Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters

Markus Vischer*

Fehlt einer Gesellschaft ein vorgeschriebenes Organ oder ist dieses nicht rechtmässig zusammengesetzt, kann beantragt werden, dass ein Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennt. Der Beitrag stellt neben den Anforderungen, die dafür erfüllt sein müssen, die Rechtsfolgen für Gesellschaft und Ernannte allgemein dar, bevor vertieft auf die Rechtsnatur und den Umfang der Haftung des ernannten Organs einerseits und des Sachwalters andererseits eingegangen wird. Dabei wird gezeigt, dass bei beiden nicht der Staat haftet, sondern die allgemeinen Haftungsnormen aus dem Auftrags- und Gesellschaftsrecht greifen, wobei der Sachwalter nur im Umfang seiner Ernennung haftbar ist.

Lorsque la société ne possède pas un organe prescrit ou que cet organe n'est pas composé conformément aux prescriptions, il est possible de requérir du juge qu'il nomme l'organe qui fait défaut ou un commissaire. La contribution expose les conditions qui doivent être réunies à cet effet, les conséquences juridiques qui en découlent pour la société et la personne désignée, avant d'approfondir la nature juridique et l'étendue de la responsabilité de l'organe désigné ou du commissaire. Il est démontré, dans l'un et l'autre cas, que la responsabilité n'incombe pas à l'État mais relève des normes générales de responsabilité.

I. Einleitung

Art. 731*b* OR regelt seit dem 1. Januar 2008 den sogenannten Organisationsmangel und auch das Verfahren, in welchem der Richter die infolge des Organisationsmangels erforderlichen Massnahmen ergreifen kann.[1] Art. 731*b* OR gilt für die Aktiengesellschaft und, kraft der Verweisungen in Art. 764 Abs. 2 OR, Art. 819 OR und Art. 908 OR, auch für die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft.

Art. 731*b* OR wird demnächst im Rahmen der Änderung des Handelsregisterrechts leicht geändert, sodass neben kleinen grammatikalischen Änderungen (Ersatz des Begriffs «Richter» durch «Gericht») neu der Begriff des Organisationsmangels auch ein fehlendes Rechtsdomizil der Gesellschaft umfasst.[2] Das genaue Datum des Inkrafttretens der geänderten Bestimmung (und des geänderten Handelsregisterrechts insgesamt) ist heute noch offen. Als realistisch wird der 1. Januar 2019 genannt.[3]

II. Begriff des Organisationsmangels

Ein Organisationsmangel liegt gemäss Art. 731*b* Abs. 1 OR vor, wenn einer Gesellschaft ein vorgeschriebenes Organ fehlt oder dieses nicht rechtmässig zusammengesetzt ist.

Unbestritten ist, dass der Organbegriff in Art. 731*b* Abs. 1 OR den Verwaltungsrat, den Liquidator und die Revisionsstelle umfasst.[4] Er umfasst aber auch die Generalversammlung.[5] Das ergibt sich auch daraus, dass Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR dem Richter unbestrittenermassen die Ernennung eines Verwaltungsratsmitglieds erlaubt,[6] was nicht nur das Organ des Verwaltungsrats, sondern, weil die Wahl eines Verwaltungsrats normalerweise durch die Generalversammlung erfolgt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), auch das Organ der Generalversammlung betrifft, mithin Organisationsmängel auf Stufe des Verwaltungsrats immer auch Organisationsmängel auf Stufe Generalversammlung sind.

Die Rechtsprechung und Lehre legen den Organmängelbegriff in Art. 731*b* Abs. 1 OR weit aus. Einerseits

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

1 Siehe zum Handelsregisterverfahren, welches u.U. dem Verfahren gemäss Art. 731*b* OR vorangeht, Art. 941*a* OR und Art. 154 HRegV.

2 Siehe Obligationenrecht (Handelsregisterrecht), Änderung vom 17.3.2017 mit Ablauf der Referendumsfrist am 6.7.2017, BBl 2017 2433 ff., 2440, 2441; siehe II.

3 Samuel Krähenbühl, Modernisierung des Handelsregisters – die Änderung des Obligationenrechts vom 17. März 2017 im Überblick, Reprax 2017, 102.

4 Z.B. Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731*b* OR, Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Zürich/St. Gallen 2013, 215 ff.

5 Samuel Lieberherr/Markus Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, 303; a.M. z.B. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 14 N 16; Schönbächler (Fn. 4), 218 f., anders 59 i.V. 55 ff.

6 Siehe dazu auch IV.

sind gemäss Wortlaut Fälle des fehlenden oder rechtsungenügend zusammengesetzten Organs Organisationsmängel.[7] Neben diesen formellen Organisationsmängeln gibt es auch materielle Organisationsmängel, unter welche die Fälle der Beschlussunfähigkeit bzw. überhaupt der Funktionsunfähigkeit eines Organs zu subsumieren sind.[8] Eine Funktionsunfähigkeit eines Organs kann u.a. bei einem Interessenkonflikt oder bei dauernder Abwesenheit, Unerreichbarkeit oder Passivität/Handlungsunfähigkeit relevanter Personen vorliegen.[9] Eine Funktionsunfähigkeit kann insbesondere auch bei einer Pattsituation vorliegen,[10] z.B. infolge eines Interessenkonflikts[11] oder infolge Stimmengleichheit in der Generalversammlung, etwa bei je zu 50% gehaltenen Zweipersonengesellschaften.[12] Eine Funktionsunfähigkeit infolge Stimmengleichheit ist zwar in der Regel nicht formeller Natur, weil bei Stimmengleichheit Entscheide durchaus gefällt werden können. Es sind aber «nur» negative Entscheide, weil Entscheide, welche das gemäss Art. 703 OR oder Art. 713 OR erforderliche Mehr nicht erreichen, nicht Nichtentscheide, sondern negative Entscheide sind, es sei denn, ein an sich negativer Entscheid werde durch einen zulässigen Stichentscheid[13] in einen positiven Entscheid «umgekehrt».[14] Trotzdem kann eine (materielle) Funktionsunfähigkeit vorliegen, weil sich eine Gesellschaft auf Dauer nicht mittels negativer Entscheide führen lässt. So lassen sich mittels negativer Entscheide auf Dauer kein Verwaltungsrat und keine Revisionsstelle[15] bestellen.[16]

Kein Organisationsmangel gemäss Art. 731*b* OR ist dagegen nach heute geltendem Recht ein fehlendes Rechtsdomizil der Gesellschaft. In diesem Fall kommt nicht Art. 731*b* OR zum Zug. Vielmehr sind Art. 153 ff. HRegV anwendbar.[17] Liegen allerdings Organisationsmängel gemäss Art. 731*b* OR und ein fehlendes Rechtsdomizil gleichzeitig vor, so richtet sich das Verfahren nach Art. 731*b* OR (und Art. 941*a* OR und Art. 154 HRegV).[18] Wie erwähnt, wird dies durch eine Änderung von Art. 731*b* OR so geändert, dass der Organisationsmangel gemäss Art. 731*b* nOR auch ein fehlendes Rechtsdomizil der Gesellschaft umfasst.[19] Mit dieser Änderung gehen Änderungen der Bestimmungen über das Handelsregister in Art. 927 ff. nOR einher. So wird Art. 941*a* OR mit gewissen Adaptationen in Art. 939 nOR überführt.[20] Mit der Änderung von Art. 731*b* nOR werden auch gewisse Bestimmun-

7 Urteil des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.1; 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 2.1; BGE 138 III 407 E. 2.2; 138 III 294 E. 3.1.2; Urteil des BGer 4A_630/2011 vom 7. März 2012 E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 138 III 166); 4A_522/2011 vom 13. Januar 2012 E. 2.1.

8 Z.B. Andreas Steffen, Die interne Handlungsunfähigkeit der Aktiengesellschaft, Der Organisationsmangel, Basel 2016, N 588 ff., N 595 f., N 597 ff., N 703 ff.

