

Bezirksgericht Zürich



Geschäft Nr. EK081047/U

Konkursrichter

[REDACTED]
[REDACTED]

Verfügung vom 27. Oktober 2008, 11.30 Uhr

in Sachen

[REDACTED]
[REDACTED]

Gesuchstellerin

vertreten durch den Liquidator:

[REDACTED]
[REDACTED]

betreffend Ueberschuldungsanzeige

Der Konkursrichter zieht in Betracht:

I.

Mit Eingabe vom 22. Mai 2008, eingegangen beim Gericht am 27. Mai 2008, zeigte [REDACTED], Liquidator der Gesuchstellerin (act. 3), die Überschuldung der Gesellschaft an (act. 1) und reichte hierzu diverse Unterlagen (act. 2/1-6) ein.

In seiner Eingabe führte der Liquidator der Gesuchstellerin aus, er sehe sich ausserstande, seine Aufgabe als Liquidator zu erfüllen und insbesondere die Bilanz der Gesellschaft aufzustellen, da er bis heute keinen Zugang zu den Geschäftsbüchern der Gesellschaft habe. Ohne sich auf genaue Angaben über die finanzielle Lage der Gesellschaft stützen zu können, betrachte er die Überschuldung der Gesuchstellerin allerdings als "wahrscheinlich" (act. 1).

Mit Verfügung vom 29. Mai 2008 wurden die ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchstellerin, [REDACTED] aufgefordert, zur Eingabe des Liquidators Stellung zu nehmen (act. 4). Mit Schreiben vom 11. Juni 2008 gaben [REDACTED] an, dass sich die fraglichen Geschäftsbücher nach wie vor in den Büroräumlichkeiten der Gesuchstellerin an der [REDACTED] in [REDACTED] befinden würden und sich der Liquidator trotz Ankündigung nicht bemüht habe, diese abzuholen. Ausserdem sei der Liquidator immer noch im Besitz von zwei Büroschlüsseln, weshalb er jederzeit die Möglichkeit habe, die Akten abzuholen (act. 8; act. 10).

Mit Verfügung vom 12. Juni 2008 forderte der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich die Gesuchstellerin zur Stellungnahme zu diesen Vorbringen auf (act. 12). Mit Eingabe vom 23. Juni 2008 machte der Liquidator der Gesuchstellerin geltend, dass die Schlösser der Büroräumlichkeiten der Gesuchstellerin an der [REDACTED] in [REDACTED] ausgetauscht worden seien und er sich daher am 16. März 2007 keinen Zutritt zu diesen habe verschaffen können. Zudem seien die Angaben der ehemaligen Verwaltungsräte [REDACTED] widersprüchlich, wenn sie einerseits behaupteten, die Akten befänden sich nach wie vor in

den Büroräumlichkeiten der Gesuchstellerin und andererseits, mit Schreiben vom 24. Mai 2007 geltend machten, die Akten befänden sich bei ihrem Rechtsvertreter und würden erst herausgegeben, wenn Ausstände in der Höhe von CHF 39'280.- beglichen seien (act. 14; act. 2/3 S. 3). Insofern beantrage er, dass die ehemaligen Verwaltungsräte [REDACTED] zu verpflichten seien, sämtliche Unterlagen der sich in Liquidation befindlichen Gesellschaft an die Liquidationsadresse zu senden, so wie es das Bezirksgericht Horgen mit Verfügung vom 29. Juni 2007 (act. 2/3) angeordnet habe (act. 14).

Mit Verfügung vom 26. Juni 2008 forderte der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich [REDACTED] unter Androhung von Ordnungsbussen dazu auf, ihm die Geschäftsbücher der Gesuchstellerin binnen einer Frist von zehn Tagen zukommen zu lassen (act. 15). Daraufhin teilten die ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchstellerin dem Gericht mit Eingabe vom 9. Juli 2008 mit, dass die Geschäftsbücher während der Geschäftszeiten in den ehemaligen Büroräumlichkeiten der Gesuchstellerin an der [REDACTED] in [REDACTED] abgeholt werden könnten und sie bereit seien, den Transport der Unterlagen gegen Vorauszahlung der Kosten zu organisieren (act. 20).

