

Rico A. Camponovo

Keine Konkureröffnung wegen fehlender Revisionsstelle

Unter dem neuen Aktienrecht muss eine Revisionsstelle ins Handelsregister eingetragen werden, wodurch der Handelsregisterführer kontrollieren kann, wer die Pflicht zur Wahl einer Revisionsstelle missachtet. Zur Durchsetzung dieses Erfordernisses wurde die Ernennung der Revisionsstelle durch den Richter geschaffen. Weil dieses Instrument aber oft versagt, hat das Handelsregisteramt des Kantons Zürich versucht, über solche Gesellschaften kurzerhand den Konkurs eröffnen zu lassen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat vor kurzem eine entsprechende Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich aufgehoben und diese Praxis gestoppt.

1. Ausgangslage

Im Gegensatz zum früheren Aktienrecht, unter dem keine Gewähr dafür bestand, dass das Kontrollorgan bestellt wurde, ist die Revisionsstelle im neuen Recht für alle Aktiengesellschaften zwingend eintragungspflichtig (OR 641 Ziff. 10 und 727f Abs. 1). Zur Durchsetzung dieses Erfordernisses wurde die Möglichkeit ihrer Ernennung durch den Richter geschaffen (OR 727f Abs. 2). In der Praxis scheidet diese jedoch oft daran, dass die betroffene Gesellschaft keinen entsprechenden Kostenvorschuss leistet. Eine Bevorschussung des Honorars aus der Staatskasse kommt nicht in Frage. Für den Säumnisfall sind keine gesetzlichen Sanktionen vorgesehen. Die Wahl der Revisionsstelle ist aber unerlässlich (OR 626 Ziff. 6 und 629 Abs. 1).

Die Löschung der Aktiengesellschaft gemäss HRV 89 kommt nicht in Frage, da von der Nichternennung der Revisionsstelle nicht auf das Fehlen von Aktiven geschlossen werden kann. Eine Vorschrift analog zur HRV 86 oder 88a wurde für die Nichtwahl einer Revisionsstelle anlässlich der Aktienrechtsrevision nicht geschaffen. Die Anordnung einer Liquidation in analo-

ger Anwendung dieser Vorschriften könnte untauglich sein, da der Verwaltungsrat bereits mit der Nichtwahl der Revisionsstelle seine Pflichten missachtet hat.

2. Fall

Der Kanton Zürich gelangte durch das Handelsregisteramt an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Zürich mit dem Begehren, es sei der X-AG eine Revisionsstelle zu ernennen oder die Gesellschaft durch den Richter aufzulösen. Auf die Fristansetzung und Konkursandrohung an die X-AG erfolgte keine Reaktion. Anschliessend überwies der Einzelrichter das Verfahren androhungsgemäss zwecks Einleitung der konkursamtlichen Liquidation an den Konkursrichter, der den Konkurs über die X-AG eröffnete.

Im wesentlichen stellte sich der Konkursrichter auf den Standpunkt, OR 727f Abs. 2 enthalte aufgrund einer versehentlichen Unterlassung des Gesetzgebers eine echte Lücke, die gemäss ZGB 1 Abs. 2 in freier richterlicher Rechtsfindung zu schliessen sei. Zur Verhinderung des Weiterwirtschaftens der gesetzwidrig organisierten Gesellschaften zum Schaden von Aktionären,

