

HSU.2023.18

Entscheid vom 29. Juni 2023

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
 Gerichtsschreiber-Stv. Jurcevic

Gesuchstellerin **A.**_____,
 vertreten durch lic. iur. Thomas Käslin, Advokat, Leimenstrasse 4,
 4051 Basel

Gesuchsgegne- **D.**_____
rin

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Mängel in der Organisation

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Stiftung mit Sitz in Q.. Sie bezweckt [...].

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in S.. Sie bezweckt [...].

3.

3.1.

Mit Anschlussvertrag vom 30. April 2020 bzw. 8. Mai 2020 schloss sich die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin an (GB 5).

3.2.

Die Gesuchsgegnerin bezahlte in der Folge nicht sämtliche Prämien (GB 7), weswegen die Gesuchstellerin gegen sie mit Betreibungsbegehren vom 14. April 2023 beim Betreibungsamt A. eine Betreibung für eine Forderungssumme von Fr. 4'073.05 nebst Zins zu 6 % seit 30. Dezember 2022 einleiten liess (GB 8).

4.

Am 24. Februar 2023 (Eintrag im Tagesregister) wurde E. als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesuchsgegnerin mit Einzelunterschrift im Handelsregister gelöscht. Seither ist er nur noch als Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung eingetragen (GB 2).

5.

Mit Gesuch vom 4. Mai 2023 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Es seien die erforderlichen Massnahmen gemäss Art. 731b OR zu ergreifen.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

6.

6.1.

Mit Verfügung vom 5. Mai 2023 wurde den Parteien der Eingang des Gesuchs bestätigt und der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses gesetzt. Dieser wurde innert Frist geleistet.

6.2.

Die Verfügung vom 5. Mai 2023 konnte der Gesuchsgegnerin an der im Handelsregister eingetragenen Domiziladresse nicht zugestellt werden. Mittels öffentlicher Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) wurde den Parteien der Eingang des Gesuchs erneut bestätigt und der Gesuchsgegnerin eine Frist von 20 Tagen zur Erstattung einer schriftlichen Antwort angesetzt. Die Gesuchsgegnerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

6.3.

Mittels öffentlicher Bekanntmachung im SHAB vom 15. Juni 2023 wurde der Gesuchsgegnerin eine letzte Antwortfrist von 5 Tagen angesetzt verbunden mit der Androhung, dass bei erneuter Säumnis das Gericht einen Endentscheid fällt. Der Gesuchsgegnerin wurde zudem angedroht, dass im Säumnisfall das Gericht die Auflösung und Liquidation der Gesuchsgegnerin nach den Vorschriften über den Konkurs anordne, sofern ein Mangel in der Organisation der Gesellschaft vorliege (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Die Gesuchsgegnerin liess sich innert dieser letzten Frist nicht vernehmen.

6.4.

Auf Aufforderung mit Verfügung vom 15. Juni 2023 bezifferte die Gesuchstellerin den Streitwert mit Eingabe vom 16. Juni 2023 (Postaufgabe: gleichentags) auf Fr. 30'000.00.

Der Präsident zieht in Erwägung:

1.

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich in der vorliegenden, im summarischen Verfahren zu erledigenden handelsrechtlichen Streitsache aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO sowie Art. 250 lit. c ZPO.¹ Der Entscheid ist aufgrund der Akten zu fällen, da die Angelegenheit spruchreif ist (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 223 Abs. 2 ZPO sowie Art. 256 Abs. 1 ZPO).

2.

Da die Zustellung an der im Handelsregister eingetragenen Domiziladresse nicht möglich ist, ist sie auf dem Weg der öffentlichen Bekanntmachung im SHAB vorzunehmen (Art 141 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.

Fehlt einer Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann ein Aktionär oder ein Gläubiger dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR). Insbesondere kann der Richter der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, innert der der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 1 OR), das fehlende Organ ernennen (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 2 OR) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR).²

Bei Mängeln in der Organisation einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar (Art. 819 OR).

4.

Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Jede öffentliche Tätigkeit muss ihren Zielen angemessen sein (§ 2 KV).