Mit Verfügung vom 15. Juli 2008 forderte der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich [REDACTED] unter Hinweis darauf, dass sie die auferlegte Verpflichtung, ihm die Geschäftsbücher der Gesuchstellerin binnen einer Frist von zehn Tagen zukommen zu lassen (act. 15), nicht erfüllt hätten, zur Stellungnahme zur Frage der Ausfällung einer Ordnungsbusse auf (act. 21). Mit Eingabe vom 30. Juli 2008 teilten die ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchstellerin dem Gericht unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 9. Juli 2008 (act. 20) mit, die Akten würden gegen Vorauszahlung der Transportkosten ausgeliefert. Ihres Wissens sei der Liquidator der "Besitzer" der Gesuchstellerin und somit für die Kosten verantwortlich (act. 25).

Mit Verfügung vom 21. August 2008 sprach der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich sodann gegen die ehemaligen Verwaltungsräte [REDACTED] [REDACTED] eine Ordnungsbusse von je CHF 100.- aus (act. 26).

Mit Eingabe vom 30. September 2008, eingegangen beim Gericht am 2. Oktober 2008, teilte der Liquidator der Gesuchstellerin dem Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich mit, dass er sein Mandat als Liquidator der Gesuchstellerin niederlege und dies auch bereits dem Handelsregisteramt Zürich mitgeteilt habe (act. 29) und reichte hierzu weitere Unterlagen ein (act. 30/1-2). Zur Begründung führte der Liquidator der Gesuchstellerin aus, er habe mit den ehemaligen Verwaltungsräten [REDACTED] auf Anordnung des Gerichts Kontakt aufgenommen, um einen Termin für die Abholung der Geschäftsbücher zu vereinbaren. Frau [REDACTED] habe ihm jedoch mitgeteilt, dass Herr [REDACTED] nicht anwesend sei und dass sie ihm die Geschäftsbücher nicht zur Verfügung stellen und den Zugriff zum Inventar, Computer und Büromöbel nicht geben würde, wenn er nicht noch eine Zahlung von CHF 40'000.– leiste. Aufgrund dessen vermute er, dass die vormaligen Verwaltungsratsmitglieder während ihrer Tätigkeit für die Gesuchstellerin Gelder veruntreut hätten, was durch ein beigelegtes Schreiben der Staatsanwaltschaft Winterthur, wonach Herr [REDACTED] gesucht werde und nicht mehr in der Schweiz gemeldet sei, untermauert würde (act. 29).

II.

1. Wird die Überschuldung einer Aktiengesellschaft angezeigt, prüft der Konkursrichter im summarischen Verfahren, ob tatsächlich eine Überschuldung vorliegt (§ 213 Ziff. 5 ZPO in Verbindung mit Art. 192 SchKG). Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung einer Gesellschaft in Liquidation, muss vom zuständigen Liquidator eine Zwischenbilanz erstellt werden (Stäubli, in: Honnig/Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 743 N 12). Da auch im Liquidationsverfahren die Aufgaben der gesetzlichen Revisionsstelle bestehen bleiben (Stäubli, a.a.O., Art. 739 N 9), ist die Zwischenbilanz von der Revisionsstelle zu prüfen (vgl. BGE 123 III 478). Ergibt sich dabei, dass die Forderungen der Gläubiger zu Veräusserungswerten – während der Liquidation sind im Unterschied zu Art. 725 Abs. 2 OR die Fortführungswerte nicht massgebend – nicht mehr gedeckt sind, hat der Liquidator den Richter zu benachrichtigen (Stäubli, a.a.O., Art. 743

N 11 und 13). Dieser hat zu prüfen, ob die Gesellschaft tatsächlich überschuldet ist, da er nur bei Vorliegen einer Überschuldung den Konkurs eröffnen darf.

2. Wie aus der Prozessgeschichte hervorgeht, war der Liquidator vorliegend aufgrund der fehlenden Unterlagen nicht in der Lage, eine Liquidationsbilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen. Somit lässt sich eine Überschuldung durch den Konkursrichter nicht überprüfen.