9 Z.B. Steffen (Fn. 8), N 707 ff., N 728 f.; Urteil des BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 2.3 bezüglich Interessenkonflikt; 4A_630/2011 vom 7. März 2012 E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 138 III 166) bezüglich Handlungsunfähigkeit relevanter Personen; kritisch zur Funktionsunfähigkeit aufgrund eines Interessenkonflikts und anderer subjektiver Elemente wie z.B. fachliche Überforderung z.B. CHK-Müller/Nietlisbach/Margraf, Art. 731*b* OR N 10a; von der Crone (Fn. 5), § 14 N 27 f.; Adrian Plüss, Können Richter Verwaltungsräte absetzen?, AJP 2014, 215.

10 Urteil des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.2; 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 2.2; BGE 140 III 349 E. 2.1; 138 III 294 E. 3.1.5; Urteil des BGer 4A_630/2011 vom 7. März 2012 E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 138 III 166); 4A_522/2011 vom 13. Januar 2012 E. 2.1; z.B. BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser, Art. 731*b* Abs. 6; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 491.

11 Urteil des BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 2.3, 2.5.2.

12 BGE 138 III 294 E. 3.1.5, 3.2.

13 Zur Unzulässigkeit des Stichentscheids auf Stufe der Generalversammlung Markus Vischer, Die Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017, 81 ff.; neuerdings mindestens teilweise bestätigt in BGE 143 III 120 (= Urteil des BGer 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017) (zur unterschiedlichen Einschätzung dieses Urteils in Bezug auf die gänzliche bzw. nur teilweise Unzulässigkeit des Stichentscheids auf Stufe der Generalversammlung Markus Vischer, BGer 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, AJP 2017, 688; vgl. Pascal Zysset/Dario Galli, Los- oder Stichentscheid? – Wahl zwischen Pest und Cholera, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017, recht 2017, 134 f.; siehe zur Unzulässigkeit des Stichentscheids auf Stufe der Generalversammlung neuerdings auch Stephan Werlen/Pascal Stocker, Stichentscheid in der Generalversammlung, Besprechung des Urteils 4A_579/2016 des Bundesgerichts vom 28. Februar 2017 (BGE 143 III 120 ff.), GesKR 2014, 365; Andreas Schneuwly/Meinrad Vetter, Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 2017, 280; Cahannes Merens/Hans Caspar von der Crone, Der Stichentscheid in der Generalversammlung unter dem Aspekt des Gebots der schonenden Rechtsausübung, Urteil des BGer 4A_579/2016 vom 28. Februar 2017 (zur Publikation vorgesehen), 385 ff., 393; zur Zulässigkeit des Stichentscheids auf Stufe des Verwaltungsrats Art. 713 Abs. 2 OR ; wohl auch Rolf Sethe/Meltem Cetinkaya, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 2017, 523 f.

14 Zu dieser Terminologie Vischer (Fn. 13), GesKR 2017, 92.

15 So die Vorinstanz in dem dem BGE 138 III 294 E. 3.2 zugrunde liegenden Fall.

16 Siehe auch BGE 140 III 349 E. 2.6, wonach ein Verwaltungsrat zwingend sein Amt verliert, wenn seine Amtsdauer abläuft und er in einer während oder nach seiner Amtsdauer stattfindenden Generalversammlung trotz ordentlicher Traktandierung nicht wiedergewählt wird; Entscheid besprochen u.a. von Markus Vischer/Dominik Hohler/Fabrice Eckert, Organisationsmangel nach Nichtwahl des Verwaltungsrats, Besprechung des Urteils 4A_235/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014 (zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen), GesKR 2014, 405 ff.

17 Z.B. Lukas Müller/Pascal Müller, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 2016, 50 f.; Schönbächler (Fn. 4), 163 ff.; Lukas Berger/David Rüetschi/Florian Zihler, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, Reprax 2012, 10.

18 Schönbächler (Fn. 4), 173 ff.; Praxismitteilung 1/09 vom 12.3.2009, Hinweise zur Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister, Reprax 2009, 18, Ziff. 5; Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1381.

19 Siehe auch Krähenbühl (Fn. 3), 101.

20 BBl 2017 2438.

gen in der HRegV geändert werden, u.a. Art. 153 ff. HRegV und Art. 154 HRegV.[21]

Gemäss Art. 731*b* OR liegt auch kein Organisationsmangel vor, wenn die Gesellschaft (kumulativ)[22] keine Geschäftstätigkeit und keine Aktiven mehr aufweist. In diesem Fall ist nicht Art. 731*b* OR, sondern sind Art. 938*a* OR und Art. 155 HRegV anwendbar. Liegen Organisationsmängel gemäss Art. 731*b* OR und eventuell auch noch ein fehlendes Rechtsdomizil vor und weist die Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit und keine Aktiven mehr auf, kommen Art. 938*a* OR und Art. 155 HRegV und nicht Art. 731*b* OR (und Art. 941*a* OR und Art. 154 HRegV) und Art. 153 ff. HRegV zur Anwendung.[23] Mit der erwähnten Änderung von Art. 731*b* OR in Art. 731*b* nOR und den erwähnten Änderungen der Bestimmungen über das Handelsregister in Art. 927 ff. nOR wird Art. 938*a* OR mit gewissen Adaptationen in Art. 934 nOR überführt.[24] Im Rahmen der erwähnten Änderung gewisser Bestimmungen wird auch Art. 155 HRegV geändert werden.

III. Begriff der erforderlichen Massnahmen

Art. 731*b* Abs. 1 OR listet drei mögliche Massnahmen auf, die der Richter ergreifen kann. Insbesondere kann der Richter gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen. Technisch kann der Richter das durch Gestaltungsurteil tun. Er kann aber auch die Gesellschaft durch Leistungsurteil verpflichten, das fehlende Organ oder den Sachwalter zu wählen bzw. zu ernennen.[25]

Die Liste der möglichen Massnahmen gemäss Art. 731*b* Abs. 1 OR ist, wie das Wort «insbesondere» in Art. 731*b* Abs. 1 OR deutlich macht, nicht abschliessend,[26] woran auch nichts ändert, dass Art. 250 ZPO nur zwei der in Art. 731*b* Abs. 1 OR aufgelisteten Massnahmen erwähnt.[27] Die Rechtsprechung[28] und Lehre[29] sind entsprechend kreativ in Bezug auf mögliche, in Art. 731*b* Abs. 1 OR nicht explizit erwähnte Massnahmen. So schlug z.B. von der Crone vor, dass im Falle einer Pattsituation auf Stufe Generalversammlung die Anordnung einer Versteigerung mit dem Ziel des Erwerbs der Aktien der einen Aktionäre durch die anderen Aktionäre (oder durch Dritte) infrage komme.[30] Als Massnahmen mit dem gleichen Effekt der Trennung von Aktionären wurde auch die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung einer Teilliquidation mit Abfindung von Aktionären (z.B. über den Rückkauf von Aktien mit anschliessender Kapitalherabsetzung oder über einen sogenannten «squeeze-out merger»)[31] oder einer (asymmetrischen) Spaltung mit dem Resultat von verschiedenen Gesellschaften mit unterschiedlichem Aktionariat ins Spiel gebracht.[32] Oder Lieberherr/Vischer schlugen vor, dass im Falle einer Beschlussunfähigkeit bzw. Funktionsunfähigkeit auf Stufe Generalversammlung infolge Unklarheit des Aktionariats die richterliche Zusprechung des Eigentums an den Aktien an die «Sollaktionäre» möglich sei,[33] wobei man diese Massnahme aber auch direkt auf Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR abstützen könne.[34] Denkbar ist m.E. aber auch die An-

21 Ausführlich zum Mangel des fehlenden Rechtsdomizils nach altem und neuem Recht Markus Vischer/Dario Galli, Entscheidbesprechungen, Gesellschaftsrecht – allgemein, BGer 4A_75/2017: Unwiderruflichkeit der Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017, A. GmbH in Liquidation gegen Obergericht des Kantons Solothurn, Unentgeltliche Rechtspflege (zur amtlichen Publikation vorgesehen), AJP 2017, 1141 ff.

22 Rino Siffert, Die Löschung von Amtes wegen bei Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven, Reprax 2017, 85.

