

Nr. 12 Schuldbetreibung- und Konkurs. Art. 727f OR. Art. 192 - SchKG. Folgen der Verunmöglichung der richterlichen Ernennung einer Revisionsstelle durch Nichtleistung des hierfür erforderlichen Kostenvorschusses. Bejahung eines entsprechenden Konkurs-tatbestandes in richterlicher Ergänzung der insoweit lückenhaften gesetzlichen Ordnung jedenfalls dann, wenn die Vermutung der Überschuldung bzw. der fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit nicht entkräftet wird. In concreto konnte die Vermutung der Überschuldung bzw. der fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit nicht entkräftet werden.

Obergericht, 02. April 2004, OG Z 03 14

Aus den Erwägungen:

5. a) Fehlt einer Gesellschaft die Revisionsstelle, hat ihr der Handelsregisterführer, sobald er hievon Kenntnis erhält, eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu setzen (Art. 727f Abs. 1 OR). Diese Frist muss in Anlehnung an Art. 86 HRegV mindestens 30 Tage betragen. Nach unbenutztem Ablauf der Frist ernennt der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers eine neue Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr (Art. 727f Abs. 2 OR) (Karl Rebsamen, Das Handelsregister, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 147 Rz. 652).

b) Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, dass eine Revisionsstelle nur gegen entsprechendes Entgelt tätig werden wird und der Richter daher vor Ernennung einer Revisionsstelle Vorkehren zur Sicherstellung dieses Entgeltes zu treffen hat, d.h., von der betreffenden Gesellschaft einen entsprechenden Barkostenvorschuss zu verlangen hat. Die Vorinstanz hat darauf verwiesen, dass das Gesetz keine Bestimmung über die Rechtsfolgen einer Verunmöglichung der richterlichen Ernennung der Revisionsstelle durch Nichtleistung des für diese benötigten Vorschusses enthält. Die Vorinstanz hat festgehalten, dass es sich dabei um eine Gesetzeslücke, die vom Richter zu schliessen sei, handle. Die Vorinstanz hat diese Lücke in dem Sinn gefüllt, dass der Richter in einem solchen Fall auf Antrag des Handelsregisterführers die Auflösung der betreffenden Gesellschaft anzuordnen und den Konkurs über sie zu eröffnen habe. Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Gläubigerschutz beim Fortbestand einer Aktiengesellschaft auch mit dem Zusatz «in Liquidation» nicht hinreichend gewährleistet, da die gesetzlich vorgesehene Aufsicht durch die Revisionsstelle fehle.

6. a) Das Obergericht schliesst sich im Wesentlichen der Auffassung der Vorinstanz an. Der gesetzlichen Ordnung lässt sich entnehmen, dass das neue Aktienrecht der Revisionsstelle eine ausserordentliche wichtige

Bedeutung zuerkennt. So legt der Gesetzgeber ausdrücklich Wert darauf, dass die Revisoren über die notwendigen fachlichen Fähigkeiten zur Ausübung ihrer Aufgabe verfügen (Art. 727a OR), wobei bei grösseren Gesellschaften und bei Publikumsgesellschaften besondere fachliche Voraussetzungen verlangt werden (Art. 727b OR). Weiter stellt das Vorliegen eines Revisionsberichts und die Anwesenheit eines Revisors eine zwingende Voraussetzung der Abnahme der Jahresrechnung durch die Generalversammlung dar. Im Fall begründeter Besorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft ist der Verwaltungsrat zwingend verpflichtet, die von ihm zu erstellende Zwischenbilanz der Revisionsstelle vorzulegen (Art. 725 Abs. 2 OR). Ferner hat die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung selber den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat dies unterlässt (Art. 729b Abs. 2 OR). Die neue Regelung hat die Bedeutung der Revisionsstelle im Vergleich zur Kontrollstelle gemäss altem Recht, in dem Vorschriften betreffend die Qualifikation der Kontrollstelle fehlten und dieser von Gesetzes wegen bei der gesellschaftsinternen Prüfung der Überschuldung der Gesellschaft keine Funktion zukam, erheblich verstärkt.

Mit Recht leitet die Vorinstanz aus der mit dem neuen Aktienrecht neu eingeführten Pflicht des Handelsregisterführers zur Benachrichtigung des Richters bei Nichtbeachtung seiner Aufforderung zur Bestellung der fehlenden Revisionsstelle gemäss Art. 727f Abs. 2 OR ab, dass die Versetzung der Aktiengesellschaft ins Liquidationsstadium, wie sie schon unter der altrechtlichen Ordnung im Fall der nicht vorschriftsgemässen Bestellung der Gesellschaftsorgane erfolgte, den Schutz der Gläubiger und der Öffentlichkeit nicht hinreichend sicherstellt, da die Überprüfung der Tätigkeit der Gesellschaft durch unabhängige Dritte fehlt. Insbesondere können im Zusammenhang mit einer im Handelsregister noch eingetragenen faktisch aber stillgelegten Gesellschaft in Liquidation ohne Mittel widerrechtliche Rechtsgeschäfte betreffend den Aktienmantel getätigt werden. Da ein öffentliches Interesse daran besteht, dass eine Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügt, muss der Handelsregisterführer im Fall des Scheiterns der Ernennung einer solchen die Möglichkeit haben, dem Richter nicht nur Auflösung der Gesellschaft zu beantragen, sondern von ihm auch Anordnungen betreffend die Art der Durchführung der Liquidation zu verlangen. Eine Befugnis zu solchen Anordnungen wird dem Richter z.B. auch in Zusammenhang mit behördlichen Anträgen auf Auflösung von Aktiengesellschaften, die einen unsittlichen oder widerrechtlichen Zweck verfolgen, zugebilligt. Die richterliche Ernennung eines privaten Liquidators, wie es in Art. 740 Abs. 4 OR vorgesehen ist, fällt grundsätzlich ausser Betracht, da für die Finanzierung von dessen Tätigkeit ebenso wie für die einzusetzende Kontrollstelle ein Vorschuss erhoben werden muss (BJM 1999 S. 262 f. m.H.).

