

2. Vorweg ist festzuhalten, dass die Gültigkeit der AVB, insbesondere der Ziffer 6 (Verzug) unbestritten geblieben ist. In Ziffer 6.2 der AVB haben die Parteien bezüglich «Schadenersatzes» von 15 % des Fahrzeugkaufpreises eine Konventionalstrafe nach Art. 160 Abs. 1 OR vereinbart (Stöckli, Verträge und AGB beim Autokauf, publiziert in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 2006, Freiburg 2006, S. 31 f.). Die Beklagte verspricht – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – einen objektiv bestimmbaren Betrag zu bezahlen, falls sie in Schuldnerverzug gerät, d.h. ihre vertragliche Pflicht nicht oder nicht richtig erfüllt (vgl. BGE 122 III 420 E. 2a). Die Klägerin hat – mit Ausnahme des Verschuldens – die Voraussetzungen der Konventionalstrafe zu beweisen. Zudem ist sie vom Schadensnachweis befreit (Art. 161 Abs. 1 OR).

2.1 Übernimmt die Käuferin den Wagen nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, ist sie von der Verkäuferin gemäss Ziffer 6.2 der AVB schriftlich zu mahnen, wodurch die Käuferin in Verzug gerät. Ausserdem ist der Käuferin eine Nachfrist von 30 Tagen anzusetzen. Das Einräumen dieser Frist hat separat zu erfolgen. Die Nachfrist kann nicht bereits mit der schriftlichen Mahnung angesetzt werden (Stöckli, a.a.O., S. 32 und FN 100). Aufgrund der verhältnismässig hohen Konventionalstrafe von 15 % des Fahrzeugkaufpreises sowie der Tatsache, dass diese Klausel regelmässig auf Verlangen des Verkäufers vereinbart und zu Gunsten des Käufers im umgekehrten Fall keine Konventionalstrafe verabredet wird, ist die doppelte Aufforderung an den säumigen Käufer gerechtfertigt. Will die Verkäuferin mit anderen Worten die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe geltend machen, hat sie die von ihr bzw. ihrem Dachverband formulierten Regeln strikte einzuhalten.

2.2 Die Klägerin hat vorliegend den Nachweis nicht erbracht, dass sie die Beklagte schriftlich gemahnt und ihr danach eine Frist von 30 Tagen zur Erfüllung angesetzt hat. (...) Die Klage erweist sich demzufolge als unbegründet und ist abzuweisen. (...)

Kantonsgericht, 7. Juli 2011

Art. 731b OR – Bei Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. Weiter hat er den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen (Einsetzung einer Liquidatorin und einer Revisionsstelle)

Aus den Erwägungen:

11. Einig sind sich die Beteiligten grundsätzlich darin, dass die Gesuchsgegnerin aufzulösen und ihre Liquidation anzuordnen sei.

Ob eine Gesellschaft aufzulösen ist, steht im Ermessen des Richters, wobei alle Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen sind (vgl. Watter/ Wieser, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, N 25 zu Art. 731b OR). Angesichts der Übereinstimmung der Beteiligten sowie der bestehenden und offenbar unüberbrückbaren Pattsituation zwischen den Aktionären, welche nicht durch einen Sachwalter gelöst werden kann und deren Ursache vorliegend nicht zu beurteilen ist, ist die Auflösung und Liquidation der Gesuchsgegnerin anzuordnen.

12. Uneinig sind sich insbesondere die beiden Aktionäre aber über die Art der Liquidation. Während D. eine ordentliche Liquidation bevorzugt, damit alle bestehenden Ansprüche der Gesuchsgegnerin erhältlich gemacht werden können, um die Gläubiger der Gesuchsgegnerin zu befriedigen, stellt sich Y. primär auf den Standpunkt, die Gesuchsgegnerin sei nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren, weil andere Massnahmen nicht im Interesse der Gesuchsgegnerin seien. Der Gesuchsteller hat nichts gegen eine ordentliche Liquidation einzuwenden.

Beim Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. Weiter hat er den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Eine schärfere Massnahme soll nur und erst dann angeordnet werden, wenn eine mildere nicht genügt oder erfolglos geblieben ist (vgl. Lorandi, AJP 2008, S. 1384 f.; Bürge/Gut, SJZ 105/2009, S. 159 f.).

Bei der konkursamtlichen Liquidation handelt es sich um die ultima ratio, der grundsätzlich die ordentliche Liquidation vorzuziehen ist (vgl. zu den Wirkungen des Konkurses z.B. Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht II, 3. A., Zürich 1993, N 1 f. zu § 35; Bünzli, Leitfaden zum SchKG, Zürich 1994, S. 85). Diese dürfte insgesamt mehr Gewähr dafür bieten, dass den Anliegen der Gläubiger auf Befriedigung ihrer Forderungen und auch den Anliegen der Aktionäre besser Rechnung getragen wird. Vorliegend ist es auch gerechtfertigt, die ordentliche Liquidation anzuordnen, damit im Gesellschaftsinteresse der Wert und der Verkauf der Tochtergesellschaft sowie die Anhebung allfälliger Ersatzansprüche gegenüber der Tochtergesellschaft oder von dieser gegenüber Dritten abgeklärt werden kann, nachdem sich die Aktionäre darüber uneinig sind. Mit-

hin ist die ordentliche Liquidation anzuordnen. Daran ändern auch die Ausführungen von Y. mit Bezug auf mögliche Kosten, Erfolg und Zeitbedürfnis nichts.

