



Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR

Prozessrechtliche Aspekte

BENJAMIN DOMENIG*

CLAUDIO GÜR**



Zeitgleich mit der Modernisierung des Handelsregisterrechts wurde das Organisationsmangelverfahren neu gegliedert. Das von den Handelsregisterämtern auszulösende Organisationsmangelverfahren findet seine Grundlage nicht mehr in Art. 731b OR, sondern neu in Art. 939 OR. Damit gibt es neu zwei verschiedene Organisationsmangelverfahren: Einerseits das streitige Organisationsmangelverfahren, das von einem Aktionär oder einem Gläubiger eingeleitet wird (Art. 731b OR). Andererseits das nicht streitige Organisationsmangelverfahren, das vom Handelsregisteramt an das Gericht überwiesen wird (Art. 939 OR). Letzteres ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dies hat die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Konsequenz, dass neu die Handelsgerichte nicht mehr für Organisationsmangelverfahren zuständig sind, wenn das Verfahren durch Überweisung des Handelsregisteramts eingeleitet wird.

En parallèle à la modernisation du droit du registre du commerce, la procédure en cas de carences dans l'organisation a été restructurée. Désormais, la procédure déclenchée par les offices du registre du commerce ne se fonde plus sur l'art. 731b CO, mais sur l'art. 939 CO. Ainsi, il existe désormais deux procédures en cas de carence dans l'organisation : d'une part, la procédure contentieuse engagée par un actionnaire ou un créancier (art. 731b CO). D'autre part, la procédure non contentieuse, transmise au tribunal par l'office du registre du commerce (art. 939 CO). Cette dernière relève de la juridiction gracieuse. Cela a une conséquence non voulue par le législateur : désormais, les tribunaux de commerce ne sont plus compétents pour les procédures en cas de carences d'organisation lorsque l'affaire a été transmise par l'office du registre du commerce.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
- III. Organisationsmangel
 - A. Vorliegen und Behebung eines Organisationsmangels
 - B. Behebung des Organisationsmangels durch einen Aktionärsbindungsvertrag oder infolge Gütertrennung
- IV. Sachliche Zuständigkeit
 - A. Aktionär und Gläubiger als Gesuchsteller
 - B. Überweisung durch das Handelsregisteramt
 - 1. Freiwillige Gerichtsbarkeit
 - 2. Keine Zuständigkeit des Handelsgerichts
- V. Örtliche Zuständigkeit
 - A. Aktionär und Gläubiger als Gesuchsteller (streitiges Verfahren)
 - B. Überweisung durch das Handelsregisteramt (nicht streitiges Verfahren)
- VI. Verfahrensart
- VII. Officialgrundsatz und Untersuchungsgrundsatz
- VIII. Verfahrensparteien
 - A. Gesuch von einem Aktionär oder einem Gläubiger
 - 1. Aktiv- und Passivlegitimation
 - 2. Rechtsbegehren
 - B. Überweisung durch das Handelsregisteramt
- IX. Streitgenössische Nebenintervention
 - A. Im streitigen Verfahren
 - B. In der nicht streitigen (freiwilligen) Gerichtsbarkeit

- X. Vereinigung und Trennung von Organisationsmangelverfahren
- XI. Beweislast
- XII. Streitwert
- XIII. Vorsorgliche Massnahme
- XIV. Kostenverlegung
- XV. Rechtsmittel
 - A. Entscheid eines erstinstanzlichen, kantonalen Gerichts
 - B. Entscheid des Handelsgerichts
 - C. Legitimation
- XVI. Anwaltsrechtlicher Exkurs: Interessenkonflikt des Anwalts?
- XVII. Zusammenfassung und Fazit

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beleuchtet einzelne prozessuale Aspekte des Organisationsmangelverfahrens. In der Praxis zeigt sich, dass das Organisationsmangelverfahren einerseits ein Massengeschäft ist.¹ Dies nämlich dann, wenn das Organisationsmangelverfahren vom Handelsregisteramt eingeleitet wird und auf die Auflösung einer ohnehin nicht mehr intakten Gesellschaft hinausläuft. Andererseits sehen sich die Parteien und Gerichte mit prozessualen Hürden konfrontiert. Insbesondere Fragen der Parteistellung, der anwendbaren Verfahrensmaximen und deren Konsequenzen bereiten Schwierigkeiten. Die

* BENJAMIN DOMENIG, M.A. HSG, Rechtsanwalt, Domenig & Partner Rechtsanwälte AG.

** CLAUDIO GÜR, M.A. HSG, Rechtsanwalt, Domenig & Partner Rechtsanwälte AG. Die Autoren danken Frau Rechtsanwältin Chantal Lutz und Frau MLaw Florence Schmid für die wertvollen Rückmeldungen zum vorliegenden Beitrag.

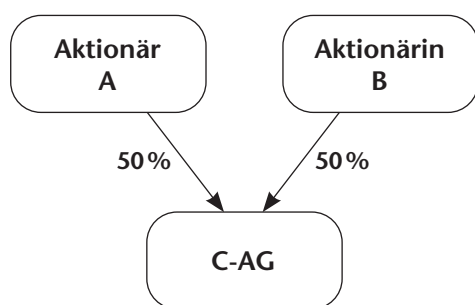
¹ LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, in: Reprax 1/2012, 1 ff., 2.

Gerichte beantworten diese Fragen unterschiedlich. Die unterschiedlichen kantonalen sachlichen Zuständigkeiten und die unterschiedliche Praxis bei der Berechnung des Streitwertes tragen zur Erhöhung der Komplexität von Organisationsmangelverfahren bei.

Die bisherige Rechtsgrundlage der Organisationsmangelverfahren erfährt im laufenden Jahr gleich zwei Änderungen innert weniger Monate: Zunächst per 1. Januar 2021 und nochmals per 1. Mai 2021. Die wichtigste Änderung erfährt das Organisationsmangelverfahren durch das per 1. Januar 2021 in Kraft gesetzte modernisierte Handelsregisterrecht. Die Rechtsgrundlage für die Handelsregisterämter zum Vorgehen bei Organisationsmängeln ist nicht mehr Art. 731b OR, sondern neu Art. 939 OR. Damit gibt es neu zwei verschiedene Organisationsmangelverfahren: Einerseits das streitige Organisationsmangelverfahren, das ein Aktionär oder ein Gläubiger einleitet (Art. 731b OR). Andererseits das nicht streitige Organisationsmangelverfahren, das vom Handelsregisteramt an das Gericht überwiesen wird (Art. 939 OR). Letzteres ist Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dies hat die vom Gesetzgeber nicht bedachte Konsequenz, dass neu die Handelsgerichte nicht mehr für Organisationsmangelverfahren zuständig sind, wenn das Verfahren in Anwendung von Art. 939 OR durch Überweisung des Handelsregisteramts eingeleitet wird.

II. Ausgangslage

Anhand des folgenden Fallbeispiels sollen Fragestellungen beleuchtet werden, die sich im Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b revOR stellen.



Aktionär A und Aktionärin B halten jeweils 50% der Aktien der C-AG. B ist Verwaltungsratspräsidentin der C-AG mit Kollektivunterschrift zu zweien. A ist Mitglied des Verwaltungsrats und ebenfalls mit Kollektivunterschrift zu zweien zeichnungsberechtigt.

A und B haben sich zerstritten und können keine Einigung über die Gesellschaft betreffende Themen mehr fin-

den. Beide sind nach wie vor im Handelsregister als Verwaltungsräte eingetragen. Ihre jeweilige Amtsperiode ist jedoch abgelaufen und sie haben sich an der letzten Generalversammlung der C-AG gegenseitig die Wiederwahl verweigert. Durch Ablauf ihrer Amtszeit sind die beiden Aktionäre keine Verwaltungsräte der C-AG mehr.

Die Ausgangslage wird anhand der ab dem 1. Mai 2021 geltenden Version von Art. 731b revOR beurteilt:²

¹ 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.

^{1bis} 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.

III. Organisationsmangel

Im Hinblick auf die in Ziff. II geschilderte Ausgangslage ist zu prüfen, ob vorliegend ein Organisationsmangel vorliegt und wenn ja, ob sich der Organisationsmangel mittels Gesuchs i.S.v. Art. 731b revOR beheben lässt.

