

# **BGer 4A 717/2014 vom 29. Juni 2015**

Bundesgericht, 2015-06-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_717\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_717_2014)

FR: TF 4A 717/2014 du 29 juin 2015

IT: TF 4A 717/2014 del 29 giugno 2015

## **Regeste**

Organisationsmängelverfahren | Gesellschaftsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( BGE 139 III 133 E. 1 S. 133 mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

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

#### **E. 1.2**

Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Gültigkeit der Vollmacht der Rechtsanwälte Brand und Hofer für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Ihre Einwände gehen jedoch fehl: Nach Art. 40 Abs. 2 BGG haben sich die Parteivertreter und -vertreterinnen durch eine Vollmacht auszuweisen. Die Rechtsanwälte Brand und Hofer weisen sich vorliegend durch eine Vollmacht aus, die von Dr. C. \_\_\_\_\_ unterzeichnet ist. Dieser ist im Handelsregister immer noch rechtmässig als Präsident des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin mit Einzelunterschrift eingetragen und konnte damit die genannten Rechtsanwälte dazu ermächtigen, die Gesellschaft im vorliegenden Organisationsmängelverfahren zu vertreten. Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 BGG und Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

#### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Entscheid den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Gemäss Art. 97 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts und damit die Beweiswürdigung nur gerügt werden, wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig - d.h. willkürlich ( Art. 9 BV ; BGE 135 III 127 E. 1.5 S. 130 mit Hinweis) - ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann. Bei der Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am

angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Verweisen). Wird überdies die Ergänzung des vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts beantragt, muss die Partei, welche sich auf die unvollständige Sachverhaltsfeststellung beruft, nachweisen, dass sie entsprechende Behauptungen im kantonalen Verfahren prozesskonform aufgestellt hat, damit aber zu Unrecht nicht gehört wurde ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

#### **E. 1.4**

Diese Grundsätze verkennt die Beschwerdeführerin, soweit sie unter dem Titel "II. Sachverhalt/Prozessgeschichte" eine ausführliche Sachverhaltsdarstellung vorträgt, in der sie die Geschehnisse sowie den Verfahrensablauf aus eigener Sicht schildert. Sie weicht darin ohne Erhebung tauglicher Sachverhaltsrügen in zahlreichen Punkten von den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid ab oder erweitert diese. Darauf ist nicht einzutreten.

#### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Bestehen eines Organisationsmangels bejaht.

#### **E. 2.1**

Gemäss dem im Abschnitt über "Mängel in der Organisation der Gesellschaft" eingeordneten Art. 731b OR kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter 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). Der Richter 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 dieser Norm hat der Gesetzgeber eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung organisatorischer Mängel innerhalb einer Gesellschaft geschaffen ( BGE 138 III 407 E. 2.2; 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, 294 E. 3.1.2).

#### **E. 2.2**

Zum Anwendungsbereich der nicht rechtsgenügenden Zusammensetzung des Organs zählen vor allem Fälle des Fehlens der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Mitglieder der Organe (z.B. des Verwaltungsratspräsidenten gemäss Art. 712 Abs. 1 OR ), der mangelnden Unabhängigkeit bzw. Befähigung der Revisionsstelle (v.a. Art. 727b und 728 OR ) oder der Nichterfüllung der gesetzlichen Wohnsitzerfordernisse ( Art. 718 Abs. 4 und Art. 730 Abs. 4 OR ). Eine nicht rechtsgenügende Zusammensetzung liegt aber etwa auch dann vor, wenn ein gesetzlich vorgeschriebenes Organ nicht mehr handlungsfähig ist, so z.B. wenn aufgrund einer andauernden Pattsituation im Verwaltungsrat die Führung der Gesellschaft dauerhaft unmöglich geworden ist (Urteil 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012 unter Hinweis auf die Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002, S. 3232).

