

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 23 358

Bern, 9. Januar 2024

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Zbinden und Ober-
richterin Falkner
Gerichtsschreiberin Wittwer

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchsgegnerin/Berufungsklägerin

gegen

Regionalgericht Bern-Mittelland, Zivilabteilung, Effingerstrasse
34, 3008 Bern

Vorinstanz

Gegenstand

Organisationsmängel

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 19. Juli 2023 (CIV 23 3311)



Regeste:

Auflösung der Gesellschaft wegen Organisationsmangel (Art. 939 OR; Art. 731b OR; Art. 317 Abs. 1 ZPO)

Wird der vom Handelsregisteramt festgestellte Organisationsmangel nicht innert der angesetzten Frist behoben und kommt es in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 OR zur Überweisung der Sache an das Gericht, handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Für diese Verfahren gilt gemäss Art. 255 Bst. b ZPO der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, weshalb im Berufungsverfahren die Novenregelung von Art. 317 Abs. 1 ZPO greift und unechte Noven, welche ohne Weiteres bereits erstinstanzlich hätten ins Recht gelegt werden können, oberinstanzlich nicht zu berücksichtigen sind (E. 20).

Erwägungen:

I.

1. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2022 teilte das Handelsregisteramt des Kantons Bern der A. _____ AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin oder Berufungsklägerin) mit, dass die bei ihr bisher eingetragene Revisionsstelle C. _____ AG am 30. August 2022 im Handelsregister gelöscht worden sei, weshalb der Verdacht auf einen Organisationsmangel bestehe. Die Berufungsklägerin wurde aufgefordert, dem Amt allfällige Änderungen – insbesondere eine neue Revisionsstelle oder einen Verzicht auf eine eingeschränkte Revision (sog. Opting-Out) – mit den nötigen Belegen anzumelden, verbunden mit dem Hinweis, dass ohne Rückmeldung innert 30 Tagen ein amtliches Verfahren nach Art. 938 des Obligationenrechts (OR; SR 220) und Art. 152 ff. der Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411) eingeleitet werde (Beilage Handelsregisteramt [B HRA] 2).
2. Mit Schreiben vom 8. Februar 2023 wurde die Berufungsklägerin vom Handelsregisteramt erneut auf den Mangel in ihrer Organisation (fehlende Revisionsstelle) hingewiesen und dabei aufgefordert, innert 30 Tagen den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und die entsprechende Anmeldung beim Handelsregisteramt vorzunehmen. Gleichzeitig wurde die Berufungsklägerin mit Verweis auf Art. 939 Abs. 2 OR darauf aufmerksam gemacht, dass das Handelsregisteramt nach unbenutztem Ablauf der Frist die Angelegenheit dem Gericht überweise, damit es die erforderlichen Massnahmen treffe. Die Möglichkeiten nach Art. 731b Abs. 1^{bis} OR, darunter die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs, wurden explizit aufgelistet (B HRA 3a).
3. Nachdem die Berufungsklägerin, handelnd durch Herrn D. _____ als Verwaltungsratsmitglied, das Handelsregisteramt daraufhin telefonisch informiert hatte, dass die Revisionsstelle an der Generalversammlung Ende März bestimmt und anschliessend dem Handelsregisteramt gemeldet werde (interne Info-Mail vom 14. März 2023 [B HRA 4]), an dieser jedoch – wie von Herrn D. _____ wiederum telefonisch mitgeteilt – keine Einigung betreffend Revisionsstelle erzielt werden konnte, gewährte das Handelsregisteramt der Berufungsklägerin in der Folge eine letzte Fristverlängerung bis Ende Mai 2023 (Telefonnotiz vom 24. April 2023 [B HRA 5]).
4. Nach unbenutztem Ablauf der Frist, überwies das Handelsregisteramt die Angelegenheit in Anwendung von Art. 939 Abs. 2 OR dem Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Vorinstanz), welches die Akten am 15. Juni 2023 erhielt. Noch am selben Tag erging folgende Verfügung der Vorinstanz (pag. 7 ff.):
 1. [Bestätigung Eingang Eingabe des Handelsregisteramtes]
 2. Die Gesuchsgegnerin wird aufgefordert, **innert 30 Tagen ab Zustellung** dieser Verfügung die geltend gemachten Mängel in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation zu beheben.

