Urteilskopf

138 III 294

45. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. AG und B. gegen Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen und A.X. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012

Regeste (de):
Gerichtliches Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR.

Grundsätze des Organisationsmängelverfahrens (E. 3.1.2-3.1.4); fehlende Revisionsstelle als Organisationsmangel (E. 3.1.1 und 3.2); Pattsituation (E. 3.1.5); Verhältnis von Art. 731b OR zur Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR (E. 3.1.6); Anwendung im konkreten Fall (E. 3.3).

Regeste (fr):
Procédure judiciaire en cas de carences dans l'organisation au sens de l'art. 731b CO.

Principes régissant la procédure en cas de carences dans l'organisation (consid. 3.1.2-3.1.4); organe de révision manquant comme carence dans l'organisation (consid. 3.1.1 et 3.2); situation de pat (consid. 3.1.5); relation entre l'art. 731b CO et l'action en dissolution prévue par l'art. 736 ch. 4 CO (consid. 3.1.6); application dans le cas concret (consid. 3.3).

Regesto (it):
Procedura giudiziaria nel caso di lacune nell'organizzazione della società nel senso dell'art. 731b CO.

Principi che regolano la procedura nel caso di lacune nell'organizzazione della società (consid. 3.1.2-3.1.4); assenza di un ufficio di revisione quale lacuna nell'organizzazione (consid. 3.1.1 e 3.2); situazione patta (consid. 3.1.5); relazione fra l'art. 731b CO e l'azione di scioglimento secondo l'art. 736 n. 4 CO (consid. 3.1.6); applicazione nel caso concreto (consid. 3.3).

Sachverhalt ab Seite 295

A. Das Aktienkapital der X. AG (Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin) beträgt Fr. 150'000.- und ist in 150 Namenaktien unterteilt. Die beiden Aktionäre der Gesuchsgegnerin, A.X. und B., halten je 75 Namenaktien, d.h. je 50 % des Aktienkapitals.

B.

B.a Mit Gesuch vom 24. Februar 2011 teilte das Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen (Gesuchsteller und Beschwerdegegner) dem Präsidenten des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen mit, dass die Gesuchsgegnerin Mängel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation aufweise, und stellte den Antrag, es seien gestützt auf Art. 941a Abs. 1 OR die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Zur Begründung führte das Handelsregisteramt aus, dass der Gesuchsgegnerin die Revisionsstelle fehle und keine Unterlagen für einen

Verzicht auf eine eingeschränkte Revision gemäss Art. 727a Abs. 2 OR ("Opting-Out") eingegangen seien. Die der Gesuchsgegnerin angesetzte Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei unbenutzt verstrichen. Mit Brief vom 25. Februar 2011 wies der Handelsgerichtspräsident die Gesuchsgegnerin darauf hin, dass er die Gesellschaft gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen werde, sofern die Gesuchsgegnerin nicht bis zum 3. April 2011 den Nachweis erbringe, dass die Mängel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation behoben worden sind.

B.b Mit Eingabe vom 18. März 2011 beantragte A.X. dem Handelsgerichtspräsidenten, er sei als Nebenintervenient auf Seiten des Gesuchstellers zuzulassen und die Gesuchsgegnerin sei gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR wegen Mängeln in der Organisation aufzulösen und es sei deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen.

Zur Begründung führte A.X. insbesondere aus, dass er und der Verwaltungsratspräsident sowie Mitaktionär B. seit mehreren Jahren im Streit lägen. An der ordentlichen Generalversammlung vom 10. Dezember 2010 habe kein einziger Beschluss gefasst werden können, weil die beiden Aktionäre sich nicht hätten einigen können bzw. das Beschlussquorum gemäss Art. 12 der Statuten in keinem Fall erreicht worden sei. Entsprechend habe auch keine Revisionsstelle gewählt werden können. In Anbetracht der nicht beizulegenden Streitigkeiten zwischen den beiden Aktionären und Verwaltungsräten der Gesuchsgegnerin sei es unmöglich, eine Einigung betreffend die Einsetzung einer Revisionsstelle zu finden, weshalb die Gesellschaft durch Entscheid des Handelsgerichtspräsidenten aufzulösen sei.

