

BGer 4A 411/2012 vom 22. November 2012

Bundesgericht, 2012-11-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_411_2012

FR: TF 4A 411/2012 du 22 novembre 2012

IT: TF 4A 411/2012 del 22 novembre 2012

Regeste

Organisationsmangel | Gesellschaftsrecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 137 III 417 E. 1; 136 II 101 E. 1, 470 E. 1; 135 III 212 E. 1).

E. 1.1

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG), der von einem oberen kantonalen Gericht erging, das als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten und einzige kantonale Instanz eingesetzt ist (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG), ist innert der Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) von der mit ihren Rechtsbegehren unterlegenen Partei (Art. 76 Abs. 1 BGG) eingereicht worden und bei der Streitsache handelt es sich um eine Zivilsache (Art. 72 BGG) mit einem Fr. 30'000.-- übersteigenden Streitwert (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

E. 1.2

Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG hat die Rechtsschrift die Begehren und deren Begründung zu enthalten; im Rahmen der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG), andernfalls wird darauf nicht eingetreten (BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.). Diese Grundsätze verkennt die Beschwerdeführerin, soweit sie in der Hauptsache beantragt, die Sache sei an die Vorinstanz mit der Auflage zurückzuweisen, dass erstens B. _____ als Vorsitzende der Geschäftsführung zu bezeichnen sei, zweitens die Beschwerdeführerin auf die eingeschränkte Revision verzichtet. In ihrer Beschwerdeschrift begründet die Beschwerdeführerin diese beiden Anträge mit keinem Wort. Sie beschränkt sich vielmehr auf die Begründung ihres Eventualantrags, wonach die Sache zur Ernennung der fehlenden Revisionsstelle an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. In der Schlussfolgerung in Randziffer 31 wiederholt die Beschwerdeführerin denn auch nur noch ihren Eventualantrag ("Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Streitsache ist zwecks Ernennung einer Revisionsstelle an die Vorinstanz zurückzuweisen"). Auf die beiden Hauptanträge ist damit mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung von Art. 731b OR geltend. Sie wirft der Vorinstanz vor, diese habe es unterlassen, die konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Insbesondere habe sie nicht geprüft, ob der Organisationsmangel auch durch die richterliche Einsetzung der fehlenden Revisionsstelle hätte behoben werden können. Es

werde nicht begründet, weshalb eine mildere Massnahme nicht genügen sollte, und auch nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin den Organisationsmangel beheben wollte und dem Handelsregisteramt auf erste Aufforderung hin entsprechende Unterlagen eingereicht hat. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die Vorinstanz zur Behebung des Organisationsmangels gestützt auf Art. 819 OR in Verbindung mit Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR das fehlende Organ - das heisst die Revisionsstelle - einsetzen sollen, anstatt sogleich die Auflösung der Gesellschaft gestützt auf Art. 819 OR in Verbindung mit Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zu verfügen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei die Auflösung der Gesellschaft eine ultima ratio. Der angefochtene Auflösungsentscheid verletze mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches bei der Auswahl der zur Behebung des Organisationsmangels erforderlichen Massnahme zu beachten sei. Wo wie im vorliegenden Fall Bemühungen der Gesellschaft erkennbar und aktenkundig sind, den Organisationsmangel zu heilen, sei die Ernennung des fehlenden Organs - hier der Revisionsstelle - die angemessene Massnahme. Dies umso mehr, als es sich bei der Beschwerdeführerin um eine gesunde Gesellschaft mit einem funktionierenden Betrieb handle. Die Auflösung der Gesellschaft dürfe angesichts ihrer massiven Auswirkungen auf die Betroffenen nur als allerletzte Massnahme verfügt werden. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin schiesst eine konkursamtliche Liquidation gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR mangels Überschuldung und Illiquidität über das Ziel hinaus und es besteht die Gefahr, dass unnötig wirtschaftliche Werte vernichtet werden. Mit der Einsetzung einer Revisionsstelle kann der Organisationsmangel gemäss der Beschwerdeführerin ebenso beseitigt werden. Wie sich aus den Verfahrensakten ergebe, habe die Beschwerdeführerin die eingeschriebenen Zusendungen denn auch stets entgegengenommen. Ein Fall, in dem Verfügungen nicht mehr zustellbar sind, liege hier also nicht vor. Auch ergebe sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin dem Handelsregisteramt auf erste Aufforderung hin Unterlagen eingereicht hat. Die Beschwerdeführerin habe also beim Verfahren mitgewirkt und sei grundsätzlich bestrebt gewesen, den Organisationsmangel zu beheben. Es könne also auch nicht gesagt werden, dass sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen liess.

E. 2.1.1

Gesellschaften mit beschränkter Haftung haben ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich (Art. 727 i.V.m. 818 OR) oder gegebenenfalls eingeschränkt (Art. 727a i.V.m. 818 OR) prüfen zu lassen. Nach Art. 727a Abs. 2 i.V.m. 818 OR kann mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter auf eine eingeschränkte Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft im Jahresdurchschnitt nicht mehr als zehn Vollstellen hat (sog. Opting-out).

