Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 238/2014

Urteil vom 19. Januar 2015

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterin Klett,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterinnen Hohl, Niquille,
Gerichtsschreiber Hurni.

Verfahrensbeteiligte
A._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Hans-Ulrich Kupsch,
Beschwerdeführerin,

gegen

Handelsregisteramt des Kantons Solothurn,
Beschwerdegegner,

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA).

Gegenstand
Organisationsmangel,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer, vom 10. März 2014.

Sachverhalt:

A.

A.a. Mit Eingabe vom 17. August 2012 beantragte das Handelsregisteramt des Kantons Solothurn dem Amtsgericht Solothurn-Lebern, es seien gegenüber der A._____ AG wegen Fehlens der Revisionsstelle die erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR zu ergreifen.
Mit Verfügung vom 21. August 2012 forderte der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern die A._____ AG dazu auf, bis am 11. September 2012 zum Gesuch des Handelsregisteramts Stellung zu nehmen und den gesetzmässigen Zustand wieder herzustellen, unter Androhung der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft im Säumnisfall.
Die Zustellung dieser Verfügung an die A._____ AG auf dem Postweg erwies sich als nicht möglich, worauf eine Publikation im Amtsblatt des Kantons Solothurn Nr. xxx vom yy.yy.yyyy erfolgte. Innert der angesetzten Frist erfolgte seitens der A._____ AG indessen keine Reaktion.

A.b. Mit Urteil vom 18. September 2012 ordnete der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern gestützt

auf Art. 731b OR die Auflösung der A._____ AG und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an. Den Zeitpunkt der Auflösung setzte der Amtsgerichtspräsident auf den 18. September 2012, 8.00 Uhr, fest. Weiter beauftragte er das kantonale Konkursamt mit der konkursamtlichen Liquidation und wies das Handelsregisteramt des Kantons Solothurn an, das kantonale Konkursamt als Liquidatorin einzutragen.
Das darauf von der A._____ AG erhobene Wiederherstellungsgesuch vom 11. Oktober 2012 wies der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern mit Verfügung vom 31. Oktober 2012 ab.
Die dagegen erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Solothurn mit Urteil vom 12. Dezember 2012 ebenfalls ab.

B.

B.a. Am 12. Dezember 2013 reichte die A._____ AG beim Richteramt Solothurn-Lebern ein Gesuch betreffend Konkurs infolge Liquidation wegen Organisationsmangel ein und beantragte, der über sie eröffnete Konkurs sei zu widerrufen und das Handelsregisteramt des Kantons Aargau sei anzuweisen, die Gesellschaft gemäss der Anmeldung vom 7. November 2012 beim Handelsregisteramt Aargau einzutragen.
Mit Replik vom 17. Januar 2014 bestätigte die A._____ AG die gestellten Anträge und machte dabei eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG geltend.
Mit Urteil vom 22. Januar 2014 wies der Amtsgerichtspräsident von Solothurn-Lebern das Gesuch vom 12. Dezember 2013 ab und auferlegte der A._____ AG die Gerichtskosten.

B.b. Dagegen erhob die A._____ AG am 3. Februar 2014 Berufung beim Obergericht des Kantons Solothurn und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Gutheissung des Gesuchs um Widerruf des Konkurses und die Anweisung des Handelsregisteramts des Kantons Aargau zur Eintragung gemäss der Anmeldung vom 7. November 2012.
Mit Urteil vom 10. März 2014 wies das Obergericht die Berufung ab.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die A._____ AG dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn aufzuheben, das Gesuch um Widerruf des Konkurses sei gutzuheissen und das Handelsregisteramt des Kantons Aargau sei anzuweisen, die Gesellschaft gemäss der Anmeldung vom 7. November 2012 im Handelsregister einzutragen.
Das Handelsregisteramt des Kantons Solothurn und das Eidgenössische Amt für das Handelsregister haben Stellungnahmen eingereicht, ohne Antrag zu stellen. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden Rechtsmittelentscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 90 BGG i.V.m. Art. 75 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). Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist unter Vorbehalt einer rechtsgenüglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

2.
Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr Gesuch um Widerruf des Konkurses zu Unrecht nicht gutgeheissen. Sämtliche Forderungsbeträge der Gläubiger seien beglichen und auch der Organisationsmangel, der zur Auflösung der Beschwerdeführerin geführt habe, sei in der Zwischenzeit behoben worden. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die Vorinstanz deshalb den Konkurs in analoger Anwendung von Art. 195 SchKG widerrufen müssen.

