

SZ_GERICHTE ZK2 2023 54 vom 14. September 2023

SZ Gerichte, 2023-09-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_ZK2 2023 54](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sz_gerichte_ZK2_2023_54)

FR: SZ_GERICHTE ZK2 2023 54 du 14 septembre 2023

IT: SZ_GERICHTE ZK2 2023 54 del 14 settembre 2023

Regeste

Organisationsmangel und konkursamtliche Liquidation | Gesellschaftsrecht

Erwägungen

E. 1

Die A._____ GmbH wird aufgelöst und ist konkursamtlich zu liquidieren.

E. 2

Die Gesellschaft wird darauf hingewiesen, dass sie ab sofort keinerlei Dispositionen in Bezug auf Vermögensstücke, die zu einer allfälligen Konkursmasse gehören, treffen darf (vgl. Art. 204 SchKG).

E. 3

Die Gerichtskosten mit einer Entscheidungsgebühr von Fr. 1'000.00 gehen zulasten der Gesellschaft. Diese Kosten, welche hiermit angemeldet werden, sowie jene des Konkursamts sind vorweg aus den allenfalls freien Aktiven zu tilgen, andernfalls sie zulasten des Staates gehen.

E. 4

[Rechtsmittelbelehrung]

E. 5

[Zufertigung] Gegen diese Verfügung erhob die A._____ GmbH am 28. Juli 2023 rechtzeitig Berufung beim Kantonsgericht mit dem Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (KG-act. 1, S. 2; vgl. Vi-act. 7). Zur Begründung brachte sie vor, mit der Person von Herrn E._____ mit Wohnsitz in Klosters GR, der anlässlich einer ausserordentlichen Gesellschafterversammlung als neuer Geschäftsführer gewählt worden sei, verfüge sie inzwischen wieder über eine gesetzmässige Geschäftsführung und Vertretung. Damit sei der Organisationsmangel behoben (KG-act. 1, S. 3). Das Handelsregister des Kantons Schwyz teilte am 28. Juli 2023 mit, dass es zwischenzeitlich die vollständigen Unterlagen für die Behebung des Organisationsmangels erhalten habe, weshalb das Verfahren aus seiner Sicht unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsführerin abgeschrieben werden könne (Vi-act. 8). 2. a) Beim Vorliegen eines Mangels in der Organisation der Gesellschaft, wie etwa des Fehlens eines vorgeschriebenen Organs (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR), kann das Gericht nach Art. 731b Abs. 1bis OR der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Ziff. 1). Ausserdem kann das Gericht das feh-

Kantonsgericht Schwyz 4 lende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat das Gericht bei der Ausübung des Ermessensspielraums im Hinblick auf das Treffen einer solchen Massnahme nach Art. 731b Abs. 1bis OR zu beachten, dass diese Massnahmen in einem Stufenverhältnis stehen. Das Gericht soll demnach die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 erst anordnen, wenn sich die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 oder Ziff. 2 oder andere mildere Massnahmen, die gesetzlich nicht typisiert sind, als ungenügend erweisen oder erfolglos bleiben. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips gilt somit, dass die Auflösung der Gesellschaft nach Ziff. 3 der erwähnten Bestimmung als Ultima Ratio nur zur Anwendung kommt, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht oder zielführend erweisen (zum Ganzen: Urteile des Bundesgerichts 4A_207/2022 vom 17. Oktober 2022, E. 3.1.2 und 4A_147/2022 vom 2. Mai 2022, E. 3.2, je m.w.H.; vgl. auch vgl. Müller, in: Kren Kostki-ewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], OR-Kommentar, 4. A. 2023, Art. 731b OR N 15). b) Wie in E. 1 dargelegt, setzte der Erstrichter der Berufungsführerin am 3. April 2023 eine Frist über Ostern bis am 20. April 2023, um eine schriftliche Stellungnahme einzureichen oder den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und dies dem Gericht sowie dem Handelsregisteramt mitzuteilen und zu dokumentieren (Vi-act. 2), und verfügte nach unbenutztem Ablauf dieser Frist die Auflösung und Liquidation der Berufungsführerin (Vi-act. 3). Einen Versuch im Sinne von Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 2 OR, das fehlende Organ oder einen Sachwalter zu ernennen, etwa durch das Ansetzen einer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für eine solche Ernennung (vgl. Müller, a.a.O., Art. 731b OR N 14), unternahm der Erstrichter nicht. Einen solchen Versuch hätte er im Sinne des vorstehend dargelegten Stufenverhältnisses der Massnahmen nach Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1–3 OR und des Verhältnismässigkeitsprinzips aber in geeigneter Form zumindest ansatzweise machen müssen.

