



Matthias Hofer\* / Daniel Pfäffli\*\*

## Organisationsmängel bei Personenhandels- gesellschaften

Materiellrechtliche und zivilprozessuale  
Aspekte von Art. 581a OR



### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Mängel in der Organisation von Personenhandelsgesellschaften (Art. 581a OR)
  1. Normgehalt von Art. 581a OR
    - 1.1. Normstruktur
    - 1.2. Tatbestand
      - a Einordnung in das System der Verweisungsnormen
      - b Persönlicher Anwendungsbereich: Personenhandelsgesellschaften
      - c Sachlicher Anwendungsbereich: Organisationsmangel
      - d Zeitlicher und räumlicher Anwendungsbereich
  2. Rechtsfolgen
    - 2.1. Allgemeines
    - 2.2. Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 1 OR)
    - 2.3. Einsetzung von Funktionären oder Prüfgesellschaften (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR)
    - 2.4. Auflösung der Gesellschaft (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR)
  3. Sachlegitimation
    - 3.1. Allgemeines
    - 3.2. Aktivlegitimation
    - 3.3. Passivlegitimation
- III. Verfahrensart
  1. Ordentliches vs. summarisches Verfahren
  2. Verhältnis zwischen Art. 248 lit. a und Art. 249-251a ZPO
  3. Verfahrensart bei Organisationsmängeln von Personenhandelsgesellschaften nach Art. 581a OR
    - 3.1. Vorbemerkungen
    - 3.2. Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO
    - 3.3. Keine Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. e ZPO
  4. Verfahrensart bei Organisationsmängeln von Personenhandelsgesellschaften nach Art. 939 OR
    - 4.1. Keine Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO
    - 4.2. Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. e ZPO
- IV. Weitere prozessuale Einzelfragen
  1. Sachliche Zuständigkeit
    - 1.1. Vom Gesellschafter oder Gläubiger eingeleitetes Verfahren (Art. 581a OR)
      - a Zivilgerichte vs. FINMA
      - b Handelsgericht vs. ordentliche Gerichte
      - c Handelsgerichtsbarkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO
      - d Handelsgerichtsbarkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 ZPO
      - e Handelsgerichtsbarkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO
    - 1.2. Verfahren gestützt auf eine Überweisung durch das Handelsregisteramt (Art. 939 OR)
      - a Überweisung an das Gericht (Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR)
      - b Überweisung an die Aufsichtsbehörde (Art. 939 Abs. 3 OR)
  2. Örtliche Zuständigkeit
    - 2.1. Vom Gesellschafter oder Gläubiger eingeleitetes Verfahren (Art. 581a OR)
    - 2.2. Verfahren gestützt auf eine Überweisung durch das Handelsregisteramt (Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR)
  3. Rechtsmittel
  4. Verfahrensgrundsätze
    - 4.1. Oficialmaxime
    - 4.2. Untersuchungsmaxime
- V. Fazit

### I. Einleitung

Am 1. Januar 2021 traten die im Zuge des Rechtsetzungsprojekts «Modernisierung des Handelsregisters» revidierten Artikel des OR, des ZGB sowie der ZPO in Kraft.<sup>1</sup> Die Revisionsbestrebungen verfolgten primär das Ziel, die Bestimmungen über das Handelsregister (30. Titel des Obligationenrechts; Art. 927 ff. OR) umfassend

\* MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern (matthias.hofer@iwr.unibe.ch).

\*\* MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Internationales Zivilprozessrecht und Verfahrensrecht der Universität Bern (daniel.pfaeffli@civpro.unibe.ch). Die Autoren bedanken sich bei Herrn PD Dr. Christoph Hurni, Bundesrichter, sowie Herrn MLaw Business Law Quirin Meier, Advokat, für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise.

<sup>1</sup> AS 2020 957 ff., passim.

zu modernisieren. Nebst der Stärkung der Gesetzmässigkeit, der Rechtsgleichheit sowie der Übersichtlichkeit sollten auch wichtige Inhalte der damals geltenden aHRegV<sup>2</sup> in das OR integriert werden.<sup>3</sup>

Als Ausfluss dieser legislatorischen Revisionsmotive wurde namentlich das *Fehlen eines Rechtsdomizils* als Anwendungsfall des Organisationsmangels bei den Rechtsformen des ZGB und des OR<sup>4</sup> auf Gesetzesstufe eingeführt und gleichzeitig die Beurteilungskompetenz den Gerichten übertragen.<sup>5</sup>

Wo im Rahmen der Gesetzesnovelle über weite Strecke bestehende Organisationsmängelbestimmungen um das fehlende Rechtsdomizil ergänzt werden konnten,<sup>6</sup> musste im Recht der Kollektivgesellschaft (mit Wirkung für sämtliche Personenhandelsgesellschaften<sup>7</sup>) *originär* eine Organisationsmängelnorm eingefügt werden.

Der Erlass von Art. 581a OR ist im Lichte der Kohärenz des Organisationsmängelrechts durchaus begrüssenswert und befriedigt das praktische Bedürfnis, mitunter bei fehlendem Rechtsdomizil neu auch gegen Personenhandelsgesellschaften gerichtlich vorgehen zu können. Die wissenschaftlich bislang noch nicht untersuchte Norm wirft indes zahlreiche Fragen in materiell- und prozessrechtlicher Hinsicht auf, denen der Gesetzgeber nach

hier vertretener Ansicht punktuell nicht hinreichend Rechnung getragen hat.

Weitgehend ungeklärt ist der materielle Gehalt von Art. 581a OR. Dieser ist in Ziff. II zu erörtern. Die Norm weist sodann einen engen Bezug zur handelsregisterrechtlichen Organisationsmängelbestimmung von Art. 939 OR auf. Deshalb soll in Ziff. III die nicht ohne Weiteres triviale Frage beantwortet werden, welche zivilprozessuale Verfahrensart auf das Organisationsmängelverfahren Anwendung findet, und zwar sowohl für Art. 581a OR wie auch für Art. 939 OR. In Ziff. IV sind weitere prozessuale Einzelfragen, nämlich die sachliche und örtliche Zuständigkeit, das einschlägige Rechtsmittel gegen den Organisationsmängelentscheid sowie die anwendbaren Verfahrensgrundsätze, zu beleuchten, gefolgt vom Fazit in Ziff. V.

## II. Mängel in der Organisation von Personenhandelsgesellschaften (Art. 581a OR)

### 1. Normgehalt von Art. 581a OR

#### 1.1. Normstruktur

Art. 581a OR bestimmt Folgendes: «Bei Mängeln in der vorgeschriebenen Organisation der Kollektivgesellschaft sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar.» Vorweggenommen werden kann, dass mit «Aktienrecht» die aktienrechtliche Organisationsmängelnorm nach Art. 731b OR gemeint ist (vgl. Ziff. II.2. unten).

In struktureller Hinsicht fällt sogleich auf, dass sich Art. 581a OR klassisch in Tatbestand (Organisationsmangel der Kollektivgesellschaft; «wenn») und Rechtsfolge (analoge Anwendung von Art. 731b OR; «dann») gliedert. Es liegt daher nahe, im Folgenden die Tatbestands- und Rechtsfolgeseite gesondert zu betrachten.

#### 1.2. Tatbestand

##### a. Einordnung in das System der Verweisungsnormen

###### aa. Allgemeines

Rechtsetzungstechnisch stellt Art. 581a OR keine Sachnorm<sup>8</sup>, sondern eine *Verweisungsnorm* dar, mithin eine Bestimmung, die den Anwendungsbereich einer anderen Norm auf weitere Sachverhalte erstreckt.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Unter «aHRegV» wird vorliegend die bis zum 31.12.2020 gültige Fassung (Stand 1.4.2020) der HRegV verstanden.

<sup>3</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 15.4.2015, BBl 2015 3617 ff., 3618.

<sup>4</sup> Umfasst sind Einzelunternehmen, die Gesellschaften sowie die Stiftungen. Unberücksichtigt blieb indes die einfache Gesellschaft, die mangels Sitzes über kein Rechtsdomizil verfügt (Art. 2 lit. b HRegV) und entsprechend auch nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann, vgl. Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3641 i.f.

<sup>5</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3626. Nach altem Recht war bei fehlendem Rechtsdomizil nicht das Gericht, sondern der Handelsregisterführer zuständig und das Verfahren richtete sich nach Art. 153 ff. aHRegV, vgl. ebd.; siehe hierzu auch: SHK-CHAMPEAUX, HRegV 153–153c, passim. De lege lata fallen damit sämtliche Organisationsmängelverfahren in den Zuständigkeitsbereich der Zivilgerichte; siehe aber zur Zuständigkeit der FINMA Ziff. IV.1.1.a. unten.

<sup>6</sup> So etwa für die Aktiengesellschaft: Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR. Der Bundesrat deklarierte das Fehlen eines Rechtsdomizils bereits im Jahre 2007 als Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21.12.2007, BBl 2008 1589 ff., 1692. Die Implementierung in die Norm erfolgte indes erst im Zusammenhang mit der Handelsregisterrechtsrevision: Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3653.

<sup>7</sup> Unter dem im schweizerischen Recht inexistenten Begriff der *Personenhandelsgesellschaften* werden vorliegend – in Anlehnung an das deutsche Recht (vgl. Überschrift zum Dritten Buch, Zweiter Abschnitt D-HGB [vor §§ 264 ff. D-HGB] sowie § 3 Abs. 1 Ziff. 1 D-UmwG) – die Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR), die Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR) sowie die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Art. 98 ff. KAG) verstanden. Die nachfolgenden Ausführungen zur Kollektivgesellschaft beanspruchen, auch wenn nicht explizit angegeben, jeweils qua Verweis (Art. 619 Abs. 1 OR sowie Art. 99 KAG) für sämtliche Personenhandelsgesellschaften Geltung.

<sup>8</sup> Sachnormen zeichnen sich dadurch aus, dass die Rechtsfolge durch die Bestimmung selbst angeordnet wird: BK-MÜLLER, OR 18 N 490.

<sup>9</sup> Vgl. GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 360; vgl. ferner LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der

Verweisnormen lassen sich in verschiedene Kategorien bzw. Kategorienpaare einteilen.<sup>10</sup> Von Interesse ist vorliegend primär die Gegenüberstellung von Rechtsgrund- und Rechtsfolgeverweisung sowie von statischer und dynamischer Verweisung.<sup>11</sup>

#### bb. Rechtsgrund- vs. Rechtsfolgeverweisung

Die Unterscheidung nach Rechtsgrund- und Rechtsfolgeverweisung ist für die *Tatbestandsseite* von Art. 581a OR von grundlegender Bedeutung.<sup>12</sup>

Würde Art. 581a OR als *Rechtsgrundverweisung* verstanden, wäre für das Eintreten der Rechtsfolgen nach Art. 731b OR (verwiesene Bestimmung) vorausgesetzt, dass auch die Tatbestandselemente von Art. 731b OR erfüllt sind. Läge dagegen eine *Rechtsfolgeverweisung* vor, müssten die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 581a OR (Verweisungsnorm) gegeben sein, damit die Rechtsfolgen von Art. 731b OR (verwiesene Norm) greifen würden.<sup>13</sup>

Zentral für diese Abgrenzung ist die Frage, ob das Organisationsmängelrecht von einem einheitlichen, im Aktienrecht gründenden Organisationsmängelbegriff ausgeht (pro Rechtsgrundverweisung) oder aber, ob ein rechtsformspezifisches, das heisst adaptives Begriffsverständnis (pro Rechtsfolgeverweisung) vorliegt. Dies ist durch Auslegung von Art. 581a OR zu ermitteln.<sup>14</sup>

Der Wortlaut von Art. 581a OR spricht zwar *klar* von Organisationsmängeln «der Kollektivgesellschaft» und geht – jedenfalls dem Anschein nach – apodiktisch von einem individuellen Organisationsmängelbegriff aus.<sup>15</sup> Eine vertiefte

Suche nach dem Normsinn von Art. 581a OR rechtfertigt sich aber dennoch, da – worauf sogleich zurückzukommen ist – die gesellschaftsrechtlichen Organisationsmängelverweisungsnormen zumindest ursprünglich von einem einheitlichen Organisationsmängelbegriff ausgingen.

Eine systematische Betrachtung zeigt, dass es sämtlichen Organisationsmängelverweisungsnormen des OR<sup>16</sup>, namentlich Art. 581a (Personenhandelsgesellschaften)<sup>17</sup>, Art. 819 (GmbH) und Art. 908 OR (Genossenschaft) auf der Tatbestandsseite gemein ist, dass der Normtext jeweils mit der Wendung «Bei Mängeln in der [vorgeschriebenen]<sup>18</sup> Organisation», gefolgt von der *konkreten Rechtsform*<sup>19</sup>, eingeleitet wird.<sup>20</sup> Der historische Gesetzgeber hatte bei Erlass von Art. 581a OR – wie zu zeigen sein wird<sup>21</sup> – primär den Organisationsmangel in Gestalt des fehlenden Rechtsdomizils oder Domizilhalters im Blick.<sup>22</sup> Dabei handelt es sich lediglich um eine Schnittmenge des bei der Aktiengesellschaft denkbaren Organisationsmängelspektrums<sup>23</sup>. Entsprechend ist (im Einklang mit dem Wortlaut) auch unter systematischen sowie historischen Gesichtspunkten von einem individuellen Organisationsmängelbegriff auszugehen.<sup>24</sup> Die ratio legis von Art. 581a OR dürfte aufgrund der erst kürzlichen Inkraftsetzung (noch) weitgehend deckungsgleich mit der Historie sein und führt daher in teleologischer Auslegung zu demselben Ergebnis.<sup>25</sup> Ergänzend ist zu

Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 2016, 42 ff., 43.

<sup>10</sup> Eingehend: Bundesamt für Justiz (BJ), Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. A., Bern 2019, N 743.

<sup>11</sup> Art. 581a OR stellt zudem eine *konstitutive Verweisung* dar, weil die Bestimmung zu ihrer Vollständigkeit auf Art. 731b OR angewiesen ist. Weiter liegt eine *Binnenverweisung* vor, zumal ein Verweis innerhalb desselben Erlasses gegeben ist, vgl. MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 360 ff. sowie 364 ff.; BJ (FN 10), N 743.

<sup>12</sup> Rechtsfolgeseitig ist immerhin im Grundsatz gewiss, dass per analogiam auf Art. 731b OR verwiesen wird. Zur Tragweite der Rechtsfolgen Ziff. II.2. unten.

<sup>13</sup> Vgl. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, 109 m.H.; vgl. ferner BGE 133 III 153 E. 2.4. S. 158. Vereinzelt werden in der Lehre die Termini «Gesamtnormverweisung» und «Sachnormverweisung» als Synonyme für die Rechtsgrund- und Rechtsfolgeverweisung verwendet (so etwa ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, 154 f., im Hinblick auf die Verweisungsnormen des FusG, die auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen nach Art. 333 OR verweisen), was u.E. in Abgrenzung zu den gleichlautenden, indes inhaltlich nicht identischen Begrifflichkeiten des internationalen Privatrechts (hierzu etwa JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A., Bern 2018, N 574 ff.) abzulehnen ist.

<sup>14</sup> Massgeblich ist im Rahmen des *pragmatischen Methodenpluralismus* in erster Linie der Wortlaut sowie ergänzend das historische, das teleologische sowie das systematische Auslegungselement, jüngst BGE 147 III 218 E. 3.3.2.1. m.w.H.

<sup>15</sup> Dies trifft auf alle Sprachversionen zu.