B.c Mit Eingabe vom 4. April 2011 reichte die Gesuchsgegnerin, vertreten durch den Verwaltungsratspräsidenten B., eine Stellungnahme ein und stellte dem Handelsgerichtspräsidenten u.a. den Antrag, es sei für die Gesuchsgegnerin gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR eine Revisionsstelle zu bestellen.

B.d Mit Eingabe vom 4. April 2011 beantragte B. dem Handelsgerichtspräsidenten unter anderem, er sei als Nebenintervenient auf Seiten der Gesuchsgegnerin zuzulassen und es sei für die Gesuchsgegnerin eine Revisionsstelle einzusetzen.

B.e Mit Entscheid vom 27. Mai 2011 löste der Handelsgerichtspräsident die Gesuchsgegnerin auf und ordnete deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Gesuchsgegnerin dem Bundesgericht, es sei der Entscheid des Handelsgerichtspräsidenten vom 27. Mai 2011 aufzuheben und es sei für die Gesuchsgegnerin gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR eine Revisionsstelle einzusetzen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, für die Gesuchsgegnerin gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR eine Revisionsstelle einzusetzen. A.X. schliesst in seiner Vernehmlassung auf Abweisung der Beschwerde, soweit Eintreten, während B. die Gutheissung der Beschwerde beantragt. Der Beschwerdegegner und die Vorinstanz haben auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Beschwerdeführerin reichte eine Replik ein. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.
(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung von Art. 731b OR geltend. Ihrer Auffassung nach hätte die Vorinstanz zur Behebung des Organisationsmangels gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR das fehlende Organ, d.h. eine Revisionsstelle ernennen sollen, anstatt sogleich die Auflösung der Gesellschaft gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR anzuordnen. Mit ihrem Vorgehen habe die Vorinstanz unverhältnismässig gehandelt, zumal es sich bei der Beschwerdeführerin grundsätzlich um ein funktionierendes Unternehmen handle und die Auflösung eine ultima ratio darstelle. Wenn A.X. die Auflösung der Beschwerdeführerin anstrebe, so stehe ihm hierzu die Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR zur Verfügung.

3.1

3.1.1 Aktiengesellschaften haben ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich (Art. 727 OR) oder gegebenenfalls eingeschränkt (Art. 727a OR) prüfen zu lassen, wobei wenigstens ein Mitglied der Revisionsstelle seinen Wohnsitz in der Schweiz haben muss (Art. 730 Abs. 4 OR). 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").

3.1.2 Gemäss 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 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 (Urteil 4A_457/2010 vom 5. Januar 2011 E. 2.2.1; PETER/CAVADINI, in:

Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, 2008, N. 1 zu Art. 731b OR; WATTER/WIESER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 3. Aufl. 2008, N. 1 zu Art. 731b OR; Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3231 f.). Sie bezieht sich sowohl auf das Fehlen als auch die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung obligatorischer Gesellschaftsorgane (Botschaft, a.a.O., S. 3231).

3.1.3 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, Aktionäre). Aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit ist der Richter an spezifizierte Anträge der Parteien nicht gebunden (Botschaft, a.a.O., S. 3232; BGE 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 ha-

ben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können sich namentlich auch nicht vergleichen (vgl. WATTER/WIESER, a.a.O., N. 9 zu Art. 731b OR; BÜRGE/GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH - Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009 S. 161; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung - Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008 S. 1384; PETER LEHMANN, Die "kleine" Aktienrechtsrevision [Teil 2], Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR]2007 S. 423).

3.1.4 Bei den in den Ziffern 1-3 von Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels handelt es sich um einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog (BGE 136 III 369 E. 11.4.1 S. 371; WATTER/WIESER, a.a.O., N. 16 zu Art. 731b OR; PETER/CAVADINI, a.a.O., N. 7 zu Art. 731b OR). Mit Art. 731b Abs. 1 OR wollte der Gesetzgeber dem Richter ähnlich wie bei der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können (Botschaft, a.a.O., S. 3232; BGE 136 III 369 E. 11.4.1 S. 371; BGE 138 III 166 E. 3.5 S. 170). Der Richter ist bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums freilich nicht ungebunden: Die Lehre geht zutreffend davon aus, dass die in Art. 731b Abs. 1 OR