### **E. 2.3**

In der Lehre wird sodann zutreffend darauf hingewiesen, dass auch Interessenkollisionen von Organwaltern in bestimmten Konstellationen zur Funktionsunfähigkeit eines Organs und damit zu einem Organisationsmangel i.S. von Art. 731b OR führen können (SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich, 2013, S. 102). Denn mit Art. 731b OR hat der Gesetzgeber auch die alten vormundschaftsrechtlichen Normen von aArt. 392 Ziff. 2 ZGB und aArt. 393 Ziff. 4 ZGB abgelöst (Botschaft, a.a.O., 3231), gemäss denen die Vormundschaftsbehörde für eine Gesellschaft unter bestimmten Umständen eine Beistandschaft errichten konnte, namentlich im Falle von Interessenkollisionen zwischen einer Gesellschaft und ihren Organen (vgl. BGE 126 III 499 E. 3a S. 501 f. m.H.; SCHNYDER/MURER, in: Berner Kommentar, 3. Aufl., 1984, N. 61 und 71 zu aArt. 393 ZGB).

### **E. 2.4**

Die Vorinstanz hielt fest, dass die Strafanzeigerin B.B.\_\_\_\_\_ und der Beschuldigte Dr. C.\_\_\_\_\_ ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Strafverfahrens B-3/2014/121105884 hätten. Sie erwog sodann, dass sich die Frage stellen könne, ob der zwischen der Hotel A.\_\_\_\_\_ AG und der E.B.\_\_\_\_\_ & Co. abgeschlossene Mietvertrag vom 24. Dezember 2013 widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig sei, falls der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB erfüllt wäre. Da die einzigen Gesellschafter der Kollektivgesellschaft E.B.\_\_\_\_\_ & Co., also E.B.\_\_\_\_\_ und D.B.\_\_\_\_\_ ein Interesse an der Rechtsgültigkeit des fraglichen Mietvertrags hätten, seien diese daran interessiert, dass das Strafverfahren gegen Dr. C.\_\_\_\_\_ eingestellt bzw. dass dieser freigesprochen werde. Damit stünden neben der Strafanzeigerin und dem Beschuldigten Dr. C.\_\_\_\_\_ auch die weiteren beiden Verwaltungsratsmitglieder in einem Interessenkonflikt, womit nach Auffassung der Vorinstanz keine Organwalter mehr vorhanden seien, welche die Hotel A.\_\_\_\_\_ AG als Geschädigte im Strafverfahren B-3/2014/121105884 vertreten könnten. Die Hotel A.\_\_\_\_\_ AG sei folglich in Bezug auf ihre Interessenvertretung im Strafverfahren gegen ihren Verwaltungsratspräsidenten handlungs- und prozessunfähig, womit ein Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR vorliege.

#### **E. 2.5.1**

Die Beschwerdeführerin wendet gegen diese Erwägungen zunächst ein, dass ein Interessenkonflikt in Bezug auf eine Prozessführung nur dann zu einem Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR führen könne, wenn ein Exekutivorgan zugleich die Kläger- als auch die Beklagtenseite vertrete. Im vorliegenden Fall trete der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin jedoch gerade nicht als Kläger gegen die Beschwerdegegnerin auf. Zudem richte sich die Klage bzw. Strafanzeige nicht gegen die Beschwerdeführerin als juristische Person, sondern einzig gegen den Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin.

#### **E. 2.5.2**

Dieser Einwand verfährt nicht. Ein sich zu einem Organisationsmangel verdichtender Interessenkonflikt liegt nicht nur dann vor, wenn ein Exekutivorgan zugleich die Kläger- als auch die Beklagtenseite vertritt, sondern immer dann, wenn die Gesellschaftsinteressen in einer bestimmten Angelegenheit deshalb nicht mehr unabhängig wahrgenommen und vertreten werden können, weil sämtliche Verwaltungsratsmitglieder gegenläufige Interessen

