

Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR



FRANCO LORANDI
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich

- 15. Mitteilungspflicht des Richters
- 16. Handlungspflichten der Ämter
- C. Abwicklung des Konkursverfahrens
 - 1. Normales Konkursverfahren mit abnormalem Beginn
 - 2. Zuständigkeit der verschiedenen Behörden
 - a. Des Konkursamtes
 - b. Des Konkursrichters
 - c. Des Zivilrichters
 - d. Der Aufsichtsbehörden
 - 3. Anwendbare Vorschriften
 - a. Im Allgemeinen
 - b. Kein Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG)
 - c. Publikation des richterlichen Auflösungsentscheids
 - d. Einstellung des Konkurses mangels Aktiven
 - e. Aktivenüberschuss
- D. Zivilrechtliche Aspekte
- E. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte
- F. Öffentlichrechtliche Folgen
- G. Strafrechtliche Aspekte
- H. International insolvenzrechtlicher Aspekt

Inhaltsübersicht

- I. Mängel in der Organisation juristischer Personen als Problem
- II. Die Regelung im bisherigen Recht
- III. Das neue Recht im Überblick
 - A. Einheitliche Ordnung für Mängel in der Organisation
 - B. Übergangsrecht
 - C. Mängel in der Organisation
 - D. Massnahmen
 - E. Verhältnis zu anderen Bestimmungen bei Mängeln von juristischen Personen
- IV. Konkursverfahren ohne Konkurseröffnung (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR)
 - A. Einleitung
 - B. Der richterliche Auflösungsentscheid
 - 1. Aktiv- und Passivlegitimation
 - 2. Antrag des Klägers
 - 3. Zuständigkeit
 - 4. Verfahren
 - 5. Verfahrensgrundsätze
 - 6. Vorsorgliche Massnahmen
 - 7. Voraussetzungen und Modalitäten des richterlichen Entscheids
 - a. Allgemeines
 - b. Unzulässige Alternativen
 - c. Fristansetzung
 - d. Fristwiederherstellung
 - 8. Zeitpunkt der Fällung des Entscheids
 - 9. Wirkungen des Entscheids
 - 10. Streitwert
 - 11. Kosten und Vorschusspflicht
 - 12. Fehlende Verfügungsberechtigung der Parteien über den Streitgegenstand
 - 13. Rechtsmittel gegen den Auflösungsentscheid
 - 14. Rechtskraft

I. Mängel in der Organisation juristischer Personen als Problem

Wie die Praxis zeigt, können bei juristischen Personen immer wieder Mängel in der Organisation auftreten, indem gesellschaftsrechtliche Vorschriften verletzt sind. Gewisse Mängel sind durch die betroffenen Parteien durch Klage vor dem Zivilrichter geltend zu machen. Dies betrifft etwa Mängel bei der Einladung oder der Traktandierung von Generalversammlungen¹, bei der Beschlussfassung in der Generalversammlung² bzw. der Anfechtung von deren Beschlüssen³ oder die Abberufung eines Revisors, der die Voraussetzungen für das Amt nicht erfüllt⁴.

Daneben gibt es gesetzliche Vorschriften, welche im Interesse von Dritten bzw. der Öffentlichkeit erlassen worden sind, weshalb deren Einhaltung von Amtes wegen zu beachten ist. Dies gilt namentlich für gewisse Mängel in der Organisation einer juristischen Person.

II. Die Regelung im bisherigen Recht

Die Normen des bisherigen Rechts, welche sich mit Organisationsmängeln befassten, waren *unübersichtlich*, *zahlreich*

¹ Art. 699 ff. OR.

² Art. 704 OR.

³ Art. 706 f. OR.

⁴ Art. 727e Abs. 3 aOR.

und ungenügend aufeinander abgestimmt⁵: Unübersichtlich war bereits, dass sich gewisse Massnahmen in Bezug auf juristische Personen nach den Normen des Vormundschaftsrechts richteten⁶, während andere im Gesellschaftsrecht platziert waren. Auch innerhalb des Gesellschaftsrechts waren die Normen überall im Gesetz verstreut⁷. Zudem waren die Sanktionen sehr unterschiedlich, ohne dass dies in allen Fällen sachlich geboten war. Schliesslich bestanden ganz unterschiedliche Zuständigkeiten, um die Mängel zu beheben⁸.

Weiter erwiesen sich verschiedene Bestimmungen als *unklar und ungenügend*: So sah das bisherige Recht namentlich bei Fehlen von Organen vor, dass die Gesellschaft (nach den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts) in Liquidation versetzt werden konnte⁹. Häufig nahmen die bisherigen Organe, welche als Liquidatoren agierten, jedoch keine Liquidationshandlungen vor, sondern setzten die Geschäftstätigkeit fort¹⁰. Zudem scheiterte etwa die richterliche Ernennung einer Revisionsstelle¹¹ daran, dass eine neue Revisionsstelle das Amt nur gegen Leistung eines Kostenvorschusses antrat, die Gesellschaft jedoch den geforderten Vorschuss nicht leistete¹². Das bisherige Recht erwies sich in verschiedener Hinsicht als unvollkommen (*lex imperfecta*). Die Rechtslage war unklar und die kantonale Gerichtspraxis war uneinheitlich¹³. Dies war der Rechtssicherheit abträglich.

⁵ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3148 ff., 3231 (nachfolgend Botschaft); NICOLAS DUC, *Innovations en droit des sociétés anonymes*, ST 2002, 463.

⁶ Art. 392 f. aZGB.

⁷ Vgl. etwa für die Aktiengesellschaft: Art. 625 Abs. 2, Art. 643 Abs. 3, Art. 708 Abs. 4, Art. 727e Abs. 3, Art. 727f, Art. 740 Abs. 3 aOR; Art. 86 Abs. 1^{bis} 3 aHRegV; für die GmbH: Art. 775 Abs. 2, Art. 813 Abs. 2, Art. 819 Abs. 2, Art. 823 aOR; für die Genossenschaft: Art. 831 Abs. 2, Art. 895 Abs. 2 aOR; allgemein: Art. 941 f. aOR.

⁸ *Vormundschaftsbehörde* (Art. 392 f. aZGB), *Richter* (Art. 625 Abs. 2, Art. 643 Abs. 3, Art. 727f Abs. 2, Art. 736 Ziff. 5 aOR) oder *Handelsregisterführer* (Art. 708 Abs. 4, Art. 727f Abs. 1, Art. 941 f. aOR; Art. 86 aHRegV).

⁹ Für die Aktiengesellschaft: Art. 625 Abs. 2, Art. 643 Abs. 3, Art. 736 Ziff. 4 aOR.

¹⁰ Botschaft (FN 5), 3232; PETER BÖCKLI/PETER FORSTMOSER/JEAN-MARC RAPP, *Expertenbericht und Vorentwurf für eine Reform des GmbH-Rechts*, April 1999, 57 Ziff. 281.12; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3. A., Zürich 2004, § 13 Rz. 491; CHRISTIAN CHAMPEAUX, *Bericht über die Tätigkeit der Eidgenössischen Fachkommission für das Handelsregister im Jahre 2001*, Reprax 2002, 70.

¹¹ Art. 727f Abs. 2 aOR.

¹² Botschaft (FN 5), 3231; BÖCKLI (FN 10), § 13 Rz. 492, § 15 Rz. 99; MICHAEL GWELESSIANI, *Die Änderungen des Obligationenrechts vom 16. Dezember 2005 aus handelsregisterrechtlicher Sicht*, in: *Das neue schweizerische GmbH-Recht* (Hrsg. Peter Böckli/Peter Forstmoser), Zürich 2006, 192; EGV-SZ 2004 Nr. 2.2, E. 2.a.; ZR 1995 Nr. 42, ZR 1996 Nr. 41.

¹³ Für einen Überblick über den Meinungsstand vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_235/2007 vom 14. November 2007, E. 4.1; vgl.

III. Das neue Recht im Überblick

A. Einheitliche Ordnung für Mängel in der Organisation

Ziel der entsprechenden Gesetzesrevision war es deshalb, eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionen sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer juristischen Person zu schaffen¹⁴. Die Regelung sollte zudem grundsätzlich unabhängig der Rechtsform für sämtliche Handelsgesellschaften¹⁵ gelten. Dazu war eine *vollständige Neuordnung* der bisherigen Regeln notwendig. Dieses Ziel wurde weitgehend erreicht. Eine Dualität der Zuständigkeiten (Richter einerseits¹⁶ und Handelsregisterführer andererseits¹⁷) blieb jedoch bestehen.

Seit 1. Januar 2008 regelt das ZGB nur noch vormundschaftliche Massnahmen für natürliche Personen¹⁸. Für juristische Personen wurden neue Bestimmungen geschaffen¹⁹. Nachfolgend werden nur die Handelsgesellschaften behandelt.

B. Übergangsrecht

Das neue Recht ist seit 1. Januar 2008 in Kraft²⁰. Soweit es um Mängel in der Organisation geht, handelt es sich um sog. Dauersachverhalte. Für solche gilt intertemporalrechtlich die Regel der Nichtrückwirkung nicht. Demnach folgen die Organisation der Gesellschaften, die Rechtsstellung der beteiligten Personen und die gesetzlichen Sanktionen vom

auch B1SchK 2008, 24 ff.; GVP-SG 2005 Nr. 41; EGV-SZ 2004, Nr. 2.2; FZR 2002, 249 ff., und 254 ff.; BJM 1999, 259 ff.; ZWR 1999, 311 ff.; GVP-ZG 1997/98, 137, 192; ZR 1995 Nr. 42; ZR 1996 Nr. 41 (=ZBGR 79, 258); SJZ 1997, Nr. 15, 161 f.; vgl. auch RICO A. CAMPONOVO, *Keine Konkurseröffnung wegen fehlender Revisionsstelle*, ST 1996, 769 ff.; BasK-BRUNNER, Art. 190 SchKG N 16; PIERRE TERCIER/WALTER A. STOFFEL, *Das Gesellschaftsrecht 1999/2000*, SZW 2000, 287; THOMAS SCHMID, *Der Antrag des Handelsregisterführers auf Ernennung einer Revisionsstelle gemäss Art. 727f Abs. 2 OR*, Jahrbuch des Handelsregisters 1995, 98 ff.

