

### C. Lohnfortzahlungspflicht

Wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert wird, entsteht ein Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR.<sup>26</sup> Solche Gründe sind beispielsweise Unfall oder Krankheit. Eine Krankheit im Sinne von Art. 324a OR liegt dann vor, wenn die Gesundheit des Arbeitnehmers in einer Art beeinträchtigt ist, dass es ihm nicht mehr möglich oder nicht zumutbar ist, zu arbeiten.<sup>27</sup> Es sind sowohl physische wie auch psychische Beeinträchtigung erfasst.<sup>28</sup> Die Auslegung des diesbezüglichen Begriffs der Arbeitsverhinderung hat funktionsbezogen zu erfolgen.<sup>29</sup> Es wird auch im öffentlichen Personalrecht des Bundes in terminologischer Sicht auf die Arbeitsverhinderung abgestellt.<sup>30</sup> Es ist entsprechend sowohl im Privat- wie auch im öffentlichen Recht in dieser Hinsicht einzig massgeblich, ob der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich geschuldeten Pflichten erfüllen kann oder nicht. In der Folge besteht der Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR auch bei bloss arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit.<sup>31</sup>

### 3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

#### 3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/ Droit des sociétés – en général

##### 3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

**Einberufung der GV nach abgelaufener Amtsdauer des Verwaltungsrats – ein Urteil, das den Gerichten Arbeit beschert und in der Praxis zu Unsicherheit führt**

**Besprechung von BGer, 4A\_387/2023 und 4A\_429/2023, 2.5.2024**

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_387/2023 und 4A\_429/2023 vom 2. Mai 2024, A. gegen B. AG und B. AG gegen A., C. und D., Massnahmen nach Art. 731b OR.



MICHAEL HOCHSTRASSER\*



DOROTHEE AUWÄRTER\*\*

*Das Amt des Verwaltungsrats endet mit Ablauf von sechs Monaten seit dem Ende des Geschäftsjahrs. Wer kann eine Generalversammlung zur Wahl des Verwaltungsrates einberufen, wenn die Gesellschaft es versäumt hat, rechtzeitig einen neuen Verwaltungsrat zu wählen? Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass der bisherige Verwaltungsrat nicht mehr dazu befugt ist. Kann der Organisationsmangel nicht mittels einer Universalversammlung behoben werden, muss das Gericht die erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR ergreifen. Das Gericht kann dabei den bisherigen Verwaltungsrat befristet als Verwaltungsrat einsetzen und ihm die Pflicht auferlegen, eine Generalversammlung einzuberufen. Im Gegensatz zum Verwaltungsrat endet die Amtszeit der Revisionsstelle erst mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung und nicht nach Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR.*

<sup>26</sup> Vgl. genauer REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern 2010, Art. 324a OR N 1 ff.

<sup>27</sup> Arbeitsvertrag-ZEDTWITZ/KELLER (FN 14), Art. 324a N 4.

<sup>28</sup> ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 319-330a OR, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2006, Art. 324a OR N 8; Arbeitsvertrag-ZEDTWITZ/KELLER (FN 14), Art. 324a OR N 4.

<sup>29</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 363.

<sup>30</sup> LAURA KUNZ/PIA MEIER, Das Arbeits(un)fähigkeitszeugnis, N 5 f., Jusletter vom 13.11.2023.

<sup>31</sup> RUDOLPH/VON KAENEL (FN 4), 363; vgl. auch CHRISTOPH HÄBERLI, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel, Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, 5. Kapitel, N 5.15 f. mit weiteren Hinweisen.

\* MICHAEL HOCHSTRASSER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur und Titularprofessor an der Universität Zürich.

\*\* DOROTHEE AUWÄRTER, lic. iur., Executive MBA HSG, Rechtsanwältin in Winterthur.

## I. Sachverhalt

A. hielt 45 % der Aktien der B. AG. Weitere 45 % hielt C., die zugleich einzige Verwaltungsrätin der B. AG ist, und 10 % hielt J., die minderjährige Tochter von C.