¹ BGE 141 III 43 E. 2.2.1; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, S. 14 ff.; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, S. 378 ff. sowie SCHNEUWLY, Die Wiederherstellung nach Art. 148 f. ZPO im Organisationsmängelverfahren, REPRAX 2/2016, S. 33 f. m.w.N.

² SCHÖNBÄCHLER (Fn. 1), S. 185 ff. m.w.N.

5.

5.1.

Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Gesuchstellerin hat diese gegenüber der Gesuchsgegnerin offene Forderungen aus dem Anschlussvertrag zur beruflichen Vorsorge vom 30. April bzw. 8. Mai 2020 (vgl. GB 5 - 7). Als Gläubigerin der Gesuchsgegnerin ist die Gesuchstellerin im vorliegenden Organisationsmangelverfahren sachlegitimiert.

5.2.

E. war bis zum 24. Februar 2023 einziger Gesellschafter und einziger Geschäftsführer der Beklagten und verfügte über Einzelunterschrift. Am 24. Februar 2023 wurde er als Geschäftsführer im Handelsregister gelöscht, so dass er seither lediglich als Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung eingetragen ist (GB 2). Hat eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung keinen Geschäftsführer mit Zeichnungsberechtigung (mehr), liegt ein Organisationsmangel vor (vgl. Art. 814 Abs. 2 OR).³

Gemäss Art. 809 Abs. 1 OR sind, sofern in den Statuten nichts anderes geregelt ist, alle Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Geschäftsführung berechtigt (sog. Prinzip der Selbstorganschaft).⁴ Einem Gesellschafter steht die Geschäftsführungsfunktion mit Zeichnungsberechtigung (Art. 814 Abs. 1 OR) von Gesetzes wegen zu. Nicht notwendig ist, dass er auch als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist.⁵ Zwar sieht die Handelsregisterverordnung eine Eintragungspflicht für Geschäftsführer vor (Art. 73 Abs. 1 lit. p HRegV). Der Eintrag ist aber rein deklaratorischer und nicht konstitutiver Natur.⁶ Kommt eine Gesellschaft der Eintragungspflicht nicht nach, liegt allenfalls ein Verstoß gegen die Eintragungspflicht, nicht aber ein Organisationsmangel vor.⁷

Vorliegend liesse sich vor diesem Hintergrund ein Organisationsmangel verneinen, zumal E. als Gesellschafter der Gesuchsgegnerin im Handelsregister eingetragen ist und ihm bereits deswegen die Funktion als Geschäftsführer zukommt. Ein Eintrag gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. p HRegV ist dafür hingegen nicht notwendig. Des Weiteren wurde nicht behauptet, dass die Statuten der Gesuchsgegnerin vom Prinzip der Selbstorganschaft abweichen. Insofern könnte gefolgert werden, dass trotz der Löschung des Geschäftsführers kein Organisationsmangel vorliegt.

Die Umstände im vorliegenden Fall weisen aber darauf hin, dass die Gesuchsgegnerin faktisch über keine Geschäftsführung verfügt, die willens

³ CHK OR-KRATZ, 3. Aufl. 2016, Art. 809 N. 3a.

⁴ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, 5. Aufl. 2016, Art. 809 N. 2.

⁵ BSK OR II-WATTER (Fn. 4), Art. 809 N. 11; HGer ZH, HE130201 E. 10.

⁶ Vgl. BSK OR II-WATTER (Fn. 4), Art. 720 N. 2; SIFFERT/FISCHER/PETRIN, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), 2008, Art. 809 N. 19.

⁷ HGer ZH, HE130201 E. 13.

und fähig ist, die Geschäfte der Gesuchsgegnerin zu besorgen. So blieb die Gesuchsgegnerin im Rahmen des vorliegenden Verfahrens untätig und es konnten ihr keine gerichtlichen Sendungen zugestellt werden. Ausserdem scheint die Gesuchsgegnerin keinerlei Geschäftsaktivitäten aufzuweisen. Entsprechend wurden auch die unbestrittenen Forderungen der Gesuchstellerin ohne ersichtlichen Grund nicht beglichen (s. Gesuch Rz. 3; GB 7). Weswegen *E.* als Geschäftsführer aus dem Handelsregister gelöscht wurde, ist nicht bekannt. Fest steht aber, dass die Gesuchsgegnerin über keine funktionierende Geschäftsführung verfügt und daher einen Mangel in der Organisation aufweist.⁸

5.3.