23 CHK-Müller/Nietlisbach/Margraf, Art. 731*b* OR N 14a a.E.; Schönbächler (Fn. 4), 176; Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 17), 12; Lorandi (Fn. 18), 1381; wohl a.M., d.h. für eine Parallelität der Verfahren gemäss Art. 938*a* OR und Art. 155 HRegV einerseits und Art. 731*b* OR andererseits, Urteil des BGer 4A_336/2016 vom 26. August 2016 E. 3.3; 4A_338/2016 vom 26. August 2016 E. 3.3; wohl ebenfalls a.M. Adrian Tagmann, Amtliche Löschung von Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven (Art. 938*a* OR i.V.m. Art. 155 HRegV), Reprax 2009, 44.

24 BBl 2017 2436.

25 Schönbächler (Fn. 4), 435 ff., insb. Fn. 1780.

26 Z.B. Urteil des BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017 E. 5; BGE 142 III 629 E. 2.3.1; Urteil des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3; 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013 E. 2.2.1; BGE 138 III 407 E. 2.4, siehe allerdings E. 2.5.2, wo das Gericht dies dann implizit doch negiert, wenn es ausführt, bei einem Absinken der Mindestzahl von sieben Genossenschaftern kämen nur die Massnahmen gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR infrage; BGE 138 III 294 E. 3.1.4; 138 III 166 E. 3.3, 3.5; 136 III 369 E. 11.4.1.

27 BGE 138 III 166 E. 3.3–3.9; bestätigt u.a. in Urteil des BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017 E. 5, BGE 138 III 407 E. 2.3 und 138 III 294 E. 3.1.3; zur deshalb im Rahmen der Aktienrechtsreform geplanten Korrektur von Art. 250 ZPO BBl 2017 632 [Botschaft], 746 [Gesetzestext].

28 Siehe z.B. BGE 142 III 629 E. 2.3.1, Urteile des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3 und 4A_605/2015 vom 5. Februar 2015 E. 2.1.6 bezüglich Einberufung einer GV, oder BGE 142 III 629 E. 2.3.1; Urteile des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3 und 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013 E. 2.2.1 f. bezüglich Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern; siehe dazu auch IV.F.; siehe auch nachfolgende Beispiele.

29 Siehe nachfolgende Beispiele.

30 Hans Caspar von der Crone, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993, 42 ff.; mit mehr Details zur Art der möglichen Versteigerungen Markus Vischer/Pascal Zysset, Entscheidbesprechungen, Aktienrecht, BGer 4A_51/2017: Der bessere oder der weniger schlechte Aktionär?, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, B., C. GmbH gegen A., X. AG und U., Organisationsmangel, private Versteigerung unter den Aktionären, AJP 2017, 1150 ff.; Hans Caspar von der Crone/Olivier Baum, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016, 298; bestätigt jetzt für eine Zweipersonengesellschaft durch Urteil des BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017 E. 5, mit Hinweis auf BGE 138 III 294 E. 3.3.3; siehe schon BGE 142 III 629 E. 2.3.1; Urteil des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3; 4A_605/2015 vom 5. Februar 2015 E. 2.1.6.

31 Zum Begriff z.B. Böckli (Fn. 10), § 3 N 198.

32 Z.B. von der Crone (Fn. 5), § 14 N 46; ZK-Jung, Art. 625 OR N 178.

33 Lieberherr/Vischer (Fn. 5), 303 f.

34 Lieberherr/Vischer (Fn. 5), 303; siehe auch II.

ordnung einer Statuten- oder Organisationsreglementsänderung, soweit eine solche Änderung auch durch die Aktionäre bzw. den Verwaltungsrat möglich wäre. So könnte der Richter die Streichung von Präsenzquoren oder von qualifizierten Beschlussquoren für bestimmte Entscheide der Generalversammlung oder des Verwaltungsrats anordnen, alles natürlich immer nur, wenn die Massnahme zur Beseitigung des infrage stehenden Organisationsmangels erforderlich ist, was u.a. voraussetzt, dass sie dazu auch tauglich ist. Nicht anordnen könnte er dagegen eine Statutenänderung, die ihm selber den Stichentscheid in der Generalversammlung oder im Verwaltungsrat geben würden, weil die Aktionäre dies selber nicht tun könnten. Nicht anordnen könnte er auch eine Statutenänderung, die dem Vorsitzenden in der Generalversammlung den Stichentscheid einräumen würde, weil dies die Aktionäre selbst ebenfalls nicht vorsehen könnten.[35]

Bei der Auswahl der erforderlichen Massnahme im konkreten Fall hat der Richter einen grossen Ermessensspielraum,[36] ist aber an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden,[37] wobei die Anordnung der Auflösung nach Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR die ultima ratio darstellt.[38]

Die Anordnung der Auflösung nach Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR ist dennoch in der Praxis die am häufigsten nach Art. 731*b* OR angeordnete Massnahme, wie ein Blick ins SHAB zeigt.[39] Ein Grund dafür ist, dass sich in der Praxis der Weg über Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR als kostengünstige Entsorgungs- bzw. Bestattungsmassnahme von nicht mehr benötigten und damit meist vermögenslosen Gesellschaften als Alternative zur aufwendigen ordentlichen zivilrechtlichen Liquidation nach Art. 736 ff. OR und zur ebenfalls aufwendigen ordentlichen konkursrechtlichen Liquidation nach Art. 192 SchKG i.V. Art. 725*a* OR eingebürgert hat, auch weil sich dabei die für die handelnden Personen bestehenden theoretischen Risiken u.a. zivil-, straf-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Natur in der Praxis kaum je materialisieren.[40] Im Sinne der Rechtshygiene ist dieser Weg allerdings immer noch besser als die Entsorgung über einen Mangelhandel, ist dieser doch nach konstanter (allerdings nicht unbestrittener) bundesgerichtlicher Praxis widerrechtlich.[41]

Auch wenn die Liste der möglichen Massnahmen gemäss Art. 731*b* Abs. 1 OR nicht abschliessend ist, bedeutet dies nicht, dass alles zulässig ist. So ist angesichts der expliziten Anordnung in Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR, wonach die Liquidation im konkursrechtlichen Verfahren zu erfolgen hat, zweifelhaft, ob der Richter einen Sachwalter ernennen und ihn mit der Aufgabe der Liquidation der Gesellschaft gemäss Art. 736 ff. OR betrauen kann.[42]

IV. Ernennung des fehlenden Organs

A. Anwendungsbereich

Wie erwähnt, kann der Richter gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR das fehlende Organ ernennen. Unbestritten ist, dass diese Bestimmung die Ernennung von Verwaltungsratsmitgliedern, von Liquidatoren und von Revisionsstellen betrifft. Sie adressiert aber wie ausgeführt auch direkt das Organ der Generalversammlung, in dem der Richter u.U. bestimmten Personen das Eigentum an den Aktien zusprechen und so quasi die Generalversammlung ernennen kann.

B. Ausgangspunkt

Ernennt der Richter gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR das fehlende Organ, so ersetzt diese Ernennung den entsprechenden körperschaftlichen Beschluss der Gesellschaft, im Fall der Ernennung eines Verwaltungsratsmitglieds also den entsprechenden Generalversammlungsbeschluss.[43] Entsprechend bedarf die

35 Siehe II; a.M. wohl von der Crone (Fn. 5), § 14 N 46.63.

36 Siehe auch Peter V. Kunz, Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht 2017, 142, zum im Wirtschaftsrecht unüblich weitgehenden Ermessensspielraum des Richters unter Art. 731*b* OR.

37 BGE 142 III 629 E. 2.3.1; Urteil des BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 3.1, 3.3; 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3; 4A_605/2015 vom 5. Februar 2015 E. 2.1.6; 4A_354/2013 vom 16. Dezember 2013 E. 2.1.3, 2.3; 4A_4/2013 vom 13. Mai 2013 E. 3.2; BGE 138 III 407 E. 2.4; 138 III 294 E. 3.1.4 f., 3.3.1; 138 III 166 E. 3.5.