<sup>16</sup> Die Organisationsmängelnormen des ZGB, mithin Art. 69c (Verein) und Art. 83d ZGB (Stiftung), enthalten dagegen keine Verweise auf das Aktienrecht, sondern beschreiben Tatbestand und Rechtsfolge – wenn auch mit gewisser Ähnlichkeit zu Art. 731b OR – eigenständig. Es handelt sich insoweit um *Sachnormen*: BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 28; vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148 ff., 3233.

<sup>17</sup> Zum persönlichen Anwendungsbereich von Art. 581a OR Ziff. II.1.2.b. unten.

<sup>18</sup> Dieser Zusatz findet sich allein in Art. 581a OR und meint nichts anderes als «zwingend». Dass sich nämlich ein relevanter Mangel nur auf die *zwingende* Organisation beziehen kann, ist anerkannt, vgl. BGER 4A\_457/2010 vom 5.1.2011 E. 2.2.2.; Botschaft OR 2001 (FN 16), 3231 i.f.; vgl. auch Ziff. II.1.2.c.a. unten; zum Meinungsstand betreffend statutarische Organe: BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 5 m.w.H. Folglich ist die Voraussetzung der zwingenden Natur der konkret zu schützenden Organisationsbestimmung allen Organisationsmängelverweisungsnormen immanent, weshalb u.E. dem vorerwähnten Zusatz lediglich deklaratorische Bedeutung zukommen kann.

<sup>19</sup> Art. 581a OR: «der Kollektivgesellschaft»; Art. 908 OR: «der Genossenschaft»; etwas weniger prägnant in Art. 819 OR, der schlicht von «der Gesellschaft» spricht.

<sup>20</sup> Weitgehend identisch sind auch die Marginalien dieser Bestimmungen: «Mängel in der Organisation der Gesellschaft» bei der Kollektivgesellschaft und der GmbH bzw. «Mängel in der Organisation» bei der Genossenschaft.

<sup>21</sup> Ziff. II.1.2.c.bb. unten.

<sup>22</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3652.

<sup>23</sup> Eingehend ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 23 ff.

<sup>24</sup> Wenig Aufschluss bringt dagegen ein vergleichender Blick auf die Historie der Verweisnormen von Art. 819 (GmbH) sowie Art. 908 OR (Genossenschaft): Botschaft OR 2001 (FN 16), 3219 und 3237 (noch in Bezug auf Art. 910a E-OR; heute: Art. 908 OR).

<sup>25</sup> Vgl. BGE 142 IV 401 E. 3.3 i.f. S. 404 m.w.H.; vgl. ferner KRAMER (FN 13), 159 insbesondere ad FN 378.

erwähnen, dass ein einheitlicher Organisationsmängelbegriff auch deshalb Sinn und Zweck von Art. 581a OR widersprechen würde, da die Organisation von Personenhandelsgesellschaften – als Rechtsgemeinschaften – konzeptionell anders ausgestaltet ist als bei den Körperschaften des OR.<sup>26</sup> Es können also naturgemäss nicht die gleichen Mängel angesprochen sein.

In einer Gesamtschau zeigt sich damit, dass Art. 581a OR ein eigener, von Art. 731b OR abweichender Organisationsmängelbegriff zugrunde liegt. Entsprechend findet mit Blick auf Art. 581a OR keine integrale Verweisung auf den Tatbestand des Organisationsmangels nach Art. 731b OR statt. Art. 581a OR stellt vor diesem Hintergrund nach hier vertretener Ansicht eine *Rechtsfolgeverweisung* dar. Wie zu zeigen sein wird, versperrt diese Feststellung indes nicht den Weg, Art. 731b OR – als Leitstern des Organisationsmängelrechts<sup>27</sup> – für die Definition des Mangels nach Art. 581a OR heranzuziehen (Ziff. II.1.2.c.aa. unten).

Am Rande sei hierzu bemerkt, dass mittlerweile sämtliche Organisationsmängelverweisungsnormen, mithin auch Art. 819 (GmbH) und Art. 908 OR (Genossenschaft), Rechtsfolgeverweisungen darstellen dürften. Die ursprüngliche Fassung von Art. 731b OR vom 1. Januar 2008 sah in Abs. 1 noch allein das Fehlen oder die nicht rechtmässige Zusammensetzung von Organen als Organisationsmangel vor.<sup>28</sup> Mit Fug hätte insoweit behauptet werden können, Art. 819 und Art. 908 OR stellten aufgrund der im Kern identischen Anforderungen an die Organe der obligationenrechtlichen Körperschaften<sup>29</sup> de lege abrogata Rechtsgrundverweisungen dar. Als Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1 OR versteht sich aber nach geltender Fassung etwa auch das Ausgeben von Inhaberaktien ohne Kotierung der Beteiligungspapiere an einer Börse oder ohne Ausgestaltung der Inhaberaktien als Bucheffekten (Ziff. 4). Dieser Anwendungsfall zielt sowohl bei der GmbH, wie auch bei der Genossenschaft von vornherein ins Leere.<sup>30</sup> Entsprechend liegt de lege lata *gemeinbin* kein einheitlicher Organisationsmängelbegriff (mehr) vor, womit es sich u.E. auch bei den GmbH- und genossenschaftsrechtlichen

Verweisungsnormen unterdessen um Rechtsfolgeverweisungen handelt.<sup>31</sup>

#### cc. Statische vs. dynamische Verweisung

Fraglich bleibt, ob Art. 581a OR eine statische oder dynamische Verweisung<sup>32</sup> auf die Rechtsfolgen von Art. 731b OR vornimmt.<sup>33</sup> Ob gesellschaftsrechtliche Verweisungsbestimmungen auf das Aktienrecht im Allgemeinen statischer oder dynamischer Natur sind, war seit Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts am 1. Juli 1992 umstritten. Die überwiegende Lehre sprach sich damals für einen dynamischen Verweis aus.<sup>34</sup> Der Bundesrat nahm einige Jahre später die Revision des GmbH-Rechts (in Kraft seit 1. Januar 2008), in deren Zuge im Übrigen auch Art. 731b OR eingefügt wurde,<sup>35</sup> zum Anlass, um diesbezüglich Klarheit zu schaffen.<sup>36</sup> Der nunmehr herrschenden Lehre<sup>37</sup> folgend führte der Bundesrat den *Primat des dynamischen Verweises im*

<sup>31</sup> Im Ergebnis wohl gl.M., jedoch mit wenig überzeugender Herleitung: BK-KILGUS/FABRIZIO, OR 837 N 34 f., die übersehen, dass aus der *dynamischen Natur* der Verweisungsnormen nach Art. 819 und Art. 908 OR (vgl. Ziff. II.1.2.a.cc. sogleich) nichts zu Gunsten eines einheitlichen Organisationsmängelbegriffs abgeleitet werden kann. Dieses Argument würde nur dann greifen, wenn in den vorerwähnten Normen eine Rechtsgrundverweisung erblickt werden könnte, da in diesem Fall auch die Tatbestandsseite (Organisationsmängelbegriff) von Art. 731b OR auf die vorerwähnten Normen durchschlagen würde (und diese folglich auch tatbestandlich den Modifikationen von Art. 731b OR unterworfen wären; dynamischer Verweis). Da es sich bei Art. 819 und Art. 908 OR jedoch – wie gezeigt – um Rechtsfolgeverweisungen handelt, ist der dynamische Charakter dieser Normen nur für die Rechtsfolgeseite von Art. 731b OR von Belang. Der Organisationsmängelbegriff von Art. 819 sowie Art. 908 OR muss mithin so oder anders autonom eruiert werden, wobei freilich Art. 731b OR für dessen Auslegung heranzuziehen ist, vgl. hierzu Ziff. II.1.2.c.aa. unten.

<sup>32</sup> Grundlegend: MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 367 ff.

<sup>33</sup> Statische Verweisungen nehmen Bezug auf eine spezifische Fassung der verwiesenen Norm (sog. Verweisungsobjekt), wohingegen dynamische Verweise die jeweils geltende Fassung als anwendbar erklären; siehe etwa BGE 136 I 316 E. 2.4.1 S. 319 f.; MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 367 f. Freilich liegt im hiesigen Kontext das Schwergewicht dieser Frage nicht auf Tatbestands-, sondern auf Rechtsfolgeseite. Aus didaktischen Überlegungen rechtfertigt es sich indes, eine Klärung an dieser Stelle vorzunehmen.

<sup>34</sup> Zum damaligen Meinungsstand: ROLAND VON BÜREN/THOMAS BÄHLER, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, Zugleich ein Beitrag zur Frage der Verweisung auf das Aktienrecht, recht 1996, 17 ff., 19 ff.; ferner HEINRICH KOLLER/HANSPETER KLÄY, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht (Zur «Breitenwirkung» des revidierten Aktienrechts), in: von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 193 ff., passim m.w.H.; vgl. auch MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 368 ad FN 938 m.H. auf zahlreiche Verweisungsnormen des GmbH- und Genossenschaftsrechts.

<sup>35</sup> Botschaft OR 2001 (FN 16), 3231; siehe auch: PETER V. KUNZ, Amerikanisierung bei Rechtsfolgermessen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR, in: Markus/Hrubesch-Millauer/Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 799 ff., 806.

<sup>36</sup> Botschaft OR 2001 (FN 16), 3151.

<sup>37</sup> Hinweise in Botschaft OR 2001 (FN 16), 3162 ad FN 15.

<sup>26</sup> Eingehend: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018, § 2 N 119 ff.

<sup>27</sup> Zur Bedeutung der Norm: MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2013, 1 ff. (= SSHW 316).

<sup>28</sup> AS 2007 4791 ff., 4827 f., Art. 731b OR.

<sup>29</sup> SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 21; vgl. FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1380 ad FN 22.

<sup>30</sup> Vergleichbare Überlegungen zur fehlenden Anwendbarkeit von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR (Verzeichnissführung) auf die Genossenschaft bei BK-KILGUS/FABRIZIO, OR 837 N 34 f. m.w.H.

*Gesellschaftsrecht* ein.<sup>38</sup> Eine zwischenzeitliche Abkehr von dieser Maxime lässt sich nicht erkennen,<sup>39</sup> sodass diese u.E. von der hier zur Sprache stehenden Handelsregisterrechtsrevision ebenfalls – wenn auch stillschweigend – mitgetragen wurde. Bei genauer Betrachtung darf allerdings nicht übersehen werden, dass dem Primat des dynamischen Verweises *keine absolute Geltung* zukommt und er erst recht keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt, sondern dieser nach hier vertretener Auffassung qualitativ nur, aber immerhin, als Teil der Auslegung, nämlich in Gestalt des historischen Elements zu verstehen ist.<sup>40</sup> Ob daher eine gesellschaftsrechtliche Verweisungsnorm (und damit auch Art. 581a OR) eine statische oder dynamische Verweisung darstellt, folgt *keinem starren Dogma*, sondern ist und bleibt in Auslegung der in Frage stehenden Bestimmung zu klären.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Botschaft OR 2001 (FN 16), 3167 a.A.; so auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 10 N 68, die von der Statuierung eines «allgemeinen Prinzip[s]» sprechen. Hintergrund für die bundesrätliche Entscheidung pro dynamischer Verweis war es, eine diesbezügliche Harmonisierung des Gesellschaftsrechts herzustellen, jedenfalls dort, wo es «im Interesse der Konsistenz und der inneren Stimmigkeit des Gesellschaftsrechts» als geboten erschien: Botschaft OR 2001 (FN 16), 3166; weiterführend: KOLLER/KLÄY (FN 34), 198.

<sup>39</sup> Im Gegenteil: Im Zuge der per 1.1.2023 in Kraft tretenden «grossen Aktienrechtsrevision» bekräftigte der Bundesrat sein Festhalten am Primat des dynamischen Verweises praktisch wortgleich: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff., 469.

<sup>40</sup> Der Bundesrat wendete sich mit folgenden Worten an den Gesetzgeber: «Eine abweichende Ordnung [vom Grundsatz des dynamischen Verweises] müsste vom Gesetzgeber *ausdrücklich* vorgesehen werden.»: Botschaft OR 2001 (FN 16), 3167 (Hervorhebung hinzugefügt); praktisch gleichlautend Botschaft Aktienrecht (FN 39), 469; ähnlich Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23.6.2004, BBl 2004 3969 ff., 3990 und 4039. Dieser bundesrätliche Imperativ, der dem Gesetzgeber den Primat des dynamischen Verweises aufoktroyiert und ihn (auch für die Zukunft) zu «verpflichten» versucht, statische Verweisungen im Gesellschaftsrecht stets als solche zu kennzeichnen, andernfalls ein dynamischer Verweis vorliegt, ist zwar nachvollziehbar und sinnvoll (Harmonisierung, Rechtssicherheit etc.), hält indes u.E. aus rechtlicher Sicht dem *Grundsatz der Gewaltenteilung* nicht stand und ist für den Gesetzgeber insoweit unbeachtlich. Die faktische Auswirkung dieses für die historische Auslegung relevanten Diktats darf mit Blick auf Art. 181 BV sowie Art. 7 RVOG, gerade, wenn sich die Ratsprotokolle nicht abweichend äussern, aber nicht unterschätzt werden, vgl. BSK BV-KÜNZLI, Art. 181 N 14. Abseits dieses historischen Aspektes zeitigt die ausdrückliche Kennzeichnung – sollte sich der Gesetzgeber denn aus freien Zügen dazu entschliessen – Auswirkungen auf das grammatikalische Auslegungselement: Wird durch die Verweisungsnorm auf ein Verweisungsobjekt in einer *bestimmten Fassung* verwiesen, ist der Wortlaut klar und es liegt eine statische Verweisung vor: MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 368 ad FN 937. Umgekehrt, also ohne dahingehenden Zusatz, lässt die Norm zwar nicht mit selbiger Gewissheit auf eine statische Verweisung schliessen. Dieses negative Indiz darf indes u.E. nicht eo ipso zur Maxime erhoben werden und sogleich zur Annahme einer dynamischen Verweisung führen. Der dann unklare Wortlaut ist vielmehr im Einklang mit der juristischen Methodik auslegungsbedürftig, vgl. FN 14.

<sup>41</sup> Vgl. MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 368 i.f.; a.M. wohl MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 10 N 68 i.f., die – notabene entgegen der traditionellen juristischen Methodenlehre – von der Allgemeingültigkeit des Primats des dynamischen Verweises ausgehen und erst

Abzulehnen ist u.E. insoweit auch die Ansicht, wonach bei nicht eindeutigem Auslegungsergebnis im Zweifel eine dynamischen Verweisung angenommen werden soll.<sup>42</sup>

Der Wortlaut von Art. 581a OR verweist auf keine bestimmte Fassung von Art. 731b OR und ist insofern unklar. Selbiges trifft in systematischer Hinsicht auf die Parallelverweisungsnormen des GmbH- und Genossenschaftsrechts zu.<sup>43</sup> Die Materialien zu Art. 581a OR schweigen zur Rechtsnatur der Verweisung. Wie allerdings ausgeführt, kommt dem Primat des dynamischen Verweises bei der historischen Auslegung eine durchschlagende Wirkung zu. Die Historie spricht daher für eine dynamische Verweisung. Unter teleologischen Gesichtspunkten, die hier neuerlich nahe bei der historischen Intention liegen dürften, ist davon auszugehen, dass Art. 581a OR ein ausgewiesenes *Bedürfnis nach Aktualität* aufweist.<sup>44</sup> Wo sich mithin die Grammatik und die Systematik bedeckt halten, spricht sich folglich – nebst dem historischen auch – das teleologische Auslegungselement für eine dynamische Verweisung aus.

Vor diesem Hintergrund ist Art. 581a OR nach hier vertretener Ansicht als *dynamische Verweisung* aufzufassen.

in einem zweiten Schritt durch Auslegung der Norm die Gegenprobe antreten wollen.