¹⁴ Botschaft (FN 5), 3231.

¹⁵ Für die *juristischen Personen des ZGB* bestehen ähnliche Regeln (vgl. FN 19). Einzelfragen sind gesetzlich teilweise abweichend von den Handelsgesellschaften geregelt. Ein Auflösung nach den Regeln über den Konkurs ist jedoch zumindest auch in Bezug auf den Verein möglich (Botschaft, 3243; CHK-EISENRING, Art. 69c ZGB N 2).

¹⁶ Art. 643 Abs. 3, 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR; Art. 154 Abs. 3 HRegV.

¹⁷ Art. 938a OR; Art. 153, Art. 155 HRegV.

¹⁸ BBl 2002 3231, 3244.

¹⁹ Art. 69c ZGB für Vereine, Art. 83d ZGB für Stiftungen, Art. 731b OR für Aktiengesellschaften, Art. 819 OR für die GmbH und Art. 908 OR für Genossenschaften.

²⁰ AS 2007 4791, 4839.

Zeitpunkt des Inkrafttretens an dem neuen Recht²¹. Art. 731b OR ist damit seit 1. Januar 2008 anwendbar, auch wenn der Mangel schon vorher bestanden hatte.

C. Mängel in der Organisation

Diese beschlagen (gewisse) Mängel in der Organisation einer Gesellschaft²², nämlich wenn eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist²³. Mit den *vorgeschriebenen Organen* sind die obligatorischen Organe gemeint²⁴. Bei der AG²⁵ sind dies der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle²⁶; die Generalversammlung kann und muss nicht bestellt²⁷, sondern nur einberufen werden²⁸. Mängel in Bezug auf rein statutarische Organe (z.B. Beiräte) fallen nicht unter diese Bestimmung²⁹.

Erfasst werden sowohl das *gänzliche Fehlen* eines notwendigen Organs als auch *Mängel in der rechtmässigen Zusammensetzung*. Die Fälle wurden gegenüber dem bisherigen Recht sachlich nicht erweitert³⁰. Erfasst werden insbesondere³¹ die Handlungsunfähigkeit³² eines Verwaltungsrates oder

der Revisionsstelle, das Fehlen eines Verwaltungsrates³³, das Fehlen eines Präsidenten des Verwaltungsrates³⁴, das Fehlen einer Revisionsstelle³⁵, die Verletzung der Anforderungen an die Befähigung und Unabhängigkeit der Revisionsstelle³⁶, die Verletzung des Wohnsitzerfordernisses des Verwaltungsrates³⁷ und der Revisionsstelle³⁸. M.E. kann die Bestimmung auch auf die ausländische Konkursmasse einer (ausländischen) Gesellschaft angewendet werden, welche über Vermögenswerte in der Schweiz verfügt, sofern die ausländische Masse mangels Gegenrecht³⁹ das ausländische Konkursdekret in der Schweiz nicht anerkennen lassen kann⁴⁰.

Bei allen diesen Konstellationen werden *Normen verletzt, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind* und auch dem *Verkehrsschutz dienen*⁴¹. Aus diesem Grund unterliegt das Klagerecht der aktivlegitimierten Personen auch keiner Befristung⁴².

D. Massnahmen

Das Gesetz nennt in nicht abschliessender Aufzählung⁴³ («insbesondere») drei mögliche Massnahmen, um Mängel zu begegnen: Der Richter kann der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer sie den rechtmässigen Zustand herzustellen hat⁴⁴. Er kann das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen⁴⁵. Oder er kann die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen⁴⁶. Wie es sich im letztgenannten Fall verhält, soll nachfolgend untersucht werden⁴⁷.

²¹ Art. 1 Abs. 2 Übergangsbestimmungen; Botschaft (FN 5), 3247; MIRJAM HOLDEREGGER, Gesellschaftsrecht, Neuerungen im Gesellschafts- und Revisionsrecht 2007/2008 mit vertieftem Fokus auf einen Vergleich der GmbH mit der AG, Zürich 2007, 18; ANDREAS KELLERHALS, Das neue schweizerische GmbH-Recht – Übergangsbestimmungen, in: Das neue schweizerische GmbH-Recht (Hrsg. Peter Böckli/Peter Forstmoser), Zürich 2006, 167.

²² Nachfolgend wird nur von der AG gesprochen. Die gesetzliche Regelung (Art. 731b OR) gilt qua gesetzlichem Verweis (Art. 819, Art. 908 OR) auch für die *GmbH* und die *Genossenschaft*. Das zur AG Gesagte gilt somit mutatis mutandis auch für diese beiden Gesellschaftsformen. Auf die Rechtslage beim *Verein* und bei der *Stiftung* wird nachfolgend nicht eingegangen.

²³ Art. 731b Abs. 1 OR.

²⁴ Botschaft (FN 5), 3231.

²⁵ Für die *GmbH* vgl. ComR-BUCHWALDER, Art. 819 OR N 2.

²⁶ Vgl. Botschaft (FN 5), 3232; ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 3.

²⁷ A.M. RETO SANWALD, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht (Hrsg. Martin F. Nussbaum/Reto Sanwald/Markus Scheidegger), Muri bei Bern 2007, Art. 819 OR N 3 in Bezug auf die Gesellschafterversammlung bei der GmbH.

²⁸ Mängel bei der Einberufung und der Durchführung einer Generalversammlung sind im kontradiktorischen Klageverfahren vor dem Zivilrichter geltend zu machen (vgl. I.).

²⁹ Vgl. Botschaft (FN 5), 3239 f.; HANS-JAKOB KÄCH, GmbH-Revision und weitere Änderungen des Gesellschafts- und Handelsregisterrechts, ZBGR 2008, 11; HOLDEREGGER (FN 21), 17; PETER LEHMANN, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 2), Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 2007, 422.

³⁰ Botschaft (FN 5), 3231.

³¹ Vgl. Botschaft (FN 5), 3232, 3239; SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 3; LUKAS GLANZMANN, Die kleine Aktienrechtsrevision, ZBGR 2007 (zit. Aktienrechtsrevision), 81; DERS., Die kleine Aktienrechtsrevision unter Berücksichtigung der Revision der

HRegV, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III (Hrsg. Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter), Bern 2008, 117; KÄCH (FN 29), 11; HOLDEREGGER (FN 21), 17; DUC (FN 5), 464; LEHMANN (FN 29), 422; ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 4; ComR-BUCHWALDER, Art. 819 OR N 2; HANS-UELI VOGT/ADRIAN BIERI/IVO ZUBERBÜHLER, Aktienrecht, Entwicklungen 2007/2008, Bern 2008, 37.

³² Art. 12 ff. ZGB.

³³ Art. 707 OR.

³⁴ Art. 712 Abs. 1 OR.

³⁵ Art. 727 ff. OR.

³⁶ Art. 727b f. OR.

³⁷ Art. 718 Abs. 4 OR.

³⁸ Art. 730 Abs. 4 OR.

³⁹ Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG.

⁴⁰ FRANCO LORANDI, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, AJP 2008, 564 ff.; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 49 Rz. 9c.

⁴¹ Botschaft (FN 5), 3232; ZR 1995 Nr. 42.

⁴² LEHMANN (FN 29), 423.

⁴³ LUKAS HANDSCHIN/CHISTOF TRUNIGER, Die neue GmbH, Zürich 2006, § 29 Rz. 11; ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 7.

⁴⁴ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁴⁵ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁴⁶ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁴⁷ Vgl. IV.

E. Verhältnis zu anderen Bestimmungen bei Mängeln von juristischen Personen⁴⁸

Das Gesetz unterscheidet drei Konstellationen mit verschiedenen Sanktionsregimen: Mängel in der Organisation⁴⁹, Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven⁵⁰ sowie fehlendes Rechtsdomizil⁵¹. Hinzu kommt die Konstellation, dass gegen die Gesellschaft noch unter altem Recht⁵² Sanktionen bei Mängeln in der Organisation ergriffen worden sind. Diese Fälle können sich überlagern, wenn mehrere Gründe gegeben sind.

Art. 731b OR steht m.E. zu den anderen Konstellationen in folgendem Verhältnis: Weist eine Gesellschaft *keine Geschäftstätigkeit und keine Aktiven* mehr auf, so wird sie vom Handelsregisterführer auch dann gelöscht, wenn sie gleichzeitig über kein Domizil mehr verfügt oder ein Organisationsmangel besteht. Die Gesellschaft wird auf diesem Weg gelöscht. Eine Liquidation nach den Bestimmungen über den Konkurs macht keinen Sinn, da dieser mangels Aktiven so gleich wieder eingestellt werden müsste⁵³.

Liegt einerseits ein Organisationsmangel vor und *fehlt* es gleichzeitig an einem *Domizil*, so geht m.E. das strengere Regime von Art. 731b OR vor⁵⁴. Eine Dualität eines Verfahrens vor den Handelsregisterbehörden (wegen fehlendem Rechtsdomizil)⁵⁵ einerseits und eines Verfahrens vor dem Richter (wegen Mängeln in der Organisation)⁵⁶ andererseits macht keinen Sinn.