38 BGE 138 III 294 E. 3.1.4, in E. 3.1.6, 3.3.2 auch mit dem Hinweis, dass Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR nicht dazu dient, die strengen Voraussetzungen der Auflösung nach Art. 736 Ziff. 4 OR zu unterlaufen; bestätigt u.a. in BGE 141 III 43 E. 2.6 und BGE 138 III 407 E. 2.4; siehe auch schon BGE 136 III 369 E. 11.4.1.

39 Siehe auch Pierre-Alain Recordon, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010, 4.

40 Siehe auch Daniel Nussbaumer, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen – wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen können, BISchKG 2016, 124 ff.; Andrea Höhener/Daniel Nussbaumer, Mit neuen Methoden gegen Konkursverschleppungen – Wie sich Strafverfolger, Handelsregister-, Betreibungs- sowie Notariats- und Konkursbeamte im Kampf gegen Misswirtschaft gegenseitig unterstützen, in: Sabine Lendl-Manbary/Karin Poggio/Andrea Höhener/Daniel Nussbaumer, Berichterstattung über die Konferenz der kantonalen Handelsregisterbehörden vom 24. Oktober 2016 in Bern, Reprax 2017, 19 ff., zur Bekämpfung dieser Entsorgungs- und Bestattungsmassnahme.

41 Ausführlich zum Mantelhandel z.B. Gaspar Couchepin, Le transfert d'actions d'une société dormante (manteau d'actions): situation actuelle et perspectives, SJ 2014 II 197 ff.; Florian S. Jörg, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 55 ff.; Markus Vischer, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 563 ff.

42 So aber offenbar Kantonsgericht Appenzell I.Rh. in dem dem BGE 142 III 629 E. 2.3.3 zugrunde liegenden Fall; gl.M. wie hier Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 17), 19; Lorandi (Fn. 18), 1385; a.M. Recordon (Fn. 39), 5; Praxismitteilung 1/09 (Fn. 18), 18, Ziff. 6.

43 Siehe auch Urteil des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.5.1.

Ernennung der Annahme durch die betroffene Person, ansonsten die Ernennung durch den Richter ins Leere fällt.[44] Es verhält sich nicht anders als bezüglich des vom Richter gemäss Art. 712*q* ZGB ernannten Verwalters für die Stockwerkeigentümergemeinschaft.[45]

C. Anforderungen an das zu ernennende Verwaltungsratsmitglied

Ernennt der Richter eine Person als Verwaltungsratsmitglied, so hat er, wie das üblicherweise eine solche Person wählende Organ, nämlich die Generalversammlung, die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an ein Verwaltungsratsmitglied zu beachten.[46] So hat er z.B. die Bestimmungen gemäss Art. 712 OR und 718 OR zu beachten, also dafür zu sorgen, dass ein Verwaltungsratsmitglied Präsident ist und die nötigen Vertretungsverhältnisse bestehen.[47] Weiter hat er Art. 707 Abs. 3 OR zu beachten, womit er keine juristische Person als Verwaltungsratsmitglied ernennen darf.

D. Stellung des ernannten Verwaltungsratsmitglieds

Das vom Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied hat grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie ein durch die Generalversammlung gewähltes Verwaltungsratsmitglied.[48] Eine Ausweitung dieser Rechte und Pflichten durch den Richter über das gesetzlich und statutarisch Erlaubte ist grundsätzlich nicht zulässig. So wäre es z.B. unzulässig, wenn der Richter anordnen würde, dass das von ihm ernannte Verwaltungsratsmitglied ein Mehrfachstimmrecht[49] oder die Möglichkeit der Substituierbarkeit[50] hätte. Ebenso unzulässig wäre es, wenn der Richter dem von ihm ernannten Verwaltungsratsmitglied die Aufgabe der Ernennung eines (weiteren) Verwaltungsratsmitglieds oder der Revisionsstelle übertragen oder ihm ein Stimmrecht in der Generalversammlung zusprechen würde.[51] Aber auch eine Einschränkung der Rechte und Pflichten durch den Richter unter das gesetzlich und statutarisch Zulässige ist grundsätzlich nicht zulässig.[52] So wäre es z.B. unzulässig, das Stimmverhalten des von ihm ernannten Verwaltungsratsmitglieds von seiner Zustimmung abhängig zu machen oder ihm bezüglich Stimmverhalten Weisungen zu erteilen.[53] Will der Richter eine Person mit einer eingeschränkteren Aufgabenpalette als ein Verwaltungsratsmitglied einsetzen, so hat er, vorbehältlich spezieller Konstellationen, einen Sachwalter zu ernennen.[54]

Die Rechtsbeziehung des vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglieds zur Gesellschaft ist grundsätzlich dieselbe Rechtsbeziehung, die auch das durch die Generalversammlung gewählte Verwaltungsratsmitglied hat, charakterisiert sich also durch eine gesellschafts- und vertragsrechtliche Doppelnatur. Es ist dadurch auftragsähnlich.[55] Es verhält sich nicht anders als bezüglich des vom Richter gemäss Art. 712*q* ZGB ernannten Verwalters für die Stockwerkeigentümergemeinschaft.[56]

Allerdings ist die Regel über die jederzeitige Abberufbarkeit eines Verwaltungsratsmitglieds durch die Generalversammlung (Art. 705 Abs. 1 OR) durch den Richter in dem Sinn modifizierbar, als er diese jederzeitige Abberufbarkeit bzw. Beendbarkeit für eine bestimmte Zeit ausschliessen kann.[57] Bezüglich des vom Richter ernannten Verwalters für eine Stockwerkeigentümergemeinschaft wird dies in Art. 712*r* Abs. 3 ZGB explizit gesagt.[58] Nicht ausschliessen kann der Richter aber das der Gesellschaft zustehende Recht, vom Richter nach Art. 731*b* Abs. 3 OR die Abberufung eines vom ihm ernannten Verwaltungsratsmitglieds zu verlangen, welches Recht an die Stelle des Rechts nach Art. 705 Abs. 1 OR tritt. Ob der Richter die jederzeitige Abberufbarkeit durch die Gesellschaft (ausserhalb von Art. 731*b* Abs. 3 OR) durch Anordnung einer bestimmten Dauer des Verwaltungsratsmandats gemäss Art. 731*b* Abs. 2 OR ausschliesst, ist durch Auslegung zu ermitteln. Auf alle Fälle ist aus Art. 731*b* Abs. 2 OR nicht zu schliessen, die Abberufung eines vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglieds durch die Gesellschaft (ausserhalb von Art. 731*b* Abs. 3 OR) sei per se ausgeschlossen. So oder so muss der Richter das Mandat des von ihm ernannten Verwaltungsratsmit-

44 Schönbächler (Fn. 4), 233 f., 242; zur Notwendigkeit der Annahme der Wahl im Allgemeinen z.B. BSK OR II-Rizzi/Wernli, Art. 710 N 7.
45 Urteil des BGer 5A_79/2016 vom 5. Oktober 2016 E. 2.2.
46 OFK-Müller, Art. 731*b* OR N 7; zu den Anforderungen im Allgemeinen z.B. BSK OR II-Wernli/Rizzi, Art. 707 N 1 ff.
47 Siehe auch IV.F.
48 Gl.M. wohl Urteil des BGer 4A_237/2016 vom 30. Juni 2016 E. 7; wohl auch Recordon (Fn. 39), 4.
49 Zur Unzulässigkeit des Mehrfachstimmrechts im Verwaltungsrat im Allgemeinen BGE 71 I 187 ff.; BSK OR II-Wernli/Rizzi, Art. 713 N 8.
50 Zur höchstpersönlichen Natur der Stellung als Verwaltungsratsmitglied und zur diesbezüglichen Kontroverse im Allgemeinen z.B. Christiana Fountoulakis/Jan Bangert, Arbeitskreis 4: Instrumente der eigenen Vorsorge, unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, in: Andrea Büchler/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrechtstage, 28./29. Januar 2016 in Zürich, Bern 2016, 215 ff.
51 Wohl implizit gl.M. Urteil des BGer 4A_237/2016 vom 30. Juni 2016 E. 7.
52 Gl.M. wohl Schönbächler (Fn. 4), 231; Recordon (Fn. 39), 4.
53 Gl.M. wohl ZK-Jung, Art. 625 OR N 178.
54 Siehe V.A.
55 Z.B. BSK OR II-Wernli/Rizzi, Art. 710 N 9; Schönbächler (Fn. 4), 217, Fn. 808; Böckli (Fn. 10), § 13 N 88.
56 Urteil des BGer 5A_79/2016 vom 5. Oktober 2016 E. 2.2.
57 Siehe generell zur Unzulässigkeit des Widerrufs und der Derogation von richterlichen Anordnungen durch die Generalversammlung Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3232, mit Hinweis auf BGE 126 III 283.
58 Siehe auch Urteil des BGer 5A_79/2016 vom 5. Oktober 2016 E. 2.2.