2.1. Die Vorinstanz führte aus, dass der rechtskräftige Auflösungsentscheid vom 18. September 2012 nicht aufgrund des SchKG ergangen sei. Es habe damit auch gar keine Konkurseröffnung nach SchKG stattgefun-

den, womit ein Widerruf nach den Bestimmungen des SchKG ausgeschlossen sei. In der Lehre werde zwar die Auffassung vertreten, dass eine analoge bzw. modifizierte Anwendung von Art. 195 SchKG möglich sei, sofern einerseits der Mangel in der Organisation nach Massgabe der anwendbaren Bestimmungen nachträglich behoben worden ist und andererseits die Voraussetzungen von Art. 195 SchKG gegeben sind (Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel [Art. 731b OR], Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2012, S. 49 f.). Gleichwohl sehe Art. 731b OR keine Möglichkeit vor, den rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Auflösungsentscheid nachträglich zu widerrufen.

2.2.

2.2.1. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 731b Abs. 1 OR). 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).
Bei diesem Organisationsmängelverfahren handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um ein streitiges Verfahren (Urteil 4A 321/2008 vom 5. August 2010 E. 2), welches im Summarium durchzuführen ist (BGE 138 III 166 E. 3.9 S. 172 f.).

2.3.

2.3.1. Ordnet der Richter gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an, wird ein normales Konkursverfahren durchgeführt (Urteil 5A 137/2013 vom 12. September 2013 E. 1.2.2).

2.3.2. Gemäss Art. 195 Abs. 1 SchKG widerruft das Konkursgericht den Konkurs und gibt dem Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück, wenn dieser nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind (Ziff. 1), er von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung vorlegt, dass dieser seine Konkurseingabe zurückzieht (Ziff. 2), oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (Ziff. 3).
Die Lehre ist sich einig darüber, dass ein Konkursverfahren, welches vom Richter gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR angeordnet wurde, nicht gestützt auf Art. 195 Abs. 1 SchKG widerrufen werden kann. Denn die Durchführung des Konkursverfahrens beruht diesfalls nicht auf einem Konkurs, sondern auf einem richterlichen Auflösungsentscheid. Es hat mithin nie eine Konkurseröffnung durch ein Konkursgericht stattgefunden, welche widerrufen werden könnte (Lukas Berger et al., Die Behebung von Organisationsmängeln- handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 2012, S. 25; Lorandi, a.a.O., S. 48 f.; ders., Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung - Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, S. 1391; Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich 2013, S. 288; Bürge/Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH - Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, S. 160; Watter/Pamer-Wieser, in: Basler Kommentar, 4. Aufl., 2012, N. 26 zu Art. 731b OR; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., 2013, § 38 Rz. 47; Charles Jaques, Scioglimento e liquidazione di società prive di organi, RTiD I
2010, S. 1033).
Zwei Autoren befürworten demgegenüber eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG für den Fall, dass zum einen der Organisationsmangel nachträglich behoben worden ist und zum anderen auch die Voraussetzungen von Art. 195 SchKG gegeben sind. Wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt seien, könne der Richter, welcher die Auflösung gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR angeordnet hat, seinen Auflösungsentscheid widerrufen (Lorandi, AJP 2008, S. 1391; ders., BlSchK 2012, S. 49 f.; Schönbächler, a.a.O., S. 289 f.).

2.4. Das Bundesgericht hat sich nie ausdrücklich zur Frage geäussert, ob ein gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ergangener Auflösungsentscheid aufgrund nachträglicher Behebung des Organisationsmangels gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG widerrufen werden kann. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die methodischen Voraussetzungen einer Analogie gegeben sind.

2.5.

2.5.1. Voraussetzung für eine analoge Anwendung eines Rechtssatzes ist das Vorliegen einer Lücke im Gesetz (statt aller EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 380 zu Art. 1 ZGB). Eine solche besteht dann, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt jedoch kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (vgl. BGE 140 III 206 E. 3.5.1 S. 213; 139 II 404 E. 4.2 S. 416 f.; 138 II 1 E. 4.2 S. 3; 135 III 385 E. 2.1 S. 386).

2.5.2. Art. 731b OR äussert sich nicht zur Frage, ob ein Auflösungsentscheid bei nachträglicher Behebung des Organisationsmangels widerrufen werden kann.
Demgegenüber enthält die ZPO zwar keine ausdrückliche Regel zur Frage der Widerrufbarkeit von Organisationsmängelentscheiden. Es gilt im Zivilprozess aber der allgemeine Grundsatz, wonach Summarentscheide den ordentlichen Entscheiden hinsichtlich Rechtskraft gleichgestellt sind, d.h. mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit - unter Vorbehalt einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO - unwiderrufbar werden (CHEVALIER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2013, N. 4 f. zu Art. 256 ZPO). Denn die ZPO sieht einzig für Summarentscheide betreffend freiwillige Gerichtsbarkeit (Art. 256 Abs. 2 ZPO) und vorsorgliche Massnahmen (Art. 268 Abs. 1 ZPO) die Möglichkeit einer nachträglichen Aufhebung oder Abänderung vor (CHEVALIER, a.a.O., N. 9 f. zu Art. 256 ZPO).

