oder Sachwalter .....	23
3.4 Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR – Auflösung der Gesellschaft nach Konkurs .....	24
3.5 Weitere durch Richter angeordnete Massnahmen und praktische Probleme .....	25
3.6 Zwischenfazit .....	27
<b>4 Organisationsmängelverfahren</b> .....	<b>27</b>
4.1 Initiierung des Verfahrens und Folgen .....	27
4.2 Verfahrensgrundsätze .....	29
4.3 Klageberechtigung .....	30
4.4 Sachliche Zuständigkeit – Aktionäre und Gläubiger als Gesuchsteller .....	31
4.5 Sachliche Zuständigkeit – Überweisung durch das Handelsregisteramt .....	32
4.6 Örtliche Zuständigkeit .....	33

4.7	Konkurrenzen .....	33
4.8	Kostenregelung.....	34
4.9	Zwischenfazit .....	35
<b>5</b>	<b>Konkurseröffnung und Folgen.....</b>	<b>36</b>
5.1	Wirkung des Konkurseintritts .....	36
5.2	Durchführung des Konkursverfahrens .....	37
5.3	Statistik: Konkurs- und Betreibungsdelikte.....	38
5.4	Strafbarkeitsbedingungen bei Konkursdelikten .....	39
5.4.1	Art. 163 StGB – Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug .....	40
5.4.2	Art. 164 StGB – Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung.....	41
5.4.3	Art. 165 StGB – Misswirtschaft.....	41
5.4.4	Art. 166 StGB – Unterlassung der Buchführung.....	42
5.4.5	Art. 167 StGB – Bevorzugung eines Gläubigers.....	42
5.4.6	Objektive Strafbarkeitsvoraussetzung: Konkurseröffnung .....	43
5.5	Probleme bei der Feststellung der Überschuldung.....	44
5.6	Zwischenfazit .....	44
<b>6</b>	<b>Haftungen im Falle eines Organisationsmangels .....</b>	<b>45</b>
6.1	Verantwortlichkeit der Organe nach Art. 753–755 OR.....	45
6.2	Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB.....	47
6.3	Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR .....	48
6.4	Zwischenfazit .....	49
<b>7</b>	<b>Lösungsvorschläge zur Entlastung der ausführenden Behörden.....</b>	<b>49</b>
7.1	Lösungsvorschläge: Strafrecht .....	50
7.2	Lösungsvorschläge: Handelsregisteramt .....	52
7.3	Lösungsvorschläge: Konkursamt .....	53
7.4	Lösungsvorschläge: Gerichte .....	54
7.4.1	Qualifizierung des Auflösungsbeschlusses .....	55
7.4.2	Untersuchungsgrundsatz .....	55
7.4.3	Beweislast.....	56
7.4.4	Sachliche Zuständigkeit .....	56
7.4.5	Kosten .....	57
<b>8</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>58</b>
<b>9</b>	<b>Eigenständigkeitserklärung.....</b>	<b>60</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a	alte Version (bezugnehmend auf Gesetze)
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AG	Aargau (bezugnehmend auf Gesetze)
AI	Appenzell Innerrhoden
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BB1	Bundesblatt
BE	Bern
BEG	Bundesgesetz über Bucheffekten (BEG) vom 3. Oktober 2008, SR 957.1
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 3. Oktober 1951, SR 812.121
BGE	Amtliche Sammlung der Leitscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BK	Berner Kommentar
BSG	Systematische Sammlung des Kantons Bern
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung

CHF	Schweizer Franken
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
EF	Expert Focus
EG	Einführungsgesetz
ES	Entscheid
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GAFI	Groupe d'action financière
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010, LS 211.1
GV	Generalversammlung
HAVE	Haftung und Versicherung
HE	Handelsrechtliche Entscheidungen
HGer	Handelsgericht
HRegV	Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
i.Rh.	(Appenzell) Innerrhoden
i.S.v.	im Sinne von
iur.	iuris
i.V.m.	in Verbindung mit
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (JStG) vom 20. Juni 2003, SR 311.1

KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006, SR 951.31
KGer	Kantonsgericht
KLG	Kollektivgesellschaft
KommG	Kommanditgesellschaft
LS	Loseblattsammlung
OBG	Ordnungsbussengesetz (OBG) vom 18. März 2016, SR 314.1
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911, SR 220
RAB	Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde
RAG	Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG) vom 16. Dezember 2005, SR 221.302
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
resp.	respektive
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SAR	Systematische Sammlung des Kantons Aargau
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, SR 281.1
SG	St. Gallen
sGS	Systematische Sammlung des Kantons St. Gallen
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt (Bern)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung

sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SVG	Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
vgl.	verglichen
VR	Verwaltungsrat
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Zürich
ZHAW	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Ziff.	Ziffer(n)
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZPO EG/AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) vom 23. März 2010, SAR 221.200
ZPO EG/SG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) vom 15. Juni 2010, sGS 961.2
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSJ EG/BE	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ) vom 11. Juni 2009, BSG 271.1
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

## Literaturverzeichnis

Ackermann Jürg-Beat (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Auflage, Luzern 2021.

BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht, mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Auflag, Bern 2018.

BERGER LUKAS/RÜETSCHI DAVID/ZIHLER FLORIAN, Die Behebung von Organisationsmängeln - handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1 (2012) 1 ff.

BOHRER ANDREAS/KUMMER ANGELA, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Auflage, Zürich 2018.

BÜHLER CHRISTOPH B., Organisationsmängel: Typische Anwendungsfälle von Art. 731b OR und gesondert geregelte Konstellationen, SJZ 19 (2018) 441 ff.

CEROSOLA SERGIO, ABSCHAFFUNG DER INHABERAKTIEN: WORAUF IST ZU ACHTEN?, EF 3 (2020) 89 ff.

DALLA PALMA OLIVER/VON DER CRONE HANS CASPAR, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR, SZW 5 (2020) 577 ff.

DOMENIG BENJAMIN/GÜR CLAUDIO, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, Prozessrechtliche Aspekte, AJP 2 (2021) 168 ff.

DONATSCH ANDREAS, Kommentar zu Art. 163 StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG, 21. Auflage, Zürich 2022.

DONATSCH ANDREAS, Kommentar zu Art. 164 StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG, 21. Auflage, Zürich 2022.

ERNST WOLFGANG/OBERHOLZER SERAFIN/SUNARIC PREDRAG, Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess (ZPO – SchKG – BGG), 2. Auflage, Zürich 2021.

FABRIZIO NADJA, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Genossenschaft, Systematische Darstellung Kommentierung der Art. 828 - 838 OR, 2. Auflage, Bern 2021.

FISCHER DAMIAN A., Organisation und Haftung im Aktienrecht, Von den Tücken gut gemeinter Regulierung, AJP 3 (2020) 271 ff.

FISCHER DAMIAN A., Privatautonome Konfliktlösung in Aktiengesellschaften, Strategien im Umgang mit Pattsituationen unter besonderer Berücksichtigung von Joint Venture-Gesellschaften, GesKR 2 (2021) 225 ff.

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen weiteren Gesetzesänderungen, Zürich 2021.

FREY CHRISTOPH/SPINNER MATTHIAS, Voraussetzungen einer Organverantwortlichkeit, HAVE 3 (2022) 321 ff.

GEIGER ALEX, Kommentar zu Art. 166 StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

GRAF DAMIAN K., Kommentar zu Art. 102 StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

HAGENSTEIN NADINE, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Auflage, Basel 2018.

HEINEL BASTIAN, Zwangsverwertung von Drittpfändern im Unternehmenskonkurs, Verfahren – Pfandobjekte – Rechtsbehelfe, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 167, Zürich 2022.

HOFER MATTHIAS/PFÄFFLI DANIEL, Organisationsmängel bei Personenhandelsgesellschaften, Materiellrechtliche und zivilprozessuale Aspekte von Art. 581a OR, GesKR 3 (2022) 339 ff.

HOFFMANN-NOWOTNY URS, Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsprozesse, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2020.

JAGMETTI DENISE/TALBOT PHILIP, Insolvenzerklärung juristischer Personen und Überschuldungsanzeige, ZZZ 59 (2022) 264 ff.

JAGMETTI DENISE, Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr, Diss. St. Gallen, Zürich 2019.

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

KNEZEVIC DUSAN, Entdeckung neuer Vermögenswerte nach Einstellung des Konkursverfahrens – Stolperfalle, ZZZ 57 (2022) 44 ff.

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.

KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Auflage, Zürich 2020.

LEUPI-LANDTWING BENJAMIN/BIAGGINI ELENA, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitarbeitern und Organen, HAVE 3 (2022) 337 ff.

LIEB HEEB ASTRID, Kollokationsklagen – Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 59 (2022) 301 ff.

LORANDI FRANCO, Aktivenüberschuss im Konkursverfahren zufolge Organisationsmangel, ZZZ 60 (2022) 453 ff.

LORANDI FRANCO, Das schweizerische Insolvenzrecht im internationalen Vergleich, ZZZ 56 (2021) 749 ff.

LORANDI FRANCO, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 11 (2020) 1396 ff.

MEIER URS, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Konkursverschleppung und Gläubigerbevorzugung, Diss. Zürich, Zürich 2015.

MEISTERHANS CLEMENS/GWELESSIANI MICHAEL, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2021.

MÜLLER KARIN, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020, ZBJV 1 (2022) 52 ff.

MÜLLER LUKAS/MÜLLER PASCAL, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 1 (2016) 42 ff.

MÜLLER LUKAS/ONG MALIK/ODERMATT PATRIK, Mantelhandel aus zivil-, straf- und beurkundungsrechtlicher Perspektive, REPRAX 3 (2021) 207 ff.

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. Auflage, Zürich 2021.

NOBEL PETER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht, Systematische Darstellung, Bern 2017.

PAVATAJ BURIM, Die deliktischen Organisationspflichten, Ein Beitrag zum Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2022.

REINAU TIMON, Der Vergleich im Konkursverfahren, Zürich/St. Gallen 2021.

REISER NINA, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen, SZW 5 (2022) 401 ff.

SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2013.

SCOTONI FABIO ENRICO RENZO, Grenzen der Einberufungs-, Bekanntmachungs- und Mitteilungsbestimmungen in den Statuten der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft vor und nach der Revision des Aktien- und Handelsregisterrechts, REPRAX 2 (2021) 93 ff.

SIEVI NINO/MARCIANO JOËLLE, Prozessuale Aspekte der Verantwortlichkeitsklage, HAVE 3 (2022) 347 ff.

SIFFERT RINO, Handelsregisterverfahren, REPRAX 2 (2021) 120 ff.

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, Betreibungs- und Arrestrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020.

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

SPÜHLER KARL, Kantonsgericht Appenzell I.Rh., Abteilung Zivil- und Strafgericht, 6. Juli 2021, K 2-2021, CAN 13 (2022) 48 ff.

TRECHSEL STEFAN/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Kommentar zu Art. 102 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Auflage, Zürich 2021.

TRECHSEL STEFAN/OGG MARCEL, Kommentar zu Art. 163 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Auflage, Zürich 2021.

TRECHSEL STEFAN/OGG MARCEL, Kommentar zu Art. 165 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Auflage, Zürich 2021.

TRECHSEL STEFAN/OGG MARCEL, Kommentar zu Art. 166 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Auflage, Zürich 2021

VETTER MEINRAD, Der verantwortlichsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2007.

VISCHER MARKUS/HOHLER DOMINIK/ECKERT FABRICE, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, Besprechung des Urteils 4A\_235/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen), GesKR 3 (2014) 405 ff.

VISCHER MARKUS, Prüfungsrecht und -pflicht der AG in Bezug auf das Aktieneigentum ihrer Aktionäre, v.a. auch im Zusammenhang mit den neuen Vorschriften des Global Forum-Gesetzes, SZW 3 (2020) 254 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2., vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Bern 2020.

WATTER ROLF/PAMER-WIESER CHARLOTTE, Kommentar zu Art. 731b OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 5. Auflage, Basel 2016.

WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Auflage, Bern 2020.

WÜTHRICH KARL, Konkursöffnung in Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR während schon laufendem Konkursverfahren, ZZZ 57 (2022) 39 ff.

ZÖBELI MARKUS/STUDER JOSEF, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Ein Leitfaden für die Praxis, 5. Auflage, Zürich 2020.

## **Materialienverzeichnis**

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

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019, BBl 2019 5451 ff.

# 1 Einleitung

Die folgende Bachelorarbeit wurde im Rahmen des Studiengangs «Wirtschaftsrecht» an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) erarbeitet unter der Betreuung von Frau Dr. iur. Helke Drenckhan, Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte für Compliance und Wirtschaftsrecht.

In dieser Bachelorarbeit wird der Organisationsmangel nach Art. 731b OR behandelt und aufgezeigt, wie die ausführenden Behörden – die Handelsregister- und Konkursämter sowie die Gerichte – mit gesetzlichen Anpassungen entlastet werden können.

Dafür sollen unter Konsultation der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung und unter Würdigung der praktischen Handhabung der involvierten Behörden gesetzliche Verbesserungsvorschläge erarbeitet werden. Diese beziehen sich auf abschreckende Massnahmen mittels Einführung von Sanktionierungen und Haftungstatbeständen oder Anpassungen im Ablauf des Organisationsmängelverfahrens bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung oder des Auflösungsbeschlusses. Zudem werden auch Massnahmen identifiziert, welche die Stellung der Betroffenen in einem allfälligen Verfahren stärken. Dies ist nötig, da Gesellschaften teils bewusst mit einem Organisationsmangel zurückgelassen werden und sich niemand mehr um diese kümmert (sog. Zombi-Unternehmen). Aufgrund der grossen Anzahl an Konkursverfahren nach Art. 731b OR generiert dies unnötige Arbeit für die ausführenden Behörden und hat zudem einen negativen Einfluss auf Dritte, beispielsweise die Gläubiger oder auch die Mitarbeiter der Gesellschaften. Das Ziel ist es hierbei, Anpassungen zu schaffen, welche die Verfahrenszahl reduzieren. Zudem soll erörtert werden, ob mittels einer Anpassung des Anwendungsbereiches des Artikels ein Mehrwert geschaffen werden kann, sowohl aus praktischer Sicht der ausführenden Behörden als auch gemäss dem Zweck der Bestimmung.

Zuerst wird der Hintergrund des Art. 731b OR beschrieben und die Änderungen seit der Einführung systematisch dargestellt. In Kombination mit erhobenen Statistiken vom Bundesamt für Statistik wird hier die Relevanz des Artikels aufgezeigt.

Dann werden die praktischen Anwendungsfälle des Organisationsmangels beschrieben, wobei mehrheitlich auf die Aktiengesellschaft (AG), beschränkt auch auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Genossenschaft sowie die Personengesellschaften eingegangen wird. Hiermit wird das Bewusstsein dafür

geschaffen, wie schnell eine Gesellschaft an einem Organisationsmangel leiden kann und wie praxisrelevant Art. 731b OR ist.

In einem zweiten Schritt werden die Folgen des Organisationsmängelverfahrens beschrieben, indem die Rollen der Handelsregister- und Konkursämter sowie der Gerichte aufgezeigt werden. Ausserdem wird in diesem Abschnitt dargelegt, welche Prozesse durchlaufen werden. Dies ist relevant, um beurteilen zu können, ob gesetzliche Anpassungen zu Effizienzsteigerungen führen könnten. Darüber hinaus ist der Abschnitt von Relevanz, um bestimmen zu können, ob der Anwendungsbereich des Artikels nach dem Zweck gegeben ist und keine Anpassungen nötig sind, um diesen zu gewährleisten.

In einem dritten Schritt werden die Auswirkungen des allfälligen Konkurses auf die Gesellschaft sowie die Strafbarkeit gegen natürliche und juristische Personen beurteilt, um weitere Verbesserungsmöglichkeiten zu identifizieren.

Daneben widmet sich ein Kapitel den Haftungstatbeständen, welche am relevantesten für den Organisationsmangel sind, nämlich Art. 754 ff. OR, Art. 102 StGB und Art. 55 OR.

Im letzten Teil der Arbeit werden alle gefundenen Verbesserungsmöglichkeiten auf Stufe Strafrecht, Handelsregisteramt, Konkursamt und Gericht thematisiert. Weiter wird das Fazit der Arbeit gezogen und die Auswirkungen der aufgezeigten Verbesserungsmöglichkeiten beschrieben.

Literatur und Rechtsprechung wurden bis 1. Mai 2023 berücksichtigt und beziehen sich ausschliesslich auf die im Literatur- und Materialienverzeichnis sowie in den Fusszeilen notierten Quellen.

## 1.1 Einführung und Anwendungsbereich

Art. 731b OR wurde im Rahmen der Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 16. Dezember 2006 geschaffen und trat per 1. August 2008 in Kraft.<sup>1</sup> Mit der Einführung des Artikels sollte eine einheitliche Ordnung für die Behebung und die Sanktionierung sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation von Gesellschaften geschaffen werden. Nach dem Recht vor der Einführung des Artikels waren die zahlreichen gesetzlichen Grundlagen für das Vorgehen bei Mängeln in der Organisation unübersichtlich und ungenügend aufeinander abgestimmt.<sup>2</sup> Mit der Einführung des Art. 731b OR wurden somit keine neuen Organisationsmängeltatbestände geschaffen, sondern sie wurden lediglich vereinheitlicht.<sup>3</sup> Aufgrund der fehlenden materiellen Relevanz der zahlreichen ehemaligen Gesetzesartikel wird im Folgenden nicht auf die detaillierte rechtliche Situation vor Einführung des Art. 731b OR eingegangen. Gemäss der Botschaft des Bundesrates sollen die Ausführungen nicht nur für die AG gelten, sondern insbesondere auch für die GmbH und die Genossenschaft. Dies wurde mit den entsprechenden Verweisen auf das Aktienrecht eingeführt.<sup>4</sup> Anlässlich der Revision des Obligationenrechts wurde für die juristischen Personen des Zivilgesetzbuchs (ZGB) kein Verweis auf das Aktienrecht im Falle eines Organisationsmangels erstellt. Die Vorschriften entsprechen jedoch inhaltlich weitgehend denen des Aktienrechts.<sup>5</sup> Die Botschaft des Bundesrates schweigt zur Anwendung des Artikels auf Personengesellschaften, mittlerweile wurden jedoch auch Verweise auf die aktienrechtlichen Bestimmungen im Falle von Organisationsmängeln geschaffen.<sup>6</sup> Die dynamische Verweisung nach Art. 764 Abs. 2 OR auf das Aktienrecht betreffend der Kommanditgesellschaft (KommG) bestand schon vor Einführung des Art. 731b OR und besteht bis heute unverändert. Dementsprechend wird Art. 731b OR auch bei der KommG angewendet.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 491

<sup>2</sup> BBl 2001 3231

<sup>3</sup> Urteil BGer 4A\_457/2010 vom 5. Januar 2011, E. 2.2.1

<sup>4</sup> Vgl. BBl 2004 4045, Verweis auf Aktienrecht vom 1. Januar 2023 in Art. 819 OR bei der GmbH und Art. 809 OR für die Genossenschaft

<sup>5</sup> Vgl. BBl 2019 5532 f., BBl 2004 4008 f., BBl 2004 4046, Art. 69c OR (Verein) und Art. 83d OR (Stiftung)

<sup>6</sup> Vgl. BBl 2004 3969 ff., BBl 2002 3148 ff., Art. 581a OR (Kollektivgesellschaft), in Kraft seit 1. Januar 2021

<sup>7</sup> Vgl. Art. 764 Abs. 2 OR, OR-Version vom 1. Januar 2023 und OR-Version vom 1. Mai 2007

## 1.2 Statistik

Im folgenden Abschnitt wird die Praxisrelevanz des Art. 731b OR anhand von Statistiken aufgezeigt. Obwohl der Artikel auf spezifische Situationen einer Gesellschaft zugeschnitten ist, hat er dennoch grosse Relevanz für die ausführenden Gerichte und die Konkurs- und Handelsregisterämter.

Das Schweizer Bundesamt für Statistik veröffentlicht sowohl die jährlichen Konkurse gemäss Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Konkursverfahren aufgrund Organisationsmängel nach Art. 731b OR, als auch die Konkurse von nicht im Handelsregister eingetragenen Personen. Aus dieser Statistik ist ersichtlich, dass in der Schweiz im Jahr 2021, 2172 Konkursverfahren aufgrund Art. 731b OR durchgeführt wurden, was 29 % aller Konkursverfahren für im Handelsregister eingetragenen Personen entspricht. Die Quote an Verfahren nach Art. 731b OR im Verhältnis zur gesamten Anzahl an Konkursverfahren variiert nach Kanton und auch Jahr. Im Jahr 2021 betrug der Anteil an Auflösungen aufgrund von Organisationsmängeln im Kanton Uri 70 %, während es im Kanton Thurgau lediglich 9 % waren. Ein Grund dafür könnte sein, dass im Kanton Uri im Jahr 2021 nur 44 Konkursverfahren durchgeführt wurden, was einen Ausreisser aus der Statistik begünstigt. Es kann jedoch verneint werden, dass die kleine Anzahl allein eine hohe Quote an Auflösungen durch Art. 731b OR begründet. Die Kantone Zug mit total 445 (2021) oder Tessin mit total 624 Konkursverfahren weisen mit 59 % (Zug) resp. 45 % (Tessin) auch einen relativ hohen Anteil an Auflösungen aufgrund von Art. 731b OR auf.<sup>8</sup> Dementsprechend kann festgehalten werden, dass durch die relativ hohe Anzahl an Konkursverfahren nach Art. 731b OR die Behörden betroffen sind und daher eine möglichst effiziente und effektive Anwendung des Artikels das Ziel sein sollte. Diesbezüglich sollen die Behörden nur dann zum Zug kommen, wenn die betroffenen Gesellschaften und Verantwortungsträger bereits alles in ihrer Macht Stehende unternommen haben, um ein solches Verfahren zu verhindern. Dabei wird vorausgesetzt, dass ein Verfahren nicht aus sonstigen Gründen sinnvoll ist, etwa um die Interessen Dritter zu schützen.