Die für die Anmeldung erforderlichen Belege sind im Original direkt beim Handelsregisteramt einzureichen. Eine Kopie davon ist dem Regionalgericht Bern-Mittelland zuzustellen.

3. Besteht aus Sicht der Gesuchsgegnerin kein zu behebender Mangel in der Organisation der Gesellschaft, so hat sie dies **innert 30 Tagen ab Zustellung** dieser Verfügung in einer schriftlichen Stellungnahme gegenüber dem Regionalgericht darzutun und mit Urkunden zu belegen.
4. Sollte die Anmeldung mit den erforderlichen Unterlagen für die Eintragungen nicht innert Frist beim Handelsregisteramt eingehen (Ziff. 2) bzw. nicht innert Frist beim Regionalgericht schlüssig dargetan und belegt werden, dass kein zu behebender Mangel in der Organisation der Gesellschaft besteht (Ziff. 3), wird der Gesuchsgegnerin ihre Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs ausdrücklich angedroht.
5. Nach Ablauf der Fristen gemäss vorstehenden Ziffern 2 und 3 wird das Gericht über die erforderlichen Massnahmen schriftlich entscheiden. Verspätete Eingaben werden nicht beachtet (Säumnisfolgen nach Art. 147 Abs. 2 ZPO).
6. [Hinweis auf Möglichkeit der Akteneinsichtnahme]
7. [Eröffnungsformel]

Diese Verfügung wurde der Berufungsklägerin am 16. Juni 2023 zugestellt (pag. 11).

5. Nachdem sich die Berufungsklägerin innert der angesetzten Frist nicht vernehmen liess, entschied die Vorinstanz am 19. Juli 2023 was folgt (pag. 13 ff.):
 1. Die A. _____ AG wird gestützt auf Art. 939 OR i.V.m. Art. 731b OR aufgelöst.
 2. Das Konkursamt Bern-Mittelland wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids angewiesen, die A. _____ AG analog den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren.
 3. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und sind durch das Konkursamt Bern-Mittelland direkt zu verrechnen.
 4. [Eröffnungsformel]

Dieser Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 28. Juli 2023 im Dispositiv eröffnet (pag. 17), worauf diese am 3. August 2023 und damit innert der 10-tägigen Frist, eine schriftliche Entscheidbegründung verlangte (pag. 21). Diese erging am 17. August 2023 (pag. 23 ff.) und wurde der Berufungsklägerin am 24. August 2023 zugestellt (pag. 33).

6. Gegen diesen Entscheid reichte die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 4. September 2023 (Postaufgabe gleichentags) durch ihren Rechtsvertreter Berufung beim Obergericht des Kantons Bern ein und beantragte, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 37 ff.).
7. Mit Verfügung vom 12. September 2023 bestätigte die Instruktionsrichterin den Eingang der Berufung und forderte die Berufungsklägerin zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 1'500.00 auf (pag. 69A ff.).

8. Nach Eingang des Kostenvorschusses forderte die Instruktionsrichterin das Handelsregisteramt des Kantons Bern mit Verfügung vom 19. September 2023 auf, innert 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung eine Stellungnahme einzureichen (pag. 73 ff.).

Diese ging am 26. September 2023 beim Obergericht ein (pag. 79 ff.).

9. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2023 reichte Rechtsanwalt B. _____ dem Gericht aufforderungsgemäss seine Kostennote ein (pag. 87 ff.).

II.