Am 5. August 2022 stellte A. beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Einsetzung eines Sachwalters sowie um Anordnung der erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR. Er machte geltend, die B. AG verfüge mangels rechtzeitig durchgeführter Wiederwahlen weder über einen rechtsgültig gewählten Verwaltungsrat noch über eine rechtsgültig gewählte Revisionsstelle.

Der Einzelrichter verneinte mit Entscheid vom 24. Februar 2023 einen Organisationsmangel. Er erwog, C. sei zufolge Zeitablaufs zwar nicht mehr (formelles) Organ der B. AG gewesen. Sie habe aber als faktisches Organ formell korrekt zur ordentlichen Generalversammlung vom 31. Mai 2022 eingeladen, an der C. als Verwaltungsrätin und die I. AG als Revisionsstelle gewählt wurden.

Das Obergericht hiess die Berufung von A. mit Entscheid vom 4. Juli 2023 teilweise gut. Es hob den erstinstanzlichen Entscheid auf und setzte C. per 4. Juli 2023 befristet als Verwaltungsrätin mit Einzelunterschrift ein, unter anderem mit der Verpflichtung, zu einer Generalversammlung einzuladen und die Wahl des Verwaltungsrates zu traktandieren. Im Wesentlichen erwog das Obergericht, die Beschlüsse an der Generalversammlung vom 31. Mai 2022 seien nichtig gewesen und hätten dazu geführt, dass die B. AG über keinen Verwaltungsrat mehr verfüge und somit einen Organisationsmangel aufweise. Da bei C. kein qualifizierter Interessenkonflikt vorliege, rechtfertige es sich, sie befristet als Verwaltungsrätin einzusetzen. Die weiteren Anträge von A., unter anderem einen unabhängigen Sachwalter einzusetzen und diesen anzuweisen, die Rechte der B. AG in diversen Strafverfahren zu wahren, wies das Obergericht ab.

Gegen das Urteil des Obergerichts erhoben sowohl A. als auch die B. AG Beschwerde an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht vereinigte die beiden Beschwerdeverfahren. Es wies beide Beschwerden ab, soweit es darauf eintrat.

## II. Urteil

### A. Vorliegen eines Organisationsmangels

Das Bundesgericht folgte dem Obergericht und hielt fest, dass ein Verwaltungsrat nach Ablauf seiner Amtszeit trotz faktischer Organstellung keine Generalversammlung ein-

berufen könne, die gültig über seine Wiederwahl beschliesse (E. 6.2.2).

C. konnte demnach nicht gültig zur Generalversammlung vom 31. Mai 2022 einladen. Daran ändere nichts, wenn C. als faktisches Organ gehandelt habe. Bei der Figur des faktischen Organs handle es sich primär um einen Haftungstatbestand. Als faktisches Organ habe C. zwar das Nötige zu unternehmen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. So könne sie z.B. darauf hinarbeiten, dass eine Universalversammlung stattfinde. Sie sei aber nicht befugt, zur Generalversammlung einzuladen. Würde man anders entscheiden, würde dies die Stellung des faktischen Verwaltungsratsmitglieds derjenigen des formellen Verwaltungsratsmitglieds stark annähern; dies sei abzulehnen (E. 6.2.2).

Die Generalversammlung vom 31. Mai 2022 wurde von einer nicht mehr im Amt stehenden Verwaltungsrätin und damit durch ein unzuständiges Organ einberufen. Es handelte sich nicht um eine Universalversammlung. Die an der Versammlung gefassten Beschlüsse waren daher nichtig (E. 6.3.2).

A. hatte der Einladung von C. zur Generalversammlung mit Schreiben vom 19. Mai 2022 widersprochen (E. 6.5.3). Die B. AG warf A. ein missbräuchliches Verhalten vor, weil er in einem Gerichtsverfahren geltend gemacht hatte, C. könne keine Generalversammlung mehr einberufen, er jedoch in einem anderen verlangt hatte, dass C. eine Generalversammlung einberufen solle. Das Bundesgericht schützte den Entscheid der Vorinstanz, die ein rechtsmissbräuchliches Verhalten verneint hatte. Es wies darauf hin, dass erst mit BGE 148 III 69 höchststrichterlich geklärt worden sei, dass sich das Amt des Verwaltungsrates nicht stillschweigend verlängere (E. 6.5.4).

