

# Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_412/2020 vom 16. September 2020

Mit Bemerkungen von Oliver Dalla Palma und Hans Caspar von der Crone\*

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Vorinstanzen
  - 1. Keine stillschweigende Wiederwahl des Verwaltungsrats
  - 2. Interessenkonflikt als Organisationsmangel?
  - 3. Unabhängigkeit der Revisionsstelle
- III. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 1. Interessenkonflikt als Organisationsmangel?
  - 2. Unabhängigkeit der Revisionsstelle
  - 3. Einsetzung eines Sachwalters
- IV. Bemerkungen
  - 1. Einleitende Bemerkungen
  - 2. Mangel in der Organisation der Gesellschaft
  - 3. Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels
- V. Schlussbemerkungen

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die B. AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug. Das Aktionariat der B. AG besteht aus dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer A. mit einer Beteiligung von 48,33 Prozent und C. mit einer Beteiligung von 51,67 Prozent.

Bis Anfang 2019 bestand der Verwaltungsrat der B. AG aus A. und C. Die ordentliche Amtsdauer von C. endete am 31. Dezember 2018. Am 10. Januar 2019 wurde A. als Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister gelöscht. C. dagegen blieb, ungeachtet des Auslaufens der ordentlichen Amtszeit, als einziges und einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der B. AG im Handelsregister eingetragen.

Am 28. Mai 2019 reichte A. beim Einzelrichter des Kantonsgerichts des Kantons Zug gegen die B. AG ein Gesuch um Behebung von Organisationsmängeln ein und ersuchte um Einsetzung eines Sachwalters nach Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR zur Wahrung der Interessen der B. AG, insbesondere in dem durch A.

bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich eingeleiteten Strafverfahren betreffend Urkundendelikte, ungetreue Geschäftsbesorgung und/oder Veruntreuung gegen C. Der Sachwalter sei gerichtlich zu beauftragen, die B. AG als Privatklägerin im Strafverfahren zu konstituieren. Der Sachwalter sei zudem mit der Einsetzung und Eintragung einer neuen, unabhängigen Revisionsstelle sowie mit der rechtsgeschäftlichen Vertretung und mit der umfassenden Wahrung der Interessen der B. AG zu beauftragen. Zur Begründung führte A. unter anderem aus, dass aufgrund des hängigen Strafverfahrens gegen die einzige im Handelsregister eingetragene Verwaltungsrätin C., der B. AG ein funktionsfähiger Verwaltungsrat fehle. Ebenso fehle der B. AG eine neutrale und unabhängige Revisionsstelle, da der Geschäftsführer der vormaligen Revisionsstelle ebenfalls für die neue Revisionsstelle (D. AG) tätig sein soll.<sup>1</sup>

Am 14. November 2019 wählte eine ausserordentliche Generalversammlung C. als einzige Verwaltungsrätin und die D. AG als neue Revisionsstelle. Die D. AG wurde am 18. Dezember 2019 ins Handelsregister des Kantons Zug eingetragen.

Mit Urteil vom 21. Januar 2020 wies der Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug das Gesuch um Ernennung eines Sachwalters mit besonderen Aufgaben ab.<sup>2</sup> Stattdessen setzte er C. als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied ein und bestätigte die D. AG als Revisionsstelle. Der Einzelrichter legte für beide Organe eine Mindesteinsatzdauer von einem Jahr fest.<sup>3</sup>

Gegen dieses Urteil erhob A. am 1. Februar 2020 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug und beantragte wiederum die Einsetzung eines Sachwalters mit besonderen Aufgaben. Mit Urteil vom 10. Juni 2020 wies das Obergericht des Kantons Zug die Berufung ab.<sup>4</sup>

Gegen dieses Urteil reichte A. Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein und ersuchte erneut um Einsetzung eines Sachwalters. Das Bundesgericht

\* RA Oliver Dalla Palma, MLaw, LL.M. und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist frei abrufbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

<sup>1</sup> Zum Ganzen: Entscheid des Obergerichts des Kantons Zug vom 10. Juni 2020, Z2 2020 6, Sachverhalt 2 (zit. Urteil OG ZG Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020).

<sup>2</sup> Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Zug vom 21. Januar 2020, ES 2019 328, Dispositiv-Ziffer 1.1 (zit. ES 2019 328 vom 21. Januar 2020).

<sup>3</sup> Urteil KG ZG ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, Dispositiv-Ziffer 2.

<sup>4</sup> Vgl. Urteil OG ZG Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020.

wies die Beschwerde mit Urteil vom 16. September 2020 ebenfalls ab.<sup>5</sup>

## II. Erwägungen der Vorinstanzen

### 1. Keine stillschweigende Wiederwahl des Verwaltungsrats

Das Kantonsgericht prüfte zuerst, ob bei Ablauf der ordentlichen Amtsdauer eines Verwaltungsratsmitglieds von einer stillschweigenden Wiederwahl und Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats ausgegangen werden kann. Die Verwaltungsrätin C. hatte ihr Mandat nach dem Auslaufen der Amtszeit am 31. Dezember 2018 nämlich ohne formelle Wiederwahl weiter ausgeübt.<sup>6</sup> Gestützt auf Rechtsprechung und Lehre kam das Kantonsgericht Zug zum Schluss, bei Auslaufen der Amtszeit auf das Ende eines Geschäftsjahres ende das Mandat *eo ipso* mit dem Ablauf der Frist für die Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres.<sup>7</sup> Das Gesetz sehe weder einen stillschweigende Wiederwahl noch eine Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats bis zu einer Abwahl vor. Das Mandat von C. ende also am 30. Juni 2019. Die B. AG hatte somit ab dem 1. Juli 2019 keinen Verwaltungsrat mehr; es lag ein Organisationsmangel vor.

Die B. AG machte geltend, mit der Wiederwahl von C. als Verwaltungsrätin durch die Generalversammlung vom 14. November 2019 sei der Organisationsmangel im Urteilszeitpunkt bereits behoben gewesen. Die Generalversammlung vom 14. November 2019 war von C. einberufen worden, deren Verwaltungsratsmandat zu diesem Zeitpunkt allerdings bereits ausgelaufen war. Bei der Einberufung handelte sie damit nicht als Verwaltungsrätin, sondern als Aktionärin.<sup>8</sup> Das Kantonsgericht führte dazu in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung aus, Aktionäre könnten die Generalversammlung auch

dann, wenn sie nach Art. 699 Abs. 3 OR ein Recht auf Einberufung haben, nicht selbst einberufen.<sup>9</sup> Hat die Gesellschaft keinen Verwaltungsrat, kann deshalb keine Generalversammlung einberufen werden, mit Ausnahme einer Einberufung durch die Revisionsstelle, beispielsweise im Rahmen von Art. 728c OR. Die ausserordentliche Generalversammlung der B. AG vom 14. November 2019 war damit nicht rechtsgültig einberufen worden; die Beschlüsse über die Wiederwahl von C. als Verwaltungsrätin sowie die Einsetzung der Revisionsstelle D. AG sind somit nichtig.<sup>10</sup> In Übereinstimmung mit bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre kommt das Kantonsgericht zum Schluss, dass in derartigen Konstellationen nicht nach Art. 699 Abs. 4 OR (Einberufung der GV durch das Gericht), sondern nach Art. 731b OR (Organisationsmängelverfahren) vorzugehen ist.<sup>11</sup>

### 2. Interessenkonflikt als Organisationsmangel?

Betreffend des behaupteten strafbaren Verhaltens der einzigen Verwaltungsrätin C. und des damit im Zusammenhang stehenden und durch A. behaupteten Interessenkonflikts, erwägen die Vorinstanzen, dass ein solcher Interessenkonflikt keinen Organisationsmangel nach Art. 731b OR begründe. Ein Interessenkonflikt des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans ziehe, von der Prozessunfähigkeit abgesehen, nicht automatisch die Funktionsunfähigkeit des Organs und damit einen Organisationsmangel nach sich. Das Exekutivorgan könne trotz allfälliger fachlicher Interessenkollisionen noch Beschlüsse fassen und sein Amt ausüben. Die fachlichen Qualifikationen der Mitglieder des Verwaltungsrats seien in

<sup>5</sup> Vgl. BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020.