10. Beim Verfahren betreffend Organisationsmängel handelt es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Berufung ist folglich nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit Blick auf das nominelle Grundkapital (Aktienkapital), welches sich bei der Berufungsklägerin gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Bern auf CHF 100'000.00 beläuft, erweist sich die Berufung als das zulässige Rechtsmittel (Urteil des Bundesgerichts 4A_387/2020 vom 17. September 2020 E. 1.2.1; DOMENIG/GÜR, Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in: AJP 2021/168, S. 177).
11. Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung der vorliegenden Berufung zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Beurteilung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
12. Die Berufungsfrist gegen – wie vorliegend – im summarischen Verfahren ergangene Entscheide (Art. 248 Bst. e ZPO, vgl. auch BGE 138 III 166 E. 3.9 = Pra 101 [2012] Nr. 102) beträgt zehn Tage seit Zustellung des begründeten Entscheids (Art. 314 Abs. 1 ZPO) und wurde mit Postaufgabe der Berufung am 4. September 2023 eingehalten (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO).
13. Auf die im Übrigen formgerecht eingereichte Berufung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist einzutreten.
14. Gemäss Art. 310 ZPO kann mit Berufung eine unrichtige Rechtsanwendung (Bst. a) und/oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Bst. b) geltend gemacht werden.
15. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer

Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Wie in den nachfolgenden Erwägungen noch aufgezeigt werden wird, handelt es sich bei den von der Berufungsklägerin erstmals oberinstanzlich vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und vorgelegten Beweismitteln um unzulässige und damit nicht zu berücksichtigende unechte Noven (E. 20.1 und 20.2 unten).

16. Soweit die Berufungsklägerin oberinstanzlich ausserdem den Beweisantrag auf Edition der Telefonprotokolle mit Anruflisten der Nummern _____ und _____ vom Juni und Juli 2023 bei der E. _____ GmbH und der F. _____ AG stellt, ist dieser abzuweisen. Für die Begründung wird auch hier auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen (E. 19.3 unten).

III.

17. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid wie folgt:

Die Berufungsklägerin weise Mängel in der gesetzlich umschriebenen zwingenden Organisation auf. Sie verfüge über keine Revisionsstelle mehr bzw. über keine Erklärung, wonach sie auf eine eingeschränkte Revision verzichte (mit Verweis auf Art. 727 ff. OR und Art. 61 ff. HRegV; SIFFERT, in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Bern 2021, N 25 zu Art. 939 OR). Da der Mangel auf (mehrmalige) Aufforderung des Handelsregisteramtes des Kantons Bern nicht behoben worden sei, habe dieses die Angelegenheit, wie in Art. 939 OR vorgeschrieben, dem zuständigen Regionalgericht überwiesen, welches die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen habe. Hierbei komme dem Gericht ein grosser Ermessensspielraum zu, wobei gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} OR insbesondere drei Möglichkeiten bestehen würden, nämlich das Ansetzen einer Frist an die Gesellschaft, innert welcher der rechtmässige Zustand wiederherzustellen sei, unter Androhung ihrer Auflösung (Ziff. 1), die Ernennung des fehlenden Organs oder eines Sachwalters (Ziff. 2) sowie die Auflösung der Gesellschaft und Anordnung deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs (Ziff. 3).

Vorliegend habe die Berufungsklägerin, obwohl sie mit Verfügung vom 15. Juni 2023 zur Behebung der Mängel resp. zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme aufgefordert und darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass ohne Reaktion die Gesellschaft aufgelöst werde, nicht reagiert. Ebenso wenig habe sie sich in dieser Zeit beim Handelsregisteramt gemeldet und den Mangel behoben. Vor diesem Hintergrund scheine es gerechtfertigt und verhältnismässig, die Berufungsklägerin infolge andauernder Organisationsmängel aufzulösen und ihre Liquidation anzuordnen. Die Berufungsklägerin habe ihren Mangel und die Folgen dessen Nichtbehebung gekannt. Es sei ihr sowohl vom Handelsregisteramt als auch vom Gericht genügend Zeit zur Behebung des Mangels gewährt worden, wobei das Handelsregisteramt ihr sogar noch zusätzliche Fristverlängerungen eingeräumt habe. Sodann sei die Berufungsklägerin vom Handelsregisteramt wie auch vom Gericht jeweils auf die möglichen Konsequenzen bei Nichthandeln hingewiesen wor-

den. Das Konkursamt Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, sei daher gerichtlich anzuweisen, die Berufungsklägerin ohne vorgängige Konkurseröffnung nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren (mit Verweis auf SIFFERT, a.a.O., N 27 zu Art. 939 OR und MEISTERHANS/GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021, Rz. 656).

