

Mangelhafte Organisation

Wie Gesellschaften ohne wirtschaftliche Krise in die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs geraten.



*Von Dr. Timo Fenner
Rechtsanwalt, MLaw UZH
Neupert Vuille Partners
Zürich*



*und Natalija Jovanovic, LL.M.
Rechtsanwältin, MLaw UZH
Neupert Vuille Partners
Zürich*

1. Ausgangslage

Eine wirtschaftlich gesunde Gesellschaft kann sich plötzlich in einem Verfahren wiederfinden, das im Extremfall mit ihrer Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs endet – und dies, obwohl weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung vorliegen. Auslöser sind oftmals unscheinbare organisatorische Versäumnisse: Das einzige Verwaltungsratsmitglied tritt zurück, ohne ersetzt zu werden. Die letzte in der Schweiz wohnhafte zeichnungsberechtigte Person verlegt ihren Wohnsitz ins Ausland. Es

fehlt ein Domizil. Oder ein Aktionärsstreit blockiert die Wahl eines neuen Verwaltungsrats. Wird in einer solchen Situation ein Schreiben des Handelsregisteramts nicht beachtet, kann dies weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen.

Stellt ein Aktionär, ein Gläubiger oder das Handelsregisteramt einen solchen Organisationsmangel fest, kann ein Organisationsmangelverfahren eingeleitet werden. Gelingt die Wiederherstellung der gesetzeskonformen Organisation nicht rechtzeitig, droht als Ultima

Ratio die Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs. Die Folge ist nicht bloss die Löschung eines Handelsregistereintrags, sondern die Verwertung des Gesellschaftsvermögens nach konkursrechtlichen Grundsätzen. Selbst wirtschaftlich gesunde Unternehmen können dadurch zerschlagen werden, obwohl kein Insolvenzgrund vorliegt. Besonders einschneidend ist, dass nach Eröffnung des Liquidationsverfahrens – anders als bei einem Konkurs infolge Insolvenz – eine nachträgliche Behebung des Or-

ganisationsmangels die Liquidation grundsätzlich nicht mehr verhindern kann. Die Tragweite eines Organisationsmangels wird deshalb häufig unterschätzt.

2. Organisationsmängel

Juristische Personen müssen jederzeit über die gesetzlich vorgeschriebene Organisation verfügen. Für die Aktiengesellschaft regelt Art. 731b Abs. 1 OR die zentralen Fallgruppen von Organisationsmängeln. Ein solcher liegt vor, wenn der Gesellschaft ein vorgeschriebenes Organ fehlt, ein solches nicht richtig zusammengesetzt ist oder die Gesellschaft an ihrem Sitz über kein Rechtsdomizil mehr verfügt (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1, 2 und 5 OR). Praktisch bedeutet das: kein Verwaltungsrat, kein erreichbares Domizil oder eine beschlussunfähige Generalversammlung.

Die richtige Zusammensetzung eines Gesellschaftsorgans umfasst nämlich auch dessen effektive Handlungsfähigkeit. Diese fehlt insbesondere bei dauerhaften Pattsituationen, etwa wenn sich zwei gleichstarke Aktionärsgruppen gegenseitig blockieren und kein neuer Verwaltungsrat gewählt werden kann. Wichtig ist zudem die Pflicht zur schweizerischen Vertretung gemäss Art. 718 Abs. 4 OR: Die Gesellschaft muss stets durch mindestens eine Person mit Schweizer Wohnsitz vertreten werden können. Dies wird in der Praxis teilweise übersehen, wenn Unternehmer ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen und keine vertretungsberechtigte Person in der Schweiz zurückbleibt.

Die häufigsten Fälle betreffen Domizilmängel, also Fälle, wo eine Gesellschaft an ihrem Rechtsdomizil nicht mehr erreichbar ist oder es nie war. So etwa, weil ihr keine Post zugestellt oder keine für das Unternehmen verantwortliche Person kontaktiert werden kann. Der Gesetzgeber reagierte damit insbesondere auf die zunehmende Verbreitung rein virtueller oder faktisch funktionsloser Domizilstrukturen. Besondere Risiken können auch dort entstehen, wo der Ort der faktischen Unternehmensleitung nicht zwingend mit dem Rechtsdomizil der Gesellschaft zusammenfällt und dieses durch einen Treuhänder oder Domizilhalter betreut wird, da Versäumnisse des Treuhänders oder

Domizilhalters ihre Konsequenzen letztlich bei der Gesellschaft zeitigen.