glieds nicht zwingend befristen.[59] Die Modifizierbarkeit der jederzeitigen Abberufbarkeit durch die Gesellschaft schliesst zudem nicht aus, dass das vom Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied jederzeit von sich aus zurücktreten kann.[60] Es verhält sich nicht anders als bezüglich des vom Richter gemäss Art. 712*q* ZGB ernannten Verwalters für die Stockwerkeigentümergemeinschaft, der ebenfalls jederzeit demissionieren kann.[61]

Abänderbar oder mindestens konkretisierbar durch den Richter sind auch die Regeln über das Honorar (v.a. Art. 394 Abs. 3 OR) in dem Sinn, als er gemäss Art. 731*b* Abs. 2 OR nicht nur grundsätzlich die Übernahme der Kosten des von ihm ernannten Verwaltungsrats durch die Gesellschaft, sondern auch die Art und Höhe der Honorierung inklusive der Leistung eines Kostenvorschusses durch die Gesellschaft anordnen kann.[62] Damit ist auch klar, dass die Kosten des vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglieds keine Gerichtskosten i.S. von Art. 95 Abs. 2 ZPO sind.[63]

Modifizierbar oder mindestens konkretisierbar durch den Richter sind auch die Regeln über die Rechenschaftsablage (v.a. Art. 400 Abs. 1 OR), indem er auch die Rechenschaftsablage des von ihm ernannten Verwaltungsratsmitglieds an sich anordnen kann.[64] Dies dient allerdings nicht Aufsichtszwecken, sondern der Vervollständigung der Gerichtsakten.

Entsprechend der grundsätzlichen Gleichstellung von dem durch den Richter ernannten und dem von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsratsmitglied ist das vom Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied (nach dessen Annahme) als solches ins Handelsregister einzutragen, wobei diese Eintragung allerdings keine konstitutive Wirkung hat.[65] Ebenso sind die Funktion und die Zeichnungsberechtigung dieses Verwaltungsratsmitglieds im Handelsregister einzutragen.[66] Die Eintragung kann auch vom Richter[67] ausgehen.

Das vom Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied ist damit kein öffentlicher Beamter und Angestellter. Denn es handelt nicht amtlich und schon gar nicht hoheitlich, sondern grundsätzlich gleich wie ein von der Generalversammlung gewähltes Verwaltungsratsmitglied, also privatrechtlich.[68] Seine Anordnungen sind keine öffentlich-rechtlichen Verfügungen, sondern sind wie Anordnungen eines von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsrats zu beurteilen, wodurch u.a. Art. 714 OR anwendbar ist.

Entsprechend untersteht das vom Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied auch nicht der Aufsicht des Richters, der ihm entsprechend keine nachträglichen Weisungen erteilen und ihn auch nicht aus eigenem Antrieb abberufen darf.[69] Vielmehr sind die Entscheide des Richters gemäss den üblichen Regeln der ZPO und sonstigen Prozessgesetzen abänder-[70] bzw. erneuerbar.[71] Vorbehalten bleibt Art. 731*b* Abs. 3 OR.

E. Verantwortlichkeit des ernannten Verwaltungsratsmitglieds

Entsprechend seiner privatrechtlichen Stellung untersteht das vom Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied dem gleichen Verantwortlichkeitsregime wie ein von der Generalversammlung gewähltes Verwaltungsratsmitglied und damit insbesondere Art. 398 f. OR und Art. 754 OR.[72] Es liegt keine amtliche Tätigkeit vor, nicht einmal im vom Bundesgericht (zu) extensiv ausgelegten Sinn,[73] weshalb die Kantone gemäss dem unechten Vorbehalt in Art. 61 OR (und gemäss Art. 122 Abs. 1 BV und Art. 49 Abs. 1 BV) keine abweichenden Normen für die Verantwortlichkeit des vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglieds aufstellen dürfen und die kantonalen Staatshaftungserlasse von vornherein nicht zur Anwendung kommen, unabhängig davon, was diese kantonalen Staatshaftungserlasse als amtliche Tätigkeit qualifizieren.[74]

[59] Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3232: «Soweit dies sachlich notwendig ist (…)»; siehe auch BK-Meier-Hayoz/Rey, Art. 712*q* ZGB N 115, bezüglich Verwalter für eine Stockwerkeigentümergemeinschaft; a.M. wohl Schönbächler (Fn. 4), 233 ff.

[60] Schönbächler (Fn. 4), 242 ff.

[61] Urteil des BGer 5A_79/2016 vom 5. Oktober 2016 E. 2.2.

[62] Für eine Muss- und nicht eine Kannvorschrift Schönbächler (Fn. 4), 237 ff.

[63] Siehe auch Urteil des BGer 5A_327/2016 vom 1. Mai 2017 E. 4.2.2 bezüglich Kosten einer Vertretungsbeistandschaft.

[64] Urteil des BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 3.5 bezüglich Sachwalter.

[65] Dazu im Allgemeinen Urteil des BGer 4A_95/2015 vom 22. September 2015 E. 2.2.2; 4A_93/2015 vom 22. September 2015 E. 1.2.2 (nicht publ. in BGE 141 III 426); 4C.136/2004 vom 13. Juli 2004 E. 2.2.2.2.2 (nicht publ. in BGE 130 III 633); Lieberherr/Vischer (Fn. 5), 300.

[66] Beispiel: SHAB Nr. 119 vom 22.6.2017, Meldungs-Nr. 3595767.

[67] Art. 19 HRegV; neu Art. 929 Abs. 3 nOR (BBl 2017 2435).

[68] Siehe auch gleich nachstehend.

[69] Zur diesbezüglichen Kontroverse beim Sonderprüfer und beim Liquidator z.B. Andreas Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1991, 147 f., 237 f.

[70] Z.B. in laufenden Verfahren mittels Noveneingaben und bei abgeschlossenen Verfahren mittels Revisions- oder Wiederherstellungsbegehren (für ein Beispiel zu Letzterem: Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE110065 vom 30. Januar 2011, ZR 2012, 56 [gutheissend]; Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE150329 vom 3. Dezember 2015, ZR 2017, 36 [ablehnend]).

[71] Z.B. durch ein neues Verfahren gemäss Art. 731*b* OR.

[72] Zur kumulativen Anwendung von Vertragshaftung und Haftung aus Art. 754 ff. OR im Allgemeinen z.B. BSK OR II-Gericke/Waller, Vor Art. 754–761 N 5.

[73] Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung z.B. BK-Brehm, Art. 61 OR N 16 ff.; zur Kritik der extensiven Auslegung Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz 1011/01 vom 31. Oktober 2001 m.w.N., u.a. auf Emil Stark, Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, SJZ 1990, 1 ff.