Gläubigern und Allgemeinheit sei daher einzig die richterliche Auflösung und die konkursamtliche Liquidation geeignet. Das Klagerecht der Aktionäre und Gläubiger auf Auflösung der Gesellschaft gemäss OR 625 Abs. 2 komme dem Handelsregisterführer als Vertreter der Allgemeinheit zu. Zudem finde sich auch im SchKG eine Grundlage, da die Voraussetzungen für eine ordentliche Konkureröffnung – vollstreckbare Forderung und vorangegangene Konkursandrohung – erfüllt seien. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren habe – so fährt der Konkursrichter weiter – sowohl die Leistung eines Kostenvorschusses durch die X-AG für den Fall der Nichternennung einer Revisionsstelle angeordnet, als auch für den Säumnisfall den Konkurs angedroht. Da die Verfügung rechtskräftig und keine Revisionsstelle eingetragen sei, befinde sich die X-AG im Zahlungsverzug. Im Zeitpunkt der Konkureröffnung hätten somit die Gläubigereigenschaft des Kantons Zürich, eine verbindlich geschuldete Forderung der X-AG gegenüber dem Staat und die Androhung der Konkureröffnung vorgelegen, womit die Konkureröffnung rechtmässig erfolgt sei. Bei fehlender Revisionsstelle könne nämlich weder eine auf die geprüfte Zwischenbilanz abgestützte rechtsgenügende Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates noch ersatzweise eine solche der Revisionsstelle selbst erfolgen (OR 725 Abs. 2 und 729b Abs. 2). Der Richter könne deshalb in aller Regel den Konkurs nicht aussprechen, womit der bezweckte Gläubigerschutz vereitelt werde.

Die X-AG erhob Rekurs gegen die Verfügung des Konkursrichters und beantragte deren Aufhebung. Die Rekurrentin brachte vor, die Konkureröffnung sei zu Unrecht erfolgt. Dem Handelsregisteramt stehe kein Antragsrecht auf Auflösung der X-AG zu, und es fehle an einem gesetzlich vorgesehenen Grund zur Konkureröffnung.



Rico A. Camponovo, lic. oec. publ.,
Rechtsanwalt, Vizedirektor der KPMG,
Zürich

Der Rekurs wurde vom Obergericht gutgeheissen.

3. Erwägung des Obergerichtes

Zuerst stellt das Obergericht fest, dass die zwingend vorgeschriebene Ernennung einer Revisionsstelle anhand des bestehenden Gesetzesrechtes nicht durchgesetzt werden kann. Es bestehe daher tatsächlich eine Gesetzeslücke im Sinne von ZGB 1 Abs. 2, die durch richterliche Rechtsfindung zu schliessen sei. Allerdings weist das Obergericht alle Argumente des Konkursrichters zurück. So unterstellte die Vorinstanz mit ihrer Argumentation bezüglich Unmöglichkeit einer Überschuldungsanzeige durch Verwaltungsrat oder Revisionsstelle ohne weiteres, jede AG ohne eingetragene Revisionsstelle sei überschuldet, ohne dass irgendwelche Anhaltspunkte für Zahlungsschwierigkeiten vorlägen und diese Aspekte überhaupt geprüft worden wären. Es bleibe unberücksichtigt, dass die materiellen Voraussetzungen für eine Konkursöffnung vom Gericht von Amtes wegen geprüft werden müssen (§ 213 Ziff. 5 ZPO i.V.m. SchKG 192). Das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen treffe demnach auch finanziell gesunde Gesellschaften und führe zur fragwürdigen Einsetzung des Instituts der konkursamtlichen Liquidation für sachfremde Zwecke.

Dann weist das Obergericht die Ansicht zurück, die Auflösung der AG könne auf eine Klage des Handelsregisterführers hin erfolgen, dem «als Vertreter der Allgemeinheit» eine eigenständige Legitimation aus OR 625 Abs. 1 i.V.m. 736 Ziff 5 zukomme. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre sei daran festzuhalten, dass zur Erhebung der Auflösungsklage wegen Fehlens notwendiger Organe gemäss OR 625 Abs. 2 ausschliesslich Aktionäre und Gläubiger der AG aktivlegitimiert sind, jedoch keine Dritten ohne Gläubigerstellung sowie insbesondere keine Registerbehörden und sonstige Amtsstellen.

