

SwissBoardForum 3 | 2021

Stefanie Meier-Gubser / August 2021

Organisationspflicht des VR

ORGANISATIONSMANGEL Die Festlegung der Organisation der Gesellschaft gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Mängel in der Organisation können zur gerichtlichen Auflösung und zur konkursrechtlichen Liquidation der Gesellschaft führen.

Ein Organisationsmangel liegt vor, wenn Organe und Vertretung eines Unternehmens nicht rechtskonform bestellt, Aktienbuch und Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss geführt oder unerlaubterweise Inhaberaktien ausgegeben sind. Falls der Mangel nicht rechtzeitig behoben wird, führt dies zur konkursamtlichen Liquidation des Unternehmens.

In der Schweiz werden jährlich rund 2'000 Konkursverfahren wegen Organisationsmängeln eröffnet.¹ In rund 2'000 Fällen stellen Unternehmen also trotz Aufforderung ihren rechtmässigen Zustand nicht wieder her und werden daher gerichtlich aufgelöst und nach den Vorschriften über den Konkurs liquidiert. Im Kanton Zug waren im letzten Jahr fast die Hälfte (46 Prozent) der Konkurseröffnungen auf einen Organisationsmangel zurückzuführen.²

Da der Verwaltungsrat für die Organisation der Gesellschaft verantwortlich ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR), kann eine nicht rechtmässige Organisation gegebenenfalls zur zivil- und strafrechtlichen Haftung der Verwaltungsräte resp. des Unternehmens führen.

1. Organisationsmangel

Das Gesetz (Art. 731b OR) definiert den Organisationsmangel als

- Fehlen eines vorgeschriebenen Organs (Ziff. 1),
- nicht richtige Zusammensetzung eines vorgeschriebenen Organs (Ziff. 2),
- nicht vorschriftsmässige Führung des Aktienbuchs oder des Verzeichnisses über die wirtschaftlich berechtigten Personen (Ziff. 3),
- unzulässige Ausgabe von Inhaberaktien (Ziff. 4) oder
- Fehlen eines Rechtsdomizils am Sitz der Gesellschaft (Ziff. 5).

Die Regeln über die Organisationsmängel gelten nicht nur für die Aktiengesellschaft, sondern mutatis mutandis auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 819 OR), die Genossenschaft (Art. 908 OR), den Verein (Art. 69c ZGB), die Stiftung (Art. 83d ZGB) und die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (Art. 112 KAG). Sie alle müssen vor allem aus Gründen des Verkehrsschutzes rechtmässig organisiert sein.

¹ Bundesamt für Statistik, Eröffnung von Konkursverfahren nach Grossregionen und Kantonen

² Konkursstatistik ZG 2020, abrufbar unter

<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/direktionssekretariat/aktuell/konkursstatistik-2020-gleiche-anzahl-konkurseroeffnungen-wie-im-vorjahr> (letztmals besucht: 3. August 2021)

Es geht dabei in erster Linie darum, die Funktions- und Handlungsfähigkeit der Unternehmen sicherzustellen. Die vorliegenden Ausführungen fokussieren auf die Organisation der Aktiengesellschaft.

Fehlen oder unrichtige Zusammensetzung eines Organs

Das Fehlen eines vorgeschriebenen Organs resp. dessen unrichtige, sprich mangelhafte Zusammensetzung stellt sozusagen den klassischen Fall des Organisationsmangels dar. Von der Bestimmung werden gemäss herrschender Meinung nur gesetzlich, nicht aber statutarisch vorgeschriebene Organe umfasst.

Von Gesetzes wegen vorgeschriebene Organe der privaten Aktiengesellschaft sind die Generalversammlung (Art. 698 OR), der Verwaltungsrat (Art. 707 OR, inkl. VR-Präsident, wobei die dessen Bestellung beim Einpersonen-VR erübrigt) und die Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR – ausser bei gültigem Opting-out). Ebenfalls zu den vorgeschriebenen Organen gehören bei börsenkotierten Gesellschaften der Vergütungsausschuss und auch der unabhängige Stimmrechtsvertreter. (Letzterer ist nach neuem Aktienrecht in Einzelfällen in Zukunft auch bei privaten Aktiengesellschaften vorgesehen.)

Fehlt einer AG (zum Beispiel aufgrund einer Demission oder ersatzlosen Abwahl) der Verwaltungsrat, einer GmbH die Geschäftsführung oder einer Genossenschaft die Verwaltung, liegt offensichtlich ein Organisationsmangel vor; dem Unternehmen fehlt das obligatorische Exekutivorgan. Praktisch ebenfalls relevant sind Fälle, in denen dem Unternehmen ohne gültiges Opting-out die Revisionsstelle fehlt. Nicht gesetzmässig zusammengesetzt und daher mit einem Organisationsmangel behaftet ist sodann beispielsweise die Verwaltung einer Genossenschaft, die nicht mindestens aus drei Personen besteht (Art. 893 Abs. 1 OR). Umstritten ist, ob eine dauernde Pattsituation im Aktionariat einen Organisationsmangel darstellt, oder ob sie allenfalls lediglich zu einem Organisationsmangel führen kann, weil beispielsweise keine Revisionsstelle gewählt wird.

Organisationsmängel können sodann durch eine fehlende Zeichnungs- und Vertretungsberechtigung des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans auftreten. So muss beispielsweise gemäss Aktienrecht die Gesellschaft jederzeit durch eine Person (Verwaltungsrat oder Geschäftsführer) vertreten werden können, die Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 718 Abs. 4 OR).