A. Vorliegen und Behebung eines Organisationsmangels

Ein Organisationsmangel einer Aktiengesellschaft liegt nach Art. 731b Abs. 1 revOR vor, wenn der Gesellschaft ein zwingendes Organ fehlt, ein solches nicht richtig zusammengesetzt ist oder die Gesellschaft an ihrem Sitz kein Rechtsdomizil mehr hat. Ab dem 1. Mai 2021 liegt neu ein Organisationsmangel auch dann vor, wenn die Gesellschaft Inhaberaktien ausgegeben hat, die nicht an

² Am 1. Januar 2021 trat eine neue Version von Art. 731b OR in Kraft. Am 1. Mai 2021 tritt wiederum eine neue Version dieses Artikels in Kraft, wobei die ab 1. Mai 2021 geltende Version vorwiegend strukturelle Änderungen erfährt.

einer Börse kotiert oder als Bucheffekten ausgestaltet sind oder wenn die Gesellschaft das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führt (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 und 4 revOR). In Bezug auf die beschriebene Ausgangslage (oben II.) gibt Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 revOR Anlass zur Diskussion. Diese Bestimmung fordert die richtige Zusammensetzung der Organe.

Die richtige Zusammensetzung der Organe soll auch die Handlungsfähigkeit der Organe einschliessen. Umstritten ist diesbezüglich, ob eine Pattsituation im Aktionariat als sog. «Dead Lock» einen Organisationsmangel darstellt, oder ob lediglich die Folgen davon, beispielsweise fehlende Organe, einen Organisationsmangel darstellen.³

Das Bundesgericht hat sich nicht direkt zur Frage, ob eine Pattsituation an sich einen Organisationsmangel darstellt, geäussert.⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung liegt ein Organisationsmangel erst dann vor, wenn eine Pattsituation dazu führt, dass entweder der Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle nicht mehr gewählt wird oder gewählt werden kann.⁵ In diesem Fall kann nicht nur das fehlende Organ, sondern die Pattsituation selber einen Organisationsmangel darstellen. Allerdings muss die Pattsituation von *dauernder Natur* sein. Erst wenn die Generalversammlung infolge der Pattsituation anhaltend handlungsunfähig ist und die Aktionäre selbst nicht (mehr) in der Lage sind, den Organisationsmangel zu beheben, ist das Vorliegen eines Organisationsmangels zu

bejahen. Auch das Bundesgericht befürwortet Massnahmen, welche auf die Veränderung des Aktionariats abzielen, soweit diese zur Behebung des Organisationsmangels führen.⁶ Nur so lassen sich Eingriffe in die Zusammensetzung des Aktionariats beispielsweise mittels einer Versteigerung begründen. Würde lediglich das formell mangelhafte Organ und nicht dessen Ursache den Organisationsmangel darstellen, so müsste sich das Gericht im Sinne der Verhältnismässigkeit und der schonenden Rechtsausübung mit der Ernennung des fehlenden Organs begnügen oder, wenn dies nicht möglich ist, auf Auflösung und Liquidation der Gesellschaft erkennen.

Gemäss der dargelegten Ausgangslage (oben II.) konnte infolge der Pattsituation zwischen den beiden Aktionären kein Verwaltungsrat gewählt werden. Der Verwaltungsrat ist somit nicht ordnungsgemäss bestellt, weshalb ein Organisationsmangel vorliegt.⁷ Die Aktionäre haben somit (neben den Gläubigern der Gesellschaft) die Möglichkeit, das Gericht um Behebung des Organisationsmangels zu ersuchen.⁸

B. Behebung des Organisationsmangels durch einen Aktionärsbindungsvertrag oder infolge Gütertrennung

Oftmals haben die Eigentümer einer Gesellschaft organisationsrechtliche Vereinbarungen getroffen, insbesondere mittels eines Gesellschafter- oder Aktionärsbindungsvertrags. In anderen Fällen gibt es gesetzliche Ansprüche der Parteien, die geeignet sind, die Pattsituation zu beheben, wie beispielsweise eine güterrechtliche Auseinandersetzung. In diesen Fällen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen Rechtsgrundlagen und der Grundlage in Art. 731b revOR.

Das Bundesgericht hielt fest, es sei nicht Aufgabe des Gerichts, gestützt auf Art. 731b revOR Organisationsmängel zu beheben, welche die Gesellschaft bzw. die Aktionäre selbst beseitigen könnten.⁹ Wenn ein Aktionärsbindungsvertrag Regelungen vorsieht, die tauglich sind, eine Pattsituation zwischen den Aktionären zu beheben, dann ist die Pattsituation selber nicht als Organisationsmangel zu werten, weil die Aktionäre selber in der Lage sind, diesen zu beheben. Dies ergibt sich aus der Subsidiarität des Rechtsbehelfs von Art. 731b revOR.

Beinhaltet der Aktionärsbindungsvertrag Regelungen zur Besetzung des Verwaltungsrats, so ist eine Einset-

³ Die Pattsituation an sich als Organisationsmangel sehen: BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 6, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Autor); a.M. ANDREAS BOHRER/ANGELA KUMMER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-Verfasser), Art. 731b OR N 42.

⁴ A.M. BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 6 mit Verweis auf BGE 138 III 294 E. 3.1.5 und die Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002, 3148 ff., 3232. Allerdings stellt das Bundesgericht im zitierten Entscheid nicht fest, dass die Pattsituation einen Organisationsmangel darstellt, sondern lediglich, dass diese den Organisationsmangel verursacht, und schlägt vor, auch eine Behebung der Ursache des Organisationsmangels in Betracht zu ziehen.

⁵ Im BGE 140 III 349 E. 2.1 = Pra 104 (2015), Nr. 3 zugrundeliegenden Sachverhalt lag ein Mangel in der Organisation vor, weil eine anhaltende Blockierung im Aktionariat die Wahl eines Organs verhinderte. Im Umkehrschluss ist daraus abzuleiten, dass eine Pattsituation, die nicht oder noch nicht zur Verhinderung der Wahl eines Organs geführt hat, keinen Mangel in der Organisation darstellt.

⁶ BGE 138 III 294 E. 3.3.3.

⁷ BGer, 4A_235/2013, 27.5.2014, E. 2.1 und 2.8.

⁸ Vgl. zu den möglichen Rechtsbehelfen unten VIII./A./2.

⁹ BGer, 4A_439/2020, 5.10.2020, E. 4.4.

zung des Verwaltungsrats gestützt auf Art. 731b revOR im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzulehnen, weil die Aktionäre durch Vollstreckung des Aktionärsbindungsvertrags selber die Einsetzung eines Verwaltungsrats erwirken können. Wenn in solchen Fällen gestützt auf Art. 731b revOR eine vorsorgliche Massnahme beantragt wird, so ist zwar die vorsorgliche Massnahme bei gegebenen Voraussetzungen zu gewähren, jedoch gründet der Anspruch nicht auf Art. 731b revOR, sondern auf der entsprechenden (aktionärsbindungs-)vertraglichen Regelung.¹⁰

Dasselbe hat zu gelten, wenn zwischen den Aktionären eine eherechtliche Gütertrennung ansteht. Wenn die Aktionäre die Pattsituation mittels Durchsetzung ihrer Ansprüche aus Güterrecht beheben können, sind die Aktionäre selber in der Lage, diesen Organisationsmangel zu beheben. Deshalb hat sich das Gericht auf die Einsetzung der fehlenden Organe zu beschränken, denn der Organisationsmangel liegt nur in deren Fehlen.

Das Gericht muss der dargelegten Subsidiarität Rechnung tragen. Dafür hat es im Organisationsmangelverfahren zu prüfen, ob die Parteien in der Lage sind, durch Durchsetzung anderer Rechtsansprüche als Art. 731b revOR die Pattsituation zu beheben.

IV. Sachliche Zuständigkeit

A. Aktionär und Gläubiger als Gesuchsteller

Wenn ein Aktionär oder ein Gläubiger der Gesellschaft ein Gesuch um Behebung des Organisationsmangels im Sinne von Art. 731b OR einreichen will, stellt sich die Frage der sachlichen Zuständigkeit.

Aktienrechtliche Organisationsmangelklagen sind Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO, für welche die Kantone im Sinne von Art. 6 Abs. 4 ZPO das Handelsgericht als zuständig erklären können.

