Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 235/2007 /blb

Urteil vom 14. November 2007
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterinnen Nordmann, Escher,
Bundesrichter Meyer, Marazzi,
Gerichtsschreiber Rapp.

Parteien
X._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Advokat Dr. Roland Gass,

gegen

Handelsregisteramt des Kantons Basel-Landschaft, Postfach, 4410 Liestal,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung,

Beschwerde in Zivilsachen gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, vom 24. April 2007.

Sachverhalt:
A.
Die X._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S._____ (Kanton Basel-Landschaft). Da die bisherige Revisionsstelle der Beschwerdeführerin am 29. Mai 2006 im Handelsregister gelöscht wurde, forderte das Handelsregisteramt Basel-Landschaft diese mit Schreiben vom 29. Mai und 28. August 2006 auf, eine neue Revisionsstelle anzumelden. Mit Schreiben vom 13. September 2006 ersuchte das Handelsregisteramt das Bezirksgericht K._____, der Beschwerdeführerin für ein Geschäftsjahr eine Revisionsstelle zu ernennen, bzw. - falls dies nicht möglich sei - die Gesellschaft aufzulösen und deren konkursamtliche Liquidation anzuordnen. Nachdem die Beschwerdeführerin innert den richterlich angesetzten Fristen weder eine Revisionsstelle ernannt noch den verfügten Kostenvorschuss geleistet hatte, überwies der Bezirksgerichtspräsident K._____ den Fall mit Verfügung vom 13. Dezember 2006 an den Konkursrichter und sistierte das Verfahren betreffend Einsetzung einer Revisionsstelle. Mit Urteil vom 14. Dezember 2006 eröffnete der Bezirksgerichtspräsident K._____ als Konkursrichter über die Beschwerdeführerin in Anwendung von Art. 1 ZGB und Art. 192 SchKG um 09.45 Uhr den Konkurs.
B.
Gegen das Konkurserkenntnis vom 14. Dezember 2006 appellierte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 21. Dezember 2006 beim Kantonsgericht Basel-Landschaft und ersuchte um Aufhebung der Konkurseröffnung. Zur Begründung führte sie an, in der Zwischenzeit mit der Y._____ AG eine neue Revisionsstelle gefunden zu haben. Sie bezahlte zudem den Appellationskostenvorschuss von Fr. 200.–. Mit Schreiben vom 5. Januar 2007 teilte das Handelsregisteramt mit, die Beschwerdeführerin habe in der Zwischenzeit die für die Eintragung erforderlichen Unterlagen (Handelsregister-Anmeldung, GV-Protokoll und Wahlannahmeerklärung der Revisionsstelle) eingereicht und die Eintragung der Y._____ AG als Revisionsgesellschaft der Beschwer-