<sup>42</sup> So aber KOLLER/KLÄY (FN 34), 197: Die Autoren führen ins Feld, dies ergebe sich einerseits aus der unvollständigen Natur von Verweisungsnormen und andererseits aus deren Harmonisierungsfunktion bzw. aus dem Grundsatz der einheitlichen Rechtsordnung. Die Unvollständigkeit von Verweisungsnormen und deren Abhängigkeit vom Verweisungsobjekt ist zumindest konstitutiven Verweisungsbestimmungen (vgl. FN 11) – und damit regelmässig Organisationsmängelnormen – immanent und taugt daher von vornherein nicht zur Abgrenzung (die Antwort auf die Frage, inwiefern es sich bei unvollständigen *statischen* Verweisungen, die ebenso vom Verweisungsobjekt abhängen, anders verhielte, bleiben KOLLER/KLÄY im Übrigen schuldig). Sowohl die Harmonisierungsfunktion der Verweisungsnormen wie auch der Grundsatz der einheitlichen Rechtsordnung stellen in gleichem Masse Aspekte der Auslegung dar (teleologisches resp. systematisches Auslegungselement; zu Letzterem KRAMER [FN 13], 99 f.). Diese Lehrmeinung übernehme hierbei, dass zwischen den Auslegungselementen keine Rangordnung besteht (BGE 147 III 218 E. 3.3.2.1.), diese also auch nicht in der Lage sein können, eine subsidiäre Zweifelsfallregelung zu begründen. Anderes gälte nur dann – dies ist aber Sache einer regulären Auslegung – wenn die Teleologie und die Systematik im konkreten Fall die übrigen Elemente überwiegen. Beizupflichten ist den Verfassern immerhin insoweit, als dass der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* als methodologisches Hilfsmittel (vgl. KRAMER [FN 13], 131 ff.) zumindest ergänzend herangezogen werden kann und zuallermeist in Richtung dynamische Verweisung deuten dürfte (KOLLER/KLÄY [FN 34], 197). Für sich allein genommen ist der Grundsatz indes ebenfalls nicht in der Lage, eine in dubio-Regelung zu statuieren. Es bleibt damit dabei, dass eine grundsätzlich geltende Zweifelsfall-Regelung zugunsten des dynamischen Verweises abzulehnen ist.

<sup>43</sup> Bedenkt man, dass der Primat des dynamischen Verweises seinen Ursprung in der Doktrin findet, stellt es insoweit einen Zirkelchluss dar, wenn die heute herrschende Lehre (statt vieler: BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 819 N 4; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 908 N 3) Art. 819 sowie Art. 908 OR ohne weitere Begründung unter pauschalem Verweis auf die Materialien als dynamische Verweise verstehen will.

<sup>44</sup> Vgl. MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 368 ad FN 938.

## b. Persönlicher Anwendungsbereich: Personenhandelsgesellschaften

Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 581a OR ergibt sich primär aus der Norm selbst. Anwendbar ist die Bestimmung in erster Linie auf *Kollektivgesellschaften* nach Art. 552 ff. OR und umfasst qua Verweis in Art. 619 Abs. 1 OR zudem *Kommanditgesellschaften* gemäss Art. 594 ff. OR.<sup>45</sup> Art. 581a OR zeitigt allerdings auch Wirkung auf Personengesellschaften ausserhalb des OR. Mangels anderer Vorschriften im KAG gelangt Art. 581a i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 KAG auch auf die *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen*<sup>46</sup> zur Anwendung (Art. 98 ff. KAG).

## c. Sachlicher Anwendungsbereich: Organisationsmangel

### aa. Allgemeines

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 581a OR verlangt einen Organisationsmangel der Personenhandelsgesellschaft, ohne diesen näher zu definieren (unbestimmter Rechtsbegriff). Der Normsinn ist insoweit durch Auslegung zu ermitteln.

Es wurde gezeigt, dass der Organisationsmangel i.S.v. Art. 581a OR *nicht identisch* mit jenem nach Art. 731b OR ist (Rechtsfolgeverweisung; Ziff. II.1.2.a.bb. oben), womit sich insofern die Frage stellt, an welchen Kriterien der hiesige Organisationsmangelbegriff zu messen ist. Die Materialien zeichnen gewisse Kerngehalte vor.<sup>47</sup> Sinn und Zweck von Art. 581a OR entsprechend ist u.E. der von der Körperschaft abweichenden Organisationsstruktur der Rechtsgemeinschaft Rechnung zu tragen.<sup>48</sup> In systematischer Hinsicht ist das Augenmerk schliesslich auf Art. 731b OR zu legen. Dieser postuliert im Wesentlichen zweierlei: Erstens ist der Organisationsmangelbegriff einer *restriktiven Auslegung* zu unterziehen.<sup>49</sup> Zweitens kann die Organisationsmängelnorm allein

zum Schutz von zwingenden Bestimmungen taugen, die im *öffentlichen Interesse* (Verkehrsschutz, Funktionieren des Geschäftsverkehrs und der Wirtschaftsordnung etc.)<sup>50</sup> aufgestellt worden sind.<sup>51</sup>

Vor diesem Hintergrund ist nachstehend auf fünf ausgewählte Themenkreise einzugehen. Es sind dies das Fehlen eines Rechtsdomizils oder Domizilhalters, die fehlende Ernennung eines Liquidators oder Erbenvertreters, die Unterschreitung der Mindestgesellschafterzahl, der Tod eines Gesellschafters oder die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft für einen solchen sowie die Missachtung finanzmarktrechtlicher Organisationsvorgaben.<sup>52</sup>

### bb. Fehlendes Rechtsdomizil oder Domizilhalter

Als primärer – und durch die eingangs erwähnte Revision rechtsformübergreifend<sup>53</sup> (gesetzlich) eingeführter – Organisationsmangel nach Art. 581a OR nennt die Botschaft das *Fehlen eines Rechtsdomizils oder eines Domizilhalters*.<sup>54</sup> Als Rechtsdomizil gilt jene Adresse, unter der die Gesellschaft an ihrem Sitz erreicht werden kann (Art. 2 lit. b HRegV).<sup>55</sup> Domizilhalter ist, wer als Rechtseinheit oder natürliche Person in das Handelsregister eingetragen ist sowie die Sendungen anstelle des Adressaten entgegennimmt und an diesen weiterleitet («c/o-Adresse»)<sup>56</sup> Das Rechtsdomizil als zwingende Voraussetzung<sup>57</sup> erfüllt die im *öffentlichen Interesse* stehende Aufgabe, Klarheit darüber zu verschaffen, an welche physische Adresse namentlich amtliche Dokumente der Steuer-, Betreibungs-, Gerichts- und anderweitiger Behörden zuzustellen sind.<sup>58</sup> Fehlt es am Rechtsdomizil (und wurde auch kein Domizilhalter bestellt), liegt mithin ein Mangel in der Organisation nach Art. 581a OR vor.

<sup>45</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3652; MÜLLER/MÜLLER (FN 9), 51 ad FN 93. Auf die Kommanditaktiengesellschaft gelangen dagegen – trotz gewisser Parallelen (vgl. etwa Art. 764 Abs. 3 OR) – direkt die Bestimmungen über die AG zur Anwendung (Art. 764 Abs. 2 und Art. 770 Abs. 2 OR).

<sup>46</sup> Grundlegend zu dieser Rechtsform: THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014, N 486 ff.; ferner: PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 2 N 341 ff.

<sup>47</sup> Einerseits das *Fehlen eines Rechtsdomizils oder Domizilhalters*, andererseits die *unterlassene Ernennung von Liquidatoren oder Erbenvertreter*: Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3652.

<sup>48</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 2 N 119 ff.

<sup>49</sup> Der Gesetzgeber beabsichtigte bei Erlass von Art. 731b OR keine Erweiterung der bereits anerkannten Organisationsmängel (Botschaft OR 2001 [FN 16], 3231 f.; ferner SCHÖNBÄCHLER [FN 27], 28; LORANDI [FN 29], 1380) und zeigte sich auch bei der Revision der Norm sehr zurückhaltend mit der Erweiterung von Mangelatbeständen, vgl. Botschaft zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke im Bericht zur Phase 2 der Länderüberprüfung der Schweiz vom 21.11.2018, BBl 2019 279 ff., 318 f.

<sup>50</sup> Gemeint sind daher zwingende organisationsrechtliche Bestimmungen, welche die Funktions- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherstellen sollen: SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 29.

<sup>51</sup> SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 28 f.; vgl. auch LORANDI (FN 29), 1383; vgl. ferner BGE 138 III 407 E. 2.3. S. 408; 138 III 294 E. 3.1.3.

<sup>52</sup> Beim Fall, wonach aufgrund eines Entzugs der Geschäftsführungsbefugnis gegenüber sämtlichen Gesellschaftern kein vertretungsberechtigter Gesellschafter mehr vorhanden ist (Art. 539 OR) läge u.E. zwar ein Organisationsmangel vor, dabei handelt es sich indes um ein reines Gedankenexperiment ohne jegliche praktische Relevanz. Zum vergleichbaren Fall einer handlungsunfähigen AG, deren VR nicht rechtsgültig besetzt war jüngst: BGER 4A\_496/2021 vom 3.12.2021.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 5 OR, Art. 69c Abs. 1 sowie Art. 83d Abs. 1 ZGB.

<sup>54</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3652.

<sup>55</sup> Der *Sitz* bezeichnet dagegen einzig die politische Gemeinde, in der die Gesellschaft niedergelassen ist und trägt insoweit nichts zur Erreichbarkeit bei, vgl. HRegV Handkommentar-VOGEL, HRegV 2 N 4.

<sup>56</sup> HRegV Praxiskommentar-MEISTERHANS/GWELISSIANI, HRegV 2 N 17.

<sup>57</sup> Kollektivgesellschaft: Art. 41 Abs. 1 lit. b HRegV; Kommanditgesellschaft: Art. 41 Abs. 2 lit. b HRegV; Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen: Art. 99 lit. c HRegV.

<sup>58</sup> Vgl. HRegV Handkommentar-VOGEL, HRegV 2 N 4.

## cc. Fehlende Ernennung von Liquidatoren und Erbenvertreter

Ein weiterer Anwendungsfall von Art. 581a OR kann sich gemäss Materialien im Zusammenhang mit der *fehlenden Ernennung von Liquidatoren oder Erbenvertreter* ergeben,<sup>59</sup> soweit die Gesellschaft nach Art. 545 f. OR<sup>60</sup> bzw. Art. 109 KAG aufgelöst wurde und sich damit im Liquidationsstadium befindet (Art. 582 ff. OR).<sup>61</sup> Auch hier muss weiterhin gewährleistet sein, dass die nach wie vor bestehende Gesellschaft – im Aussenverhältnis – handlungsfähig bleibt und deren Abwicklung vorgenommen werden kann.<sup>62</sup> Daran besteht bereits aus Sicht des *funktionierenden Geschäftsverkehrs* ein ausgewiesenes Interesse. Die Funktionstüchtigkeit ist hier durch die Liquidatoren (Art. 583 OR),<sup>63</sup> allenfalls (bei Versterben eines Gesellschafters)<sup>64</sup> in Zusammenarbeit mit dem Erbenvertreter (Art. 584 OR) sicherzustellen.<sup>65</sup> Ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 581a OR ist daher gegeben, wenn kein (gewillkürter) Liquidator oder Erbenvertreter<sup>66</sup> eingesetzt wird.<sup>67</sup> Vergleichbare Überlegungen müssen u.E. aber auch bei Umständen angestellt werden, die in der Person des bereits eingesetzten Liquidators bzw. Erbenvertreter liegen und die Wahrnehmung der ihnen obliegenden Pflichten verunmöglichen (z.B. Versterben, umfassende Beistandschaft), sofern nicht privatautonom eine Neubesetzung erfolgt.

## dd. Unterschreiten der Mindestgesellschafterzahl

Strukturell weisen Personenhandelsgesellschaften zur Genossenschaft – nebst dem zumeist personenbezogenen Element<sup>68</sup> – das Parallelerfordernis der *Mindestmitgliederzahl* auf.<sup>69</sup> Da das Genossenschaftsrecht mit Art. 831 Abs. 2 OR das Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl explizit als Mangel in der Organisation deklariert,<sup>70</sup> ist fraglich, wie es sich unter der Geltung von Art. 581a OR verhält.<sup>71</sup> In BGE 138 III 407 erkannte das Bundesgericht zu Art. 831 OR, dass die Mindestgenossenschaftszahl letztlich Ausprägung des personenbezogenen Elements darstelle und es sich dabei insoweit um ein begriffsbestimmendes Kriterium handle. Werde diese Zahl unterschritten, so liege nicht nur ein Organisationsmangel vor, sondern es sei auch der «Tatbestand der Genossenschaft» nicht mehr erfüllt.<sup>72</sup> Vergleichbares könnte auch für Personenhandelsgesellschaften geltend gemacht werden. Letztlich scheidet aber die Qualifikation als Organisationsmangel daran, dass die Unterschreitung der Mindestgesellschafterzahl entweder sofort zur Auflösung der Gesellschaft führt,<sup>73</sup> oder aber durch Übernahme der Aktiven und Passiven durch den verbleibenden Gesellschafter eine Umwandlung in eine Einzelunternehmung stattfindet (Art. 579 OR).<sup>74</sup> So oder anders kann damit keine logische Sekunde verbleiben, in welcher der Organisation der Gesellschaft ein dahingehender Mangel anhaften könnte, ohne, dass dieser nicht umgehend gesetzlich oder privatautonom egalisiert wird. Nach hier vertretener Auffassung ist es daher *ab-*

<sup>59</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3652.

<sup>60</sup> I.V.m. Art. 574 Abs. 1 für die Kollektivgesellschaft sowie zusätzlich i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR für die Kommanditgesellschaft resp. i.V.m. Art. 99 KAG für die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen.

<sup>61</sup> Im Konkurs ist dagegen das SchKG anwendbar: BSK OR II-STAEHELIN, Art. 582 N 3 i.f.

<sup>62</sup> Vgl. BSK OR II-STAEHELIN, Art. 574 N 6; ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 584 OR N 2.

<sup>63</sup> Sei es durch gesetzliche (Geschäftsführer) oder gewillkürte Liquidatoren (Dritte): BSK OR II-STAEHELIN, Art. 583 N 1 ff.

<sup>64</sup> Zu beachten ist allerdings für die einfache Kommanditgesellschaft, dass nach Art. 619 Abs. 2 Satz 2 OR der Tod des Kommanditärs (und die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft über denselben) keinen Auflösungsgrund darstellt: BSK OR II-STAEHELIN, Art. 619 N 2.

<sup>65</sup> Es geht allein die Gesellschafterstellung, nicht aber die Liquidatoreigenschaft an die Erbengemeinschaft über (BGE 69 III 1), was mangels vertraglicher Abrede oder einsetzendem Beschluss auch für den Erbenvertreter gilt: ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 584 OR N 10.

<sup>66</sup> Die Gefahr des Funktionsausfalls liegt bei fehlendem Erbenvertreter im Spannungsverhältnis zwischen der dispositiv vorgesehenen einstimmigen Beschlussfassung der Gesellschaft nach Art. 534 Abs. 1 OR und dem gesamthandschaftlichen Prinzipien folgenden Verhältnis unter den Erben gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB begründet, vgl. ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 584 OR N 3. Hinzu tritt die faktische Unzumutbarkeit für die Gesellschafter, mit den unter Umständen zahlreichen Erben über die Abwicklung zu verhandeln: ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 584 OR N 2; BSK OR II-STAEHELIN, Art. 584 N 1.

<sup>67</sup> So bereits unter Geltung des alten Rechts für den Liquidator: ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 584 OR N 23; BSK OR II-STAEHELIN, Art. 583 N 4a.