Ein Organisationsmangel liegt sodann vor, wenn die Gesellschaft das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen nicht ordnungsgemäss führt oder wenn Inhaberaktien weder börsenkotiert noch als Bucheffekten ausgestaltet sind.

3. Einleitung des

Organisationsmangelverfahrens

Das nichtstreitige Organisationsmangelverfahren nach Art. 939 OR beginnt beim Handelsregisteramt. Stellt dieses fest, dass eine im Handelsregister eingetragene Rechtseinheit einen Organisationsmangel aufweist, hat es die Gesellschaft von Amtes wegen aufzufordern, den rechtmässigen Zustand innert Frist wiederherzustellen. Die Aufforderung muss schriftlich erfolgen, kurz begründet werden und die erforderlichen Handlungen aufführen. Wird der Organisationsmangel nicht fristgerecht behoben, hat das Handelsregisteramt den Fall an das zuständige Gericht zu überweisen. Da ab diesem Zeitpunkt die Verfahrensleitung beim Gericht liegt, sollte die betroffene Rechtseinheit von nun an nicht mehr ausschliesslich mit dem Handelsregisteramt kommunizieren, ohne gleichzeitig auch das Gericht zu informieren. Insbesondere muss der Nachweis über die Mangelbehebung nun gegenüber dem Gericht erbracht werden. Ein typischer Fehler: Die Gesellschaft stellt ihr Domizil wieder her, teilt dies dem Handelsregisteramt mit, informiert jedoch das Gericht nicht darüber und erhält deshalb kurz darauf trotzdem einen Auflösungsentscheid.

Davon zu unterscheiden ist das Streitige Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b OR. Dieses wird unmittelbar durch einen Aktionär oder Gläubiger der Gesellschaft mittels Gesuchs beim zuständigen Gericht eingeleitet. Eine vorgängige Aufforderung durch das Handelsregisteramt ist nicht erforderlich. Die Gesuchsteller verfügen dabei über Parteistellung und entsprechende Verfahrensrechte, was insbesondere bei Aktionärskonflikten von Bedeutung sein kann. Das durch das Handelsregisteramt eingeleitete Verfahren stellt hingegen ein Einparteien-

verfahren dar. Partei ist grundsätzlich nur die betroffene Gesellschaft. Weder das Handelsregisteramt noch Gläubiger oder Aktionäre verfügen über Parteistellung. Wenn ein betroffener Dritter von einem solchen Verfahren Kenntnis erlangt, kann er sich unter gegebenen Voraussetzungen als Nebenintervenient nach Art. 74 ZPO konstituieren und sich aktiv am Prozess beteiligen.

4. Folgen des

Organisationsmangelverfahrens und mögliche Rettungsmassnahmen

Unabhängig davon, auf welchem Weg das Verfahren eingeleitet wird, verfügt das Gericht über die gleichen materiellen Eingriffsmöglichkeiten sowie einen erheblichen Ermessensspielraum. Es kann der Gesellschaft gemäss Art. 731b Abs. 1bis OR insbesondere unter Androhung der Auflösung (erneut) eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ansetzen oder gegebenenfalls fehlende Organe oder Sachwalter ernennen. Bleiben diese Massnahmen wirkungslos, ordnet das Gericht als Ultima Ratio die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an (Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR). Die Auflösung kann nur angeordnet werden, wenn mildere Massnahmen erfolglos geblieben sind oder offensichtlich aussichtslos erscheinen. Schliesslich kann das Organisationsmangelverfahren für verantwortliche Personen nicht unerhebliche Kostenfolgen mit sich bringen und Bussen verursachen (Art. 940 OR).

Ein häufiger Irrtum besteht darin, die eigentliche Gefahr erst in der Liquidation zu sehen. Tatsächlich liegt der entscheidende Wendepunkt regelmässig bereits mit der Rechtskraft des gerichtlichen Auflösungsentscheids vor. Bis zu diesem Zeitpunkt bestehen grundsätzlich noch Möglichkeiten, den Organisationsmangel zu beheben, gerichtliche Fristen einzuhalten oder Rechtsmittel gegen den Auflösungsentscheid zu ergreifen. Die Beschwerdefrist beträgt nur 10 Tage. Mit Rechtskraft des Entscheids verändert sich die Situation grundlegend, der Handlungsspielraum schränkt sich nun erheblich ein. Die Verfügungsmacht über die Gesellschaftsaktiven geht weitgehend auf die Kon-

kursorgane über und die bisherigen Organe verlieren ihre Kontrolle über die Gesellschaft. Es folgen Inventarisierung, Sicherungsmassnahmen und Verwertungshandlungen. Möglich bleibt dann noch die Beschwerde gegen einzelne Handlungen der Konkursorgane nach Art. 17 SchKG, etwa gegen Sicherungs-, Inventarisierungs- oder Verwertungsmassnahmen.