Der Kanton Zürich hat in § 44 lit. b GOG/ZH¹¹ die Fälle von Art. 6 Abs. 4 ZPO dem Handelsgericht zugeordnet, sofern der Streitwert mindestens CHF 30'000 beträgt. In Verbindung mit § 45 lit. c GOG/ZH ergibt sich die einzelrichterliche Zuständigkeit des Präsidenten des Handelsgerichts, wenn die Streitwertgrenze erreicht wird. Die

Gerichte des Kantons Zürich gehen im Rahmen von Organisationsmangelverfahren immer von der Annahme aus, dass der Streitwert CHF 30'000 übersteigt, auch wenn das Verfahren eine GmbH mit einem Stammkapital von weniger als CHF 30'000 betrifft. Mit diesem Kunstgriff erspart sich der Kanton Zürich eine gemischte Zuständigkeit für Organisationsmangelverfahren.¹²

Der Kanton Aargau hat die Fälle von Art. 6 Abs. 4 ZPO in § 12 lit. a EG ZPO/AG¹³ dem Handelsgericht unabhängig vom Streitwert zugeordnet. In Verbindung mit § 13 lit. a EG ZPO/AG ergibt sich für den Kanton Aargau die einzelrichterliche Zuständigkeit am Handelsgericht. Dieselbe Regelung sieht der Kanton St. Gallen gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b EG ZPO/SG¹⁴ vor.

Im Kanton Bern ist für Fälle von Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO auch grundsätzlich das Handelsgericht zuständig. Art. 7 Abs. 2 EG ZSJ/BE¹⁵ statuiert jedoch einen Vorbehalt zugunsten der Regionalgerichte, wenn es um die richterliche Anordnung der erforderlichen Massnahmen aufgrund von Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation von Gesellschaften geht. Damit sind für die Behebung von Organisationsmängeln im Kanton Bern die Regionalgerichte zuständig. Der kantonale Gesetzgeber wollte dieses Massengeschäft, welches in der Regel zu Liquidationen führt, nicht dem Handelsgericht übertragen.

B. Überweisung durch das Handelsregisteramt

1. Freiwillige Gerichtsbarkeit

Nachdem per 1. Januar 2021 das neue Handelsregisterrecht in Kraft getreten ist, sind die Handelsregisterführer nicht mehr aktivlegitimiert, ein Gesuch um Behebung von Organisationsmängeln einzureichen (Art. 731b revOR). Die Handelsregisterämter überweisen die Angelegenheit dem zuständigen Gericht. Dieses ergreift die erforderlichen Massnahmen (Art. 939 Abs. 2 OR).

¹⁰ HGer BE, HG 20 24, 28.4.2020, E. 8.2; zu den vorsorglichen Massnahmen vgl. unten XIII.

¹¹ Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG; LS 211.1).

¹² OGer ZH, LF110011-O, 14.2.2011, E. 3.32, in dem das Obergericht eine Praxisänderung vornahm. Es erachtete die Organisationsmangelverfahren neu als vermögensrechtliche Streitigkeit, und der Streitwert betrage in aller Regel über CHF 30'000. Zuständig sei daher das Handelsgericht.; LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, 42 ff., 52.

¹³ Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 23. März 2010 (EG ZPO; SAR 221.200).

¹⁴ Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 15. Juni 2010 (EG ZPO; sGS 961.2).

¹⁵ Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung vom 11. Juni 2009 (EG ZSJ; BSG 271.1).

Da das Handelsregisteramt keine Parteistellung (mehr) hat, wird das Organisationsmangelverfahren zu einem Einparteienverfahren.¹⁶ Es geht mithin nicht um die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit, sondern um ein rechtsfürsorgliches Vorgehen.¹⁷ Das Gericht handelt von Amtes wegen.¹⁸ Bei den Massnahmen, die das Gericht in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 731b Abs. 1^{bis} revOR anordnet, handelt es sich folglich um Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO.

Dass es sich bei den vom Gericht zu ergreifenden Massnahmen nicht um gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO handelt, kann schon damit begründet werden, dass das Gericht höchstens die Liquidation anordnen, niemals aber den Konkurs eröffnen kann (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 revOR).¹⁹ Zudem ist im Auflösungsbeschluss die strengste Massnahme zu erblicken, von der, wenn immer möglich, nur Gebrauch gemacht werden sollte, wenn andere Massnahmen nicht zielführend sind, um die fortführende Existenz der Gesellschaft zu sichern. Setzt das Gericht beispielsweise einen Verwaltungsrat ein, so wird noch deutlicher, dass es sich nicht um eine Angelegenheit des SchKG handeln kann.

Demgegenüber sieht Art. 939 Abs. 3 OR die Meldung an Aufsichtsbehörden vor, wenn es sich um Stiftungen oder beaufsichtigte Kollektivanlagen handelt. In diesen Fällen wird das weitere Verfahren nicht mehr vom Zivilprozessrecht beherrscht.

2. Keine Zuständigkeit des Handelsgerichts

Die Qualifikation des Verfahrens als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat einen Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit. Denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht unter den bundesrechtlichen

Begriff der Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften.²⁰

Demzufolge sind unter dem neuen Handelsregisterrecht die Handelsgerichte auch in den Kantonen Zürich, Aargau und St. Gallen nicht mehr für die Organisationsmangelverfahren zuständig, wenn diese durch Überweisung des Handelsregisteramts eingeleitet werden.

Nach Ansicht der Autoren wäre eine gleiche Regelung in den Handelsgerichtskantonen wünschenswert. Eine Aufspaltung der Zuständigkeit für Organisationsmangelverfahren je nachdem, ob das Verfahren durch ein Gesuch eines Aktionärs oder Gläubigers eingeleitet wird oder durch die Überweisung des Handelsregisteramts in Gang gesetzt wird, erscheint wenig sinnvoll. Deshalb ist nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund des neuen Handelsregisterrechts die Berner Lösung, wonach die Regionalgerichte für Organisationsmangelverfahren zuständig sind, zu bevorzugen.

V. Örtliche Zuständigkeit

A. Aktionär und Gläubiger als Gesuchsteller (streitiges Verfahren)

Die örtliche Zuständigkeit für das Gesuch eines Aktionärs oder eines Gläubigers richtet sich nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, womit die Gerichte am Sitz der gesuchsgegnerischen Gesellschaft örtlich zuständig sind.²¹

B. Überweisung durch das Handelsregisteramt (nicht streitiges Verfahren)

In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach Art. 19 ZPO. Hiernach ist das Gericht oder die Behörde am Sitz der gesuchstellenden Partei zwingend zuständig, sofern das Gesetz nichts anders bestimmt.

Überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem zuständigen Gericht, so ist das Handelsregisteramt mangels Parteistellung nicht Gesuchstellerin.²² Art. 19 ZPO kann daher nicht anwendbar sein, weil es an einem Gesuchsteller fehlt, an dessen Sitz angeknüpft werden könnte. Allerdings ist Art. 19 ZPO dann analog anzuwenden, wenn es zu Anordnungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt, die von Amtes wegen

¹⁶ Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht), BBl 2015, 3617 ff. (zit. Botschaft Handelsregisterrecht), 3649.

¹⁷ BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 1 N 6, in: Karl Spühler/Luca Tencio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser); THOMAS GEISER et al., Prozessieren vor Bundesgericht, 4. A., Basel 2014, Rz. 4.10; MANUEL HÜSSER, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Diss. Zürich, N 1 ff.

¹⁸ BGE 136 III 178 E. 5.2.

¹⁹ In Anwendung von Art. 731b OR fehlt es an einem Konkursgrund. FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1381.

²⁰ BGE 140 III 550 E. 2; HGer BE, HG 14 9, 14.2.2014, E. 4.1.

²¹ BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 1), 14; MÜLLER/MÜLLER (FN 12), AJP 2016, 52.

²² Botschaft Handelsregisterrecht (FN 16), 3650.

zu treffen sind und gar kein Gesuch voraussetzen.²³ Da Art. 939 OR in Verbindung mit Art. 731b revOR einen Organisationsmangel der betroffenen Gesellschaft voraussetzt, ist die Überweisung des Handelsregisteramts als Gesuch dieser betroffenen Gesellschaft zu verstehen, die mangels Handlungsfähigkeit nicht selbst imstande war, ein solches Gesuch zu stellen. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt es sich daher, Art. 19 ZPO analog zur Anwendung kommen zu lassen, womit das Gericht am Ort des Sitzes der betroffenen Gesellschaft zuständig ist.