deführerin habe erfolgen können. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft forderte die Beschwerdeführerin auf, Unterlagen zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit einzureichen. Am 12. Januar 2007 reichte die Beschwerdeführerin den Revisionsbericht 1999 der Z._____ AG, die Steuererklärung 1999 sowie drei Kontoauszüge ein. Die Beschwerdeführerin führte aus, die geforderten Revisionsberichte 2000 bis 2006 würden von der Y._____ AG bis Ende Februar 2007 revidiert und könnten folglich noch nicht eingereicht werden.
Mit Verfügung vom 17. Januar 2007 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, die Revisionsberichte 2000 bis 2006 sowie den Jahresabschluss 2006 nachzureichen. Im Weiteren wurde sie verpflichtet, einen zusätzlichen Kostenvorschuss von Fr. 300.– zu leisten. Am 6. Februar 2007 wurde mit Verfügung festgestellt, dass der Kostenvorschuss innert Frist nicht geleistet worden sei, und es wurde eine Nachfrist angesetzt, binnen welcher der Kostenvorschuss von Fr. 300.– einging. Am 14. März 2007 erging eine weitere Verfügung, mit welcher die Beschwerdeführerin erneut aufgefordert wurde, die ausstehenden Revisionsberichte sowie den Jahresabschluss 2006 nachzureichen. Anlässlich der Verhandlung vor Kantonsgericht vom 24. April 2007 beantragte die Beschwerdeführerin, das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben, weil in der Zwischenzeit eine Revisionsstelle im Handelsregister eingetragen worden sei. Das Kantonsgericht wies die Appellation gleichentags ab und stellte fest, dass der Konkurs über die Beschwerdeführerin am 14. Dezember 2006 um 09.45 Uhr als eröffnet gelte. Es nahm zwar sämtliche neuen Tatsachen und Beweismittel, einschliesslich der inzwischen erfolgten Eintragung der Revisionsstelle ins Handelsregister entgegen, führte aber
zur Begründung des abweisenden Urteils an, die Beschwerdeführerin habe ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht.
C.
Gegen diesen Entscheid hat die Beschwerdeführerin am 16. Mai 2007 Beschwerde in Zivilsachen erhoben mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben. Mit Präsidialverfügung vom 12. Juli 2007 wurde der Beschwerde in dem Sinn aufschiebende Wirkung erteilt, als Vollstreckungsmassnahmen zu unterbleiben hätten. Das Kantonsgericht hat die Abweisung der Beschwerde beantragt.
Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat an ihrer Sitzung vom 13. September 2007 über die Beschwerde öffentlich beraten, dann aber das Verfahren ausgesetzt und beschlossen, einen Meinungsaustausch mit der I. zivilrechtlichen Abteilung gemäss Art. 23 Abs. 2 BGG durchzuführen. Die I. zivilrechtliche Abteilung hat dem Urteilsentwurf der II. zivilrechtlichen Abteilung zugestimmt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1242). Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG ist das neue Gesetz auf Beschwerdeverfahren anwendbar, wenn der angefochtene Entscheid nach dessen Inkrafttreten ergangen ist. Der angefochtene Entscheid datiert vom 24. April 2007, so dass auf das vorliegende Verfahren das BGG anwendbar ist.
1.2 Gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen auch Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen. Beim angefochtenen Urteil des Kantonsgerichts handelt es sich um einen solchen Entscheid. Gegen Entscheide des Konkursrichters ist die Beschwerde in Zivilsachen ungeachtet eines bestimmten Streitwerts zulässig (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG).
Die Beschwerde ist nach Art. 90 BGG zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen. Bei der Konkurseröffnung handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne dieser Bestimmung, so dass auch diese Voraussetzung gegeben ist. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich einzutreten (zum Ganzen: zur Publikation bestimmtes Urteil 5A 86/2007 vom 3. September 2007, E. 1).
1.3 Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 1 ZGB, Art. 190 bis 194 (insbesondere Art. 192) SchKG und "wohl auch" von Art. 9 und 26 Abs. 1 BV. Da die Rügen der Gesetzesverletzung zulässig sind und vom Bundesgericht frei überprüft werden, bleibt für die Rüge der willkürlichen und in Verletzung der Eigentumsgarantie erfolgten Gesetzesanwendung kein Raum.
2.
Eine Aktiengesellschaft hat von Gesetzes wegen eine Revisionsstelle zu ernennen (Art. 626 Ziff. 6, 629 Abs. 1, 641 Ziff. 10, 727 Abs. 1 und 727d Abs. 1 OR). Erhält der Handelsregisterführer davon Kenntnis, dass eine Gesellschaft keine Revisionsstelle mehr hat, so setzt er ihr eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen

Zustandes (Art. 727f Abs. 1 OR). Nach unbenütztem Ablauf der Frist ernennt der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers die Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr (Art. 727f Abs. 2 OR). Da eine Revisionsstelle das Mandat meist nur gegen Bezahlung annimmt und es nicht Sache des Staates ist, die Revisionsstelle zu finanzieren, holt das Gericht in der Regel zunächst einen Kostenvorschuss ein (vgl. Watter, Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 727f OR). Wird der Kostenvorschuss innert angemessener Frist nicht einbezahlt, stellt sich die Frage nach dem weiteren Vorgehen.
Das Gesetz sieht in Art. 625 Abs. 2 OR für den Fall, dass es der Gesellschaft an den vorgeschriebenen Organen fehlt, lediglich vor, dass der Richter auf Begehren eines Aktionärs oder eines Gläubigers die Auflösung der Gesellschaft verfügt, wenn die Gesellschaft nicht binnen angemessener Frist den gesetzmässigen Zustand wieder herstellt (Watter, a.a.O., N. 8 zu Art. 727f OR). Das Zuwarten auf einen Antrag eines Aktionärs oder Gläubigers widerspräche aber Art. 727f Abs. 2 OR, der ein Einschreiten des Richters auf Antrag des Handelsregisterführers verlangt. Bliebe der Richter bei dieser Sachlage untätig, liefe dies auf eine Rechtsverweigerung hinaus (Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N. 219 f. zu Art. 1 ZGB). Es liegt eine echte Lücke vor (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 1873 § 15 Rz. 99; Brunner, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 190 SchKG; Forstmoser/Christen, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht - Handelsgesellschaften und Genossenschaften - und im Wertpapierrecht, in: SJZ 2000, S. 469; Stäubli, Basler Kommentar, N. 29 zu Art. 736 OR; Tercier/Stoffel, Das Gesellschaftsrecht 1999/2000, in: SZW 2000, S. 287).
3.
Beim Ausfüllen einer echten Lücke hat das Gericht diejenige Regel zu bilden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die zu treffende Regelung muss sich widerspruchslos in das bestehende Gesetzesrecht und dessen Wertungen einfügen. Bestehende Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden, indem die bestehende gesetzliche Lösung einer vergleichbaren Frage sinngemäss auf die ungelöste Frage übertragen wird (vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 319 ff. und 344 ff. zu Art. 1 ZGB; Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2003, S. 85 § 4 Rz. 133; Hausheer/Jaun, a.a.O., N. 224 zu Art. 1 ZGB).
Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Vorarbeiten zu Gesetzesentwürfen, die noch nicht in Kraft sind, bei der Auslegung einer Norm und insbesondere bei der Lückenfüllung berücksichtigt werden (BGE 110 II 293 E. 2a S. 296; 122 IV 292 E. 2d S. 297; 124 II 193 E. 5d S. 201; 125 III 401 E. 2a S. 404; 131 II 13 E. 7.1 S. 31 f.). Ist das Gesetzgebungsverfahren, mit welchem eine Lücke des geltenden Rechts gefüllt werden soll, bereits abgeschlossen, so kommt diesem besondere Bedeutung zu.
4.
Der Bezirksgerichtspräsident K._____ hat die Sache an den Konkursrichter überwiesen, welcher den Konkurs eröffnet hat. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung zu erfolgen hat.
4.1 In der Lehre (Böckli, a.a.O., S. 1873 § 15 Rz. 99; Tercier/Stoffel, a.a.O., S. 287; wohl auch Brunner, a.a.O., N. 16 zu Art. 190 SchKG) und kantonalen Rechtsprechung (insbesondere Basel-Landschaft [Urteil des Obergerichts vom 18. August 1998, in: BJM 1999, S. 259 ff.]) wird teilweise die Auffassung vertreten, der Konkurs ohne vorgängige Betreibung sei ungeachtet der materiellen Schranken der Art. 190 ff. SchKG stets zu eröffnen, wenn eine Gesellschaft ohne Revisionsstelle den Kostenvorschuss für deren richterliche Ernennung nicht bezahlt. Damit wird in Lückenfüllung ein neuer, im Gesetz nicht vorgesehener Konkursgrund geschaffen. Dieses Vorgehen haben die kantonalen Behörden auch im vorliegenden Fall gewählt.
Daneben besteht auch eine kantonale Praxis, wonach der Richter das Konkursamt beauftragen kann, die Liquidation in analoger Anwendung von Art. 221 ff. SchKG durchzuführen (so im Kanton Wallis [Entscheid der autorité de recours en matière de faillite vom 5. November 1998, in: RVJ/ZWR 1999, S. 311 ff.]).
Demgegenüber wird die Eröffnung des Konkurses von anderen Autoren (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 371 § 32 Rz. 40a Anm. 12c; so wohl auch Stäubli, a.a.O., N. 29 zu Art. 736 OR) sowie in einigen Kantonen (insbesondere Zürich [Entscheid des Obergerichts vom 10. April 1996, in: ZR 1996, S. 122 ff.], Schwyz [Beschluss vom 30. November 2004, in: EGV-SZ 2004, S. 17 ff.]sowie St. Gallen [Entscheid des Handelsgerichtspräsidenten vom 19. September 1995, in: GVP 1995, S. 112 ff.]) als nicht mit den Grundsätzen der Lückenfüllung vereinbar erachtet. Diese Auffassung wird zum einen damit begründet, dass die konkursamtliche Liquidation nicht zu sachfremden Zwecken eingesetzt werden dürfe (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 371 § 32 Rz. 40a Anm. 12c). Zum andern wird angeführt, den Interessen der direkt Betroffenen werde durch eine handelsrechtliche Liquidation insofern genügend Rechnung getragen, als eine