<sup>68</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 3 N 3; vgl. ferner BGE 138 III 407 E. 2.5.1. S. 409. Siehe aber zur vordergründig kapitalbezogenen Ausgestaltung der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 3 N 4.

<sup>69</sup> Wo Personenhandelsgesellschaften zweier Gesellschafter bedürfen (Art. 552 Abs. 1 und Art. 594 Abs. 1 OR [vgl. auch Art. 530 Abs. 1 OR]; Art. 5 Abs. 1 KKV i.V.m. Art. 7 Abs. 3 KAG) sind es bei Genossenschaften sieben Genosschafter (Art. 831 Abs. 1 OR). Letztlich ist das Kriterium der Personenmehrheit – mit Ausnahme der AG und der GmbH – auch begriffsbestimmend für das Vorliegen einer Gesellschaft: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 1 N 4 ff.

<sup>70</sup> BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 831 N 7 ff. Hintergrund bildete der personenbezogene Aspekt der gemeinsamen Selbsthilfe, der – in Abgrenzung zur Einpersonen-AG oder -GmbH – eine Mehrzahl von Personen voraussetzt: Botschaft OR 2001 (FN 16), 3235.

<sup>71</sup> Von vornherein als Organisationsmangel auszuschliessen ist die «Gründung» einer Personenhandelsgesellschaft durch nur eine Person, zumal es hier bereits an der Personenmehrheit als Gründungsvoraussetzung fehlt, vgl. FN 69.

<sup>72</sup> BGE 138 III 407 E. 2.5.1 f. Im Ergebnis erblickt das Bundesgericht damit in der Unterschreitung der Mindestmitgliederzahl sogar einen *qualifizierten Organisationsmangel*.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 OR; ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 579 OR N 1; vgl. ferner BGE 81 II 362; 75 I 274.

<sup>74</sup> Vorausgesetzt ist hierfür eine Grundlage im Gesellschaftsvertrag oder aber ein (einstimmiger) Beschluss: ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 579 OR N 10 ff.; vgl. BSK OR II-STAEHELIN, Art. 579 N 2. Insofern missverständlich MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 1 N 10, die davon ausgehen, dass das Absinken der Gesellschafterzahl auf eine Person «ohne Weiteres» zur Umwandlung führt. Zur Weiterführung durch den Kommanditär: SHK-CHRIST, OR 579 N 1.

*zulehnen*, die Unterschreitung der Mindestgesellschafterzahl (von zwei Personen) als Organisationsmangel nach Art. 581a OR zu qualifizieren.

ee. Tod oder umfassende Beistandschaft eines Gesellschafters

Art. 545 Abs. 1 OR sieht – unabhängig davon, ob die verbleibende Anzahl an Gesellschaftern grösser zwei beträgt (Mindestgesellschafterzahl) – beim Tod eines Gesellschafters (Ziff. 2) oder bei der Errichtung einer umfassenden Beistandschaft über denselben (Ziff. 3) vorbehaltlich einer Fortführungsklausel zwingend die *Auflösung* der Gesellschaft vor.<sup>75</sup> Dieses Regime ist neuerlich Folge des personenbezogenen Elements.<sup>76</sup> Obgleich die dahingehenden Tatbestände in einem nicht zu übersehenden Näheverhältnis zum Organisationsmangel stehen, was u.E. gerade beim Ausfall von federführenden Gesellschaftern zutrifft, wird dem Mangel durch die Auflösung oder die privatautonome Fortsetzung sogleich der Boden entzogen. Zudem erschiene auch eine Anwendung der Rechtsfolgen von Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR als unsinnig: Die gerichtliche Fristansetzung zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters (Ziff. 1) oder gar dessen gerichtliche Ernennung (Ziff. 2) sind nach hier vertretener Ansicht nicht mit der Personenbezogenheit der Personenhandelsgesellschaften in Einklang zu bringen, weshalb dem Gericht nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Ziff. II.2.1. unten) ohnehin nur – wie im Falle von Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 OR – die Auflösung der Gesellschaft verbliebe (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR).<sup>77</sup> Die vorerwähnten Tatbestände fallen daher *nicht* unter Art. 581a OR.

ff. Finanzmarktrechtliche Organisationsvorgaben

Aus Sicht des Finanzmarktrechts ist auf zwei ausgewählte Kategorien von Organisationsvorgaben einzugehen. Einerseits bestehen spezifische Anforderungen für die *Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen*. Konkret kommen als Komplementäre einzig Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz in Frage (Art. 98 Abs. 2 Satz 1 KAG). Zudem müssen sowohl Kommanditäre als auch Komplementäre *qualifizierte Anleger* nach Art. 10 Abs. 3 oder 3<sup>ter</sup> KAG sein.<sup>78</sup> Andererseits enthält das Finanzmarktrecht – zumindest theoretisch – für *sämtliche Personenhandelsgesellschaften* Organisationsvorgaben. Sind nämlich Bankinstitute als Kollektiv- oder (einfache) Kommanditgesellschaft organisiert, so unterstehen sie als sog. *Privatbankiers*

dem BankG (Art. 1 Abs. 1 BankG).<sup>79</sup> Als solche obliegt ihnen die Pflicht, eine zugelassene *Prüfgesellschaft* nach Art. 9a Abs. 1 RAG mit einer Prüfung nach Art. 24 FINMAG zu beauftragen (Art. 18 Abs. 1 BankG). Selbiges trifft im Übrigen auch auf die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen zu (Art. 107 i.V.m. Art. 126 ff. KAG). Da die Prüfgesellschaft eine ausgewiesene Ähnlichkeit zur Revisionsstelle nach Art. 727 ff. OR aufweist<sup>80</sup> und dieser daher u.E. gleichsam die Stellung eines obligatorischen «Quasi-Organs»<sup>81</sup> zukommt, ist deren Vorhandensein auch aus gesellschaftsorganisationsrechtlicher Sicht relevant. Diese beiden Kategorien von finanzmarktrechtlichen Organisationsvorgaben sind zwingender Natur, die unmittelbar im öffentlichen Interesse des *Anlegerschutzes, der Transparenz* und des *Schutzes des Funktionierens der Finanzmärkte* aufgestellt wurden (vgl. Art. 1 KAG sowie Art. 4 bzw. Art. 24 Abs. 2 FINMAG),<sup>82</sup> aber u.E. mittelbar auch Teil des Interesses an der Funktionstüchtigkeit der Gesellschaft darstellen. Damit eine Verletzung der vorerwähnten Vorgaben indes von Art. 581a OR erfasst werden kann, müsste es sich dabei um sog. *Doppelnormen* handeln, mithin um Bestimmungen die nebst einer öffentlich-rechtlichen auch eine zivilrechtliche Komponente aufweisen.<sup>83</sup> Nach hier vertretener Auffassung *trifft dies zu*, da zumindest die vorerwähnten Bestimmungen nebst einer aufsichtsrechtlichen auch einen *bedeutenden gesellschaftsorganisationsrechtlichen* (und damit zivilrechtlichen) Gehalt aufweisen.<sup>84</sup> Auf die Doppelnatur lässt nicht zuletzt auch der Wille des Gesetzgebers schliessen, der bei Organisationsmängeln der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen in *qualifiziertem Schweigen* allein beim Aktivwerden des Handelsregisterführers,<sup>85</sup> nicht aber eines Gesellschafters oder Gläubigers, eine *exklusive Zuständigkeit der FINMA* vorsieht (Kompetenzattraktion).<sup>86</sup> Folglich werden diesbezügliche Missstände – ergänzend zum Aufsichtsrecht – von

<sup>75</sup> Vgl. CHK-JUNG, Art. 545 N 3 f.

<sup>76</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 2 N 99 ff.

<sup>77</sup> So im Wesentlichen auch das Bundesgericht zur Anwendung von Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR auf eine Genossenschaft, deren Mitgliederzahl im Laufe des Bestehens sieben Genossenschafter unterschritt: BGE 138 III 407 E. 2.5.2.

<sup>78</sup> Zur Definition des qualifizierten Anlegers vgl. Art. 4 Abs. 3–5 sowie Art. 5 Abs. 1 und 4 FIDLEG.

<sup>79</sup> KUNZ (FN 46), § 3 N 439 f.; THOMAS WERLEN, Teil 1: Grundlagen, I. Einleitung, D.–F., 15 ff., in: Arpagaus/Stadler/Werlen (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, N 103.

<sup>80</sup> In der Praxis sind Prüfgesellschaft und Revisionsstelle denn auch regelmässig identisch: BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 24 N 10 m.w.H.

<sup>81</sup> Zur Fremdkörpereigenschaft der Prüfgesellschaft bei Personengesellschaften: BSK KAG-DU PASQUIER/POSKRIAKOV, Art. 107 N 3.

<sup>82</sup> Vgl. zum KAG: BSK KAG-DU PASQUIER/POSKRIAKOV, Art. 98 N 14; vgl. ferner Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23.9.2005, BBl 2005 6395 ff., 6412. Vgl. zum FINMAG etwa: CLAUDIA M. FRITSCH, Interne Untersuchungen in der Schweiz – Ein Handbuch für Unternehmen mit besonderem Fokus auf Finanzinstitute, 2. A., Zürich/St. Gallen 2021, 447.

<sup>83</sup> Hierzu: THOMAS JUTZI/QUIRIN MEIER, Ausstrahlungswirkung im Finanzmarktrecht, recht 2022, 79 ff., 81 ff.; SANDRO ABEGGLEN/LÉONIE LUTERBACHER: Das Verhältnis der FIDLEG-Verhaltensregeln zum Privatrecht, ZSR 2020, 223 ff., 226 f. Zu Art. 11 aBEHG als Doppelnorm: BGE 133 III 97 E. 5.2.

<sup>84</sup> Vgl. zur Massgeblichkeit gesellschaftsrechtlicher Grundsätze bei Doppelnormen: JUTZI/SCHÄREN (FN 46), N 1231.

<sup>85</sup> Vgl. Ziff. IV.1.2.b. unten.

<sup>86</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3650.

Art. 581a OR erfasst (zu den prozessualen Konsequenzen Ziff. IV.1.1.a. unten). Zu denken ist beispielsweise an die Sitzverlegung des Komplementärs ins Ausland, den Verlust der Eigenschaft als qualifizierter Anleger (etwa aufgrund eines Entzugs der Bankbewilligung [Art. 4 Abs. 3 lit. a FIDLEG]) oder aber die unterlassene Beauftragung einer Prüfgesellschaft.

#### d. Zeitlicher und räumlicher Anwendungsbereich

Bei Organisationsmängeln handelt es sich um Dauersachverhalte, für die der Grundsatz der Nichtrückwirkung keine Geltung hat. In zeitlicher Hinsicht ist Art. 581a OR daher sowohl auf Organisationsmängel von Personenhandelsgesellschaften anwendbar, die vor als auch auf solche, die nach Inkrafttreten von Art. 581a OR bestanden haben.<sup>87</sup>

Räumlich gelangt Art. 581a OR auf Binnensachverhalte zur Anwendung.<sup>88</sup>

## 2. Rechtsfolgen

### 2.1. Allgemeines

Auf Rechtsfolgeseite erklärt Art. 581a OR Art. 731b OR für analog anwendbar. Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR sieht drei Rechtsfolgen vor, nämlich die Ansetzung einer Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Ziff. 1), die Ernennung eines fehlenden Organs oder Sachwalters (Ziff. 2) sowie die Auflösung der Gesellschaft unter Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs (Ziff. 3).<sup>89</sup> Bereits die analoge Anwendung von Art. 731b OR, wie sie Art. 581a OR vorsieht, gebietet u.E. bei der Bestimmung der einschlägigen Rechtsfolgen auf die organisatorischen Besonderheiten der Personenhandelsgesellschaften als Rechtsgemeinschaften Rücksicht zu nehmen. Die Rechtsfolgen müssen sich daher gleichsam in den möglichen Organisationsmängeln spiegeln. Da die erwähnten Massnahmen nicht abschliessend sind («insbesondere»)<sup>90</sup> besteht hierbei genügend Flexibilität, diesem Umstand nötigenfalls Rechnung zu tragen.<sup>91</sup> Auf die einschlägigen Rechtsfolgen ist nachstehend einzugehen.

Bei der Anordnung der in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR vorgesehenen Massnahmen ist dem *Verhältnismässigkeitsprin-*

zip Rechnung zu tragen.<sup>92</sup> Im Ergebnis ergibt sich daher von Ziff. 1 (mildestes Mittel) bis Ziff. 3 (ultima ratio) eine Kaskade, die es zu beachten gilt.<sup>93</sup>

### 2.2. Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 1 OR)

Die Ansetzung einer Frist<sup>94</sup> zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips Grundsätze als *primär anzuordnende Massnahme*, sollte sich diese nicht a priori als aussichtslos erweisen.<sup>95</sup> Mit der gerichtlichen Fristansetzung können im Unterlassungsfall Massnahmen nach Ziff. 2 und 3 von Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR verbunden werden. Als gerichtliche Frist ist diese nach den Grundsätzen von Art. 144 Abs. 2 ZPO erstreckbar.<sup>96</sup> Diese Massnahme ist u.E. auf *sämtliche dargestellten Organisationsmängel* (Ziff. II.1.2.c.bb., cc. sowie ff. oben) applikabel.

### 2.3. Einsetzung von Funktionären oder Prüfgesellschaften (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR)

Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR kann aufgrund der Organisationsstruktur von Personenhandelsgesellschaften (Rechtsgemeinschaften) lediglich *analog* zur Anwendung gebracht werden. Die Massnahme hat u.E. allein für die fehlende *Einsetzung eines Liquidators oder Erbenvertreters* sowie für die fehlende *Bestellung einer Prüfgesellschaft* (als «Quasi-Organ») Relevanz. Deren Kompetenzen sind gerichtlich festzulegen und die Dauer der Ernennung ist zu befristen (Art. 731b Abs. 2 OR).<sup>97</sup> Das Gericht kann die Gesellschaft gemäss Art. 731b Abs. 2 OR anweisen, die Kosten für die Einsetzung zu tragen und einen Kostenvorschuss verlangen (vgl. Art. 98 ZPO).<sup>98</sup> Nach hier vertretener Ansicht ist die Gesellschaft als Prozesspartei vorgängig *zwingend* zur Vernehmung im Hinblick auf die Person des Funktionärs bzw. der Prüfgesellschaft zu laden. Es ist ihr Gelegenheit zu geben, selbst Vorschläge zu unterbreiten oder sich zu gerichtlichen Vorschlägen zu äussern. Dies ergibt sich bereits aus dem Anspruch auf rechtliches Ge-

<sup>87</sup> Vgl. SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 24 m.w.H.; LORANDI (FN 29), 1379 f.  
<sup>88</sup> Zu kollisionsrechtlichen Aspekten betreffend Art. 731b OR: SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 429 ff.; siehe auch LORANDI (FN 29), 1380.

<sup>89</sup> Grundlegend: SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 185 ff.; vgl. ferner KUNZ (FN 35), 806. Zu den U.S.-amerikanischen Einflüssen auf Art. 731b OR: a.a.O., 807 ff.

<sup>90</sup> Statt vieler: BGE 138 III 294 E. 3.1.4. S. 298.

<sup>91</sup> Als weitere Rechtsfolge ist etwa bei einem Mangel nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien denkbar: Botschaft Global Forum (FN 49), 319. Grundlegend zu den weiteren Rechtsfolgen: SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 303 ff.

<sup>92</sup> BGE 138 III 294 E. 3.1.4. S. 299; vgl. ferner SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 204. Zu den Anforderungen an die Rechtsanwendung: a.a.O., 187 ff.

<sup>93</sup> BGE 138 III 294 E. 3.1.4.; ferner BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 16 i.f.; KUNZ (FN 35), 806 f.