VI. Verfahrensart

Das Gesuch um Behebung des Organisationsmangels im Sinne von Art. 731b revOR ist im summarischen Verfahren abzuwickeln.

Dies gilt für jede auf die Behebung von Organisationsmängeln der Gesellschaft gerichtete Massnahme, ungeachtet der Tatsache, dass Art. 250 lit. c ZPO in Ziff. 6 und 11 bloss zwei der Massnahmen nennt, die aufgrund der nicht abschliessenden Aufzählung von Art. 731b revOR angeordnet werden können.²⁴ Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts wird voraussichtlich bei der anstehenden Revision der ZPO berücksichtigt. Gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 6 des Entwurfs der revidierten ZPO wird pauschal von Massnahmen bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft oder Genossenschaft gesprochen. Die Ziff. 11 wird aufgehoben.²⁵

Das summarische Verfahren ist auch dann anwendbar, wenn das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem Gericht in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 OR überweist. Es handelt sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die nach Art. 248 lit. e ZPO das summarische Verfahren anwendbar ist.²⁶

VII. Oficialgrundsatz und Untersuchungsgrundsatz

Im Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b revOR herrscht der Oficialgrundsatz nach Art. 58 Abs. 2 ZPO.²⁷ Das hat zur Folge, dass das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist und die Parteien sich nicht vergleichen können.²⁸ Soweit ein Organisationsmangel vorliegt, kann das Verfahren folglich nur durch Nicht-eintreten, Gutheissung oder Abweisung erledigt werden. Die Abschreibung des Verfahrens kommt nur bei Klagerückzug oder bei selbständiger Behebung des Organisationsmangels durch die Parteien in Frage. Die Erledigung infolge Vergleichs oder Klageanerkennung sind ausgeschlossen.

Umstritten ist, ob der Verhandlungs- (Art. 55 Abs. 1 ZPO) oder der Untersuchungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 2 ZPO) Anwendung findet. Das Bundesgericht hat diese Frage bislang nicht beantwortet. Es betont allerdings konstant, dass das Gericht ein erhebliches Ermessen bei der Behebung der Organisationsmängel genieisse, und lässt andere Beweismittel als den Urkundenbeweis im Organisationsmangelverfahren zu.²⁹ Die herrschende Lehre spricht sich für die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 55 Abs. 2 ZPO aus.³⁰

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes verneint. Dies mit der Begründung, das Gericht könne davon ausgehen, dass die Betroffenen die ihnen wesentlich erscheinenden Sachverhaltselemente vortragen werden, wenn man ihnen das rechtliche Gehör gewährt.³¹ Diese Ansicht verkennt, dass es im Organisationsmangelverfahren regelmässig Betroffene gibt, die nicht Partei des Verfahrens sind. Diese haben keinen Anspruch auf rechtliches Gehör.³² Möchte das Gericht die Betroffenen (oder eine Auswahl davon),

²³ MAX GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, 28; BSK ZPO-BRÜESCH (FN 17), Art. 19 N 12.

²⁴ BGE 138 III 166 E. 3.4–3.9 = Pra 101 (2012), Nr. 102

²⁵ Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2785, Art. 250.

²⁶ Vgl. oben IV./B./1.

²⁷ BGE 142 III 629 E. 2.3.1; BGE 138 III 407 E. 2.3; BGE 138 III 294 E. 3.1.3; HGer ZH, HE190207-O, 20.6.2019, E. 9.2.

²⁸ BGE 138 III 294 E. 3.1.3; LORANDI (FN 19), AJP 2008, 1384; MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Zürich 2013, 440; MÜLLER/MÜLLER (FN 2), AJP 2016, 53.

²⁹ BGE 138 III 166 E. 3.9 = Pra 101 (2012), Nr. 102.

³⁰ MÜLLER/MÜLLER (FN 12), AJP 2016, 51, die sich für die Geltung des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes aussprechen; LORANDI (FN 19), AJP 2008, 1384; SCHÖNBÄCHLER (FN 28), 393 f.; RENATO BUCHER, Die richterliche Aktienzuteilung im Organisationsmangelverfahren, GesKR 2016, 498 ff., 504; a.M. MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 461 FN 64.

³¹ HGer ZH, HE180111, 6.8.2018, E. 9.4.2, in: ZR 118/2019, 152.

³² Vgl. unten VIII./A.

die keine Parteistellung haben, anhören, kann es dies nur unter Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes tun.

Nach der hier vertretenen Ansicht findet der Untersuchungsgrundsatz Anwendung, geht es doch bei Art. 731b revOR um die Einhaltung zwingender Bestimmungen im Interesse der Allgemeinheit.³³ Die Anwendung der Untersuchungsmaxime rechtfertigt sich auch mit Blick auf Art. 255 lit. a ZPO, der die Untersuchungsmaxime für Konkurs- und Nachlassangelegenheiten für anwendbar erklärt.³⁴ Dass das Organisationsmangelverfahren in Art. 255 ZPO keine Erwähnung findet, spricht nicht gegen die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes. Die Aufzählung in Art. 255 ZPO kann nicht abschliessend sein, denn der Gesetzgeber konnte beim Erlass der Zivilprozessordnung noch nicht abschliessend einschätzen, welche Angelegenheiten im summarischen Verfahren beurteilt werden würden und ob es nebst den in Art. 255 ZPO erwähnten Verfahren noch weitere Angelegenheiten geben würde, die eine Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes verlangen.

Weil die Aktionäre und Gläubiger, die nicht als Gesuchsteller auftreten, nicht Partei des Verfahrens sind, haben Sie keinen Anspruch auf rechtliches Gehör.³⁵ Die Behebung des Organisationsmangels liegt im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs, deshalb kann es für das Gericht von Bedeutung sein, Stellungnahmen von am Verfahren nicht beteiligten Personen (sei es ein weiterer Aktionär, ein Treuhänder, ein ehemaliger Verwaltungsrat, etc.) einzuholen. Dies ist ohne Weiteres zulässig und unter Geltung der Offizial- und Untersuchungsmaxime gar notwendig.

VIII. Verfahrensparteien

A. Gesuch von einem Aktionär oder einem Gläubiger

1. Aktiv- und Passivlegitimation

Das Gesuch kann von einem Aktionär oder einem Gläubiger eingereicht werden (Art. 731b Abs. 1 revOR).³⁶ Der Aktionär ist unabhängig von seinem Beteiligungsumfang aktivlegitimiert.

Weil für die Behebung von Organisationsmängeln das summarische Verfahren zur Anwendung kommt, erfolgt die Einleitung des Verfahrens mittels Gesuchs (Art. 252 Abs. 1 ZPO). Damit ist der in der Praxis teilweise gebräuchliche Begriff der Organisationsmangelklage verfehlt.

Die Gesuchsteller tragen die *Beweislast* für die Aktivlegitimation, d.h. der Aktionär muss seine Aktionärsstellung und der Gläubiger seine Gläubigerstellung beweisen. Dass ein Gläubiger als Gesuchsteller auftritt, ist selten, denn die Gesellschaft kann die Aktivlegitimation durch Bezahlen der Forderung relativ einfach aufheben.³⁷ Ein Rechtsschutzinteresse muss von den Gesuchstellern weder behauptet noch bewiesen werden.³⁸ Das liegt daran, dass das Gesuch im Interesse der Gesellschaft und nicht zwingend im Interesse des Gesuchstellers eingereicht wird.³⁹

Passivlegitimiert ist die Gesellschaft, die an einem Organisationsmangel leidet.⁴⁰ Ist der Organisationsmangel derart, dass die gesuchsgegnerische Gesellschaft nicht mehr handlungsfähig ist und sich deshalb am Organisationsmangelverfahren nicht beteiligen kann⁴¹, muss das Gericht vorsorglich einen Verwaltungsrat einsetzen. Dabei kann es sich um einen bisherigen Verwaltungsrat oder um eine Drittperson handeln. Bei der Auswahl des einzusetzenden Verwaltungsrats hat das Gericht die Anforderungen nach Art. 754 Abs. 2 OR zu beachten.