Im Unterschied zum ordentlichen Konkursverfahren kennt das Organisationsmangelverfahren keine Möglichkeit zum Konkurswiderruf. Gemäss Bundesgericht kann ein rechtskräftiger Auflösungsentscheid nach Art. 731b OR auch dann nicht widerrufen werden, wenn der Organisationsmangel nachträglich behoben worden ist (BGE 141 III 43, E. 2.5.5). Eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG, welcher im ordentlichen Konkursverfahren den Widerruf ermöglicht, wird ausdrücklich abgelehnt. Art. 731b OR wurde primär eingeführt, um eine einheitliche Ordnung für die Behebung organisatorischer Mängel zu schaffen und sogenannte «Registerleichen», d.h. handlungsunfähige oder inaktive Gesellschaften, zu beseitigen. Im Fokus des Gesetzgebers standen nicht wirtschaftlich gesunde und operativ tätige Unternehmen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung führt jedoch dazu, dass auch

solche Gesellschaften, trotz Behebung des Organisationsmangels, endgültig liquidiert werden müssen.

Von besonderer praktischer Relevanz sind Organisationsmangelverfahren in internationalen Konstellationen. Viele Gesellschaften verfügen über Vermögenswerte im Ausland, insbesondere Immobilien, Beteiligungen oder Bankkonten. Die Organisationsmangelliquidation einer Gesellschaft in der Schweiz entfaltet dort jedoch nicht automatisch Wirkung. Besitzt die Gesellschaft beispielsweise Immobilien im Ausland, kann das schweizerische Konkursamt nicht ohne Weiteres darüber verfügen. Seine hoheitlichen Befugnisse sind grundsätzlich auf die Schweiz beschränkt, weshalb Verwertungshandlungen im Ausland regelmässig die Anerkennung oder Mitwirkung der zuständigen Behörden voraussetzen. Hinzu kommt, dass zahlreiche Rechtsordnungen kein funktionales Äquivalent zur schweizerischen Organisationsmangelliquidation kennen. Die Anerkennung des schweizerischen Verfahrens ist deshalb keineswegs selbstverständlich und kann je nach Rechtsordnung verweigert werden. Dies kann den Zugriff auf ausländische Vermögenswerte erheblich erschweren oder sogar verunmöglichen.

5. Fazit

Eine Gesellschaft kann aufgrund eines Organisationsmangels liquidiert werden, obwohl sie profitabel ist und keinerlei Schulden aufweist. Wer glaubt, einen eingetretenen Schaden durch die nachträgliche Behebung des Organisationsmangels noch abwenden zu können, irrt: Gemäss Bundesgericht ist der Auflösungsentscheid nach Art. 731b OR grundsätzlich unwiderruflich. Die zugrundeliegenden Organisationsmängel entstehen in der Praxis häufig un bemerkt und werden oft erst erkannt, wenn bereits ein Verfahren eingeleitet worden ist. Die Fristen sind kurz, die Folgen weitreichend und die rechtlichen Zusammenhänge komplex. Gesellschaften sind daher gut beraten, ihre Organisationsstruktur regelmässig zu überprüfen und behördliche Aufforderungen umgehend ernst zu nehmen. Ist bereits ein Organisationsmangelverfahren hängig oder droht ein solches, empfiehlt sich eine frühzeitige rechtliche Prüfung der Handlungsoptionen.

fenner@nplaw.ch
jovanovic@nplaw.ch
www.nplaw.ch

Frühzeitig handeln

Eine Gesellschaft kann aufgrund eines Organisationsmangels liquidiert werden, obwohl sie profitabel ist und keinerlei Schulden aufweist. Wer glaubt, einen eingetretenen Schaden durch die nachträgliche Behebung des Organisationsmangels noch abwenden zu können, irrt.

Gesellschaften sind daher gut beraten, ihre Organisationsstruktur regelmässig zu überprüfen und behördliche Aufforderungen umgehend ernst zu nehmen. Ist bereits ein Organisationsmangelverfahren hängig oder droht ein solches, empfiehlt sich eine frühzeitige rechtliche Prüfung der Handlungsoptionen.