<sup>6</sup> Zum Ganzen: Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2.

<sup>7</sup> Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2; Markus Vischer/Simon Hohler/Fabrice Eckert, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, GesKR 3/2014, 405 ff., 409 ff.; vgl. BGer 4A\_279/2018 vom 2. November 2018, E. 5.3 ff.

<sup>8</sup> Zum Ganzen: Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2.

<sup>9</sup> Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2; vgl. zu den zitierten Lehrmeinungen: Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 15 zu Art. 699; Brigitte Tanner, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018, N 45 und 70 f. zu Art. 699 OR.

<sup>10</sup> Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2; BSK OR II-Dubs/Truffer (Fn. 9), N 5 zu Art. 706b OR.

<sup>11</sup> Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2; BGer 4A\_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.3; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 780.

Übereinstimmung mit bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht Gegenstand des Organisationsmängelverfahrens nach Art. 731b OR.<sup>12</sup> Nur im Falle des Vorliegens eines sich zum Funktionsmangel verdichtenden Interessenkonflikts kann ein Organisationsmangel begründet werden.<sup>13</sup>

### 3. Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Das Obergericht des Kantons Zug kam zum Schluss, auch die Wahl der Revisionsstelle D. AG sei wegen der ungültigen Einberufung der ausserordentlichen Generalversammlung der B. AG vom 14. November 2019 nichtig. Bezüglich der Revisionsstelle liege deshalb ebenfalls ein Organisationsmangel nach Art. 731b OR vor. Betreffend der durch A. vorgebrachten Verletzung der Unabhängigkeitsvorschriften der Revisionsstelle gemäss Art. 728 ff. OR führt das Obergericht weiter aus, dass A. nicht zu belegen und begründen vermochte, weshalb, die durch den Einzelrichter eingesetzte Revisionsstelle D. AG die gesetzlichen Unabhängigkeitsvorschriften verletzen sollte. Die Revisionsstelle D. AG habe im Übrigen ihre Wahl angenommen und sei auch bereits im Handelsregister Zug eingetragen. Es sei dementsprechend gerechtfertigt, dass nicht, wie durch A. beantragt, ein Sachwalter ernannt wird, sondern die D. AG für eine einjährige Mindesteinsatzdauer als Revisionsstelle der B. AG bestätigt wird, so dass innert eines Jahres die B. AG eine Revisionsstelle an einer Generalversammlung wählen könne. Die Bestätigung der Revisionsstelle sei eine verhältnismässige und im Interesse des Verkehrsschutzes liegende Massnahme.<sup>14</sup>

## III. Erwägungen des Bundesgerichts

### 1. Interessenkonflikt als Organisationsmangel?

Das Bundesgericht setzte sich eingangs mit der Frage auseinander, ob die Vertretung der B. AG als Geschädigte und mögliche Privatklägerin im Strafverfahren gegen die Verwaltungsrätin C., betreffend Urkunden delikten, ungetreuer Geschäftsbesorgung und/oder Veruntreuung die Einsetzung eines Sachwalters bedingt. Das Gericht kam dabei zum Schluss, ein sich verdichtender Interessenkonflikt könne unter aussergewöhnlichen Umständen dann zu einem Organisationsmangel führen, wenn aufgrund der gegenläufigen Interessen sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder die Gesellschaftsinteressen nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden könnten. Vorliegend, allerdings, hätte der Beschwerdeführer nicht genügend präzise dargelegt, welche Rolle C. im Strafverfahren zukam, dass tatsächlich ein Strafverfahren eingeleitet wurde und weshalb es für C. unmöglich gewesen sein soll, die Gesellschaftsinteressen der B. AG zu vertreten, so dass schliesslich ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR vorgelegen hätte.<sup>15</sup>

Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR nicht dazu dient, die wirtschaftliche Richtigkeit von Geschäftsentscheiden einer Gesellschaft zu überprüfen. Eine mangelhafte Aufgabenerledigung seitens eines Gesellschaftsorgans stellt für sich allein keinen Organisationsmangel dar. Art. 731b OR dient ausschliesslich dazu den rechtmässigen Zustand in der Organisation der Gesellschaft wiederherzustellen, wenn zwingende gesetzliche Vorgaben der Organisation nicht mehr eingehalten werden. Pflichtverletzungen im Bereich der Geschäftsführung dagegen sind in erster Linie mit der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR geltend zu machen.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Zum Ganzen: Urteil OG Zug Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 7.1 ff.; Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.3; *Marcel Schönbachler*, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 2013, 102, 110.

<sup>13</sup> BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2; siehe hierzu nachfolgend vertieft in Ziff. IV.2.2.

<sup>14</sup> Zum Ganzen: Urteil OG Zug Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 8 ff.; Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 3.1 ff.

<sup>15</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.2; vgl. BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>16</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.2 und E. 4.3.4; BGE 138 III 407, E. 2.2 und E. 3.1.2.

## 2. Unabhängigkeit der Revisionsstelle

Betreffend des Vorwurfs, die Revisionsstelle D. AG sei dem Anschein nach befangen und erfülle deshalb die Unabhängigkeitsvorschrift für die eingeschränkte Revision nach Art. 729 Abs. 1 OR nicht, verzichtete das Bundesgericht auf eine vertiefte Prüfung der Vorbringen von A., da dieser im vorinstanzlichen Verfahren nicht zu begründen und belegen vermocht habe, weshalb die Unabhängigkeit der durch das Kantonsgericht ernannten D. AG beeinträchtigt sein soll. Das Bundesgericht kam deshalb auch zum Schluss, der Entscheid des Obergerichts, wonach nicht von einer Befangenheit der D. AG auszugehen sei, sei ohne Weiteres vertretbar. Einen Organisationsmangel hinsichtlich der Revisionsstelle sah das Bundesgericht mit den Vorinstanzen nur – aber immerhin – in der nichtigen Wahl der D. AG durch die ungültig einberufene ausserordentliche Generalversammlung vom 14. November 2019. Mit dem Obergericht kam das Bundesgericht zum Schluss, die Annahme der Wahl durch die D. AG und ihre Eintragung im Handelsregister des Kantons Zug rechtfertige ihre Einsetzung bzw. Bestätigung als Revisionsstelle für eine Mindesteinsatzdauer von einem Jahr.<sup>17</sup>