Die Aktionäre und Gläubiger, die nicht als Gesuchsteller auftreten, sind nicht Partei des Verfahrens. Ihnen darf vom Gericht keine Parteistellung eingeräumt werden.⁴² Sie haben keinen Anspruch auf rechtliches Gehör.⁴³ Infolgedessen ist es nicht zulässig, wenn das Gericht bei einer Pattsituation mit zwei Aktionären die Vertretung der Gesellschaft demjenigen Aktionär zuordnet, der nicht als Gesuchsteller auftritt.

Bezugnehmend auf den geschilderten Sachverhalt (oben II.) erkennt das Gericht darauf, dass die C-AG im

³³ LORANDI (FN 19), AJP 2008, 1384.

³⁴ Vgl. auch SCHÖNBÄCHLER (FN 28), 394 f.

³⁵ BGE 142 III 629 E. 2.3.7 mit Verweis auf BGer, 4A_321/2008, 5.8.2010, E. 5.2; BGer 4A_351/2008, 5.8.2010, E. 4.3.2.

³⁶ So auch BGE 138 III 294 E. 3.1.2; STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und

der GmbH, Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 105/2009, 157 ff., 161.

³⁷ Vgl. auch BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 12

³⁸ BGer, 4C.45/2006, 26.4.2007, E. 7 ff.

³⁹ BGE 138 III 407 E. 2.3; vgl. zur Interessenslage unten XVI.

⁴⁰ BGer, 4A_215/2015, 2.10.2015, E. 3.3; BGer, 4A_321/2008, 5.8.2010, E. 2; MÜLLER/MÜLLER (FN 12), AJP 2016, 53.

⁴¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Gesellschaft weder zeichnungsberechtigte Verwaltungsräte noch Geschäftsleitungsmitglieder hat oder deren Amtszeit abgelaufen ist und keine Wiederwahl stattgefunden hat.

⁴² BGE 142 III 629 E. 2.3.7 mit Verweis auf BGer, 4A_321/2008, 5.8.2010, E. 5.2.

⁴³ BGer, 4A_351/2008, 5.8.2010, E. 4.3.2.

Rahmen des Organisationsmangelverfahrens nicht handlungsfähig ist und setzt einen Verwaltungsrat D ein. Das Rubrum lautet wie folgt:

Aktionär A, Bahnhofstrasse 1, 3001 Bern (Gesuchsteller)
Gesellschaft AG, Müllerstrasse 33, 3001 Bern, handelnd
durch Verwaltungsrat D (Gesuchsgegnerin)

2. Rechtsbegehren

In der dargelegten Ausgangslage (oben II.) entschliesst sich Aktionär A, ein Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b revOR einzuleiten. Aktionär A beantragt seine Einsetzung als Verwaltungsratspräsident mit Einzelzeichnungsberechtigung und eventualiter die Einsetzung eines Dritten als einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten oder als Sachwalter. Der Aktionär A verlangt dies in der Hauptsache für die Dauer von einem Jahr, wie auch als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens.⁴⁴

Seine Rechtsbegehren könnten wie folgt lauten:

1. *Der Gesuchsteller sei als Verwaltungsrat der Gesuchsgegnerin mit Einzelzeichnungsberechtigung einzusetzen.*
2. *Bis zum rechtskräftigen Entscheid des vorliegenden Verfahrens sei Ziff. 1 hiervor provisorisch anzuordnen.*
3. *Eventualiter sei Herr Max Muster als Sachwalter/Verwaltungsrat mit Einzelzeichnungsberechtigung für die Gesuchsgegnerin einzusetzen.*

B. Überweisung durch das Handelsregisteramt

Nach altem Recht war das Handelsregisteramt ebenfalls Partei des Verfahrens, wenn es das Gesuch um Behebung von Organisationsmängeln einreichte.⁴⁵ Nach neuem Recht muss das Handelsregisteramt den Organisationsmangel feststellen und der Gesellschaft eine Frist zur Behebung ansetzen (Art. 939 Abs. 1 OR). Wird der Mangel von der Gesellschaft nicht innerhalb der angesetzten Frist behoben, so *überweist* das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem Gericht oder der Aufsichtsbehörde⁴⁶, welches/welche die erforderlichen Massnahmen trifft (Art. 939 Abs. 2 OR). Eine Verfügung darf das Handelsregisteramt in diesem Fall nicht erlassen (Art. 153 Abs. 3

HRegV).⁴⁷ Das Handelsregisteramt hat im Organisationsmangelverfahren also keine Parteistellung und kann keine Anträge zum Ausgang des Verfahrens stellen und kein Rechtsmittel gegen den Entscheid des Gerichts ergreifen.⁴⁸

Überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem Gericht und trifft es Anordnungen, so handelt es sich um gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 1 lit. b ZPO.⁴⁹

IX. Streitgenössische Nebenintervention

A. Im streitigen Verfahren

In der dargelegten Ausgangslage (oben II.) reicht Aktionär A ein Gesuch i.S.v. Art. 731b revOR gegen die Gesellschaft ein. Da Aktionärin B nicht Partei des Verfahrens ist und in diesem Verfahren auch keinen Anspruch auf rechtliches Gehör hat, stellt sich die Frage, ob und wie sich die Aktionärin B am Verfahren beteiligen kann.

Wenn Aktionärin B ein rechtliches Interesse daran glaubhaft macht, dass die rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden wird, kann sie im Prozess als Nebenpartei intervenieren (Art. 74 ZPO). Die Nebenintervention ist auch im summarischen Verfahren möglich und kann jederzeit erklärt werden.⁵⁰ Wenn sich die Aktionärin B nun zugunsten der Gesellschaft als Nebenintervenientin konstituiert, kann sie zur Unterstützung der Gesellschaft alle Prozesshandlungen vornehmen, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen (Art. 76 Abs. 1 ZPO). Dies bringt den massgebenden Vorteil mit sich, dass die Aktionärin B zur Erhebung eines Rechtsmittels gegen den Entscheid legitimiert ist, und zwar selbst dann, wenn die Gesellschaft auf ein Rechtsmittel verzichtet oder mangels Handlungsfähigkeit kein Rechtsmittel erheben kann.⁵¹

Konstituiert sich die Aktionärin B nicht als Nebenintervenientin, so läuft sie Gefahr, dass das Gericht eine

⁴⁴ Vgl. zur vorsorglichen Massnahme unten XIII.

⁴⁵ BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 1), 13.

⁴⁶ Der Wortlaut des Gesetzes ist missverständlich. Gemeint sind die Aufsichtsbehörden der Gesellschaft, wie beispielsweise die Stiftungsaufsicht oder die Finanzmarktaufsicht.

⁴⁷ Bericht zur Änderung der Handelsregisterverordnung und der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister; Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 20. Februar 2019, 13.

⁴⁸ Botschaft Handelsregisterrecht (FN 16), 3649.

⁴⁹ Vgl. hierzu oben IV./B./1.

⁵⁰ BGE 143 III 140 E. 4.1.1 = Pra 107 (2018), Nr. 58. Zur Frage, ob die Nebenintervention auch noch im Rechtsmittelverfahren zulässig ist, vgl. VALENTIN RÉTORNAZ, in: Bohnet (Hrsg.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, L'appel et le recours, 387.

⁵¹ Sog. streitgenössische Nebenintervention, vgl. zum Rechtsmittelverfahren unten XV.

Entscheidung fällt, die sich direkt auf die Rechte und Pflichten von Aktionärin B auswirkt. Löst das Gericht die Pattsituation beispielsweise dadurch, dass sie die Aktien (oder eine Mehrheit daran) an Aktionär A überträgt, so wird Aktionärin B verpflichtet, die Aktien (gegen Entschädigung) an Aktionär A zu übertragen. Mangels Konstituierung als Nebenintervenientin hat Aktionärin B keine Möglichkeit, sich gegen das Urteil zu wehren.

Alternativ kann die Aktionärin A auch ein eigenständiges Gesuch nach Art. 731b OR gegen die Gesellschaft einreichen.⁵² Wählt die Aktionärin A dieses Vorgehen, so wird ihr Gesuch um Behebung von Organisationsmängeln in einem separaten Verfahren behandelt.⁵³

B. In der nicht streitigen (freiwilligen) Gerichtsbarkeit

In Anwendung der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁵⁴ ist die Rechtslage einer allfälligen Nebenintervenientin unklar. Für die Nebenintervention ist nach dem Wortlaut von Art. 74 ZPO nämlich nicht nur ein rechtliches Interesse glaubhaft zu machen. Es muss zudem eine Streitigkeit rechtshängig sein.⁵⁵ Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt eine Streitigkeit aber gerade nicht vor.⁵⁶ Nach grammatikalischer Auslegung wäre die Nebenintervention in dieser Konstellation folglich nicht zulässig.