Die Gesuchsgegnerin wurde mit Verfügungen vom 15. Mai bzw. 14. Juni 2023 zur Antwort aufgefordert. Gleichzeitig wurde sie darauf hingewiesen, dass ihr bei versäumter Antwort und dem Fortbestand eines Mangels in der Organisation die Auflösung und die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs drohen.

Die Gesuchsgegnerin liess sich weder vernehmen noch stellte sie den rechtmässigen Zustand durch Einsetzung einer vorschriftsgemäss zusammengesetzten Geschäftsführung wieder her. Der vorgenannte Mangel in der Organisation der Gesuchsgegnerin dauert demnach an. Die Gesuchsgegnerin liess die ihr angesetzten Fristen unbenützt verstreichen und scheint nicht willens oder in der Lage zu sein, sich vernehmen zu lassen. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich und erscheint es als verhältnismässig, die Gesuchsgegnerin androhungsgemäss infolge eines andauernden Organisationsmangels in Anwendung von Art. 819 OR i.V.m. Art. 731b OR aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen.

6.

6.1.

Die Gesuchsgegnerin hat durch ihr Verhalten die Einleitung des vorliegenden Verfahrens verursacht, weshalb ihr die Kosten aufzuerlegen sind (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO).⁹

6.2.

Die Gerichtskosten bestehen lediglich aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO), welche sich nach § 8 VKD bemisst. Diese wird in Berücksichtigung des verursachten gerichtlichen Aufwands und angesichts von Schwierigkeit und Umfang der Streitigkeit auf Fr. 1'500.00 festgesetzt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe

⁸ Vgl. BÜHLER, Organisationsmängel: Typische Anwendungsfälle von Art. 731b OR und gesondert geregelte Konstellationen, SJZ 2018, S. 448 m.w.N.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, §14 N. 270.

⁹ Vgl. MÜLLER/MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, S. 57.

von Fr. 1'500.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten von Fr. 1'500.00 direkt zu ersetzen.

6.3.

Die Parteientschädigung besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung der Parteien (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Bei ihrer Festsetzung ist von den kantonalen Tarifen auszugehen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 30'000.00 – bemessen (vgl. § 3 AnwT). Ausgehend von einer Grundentschädigung von Fr. 6'190.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von Fr. 1'547.50, womit eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten sind (§ 6 Abs. 1 AnwT). Nach einem weiteren Abzug von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 1 AnwT) und Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 1'275.15, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrer Rechtsvertretung bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).¹⁰ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht zu berücksichtigen.

¹⁰ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <<https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf>> (letztmals besucht am 27. Juni 2023).

Der Präsident erkennt:

1.

Die Gesuchsgegnerin **wird** mit Wirkung ab

Donnerstag, 29. Juni 2023, 12.00 Uhr

aufgelöst.

2.

Es wird die Liquidation der Gesuchsgegnerin nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet.

3.

Das Konkursamt des Kantons Aargau, Amtsstelle Oberentfelden, wird nach Rechtskraft dieses Entscheides beauftragt, die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs durchzuführen.

4.

Die Meldung an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau gemäss Art. 158 HRegV betreffend die Auflösung der Gesuchsgegnerin erfolgt nach Rechtskraft dieses Entscheides.

5.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'500.00 werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'500.00 verrechnet, so dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Fr. 1'500.00 direkt zu ersetzen hat.

6.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'275.15 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Rechtsvertreter; zweifach)
- die Gesuchsgegnerin (via öffentliche Bekanntmachung im SHAB)
- das Handelsregisteramt des Kantons Aargau (**nach** Eintritt der Rechtskraft)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse
- das Bezirksgericht Aarau

Mitteilung an (Entscheid **noch nicht** rechtskräftig):

- das Konkursamt des Kantons Aargau, Amtsstelle Oberentfelden
- die Leiterin Konkursamt, Postfach, 5036 Oberentfelden
- das Betreibungsamt Buchs
- das Grundbuchamt Zofingen

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 29. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber-Stv.:

Dubs

Jurcevic