Das Obergericht sieht auch im SchKG keine Grundlage für eine Konkursöffnung über die X-AG. Danach müsse die Konkursöffnung die durch

den Gläubiger veranlasste ordentliche Konkursbetreuung abschliessen. Dazu sei ein Betreibungsbegehren einzureichen, ein Zahlungsbefehl zuzustellen, evtl. Rechtsöffnung zu erwirken, das Fortsetzungsbegehren zu stellen, die Konkursandrohung zuzustellen, das Konkursbegehren zu stellen und zur Konkursverhandlung vorzuladen. All dies sei vorliegend nicht geschehen. Die gemäss Vorinstanz erfolgte «Konkursandrohung» sei von einer unzu-

nicht voraussehbar, da sie über die notorisch abschliessende Aufzählung möglicher gesetzlicher Konkursgründe hinausgeht. Sie stehe auch im Widerspruch zu volkswirtschaftlichen und Arbeitnehmer-Interessen. Schliesslich bestehe bei einer Konkursöffnung als Sanktion der fehlenden Revisionsstelle die Gefahr, dass das Auflösungsrecht der Generalversammlung umgangen werde und dass die Konkursöffnung zur Liquidierung einer nicht mehr

«Aus dem Blickwinkel der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann keinem Verwaltungsrat geraten werden, auf die Bestellung des Kontrollorganes zu verzichten.»

ständigen Instanz in der falschen Form und unter Verweigerung der im Betreibungsverfahren üblichen Rechtsmittel ergangen; richtigerweise wäre sie vom Betreibungsamt mit obligatorischem Formular zu erlassen, wogegen die Schuldnerin Beschwerdemöglichkeiten hätte. Abgesehen davon fehle ein vollstreckbarer Forderungstitel. Eine prozessleitende Verfügung, die lediglich alternativ die Leistung eines Kostenvorschusses zur Sicherstellung des gerichtlichen Tätigwerdens im Hinblick auf die Ernennung einer Revisionsstelle anordne, erfülle die Anforderungen an ein Gerichtsurteil gemäss SchKG 80f nicht. Sollte es sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Forderung handeln, käme eine Konkursbetreuung ohnehin nicht in Betracht.

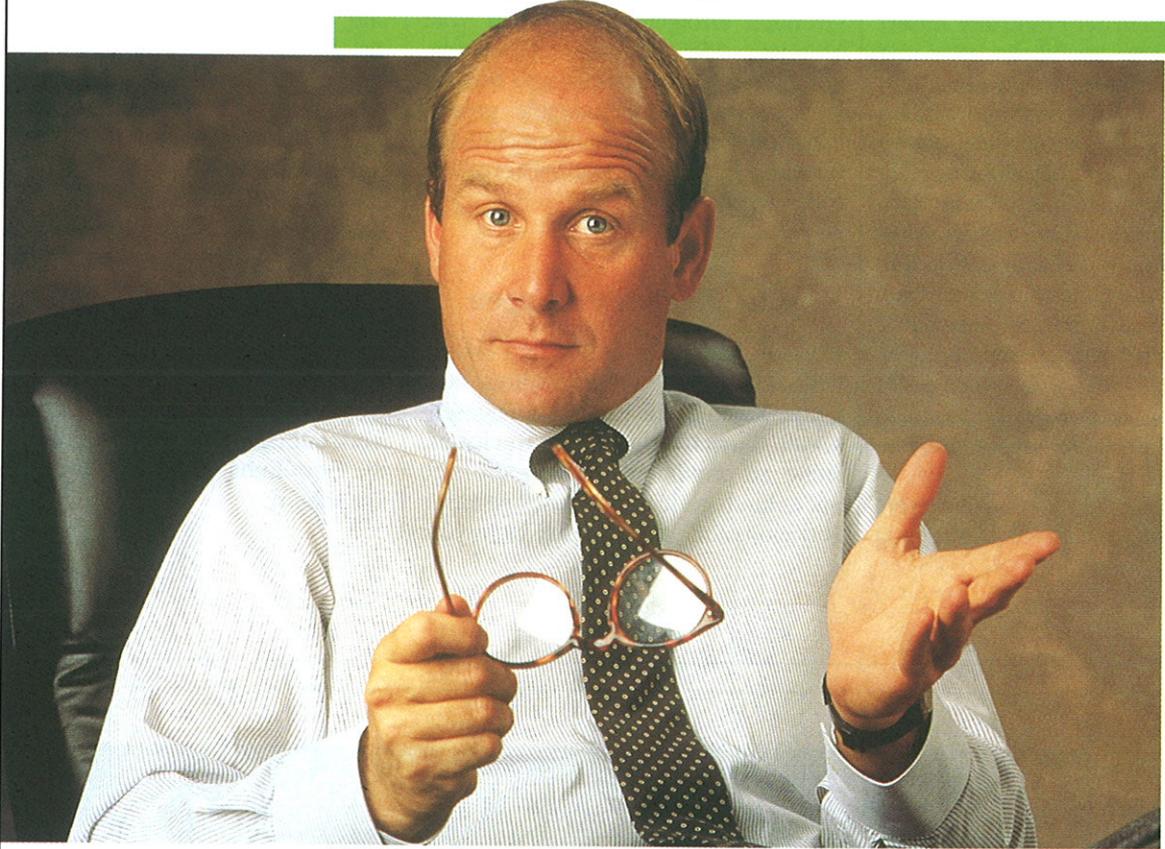
Zudem sei eine unter derartigen Umständen erfolgte Konkursöffnung mit den Grundsätzen zur Ausfüllung von Gesetzeslücken nicht vereinbar, da sie dem bestehenden Gesetzesrecht und dessen Wertungen widerspreche. Zudem gehe die einschneidende Massnahme der Konkursöffnung verglichen mit anderen Fällen, die zufolge fehlender oder mangelhaft besetzter Organe zur Auflösung der AG auf dem Weg der ordentlichen Liquidation führen, zu weit. Sodann sei diese Rechtsfolge