Eine Unterscheidung zwischen den Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b revOR (streitiges Verfahren) und nach Art. 939 OR (freiwillige Gerichtsbarkeit) ist in Bezug auf die Nebenintervention aber nicht gerechtfertigt. Da die Aktionäre und Gläubiger der betroffenen Gesellschaft von einer Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in ihren Rechten und Pflichten ebenso betroffen sein können wie von einem Entscheid im streitigen Verfahren, ist eine streitgenössische Nebenintervention auch im Organisationsmangelverfahren nach Art. 939 OR zuzulassen.⁵⁷ Dies rechtfertigt sich insbesondere dadurch, dass sich die intervenierende Partei gegen die Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Beschwerde oder Berufung zur Wehr setzen können muss.⁵⁸

X. Vereinigung und Trennung von Organisationsmangelverfahren

Werden gegen die gleiche Gesellschaft mehrere Organisationsmangelverfahren eingeleitet, so stellt sich für das Gericht die Frage, ob es die Verfahren vereinigen darf. Wenn Gesuche von einer aktiven, einfachen Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 71 ZPO eingeleitet werden, ist fraglich, ob das Gericht dieses Verfahren trennen darf.

Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht gemeinsam eingereichte Klagen trennen (Art. 125 lit. b ZPO) und selbständig eingereichte Klagen vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Nach dem Wortlaut ist daher weder die Trennung noch die Vereinigung zulässig, denn das Organisationsmangelverfahren wird nicht mittels Klage, sondern mittels Gesuchs eingeleitet (Art. 252 ZPO). Diese streng grammatikalische Auslegung ist allerdings abzulehnen.⁵⁹ Das summarische Verfahren wird vom Beschleunigungsgebot beherrscht.⁶⁰ Wenn das Organisationsmangelverfahren durch eine Vereinigung oder Trennung vereinfacht werden kann und dies zur Beschleunigung beiträgt, dann ist sowohl die Vereinigung als auch die Trennung i.S.v. Art. 125 ZPO zulässig. Daran ändert nichts, dass sich das Gericht bei der Vereinigung von Organisationsmangelverfahren eine gewisse Zurückhaltung auferlegen muss, denn die Vereinigung führt regelmässig zur Erhöhung der Komplexität des Verfahrens, was dem Beschleunigungsgebot widerspricht.⁶¹ Eine Vereinigung setzt zudem voraus, dass sich die beiden Organisationsmangelverfahren im gleichen Stadium befinden.⁶²

XI. Beweislast

Die Beweislast für das Vorliegen eines Organisationsmangels ist umstritten. Die Problematik der Beweislast entschärft sich allerdings durch die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes.⁶³

⁵² BGE 142 III 629 E. 2.2.

⁵³ Zur Vereinigung und Trennung von Organisationsmangelverfahren vgl. unten Ziff. X.

⁵⁴ Vgl. oben IV./B./1.

⁵⁵ BSK ZPO-GRABER (FN 17), Art. 74 N 14.

⁵⁶ BGE 140 III 550 E. 2; HGer BE, HG 14 9, 14.2.2014, E. 4.1.

⁵⁷ Dahingehend auch BGE 142 III 40 E. 3.2.2 = Pra 107 (2018), Nr. 30 mit Verweis auf KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 74 N 3, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (zit. KUKO ZPO-Autor).

⁵⁸ Dahingehend auch BSK ZPO-GRABER (FN 17), Art. 74 N 16.

⁵⁹ Vgl. auch BSK ZPO-GSCHWEND (FN 17), Art. 126 N 3.

⁶⁰ AB 2007 S 499; BGE 139 III 78 E. 4.4.4; BGE 138 III 252 = Pra 101 (2012), Nr. 109; BGer 4A_364/2017, 28.2.2018, E. 6; FRANCESCO PESENTI, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016, Art. 248 N 1 (zit. ZPO-Autor); ANDREAS GÜNGERICH, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, vor Art. 248–270 N 3.

⁶¹ ZPO-STAEHELIN (FN 60), Art. 125 N 5; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2017, 179; KUKO ZPO-WEBER (FN 57), Art. 125 N 5.

⁶² KUKO ZPO-WEBER (FN 57), Art. 125 N 5.

⁶³ Vgl. oben VII.

Ein Teil der Lehre sieht die Gesellschaft in der Beweislast; sie habe jene Umstände anzuführen, die gegen den Erlass der gesetzlich vorgesehenen Massnahmen sprechen. Die Gesellschaft trage also die Beweislast dafür, dass die Organe rechtmässig bestellt sind.⁶⁴ Die andere Ansicht sieht die Beweislast bei der Gesuchstellerin, jedoch mit der Erleichterung, dass die Gesuchstellerin die zu beweisenden Umstände nur substantiiert darlegen muss. Weil es sich um negative Tatsachen handelt, habe die Gesellschaft sodann den Beweis des Gegenteils zu erbringen.⁶⁵

Nach der hier vertretenen Ansicht, kommt der Frage der Beweislast wegen der Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes nur sekundäre Bedeutung zu. Entscheidend ist damit lediglich, wer die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Diese trägt klarerweise der Gesuchsteller, denn das Gesuch ist abzuweisen, wenn kein Organisationsmangel vorliegt.

XII. Streitwert

In der Praxis wird der Streitwert regelmässig nach dem nominellen Gesellschaftskapital bemessen. Das Bundesgericht lässt die Frage, wonach sich der Streitwert bemisst, letztlich offen, stellte für die Bezifferung des Streitwerts aber auch schon auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der möglichen Massnahmen nach Art. 731b OR ab. Auch die Bilanzsumme oder der Umsatz der betroffenen Gesellschaft wurden als Grundlage für den Streitwert herangezogen.⁶⁶

Die Festsetzung des Streitwerts anhand des nominellen Gesellschaftskapitals hat sich als praxistaugliche Lösung erwiesen und ist nach Ansicht der Autoren zu favorisieren. Insbesondere das Abstellen auf die Bilanzsumme oder den Umsatz könnte dazu führen, dass ein Gesuchsteller mit prohibitiv hohen Gerichtskostenvorschüssen konfrontiert wird.⁶⁷ Auch das Abstellen auf die wirtschaftlichen Auswirkungen allfälliger Massnahmen ist bei Anwendung der Officialmaxime schwierig, da zu

Beginn des Verfahrens noch gar nicht feststeht, welche Massnahmen allenfalls in Frage kommen. Abzulehnen ist sodann die Praxis des Zürcher Handelsgerichts, stets von einem CHF 30'000 übersteigenden Streitwert auszugehen, auch wenn es um eine faktisch stillgelegte GmbH mit einem Stammkapital von CHF 20'000 geht.⁶⁸ Gerade bei einer faktisch stillgelegten GmbH mit dem minimalen Stammkapital werden weder der wirtschaftliche Wert der Auswirkung der möglichen Massnahmen, noch die Bilanzsumme oder der Umsatz die Streitwertgrenze von CHF 30'000 überschreiten.

XIII. Vorsorgliche Massnahme

Stehen bei der von einem Organisationsmangel belasteten Gesellschaft dringende Geschäfte an oder sind wichtige Vorkehren zu treffen, stellt sich die Frage, ob das Organisationsmangelverfahren mit einer vorsorglichen Massnahme verbunden werden kann.

Das Gericht könnte in Anwendung der Officialmaxime von sich aus vorsorgliche Massnahmen erlassen, soweit es diese für notwendig erachtet.⁶⁹ In aller Regel wird das Gericht zuerst eine Stellungnahme der betroffenen Gesellschaft und allenfalls weiterer Betroffener einholen und eventuell eine Frist zur Behebung des Mangels ansetzen, wenn nicht die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass eine andere Handlungsweise geboten ist.

Der Verfügungsgrund richtet sich nach den Voraussetzungen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO.