genannten Massnahmen in einem Stufenverhältnis stehen (LORANDI, a.a.O., S. 1385; BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 159 f.). 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 wie im Verfahren nach Art. 736 Ziff. 4 OR das Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280; BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 159 f.). Die Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR stellt eine ultima ratio dar, also das letztmögliche Mittel, das erst zur Anwendung gelangt, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen (BGE 136 III 369 E. 11.4.1 S. 371; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl. 2011, N. 743, 1184; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N. 492; LORANDI, a.a.O., S. 1385; PETER/CAVADINI, a.a.O., N. 21 zu Art. 731b OR; BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 159 f.; PIERRE-ALAIN RECORDON, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010 S. 4; DANIEL S. WEBER, Mängel in der Organisation von Gesellschaften, in: Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Haunreiter und andere [Hrsg.], 2009, S. 365). Dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 160).

3.1.5 Besteht im Aktionariat einer Gesellschaft eine Pattsituation bzw. Blockade (sog. "Deadlock"), kann dies dazu führen, dass die Revisionsstelle als obligatorisches Gesellschaftsorgan nicht bestellt werden kann. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass zur Behebung eines solchen Organisationsmangels, der auf eine Pattsituation im Aktionariat zurückgeht, die Ernennung des fehlenden Organs gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR die grundsätzlich angemessene Massnahme darstellt (RECORDON, a.a.O., S. 3; vgl. auch BÖCKLI, a.a.O., § 13 N. 491, 493 sowie BÜRGE/GUT, a.a.O., S. 160). Auch in der Botschaft wird gerade die "andauernde Pattsituation" als Beispiel einer Situation genannt, in der die richterliche Ernennung des fehlenden Organs zum Zuge kommt (Botschaft, a.a.O., S. 3232).

3.1.6 Beantragt ein Aktionär gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR die Auflösung der Gesellschaft, hat der Richter bei der Ausübung seines Ermessens zu beachten, dass die strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR nicht

unterlaufen werden. Denn in den Gesetzesmaterialien finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit Art. 731b OR die Möglichkeit einer erleichterten Auflösung von Aktiengesellschaften schaffen wollte. Mit dem Auflösungsgesuch gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR soll dem Aktionär, der sich in der Pattsituation einer Lösung widersetzt, kein Instrument an die Hand gegeben werden, mit dem er die Auflösung der Gesellschaft erwirken kann, ohne dass gleichzeitig die strengen Voraussetzungen einer Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR vorliegen.
Nach der im Leitentscheid BGE 136 III 278 E. 2.2.2 bestätigten Rechtsprechung ist die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund eine subsidiäre Massnahme, die nicht angeordnet werden darf, solange sich bei einer Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalles zeigt, dass der um Auflösung ersuchende Aktionär seine legitimen Interessen mit weniger einschneidenden Mitteln verteidigen kann, wie z.B. mittels Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen oder mittels Klagen auf Auskunftserteilung (BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280; BGE 126 III 266 E. 1a und 2a; BGE 109 II 140 E. 4 S. 142; BGE 105 II 114 E. 6c S. 125 und E. 6d S. 126 f.; BGE 104 II 32 E. 1a S. 35; BGE 84 II 44 E. 1 S. 47; 67 II 162 E. d S. 166). Die Auflösung muss verhältnismässig sein, was eine Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Interessen voraussetzt (BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280; BGE 105 II 114 E. 7 S. 127). Zu beachten ist dabei nicht nur das Interesse des klagenden Aktionärs, sondern auch das der übrigen Aktionäre und weiteren Anspruchsgruppen (namentlich der Arbeitnehmer) am Fortbestand der Gesellschaft (BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280; BGE 126 III 266 E. 1c S. 270; BGE 105 II 114 E. 7 S. 128), wobei zu berücksichtigen ist, dass die Aktiengesellschaft eine Kapital- und nicht eine Personengesellschaft ist, so dass - jedenfalls bei grösseren Gesellschaften - grundsätzlich nur die finanziellen Interessen der Aktionäre massgeblich sind (BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280; 67 II 162 E. b S. 164). Am Ende des Abwägungsprozesses muss sich eine Situation präsentieren, die derart gravierend ist, dass der Fortbestand der Gesellschaft nach Treu und Glauben als nicht mehr tragbar erscheint, die beklagte Gesellschaft mithin ihr Existenzrecht verwirkt hat und verschwinden muss (BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280; 67 II 162 E. c S. 165).