E. 2.1.2

Gemäss Art. 941a Abs. 1 OR stellt der Handelsregisterführer dem Gericht bei Mängeln in der gesetzlich zwingenden Organisation einer Gesellschaft den Antrag, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Nach Art. 731b i.V.m. Art. 819 OR kann der Handelsregisterführer, ein Gesellschafter oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, falls der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist (Abs. 1 Ingress). Das Gericht kann insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist (Abs. 1 Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Abs. 1 Ziff. 2) oder die

Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Abs. 1 Ziff. 3). Mit Art. 731b OR hat der Gesetzgeber eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung organisatorischer Mängel innerhalb einer Gesellschaft geschaffen (BGE 138 III 407 E. 2.2 S. 408; 138 III 294 E. 3.1.2 S. 297; 136 III 369 E. 11.4.1 mit Hinweisen). Die Bestimmung erfasst diejenigen Fälle, in denen eine zwingende gesetzliche Vorgabe hinsichtlich der Organisation der Gesellschaft nicht oder nicht mehr eingehalten wird. Sie bezieht sich sowohl auf das Fehlen als auch die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung obligatorischer Gesellschaftsorgane (BGE 138 III 407 E. 2.2 S. 408; 138 III 294 E. 3.1.2 S. 297 f.).

E. 2.1.3

Die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen (Stakeholder) berühren, die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (Arbeitnehmer, Gläubiger, Gesellschafter). Aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit ist das Gericht an spezifizierte Anträge der Parteien nicht gebunden (BGE 138 III 407 E. 2.3 S. 409; 138 III 294 E. 3.1.3 S. 298; 138 III 166 E. 3.5 S. 170). Das im Summarium durchzuführende Organisationsmängelverfahren (BGE 138 III 166 E. 3.9 S. 172 f.) ist mithin vom Offizialgrundsatz beherrscht (Art. 58 Abs. 2 ZPO): Die Parteien haben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können sich namentlich auch nicht vergleichen (BGE 138 III 407 E. 2.3 S. 409; 138 III 294 E. 3.1.3 S. 298).

E. 2.1.4

Mit Art. 731b Abs. 1 OR wollte der Gesetzgeber dem Gericht einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können (BGE 138 III 407 E. 2.4 S. 409; 138 III 294 E. 3.1.4 S. 298; 138 III 166 E. 3.5 S. 170; 136 III 369 E. 11.4.1 S. 371). Das Gericht ist bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums freilich nicht ungebunden: Die in Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen stehen in einem Stufenverhältnis. Das Gericht soll die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziffer 3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziffer 1 und Ziffer 2 nicht genügen oder erfolglos geblieben sind (BGE 138 III 407 E. 2.4 S. 409; 138 III 294 E. 3.1.4 S. 298 f.). Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip: Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen, kommt als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zur Anwendung (BGE 138 III 407 E. 2.4 S. 409; 138 III 294 E. 3.1.4 S. 299; 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280). Dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (BGE 138 III 407 E. 2.4 S. 409; 138 III 294 E. 3.1.4 S. 299).

E. 2.1.5

Fehlt der Gesellschaft die Revisionsstelle und wurde der Mangel innert richterlich angesetztter Frist nicht behoben, ist nach dem Gesagten die Ernennung des fehlenden Organs grundsätzlich die angemessene Massnahme zur Beseitigung des Organisationsmangels (vgl. BGE 138 III 294 E. 3.3.1 S. 302; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N. 492). Denn gegenüber der Anordnung der Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs stellt die Ernennung des fehlenden Organs das mildere Mittel dar. In der Lehre wird daher zutreffend vertreten, dass es dem Gericht regelmässig als verhältnismässig und den verfolgten Zielen

angemessen erscheinen wird, der Ernennung einer Revisionsstelle gegenüber der Anordnung der Auflösung und der Liquidation der Gesellschaften nach den Vorschriften über den Konkurs den Vorzug zu geben (BÜRGE/GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH - Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, S. 164; HANS-UELI VOGT UND ANDERE, Aktienrecht, Entwicklungen 2007/08, 2008, S. 38). Diese Lösung entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers, wollte dieser mit Art. 731b OR doch lediglich eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation der Gesellschaft schaffen, dabei aber die Fälle der Durchsetzung zwingender Vorgaben gegenüber dem bisherigen Recht nicht erweitern (Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002, S. 3231 f.). Das bisherige Recht sah bei Fehlen einer Revisionsstelle die Ansetzung einer Frist zur Behebung des Mangels und bei deren erfolglosen Verstreichen die richterliche Ernennung der Revisionsstelle, nicht aber die Auflösung der Gesellschaft vor (aArt. 727f OR). Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit Art. 731b OR die Stufenfolge dieser Massnahmen durchbrechen wollte.