### B. Revisionsstelle

Die Rüge von A., dass auch bei der Revisionsstelle ein Organisationsmangel vorliege, hatte das Obergericht abgewiesen. Es hatte argumentiert, die Amtsdauer für die Mitglieder des Verwaltungsrates und für die Revisionsstelle sei nicht dieselbe. Anders als beim Verwaltungsrat sei bei der Revisionsstelle nicht das Kalenderjahr massgebend, sondern das Datum der Abnahme der Jahresrechnung an der Generalversammlung (E. 8.1). Eine Amtsdauer währe deshalb von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur nächsten. Das Bundesgericht stimmte dem Obergericht zu. Es wies darauf hin, es entspreche auch der herrschenden Lehre, dass die Amtszeit der Revisionsstelle – im Gegensatz zu jener des Verwaltungsrates – mit Ablauf der Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR nicht

ende (E. 8.2). In Bezug auf die Revisionsstelle lag demnach kein Organisationsmangel vor (E. 8.3).

### C. Befristete Einsetzung der ehemaligen Verwaltungsrätin als Verwaltungsrätin, um den Organisationsmangel zu beheben

Das Bundesgericht rekapitulierte unter Hinweis auf frühere Entscheide<sup>1</sup>, dass es sich bei den in Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> OR zur Behebung des Organisationsmangels genannten Massnahmen um einen beispielhaften, nicht abschliessenden Katalog handle (E. 9.1.2). Der Gesetzgeber habe dem Gericht einen hinreichenden Handlungsspielraum geben wollen, um eine den konkreten Umständen des Einzelfalls angemessene Massnahme zu treffen (E. 9.1.3). Gänzlich frei sei das Gericht aber nicht, stünden die Massnahmen doch in einem Stufenverhältnis. Eine Auflösung der Gesellschaft gemäss Ziff. 3 solle das Gericht nur dann anordnen, wenn die mildereren Massnahmen gemäss Ziff. 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) oder Ziff. 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügten oder erfolglos geblieben seien (E. 9.1.3). Das kantonale Sachgericht verfüge über einen weiten Ermessensspielraum, in den das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreife (E. 9.1.4).

Die B. AG hatte die Wiedereinsetzung von C. verlangt, während A. geltend gemacht hatte, C. befinde sich in einem qualifizierten Interessenkonflikt, weshalb ein Sachwalter einzusetzen sei. Das Bundesgericht verneinte mit der Vorinstanz einen qualifizierten Interessenkonflikt von C. Allein die Tatsache, dass ein Strafverfahren gegen C. eröffnet worden war, genügte nicht, um einen qualifizierten Interessenkonflikt zu begründen. Auch dass zwischen den beiden Hauptaktionären ein Streit bestand, änderte daran nichts (E. 9.2). Die Vorinstanz hatte die befristete Einsetzung von C. damit begründet, dass diese seit knapp zehn Jahren als Verwaltungsrätin der B. AG fungiert habe und deshalb, anders als eine Drittperson, keine Einarbeitung benötige. Zudem werde sie von der Mehrheit der Aktionäre getragen. Mit dieser Begründung setzte sich A. in seiner Rüge ungenügend auseinander, weshalb seiner Beschwerde kein Erfolg beschieden war (E. 9.3.3).