3.2 Die Vorinstanz erwog, dass die Beschwerdeführerin über keine Revisionsstelle verfügt und auch nicht auf eine eingeschränkte

Revision gemäss Art. 727a Abs. 2 OR verzichtet hat. Damit liege ein Mangel in der Gesellschaftsorganisation gemäss Art. 731b OR vor. Solange die beiden Aktionäre, die je 50 % der Aktien halten, keine Lösung finden, sei die Behebung dieses Mangels nicht möglich. Denn bei diesem Stimmenverhältnis könnten in der Generalversammlung der Beschwerdeführerin nur Beschlüsse gefällt werden, wenn beide Aktionäre zustimmen. Zudem sei auch der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin nur beschluss- und handlungsfähig, wenn beide Aktionäre zustimmen bzw. gemeinsam handeln. Dass das seit längerer Zeit zwischen den beiden Aktionären bestehende Patt einvernehmlich beendet werden könnte, erscheine ausgeschlossen, da A.X. im vorinstanzlichen Verfahren die Auflösung der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs beantragt habe. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass "gemäss der konstanten Praxis des Handelsgerichtspräsidenten" nur noch die der Beschwerdeführerin bereits angedrohte Auflösung und Liquidation bleibe, nachdem die milderen Massnahmen, d.h. insbesondere die Aufforderungen des Handelsregisteramtes und des Handelsregisterpräsidenten zur Mängelbehebung, nicht zum Ziel geführt haben. Der Beschwerdeführerin sei in Anwendung von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR praxisgemäss unter Androhung der Auflösung eine Frist angesetzt worden, binnen derer der rechtmässige Zustand wiederherzustellen war. Da diese Frist unbenutzt verstrichen sei, müsse die Gesellschaft aufgelöst und ihre Liquidation nach den

Vorschriften über den Konkurs angeordnet werden. Die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle fällt nach Auffassung der Vorinstanz unter anderem deshalb ausser Betracht, weil sich die beiden Aktionäre auch in der Zukunft nicht auf eine Revisionsstelle einigen könnten. Von "entscheidender Bedeutung" sei jedoch, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage wäre, einen Kostenvorschuss für die zu ernennende Revisionsstelle zu leisten, da A.X. als kollektivzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied offensichtlich nicht bereit wäre, eine solche Zahlungsanweisung zu unterzeichnen. Damit sei auf die Massnahme, richterlich eine Revisionsstelle zu ernennen, zu verzichten, da diese aussichtslos erscheine. Es verbleibe ausschliesslich die Möglichkeit, die Gesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen.

Dem fügte die Vorinstanz bei, dass das Konkursamt den Umstand zu berücksichtigen haben werde, dass die Beschwerdeführerin nicht überschuldet zu sein scheine, und es sich bei ihr abgesehen von der Pattsituation im Aktionariat um ein funktionierendes Unternehmen handle. In Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips müsse das Konkursamt deshalb dafür besorgt sein, dass das Unternehmen als Einheit an A.X., B. oder an einen meistbietenden Dritten verkauft werden kann.

3.3

3.3.1 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. 3.1.4 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. Denn der von der Vorinstanz hierfür als von "entscheidender Bedeutung" angeführte Grund, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage wäre, einen Kostenvorschuss für die zu ernennende Revisionsstelle zu leisten, beruht auf der Annahme, dass der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin nicht handlungsfähig sei. Dies trifft - wie oben in E. 2.3 dargelegt - nicht zu, da die Gesellschaft jedenfalls durch ihren Verwaltungsratspräsidenten, der über eine Einzelzeichnungsbefugnis verfügt, vertreten werden kann. Zudem ist die Beschwerdeführerin bei richterlicher Ernennung der Revisionsstelle gestützt auf Art. 731b Abs. 2 OR ohnehin direkt im Urteilsdispositiv zu verpflichten, die Kosten der ernannten Revisionsstelle zu tragen und dieser einen Vorschuss zu leisten. Mit dieser Regelung wird verhindert, dass die richterliche Ernennung eines entsprechenden Organs faktisch daran scheitert, dass eine blockierte Gesellschaft die Kosten bzw. Vorschüsse für das entsprechende Mandat nicht bezahlt (BÖCKLI, a.a.O., § 13 N. 494; RECORDON, a.a.O., S. 3). Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit rechtfertigt es sich somit nicht, bei einem Fehlen der Revisionsstelle, das auf eine Pattsituation im Aktionariat zurückzuführen ist, sogleich die drastische Massnahme der Auflösung anzuordnen, zumal wenn es sich wie bei der Beschwerdeführerin um ein im Aussenverkehr handlungsfähiges und gemäss den Feststellungen der Vorinstanz grundsätzlich funktionierendes und finanziell gesundes Unternehmen handelt.