13. Wird die ordentliche Liquidation angeordnet, so hat der Richter im Sinne von Art. 731b OR die notwendigen Organe einzusetzen, vorliegend somit den Liquidator und die Revisionsstelle.

RA lic.iur. J. sowie die S. haben sich als Liquidatorin bzw. Revisionsstelle zur Verfügung gestellt. Der Gesuchsteller hat offenbar gegen diese Ernennungen nichts einzuwenden. Y. moniert zwar, dass solche Organe nicht durch eine Partei vorgeschlagen werden dürften, sondern vom Gericht bezeichnet werden müssten, um einen Interessenkonflikt zu vermeiden. Substanzielle Einwände gegen die Ernennung von RA lic.iur. J. sowie der S. erhebt er jedoch nicht. Nachdem auch sonst keine Interessenkollisionen oder Befangenheitsgründe ersichtlich sind, sind die Vorgeschlagenen somit zu ernennen.

14. Uneinig sind sich D. und Y. weiter über die Amtszeit der Liquidatorin. Der eine geht von zwölf Monaten, der andere von drei Monaten aus.

Art. 731b Abs. 2 OR sieht vor, dass wenn der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennt, auch die Dauer bestimmt, für die die Ernennung gültig ist. Dies hat vorliegend ebenfalls zu geschehen. Angesichts der von den Aktionären geschilderten Problematik ist eine Befristung auf ein Jahr angezeigt (vgl. auch Watter/Wieser, a.a.O., N 22; Bürgi/Gut, a.a.O., S. 164). Entgegen der Ansicht von Y. wird es nämlich nicht darum gehen, die Tochtergesellschaft sowie die weiteren Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin auf dem schnellstmöglichen, sondern auf dem bestmöglichen Weg zu verwerten. Dafür ist eine Frist von einem Jahr besser geeignet.

15. Kommt der Richter zum Schluss, dass ein Organ oder Sachwalter einzusetzen ist, hat er diesen Kompetenzen im Urteil festzuhalten (vgl. Watter/Wieser, a.a.O., N 21 zu Art. 731b OR).

Vorliegend ist die Liquidatorin anzuweisen, die Liquidation der Gesuchsgegnerin und alle dafür notwendigen Handlungen auszuführen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch allfällige Ersatzansprüche der Gesuchsgegnerin der Tochtergesellschaft gegenüber bzw. von dieser Dritten gegenüber abzuklären und allenfalls einzufordern sowie den Verkauf der Tochtergesellschaft sowie weiterer Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin vorzunehmen. Es werden der Liquidatorin dafür alle nötigen Kompetenzen eingeräumt. Die Art und Weise, wie die Liquidato-

rin im Einzelnen vorzugehen hat, ist indessen nicht festzulegen, sondern bleibt in deren Ermessen.

Die Aufgabe der Revisionsstelle muss nicht besonders bezeichnet werden, sondern entspricht dem gesetzlichen Auftrag.

16. Der Richter kann im Falle der Einsetzung eines Organs oder Sachwalters die Gesellschaft verpflichten, die Kosten der Massnahme zu tragen sowie einen Kostenvorschuss zu leisten (vgl. Art. 731b Abs. 2 OR; Watter/Wieser, a.a.O., N 21 zu Art. 731b OR).

Die Gesuchsgegnerin ist somit zu verpflichten, die Kosten für die Liquidatorin sowie die Revisionsstelle zu übernehmen. Zudem hat sie der Liquidatorin einen Kostenvorschuss von CHF 5'000.- und der Revisionsstelle einen solchen von CHF 3'000.- zu leisten. Unterbleibt der Kostenvorschuss oder werden die weiteren Kosten der Liquidatorin und der Revisionsstelle nicht bezahlt, fällt die angeordnete Massnahme dahin.

Auf den Antrag von D., dem Gericht im Sinne eines Darlehens unter Rangrücktritt CHF 20'000.- zu überweisen, um der Gesuchsgegnerin und den eingesetzten Organen die Aufnahme der geordneten Liquidationstätigkeit zu ermöglichen, kann mangels Parteistellung nicht eingetreten werden. Es ist Sache der Aktionäre der Gesuchsgegnerin, die nötigen Mittel zur Verfügung zu stellen, was in Zusammenarbeit mit der Liquidatorin zu geschehen hat. Auf welche Art und Weise dies zu erfolgen hat, ist vorliegend nicht festzulegen.

17. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Gesuchsgegnerin die gerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Was die Kosten für die Eingaben von D. und Y. anbelangt, welche formell nicht Verfahrensbeteiligte sind, so gilt es zu berücksichtigen, dass diese Kosten durch die Pattsituation der Aktionäre entstanden sind, welche diese selber zu verantworten haben. Dementsprechend haben sie auch je für die Kosten ihrer Eingaben selber aufzukommen.

Kantonsgericht, Einzelrichter, 16. Mai 2011