Liegt ein *Mangel in der Organisation* vor, so handelt es sich um einen Dauersachverhalt. Aus diesem Grund kommt ab 1. Januar 2008 die neue Ordnung zur Anwendung⁵⁷. Dies gilt auch dann, wenn unter *altem Recht* schon eine Sanktion verhängt worden ist. So kann namentlich seit dem 1. Januar 2008 eine Gesellschaft nach den Bestimmungen über den Konkurs liquidiert werden, auch wenn ihre Auflösung schon unter altem Recht angeordnet worden ist.

IV. Konkursverfahren ohne Konkurseröffnung (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR)

A. Einleitung

Gemäss dem Gesetzeswortlaut ordnet der Richter die Auflösung der Gesellschaft⁵⁸ und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an⁵⁹. Während die Versetzung einer Gesellschaft in Liquidation durch Entscheid des Richters nichts Aussergewöhnliches darstellt⁶⁰, ist die Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs *ungewöhnlich und singulär*⁶¹. In allen übrigen Fällen⁶², wo eine Gesellschaft nach konkursrechtlichen Prinzipien liquidiert wird, geht eine Konkurseröffnung des Richters nach SchKG voraus⁶³. Eine solche erfolgt im Regelfall, wenn ein Gläubiger nach dem Einleitungsverfahren das Fortsetzungsbegehren gestellt hat⁶⁴. Der Konkurs kann auch in der Wechselbetreibung⁶⁵, auf Antrag eines Gläubigers ohne vorgängige Betreibung⁶⁶, auf Antrag des Schuldners (Insolvenzerklärung)⁶⁷, bei Deponierung der Bilanz einer Handelsgesellschaft zufolge Überschuldung⁶⁸ oder gegen eine ausgeschlagene oder überschuldete Erbschaft⁶⁹ eröffnet werden. Im Fall von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR fehlt es an einem Konkursgrund gemäss SchKG und an einer Konkurseröffnung.

Grund für diese gesetzgeberische Konzeption ist, dass der Mangel der bisherigen Regelung überwunden werden sollte⁷⁰, dass Gesellschaften, welche qua richterlicher Verfügung in gesellschaftsrechtliche Liquidation versetzt worden sind, häufig faktisch nicht liquidiert werden, sondern ihre Tätigkeit ungehindert fortsetzen⁷¹. Die Massnahme der richterlichen Auflösung einer Handelsgesellschaft zufolge organisatio-

⁴⁸ Zum Verhältnis zum normalen Konkursverfahren zufolge Konkurseröffnung vgl. IV.B.9. und IV.B.15.

⁴⁹ Art. 731b OR; Art. 154 HRegV.

⁵⁰ Art. 938a OR; Art. 155 HRegV.

⁵¹ Art. 153 HRegV.

⁵² Vgl. II.

⁵³ Vgl. IV.C.3.d.

⁵⁴ Gl.M. MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2008 (zit. Praxiskommentar), N 531.

⁵⁵ Art. 153 HRegV.

⁵⁶ Art. 731b OR; Art. 154 HRegV.

⁵⁷ Vgl. III.B.

⁵⁸ Vgl. auch Art. 625 Abs. 2, Art. 643 Abs. 3, 736 Ziff. 5, Art. 775 Abs. 2, Art. 820 Ziff. 4, Art. 831 Abs. 2 aOR; Art. 819, Art. 821 Abs. 3, Art. 908 OR.

⁵⁹ Art. 643 Abs. 3, 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

⁶⁰ Art. 736 Ziff. 4 OR.

⁶¹ Vergleichbar ist die konkursrechtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft (BJM 1999, 264); dafür ist allerdings im SchKG ausdrücklich ein Konkursgrund vorgesehen (Art. 193 SchKG).

⁶² Eine Ausnahme besteht beim *Bankenkonzurs*, wo die Eidgenössische Bankkommission auch «nur» die Liquidation anordnet (welche nach Sondernormen abläuft; Art. 33 ff. BankG; Art. 1 ff. BKV), wobei die Anordnung der Liquidation die Wirkungen einer Konkurseröffnung hat (Art. 34 Abs. 1 BankG).

⁶³ Art. 171 ff. SchKG. Beim Anschlusskonkursverfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG geht eine Konkurseröffnung im Ausland und die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets in der Schweiz voraus.

⁶⁴ Art. 159 ff., Art. 171 SchKG.

⁶⁵ Art. 189 SchKG.

⁶⁶ Art. 190 SchKG.

⁶⁷ Art. 191 SchKG.

⁶⁸ Art. 192 SchKG.

⁶⁹ Art. 193 SchKG.

⁷⁰ Botschaft (FN 5), 3232; SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 8.

⁷¹ Vgl. II.

rischer Mängel ist sicherlich streng, wenn nicht gar harsch⁷². Sie dürfte ihr Ziel jedoch in aller Regel nicht verfehlen.

Aufgrund der unterschiedlichen Handhabung des bisherigen Rechts durch die kantonalen Gerichte⁷³ war sich der Gesetzgeber bewusst, dass strittig war, ob ein Konkursgrund gemäss SchKG vorliegt oder nicht. Er hat im Rahmen der Revision des Gesellschaftsrechts darauf verzichtet, die Konkursgründe im SchKG zu erweitern. Daraus muss geschlossen werden, dass ein bewusster Entscheid vorliegt⁷⁴. Der Gesetzgeber hat offenbar nicht für notwendig befunden, die Konkursgründe zu erweitern. Dafür sprechen durchaus valable Gründe. Andernfalls hätte die unsinnige Dualität bestanden⁷⁵, dass der Zivilrichter zunächst die Auflösung der Gesellschaft anordnet und die Akten dann dem Konkursrichter weitergeben muss, damit dieser nachfolgend noch formell den Konkurs eröffnet.

Trotzdem ist zweifelhaft, ob dieser *gesetzgeberische «Kunstgriff»* als gelungen bezeichnen werden kann. Die «innovative» Lösung⁷⁶ schafft *Probleme*⁷⁷. Sie führt zu einem Konkursverfahren ohne Konkursöffnung⁷⁸ und ohne «klassischen» (materiellen) Konkursgrund. Sie führt namentlich dazu, dass eine Gesellschaft ohne Konkursbetreibung und ohne bzw. unabhängig einer Überschuldung, einer Illiquidität oder einer Zahlungseinstellung nach konkursrechtlichen Regeln liquidiert wird⁷⁹. Der Gesetzgeber hat einen *Zwitter* geschaffen: Auslöser ist die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen. Dies führt zur Auflösung der Gesellschaft. Die Liquidation erfolgt aber nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen. Dies schafft Unklarheiten an den Schnittstellen.

Soweit sich nicht zwingend eine eigenständige Regelung aufdrängt, ist der Zwitternatur m.E. wie folgt Rechnung zu tragen: Fragen im Zusammenhang mit dem Verfahren der richterlichen Auflösung sind vor dem Hintergrund analoger oder ähnlicher gesellschaftsrechtlicher Normen zu beantworten, welche die richterliche Auflösung einer juristischen Person⁸⁰ regeln⁸¹. Fragen im Zusammenhang mit der Durch-

führung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs sind grundsätzlich vor dem Hintergrund des Vollstreckungsrechts zu beantworten. Dazu im Einzelnen folgendes:

B. Der richterliche Auflösungsentscheid

1. Aktiv- und Passivlegitimation

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben, so können ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer⁸² mit Klage an den Richter gelangen⁸³; ihnen kommt die *Aktivlegitimation* zu. Bei den Aktionären und den Gläubigern handelt es sich um ein Individualrecht⁸⁴. Nicht aktivlegitimiert sind die Exekutivorgane der Gesellschaft⁸⁵. *Passivlegitimiert* ist die Gesellschaft⁸⁶. Es handelt sich um ein kontradiktorisches, d.h. ein streitiges Verfahren⁸⁷.

⁸² Da das Handelsregisteramt nicht handlungsfähig ist, betrachte die Praxis den *Kanton* als Antragsteller, welcher durch das Handelsregisteramt vertreten wird.

⁸³ Art. 731b Abs. 1 OR.

⁸⁴ LEHMANN (FN 29), 421.

⁸⁵ LEHMANN (FN 29), 421; SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 4, für die Geschäftsführer der GmbH; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR*: DOMINIK VOCK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Diss. Zürich 2000, 13, für den Verwaltungsrat.

⁸⁶ In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 731b OR*: LEHMANN (FN 29), 421; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 625 Abs. 2 aOR*: ZK-SIEGWART, Art. 625 OR N 35; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 55 Rz. 121; BasK-BAUDENBACHER, Art. 625 OR N 13; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 643 Abs. 3 OR*: ZK-SIEGWART, Art. 643 OR N 40; PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich 1981, § 12 Rz. 44; BasK-SCHENKER, Art. 643 OR N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (op. cit.), § 17 Rz. 22; HK-ZÜRCHER, Art. 643 OR N 5; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR*: vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (op. cit.), § 55 Rz. 96; PETER KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 (zit. Klagen), 46, 66 f., DERS., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 11 Rz. 275 Fn. 696; VOCK (FN 85), 13; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 775 Abs. 2 aOR*: BasK-BAUDENBACHER, Art. 775 OR N 13; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 819 OR*: SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 4; RINO SIFFERT/MARC PASCAL FISCHER/MARTIN PETRIN, GmbH-Recht (Hrsg. Baker&McKenzie), Bern 2008, Art. 819 OR N 3; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 820 Ziff. 4 aOR*: HERBERT WOHLMANN, Die Kapitalgesellschaften, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, SPR VIII/2, Basel 1982, 437; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 821 Abs. 3 OR*: SANWALD (FN 27), Art. 821 OR N 14; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 43), § 28 Rz. 29; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (op. cit.), Art. 921 OR N 14; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 831 Abs. 2 aOR*: ARTHUR MEIER-HAYOZ, Handelsrecht, Die Genossenschaft, SPR VIII/5, Basel 1998, 268; BasK-BAUDENBACHER, Art. 831 OR N 12.