Summarentscheide aus Verfahren, die nicht in einem ordentlichen Verfahren zu prosequieren sind, in denen der Richter hinsichtlich der Rechtsanwendung über volle Kognition verfügt und in denen das Regelbeweismass gilt, sind demgegenüber definitiv (vgl. FABIENNE HOHL, Procédure civile, Band II, 2. Aufl., 2010, N. 1556, 1582, 1613). Dies trifft auch für Auflösungsentscheide nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zu, gilt in Organisationsmängelverfahren doch das Regelbeweismass und hinsichtlich der Rechtsanwendung volle Kognition des Gerichts. Schliesslich sind Auflösungsentscheide auch nicht in einem nachfolgenden ordentlichen Verfahren zu bestätigen, womit sie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit unwiderrufbar werden.

2.5.3. Die Unwiderrufbarkeit von Auflösungsentscheiden gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR scheint auch den Vorstellungen des Gesetzgebers zu entsprechen: Gemäss der Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht, BBl 2002, S. 3232) soll die zwangsweise Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs gerade auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Dass der Gesetzgeber dabei die Möglichkeit einer nachträglichen Behebung des Organisationsmangels übersehen hätte, kann schwerlich behauptet werden. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsentscheids stillschweigend ausgeschlossen hat.

2.5.4. In diese Richtung gehen auch die Erwägungen in BGE 136 III 369: Das Bundesgericht musste sich in diesem Entscheid zur Frage äussern, ob die nach dem Auflösungsentscheid erfolgte, nachträgliche Behebung des Organisationsmangels im Berufungsverfahren nach der alten Tessiner Zivilprozessordnung trotz strengem Novenverbot noch vorgebracht werden kann. Das Bundesgericht kam unter Hinweis auf die erwähnte Stelle in der bundesrätlichen Botschaft zum Schluss, dass die zwangsweise Liquidation dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entspreche; zudem sei mit der Einführung des Art. 731b OR auch die in Art. 86 Abs. 3 aHRegV vorgesehene Möglichkeit entfallen, die Auflösung zu widerrufen, sofern die Gesellschaft innert dreier Monate den gesetzmässigen Zustand wiederhergestellt hat (BGE 136 III 369 E. 11.4.2 S. 371 f.). Damit erscheine das Novenverbot im Tessiner Berufungsverfahren durchaus im Einklang mit den Vorstellungen des Gesetzgebers und es stelle keinen überspitzten Formalismus dar, wenn die nachträgliche Behebung des Organisationsmangels im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt würde (BGE 136 III 369 E. 11.4.3 S. 372).

2.5.5. Von einer Gesetzeslücke bezüglich der Frage, ob ein Auflösungsentscheid bei nachträglicher Behebung des Organisationsmangels widerrufen werden kann, kann damit keine Rede sein. Denn zum einen sieht die ZPO mit dem Grundsatz der formellen Rechtskraft von Summarentscheiden eine Regelung vor, welche einen Widerruf des Organisationsmängelentscheids ausserhalb einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO ausschliesst. Zum anderen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine nachträgliche Widerrufbarkeit des Auflösungsentscheids gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR stillschweigend ausgeschlossen hat. Damit besteht kein Raum für eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG.

2.6. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Konzeption des Organisationsmängelverfahrens, wie sie die bundesgerichtliche Rechtsprechung herausgearbeitet hat. Denn nach der Rechtsprechung stehen die in Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen 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, 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, 294 E. 3.1.4 S. 299; 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280). Dies ist etwa der Fall, wenn - wie vorliegend im Verfahren vor dem Amtsgericht Solothurn-Lebern - 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, 294 E. 3.1.4 S. 299). Ist aber die Auflösung einer Gesellschaft gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ohnehin erst auszusprechen, wenn alle milderen Mittel versagt bzw. sich
als nicht mehr zielführend herausgestellt haben, muss der Auflösungsentscheid mit Eintritt der formellen Rechtskraft definitiv sein.

2.7. Die Vorinstanz hat damit eine analoge Anwendung von Art. 195 SchKG zutreffend verneint und das Gesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen.

3.
Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Beschwerdegegner steht hingegen keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA) und dem Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Januar 2015

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Hurni