[74] Zur Bedeutung von Art. 61 OR im Allgemeinen z.B. Peter Jäger/Angela Schweiter, in: Jost Gross/Volker Pribnow (Hrsg.), Schweizeri-

Es verhält sich nicht anders als bezüglich des vom Richter gemäss Art. 712*q* ZGB ernannten Verwalters für die Stockwerkeigentümergemeinschaft.[75]

Entsprechend haftet der Staat nicht für Handlungen des vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglieds, sondern u.U. die Gesellschaft.[76]

F. Mögliche Begleitmassnahmen zur Ernennung eines Verwaltungsratsmitglieds

Die Ernennung eines Verwaltungsrats kann mit der Abberufung eines oder mehrerer bestehender Verwaltungsratsmitglieder durch den Richter verknüpft werden.[77] Das ergibt sich daraus, dass die Liste der Massnahmen in Art. 731 Abs. 1 OR wie ausgeführt nicht abschliessend ist.[78] Es dürfte entsprechend a maiore ad minus auch zulässig sein, die Rechte und Pflichten der bestehenden Verwaltungsratsmitglieder einzuschränken, solange der Verwaltungsrat als Ganzes seinen gesetzlichen, statutarischen und organisationsreglementarischen Aufgaben noch nachkommen kann und die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an den Verwaltungsrat erfüllt bleiben. So kann der Richter z.B. den Entzug oder die Beschränkung der Geschäftsführungs- und/oder Vertretungsbefugnis einzelner Verwaltungsratsmitglieder anordnen, solange die genannten Voraussetzungen gegeben sind.[79]

G. Analoges für den ernannten Liquidator und die ernannte Revisionsstelle

Analoges wie das zum vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglied Ausgeführte gilt für den vom Richter ernannten Liquidator[80] und die vom Richter ernannte Revisionsstelle. Insbesondere sind auch diese Personen keine öffentlichen Beamten und Angestellten. Sie unterstehen ebenfalls dem üblichen Verantwortlichkeitsregime für den Liquidator und die Revisionsstelle, insbesondere also Art. 398 f. OR und Art. 754 OR und Art. 755 OR.

V. Ernennung eines Sachwalters

A. Anwendungsbereich

Wie erwähnt, kann der Richter gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR auch einen Sachwalter ernennen. Diese Bestimmung betrifft primär das Organ des Verwaltungsrats und des Liquidators. Denkbar sind aber auch das Organ der Revisionsstelle und der Generalversammlung betreffende Fälle, z.B. die Ernennung eines Sachwalters zur Vertretung des handlungsunfähigen Alleinaktionärs in der Generalversammlung.

Der Richter wird in Bezug auf das Organ des Verwaltungsrats einen Sachwalter in der Regel dann ernennen, wenn nicht die ganze Aufgabenpalette eines Verwaltungsratsmitglieds zur Diskussion steht. Steht die ganze Aufgabenpalette eines Verwaltungsratsmitglieds zur Diskussion, wird der Richter im Regelfall ein Verwaltungsratsmitglied und nur in speziellen Konstellationen einen Sachwalter ernennen.[81]

Die Aufgabenpalette eines vom Richter ernannten Sachwalters ist deshalb im Regelfall ein Minus zur Aufgabenpalette eines Verwaltungsratsmitglieds. Es geht z.B. «nur» um die Führung eines Prozesses,[82] die Verhandlung eines bestimmten Vertrags, die Einberufung und Leitung einer GV[83] etc.

Weil die Aufgabenpalette des Sachwalters im Unterschied zur Aufgabenpalette eines Verwaltungsrats nicht bzw. nur im Sinne einer Obergrenze feststeht, muss der Richter diese Aufgabenpalette bei Ernennung eines Sachwalters genau umschreiben.[84]

sches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Aufl., Bern 2013, N 135.

75 Dazu z.B. Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 712*q* ZGB N 134 ff.

76 Siehe Art. 722 OR i.V.m. Art. 55 ZGB.

77 BGE 142 III 629 E. 2.3.1; Urteil des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3; 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013 E. 2.2.1 f.; kritisch zu dieser Praxis Plüss (Fn. 9), 211 ff.

78 Urteil des BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015 E. 2.1.3.

79 Siehe Art. 815 Abs. 2 OR bezüglich Möglichkeit des Entzugs oder der Beschränkung der Geschäftsführungs- und/oder Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers durch den Richter bei der GmbH; zum Zweck von Art. 815 Abs. 2 OR, nämlich die Aufrechterhaltung der Funktionstauglichkeit der Gesellschaftsorgane, z.B. Urteil des BGer 4A_693/2015 vom 11. Juli 2016 E. 3.2.2; 4A_8/2014 vom 6. Juni 2014 E. 2.3; siehe auch Art. 890 Abs. 2 OR bezüglich Möglichkeit der Abberufung der Mitglieder der Verwaltung durch den Richter bei der Genossenschaft; siehe auch Art. 726 Abs. 2 OR und z.B. Böckli (Fn. 10), § 13 N 110 f., zur Suspendierungsmöglichkeit des Präsidenten als Präsident, nicht aber der Verwaltungsratsmitglieder als Verwaltungsratsmitglieder, ausserhalb von Art. 731*b* OR.

80 Schönbächler (Fn. 4), 218.

81 Zur Zulässigkeit, einem Sachwalter die ganze Aufgabenpalette eines Verwaltungsratsmitglieds zu übertragen, schon Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3232; siehe auch Schönbächler (Fn. 4), 223; Beispiele: Vorinstanz in dem dem Urteil des BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017 E. 2 zugrunde liegenden Fall, welche einen Anwalt, welchen sie in einem ersten Entscheid als Verwaltungsratsmitglied ernannt hatte, in einem zweiten Entscheid als Sachwalter einer Gesellschaft mit der Aufgabe «d'en gérer les affaires courantes» ernannte; Vorinstanz in dem dem Urteil des BGer 4A_161/2013 vom 28. Juni 2013 E. A.2, 4, zugrunde liegenden Fall, welche einen Sachwalter mit sämtlichen Befugnissen eines Verwaltungsrats einsetzte.

82 Schönbächler (Fn. 4), 244 f.; Beispiele: Mandat von RA J. Blanc in dem dem Urteil des BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017 zugrunde liegenden Fall; Mandat von RA Dr. F. in dem dem Urteil des BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 zugrunde liegenden Fall.

83 Schönbächler (Fn. 4), 2233.

84 Z.B. Urteil des BGer 4A_717/2014 vom 29. Juni 2015 E. 3.2; Schönbächler (Fn. 4), 222, 228; Böckli (Fn. 10), § 13 N 493; siehe auch Recordon (Fn. 39), 4: «D'une façon générale, on peut remarquer que les devoirs d'un administrateur sont déterminés par la loi alors que la mission du commissaire est celle que le juge lui fixe […]»; siehe auch Art. 725*a* Abs. 2 Satz 2 OR betreffend Sachwalter gemäss Art. 725*a* OR.

B. Ausgangspunkt

Auch im Falle der Ernennung eines Sachwalters hilft der Richter in der Willensbildung innerhalb der Gesellschaft aus, weshalb auch diesbezüglich die Ernennung durch den Richter die körperschaftliche Willensbildung ersetzt, wobei es je nach Aufgabenpalette des Sachwalters die Willensbildung auf Stufe Generalversammlung oder Verwaltungsrat ist.[85] Auch hier bedarf deshalb die Ernennung der Annahme dieser Ernennung durch die betroffene Person, ansonsten die Ernennung durch den Richter ins Leere fällt.[86]

C. Anforderungen an den zu ernennenden Sachwalter

Ernennt der Richter eine Person als Sachwalter, so hat er grundsätzlich die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an ein Verwaltungsratsmitglied zu befolgen. Allerdings ist die Stellung des vom Richter ernannten Sachwalters infolge seiner meist reduzierten Aufgabenpalette in der Regel «auftragsähnlicher» als die Stellung des vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglieds,[87] weshalb es sich rechtfertigt, mindestens bei Sachwaltern mit reduzierter Aufgabenpalette auch juristische Personen als Sachwalter zuzulassen,[88] zumal als Liquidatoren gemäss Art. 740 OR ebenfalls juristische Personen wählbar sind.[89]

D. Stellung des ernannten Sachwalters

Die Rechte und Pflichten des vom Richter ernannten Sachwalters bei der Erfüllung der ihm vom Richter übertragenen Aufgaben richten sich grundsätzlich nach den Rechten und Pflichten eines Verwaltungsrats, welche dieser für die Erfüllung der dem Sachwalter vom Richter übertragenen Aufgaben hätte. Eine Ausweitung dieser Rechte und Pflichten durch den Richter über das für einen Verwaltungsrat gesetzlich und statutarisch Erlaubte ist grundsätzlich nicht zulässig. Entsprechend unzulässig wäre es z.B., wenn der Richter dem von ihm ernannten Sachwalter die Aufgabe der Ernennung eines (weiteren) Verwaltungsratsmitglieds oder der Revisionsstelle übertragen würde[90] oder ihm ein Stimmrecht in der Generalversammlung zusprechen würde.[91]