## III. Anmerkungen

Das Urteil des Bundesgerichts gibt Anlass zu folgenden Bemerkungen:

### A. BGE 148 III 69 und seine Folgen

Am 3. Dezember 2021 hat das Bundesgericht in einem wegweisenden Urteil entschieden, dass das Amt des Verwaltungsrats mit Ablauf des sechsten Monats nach Schluss des betreffenden Geschäftsjahres endet, wenn keine Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 2 OR durchgeführt oder die Wahl des Verwaltungsrates nicht traktandiert wurde. Ab diesem Zeitpunkt sei der Verwaltungsrat nicht ordnungsgemäss besetzt, weshalb die Gesellschaft an einem Organisationsmangel leide. Eine stillschweigende Verlängerung der Amtsdauer greife nicht Platz.<sup>2</sup>

Dieser Leitentscheid hatte grösste praktische Auswirkung. Viele Aktiengesellschaften, in denen der Verwaltungsrat quasi still wiedergewählt worden war oder welche die Generalversammlung (im Vertrauen darauf, dass es sich bei Art. 699 Abs. 2 OR um eine Ordnungsvorschrift handle) erst in der zweiten Jahreshälfte durchführten, standen über Nacht ohne gültig gewählten Verwaltungsrat da. Das Urteil warf dementsprechend Wellen in der Lehre.<sup>3</sup> Wenig überraschend gehörte es auch rasch zum Besteck der Anwältinnen und Anwälte, die in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten fortan zusätzlich argumentieren konnten, der Verwaltungsrat, der die Ansichten ihrer Klienten nicht teilte, sei gar nicht mehr im Amt.

Die Frage drängte sich auf, wer denn diesen Organisationsmangel beheben kann, wenn es den Verwaltungsrat, der für die Einberufung der Generalversammlung zuständig wäre, gar nicht mehr gibt. Gerade in Gesellschaften mit Spannungen im Aktionariat, wo dem Verwaltungsrat gegenüber kritisch eingestellte Aktionäre eine Universalversammlung verhindern können, akzentuierte sich das

<sup>2</sup> BGE 148 III 69 E. 3.

<sup>3</sup> NICOLAS FACINCANI/SELINE WISSLER, BGer 4A\_496/2021: Keine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandates, AJP 2022, 279 ff.; DANIEL M. HÄUSERMANN/MATTHIAS P. A. MÜLLER, Urteilsbesprechung BGE 148 III 69 (Urteil 4A\_496/2021), Ende der Amtszeit des nicht rechtzeitig wiedergewählten Verwaltungsrates, GesKR 2022, 278 ff.; KARIN MÜLLER/MICHELE LANG, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022, ZBJV 2024, 1 ff., 13 ff.; ADRIAN PLÜSS, KMU-Verwaltungsrat: Die vergessene Wiederwahl, RR-VR 2/2024, 5 ff.; RETO SUTTER, Status des Verwaltungsrats nach Ablauf der statutarischen Amtszeit, RR-VR 1/2023, 10; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Einberufung einer Generalversammlung, Urteilsbesprechung 4A\_130/2023, SZW 2024, 238 ff.

<sup>1</sup> BGE 147 III 537 E. 3.1.1.; 142 III 629 E. 2.3.1.; 138 III 407 E. 2.4.

Problem. Es war daher zu erwarten, dass das Bundesgericht früher oder später mit dieser Frage konfrontiert sein würde. Das hier besprochene Urteil führt zu folgenden Antworten und Empfehlungen:

## B. Lehre Nr. 1: Der bisherige VR kann nicht mehr zur GV einladen

Die Generalversammlung wird durch den Verwaltungsrat, nötigenfalls durch die Revisionsstelle einberufen (Art. 699 Abs. 1 OR). Es ist richtig, dass der Verwaltungsrat nicht mehr im Amt ist, wenn seine Amtsdauer abgelaufen ist. Es ist auch richtig, dass die Figur des faktischen Organs primär ein Haftungstatbestand ist.

Und dennoch mutet das Urteil sehr formell an und mag man sich fragen, ob es richtig ist, dass der bisherige Verwaltungsrat nicht mehr zur Generalversammlung einladen können soll. Es geht wohlgerne nicht darum, dass der Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft weiter ausübt oder dass er die Organisation festlegt oder die Finanzplanung erstellt. Es geht lediglich darum, ob der bisherige Verwaltungsrat noch eine Generalversammlung einberufen und Wahlen traktandieren kann. Wie das Bundesgericht im weiteren Urteil ausführt, ist der bisherige Verwaltungsrat gut geeignet für diese Aufgabe und wird es sich in den meisten Fällen rechtfertigen, dass das Gericht ihn hierfür einsetzt. Ist es dann nötig, dass die Einsetzung durch das Gericht erfolgen muss oder wäre es nicht einfacher, wenn der bisherige Verwaltungsrat dies als letzte Amtshandlung tun könnte?