3. Als Revisionsstelle der Gesuchstellerin war die [REDACTED] bestellt. Gemäss Handelsregisterauszug vom 29. Mai 2008 wurde sie indes als Revisionsstelle der Beklagten am 7. Januar 2008 im Handelsregister gelöscht [REDACTED]. Seither verfügt die Gesuchstellerin über keine Revisionsstelle mehr und befindet sich diesbezüglich demzufolge in einem gesetzeswidrigen Zustand. Des Weiteren hat nun auch der einzige Liquidator [REDACTED] sein Mandat niedergelegt (act. 29). Folglich verfügt die Gesuchstellerin über keinen Liquidator mehr, was ebenfalls einem gesetzeswidrigen Zustand entspricht.

4. Die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere diejenigen über die gesetzlich vorgeschriebene Organisation der juristischen Personen, gelten mit dem Eintritt der Liquidation der Gesellschaft – abgesehen von der neu bestehenden Zweckbestimmung und der erforderlichen Einhaltung der zwingend anwendbaren Liquidationsvorschriften (Art. 742 – 745 OR) – weiter (Stäubli, a.a.O., Art. 739 N 1 f. und N 4 ff.). Da die Gesuchstellerin einerseits weder über eine eingetragene Revisionsstelle verfügt (Art. 727 ff. OR) noch ein Verzicht auf eine Revision im Sinne von Art. 727a Abs. 2 OR im Handelsregister eingetragen ist und andererseits, nachdem der einzige Liquidator, welcher zugleich einziger im Handelsregister eingetragener Zeichnungsberechtigter ist, zunächst faktisch nicht in der Lage war, die ihm gesetzlich obliegenden Pflichten wahrzunehmen und nun sein Mandat niedergelegt hat, liegt ein Mangel in der gesetzlich zwingenden Organisation vor und die Gesellschaft befindet sich diesbezüglich demzufolge in einem gesetzeswidrigen Zustand.

5. Am 1. Januar 2008 ist das revidierte Aktienrecht in Kraft getreten. Gemäss Art. 727 ff. OR muss eine Aktiengesellschaft entweder über eine im Handelsregister eingetragene Revisionsstelle verfügen oder es muss ein Verzicht auf eine Revision im Sinne von Art. 727a Abs. 2 OR im Handelsregister eingetragen sein. Ferner hat der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft aus einem oder mehreren Mitglieder zu bestehen (Art. 707 Abs. 1 OR), wobei überdies die Anforderungen von Art. 718 OR zu beachten sind. Mit der Auflösung der Aktiengesellschaft wird der Verwaltungsrat im Regelfall zum Liquidator (Art. 740 OR), wobei die Befugnisse des Liquidators und diejenigen der Verwaltung dann in Personalunion ausgeführt werden (Art. 739 Abs. 2 OR).

Weist die Organisation einer Gesellschaft Mängel auf, kann gemäss Art. 731b OR ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Obwohl Mängel in der Organisation juristischer Personen daher grundsätzlich durch Klage der in Art. 731b OR genannten aktivlegitimierten Personen geltend zu machen sind, werden bei allen von Art. 731b OR erfassten Konstellationen Normen verletzt, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind und auch dem Verkehrsschutz dienen (Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, S. 3148 ff., S. 3232). Der Gesetzgeber ist somit davon ausgegangen, es handle sich bei der Beantragung der erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR nicht ausschliesslich um ein Individualrecht (von Aktionären und Gläubigern), sondern – wie erwähnt – um die Verletzung von Normen, welche im öffentlichen Interesse erlassen worden sind. Aus diesem Grund ist insbesondere der zuständige Handelsregisterführer nicht nur berechtigt, sondern vielmehr gesetzlich verpflichtet, bei Vorliegen von Organisationsmängeln an den Richter zu gelangen (vgl. Art. 941a Abs. 1 OR; Art. 154 Abs. 3 HRegV).

6. Im Zuge der Neuregelung der Vorschriften über die Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer juristischen Person hat der Gesetzgeber freilich nicht daran gedacht, den Fall einer sich in Liquidation befindenden Gesellschaft zu regeln, bei welcher der einzige noch vorhandene Liquidator aufgrund

von Art. 743 Abs. 2 OR bereits an den Richter gelangt ist. Liegen in einem solchen Fall Organisationsmängel der Gesellschaft im Sinne von Art. 731b OR vor und erscheinen sämtliche Bemühungen, diese Mängel zu beheben, als aussichtslos, so sprechen valable Gründe dafür, dass die erforderlichen Massnahmen nach Art. 731b OR durch den angerufenen Richter direkt angeordnet werden, auch wenn der Handelsregisterführer dem Richter diese noch nicht hat beantragen können.