Die Rechtsbeziehung des vom Richter ernannten Sachwalters zur Gesellschaft ist grundsätzlich dieselbe Rechtsbeziehung, die auch das durch den Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied hat, charakterisiert sich also durch eine gesellschafts- und vertragsrechtliche Doppelnatur. Es ist dadurch auftragsähnlich, ja sogar «auftragsähnlicher» als beim vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglied, weil der Sachwalter kein gesetzlich vorgeschriebenes, sondern vielmehr ein Spezialorgan der Gesellschaft bzw. ein «Organ für ausserordentliche Situationen»[92] mit in der Regel reduzierter Aufgabenpalette ist. Erneut sind aber die Regeln über die jederzeitige Abberufbarkeit modifizierbar.[93] Das schliesst erneut nicht aus, dass der vom Richter ernannte Sachwalter jederzeit von sich aus zurücktreten kann.[94] Modifizierbar bzw. mindestens konkretisierbar sind auch erneut die Regeln in Bezug auf die Kostentragung und die Rechenschaftsablage.[95]

Es ist zulässig und je nach Aufgabenpalette sinnvoll, den vom Richter ernannten Sachwalter (nach dessen Annahme) als solchen ins Handelsregister einzutragen,[96] wobei diese Eintragung erneut keine konstitutive Wirkung hat.[97] Analog Art. 160 Abs. 3 HRegV sind Datum und Dauer der Ernennung des Sachwalters, Personenangaben zum Sachwalter und die Art der Vertretungsberechtigung des Sachwalters im Handelsregister einzutragen.[98] Wiederum kann die Eintragung auch vom Richter ausgehen.

Der vom Richter ernannte Sachwalter ist damit kein öffentlicher Beamter und Angestellter, auch nicht in einer Doppelstellung einerseits öffentlicher Beam-

85 Wohl für Ersteres Schönbächler (Fn. 4), 436, Fn. 436; siehe auch Art. 693 Abs. 3 Ziff. 4 OR und BGE 132 III 707, wonach es Aufgabe der Generalversammlung ist, im Hinblick auf die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage einen Prozessbeistand zu ernennen.

86 Gl.M. Schönbächler (Fn. 4), 222, 233 f., 242.

87 Siehe sogleich V.D.

88 Gl.M. Schönbächler (Fn. 4), 221; siehe auch Art. 120 HRegV.

89 Z.B. BGE 115 Ib 274 E. 19a/ee; 62 II 284 mit dem Argument, ein Liquidator habe gegenüber einem Verwaltungsratsmitglied nur reduzierte Aufgaben; BSK OR II-Stäubli, Art. 740 f. N 3; siehe auch Art. 120 HRegV.

90 A.M. Schönbächler (Fn. 4), 223.

91 Gl.M. wohl Urteil des BGer 4A_237/2016 vom 30. Juni 2016 E. 7.

92 Zu diesem Begriff und zu den verschiedenen Organbegriffen z.B. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 19 N 1 ff.

93 Siehe auch BSK OR II-Stäubli, Art. 740 f. N 8, zur Nichtanwendbarkeit des jederzeitigen Abberufungsrechts eines vom Richter gemäss Art. 740 Abs. 4 OR bestimmten Liquidators.

94 Gl.M. Schönbächler (Fn. 4), 242 ff.; a.M. Recordon (Fn. 39), 7, wohl vor dem Hintergrund, dass nach ihm der vom Richter ernannte Sachwalter eine amtliche Tätigkeit ausübt; siehe auch BSK OR II-Stäubli, Art. 740 f. N 9, zum jederzeitigen Demissionsrecht auch des vom Richter gemäss Art. 740 Abs. 4 OR bestimmten Liquidators.

95 Bezüglich Kostentragung Schönbächler (Fn. 4), 237 ff.; Recordon (Fn. 39), 7 f.; bezüglich Rechenschaftsablage Schönbächler (Fn. 4), 224; Recordon (Fn. 39), 6.

96 Gl.M. bezüglich des Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG André Terlinden, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Zürich/St. Gallen 2010, 322 f.; siehe auch Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE150484 vom 14. Januar 2016, Ziff. 18 (ZR 2016, 248, aber mit anderem Kürzel für Dr. D., nämlich C), wo Folgendes entschieden wurde: «Eine Eintragung des Sachwalters im Handelsregister ist entbehrlich, weil der vorliegende Entscheid für die Bevollmächtigung von Dr. D. eine ausreichende Grundlage bildet und schützenswerte Wirkungen des Eintrages nicht ersichtlich sind.»

97 Gl.M. bezüglich des Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG Terlinden (Fn. 96), 323.

98 Beispiele: SHAB Nr. 104 vom 31.5.2017, Meldungs-Nr. 3552845; SHAB Nr. 045 vom 6.3.2017, Meldungs-Nr, 3384879.

ter und Angestellter und andererseits Spezialorgan der Gesellschaft.[99] Denn er handelt nicht amtlich und schon gar nicht hoheitlich, sondern gleich wie ein von der Gesellschaft bestelltes Spezialorgan wie z.B. der Liquidator,[100] also privatrechtlich. Seine Anordnungen sind keine öffentlich-rechtlichen Verfügungen.

Entsprechend untersteht der vom Richter ernannte Sachwalter auch nicht der Aufsicht des Richters, der ihm entsprechend keine nachträglichen Weisungen erteilen und ihn auch nicht aus eigenem Anruf abberufen darf.[101] Vielmehr sind die Entscheide des Richters gemäss den üblichen Regeln der ZPO abänder- bzw. erneuerbar. Vorbehalten bleibt Art. 731*b* Abs. 3 OR.

E. Verantwortlichkeit des ernannten Sachwalters

Entsprechend seiner privatrechtlichen Stellung untersteht der vom Richter ernannte Sachwalter dem gleichen Verantwortlichkeitsregime wie ein Spezialorgan und damit v.a. Art. 398 f. OR und, soweit er aufgrund seiner Aufgaben im Sinne von Art. 754 OR «mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befasst» ist, Art. 754 OR.[102] Es liegt keine amtliche Tätigkeit vor, weshalb erneut die kantonalen Staatshaftungserlasse nicht gemäss dem unechten Vorbehalt in Art. 61 OR zum Zuge kommen. Der vom Richter eingesetzte Sachwalter ist vergleichbar mit dem vom Richter gemäss Art. 697*a* ff. OR eingesetzten Sonderprüfer, der ebenfalls keine amtliche Tätigkeit ausübt und deshalb privatrechtlich haftet.[103] Er ist zudem vergleichbar mit dem vom Richter gemäss Art. 740 Abs. 4 OR bestimmten Liquidator, der auch keine amtliche Tätigkeit ausübt und deshalb privatrechtlich haftet.[104] Er ist weiter vergleichbar mit dem unentgeltlichen Rechtsbeistand, für den das Bundesgericht entschieden hat, dass der unechte Vorbehalt in Art. 61 OR nicht zum Zuge kommt und er gegenüber seinem Klienten privatrechtlich haftet.[105]

Erneut verhält es sich nicht anders als bezüglich des vom Richter gemäss Art. 712*q* ZGB ernannten Verwalters für die Stockwerkeigentümergemeinschaft, dessen Aufgaben der Richter wie bei einem Sachwalter gegenüber einem Verwaltungsratsmitglied auch einschränken kann.[106]