Den Gerichten unterer Instanz dürfte das Bundesgericht mit diesem Urteil jedenfalls einige Arbeit beschert haben.

Der Organisationsmangel lässt sich ohne weiteres in einer Universalversammlung beheben. Für Gesellschaften mit grossem Aktionariat ist das in der Regel jedoch keine Option. Und es hilft auch bei kleineren Gesellschaften nicht, wenn ein Aktionär bei der Generalversammlung nicht mitmacht. Im Gegensatz zur Erstinstanz erachtete es das Bundesgericht ausdrücklich nicht als missbräuchlich, dass A. der Einladung von C. zur Generalversammlung widersprochen hatte und dass er nicht an der Universalversammlung mitwirkte (E. 6.5). Auch hier kann man sich fragen, ob das richtig ist. Es kommt ohnehin zu einer Generalversammlung und zur Wahl des Verwaltungsrats, entweder weil alle Aktionäre von sich aus teilnehmen oder weil das Gericht einen Verwaltungsrat einsetzt, der sie einberuft. Es schiene uns jedenfalls nicht abwegig, in der verweigerten Mitwirkung durch A. etwas Missbräuchliches zu sehen.

Das Bundesgericht führte bei seiner Begründung, weshalb das Verhalten von A. nicht missbräuchlich gewesen sei, an, in jenem Zeitpunkt sei BGE 148 III 69 noch nicht ergangen gewesen (E. 6.5.4). Vielleicht kann dies als Hinweis verstanden werden, dass das Bundesgericht heute anders entscheiden würde.

Lehre Nr. 1 aus dem besprochenen Urteil ist daher: Hat eine Gesellschaft es versäumt, rechtzeitig den Verwaltungsrat zu wählen, muss sie eine Universalversammlung durchführen und einen neuen Verwaltungsrat wählen. Ist das nicht möglich, sind insbesondere die folgenden Optionen zu prüfen: (1) Ein Aktionär oder ein Gläubiger erhebt eine Organisationsmangelklage im Sinne von Art. 731b OR; den Mitgliedern des Verwaltungsrates steht dieses Recht nicht zu.<sup>4</sup> (2) Die Revisionsstelle, sofern die Gesellschaft über eine solche verfügt, ruft gestützt auf Art. 699 Abs. 1 OR eine Generalversammlung ein. (3) Der bisherige Verwaltungsrat lädt zur Generalversammlung ein und nimmt in Kauf, dass deren Beschlüsse gegebenenfalls später für nichtig erklärt werden. Die letzte Option führt zu einer erheblichen Unsicherheit und zur Lehre Nr. 2.

## C. Lehre Nr. 2: Beschlüsse einer nicht ordnungsgemäss eingeladenen Generalversammlung sind nichtig

War die Generalversammlung von einem nicht rechtzeitig wiedergewählten und daher nicht mehr im Amt stehenden Verwaltungsrat einberufen worden (und handelt es sich nicht um eine Universalversammlung gemäss Art. 701 OR), gilt sie nicht als Generalversammlung im Rechtssinne. Die an dieser Versammlung gefassten Beschlüsse sind nichtig (E. 6.3.2). Dies betrifft auch die anlässlich einer solchen Versammlung durchgeführte Wahl des Verwaltungsrats, was folglich alle Beschlüsse künftiger, durch diesen nicht ordnungsgemäss gewählten Verwaltungsrat einberufener Generalversammlungen nichtig macht. Damit führen die jüngsten Bundesgerichtsentscheide zu erheblicher Unsicherheit. Einzig eine Universalversammlung (oder eine Generalversammlung, die von einem durch das Gericht bestellten Verwal-