---

<sup>8</sup> Bundesamt für Statistik, Statistik vom 4. April 2022 zu den Eröffnungen von Konkursverfahren nach Grossregionen und Kantonen im Zeitraum vom 2010-2021, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaefigte/unternehmensdemografie/konkurse.html>, besucht am 7. März 2023

### 1.3 Gang der Gesetzgebungsarbeiten

Der folgende Abschnitt beschreibt die rechtlichen Anpassungen seit Einführung des Art. 731b OR im Jahr 2008, damit die bereits vollzogenen Verbesserungen nachträglich erfasst werden können. Dies ist insbesondere deshalb von Relevanz, um einordnen zu können, aus welchen Gründen der Gesetzgeber Anpassungen vorgenommen hat und welche Anpassungen vergessen, vernachlässigt oder nicht optimal umgesetzt wurden.

Die ursprüngliche Version lautete wie folgt:<sup>9</sup>

#### ***Mängel in der Organisation der Gesellschaft – Art. 731b***

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

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

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

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

---

<sup>9</sup> OR-Version vom 1. Januar 2008

Die aktuelle Version lautet wie folgt:<sup>10</sup>

### **Mängel in der Organisation der Gesellschaft - Art. 731b**

<sup>1</sup> Ein Aktionär oder ein Gläubiger kann dem Gericht bei folgenden Mängeln in der Organisation der Gesellschaft beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen:

1. Der Gesellschaft fehlt eines der vorgeschriebenen Organe.
2. Ein vorgeschriebenes Organ der Gesellschaft ist nicht richtig zusammengesetzt.
3. Die Gesellschaft führt das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss.
4. Die Gesellschaft hat Inhaberaktien ausgegeben, ohne dass sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind.
5. Die Gesellschaft hat an ihrem Sitz kein Rechtsdomizil mehr.

<sup>1bis</sup> Das Gericht kann insbesondere:

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

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

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

<sup>4</sup> Die zur Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs eingesetzten Liquidatoren haben, sobald sie eine Überschuldung feststellen, das Gericht zu benachrichtigen; es eröffnet den Konkurs.

---

<sup>10</sup> OR-Version vom 1. Januar 2023

### 1.3.1.1 Revision 2015/2017

Mit der Botschaft des Bundesrates vom 15. April 2015 wurden der Bundesversammlung Anpassungen zum Obligationenrecht bzw. Handelsregisterrecht vorgeschlagen.<sup>11</sup> Die nachstehenden Anpassungen sind per 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Namentlich wurde im Rahmen dieser Revision Art. 731b Abs. 5 OR eingefügt, welcher das fehlende Rechtsdomizil wie auch des alternativen Domizilhalters ebenfalls als Mangel in der gesetzlich zwingenden Organisation qualifiziert. Dagegen wird die Antragsberechtigung des Handelsregisterführers gestrichen, da sich die Aufgaben des Handelsregisteramtes nach Art. 939 OR ergeben.<sup>12</sup> Vor dieser Anpassung wurde im Falle eines fehlenden Rechtsdomizils oder eines fehlenden Domizilhalters nach Art. 153 HRegV verfahren.<sup>13</sup> Mit der Änderung stellt das Handelsregisteramt nicht mehr den Antrag, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, sondern überweist dem Gericht oder der Aufsichtsbehörde den Fall. Folglich hat das Handelsregisteramt im Verfahren keine Parteistellung mehr, was sich auf allfällige Prozesskosten, Antragsrechte zum Ausgang des Verfahrens und Rechtsmittel auswirkt, in dem diese nicht mehr möglich sind. Diese Anpassung war nötig, da die Gerichte den Handelsregisterämtern die Klägerrolle zugewiesen haben, obwohl diese nur den gesetzlich vorgeschriebenen Meldepflichten nachgekommen sind. Mit der Anpassung wurde das Vorgehen des Handelsregisteramtes neu in Art. 939 OR statuiert.<sup>14</sup>

Mit Annahme der Motion Hess verabschiedete das Parlament verschiedene Massnahmen, um den Missbrauch des Konkursverfahrens zu verhindern. In der Realität werden Konkursverfahren missbraucht, um sich etwa vor vertraglichen Verpflichtungen zu drücken, um von Insolvenzenschädigungen zu profitieren oder um Überbleibsel der konkursiten Gesellschaft zu einem Bruchteil zu erwerben. Die Folgen dieser Praktiken sind Wettbewerbsverzerrungen und Einbussen bei der öffentlichen Kasse.<sup>15</sup> Bezugnehmend auf das Organisationsmängelverfahren wurde Art. 731b Abs. 4 OR eingefügt, mit welchem die Strafbarkeitsvoraussetzungen nach Art. 163–167 StGB im Falle einer Überschuldung mit anschliessendem Konkurs gewährleistet werden sollten.

---

<sup>11</sup> BBI 2015 3617 ff.

<sup>12</sup> BBI 2015 3653, BBI 2008 1589, die Anpassung betreffend Rechtsdomizil/Domizilhalter war schon in der Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts vorgesehen, AS 2020 957

<sup>13</sup> MÜLLER L./MÜLLER P., S. 50

<sup>14</sup> BBI 2015 3649 f., BBI 2019 318 f.

<sup>15</sup> BBI 2019 5195

Mit dem per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Art. 731b Abs. 4 OR wurde eine Strafrechtslücke gefüllt, die die kostenlose Entsorgung von illiquiden oder überschuldeten Gesellschaften ohne drohende strafrechtliche Konsequenzen betrifft. Nach Art. 731b Abs. 4 OR wird das Gericht im Falle einer Feststellung der Überschuldung durch die eingesetzten Liquidatoren benachrichtigt, damit es den Konkurs eröffnen kann. Die Liquidation aufgrund Organisationsmangels zieht jedoch weiterhin keine automatische Konkursöffnung nach sich.<sup>16</sup> Die Auswirkungen dieser Anpassung und Verbesserungsvorschläge werden im weiteren Verlauf dieser Arbeit vertieft behandelt.

### **1.3.1.2 Revision 2019**

Mit der Botschaft des Bundesrates vom 21. November 2018 zur Umsetzung der Empfehlung des Globalen Forums über Transparenz und Informationstauch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz wurde Art. 731b OR erneut revidiert, indem zwei neue Mangeltatbestände hinzugefügt und redaktionelle Änderungen vorgenommen wurden.<sup>17</sup> Die Anpassungen betrafen namentlich die eingefügten Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 und 4 OR sowie Abs. 1bis OR. Diese sind seit dem 1. November 2019 in Kraft getreten mit Ausnahme von Ziff. 4, welche seit 1. Mai 2021 anwendbar ist. Abs. 4 und der Einleitungssatz von Abs. 1 sind seit dem 1. Januar 2021 in Kraft und wurden infolge der Änderung des OR (Handelsregisterrecht) neu eingeführt.<sup>18</sup> Die materielle Änderung stellt hierbei die neuen Mangeltatbestände dar, welche nun das fehlende Führen des Aktienbuchs oder des Verzeichnisses über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen als Mangel qualifiziert. Der zweite neue Mangeltatbestand betrifft Gesellschaften, welche Inhaberaktien ausgestellt haben, ohne dass die gesetzlichen Kriterien dafür erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaften keine Beteiligungspapiere an der Börse kotiert haben und deren Inhaberaktien nicht als Bucheffekten im Sinne des Bundesgesetzes über Bucheffekten (BEG) ausgestaltet sind. Im Falle von Missachtungen der Vorschriften hat das Gericht

---

<sup>16</sup> Vgl. SPÜHLER, Kantonsgericht Appenzell I.Rh., S. 50, BBl 2017 632

<sup>17</sup> Vgl. BBl 2019 318, AS 2019 3136

<sup>18</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 491

hierbei die Möglichkeit, die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien anzuordnen.<sup>19</sup>

In der Aktienrechtsreform 2020 stand der Artikel nicht zur Diskussion.<sup>20</sup>

#### **1.4 Zwischenfazit**

Als Fazit kann festgehalten werden, dass Art. 731b OR praxisrelevant ist, da bis zu 70 % der Konkursverfahren aufgrund von Organisationsmängeln durchgeführt werden.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber hat im Jahr 2008 mit der Einführung des Artikels eine Vereinheitlichung der Organisationsmängelnormen vollzogen und diesen Artikel seitdem stetig weiterentwickelt. Die Weiterentwicklungen bezogen sich hierbei auf Anpassungen aufgrund von externen Einflüssen wie des Bedürfnisses nach mehr Transparenz in Gesellschaften<sup>22</sup>, aber auch auf Aspekte betreffend das Verfahren im Falle eines Organisationsmangels. Hierbei wurden auch schon Verbesserungen zur Vermeidung vom Missbrauch des Artikels angestrebt, welche jedoch nur spezifische Konstellationen abdecken.<sup>23</sup>

## **2 Anwendungsbereiche Art. 731b OR**

Im nachfolgenden Kapitel wird die Basis der Arbeit gelegt, indem die Anwendungsbereiche des Art. 731b OR beleuchtet werden. Hierbei werden verschiedene allgemeine und speziellere Fälle aufgezeigt, damit klar wird, aufgrund welcher Ausgangslagen die betroffenen Parteien ein Organisationsmängelverfahren anstreben oder es von Amtes wegen geführt wird. Anschliessend werden in den nächsten Kapiteln die Folgen resp. Verfahren eines solchen Organisationsmangels beschrieben.

---

<sup>19</sup> Vgl. BBI 2019 300, BBI 2019 318 f.

<sup>20</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 491

<sup>21</sup> Siehe Kapitel 1.2 «Statistik»

<sup>22</sup> Siehe Kapitel 1.3.1.2 «Revision 2019»

<sup>23</sup> Siehe Kapitel 1.3.1.1 «Revision 2015/2017»

## 2.1 Allgemeines

Der Anwendungsfall des Organisationsmangels nach Art. 731b OR erstreckt sich auf formelle sowie materielle Organisationsmängel. Wenn der Organisationsmangel aufgrund fehlender oder nicht rechtmässig zusammengesetzter Organe besteht, handelt es sich um formelle Mängel.<sup>24</sup> Dies betrifft nur zwingend erforderliche Organe und zwingende Vorgaben zur Organisation der Gesellschaft, nicht jedoch eine Verletzung von statutarischen Bestimmungen, welche auf dispositivem Recht basieren.<sup>25</sup> Weitere gesetzlich geregelte Anwendungsfälle sind gegeben, wenn die Gesellschaft das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führt, unerlaubterweise Inhaberaktien ausgegeben hat oder an ihrem Sitz kein Rechtsdomizil mehr hat.<sup>26</sup> Ausgehend von Lehre und Rechtsprechung ergeben sich weitere Fälle von Art. 731b OR, wenn die Funktionsfähigkeit eines Organs nicht gegeben ist.<sup>27</sup> Materielle und formelle Mängel sind einander gleichgestellt.<sup>28</sup>

## 2.2 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR – Fehlendes/falsch zusammengesetztes Organ

Im folgenden Abschnitt wird der Organisationsmangel infolge eines fehlenden Organs<sup>29</sup> und aufgrund eines falsch zusammengesetzten Organs<sup>30</sup> beschrieben. Aufgrund der inhaltlichen Nähe wird hierbei auf zwei separate Kapitel verzichtet. Der Fokus dieser Bachelorarbeit liegt auf dem Anwendungsfall der AG, obwohl Organisationsmängel auch bei anderen Gesellschaftsformen wie der GmbH, der Genossenschaft oder den Personengesellschaften auftreten können. Der Fokus auf die AG wurde gewählt, da die Bestimmungen nach Art. 731b OR auf die AG zugeschnitten sind und sich der Artikel auch im Recht der AG nach Art. 620 ff. OR befindet.<sup>31</sup> Die praktische Relevanz ist zudem

---

<sup>24</sup> Vgl. BÜHLER, S. 441, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR

<sup>25</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 771, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 24, BÜHLER, S. 441

<sup>26</sup> Vgl. PALMA/VON DER CRONE, S. 581, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR, Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR

<sup>27</sup> Vgl. BÜHLER, S. 441, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 40 f.

<sup>28</sup> BÜHLER, S. 446

<sup>29</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR

<sup>30</sup> Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR

<sup>31</sup> HOFER/PFÄFFLI, S. 340

gegeben, da es im Jahr 2020 in der Schweiz 120'493 AGs gab.<sup>32</sup> Die übrigen Gesellschaftsformen sind auch nicht von grosser Relevanz für diese Bachelorarbeit. Später wird diese Thematik tiefergehender erläutert.

## 2.2.1 Aktiengesellschaft

Nachstehend werden die drei zwingenden gesetzlichen Organe der AG thematisiert: der Verwaltungsrat (VR) nach Art. 707 ff. OR, die Generalversammlung (GV) nach Art. 698 ff. OR und die Revisionsstelle gemäss Art. 727 ff. OR.<sup>33</sup> Dabei wird erläutert, welche Konstellationen als ein Fehlen resp. als ein nicht richtig zusammengesetztes Organ qualifiziert werden.

### 2.2.1.1 Fehlender Verwaltungsrat

Der VR vertritt die Gesellschaft nach aussen und verleiht der juristischen Person nach Art. 54 ZGB ihre Handlungsfähigkeit. Nach Art. 707 Abs. 1 OR besteht der VR aus einem oder mehreren Mitgliedern.<sup>34</sup> Die Wahl des VR ist ausschliessliche Kompetenz der GV. Juristische Personen oder Personengesellschaften sind nicht wählbar als VR.<sup>35</sup> Hat der VR aufgrund ersatzloser Abberufung durch die GV nach Art. 705 OR oder Rücktritt kein Mitglied mehr, fehlt es an einem gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organ.<sup>36</sup> Das Bundesgericht (BGer) hat klargestellt, dass eine nicht rechtzeitige Wiederwahl des VR nach Ablauf der Amtsdauer ebenfalls einen Organisationsmangel darstellt. Dies tritt für die Fälle zu, bei der die GV ausbleibt und daher kein neuer VR gewählt werden kann.<sup>37</sup> *Vetter* vertritt die Ansicht, dass bei einer «vergessenen» Wiederwahl das Mandat bis zur nächsten Traktandierung der Wahl fortbesteht.<sup>38</sup> Dieser Mindermeinung ist jedoch nicht

---

<sup>32</sup> Bundesamt für Statistik, Statistik vom 25. August 2022 zu den marktwirtschaftliche Unternehmen nach Grossregion und Rechtsform, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industriedienstleistungen/unternehmen-beschaefigte/wirtschaftsstruktur-unternehmen/grosse-rechtsform-sektoren-regionale-verteilung.assetdetail.23145767.html>, besucht am 10. April 2023

<sup>33</sup> SCHÖNBÄCHLER, S. 55

<sup>34</sup> Vgl. PALMA/VON DER CRONE, S. 581, BÜHLER, S. 443

<sup>35</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 772

<sup>36</sup> Vgl. PALMA/VON DER CRONE, S. 581, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 30

<sup>37</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_235/2013 vom 27. Mai 2014, E. 2.1 und E. 2.8, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 30, BÜHLER, S. 443

<sup>38</sup> Vgl. VETTER, S. 146 f., VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 408 ff.

zu folgen, da ein Beschluss der GV nur gültig ist, wenn die Quoren erreicht sind, ansonsten entsteht er gar nicht, ein Schwebestand des Beschlusses ist hierbei nicht möglich.<sup>39</sup> Weitere Gründe für einen fehlenden VR stellen etwa das Versterben oder die Handlungsunfähigkeit des einzigen VR dar.<sup>40</sup> Die permanente Unerreichbarkeit oder die Inaktivität des einzigen VR oder der Mehrheit der VR-Mitglieder stellt ebenfalls ein Fehlen des Organs dar, sofern die Situation keine lediglich vorübergehende Störung darstellt.<sup>41</sup> Die Amtsdauer der Mitglieder ist bei Publikumsgesellschaften nach Art. 710 Abs. 1 OR zwingend auf ein Jahr beschränkt, sie können jedoch unbeschränkt wiedergewählt werden. Jeder VR muss hierbei einzeln gewählt werden. Bei Nichtpublikumsgesellschaften beträgt die Amtsdauer dispositiv drei Jahre und darf nicht auf mehr als sechs Jahre verlängert werden. Dies betrifft die Zeitdauer einer Wahlperiode. Das Gesetz schlägt nach Art. 710 Abs. 2 OR die Einzelwahl vor, diese kann jedoch aufgrund von Statuten oder mit Zustimmung aller Aktionäre mit gefolgter Anordnung durch den Vorsitzenden der GV in eine Globalwahl umgewandelt werden.<sup>42</sup> Bei Nichtpublikumsgesellschaften ist auch eine Staffelung der Amtszeiten (sog. Staggered Board) möglich, welche aufgrund statutarischer Bestimmungen eingeführt werden oder sich aufgrund der anfänglichen Wahlakte der VR-Mitglieder ergibt. Dabei stellt sich nur ein Teil der Mitglieder zur Wiederwahl auf bei der GV. In der Praxis war dies vor allem bei Publikumsgesellschaften vor der Einführung der zwingenden einjährigen Amtszeit üblich.<sup>43</sup> Nach Art. 713 Abs. 1 OR fasst der VR seine Beschlüsse nach dem sog. Kopfstimmprinzip, dementsprechend ist die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidend.<sup>44</sup> Der Stichtscheid liegt nach Art. 713 Abs. 1 OR beim Vorsitzenden des VR, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen.

### 2.2.1.2 Falsch zusammengesetzter VR

Weiter ergeben sich auch Organisationsmängel, wenn der VR nicht richtig zusammengesetzt ist. Die Gesellschaft muss nach Art. 718 Abs. 4 OR durch eine Person vertreten werden können, welche ihren Wohnsitz in der Schweiz hat. Die

---

<sup>39</sup> Vgl. VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 408 ff., siehe Kapitel 2.2.1.3 «Generalversammlung»

<sup>40</sup> Vgl. BÜHLER, S. 443, VON DER CRONE, S. 772

<sup>41</sup> Vgl. BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 29, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 49

<sup>42</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 432, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 54

<sup>43</sup> VON DER CRONE, S. 437

<sup>44</sup> FISCHER, GesKR, S. 226

Wohnsitzerfordernis betrifft mindestens einen VR oder einen Direktor. Hiernach muss mindestens ein VR unterschiftsberechtigt sein, ferner kann die Unterschriftenregelung durch zwei oder mehrere Personen mit Kollektivzeichnungsberechtigung erfolgen.<sup>45</sup> Nach Art. 712 Abs. 1 und 2 OR ist zwingend ein VR-Präsident zu wählen. Dieser muss bei einer Publikumsgesellschaft durch die GV gewählt werden und bei Nichtpublikumsgesellschaften ist die Wahl des Präsidenten durch den VR möglich. Die Statuten können jedoch auch hier die Wahl durch die GV vorsehen. Wird das Amt des Präsidenten vakant, ernennt der VR für die verbleibende Amtszeit einen Präsidenten; die Statuten können jedoch andere Regeln zur Behebung des Organisationsmangels bestimmen. Beim Ein-Personen-VR erübrigt sich die Bestellung des Präsidenten.<sup>46</sup> Die Frage, ob die fehlende Ernennung des VR-Sekretärs nach Art. 713 Abs. 3 OR einen Organisationsmangel darstellt, wurde mit der Einführung der Aktienrechtsrevision 2023 redundant. Die entsprechende Bestimmung zur Ernennung eines Sekretärs i.S.v. Art. 712 Abs. 1 aOR wurde gestrichen, um die organisatorische Flexibilität der Gesellschaften zu stärken.<sup>47</sup>

### **2.2.1.3 Generalversammlung**

Die GV der AG ist das formell oberste Organ der Gesellschaft nach Art. 689 Abs. 1 OR und ist Ort der Willensbildung und der Entscheidungsfindung der Aktionäre. Sie findet nach Art. 699 Abs. 2 OR jährlich innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres statt. Die Hauptkompetenzen der GV sind die Festlegung und die Änderung der Statuten, die Wahl und die Entlastung des VR und der Revisionsstelle, die Genehmigung der Jahresrechnung sowie des Lage- und des Revisionsberichts sowie die Beschlussfassung zur Verwendung des Bilanzgewinns.<sup>48</sup> Das Fehlen der GV führt zu einem Organisationsmangel nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR, wobei eine temporäre Störung für diese Qualifikation nicht genügt. Ein Fehlen im Sinne eines fehlenden eingetragenen Organs ist nicht möglich, da die GV nicht im Handelsregister eingetragen

---

<sup>45</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 772, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 38, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 44

<sup>46</sup> Vgl. BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 31, VON DER CRONE, S. 772, JÖRG, S. 278, Urteil BGer 4A\_457/2010 vom 5. Januar 2011, E. 2.2.2

<sup>47</sup> Vgl. OR-Version vom 1. Januar 2022 und OR-Version vom 1. Januar 2023, BBI 2017 567

<sup>48</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 424 ff., BÜHLER, S. 445, REISER, S. 403

ist, sondern die Aktionäre lediglich zur GV einberufen werden.<sup>49</sup> Die GV darf sich hierbei nicht selbst mit überhöhten statutarischen Quoren beschlussunfähig machen. Sollten Aktionäre solche Bestimmungen einführen, ist die Nichtigkeit der Beschlüsse die Folge. Dies betrifft namentlich die vier bedeutsamsten Beschlüsse der GV: die Wahl des VR, die Wahl der Revisionsstelle, die Genehmigung der Jahresrechnung und die Verwendung des Bilanzgewinns.<sup>50</sup> Nach Art. 704 Abs. 2 OR können jedoch erhöhte Quoren für bestimmte Beschlüsse eingeführt werden, diese müssen für die Gültigkeit aber faktisch möglich sein, ansonsten sind sie nichtig.<sup>51</sup> Einfache Beschlüsse und Wahlen werden hingegen mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Stimmen gefällt, wenn die Statuten oder das Gesetz<sup>52</sup> nichts anderes bestimmen. Das aktienrechtliche Mehrheitsprinzip stellt hierbei die Hälfte der vertretenen Stimme mit einer zusätzlichen Stimme dar.<sup>53</sup> Die GV kann nicht durch die Aktionäre selbst einberufen werden, wenngleich sie die Einberufung der GV durch den VR verlangen können. Dies trifft nach Art. 699 OR zu, wenn die Aktionäre mindestens 5 % (Art. 1, Publikumsgesellschaften) resp. 10 % (Art. 2, Nichtpublikumsgesellschaften) der Stimmen oder des Aktienkapitals halten. Die Einberufung ist daher nur möglich, sofern ein VR vorhanden ist und der Ausnahmefall mit Einberufung der GV durch die Revisionsstelle nach Art. 728c OR nicht zutrifft.<sup>54</sup> Ferner kann die GV auf Antrag der Aktionäre durch den Richter einberufen werden nach Art. 699 Abs. 4 OR, um einen Organisationsmangel zu verhindern. Dafür müssen die Mindeststimmen oder das Aktienkapital nach Art. 699 OR vorhanden sein.<sup>55</sup> Die GV muss hierbei mindestens 20 Tage vor Austragung einberufen werden, damit sie nach Art. 700 OR gültig ist, sofern die Vertreter sämtlicher Aktien die GV nicht einstimmig abhalten gemäss Art. 701 Abs. 1 OR. Der Streitfall unklarer Eigentumsverhältnisse an einer juristischen Person kann dabei nicht unter Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR subsumiert werden.<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> Vgl. BÜHLER, S. 445, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 34

<sup>50</sup> Vgl. SCOTONI, S. 112 f., MÜLLER L./MÜLLER P., S. 50

<sup>51</sup> VON DER CRONE, S. 437

<sup>52</sup> Vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR (Aufgabe Gewinnstrebigkeit) und Art. 704 Abs. 1 OR (qualifizierte Beschlüsse)

<sup>53</sup> FISCHER, GesKR, S. 226 f.