b) Die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation ist durchaus angemessen. Die Nichtleistung des Kostenvorschusses für die Einsetzung

eines von Gesetzes wegen vorgeschriebenen Gesellschaftsorganes, dessen Ernennung durch die Gesellschaft, die vorher trotz entsprechender Aufforderung des Handelsregisterführers unterlassen wurde, begründet die Vermutung, dass die betreffende Gesellschaft auf Grund ihrer finanziellen Situation hierzu nicht in der Lage ist oder gar überschuldet ist. Zwar liegen im Fall der Verunmöglichung der Ernennung der Revisionsstelle durch Nichtleistung des für deren Tätigkeit erforderlichen Kostenvorschusses im Unterschied zu den im Gesetz vorgesehenen Fällen von Konkurseröffnung wegen Überschuldung gemäss Art. 725a, Art. 729b und Art. 743 Abs. 2 OR keine konkreten Unterlagen betreffend die finanzielle Situation der Gesellschaft vor, und es kann hier auch durchaus offen gelassen werden, ob die Gesellschaft durch den Beweis ihrer finanziellen Gesundheit den Konkurs verhindern und der Richter in einem solchen Fall die Revisionsstelle auch ohne entsprechenden Vorschuss zur Annahme des Mandates verpflichten kann. Eine Vermutung der Überschuldung der betreffenden Gesellschaft bzw. ihrer fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit aufgrund der Nichtleistung des Kostenvorschusses und die Notwendigkeit der Konkurseröffnung entfällt sicher dann, wenn die Gesellschaft stichhaltige Gründe dazutut, aufgrund derer für sie die Verpflichtung zur Ernennung einer Revisionsstelle entfällt, wie dies z.B. bei erfolgter Abmeldung wegen Sitzverlegung ins Ausland der Fall ist. Auch wenn die Verhinderung der Ernennung einer Revisionsstelle durch Nichtleistung des Kostenvorschusses als möglicher Konkursgrund weder im OR noch im SchKG erwähnt ist, erscheint es vertretbar, in richterlicher Ergänzung der insoweit lückenhaften gesetzlichen Ordnung einen entsprechenden Konkursstatbestand zu bejahen, jedenfalls dann, wenn die Vermutung der Überschuldung bzw. fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit nicht entkräftet wird (BJM 1999 S. 263 f.; zur Bestimmung in Art. 727f Abs. 2 OR als legislatorischer Unfall und zum Bestehen einer echten Lücke s. auch Thomas Koch, Die Aktien-gesellschaft ohne Revisionsstelle – Ein Tatbestand des handelsregisterrechtlichen Zwangsverfahrens, in Jahrbuch des Handelsregisters 1998, Zürich 1999, S. 150 f.).

c) Die Einführung eines derartigen auf einer vermuteten Überschuldung bzw. fehlenden finanzieller Leistungsfähigkeit beruhenden Konkursgrundes widerspricht nicht dem Sinn und Geist des SchKG. So stützt sich auch die in Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG vorgeschriebene konkursamtliche Liquidation bei Ausschlagung einer Erbschaft durch sämtliche Erben auf die Vermutung einer Überschuldung. Die Anerkennung der fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit neben der Überschuldung als Konkursgrund rechtfertigt sich hier, da kein Interesse an der Aufrechterhaltung von Gesellschaften ohne Revisionsstelle, die weder über Mittel verfügen noch hängige Verpflichtungen haben, besteht. Dass bei der Revision des SchKG der hier in Frage stehende Konkursstatbestand nicht geregelt wurde, schliesst dessen Einführung durch Lückenfüllung nicht aus. Die Unterlassung einer solchen Regelung ist nicht als negative Norm zu verstehen, da die betreffende Materie primär aktienrechtlicher und nur sekundär schuldbetreibungs- und konkursrechtlicher Natur ist und im Übrigen die Fälle in der Praxis aktuell wurden, als die

Revision des SchKG weitgehend abgeschlossen war (BJM 1999 S. 264).

d) Auf dem der Rekurrentin gehörenden Grundstück 433.1202 X wurden Grundpfandrechte im Betrage von insgesamt Fr. 900'000.– gelöscht. Gemäss Grundbuchauszug verbleiben aber immer noch drei Inhaberobligationen im Gesamtwert von Fr. 2,7 Millionen. Die Rekurrentin bringt, ohne dies zu belegen und einzig unter Beantragung einer Parteibefragung, zwar vor, dass sich die restlichen Inhaberobligationen bei der Gesellschaft befinden würden, führt dann aber nachfolgend aus, dass sie über eine (nur) «weitgehend schuldenfreie Liegenschaft» verfüge. Dass die Liegenschaft gänzlich schuldenfrei sei, führt sie nicht aus. Zudem ergibt sich aus der Rekurschrift, dass das «Halten» des Grundstücks einziger Zweck der Gesellschaft und die Liegenschaft (recte wohl das Gebäude) auf diesem Grundstück beschädigt sei, so dass dieses nicht genutzt werde. Diese Vorbringen der Rekurrentin haben die Vermutung der Überschuldung bzw. der fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit nicht entkräften können. Auch tut die Rekurrentin keine stichhaltigen Gründe dar, aufgrund derer für sie die Verpflichtung zur Erneuerung einer Revisionsstelle entfallen würde.

Gesagtes erhellt, dass der Rekurs somit insgesamt unbegründet und abzuweisen ist.