## 3. Einsetzung eines Sachwalters

Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR die möglichen Massnahmen zur Beseitigung eines Organisationsmangels exemplifikativ und nicht abschliessend aufzählt. Wie bei der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR, wollte der Gesetzgeber dem Richter auch beim Organisationsmangel den notwendigen Handlungsspielraum einräumen, um im Einzelfall die mit Blick auf die konkreten Umstände angemessenen Massnahmen anordnen zu können.<sup>18</sup> Nach ständiger Praxis auferlegen sich die Rechtsmittelinstanzen bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der ersten Instanz Zurückhaltung. Das Bun-

desgericht hatte dementsprechend zu prüfen, ob die angeordneten Massnahmen der Einsetzung einer bereits eingetragenen, aber nicht gültig gewählten, Verwaltungsrätin (C.), sowie der Ernennung, resp. Bestätigung, einer bereits im Handelsregister eingetragenen, aber ebenfalls nicht gültig gewählten, Revisionsstelle (D. AG) gerechtfertigt war und ob die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Ermessensausübung durch die Vorinstanzen eingehalten worden sind.<sup>19</sup> Das Bundesgericht erachtet die durch das Kantonsgericht angeordnete Einsetzung von C. als Verwaltungsrätin, aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung, ihrer Kenntnisse über Vertragspartner der Gesellschaft und der Abwesenheit einer allfälligen Einarbeitungszeit, als gerechtfertigt. Ebenfalls erachtet es die Bestätigung der D. AG als Revisionsstelle als vertretbar, da diese bereits im Handelsregister eingetragen sei, die bisherige Revisionsstelle aus dem Handelsregister gelöscht wurde und die D. AG ihre Wahl angenommen habe.<sup>20</sup>

## IV. Bemerkungen

### 1. Einleitende Bemerkungen

Die gesetzliche Regelung der Behebung und Sanktionierung von Organisationsmängeln steht gemäss Botschaft sowie höchstrichterlicher Praxis im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs, den Interessen der Öffentlichkeit sowie den Interessen von Anspruchsgruppen (*Stakeholder*), wie beispielsweise die Gruppe der Arbeitnehmer, Gläubiger und Gesellschafter.<sup>21</sup> Bei der Ausübung seines Ermessens, insbesondere bezüglich der Auswahl der zur Behebung des Organisationsmangels anzuordnenden Massnahmen, hat sich das Gericht an diesen Interessen zu orientieren. Mit Blick auf diese Interessen Dritter und der Öffentlichkeit wird das Organisationsmängelverfahren, obwohl es sich um ein Streitiges Zivilverfahren, welches aufgrund der Dringlichkeit im summarischen Verfahren durchgeführt wird (Art. 250 lit. c

<sup>17</sup> Zum Ganzen: vgl. BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.3; Urteil OG Zug Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 8 ff.

<sup>18</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.2; BGE 138 III 294, E. 3.1.4; 138 III 166, E. 3.5; 138 III 407, E. 2.4; Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 ff. (zit. Botschaft GmbH), 3232.

<sup>19</sup> Vgl. zum Ganzen: BGE 143 III 261, E. 4.25; 141 III 97, E. 11.2; BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.2 ff.; 4A\_499/2019 vom 25. März 2020, E. 3.2 m.w.H.

<sup>20</sup> Zum Ganzen: BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.2 und E. 4.3.4.

<sup>21</sup> Botschaft GmbH (Fn. 18), 3232; BGE 138 III 407, E. 2.3; BGer 4A\_411/2012 vom 22. November 2012, E. 2.1.3.

Ziff. 6 und Ziff. 11 ZPO)<sup>22</sup>, nicht von der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO), sondern von der Offizialmaxime (Art. 58 Abs. 2 ZPO) beherrscht. Das Gericht ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden, die Parteien haben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können in sich infolge dessen auch nicht vergleichen.<sup>23</sup>

## 2. Mangel in der Organisation der Gesellschaft

Ein Organisationsmangel besteht nach Art. 731b OR in folgenden Konstellationen: (i) Eines der gesetzlich vorgeschriebenen Organe fehlt, im Vordergrund stehen der Verwaltungsrat sowie die Revisionsstelle;<sup>24</sup> (ii) ein gesetzlich zwingend vorgeschriebenes Organ ist nicht richtig zusammengesetzt; (iii) die Gesellschaft führt das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss; (iv) die Gesellschaft hat an ihrem Sitz kein Rechtsdomizil mehr und (v) die Gesellschaft hat, ab dem 1. Mai 2021, Inhaberaktien ausgegeben, ohne dass deren Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 revOR GAFI<sup>25</sup>).

Das Antragsrecht zur Einleitung eines Gesuchs um Beseitigung des Organisationsmangels steht je-

dem Aktionär und Gläubiger zu (Art. 731b Abs. 1 OR). Ab dem 1. Januar 2021 kann der Handelsregisterführer nach Art. 939 revOR HR die Gesellschaft unter Fristansetzung auffordern, den Mangel zu beheben, andernfalls die Angelegenheit an das Gericht überwiesen wird.<sup>26</sup>

### 2.1 Fehlender Verwaltungsrat

Gemäss Art. 707 Abs. 1 OR besteht der Verwaltungsrat aus mindestens einem Mitglied. Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen und verleiht der juristischen Person ihre Handlungsfähigkeit (Art. 54 ZGB). Weist der Verwaltungsrat aufgrund ersatzloser Abberufung (Art. 705 OR), Rücktritt oder fehlender Neuwahl nach Ablauf der Amtsdauer und fehlender Wiederwahl, kein Mitglied mehr auf, so fehlt der Aktiengesellschaft ein gesetzlich zwingend vorgeschriebenes Organ und es liegt ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR vor.<sup>27</sup> Auch die permanente Unreichbarkeit oder Inaktivität des Verwaltungsrats kann einen Organisationsmangel begründen, dies im Gegensatz zur vorübergehenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit, beispielsweise aufgrund von Interessenkonflikten.<sup>28</sup>

Was die Wahl, Nichtwiederwahl oder Abwahl von Verwaltungsratsmitgliedern betrifft, sind verschiedene Konstellationen auseinanderzuhalten. Wird ein bestehendes Verwaltungsratsmitglied nach Ablauf der Amtszeit an einer gültig einberufenen Generalversammlung und im Rahmen eines ordnungsgemäss traktandierten Wahlgeschäfts nicht wiedergewählt, so führt dies unmittelbar zur Beendigung des Verwaltungsratsmandats.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Art. 250 lit. c Ziff. 6 und Ziff. 1 ZPO führt nur zwei der in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR aufgeführten Massnahmen auf, doch untersteht das gesamte Organisationsmängelverfahren gem. Art. 731b OR dem summarischen Verfahren, da Art. 250 lit. c ZPO nicht abschliessend ist; vgl. hierzu vertieft BGE 138 III 166, E. 3.4 ff.

<sup>23</sup> Vgl. zum Ganzen: BGE 138 III 407, E. 2.3; 138 III 294, E. 3.1.3; 138 III 166, E. 3.5; BGer 4A\_321/2008 vom 5. August 2010, E. 5.2.