<sup>54</sup> Vgl. DALLA PALMA/VON DER CRONE, S. 578, KGer Zug, Entscheid vom 21. Januar 2020, ES 2019 328

<sup>55</sup> Vgl. BÜHLER, S. 445, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 34

<sup>56</sup> KGer ZG, Entscheid vom 24. April 2017, ES 2016 550 ff.

#### 2.2.1.4 Revisionsstelle

Die Revisionsstelle hat einen zusammenfassenden Bericht über das Ergebnis der Prüfung der Jahresrechnung zu erstellen und legt diesen der GV zur Abnahme vor.<sup>57</sup> Ein Organisationsmangel liegt vor, wenn die AG keine Revisionsstelle hat und kein Verzicht (sog. Opting-out) vorgenommen wurde.<sup>58</sup> Ein Opting-out liegt vor, wenn die Gesellschaft mit der Zustimmung aller Aktionäre nach Art. 727a Abs. 2 OR auf eine eingeschränkte Revision verzichtet. Dies ist möglich, sofern die Gesellschaft nicht von Gesetzes wegen der ordentlichen Revision untersteht und nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt hat.<sup>59</sup> Die Revisionsstelle kann für eine Periode von einem Jahr bis zu drei Jahren von der GV gewählt werden und ihr Amt endet mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung. Gewählt werden können eine oder mehrere natürliche Personen, juristische Personen oder Personengesellschaften nach Art. 730 Abs. 2 OR.<sup>60</sup> Das Handelsregisteramt prüft, ob die gewählte Revisionsstelle eine Zulassung der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) hat. Sollte die notwendige Zulassung nach Art. 3 Abs. 1 RAG fehlen, liegt ebenfalls ein Organisationsmangel vor. Weiter hat das Handelsregisteramt die Pflicht einzuschreiten, wenn die gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Unabhängigkeit gemäss Art. 61 Abs. 3 HRegV nicht erfüllt sind. Die Wiederwahl nach Ablauf der Periode ist zwar möglich, bei der ordentlichen Revision jedoch gemäss Art. 730a Abs. 2 OR auf maximal sieben Jahre beschränkt. Aus praktischer Sicht kommt ein Fehlen der Revisionsstelle vor allem dann vor, wenn diese nicht wiedergewählt und auch kein Ersatz gewählt wird oder wenn die Revisionsstelle von sich aus zurücktritt nach Art. 730a Abs. 3 OR.<sup>61</sup> Weitere Möglichkeiten sind etwa, wenn eine Gesellschaft auf die eingeschränkte Revision verzichtet, aber später entweder von Gesetzes wegen der ordentlichen Revision untersteht, dem Revisor der RAB die Zulassung entzogen wird oder die Schweizer Wohnsitzerfordernis von mindestens einem Mitglied der Revisionsstelle nicht mehr erfüllt ist. Bestimmen die Aktionäre statutarisch eine erhöhte Revisionspflicht für die Gesellschaft und wird diese nicht erfüllt, liegt kein

---

<sup>57</sup> Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 639 und S. 760 f., Art. 727 ff. OR

<sup>58</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 773 und S. 437, BÜHLER, S. 445

<sup>59</sup> Vgl. MÜLLER L./MÜLLER P., S. 46, BÜHLER, S. 445

<sup>60</sup> VON DER CRONE, S. 773

<sup>61</sup> Vgl. BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 37, VON DER CRONE, S. 773, BBI 2001 3232

Organisationsmangel nach Art. 731 OR vor und wird daher nicht durch das Handelsregisteramt verfolgt.<sup>62</sup>

#### **2.2.1.5 Fehlender Liquidator**

Die Liquidation einer Gesellschaft kann freiwillig beschlossen oder durch das Gericht angeordnet werden. Im Falle einer beschlossenen Liquidation sieht Art. 739 ff. OR die Liquidatoren als Organe vor.<sup>63</sup> Nach Art. 740 OR wird diese durch den VR besorgt, sofern sie nicht nach den Statuten oder durch einen Beschluss der GV anderen Personen übertragen wird. Es handelt sich ferner um einen Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1 OR, wenn ein Liquidator fehlt.<sup>64</sup>

#### **2.2.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

Wie bereits erwähnt, gelten die Bestimmungen des Aktienrechts nach Art. 731b OR sinngemäss für die GmbH aufgrund eines Verweises in Art. 819 OR. In Abweichung zur AG kann die Geschäftsführung der GmbH auf unbestimmte Zeit gewählt werden und nicht wie bei der AG periodisch, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Nach Art. 809 Abs. 1 OR übernehmen die Gesellschafter ohnehin die Geschäftsleitung, können diese aber auf Wunsch abweichend regeln.<sup>65</sup> Das Exekutivorgan muss hierbei aus mindestens einer natürlichen Person bestehen.<sup>66</sup> Bei der GmbH gelten sinngemäss dieselben Nichtigkeitsgründe wie für die Beschlüsse der AG nach Art. 816 OR.<sup>67</sup> Hinsichtlich der Ausführung für die Revisionsstelle wird auf die AG verwiesen.<sup>68</sup> Auf weitere Ausführungen zur GmbH wird aufgrund der Schwerpunktsetzung dieser Arbeit verzichtet.

---

<sup>62</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 773, BÜHLER, S. 445, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 46 f.

<sup>63</sup> Vgl. MÜLLER L./MÜLLER P., S. 47, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 10 und Rz. 35

<sup>64</sup> Vgl. BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 10 und Rz. 35, BBl 2001 3234

<sup>65</sup> Vgl. HOFER/PFÄFFLI, S. 341 ff., SCOTONI, S. 112, JÖRG, S. 282 f., MÜLLER L./MÜLLER P., S. 43

<sup>66</sup> Vgl. MÜLLER L./MÜLLER P., S. 44, JÖRG, S. 284, Art. 809 Abs. 2 OR

<sup>67</sup> SCOTONI, S. 112

<sup>68</sup> Vgl. Art. 818 OR und Art. 826 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 819 OR, siehe Kapitel 2.2.1.4 «Revisionsstelle»

### 2.2.3 Genossenschaft

Die Genossenschaft besteht nach Art. 831 Abs. 1 OR aus mindestens sieben Mitgliedern. Diese Mitgliederanzahl ist veränderlich und kann in den Statuten zwar auf eine unbestimmte Anzahl erhöht, aber nicht gesenkt werden.<sup>69</sup> Wenn die Statuten eine erhöhte Mitgliederanzahl festlegen, stellt die Erfüllung dieser Mindestanzahl eine Gründungsvoraussetzung dar.<sup>70</sup> Die Verwaltung der Genossenschaft besteht aus mindestens drei Mitgliedern, wobei die Mehrheit davon Genossenschafter sein müssen. Zudem muss stets ein Mitglied zum Präsidenten ernannt werden.<sup>71</sup> Art. 831 Abs. 2 OR verweist auf die Vorschriften des Organisationsmangels nach Art. 731b OR bei der Senkung der Mitgliederanzahl unter die Mindestanzahl. Für sonstige Mängel in der Organisation der Genossenschaft verweist Art. 908 OR ebenfalls auf Art. 731b OR.<sup>72</sup> Für Aspekte, die die Revisionsstelle betreffen, wird auf die Ausführungen zur AG verwiesen.<sup>73</sup> Hinsichtlich der Genossenschaft wird wie bei der GmbH auf weitere Ausführungen verzichtet.

### 2.2.4 Personengesellschaften

Diese Bachelorarbeit fokussiert sich, wie bereits erwähnt, auf den Anwendungsfall bei der AG. So wurde einleitend aufgezeigt, dass mit dem per 1. Januar 2021 eingefügten Art. 581a OR auch bei Mängeln in der vorgeschriebenen Organisation der Kollektivgesellschaft (KLG) die Vorschriften des Aktienrechts anwendbar sind. Dies betrifft die aktienrechtliche Organisationsmängelnorm Art. 731b OR.<sup>74</sup> Aufgrund des Verweises in Art. 619 Abs. 1 OR auf das Recht der KLG ist die Norm auch auf die KommG anwendbar. Art. 581a OR statuiert ebenfalls Wirkung auf Personengesellschaften ausserhalb des OR und mangels anderer Vorschriften im Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) auch auf KommG für kollektive Kapitalanlagen.<sup>75</sup> Personenhandelsgesellschaften weisen die Erfordernis der

---

<sup>69</sup> NADJA, BK, Kommentar zu Art. 831 OR, Rz. 1-4

<sup>70</sup> NADJA, BK, Kommentar zu Art. 831 OR, Rz. 20

<sup>71</sup> Vgl. MÜLLER L./MÜLLER P., S. 44, Art. 894 Abs. 1 OR, Art. 896 Abs. 1 OR und Art. 898 Abs. 1 OR

<sup>72</sup> Vgl. NADJA, BK, Kommentar zu Art. 831 OR, Rz. 35, HOFER/PFÄFFLI, S. 341 ff., MÜLLER L./MÜLLER P., S. 43

<sup>73</sup> Vgl. Art. 906 OR i.V.m Art. 908 OR, siehe Kapitel 2.2.1.4 «Revisionsstelle»

<sup>74</sup> HOFER/PFÄFFLI, S. 340

<sup>75</sup> HOFER/PFÄFFLI, S. 344

Mindestmitgliederanzahl auf, was bei der Unterschreitung dieser Erfordernis zur Auflösung der Gesellschaft führt oder was durch eine Übernahme der Aktiven und Passiven durch den verbleibenden Gesellschafter eine Umwandlung in eine Einzelunternehmung zur Folge hat. Dies erkannte das BGE zur Unterschreitung der Mindestmitgliederanzahl bei der Genossenschaft an, was sinngemäss auch für Personenhandelsgesellschaften gilt.<sup>76</sup> Der Wegfall eines Gesellschafters aufgrund Todes oder umfassender Beistandschaft hat ebenfalls die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, mit Ausnahme der dispositiven Fortführungsklausel. Der Gesellschaftsform entsprechend ist das persönliche Element als weiterführender Gesellschafter entscheidend und es wäre daher nicht zweckmässig, einen Mangel nach Art. 731b OR anzuerkennen, um richterlich für eine Neubesetzung vorgehen zu können. Die Unterschreitung der Mindestmitgliederanzahl stellt demzufolge keinen Organisationsmangel dar.<sup>77</sup> Aufgrund der Besonderheiten des Vereins und der Stiftung ist Art. 731b OR nicht auf diese Gesellschaftsformen anwendbar.<sup>78</sup>

### **2.3 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR – Aktienbuch/Verzeichnis wirtschaftlich Berechtigter**

Aufgrund der Umsetzung der revidierten Empfehlung der Groupe d'action financière (GAFI) von 2012 wird seit 1. Januar 2021 nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ebenfalls ein Organisationsmangel begründet, wenn die Gesellschaften das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führen. Die Gesellschaften müssen nach Art. 686 f. OR bei Namenaktien ein Aktienbuch führen, aus welchem die Eigentümer und die Nutzniesser mit Namen und Adressen hervorgehen. Bei Inhaberaktien hingegen ist nach Art. 697f OR ein Verzeichnis zu führen mit Vor- und Nachnamen sowie den Adressen der wirtschaftlich berechtigten Personen.<sup>79</sup> Die Eintragung im Aktienbuch ist weder konstitutiv noch eine Formerfordernis für das Erlangen der Aktionärsstellung.<sup>80</sup> Seit dem 1. November 2019 ist das nichtvorschriftsgemässe Führen eines Aktienbuches oder eines

---

<sup>76</sup> BGE 138 III 407, E. 2.5.2

<sup>77</sup> HOFER/PFÄFFLI, S. 346

<sup>78</sup> Vgl. BBI 2001 3233, JÖRG, S. 265 ff.

<sup>79</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 775, BBI 2019 319, KNOBLOCH, S. 358 f.

<sup>80</sup> VISCHER, S. 261

Verzeichnisses über wirtschaftlich berechtigte Personen strafbar und wird nach Art. 327a lit. a StGB mit Busse bestraft bei vorsätzlichem Handeln.<sup>81</sup>

Im Hinblick auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR sind Rechtsgeschäfte, die den sog. Mantelhandel betreffen, von besonderem Interesse. Unter dem Aktienmantel wird eine wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgegeben juristische Person verstanden, welche noch nicht aufgelöst wurde.<sup>82</sup> Der Verkauf und der Erwerb eines solchen Aktienmantels werden als Umgehung des Gesetzes qualifiziert, was das BGE als rechtsmissbräuchlich und nichtig erklärt hat.<sup>83</sup> In der Praxis werden solche Geschäfte dennoch vereinbart und vollzogen. Der Aktienkaufvertrag ist hierbei jedoch *ex tunc* nichtig und bewirkt daher keine Übertragung der Aktien. Das Aktienbuch wird dennoch geändert und ist somit nicht mehr korrekt geführt. Folglich können die GV-Beschlüsse nicht mehr gültig getroffen werden, die durch die neuen, unberechtigten Aktionäre getroffen wurden. Ein Mantelhandel lässt sich auch mithilfe des Handelsregisters identifizieren, da nach Abschluss des Mantelhandels im Normalfall Statutenänderungen (Zweckänderungen, Sitzverlegung, neuer VR) vorgenommen werden.<sup>84</sup>

#### **2.4 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR – Unerlaubte Ausgabe von Inhaberaktien**

Die Ausgabe von Inhaberaktien ist seit 1. November 2019 lediglich dann erlaubt, wenn die Beteiligungspapiere der Gesellschaften an einer Börse kotiert oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des BEG ausgestaltet sind und bei einer in der Schweiz domizilierten Verwahrungsstelle hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind.<sup>85</sup> Gibt eine Gesellschaft unerlaubterweise Inhaberaktien aus, handelt es sich seit dem Inkrafttreten von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR am 1. Mai 2021 um einen Organisationsmangel. Bei der Dekotierung sämtlicher Aktien einer Gesellschaft ist ein Organisationsmangel erst nach der sechsmonatigen Übergangsfrist für die Umwandlung der Aktien in Namenaktien oder der Ausgestaltung als Bucheffekten nach Art. 622 Abs.

---

<sup>81</sup> VISCHER, S. 264

<sup>82</sup> BGE 123 III 473, E. 5, BGE 55 I 134 ff.

<sup>83</sup> BGE 64 II 363, E. 1

<sup>84</sup> MÜLLER/ONG/ODERMATT, S. 219 f.

<sup>85</sup> Art. 622 Abs. 1bis OR

2 OR erfüllt.<sup>86</sup> Nach Art. 622 Abs. 2bis OR muss jede Gesellschaft, welche Inhaberaktien ausgegeben hat, im Handelsregister eintragen lassen, ob die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind oder sie Beteiligungspapiere an der Börse kotiert hat. Dies soll Dritten und dem Handelsregisteramt ermöglichen, durch die gewonnene Transparenz feststellen zu können, ob die Gesellschaft zur Ausgabe von Inhaberaktien berechtigt war, ohne Konsequenzen nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR zu fürchten.<sup>87</sup> Inhaberaktien, welche bis 1. Mai 2021 noch nicht in Namenaktien umgewandelt wurden, die Voraussetzungen für gültige Inhaberaktien nach Art. 622 Abs. 1bis OR nicht erfüllten oder dem Handelsregister nicht gemeldet wurden nach Art. 622 Abs. 2bis OR, wurden per 1. Mai 2021 automatisch in Namenaktien umgewandelt. Die Umwandlung erfolgt hierbei von Amtes wegen durch das Handelsregister und ist gegenüber jedem gültig, auch bei anderslautenden Statutenbestimmungen.<sup>88</sup>

## **2.5 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR – Fehlender Sitz am Rechtsdomizil**

Mit der per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Revision des Handelsregisterrechts wurde mit Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR ein neuer Organisationsmangel eingeführt. Dieser deckt den Fall ab, dass der Sitz der Gesellschaft nicht mit dem Rechtsdomizil übereinstimmt, das im Handelsregister eingetragen ist. Das Rechtsdomizil wird nach Art. 2 lit. b HregV als Adresse definiert, unter welcher die Rechtseinheit an ihrem Sitz erreicht werden kann. Vor der Revision muss der Sachverhalt nach HRegV beurteilt werden.<sup>89</sup> Ein fehlendes Domizil liegt etwa vor, wenn die Gesellschaft oder der Domizilhalter die Löschung des Domizils anmeldet, aber kein neues Domizil angibt. In der Praxis ist jedoch der Fall relevanter, dass die Gesellschaft nicht mehr an der angegebenen Adresse erreichbar ist. Da Gesellschaften teils wenig Bezug zur im Handelsregister eingetragenen Adresse haben, da lediglich wenige Mitarbeiter und ein Briefkasten vorhanden sind, um etwa als steuerrechtliche Betriebsstätte akzeptiert zu werden, genügt schon der Verlust des Briefkastens für ein fehlendes Domizil. Hierbei kann die Nichtgewährung eines Domizils

---

<sup>86</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 775 f., BBI 2017 2441, KNOBLOCH, S. 351

<sup>87</sup> KNOBLOCH, S. 349

<sup>88</sup> Vgl. KNOBLOCH, S. 353 f., CERESOLA, S. 89, BBI 2019 323

<sup>89</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 776, BBI 2019 5210, SIFFERT, S. 120 ff.

auch bewusst eingesetzt werden, um etwa Zustellungen von Zahlungsbefehlen zu verunmöglichen.<sup>90</sup>

Nicht von dieser Bestimmung erfasst sind Einzelunternehmen und Zweigniederlassungen, weil diese im Falle eines fehlenden Rechtsdomizils nicht liquidiert werden können, da es sich bei Einzelunternehmen um dahinterstehende natürliche Personen handelt und die Zweigniederlassung ebenfalls als Teil der Hauptniederlassung nicht liquidiert werden kann. Tritt dieser Fall ein, werden die Gesellschaften *ex officio* nach Art. 934a OR gelöscht, wenn der Mangel nach einer Aufforderung nicht behoben wurde. Die Löschung erfolgt, wenn das Einzelunternehmen oder die Zweigniederlassung nicht mehr per Post erreicht werden kann und das Handelsregisteramt die Anmeldung des neuen Rechtsdomizils via Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) dreimalig erfolglos verlangt hat.<sup>91</sup>

## 2.6 Zwischenfazit

Viele Situationen können einen Organisationsmangel begründen und folglich ein Organisationsmängelverfahren auslösen. Diese Situationen variieren je nach Gesellschaftsform und können absichtlich oder fahrlässig verursacht werden. Die Möglichkeit zur Verursachung haben sowohl Exekutivorgane, Anteilseigner aber auch etwa die Revisionsstellen.<sup>92</sup> Ferner können Organisationsmängel aufgrund äusserer Umstände entstehen, beispielsweise durch den Tod des einzigen VR.<sup>93</sup> Gesetzliche Rahmenbedingungen können ebenfalls dafür verantwortlich sein, etwa im Falle von Änderungen bei den Revisionsanforderungen, den Voraussetzungen für die Ausgabe von Inhaberaktien oder der Führung von Verzeichnissen oder Aktienbüchern.<sup>94</sup> Die eben behandelten Gründe werden im folgenden Kapitel um zwischenmenschliche Auslöser für Organisationsmängel im Falle von Pattsituationen und Interessenkonflikten ergänzt.