<sup>4</sup> Ein Aktionär könnte auch eine Einberufungsklage nach Art. 699 Abs. 5 OR erheben. Wie erfolgversprechend dieser Weg ist, ist jedoch unklar. Das Handelsgericht des Kantons Zürich kam in HGer ZH, HE210084, 13.8.2021, welches BGE 148 III 69 voranging, zum Schluss, dass die gerichtliche Einberufung einer Generalversammlung nicht zielführend sei. Das Handelsgericht begründete dies unter anderem damit, dass die Gesellschaft über keinen Verwaltungsrat verfüge, der eine Generalversammlung durchführen könne (E. 3.5b). Vgl. auch HAUSERMANN/MÜLLER (FN 3), GesKR 2022, 284.

tungsrat oder von der Revisionsstelle einberufen wird), welche die früheren Beschlüsse genehmigt, könnte diesen Mangel beheben.

Die Nichtigkeit wird ohne zeitliche Beschränkung berücksichtigt, die Möglichkeit zur Berufung auf die Nichtigkeit verjährt nicht.<sup>5</sup> Nichtige Beschlüsse können deshalb noch Jahre später zu erheblichen Problemen führen, zum Beispiel bei Streitigkeiten unter den Aktionären oder bei einer Due Diligence im Rahmen eines Verkaufs der Gesellschaft.<sup>6</sup>

Lehre Nr. 2 aus dem besprochenen Urteil ist daher: Es ist nicht zu empfehlen, vor nichtigen Beschlüssen einfach die Augen zu verschliessen. Ist eine Universalversammlung nicht möglich und ist keine Revisionsstelle da, die gestützt auf Art. 699 Abs. 1 OR eine Generalversammlung einberufen kann, bleibt nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts nur der Weg über den Organisationsmangel (Art. 731b OR)<sup>7</sup> an das Gericht. Besser aber ist, man lässt es gar nicht so weit kommen und achtet sorgfältig darauf, die Sechsmonatsfrist von Art. 699 Abs. 2 OR einzuhalten. Insofern hat das Bundesgericht mit seinen jüngsten Entscheiden den Charakter der Sechsmonatsfrist als reine Ordnungsvorschrift massiv verändert. Lädt der Verwaltungsrat gar nicht oder zu spät zur Generalversammlung ein, kann er nach Art. 754 OR haftbar werden.<sup>8</sup> Insbesondere die Kosten des Gerichtsverfahrens zur Beseitigung des Organisationsmangels dürften einen zu ersetzenden Schaden darstellen.

Immerhin ist es unserer Meinung nach unproblematisch, wenn der Verwaltungsrat innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres zur Generalversammlung einlädt, diese aber erst nach Ablauf der sechs Monate stattfindet. Eine solche Generalversammlung ist ordnungsgemäss einberufen worden und die dort gefassten Beschlüsse sind daher grundsätzlich gültig.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. A., Zürich 2022, § 14 N 204.

<sup>6</sup> Vgl. auch PLÜSS (FN 3), 6.

<sup>7</sup> Oder allenfalls eine Einberufungsklage nach Art. 699 Abs. 5 OR, vgl. dazu aber FN 4.

<sup>8</sup> Vgl. das OGer ZH, NP200031, 26.1.2021, E. 4 ff.; FACINCANI/WISSELER (FN 3), AJP 2022, 283; HAUSERMANN/MÜLLER (FN 3), GesKR 2022, 282.

<sup>9</sup> Vgl. auch PLÜSS (FN 3), 5, der empfiehlt, dass eine solche Generalversammlung nicht vom bisherigen Präsidenten oder einem anderen Verwaltungsratsmitglied geleitet werden solle, sondern von einem von der Generalversammlung gewählten Tagespräsidenten. U.E. ist es ohne weiteres zulässig, den bisherigen Präsidenten als Vorsitzenden (Tagespräsidenten) zu wählen.

## D. Lehre Nr. 3: Der bisherige VR kann vom Gericht befristet eingesetzt werden

Im Rahmen der Massnahmen nach Art. 731b OR kann das Gericht unter anderem das fehlende Organ ernennen (Art. 731b Abs. 1<sup>bis</sup> Ziff. 2 OR).