18.

18.1 In ihrer Berufung lässt die Berufungsklägerin durch ihren Rechtsvertreter zum einen ausführen, Ziff. 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 15. Juni 2023 sei so zu verstehen gewesen, dass bei Unterbleiben der Handlungen innert Frist der Konkurs ausdrücklich noch angedroht werde. Die sofortige gerichtliche Auflösung sei entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht angedroht worden. Auch aus Ziff. 5 der fraglichen Verfügung lasse sich eine solche unmittelbare Folge nicht ableiten, zumal das Androhen der Auflösung der Gesellschaft ebenfalls eine Massnahme sei, welche nach ungenutztem Fristablauf hätte getroffen werden können und vorliegend mangels klarer vorheriger Androhung auch getroffen hätte werden müssen. Somit habe die Vorinstanz mit ihrem Entscheid unzulässigerweise eine härtere Massnahme getroffen als angedroht.

18.2 Zum anderen wird in der Berufung geltend gemacht, in Ziff. 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 15. Juni 2023 sei nur eine Frist von 30 Tagen zur Behebung des Organisationsmangels angesetzt worden, nicht jedoch eine Frist für das Einreichen der Belege und der Kopien. Ausserdem habe der Hinweis in der Verfügung, dass die für die Anmeldung erforderlichen Belege im Original direkt beim Handelsregisteramt einzureichen seien und lediglich eine Kopie davon dem Regionalgericht Bern-Mittelland zuzustellen sei, die Berufungsklägerin – nach am 8. Juni 2023 beschlossenen Opting-Out (Ziff. 8 des Protokolls der Universalversammlung [Berufungsbeilage 6]) – dazu veranlasst, sich beim Handelsregisteramt (und nicht etwa beim Gericht) zu melden. Herr G._____, Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin, habe beim Handelsregisteramt angerufen, diesem mitgeteilt, dass das Opting-Out zwischenzeitlich erfolgt sei und sich bei diesem mit Blick auf die vorinstanzliche Verfügung erkundigt, wie weiter vorzugehen sei. Das Handelsregisteramt habe dabei die Auskunft erteilt, dass es mittlerweile zu spät sei und die Sache bereits beim Gericht liege. Die Berufungsklägerin müsse nun den Entscheid der Vorinstanz abwarten und dann diesen anfechten. Aufgrund dieser Information habe die Berufungsklägerin die Anmeldung durch Unterzeichnung der KMU-Erklärung am 30. Juni 2023 vorbereitet (Berufungsbeilage 7) und dann auf den Entscheid der Vorinstanz gewartet. Nachdem dieser ergangen sei, habe sich die Berufungsklägerin entschlossen, den Unterzeichnenden resp. dessen Kanzlei zu kontaktieren (Berufungsbeilage 8). Für den juristischen Laien G._____ und seine Verwaltungsratskollegen sei nicht ersichtlich gewesen, dass die vorbehaltlos und konkret erteilte Auskunft des Handelsregisteramtes unzutreffend war, weshalb sie sich darauf hätten verlassen dürfen. Die Berufungsklägerin sei aufgrund der Formulierung von Ziff. 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 15. Juni 2023 davon ausgegangen, ihre Pflicht erfüllt zu haben, indem sie das Opting-Out beschlossen und sich beim Handelsregisteramt gemeldet habe. Deshalb habe sie zugewartet,

um entsprechend der Auskunft des Handelsregisteramtes, welches sie wegen Ziff. 2 der besagten Verfügung als zuständig erachten durfte, vorzugehen.