Fraglich ist hingegen, woraus sich der Verfügungsanspruch ableiten lässt. Verfügungsanspruch kann grundsätzlich jede subjektive Berechtigung des Zivilrechts sein, die auf eine positive oder negative Leistung, Gestaltung oder Feststellung gerichtet ist.⁷⁰ Art. 731b revOR gibt den Aktionären und den Gläubigern einen individuellen Anspruch auf Einhaltung der gesetzlichen Organisationsvorschriften durch ihre Gesellschaft bzw. Schuldnergesellschaft.⁷¹ Damit ist in Art. 731b revOR bereits ein Verfügungsanspruch zu erkennen.

⁶⁴ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 15.

⁶⁵ Differenziert BERGER/RÜETSCH/ ZIHLER (FN 1), 3 ff., 16, welche die Beweislast dem Kläger auferlegen, jedoch mit der Erleichterung, die zu beweisenden Umstände nur substantiiert darlegen zu müssen, da es sich um negative Tatsachen handelt, die sich naturgemäss nur erschwert beweisen lassen. Die Gesellschaft hat sodann den Beweis des Gegenteils zu erbringen.; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 15.

⁶⁶ BGer, 4A_387/2020, 17.9.2020, E. 1.2.1, m.H.

⁶⁷ MÜLLER/MÜLLER (FN 12), AJP 2016, 52, welche die Bilanzsumme als Grundlage für den Streitwert heranziehen wollen.

⁶⁸ Vgl. oben IV.

⁶⁹ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff., 7353; BSK ZPO-SPRECHER (FN 17), Art. 261 N 5.

⁷⁰ BSK ZPO-SPRECHER (FN 17), Art. 261 N 15.

⁷¹ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 11; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und

In dieser Konstellation wird das Hauptsacheverfahren sodann die Behebung des Organisationsmangels nach Art. 731b revOR sein.⁷² Bei Erfüllung der Anforderung nach Art. 265 ZPO können bei Organisationsmängeln auch superprovisorische Massnahmen angeordnet werden. Zu erwähnen ist wiederum, dass der Anspruch nach Art. 731b revOR subsidiär gilt.⁷³ D.h. andere Verfügungsansprüche geniessen den Vorrang vor Art. 731b revOR als Verfügungsanspruch.

In der eingangs geschilderten Ausgangslage wäre es für den Aktionär A angezeigt, vorsorglich die Einsetzung eines Verwaltungsrates zu verlangen.

XIV. Kostenverlegung

Dringt der Gläubiger oder der Aktionär mit seinem Gesuch um Behebung des Organisationsmangels durch, so ist die Gesellschaft zur Bezahlung der Prozesskosten zu verpflichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Fraglich ist, wie die Prozesskosten zu verlegen sind, wenn der Gesuchsteller mit seinem Anliegen nicht durchdringt.

Für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen enthielt Art. 706 Abs. 3 aOR eine Ermessensnorm, die es dem Gericht erlaubte, die Kosten auch bei Abweisung der Klage nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger zu verlegen. Diese Ermessensnorm wurde mit Inkrafttreten der schweizerischen ZPO aufgehoben und durch Art. 107 ZPO ersetzt. In Anwendung von Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO rechtfertigt es sich, von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO abzuweichen. Dies namentlich dann, wenn die Belastung der unterliegenden Partei mit Prozesskosten als ungerechtfertigt erscheint, weil zwischen den Parteien ein sehr ungleiches finanzielles Kräfteverhältnis herrscht.⁷⁴ In Bezug auf die Kostenverlegung im Organisationsmangelverfahren ist auf die besondere Interessenslage Rücksicht zu nehmen. Der Gesuchsteller leitet ein Verfahren gegen die Gesellschaft ein, dessen Ausgang (zumindest bei Gutheissung des Gesuchs) nur indirekt in seinem eigenen Interesse liegt. Vielmehr profitieren in diesem Fall die

gesuchsgegnerische Gesellschaft und weitere Anspruchsgruppen.⁷⁵ Es rechtfertigt sich daher, der gesuchsgegnerischen Gesellschaft unter Anwendung von Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO in der Regel die Prozesskosten aufzuerlegen, und zwar auch dann, wenn das Gesuch abgewiesen wird.⁷⁶ Daran ändert nichts, dass der Gesetzgeber fälschlicherweise nur von *Klage* und nicht auch vom *Gesuch* spricht.

Vorbehalten bleibt jedenfalls die Kostenverlegung zu lasten derjenigen Partei, welche unnötige Prozesskosten verursacht hat (Art. 108 ZPO). Diese Verlegungsnorm kommt beispielsweise dann zur Anwendung, wenn das Verfahren von einem Aktionär oder einem Gläubiger eingeleitet wurde, obwohl offensichtlich kein Organisationsmangel vorliegt.⁷⁷

Das Handelsregisteramt ist nach neuem Recht nicht mehr legitimiert, ein Gesuch um Behebung des Organisationsmangels einzureichen.⁷⁸ Das Handelsregisteramt hat die Angelegenheit lediglich dem Gericht oder der Aufsichtsbehörde zu überweisen, weshalb von ihm weder die Bevorschussung noch die Tragung von Kosten verlangt werden kann. Art. 154 Abs. 3 HRegV wurde folgerichtig aufgehoben.⁷⁹ Insoweit die Überweisung durch das Handelsregisteramt zurecht erfolgte, trägt daher die betroffene Gesellschaft die Kosten. Andernfalls sind die Prozesskosten dem Kanton aufzuerlegen.

Rechnungslegungsrechts, § 1 N 132; ZK OR-BOHRER/KUMMER (FN 3), Art. 731b N 12.

⁷² KUKO ZPO-KOFMEL/EHRENZELLER (FN 57), Art. 261 N 5.

⁷³ Vgl. oben III./B.; HGer BE, HG 20 24, 28.04.2020, in dem das Handelsgericht das Vorliegen eines Organisationsmangels bejahte und eine vorsorgliche Massnahme anordnete, den Verfügungsanspruch aber nicht auf Art. 731b OR abstützte, sondern auf Art. 812 Abs. 2 i.V.m. Art. 803 Abs. 2 sowie Art. 815 Abs. 2 OR (Beschränkung der Vertretungsbefugnis).

⁷⁴ BGer, 4A_535/2015, 1.6.2016, E. 6.4.1.

⁷⁵ Wie Arbeitnehmer, Gläubiger und weitere Aktionäre, vgl. BGE 138 III 407 E. 2.3.

⁷⁶ HGer ZH, HE180111, 6.8.2018, E. 11; Kantonsgericht GR, ZK2 17 42, 10.1.2018, 2; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 27; SCHÖNBÄCHLER (FN 28), 424 f.

⁷⁷ In der eingangs geschilderten Ausgangslage könnte es dann zu einem Anwendungsfall von Art. 108 ZPO kommen, wenn das Gericht den Organisationsmangel aufgrund des von Aktionär A eingeleiteten Gesuchs behebt und es Aktionärin B versäumt hat, als streitgenössische Nebenintervenientin im Verfahren als Partei aufzutreten. Wenn Aktionärin B in einen neuem von ihr eingeleiteten Organisationsmangelverfahren versucht, dieses Versäumnis zu korrigieren, so ist das Gesuch abzuweisen, weil kein Organisationsmangel vorliegt. Die Kosten sind ihr in Anwendung von Art. 108 ZPO aufzuerlegen.

⁷⁸ Vgl. oben VIII./B.

⁷⁹ Der Gesetzgeber hat sich offenbar daran gestört, dass den Handelsregisterämtern in früheren Verfahren die Kosten auferlegt wurden. Darin ist letztlich auch der Grund für die neue Regelung in Art. 939 revOR zu erkennen, vgl. Botschaft Handelsregisterrecht, 3649 f.; CHRISTOPH B. BÜHLER, Organisationsmängel: Typische Anwendungsfälle von Art. 731b OR und gesondert geregelte Konstellationen, in: SJZ 114/2018, 441 ff., 449.

XV. Rechtsmittel

Die Zuständigkeiten der Gerichte für Angelegenheiten nach Art. 731b OR sind kantonal unterschiedlich.⁸⁰

A. Entscheid eines erstinstanzlichen, kantonalen Gerichts

Entscheidet ein erstinstanzliches Gericht, beurteilt sich die Möglichkeit eines Rechtsmittels nach der schweizerischen Zivilprozessordnung.