Das Obergericht des Kantons Zug hat die bisherige Verwaltungsrätin C. befristet eingesetzt und ihr den Auftrag erteilt, eine Generalversammlung einzuberufen und die Wahl des Verwaltungsrates zu traktandieren. Diese Lösung, die vom Bundesgericht geschützt wurde, erscheint pragmatisch und richtig.

Auch die Begründung überzeugt, dass C. bereits als Verwaltungsrätin der B. AG fungiert habe und deshalb, anders als eine Drittperson, keine Einarbeitung benötige. Dass sie von der Mehrheit der Aktionäre getragen wurde, war ebenfalls hilfreich (E. 9.3.2). Auch der Hinweis des Bundesgerichts, dass es lediglich darum gehe, statuten- und gesetzeskonform eine Generalversammlung einzuberufen, an der die Wahl des Verwaltungsrats traktandiert sei, und dass der Organisationsmangel damit rasch beseitigt werde (E. 9.2), ist richtig.

Die Eignung des bisherigen Verwaltungsrats dürfte in den meisten Fällen gegeben sein (sonst wäre er nicht Verwaltungsrat gewesen). Soweit kein qualifizierter Interessenkonflikt besteht, liegt es nahe, den bisherigen Verwaltungsrat befristet wieder einzusetzen. Zu Recht stellt das Bundesgericht keine übertriebenen Anforderungen an die Konfliktfreiheit. Der bisherige Verwaltungsrat ist nur ausgeschlossen, wenn ein qualifizierter Interessenkonflikt besteht (E. 9). Blosser Streit zwischen den Aktionären (der in solchen Situationen nicht selten ist) oder ein Strafverfahren gegen den Verwaltungsrat (das möglicherweise von einem Aktionär eingeleitet wurde) schliessen diesen nicht aus.

Lehre Nr. 3 aus dem besprochenen Urteil ist daher: Die naheliegendste und vom Gericht zu bevorzugende Lösung zur Behebung des Organisationsmangels ist es, den bisherigen Verwaltungsrat befristet wieder einzusetzen und ihn zu verpflichten, eine Generalversammlung einzuberufen sowie die Wahl des Verwaltungsrats zu traktandieren.

## E. Lehre Nr. 4: Die Amtsdauer der Revisionsstelle ist anders definiert und könnte als Vorbild dienen

Das Bundesgericht lehnt im hier besprochenen Urteil eine analoge Anwendung von BGE 148 III 69 auf die Revisionsstelle ab (E. 8.2). Die Amtszeit der Revisionsstelle unterscheidet sich von derjenigen des Verwaltungsrats.

Das Bundesgericht stützt sich dabei auf den Gesetzeswortlaut: Art. 710 Abs. 2 OR bezieht sich bei der Definition der Amtsdauer des Verwaltungsrates auf (Kalender-) Jahre. Demgegenüber spricht Art. 730a Abs. 1 OR bei der Revisionsstelle von Geschäftsjahren und hält ausdrücklich fest, das Amt der Revisionsstelle ende mit Abnahme der letzten Jahresrechnung.<sup>10</sup> In Bezug auf die Revisionsstelle lag somit kein Organisationsmangel vor (E. 8.3).

Damit stellt sich die Frage, ob die gesetzliche Regelung bei der Revisionsstelle als Vorlage für den Verwaltungsrat dienen könnte. Zumindest Art. 710 Abs. 2 OR lässt eine abweichende statutarische Regelung ausdrücklich zu. Nach unserem Verständnis beschränkt sich diese Freiheit nicht nur auf die Anzahl Jahre einer Amtsdauer.