⁸⁷ LEHMANN (FN 29), 421.

⁷² Unter dem bisherigen Recht wurde sie auch als «in keinem Verhältnis zur Grösse der begangenen Gesetzesverletzung» stehend bezeichnet (CAMPOUNOVO [FN 13], 772).

⁷³ Vgl. FN 13.

⁷⁴ Bundesgerichtsurteil 5A_235/2007 vom 14. November 2007, E. 4.3.

⁷⁵ Eine Dualität der richterlichen Befassung besteht nach geltendem Recht einzig bei Nachlasskonkurs, bei welchem der Richter, welcher die Ausschlagung der Erbschaft entgegennimmt, das Verfahren an den Konkursrichter weiterleitet.

⁷⁶ DUC (FN 5), 463.

⁷⁷ LEHMANN (FN 29), 421 ff.; vgl. IV.B., IV.C., IV.D., IV.E., IV.F., IV.G und IV.H.

⁷⁸ GWELESSIANI (FN 54), Praxiskommentar, N 536.

⁷⁹ Botschaft (FN 5), 3232; SANWALD (FN 27) Art. 819 OR N 7; GLANZMANN (FN 31), Aktienrechtsrevision, 82.

⁸⁰ Oder einer Personengesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7, Art. 574 Abs. 1, Art. 619 OR).

⁸¹ Vgl. Art. 78, Art. 89 ZGB; Art. 625 Abs. 2, Art. 643 Abs. 3, Art. 736 Ziff. 4, Art. 775 Abs. 2, Art. 820 Ziff. 4, Art. 831 Abs. 2 aOR; Art. 821 Abs. 3 OR.

Da die von Art. 731b OR erfassten Mängel die Verletzung von Normen umfassen, welche im öffentlichen Interesse erlassen worden sind⁸⁸, ist der zuständige *Handelsregisterführer* nicht nur berechtigt, sondern gesetzlich verpflichtet, an den Richter zu gelangen⁸⁹. Dies ergibt sich aus seiner öffentlichrechtlichen Aufsichtsfunktion⁹⁰. Aus praktischen Gründen besteht diese Pflicht nur dann, wenn die Mängel für ihn wahrnehmbar sind, indem sie aus dem Handelsregister selber oder aus den ihm eingereichten Belegen ersichtlich sind⁹¹. Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips und um unnötige Gerichtsverfahren zu vermeiden, ist der Handelsregisterführer gehalten, die zur Anmeldung verpflichteten Personen zunächst durch eingeschriebenen Brief⁹² aufzufordern, innert 30 Tagen⁹³ den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Dabei hat er auf die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hinzuweisen. Erst wenn die Frist unbenutzt verstrichen ist, gelangt der Registerführer mit Klage an das Gericht⁹⁴.

2. Antrag des Klägers

Weil es um die Einhaltung zwingender Normen im öffentlichen Interesse geht, genügt es für die antragsberechtigte Person – gleich wie im Vormundschaftsrecht⁹⁵ – zu beantragen, es seien die *erforderlichen Massnahmen* zu treffen⁹⁶. Der Antragsteller muss nicht eine spezifische Massnahme beantragen. Der Richter wäre denn auch nicht an spezifische Anträge gebunden⁹⁷.

3. Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist der Richter am Sitz der Gesellschaft⁹⁸. Die *sachliche* Zuständigkeit richtet sich nach der anwendbaren Prozessordnung. Dies sind die kantonalen Zivilprozessordnungen bzw. Gerichtsorganisationsgesetze. Daran wird sich auch unter der Eidgenössischen Zivilprozessordnung nichts ändern, da die sachliche Zuständigkeitsordnung in der kantonalen Gesetzgebungskompetenz verbleibt⁹⁹. Das kantonale Recht sieht häufig vor, dass ein Einzelrichter zu-

ständig ist¹⁰⁰. Sofern das kantonale Recht noch nicht an die neuen Bestimmungen des OR¹⁰¹ angepasst worden ist¹⁰², ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die bisherige Regelung für die Zuständigkeit des Einzelrichters zulässt, diese Ordnung auch auf das Verfahren gemäss Art. 731b Abs. 1 OR anzuwenden.

4. Verfahren

Das OR regelt nicht, welche Verfahrensart Anwendung findet. Bei Art. 731b Abs. 1 OR geht es einzig darum, ob ein Mangel in der Organisation vorliegt. Dies ist in aller Regel einfach festzustellen. Aufgrund dessen kommt denn auch dem Handelsregisterführer ein Klagerecht und in gewissen Fällen gar eine Pflicht zur Klage zu¹⁰³. Liegt in tatsächlicher Hinsicht ein Mangel vor, so ist nur noch zu entscheiden, ob eine weniger einschneidende Massnahme genügt oder ob die Gesellschaft aufgelöst werden soll. Wesensmässig würde sich dafür das *summarische Verfahren* aufdrängen.

Welches Verfahren zur Anwendung gelangt, richtet sich im heutigen Zeitpunkt nach den kantonalen Zivilprozessordnungen. Diese sehen häufig ein summarisches Verfahren vor¹⁰⁴. Es dürfte sich häufig um Fälle «klaren Rechts» mit unstrittigen oder sofort beweisbaren Verhältnissen handeln, wofür verschiedene Prozessordnungen das summarische Verfahren vorsehen¹⁰⁵.

⁸⁸ Vgl. III.C.

⁸⁹ Art. 941a Abs. 1 OR; Art. 154 Abs. 3 HRegV.

⁹⁰ ZR 1995 Nr. 42.

⁹¹ Botschaft (FN 5), 3239; HOLDEREGGER (FN 21), 17 Fn. 44.

⁹² Art. 154 Abs. 2 HRegV.

⁹³ Da es sich um eine gesetzliche Frist handelt, kann sie nicht erstreckt werden.

⁹⁴ Art. 154 Abs. 3 HRegV.

⁹⁵ Art. 393 Abs. 1 ZGB.

⁹⁶ Art. 731b Abs. 1, Art. 821 Abs. 3, Art. 911 Ziff. 4 OR.

⁹⁷ Vgl. IV.B.7.a.

⁹⁸ Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG (in Bezug auf die *Auflösungsklage* gemäss Art. 731b OR; LEHMANN (FN 29), 422; in Bezug auf die *Auflösungsklage* gemäss Art. 819 OR; SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 4); Art. 9 Abs. 1 lit. b E-ZPO.

⁹⁹ Art. 3 E-ZPO.

¹⁰⁰ Für den Kanton *St. Gallen*: Zivilprozessverordnung, Anhang 1 Fn. 46 und lit. c Ziff. 71; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 15 ZPO SG N 2a.; für den Kanton *Zürich*: Beschluss des Kantonsrates vom 7. Januar 2008 über die Bezeichnung der zuständigen Instanzen gemäss Änderung des OR vom 16. Dezember 2005 (GS 211.51); für den Kanton *Wallis*: Art. 78 Abs. Nr. 33 EG ZGB VS; für den Kanton *Appenzell Innerrhoden*: Art. 38 Ziff. 2 ZPO AI.

¹⁰¹ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3, Art. 819, Art. 908 OR.

¹⁰² Für den Kanton *Zürich* ist dies mit Beschluss des Kantonsrates vom 7. Januar 2008 über die Bezeichnung der zuständigen Instanzen gemäss Änderung des OR vom 16. Dezember 2005 (GS 211.51) geschehen.

¹⁰³ Vgl. IV.B.1.

¹⁰⁴ Für den Kanton *Zürich*: Beschluss des Kantonsrates vom 7. Januar 2008 über die Bezeichnung der zuständigen Instanzen gemäss Änderung des OR vom 16. Dezember 2005 (GS 211.51); für den Kanton *St. Gallen*: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 100), Art. 15 ZPO SG N 2a.; für den Kanton *Wallis*: Art. 78 Abs. 1 Nr. 33 i.V.m. Abs. 2 lit. a. EG ZGB VS.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 244 lit. und Art. 253 Abs. 1 E-ZPO (Art. 246 lit. c Ziff. 6 E-ZPO sieht das Summarverfahren für die Ansetzung einer Frist bei ungenügender Anzahl von Mitgliedern oder Fehlen von notwendigen Organen vor. Auch wenn Art. 246 E-ZPO keine abschliessende Aufzählung enthält [«insbesondere»], legt der Umstand, dass der Gesetzgeber nur die Fristansetzung [sozusagen als Vorbereitungshandlung], nicht aber den Auflösungsbeschluss [als Folge] davon erwähnt, den Schluss nahe, dass die Auflösung nach erfolgter Fristansetzung von dieser Bestimmung gerade *nicht* erfasst werden sollte.).

Da dem richterlichen Entscheid volle materielle Rechtskraft zukommen muss¹⁰⁶, darf m.E. von Bundesrechts wegen weder eine Beweismittel- noch eine Beweisstrengebeschränkung Platz greifen¹⁰⁷, wie dies bei summarischen Verfahren im eigentlichen Sinn¹⁰⁸ üblich ist. Insofern handelt es sich um ein unübliches summarisches Verfahren, da sich ein normales summarisches Verfahren durch Beweisbeschränkungen auszeichnet¹⁰⁹.