E. 2.2.1

Die Vorinstanz stellte fest, dass die Beschwerdeführerin über keine gesetzmässige Revisionsstelle (Art. 818 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 727 ff. OR) und auch über keinen eingetragenen Verzicht auf die (eingeschränkte) Revision (Art. 727a Abs. 2 OR) verfügt. Damit liege bei der Beschwerdeführerin ein schwerwiegender Organisationsmangel vor. Da die Beschwerdeführerin die richterlich angesetzte Frist zur Behebung des Mangels ungenutzt verstreichen liess, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Gesellschaft aufzulösen sei.

E. 2.2.2

Mit diesen Erwägungen verkennt die Vorinstanz das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches bei der Auswahl der zur Behebung eines Organisationsmangels erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b Abs. 1 OR gilt (oben E. 2.1.4 f.). Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin zwar zunächst korrekterweise eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angesetzt (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR). Sie hat in der Folge jedoch zu Unrecht die richterliche Ernennung der fehlenden Revisionsstelle gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR als milderes Mittel zur Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR verworfen. Aus dem Prozesssachverhalt folgt, dass es sich vorliegend nicht um einen Fall handelt, in dem sich Verfügungen als nicht zustellbar erweisen oder die Gesellschaft sich in keiner Art und Weise vernehmen lässt (oben E. 2.1.4 in fine). Im Gegenteil hat die Beschwerdeführerin am 1. September 2011 eine Erklärung auf Verzicht der Revision abgegeben und dem Beschwerdegegner eingereicht, was dieser in seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht auch nicht bestreitet. Zwar wurde der Mangel damit noch nicht definitiv behoben, weil gemäss dem Beschwerdegegner zur Eintragung des Verzichts noch eine unterzeichnete Bilanz und Erfolgsrechnung fehlte. Aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin ergibt sich aber, dass diese wenigstens bemüht war, den Organisationsmangel zu beheben. Auch wenn sie diese Bemühungen nicht konsequent weiterverfolgte und der Organisationsmangel namentlich auch nicht innert der von der Vorinstanz angesetzten Frist definitiv behoben wurde, rechtfertigt sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht, gleich zur ultima ratio zu schreiten und die

Beschwerdeführerin aufzulösen. Als milderer Mittel ist zunächst entsprechend der Stufenfolge der Massnahmen gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 - 3 OR richterlich das fehlende Organ zu ernennen. Dass diese Massnahme vorliegend nicht sachgerecht bzw. zielführend wäre, geht aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich.

E. 2.2.3

Ernennt das Gericht die fehlende Revisionsstelle, so bestimmt es gemäss Art. 731b Abs. 2 OR die Dauer, für die die Ernennung gültig ist, und verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass die richterliche Ernennung eines entsprechenden Organs faktisch daran scheitert, dass die Gesellschaft die Kosten bzw. Vorschüsse für das entsprechende Mandat nicht bezahlt (BGE 138 III 294 E. 3.3.1 S. 302). Dabei scheint freilich nicht zweckmässig, das ernannte Organ bei Zahlungsunwilligkeit der Gesellschaft auf den Betreuungsweg zu verweisen. In der Literatur wird deshalb zu Recht die Auffassung vertreten, dass das Gericht, welches ein Organ ernennt, der Gesellschaft gleichzeitig unter Androhung der Auflösung bei Nichtbeachtung eine Frist zur Bezahlung des Vorschusses ansetzen kann. Ein solches Vorgehen ermöglicht dem Gericht, die Gesellschaft nach unbenutztem Fristablauf direkt aufzulösen, ohne auf ein erneutes Gesuch des Handelsregisterführers, eines Gesellschafters oder Gläubigers verwiesen zu sein (PIERRE-ALAIN RECORDON, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010, S. 3 f.; LUKAS BERGER, Bundesgerichtsentscheid zur Behebung von Organisationsmängeln durch das Gericht - Auflösung der Gesellschaft als ultima ratio, REPRAX 2/2012, S. 46). Damit kann sowohl dem Verhältnismässigkeitsprinzip als auch der Prozessökonomie Rechnung getragen werden.

E. 3

Damit erweist sich die Beschwerde im Eventualantrag als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese antragsgemäss gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR die fehlende Revisionsstelle bezeichnet. Dabei kann die Vorinstanz der Beschwerdeführerin gleichzeitig unter Androhung der Auflösung bei Nichtbeachtung eine Frist zur Bezahlung des Vorschusses ansetzen. Weiter ist die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG) Dem Beschwerdegegner können im bundesgerichtlichen Verfahren keine Gerichtskosten auferlegt werden (Art. 66 Abs. 4 BGG). Demgegenüber wäre der Beschwerdegegner als unterliegende Partei grundsätzlich entschädigungspflichtig (Art. 68 Abs. 2 BGG). Da das vorliegende Verfahren jedoch hätte vermieden werden können, wenn die Beschwerdeführerin den bei ihr festgestellten Organisationsmangel innert der von der Vorinstanz angesetzten Frist behoben hätte, handelt es sich bei den Parteikosten der Beschwerdeführerin um unnötige Kosten i.S. von Art. 68 Abs. 4 i.V.m. Art. 66 Abs. 3 BGG , welche diese nach dem Verursacherprinzip selbst zu tragen hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.