3.3.2 Die Auflösung der Beschwerdeführerin wird in erster Linie von A.X. beantragt, während es das Handelsregisteramt in das Ermessen der Vorinstanz gestellt hat, mit welcher Massnahme der Organisationsmangel zu beheben ist. A.X. versucht mithin, mit dem Instrumentarium von Art. 731b OR ein Resultat zu erwirken, das für einen Aktionär grundsätzlich nur mittels einer Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR zu erreichen

ist. Die Gutheissung einer Auflösungsklage nach Art. 736 Ziff. 4 OR würde indessen voraussetzen, dass das Interesse von A.X. an der Auflösung der Beschwerdeführerin dasjenige von B. und der weiteren Anspruchsgruppen (Arbeitnehmer, Gläubiger) am Fortbestand der Gesellschaft überwiegt (BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280). Dass dem so wäre, ist gestützt auf die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht ersichtlich. Eine Situation, die derart gravierend ist, dass der Fortbestand der Gesellschaft nach Treu und Glauben als nicht mehr tragbar erscheint, so dass die Beschwerdeführerin geradezu ihr Existenzrecht verwirkt hätte (BGE 136 III 278 E. 2.2.2 S. 280), hat A.X. weder vor der Vorinstanz noch vor Bundesgericht dargetan. Mit der sofortigen Anordnung einer Auflösung der Beschwerdeführerin würden somit nicht nur das im Rahmen von Art. 731b Abs. 1 OR zu beachtende Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt, sondern auch die in der Rechtsprechung entwickelten, strengen Voraussetzungen von Art. 736 Ziff. 4 OR unterlaufen (oben E. 3.1.6). Vorliegend ist der Mangel in der Organisation der Beschwerdeführerin daher einstweilen dadurch zu beheben, dass die fehlende Revisionsstelle gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR richterlich ernannt wird.

3.3.3 Die Vorinstanz hat Bedenken geäussert, dass sich die beiden Aktionäre auch in der Zukunft nicht zu gemeinsamem Handeln durchringen könnten. Selbst wenn sich diese als berechtigt herausstellen und die Pattsituation die Gesellschaft auf Dauer funktionsunfähig machen sollte, ist darauf hinzuweisen, dass die Auflösung der Gesellschaft nicht die einzige Lösung ist, um den "Deadlock" zu beheben. Gestützt auf Art. 731b OR bzw. Art. 736 Ziff. 4 OR kann das Gericht nämlich Massnahmen anordnen, die für die Gesellschaft und die weiteren Anspruchsgruppen des Unternehmens weniger einschneidend sind als eine Auflösung und anschliessende Liquidation. Bei einer blockierten Zweimanngesellschaft ist etwa an eine Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung zu denken (dazu HANS CASPAR VON DER

CRONE, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993 S. 42 ff.; ferner rechtsvergleichend MERKT/GÖTHEL, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, N. 759 ff., zu den Möglichkeiten einer Auflösung der Pattsituation mittels eines "buyouts"). Mit einer solchen oder ähnlichen Massnahme kann der Beibehaltung des Fortführungswerts der Gesellschaft ("going concern value") im richterlichen Urteilsdispositiv selbst Rechnung getragen werden. Eine entsprechende (letztlich unverbindliche) Empfehlung in den Urteilserwägungen, wie sie die Vorinstanz vorliegend dem Konkursamt erteilt hat, würde sich damit erübrigen.