5. Verfahrensgrundsätze

Wie im Vormundschaftsrecht geht es bei Art. 731b OR um die Einhaltung zwingender Bestimmungen im Interesse der Allgemeinheit¹¹⁰. Dies hat Auswirkungen auf die Verfahrensgrundsätze: Es gilt die *beschränkte Offizialmaxime*¹¹¹: Erstens ist der Handelsregisterführer verpflichtet, Klage einzuleiten¹¹². Zweitens ist das Gericht nicht an den Antrag des Klägers gebunden¹¹³; dieser muss den auch keine spezifische Massnahme beantragen¹¹⁴. Drittens können die Parteien nicht über den Streitgegenstand verfügen, weshalb sie keinen Vergleich schliessen können¹¹⁵. Es gilt zudem m.E. der *Untersuchungsgrundsatz*, indem das Gericht den relevanten Sachverhalt von Amts wegen abzuklären hat¹¹⁶. Dies gilt m.E. auch unter der E-ZPO, obwohl der Wortlaut von Art. 251 E-ZPO keinen Hinweis darauf enthält, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist¹¹⁷.

6. Vorsorgliche Massnahmen

Stellt ein Gläubiger das Konkursbegehren, kann der Konkursrichter die zur Wahrung der Gläubiger notwendigen vorsorglichen Anordnungen treffen¹¹⁸. Wenn eine Gesellschaft wegen Mängeln in der Organisation aufgelöst wird,

muss sie nicht überschuldet sein¹¹⁹. Aufgrund dessen werden vorsorgliche Massnahmen zugunsten der Gläubiger weniger häufig angezeigt sein; sie können aber gleichsam notwendig sein. Voraussetzungen und Verfahren dafür richten sich nach den Bestimmungen der anwendbaren Prozessordnungen; Art. 170 SchKG kommt nicht analog zur Anwendung. Möglich ist z.B., gewisse Verfügungsbeschränkungen zu erlassen.

Nach den meisten Prozessordnungen können vorsorgliche Massnahmen vom Richter nach Rechtshängigkeit des Prozesses auch *von Amtes wegen*, d.h. ohne entsprechenden Antrag einer Partei angeordnet werden; dies gilt vor allem für Streitigkeiten, für welche die Offizialmaxime gilt¹²⁰. Dies gilt m.E. für den Fall der richterlichen Auflösung der Gesellschaft von Bundesrechts wegen¹²¹. Die zwingenden Normen des Gesellschaftsrechts (welche verletzt sind) sowie der Verkehrsschutz erheischen es, dass der Richter nach Rechtshängigkeit des Prozesses selbständig die notwendigen Massnahmen anordnet. Wenn der Richter schon für den Endentscheid nicht an die Anträge des Klägers gebunden ist¹²², so muss dies für den vorsorglichen Rechtsschutz a fortiori gelten.

7. Voraussetzungen und Modalitäten des richterlichen Entscheids

a. Allgemeines

Beim Entscheid, welche Massnahme der Richter ergreifen will, kommt ihm – ähnlich wie bei der Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund¹²³ – ein *wesentlicher Handlungsspielraum* zu. Er hat dabei die *konkreten Umstände des Einzelfalles* zu berücksichtigen¹²⁴. Da es um die Einhaltung von zwingenden Gesetzesbestimmungen geht¹²⁵, hat er bei seinem Entscheid nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen¹²⁶. Er ist deshalb auch nicht an allfällige spezifische Anträge der antragstellenden Partei gebunden¹²⁷.

¹⁰⁶ Vgl. IV.B.14.

¹⁰⁷ Insofern gilt dasselbe wie in den m.E. analogen Fällen des Einsichtsrechts des Aktionärs gemäss Art. 697h Abs. 2 OR (BGE 120 II 354 ff.) und der Mieterausweisung gemäss Art. 274g OR (BGE 117 II 558 f.).

¹⁰⁸ Vgl. OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 12 Rz. 160 ff.

¹⁰⁹ Vgl. allgemein zu den «anderen» summarischen Verfahren (ohne Beweisbeschränkungen): VOGEL/SPÜHLER (FN 108), Kap. 12 Rz. 164 ff.

¹¹⁰ Vgl. III.C.

¹¹¹ LEHMANN (FN 29), 423.

¹¹² Vgl. VI.B.1.

¹¹³ Vgl. IV.B.7.a.

¹¹⁴ Vgl. IV.B.2.

¹¹⁵ Vgl. IV.B.12.

¹¹⁶ In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 78 ZGB*: CHK-NIGGLI, Art. 78 ZGB N 10.

¹¹⁷ Der Untersuchungsgrundsatz soll nur gelten, wenn (a) das Gericht als Konkurs- oder Nachlassgericht zu entscheiden hat oder (b) bei Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 251 E-ZPO).

¹¹⁸ Art. 170 SchKG.

¹¹⁹ Vgl. IV.A.

¹²⁰ Für den Kanton Zürich: § 110 ZPO ZH; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 110 ZPO N 25 und N 70; für dem Bund: Art. 257 ff. E-ZPO; BBl 2006 7353.

¹²¹ Der Anspruch auf vorsorglichen Rechtsschutz ist eine Frage des *ungeschriebenen Bundesrechts* (vgl. VOGEL/SPÜHLER [FN 108], Kap. 12 Rz. 204). Zur dualistischen Theorie des Bundesgerichts vgl. BGE 103 II 5, 104 II 179.

¹²² Vgl. VI.B.7.a.

¹²³ Art. 736 Ziff. 4 OR.

¹²⁴ Botschaft (FN 5), 3232.

¹²⁵ Vgl. III.C.

¹²⁶ In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 819 OR*: SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 5

¹²⁷ Botschaft (FN 5), 3232; DUC (FN 5), 464; ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 8; Kuko-HUBER, Art. 192 SchKG N 16. In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR*: LUKAS HANDSCHIN, Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigem Grund und andere sachgerechte Lösungen, SZW 1993, 44; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 819 OR*:

Die drei im Gesetz aufgezählten Massnahmen¹²⁸ stehen m.E. grundsätzlich in einem gewissen *Stufenverhältnis*¹²⁹; eine gravierendere Massnahme soll nur und erst dann angeordnet werden, wenn eine mildere nicht genügt oder erfolglos geblieben ist. Dies gilt namentlich für die einschneidendste Massnahme, nämlich die Auflösung durch den Richter. In erster Linie soll der Mangel beseitigt werden, damit die Gesellschaft weiter bestehen kann. Ist dies nicht möglich bzw. sind entsprechende Massnahmen erfolglos geblieben, ist die Gesellschaft aufzulösen¹³⁰. In diesem Sinne ist die *Auflösung* der Gesellschaft *ultima ratio*¹³¹.

b. Unzulässige Alternativen

Wenn der Richter die Auflösung der Gesellschaft anordnet, so genügt es, wenn er im Entscheid anfügt, dass die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs stattfindet. Er muss das Konkursamt nicht besonders mit der Abwicklung beauftragen. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs stattfindet. Der Richter kann keine anderen Massnahmen treffen: Er kann insbesondere nicht die Auflösung der Gesellschaft nach den Normen des Gesellschaftsrechts verfügen. Er kann aber auch nicht eine andere Person als das Konkursamt mit der Liquidation betrauen¹³². Er kann namentlich für die Liquidation nach den konkursrechtlichen Bestimmungen *keinen Sachwalter ernennen*¹³³. Diese Regelung¹³⁴ kommt nur zum tragen, wenn ein fehlendes Organ ersetzt werden soll (ohne die Gesellschaft aufzulösen), nicht aber im Fall der Auflösung der Gesellschaft und deren konkursamtlicher Liquidation.

SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 5; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 86), Art. 819 OR N 3; vgl. auch Art. 56 Abs. 2 E-ZPO.

¹²⁸ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR.

¹²⁹ A.M. offenbar VOGT/BIERI/ZUBERBÜHLER (FN 31), 38, wonach eine Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs bei Fehlen einer Revisionsstelle wohl kaum je in Frage komme, wenn die Gesellschaft weder überschuldet noch zahlungsunfähig ist.

¹³⁰ Kuko-HUBER, Art. 192 SchKG N 16.

¹³¹ ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 21; EGV-SZ 2004, Nr. 2.2, E. 3.d. In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR*: BasK-STÄUBLI, Art. 736 OR N 22; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A., Bern 2004, § 16 Rz. 196; BÖCKLI (FN 10), § 16 Rz. 194, § 17 Rz. 11; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 821 Abs. 3 OR*: SANWALD (FN 27), Art. 821 OR N 15.

¹³² A.M. offenbar das Kantonsgerichtspräsidium Nidwalden («Das Kantonsgerichtspräsidium Nidwalden hat mit Verfügung vom 24.4.2008 Peter Fuhrer in Anwendung von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR als Liquidator der bereits aufgelösten Gesellschaft eingesetzt, mit dem Auftrag, die Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren.»; vgl. SHAB Nr. 93 vom 16. Mai 2008, S. 11 betreffend *Mimer AG*). Zum alten Recht vgl. ZR 1996 Nr. 41; EGV-SZ 2004, A. 2.2. E. 3.d.

¹³³ Zur Möglichkeit, im Konkursverfahren eine *ausseramtliche Konkursverwaltung* zu wählen vgl. IV.C.2.a.

¹³⁴ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR.