- 18.3 Zusammenfassend habe die Vorinstanz durch unklare und zweideutig formulierte Instruktionen dazu beigetragen, dass die Berufungsklägerin sich beim Handelsregisteramt anstatt beim Gericht gemeldet und dann eine falsche Auskunft erhalten und darauf vertraut habe. Dies habe zu den falschen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid geführt, wonach der Organisationsmangel nicht behoben worden sei und die Berufungsklägerin sich nicht habe vernehmen lassen. Die Vorinstanz hätte sich – im Lichte dieser unklaren Instruktionen – vor ihrem Entscheid beim Handelsregisteramt erkundigen müssen, ob sich die Berufungsklägerin tatsächlich nicht habe vernehmen lassen.
- 18.4 Mit dem Opting-Out vom 8. Juni 2023 habe bereits im Urteilszeitpunkt kein Organisationsmangel der Berufungsklägerin mehr vorgelegen. Der Handelsregistereintrag sei für das Opting-Out wie auch für die Wahl der Revisionsstelle rein deklaratorisch und nicht konstitutiv. Demzufolge habe die Vorinstanz den Sachverhalt in Verletzung der Untersuchungsmaxime unrichtig festgestellt.
- 18.5 Beim Opting-Out vom 8. Juni 2023 handle es sich um ein unechtes Novum, welches aufgrund der Falschauskunft des Handelsregisteramtes nicht bereits erstinstanzlich vorgebracht worden sei. Da die Berufungsklägerin auf diese Falschauskunft habe vertrauen dürfen, sei es ihr auch bei Anwendung aller Sorgfalt nicht möglich gewesen, die Tatsache des Opting-Outs vor der Vorinstanz vorzubringen. Entsprechend handle es sich um ein zulässiges und im Berufungsverfahren zu berücksichtigendes unechtes Novum.
- Im Übrigen gelte die Untersuchungsmaxime, weshalb neue Tatsachen ohnehin bis zur Urteilsberatung von Amtes wegen zu berücksichtigen seien.
- 18.6 Im Übrigen hätte die Vorinstanz aus Gründen der Verhältnismässigkeit eine mildere Massnahme wie die Ernennung einer Revisionsstelle anordnen müssen, anstatt die Gesellschaft aufzulösen, was ultima ratio sei (mit Verweis auf BGE 138 III 294).

IV.

19.

- 19.1 Zunächst ist festzustellen, dass die Ausführungen der Berufungsklägerin in der Berufung widersprüchlich sind. Einerseits wird geltend gemacht, die Instruktionen der Vorinstanz seien dahingehend zu verstehen gewesen, dass bei Nichteinhalten der Frist zur Mängelbehebung vorerst keine Auflösung der Gesellschaft erfolge, sondern diese erst noch explizit angedroht werde. Andererseits wird vorgebracht, das Handelsregisteramt habe auf ihre telefonische Anfrage hin die (Falsch-)Auskunft erteilt, es gelte nun den erstinstanzlichen Entscheid abzuwarten, um dann ein Rechtsmittel zu ergreifen, worauf sie als Laiin habe vertrauen dürfen. Würde letztere Behauptung allerdings zutreffen, wäre nicht einzusehen, weshalb die Interpretation der Androhung der Auflösung der Gesellschaft für die Berufungsklägerin relevant gewesen wäre, wären ihr aufgrund der behaupteten Auskunft ja ohnehin die

Hände gebunden gewesen. Wie nachfolgend aufgezeigt, erweisen sich die vorgebrachten Argumente jedoch ohnehin auch für sich allein als nicht stichhaltig.