---

<sup>90</sup> Vgl. MÜLLER L./MÜLLER P., S. 50, SIFFERT, S. 120 ff., DOMENIG/GÜR, S. 344

<sup>91</sup> Vgl. BBI 2015 3644, BBI 2017 2436, SIFFERT, S. 136

<sup>92</sup> Siehe ganzes Kapitel 2 «Anwendungsbereiche Art. 731b OR»

<sup>93</sup> Siehe Kapitel 2.2.1.1 «Fehlender Verwaltungsrat»

<sup>94</sup> Siehe Kapitel 2.2.1.4 «Revisionsstelle», siehe Kapitel 2.3 «OR Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 - Aktienbuch/Verzeichnis wirtschaftlich Berechtigter», siehe Kapitel 2.4 «Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR - Unerlaubte Ausgabe von Inhaberaktien»

### 3 Gerichtliche Anordnungen und Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln

Im folgenden Abschnitt werden die Massnahmen des Gerichts «das Gericht kann...» gemäss Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1–3 OR aufgezeigt und die Auswirkungen dieser beschrieben. Hierfür werden zuerst die im Artikel aufgezählten Massnahmen beschrieben und daraufhin die spezifische Situation mit der Pattsituation und dem Interessenkonflikt dargelegt. Das Ziel ist es hierbei, Konstellationen zu finden, bei denen durch gesetzgeberische Anpassungen die Behörden entlastet werden resp. die Zahl der zu bearbeitenden Fälle reduziert werden könnte.

#### 3.1 Allgemeines

Die Massnahmen zur Behebung der Organisationsmängel nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1–3 OR sind lediglich beispielhaften Charakters und folglich nicht abschliessend. Dem Richter wird daher ein hinreichender Handlungsspielraum eingeräumt, um auf die konkreten Umstände der Situation mit entsprechenden Massnahmen eingehen zu können.<sup>95</sup> Das Gericht hat bei der Anordnung der Massnahmen verhältnismässig vorzugehen.<sup>96</sup> Das letztmögliche Mittel stellt hierbei die *Ultima Ratio* mit Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR dar, welches nur zum Zuge kommt, wenn mildere Mittel nicht sachgerecht oder zielführend sein sollten.<sup>97</sup> Sämtliche entstandene Kosten aufgrund der Massnahmen, die vom Richter angeordnet wurden, sind durch die Gesellschaft zu tragen. Die Gesellschaft kann vom Richter verpflichtet werden, der eingesetzten Revisionsstelle oder dem Sachwalter einen Kostenvorschuss zu leisten.<sup>98</sup> Richterliche Anordnungen können nicht durch Beschlüsse der GV widerrufen oder durch andere Beschlüsse derogiert werden.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> Vgl. VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 410, BGE 136 III 369, E. 11.4.1, MEISTERHANS/GWELESSIANI, Kommentar zu Art. 153 HRegV, Rz. 684

<sup>96</sup> Vgl. BGE 136 III 278, E. 2.2.2, WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 16

<sup>97</sup> BGE 136 III 369, E. 11.4.1

<sup>98</sup> Vgl. BBI 2001 3233, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 49 und Rz. 60, VON DER CRONE, S. 780

<sup>99</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 775 f., BBI 2001 3232

### **3.2 Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 OR – Frist für Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands**

Bei der Fristansetzung nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 handelt es sich um eine gerichtliche Anordnung, welche auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands der Gesellschaft abzielt. Diese bezieht sich etwa auf die Ernennung von gesetzlich vorgeschriebenen oder unrechtmässig zusammengesetzten Organen, um damit den Organisationsmangel nach Art. 731b OR zu beheben. Die Dauer der durch den Richter angesetzten Frist ist nicht gesetzlich geregelt und liegt daher im Ermessen des Richters. Diese Dauer ist basierend auf den konkreten Umständen und der objektiven Komplexität zu bestimmen. Als Mindestfrist sind nach herrschender Lehre 30 Tage angemessen und bei Notwendigkeit einer GV 40–60 Tage. Die Fristansetzung ist nur bei offensichtlicher Ausnahmslosigkeit zu verneinen.<sup>100</sup> Da es sich hierbei um keine Prozessfrist handelt, ist für die allfällige Erstreckung der gesetzten Frist Art. 268 ZPO massgeblich. Diese Norm zielt auf die Änderung vorsorglicher Massnahmen ab und die Frist läuft auch während der Gerichtsferien weiter. Die Frist ist als Teil einer Anordnung nach Art. 262 ZPO zu qualifizieren, welche im vorliegenden Anwendungsfall für ein Handeln auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts steht.<sup>101</sup> Diese Anordnung kann durch den Richter erstreckt werden. Darüber hinaus ist die Wiederherstellung der Frist nach Art. 148 f. ZPO oder die Geltendmachung der Mangelbehebung im Rechtsmittelverfahren möglich.<sup>102</sup>

### **3.3 Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 2 OR – Einsetzen von fehlendem Organ oder Sachwalter**

Im Falle fehlender Organe kann der Richter diese nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 2 OR selbstständig ernennen und im Urteil festhalten. Aus Gründen der Praktikabilität ist eine vorgängige kurze Frist für die Gesellschaft für eine vorgängige Vernehmlassung angemessen. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass das Organ beispielsweise nach festgelegter Mandatsdauer durch die Gesellschaft bestätigt werden muss oder die Gesellschaft aus bedeutsamen Gründen die Absetzung eines eingesetzten Organs nach

---

<sup>100</sup> Vgl. WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 19 f., BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 62 f., SCHÖNBÄCHLER, S. 207 ff.

<sup>101</sup> Vgl. ERNST/OBERHOLZER/SUNARIC, Rz. 41, BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Rz. 123 ff.

<sup>102</sup> Vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Rz. 149 ff., BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 63

Art. 731b Abs. 3 OR verlangen kann.<sup>103</sup> Der Richter kann das Organ unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wählbarkeitsbestimmungen ernennen und er legt auch die Dauer des Einsatzes, die Kosten und den Vorschuss fest. Alle anfallenden Kosten werden hierbei der Gesellschaft auferlegt.<sup>104</sup> Das Mandat ist zudem unter Würdigung der Umstände zu befristen.<sup>105</sup> Dabei gewährt Art. 731b Abs. 1bis OR dem Richter einen weitgehenden Handlungsspielraum, der vom BGer nur korrigiert wird, wenn der Eingriff offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht ist. Das BGer hiess etwa das Einsetzen eines VR durch das erstinstanzliche Gericht gut, wobei jedoch lediglich um das Einsetzen eines Sachwalters für die Dauer des Verfahrens gebeten wurde.<sup>106</sup> Setzt das Gericht anstelle eines Organs einen Sachwalter ein, stellt dies einen schweren Eingriff dar, welcher vor allem für begrenzte Einsätze mit Sofort- bzw. Notmassnahmen als sinnvoll erscheint. Das Gericht hat festzuhalten, welche Kompetenzen dem Sachwalter zukommen, und dies wird in einem ausführlichen Aufgabenkatalog zusammengefasst. Der Sachwalter kann eine natürliche oder eine juristische Person sein, welche jedoch die erforderlichen Kenntnisse für die Lösung des konkreten Problems haben muss. Ausserdem kann er zwar im Handelsregister eingetragen werden, der Eintrag hat jedoch keine konstitutive Wirkung. Der Sachwalter nimmt dabei eine Doppelstellung ein, einerseits fungiert er als Organ der Gesellschaft ähnlich einem Liquidator, andererseits als öffentlich-rechtlicher Funktionsträger.<sup>107</sup>

### **3.4 Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR – Auflösung der Gesellschaft nach Konkurs**

Die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR stellt, wie bereits erwähnt, die *Ultima Ratio* des nichtabschliessenden Massnahmenkatalogs des Organisationsmängelverfahrens dar. Es darf daher nur zur Auflösung kommen, sofern weniger einschränkende Massnahmen nicht möglich sind.<sup>108</sup> Für die Angemessenheit der Auflösung ist das Verkehrsschutzinteresse am Weiterbestand der Gesellschaft und die individuellen Ziele der Aktionäre und der Gläubiger durch das Gericht abzuwägen. Das

---

<sup>103</sup> Vgl. VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 410, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 64-66, VON DER CRONE, S. 780, WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 23

<sup>104</sup> BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 49

<sup>105</sup> Vgl. WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 22, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 54

<sup>106</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.2 ff., VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 410, Urteil BGer 4A\_235/2013 vom 27. Mai 2014, E. 2.1 ff.

<sup>107</sup> Vgl. DALLA PALMA/VON DER CRONE, S. 585 ff., REINAU, S. 34

<sup>108</sup> Vgl. MÜLLER, ZBJV, S. 53, WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 25

Gericht kann auch eine Liquidation anordnen, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Ein Grund dafür wäre etwa, wenn sich die Gesellschaft nicht vernehmen lässt, da beispielsweise gerichtliche Verfügungen als nichtzustellbar gelten.<sup>109</sup> Die Liquidation der Gesellschaft wird nach den Vorschriften über den Konkurs abgewickelt. Von der herrschenden Lehre wird das Organisationsmängelverfahren als normales Konkursverfahren mit abnormalem Beginn qualifiziert, da es keinen materiellen Konkursgrund und keine formelle Konkursöffnung gibt.<sup>110</sup> Der Ablauf der Auflösung bzw. der Liquidation der Gesellschaft wird in den nächsten zwei Kapiteln näher dargelegt.

### 3.5 Weitere durch Richter angeordnete Massnahmen und praktische Probleme

a.) Pattsituation: Im Falle eines sog. Deadlocks kann die Gesellschaft als *Ultima Ratio* aufgelöst werden. Dies beschreibt eine anhaltende Pattsituation, etwa durch eine Blockade im Aktionariat, welche die Wahl eines Organs verunmöglicht. Die Anwendung des Organisationsmängelverfahrens nach Art. 731b OR kommt subsidiär zur Anwendung, wenn die Aktionäre nicht selbst imstande sind, die Pattsituation zu lösen. Oft existieren etwa Gesellschafter- oder Aktionärsbindungsverträge oder gesetzliche Ansprüche wie güterrechtliche Auseinandersetzungen, welche die Pattsituationen lösen können.<sup>111</sup> Statutenbestimmungen zur automatischen Wiederwahl des VR im Falle eines Deadlocks widersprechen den unübertragbaren Rechten der GV und sind somit nichtig.<sup>112</sup> Eine mildere Lösung wäre etwa die gerichtliche Anordnung zur Versteigerung der Aktien an die Aktionäre. Diese Lösung erlaubt es etwa, die Blockade aufzulösen und dadurch die Interessen Dritter, namentlich der Gläubiger, der Mitarbeiter und der Aktionäre, zu wahren.<sup>113</sup> Das Gericht kann auch Aktienrückkäufe, Kapitalherabsetzungen und Eingriffe in die Aktionärsstruktur anordnen.<sup>114</sup> Das BGer lässt hierbei offen, ob der Deadlock einen Organisationsmangel darstellt. Viel eher lassen sich die Folgen eines Deadlocks als Organisationsmangel qualifizieren.<sup>115</sup> Die Mehrheit der Aktionäre trifft auch dann bindende Entscheide, wenn nicht die bestmögliche Entscheidung getroffen wird. Mit dem Eintritt in die Gesellschaft unterwirft sich der Aktionär dem Grundsatz, dass die Mehrheit

---

<sup>109</sup> BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 52 f.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 141 III 43, E. 2.3.1, WÜTHRICH, S. 39

<sup>111</sup> Vgl. JÖRG, S. 273 f., DOMENIG/GÜR, S. 170

<sup>112</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 774, Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 706b Ziff. 3 OR

<sup>113</sup> MÜLLER, ZBJV, S. 53

<sup>114</sup> BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 54

<sup>115</sup> Vgl. DOMENIG/GÜR, S. 170, BGE 138 III 294, E. 3.1.5

der Aktionäre ausschlaggebend ist.<sup>116</sup> Der Richter darf lediglich dann einschreiten, wenn die Mehrheit die nach Art. 703 OR eingeräumte Macht offensichtlich missbraucht, um damit entgegengesetzte Interessen umzusetzen.<sup>117</sup> Wird etwa bei der GV das absolute Mehr für einen Mehrheitsentscheid nicht erreicht, kommt kein positiver Beschluss zustande. Daher führt eine 50:50-Stimmverteilung nicht etwa zu einem Schwebestand des Beschlusses, sondern er kommt gar nicht zustande.<sup>118</sup> Von einer Pattsituation ist dann die Rede, wenn regelmässig keine positiven Beschlüsse gefällt werden, da sich die Aktionäre, resp. Aktionärsgruppen, gegenseitig blockieren. Die GV ist somit nicht mehr handlungsfähig, da keine Beschlüsse zur Änderung des Status quo gefällt werden können.<sup>119</sup>

b.) **Interessenkonflikt:** Ein Organisationsmangel kann auch durch grosse Interessenkonflikte entstehen, wenn bestimmte Interessen des VR den Gesellschaftsinteressen gegenüberstehen. In bestimmten Angelegenheiten kann der VR deshalb nicht mehr unabhängig vertreten werden, da sämtliche Mitglieder gegenläufige Interessen verfolgen.<sup>120</sup> Das Vorliegen eines Interessenkonflikts ist nicht als Organisationsmangel zu qualifizieren, die Folgen, die mit dem Konflikt einhergehen, können jedoch schon als Organisationsmangel klassifiziert werden.<sup>121</sup> Das BGer hat festgestellt, dass aus Doppelorganschaft resultierende Interessenkonflikte keinen Organisationsmangel darstellen.<sup>122</sup> Stattdessen werden die Folgen von anderen gegenseitigen Interessenverfolgungen als Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR qualifiziert.<sup>123</sup> Der Gesetzgeber hat mit Einführung des Art. 731b OR die alten vormundschaftlichen Massnahmen nach Art. 392 Ziff. 2 aZGB und Art. 393 Ziff. 4 aZGB abgelöst, bei denen die Vormundschaftsbehörde einen Beistand für die Gesellschaft einsetzen konnte. Dies war beim Interessenkonflikt der Fall, was nun mit Art. 731b OR neu geregelt ist.<sup>124</sup>

---

<sup>116</sup> BGE 95 II 163

<sup>117</sup> BGE 102 II 265, E. 3

<sup>118</sup> FISCHER, GesKR, S. 227

<sup>119</sup> Vgl. VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 410 ff., BGE 143 III 120, E. 4.4 f., JÖRG, S. 273 f.

<sup>120</sup> VON DER CRONE, S. 774 f.

<sup>121</sup> BOHRER/KUMMER, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 42-43

<sup>122</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012, E. 2.2 f., JÖRG, S. 279 f.

<sup>123</sup> Urteil BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2

<sup>124</sup> Vgl. ZGB-Version vom 1. Dezember 2007 und 1. Januar 2008, BBl 2002 3244

### **3.6 Zwischenfazit**

Beim Eintreten eines Organisationsmangels wird der Gesellschaft zuerst eine Frist zur eigenständigen Behebung gestellt.<sup>125</sup> Verstreicht diese resultatlos, erlässt das Gericht Massnahmen zur Behebung des Problems. Dies kann etwa in Form von Ernennungen eines Organs oder eines Sachwalters geschehen<sup>126</sup>, aber auch in Form von spezifischen Anordnungen betreffend der Auflösung von Pattsituationen und Interessenkonflikten.<sup>127</sup> Falls keine Massnahme zielführend ist, um die Situation zu lösen, ordnet das Gericht die Auflösung der Gesellschaft nach den Regeln des Konkurses an.<sup>128</sup> Um eine Auflösung zu vermeiden, hat der Richter für die Anordnung der Massnahmen eine grosse Handlungsfreiheit und wird nicht durch Gesetz oder Rechtsprechung eingeschränkt.<sup>129</sup>

## **4 Organisationsmängelverfahren**

Im folgenden Kapitel wird das Organisationsmängelverfahren beschrieben, um den Ablauf der gerichtlichen Organisationsmängelbeseitigung zu veranschaulichen. Hierfür wird zuerst dargelegt, wie das gerichtliche Verfahren initiiert wird, darauf folgen Ausführungen zu Verfahrensgrundsätzen, Klageberechtigungen, sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten, Konkurrenzen und Kostenfolgen. Der Zweck ist es dabei festzustellen, ob prozessuale Anpassungen dazu beitragen können, die Anzahl an Organisationsmängelverfahren zu reduzieren.

### **4.1 Initiierung des Verfahrens und Folgen**

Das Verfahren nach Art. 731b OR kann aufgrund einer Überweisung des Falls durch das Handelsregisteramt an das Gericht geschehen oder durch eine Organisationsmängelklage, die von Aktionären oder Gläubigern angestrebt wurde. Das Handelsregisteramt hat hierbei nach Art. 939 Abs. 2 OR die Pflicht, festgestellte Organisationsmängel beim

---

<sup>125</sup> Siehe Kapitel 3.2 «Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1 OR - Frist für Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands»

<sup>126</sup> Siehe Kapitel 3.3 «Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 2 OR - Einsetzen von fehlendem Organ oder Sachwalter»

<sup>127</sup> Siehe Kapitel 3.5 «Weitere durch Richter angeordnete Massnahmen und praktische Probleme»

<sup>128</sup> Siehe Kapitel 3.4 «Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR - Auflösung der Gesellschaft nach Konkurs»

<sup>129</sup> Siehe Kapitel 3.1 «Allgemeines», siehe ganzes Kapitel 4 «Organisationsmängelverfahren»

Gericht anzuzeigen, damit entsprechende Massnahmen ergriffen werden können.<sup>130</sup> Das Handelsregisteramt wird dann handlungspflichtig, wenn es vom Bestehen eines Organisationsmangels entweder benachrichtigt wurde oder zufällig davon erfährt. Eine laufende Überwachung aller Gesellschaften auf Organisationsmängel sieht das Gesetz nicht vor und dies wäre in der Praxis auch nicht umsetzbar.<sup>131</sup> Das Handelsregisteramt hat im Verfahren zwar keine Parteistellung, soll das Gericht aber bei der Sachverhaltsdarstellung unterstützen. Dies erfolgt etwa durch die Übermittlung der bestehenden Akten und der Mitteilung der erfolgten Feststellungen.<sup>132</sup> Aufgrund der fehlenden Parteistellung kann das Handelsregisteramt gegen den Entscheid des Gerichts keine Rechtsmittel ergreifen oder Anträge zum Verfahren stellen.<sup>133</sup> Ausserdem kann das Gericht vom Handelsregisteramt durch die fehlende Parteistellung nicht verlangen, eine Bevorschussung oder das Tragen der Gerichtskosten zu übernehmen.<sup>134</sup> Die Überweisung des Falls an das Gericht hat gemäss Art. 939 Abs. 1 OR nach einer von dem Handelsregisteramt angesetzten Frist für die Behebung des Mangels zu erfolgen, welcher nicht Folge geleistet wurde. Die klagenden Aktionäre und Gläubiger können im Falle eines Organisationsmangels die Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands beantragen. Dies geschieht durch den Erlass entsprechender Massnahmen durch das Gericht.<sup>135</sup> Ein solches Verfahren empfiehlt sich jedoch nur dann, wenn die klagenden Parteien nicht darauf warten möchten, ob das Handelsregisteramt tätig wird. Mit der Einreichung einer Klage gelangen sie somit direkt vor das Gericht, beschleunigen das Verfahren und sind dazu berechtigt, direkte Lösungsvorschläge beim Gericht einzureichen.<sup>136</sup> Das Gericht handelt beim Organisationsmängelverfahren von Amtes wegen. Hierbei ist nicht von einer Rechtsstreitigkeit die Rede, sondern von einer Treffung rechtsfürsorglicher Vorkehrungen. Die ergriffenen Massnahmen sind keine gerichtlichen Angelegenheiten des SchKG im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO. Dies kann damit begründet werden, dass das Gericht höchstens die Liquidation, nicht aber den Konkurs eröffnen kann.<sup>137</sup> So eröffnet das Gericht nicht den Konkurs, sondern anerkennt die Auflösung der Gesellschaft unter Anordnung der Liquidation nach den Bestimmungen des

---

<sup>130</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 777 f., VISCHER/HOHLER/ECKERT, S. 410, MEISTERHANS/GWELESSIANI, Kommentar zu Art. 153 HRegV, Rz. 677

<sup>131</sup> Vgl. SIFFERT, S. 137, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 52

<sup>132</sup> VON DER CRONE, S. 777 f.

<sup>133</sup> Vgl. BBI 2019 318, DOMENIG/GÜR, S. 175

<sup>134</sup> DOMENIG/GÜR, S. 178

<sup>135</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 777 f., BBI 2019 318, SIFFERT, S. 138

<sup>136</sup> MÜLLER L./MÜLLER P., S. 53

<sup>137</sup> DOMENIG/GÜR, S. 171 f.