Der Richter kann auch *nicht* anstatt die Liquidation (nach den Vorschriften über den Konkurs) anzuordnen, einen *Konkursaufschub* (Art. 725a OR) *gewähren*. Erstens steht diese Möglichkeit nur offen, wenn der Verwaltungsrat vorgängig seiner Pflicht nachgekommen ist, die Bilanz beim Richter zu deponieren (Art. 725 Abs. 2 OR)¹³⁵. Zweitens gibt es im Fall von Art. 731b OR gar keine Konkurseröffnung¹³⁶, welche aufgeschoben werden könnte. Drittens ist die Auflösung gemäss Art. 731b OR keine Folge der Insolvenz der Gesellschaft, sondern Folge von Mängeln in der Organisation. Aufgrund dessen kann die Insolvenz auch nicht aufgeschoben werden, wenn «Aussicht auf Sanierung» besteht (Art. 725a Abs. 1 OR).

c. Fristansetzung

Wie sich bereits aus Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR ergibt, muss der Richter die Auflösung vorgängig angedroht haben. Da die Auflösung eine gravierende Massnahme darstellt, muss der Richter m.E. auch dann vorgängig die Auflösung androhen, wenn dies der Handelsregisterführer schon getan hat¹³⁷. Unterlässt es die Gesellschaft, den vom Gericht geforderten Kostenvorschuss zu leisten¹³⁸, so hat sich bei einzelnen Gerichten die (begrüssenswerte) Praxis eingebürgert, dem Kläger (sofern es sich nicht um das Handelsregisteramt handelt) Frist anzusetzen, von sich auch den Vorschuss zu leisten, um dadurch die konkursamtliche Liquidation zu vermeiden.

Das Gesetz schreibt keine bestimmte *Dauer der Frist* vor, welche der Richter der Gesellschaft ansetzen muss. Diese muss den Umständen des Einzelfalles angemessen sein¹³⁹. Dem Richter kommt ein erhebliches Ermessen zu¹⁴⁰. Es handelt sich um eine richterliche Frist. Als solche ist sie (nach Massgabe der anwendbaren Verfahrensordnung) *erstreckbar*; dafür bestehen keine hohen Anforderungen¹⁴¹. In Anbetracht dessen, dass für die Behebung der meisten Mängel eine Generalversammlung abzuhalten ist, sollte die Frist unter Berücksichtigung von Art. 700 Abs. 1 OR in der Regel mindestens 30 Tage¹⁴² und höchstens ca. 60 Tage betragen¹⁴³. Da eine Fristerstreckung möglich ist und zufolge der Erfahrung, dass eine erhebliche Zahl von Gesellschaften trotz Fristansetzung gänzlich untätig bleibt, ist es zulässig, zunächst eine kurze Frist (von z.B. 10 Tagen) anzusetzen. Dies rechtfertigt sich insbesondere, wenn schon der Handelsregisterführer

¹³⁵ BasK-WÜSTINER, Art. 725a OR N 4 m.w.H.

¹³⁶ Vgl. IV.A.

¹³⁷ Vgl. VI.B.1.

¹³⁸ Art. 731b Abs. 2 Satz 2 OR.

¹³⁹ In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 625 Abs. 2 aOR*: BasK-BAUDENBACHER, Art. 625 OR N 15.

¹⁴⁰ In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 625 Abs. 2 aOR*: BasK-BAUDENBACHER, Art. 625 OR N 17.

¹⁴¹ Für den Kanton *Zürich* vgl. § 195 Abs. 2 GVG ZH; für den Kanton *St. Gallen* vgl. Art. 78 Abs. 1 und Art. 79 GerG SG; für den *Bund* vgl. Art. 142 Abs. 2 E-ZPO.

¹⁴² Vgl. Art. 152 Abs. 2, Art. 153 Abs. 1, Art. 154 Abs. 1 HRegV.

¹⁴³ Vgl. BasK-WATTER, Art. 727f OR N 3.

vorgängig eine Frist (von 30 Tagen¹⁴⁴) angesetzt hat, zumal in der Fristansetzung auf die Folgen bei Säumnis hingewiesen wird¹⁴⁵.

d. Fristwiederherstellung

Die vom Richter angesetzte Frist ist nach Massgabe des anwendbaren Prozessrechts auch einer *Wiederherstellung* zugänglich, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen dazu erfüllt sind¹⁴⁶. Wo die Rechtsordnungen (z.B. bei grobem Verschulden) die Zustimmung der Gegenpartei für eine Fristwiederherstellung verlangen¹⁴⁷, dürfte dies im Regelfall, da der Kanton (handelnd durch das Handelsregisteramt) Gegenpartei ist¹⁴⁸, kein Problem darstellen. Nach Massgabe des anwendbaren Prozessrechts kann eine Fristwiederherstellung auch noch nach Eintritt der Rechtskraft gewährt werden¹⁴⁹. Die Prozessordnungen sehen jedoch entweder relative Fristen (nach Wegfall des Hindernisses¹⁵⁰) oder absolute Fristen (nach Eintritt der Rechtskraft¹⁵¹) vor, innert welcher das Gesuch um Wiederherstellung der Frist gestellt werden muss. Wird sowohl ein Rechtsmittel ergriffen als auch eine Fristwiederherstellung beantragt, muss zufolge des Devolutiveffekts die Rechtsmittelinstanz über die Fristwiederherstellung entscheiden¹⁵².

Sind die Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung nicht erfüllt¹⁵³, so bleibt nur noch, die nachträgliche Behebung des Mangels auf dem Rechtsmittelweg als echtes Novum geltend zu machen, sofern dies nach der anwendbaren Verfahrensordnung möglich ist¹⁵⁴.

8. Zeitpunkt der Fällung des Entscheids

Bei einer Konkursöffnung gemäss SchKG hat der Konkursrichter im Konkurserkennnis den Zeitpunkt der Konkursöffnung festzuhalten¹⁵⁵. Dies gilt auch für die Rechtsmittelinstanz, wenn dem Weiterzug gegen ein Konkurserkennnis

aufschiebende Wirkung erteilt worden ist¹⁵⁶. Diese Rechtsprechung bezweckt, eine klare Rechtslage zu schaffen und die Interessen des Schuldners, der Gläubiger und der gutgläubigen Dritten gleichermaßen zu schützen¹⁵⁷.

Die richterliche Anordnung der Auflösung der Gesellschaft (und der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs) kommt funktional einer Konkursöffnung gleich¹⁵⁸. Dem Rechtsschutz des Schuldners, der Gläubiger und der (gutgläubigen) Dritten kommt m.E. die gleiche Bedeutung zu wie bei einer formellen Konkursöffnung. Dem ist damit Rechnung zu tragen, dass allenfalls der Zeitpunkt der Anordnung der Auflösung im richterlichen Entscheid genannt sein muss: Soweit dem Rechtsmittel gegen den richterlichen Auflösungsentscheid nicht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt¹⁵⁹, ist m.E. im Urteil nebst dem Datum auch der *Zeitpunkt* (Uhrzeit) zu nennen¹⁶⁰. Wo hingegen dem Rechtsmittel von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt¹⁶¹, ist dies für den erstinstanzlichen Richter nicht erforderlich: Entweder treten die Wirkungen mit Fristablauf (24:00 Uhr des letzten Tages) oder mit dem Entscheid der Rechtsmittelinstanz ein.

9. Wirkungen des Entscheids

Um mit den Worten des Gesetzgebers (wenn auch in anderem Zusammenhang) zu sprechen gilt: «Die Anordnung der Liquidation hat die Wirkungen einer Konkursöffnung (...)¹⁶². Der Auflösungsentscheid entspricht damit funktional einer Konkursöffnung.

Ordnet der Richter die Auflösung der Gesellschaft an, so handelt es sich um ein *Gestaltungsurteil* (die Klage ist eine Gestaltungsklage)¹⁶³. Als solches wirkt es gegen jedermann;

¹⁴⁴ Vgl. IV.B.1.

¹⁴⁵ Vgl. IV.B.1.

¹⁴⁶ Für den Kanton *Zürich* vgl. § 199 f. GVG ZH; für den *Bund* vgl. Art. 146 f. E-ZPO.

¹⁴⁷ Für den Kanton *Zürich*: § 199 Abs. 1 GVG.

¹⁴⁸ Vgl. IV.B.1.

¹⁴⁹ Für den Kanton *Zürich*: § 200 Abs. 1 GVG ZH; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 200 GVG N 1.

¹⁵⁰ Kanton *Zürich*: § 199 Abs. 3 GVG ZH; *Bund*: Art. 146 Abs. 2 E-ZPO.

¹⁵¹ *Bund*: Art. 146 Abs. 3 E-ZPO.

¹⁵² Für den Kanton *Zürich*: § 200 Abs. 2 GVG ZH.

¹⁵³ Oftmals wird ein höchstens leichtes Verschulden vorausgesetzt (für den Kanton *Zürich*: § 199 Abs. 1 und 2 GVG ZH; für den Kanton *St. Gallen*: Art. 85 Abs. 2 GerG; für den *Bund*: Art. 146 Abs. 1 E-ZPO).

¹⁵⁴ Zum Novenrecht vgl. IV.B.13.

¹⁵⁵ Art. 175 SchKG.

¹⁵⁶ BasK-GIROUD, Art. 175 SchKG N 4; BGE 118 III 39 (= Pra 1993, 653), 85 III 157 f.; SJZ 1974, 231.

¹⁵⁷ BGE 118 III 39 (= Pra 1993, 653), 97 I 614.

¹⁵⁸ Vgl. IV.B.9.

¹⁵⁹ In diesen Fällen verhält es sich wie in Bezug auf Art. 174 Abs. 3 SchKG.

¹⁶⁰ Art. 175 SchKG und Art. 159 Abs. 1 lit. b HRegV analog. So scheint denn auch die Praxis im Kanton *Zug* zu sein (vgl. SHAB 68/2008 vom 9. April 2008, S. 19); zum alten Recht vgl. FZR 2002, 255/256. Zur Publikation vgl. IV.C.3.c.

¹⁶¹ Zur aufschiebenden Wirkung der Rechtsmittel vgl. IV.B.13.

¹⁶² Art. 34 Abs. 1 BankG für die Liquidation insolventer Banken im Bankenkonzurs.

