

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.29 vom 5. Februar 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2015.29](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2015.29)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.29 du 5 février 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.29 del 5 febbraio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide unterliegen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten dann der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Festlegung des Streitwerts bei einem Verfahren nach Art. 731b OR auf das Aktienkapital der Gesellschaft abzustellen (BGer 4A\_106/2010 vom 22. Juni 2010 E. 6; vgl. auch Watter/Pamer-Wieser, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, Art. 731b N 27 mit weiteren Hinweisen). Vorliegend beträgt das Aktienkapital der Berufungsklägerin CHF 100■000.■, so dass die Streitwertgrenze für die Berufungsfähigkeit erreicht ist. Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist, nachdem erstinstanzlich die Einzelrichterin geurteilt hat, der Ausschuss des Appellationsgerichts (§ 10 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 2 Ziff. 1 lit. c des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO; SGS 221.100]).

1.2 Auflösungsentscheide nach Art. 731b Abs. 1 Ziffer 3 OR werden gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 11 ZPO im summarischen Verfahren gefällt. Wird hiergegen Berufung erhoben, ist sie innert 10 Tagen nach Eröffnung des schriftlich begründeten Entscheids einzureichen (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Gemäss dem bei den Akten liegenden Zustellnachweis wurde die am 22. April 2015 versandte schriftliche Entscheidsbegründung am 30. April 2015 von der Berufungsklägerin in Empfang genommen. Die 10-tägige Berufungsfrist lief demnach am Montag, 11. Mai 2015 aus (vgl. Art. 142 Abs. 3 ZPO). Die Berufungsklägerin hat ihre vom 23. Mai 2015 datierende Berufung erst am 28. Mai 2015 mit der Post aufgegeben, was nach dem Gesagten verspätet ist.

Es fällt allerdings auf, dass die Rechtsmittelbelehrung am Ende des angefochtenen Entscheids fälschlicherweise anführt, dass dieser innert 30 Tagen mit Berufung angefochten werden könne. Die Berufungsklägerin hat denn auch innert dieser 30-tägigen Frist Berufung erhoben. Nach konstanter Rechtsprechung zum Prinzip von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV (nunmehr auch nach Art. 52 ZPO) dürfen einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich keine Nachteile erwachsen. Darauf kann sich aber nur stützen, wer sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Dies trifft auf die Partei nicht zu, welche die Unrichtigkeit kannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen. Wann einer Prozesspartei, die sich auf die unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfältigkeit vorzuwerfen ist, bemisst sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (statt vieler BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2 S. 376 f. und 138 I 49 E. 8.3 S. 53 f. [= Praxis 2012 Nr. 72]; aus der Literatur

etwa Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 238 N 27). Im vorliegenden Fall ist die Berufungsklägerin nicht anwaltlich vertreten. Anhaltspunkte dafür, dass die für sie handelnden Personen über entsprechende Rechtskenntnisse verfügen oder aufgrund früherer Verfahren Kenntnis von der kürzeren Berufungsfrist haben, sind nicht aktenkundig. Als Rechtsunkundige war sie nicht verpflichtet, die einschlägigen Gesetzesbestimmungen mit Blick auf die Korrektheit der Rechtsmittelbelehrung zu konsultieren, auch wenn diese die massgeblichen Vorschriften (Art. 308 ff. ZPO) angeführt hat. Die Berufungsklägerin ist daher in ihrem Vertrauen auf die unrichtige Rechtsmittelbelehrung zu schützen und ihre Berufung als rechtzeitig eingereicht zu betrachten.

## **E. 2**

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

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 OR kann das Gericht insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist setzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist (Abs. 1 Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Abs. 2 Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Abs. 1 Ziff. 3). Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung organisatorischer Mängel innerhalb einer Gesellschaft geschaffen. 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 (zum Ganzen BGE 138 III 407 E. 2.2 S. 408; vgl. auch BGer 4A\_411/2012 vom 22. November 2012 mit weiteren Hinweisen).

Die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen 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. Das im Summarium durchzuführende Organisationsmängelverfahren 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 294 E. 3.1.3 S. 298).

Bei den in den Ziffern 1–3 von Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels handelt es sich um einen beispielhaften, nicht abschliessenden Katalog. Der Gesetzgeber wollte dem Gericht einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können. Bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums ist der Richter nicht ungebunden, denn die genannten Massnahmen stehen in einem

Stufenverhältnis (BGE 138 III 294 E. 3.1.4 S. 299). Der Richter soll die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziffer 3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziffer 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) und Ziffer 2 (Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters) nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip (BGE 138 III 294 E. 3.1.4 S. 299).