Kantonsgericht Schwyz 5 Insofern wäre die angefochtene Verfügung wie beantragt aufzuheben. Weil die Berufungsführerin aber die Behebung des Organisationsmangels geltend macht und eine solche grundsätzlich dazu führt, dass das Organisationsmängelverfahren gegenstandslos wird und vom Gericht nach Art. 242 ZPO abzuschreiben ist (Müller/Müller, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, in: AJP 1/2016, S. 57), was das Gericht (auch) im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen feststellen und verfügen kann (Gschwend/Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 242 ZPO N 3 f.), ist die Abschreibung des Verfahrens zu prüfen. c) Der Berufungsführerin wurde im erstinstanzlichen Verfahren wie dargelegt unter Nichtbeachtung des in Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 1–3 OR gesetzlich vorgegebenen Stufenverhältnisses nicht genügend Gelegenheit zur Behebung des Organisationsmangels eingeräumt. Unabhängig von der Frage der Novemberechtigung darf ihr dies nicht zum Nachteil gereichen, jedenfalls unter den vorliegenden Umständen: Das Handelsregisteramt zeigte dem Erstrichter wegen des Ausscheidens der einzigen Geschäftsführerin der Berufungsführerin, Frau D. _____, das Fehlen einer gesetzmässigen Geschäftsführung und Vertretung im Sinne von Art. 814 Abs. 2 und Abs. 3 OR bei der Berufungsführerin an (vgl. Vi-act. 1). Nach diesen Bestimmungen hat mindestens ein Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft befugt zu sein. Zudem muss die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wie die Berufungsführerin eine ist (Vi-act. 1/1), durch eine Person vertreten werden können, die Wohnsitz in der

Schweiz hat, die Geschäftsführerin oder Direktorin ist und die Zugang zum Anteilbuch sowie zum Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen nach Art. 697f OR hat. Diese Voraussetzungen sind angesichts des vorgelegten Protokolls der ausserordentlichen Generalversammlung der Berufungsführerin vom 5. Juli 2023, gemäss dem Herr E. _____ mit Wohnsitz in Klosters als neuer Geschäftsführer gewählt wurde, und der Wahlen-

Kantonsgericht Schwyz 6 nahmeerklärung des Letzteren, sowie aufgrund der öffentlichen Beglaubigung der Echtheit dessen Unterschrift, der Handelsregisteranmeldung zur Eintragung von E. _____ als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift (KG-act. 1/3) und der vom Handelsregisteramt bestätigten Vollständigkeit dieser Unterlagen zur Behebung des Organisationsmangels (Vi-act. 8) erfüllt. Demzufolge fehlt es der Berufungsführerin nicht mehr an einer gesetzmässigen Geschäftsführung und Vertretung im Sinne von Art. 814 Abs. 2 und Abs. 3 OR und es besteht insofern auch kein Organisationsmangel (mehr) nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR. Somit ist das Verfahren im Sinne der vorstehenden Ausführungen in E. 2b präsidialiter (§ 40 Abs. 2 JG) abzuschreiben, obwohl die Berufungsführerin formell keinen entsprechenden Antrag stellte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_249/2018 vom 12. Juli 2018, E. 2.2). Zudem sind die vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffern 1 und 2 betreffend die Auflösung der Berufungsführerin und die Anordnung deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs ersatzlos aufzuheben. 3. a) Wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht, wie z.B. bei Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO und Art. 109 ZPO), kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Bei der Kostenverlegung ist grundsätzlich zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gab, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, welche Partei unnötigerweise Kosten verursachte und bei welcher Partei die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses führten (BGE 142 V 551, E. 8.2; Rüegg/Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 107 ZPO N 8; Sutter-Somm/Seiler, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 242 ZPO N 12). Zwar darf sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Gericht grundsätzlich nicht auf ein einzelnes dieser Kriterien versteifen, vielmehr hat es alle Kriterien zu berücksichtigen (Urteil des Bun-

Kantonsgericht Schwyz 7 desgerichts 4A_24/2019 vom 26. Februar 2019, E. 1.1, m.w.H.). Wird ein Organisationsmängelverfahren aber wegen Behebung des Mangels gegenstandslos und ist es vom Gericht abzuschreiben, so hat in der Regel die Gesellschaft, die den Organisationsmangel verursachte, die Gerichtskosten zu tragen (Müller/Müller, a.a.O., S. 57, m.H.a. Art. 108 ZPO). b) Weil die Berufungsführerin trotz des Ausscheidens der einzigen Geschäftsführerin per 12. Dezember 2022 bis am 5. Juli 2023 keinen neuen Geschäftsführer einsetzte und sie sich gegenüber dem Handelsregister gar nicht und im erstinstanzlichen Verfahren trotz Fristansetzung erst nach der Entscheidfällung vernehmen liess, sind ihr die daraus entstehenden Kosten zuzuschreiben. Vor der hiesigen Instanz verursachte die Berufungsführerin sowohl das Verfahren als auch die Gegenstandslosigkeit, womit es sich rechtfertigt, ihr die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren von Fr. 1'000.00 vollumfänglich aufzuerlegen. Die Nichtbeachtung des Stufenverhältnisses durch die Vorinstanz bleibt bei der Kostenverursachung zweitrangig. Der Vollständigkeit halber

wird festgehalten, dass es bei diesem Verfahrens- ausgang bei der erstinstanzlichen Kostenregelung bleibt – mit dem Unter- schied, dass die Kosten nicht wie gemäss Dispositiv-Ziffer 3 der angefochte- nen Verfügung angemeldet werden und ohne dass diese vorweg aus den frei- en Aktiven zu tilgen sind bzw. andernfalls zulasten des Staats gehen;- Kantonsgericht Schwyz 8 verfügt:

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