Konkursrechts.<sup>138</sup> Der gerichtliche Auflösungsentscheid stellt einen zivilrechtlichen Endentscheid dar, bei dem, anders als beim Entscheid über die Konkurseröffnung, je nach Streitwert die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO oder die subsidiäre Verfassungsbeschwerde infrage kommen. Sollte dies nicht genügen, kann auch eine Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG erhoben werden.<sup>139</sup> Das BGer stellt weiter klar, dass die Durchführung des Konkursverfahrens hierbei nicht auf einem Konkurs beruht, sondern auf dem definitiven richterlichen Auflösungsentscheid. Zudem wurde im Urteil vermerkt, dass in solchen Fällen die Konkurseröffnung nicht durch ein Konkursgericht erfolgt. Die nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR wurde kommentarlos ausgeschlossen, da kein Raum für die analoge Anwendung von Art. 185 SchKG gelassen wurde.<sup>140</sup> Der Konkurs kann dagegen in einem späteren Schritt eröffnet werden, wenn die Liquidatoren, die aufgrund des Auflösungsbeschlusses eingesetzt wurden, die Überschuldung feststellen. Diese haben die Pflicht, dem Gericht eine allfällige Überschuldung mitzuteilen, damit dieses den Konkurs eröffnen kann.<sup>141</sup>

## 4.2 Verfahrensgrundsätze

Obwohl es sich beim Organisationsmängelverfahren um ein Streitiges Verfahren handelt, ist der Offizialgrundsatz anwendbar.<sup>142</sup> Streitig ist, ob der Untersuchungs<sup>143</sup>- oder der Verhandlungsgrundsatz<sup>144</sup> zusätzlich gegeben ist. Das BGer hat dies bis anhin offengelassen. Die herrschende Lehre geht von der Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes aus.<sup>145</sup> Diese Anwendung lässt sich mit den vielfältig auf dem Spiel stehenden Interessen und der Funktion von Art. 731b OR begründen. Zudem muss

---

<sup>138</sup> HGer ZH, Entscheid vom 3. Februar 2020, HE190510, S. 2

<sup>139</sup> Vgl. SPÜHLER/DOLGE, II, Rz. 80, OGer ZH, Beschluss vom 17. Mai 2021, LF210031 ff., OGer ZH, Beschluss vom 31. August 2021, LF210047 ff.

<sup>140</sup> Vgl. BGE 141 III 43, E. 2.5.3, BBI 2002 3232

<sup>141</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 4 OR, in Kraft seit 1. Januar 2021, BBI 2019 5210

<sup>142</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO, Urteil BGer 4A\_321/2008 vom 5. November 2010, E. 5.2, BGE 138 III 294, E. 3.1.3

<sup>143</sup> Art. 55 Abs. 2 ZPO

<sup>144</sup> Art. 55 Abs. 1 ZPO

<sup>145</sup> Vgl. für Untersuchungsgrundsatz: DOMENIG/GÜR, S. 173 f., BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 58, HOFER/PFÄFFLI, S. 356, für beschränkten Untersuchungsgrundsatz: MÜLLER L./MÜLLER P., S. 53 und S. 56, gegenteiliger Ansicht: Urteil HGer ZH vom 6. August 2018, E. 9.4.2, Argumentation ist nicht zu folgen da Verfahren für Schutz Dritter und funktionierendem Rechtsverkehr dienen soll, siehe BGE 138 III 407, E. 2.3

das Gericht den Sachverhalt feststellen, um entsprechende Massnahmen zur Behebung des Organisationmangels erlassen zu können. Das Verfahren selbst ist jedoch von einer aktivlegitimierten Person einzuleiten, welche nicht über die volle prozessuale Dispositionsfreiheit verfügt. Dies ist der Fall, da das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist und den Prozess nicht durch Rückzug oder Anerkennung der Klage oder durch einen Vergleich beenden kann.<sup>146</sup> Die Rechtsbegehren müssen daher nicht zu einem Urteil des Gerichts erhoben werden können, sondern sie können auch unbestimmt verfasst werden. Aktivlegitimierte Personen können beispielsweise das folgende Rechtsbegehren formulieren: «es seien erforderliche Massnahmen zur Behebung der Organisationsmängel zu bestimmen, unter Kosten und Entschädigungsfolgen des Beklagten».<sup>147</sup> Die Tragung der Beweislast ist umstritten, nach *Watter/Pamer-Wieser* und *Bohrer/Kummer* liegt der Beweis, dass die Organe rechtmässig bestellt sind, bei der Gesellschaft.<sup>148</sup> *Berger/Rüetschi/Zihler* sind wiederum gegenteiliger Ansicht, wobei die zu beweisenden Umstände aufgrund des negativen Tatsachenbeweises nur substantiiert darzulegen sind.<sup>149</sup> Prozessual werden die Massnahmen bei Organisationsmängeln im summarischen Verfahren nach Art. 248 ff. ZPO behandelt.<sup>150</sup>

### 4.3 Klageberechtigung

Für die Klageberechtigung müssen die Parteien kein besonderes Rechtsschutzinteresse an der Herstellung des ordnungsgemässen Zustands nachweisen.<sup>151</sup> Ein schutzwürdiges rechtliches Interesse muss dagegen betroffen sein. Da es sich um eine auf Bundesrecht beruhende Gestaltungsklage handelt, ergibt sich diese aus dem geltend gemachten Anspruch. Die Aktivlegitimation durch den Nachweis der Gläubiger-, der Gesellschafter- oder der Genossenschafterstellung ist unabhängig davon gegeben, dass die mit der Klage geltend gemachten Mängel mit den Interessen der klagenden Parteien in Zusammenhang stehen. Dies ist der Fall, da es bei der Organisationsklage um die Einhaltung zwingender

---

<sup>146</sup> Vgl. BGE 138 III 407, E. 2.3, SCHÖNBÄCHLER, 389 f., DOMENIG/GÜR, S. 173 f.

<sup>147</sup> Vgl. Verfügung des Einzelgerichts des HGer ZH vom 30. September 2011, ZR 111, S. 21 f., Verfügung des Einzelgerichts des HGer ZH vom 4. Mai 2011, ZR 110, S. 274 f., Urteil OGer ZH, II. Zivilkammer, vom 14. Februar 2011, LF110011-O, S. 2

<sup>148</sup> Vgl. WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 15, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 58

<sup>149</sup> Vgl. BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, S. 16, BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Rz. 54

<sup>150</sup> Vgl. BBI 2019 319, DOMENIG/GÜR, S. 173, MÜLLER, ZBJV, S. 50, BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Rz. 204 ff.

<sup>151</sup> Vgl. VON DER CRONE, S. 777 f., WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 12

Bestimmungen im Interesse der Allgemeinheit geht resp. sie dem Verkehrsschutz dient und im öffentlichen Interesse liegt.<sup>152</sup> Organe der Gesellschaft und unbeteiligte Dritte sind nicht klageberechtigt. Die passivlegitimierte Partei ist in jedem Fall die vom Organisationsmangel betroffene Gesellschaft. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO am Sitz der Gesellschaft und verantwortlich sind hierbei die Zivilgerichte.<sup>153</sup> Wie bereits erwähnt, ist das Handelsregisteramt nicht mehr aktivlegitimiert.<sup>154</sup>

#### **4.4 Sachliche Zuständigkeit – Aktionäre und Gläubiger als Gesuchsteller**

Bei der aktienrechtlichen Organisationsmängelklage handelt es sich um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO. Die Kantone können das Handelsgericht nach Art. 6 Abs. 4 ZPO zwar für zuständig erklären, sie können dies jedoch unterschiedlich regeln.<sup>155</sup> Nachfolgend werden die Handhabungen der Kantone Zürich, St. Gallen, Aargau und Bern thematisiert, um festzustellen, welche Lösung am vorteilhaftesten ist.

Der Kanton Zürich etwa regelt die Fälle nach Art. 6 Abs. 4 ZPO mit einem Streitwert von mindestens CHF 30'000 nach § 44 lit. b GOG/ZH durch das Handelsgericht. Die einzelrichterliche Zuständigkeit des Präsidenten ergibt sich hierbei in Verbindung mit § 45 lit. c GOG/ZH, sofern der Streitwert erreicht wird. Da die Gerichte in Zürich von der Annahme ausgehen, dass Organisationsmängelklagen die Schwelle in der Regel übersteigen, ersparen sie sich eine gemischte Zuständigkeit.<sup>156</sup>

In den Kantonen St. Gallen und Aargau lassen sich die Fälle von Art. 6 Abs. 4 ZPO unabhängig vom Streitwert durch das Handelsgericht beurteilen. Dies ist aus § 12 lit. a EG/AG ZPO und Art. 11 Abs. 1 lit. b EG/SG ZPO zu entnehmen.<sup>157</sup>

Der Kanton Bern wollte das Massengeschäft mit den richterlichen Anordnungen erforderlicher Massnahmen zur Behebung von Organisationsmängeln dagegen nicht alleinig dem Handelsgericht zumuten. Das Handelsgericht ist zwar grundsätzlich für die

---

<sup>152</sup> SCHÖNBÄCHLER, S. 402

<sup>153</sup> Vgl. WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 14, VON DER CRONE, S. 777 f.

<sup>154</sup> Vgl. DOMENIG/GÜR, S. 171 f., BBI 2019 318

<sup>155</sup> Vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Rz. 152 f., DOMENIG/GÜR, S. 171

<sup>156</sup> Vgl. OGer Zürich, Entscheid vom 14. Februar 2011, LF110011-O, E. 3.32, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 52

<sup>157</sup> DOMENIG/GÜR, S. 171

Fälle von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO mit einem Streitwert von mindestens CHF 30'000 zuständig, nach Art. 7 Abs. 2 EG/BE ZSJ jedoch vorbehaltlich der Anordnung der erwähnten Massnahmen. Diese sind von den Regionalgerichten zu erledigen.<sup>158</sup>

#### **4.5 Sachliche Zuständigkeit – Überweisung durch das Handelsregisteramt**

*De lege lata* ist das Handelsregisteramt nicht mehr aktivlegitimiert, um ein Gesuch um die Behebung von Organisationsmängeln einzureichen, sondern es überweist die Angelegenheit nach Art. 939 OR dem zuständigen Gericht. Das Gericht bestimmt dann, wie bereits erwähnt, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung der Mängel.<sup>159</sup> Hierbei geht es nicht um die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit, sondern um rechtsfürsorgliche Vorkehrungen, bei denen das Gericht nach Art. 939 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b Abs. 1bis OR Massnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 1 lit. c ZPO anordnet.<sup>160</sup> Diese Qualifikation beeinflusst die sachliche Zuständigkeit, da das BGer Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht unter dem Begriff der Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften subsumiert.<sup>161</sup> Dies hat zur Folge, dass nicht dasselbe Gericht zuständig ist, wenn das Verfahren durch das Handelsregisteramt oder durch Aktionäre oder Gläubiger angestrebt wird. Die zuvor erwähnten Handelsgerichte in Zürich, Aargau oder St. Gallen sind folglich nicht mehr für die Fälle zuständig, die ihnen vom Handelsregisteramt überwiesen wurden. Da der grösste Teil der Organisationsmängelverfahren durch das Handelsregisteramt überwiesen wird, hat die Anpassung betreffender der Aktivlegitimation des Handelsregisteramtes einen grossen Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit. Im Lösungsvorschlag am Ende wird das Fazit zu dieser Thematik gezogen.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> DOMENIG/GÜR, S. 171

<sup>159</sup> BBI 2015 3617 ff.

<sup>160</sup> DOMENIG/GÜR, S. 171 f

<sup>161</sup> Vgl. BGE 140 III 550, E. 2, HGer BE, Entscheid vom 14. Februar 2014, HG 14 9, E. 4.1

<sup>162</sup> DOMENIG/GÜR, S. 171 f

## 4.6 Örtliche Zuständigkeit

Falls das Verfahren durch einen Aktionär oder einen Gläubiger angestrebt wird und es sich daher um ein Streitiges Verfahren handelt, ist das Gericht am Sitz der Gesellschaft zuständig.<sup>163</sup>

Handelt es sich um ein durch das Handelsregisteramt angestrebtes Verfahren und somit um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist ebenfalls das Gericht am Sitz der Gesellschaft zuständig. Die Grundlage dafür bildet jedoch nicht Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, sondern die analoge Anwendung von Art. 19 ZPO. Dieser Artikel knüpft an den Wohnort des Gesuchstellers, welcher nicht vorhanden ist. Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche von Amtes wegen zu verfolgen sind, bedürfen jedoch keines Gesuchs. Demnach wird die Gesellschaft als Gesuchsteller definiert, wenn sie zuvor nicht selbst imstande war, den Organisationsmangel zu beseitigen. Diese Situation wird daher als «Gesuch» ans Handelsregister interpretiert, welches dann aufgrund Art. 939 OR i.V.m Art. 731b OR und Art. 19 ZPO das Verfahren initiiert.<sup>164</sup>

## 4.7 Konkurrenzen

Die Konkurrenzen der Organisationsmängelklage zu anderen obligationenrechtlichen Klagen stehen nicht im Vordergrund dieser Arbeit. Der Grund dafür ist, dass sich die Konkurrenzen nur begrenzt auf die Forschungsfrage auswirken würden, da die Ansprüche konkurrierend und nicht erweiternd wären auf mögliche Auswirkungen wie beispielsweise Haftungen und abschreckende Massnahmen.

Dafür könnten folgende Klagen zur Diskussion stehen: die Auflösungsklage nach Art. 643 Abs. 3 OR, die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage nach Art. 706 OR, die Abberufungsklage nach Art. 741 Abs. 2 OR und die Auflösungsklage aus wichtigem Grund nach Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 OR.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, MÜLLER L./MÜLLER P., S. 52, VON DER CRONE, S. 778

<sup>164</sup> DOMENIG/GÜR, S. 172 f.

<sup>165</sup> Vgl. SCHÖNBÄCHLER, S. 461 ff., BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 23 und Rz. 71 ff.

## 4.8 Kostenregelung

Falls der Aktionär oder der Gläubiger mit seiner Klage auf Behebung des Organisationsmangels erfolgreich ist, werden die Prozesskosten nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der Gesellschaft auferlegt.<sup>166</sup> Mit diesem Regressrecht wäre die klagende Partei befriedigt, jedoch nur unter der Annahme, dass der Regress auch tatsächlich geltend gemacht werden kann. Im Falle einer Liquidation der Gesellschaft trägt der Kläger etwa das Insolvenzrisiko und bekommt den bezahlten Gerichtskostenvorschuss unter Umständen nicht vollständig zurückvergütet.<sup>167</sup> Nach Art. 731b Abs. 2 OR muss die Gesellschaft sämtliche Kosten bei der Behebung eines Organisationsmangels übernehmen, hierzu gehören auch allfällige Änderungen von Handelsregistereinträgen. So muss die Gesellschaft die Kosten übernehmen, wenn ein Organ oder ein Sachwalter gerichtlich eingesetzt wird oder wenn sonstige Massnahmen vom Gericht angeordnet werden.<sup>168</sup> Fraglich ist jedoch, wie die Prozesskosten verteilt werden, wenn der Gesuchsteller unterliegt. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Art. 107 ZPO sieht für verschiedene Fälle vor, dass das Gericht die Prozesskosten nach eigenem Ermessen verteilen kann. Dies kommt zum Tragen, wenn besondere Umstände eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Dies trifft etwa bei ungleichen Kräfteverhältnissen der Parteien zu.<sup>169</sup> Der Gesuchsteller der Organisationsmängelklage zielt auf die Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustands ab, der auch auf weitere Anspruchsgruppen positiv wirkt. Der Gesuchsteller verfolgt daher lediglich indirekt seine Interessen zum Wohle seiner selbst und Dritter.<sup>170</sup> In der Regel ist es daher gerechtfertigt, die Prozesskosten beim Organisationsmängelverfahren auch beim Abweisen des Gesuchs nach Art. 107 Abs. 1bis ZPO der Gesellschaft aufzuerlegen.<sup>171</sup> Sollte jedoch eine Partei unnötige Prozesskosten verursacht haben, beispielsweise durch die Einleitung des Verfahrens, obwohl offensichtlich kein Organisationsmangel besteht, sind die Kosten nicht nach Art. 108 ZPO von der Gesellschaft zu tragen. Hat das Handelsregisteramt dem Gericht den Fall unrechtmässig überwiesen, sind die Prozesskosten dem Kanton

---

<sup>166</sup> Vgl. BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 60, DOMENIG/GÜR, S. 178

<sup>167</sup> MÜLLER L./MÜLLER P., 53

<sup>168</sup> Vgl. WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 22, SCHÖNBÄCHLER, S. 417

<sup>169</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_535/2015 vom 1. Juni 2016, E. 6.4.1, NOBEL, BK, Rz. 75 und Rz. 77

<sup>170</sup> BGE 138 III 407, E. 2.3

<sup>171</sup> Vgl. HGer Zürich, Entscheid vom 6. August 2018, HE180111, E. 11, KGer Graubünden, Entscheid vom 10. Januar 2018, ZK2 17 42, S. 4 f.

aufzuerlegen.<sup>172</sup> Gläubiger, Gesellschafter oder Dritte, die dem Handelsregisteramt den Organisationsmangel melden, wodurch das Amt handelspflichtig wird, tragen kein Kostenrisiko. Sie können auch Vorschläge zur Beseitigung des Organisationsmangels liefern.<sup>173</sup>

#### 4.9 Zwischenfazit

Das Organisationsmängelverfahren kann entweder durch Aktionäre oder Gläubiger oder durch das Handelsregisteramt angestoßen werden.<sup>174</sup> Dafür ist zwar kein besonderes Rechtsschutzinteresse nötig, es muss jedoch ein schutzwürdiges rechtliches Interesse betroffen sein.<sup>175</sup> Die Offizialmaxime ist unabhängig vom Beginn des Verfahrens anwendbar, wobei der Sachverhalt von Amtes wegen ermittelt werden muss. Wer die Beweislast zu tragen hat, ist umstritten und wurde nicht vom BGer beantwortet.<sup>176</sup> Welche Partei das Verfahren initiiert, hat Auswirkungen auf die sachliche Zuständigkeit. Die Qualifizierung als Streitiges Verfahren und als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist dabei für den Unterschied der sachlichen Zuständigkeit verantwortlich.<sup>177</sup> Auf die örtliche Zuständigkeit hat die einleitende Partei jedoch keinen Einfluss, zuständig sind dabei stets die Gerichte am Sitz der Gesellschaft.<sup>178</sup> Der Gesuchsteller kann sich von allen Kosten entledigen, wenn er das Handelsregisteramt um Behebung des Organisationsmangels bittet. Die Kosten für die angeordneten Massnahmen sind von der Gesellschaft zu tragen. Allerdings besteht ein Kostenrisiko, wenn eine Organisationsmängelklage direkt beim Gericht eingereicht wird.<sup>179</sup> Sind die Massnahmen, die das Gericht angeordnet hat, nicht zielführend, erlässt es als *Ultima Ratio* den Auflösungsbeschluss. Auf Grundlage dieses Beschlusses wird die Gesellschaft in analoger Anwendung des Konkursrechts liquidiert. Ein Konkurs wird lediglich dann eröffnet, wenn die eingesetzten Liquidatoren zu einem späteren Zeitpunkt eine

---

<sup>172</sup> DOMENIG/GÜR, S. 178

<sup>173</sup> MÜLLER L./MÜLLER P., S. 51

<sup>174</sup> Siehe Kapitel 4.1 «Initiierung des Verfahrens und Folgen»

<sup>175</sup> Siehe Kapitel 4.3 «Klageberechtigung»

<sup>176</sup> Siehe Kapitel 4.2 «Verfahrensgrundsätze»

<sup>177</sup> Siehe Kapitel 4.4 «Sachliche Zuständigkeit - Aktionäre und Gläubiger als Gesuchsteller» und Kapitel 4.5 «Sachliche Zuständigkeit - Überweisung durch das Handelsregisteramt»

<sup>178</sup> Siehe Kapitel 4.6 «Örtliche Zuständigkeit»

<sup>179</sup> Siehe Kapitel 4.8 «Kostenregelung»

Überschuldung feststellen. Diese Überschuldung wird dem Gericht mitgeteilt, welches daraufhin den Konkurs eröffnet.<sup>180</sup>

## 5 Konkureröffnung und Folgen

Wie bereits einleitend erwähnt, kann seit Inkrafttreten von Art. 731b Abs. 4 OR der Konkurs ausgesprochen werden, wenn die gerichtlich eingesetzten Liquidatoren eine Überschuldung feststellen und dies dem Gericht mitteilen welches daraufhin den Konkurs eröffnet.<sup>181</sup> Im nächsten Abschnitt werden die Auswirkungen der Konkureröffnung aufgezeigt und mit den Folgen des Auflösungsbeschlusses nach Art. 736 Abs. 1 Ziff. 3 OR verglichen. So soll festgestellt werden, welche Lücken die Unterscheidung mit sich bringt und ob sie für ein möglichst effizientes Organisationsmängelverfahren zweckdienlich ist. Zusätzlich werden die Strafbarkeitsbestimmungen der Konkursdelikte thematisiert, um eine Übersicht der geltenden Ordnung zu bekommen. Dabei soll bestimmt werden, ob diese auch für das Organisationsmängelverfahren relevant sind und ob weitere strafrechtliche Bestimmungen sinnvoll wären.