aktiven Gesellschaft auf Kosten des Staates missbraucht werde.

Die richtige Lösung im vorliegenden Fall ergebe sich aus Art. 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen des Bundesgesetzes über die Revision des Aktienrechts. Diese sehen die gerichtliche Auflösung und damit den Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium vor. Da sich keine bessere Lösung finden liess, nahm der Gesetzgeber bewusst in Kauf, dass die Sanktion der Auflösung nicht zur Beseitigung der Gesellschaft führen muss, da niemand diese zwingen kann, die Liquidation durchzuführen und sich im Register löschen zu lassen. Es rechtfertigt sich, das ordentliche Vorgehen gemäss OR 739ff. in analoger Weise auf die zufolge fehlender Revisionsstelle vom Gericht in freier Rechtsfindung aufzulösende AG anzuwenden, die betroffene Gesellschaft in Liquidation zu versetzen und die entsprechende Eintragung im Handelsregister zu veranlassen (vgl. HRV 59 Abs. 2).

Dieses Vorgehen erfülle die Anforderungen an die richterliche Lückenfüllung und sei sachlich überzeugend. Zudem sei das gewählte Vorgehen vertretbar, da im Interesse direkt Betroffener, die ausserdem ein selbständiges Klagerecht besitzen (OR 625 Abs. 2). Ausserdem werden den Interessen der

«Für Kapitalanlagen in der 2. Säule...



**...erwarte ich erstens Professionalität.
Und zweitens eine einfache Lösung.»**



Wir haben beides. Die COLUMNA-INVEST Anlagestiftung legt Ihre Vorsorgegelder unter professioneller Führung in über einem Dutzend gewinnbringenden Anlagegruppen an. Und das mit einer erfolgreichen Performance. Wenn Sie als Stiftungsrat einmal vergleichen möchten, liefern wir Ihnen gerne die Zahlen.

*Sie sind in jedem Volksbank-Standort willkommen.
Persönlich oder telefonisch.*

Oder direkt bei der COLUMNA-INVEST Anlagestiftung: 01 808 31 43.

Willkommen.