2.2 Die Berufungsklägerin ersucht mit ihrer Berufung um Einräumung einer Frist zur Behebung der beanstandeten Mängel. Sie begründet dies damit, dass "aus verschiedenen Gründen" das Opting-out nicht habe fristgerecht angemeldet werden können. Diesem Antrag kann nicht gefolgt werden, da er ungenügend begründet ist. Es ist zwar auch im Verlaufe des Berufungsverfahrens noch möglich, beanstandete Mängel zu beheben und etwa eine Revisionsstelle nachträglich noch einzusetzen. Voraussetzung ist indessen, dass die aufgelöste Gesellschaft ohne jeden weiteren Verzug konkrete Massnahmen trifft, namentlich eine Revisionsstelle bestimmt und beim Handelsregister anmeldet. Da es sich dabei um eine neue Tatsache (sog. Novum) handelt, kann die Neueintragung gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt und der vorinstanzliche Auflösungsentscheid aufgehoben werden (AGE ZB.2012.53 vom 31. Januar 2013 E. 2; ferner AGE ZB.2012.40 vom 16. August 2012). Vorliegend macht die Berufungsklägerin indessen keine neuen Tatsachen geltend. Sie beruft sich vielmehr auf in der Vergangenheit liegende Gründe, die ihr bisher die Anmeldung eines Verzichts des Aktionariats auf eine (eingeschränkte) Revision verunmöglicht hätten. Ihre Begründung ("aus verschiedenen Gründen") ist aber derart pauschal und unspezifiziert, dass sie nicht als rechtsgenügend beurteilt werden kann. Mangels substantzierter Begründung kann daher auf die Berufung nicht eingetreten werden (Reetz/Theeler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 311 N 38).

2.3 Zuhanden der Berufungsklägerin kann im Übrigen festgestellt werden, dass der angefochtene Entscheid auch in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden ist. Die Zivilgerichtspräsidentin hat die mildeste Massnahme der Fristansetzung ohne Erfolg angewandt. Anschliessend hat sie die Liquidation der Berufungsklägerin angeordnet. Sie hat damit nicht ausdrücklich geprüft, ob das fehlende Organ nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR ernannt werden könnte. Die Berufungsklägerin hat sich unbestrittenermassen weder im Mängelbeseitigungsverfahren vor dem Handelsregisteramt noch im Verfahren vor Zivilgericht in irgendeiner Art und Weise vernehmen lassen. Die Zivilgerichtspräsidentin durfte und musste angesichts dieser wiederholten Säumnis davon ausgehen, dass die Berufungsklägerin auch bei richterlicher Einsetzung der Revisionsstelle bzw. bei Fristansetzung zwecks Bezahlung des entsprechenden Vorschusses keine Reaktion zeigen würde. Die im Vergleich zur Auflösung mildere Massnahme der Einsetzung des fehlenden Organs hätte sich unter diesen Umständen nicht als zielführend erwiesen, weshalb das Zivilgericht die Auflösung der Gesellschaft zu Recht angeordnet hat (zu identischen Fällen BGer 4A\_706/2012 vom 29. Juli 2013, insbesondere E. 2.2.2 und 4A\_158/2013 vom 8. Juli 2013 E. 2.1.6; anders jedoch BGer 4A\_354/2013 vom 16. Dezember 2013 E. 2.3, wo die mangelbehaftete Gesellschaft zwischenzeitlich sich um die Bestellung einer Revisionsgesellschaft bemüht hatte, deren Anmeldung beim Handelsregister jedoch an Formmängeln gescheitert war; vgl. ferner auch AGE ZB.2014.31 vom 28. August 2014 für einen Fall von Fehlen eines Vertretungsberechtigten mit Wohnsitz in der Schweiz). Das Vorbringen der Berufungsklägerin, sich nun um ein Opting-out bemühen zu wollen, erscheint angesichts des Umstands, dass sie seitens des Handelsregisteramts bereits mit

Einschreiben vom 13. Oktober 2014 zur Behebung der organisatorischen Mängel aufgefordert worden war, heute als verspätet. Die Berufungsklägerin hat bis zur Erhebung der Berufung am 28. Mai 2015 über 7 Monate Zeit gehabt, eine neue Revisionsstelle zu bestimmen und beim Handelsregister anzumelden.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Berufungsklägerin dessen Kosten, welche auf CHF 400.■ festzusetzen sind. Der restliche Vorschuss ist an das Konkursamt zu überweisen.

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