<sup>24</sup> Die Generalversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR) ist für Art. 731b OR beinahe bedeutungslos; gl. M. Florian S. Jörg, Hans Caspar von der Crone, Marcel Schönbächler, Stefan Bürge, Nicolas Gut; a. M. Markus Vischer, Samuel Lieberherr, Andreas Steffen, Martin Bauer; vgl. Markus Vischer/Pascal Zysset, Urteil 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, B., C. GmbH gegen A., X. AG und U., Organisationsmangel, private Versteigerung unter den Aktionären, AJP 9/2017, 1147 ff., 1149.

<sup>25</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220) i.d.F. des Bundesgesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke vom 21. Juni 2019 (AS 2019, 3161 ff.).

<sup>26</sup> Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 6. März 2020, einsehbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2020/2020-03-06.html>> (zuletzt besucht am 20.11.2020); vgl. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 1782; als revOR HR werden Bestimmungen des revidierten Obligationenrechts (Handelsregisterrechts) bezeichnet, die am 17. März 2017 von der Bundesversammlung beschlossen wurden (BBl 2017, 2433 ff.); wobei Art. 939 revOR HR den bisherigen Art. 154 HRegV ersetzen wird.

<sup>27</sup> Vgl. Schönbächler (Fn. 12), 74.

<sup>28</sup> Vgl. Christoph Bühler, Organisationsmängel: Typische Anwendungsfälle von Art. 731b OR und gesondert geregelte Konstellationen, SJZ 19/2018, 441 ff., 448; siehe hierzu nachfolgend Ziff. IV.2.2.

<sup>29</sup> BGE 140 III 349, E. 2.5 f.

Dagegen stellt sich in zwei Konstellationen die Frage nach dem Ende bzw. nach einer möglichen stillschweigenden Verlängerung des Verwaltungsratsmandats:

- Die Generalversammlung wird gültig einberufen und durchgeführt, Wahlen sind keine traktandiert.
- Die Generalversammlung ist nicht gültig einberufen oder sie wird gar nicht durchgeführt.

In einem Entscheid aus dem Jahr 2018 ging das Bundesgericht implizit davon aus, dass bei einer Wahl nach Geschäftsjahren die Amtsdauer der Verwaltungsräte nach Ablauf der Frist für die ordentliche Generalversammlung, also sechs Monats nach Ende des Geschäftsjahrs (Art. 699 Abs. 2 OR) ende,<sup>30</sup> ohne dass es zu einer stillschweigenden Verlängerung des Verwaltungsratsmandats käme. Die Vorinstanzen haben sich vorliegend dieser Auffassung angeschlossen; das Bundesgericht hat die Frage nicht erneut in Erwägung gezogen.<sup>31</sup> Mangels Wiederwahl innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahrs endete das Mandat der einzigen Verwaltungsrätin C. somit am 30. Juni 2019. Ab dem 1. Juli 2019 bestand deshalb bei der B. AG wegen des Fehlens eines Verwaltungsrats ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR.

Nach dem Auslaufen des Verwaltungsratsmandats konnte C. die Generalversammlung nicht mehr selbst einberufen, auch wenn ihr aufgrund ihrer Beteiligung von 51,67% nach Art. 699 Abs. 3 OR zweifellos das Recht zugestanden hätte, vom Verwaltungsrat die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen.<sup>32</sup> Die am 14. November 2019 abgehal-

tene ausserordentliche Generalversammlung der B. AG war somit nicht gültig einberufen und konnte deshalb den Organisationsmangel nicht beheben.

## 2.2 Funktionsunfähigkeit des Verwaltungsrats und Interessenkonflikt

Ein Interessenkonflikt eines Verwaltungsratsmitglieds, welcher die unabhängige Vertretung der Gesellschaftsinteressen gefährdet, kann nur in bestimmten Konstellationen eine Funktionsunfähigkeit und somit einen Organisationsmangel nach Art. 731b OR begründen. Derartige Konstellationen liegen vor, wenn ein derart tiefgreifender Konflikt besteht, dass das Exekutivorgan nicht mehr beschlussfähig ist und dies die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft bewirkt.<sup>33</sup> Gemäss Bundesgericht besteht ein derartiger Konflikt beispielsweise dann, wenn in einem Verfahren das Organ zugleich die Kläger- sowie Beklagtenseite vertritt, sowie in Fällen, in welchen die Gesellschaftsinteressen nicht mehr unabhängig wahrgenommen werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen verfolgen.<sup>34</sup>

Unter geltendem Aktienrecht existiert, mit Ausnahme von Art. 695 Abs. 1 OR und Art. 718b OR, keine gesetzlich typisierte Ausstandspflicht des Verwaltungsrats, welche mit derjenigen im Vereinsrecht vergleichbar wäre (vgl. Art. 68 ZGB).<sup>35</sup> Der Verwaltungsrat hat sich aber so zu organisieren, dass Interessenkonflikte vermieden werden können. Im Rahmen seines Geschäftsermessens ist der Verwaltungsrat namentlich an die Sorgfalts- und Treuepflichten nach Art. 717 Abs. 1 OR gebunden.<sup>36</sup> Trotz Vorliegen eines Interessenkonflikts bleibt der Verwaltungsrat

<sup>30</sup> Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituation in der Aktiengesellschaft, SZW 5/2012, 461 ff, 465; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 58 und 58a; BGer 4A\_279/2018 vom 2. November 2018, E. 5; Markus Vischer/Dario Galli/Letizia Schlegel, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_279/2018 vom 2. November 2018, A. SA gegen B., Gesellschaftsrecht, AJP 7/2019, 743 ff., 747.

<sup>31</sup> Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2; Urteil OG ZG Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 3 f.

<sup>32</sup> Vgl. Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2; Markus Vischer/Dominik Hohler/Fabrice Eckert, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, GesKR 3/2014, 405 ff., 409 f. BGer 5A\_205/2013 vom 16. August 2013, E. 4; 5A\_590/2011 vom 27. Februar 2012, E. 3.1; BGE 78 III 33, E. 11; das Bundesgericht qualifiziert Beschlüsse an einer Generalversammlung, welche

durch ein unzuständiges Organ einberufen wurde, als nichtig. Auch in einem neueren Bundesgerichtsurteil wird eine derart strenge Linie vertreten; siehe hierzu auch: BGer 4A\_279/2018 vom 2. November 2018, E. 5.3.

<sup>33</sup> Vgl. BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.3; Schönbächler (Fn. 12), 102.

<sup>34</sup> BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.1; BGer 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.5.2.

<sup>35</sup> Hans Caspar von der Crone, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1/1994, 1 ff., 4; vgl. Urs Scherrer/Rafael Brägger, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 1 ff. zu Art. 68 ZGB.