verfolgen. Dass vorliegend der Verwaltungsratspräsident als Beschuldigter die Interessen der potentiell geschädigten Gesellschaft nicht mehr unabhängig wahrnehmen kann, liegt auf der Hand. Aber auch die beiden weiteren Verwaltungsratsmitglieder, die als Mieter gerade an jenem Geschäft beteiligt sind, dessen Abschluss die Beschwerdegegnerin zur Einreichung der Strafanzeige veranlasst hat, vermögen die Gesellschaft nicht mit der nötigen Unabhängigkeit zu vertreten. Damit verfügt die Gesellschaft aber über keine Organe, welche sie im fraglichen Strafverfahren unabhängig vertreten können. Auch aus dem Urteil 4A\_522/2011 vom 13. Januar 2012, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, lässt sich für den vorliegenden Fall nichts anderes ableiten. In diesem Urteil ging es um den latenten Interessenkonflikt, der daraus resultiert, dass ein Organwalter einer Tochtergesellschaft auch im Verwaltungsrat der Muttergesellschaft sitzt (sog. Doppelorganschaft). Das Bundesgericht hielt fest, dass der Doppelorganschaft im Konzern ein latenter Interessenkonflikt des Organwalters gerade inhärent ist. Nachdem aber die Doppelorganschaft ein in der Konzernpraxis weit verbreitetes Mittel zur Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Konzernleitung ist, kann der entsprechende Interessenkonflikt keinen Organisationsmangel i.S. von Art. 731b OR darstellen. Eine solche konzernrechtliche Sondersituation liegt indessen im vorliegenden Fall gerade nicht vor. Die Vorinstanz hat mithin kein Bundesrecht verletzt, wenn sie aufgrund der Interessenkonflikte sämtlicher Verwaltungsratsmitglieder der Beschwerdeführerin das Vorliegen eines Organisationsmangels bejaht hat, der nur mit der vorübergehenden Einsetzung eines Sachwalters zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen im fraglichen Strafverfahren behoben werden kann.

#### **E. 2.6.1**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass E.B.\_\_\_\_\_ und D.B.\_\_\_\_\_ entgegen der Auffassung der Vorinstanz in gar keinem Interessenkonflikt stünden. Denn der zwischen der E.B.\_\_\_\_\_ & Co. und der Beschwerdeführerin abgeschlossene Mietvertrag bleibe selbst dann zivilrechtlich gültig, wenn sich der Verwaltungsratspräsident mit dem Abschluss dieses Vertrags einer ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB schuldig gemacht hätte. Zudem seien D.B.\_\_\_\_\_ und E.B.\_\_\_\_\_ selber nicht Parteien des Strafverfahrens und folglich nicht direkt betroffen. Es würden ihnen auch keine Sanktionen durch das eingeleitete Strafverfahren drohen.

#### **E. 2.6.2**

Auch diese Einwände verfangen nicht. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerdeschrift an das Bundesgericht selbst an, dass die in der Strafanzeige behauptete strafbare Handlung gerade im Entscheid des Verwaltungsratspräsidenten Herr Dr. C.\_\_\_\_\_ liege, die Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin der E.B.\_\_\_\_\_ & Co. zu vermieten, und dass auf der Basis dieses Verwaltungsratsentscheids der entsprechende Mietvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der E.B.\_\_\_\_\_ & Co. am 24. Dezember 2013 abgeschlossen worden sei. E.B.\_\_\_\_\_ und D.B.\_\_\_\_\_ sind damit als Vertragspartner direkt an jenem Geschäft beteiligt, mit dem der Verwaltungsratspräsident eine ungetreue Geschäftsbesorgung begangen haben könnte. Selbst wenn ihnen selbst keine direkten straf- oder zivilrechtlichen Nachteile drohen sollten, ist unter diesen Umständen höchst fraglich, ob E.B.\_\_\_\_\_ und D.B.\_\_\_\_\_ ausschliesslich die Gesellschaftsinteressen wahrnehmen, wenn sie mit der Vertretung der Beschwerdeführerin als Geschädigte im Strafverfahren betraut würden. Es ist damit nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz in der konkreten Situation auch einen Interessenkonflikt bei

E.B.\_\_\_\_\_ und D.B.\_\_\_\_\_ angenommen hat, der sie von einer unabhängigen Vertretung der Beschwerdeführerin ausschliesst.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich eventualiter geltend, die Kompetenzen des eingesetzten Sachwalters seien gerichtlich genauer zu definieren, wobei dem Sachwalter namentlich zu untersagen sei, adhäsionsweise Schadenersatzansprüche im Namen der Beschwerdeführerin geltend zu machen.

#### **E. 3.1**

Art. 731b Abs. 1 OR gibt dem Gericht einen Ermessensspielraum, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können ( BGE 138 III 407 E. 2.4 S. 409, 294 E. 3.1.4 S. 298, 166 E. 3.5 S. 170; 136 III 369 E. 11.4.1 S. 371). Immerhin ist das Gericht bei der Auswahl der Massnahme an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden ( BGE 138 III 407 E. 2.4 S. 409, 294 E. 3.1.4 S. 299; 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280).