Für diese Lösung spricht zunächst ganz generell der Umstand, dass – obwohl vorliegendenfalls das Handelsregisteramt des Kantons Zürich gemäss Eingabe des Liquidators der Gesellschaft vom 30. September 2008 nun von dessen Rücktritt informiert wurde (act. 29) – die in Art. 731b OR statuierte Pflicht des Handelsregisterführers zur Beantragung der erforderlichen Massnahmen aus praktischen Gründen nur dann besteht, wenn die Mängel für ihn wahrnehmbar sind, indem sie sich aus dem Handelsregister selber oder aus den ihm eingereichten Belegen ergeben. Ist dies nicht möglich, so ist der angerufene Richter, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von Art. 731b OR, aus Praktikabilitätsgründen von sich aus gehalten, die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Dazu kommt, dass im vorliegenden Fall gar keine zur Anmeldung verpflichtete Person aufgefordert werden könnte, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (Art. 154 Abs. 1 und 2 HRegV). Eine solche Aufforderung wäre überdies im konkreten Fall nutzlos, da die rein formale Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes an der faktischen Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft aufgrund weiterhin fehlendem Zugang zu den Geschäftsbüchern nichts ändern würde. Darüber hinaus spricht für die direkte Anordnung der erforderlichen Massnahmen durch den Richter der Umstand, dass die gesetzgeberische Konzeption von Art. 731b OR darin begründet ist, dass Gesellschaften, welche sich in Liquidation befinden, häufig faktisch nicht liquidiert werden (können), sondern ihre Tätigkeit ungehindert fortsetzen (Botschaft vom 19. Dezember 2001, a.a.O., S. 3232; Ch. Champeaux, Bericht über die Tätigkeit der Eidgenössischen Fachkommission für das Handelsregister im Jahre 2001, Reprax 1/2002, S. 70).

7. Weist die Organisation der Gesellschaft Mängel auf, kann der Richter gemäss Art. 731b OR insbesondere:

- der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Ziff. 1),
- das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2),
- die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3).

Bereits das Bezirksgericht Horgen hat mit Verfügung vom 29. Juni 2007 den ehemaligen Verwaltungsräten der Gesuchstellerin, [REDACTED] und [REDACTED], unter Androhung von Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB befohlen, sämtliche Geschäftsbücher, Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenz unverzüglich der Gesuchstellerin herauszugeben (act. 2/3) und mit Verfügung vom 20. Juli 2007 festgestellt, dass die Verfügung vom 29. Juni 2007 rechtskräftig und vollstreckbar geworden sei (act. 2/4). In der Folge wurden die ehemaligen Verwaltungsräte der Gesuchstellerin [REDACTED] [REDACTED] vom Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich unter Androhung und Ausfällung von Ordnungsbussen aufgefordert, dem Gericht die Geschäftsbücher der Gesuchstellerin zukommen zu lassen (act. 15).

Da sämtliche Anordnungen bis heute erfolglos geblieben sind und der faktische Organisationsmangel unter den gegebenen Umständen auch durch eine allfällige Ernennung einer Revisionsstelle oder eines Liquidators nicht behoben werden könnte, ist die Liquidation der Gesuchstellerin in Anwendung von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen.

III.

Die Gesuchstellerin hat die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen (§ 211 Abs. 2 ZPO). In Anwendung von Art. 52 GebV SchKG ist die Spruchgebühr auf CHF 200.– anzusetzen.

Der Konkursrichter verfügt:

1. Über die Gesuchstellerin wird der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt ENGE-Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die Spruchgebühr wird festgesetzt auf CHF 200.– und der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, an das genannte Konkursamt, an das Betreibungsamt Zürich 2 sowie an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich.
5. Ein Rekurs gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind samt einem zweifach ausgefertigten Verzeichnis der Rekurschrift beizulegen.

