

stand hin, dass der die Mindestabnahmeverpflichtung der Beschwerdeführerin enthaltende Appendix 4 zum Rahmenvertrag zwischen den Parteien aufgrund von Liquiditätsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten mehrmals geändert werden musste. Einen strikten Beweis für die behaupteten Liquiditätsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin damit zwar nicht erbracht. Die gesamten Umstände lassen die diesbezügliche Darstellung der Beschwerdegegnerin indes als sehr wahrscheinlich erscheinen. Denn erstens wurden in den geänderten Appendizes jeweils primär die Zahlungstermine für die Medizinalprodukte zeitlich nach hinten verschoben bzw. Vorauszahlungsverpflichtungen der Beschwerdeführerin zuerst gemildert und letztlich ganz aufgehoben. Und zweitens enthalten die fraglichen Dokumente keinerlei Anhaltspunkte für die gegenteilige Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach der Grund für die Änderung der Zahlungsmodalitäten in der Unverkäuflichkeit der Produkte wegen eines zu hohen Endpreises gelegen haben sollte. Es ist denn auch nicht einsehbar, weshalb die Parteien in diesem Falle die Zahlungsmodalitäten und nicht direkt den angeblich vorgeschriebenen, zu hohen Endverkaufspreis geändert haben sollten. Zusammenfassend erscheint es somit als sehr wahrscheinlich, dass die wiederholte Revision von Appendix 4 zum Rahmenvertrag im Verlaufe des Jahres 2008 ihren Grund in den Zahlungsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin hatte. In Anbetracht der absoluten Höhe der von der Beschwerdegegnerin erhobenen Forderung genügt dieser Umstand jedenfalls zur Begründung eines aktuellen, schutzwürdigen Einsichtsinteresses i.S.v. Art. 697h Abs. 2 OR. Denn war die Einbringlichkeit einer derart bedeutenden Forderung vor bloss zwei Jahren mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet, besteht Grund zur Annahme, dass dieser Zustand auch heute noch besteht, zumal die Beschwerdeführerin keinerlei Umstände anführt, welche auf eine erhebliche Verbesserung ihrer finanziellen Situation seit damals schliessen lassen würden. Die angefochtene Verfügung ist somit nicht zu beanstanden. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 23. Dezember 2010 (vom Bundesgericht mit Urteil 4A_69/2011 vom 29. März 2011 bestätigt)

Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR – Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sachwalters

Aus den Erwägungen:

5. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b Abs. 1 OR ein Aktionär, Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter

beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der Richter kann insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist, das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen. Ernennet der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für die die Ernennung gültig ist. Er verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten (Art. 731b Abs. 2 OR).

6.1 Aktenkundig liegt bei der Gesuchsgegnerin ein Organisationsmangel vor, der innert Frist nicht behoben wurde.

6.2 Unbestrittenermassen ist der Gesuchsteller Gläubiger der Gesuchsgegnerin, womit er befugt ist, beim Richter die erforderlichen Massnahmen gemäss Art. 731b Abs. 1 OR zu beantragen.

6.3 Die (rechtskräftige) Konkurseröffnung gegen den Schuldner ist bei der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Abs. 1 StGB objektive Strafbarkeitsbedingung (vgl. Brunner, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel 2003, N 11 zu Art. 165 StGB; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich/St. Gallen 2008, N 11 zu Art. 163 StGB sowie N 12 zu Art. 165 StGB). Nachdem Art. 731b OR erst am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist und Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR keinen neuen Konkursgrund darstellt, sondern vielmehr von der Anordnung einer Auflösung auszugehen ist, die insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes nach den Regeln des Konkurses zu erfolgen hat (vgl. Bürge/Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängel der AG und der GmbH, in: SJZ 2009, S. 160), und es somit an einem Konkursgrund gemäss SchKG und an einer Konkurseröffnung fehlt (vgl. Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, in: AJP 2008, S. 1381 f.), kann bei der Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR keine rechtsgenügende Konkurseröffnung im Sinne von Art. 165 Abs. 1 StGB angenommen werden.

6.4 Beim Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und den Verkehrsschutz vor Individualinteressen zu stellen. Er ist deshalb auch nicht an allfällige spezifische Anträge der antragsstellenden Partei gebunden. Die im Gesetz aufgezählten Massnahmen stehen grundsätzlich in einem gewissen Stufenverhältnis; eine gravierende Massnahme soll nur und erst dann angeordnet werden, wenn eine mildere nicht genügt oder erfolglos geblieben ist (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 1384 f.).

Gestützt auf die unbestrittenen Ausführungen des Gesuchstellers rechtfertigt es sich, vorliegend von einer Auflösung im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR abzu sehen und der Gesuchsgegnerin einen Sachwalter zu bestellen. Damit wird dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und schliesslich auch dem Verkehrsschutz Rechnung getragen. Es ist anzunehmen, dass der Gesuchsteller selber eine ordentliche Konkursöffnung erwirken wird. Dem Sachwalter ist subsidiär, d.h. für den Fall, dass der Gesuchsteller oder ein anderer Gläubiger untätig bleibt, die Aufgabe zu erteilen, eine ordentliche Konkursöffnung zu erwirken, falls die rechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Das Mandat des Sachwalters ist längstens bis zum Abschluss des Konkursverfahrens zu befristen. Der Gesuchsteller schlägt als Sachwalterin die x AG vor, wogegen die Gesuchsgegnerin nicht opponiert hat. Die x AG ist mithin als Sachwalterin zu ernennen. Die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, der Sachwalterin uneingeschränkt und jederzeit Zugang zu den Büros und zu den Akten zu gewähren.

7. Die Kosten für das vorliegende Verfahren sowie die Sachwalterin sind grundsätzlich von der Gesuchsgegnerin zu tragen (Art. 731b Abs. 2 OR; § 38 Abs. 1 ZPO), vom Gesuchsteller jedoch vorzuschiessen (vgl. § 36 Abs. 3 ZPO).

Kantonsgericht, Einzelrichter, 20. April 2010