<sup>94</sup> Die Lehre fordert teils eine Mindestdauer von *30 Tagen*: BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 20; krit. SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 207 ff.

<sup>95</sup> SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 204 f.; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 19.

<sup>96</sup> BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 20. Das Erstreckungsgesuch ist gutzuheissen, wenn binnen erstreckter Frist Aussicht auf Behebung besteht: ebd.

<sup>97</sup> Für Liquidatoren und Erbenvertreter wird das Gericht u.E. auf die mutmassliche Dauer der Liquidation abstellen müssen. Bei der Einsetzung einer Prüfgesellschaft hat sich das Gericht vom Zeitpunkt der nächsten jährlichen Prüfung leiten zu lassen.

<sup>98</sup> Vgl. BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 21a f.

hör (Art. 53 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV),<sup>99</sup> rechtfertigt sich aber auch unter sozialen Aspekten, nämlich, um zwischenmenschlichen Komplikationen zwischen Funktionär bzw. Prüfgesellschaft und Gesellschaft(ern) von vornherein entgegenzuwirken.<sup>100</sup> Ergänzend ist anzufügen, dass die *Abberufung* eines zuvor kraft Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR gerichtlich eingesetzten Liquidators oder Erbenvertreters u.E. ebenfalls von Art. 581a i.V.m. Art. 731b Abs. 3 OR umfasst ist. Vorausgesetzt ist indes das Vorliegen eines wichtigen Grundes.<sup>101</sup>

#### 2.4. Auflösung der Gesellschaft (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR)

Als äusserstes Mittel kann schliesslich die Auflösung der Gesellschaft angeordnet werden. Sie ist in der Folge nach den Vorschriften des Konkurses zu liquidieren.<sup>102</sup>

### 3. Sachlegitimation

#### 3.1. Allgemeines

Die Frage nach der Sachlegitimation steht in einem engen Verhältnis zum persönlichen Anwendungsbereich (Ziff. II.1.2.b. oben) und ist u.E. ebenfalls der Tatbestandsseite zuzuordnen.<sup>103</sup> Daraus folgt, dass die Sachlegitimation im Geltungsbereich von Art. 581a OR – der wie aufgezeigt eine Rechtsfolgeverweisung auf Art. 731b OR vornimmt – autonom zu bestimmen ist.<sup>104</sup> Der tra-

ditionellen Sonderstellung der Sachlegitimation folgend wird dieser Aspekt vorliegend jedoch nicht beim Tatbestand, sondern eigenständig behandelt.

#### 3.2. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert zur Klage nach Art. 581a i.V.m. Art. 731b OR ist u.E. jeder Gesellschafter<sup>105</sup> oder Gläubiger. Mehrere Aktionäre oder Gläubiger können sich auch zu einer *einfachen aktiven Streitgenossenschaft* zusammenschliessen (Art. 71 ZPO).<sup>106</sup> Der Handelsregisterführer ist de lege lata nur noch befugt, die Angelegenheit in den Schranken von Art. 939 OR dem Gericht bzw. hinsichtlich Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen der FINMA (Aufsichtsbehörde) zu «überweisen»<sup>107</sup> (Art. 939 Abs. 2 Satz 1 resp. Art. 939 Abs. 3 OR). Im darauffolgenden Organisationsmängelverfahren ist er nicht (mehr) aktivlegitimiert.<sup>108</sup>

#### 3.3. Passivlegitimation

Den Personenhandelsgesellschaften wird im Aussenverhältnis die Rechts- und Handlungsfähigkeit (Art. 562 bzw. Art. 602 OR [i.V.m. Art. 99 KAG] resp. als prozessrechtliches Pendant die Partei- und Prozessfähigkeit [Art. 66 f. ZPO]) zugebilligt.<sup>109</sup> Die Organisationsmängelklage hat sich entsprechend gegen die hier passivlegitimierte Gesellschaft zu richten.

<sup>99</sup> Insoweit unzutreffend: BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 23: «Obwohl gesetzlich nicht vorgesehen». Der Umstand, dass die Gesellschaft innerhalb gerichtlich angesetzter Frist selbst die Möglichkeit gehabt hätte, einen Funktionär oder eine Prüfgesellschaft einzusetzen, egalisiert den Gehörsanspruch nicht, kann u.E. aber immerhin bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

<sup>100</sup> Vgl. BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 23.

<sup>101</sup> Vgl. auch den Hinweis bei BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 23. Anders bei privatautonomer Einsetzung eines Funktionärs. Beim Liquidator gelangt die Abberufungsklage nach Art. 583 Abs. 2 OR zur Anwendung. Da der Erbenvertreter wie ein nicht zur Geschäftsführung befugter Gesellschafter behandelt wird, kann er nicht durch die übrigen Gesellschafter nach Art. 583 Abs. 2 OR, sondern allein durch die Erben gestützt auf Art. 602 ZGB abberufen werden: ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 584 OR N 10.

<sup>102</sup> Vgl. BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 24 ff.

<sup>103</sup> Die Sachlegitimation beantwortet die Frage, wer gestützt auf eine Norm resp. aus materiellem Recht berechtigt ist, den Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen (*Aktivlegitimation*) bzw. verpflichtet ist, ihn gegen sich geltend machen zu lassen (*Passivlegitimation*; hierzu etwa BGE 123 III 220 E. 4a S. 224). Der persönliche Anwendungsbereich klärt dagegen, wer aufgrund normativ festgelegter persönlicher Kriterien in den Anwendungsbereich einer Bestimmung fällt, vgl. MÜLLER/UHLMANN (FN 9), N 191; vgl. auch Ziff. II.1.2.b. oben.

<sup>104</sup> Logische Konsequenz aus der Qualifikation der Norm als Rechtsfolgeverweisung ist nämlich, dass Art. 731b OR zur Bestimmung der Sachlegitimation weder direkt (da keine Rechtsgrundverweisung) noch analog (da keine Frage der Rechtsfolge) herangezogen werden kann, jedoch unter systematischen Aspekten bei der Auslegung zu beachten ist. Es verhält sich infolgedessen gleich, wie beim Begriff des Organisationsmangels, vgl. Ziff. II.1.2.c. oben.

<sup>105</sup> Die Lehre hält dafür, dass in Gestalt des aus Art. 731b OR fließenden Klagerechts ein *Einzelanspruch* des Aktionärs zu erblicken sei, der deshalb von jedem Aktionär selbständig geltend gemacht werden könne: SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 320. Hintergrund hierfür bildet der Umstand, dass jeder Aktionär gleichermaßen, d.h. unabhängig von dessen Beteiligungsverhältnis, von den Folgen des Organisationsmangels betroffen ist: a.a.O., 325. Nichts anderes hat u.E. im Bereich der Personenhandelsgesellschaften insbesondere im Hinblick auf die Gesellschafterqualität (Geschäftsführer, Nicht-Geschäftsführer, Komplementär, Kommanditär etc.) zu gelten, zumal sich ein Einzelklagerecht aufgrund der identischen Auswirkung des Mangels auf jeden Gesellschafter hier wie dort aufdrängt. Im Ergebnis dürfte mit dem Klagerecht nach Art. 581a i.V.m. Art. 731b OR nichts anderes als ein (nicht-vermögensrechtlicher) *Individualanspruch* im personengesellschaftsrechtlichen Sinne zu erblicken sein, der durch die *Individualklage* geltend zu machen ist, vgl. RETO VONZUN, Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen, in: Jung/Krauskopf/Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, 752 ff., 762 ff.

<sup>106</sup> Dagegen schliesst es die individuelle Natur des Klageanspruchs nach Art. 581a i.V.m. Art. 731b OR nach hier vertretener Auffassung aus, dass die klagenden Gesellschafter – wie im Personengesellschaftsrecht verbreitet (vgl. VONZUN [FN 105], 754 f.) – als notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 70 ZPO gemeinsam vorgehen müssen.

<sup>107</sup> Zum Begriff der Überweisung FN 138.

<sup>108</sup> Vgl. Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3649; BENJAMIN DOMENIG/CLAUDIO GÜR, Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, AJP 2021, 168 ff., 171; vgl. zur inzwischen veralteten Aktivlegitimation des Handelsregisterführers nach Art. 731b aOR BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 11 ff. Unter «aOR» wird vorliegend die bis zum 31.12.2020 gültige Fassung (Stand 1.4.2020) des OR verstanden.

<sup>109</sup> Vgl. ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 562 OR N 1 ff. sowie ZK-HANDSCHIN/CHOU, Art. 602 OR N 1.

### III. Verfahrensart

#### 1. Ordentliches vs. summarisches Verfahren

Die ZPO äussert sich nur teilweise zur Verfahrensart bei Organisationsmängelverfahren und wo sie es tut, fehlt es an einer Bezugnahme auf die neugeschaffene Norm im Kollektivgesellschaftsrecht bzw. mangelt es an einer Anpassung an die Handelsregisterrechtsrevision. Im Anwendungsbereich der ZPO kommt grundsätzlich das ordentliche Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) zur Anwendung, ausser es sei ein anderes Verfahren vorgeschrieben.<sup>110</sup> Damit geht in der Regel ein vorgängiges Schlichtungsverfahren einher (Art. 197 ff. ZPO; Ausnahmefälle geregelt in Art. 198 f. ZPO). Ein ebensolcher Aussöhnungsversuch entfällt insbesondere dann, wenn das summarische Verfahren anwendbar ist (Art. 198 lit. a ZPO). Das schweizerische Zivilprozessrecht sieht die Anwendung des summarischen Verfahrens in fünf Fällen vor, unter anderem in den vom Gesetz bestimmten Fällen sowie für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 248 lit. a und e ZPO).

#### 2. Verhältnis zwischen Art. 248 lit. a und Art. 249-251a ZPO

Die Anwendung des summarischen Verfahrens gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO, also «in den vom Gesetz bestimmten Fällen», setzt eine entsprechende Regelung in einem *Bundesgesetz* voraus.<sup>111</sup> In jedem Fall sind davon die in der ZPO selbst genannten Zuweisungen erfasst, primär die Kataloge von Art. 249–251a ZPO.<sup>112</sup> Letztere sind jedoch nicht abschliessend, was bereits den jeweiligen Eingangssätzen zu entnehmen ist: «Das summarische Verfahren gilt *insbesondere* für folgende Angelegenheiten».<sup>113</sup> Diese Ansicht steht auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wie im Folgenden gezeigt wird. Im «Summarkatalog OR» sind mit Blick auf Organisationsmängel lediglich die Fristansetzung bei ungenügender Anzahl von Mitgliedern oder bei Fehlen

von notwendigen Organen (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO) sowie die Ernennung und Abberufung der Revisionsstelle (Art. 250 lit. c Ziff. 11 ZPO) enthalten. Das Bundesgericht hat hingegen entschieden, dass sämtliche Massnahmen nach Art. 731b OR zur Behebung von Mängeln in der Organisation der Gesellschaft in den Bereich des summarischen Verfahrens fallen.<sup>114</sup> Im konkreten Fall betraf dies die Auflösung der Gesellschaft.<sup>115</sup>

Es kann nicht ignoriert werden, dass Art. 248 lit. d ZPO, der das Summarverfahren in den vom Gesetz bestimmten Fällen anwenden will, und die Einleitungssätze der Art. 249–251a ZPO, die den jeweiligen Summarzuordnungen ein «insbesondere» voranstellen, in einem gewissen Spannungsverhältnis stehen. Dieses ist nach hier vertretener Ansicht wie folgt aufzulösen: Die Art. 249–251a ZPO präzisieren den Grundsatz von Art. 248 lit. d ZPO für Angelegenheiten, die in *gewissen Erlassen* geregelt sind. Wenn vor den Aufzählungen der jeweiligen Summarsachen ein «insbesondere» steht, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in Bezug auf ZGB, OR, SchKG und IPRG eine Lockerung von Art. 248 lit. d ZPO bezwecken wollte. Dadurch besteht eine – etwa mit Blick auf den obgenannten Bundesgerichtsfall (siehe bei FN 114) – begrüssenswerte Flexibilität und es können allfällige Versäumnisse des Gesetzgebers korrigiert werden (dazu Ziff. III.3.2. unten). Ob eine Beurteilung im summarischen Verfahren angezeigt ist, muss im Einzelfall mit Blick auf dessen Besonderheiten geklärt werden. Das Summarverfahren zeichnet sich im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren durch Schnelligkeit und Simplizität aus.<sup>116</sup> Dazu tragen insbesondere die Beweisbeschränkung in Art. 254 ZPO (Primat des Urkundenbeweises) sowie die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach die Parteien grundsätzlich keinen Anspruch haben, sich zweimal zur Sache äussern zu können,<sup>117</sup> bei. Das Summarverfahren ist zudem häufig kostengünstiger als das ordentliche Verfahren.<sup>118</sup>

Es sei indes (nochmals) betont, dass die Auflockerung der gesetzlichen Grundlage lediglich für Angelegenheiten des ZGB, OR, SchKG und IPRG gilt. Ausserhalb dieser Erlasse bedarf es u.E. zwingend einer expliziten Grundlage in einem Bundesgesetz, um eine Anwendbarkeit des Summarverfahrens herbeizuführen,<sup>119</sup> es

<sup>110</sup> Statt vieler: BK-LEUENBERGER, ZPO 219 N 2; SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. A., Bern 2018, § 49 N 93.

<sup>111</sup> BSK ZPO-MAZAN, Art. 248 N 3a; FRANCESCA PESENTI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, ZPO 248 N 13; siehe auch BGE 139 III 38 E. 2.3. f., in dem die Frage aber letztlich offengelassen wurde.

<sup>112</sup> BSK ZPO-MAZAN, Art. 248 N 3; vgl. auch etwa Art. 119 Abs. 3 (unentgeltliche Rechtspflege), Art. 271 (Eheschutz), Art. 302 (besondere kindesrechtliche Verfahren) oder Art. 339 Abs. 2 ZPO (Vollstreckung).

<sup>113</sup> Art. 249–251a ZPO (Hervorhebung hinzugefügt); Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006 7221 ff., 7349; DIKE Kommentar-KAUFMANN, ZPO 248 N 3 ad FN 4; PESENTI (FN 111), ZPO 248 N 11 und 13; vgl. Botschaft Global Forum (FN 49), 319.

<sup>114</sup> BGE 138 III 166 E. 3.9. (= Pra 2012 Nr. 102).

<sup>115</sup> BGE 138 III 166 E. 3.9. (= Pra 2012 Nr. 102). Die Auflösung ist heute in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 3 OR geregelt; dazu Ziff. II.2.4. oben.

<sup>116</sup> BK-GÜNGERICH, ZPO Vor 248 N 3.

<sup>117</sup> Grundlegend: BGE 144 III 117 E. 2.2.; zuletzt: BGE 146 III 237 E. 3.1.

<sup>118</sup> Vgl. etwa Art. 40 BE-VKD und Art. 5 Abs. 3 BE-PKV.

<sup>119</sup> Die soweit ersichtlich einzige solche Grundlage findet sich in Art. 8 Abs. 2 BG-KKE; siehe dazu die Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen vom 28.2.2007, BBl 2007 2595 ff., 2625. Zum Erfordernis der gesetzlichen Grund-

sei denn eine Anwendbarkeit ergäbe sich aufgrund von Art. 248 lit. b–e ZPO.

### 3. Verfahrensart bei Organisationsmängeln von Personenhandelsgesellschaften nach Art. 581a OR

#### 3.1. Vorbemerkungen

Die Frage, in welchem Verfahren Organisationsmängel einer Personenhandelsgesellschaft durch Gesellschafter oder Gläubiger geltend gemacht werden können (Art. 581a OR), wurde – soweit ersichtlich – bis anhin weder in Literatur noch in (publizierter) Rechtsprechung behandelt. Zu untersuchen ist, ob in diesen Fällen das Summarverfahren gestützt auf Art. 248 lit. a oder lit. e ZPO zur Anwendung gelangt oder die Organisationsmängel vielmehr im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind.

