

## II. APPELLATIONSHOF

22. Mai 2002

---

Der II. Appellationshof hat in Sachen

X AG, Berufungsklägerin und Gesuchsgegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt \_\_\_\_\_,

betreffend Berufung vom 20. März 2002 gegen das Konkursdekret des Gerichtspräsidenten  
\_\_\_\_\_ vom 4. März 2002,

(Aktiengesellschaft, Revisionsstelle)

---

nachdem sich ergeben hat:

A.— Die X AG wurde am 27. Februar 1991 ins Handelsregister eingetragen und bezweckt gemäss Statuten den Betrieb eines Unternehmens für haustechnische Beratung und Planung sowie den Handel mit haustechnischen Einrichtungen und Baumaterialien aller Art. Am 23. Juni 1995 wurde die Y AG als Revisionsstelle ins Handelsregister eingetragen.

Am 23. Februar 2000 teilte die Y AG der X AG mit, dass sie ihr Revisionsmandat mit sofortiger Wirkung niederlege. Die gleiche Meldung erfolgte am 7. Mai 2001 zu Händen des Handelsregisteramts \_\_\_\_\_. Mit Briefen vom 8. Mai 2001, vom 26. Juni 2001, vom 25. Juli 2001 und vom 28. August 2001 ersuchte das Handelsregisteramt \_\_\_\_\_ die X AG, eine neue Revisionsstelle zur Eintragung anzumelden.

Am 21. Januar 2002 übermittelte der Handelsregisterführer \_\_\_\_\_ die Akten dem Gerichtspräsidenten \_\_\_\_\_ und ersuchte ihn primär, der X AG für ein Jahr eine Revisionsstelle zu ernennen, und subsidiär, die Gesellschaft aufzulösen, wenn keine Revisionsstelle ernannt werden könne.

B.— Mit Verfügung vom 22. Januar 2002 setzte der Gerichtspräsident \_\_\_\_\_ der X AG eine Frist von 30 Tagen, um eine neue Revisionsstelle zu bezeichnen und diese beim Handelsregisteramt \_\_\_\_\_ anzumelden, oder um bei der Gerichtsschreiberei \_\_\_\_\_ einen Barvorschuss von Fr. 5'000.— zu leisten. Bei Säumnis drohte er der X AG deren sofortige Auflösung und konkursamtliche Liquidation an. Da die X AG die gegen Empfangsbestätigung verschickte Verfügung nicht abholte, wurde jener die Verfügung vom 22. Januar 2002 am 5. Februar 2002 zusätzlich mit normaler Post zugestellt.

Mit Urteil vom 4. März 2002 eröffnete der Gerichtspräsident \_\_\_\_\_ über die X AG den Konkurs, setzte den Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf den gleichen Tag um 10.00 Uhr fest, beauftragte das Konkursamt des Kantons Freiburg mit der Durchführung des Verfahrens und auferlegte die Verfahrenskosten der X AG.

C.— Am 19. März 2002 hat die X AG gegen das Urteil vom 4. März 2002 Berufung eingereicht. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie den Handelsregisterführer anzuweisen, die Eintragung betreffend den Konkurs der X AG zu löschen und eine allfällig erfolgte Publikation betreffend den Konkurs der X AG mit einer Publikation betreffend den Widerruf der Konkurseröffnung klarzustellen. Weiter ersucht sie darum, es sei festzustellen, dass sie ihrer Pflicht zur Bestellung der notwendigen Organe sowie insbesondere zur Einsetzung einer Revisionsstelle rechtsgenügend nachgekommen sei. Am 20. März 2002 ergänzte die X AG ihre Anträge dahingehend, dass ihrer Berufung der aufschiebenden Wirkung gewährt werde. Diesem Ersuchen gab der Präsident des II. Appellationshofes am 22. März 2002 statt.

In seiner Stellungnahme vom 15. April 2002 schliesst der Handelsregisterführer \_\_\_\_\_ auf Abweisung der Berufung.

### **e r w o g e n :**

1.— Die Zuständigkeit des Appellationshofes ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 EGSchKG. Die Berufungsfrist beträgt zehn Tage (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das angefochtene Urteil wurde der Gesuchsgegnerin am 11. März 2002 eröffnet. Die gegen dieses Urteil eingereichte Berufung wurde am 19. bzw. am 20. März 2002 und somit rechtzeitig der Post übergeben. Der Appellationshof entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 25 EGSchKG); er verfügt über freie Prüfungsbefugnis in tatsächlicher Hinsicht (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 EGSchKG).