aufgelöste Aktiengesellschaft in ihrer Firma den Zusatz "in Liquidation" zu tragen habe und die Befugnisse ihrer Organe auf Liquidationshandlungen beschränkt seien (Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. April 1996, a.a.O., S. 126). Auf diese Weise werde die Gesellschaft bei der
Teilnahme am Geschäftsverkehr zumindest behindert; da der Zustand einer Gesellschaft aus dem Handelsregister ersichtlich sei, liege es in der Verantwortung allfälliger Geschäftspartner, gleichwohl mit ihr Geschäfte zu tätigen.
Das Bundesgericht hat in einem Strafverfahren im Zusammenhang mit der Beurteilung der objektiven Strafbarkeitsbedingung des Konkurses bei einem Betreibungsdelikt ohne Begründung, aber unter Hinweis auf Art. 727f Abs. 2 OR, festgehalten, der Konkurs sei wegen Fehlens der Revisionsstelle zu Unrecht eröffnet worden (Urteil 6S.242/2001 vom 10. April 2002, E. 2d).
4.2 Am 1. Januar 2008 wird eine Teilrevision des OR in Kraft treten, welche das GmbH-Recht sowie einzelne Bereiche des Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts betrifft (BBl 2005 7289 ff.).
Im Rahmen dieser Revision soll mit einem neuen Art. 731b E OR eine aktienrechtliche Regelung betreffend Mängel in der Organisation der Gesellschaft geschaffen werden (a.a.O., 7325; vgl. dazu auch Botschaft, BBl 2001 3231 ff.). Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so soll ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen können, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 731b Abs. 1 E OR). Der Richter soll nach dieser neuen Bestimmung insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen können, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist (Ziff. 1), er soll das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen können (Ziff. 2), und er soll die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen können (Ziff. 3). Ernennt der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so soll er die Gesellschaft verpflichten, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten (Art. 731b Abs. 2 E OR). Im Rahmen der Änderung der Vorschriften betreffend die Revisionsstelle (Art. 727 ff. E OR) soll Art. 727f OR aufgehoben
werden. Auch soll die Neufassung von Art. 625 E OR keine dem geltenden Art. 625 Abs. 2 OR entsprechende Vorschrift mehr enthalten.
4.3 Diese neuen Vorschriften sind auf das vorliegende Verfahren nicht unmittelbar anwendbar. Da der Gesetzgeber aber im Hinblick auf die nach geltendem Recht bestehende Gesetzeslücke für die Zukunft eine Neuregelung getroffen und dabei Art. 727f OR aufgehoben hat, drängt es sich auf, diese neue Regelung zur Lückenfüllung bereits heute heranzuziehen.
Der Gesetzgeber hat einerseits mit der Ausgestaltung von Art. 731b Abs. 1 E OR als Kann-Vorschrift eine sehr offene Formulierung gewählt. Andererseits hat er auf eine Erweiterung der Konkursgründe im SchKG verzichtet und damit zum Ausdruck gebracht, dass er diese nicht ergänzen will, selbst wenn nach neuem Recht die Liquidation der Gesellschaft nach der Auflösungsverfügung gemäss den Vorschriften über den Konkurs erfolgen kann.
Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht keinen Konkursgrund festgestellt, welcher die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung gestatten würde. Insbesondere hat das Konkursgericht nicht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ihre Zahlungen eingestellt hat (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) oder überschuldet ist (Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR). Bei dieser Sachlage steht die Konkurseröffnung zur Füllung der in Art. 727f OR offen gelassenen Lücke nicht zur Verfügung.
5.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 727f OR insofern eine Lücke enthält, als er sich zu den Rechtsfolgen nicht äussert, welche eintreten, wenn der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers die Revisionsstelle bezeichnen muss, dies aber nicht kann, weil die Gesellschaft den dafür verfügten Kostenvorschuss nicht bezahlt. In diesem Fall ist keine Konkurseröffnung durch den Konkursrichter vorzunehmen. Anders wäre zu entscheiden, wenn die Gesellschaft überschuldet wäre oder ihre Zahlungen eingestellt hätte. Solches wurde indessen vorliegend nicht festgestellt. Die Beschwerde muss daher gutgeheissen und der angefochtene Entscheid aufgehoben werden.
Somit kann offen bleiben, ob und gegebenenfalls wie der Umstand von Bedeutung ist, dass die Beschwerdeführerin inzwischen gültig eine Revisionsgesellschaft bezeichnet hat, welche im Handelsregister eingetragen ist. Der Bezirksgerichtspräsident K._____ hat denn auch das Verfahren betreffend Einsetzung einer Revisionsstelle sowie betreffend Auflösung der Gesellschaft sistiert.
6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Beschwerdeführerin sind durch den Kanton Basel-Landschaft die Parteikosten zu ersetzen (Art. 68 Abs. 2 BGG).
Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 24. April 2007 (Konkurseröffnung) wird aufgehoben.
2.
Die Sache wird zur Verteilung der Kosten und Entschädigungen des kantonalen Verfahrens zurückgewiesen.
3.
Für das bundesgerichtliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Kanton Basel-Landschaft hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Betreibungs- und Konkursamt K._____ und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivil- und Strafrecht, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 14. November 2007
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: