

Verfügung vom 15. November 2022

ZK2 2022 52

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Prof. Dr. Reto Heizmann,
Gerichtsschreiberin MLaw Julia Lüönd.

In Sachen **A. _____ AG,**
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____,

betreffend Organisationsmangel und konkursamtliche Liquidation
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 21. September 2022, ZES 2022 533 und 662);-

hat der Kantonsgerichtspräsident,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Am 15. Juli 2022 zeigte das Handelsregister des Kantons Schwyz dem Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe mit Verweis auf Art. 939 Abs. 2 i.V.m. Art. 731b Abs. 1^{bis} OR einen Organisationsmangel bei der Berufungsführerin an und führte zur Begründung aus, Herr C. _____ sei aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die Löschung im Handelsregister sei am 8. April 2022 erfolgt und die Berufungsführerin sei somit ohne gesetzmässige Vertretung im Sinne von Art. 718 Abs. 4 OR. Die Berufungsführerin sei mit eingeschriebenem Brief vom 12. Mai 2022, der ihr am 13. Mai 2022 habe zugestellt werden können, aufgefordert worden, den gesetzmässigen Zustand ihrer Vertretung wiederherzustellen und zur Eintragung im Handelsregister anzumelden, woraufhin innert Frist keine Reaktion erfolgt sei (Vi-act. A/I; Vi-act. KB2 f.).

Der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe forderte die Berufungsführerin mit Verfügung vom 19. Juli 2022 unter Androhung der Auflösung der Gesellschaft auf, bis am 9. August 2022 den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die fehlenden Organe zu bestellen sowie eine entsprechende Mitteilung an das Gericht zu machen oder alternativ innert gleicher Frist einen Kostenvorschuss von Fr. 8'000.00 zu leisten, damit die fehlenden Organe allenfalls ernannt werden könnten (Vi-act. E1). Nachdem die Berufungsführerin weder eine Mitteilung betreffend Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemacht noch die Sicherheit geleistet hatte (angefochtene Verfügung, E. 2), gewährte ihr der Erstrichter eine letztmalige Nachfrist bis am 25. August 2022 mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Gesellschaft aufgelöst und die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet werde (Vi-act. E2). Die Berufungsführerin teilte indes auch innert Nachfrist nicht mit, dass sie den rechtmässigen Zustand wiederhergestellt habe, noch leistete sie die Sicherheit (angefochtene Verfügung, E. 3), und der Erstrichter verfügte am 21. September 2022 Folgendes:

1. Die Einsetzung eines in der Schweiz wohnhaften Zeichnungsberechtigten für die A. _____ AG unterbleibt.
2. Die A. _____ AG mit Sitz in Wollerau wird aufgelöst.
3. Es wird die Liquidation der A. _____ AG nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet und das Konkursamt Höfe mit der Durchführung beauftragt.
4. Die Gerichtskosten von Fr. 500.00 werden der A. _____ AG auferlegt.
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Zufertigung]

Dagegen erhob die A. _____ AG am 3. Oktober 2022 fristgerecht Berufung beim Kantonsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren (KG-act. 1):

1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Höfe, Einzelrichter, vom 21. September 2022 im Verfahren ZES 2022 533 und ZES 2022 662 (konkursamtliche Liquidation) aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Berufungsklägerin keinen Organisationsmangel mehr aufweist.
3. Das Handelsregisteramt Schwyz sei anzuweisen, die Anmeldung von Frau D. _____ als Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin mit Einzelunterschrift zu vollziehen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Aktenüberweisungsschreiben vom 11. Oktober 2022 verzichtete der Erstrichter auf Gegenbemerkungen (KG-act. 5).

2. Der Erstrichter begründete die Auflösung der Berufungsführerin damit, dass das Gericht bei Mängeln in der Organisation einer Gesellschaft gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} OR die erforderlichen Massnahmen ergreifen könne. Vorliegend habe bereits das Handelsregisteramt der Gesellschaft erfolglos eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angesetzt. Das Gericht könne das fehlende Organ ernennen. Die Gesellschaft habe in diesem

Fall jedoch die Kosten für die Ernennung des Organs und für dessen zukünftige Tätigkeit vorzuschüssen. Diese Sicherheit habe die Berufungsführerin nicht geleistet. Ebenfalls stehe es in der Kompetenz des Gerichts, die Gesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen. Diese Konsequenz sei der Berufungsführerin für den Fall, dass mangels Leistung des Vorschusses kein Organ ernannt werden könne, angedroht worden. Die Berufungsführerin sei deshalb aufzulösen und es sei deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen (angefochtene Verfügung, E. 4).

3. a) Die Berufungsführerin macht im Rechtsmittelverfahren zusammengefasst geltend, dass der Organisationsmangel inzwischen behoben worden sei (KG-act. 1, Ziff. II.13). Zur Begründung bringt sie u.a. vor, an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 8. August 2022 sei Frau D._____ mit Wohnsitz in E._____ als neues Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelzeichnungsrecht gewählt worden. Gleichentags sei die Handelsregisteranmeldung erfolgt (KG-act. 1, Ziff. II.3). Das Handelsregisteramt Schwyz habe mit Schreiben vom 9. August 2022 den Empfang der Unterlagen bestätigt und beanstandet, dass nebst der übersandten Handelsregisteranmeldung und dem GV-Protokoll ein entsprechendes Protokoll betreffend die Verwaltungsratssitzung benötigt werde, in der dem Verwaltungsratsmitglied die Einzelunterschrift erteilt werde (KG-act. 1, Ziff. II.4.). Am 28. September 2022 sei ein entsprechendes VR-Protokoll versandt worden (KG-act. 1, Ziff. II.5).

Angesichts dessen, dass sich das von der Berufungsführerin erwähnte Schreiben des Handelsregisters des Kantons Schwyz vom 9. August 2022 in den erstinstanzlichen Akten befindet (Vi-act. E3/KG-act. 1/7), handelt es sich bei der darin genannten Handelsregisteranmeldung und dem GV-Protokoll, die beide vom 8. August 2022 datieren und von der Berufungsführerin im Rechtsmittelverfahren eingereicht wurden (KG-act. 1/5 und 1/6), ungeachtet

ihrer fehlenden Stellungnahme vor dem Erstrichter nicht um Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Somit ist im Berufungsverfahren die sich aus dem Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung der Berufungsführerin vom 8. August 2022 (KG-act. 1/6) ergebende Wahl von Frau D._____ zum Mitglied des Verwaltungsrats der Berufungsführerin „mit Einzelunterschrift“ zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für die Handelsregisteranmeldung, die u.a. eine Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift der in E._____ wohnhaften D._____ durch die öffentliche Urkundsperson F._____ enthält (KG-act. 1/5).

b) Das Handelsregisteramt hatte dem Erstrichter wegen des Ausscheidens von C._____ das Fehlen einer gesetzmässigen Vertretung im Sinne von Art. 718 Abs. 4 OR bei der Berufungsführerin angezeigt (vgl. Vi-act. A/I). Nach dieser Bestimmung muss die Gesellschaft durch ein Verwaltungsratsmitglied oder einen Direktor vertreten werden können, das oder der Wohnsitz in der Schweiz hat. Dieses Erfordernis kann entweder durch eine Person allein oder durch zwei Personen mit Kollektivzeichnungsrecht erfüllt werden (Wibmer, in: Wibmer [Hrsg.], Kommentar Aktienrecht, 2016, Art. 718 OR N 1). Frau D._____ hat Wohnsitz in der Schweiz und wurde als Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelzeichnungsrecht gewählt (vgl. KG-act. 1/5, 1/6 und 9), womit sie die Gesellschaft alleine vertreten kann und die erwähnten Voraussetzungen gemäss Art. 718 Abs. 4 OR erfüllt sind. Zum Einzelzeichnungsrecht ist festzuhalten, dass ein solches durch eine Bevollmächtigung eingeräumt wird und in der Regel in der Wahl in eine bestimmte Funktion mit Vertretungsrecht enthalten ist (Watter, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A. 2016, Art. 718 OR N 17; Bühler, in: Handschin [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731b OR, 3. A. 2018, Art. 718 OR N 8; vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A. 2009, § 13 N 496a). Dies ist bei der Wahl von Frau D._____ „mit Einzelunterschrift“ durch die ausserordentliche Generalversammlung der Fall. Im Übrigen ist gemäss

Art. 718 Abs. 1 OR jedes Verwaltungsratsmitglied vermutungsweise einzelzeichnungsberechtigt, sofern die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes bestimmen (Bühler, a.a.O., Art. 718 OR N 14; Sunaric, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar, Obligationenrecht, 2014, Art. 718 OR N 4). Weil eine allenfalls statuten- oder organisationsreglementswidrige Wahl durch die Generalversammlung bloss anfechtbar und mithin nicht nichtig im Sinne von Art. 706b OR ist (vgl. Kunz, Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, in: Jusletter 29. Juni 2015, Ziff. 2.4 auf S. 10; vgl. auch Tanner, in: Handschin [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731b OR, 3. A. 2018, Art. 706 OR N 166 f.), schadet es der Berufungsführerin nicht, dass sie weder die Statuten noch ein allfälliges Organisationsreglement vorlegt, zumal statutenwidrige Beschlüsse durch Verzicht auf die Anfechtung in volle Gültigkeit erwachsen (Forstmoser/Meier-Hayoz//Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 10 N 2) und das Kantonsgericht keine Kenntnis von einem allfälligen Anfechtungsverfahren hat. Somit ist davon auszugehen, dass mit dem Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung der Berufungsführerin vom 8. August 2022 (KG-act. 1/6) die Einzelzeichnungsberechtigung der neu gewählten Verwaltungsrätin Frau D._____ gegeben ist. Dem steht die fehlende Eintragung von Frau D._____ als Verwaltungsratsmitglied mit Einzelzeichnungsrecht nicht entgegen, weil die Eintragung eines neu gewählten Verwaltungsratsmitglieds nicht Voraussetzung für die Gültigkeit der Bestellung und somit lediglich deklaratorischer Natur ist (Wernli/Rizzi, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A. 2016, Art. 710 OR N 8) und die Eintragung des Vertretungsrechts ins Handelsregister ebenso wenig konstitutive Wirkung hat (Bühler, a.a.O., Art. 718 OR N 10; vgl. Böckli, a.a.O., § 13 N 496a).

Zusammenfassend fehlt es der Berufungsführerin mit der erwähnten Wahl von Frau D._____ als Mitglied des Verwaltungsrats an der ausserordentlichen

Generalversammlung der Berufungsführerin vom 8. August 2022 nicht mehr an einer Vertretung der Gesellschaft durch mindestens ein Verwaltungsratsmitglied mit Wohnsitz in der Schweiz und es besteht insofern auch kein Organisationsmangel (mehr) im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR. Für eine Anweisung an das Handelsregisteramt betreffend Vollzug der Anmeldung von Frau D._____ als Mitglied des Verwaltungsrats, wie sie die Berufungsführerin beantragt, besteht indes keine Grundlage, zumal die Handelsregistereintragung nicht Gegenstand des vorliegenden Organisationsmängelverfahrens ist. Die Behebung des Organisationsmangels mit der Berufung führt dazu, 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 bzw. verfügen kann (Gschwend/Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 242 ZPO N 3 f.). Das vorliegende Verfahren ist folglich 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 2 und 3 betreffend die Auflösung der Berufungsführerin und die Anordnung deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs ersatzlos aufzuheben.

4. 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 abhängig vom Einzelfall 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). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf sich das Gericht grundsätzlich nicht auf ein einzelnes dieser Kriterien versteifen, vielmehr hat es alle Kriterien zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_24/2019 vom 26. Februar 2019, E. 1.1, m.w.H.). Wird ein Organisationsmängelverfahren 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).

Weil die Berufungsführerin trotz des Ausscheidens des einzigen Verwaltungsrats mit Wohnsitz in der Schweiz per 31. März 2022 bis am 8. August 2022 kein neues Verwaltungsratsmitglied mit Wohnsitz in der Schweiz einsetzte, sie sich weder gegenüber dem Handelsregister noch im erstinstanzlichen Verfahren vernehmen liess und sie es auch nach der Wahl des neuen Verwaltungsratsmitglieds versäumte, den Erstrichter darüber zu informieren, ist ihr die Annahme eines Organisationsmangels selbst zuzuschreiben. Darüber hinaus ist aus denselben Überlegungen davon auszugehen, dass die Berufungsführerin sowohl das Verfahren als auch die Gegenstandslosigkeit verursachte, womit es sich auch in Anbetracht des trotz Gegenstandslosigkeit überdurchschnittlichen Begründungsaufwands rechtfertigt, ihr die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren von Fr. 2'000.00 vollumfänglich aufzuerlegen.

Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass es bei diesem Verfahrensausgang bei der erstinstanzlichen Kostenregelung bleibt;-

verfügt:

1. In Abschreibung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufgehoben.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 2'000.00 werden der Berufungsführerin auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.
4. Zufertigung an die Berufungsführerin (2/R, inkl. KG-act. 9 z.K.), das Handelsregisteramt (1/R), das Konkursamt Höfe (1/R), das Grundbuchamt Höfe (1/R), das Betreibungsamt Höfe (1/R), die Vorinstanz (2/R, mit den Akten) sowie nach definitiver Erledigung an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

15. November 2022 kau

Kantonsgericht Schwyz

kantonschwyz 