2.— Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Berufungsschrift geltend, anlässlich einer Sitzung vom 11. März 2002 habe sie mit der Z SA Einzelheiten betreffend Uebernahme des Mandates besprochen. Gleichzeitig habe sich die Z SA auch bereit erklärt, die bisher noch ausstehenden Prüfungen und Revisionen vollumfänglich vorzunehmen. Ihrer Berufungsschrift legte sie eine Bestätigung vom 13. März 2002 der Z SA bei, wonach diese bereit ist, die Uebernahme des Revisionsmandates zu erwägen („... nous sommes prêts à envisager d'accepter le mandat de révision ...“).

Die Gesuchstellerin ihrerseits führt aus, sie nehme zur Kenntnis, dass die Gesuchsgegnerin mittlerweile den gesetzmässigen Zustand der Aktiengesellschaft wieder hergestellt und eine neue Revisionsstelle eingesetzt hat. Sie sei bereit, nach Bezahlung der offenen Rechnung von Fr. 80.— vom Juni 2001 und der Kosten von Fr. 70.— für die Eintragung der neuen Revisionsstelle, welche aufgrund der schlechten Erfahrung in der Vergangenheit von der Gesuchsgegnerin vorzuschliessen sind, den Antrag auf Konkursöffnung zurückzuziehen. Somit wäre auch ein Widerruf des Konkurses durch den Konkursrichter möglich. Sie ist jedoch der Ansicht, dass die Gesuchsgegnerin die Kosten des vorliegenden Verfahrens durch ihr Verhalten verursacht habe und diese folglich zu tragen habe.

3.— Gemäss Art. 641 Ziff. 10 OR hat die Aktiengesellschaft den Namen oder die Firma der Revisoren, unter Angabe des Wohnsitzes, des Sitzes oder einer im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung in das Handelsregister einzutragen.

Entgegen dem alten Recht sieht das neue Aktienrecht zwingend vor, dass jede Aktiengesellschaft über eine Revisionsstelle verfügen muss; eine Aktiengesellschaft kann ohne Revisionsstelle weder errichtet werden noch weiter bestehen; diese muss im Handelsregister eingetragen werden (Art. 626 Ziff. 6, 629 Abs. 1, 641 Ziff. 10 OR; P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1840; V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, N 46 zu § 1). Die Eintragung, die deklaratorischer Natur ist, ermöglicht jeder interessierten Person, sich darüber Gewissheit zu verschaffen, dass eine Revisionsstelle ernannt wurde und immer noch besteht; die Eintragung ermöglicht Transparenz und liegt im öffentlichen Interesse (P. MONTAVON, Droit suisse de la Société anonyme, Bd. III, Lausanne 1997, S. 165). Die Anmeldung zur Eintragung der Revisionsstelle muss grundsätzlich vom Verwaltungsrat eingereicht werden (Art. 640 Abs. 2 OR). Sie ist vom Präsidenten des Verwaltungsrats oder seinem Stellvertreter sowie vom Sekretär oder einem zweiten Mitglied des Verwaltungsrates zu unterzeichnen (Art. 22 Abs. 2 HRegV). Der Anmeldung sind die notwendigen Belege beizufügen, dazu gehört insbesondere ein Ausweis über die Wahl der Mitglieder der Revisionsstelle (Art. 640 Abs. 3 Ziff. 3 OR). Dieser ist in Form eines beglaubigten Auszugs des Protokolls der Generalversammlung oder einer beglaubigten Kopie dieses Auszugs im Original vorzulegen (Art. 28 Abs. 2 und 3 HRegV). Der Nachweis, dass die Mitglieder der Revisionsstelle die Wahl angenommen haben, ist ein für die Eintragung notwendiger Beleg (Art. 78 Abs. 1 lit. c HRegV; vgl. MONTAVON, S. 166).

Erhält der Handelsregisterführer davon Kenntnis, dass der Gesellschaft die Revisionsstelle fehlt, so setzt er ihr eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes (Art. 727f Abs. 1 OR). Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist und gehöriger Mahnung ernennt der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers die Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr (vgl. Art. 727f Abs. 2 OR). In diesem Fall hält die Praxis dafür, dass der Richter von der Gesellschaft einen Vorschuss für die Kosten der Revision verlangen kann (ZWR 1999 S. 311 f.; SJZ 1997 S. 161).

Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, welche Rechtsfolge an die Weigerung der Gesellschaft zu knüpfen ist, den geforderten Kostenvorschuss zu leisten. Wohl sieht Art. 625

Abs. 2 OR vor, dass die Gesellschaft, die nicht über die vorgeschriebenen Organe verfügt, aufgelöst werden kann; allerdings verfügt der Richter die Auflösung nur auf Begehren eines Aktionärs oder eines Gläubigers, nicht aber des Handelsregisterführers (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996., N 120 zu § 55; A. SIEGWART, Zürcher Kommentar, N 33 ff. zu Art. 625 OR), sodass eine direkte Anwendung dieser Bestimmung nicht in Betracht fällt. Wird der Kostenvorschuss nicht geleistet und liegt kein Antrag eines Aktionärs oder eines Gläubigers vor, ist folglich vom Vorliegen einer Gesetzeslücke auszugehen (SJZ 1997 S. 161; ZWR 1999 S. 312; ZR 1995 S. 133, 1996 S. 123).

4.— Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Dies bedeutet zunächst, dass der Richter sich darum zu bemühen hat, einen Rechtssatz zu formulieren, das heisst eine abstrakte Entscheidungsnorm, die geeignet ist, auf eine unbeschränkte Zahl von Fällen angewendet zu werden. Dabei hat er sich von objektiven Kriterien leiten zu lassen und nicht einfach nach seinem Billigkeitsempfinden zu entscheiden. Der Sinn des Art. 1 Abs. 2 ZGB liegt offensichtlich darin, dass sich die aufgestellte Regel in das bestehende Rechtsgebäude einfügt. In dieser Hinsicht geniesst der Richter nicht die gleiche Freiheit wie der Gesetzgeber (H. DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Der Einleitungstitel, Basel 1967, S. 107 und 111; vgl. auch BGE 125 III 425).

a) Ein Teil der neusten Rechtsprechung vertritt die Ansicht, dass im vorliegenden Fall die Gesetzeslücke mittels Eröffnung des Konkurses zu füllen ist. Nach dieser Rechtsprechung lasse die Nichtbezahlung des geforderten Kostenvorschusses die Überschuldung der Gesellschaft oder zumindest mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit vermuten. Dieser Konkursgrund widerspreche Sinn und Geist des SchKG nicht. So stütze sich auch die in Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG vorgeschriebene konkursamtliche Liquidation einer von den Erben ausgeschlagenen Erbschaft auf die Vermutung einer Überschuldung. Nach der selben Rechtsprechung rechtfertige sich die Anerkennung mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit als Konkursgrund deshalb, weil kein Interesse an der Aufrechterhaltung von Gesellschaften ohne Revisionsstelle bestehe, die weder über finanzielle Mittel verfügten noch hängige Verpflichtungen hätten. Des weitern sind die Vertreter dieser Lösung der Meinung, dass allein auf diese Weise die Interessen der Gläubiger gewahrt werden können (BJM 1999 S. 259 ff.; SZW 2000 S. 287; ZR 1995 S. 132 ff.).

Diese Lösung ist aus jenen Gründen abzulehnen, die das Walliser Kantonsgericht in seinem Urteil vom 5. November 1998 hervorgehoben hat (vgl. ZWR 1999 S. 312, E. 2b Abs. 3). Art. 192 SchKG zählt die Gründe abschliessend auf, aus denen gegen Kapitalgesellschaften und Genossenschaften ohne vorherige Betreibung der Konkurs eröffnet werden kann. Gegen Aktiengesellschaften kann der Konkurs diesfalls aus dem in Art. 725a OR vorgesehenen Grund eröffnet werden. Formelle Voraussetzung der Konkursöffnung im Falle der Überschuldung (Art. 725 ff. OR) ist die Benachrichtigung des örtlich zuständigen Richters am Sitz der Gesellschaft (P. MONTAVON, Droit suisse de la Société anonyme, Bd. II, Ausgabe 1997, S. 462; H. WÜSTINER, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 725a OR). Unabhängig von Art. 192 SchKG kann gegen eine Aktiengesellschaft der Konkurs ohne vorgängige Betreibung auch gemäss Art. 190

Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eröffnet werden, wobei die "Einstellung der Zahlungen" oft äusserer Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit im eigentlichen Sinne ist (P.-R. GILLIÉRON, Poursuite pour dette, faillite et concordat, Lausanne 1993, 3. Aufl., S. 270). Die Nichtbezeichnung der Revisionsstelle sowie die Nichtbezahlung des geforderten Kostenvorschusses schaffen hingegen bloss eine Vermutung der Überschuldung (BJM 1999 S. 259, 263) und nicht einen Beweis, der sich auf konkrete Tatsachen stützt, wie dies gemäss Art. 725a, 729b und 743 Abs. 2 OR der Fall ist. Daraus folgt, dass der Richter über die Gesellschaft nicht den Konkurs eröffnen kann, wenn ihn weder deren Verwaltungsrat noch ein Gläubiger über die Überschuldung benachrichtigt haben, noch die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat.

b) Gemäss Art. 2 der Schlussbestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Revision des Aktienrechts müssen Aktiengesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes im Handelsregister eingetragen sind, jedoch den neuen gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, ihre Statuten innert fünf Jahren den neuen Bestimmungen anpassen (Abs. 1); Gesellschaften, die ihre Statuten trotz Aufforderung innert fünf Jahren nicht den Bestimmungen über das Mindestkapital, die Mindesteinlage und die Partizipations- und Genussscheine anpassen, werden auf Antrag des Handelsregisterführers vom Richter aufgelöst (Abs. 2)

Sinkt die Zahl der Aktionäre unter drei oder fehlt es der Aktiengesellschaft an den vorgeschriebenen Organen, so kann der Richter auf Begehren eines Aktionärs oder eines Gläubigers die Auflösung der Gesellschaft verfügen (Art. 625 Abs. 2 OR).

Gemäss den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen verfügt der Richter die Auflösung jener Gesellschaften, die ihren gesetzlichen Verpflichtungen nicht nachkommen. Im vorliegenden Fall ist die Gesetzeslücke unter Beizug dieser Regel zu schliessen. Der Richter kann folglich auch auf Antrag des Handelsregisterführers als Vertreter der Gläubiger und Dritter die Auflösung einer Gesellschaft verfügen, die keine Revisionsstelle (mehr) besitzt. Diese Lösung entspricht im Übrigen auch jener, die in anderen Kantonen gewählt worden ist (vgl. SJZ 1997 S. 161 f.; ZWR 1999 S. 311 ff.; ZR 1996 S. 122 ff.).

c) Die Berufung ist folglich gutzuheissen und das angefochtene Konkursdekret aufzuheben. Am 21. Januar 2002 hat der Handelsregisterführer subsidiär darum ersucht, die Gesuchsgegnerin aufzulösen, wenn ihr keine Revisionsstelle ernannt werden kann. Da nicht erstellt ist, dass die Gesuchsgegnerin inzwischen eine Revisionsstelle ernannt oder gar ins Handelsregister eingetragen hätte, sondern diese einzig ein Schreiben der Z SA ins Recht legt, wonach diese bereit sei, die Übernahme des Revisionsmandates "zu erwägen", ist die Angelegenheit zwecks Auflösung der Gesuchsgegnerin zuständigkeithalber dem Zivilgericht \_\_\_\_\_ zu übermitteln (Art. 144 GOG).

5.— Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 500.— dem Staat aufzuerlegen (Art. 52 und 61 Abs. 1 GebV SchKG).

6.— Die Gesuchsgegnerin beantragt eine Parteientschädigung. Gemäss Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG kann das Gericht der obsiegenden Partei auf Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen, deren Höhe im Entscheid festzusetzen ist. Im vorliegenden Fall hat die Gesuchsgegnerin zwar insofern obsiegt, als ihre Berufung gutgeheissen wurde. Da sie jedoch das Verfahren veranlasst hat, indem sie trotz gehöriger Mahnung weder den geforderten Kostenvorschuss geleistet noch eine Revisionsstelle bezeichnet hat, widerspräche es offensichtlich Recht und Billigkeit, ihr zulasten des Staates eine Entschädigung zuzusprechen.

**u n d e r k a n n t :**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und das Konkursdekret des Gerichtspräsidenten \_\_\_\_\_ vom 4. März 2002 wird aufgehoben.
2. Die Angelegenheit wird zuständigkeitshalber dem Zivilgericht \_\_\_\_\_ übermittelt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 500.— pauschal werden dem Staat Freiburg auferlegt.
4. Der X AG wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Freiburg, 22. Mai 2002