¹⁶³ *Im Allgemeinen*: HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996, § 24 Rz 32; ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 13 N 24; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 14 Rz. 17; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR*: ZK-SIEGWART, Art. 545/547 OR N 33; WERNER VON STEIGER, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, SPR VIII/1, Basel 1976, 460; BasK-D. STAEHELIN, Art. 545/546 OR N 34; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 131), § 12 Rz. 81; HK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 545 OR N 7; CHK-JUNG, Art. 545–546 OR N 11; in Bezug

es kommt ihm sog. *erga omnes*-Wirkung zu¹⁶⁴. Das Urteil entfaltet seine Wirkung (mit Rechtskraft) *ex nunc*¹⁶⁵. Wird die Klage dagegen abgewiesen, so kommt dem Urteil keine

Gestaltungswirkung zu und es wirkt nur zwischen den Prozessparteien (*inter partes*)¹⁶⁶.

Wird über die Gesellschaft auf dem im SchKG vorgesehenen Weg (durch den Konkursrichter) der Konkurs eröffnet, so wird das Verfahren gemäss Art. 731b OR gegenstandslos¹⁶⁷.

auf die auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 625 Abs. 2 aOR*: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 86), § 55 Rz. 121; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 643 Abs. 3 aOR*: FORSTMOSER (FN 86), § 12 Rz. 55; BasK-SCHENKER, Art. 643 OR N 10; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR*: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 86), § 55 Rz. 104; BÖCKLI (FN 10), § 16 Rz. 211; KUNZ, Klagen (FN 86), 106, 186; DERS. Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. OR – Garant für ein indirektes Austrittsrecht?, in: FS R. Bär (Hrsg. R. von Büren), Bern 1998 (zit. Auflösungsklage), 247; VOCK (FN 85), 13; BGE 109 II 143 (= Pra 1982 Nr. 241); in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 820 Ziff. 4 aOR*: WOHLMANN (FN 86), 437; BasK-STÄUBLI, Art. 820 OR N 22; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 831 Abs. 2 aOR*: BasK-HEINI/SCHERRER, Art. 77 ZGB N 11; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 821 Abs. 3 OR*: SANWALD (FN 27), Art. 821 OR N 28; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 86), Art. 921 OR N 14; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 78 ZGB*: BK-RIEMER, Art. 76–78 ZGB B 56; BasK-HEINI/SCHERRER, Art. 78 ZGB N 8; VOGEL/SPÜHLER (FN 108), Kap. 7 Rz. 39; CHK-NIGGLI, Art. 78 ZGB N 10; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 88 Abs. 2/Art. 89 ZGB*: BK-RIEMER, Art. 88/89 ZGB N 31. Vgl. auch Art. 85 E-ZPO; BBl 2006 7288.

¹⁶⁴ *Im Allgemeinen*: VOGEL/SPÜHLER (FN 108), Kap. 8 Rz. 82; WALDER (FN 163), § 26 Rz. 110; BGE 122 III 285; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR*: VON STEIGER (FN 163), 460; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 643 Abs. 3 OR*: ZK-SIEGWART, Art. 643 OR N 42; FORSTMOSER (FN 86), § 12 Rz. 51; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 86), § 17 Rz. 25; HK-ZÜRCHER, Art. 643 OR N 5; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR*: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 86), § 55 Rz. 105; BÖCKLI (FN 10), § 17 Rz. 16; BasK-STÄUBLI, Art. 736 OR N 28; KUNZ, Auflösungsklage (FN 163), 247; HK-KUSTER, Art. 736 OR N 11; BGE 109 II 143 (=Pra 1983, Nr. 241); in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 820 Ziff. 4 aOR*: BasK-STÄUBLI, Art. 820 aOR N 23; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 821 Abs. 3 OR*: SANWALD (FN 27), Art. 821 OR N 28; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 86), Art. 921 OR N 14.

¹⁶⁵ *Im Allgemeinen*: WALDER (FN 163), § 24 Rz. 21; BGE 96 II 279; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR*: ZK-SIEGWART, Art. 545/547 OR N 34; VON STEIGER (FN 163), 460; BasK-D. STAEHELIN, Art. 545/546 OR N 34; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 131), § 12 Rz. 81; CHK-JUNG, Art. 545–546 OR N 11; HK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 545 OR N 7; BGE 74 II 173; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 643 Abs. 3 OR*: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 131), § 1 Rz. 41; FORSTMOSER (FN 86), § 12 Rz. 55; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 820 Ziff. 4 aOR*: WOHLMANN (FN 86), 437; BasK-STÄUBLI, Art. 820 OR N 23; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 821 Abs. 3 OR*: SANWALD (FN 27), Art. 821 OR N 28; SIFFERT/FISCHER/PETRIN (FN 86), Art. 921 OR N 14; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 78 ZGB*: BK-RIEMER, Art. 76–78 ZGB B 56; BasK-HEINI/SCHERRER, Art. 78 ZGB N 8; CHK-NIGGLI, Art. 78 ZGB N 10.

10. Streitwert

Gestaltungsklagen gehen auf Gestaltung (Begründung, Änderung oder Auflösung) eines Rechtsverhältnisses¹⁶⁸. Bei der Auflösungsklage gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR handelt es sich um eine Gestaltungsklage¹⁶⁹. Es geht um die Auflösung einer Gesellschaft¹⁷⁰. Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen bemisst sich der Streitwert bei Gestaltungsklagen nach dem Vermögenswert des *gesamten Rechtsverhältnisses*, dessen Gestaltung in Frage steht, und nicht etwa nur nach dem Vorteil, welcher dem Kläger aus der Klage erwächst¹⁷¹. Dies gilt m.E. auch für die Auflösungsklage gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR¹⁷².

Bei der Auflösungsklage gemäss Art. 731b OR bestehen jedoch *zwei Besonderheiten*: Zum einen muss der Kläger gar keinen bestimmten Antrag (also nicht etwa die Auflösung der Gesellschaft) stellen, sondern er kann einfach die Anordnung «der erforderlichen Massnahmen» betragen¹⁷³. Zum andern kann der Richter auch etwas anderes, d.h. auch mehr zusprechen, als der Kläger verlangt, da er an die Anträge des Klägers nicht gebunden ist¹⁷⁴. Diesen Besonderheiten ist m.E. bei der Festsetzung des Streitwertes, namentlich auch bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen Rechnung zu tragen.

¹⁶⁶ *Im Allgemeinen*: KUNZ (FN 86), Klagen, 102 f.; BGE 122 III 284; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 643 Abs. 3 OR*: FORSTMOSER (FN 86), § 12 Rz. 53; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 86), § 17 Rz. 25; HK-ZÜRCHER, Art. 643 OR N 5.

¹⁶⁷ Zur umgekehrten Konstellation vgl. IV.B.15.

¹⁶⁸ Vgl. anstatt aller: VOGEL/SPÜHLER (FN 108), Kap. 7 Rz. 33; vgl. auch Art. 85 E-ZPO.

¹⁶⁹ Vgl. IV.B.9.

¹⁷⁰ Vgl. IV.B.7.a.

¹⁷¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 100), Art. 75 ZPO SG N 2; FRANK/STÄULI/MESSMER (FN 120), § 22 ZPO ZH N 7; a.M. VOGEL/SPÜHLER (FN 108), Kap. 4 Rz. 95; differenzierend: MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 111.

¹⁷² In Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR*: BGE 94 II 124; in Bezug auf die *Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR*: a.M. KUNZ, Auflösungsklage (FN 163), 247; in Bezug auf die *erbrechtliche Teilungsklage* (wenn der Teilungsanspruch an sich streitig ist): BGE 127 III 398, 86 II 455; in Bezug auf die *Aufhebung des Miteigentums*: ZR 1955 Nr. 108.

¹⁷³ Vgl. IV.B.2.

¹⁷⁴ Vgl. IV.B.7.a.

11. Kosten und Vorschusspflicht

Für einen antragstellenden Gläubiger oder Aktionär richtet sich die Kosten- und Vorschusspflicht für das gerichtliche Verfahren nach der anwendbaren Prozessordnung. Vom Ergebnis her wäre es gerechtfertigt, Art. 706a Abs. 3 OR, welcher die Kostenverteilung bei Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses regelt, analog anzuwenden¹⁷⁵. Diese Norm findet m.E. aber keine Anwendung. Dies scheint auch nicht erforderlich. So können die Besonderheiten bei der Streitwertberechnung¹⁷⁶ im Rahmen der Kostenregelung angemessen berücksichtigt werden.

Von Bundesrechts wegen gilt eine Sonderregel, wenn der Antrag vom Handelsregisterführer gestellt wird; diesfalls werden ihm (bzw. dem Kanton) weder Kostenvorschüsse noch Verfahrenskosten auferlegt¹⁷⁷. Dies gilt auch für das Verfahren vor Bundesgericht.

12. Fehlende Verfügungsberechtigung der Parteien über den Streitgegenstand

Bei der Auflösung gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR geht es um die Einhaltung zwingender Normen, welche dem Verkehrsschutz dienen¹⁷⁸. Den Parteien fehlt deshalb die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand. Sie können das Verfahren nicht durch Vergleich beenden¹⁷⁹.

13. Rechtsmittel gegen den Auflösungsentscheid

Die Anordnung des Richters stützt sich weder auf das SchKG noch handelt es sich um eine Konkursöffnung. Damit gelangt die Rechtsmittelordnung des SchKG betreffend Konkurskenntnissen¹⁸⁰ nicht zur Anwendung¹⁸¹. Auch Art. 36 SchKG kommt nicht zur Anwendung¹⁸². Mangels Konkursöffnung ist auch ein Widerruf des Konkurses nach den Bestimmungen des SchKG¹⁸³ ausgeschlossen¹⁸⁴.