#### **E. 3.2**

Ernennt das Gericht das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für die die Ernennung gültig ist ( Art. 731b Abs. 2 Satz 1 OR ). Wird ein Sachwalter eingesetzt, sind zudem dessen Kompetenzen im Urteil zu bestimmen (so die Botschaft, a.a.O., S. 3232), wobei das Gericht auch bei der konkreten Instruktion des Sachwalters über ein Ermessen verfügt, das mit Blick auf die konkrete Situation pflichtgemäss auszuüben ist (vgl. auch Urteil 4A\_354/2014 vom 16. Dezember 2013 E. 3).

#### **E. 3.3**

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung verfügt das kantonale Sachgericht bei Ermessensentscheiden über einen weiten Handlungsspielraum. Das Bundesgericht überprüft Ermessensentscheide mit Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 136 III 278 E. 2.2.1 S. 279; 135 III 121 E. 2 S. 123 f. mit Hinweisen).

#### **E. 3.4**

Die Vorinstanz setzte einen Sachwalter ein, damit dieser die Beschwerdeführerin im Strafverfahren B-3/2014/121105884 als Geschädigte vertrete. Dabei ordnete die Vorinstanz an, dass der Sachwalter bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe ausschliesslich den Gesellschaftsinteressen verpflichtet sei. Damit erübrigten sich für die Vorinstanz weitere Handlungsanweisungen. Aufgrund seiner Verpflichtung zur getreuen und sorgfältigen Ausführung des Sachwaltermandats stehe es im Ermessen des Sachwalters zu entscheiden, welche Massnahmen aufgrund des Gesellschaftsinteresses der Beschwerdeführerin im Strafverfahren B-3/2014/121105884 gegen Dr. C.\_\_\_\_\_ zu ergreifen seien. Es obliege damit auch dem Sachwalter und nicht etwa der Strafanzeigerin zu prüfen, ob adhäsionsweise Schadenersatzansprüche gegenüber einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern der Gesuchsgegnerin geltend gemacht werden müssten.

### **E. 3.5**

Dass die Vorinstanz mit diesen Erwägungen ihr Ermessen bei der Instruktion des Sachwalters missbraucht haben sollte, vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen vor Bundesgericht nicht aufzuzeigen. Die Vorinstanz hat das Sachwaltermandat hinreichend klar umschrieben, indem sie Dr. F. \_\_\_\_\_ als Sachwalter zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen im Rahmen eines klar bestimmten Strafverfahrens verpflichtete. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz handelt es sich bei Dr. F. \_\_\_\_\_ denn auch um einen Rechtsanwalt, der über ausgewiesene Kenntnisse und Erfahrungen sowohl in den Bereichen des Straf- und Strafprozessrechts als auch gesellschaftsrechtlichen Belangen verfüge. Damit ist sichergestellt, dass der eingesetzte Sachwalter die Interessen der Beschwerdeführerin situationsadäquat in jenem Rahmen wahrnehmen wird, wie er auch die Interessen anderer Geschädigter in anderen Strafverfahren wahrnehmen würde. Es kann nicht die Aufgabe des Gerichts sein, die möglichen Vorkehren im Strafverfahren im Einzelnen zu konkretisieren und etwa die adhäsionsweise Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zum Vornherein zu untersagen. Letzteres ist schon deshalb nicht möglich, weil die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durchaus im Interesse der Beschwerdeführerin liegen könnte. Weitere oder konkretere Handlungsanweisungen sind sodann beim Wissensstand im derzeitigen Verfahrenszeitpunkt gar nicht möglich. Aus diesem Grund hat die Vorinstanz den Sachwalter denn auch zu Recht dazu verpflichtet, gegenüber dem Gericht regelmässig Bericht zu erstatten und Rechenschaft über seine Mandatsführung abzulegen. Damit hat sich die Vorinstanz vorbehalten, das Sachwaltermandat allenfalls in einem späteren Zeitpunkt anzupassen, zu konkretisieren oder bei Fehlentwicklungen gar aufzulösen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verstösst die Vorinstanz weder gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip noch gegen andere Normen des Bundesrechts, wenn sie dem Sachwalter keine weiteren Handlungsanweisungen erteilt hat. Die entsprechenden Rügen sind unbegründet.

### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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