Mangelhaftes Führen von Aktienbuch und Verzeichnis über wirtschaftlich Berechtigte

Die Aktiengesellschaften sind gesetzlich verpflichtet ein Aktienbuch über die Eigentümer (Aktionäre) und Nutzniesser (Art. 686 Abs. 1 OR) sowie ein Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697 Abs. 1 OR) zu führen. Aktienbuch und Verzeichnis müssen Name und Adresse der jeweiligen Personen enthalten. Aktienbuch und Verzeichnis müssen so geführt werden, dass ein vertretungsberechtigtes VR-Mitglied oder ein vertretungsberechtigter Direktor dazu Zugang hat, soweit das Verzeichnis nicht von einem Finanzintermediär geführt wird (Art. 718 Abs. 4 OR). Zudem muss sichergestellt sein, dass in der Schweiz jederzeit auf das Aktienbuch und das Verzeichnis zugegriffen werden kann (Art. 747 Abs. 2 OR).

Werden die gesetzlichen Vorschriften über die Führung des Aktienbuchs und des Verzeichnisses über die wirtschaftlich berechtigten Personen verletzt, liegt neu ebenfalls ein Organisationsmangel vor.

Unzulässige Ausgabe von Inhaberaktien

Seit dem 1. Mai 2021 sind bei Aktiengesellschaften Inhaberaktien nur noch in zwei Fällen erlaubt: Erstens, wenn die Gesellschaft Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat, oder zweitens, wenn die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes (BEG) ausgestaltet sind (Art. 622 Abs. 1^{bis} OR). Diese Vorschrift hat per Ende April 2021 zur faktischen Abschaffung der Inhaberaktie bei privaten Aktiengesellschaften geführt.

Inhaberaktien von privaten Gesellschaften, die dem Handelsregisteramt nicht gemeldet hatten, dass diese als Bucheffekten ausgestaltet waren, wurden mit entsprechender Änderung im Handelsregister per 1. Mai 2021 von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt. Die betroffenen Gesellschaften müssen ihre Statuten (in einem öffentlich zu beurkundenden GV-Beschluss) anpassen und die Anpassung dem Handelsregisteramt melden. Das Handelsregisteramt weist jede Eintragung einer Statutenänderung in das Handelsregister zurück, solange diese Anpassung vorgenommen worden ist. Zudem liegt in diesen Fällen aufgrund der expliziten gesetzlichen Regelung ein Organisationsmangel vor.

Fehlen eines Rechtsdomizils

Die im Handelsregister eingetragenen Rechtseinheiten müssen an ihrem Sitz über eine Adresse verfügen, unter der sie erreicht werden können (Rechtsdomizil, Art. 2 Bst.b HRegV). Hat das Unternehmen an seinem Sitz kein Rechtsdomizil mehr, liegt seit 2021 automatisch ein Organisationsmangel vor.

2. Das Verfahren

Liegt ein Organisationsmangel vor, können Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft dem zuständigen Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Das Gericht kann insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen oder direkt die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.

Stellt das Handelsregisteramt im nichtstreitigen Verfahren einen Organisationsmangel fest, fordert es das entsprechende Unternehmen auf, den Mangel innert Frist zu beheben. Wird der Mangel nicht innert der vom Handelsregisteramt gesetzten Frist behoben, überweist das Amt die Angelegenheit dem zuständigen Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen (Art. 939 Abs. 2 OR), die regelmässig – evtl. nach gerichtlicher Ansetzung einer erneuten Frist – in der Auflösung der Gesellschaft und der konkursamtlichen Liquidation bestehen wird. Bei Stiftungen und Rechtseinheiten nach Kollektivanlagegesetz überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit der entsprechenden Aufsichtsstelle.

Für das Organisationsmangelverfahren gelten die prozessualen Vorschriften über das summarische Verfahren (Art. 250 Bst. c ZPO). Es wird durch ein entsprechendes Gesuch beim zuständigen Gericht eingeleitet. Das Unternehmen kann – unter entsprechenden Kostenfolgen - den Organisationsmangel auch noch im Gerichtsverfahren beheben.

3. Haftung

Zivilrechtlich

Die Mitglieder des Verwaltungsrats (und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen) haften gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Ist der Organisationsmangel also auf eine vom Verwaltungsrat absichtlich oder fahrlässig verschuldete Pflichtverletzung zurückzuführen und verursacht er bei der Gesellschaft, bei den Aktionären oder den Gläubigern einen Schaden, dann kann

jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrats zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Strafrechtlich

Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen, das wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden kann, wird die Straftat dem Unternehmen zugerechnet, das mit einer Busse bis zu fünf Millionen Franken bestraft werden kann (Art. 102 Abs. 1 StGB).

Wenn es sich dabei um eine Straftat handelt im Bereich

- krimineller und terroristischer Organisationen (Art. 260^{ter} StGB),
- Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinqües} StGB),
- Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB),
- Beamtenbestechung (Art. 322^{ter} StGB),
- Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinqües} StGB),
- Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} StGB) oder
- Privatbestechung (Art. 322^{octies} StGB)

wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn ihm vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern (Art. 102 Abs. 2 StGB).

4. Organisationspflicht des VR

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, das Unternehmen rechtskonform zu organisieren und die Unternehmensorganisation regelmässig zu überprüfen und wenn nötig anzupassen.

Die allgemeine Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats (Art. 717 OR) sowie seine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe, die Unternehmensorganisation festzulegen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR), ist auch vor dem Hintergrund des Organisationsmangels und seiner gegebenenfalls einschneidenden Folgen (Art. 731b OR i.V.m. Art. 939 OR) sowie der Strafbarkeit des Unternehmens (Art. 102 StGB) zu sehen.