Schweizerische Volksbank

Öffentlichkeit an der gesetzeskonformen Organisation der Aktiengesellschaft Rechnung getragen, indem eine aufgelöste AG in der Firma den Zusatz «in Liquidation» zu führen habe und die Befugnisse ihrer Organe auf Liquidationshandlungen beschränkt würden (OR 739). Dies werde eine solche Gesellschaft bei der Teilnahme am Geschäftsverkehr zumindest behindern (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1993, BBl 1983 II 940), und es liege in der eigenen Verantwortung allfälliger Geschäftspartner, die sich anhand des Handelsregisters über den Zustand jeder Gesellschaft informieren können, trotzdem mit ihr Geschäfte zu tätigen.

Diese Lösung sei auch angemessen, wenn die Ernennung und Eintragung

der Revisionsstelle nicht an der fehlenden Vorschussleistung der AG scheitere, sondern an einem aus anderen Gründen erfolgenden Rücktritt vom Mandat oder dessen Ablehnung durch vom Gericht angefragte Revisoren, da für diese mangels gesetzlicher oder allenfalls standesrechtlicher Grundlage keine Annahmeverpflichtung besteht.

4. Schlussbemerkungen

Das sorgfältig begründete und erfreuliche Urteil des Obergerichtes lässt keine Zweifel zu: Eine Aktiengesellschaft, die sich weigert, eine Revisionsstelle zu ernennen oder für die sich auch durch gerichtliche Anfrage keine Revisionsstelle finden lässt, kann vom

Handelsregisteramt nicht einfach in Konkurs getrieben werden. Die richterliche Auflösung der Gesellschaft und die Eintragung dieser Tatsache ins Handelsregister sind die einzigen möglichen Sanktionen. Es ist begrüssenswert, dass die «neue Praxis» des Handelsregisteramtes und des Bezirksgerichtes damit im Keime erstickt worden ist. Die Sanktion der Konkursöffnung stünde in keinem Verhältnis zur Grösse der begangenen Gesetzesverletzung. Sie entbehrt der gesetzlichen Grundlage und wäre unverhältnismässig. Aus dem Blickwinkel der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kann allerdings keinem Verwaltungsrat geraten werden, auf die Bestellung des Kontrollorganes zu verzichten.

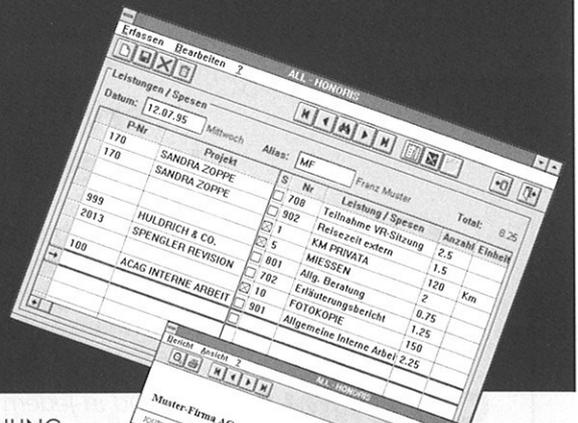


Anzeige

DIE LÖSUNG IHRER ABRECHNUNGSPROBLEME

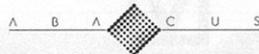


HONORIS
Honorar-Informationssystem
Windows-Branchenlösung



FÜR DIE EDV-GESTÜTZTE ERFASSUNG UND ABRECHNUNG VON MANDATEN, PROJEKTEN UND AUFTRÄGEN.

- Rapporterfassung:
 - Dienstleistungen
 - Spesen
 - Drittrechnungen
- Schnittstellen
DEBI und FIBU
- Honorar-Fakturierung
- Statistiken, Produktivität pro Mitarbeiter / Firma (in Stunden und Franken)



Ihr Systemhaus mit langjähriger Treuhanderfahrung

ALL CONSULTING AG
9000 St.Gallen Tel. 071-243 31 11 Fax 071-243 31 10
Niederlassungen: ■ Zürich ■ Vaduz