<sup>36</sup> Zum Ganzen: von der Crone (Fn. 26), N 1317 ff.; Alexander Wherlock/Hans Caspar von der Crone, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im VR, SZW 5/2015, 542 ff., 544 ff.

aber grundsätzlich beschlussfähig und es liegt kein Organisationsmangel nach Art. 731b OR vor.<sup>37</sup> Der Verwaltungsrat hat seine Geschäftsentscheide mittels eines ordnungsgemäss durchgeführten Beschlussvorgangs sorgfältig vorzubereiten.<sup>38</sup> Die Treuepflicht verlangt sodann, dass der Verwaltungsrat seine Eigeninteressen und diejenigen der ihm nahestehenden Personen von den Geschäftsinteressen abgrenzt, um so eine ordnungsgemässe Grundlage für die sorgfältige Entscheidungsfindung zu schaffen (Art. 717 Abs. 1 OR). Erledigt der Verwaltungsrat seine Aufgabe mangelhaft, so stehen hierfür andere Rechtsbefehle wie Art. 754 OR zur Verfügung, was das Bundesgericht sowie die Vorinstanzen im vorliegenden Fall auch klar zum Ausdruck bringen. Das Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b OR steht gerade nicht zur Verfügung, um ein fachlich unfähiges Organ mittels gerichtlicher Intervention zu ersetzen oder die Sinnhaftigkeit von Geschäftsentscheiden zu überprüfen.<sup>39</sup>

Hinsichtlich allfälliger Interessenkonflikte im Verwaltungsrat ist zu erwähnen, dass unter revidiertem Aktienrecht 2020 eine spezifische Regelung im Umgang mit Interessenkonflikten vorgesehen ist (Art. 717a revOR<sup>40</sup>). Nach revidiertem Aktienrecht haben Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder den Verwaltungsratspräsidenten unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte zu informieren (Art. 717a Abs. 1 revOR) und Massnahmen, die zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen notwendig sind, zu ergreifen (Art. 717a Abs. 2 revOR).<sup>41</sup>

Vorliegend machte A. geltend, das einzige im Handelsregister eingetragene Verwaltungsratsmitglied C., befinde sich aufgrund der angeblich eingeleiteten Strafverfahren in einem offensichtlichen In-

teressenkonflikt und soll aufgrund dessen ihr Verwaltungsratsmandat sorgfaltswidrig ausgeführt haben.<sup>42</sup> Das Bundesgericht, wie auch die Vorinstanzen, setzen sich nicht vertieft mit diesen Vorbringen auseinander und verweisen darauf, dass allfällige unsorgfältige Geschäftsentscheide und fachliche Unfähigkeiten eines Verwaltungsratsmitglieds in einem Verantwortlichkeitsprozess nach Art. 754 OR geltend zu machen wären.<sup>43</sup> Unseres Erachtens ist dem zuzustimmen. Dies müsste wohl aber abweichend beurteilt werden, wenn A. rechtsgenügend hätte vorbringen können, dass tatsächlich ein Strafverfahren gegen das einzige im Handelsregister eingetragene Verwaltungsratsmitglied eingeleitet wurde.<sup>44</sup> Als Beschuldigter wäre das einzige Mitglied des Verwaltungsrats nicht in der Lage, die Interessen der Gesellschaft im Strafverfahren unabhängig wahrzunehmen. Die Funktionsfähigkeit des Organs wäre infrage gestellt und es müsste zumindest eine Prozessstandschaft bestellt werden.

### 2.3 Fehlende Unabhängigkeit der Revisionsstelle als Organisationsmangel

Das Unabhängigkeitserfordernis der Revisionsstelle soll eine gute Corporate Governance sicherstellen und ist losgelöst von der fachlichen Kompetenz der Revisoren zu beurteilen. Es soll aufgrund einer objektiven und neutralen Begutachtung die Verlässlichkeit der Jahresrechnung gewährleistet werden können.<sup>45</sup> Art. 728 OR (für die ordentliche Revision) und Art. 729 OR (für die eingeschränkte Revision) setzen voraus, dass die Revisionsstelle unabhängig zu sein hat und ihr Prüfungsurteil objektiv bilden können muss und die Unabhängigkeit weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt ist (Art. 728 Abs. 1 OR; Art. 729 Abs. 1 OR). Fehlt es der Revisionsstelle

<sup>37</sup> Vgl. Böckli (Fn. 30), § 13 N 276b.

<sup>38</sup> Wherlock/von der Crone (Fn. 36), 545.

<sup>39</sup> Vgl. zum Ganzen: Urteil OG ZG Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 7 ff.; BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.4; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 9), N 15 f. zu Art. 717 OR.

<sup>40</sup> Als revOR werden die Bestimmungen des revidierten Obligationenrechts (Aktienrechts) bezeichnet, die am 19. Juni 2020 von der Bundesversammlung beschlossen wurden (BBl 2020, 5573 ff.).

<sup>41</sup> Befindet sich der Verwaltungsratspräsident selbst in einem Interessenkonflikt, hat er seinen Stellvertreter unverzüglich und vollständig hierüber zu informieren; vgl. zum Ganzen: BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (Fn. 9), N 6a zu Art. 717 OR.

<sup>42</sup> BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.1 ff.; Urteil OG Zug Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 7.1; Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.2 f.

<sup>43</sup> Urteil OG Zug Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 7.3; Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.3; BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.4.

<sup>44</sup> BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.2.

<sup>45</sup> Zum Ganzen: 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., 3970 und 4026; von der Crone (Fn. 26), N 1647; BSK OR II-Watter/Corrado (Fn. 9), N 2 zu Art. 728 OR.

an der notwendigen Unabhängigkeit, so stellt dies ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR dar.<sup>46</sup> Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle wird unterteilt in die innere Unabhängigkeit (*Independence of fact*) sowie die äussere Unabhängigkeit (*Independence in appearance*).<sup>47</sup> Die innere Unabhängigkeit stellt auf Charakterstärke und innere Einstellung einer Person ab, welche frei von sachfremden Einflüssen sein sollte.<sup>48</sup> Die äussere Unabhängigkeit geht weiter und greift bereits, wenn ein äusserer Eindruck der Voreingenommenheit besteht.<sup>49</sup> Unter Würdigung aller Umstände dürfen somit keine Gegebenheiten vorliegen, welche die innere oder äussere Unabhängigkeit beeinträchtigen. Es ist ausreichend, wenn trotz Bestehens der inneren Unabhängigkeit, die äussere Unabhängigkeit in irgendeiner Weise beeinträchtigt wird, d.h. dass aus der Sicht eines Dritten der Anschein der Voreingenommenheit der Revisionsstelle besteht, um einen Organisationsmangel gemäss Art. 731b OR zu begründen.<sup>50</sup> Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle kann beispielsweise gefährdet sein, wenn die Revisionsstelle eine mit ihrer Funktion nicht vereinbare Tätigkeit ausübt, was der Fall ist, wenn sie finanzielle Beteiligungen am Kunden hält, gemeinsame finanzielle Interessen bestehen, persönliche oder familiäre Beziehungen vorliegen oder sonstige wirtschaftliche Abhängigkeiten zur revidierenden Gesellschaft vorhanden sind.<sup>51</sup>

Gemäss einzelnen Vorbringen von A., soll der Revisionsstelle D. AG die Unabhängigkeit fehlen, da der

Geschäftsführer der vormaligen Revisionsstelle auch für die aktuelle Revisionsstelle (D. AG) tätig sein soll.<sup>52</sup> Das Bundesgericht sowie die Vorinstanzen gehen, unseres Erachtens berechtigterweise nicht weiter auf dieses Vorbringen ein, denn sie sind für den vorliegenden Entscheid aus mehreren Gründen nicht relevant: Erstens sieht das Gesetz nur bei der ordentlichen Revision eine formelle Pflicht zur internen Rotation des Mandatsleiters nach sieben Jahren vor (Art. 730a Abs. 2 OR); selbstverständlich kann aber langjährige Tätigkeit für denselben Klienten auch bei der eingeschränkten Revision zu «Betriebsblindheit» führen; eine Beeinträchtigung der inneren (*Independence of fact*) oder äusseren (*Independence in appearance*) Unabhängigkeit wegen langjähriger Revisionsstätigkeit wird hier allerdings nicht von Gesetzes wegen vermutet, sondern wäre konkret aufzuzeigen.<sup>53</sup> Zweitens ist der weitreichende Tatbestandskatalog in Art. 728 Abs. 2 OR (für die ordentliche Revision) deutlich rigider gestaltet, als das allgemein gehaltene Unabhängigkeitserfordernis von Art. 729 Abs. 1 OR (für die eingeschränkte Revision).