### 5.1 Wirkung des Konkurseintritts

Im Falle einer Konkureröffnung werden die Konkursämter vom Gericht als Liquidatoren eingesetzt. Hierbei sind die Passiven jedoch bei rund 58 % aller Konkureröffnungen nicht durch die Aktiven gedeckt.<sup>182</sup> Sollte die Konkursmasse voraussichtlich nicht ausreichen, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamts die Einstellung des Konkursverfahrens nach Art. 230 Abs. 1 SchKG.<sup>183</sup> Die Einstellung wird nach Art. 230 Abs. 2 SchKG öffentlich bekanntgegeben und darauf hingewiesen, dass Gläubiger innert zehn Tagen dazu berechtigt sind, das Konkursverfahren zu fordern, wenn sie Sicherheiten für die nichtgedeckten Kosten leisten. Die Festlegung der Höhe und der Form der zu leistenden Sicherheiten liegt beim Konkursamt und diese Sicherheiten dürfen zwar nicht genau

---

<sup>180</sup> Siehe Kapitel 4.1 «Initiierung des Verfahrens und Folgen»

<sup>181</sup> Vgl. BBl 2019 5210, SPÜHLER, Kantonsgericht Appenzell I.Rh., S. 50

<sup>182</sup> Vgl. KNEZEVIC, S. 45, WÜTHRICH, S. 40, JAGMETTI, S. 286

<sup>183</sup> Vgl. JAGMETTI, S. 286, KOSTKIEWICZ, OFK, Kommentar zu Art. 230 SchKG, Rz. 3, KNEZEVIC, S. 45

abschätzbare zukünftige Kosten beinhalten, nicht aber Kosten, die in der Vergangenheit angefallen sind.<sup>184</sup> Nach Ablauf der 10-tägigen Frist zur Stellung eines Begehrens um Durchführung des Verfahrens und zur Leistung der Sicherheit gilt der Konkurs als eingestellt. Die Schlussverfügung des Konkursgerichts hat hierbei lediglich deklaratorische Wirkung.<sup>185</sup> Die relevantesten materiellrechtlichen Auswirkungen des Konkurseintritts stellen für die vorliegende Bachelorarbeit Art. 197–207 SchKG dar, welche in erster Linie darauf abzielen, dass der Schuldner nicht mehr über sein Vermögen verfügen kann. Die Konkursverwaltung kann beispielsweise Verfügungen des Schuldners für den Verkauf eines Autos, welches unter Konkursbeschlagnahme steht, für ungültig erklären. Sollten gewisse Vermögenswerte nicht unter Konkursbeschlagnahme stehen, sind diese dennoch strafrechtlich sanktioniert, etwa nach Art. 169 StGB (Verfügung über mit Beschlagnahme belegte Vermögenswerte) oder Art. 323 StGB (Ungehorsam des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren). Die zivilrechtliche Wirkung zeigt sich etwa durch die Gütertrennung bei natürlichen Personen nach Art. 188 ZGB, das Dahinfallen einer Vollmacht nach Art. 35 OR im Falle einer Konkursöffnung oder die Auflösung der Aktiengesellschaft nach Art. 736 Abs. 1 Ziff. 3 OR.<sup>186</sup>

## 5.2 Durchführung des Konkursverfahrens

Sobald der Konkurs rechtskräftig ist, beginnt das Konkursamt von Amtes wegen mit der Durchführung des Konkursverfahrens nach Art. 221 ff. SchKG und ergreift unverzüglich die entsprechenden Sicherungsmassnahmen.<sup>187</sup> Das Konkursamt handelt dabei von sich aus, ohne dass weitere Begehren seitens der Gläubiger nötig sind. Sollte das Konkursamt jedoch Auskünfte der Gläubiger oder des Schuldners benötigen, erlässt es eine Verfügung.<sup>188</sup> Der Ablauf des Konkursverfahrens lässt sich in die folgenden Schritte unterteilen: Feststellung der Konkursmasse (Aktiv- und Passivmasse) durch die Konkursverwaltung (das Konkursamt; im Kanton Zürich das Notariat), Verwaltung des Konkurssubstrats, Abklärung von Rechten Dritter, Erhaltung der Konkursforderungen und Führung der dazu notwendigen Prozesse, insbesondere Anfechtungs-,

---

<sup>184</sup> Vgl. KOSTKIEWICZ, OFK, Kommentar zu Art. 230 SchKG, Rz. 9-11, BGE 130 III 90, E. 1, BGE 64 III 166, E. 2, BGE 55 III 92, E. 3, BGE 117 III 67, E. 2.b

<sup>185</sup> Vgl. KOSTKIEWICZ, OFK, Kommentar zu Art. 230 SchKG, Rz. 16, Urteil BGer 5A\_840/2015 vom 22. Februar 2016, E. 3.3, STUDER/ZÖBELI, S. 159 ff.

<sup>186</sup> Vgl. HEINEL, S. 217 f. und S. 237 f., SPÜHLER/DOLGE, II, Rz. 54-55, STUDER/ZÖBELI, S. 159 ff.

<sup>187</sup> Vgl. Art. 221 Abs. 1 SchKG, STUDER/ZÖBELI, S. 147 ff.

<sup>188</sup> Vgl. SPÜHLER/DOLGE, II, Rz. 57, REINAU, S. 34 f.

Admassierungs- und Aussonderungsprozesse, Aufstellung des Kollokationsplans, Verwertung der Konkursmasse, eventuelle Abtretung von Forderungen nach Art. 260 SchKG, Verteilung des Erlöses an die Gläubiger und Schlusserkenntnis durch das Konkursgericht.<sup>189</sup>

Bei der Liquidation der Gesellschaft aufgrund des Auflösungsbeschlusses nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR werden die Regeln des Konkursverfahrens lediglich analog angewendet. Ergibt sich aus dem Insolvenzverfahren ein Überschuss, so befriedigt das Konkursamt zuerst die seit Beginn des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen der Forderungen der Gläubiger. Anschliessend obliegt die Verteilung mangels gesetzlicher Grundlage nicht dem Konkursamt, sondern den Organen der Gesellschaft.<sup>190</sup> Weitere Besonderheiten, die durch die analoge Anwendung des Konkursverfahrens aufgrund des Auflösungsbeschlusses entstehen, sind irrelevant für diese Bachelorarbeit, da es primär um Anpassungen betreffend einen allfälligen Start des Verfahrens geht.

### **5.3 Statistik: Konkurs- und Betreibungsdelikte**

Eine Möglichkeit für die Vermeidung unnötiger Verfahren nach Art. 731b OR ist die Abschreckung durch entsprechende Sanktionierungen von Missverhalten. Im folgenden Abschnitt wird zuerst die Relevanz der aktuellen Konkurs- und Betreibungsdelikte aufgezeigt und anschliessend analysiert, ob diese auch auf das Organisationsmängelverfahren angewendet werden können. Die Konkurs- und Betreibungsdelikte umfassen Art. 163–170 StGB<sup>191</sup> (betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug, Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung, Misswirtschaft, Unterlassung der Buchführung, Bevorzugung eines Gläubigers, Bestechung bei Zwangsvollstreckung, Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte und Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages).

Gemäss der jährlich veröffentlichten Auswertung zu Straftaten und beschuldigten Personen nach dem Strafgesetzbuch (StGB) wurden im Jahr 2021 total 1839 natürliche und juristische Personen für Delikte nach Art. 163–170 StGB beschuldigt, von denen 1782 als Straftaten qualifiziert wurden. Während in der Alterskategorie 18–24 Jahre nur

---

<sup>189</sup> Vgl. SPÜHLER/DOLGE, II, Rz. 93, LIEB HEEB, S. 301 ff., REINAU, S. 34 f.

<sup>190</sup> Urteil BGer 5A\_665/2021 vom 28. Januar 2022, E. 5.1.1.1 und E. 5.1.3

<sup>191</sup> Vgl. Urteil BGer 6B\_562/2021 vom 7. April 2022, E. 3.4.6, HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163–171bis StGB, Rz. 1

gerade 4 % aller Delikte begangen wurden, sind es in der Alterskategorie 40–59 Jahre 51 % aller Fälle. Auffallend ist hierbei die Aufteilung der beschuldigten Personen mit einem Männeranteil von 82 % und einem Frauenanteil von 17 %; die restlichen 1 % werden juristischen Personen vorgeworfen.<sup>192</sup> Das ist deshalb erwähnenswert, weil die Schweizer Wohnbevölkerung im erwerbstätigen Alter von 18–65 Jahren im Jahr 2021 ausgeglichen war mit einem Männeranteil von 51 % und einem Frauenanteil von 49 %.<sup>193</sup> Wird diese Anzahl an Straftaten den Zahlen von 2021 gegenübergestellt, resp. den 14'081 eröffneten Konkursverfahren nach SchKG, den 2,7 Millionen ausgestellten Zahlungsbefehlen, den 1,6 Millionen Pfändungsvollzügen und den 650'000 Verwertungen, halten sich die geahndeten Fälle in Grenzen.<sup>194</sup>

#### 5.4 Strafbarkeitsbedingungen bei Konkursdelikten

Aufgrund des einst fehlenden Konkursgrundes und der fehlenden Konkurseröffnung erkannte die alte Gerichtspraxis die Strafbarkeitsvoraussetzungen für die Konkursdelikte nach folgenden Artikeln als unerfüllt an: Art. 163 Ziff. 1 StGB (Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug), Art. 164 Ziff. 1 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung), Art. 165 Ziff. 1 StGB (Misswirtschaft), Art. 166 StGB (Unterlassung der Buchführung) und Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers).<sup>195</sup>

Mit der Einfügung des per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Art. 731b Abs. 4 OR füllte das Parlament diese erkannte Lücke jedoch, indem nun auch der effektive Konkurs ausgesprochen werden kann und dadurch die Anwendung der strafrechtlichen Artikel der Konkurs- und Betreibungsdelikte infrage kommen.<sup>196</sup>

---

<sup>192</sup> Bundesamt für Statistik, Statistik vom 28. März 2022 zu den Straftaten und beschuldigten Personen nach StGB, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/neue-veroeffentlichungen.assetdetail.15844440.html>, besucht am 21. März 2023

<sup>193</sup> Bundesamt für Statistik, Statistik vom 25. August 2022 zur ständigen Wohnbevölkerung nach Alter, Geschlecht und Staatsangehörigkeitskategorie, 2020-2021, <https://www.bfs.admin.ch/asset/de/je-d-01.02.03.02>, besucht am 21. März 2023

<sup>194</sup> Bundesamt für Statistik, Statistik vom 4. April 2022 zu den Konkursverfahren und Betreibungshandlungen 1980-2021, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industriedienstleistungen/unternehmen-beschaefigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.22064026.html>, besucht am 7. März 2023

<sup>195</sup> Vgl. BBl 2017 632, KGer AI, Entscheid vom 5. November 2021, K 2-2021, E. 1.1 ff.

<sup>196</sup> Vgl. Votum Sommaruga Simonetta, Amtliches Bulletin Bundesrat 2016 754 und Votum Abate Fabio, Amtliches Bulletin Ständerat 2016 754, BBl 2017 632

Im folgenden Kapitel werden die bestehenden Strafbarkeitsbedingungen bei Konkursdelikten nach Art. 163–167 StGB beschrieben sowie ihr Anwendungsbereich im Falle eines Organisationsmängelverfahrens aufgezeigt. Alle erwähnten Artikel setzen eine Konkurseröffnung oder ausgestellte Verlustschein voraus, alternativ genügt auch ein bestätigter Nachlassvertrag.<sup>197</sup> Am Schluss dieses Kapitels wird geprüft, ob diese Voraussetzung im Falle eines Liquidationsverfahrens erfüllt wird. Die Betreibungs- und Konkursdelikte schützen hierbei primär den Anspruch der Gläubiger auf Schuldrückzahlung aus dem verbleibenden Vermögen und dienen dem Schutz des Zwangsvollstreckungsrechts.<sup>198</sup> In der vorliegenden Arbeit soll darüber hinaus untersucht werden, ob allenfalls zusätzliche Strafbarkeitsbestimmungen nötig sind, um die verantwortlichen Personen für das vorsätzliche bzw. eventualvorsätzliche Verursachen eines Organisationsmängelverfahrens bestrafen zu können.

#### **5.4.1 Art. 163 StGB – Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug**

Art. 163 StGB erfasst die scheinbare (betrugsähnliche) Vermögensminderung, bei welcher Teile des Konkurssubstrats der Zwangsvollstreckung entzogen werden. Dies geschieht etwa, um Vermögenswerte für den Schuldner oder Dritte beiseitezuschaffen, indem etwa Vermögenswerte verheimlicht, Schulden vorgetäuscht oder fiktive Forderungen anerkannt werden.<sup>199</sup> Für die Erfüllung des Tatbestands müssen die Gläubiger durch die Bankrotthandlung nicht alles bzw. fast alles verlieren, es genügt bereits, wenn der Schuldner die Zwangsvollstreckung erschwert oder verzögert.<sup>200</sup> Die Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde oder Verlustschein ausgestellt wurden.<sup>201</sup> Mit der Tathandlung ist das Verbrechen vollendet, welches Vorsatz voraussetzt und nach Art. 163 Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder einer Geldstrafe geahndet wird.<sup>202</sup>

---

<sup>197</sup> Vgl. Urteil BGer 6B\_562/2021 vom 7. April 2022, E. 3.4.2, HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, Rz. 8 ff.

<sup>198</sup> TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 163 StGB, Rz. 1

<sup>199</sup> Vgl. TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 163 StGB, Rz. 5, MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 508

<sup>200</sup> BGE 107 IV 177

<sup>201</sup> TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 163 StGB, Rz. 11, HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, Rz. 10

<sup>202</sup> TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 163 StGB, Rz. 7 und Rz. 9

#### **5.4.2 Art. 164 StGB – Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung**

Abweichend von Art. 163 Abs. 1 StGB erfasst Art. 164 StGB die tatsächlichen Vermögensminderungen.<sup>203</sup> Handlungen sind hierbei als strafbar zu erfassen, wenn der Schuldner zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert, indem er Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet, unbrauchbar macht oder Vermögenswerte unentgeltlich, gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert, ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlägt oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet.<sup>204</sup> Die aufgezählten Handlungsweisen sind dabei abschliessend.<sup>205</sup> Nach Art. 164 Abs. 1 StGB ist die Strafbarkeit gegeben, sofern der Konkurs eröffnet wurde oder Verlustscheine ausgestellt wurden und die Konsequenz ist entweder eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe.<sup>206</sup>

#### **5.4.3 Art. 165 StGB – Misswirtschaft**

Die Tatbestandsmerkmale nach Art. 165 Ziff. 1 StGB erfüllt der Schuldner, wenn er dem Gläubiger infolge von Vermögensminderungen schädigt. Diese Schädigung kann durch folgende Handlungen erfolgen: ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässiger Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Krediten, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, Überschuldung herbeiführen oder verschlimmern, die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen oder im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit die eigene Vermögenslage verschlimmern. Als Voraussetzung für die Strafbarkeit gilt hierbei, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde oder gegen ihn Verlustscheine ausgestellt worden sind.<sup>207</sup> Art. 165 StGB stellt einen Auffangtatbestand von Art. 163 f. StGB dar, der erlaubte Handlungen, welche jedoch kaufmännisch unverantwortlich sind, abdeckt. Handelt aber jemand frei von Interessenkonflikten und geht aufgrund angemessener Informationen Risiken ein, handelt die Person nicht unverantwortlich (sog. Business Judgement Rule).<sup>208</sup> Entscheidend ist hierbei, ob der

---

<sup>203</sup> Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 508 f., DONATSCH, Kommentar zu Art. 164 StGB, Rz. 2

<sup>204</sup> Vgl. Art. 164 Abs. 1 StGB, DONATSCH, Kommentar zu Art. 164 StGB, Rz. 1 ff.

<sup>205</sup> Urteil BGer 6B\_776/2019 vom 20. November 2019, E. 2.1

<sup>206</sup> HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, Rz. 11

<sup>207</sup> Vgl. HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, Rz. 12, Urteil BGer 6B\_748/2017 vom 30. Mai 2018, E. 3.2.1

<sup>208</sup> TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 165 StGB, Rz. 1

Schuldner elementare Sorgfaltspflichten oder gesetzliche Bestimmungen der Unternehmensführung verletzt.<sup>209</sup>

#### **5.4.4 Art. 166 StGB – Unterlassung der Buchführung**

Nach Art. 166 StGB wird der Schuldner mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe geahndet, wenn er die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur ordnungsmässigen Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern oder zur Aufstellung einer Bilanz verletzt, wodurch sein Vermögensstand nicht oder nicht vollständig ersichtlich ist. Dieser Fall tritt ein, wenn die Buchführung ganz oder teilweise unterbleibt. Strafbarkeitsvoraussetzung ist hierbei, dass entweder der Konkurs über den Schuldner eröffnet wurde, eine nach Art. 43 SchKG erfolgte Pfändung vorliegt oder Verlustscheine vorhanden sind.<sup>210</sup> Der subjektive Tatbestand ist hierbei Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Eine Verschleierungsabsicht ist dagegen nicht erforderlich.<sup>211</sup> Laut *Geiger* besteht echte Konkurrenz zu Art. 163–165 StGB.<sup>212</sup> Nach *Trechsel/Ogg* sind Art. 163 StGB und Art. 164 StGB subsidiär anwendbar, etwa im Falle der Verheimlichung von Aktiven mittels Nichtverbuchung bei Art. 163 StGB oder durch die Veräusserung von Vermögenswerten ohne Gegenleistung nach Art. 164 StGB.<sup>213</sup>

#### **5.4.5 Art. 167 StGB – Bevorzugung eines Gläubigers**

Nach Art. 167 StGB wird der Schuldner mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft, wenn er im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt, insbesondere nichtverfallene Schulden bezahlt, eine verfallene Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel tilgt oder eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt, ohne dass er dazu verpflichtet war. Als Voraussetzung gilt, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde oder Verlustscheine ausgestellt

---

<sup>209</sup> Urteil BGer 6B\_748/2017 vom 30. Mai 2018, E. 3.2.2

<sup>210</sup> Vgl. HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, Rz. 13, Urteil BGer 6B\_893/2018 vom 2. April 2019, E. 1.1.1

<sup>211</sup> GEIGER, Kommentar zu Art. 166 StGB, Rz. 12

<sup>212</sup> GEIGER, Kommentar zu Art. 166 StGB, Rz. 14

<sup>213</sup> TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 166 StGB, Rz. 9

wurden.<sup>214</sup> Hierfür ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz ebenfalls genügt. Der Schuldner muss im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit handeln und darauf abzielen bzw. in Kauf nehmen, dass einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer bevorzugt werden.<sup>215</sup>

#### 5.4.6 Objektive Strafbarkeitsvoraussetzung: Konkursöffnung

Art. 163–167 StGB erfordern als objektive Strafbarkeitsvoraussetzung, dass ein Konkurs eröffnet wurde oder Verlustscheine ausgestellt wurden.<sup>216</sup> Während die herrschende Lehre mehrheitlich verneint, dass die Auflösung und die Liquidation nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR einen Konkurs darstellen, wurde dies vom BGer noch nicht endgültig entschieden. Jenes wurde mit dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip begründet, wonach die richterliche Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs nicht mit einer formellen Konkursöffnung oder der Genehmigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung gleichgesetzt werden kann. Weiter wurde von der herrschenden Lehre betont, dass Art. 163–167 StGB Insolvenzdelikte darstellen, während Art. 731b OR weder eine Überschuldung noch eine formelle Insolvenz voraussetzt.<sup>217</sup> Gemäss zweier Mindermeinungen sollte die objektive Strafbarkeitsbedingung auch bei einer Konkursliquidation nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR erfüllt sein. *Meier* geht davon aus, dass es irrelevant ist, ob der Konkurs ohne vorgängige Betreuung eröffnet wird und weder eine Überschuldung noch eine formelle Insolvenz vorliegt. So wird laut *Meier* die objektive Strafbarkeitsbedingung auch im Falle einer betrügerischen Handlung zum Nachteil eines Gläubigers oder aufgrund einer Zahlungseinstellung erfüllt, ohne dass vorgängig eine Betreuung eingeleitet wurde oder eine formelle Insolvenz vorliegt.<sup>218</sup> *Jörg* hingegen vertritt die Ansicht, dass beim gleichzeitigen Vorliegen eines Organisationsmangels und eines materiellen Konkursgrunds die Liquidation nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR auch eine Konkursöffnung mit sich bringen muss und somit auch strafrechtliche Folgen einleiten soll, da der Eintritt der objektiven

---

<sup>214</sup> Vgl. Urteil BGer 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017, E. 4.1.2, WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, Kommentar zu Art. 167 StGB, Rz. 3, HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, Rz. 14

<sup>215</sup> WOHLERS/GODENZI/SCHLEGEL, Kommentar zu Art. 167 StGB, Rz. 5

<sup>216</sup> Vgl. HAGENSTEIN, BSK, Kommentar zu Art. 163-171bis StGB, Rz. 8 ff., Urteil BGer 6B\_562/2021 vom 7. April 2022, E. 3.4.2

<sup>217</sup> Vgl. TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 163 StGB, Rz. 11, ACKERMANN, § 16 Rz. 20 und 88a, JAGMETTI, S. 270

<sup>218</sup> MEIER, S. 78 f.

Strafbarkeitsbedingung tatsächlich möglich ist.<sup>219</sup> Normalerweise wird durch Auslegung ermittelt, ob einem Auflösungsentscheid des Zivilrichters zufolge ein Organisationsmangel nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR als Konkursöffnung zu beurteilen ist. Damit könnte zwar ein Lückenfüllung durch Analogieschluss erfolgen, dies ist aber aufgrund der strikten Anwendung des Legalitätsprinzips<sup>220</sup> unmöglich.<sup>221</sup> Das Fazit zu dieser Thematik wird im Abschnitt zu den Lösungsvorschlägen gezogen.

