



AR GVP 33/2021 Nr. 3822

Mangel in der Organisation einer Aktiengesellschaft (Art. 731b OR), anwendbare Verfahrensmaxime (Art. 55 ZPO). Unbesehen, ob im Organisationsmängelverfahren die Dispositionsmaxime oder der gemässigte Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, obliegt es der Gesellschaft, die Umstände anzuführen und vorzutragen, die gegen den Erlass der gesetzlich vorgesehenen Massnahmen sprechen.

Verfügung des Einzelrichters des Obergerichts, 16.03.2021, ERZ 21 6

Aus den Erwägungen:

2.2 Die Berufungsklägerin macht geltend, sie habe den Mangel des fehlenden Organs anlässlich einer ausserordentlichen Generalversammlung am 5. November 2020 beseitigt. Am 17. November 2020 und damit rund 2 Wochen vor dem Entscheid der Vorinstanz sei der Eintrag im Handelsregister erfolgt.

Mit diesem Einwand impliziert die Berufungsklägerin, die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, sich beim Handelsregisteramt über allfällige Anträge auf Registeränderungen von Amtes wegen kundig zu machen. Auch im Summarverfahren gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO; STEPHAN MAZAN, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 1 zu Art. 255 ZPO). Verfahren nach Art. 731b OR fallen nicht unter Art. 255 ZPO, der nur für zwei Kategorien von Fällen den eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz vorsieht. Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass Art. 255 ZPO die Verfahren mit Untersuchungsmaxime abschliessend aufzählt (MARTIN KAUFMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 18 zu Art. 255 ZPO, mit Hinweisen; Bedenken an dieser Ansicht äussert INGRID JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 255 ZPO, allerdings mit Blick auf Arbeits- und Mietstreitigkeiten). In Abweichung davon tritt ein Teil der Lehre für die Anwendung der Untersuchungsmaxime in Organisationsmängelverfahren ein mit der Begründung, es könnten auch Interessen Dritter und der Öffentlichkeit tangiert sein (MAZAN, a.a.O., N. 4b zu Art. 255 ZPO, mit Hinweis auf BGE 138 III 294 E. 3.1.3; BOHRER/KUMMER, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N. 58 zu Art. 731b OR). Selbst wenn man dieser abweichenden Meinung folgen würde, würde nur der gemässigte Untersuchungsgrundsatz gelten: Das Gericht hätte den Sachverhalt nicht zu *erforschen* und es würde der Gesellschaft obliegen, die Umstände anzuführen und vorzutragen, die gegen den Erlass der gesetzlich vorgesehenen Massnahmen sprechen (MAZAN, a.a.O., N. 6 zu Art. 255 ZPO; BGE 125 III 231 E. 4a). Auch die - objektive - Beweislast dafür, dass die Organe rechtmässig bestellt sind, liegt bei der Gesellschaft (WATTER/PAMER-WIESER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 731b OR; BOHRER/KUMMER, a.a.O., N. 58 zu Art. 731b OR). Es wäre somit Sache der Berufungsklägerin gewesen, den Nachweis der Wahl eines neuen Verwaltungsrates im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens direkt der Vorinstanz zu unterbreiten, was sie indessen unbestrittenemassen nicht getan hat. Die Vorinstanz hatte der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 29. Oktober 2020 gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um den rechtmässigen Zustand betreffend Verwaltungsrat wieder herzustellen, unter Androhung der richterlichen Auflösung der Gesellschaft bei fehlendem Nachweis innert Frist. Nachdem die Berufungsklägerin diesen Nachweis gegenüber der Vorinstanz nachweislich nicht erbracht hat, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Liquidation der Berufungsklägerin nach den Vorschriften über den Konkurs angeordnet hat.