### 3. Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels

Der in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR aufgeführte Massnahmenkatalog zur Beseitigung von Organisationsmängeln ist nicht abschliessend zu verstehen («insbesondere»)<sup>54</sup> Der Gesetzgeber gewährt dem Richter gemäss bundegerichtlicher Rechtsprechung mit Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR, ähnlich wie bei der Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR, einen erheblichen Handlungsspielraum, um im Hinblick auf die im konkreten Einzelfall und unter Berücksichtigung der konkreten Umständen angemessene Massnahme treffen zu können.<sup>55</sup> Der Richter ist in der Ausübung seines Ermessens jedoch nicht vollständig ungebunden, befinden sich doch die in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR aufgeführten Massnahmen gemäss Rechtsprechung und Lehre in

<sup>46</sup> Zum Ganzen: *Andreas Bohrer/Angela Kummer*, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018, N 37 zu Art. 731b OR.

<sup>47</sup> *von der Crone* (Fn. 26), N 1647.

<sup>48</sup> *Jean Nicolas Druet*, Unabhängigkeit – ein knappes Gut, in: Carl Helbling/Max Boemle/Bruno U. Glaus (Hrsg.), Revision und Rechnungslegung im Wandel, Festschrift für André Zünd, Zürich 1988, 91 ff., 92; *Gianluca Airaghi*, Unabhängigkeit und interne Schranken im Prüfungsunternehmen, Diss. St. Gallen 1996, in: SSPHW, Bd. 43, 12; *Urs Bertschinger*, Honorardruck und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, *AJP* 1/2013, 16 ff., 16 f.; vgl. auch *von der Crone* (Fn. 26), N 1647.

<sup>49</sup> *von der Crone* (Fn. 26), N 1647.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 122 III 31, E. 1a; *von der Crone* (Fn. 26), N 1647 f.; *Schönbächler* (Fn. 12), 129 ff.

<sup>51</sup> Vgl. zum Ganzen: *Christian Feller*, Die Unabhängigkeit – Eine entscheidende Grundvoraussetzung für die Revision, *TREX* 3/2012, 160 ff., 160 ff.

<sup>52</sup> Urteil OG ZG Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 8 ff.; Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 3.1 f.; BGER 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.3.

<sup>53</sup> Vgl. BSK OR II-*Reutter* (Fn. 9), N 7 zu Art. 730a OR.

<sup>54</sup> BGER 4A\_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 5; BGE 142 III 629, E. 2.3.1; BGER 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3.

<sup>55</sup> *Botschaft GmbH* (Fn. 18), 3232; BGE 138 III 294, E. 3.1.4; 138 III 166, E. 3.5; 138 III 407, E. 2.4; 136 III 369, E. 11.4.1; BGER 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.3.



einem Stufenverhältnis.<sup>56</sup> Das Gericht hat somit unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zuerst die mildere Massnahme zur Behebung des Organisationsmangels anzuordnen, und nur wenn dies nicht genügt, erfolglos blieb oder sich als nicht zielführend erweisen sollte, weitergehende Massnahmen, wie beispielsweise als *ultima ratio* die Auflösung der Gesellschaft, zu verlangen.<sup>57</sup> Neben den in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR aufgeführten Massnahmen kann das Gericht aber ebenfalls eine Vielzahl gesetzlich nicht typisierter Massnahmen verhängen, wie beispielsweise die richterliche Anordnung einer Versteigerung von Aktien eines Aktionärs bei Vorliegen einer Pattsituation bei Zweimanngesellschaften.<sup>58</sup>

Im vorliegenden Entscheid hat A. das Kantonsgericht darum ersucht, einen Sachwalter zu ernennen, was durch die Vorinstanzen wie auch das Bundesgericht abgelehnt wurde.<sup>59</sup> Aufgrund dessen und der Erkenntnis, dass in der Praxis Gesuche um Ernennung eines Sachwalters weit verbreitet sind, wird nachfolgend (Ziff. IV.3.2) vermehrt auf das Institut des Sachwalters eingegangen.<sup>60</sup>

### 3.1 Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

Gemäss Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 1 OR kann das Gericht der Gesellschaft eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, andernfalls im Säumnisfall die Auflösung der Gesellschaft angeordnet werden kann.<sup>61</sup> Gewisse Autoren fordern, dass das Gericht der Gesellschaft stets eine

Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen hat, bevor die Massnahmen nach Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 und Ziff. 3 OR angeordnet werden, um so das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren zu können.<sup>62</sup> Dieses Vorgehen würde sodann auch mit dem von Lehre und Bundesgericht befürworteten Stufenverhältnis übereinstimmen.<sup>63</sup> Gemäss revidiertem Recht kann das Handelsregisteramt im Falle eines Organisationsmangels die Gesellschaft auffordern, den Mangel innert Frist zu beheben, andernfalls die Angelegenheit dem Gericht überwiesen wird (Art. 939 Abs. 1 revOR HR).<sup>64</sup>

Eine Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands würde vorliegend aber nicht zum gewünschten Ergebnis führen. Der Organisationsmangel liegt vorliegend u.a. darin, dass die Gesellschaft keinen Verwaltungsrat mehr aufweist. Eine Generalversammlung kann somit nicht mehr einberufen werden. Ist das Gericht letzten Endes darum bemüht, den Organisationsmangel zu beheben, so stellt die Fristansetzung keine valable Option dar. Unseres Erachtens stellt die Einsetzung der bereits im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsrätin C., welche ohnehin aufgrund ihrer Mehrheitsaktionärsstellung, nach Durchführung einer allfälligen Generalversammlung, als Verwaltungsrätin amten würde, unbestrittenermassen die zielführende und verhältnismässige Massnahme dar.

### 3.2 Ernennung eines Sachwalters

#### 3.2.1 Einleitende Ausführungen

Gemäss Art. 731 Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR kann das Gericht dem Organisationsmangel mit zwei unterschiedlichen Massnahmen begegnen, entweder indem das fehlende Organ selbst eingesetzt oder ein Sachwalter ernannt wird.<sup>65</sup> Ergreift das Gericht eine in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR aufgeführte Massnahmen, so bestimmt es die Einsatzdauer der eingesetzten oder ernannten Person (Art. 731b Abs. 2 OR) und verpflichtet zugleich die an einem Organisationsmangel lei-

<sup>56</sup> BGer 4A\_706/2012 vom 29. Juli 2013, E. 2.1.3; 4A\_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 3.1.4; *Schönbächler* (Fn. 12), 189. *Franco Lorandi*, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, *AJP* 11/2008, 1378 ff., 1384.

<sup>57</sup> Zum Ganzen: BGE 136 III 278, E. 2.2.2; 138 III 407, E. 2.4; 138 III 294, E. 3.1.4; BGer 4A\_439/2020 vom 5. Oktober 2020, E. 4.2; *von der Crone* (Fn. 26), N 1805.