## 5.5 Probleme bei der Feststellung der Überschuldung

Wie bereits erwähnt, gehören die Organisationsmängelverfahren zum Tagesgeschäft der Konkursämter, weil diese in der Regel als Liquidatoren eingesetzt werden. Da die betroffenen Gesellschaften regelmässig nicht mehr über genügend Aktiven verfügen, um die Passiven zu decken, hat der per 1. Januar 2021 in Kraft getretene Art. 731b Abs. 4 OR praktische Relevanz. Hierbei müssen die Liquidatoren das Gericht benachrichtigen, sobald sie eine Überschuldung feststellen, damit das Gericht den Konkurs eröffnen kann.<sup>222</sup> Den Konkursämtern stehen dafür in vielen Fällen keine Buchhaltungsunterlagen, Bilanzen und Erfolgsrechnungen zur Verfügung, mit denen sie beurteilen könnten, ob die Gesellschaft überschuldet ist. Aus diesem Grund dürfen an die Überschuldungsanzeigen nach Art. 731b Abs. 4 OR nicht dieselben Anforderungen wie nach Art. 725 Abs. 2 OR gestellt werden. So liegt eine Überschuldung vor, wenn das Konkursamt nach der Inventaraufnahme feststellt, dass die Kosten für ein summarisches Verfahren nicht gedeckt sind.<sup>223</sup>

## 5.6 Zwischenfazit

Der Eintritt eines Konkurses bringt diverse Folgen mit sich. Einerseits wird das Konkursamt tätig, andererseits treten aber auch verschiedene Gläubigerschutzmassnahmen in Kraft. Dabei sind die anwendbaren strafrechtlichen Bestimmungen an die Konkursöffnung oder die Verlustscheinausstellung

---

<sup>219</sup> JÖRG, S. 295

<sup>220</sup> Art. 1 StGB «nulla poena sine lege/keine Sanktion ohne Gesetz»

<sup>221</sup> LORANDI, ZZZ 2022, S. 456

<sup>222</sup> Vgl. BBl 2017 632, WÜTHRICH, S. 40

<sup>223</sup> Vgl. WÜTHRICH, S. 40, JAGMETTI/TALBOT, S. 269 bis S. 275

gebunden.<sup>224</sup> Ob der gerichtliche Auflösungsbeschluss als Konkurs qualifiziert wird, ist daher sowohl für den Schuldner als auch die Gläubiger von Relevanz. Die aktuellen Strafrechtsartikel decken zwar Situationen rund um das Konkursverfahren und den Gläubigerschutz ab, tragen jedoch wenig zur Vermeidung von Organisationsmängelverfahren bei.<sup>225</sup>

## 6 Haftungen im Falle eines Organisationsmangels

Im folgenden Abschnitt werden mögliche Anspruchsgrundlagen für den Rekurs gegen die für den Organisationsmangel verantwortlichen Personen beleuchtet. Dabei soll aufgezeigt werden, ob die für diese Bachelorarbeit relevanten Fälle durch die geltenden Bestimmungen schon abgedeckt sind oder allfällige Anpassungen sinnvoll wären. In der aktuellen Organisationsmängelnorm<sup>226</sup> ist kein Artikel enthalten, welcher eine *lex specialis* Anspruchsgrundlage für eine Haftung oder eine Verantwortlichkeit darstellen könnte. Aufgrund der Fokussierung der Arbeit wird zwar auf die relevantesten Anspruchsgrundlagen im Falle eines Organisationsmangels eingegangen, auf weitläufige Ausführungen jedoch verzichtet. Der Grund dafür sind die vielfältigen Konstellationen, die nach Art. 731b OR denkbar wären, da verschiedenste Gesellschaftsformen möglich sind und auch diverse Gesellschaftsorgane eine Haftung auslösen können. Nachfolgend wird daher auf die Verantwortlichkeit der Organe nach Art. 753–755 OR, die Verantwortlichkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 StGB und auf die Geschäftsführerhaftung nach Art. 55 OR eingegangen.

### 6.1 Verantwortlichkeit der Organe nach Art. 753–755 OR

Organe können im Zusammenhang mit ihrem Verhalten in der Gesellschaft persönlich haftbar werden. Das OR unterscheidet bei der AG zwischen der Gründungshaftung nach Art. 753 OR, der Haftung für Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation nach Art. 754 OR sowie der Revisionshaftung nach Art. 755 OR. Als Voraussetzung eines Verantwortlichkeitsanspruchs gelten hierbei Schaden, Pflichtverletzung, Kausalität und

---

<sup>224</sup> Siehe Kapitel 5.1 «Wirkung des Konkurseintritts» und Kapitel 5.4 «Strafbarkeitsbedingungen bei Konkursdelikten»

<sup>225</sup> Siehe Kapitel «5.4 Strafbarkeitsbedingungen bei Konkursdelikten» und die dazugehörigen Unterkapitel

<sup>226</sup> Siehe ganzer Art. 731b OR

Verschulden.<sup>227</sup> Passivlegitimiert sind formelle und materielle Organe der Gesellschaft. Verantwortlichkeitsklagen können sich demzufolge auch auf Personen beziehen, welche den Organen vorbehalten Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen, ohne offiziell eingesetzt worden zu sein.<sup>228</sup> Das Ziel der Verantwortlichkeitshaftung ist der Ausgleich von Schäden, die durch Organe verursacht wurden, aber nicht die Bestrafung fehlbarer Organe. Eine Haftung resultiert lediglich dann, wenn nicht bewiesen werden kann, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten nicht denselben Schaden ausgelöst hätte.<sup>229</sup>

Ausserhalb des Konkurses sind bei mittelbaren Schäden nur die Aktionäre und die Gesellschaft zur Verantwortlichkeitsklage legitimiert, nicht jedoch die Gläubiger. Der Anspruch richtet sich hierbei nach Art. 756 Abs. 1 OR auf Leistung an die Gesellschaft. Bei unmittelbaren Schäden können Aktionäre sowie Gläubiger uneingeschränkt nach den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts vorgehen.<sup>230</sup>

Nach der Konkursöffnung ist primär die Konkursverwaltung zur Klage auf Ersatz des Schadens der Gesellschaft nach Art. 757 Abs. 1 OR legitimiert. Beim Verzicht der Geltendmachung dieser Ansprüche durch die Konkursverwaltung oder die Abtretung der Ansprüche<sup>231</sup> sind die Aktionäre und die Gläubiger gleichermassen zur Klageerhebung berechtigt, in Abweichung zur Situation ausserhalb des Konkurses.<sup>232</sup> Die fehlende Konkursöffnung im Rahmen des Organisationsmängelverfahrens schränkt folglich die Gläubiger nach Art. 757 OR darin ein, Verantwortlichkeitsprozesse gegen die Mitglieder des VR und der Geschäftsführung oder gegen die mit der Liquidation befassten Personen zu führen.<sup>233</sup>

Die Beweislast für sämtliche Haftungsvoraussetzungen liegt beim Kläger. Hierbei ist von Bedeutung, dass nicht jedes Fehlverhalten auf einer Pflichtwidrigkeit beruht. Die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit erfolgt *ex ante*, also nach dem Informationsstand, den das Organ zum relevanten Zeitpunkt hatte oder verfügbar machen konnte.<sup>234</sup> Das BGer

---

<sup>227</sup> Vgl. FREY/SPINNER, S. 321, FISCHER, AJP, S. 283 f.

<sup>228</sup> Vgl. SIEVI/MARCIANO, S. 348, NOBEL, BK, Rz. 84 ff.

<sup>229</sup> Vgl. FISCHER, AJP, S. 283 f., FREY/SPINNER, S. 323

<sup>230</sup> Vgl. NOBEL, BK, Rz. 84 ff., SIEVI/MARCIANO, S. 347

<sup>231</sup> Siehe ganzer Art. 260 SchKG

<sup>232</sup> Vgl. SIEVI/MARCIANO, S. 347 NOBEL, BK, Rz. 84 ff.

<sup>233</sup> Vgl. BBl 2019 5210, SIEVI/MARCIANO, S. 347 f.

<sup>234</sup> HOFFMANN-NOWOTNY, S. 799 f.

prüft Geschäftsentscheidungen aufgrund der sog. Business Judgement Rule zurückhaltend, wonach die Geschäftsentscheidungen nicht zu prüfen sind, welche auf Grundlage einer angemessenen Informationsbasis und ohne Interessenkonflikte gefällt wurden.<sup>235</sup>

## **6.2 Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB**

Nach Art. 102 StGB kann ein Unternehmen mit einer Busse von bis zu fünf Millionen CHF bestraft werden, wenn in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder ein Vergehen begangen wurde. Dieses Vergehen darf jedoch nach Art. 1 StGB keiner natürlichen Person aufgrund mangelhafter Organisation im Unternehmen zugeordnet werden können. Bei den Straftatbeständen nach Art. 102 Abs. 2 StGB (kriminelle und terroristische Organisationen, Finanzierung des Terrorismus, Begünstigung, verschiedene Arten von Bestechung) wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen zur Verhinderung der Straftat getroffen hat. Als Unternehmen gelten nach Art. 102 Abs. 4 StGB juristische Personen des Privatrechts, juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften, Gesellschaften und Einzelfirmen. Die Höhe der Busse bemisst das Gericht nach der Schwere der Tat, der Schwere des Organisationsmangels, der Schwere des angerichteten Schadens und nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.<sup>236</sup> Der Täterkreis der Anlasstat umfasst hierbei nicht nur Organmitglieder und das oberste Management, sondern sowohl gewöhnliche Arbeitnehmer als auch externe Beauftragte, sofern sie dem Unternehmenszweck dienen.<sup>237</sup> Die Anforderungen der Unternehmensorganisation zielen zumindest mittelbar auf die Identifizierung potenzieller Täter ab und sie umfassen etwa Organigramme, Pflichtenhefte, Aufgabenbereiche, die Aufbewahrung relevanter Daten und klar definierte Arbeitsverträge.<sup>238</sup> Der Organisationsfehler muss dabei kausal sein, damit das Delikt nach Art. 102 Art. 1 StGB keiner natürlichen Person zugeordnet werden kann. Dies ist erst nach erfolglosen und ausgeschöpften Untersuchungshandlungen der

---

<sup>235</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015, E. 4.2.1, Urteil BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1

<sup>236</sup> Vgl. ganzer Art. 102 StGB, MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 498 ff.

<sup>237</sup> TRECHSEL/BRESSEL, Kommentar zu Art. 102 StGB, Rz. 11

<sup>238</sup> Vgl. LEUPI-LANDTWING/BIAGGINI, S. 341, GRAF, Kommentar zu Art. 102 StGB, Rz. 14

Strafverfolgungsbehörden zu bejahen.<sup>239</sup> Folglich wird dem Unternehmen nicht die Begehung der Straftat vorgeworfen, sondern die Verantwortung für die mangelhafte Organisation im Unternehmen zugerechnet.<sup>240</sup>

### 6.3 Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR

Die Gesellschaft haftet nach Art. 55 OR als Geschäftsherrin für den Schaden, welchen die Mitarbeiter oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Pflichten verursacht haben. Dabei kann sich die Gesellschaft von ihrer Haftung befreien, indem sie nachweist, dass sie alle den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um den Schaden zu vermeiden.<sup>241</sup> Der Sorgfaltsbeweis erstreckt sich auf die Auswahl, die Überwachung und die zweckmässige Organisation, weshalb die Gesellschaft nach Art. 55 OR kausal für Schäden haftet, welche Dritte infolge des Organisationsverschuldens erlitten haben. Im Innenverhältnis wird die Verantwortung auf den für die Organisation zuständigen VR fallen.<sup>242</sup> In Abweichung vom allgemeinen Grundsatz nach Art. 8 ZGB, nach dem derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, welcher daraus Rechte ableitet, hat der Geschädigte bei der Geschäftsherrenhaftung die positiven Haftungsvoraussetzungen zu beweisen. Genauer soll bewiesen werden, dass der Schaden in Ausführung der geschäftlichen Verrichtung verursacht wurde. Will die Gesellschaft die Haftung abwenden, hat sie das Fehlen der negativen Haftungsvoraussetzungen zu beweisen.<sup>243</sup> Nach Befriedigung der Geschädigten kann im Innenverhältnis auf die Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen Rückgriff genommen werden, soweit dieser nach Art. 55 Abs. 2 OR selbst schadenersatzpflichtig ist. Es besteht jedoch meistens ein Arbeitsverhältnis zwischen der Gesellschaft und der Hilfsperson, das vor den Regressbestimmungen des Haftpflichtrechts Vorrang hat. Nach Art. 321e Abs. 1 OR haftet der Arbeitnehmer dabei für Schäden, die er der Gesellschaft absichtlich oder fahrlässig zugefügt hat. In diesem Fall ist die Haftung auch von folgenden Faktoren abhängig: den einzelnen

---

<sup>239</sup> Vgl. GRAF, Kommentar zu Art. 102 StGB, Rz. 17, TRECHSEL/BRESSEL, Kommentar zu Art. 102 StGB, Rz. 8

<sup>240</sup> Vgl. TRECHSEL/BRESSEL, Kommentar zu Art. 102 StGB, Rz. 14 f., FISCHER, AJP, S. 285

<sup>241</sup> Siehe ganzer Art. 55 OR

<sup>242</sup> Vgl. BGE 90 II 86, E. 3c, FISCHER, AJP, S. 284

<sup>243</sup> Vgl. PAVATAJ, S. 195 f., BGE 90 II 86, E. 3c

Arbeitsverhältnissen, dem Berufsrisiko, dem Bildungsgrad, den Fachkenntnissen und weiteren Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers.<sup>244</sup>

#### **6.4 Zwischenfazit**

Unterschiedliche Anspruchsgrundlagen kommen infrage, wenn es um den Ersatz von direkten und indirekten Schäden geht. Hierbei bilden alle im vorherigen Kapitel erwähnten Artikel mögliche Anspruchsgrundlagen im Falle von Mängeln in der Organisation der Unternehmung. Die Herausforderung besteht jedoch in allen Fällen bei der Zurechnung einer Pflichtwidrigkeit zum entsprechenden Verursacher und der Zuordnung der erforderlichen Kausalität zum Schaden. Dies ist im Anwendungsfall des Organisationsmangels insbesondere in grösseren Unternehmen anspruchsvoll, da normalerweise mehrere Personen in die Organisation der Gesellschaft involviert sind.<sup>245</sup>

### **7 Lösungsvorschläge zur Entlastung der ausführenden Behörden**

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Gliederung von Art. 731b OR jegliche Fälle von Organisationsmängeln abdeckt und es dem Gericht durch den grossen Handlungsspielraum möglich ist, auf alle erforderlichen Einzelfälle einzugehen. Der Artikel erfüllt somit seine zugeschriebene Aufgabe und es sind keine materiellen Anpassungen nötig, die auf die betroffenen Fälle oder Lösungsmöglichkeiten Bezug nehmen. Dennoch sind die Sanktionierung und die Haftung im Falle eines vorsätzlich bzw. eventualvorsätzlich herbeigeführten Organisationsmangels unzureichend.

Folglich stellt sich die Frage, mit welchen Massnahmen die ausführenden Behörden, nämlich die Handelsregister- und Konkursämter sowie die Gerichte, entlastet werden könnten. Die folgenden Lösungsansätze betreffen das Thema der Kostentragung, veränderte Prozesse und strafrechtliche Anpassungen.

---

<sup>244</sup> Vgl. PAVATAJ, S. 205 f., FISCHER, AJP, S. 284

<sup>245</sup> Siehe ganzes Kapitel 6 «Haftungen im Falle eines Organisationsmangels»

## 7.1 Lösungsvorschläge: Strafrecht

Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber mit dem eingefügten Art. 731b Abs. 4 OR die Voraussetzung dafür geschaffen, dass bestimmte Handlungen strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.<sup>246</sup> Der Gesetzgeber hat aber die Bedingung unangetastet gelassen, dass Art. 163–167 StGB die Konkurseröffnung oder die Verlustscheinaustellung voraussetzen und somit nicht auf jegliche Fälle von Organisationsmängelverfahren anwendbar sind.<sup>247</sup>

Für die teilweise Lösung dieses Problems, dass nicht alle Fälle von Art. 731b OR strafrechtlich sanktioniert werden, könnte der Auflösungsbeschluss des Richters als Konkurseröffnung qualifiziert werden. Somit könnten als erster Schritt zumindest alle Fälle, in denen eine Liquidation angeordnet wurde, strafrechtlich betreffend den bestehenden Betreibungs- und Konkursdelikten beurteilt werden. Dadurch würde zusätzlich die Benachrichtigung des Gerichts durch die Liquidatoren entfallen, da die Einsetzung der Liquidatoren einen Auflösungsentscheid voraussetzt. Ferner würden sich die technischen Details der analogen Anwendung des Konkursverfahrens erübrigen, die aktuell durch Auslegung des BGer geregelt sind.

Alternativ könnte der Gesetzgeber sein Anliegen betreffend die Strafbarkeit der Konkursdelikte auch mittels eines Vermerks im StGB erreichen, indem er die Art. 163–167 StGB auch für Liquidationen nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR für anwendbar erklärt, unabhängig von einer formalen Konkurseröffnung. Demzufolge wäre die Strafbarkeit auch am richtigen Ort – nämlich im StGB und nicht im OR – geregelt. Der Mindermeinung von Jörg<sup>248</sup> ist zu folgen, da die materielle Erfüllung der geltenden StGB-Bestimmungen und nicht die formelle Konkurseröffnung im Fokus stehen sollte.

Die aktuellen Betreibungs- und Konkursdelikte nach Art. 163–167 StGB decken die Konstellationen genügend ab, die im Laufe eines Konkursverfahrens relevant sind, um die Gläubigerinteressen mittels Androhung strafrechtlicher Konsequenzen zu schützen. Die Artikel unterstützen jedoch nicht die Reduzierung von vermeidbaren Konkursen bzw. Liquidationen. Da der Konkurs bzw. die Liquidation teils langwierig und teuer sein kann,

---

<sup>246</sup> SPÜHLER, Kantonsgericht Appenzell I.Rh., S. 50

<sup>247</sup> Urteil BGer 6B\_562/2021 vom 7. April 2022, E. 3.4.2

<sup>248</sup> JÖRG, S. 295, «Dass beim gleichzeitigen Vorliegen eines Organisationsmangels und eines materiellen Konkursgrundes die Liquidation nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR auch eine Konkurseröffnung mit sich bringen müsse und somit auch strafrechtliche Folgen herbeileiten soll, da der Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung tatsächlich möglich sei»

dient ein langwieriges Konkursverfahren keiner beteiligten Partei und sollte daher nur erfolgen, wenn der Prozess auch nötig ist. Hierbei sollten Fälle wie das Verursachen von Organisationsmängelverfahren ebenfalls unter Strafe gestellt werden. Dies soll für Situationen gelten, die zwar ohne das Handelsregisteramt und das Gericht gelöst werden könnten, aber vollumfänglich und sogar absichtlich durch Organe herbeigeführt wurden. So könnte der Strafrechtsartikel etwa «unnötiges Verursachen von Organisationsmängelverfahren und deren Folgen» heissen. Hierbei darf die Konkurseröffnung oder die Liquidationsanordnung keine Voraussetzung darstellen. Stattdessen soll die Tatsache unter Strafe gestellt werden, dass mindestens in Kauf genommen wurde, die Gesellschaft durch das eigene Verhalten in einen Organisationsmangel manövriert und dadurch entsprechende negative Konsequenzen für Dritte ausgelöst zu haben. Dieser Artikel wäre bei der AG, bezugnehmend auf die VR-Mitglieder, aber weniger bei der Revisionsstelle möglich. Dies ist damit zu begründen, dass die Revisionsstelle ihre Arbeit unter der Voraussetzung vollbringt, dass sie jemand wählt, bezahlt und die entsprechenden Bewilligungen und die sonstigen gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Strafrechtliche Konsequenzen für die Revisionsstelle wären daher nur in drastischen Fällen von Missverhalten denkbar, in denen sie offizielle Dokumente fälscht und damit Gläubigerinteressen schädigt oder andere Organe dazu veranlasst, sich in einen Organisationsmangel zu manövrieren. Die VR-Mitglieder verfügen dagegen über mehr Autonomie, um die Gesellschaft in einen Organisationsmangel zu befördern und damit Gläubigerinteressen zu schädigen. Da sie die Gesellschaft nach aussen vertreten, qualifizieren sie sich auch für weitergehende Strafbarkeitsmöglichkeiten.<sup>249</sup> Darüber hinaus wäre die Anwendung auf die Aktionäre vorstellbar, die Anteile von sog. Zombi-Unternehmen halten und es den Gläubigern überlassen, eine Liquidation anzustreben, um ihre Forderungen zu tilgen. Die Anwendung auf Aktionäre wäre etwa nötig, wenn sie bewusst keinen VR mehr wählen, um das Unternehmen handlungsunfähig zu lassen. Selbst wenn das Gericht einen VR bestimmen könnte, um die Situation zu lösen, verursacht dies Kosten bei den Gläubigern. Demzufolge soll auch in solchen Falle keine straflose Handlung vorliegen, wenn die Handlungsunfähigkeit der Unternehmung in Kauf genommen wurde.