- 19.2 Was die von der Berufungsklägerin vorgebrachte Unklarheit in der vorinstanzlichen Instruktion anbelangt, so ist festzustellen, dass die Androhung der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft in der Verfügung vom 15. Juni 2023 zwar sprachlich gewunden, aber doch verständlich ist. Die Interpretation der Berufungsklägerin erscheint sehr gesucht. Die Handlungsaufforderung war vielmehr klar: der Organisationsmangel muss aufgehoben und dessen Behebung dokumentiert werden. Für den Fall der Nichterfüllung der verlangten Handlungen wird der Berufungsklägerin die Auflösung – im Sinne von «hiermit» – ausdrücklich angedroht. Gegen die Interpretation der Berufungsklägerin spricht bereits, dass damit – was lebensfremd wäre – das Hauptaugenmerk in der Verfügung nicht auf der (Erst-)Fristansetzung, sondern auf einem übernächsten Schritt liegen würde, indem bereits eine Nachfrist in Aussicht gestellt und auf die Folge bei deren Nichtbeachtung hingewiesen würde. Kommt hinzu, dass auch grammatikalisch nichts darauf hindeutet, dass die Androhung der Auflösung und Liquidation als zukünftiger Schritt zu verstehen ist, wurde nämlich gerade nicht «angedroht werden» geschrieben. Ebenso spricht mit Blick auf den Sinn auch der verwendete Begriff «ausdrücklich» gegen die Interpretation der Berufungsklägerin.

Somit kann also festgestellt werden, dass die Instruktion der Vorinstanz in der Verfügung vom 15. Juni 2023 nicht zweideutig war, weshalb sich die Rüge der Berufungsklägerin, es sei mit dem angefochtenen Entscheid eine Massnahme getroffen worden, welche über die angedrohte, mildere Massnahme hinausgegangen sei, als unbegründet erweist.

- 19.3 In Bezug auf die von der Berufungsklägerin behauptete telefonische Auskunft des Handelsregisteramtes, wonach ihr Letzteres zum Abwarten des (für sie negativen) erstinstanzlichen Entscheides geraten habe, ist festzustellen, dass dies vom Handelsregisteramt in der Stellungnahme vom 25. September 2023 substantiiert bestritten wird. So wird darin ausgeführt, dass konkrete telefonische Auskünfte in einem pendenden Geschäft beim Handelsregisteramt grundsätzlich ausschliesslich durch die sachbearbeitende Person erteilt und im elektronischen Geschäftsverzeichnis protokolliert würden. Im Juni/Juli 2023 seien im betreffenden Geschäftsverzeichnis keinerlei Anrufe der Berufungsklägerin notiert (Ausdruck Geschäftsnotizen im Handelsregistergeschäft Nr. _____ [Beilage 1 zur Stellungnahme]).

Das entsprechende Vorbringen der Berufungsklägerin ist denn auch ausserordentlich unglaubwürdig und lebensfremd. Es widerspricht jedem Umgang mit Gerichten, das erstinstanzliche Urteil abzuwarten und erst dann tätig zu werden. Auch das Handelsregisteramt rät sicher niemandem, vor der ersten Gerichtsinstanz untätig zu bleiben – während sogar gerichtlich angesetzter und noch laufender Frist zur Mängelbehebung –, um die eigenen Argumente dann erst im Rechtsmittelverfahren vorzutragen. Dies wäre absurd. Aber selbst wenn jemand vom Handelsregisteramt diese äusserst falsche Auskunft gegeben hätte, hätte die Berufungsklägerin dies hinterfragen müssen: Jedermann – auch in der Laiensphäre und insbesondere ein Geschäftsmann – weiss, dass ein erstinstanzlicher Entscheid das Verfahren präjudiziert und dass die Argumentation vor der Rechtsmittelinstanz nicht einfacher wird.

Der gerichtlichen Aufforderung zur Reaktion hätte die Berufungsklägerin selbstverständlich nachkommen müssen, auch wenn sie – gemäss ihrer Behauptung – einen für sie negativen Entscheid erwartete. Eine falsche Auskunft der Behörden ist somit nicht glaubhaft gemacht und die Berufungsklägerin kann sich nicht auf Vertrauensschutz berufen.

An dieser Sachlage vermag der von der Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang gestellte Beweisantrag auf Edition der Telefonprotokolle mit Anruflisten der Nummern _____ und _____ vom Juni und Juli 2023 bei der E. _____ GmbH und der F. _____ AG, nichts zu ändern. Abgesehen davon, dass damit der Inhalt allfällig geführter Telefongespräche nach wie vor unklar bleiben würde, hätte – wie dargelegt – ohnehin nicht auf eine derart offensichtlich falsche Auskunft vertraut werden dürfen. Der Beweisantrag ist entsprechend ohne Weiteres abzuweisen.