<sup>58</sup> BGE 138 III 294, E. 3.3.3; BGer 4A\_161/2013 vom 28. Juni 2013, E. 2.2.1; 4A\_166/2016 vom 1. September 2016, E. 3.3.1; vgl. *Hans Caspar von der Crone*, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, *SJZ* 3/1993, 37 ff., 42 ff.; BGE 138 III 294, E. 3.3.3; BGer 4A\_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3.

<sup>59</sup> BGer 4A\_412/2020 vom 16. September 2020, E. 4.3.1; Urteil KG Zug ES 2019 328 vom 21. Januar 2020, E. 2.4 und E. 3.2.

<sup>60</sup> Vgl. BGE 142 III 629; 141 III 43; BGer 4A\_439/2020 vom 5. Oktober 2020; 4A\_166/2016 vom 1. September 2016.

<sup>61</sup> Vgl. *Schönbächler* (Fn. 12), 201 ff.

<sup>62</sup> BSK OR II-*Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 9), N 19 zu Art. 731b OR; *Schönbächler* (Fn. 12), 189 ff., 204.

<sup>63</sup> BGer 4A\_706/2012 vom 29. Juli 2013, E. 2.1.3; 4A\_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 3.1.4; *Schönbächler* (Fn. 12), 189.

<sup>64</sup> Siehe Fussnote 26.

<sup>65</sup> Zum Ganzen vgl. BSK OR II-*Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 9), N 21 zu Art. 731b OR.

dende Gesellschaft, die Kosten hierfür zu tragen und einen Kostenvorschuss zu leisten. So scheidet die richterliche Intervention faktisch nicht bereits daran, dass die eingesetzte Person ihre Wahl nicht annimmt, wenn die Kosten, resp. der Kostenvorschuss, durch die Gesellschaft nicht geleistet wird (Art. 731b Abs. 2 OR).<sup>66</sup>

### 3.2.2 Gerichtliche Ernennung eines Sachwalters

Das Gericht kann im Rahmen ihres weitreichenden Ermessens und aufgrund der im Organisationsmängelverfahren vorherrschenden Officialmaxime, stets eine andere als die durch den Gesuchsteller beantragte Massnahme anordnen.<sup>67</sup> Ernennet das Gericht aber einen Sachwalter, so kann dieser ins Handelsregister eingetragen werden, obwohl dieser Eintragung keine konstitutive Wirkung zukommt.<sup>68</sup>

Der vorliegende Entscheid zeigt exemplifikativ, dass die Gerichte grosse Zurückhaltung, bei der Ernennung eines Sachwalters üben, da der Organisationsmangel durch Einsetzung eines neuen Verwaltungsratsmitglieds oder einer Revisionsstelle und gleichzeitiger Ansetzung einer Mindesteinsatzdauer vielfach besser behoben und häufig die mildere Massnahme darstellen kann.<sup>69</sup> Indem C., wie auch die Revisionsstelle D. AG, bereits im Handelsregister eingetragen sind, ihre Wahl angenommen haben und bereits dieses Amt ausüben, stellt deren Einsetzung, resp. Bestätigung, die zielführende und somit verhältnismässigere Massnahme zur Behebung des Organisationsmangels dar, als dies mit der Einsetzung eines Sachwalters der Fall wäre.

### 3.2.3 Aufgaben, Kompetenzen, Vorteile und Berichterstattung des Sachwalters

Das Gericht kann zur Behebung eines Organisationsmangels als Sachwalter eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen einsetzen.<sup>70</sup> Die Aufgaben und Kompetenzen des Sachwalters werden im Gesetz nicht ausgeführt. Je nach Komplexität der Geschäfte der unter dem Organisationsmangel leidenden Gesellschaft sind an die Anforderungen des Sachwalters höhere Anforderungen zu stellen. Grundlegende juristische Kenntnisse und ein Minimum an wirtschaftlicher Denkfähigkeit scheinen unabdingbar.<sup>71</sup>

Der Sachwalter kann mit besonderen Aufgaben betraut werden und er kann äusserst vielseitige und umfangreiche Aufgaben, welche nicht zwingend mit der gesetzlichen Umschreibung des eingesetzten Organs (beispielsweise Art. 716a OR) übereinstimmen müssen, übernehmen.<sup>72</sup> Das Gericht wird hierzu die Rechte und Pflichten des Sachwalters in einem umfassenden Aufgabenkatalog zusammenfassen, um einen klaren Auftrag zur Behebung des Organisationsmangels erteilen zu können.<sup>73</sup> Es kann ebenfalls angeordnet werden, dass der Sachwalter dem Gericht regelmässig Bericht zu erstatten und Rechenschaft über seine Mandatsführung abzulegen hat, um die ordnungsgemässe Aufgabenerledigung zu gewährleisten.<sup>74</sup> Gewisse Lehrmeinungen vertreten die Ansicht, dass die Ernennung eines Sachwalters vorwiegend für kurze und begrenzte Einsätze sinnvoll ist oder wenn Sofort- bzw. Notmassnahmen das sofortige Handeln notwendig erscheinen lassen.<sup>75</sup>

Vorliegend besteht der Organisationsmangel der B. AG in der Nichtigkeit der Wahl des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle durch ungültig einberufene Generalversammlung vom 14. November 2019. Das Gericht hatte somit die Voraussetzungen für die gültige Wiederholung des Wahlgeschäfts zu schaffen, verbundenen mit der zwischenzeitlichen Behebung des Organisationsmangels. Dieses Ziel konnte ohne Weiteres durch die Einsetzung der hierfür bereits tä-

<sup>66</sup> Vgl. zum Ganzen: Botschaft GmbH (Fn. 18), 3233; vgl. *Stefan Bürge/Nicolas Gut*, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 7/2009, 157 ff., 162.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 140 III 349, Sachverhalt B.a; BGE 138 III 407, E. 2.3; *Schönbächler* (Fn. 12), 221.

<sup>68</sup> Vgl. *Markus Vischer*, Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters, HAVE 4/2017, 362 ff., 369 f.

<sup>69</sup> Urteil OG ZG Z2 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 6.1; BGE 136 III 278, E. 2.2.1; 135 III 121, E. 2; BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser (Fn. 9), N 21 zu Art. 731b OR; *Lukas Berger/David Rüetschi/Florian Zihler*, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, 1 ff., 19 f.

<sup>70</sup> *Schönbächler* (Fn. 12), 221.

<sup>71</sup> Vgl. zum Ganzen: *Schönbächler* (Fn. 12), 221.

<sup>72</sup> Vgl. *Schönbächler* (Fn. 12), 222 f.; a. M. *Vischer* (Fn. 68), 368 f.

<sup>73</sup> *Schönbächler* (Fn. 12), 222 f.

<sup>74</sup> BGR 4A\_717/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.

<sup>75</sup> *Schönbächler* (Fn. 12), 231; vgl. *Vischer* (Fn. 68), 368 f.; vgl. *Pierre-Alain Recordon*, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 1/2010, 1 ff., 4 f.

tigen Personen, der C. und der D. AG, behoben werden, ohne dass dazu ein Sachwalter mit umfassendem Aufgabenkatalog zu ernennen gewesen wäre. Die Einsetzung eines Sachwalters hätte einen substantziellen Mehraufwand verursacht, ohne einen Mehrwert zu schaffen. Pragmatisch dürfte das Gericht auch die Mehrheitsverhältnisse mit in Betracht gezogen haben, die eine Bestätigung der Wahl erwarten liess.