Der Konkurs bzw. die Liquidation selbst sollen dabei nicht unter Strafe gestellt werden, sondern die Inkaufnahme dieser durch das fehlende Einsetzen gesetzlich zwingender

---

<sup>249</sup> PALMA/VON DER CRONE, S. 581

Organe oder die absichtliche Unterlassung gewisser nötiger Handlungen. Somit soll verhindert werden, dass die geltende sog. Business Judgement Rule ausgehebelt wird. Mit dieser Regel kann etwa das Verhalten des VR nur dann unter Strafe gestellt werden, wenn die zum Problem führende Entscheidung nicht frei von Interessenkonflikten und aufgrund angemessener Informationen zu Risiken getroffen wurde.<sup>250</sup> Die Tatbestandsvoraussetzungen sollen vom Gesetzgeber an die spezifischen Fälle des Organisationsmangels angepasst werden. Von Relevanz ist dabei, dass spätestens bei der Überweisung des Falls vom Handelsregisteramt ans Konkursamt der objektive Straftatbestand erfüllt sein sollte, sofern das Organisationsmängelverfahren zumindest in Kauf genommen wurde. Die Strafe soll hierbei analog der vorgestellten Art. 163–167 StGB eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe sein, um verschiedene Stufen der Herbeiführung und der Auswirkung des Konkurs- bzw. Liquidationsverfahrens berücksichtigen zu können.<sup>251</sup>

## 7.2 Lösungsvorschläge: Handelsregisteramt

Wie bereits erwähnt, ist das Handelsregisteramt dazu verpflichtet, dem Gericht die Fälle mitzuteilen, bei denen es einen Organisationmangel nach Art. 731b OR feststellt. Hierbei versucht es zuerst, den Mangel mit einer Fristansetzung zur Behebung selbst zu beseitigen und wenn dies nicht zielführend ist, weist es dem Gericht den Fall zu.<sup>252</sup> Dieses Vorgehen erscheint sinnvoll, da die vom Organisationsmangel betroffenen Parteien somit eine erste Anlaufstelle haben, um das Problem kostenlos und ohne viel administrativen Aufwand zu lösen.<sup>253</sup> Gleichzeitig muss dadurch für die Kosten das kantonale Handelsregisteramt aufkommen, welches wiederum durch die Steuerzahler finanziert wird. Es sollte aber nicht die Aufgabe des Handelsregisteramts sein, für vorsätzlich bzw. eventualvorsätzlich verursachte Kosten aufzukommen. Demzufolge wäre es angebracht, wenn die Kosten nach dem Verursacherprinzip weitergegeben werden könnten. So wäre es denkbar, diese Kosten an den vorgeschlagenen neuen Strafrechtsartikel «unnötiges Verursachen von Organisationsmängelverfahren und deren Folgen» zu koppeln. Demzufolge könnten die Kosten in einigen Fällen an Dritte weitergegeben werden, was zudem eine abschreckende

---

<sup>250</sup> TRECHSEL/OGG, Kommentar zu Art. 165 StGB, Rz. 1

<sup>251</sup> Siehe Kapitel 5.4 «Strafbarkeitsbedingungen bei Konkursdelikten»

<sup>252</sup> Vgl. siehe Kapitel 4.1 «Initiierung des Verfahrens und Folgen», VON DER CRONE, S. 777 f.

<sup>253</sup> MÜLLER L./MÜLLER P., S. 51

Wirkung haben würde. Nach erfolgter Verurteilung könnten die Kosten vom Handelsregisteramt auf betriebsrechtlichem Wege eingefordert werden. Das Gerichtsurteil ist hierfür als definitiver Rechtöffnungstitel zu qualifizieren, was die nachfolgende Vollstreckung erleichtert.<sup>254</sup> Abweichend von der Haftung aus Art. 754 ff. OR, soll nicht nur eine ausgleichende Zahlung erfolgen, sondern auch eine abschreckende Wirkung erzielt werden. Aus Fairnessgründen könnte die Höhe dieser Ausgleichszahlung etwa im Bereich der Bilanzsumme liegen, damit höhere Strafen proportional zur erhöhten negativen Auswirkung bei einer grossen Anzahl von Betroffenen ausgesprochen werden könnten. Diese Kosten könnten somit die berechtigten Fälle der Organisationsmängelverfahren quersubventionieren und allenfalls für die Verbesserung des Zwangsvollstreckungswesens genutzt werden. In dieser Hinsicht hat die Schweiz noch Nachholbedarf, da sie im Jahr 2020 auf dem 49. Platz bei 190 untersuchten Ländern lag, was die Insolvenzgesetzgebung und die durchschnittliche Insolvenzdividende betraf. Diese Dividende betrug in der Schweiz im Jahr 2020 lediglich 46,8 % und in den besten Ländern dagegen 90 %. Dafür gibt es verschiedene Gründe, wobei die lange Dauer des Konkursverfahrens und die hohen Verfahrenskosten hauptverantwortlich sind.<sup>255</sup>

### **7.3 Lösungsvorschläge: Konkursamt**

Wie bereits erwähnt, wird das Konkursamt bei einem Auflösungsbeschluss in den meisten Fällen vom Gericht als Liquidator eingesetzt. Zudem wird es stets aktiv, wenn der Konkurs eröffnet wird. Das Konkursamt verfügt über die nötigen gesetzlichen Grundlagen, um die Konkursmasse zu verwerten und eine Konkursdividende für die Gläubiger zu generieren.<sup>256</sup> Mögliche Anpassungen beziehungsweise auf verbesserte Prozesse, um die Konkursdividende zu erhöhen, stehen nicht im Fokus dieser Bachelorarbeit. Es kann jedoch festgehalten werden, dass im Schweizer Zwangsvollstreckungsrecht noch Verbesserungsmöglichkeiten bestehen.<sup>257</sup> Da die Verminderung möglicher Organisationsmängelverfahren das Ziel dieser Bachelorarbeit ist, steht beim Konkursamt die Haftungsthematik im Vordergrund. Dies lässt sich damit begründen, dass der Prozess im Falle eines Organisationsmangels bereits weit fortgeschritten ist, wenn das Konkursamt involviert wird. Dieses vollstreckt auf

---

<sup>254</sup> SPÜHLER/DOLGE, I, S. 89

<sup>255</sup> Vgl. LORANDI, AJP, S. 1403 f., LORANDI, ZZZ 2021, S. 751 f.

<sup>256</sup> Siehe ganzes Kapitel 5 «Konkuseröffnung und Folgen»

<sup>257</sup> Siehe Kapitel 7.2 «Lösungsvorschläge: Handelsregisteramt»

Anweisung des Gerichts den Konkurs und strebt als Liquidator auch Klagen gegen Dritte an, sofern dies im Interesse der Gläubiger sein sollte. Daher sollten die vorhandenen Optionen bestmöglich auf die Organisationsmängelfälle anwendbar sein.<sup>258</sup> Das Konkursamt kann im Konkursfall zudem Verantwortlichkeitsprozesse nach Art. 754 ff. OR führen. Dies ist ein weiterer Grund dafür, dass der Konkurs auch in Fällen von Liquidationen infolge Art. 731b OR eröffnet werden sollte. Folglich müssen nicht alle Gläubiger einzeln den Schaden geltend machen, sondern durch die Konkursverwaltung kann eine Partei alle Schäden geltend machen. Die Haftungen nach Art. 754 ff. OR, Art. 102 StGB und Art. 55 OR sind nötig, um die verschiedenen Haftungsansprüche geltend zu machen und abschreckend zu wirken. Wie bereits erwähnt, sind die Haftungen aufgrund der Beweisfrage und der zu beweisenden Kausalität teils jedoch schwierig zu erfüllen.<sup>259</sup> Aus diesem Grund wird empfohlen, eine Haftungserweiterung einzuführen, die sich auf die Konstellationen des Art. 731b OR spezialisiert, bei dem eine Haftung entsteht, wenn der vorgeschlagene neue Straftatbestand «unnötiges Verursachen von Organisationsmängelverfahren und deren Folgen» erfüllt sein sollte. Die Haftung soll sich auf alle für das Konkursamt anfallenden Kosten sowie die vollständigen Liquidationskosten erstrecken und ferner einen Strafcharakter haben. Darüber hinausgehend wird auf die Ausführungen in Kapitel 7.2 «Lösungsvorschläge: Handelsregisteramt» verwiesen.<sup>260</sup>

#### **7.4 Lösungsvorschläge: Gerichte**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gerichte aufgrund des grossen Handlungsspielraums ihre gesetzlich vorgesehene Rolle umsetzen können. Diese erfüllen sie, indem sie die volkswirtschaftlich zweckmässige Aufgabe wahrnehmen, gegen Organisationsmängel vorzugehen.<sup>261</sup> Aufgrund der Gewaltenteilung und des Legalitätsprinzips macht es Sinn, Anordnungen im Sinne von Art. 731b OR durch die Judikative zu erlassen und nicht durch die Exekutive, welche das Konkursamt und das Handelsregisteramt darstellen. Demnach soll die Position des Gerichts im Organisationsmittelverfahren nicht eingeschränkt werden, obwohl es einige Nebenschauplätze gibt, bei denen eine einheitliche Regelung zweckmässig wäre. Damit

---

<sup>258</sup> Siehe ganzes Kapitel 5 «Konkurseröffnung und Folgen»

<sup>259</sup> Siehe ganzes Kapitel 6 «Haftungen im Falle eines Organisationsmangels»

<sup>260</sup> Siehe Kapitel 7.2 «Lösungsvorschläge: Handelsregisteramt»

<sup>261</sup> BGE 136 III 369, E. 11.4.1

sind folgende Punkte gemeint: die Qualifizierung des Auflösungsbeschlusses, die Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes, die Beweislasttragung, die sachliche Zuständigkeit und die Kosten.

#### 7.4.1 Qualifizierung des Auflösungsbeschlusses

Der Auflösungsbeschluss nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR soll als Konkursgrund bzw. Konkursöffnung qualifiziert werden. Entsprechend ist der Meinung von Jörg<sup>262</sup> zu folgen, damit alle Fälle der Auflösung nach Art. 731b OR sowohl für die Konkursdelikte als auch für Haftungen aufgrund Verantwortlichkeit anwendbar sind.<sup>263</sup> Ferner entfällt somit die Problematik mit der Feststellung der Überschuldung, da die entsprechenden Nachweise oftmals nicht vorgelegt werden können.<sup>264</sup> Zusätzlich ist auf die Argumentation in Kapitel 7.1 «Lösungsvorschläge: Strafrecht» zu verweisen.

#### 7.4.2 Untersuchungsgrundsatz

Wie bereits erwähnt, findet der Offizialgrundsatz Anwendung, wobei das BGer bis anhin offengelassen hat, ob der Untersuchungs- oder der Verhandlungsgrundsatz zusätzlich anwendbar ist.<sup>265</sup> Hierbei ist der herrschenden Lehre<sup>266</sup> zu folgen, weshalb der Untersuchungsgrundsatz zusätzlich anwendbar sein sollte. Die Gerichte müssen die vollständige Situation kennen, um die richtigen Massnahmen zur Behebung eines Mangels anzuordnen resp. um sicher zu sein, dass die Auflösung bzw. die Liquidation der Gesellschaft bei Anordnung die einzige Möglichkeit ist. Ferner sollen Dritte nicht die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu verantworten haben, da die gerichtlich angeordneten Massnahmen auch auf Unbeteiligte Auswirkungen haben. Die richtige

---

<sup>262</sup> JÖRG, S. 295, «Dass beim gleichzeitigen Vorliegen eines Organisationsmangels und eines materiellen Konkursgrundes die Liquidation nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR auch eine Konkursöffnung mit sich bringen müsse und somit auch strafrechtliche Folgen herbeileiten soll, da der Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung tatsächlich möglich sei»

<sup>263</sup> Siehe ganzes Kapitel 6 «Haftungen im Falle eines Organisationsmangels» und Kapitel 7.1 «Lösungsvorschläge: Strafrecht»

<sup>264</sup> Siehe ganzes Kapitel 5 «Konkursöffnung und Folgen»

<sup>265</sup> Siehe Kapitel 4.2 «Verfahrensgrundsätze»

<sup>266</sup> Vgl. für Untersuchungsgrundsatz: DOMENIG/GÜR, S. 173 f., BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 58, HOFER/PFÄFFLI, S. 356, für beschränkten Untersuchungsgrundsatz: MÜLLER L./MÜLLER P., S. 53 und S. 56, gegenteiliger Ansicht: Urteil HGer ZH vom 6. August 2018, E. 9.4.2, Argumentation ist nicht zu folgen da Verfahren für Schutz Dritter und funktionierendem Rechtsverkehr dienen soll, siehe BGE 138 III 407, E. 2.3

Bestellung von Organen dient zudem dem Rechtsverkehr und somit der funktionierenden Volkswirtschaft.<sup>267</sup>

Aus den genannten Gründen und um Unklarheiten zu vermeiden, soll zwingend der Untersuchungsgrundsatz zusätzlich zum bereits festgesetzten Officialgrundsatz in allen Fällen gelten. Dies kann mittels passender Rechtsprechung durch das BGer oder durch den Einschub in Art. 731b OR erfolgen. Mit dieser Anpassung wird die Rechtsposition der Gesuchsteller gestärkt, was im Interesse dieser Bachelorarbeit liegt.

### 7.4.3 Beweislast

Im Anschluss an Ausführungen zum Untersuchungsgrundsatz soll nun die streitige Frage der Beweislasttragung geklärt werden. Hierfür ist der Meinung von *Watter/Pamer-Wieser* und *Bohrer/Kummer*<sup>268</sup> zu folgen, wonach die Beweislast bei der Gesellschaft liegt. Dies ist mit den gleichen Argumenten wie für den Untersuchungsgrundsatz<sup>269</sup> zu begründen. Das Verfahren soll dem Gesuchsteller zudem möglichst einfach gemacht werden. Ein Missbrauch dieser Beweislastumkehr scheint unwahrscheinlich und sollte schnell zu erkennen sein. Da es sich um eine negative Beweislast handelt, wäre der Beweis überdies nur substantiiert möglich durch den Gesuchsteller und müsste folglich durch Informationen der Gesellschaft ergänzt werden, damit das Gericht die richtigen Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels anordnen kann. Die Beweislastumkehr soll ebenfalls in Art. 731b OR vermerkt werden.<sup>270</sup>

### 7.4.4 Sachliche Zuständigkeit

Für die einheitliche und effiziente Bearbeitung von Organisationsmängelverfahren ist es nicht von Nutzen, wenn die sachliche Zuständigkeit der Gerichte davon abhängig ist, ob das Handelsregisteramt oder Dritte das Verfahren einleiten. Zudem sind bei den

---

<sup>267</sup> Siehe Kapitel 4.2 «Verfahrensgrundsätze»

<sup>268</sup> Vgl. WATTER/PAMER-WIESER, BSK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 15, BOHRER/KUMMER, ZK, Kommentar zu Art. 731b OR, Rz. 58

<sup>269</sup> Siehe Kapitel 7.4.2 «Untersuchungsgrundsatz»

<sup>270</sup> Siehe Kapitel 4.2 «Verfahrensgrundsätze»

Verfahren, die nicht durch das Handelsregisteramt eingeleitet werden, zusätzlich die unterschiedlichen kantonalen Handhabungen zu beachten.<sup>271</sup>

In einem ersten Schritt empfiehlt es sich daher, Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. vom Handelsregisteramt initiierte Fälle gleich zu behandeln wie Verfahren, die von Dritten eingeleitet werden. Hierbei soll auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO für alle Fälle nach Art. 731b OR verwiesen werden.<sup>272</sup>

Da die gerichtliche Organisation kantonal geregelt ist, scheint eine gänzliche Vereinheitlichung eine Herausforderung darzustellen. Hierbei scheint die Berner Lösung am zielführendsten zu sein, da hierbei auch ohne Verweis in Art. 731b OR auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO eine einheitliche Regelung geschaffen werden könnte, indem die Regionalgerichte für die Anordnung der erforderlichen Massnahmen verantwortlich gemacht werden.<sup>273</sup>

#### **7.4.5 Kosten**

Bei der Kostentragung soll, wie bereits beim Handelsregisteramt<sup>274</sup> und beim Konkursamt<sup>275</sup>, neu auf den Verursacher abgestellt werden und alle verursachten Kosten sollen vollumfänglich weiter verrechenbar sein. Dies soll basierend auf dem vorgeschlagenen Strafrechtsartikel «unnötiges Verursachen von Organisationsmängelverfahren und deren Folgen» geschehen. Zwar ist die klagende Partei heute bereits weitgehend von der Kostentragung befreit, jedoch sind noch nicht alle Fälle davon abgedeckt und die Kläger haben das Insolvenzrisiko zu tragen. Dies soll mit der vorgeschlagenen Anpassung redundant werden.<sup>276</sup>

---

<sup>271</sup> Siehe Kapitel 4.4 «Sachliche Zuständigkeit - Aktionäre und Gläubiger als Gesuchsteller» und Kapitel 4.5 «Sachliche Zuständigkeit - Überweisung durch das Handelsregisteramt»

<sup>272</sup> Siehe Kapitel 4.4 «Sachliche Zuständigkeit - Aktionäre und Gläubiger als Gesuchsteller» und Kapitel 4.5 «Sachliche Zuständigkeit - Überweisung durch das Handelsregisteramt»

<sup>273</sup> Siehe Kapitel 4.4 «Sachliche Zuständigkeit - Aktionäre und Gläubiger als Gesuchsteller» und Kapitel 4.5 «Sachliche Zuständigkeit - Überweisung durch das Handelsregisteramt»

<sup>274</sup> Siehe Kapitel 7.2 «Lösungsvorschläge: Handelsregisteramt»

<sup>275</sup> Siehe Kapitel 7.3 «Lösungsvorschläge: Konkursamt»

<sup>276</sup> Siehe Kapitel 4.8 «Kostenregelung»

## 8 Fazit

Die Schweiz verfügt mit Art. 731b OR über eine weitreichende gesetzliche Grundlage, um gegen Organisationsmängel in Gesellschaften vorzugehen. Ein effektiver und effizienter Lösungsmechanismus für die Behebung von Organisationsmängeln liegt im Interesse aller Stakeholder und ist essenziell für einen funktionierenden Rechtsverkehr und die Volkswirtschaft.

In dieser Bachelorarbeit wurden die Anwendungsbereiche, die Abläufe, die Haftungen und die Strafbarkeiten von Art. 731b OR thematisiert, um Massnahmen vorzuschlagen, die vermeidbare Organisationsmängelverfahren reduzieren und die Position der Gläubiger in einem allfälligen Verfahren stärken können.

Die Praxisrelevanz von Art. 731b OR zeigt sich darin, dass im Jahr 2021 im Kanton Uri 70 % aller Konkursverfahren aufgrund von Organisationsmängeln erfolgten. Deshalb wurde untersucht, wie vorsätzlich oder eventualvorsätzlich verursachte Organisationsmängelverfahren vermieden werden können, um die ausführenden Behörden – die Handelsregister- und Konkursämter sowie die Gerichte – zu entlasten, damit sich diese ausschliesslich mit unvermeidbaren Fällen beschäftigen müssen.

Art. 731b OR kann auf jegliche Konstellationen von Organisationsmängeln angewendet werden und bietet somit den erforderlichen Rahmen, um diese Mängel zu beheben. Betroffene können auf das Handelsregisteramt zugehen, welches wiederum eine Frist zur Behebung der Mängel setzt. Verstreicht diese ungeklärt, bekommt das Gericht den Fall vom Handelsregisteramt überwiesen. Alternativ können sich Betroffene mittels der Organisationsmängelklage direkt ans Gericht wenden. Dieses kann spezifische Massnahmen erlassen und verfügt dabei über einen grossen Handlungsspielraum. Sollten keine Massnahmen zielführend sein, wird die Auflösung der Gesellschaft mittels Auflösungsbeschluss angeordnet. Der Konkurs wird in einem weiteren Schritt nur bei Fällen von Überschuldungen eröffnet. Folglich wird nicht bei allen Fällen von Liquidationen der Konkurs eröffnet, was ferner Auswirkungen auf die Strafbarkeit und die Haftungen hat. Die Liquidationen der Gesellschaften werden danach von den Konkursämtern vollzogen.

In dieser Bachelorarbeit wurden folgende Massnahmen zur Reduzierung vermeidbarer Organisationsmängelverfahren und zur Stärkung der Betroffenen vorgeschlagen:

- Einführung eines neuen Strafrechtsartikels: «unnötiges Verursachen von Organisationsmängelverfahren und deren Folgen»
- Qualifikation des Auflösungsbeschlusses als Konkursöffnung; alternativ die analoge Anwendung von Art. 163–167 StGB für Fälle des Auflösungsbeschlusses
- Schaffung eines neuen Haftungstatbestands gekoppelt an den vorgeschlagenen neuen StGB-Artikel. Dieser soll die Haftung für jegliche Kosten der Handelsregister- und der Konkursämter sowie der Gerichte begründen und zusätzlich eine strafende Komponente beinhalten.
- Der Untersuchungsgrundsatz soll für anwendbar erklärt werden.
- Die Beweislast soll der Gesellschaft auferlegt werden.
- Für alle Fälle nach Art. 731b OR soll auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO verwiesen werden betreffend die sachliche Zuständigkeit der Gerichte.
- Die Berner Lösung betreffend die sachliche Zuständigkeit soll von den Kantonen übernommen werden.

## 9 Eigenständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst haben. Das Merkblatt zur Vermeidung von Plagiaten habe ich gelesen und verstanden. Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Herisau, 18. Mai 2023



---

Michael Keller