Kantonales Staatshaftungsrecht ist auch nicht kumulativ zum privatrechtlichen Verantwortlichkeitsregime anwendbar, wie Recordon plädiert.[107] Das scheitert schon daran, dass die kantonalen Staatshaftungserlasse für die Verantwortlichkeit des vom Richter ernannten Sachwalters nicht auf das Bundesrecht zurückverweisen. Die von Recordon gestützt auf eine Stelle in der Botschaft[108] angeführte Analogie zur Stellung des Sachwalters gemäss Art. 725*a* OR greift nicht, weil der Sachwalter gemäss Art. 731*b* OR keine Person ist, die wie der Sachwalter gemäss Art. 725*a* OR im Zusammenhang mit einem Konkurs oder einem möglichen Konkurs mit der «mission de maintenir l'égalité entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers»[109] bestellt wurde. Es ist zudem auch für den Sachwalter gemäss Art. 725*a* OR umstritten, nach welchem Regime sich seine Verantwortlichkeit richtet.[110] Ein beträchtlicher Teil der Lehre plädiert auch für diesen Sachwalter dafür, dass er dem privatrechtlichen Verantwortlichkeitsregime untersteht.[111] Daran ändert nichts, dass die Liquidation gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR nach den konkursrechtlichen Vorschriften erfolgt, unterscheiden sich doch das Konkursverfahren gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR und das «normale» Konkursverfahren in vielen Punkten und u.a. darin, dass Ersteres nicht auf einem Konkursdekret beruht.[112] Die Anordnung der Liquidation gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 3 OR und die Ernennung eines Sachwalters gemäss Art. 731*b* Abs. 1 Ziff. 2 OR sind zudem zwei verschiedene Massnahmen.

99 A.M. Müller/Müller (Fn. 17), 48; Schönbächler (Fn. 4), 221, 225 f.; Recordon (Fn. 39), 6; a.M. und gl.M. wie Müller/Müller, Schönbächler und Recordon betreffend Sachwalter gemäss Art. 725*a* OR z.B. BSK OR II-Wüstiner, Art. 725*a* N 13a; Böckli (Fn. 10), § 13 N 837; siehe auch BGE 104 III 1 E. 3b, wonach der Sachwalter gemäss Art. 725*a* OR «un organe officiel de l'Etat» sei, und Urteil des BGer 9C_1086/2009 vom 15. Juli 2010 E. 5.3 f., bei dem die Qualifikation der Stellung des Sachwalters gemäss Art. 725*a* OR offengelassen wurde.

100 Art. 740 ff. OR.

101 A.M. z.B. Schönbächler (Fn. 4), 224 f., 229 f.

102 Wohl a.M. Thierry Luterbacher, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 754 OR N 17; BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 12; Schönbächler (Fn. 4), 227; und Böckli (Fn. 10), § 18 N 111a, wonach der Sachwalter in jedem Fall gemäss Art. 754 OR verantwortlich ist.

103 Casutt (Fn. 69), 107 ff.; 243 ff.; auch Fabrizio Gabrielli, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich 1997, 124 f.; siehe auch BSK OR II-Weber, Art. 697*c* N 10, zum Vertrag zwischen Sonderprüfer und Gesellschaft, welcher durch Annahme durch den Sonderprüfer zustande kommt.

104 Z.B. von der Crone (Fn. 5), § 14 N 62; Casutt (Fn. 69), 108, 116 f.

105 BGE 143 III 10; anders BGE 118 II 254 E. 1b für den Hausarzt, der eine fürsorgerische Einweisung vornimmt, und BGE 130 IV 27 E. 2.3.3 für den Arzt, der einen Ausschaffungshäftling betreut.

106 Z.B. BK-Meier-Hayoz/Rey, Art. 712*q* ZGB N 115.

107 Recordon (Fn. 39), 8, gestützt auf die von Florian Chaudet, Ajournement de la faillite de la société anonyme, Conditions, effets, compétences et responsabilité (art. 725 CO), Basel/Genf/München 2001, 372 ff., 447 ff., betreffend Sachwalter gemäss Art. 725*a* OR vertretene Meinung; Schönbächler (Fn. 4), 227.

108 Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3232, Fn. 78.

109 BGE 104 III 1 E. 3b.

110 Urteil des BGer 9C_1086/2009 vom 15. Juli 2010 E. 5.3; Schönbächler (Fn. 4), 226; Recordon (Fn. 39), 8.

111 Z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 92), § 37 N 18.

112 BGE 141 III 43 E. 2.3.1.

Damit ist klar, dass auch Art. 5–7 SchKG, die Bestimmungen über die Staatshaftung im Schuldbetreibungs- und Konkursbereich, auf den Sachwalter gemäss Art. 731*b* OR keine Anwendung finden.[113]

Entsprechend haftet der Staat nicht für Handlungen des vom Richter ernannten Sachwalters, sondern u.U. die Gesellschaft.[114]

F. Mögliche Begleitmassnahmen zur Ernennung eines Sachwalters

Die Ernennung eines Verwaltungsrats kann mit der Abberufung eines oder mehrerer bestehender Verwaltungsratsmitglieder durch den Richter verknüpft werden.

Typischerweise gehen mit der Ernennung eines Sachwalters Einschränkungen der Rechte und Pflichten der allenfalls verbleibenden Verwaltungsratsmitglieder einher. Ist der Sachwalter z.B. für die Führung eines Prozesses zuständig, so ist der Verwaltungsrat typischerweise nicht mehr oder nur noch unter Vorbehalt der Zustimmung durch den Sachwalter zur Führung dieses Prozesses zuständig, was sich explizit oder implizit aus dem Entscheid betreffend Ernennung eines Sachwalters ergeben kann.[115]

G. Analoges für den bezüglich des Organs des Liquidators, des Organs der Revisionsstelle und des Organs der Generalversammlung ernannten Sachwalter

Analoges wie das zum bezüglich des Organs des Verwaltungsrats vom Richter ernannten Sachwalter Ausgeführte gilt für den vom Richter bezüglich des Organs des Liquidators, des Organs der Revisionsstelle und des Organs der Generalversammlung ernannten Sachwalter. Insbesondere sind auch solche Sachwalter keine öffentlichen Beamten und Angestellten. Sie unterstehen zudem dem üblichen Verantwortlichkeitsregime für Sachwalter.

VI. Zusammenfassung

Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters richtet sich nach dem Privatrecht und damit nicht nach dem öffentlichen Recht. Das vom Richter ernannte Verwaltungsratsmitglied und der vom Richter ernannte Sachwalter werden deshalb unter Umständen nach Art. 398 f. OR und Art. 754 OR verantwortlich, der Sachwalter nach Art. 754 OR allerdings nur, soweit er aufgrund seiner vom Richter bestimmten Aufgabenpalette i.S. von Art. 754 OR «mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befasst» ist. Die Verantwortlichkeit des vom Richter ernannten Sachwalters ist insofern leicht schwächer als diejenige des vom Richter ernannten Verwaltungsratsmitglieds, was erklärt, dass sich in der Praxis leichter ein Sachwalter als ein Verwaltungsratsmitglied finden lässt und entsprechend häufiger ein Sachwalter ernannt wird, mindestens dann, wenn die Aufgabenpalette weniger umfassend als diejenige eines Verwaltungsratsmitglieds ist. Allerdings kommen sowohl die Ernennung eines Verwaltungsratsmitglieds als auch die Ernennung eines Sachwalters in der Praxis relativ selten vor.[116]

[113] Gl.M. Schönbächler (Fn. 4), 226, Fn. 844; Recordon (Fn. 39), 7.

[114] A.M., d.h. für eine kumulative Staatshaftung und Haftung der Gesellschaft, Schönbächler (Fn. 4), 227 f.; Recordon (Fn. 39), 8 f.

[115] Zu diesen beiden Möglichkeiten, d.h. der gänzlichen Entziehung der Verfügungs(- und Geschäftsführungs-)befugnis des Verwaltungsrats bzw. der teilweisen Entziehung der Verfügungs(- und Geschäftsführungs-)befugnis des Verwaltungsrats in dem Sinne, dass Handlungen des Verwaltungsrats der Zustimmung des Sachwalters bedürfen, siehe Art. 725*a* Abs. 2 OR betreffend Sachwalter gemäss Art. 725*a* OR.

[116] Von der Crone (Fn. 5), § 14 N 40.