Lehre Nr. 4 aus dem besprochenen Urteil könnte daher lauten: Die Statuten der Gesellschaft sollten künftig vorsehen, dass der Verwaltungsrat für X Jahre<sup>11</sup> gewählt wird und sein Amt erst mit dem Tag der nächsten ordentlichen Generalversammlung endet. Mit einer solchen Regelung hätte der Organisationsmangel im vorliegenden Fall unseres Erachtens vermieden werden können. Fraglich ist, ob es auch schon genügt – was bei einigen Gesellschaften bereits Praxis ist –, dass die Statuten zwar keine besondere Regelung zum Ende der Amtsdauer des Verwaltungsrates enthalten, die Generalversammlung bei dessen Wahl aber festhält, die Wahl erfolge für X Jahre bis zum Tag der nächsten ordentlichen Generalversammlung. In den jüngst vom Bundesgericht zu entscheidenden Sachverhalten scheint weder eine solche Statutenregelung noch eine solche Präzisierung der Generalversammlung anlässlich der Wahl vorgelegen zu haben. Diese Lösung wäre pragmatisch und einfach.

Es bleibt aber abzuwarten, ob der skizzierte Ausweg wirklich ein solcher ist. Sicher erscheint dies nicht. In BGE 148 III 69 weist das Bundesgericht darauf hin, dass eine Statutenbestimmung, die zur Vermeidung einer allfälligen Blockadesituation im Aktionariat eine automatische Wiederwahl des Verwaltungsrates vorsieht, dem unübertragbaren Recht der Generalversammlung widerspreche, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu wählen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) – gleich verhalte es sich, wenn der Verwaltungsrat sein Mandat durch Nichteinberufung der Generalversammlung verlängere.<sup>12</sup> Es ist deshalb nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht auch die skizzierte Lösung als Verstoss gegen Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR ansehen könnte. In diesem Fall verbliebe noch

die Möglichkeit, eine mehrjährige Amtsdauer vorzusehen und den Verwaltungsrat trotzdem jedes Jahr zu wählen. Dann hätte eine verspätete oder vergessene Wiederwahl nicht sofort einen Organisationsmangel zur Folge.<sup>13</sup>

## F. Prozessuales

Im Übrigen enthält das Urteil eine prozessuale Erwägung, die über den Einzelfall hinaus interessant ist:

Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage zu befassen, ob der Fristenstillstand während der Gerichtsferien nach Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG auch für das Verfahren zur Behebung von Organisationsmängeln gilt. A. hatte geltend gemacht, die B. AG habe die Beschwerdefrist verpasst; es handle sich materiell um vorsorgliche Massnahmen, für welche der Fristenstillstand gemäss Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG nicht gelte (E. 2.2). Das Bundesgericht kam zum Schluss, obwohl die Anordnungen zur Behebung von Organisationsmängeln im summarischen Verfahren zu beurteilen seien (Art. 250 lit. c ZPO i.V.m. Art. 731b OR), handle es sich um keine vorsorglichen Massnahmen im Sinn von Art. 46 Abs. 2 lit. a BGG. Eine Ausnahme vom Fristenstillstand war daher nicht gegeben und die Beschwerde der B. AG war fristgerecht erfolgt (E. 2.2.2).

## G. Fazit

Nach BGE 148 III 69 wurde dem Bundesgericht vorgeworfen, es habe das Kind mit dem Bade ausgeschüttet, und das Urteil wurde als Beispiel für den Common-Law-Lehrspruch «hard cases make bad law» bezeichnet.<sup>14</sup> Nach dem hier besprochenen Urteil (4A\_387/2023 und 4A\_429/2023) ist man versucht, das Sprichwort «vom Regen in die Traufe» zu bemühen. Das Urteil dürfte jedenfalls zu erheblicher Unsicherheit in der Praxis führen und den Gerichten zusätzliche Arbeit bescheren. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht das letzte Wort noch nicht gesprochen hat.

<sup>10</sup> Gl.M. HÄUSERMANN/MÜLLER (FN 3), GesKR 2022, 282 f.

<sup>11</sup> Gemäss Art. 710 OR bei nicht börsenkotierten Gesellschaften maximal sechs Jahre.

<sup>12</sup> BGE 148 III 69 E. 3.3.

<sup>13</sup> Vgl. HÄUSERMANN/MÜLLER (FN 3), GesKR 2022, 283.

<sup>14</sup> HÄUSERMANN/MÜLLER (FN 3), GesKR 2022, 285; MÜLLER/LANG (FN 3), 16.