#### 3.2. Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO

Das OR äussert sich in Bezug auf Organisationsmängel nicht zur Verfahrensart. Genauerer Betrachtung bedarf deshalb der «Summarkatalog OR» in der ZPO (Art. 248 lit. a i.V.m. Art. 250 ZPO). In diesem Katalog sind – wie bereits im Zusammenhang mit dem Bundesgerichtsurteil BGE 138 III 166 erwähnt (Ziff. III.2. oben) – zwei Bestimmungen zu Organisationsmängeln enthalten: Erstens die Fristansetzung bei ungenügender Anzahl von Mitgliedern oder bei Fehlen von notwendigen Organen (Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO), wobei in Klammern die folgenden Bestimmungen beigelegt sind: Art. 731b, Art. 819, Art. 908 und Art. 941a OR. Zweitens, die Ernennung und Abberufung der Revisionsstelle (Art. 250 lit. c Ziff. 11 ZPO), die in Klammern nur den Art. 731b OR enthält. Die neu eingeführte Bestimmung von Art. 581a OR fehlt damit im «Summarkatalog OR» – anders als die Organisationsmängelverweisungsbestimmungen der GmbH (Art. 819 OR) und der Genossenschaft (Art. 908 OR).

Nach hier vertretener Auffassung sind Organisationsmängelverfahren sämtlicher Gesellschaftsformen in derselben Verfahrensart zu behandeln.<sup>120</sup> Eine Ungleichbehandlung für die Personenhandelsgesellschaften rechtfertigt sich nicht. Die Interessen der vom Organisationsmängelverfahren betroffenen Personen (Gesellschafter, Arbeitnehmer und Gläubiger)<sup>121</sup> können aufgrund der dargelegten

Eigenheiten des Summarverfahrens, das als Urkundenprozess eine schnelle und einfache Abwicklung verspricht (Ziff. III.2. oben), bestmöglich gewahrt werden.<sup>122</sup> Organisationsmängelverfahren von Personenhandelsgesellschaften nach Art. 581a OR sind folglich gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO und der Auslegung von Art. 250 ZPO im *summarischen Verfahren* zu führen.

In Anlehnung an die erläuterte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 731b OR (Ziff. III.2. oben) sind u.E. *sämtliche* Massnahmen zur Behebung von Mängeln in der Organisation der Gesellschaft im summarischen Verfahren zu behandeln.<sup>123</sup> Dies rechtfertigt sich nicht zuletzt infolge der analogen Anwendbarkeit der Rechtsfolgen von Art. 731b OR im Geltungsbereich von Art. 581a OR (Ziff. II.2.1. oben).

Wie bereits erwähnt, fehlt die neue Norm des Kollektivgesellschaftsrechts im «Summarkatalog OR». Dies mag daran liegen, dass Art. 581a OR erst im Entwurfsstadium Eingang in den Gesetzgebungsprozess gefunden hat.<sup>124</sup> Der Vorentwurf enthielt die Bestimmung noch nicht.<sup>125</sup> Dass es sich bei der unterlassenen Nachführung der ZPO um ein Versehen handelt, liegt damit nahe. Etwas Gegenteiliges lässt sich den Materialien denn auch nicht entnehmen, insbesondere nicht der Botschaft.<sup>126</sup> Gleiches gilt für die Beratungen im Parlament, in denen Art. 581a OR von Beginn an unbestritten war.<sup>127</sup> Diese Nachlässigkeit ist zu bedauern und schadet der Rechtssicherheit ebenso wie die unterlassene Schaffung einer einheitlichen Katalogbestimmung zu Organisationsmängeln, mit welcher die Geltung des Summarverfahrens für sämtliche Massnahmen hätte statuiert werden können. Immerhin scheint sich der Gesetzgeber der Problematik bewusst geworden zu sein.<sup>128</sup> In der laufenden ZPO-Revision sollen Art. 250 lit. c Ziff. 6 und Ziff. 11 ZPO zusammengefasst und Massnahmen bei Mängeln in der Organisation der Gesellschaft allgemein dem summarischen Verfahren unterstellt werden (Art. 250 lit. c Ziff. 6 E-ZPO).<sup>129</sup> Ausserdem sollen die Normen in der Klammer am Ende der neuen Bestimmung – zumindest gemäss Botschaft – um die Bestimmung von Art. 581a OR

lage siehe die Nachweise in FN 111. Vgl. auch BK-GÜNGERICH, ZPO Vor 248 N 14, wonach das Summarverfahren mit seinen Beschränkungen aufgrund der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) die Ausnahme bleiben und gesetzlich geregelt sein müsse.

<sup>120</sup> Vgl. Botschaft Global Forum (FN 49), 319.

<sup>121</sup> Vgl. BGE 138 III 407 E. 2.3. S. 408; 138 III 294 E. 3.1.3.; vgl. auch Ziff. IV.4.1. unten.

<sup>122</sup> Vgl. Botschaft Global Forum (FN 49), 319.

<sup>123</sup> Vgl. Botschaft Global Forum (FN 49), 319; Botschaft Aktienrecht (FN 39), 632.

<sup>124</sup> Entwurf Obligationenrecht (Handelsregisterrecht), BBl 2015 3661 ff., 3668, Art. 581a OR.

<sup>125</sup> Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht), <[www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/handelsregister/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/handelsregister/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf)>, passim (zuletzt abgerufen am 8.8.2022).

<sup>126</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), passim.

<sup>127</sup> AB 2016 S 755; AB 2016 N 2199.

<sup>128</sup> Vgl. Botschaft Global Forum (FN 49), 319.

<sup>129</sup> Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2785 ff., 2792, Art. 250 lit. c Ziff. 6, 11 und 14.

ergänzt werden.<sup>130</sup> Diese überfälligen Anpassungen und Klarstellungen sind zu begrüssen.

### 3.3. Keine Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. e ZPO

Das summarische Verfahren kann auch zur Anwendung gelangen, wenn es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (Art. 248 lit. e ZPO). Freiwillige Gerichtsbarkeit bezeichnet die Mitwirkung eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde zur Feststellung, Begründung, Änderung und Aufhebung privater Rechte.<sup>131</sup> Sie ist grundsätzlich als Gegensatz zur streitigen Gerichtsbarkeit zu sehen, die als Entscheidung von Streitigkeiten über Privatrechtsansprüche mit materieller Rechtskraft in einem kontradiktorischen Verfahren mit einer klägerischen und einer beklagten Partei zusammengefasst werden kann.<sup>132</sup>

Das Organisationsmängelverfahren, das auf Initiative eines Gesellschafters oder Gläubigers gegen die Gesellschaft eingeleitet wird, stellt ein kontradiktorisches Zivilverfahren im oben beschriebenen Sinne dar.<sup>133</sup> Die Anwendbarkeit des Summarverfahrens kann bei einem auf Art. 581a OR gestützten Verfahren somit nicht mit Art. 248 lit. e ZPO begründet werden.

## 4. Verfahrensart bei Organisationsmängeln von Personenhandelsgesellschaften nach Art. 939 OR

### 4.1. Keine Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO

Grundsätzlich stellen sich in Bezug auf Art. 939 OR dieselben Fragen wie hinsichtlich Art. 581a OR. Wiederum ist zunächst das Augenmerk auf den «Summarkatalog OR» zu richten. Art. 250 lit. c Ziff. 11 ZPO

(Ernennung und Abberufung der Revisionsstelle) erwähnt nur Art. 731b OR, wogegen Art. 250 lit. c Ziff. 6 ZPO (Fristansetzung bei ungenügender Anzahl von Mitgliedern oder bei Fehlen von notwendigen Organen) immerhin Art. 941a aOR aufführt – nebst Art. 731b, Art. 819 und Art. 908 OR. Die bisherige Regelung zum Handelsregister und den Organisationsmängeln, Art. 941a aOR, ist heute nicht mehr in Kraft; sie wurde mit gewissen Konkretisierungen in Art. 939 OR überführt.<sup>134</sup> Anders als für Art. 581a OR (Ziff. III.3.2. oben) ist in der aktuellen ZPO-Revision jedoch keine entsprechende Anpassung in Art. 250 ZPO, also ein Ersatz von Art. 941a aOR durch Art. 939 OR, vorgesehen.<sup>135</sup> Vielmehr soll Art. 941a aOR offenbar ersatzlos gestrichen werden, ohne dass sich die Botschaft dazu äussert.<sup>136</sup> Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass es sich dabei nicht um ein gesetzgeberisches Versehen handelt und das Summarverfahren trotz der ersatzlosen Streichung von Art. 941a aOR im Katalog von Art. 250 ZPO auch bei Einleitung des Verfahrens durch das Handelsregisteramt Anwendung findet, allerdings nicht (mehr) gestützt auf Art. 248 lit. a ZPO.

### 4.2. Anwendung des Summarverfahrens gestützt auf Art. 248 lit. e ZPO

War in Art. 941a Abs. 1 aOR noch vorgesehen, dass der Registerführer dem Gericht bei Organisationsmängeln einen Antrag auf Massnahmen stellt, hat er die Angelegenheit gemäss neuem Recht nach unbenutztem Ablauf der Behebungsfrist dem Gericht zu *überweisen* (Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR).<sup>137</sup> Der Botschaft kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber damit klarstellen wollte, dass das Handelsregisteramt im Verfahren keine Parteilichkeit hat, es also keine Anträge stellen oder Rechtsmittel ergreifen kann.<sup>138</sup> Im Gegenzug dürfen ihm aber auch keine Kosten auferlegt werden.<sup>139</sup> Damit liegt seit dem 1. Januar 2021 nun (eindeutig) eine Angelegenheit der *freiwilligen Gerichtsbarkeit*<sup>140</sup> vor. Das Summarverfahren gelangt bei einer Überweisung durch den Handelsregisterführer demnach (nur noch) gestützt auf

<sup>130</sup> Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26.2.2020, BBl 2020 2697 ff., 2764, Art. 249 lit. a Ziff. 5, Art. 250 lit. c Ziff. 6, 11 und 14. Im Entwurf ZPO (FN 129) fehlt Art. 581a OR allerdings.

<sup>131</sup> BGE 136 III 178 E. 5.2. S. 182; DIKE Kommentar-GASSER, ZPO 1 N 33; vgl. Art. 1 lit. b ZPO, wonach die ZPO das Verfahren für «gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit» regelt.

<sup>132</sup> URS FELLER/JÜRIG BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, ZPO 19 N 8.

<sup>133</sup> So auch LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 2012, 15; FLORIAN S. JÖRG, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 257 ff., 326. Auch soweit die Abberufung eines zuvor kraft Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 2 OR gerichtlich eingesetzten Liquidators oder Erbenvertreters zur Diskussion steht (was nach hier vertretener Ansicht ebenfalls von Art. 581a i.V.m. Art. 731b Abs. 3 OR umfasst ist; dazu Ziff. II.1.2.3. oben), liegt u.E. eine streitige Zivilsache vor, vgl. in diesem Sinne KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 250 N 21; a.M. BSK OR II-STAEHELIN, Art. 583 N 6 m.w.H.

<sup>134</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3649 f.

<sup>135</sup> Entwurf ZPO (FN 129), 2792, Art. 250.

<sup>136</sup> Botschaft RevZPO (FN 130), passim.

<sup>137</sup> Das Institut der «Überweisung» i.S.v. Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR, also das in Gang bringen eines Gerichtsverfahrens durch eine Behörde, ohne, dass diese am Verfahren (als Partei) teilnimmt, ist – soweit ersichtlich und abgesehen von Überweisungen zuständigkeitshalber (z.B. Art. 224 Abs. 2 ZPO) – im schweizerischen Zivilprozess einzigartig. Es handelt sich um eine Abweichung von der für den Zivilprozess charakteristischen Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO), nach der das Gericht nur auf Initiative einer Partei handeln darf; dazu THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, ZPO 58 N 7: «nemo iudex sine actore» (wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter).

<sup>138</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3649.

<sup>139</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3649.

<sup>140</sup> Zu diesem Begriff Ziff. III.3.3. oben.

Art. 248 lit. e ZPO zur Anwendung.<sup>141</sup> Es gilt unzweifelhaft für *sämtliche* Massnahmen zur Behebung von Mängeln in der Organisation von Personenhandelsgesellschaften.

## IV. Weitere prozessuale Einzelfragen

### 1. Sachliche Zuständigkeit

#### 1.1. Vom Gesellschafter oder Gläubiger eingeleitetes Verfahren (Art. 581a OR)

##### a. Zivilgerichte vs. FINMA

Für die vom Gesellschafter oder Gläubiger eingeleiteten Organisationsmängelverfahren hinsichtlich einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Art. 581a i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 KAG) oder betreffend eines als Kollektiv- oder einfache Kommanditgesellschaft organisierten Privatbankiers sind die Zivilgerichte zuständig, soweit rein privatrechtliche Organisationsvorschriften betroffen sind (Ziff. II.1.2.c.bb. und cc. oben). Die Frage, ob bei finanzmarktrechtlichen Organisationsvorgaben, die zugleich einen privatrechtlichen Charakter aufweisen (sog. Doppelnormen; dazu Ziff. II.1.2.c.ff. oben),<sup>142</sup> eine Zivilgerichtsbarkeit besteht, wurde bis anhin nur in Bezug auf Doppelnormen diskutiert, die unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen können (aufsichtsrechtliche Konsequenzen oder zivilrechtliche Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche).<sup>143</sup> Dies ist im vorliegenden Zusammenhang nicht der Fall, da bei Organisationsmängeln sowohl das Zivilgericht wie die FINMA mit vergleichbaren Rechtsfolgen *operieren* (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR sowie etwa Art. 31 und Art. 37 FINMAG). Deshalb muss u.E. vorliegend von einer *kumulativen Zuständigkeit* ausgegangen werden.<sup>144</sup> Mit Blick auf die finanzmarktrechtliche Meldepflicht der Personenhandelsgesellschaften und Prüfgesellschaften (Art. 29 Abs. 2 FINMAG) bzw. auf die Möglichkeit zur Aufsichtsanzeige an die FINMA durch Kunden, Anleger, Mitarbeiter etc.<sup>145</sup> stehen allerdings einfachere Wege zur Verfügung, womit der Gang an das Zivilgericht wohl kaum jemals beschritten werden dürfte. Für die Miss-

achtung ausschliesslich finanzmarktrechtlicher Regeln ist die Zivilgerichtsbarkeit ausgeschlossen (Art. 1 lit. a ZPO).

##### b. Handelsgericht vs. ordentliche Gerichte

Die Kantone können gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO ein Handelsgericht bezeichnen, das sich als einzige kantonale Instanz mit handelsrechtlichen Streitigkeiten befasst. Die Lehre begründet die Handelsgerichtszuständigkeit bei Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR – soweit sie sich damit überhaupt auseinandersetzt – mit Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO.<sup>146</sup> Ob diese Ansicht auf Personenhandelsgesellschaften übertragen und ob die Handelsgerichtsbarkeit nicht auch anderweitig begründet werden kann bzw. muss, soll nachfolgend untersucht werden. In Kantonen ohne Handelsgerichte unterliegen Organisationsmängelverfahren von Beginn weg der ordentlichen Gerichtsbarkeit,<sup>147</sup> worauf nicht weiter eingegangen wird.

##### c. Handelsgerichtsbarkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO

Von Bundesrechts wegen als handelsrechtlich gilt eine Streitigkeit, wenn die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, also die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist (lit. a), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht (lit. b) und die Parteien im Handelsregister eingetragen sind (lit. c).