- 19.4 Angesichts des Beweisresultats ist zusammenfassend davon auszugehen, dass die Verwaltungsräte aus unbekanntem Gründen, die aber in ihrem eigenen Verantwortungsbereich liegen, die eingeforderten Nachweise versäumt haben. Wenn in der Berufung beanstandet wird, dass die Vorinstanz ihren Entscheid ohne Nachfragen beim Handelsregisteramt gefällt habe, so ist festzustellen, dass die Berufungsklägerin in Bezug auf die Mängelbehebung eine Mitwirkungspflicht resp. -last traf und es ihr oblag, die erforderlichen Nachweise zu erbringen (Art. 160 ZPO). Darüber hinaus hätte eine Nachfrage beim Handelsregisteramt nichts geändert, denn die erforderliche Meldung war – wie in der Stellungnahme vom 25. September 2023 ausgeführt – nicht erfolgt. Die behauptete telefonische Benachrichtigung gilt von vornherein nicht als Meldung in diesem Sinne, zumal diese schriftlich und mit den erforderlichen Belegen erfolgen müsste. Auch die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet.

- 19.5 Damit verbleibt zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid, wie in der Berufung vorgebracht, das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt.

Tatsächlich stellt die Auflösung der Gesellschaft eine ultima ratio dar, weshalb sie nur dann angeordnet werden soll, wenn keine mildereren Massnahmen mehr zur Verfügung stehen oder solche von vornherein nicht geeignet oder erfolgsversprechend sind.

Vorliegend präsentierte sich die Ausgangslage so, dass die Berufungsklägerin bereits im Oktober 2022 vom Handelsregisteramt wegen der Löschung ihrer bisherigen Revisionsstelle kontaktiert wurde und das Amt sie mit Schreiben vom 8. Februar 2023 erneut auf den Organisationsmangel aufmerksam machte, verbunden mit dem Hinweis auf die Überweisung der Sache an das Gericht im Falle der Nichteinhaltung der angesetzten Frist und unter Nennung der in Art. 731b Abs. 1^{bis} OR gesetzlich vorgesehenen Massnahmen. Als die Berufungsklägerin dem Handelsregisteramt daraufhin die Bestimmung einer Revisionsstelle auf Ende März 2023 in Aussicht stellte, an der Generalversammlung jedoch keine Einigung gefunden werden konnte, gewährte das Amt der Berufungsklägerin sogar (nochmals) eine Fristverlängerung bis Ende Mai 2023. Nachdem sich die Berufungsklägerin nicht mehr vernehmen liess, kam es am 12. Juni 2023 zur Überweisung der Sache an das Ge-

richt. Auch hier kam es zu keiner Reaktion der Berufungsklägerin innert Frist, obwohl ihr für diesen Fall die Auflösung und Liquidation explizit angedroht worden waren. Unter Berücksichtigung dieser Umstände – die Berufungsklägerin zeigte zuletzt keinerlei Reaktion mehr und seit dem erstmaligen Hinweis auf einen Verfahrensmangel waren bereits knapp 9 Monate vergangen – erweist sich die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme nicht als unverhältnismässig. Insbesondere stellte die mit Kosten verbundene Ernennung einer Revisionsstelle durch das Gericht keine adäquate Massnahme dar, war diesem mangels Reaktion der Berufungsklägerin nämlich nicht bekannt, ob überhaupt noch ein Interesse an der Fortführung der Gesellschaft vorhanden ist und falls ja, ob der Mangel durch Einsetzung einer neuen Revisionsstelle oder nicht vielmehr durch die Erklärung eines Opting-Outs behoben werden sollte.

20. Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden, weshalb sich nur noch die Frage stellt, ob von der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft abzusehen ist, weil die Berufungsklägerin – wie sie erstmals oberinstanzlich vorbringt und mit Berufungsbeilage 6 belegt –, an der Generalversammlung vom 8. Juni 2023 ein Opting-Out, d.h. den Verzicht auf die eingeschränkte Revision, beschlossen hat.
- 20.1 Wie bereits in E. 15 oben darauf hingewiesen, gilt im vorliegenden Berufungsverfahren die Novenregelung von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Entgegen der in der Berufung vertretenen Auffassung sind neue Tatsachen – zumal im vorliegenden Verfahren lediglich der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 255 Bst. b ZPO) und nicht, wie beispielsweise bei den Kinderbelangen, die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt – daher oberinstanzlich nicht von Amtes wegen bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (vgl. dazu BGE 144 III 349, E. 4.2.1). Vielmehr erweisen sich neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch dann als zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.
- 20.2 Der Beschluss des Opting-Outs fand in casu bereits am 8. Juni 2023 und damit vor Erlass des erstinstanzlichen Entscheides am 19. Juli 2023 statt, weshalb es sich bei dieser erstmals oberinstanzlich vorgebrachten Tatsache um ein unechtes Novum handelt, welches ohne Weiteres bereits vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können und müssen (dass keine Falsch Auskunft des Handelsregisteramtes die Berufungsklägerin daran hinderte, wurde bereits dargelegt und andere Hinderungsgründe wurden nicht vorgebracht). Dasselbe gilt für das Protokoll der Generalversammlung als entsprechendes Beweismittel. Auch dieses hätte ohne Weiteres bereits erstinstanzlich ins Recht gelegt werden können und müssen. Da dessen Erstellen einzig vom Willen der Gesellschaft abhängt, würde am Ergebnis im Übrigen auch nichts ändern, wenn dieses – was nicht behauptet wurde – erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid ausgefertigt worden wäre, hätte es in diesem Fall bei zumutbarer Sorgfalt eben bereits vor erster Instanz existieren können (sog. Potestativ-Novum; BGE 146 III 416 E. 5.3).
- 20.3 Können die neue Tatsache des Opting-Outs sowie das entsprechende Beweismittel oberinstanzlich aufgrund der Novenregelung nicht berücksichtigt werden und

ergibt sich auch aus dem als notorisch geltenden Handelsregisterauszug nicht, dass die Anmeldung des Opting-Outs in der vorgeschriebenen Form beim Handelsregisteramt zwischenzeitlich vorgenommen worden wäre, so kann oberinstanzlich keine Behebung des Organisationsmangels festgestellt und damit das Verfahren auch nicht abgeschrieben werden.

21. Die Berufung ist somit abzuweisen und die Berufungsklägerin wird gestützt auf Art. 939 OR i.V.m. Art. 731b OR aufgelöst.

V.

22. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der unterliegenden Berufungsklägerin aufzuerlegen. Sie werden beim vorliegenden Streitwert von CHF 100'000.00 in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 Bst. b des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 1'500.00 bestimmt und mit dem von der Berufungsklägerin oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.
23. Der unterliegenden Berufungsklägerin ist oberinstanzlich keine Parteientschädigung zuzusprechen.
24. Die erstinstanzliche Kostenverlegung ist mit Blick auf die Abweisung der Berufung zu bestätigen (Art. 318 Abs. 3 ZPO e contrario).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die A. _____ AG wird gestützt auf Art. 939 OR i.V.m. Art. 731b OR aufgelöst.

Das Konkursamt Bern-Mittelland ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides anzuweisen, die A. _____ AG analog den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.
3. Oberinstanzlich wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden der Berufungsklägerin auferlegt und sind durch das Konkursamt Bern-Mittelland direkt zu verrechnen.
5. Zu eröffnen:
 - der Berufungsklägerin, v.d. Rechtsanwalt B. _____

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- dem Konkursamt Bern-Mittelland

Mitzuteilen (nach Eintritt der Rechtskraft)

- dem Handelsregisteramt des Kantons Bern
- dem Betreibungsamt Bern-Mittelland
- dem Grundbuchamt Bern-Mittelland

Bern, 9. Januar 2024

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

i.V. Oberrichter Zbinden

Die Gerichtsschreiberin:

Wittwer

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.