### 3.2.4 Verantwortlichkeit des Sachwalters und Beendigung des Mandats

Gemäss einem Teil der Lehrmeinung nimmt der Sachwalter eine Doppelstellung ein. Einerseits als Organ der Gesellschaft, ähnlich einem Liquidator, andererseits als öffentlich-rechtlich eingesetzter Funktionsträger. Bei einem schuldhaften und widerrechtlichen Verhalten ergibt sich eine allfällige persönliche Haftung des Sachwalters somit entweder aus Art. 754 ff. OR, wenn er als Organ betrachtet wird, oder aus den kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen.<sup>76</sup>

Der Sachwalter hat für die Wiederherstellung der rechtmässigen Organisation der Gesellschaft besorgt zu sein. Ist dieses Ziel erreicht, so ist er unseres Erachtens durch das Gericht, welches die Aufsicht über den Sachwalter ausübt, abzurufen. Das Gesetz enthält hierzu keine Ausführungen.<sup>77</sup> Wird der Organisationsmangel durch den Sachwalter behoben, so besteht dieser für eine gewisse Zeit neben dem ernannten Organ, beispielsweise dem Verwaltungsratsmitglied. Eine Abberufung durch das Gericht erscheint gerechtfertigt, obwohl ein grosser Teil der Lehre der Ansicht ist, dass dies nur möglich ist, wenn eine Berichterstattung des Sachwalters gegenüber dem Gericht angeordnet wurde. Der Sachwalter wird wohl aber darum bemüht sein, bei erledigter Aufgabe sich selbst an das Gericht zu wenden. Wurde der Organisationsmangel behoben und will der Sachwalter seine Position nicht abgeben, so bleibt wohl lediglich eine erneutes Vorgehen nach Art. 731b OR.<sup>78</sup>

### 3.2.5 Ernennung eines Sachwalters als Revisionsstelle

Weist die Gesellschaft einen Organisationsmangel hinsichtlich ihrer Revisionsstelle auf, so kann das Gericht zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands einen Sachwalter, also eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, einsetzen.<sup>79</sup> Aufgrund dessen wäre es unseres Erachtens möglich, dass der Sachwalter selbst als Revisor, nicht nur zur Bestellung eines solchen, eingesetzt wird.<sup>80</sup> In einer solchen Konstellation hätte die als Sachwalter eingesetzte Person die Voraussetzungen gemäss Revisionsaufsichtsgesetz<sup>81</sup> zu erfüllen und bedarf somit einer Zulassung der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (vgl. Art. 3 Abs. 1 RAG).

Vorliegend wurde für die nicht gültig gewählte Revisionsstelle D. AG kein Sachwalter als Revisionsstelle eingesetzt, sondern die am 18. Dezember 2019 eingetragene D. AG durch das Kantonsgericht bestätigt.<sup>82</sup> Dies erscheint unseres Erachtens sachgerecht. Die nicht genügend substantzierten Vorbringen von A., dass der Geschäftsführer der vormaligen Revisionsstelle bei der neuen Revisionsstelle tätig sein soll, lässt nicht vermuten, dass dieser als Mandatsleiter in gleicher Sache beschäftigt ist, was gemäss Wortlaut von Art. 730a Abs. 2 OR ohnehin nicht problematisch wäre, da diese Bestimmung formell nur auf die ordentliche Revision Anwendung findet. Des Weiteren, wurde die D. AG als Revisionsstelle am 18. Dezember 2018 bereits im Handelsregister eingetragen und ein Wechsel während des laufenden Geschäftsjahres kann nicht im Interesse des Verkehrsschutzes sein. Die Ernennung eines Sachwalters wäre in der vorliegenden Konstellation nicht zielführend und würde keinen Mehrwert schaffen. Sollte die eingesetzte, resp. gerichtlich bestätigte, Revisionsstelle D. AG ihren Pflichten nicht nachkommen, so kann die B. AG ohnehin an der nächsten ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlung eine neue Revisionsstelle bestellen. Auch die durch das Gericht angeordnete Mindesteinsatzdauer der D. AG von einem

<sup>76</sup> Vgl. zum Ganzen: *Schönbächler* (Fn. 12), 221, 225 f.; vgl. *Böckli* (Fn. 30), § 13 N 837.

<sup>77</sup> Vgl. *Schönbächler* (Fn. 12), 224, 229 f.

<sup>78</sup> Vgl. zum Ganzen: *Schönbächler* (Fn. 12), 229 f.

<sup>79</sup> Siehe hierzu oben in Ziff. IV.3.2.3.

<sup>80</sup> Gl. M. *Schönbächler* (Fn. 12), 221 ff., 242.

<sup>81</sup> Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG), SR 221.302.

<sup>82</sup> Urteil KG Zug ES 20109 328 vom 21. Januar 2020, E. 3.1 ff.

Jahr würde einem solchen Vorgehen nicht im Wege stehen.<sup>83</sup>

## V. Schlussbemerkungen

Die Ausführungen der Vorinstanzen veranschaulichen, dass bei Auslaufen der Amtszeit des Verwaltungsratsmandats dieses *eo ipso* mit dem Ablauf der Frist für die Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres, endet. Das Gesetz sieht weder eine stillschweigende Wiederwahl noch eine Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats bis zu einer Abwahl vor. Das Bundesgericht scheint dies vorliegend ein weiteres Mal, zumindest implizit, bestätigt zu haben.

Der vorliegende Entscheid ist bemerkenswert, da vom Bundesgericht deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass sich die Rechtsmittelinstanzen nach ständiger Praxis bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der ersten Instanz Zurückhaltung auferlegen, da im Rahmen von Art. 731b OR dem Gericht ein hinreichender Handlungsspielraum gewährt

wird, um eine im Einzelfall angemessene Massnahme treffen zu können. Das Kantonsgericht hat vorliegend die zielführenden und verhältnismässigen Massnahmen angeordnet, da aufgrund des Fehlens eines Verwaltungsrats sowie einer Revisionsstelle ein Organisationsmangel bei der Gesellschaft vorlag, welcher weder mittels Fristansetzung noch mittels Einsetzung eines Sachwalters hätte besser behoben werden können.

Besonders hervorzuheben ist sodann, dass die Gerichte klar ausführen, dass ein allfällig bestehender Interessenkonflikt eines Mitglieds des Verwaltungsrats nur in besonderen Konstellationen zu einer Dysfunktionalität des Organs und somit zu einem Organisationsmangel nach Art. 731b OR führen kann. Fachliche Unfähigkeiten oder missliebige Handlungen eines Organs können nicht durch eine gerichtliche Intervention mittels Art. 731b OR beseitigt werden. Hierfür stehen andere Rechtsbehelfe, wie beispielsweise die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, zur Verfügung.

<sup>83</sup> Vgl. zum Ganzen: Urteil OG Zug Z 2020 6 vom 10. Juni 2020, E. 8.3; Urteil KG Zug ES 20109 328 vom 21. Januar 2020, E. 3.2.