Der Begriff der geschäftlichen Tätigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO ist weit zu fassen.<sup>148</sup> Nebst den Grundgeschäften und den Hilfs- bzw. Nebengeschäften<sup>149</sup> fallen darunter grundsätzlich auch gesellschaftsinterne Streitigkeiten: Nach BERNHARD BERGER sind Streitigkeiten zwischen einer AG, GmbH sowie Genossenschaft und ihren Gesellschaftern resp. Genossenschafte r n um die Mitgliedschaft sowie die gegenseitigen Rechte und Pflichten als geschäftliche Tätigkeit der Gesellschaft erfasst.<sup>150</sup> Auch Auseinandersetzungen unter Gesellschaftern einer Kollektivgesellschaft (oder Kommanditgesellschaft) seien geschäftlicher Natur.<sup>151</sup> Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Das vom Gesellschafter eingeleitete Organisationsmängelverfahren ist eine Streitigkeit um die *gegenseitigen Rechte und Pflichten*

<sup>141</sup> DOMENIG/GÜR (FN 108), 172.

<sup>142</sup> Vgl. Art. 1 lit. a ZPO. Die Rechtsprechung stellt für die Abgrenzung von zivilrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Rechtsweg auf die «Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses» (BGE 143 III 395 E. 3.3. S. 397) und verschiedene Theorien (Subjektions- oder Subordinationstheorie, Interessentheorie, Funktionstheorie und modale Theorie; BGE 138 II 134 E. 4.1. S. 137) ab. Vgl. im Zusammenhang mit einer vorsorglichen Massnahme zur Drittverwahrung von Bucheffekten in der Schweiz: HGer ZH HE190229 vom 4.1.2021 E. 3.2. m.w.H.

<sup>143</sup> Im Hinblick auf Art. 20 KAG: JUTZI/SCHÄREN (FN 46), N 1231; ferner ABEGGLEN/LUTERBACHER (FN 83), 227.

<sup>144</sup> Dieser zuständigkeitsrechtliche Gleichlauf ist bei Doppelnormen etabliert: ABEGGLEN/LUTERBACHER (FN 83), 226.

<sup>145</sup> Vgl. BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 4.

<sup>146</sup> DOMENIG/GÜR (FN 108), 171; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel (Art. 731b OR), BLSchK 2012 41 ff., 47.

<sup>147</sup> Soweit die ZPO nichts anderes vorsieht, bestimmen die Kantone die sachliche Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 1 ZPO).

<sup>148</sup> BGE 141 III 527 E. 2.3.1.; 140 III 355 E. 2.3.1. S. 358; vgl. Botschaft RevZPO (FN 130), 7261.

<sup>149</sup> BGE 139 III 457 E. 3.2.

<sup>150</sup> BK-BERGER, ZPO 6 N 23; vgl. auch BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 8.

<sup>151</sup> BK-BERGER, ZPO 6 N 23; vgl. auch BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 8.

zwischen ihm und der Gesellschaft, womit Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO erfüllt ist.<sup>152</sup> Betreffend Verfahren, in denen sich Gesellschaft und Gläubiger gegenüberstehen, kann das Erfordernis der geschäftlichen Tätigkeit durch Letzteren erfüllt werden.

Zur Bejahung einer Handelsgerichtszuständigkeit muss der Entscheid weiter mit Beschwerde in Zivilsachen anfechtbar sein (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO). Dies setzt in vermögensrechtlichen Angelegenheiten einen Streitwert von mindestens CHF 30'000 voraus (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), für dessen Berechnung die Art. 51–53 BGG massgebend sind.<sup>153</sup> Organisationsmängelverfahren sind vermögensrechtliche Streitigkeiten,<sup>154</sup> was ohne Weiteres auch für Verfahren gestützt auf Art. 581a OR zu gelten hat. Für die Streitwertberechnung bei Organisationsmängelverfahren stellt das Bundesgericht grundsätzlich auf das nominelle (Aktien-)Kapital ab.<sup>155</sup> Differenzierter hat sich das Zürcher Obergericht in einem neueren Urteil geäußert. Es will den Streitwert bei einem Organisationsmängelverfahren i.S.v. Art. 731b OR nach dem höchsten der folgenden drei Werte bestimmen: Nominelles Grundkapital, tatsächlicher Jahresumsatz oder tatsächlich vorhandene Aktiva.<sup>156</sup> Im Sinne einer natürlichen Vermutung sei (bei Gesellschaften mit nominellem Grundkapital) davon auszugehen, dass der Streitwert den Betrag von CHF 30'000 per se erreiche bzw. übersteige.<sup>157</sup> Dieser Betrachtungsweise ist zuzustimmen, wobei Personenhandelsgesellschaften kein nominelles Kapital haben, auf das abgestellt werden könnte<sup>158</sup> und weshalb eine natürliche Vermutung, dass das Streitwerterefordernis von CHF 30'000 erfüllt sei, entfällt. Vielmehr wird der Streitwert in Bezug auf Personenhandelsgesellschaften u.E. durch den tatsächlichen *Jahresumsatz* oder – sofern höher – die tatsächlich *vorhandenen Aktiva* bestimmt.<sup>159</sup>

Schliesslich müssen beide Parteien im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sein (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO). Seitens der hier untersuchten Gesellschaften ist dieses Erfordernis stets erfüllt.<sup>160</sup> Ob ein Gläubiger im Handelsregister eingetragen ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Will ein Gesellschafter ein Organisationsmängelverfahren anstreben, muss zwischen den einzelnen Personenhandelsgesellschaften unterschieden werden: Bei der Kommanditgesellschaft können die Kommanditäre juristische Personen und Handelsgesellschaften sein (Art. 594 Abs. 2 OR), womit sie regelmässig im Handelsregister eingetragen sein werden.<sup>161</sup> Gleiches gilt kraft Verweises für die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Art. 594 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 99 KAG), wobei Komplementäre gar zwingend Aktiengesellschaften (mit Sitz in der Schweiz) sein müssen (Art. 98 Abs. 2 Satz 1 KAG).<sup>162</sup>

Bei Kollektivgesellschaften, die nur aus natürlichen Personen bestehen können (Art. 552 Abs. 1 OR), wird es hingegen regelmässig am Erfordernis des Handelsregistereintrags beider Parteien fehlen.<sup>163</sup> In diesen Situationen, ebenso wie in Fällen, in denen der gesuchstellende Gläubiger nicht im Handelsregister eingetragen ist, kommt eine handelsgerichtliche Zuständigkeit noch aufgrund des *Klägerwahlrechts* i.S.v. Art. 6 Abs. 3 ZPO in Frage – vorausgesetzt, das Streitwerterefordernis ist erfüllt (siehe dazu soeben).

#### d. Handelsgerichtsbarkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 ZPO

Die Kantone können das Handelsgericht für Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO vorsehen (Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO), also unter anderem für Streitigkeiten aus dem KAG (Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO). Für Organisationsmängelverfahren von Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen ist deshalb in allen Handelsgerichtskantonen – soweit rein privatrechtliche Organisationsvorschriften oder solche mit Doppelnatur betroffen sind (dazu Ziff. IV.1.1.a. oben) – das jeweilige Handelsgericht zuständig.<sup>164</sup>

<sup>152</sup> In diesem Sinne implizit auch OGer ZH LF200049 vom 11.12.2020, in: ZR 2021, 38 ff., E. IV.2., wo in Bezug auf ein Organisationsmängelverfahren einer Aktiengesellschaft nach Art. 731b OR die Zuständigkeit nicht nur mit Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO, sondern auch mit Art. 6 Abs. 2 ZPO begründet wurde.

<sup>153</sup> Statt vieler: BK-BERGER, ZPO 6 N 35; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 10.

<sup>154</sup> BGer 4A\_499/2019 vom 25.3.2020 E. 1.3.; 4A\_142/2016 vom 25.11.2016 E. 1.2.2.; OGer ZH LF200049 vom 11.12.2020, in: ZR 2021, 38 ff., E. IV.2.; LF110011 vom 14.2.2011, in: ZR 2011, 86 ff., E. 3.2.; Appellationsgericht BS ZB.2020.9 vom 11.6.2020 E. 1.1.; SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 408.

<sup>155</sup> BGer 4A\_499/2019 vom 25.3.2020 E. 1.3.; 4A\_142/2016 vom 25.11.2016 E. 1.2.2.; 4A\_278/2010 vom 8.7.2010 E. 6.; 4A\_106/2010 vom 22.6.2010 E. 6., nicht publ. in: BGE 136 III 369.

<sup>156</sup> OGer ZH LF200049 vom 11.12.2020, in: ZR 2021, 38 ff., E. IV.4.4.

<sup>157</sup> OGer ZH LF200049 vom 11.12.2020, in: ZR 2021, 38 ff., E. IV.4.5.

<sup>158</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 26), § 13 N 20 f.

<sup>159</sup> Vgl. JÖRG (FN 133), 337, der den Fortführungs- oder Liquidationswert beziehen möchte, aus Praktikabilitätsgründen aber auf das nominelle Gesellschaftskapital abstellt; SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 415, will den Umsatz – nebst dem Kapital – ebenfalls berücksichtigen.

<sup>160</sup> Kollektivgesellschaft: Art. 552 Abs. 2 OR; Kommanditgesellschaft: Art. 596 Abs. 1 OR; Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen: Art. 100 Abs. 1 KAG.

<sup>161</sup> Für eine Aufzählung der im Handelsregister eintragbaren Rechtseinheiten siehe BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 11; vgl. auch Art. 37 ff. HRegV.

<sup>162</sup> Vgl. Ziff. II.1.2.c.ff. oben.

<sup>163</sup> Denkbar ist einzig, dass ein Kollektivgesellschafter gleichzeitig als Einzelunternehmer im Handelsregister eingetragen ist.

<sup>164</sup> Kanton Aargau: § 12 lit. a AG-EG ZPO; Kanton Bern: Art. 7 Abs. 1 BE-EG ZSJ; Kanton St. Gallen: Art. 11 Abs. 1 lit. a SG-EG ZPO; Kanton Zürich: § 44 lit. a ZH-GOG.

### e. Handelsgerichtsbarkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO

Eine handelsgerichtliche Zuständigkeit kann sich ebenfalls aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO ergeben. Demnach können die Kantone ihre Handelsgerichte für *Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften* vorsehen. Gemeint sind Streitigkeiten, die ihre Grundlage in den Art. 552–926 OR haben.<sup>165</sup> Organisationsmängelverfahren von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sind darunter zu subsumieren (Art. 581a OR bzw. i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR),<sup>166</sup> nicht hingegen diejenigen von Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, die ihre (Verweis-)Grundlage im KAG haben.<sup>167</sup> Die vier Handelsgerichtskantone sind je einzeln zu betrachten, da sie mit Blick auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO unterschiedliche Regelungen getroffen haben.

In den Kantonen Aargau und St. Gallen unterliegen Organisationsmängelverfahren von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften unabhängig vom Streitwert der Handelsgerichtszuständigkeit (§ 12 lit. a AG-EG ZPO und Art. 11 Abs. 1 lit. b SG-EG ZPO).

Im Kanton Zürich fallen Organisationsmängelverfahren gestützt auf § 44 lit. b ZH-GOG in die Zuständigkeit des Handelsgerichts, wobei ein Streitwerterfordernis von CHF 30'000 gilt. Es muss also entweder der tatsächliche Jahresumsatz oder es müssen die tatsächlich vorhandenen Aktiven der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft diesen Betrag erreichen bzw. übersteigen (Ziff. IV.1.1.c. oben). Ansonsten ist das Bezirksgericht zuständig (§ 24 lit. c ZH-GOG).

Im Kanton Bern ist das Handelsgericht zwar grundsätzlich für Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO zuständig, sofern der Streitwert mindestens CHF 30'000 beträgt (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BE-EG ZSJ). Explizit angenommen wurde jedoch die «richterliche Anordnung der erforderlichen Massnahmen aufgrund von Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation von Gesellschaften» (Art. 7 Abs. 2 Satz 2 BE-EG ZSJ). Nach dieser Konzeption beurteilen Regionalgerichte sämtliche Organisationsmängelverfahren nach Art. 581a OR (Art. 8 Abs. 1 BE-EG ZSJ).

Vor dem Hintergrund der Ausführungen zur handelsgerichtlichen Streitigkeit (Ziff. IV.1.1.c. oben) sind die

erläuterten kantonalen Regelungen kritisch zu hinterfragen. Das kantonale Recht kann nämlich die Handelsgerichtszuständigkeit i.S.v. Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO nicht einschränken, wenn es ein Handelsgericht geschaffen hat; der Bundesgesetzgeber hat die sachliche Zuständigkeit für handelsrechtliche Streitigkeiten abschliessend geregelt.<sup>168</sup> Sofern sich folglich eine Zuständigkeit des Handelsgerichts gestützt auf Art. 6 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO ergibt, sind die kantonalen Regelungen unbeachtlich, was insbesondere im Kanton Bern von Bedeutung ist, der sämtliche Organisationsmängelverfahren dem Regionalgericht zuweisen will. Insoweit ist Art. 7 Abs. 2 Satz 2 BE-EG ZSJ *bundesrechtswidrig*.<sup>169</sup>

### 1.2. Verfahren gestützt auf eine Überweisung durch das Handelsregisteramt (Art. 939 OR)

#### a. Überweisung an das Gericht (Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR)

Wie bereits erläutert (Ziff. III.4.2. oben), handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn das Organisationsmängelverfahren durch Überweisung des Handelsregisterführers nach Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR zum Gericht gelangt. Sowohl Art. 6 Abs. 2 wie Abs. 4 ZPO setzen nach ihren Wortlauten jedoch eine Streitigkeit voraus. Das gestützt auf Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR dem Gericht überwiesene Verfahren wegen Organisationsmängeln in der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (zur Sonderregel betreffend die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen sogleich) fällt demnach nicht in die Handelsgerichtszuständigkeit.<sup>170</sup> Solche Verfahren sind von den ordentlichen Gerichten zu behandeln.

#### b. Überweisung an die Aufsichtsbehörde (Art. 939 Abs. 3 OR)

Überhaupt keine (erstinstanzliche) gerichtliche Zuständigkeit besteht für vom Handelsregister in einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen festgestellte Organisationsmängel, und zwar unabhängig davon, ob diese auf der fehlenden Beachtung von zivil- oder aufsichtsrechtlichen Vorschriften gründen.<sup>171</sup> Diese

<sup>165</sup> MEINRAD VETTER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, ZPO 6 N 36; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 16; siehe auch die Überschrift der Dritten Abteilung des OR, die sich vor Art. 552 ff. OR befindet («Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft»).

<sup>166</sup> Vgl. für aktienrechtliche Organisationsmängelverfahren: DOMENIG/GÜR (FN 108), 171.

<sup>167</sup> Art. 99 KAG erklärt zwar die Bestimmungen des OR über die Kommanditgesellschaft für subsidiär anwendbar, aber diese (Verweis-)Norm befindet sich im KAG. Art. 619 Abs. 1 bzw. Art. 581a OR sind damit nicht originär anwendbar und es liegt keine Grundlage in den Art. 552–926 OR vor.

<sup>168</sup> Zu Art. 6 Abs. 2 ZPO: BGE 140 III 355 E. 2.2.; 140 III 155 E. 4.; BK-BERGER, ZPO 6 N 7 und 36; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 7; VETTER (FN 166), ZPO 6 N 9 und 19.

<sup>169</sup> Vgl. zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts, von der er insbesondere mit dem Erlass der ZPO Gebrauch gemacht hat: Art. 122 Abs. 1 BV. Im Rahmen einer *konkreten Normenkontrolle* könnte demzufolge die Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) gerügt werden.

