Urteilskopf

141 III 43

7. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen Handelsregisteramt des Kantons Solothurn (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_238/2014 vom 19. Januar 2015

Regeste (de):
Organisationsmängelverfahren.

Ein rechtskräftiger Auflösungsentscheid nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR kann nicht gestützt auf Art. 195 SchKG widerrufen werden (E. 2).

Regeste (fr):
Procédure en cas de carences dans l'organisation de la société anonyme.

Une décision de dissolution fondée sur l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO, entrée en force, ne peut pas être révoquée sur la base de l'art. 195 LP (consid. 2).

Regesto (it):
Procedura in caso di lacune nell'organizzazione della società.

Una decisione di scioglimento secondo l'art. 731b cpv.1 n. 3 CO cresciuta in giudicato non può essere revocata sulla base dell'art. 195 LEF (consid. 2).

Erwägungen ab Seite 43

Aus den Erwägungen:

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 stattgefunden, 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], BlSchK 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

BGE 141 III 43 S. 44

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 UND ANDERE, Die Behebung von Organisationsmängeln - handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis [REPRAX]2012 S. 25; LORANDI, a.a.O., BlSchK 2012 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, 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,

BGE 141 III 43 S. 45

Obligationenrecht, Bd. II, 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 2010 I 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, a.a.O., AJP 2008 S. 1391; ders., a.a.O., 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; BGE 139 II 404 E. 4.2 S. 416 f.; BGE 138 II 1 E. 4.2 S. 3; BGE 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: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 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, Bd. II, 2. Aufl. 2010, N. 1556, 1582 und 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 3232 zu Art. 731b [neu]) 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.

BGE 141 III 43 S. 47

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, BGE 138 III 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

BGE 141 III 43 S. 48

Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zur Anwendung (BGE 138 III 407 E. 2.4 S. 409, BGE 138 III 294 E. 3.1.4 S. 299; BGE 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.