Die Berufung wäre unzulässig, wenn man den Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts als Entscheid qualifizieren würde, der nach SchKG in die Zuständigkeit des Konkurs- oder des Nachlassgerichts fällt (vgl. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Ein solcher Entscheid liegt aber auch dann nicht vor, wenn das Gericht auf Auflösung der Gesellschaft erkennt. Denn das Gericht eröffnet nicht den Konkurs, sondern erkennt auf Auflösung der Gesellschaft unter Anordnung der Liquidation nach den Bestimmungen des Konkursrechts.⁸¹ Beschliesst das Gericht nicht die Aufhebung der Gesellschaft, sondern eine andere Massnahme, die den Organisationsmangel behebt, liegt ohnehin kein Entscheid i.S.v. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO vor.

Infolgedessen ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert CHF 10'000 übersteigt (Art. 308 Abs. 3 ZPO). Andernfalls kann gegen den Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts die Beschwerde ergriffen werden (Art. 319 lit. a ZPO). Dabei ist zu beachten, dass sowohl die Berufungs- als auch die Beschwerdefrist lediglich zehn Tage beträgt (Art. 314 ZPO für die Berufung; Art. 321 Abs. 2 ZPO für die Beschwerde).

Gegen den Entscheid der Oberinstanz ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, soweit der Streitwert CHF 30'000 übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

B. Entscheid des Handelsgerichts

Entscheidet das Handelsgericht, ist die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig vom Streitwert zulässig. Richtigerweise ist die Zulässigkeit des Rechtsmittels mit Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG (Beschwerde gegen einen Entscheid einer einzigen kantonalen Instanz) und nicht gestützt auf Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG (Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters) zu begründen.⁸²

C. Legitimation

Zur Ergreifung eines Rechtsmittels sind die Parteien legitimiert, die am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt waren, die Rechtsnachfolger sowie die Nebenparteien.⁸³

Die streitgenössische Nebenintervenientin ist im Organisationsmangelverfahren selbst dann zum Ergreifen eines Rechtsmittels legitimiert, wenn die unterstützte Hauptpartei auf ein Rechtsmittel verzichtet oder mangels Handlungsfähigkeit kein Rechtsmittel erheben kann.⁸⁴ Dagegen können diejenigen Gläubiger und Aktionäre, die nicht Verfahrensparteien sind (entweder als Gesuchsteller oder Nebenintervenient) auch dann kein Rechtsmittel ergreifen, wenn sie direkt in ihren Rechten betroffen sind, weil der Entscheid des Gerichts gegenüber allen Aktionären Wirkung entfaltet.⁸⁵

XVI. Anwaltsrechtlicher Exkurs: Interessenkonflikt des Anwalts?

Wenn ein Anwalt eine Gesellschaft vertritt und diese Gesellschaft nun aufgrund der eingangs geschilderten Konstellation an einem Organisationsmangel leidet, stellt sich die Frage, ob dieser Anwalt namens eines Aktionärs oder eines Gläubigers ein Gesuch um Behebung des Organisationsmangels stellen darf. Formell betrachtet vertritt der Anwalt nämlich einerseits die Gesellschaft und im Organisationsmangelverfahren andererseits einen Aktionär oder einen Gläubiger gegen die Gesellschaft.

Ein verbotener Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Anwalt die Wahrung der Interessen eines Klienten übernommen hat, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt.⁸⁶ Gestützt auf Art. 12 lit. c BGFA ist es dem Anwalt grundsätzlich untersagt, gerichtlich gegen einen Klienten vorzugehen, für den er zur gleichen Zeit ein anderes (hängiges) Mandat führt.⁸⁷ In persönlicher

⁸³ SCHÖNBÄCHLER (FN 28), 445; BSK ZPO-SPÜHLER (FN 17), vor Art. 308–334 N 10 mit Verweis auf KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM A. GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 12. Kapitel N 33 f.

⁸⁴ BGE 142 III 629 E. 2.3.4.

⁸⁵ BGE 142 III 629 E. 2.3.7; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Gericht auf Auflösung der Gesellschaft oder Übertragung der Aktien erkennt.

⁸⁶ WALTER FELLMANN/GAUDENZ G. ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Art. 12 lit. c N 84.

⁸⁷ BGE 134 II 108 E. 3 mit Hinweis auf GIOVANNI ANDREA TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts, Diss. Zürich, 103 und 107.

⁸⁰ Vgl. hierzu oben IV.

⁸¹ HGer ZH, HE190510, 3.2.2020, S. 2.

⁸² Vgl. zur Begründung oben XV/A.

Hinsicht ist dabei das Verbot von Doppelvertretungen nicht auf Verfahren begrenzt, zwischen denen ein Sachzusammenhang besteht, sondern erfasst überhaupt jede Form von sich widersprechenden Interessen.⁸⁸

Die besondere Natur des Organisationsmangelgesuchs besteht darin, dass sie im Interesse der betroffenen Gesellschaft und im Interesse der Öffentlichkeit erfolgt. Daran ändert nichts, dass die Gesellschaft im Organisationsmangelverfahren gesuchgegnerische Partei ist. Das Organisationsmangelverfahren erfolgt nur mittelbar im Interesse des gesuchstellenden Aktionärs und primär im Interesse der betroffenen Gesellschaft und der Öffentlichkeit. Dies zeigt sich anhand folgender drei Punkte:

- Der gesuchstellende Aktionär braucht für die Aktivlegitimation kein Rechtsschutzinteresse.⁸⁹
- Der Richter ist nicht an die Anträge des formellen Gesuchstellers gebunden, sondern hat unter Berücksichtigung der Interessen Dritter (z.B. Gläubiger der Gesellschaft, welche das Gesuch nicht eingereicht haben oder Arbeitnehmer) und der Öffentlichkeit jene Massnahmen zu treffen, die geboten erscheinen.⁹⁰
- Ein Aktionär oder Gläubiger, der dazu beiträgt, dass die gesetzlich vorgesehene Organisation einer Gesellschaft wiederhergestellt wird, hat die Kosten nicht vollumfänglich zu tragen, wenn er mit seinem Begehren unterliegt.⁹¹

Dieser besonderen Natur des Organisationsmangelverfahrens ist auch bei der Prüfung des Interessenkonflikts Rechnung zu tragen. So verfolgt der Anwalt, der eine Gesellschaft beispielsweise in einem arbeitsrechtlichen Verfahren vertritt und sich wegen eines Organisationsmangels mit einer handlungsunfähigen Auftraggeberin konfrontiert sieht und deswegen namens eines Aktionärs um Behebung der Organisationsmängel beim Gericht ersucht, wiederum die Interessen der Gesellschaft. Die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit einer Gesellschaft, welche mit dem Organisationsmangelverfahren bezweckt werden soll, liegt im Hinblick auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks auch im Interesse der Gesellschaft. Damit liegt in so einem Fall keine offenkundig verbotene Interessenkollision i.S.v. Art. 12 lit. c BGFA vor.

XVII. Zusammenfassung und Fazit

Die Revision des Handelsregisterrechts wirkt sich direkt auf das Organisationsmangelverfahren aus. Neu ist zu unterscheiden, ob das Verfahren von einem Aktionär respektive Gläubiger angestossen wird. Dann richtet sich das Verfahren nach Art. 731b revOR und es handelt sich um ein streitiges Verfahren. In der Regel wird das Verfahren aber durch Überweisung des Handelsregisteramts an das zuständige Gericht in Gang gesetzt. Dann richtet sich das Verfahren nach Art. 939 OR und es handelt sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der Umstand, dass die meisten der zukünftigen Organisationsmangelverfahren Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellen, hat zur Folge, dass die Handelsgerichte auch in den Kantonen Zürich, St. Gallen und Aargau sachlich nicht mehr zuständig sind. Es wäre wünschenswert, wenn die Handelsgerichtskantone die sachliche Zuständigkeit für die Behandlung von Organisationsmangelverfahren einheitlich den erstinstanzlichen Gerichten überlassen, um widersprüchliche Urteile zu vermeiden.

⁸⁸ BGE 134 II 108 E. 3; FELLMANN/ZINDEL (FN 86), Art. 12 lit. c N 103a.

⁸⁹ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 12.

⁹⁰ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 17.

⁹¹ BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 27.