<sup>170</sup> DOMENIG/GÜR (FN 108), 172; vgl. zur Unzuständigkeit des Handelsgerichts für das Wiedereintragungsverfahren nach Art. 164 HRRegV: BGE 140 III 550 E. 2; HGer BE HG 14 9 vom 14.2.2014 E. 4.2.

<sup>171</sup> Zu diesen Doppelnormen Ziff. II.1.2.c.ff. sowie IV.1.1.a. oben. Art. 939 Abs. 3 OR stellt im Verhältnis zu Art. 6, insbesondere Abs. 4 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO, u.E. *lex posterior* dar und geht vor.

Fälle werden nach Art. 939 Abs. 3 OR an die FINMA als Aufsichtsbehörde (Art. 132 Abs. 1 KAG) überwiesen.<sup>172</sup>

## 2. Örtliche Zuständigkeit

### 2.1. Vom Gesellschafter oder Gläubiger eingeleitetes Verfahren (Art. 581a OR)

Wenn ein Gesellschafter oder Gläubiger das Organisationsmängelverfahren mittels Gesuch einleitet, ist – mangels besonderer Bestimmung – die allgemeine Zuständigkeitsregel in Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO massgebend.<sup>173</sup> Zuständig ist somit das Gericht am *Sitz der Gesellschaft*.

### 2.2. Verfahren gestützt auf eine Überweisung durch das Handelsregisteramt (Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR)

Für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sieht Art. 19 ZPO eine besondere Zuständigkeit des Gerichts (oder der Behörde) am (Wohn-)Sitz der gesuchstellenden Partei vor. Im gerichtlichen Verfahren nach Überweisung durch das Handelsregisteramt i.S.v. Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR hat dieses jedoch keine Parteistellung.<sup>174</sup> Das Handelsregisteramt ist damit nicht Gesuchsteller.<sup>175</sup> In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ohne Gesuch, also von Amtes wegen zu treffen sind,<sup>176</sup> kann Art. 19 ZPO analog angewendet werden.<sup>177</sup> Der Meinung von BENJAMIN DOMENIG/CLAUDIO GÜR folgend ist mit Blick auf die örtliche Zuständigkeit die Überweisung durch den Handelsregisterführer als Gesuch der betroffenen Gesellschaft anzusehen.<sup>178</sup> Damit ist das Gericht am Sitz der Personenhandelsgesellschaft örtlich zuständig (Art. 19 ZPO analog).<sup>179</sup>

Wenn die (analoge) Anwendung von Art. 19 ZPO mangels gesuchstellender Partei verneint würde, bliebe nur ein Rückgriff auf die allgemeine Bestimmung von Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO. So oder anders ist damit für vom Handelsregisteramt i.S.v. Art. 939 Abs. 2 Satz 1 OR überwiesene Organisationsmängelverfahren das Gericht am *Sitz der Gesellschaft* zuständig.

## 3. Rechtsmittel

Die Frage, mit welchem Rechtsmittel gegen einen Organisationsmängelentscheid vorgegangen werden kann, hängt von der sachlichen Zuständigkeit ab (Ziff. IV.1. oben). Bei einer handelsgerichtlichen Zuständigkeit führt der Rechtsmittelweg direkt an das Bundesgericht. Einschlägig ist die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 1 BGG),<sup>180</sup> wobei kein Streitwerterfordernis gilt (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG).<sup>181</sup>

Wenn das Urteil von einem erstinstanzlichen Gericht gefällt wird, gelten die Bestimmungen der ZPO. Berufung ist zu erheben, wenn der Streitwert<sup>182</sup> der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren CHF 10'000 übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO),<sup>183</sup> was in der Regel der Fall sein dürfte. Ansonsten unterliegt der erstinstanzliche Entscheid der Beschwerde (Art. 309 lit. a i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO).<sup>184</sup> Zu beachten ist, dass die Fristen im kantonalen Rechtsmittelverfahren aufgrund des nach hier vertretener Auffassung anwendbaren Summarverfahrens in jedem Fall nur 10 Tage betragen (Art. 314 Abs. 1 bzw. Art. 321 Abs. 2 ZPO). Gegen den Entscheid des oberen kantonalen Gerichts kann beim Bundesgericht rekuriert werden.<sup>185</sup> Die Beschwerde in Zivilsachen verlangt einen Mindeststreitwert von CHF 30'000, es sei denn es liege eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung vor (Art. 72 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Andernfalls kann noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) erhoben werden.

## 4. Verfahrensgrundsätze

### 4.1. Oficialmaxime

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 731b OR gilt im Organisationsmängelverfahren die Oficialmaxime, das heisst, das Gericht ist nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 58 Abs. 2 ZPO).<sup>186</sup>

<sup>172</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3650.

<sup>173</sup> BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 133), 14; DOMENIG/GÜR (FN 108), 172; JÖRG (FN 133), 327; MÜLLER/MÜLLER (FN 9), 52 ad FN 109.

<sup>174</sup> Botschaft Handelsregisterrecht (FN 3), 3649.

<sup>175</sup> DOMENIG/GÜR (FN 108), 172.

<sup>176</sup> MAX GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, 29.

<sup>177</sup> BSK ZPO-BRÜESCH, Art. 19 N 12; DOMENIG/GÜR (FN 108), 172 f.

<sup>178</sup> DOMENIG/GÜR (FN 108), 173.

<sup>179</sup> Vgl. DOMENIG/GÜR (FN 108), 173.

<sup>180</sup> DOMENIG/GÜR (FN 108), 179; LORANDI (FN 147), 47; SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 388.

<sup>181</sup> Zur Entbehrlichkeit der Streitwertgrenze: BSK BGG-HÄNNI/MEYER, Art. 74 N 23. Der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) kommt deshalb in diesem Zusammenhang kaum Bedeutung zu.

<sup>182</sup> Dazu Ziff. IV.1.1.c. oben.

<sup>183</sup> Zu Organisationsmängelverfahren: DOMENIG/GÜR (FN 108), 179; LORANDI (FN 147), 48; MÜLLER/MÜLLER (FN 9), 56 f. m.w.H. zum Novenrecht.

<sup>184</sup> Abzulehnen ist die Annahme der Beschwerdefähigkeit aufgrund von Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO (Unzulässigkeit der Berufung für Entscheide, die nach SchKG in die Zuständigkeit des Konkurs- oder des Nachlassgerichts fallen), weil – selbst im Falle der Anordnung der Auflösung der Gesellschaft – das erstinstanzliche Gericht nicht als Konkursgericht amtiert; dazu DOMENIG/GÜR (FN 108), 179.

<sup>185</sup> Zu Organisationsmängelverfahren: DOMENIG/GÜR (FN 108), 179; LORANDI (FN 147), 48; MÜLLER/MÜLLER (FN 9), 56.

<sup>186</sup> BGE 142 III 629 E. 2.3.1. S. 632; 138 III 407 E. 2.3. S. 409; 138 III 294 E. 3.1.3.; BGer 4A\_321/2008 vom 5.8.2010 E. 5.2.

Damit kann etwa das Verfahren nach Art. 731b OR nicht durch Abschluss eines Vergleichs beendet werden.<sup>187</sup> Die Anwendbarkeit des Offizialgrundsatzes wird damit begründet, dass die Behebung von Organisationsmängeln im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs stehe und die Interessen von Anspruchsgruppen (Stakeholders) berühre, die sich am Verfahren nicht beteiligten (Arbeitnehmer, Gläubiger und Aktionäre).<sup>188</sup> Diesen Überlegungen ist zuzustimmen und sie sind auf Organisationsmängelverfahren nach Art. 581a und Art. 939 OR übertragbar. De lege ferenda wäre indes wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die Geltung der Offizialmaxime gesetzlich verankern würde, wie dies Art. 58 Abs. 2 ZPO verlangt.<sup>189</sup>

#### 4.2. Untersuchungsmaxime

Für die Frage, ob im Organisationsmängelverfahren die Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime Anwendung finden soll (Art. 55 Abs. 1 und 2 ZPO), ist zu differenzieren: Soweit die Überweisung durch den Registerführer erfolgt, handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wodurch gestützt auf Art. 255 lit. b ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt wird. Es gilt mithin der Untersuchungsgrundsatz. Umstritten ist hingegen dessen Geltung, wenn das Verfahren von einem Gesellschafter oder Gläubiger angestossen wird. Höchstrichterlich ist diese Frage bisher unbeantwortet geblieben. Das Handelsgericht Zürich hat in einem Urteil aus dem Jahr 2019 festgehalten, es müsse im Wesentlichen die Verhandlungsmaxime gelten und das Gericht habe in keinem Fall Nachforschungen anzustellen.<sup>190</sup> Die herrschende Lehre spricht sich dagegen für die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes aus.<sup>191</sup>

Nach hier vertretener Ansicht sollte die Untersuchungsmaxime Anwendung finden. Dies ist nur konsequent, wenn mit Blick auf die Interessen von nicht am Verfahren beteiligten Personen bereits die Offizialmaxi-

me gilt.<sup>192</sup> Die Interessenwahrung durch Auswahl der richtigen Massnahme zur Behebung des Organisationsmangels wird erst möglich, wenn der Sachverhalt hinreichend festgestellt wurde.<sup>193</sup> Zudem kann ein Gleichlauf mit dem gestützt auf Art. 939 OR eingeleiteten Verfahren erzielt werden (siehe vorheriger Absatz). Dass keine gesetzliche Bestimmung besteht, die den Untersuchungsgrundsatz für Organisationsmängelverfahren explizit verankert, ist zu bedauern, steht u.E. einer Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen aus den genannten Gründen jedoch nicht entgegen.<sup>194</sup> Insoweit ist Art. 255 ZPO – entgegen der herrschenden Lehre<sup>195</sup> – nicht abschliessend zu verstehen.<sup>196</sup> De lege ferenda sollte indes eine Ergänzung von Art. 255 ZPO um Organisationsmängelverfahren angestrebt werden, sodass dem Erfordernis in Art. 55 Abs. 2 ZPO Genüge getan wird.<sup>197</sup>

## V. Fazit

Unter materiellen Gesichtspunkten zeigt sich, dass Art. 581a OR sowohl eine Rechtsfolge-, als auch eine dynamische Verweisung darstellt, die auf die Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Personenhandelsgesellschaften) Anwendung findet. Sachlich fallen das Fehlen eines Rechtsdomizils oder eines Domizilhalters, die fehlende Einsetzung eines Liquidators oder Erbenvertreters bzw. deren subjektive Unfähigkeit, die ihnen obliegenden Pflichten wahrzunehmen, darunter. Weitere Organisationsmängel können sich aus dem Finanzmarktrecht ergeben. Zeitlich ist Art. 581a OR auf Mängel, die sowohl vor als auch nach Erlass der Norm entstanden sind, anwendbar. In räumlicher Hinsicht findet Art. 581a OR auf Binnensachverhalte Anwendung. Als mögliche Rechtsfolgen sind namentlich die Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, die Einsetzung eines Liquidators bzw. eines Erbenvertreters oder einer Prüfungsgesellschaft oder – als ultima ratio – die Auflösung der Gesellschaft zu nennen. Aktivlegitimiert ist jeder Gesellschafter oder Gläubiger. Der Handelsregisterführer ist dagegen de lege lata nur noch zur Überweisung nach Art. 939 OR befugt. Passivlegitimiert ist die Gesellschaft.

<sup>187</sup> DOMENIG/GÜR (FN 108), 173; LORANDI (FN 29), 1384; MÜLLER/MÜLLER (FN 9), 53.

<sup>188</sup> BGE 138 III 407 E. 2.3. S. 408; 138 III 294 E. 3.1.3.; vgl. auch LORANDI (FN 29), 1384 («Interesse der Allgemeinheit»).

<sup>189</sup> Art. 58 Abs. 2 ZPO: «Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen, nach denen das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist.».

<sup>190</sup> HGer ZH HE180111 vom 6.8.2018, in: ZR 2019, 149 ff., E. 9.4.2.

<sup>191</sup> ZK-BOHRER/KUMMER, Art. 731b OR N 58; RENATO BUCHER, Die richterliche Aktienzuteilung im Organisationsmängelverfahren, GesKR 4/2018, 498 ff., 504; DOMENIG/GÜR (FN 108), 174; LORANDI (FN 29), 1384; MÜLLER/MÜLLER (FN 9), 51; SCHÖNBÄCHLER (FN 27), 393 f.; a.M. STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, 157 ff., 162; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 470 ad FN 64, welche die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes jedoch als wünschenswert bezeichnen.

<sup>192</sup> BUCHER (FN 192), 504. Zur Geltung der Offizialmaxime Ziff. IV.4.1. oben.

<sup>193</sup> BUCHER (FN 192), 504.

<sup>194</sup> So auch DOMENIG/GÜR (FN 108), 174; a.M. TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 192), 470 ad FN 64.

<sup>195</sup> DIKE Kommentar-KAUFMANN, ZPO 255 N 18; RAFAEL KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, ZPO 255 N 1a; krit. und eine ausgedehnte gerichtliche Fragepflicht vorschlagend: KUKO ZPO – JENT-SØRENSEN, Art. 255 N 3.

<sup>196</sup> So auch DOMENIG/GÜR (FN 108), 174.

<sup>197</sup> Art. 55 Abs. 2 ZPO: «Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen.».

In prozessrechtlicher Hinsicht kann resümiert werden, dass Organisationsmängelverfahren von Personenhandelsgesellschaften – seien sie gestützt auf Art. 581a oder Art. 939 OR eingeleitet worden – im Summarverfahren zu führen sind, und zwar hinsichtlich sämtlicher Massnahmen, die zur Behebung von Mängeln in der Organisation der Gesellschaft in Frage kommen. Die in der aktuellen ZPO-Revision vorgesehene Klarstellung durch die Anpassungen in Art. 250 lit. c E-ZPO ist zu begrüßen. Die sachliche Zuständigkeit ist differenziert zu betrachten: Bei Einleitung des Verfahrens durch Überweisung des Handelsregisterführers ist die Handelsgerichtsbarkeit ausgeschlossen bzw. betreffend die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen die Zivilgerichtsbarkeit (Art. 939 OR). Für vom Gesellschafter

oder Gläubiger angehobene Organisationsmängelverfahren (Art. 581a OR) kann sich eine Zuständigkeit des Handelsgerichts gestützt auf Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 oder Abs. 4 ZPO ergeben. Sofern sich eine Zuständigkeit des Handelsgerichts aus Bundesrecht ergibt, sind kantonalen Regelungen, die das (Organisationsmängel-)Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterstellen, namentlich Art. 7 Abs. 2 Satz 2 BE-EG ZSJ, bundesrechtswidrig. Entsprechend der sachlichen Zuständigkeit bestimmt sich der Rechtsmittelweg. Örtlich zuständig ist in jedem Fall das Gericht am Sitz der Gesellschaft. Schliesslich haben in Organisationsmängelverfahren Official- und Untersuchungsmaxime zu gelten.

Anzeige

Luliia Khort

## The Proportionality of the European Benchmark Regulation

This study provides a comprehensive analysis of the compliance of the European Benchmark Regulation with the principle of proportionality. The book discusses the role of benchmarks in financial markets, investigates benchmark scandals, provides international perspectives on benchmark reform, and analyses the application of the proportionality principle to the EU Benchmark Regulation. It concludes with novel policy options to make the EU Benchmark Regulation more proportionate.

2021, 501 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-03891-360-3  
CHF 98.–

[www.dike.ch/3603](http://www.dike.ch/3603)

INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON COMMERCIAL AND FINANCIAL LAW

02

The Proportionality of the  
European Benchmark Regulation

IULIIA KHORT



Benchmark  
Regulation made  
proportional

DIKE

DIKE