Der Richter agiert bei seiner Entscheidung in Anwendung des OR. Die Rechtsmittelordnung richtet sich somit zurzeit nach den Vorschriften der kantonalen Zivilprozessordnungen¹⁸⁵. Den anwendbaren Rechtsmitteln kommt in der Regel aufschiebende Wirkung zu¹⁸⁶. Kommt einem Rechtsmittel nur durch Anordnung der Rechtsmittelinstanz aufschiebende Wirkung zu, kann sie Sicherungsmassnahmen treffen. Diese richten sich nach dem anwendbaren Prozessrecht; Art. 170 SchKG kommt nicht (auch nicht analog) zur Anwendung. Noven sind in aller Regel nur sehr einschränkend zulässig¹⁸⁷. Soweit die *Offizialmaxime* Platz greift¹⁸⁸, gilt jedoch oftmals ein umfassendes Novenrecht¹⁸⁹.

Nach dem Entwurf für eine *schweizerische Zivilprozessordnung* ist gegen erstinstanzliche Endentscheide die Berufung gegeben, sofern der Streitwert¹⁹⁰ der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10 000 beträgt¹⁹¹. Die Berufung ist auch möglich gegen Entscheide im summarischen Verfahren¹⁹². Der Berufung kommt aufschiebende Wirkung zu¹⁹³. Diese könnte zwar grundsätzlich von der Rechtsmittelinstanz entzogen werden; dies ist jedoch bei Gestaltungsurteilen – worum es sich beim Auflösungsentscheid gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR handelt¹⁹⁴ – nicht möglich¹⁹⁵. Neue Tatsachen und neue Beweismittel (Noven) sind nach Massgabe von Art. 225 Abs. 2 und 3 E-ZPO zulässig¹⁹⁶. *Echte Noven*, wie etwa die Behebung des Mangels während der Rechtsmittelfrist, sind zulässig¹⁹⁷.

Wird der Mangel erst nach Ausfällung des Auflösungsentscheids beseitigt, kann in aller Regel *keine Revision* geführt werden. Als klassischer Revisionsgrund gilt zwar, wenn neue erhebliche Tatsachen (oder Beweismittel) entdeckt werden. Als Revisionsgründe kommen aber nur Tatsachen in Frage, welche vor dem Urteilszeitpunkt eingetreten sind¹⁹⁸.

Letztinstanzlich richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach dem Bundesgerichtsgesetz. Zulässig ist eine *Beschwerde in Zivilsachen*¹⁹⁹, sofern der Streitwert²⁰⁰ mindestens

¹⁷⁵ LEHMANN (FN 29), 423.

¹⁷⁶ IV.B.10.

¹⁷⁷ Art. 154 Abs. 3 Satz 2 HRegV.

¹⁷⁸ Vgl. III.C.

¹⁷⁹ In Bezug auf die *Auflösungsklage* gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 86), § 55 Rz. 101; KUNZ, Klagen (FN 86), 83, in Bezug auf die *Auflösungsklage* gemäss Art. 821 Abs. 3 OR: HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 43), § 28 Rz. 34; in Bezug auf die *Auflösungsklage* gemäss Art. 78 ZGB: BK-RIEMER, Art. 76–78 ZGB N 54.

¹⁸⁰ Art. 174, Art. 194 SchKG.

¹⁸¹ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. April 2008; Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) vom 3. April 2008.

¹⁸² Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) vom 3. April 2008.

¹⁸³ Art. 195 f. SchKG.

¹⁸⁴ Vgl. IV.C.3.b.

¹⁸⁵ Im Kanton Zürich ist gegen Verfügungen des Einzelrichters im summarischen Verfahren der Rekurs zulässig (§ 272 ZPO ZH).

¹⁸⁶ Für den Rekurs im Kanton Zürich: § 275 ZPO.

¹⁸⁷ Für den Rekurs im Kanton Zürich: § 278 i.V.m. § 267 Abs. 1 und § 115 und § 138 ZPO ZH.

¹⁸⁸ Vgl. VI.B.5.

¹⁸⁹ Für den Kanton Zürich vgl. § 267 i.V.m. § 115 Ziff. 4 ZPO ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 120), § 267 ZPO N 10.

¹⁹⁰ Zum Streitwert vgl. IV.B.3.

¹⁹¹ Art. 304 E-ZPO.

¹⁹² Art. 311 E-ZPO.

¹⁹³ Art. 312 Abs. 1 E-ZPO.

¹⁹⁴ Vgl. IV.B.9.

¹⁹⁵ Art. 312 Abs. 3 E-ZPO.

¹⁹⁶ Art. 314 E-ZPO.

¹⁹⁷ Art. 314 i.V.m. Art. 225 Abs. 2 lit. a E-ZPO; BBI 2006 7375.

¹⁹⁸ Vgl. allgemein: VOGEL/SPÜHLER (FN 108), Kap. 13 Rz. 98; für den Kanton Zürich vgl. § 293 Abs. 1 ZPO ZH; FRANK/STÄULI/MESSMER (FN 120), § 293 ZPO N 5; für den Bund vgl. Art. 326 Abs. 1 lit. a E-ZPO; BBI 2006 7380.

¹⁹⁹ Art. 72 ff. BGG.

²⁰⁰ Zum Streitwert vgl. IV.B.10.

CHF 30 000 beträgt²⁰¹ oder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zur Beurteilung steht²⁰². Noven sind grundsätzlich ausgeschlossen²⁰³. Obschon einer Beschwerde in Zivilsachen in aller Regel keine aufschiebende Wirkung zukommt²⁰⁴, haben Beschwerden in Zivilsachen gegen ein Gestaltungsurteil, worum es sich beim Auflösungsentscheid handelt²⁰⁵, im Umfang der Begehren aufschiebende Wirkung²⁰⁶.

14. Rechtskraft

Der Entscheid wirkt mit Eintritt der *formellen Rechtskraft*. Diese hängt davon ab, ob dem anwendbaren Rechtsmittel aufschiebende Wirkung²⁰⁷ zukommt²⁰⁸. Bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft ist der Schuldner aufrecht stehend.

Lautet der Entscheid auf Auflösung der Gesellschaft, so liegt ein Gestaltungsurteil vor²⁰⁹. Da dieses einschneidende Wirkungen hat, ist evident, dass dem Urteil *volle materielle Rechtskraft* zukommen muss. Aufgrund dessen darf ein summarisches Verfahren, sofern ein solches nach dem anwendbaren Prozessrecht zur Anwendung gelangt, von Bundesrechts wegen keine Beweisbeschränkungen vorsehen²¹⁰.

Nach Eintritt der Rechtskraft kann nach Massgabe des Prozessrechts immer noch eine Fristwiederherstellung verlangt werden²¹¹. Sind die Voraussetzungen dazu nicht erfüllt, kann m.E. nach Eintritt der Rechtskraft die Auflösung nicht mehr rückgängig gemacht werden und zwar auch dann nicht, wenn der Mangel später geheilt wird²¹². Ein Widerruf ist im Gesetz nirgends vorgesehen. So kommt insbesondere Art. 153 Abs. 5 HRegV, welcher den *Widerruf der Auflösung* vorsieht, wenn der gesetzliche Zustand innerhalb von drei Monaten nach Eintragung der Auflösung wieder hergestellt wird, *nicht*, auch nicht analog *zur Anwendung*. Diese Bestimmung ist auf Fälle des fehlenden Rechtsdomizils beschränkt²¹³. In Art. 154 HRegV, welcher die Mängel in der gesetzlich zwingenden Organisation regelt, fehlt eine entsprechende Möglichkeit. Zudem regelt Art. 153 HRegV einen Fall der Auflösung der Gesellschaft durch den Registerführer und nicht durch den Richter, worum es bei Art. 731b OR geht.

Die richterliche Anordnung der Auflösung der Gesellschaft (und deren Liquidation nach den Vorschriften über

den Konkurs) kann nicht durch Beschlüsse der Gesellschaft widerrufen, derogiert oder abgeändert werden²¹⁴.

15. Mitteilungspflicht des Richters

Das OR sieht nicht vor, dass der Richter irgendwelche Behörden zu benachrichtigen hat, wenn er eine Gesellschaft auflöst und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnet. Aufgrund des Auflösungsentscheids des Richters wird jedoch ein normales Konkursverfahren durchgeführt²¹⁵. Dieses hat für den gesamten Rechtsverkehr grosse Bedeutung²¹⁶. Zudem entspricht die richterliche Anordnung funktional einem Konkurserkenntnis²¹⁷. Aufgrund dessen ist der Richter m.E. in analoger Anwendung von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG²¹⁸ und Art. 158 Abs. 1 lit. a HRegV verpflichtet, seinen Entscheid dem *Betreibungs-, Konkurs-, Handelsregister*²¹⁹ und *Grundbuchamt* mitzuteilen.

Zusätzlich macht es Sinn, auch dem *Konkursrichter* Mitteilung zu machen (sofern der für den Auflösungsentscheid zuständige Richter nicht mit dem Konkursrichter identisch ist), da dieser allenfalls mit Konkurseröffnungsverfahren befasst ist, welche durch den Auflösungsentscheid gegenstandslos werden.

Soweit dem anwendbaren Rechtsmittel gegen die richterliche Anordnung aufschiebende Wirkung zukommt²²⁰, erfolgt die Mitteilung an diese Ämter und Behörden erst nach Eintritt der Rechtskraft²²¹ und der Vollstreckbarkeit²²². Da das Konkursamt eine Publikation vornehmen, und darin auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit des richterlichen Auflösungsbeschlusses hinweisen muss²²³, sollte das Gericht dem Konkursamt unaufgefordert den Zeitpunkt der Rechtskraft des Entscheids mitteilen (Art. 175 Abs. 2 SchKG analog)^{224/225}.

²⁰¹ Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG.

²⁰² Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG.

²⁰³ Art. 99 Abs. 1 BGG.

²⁰⁴ Art. 103 Abs. 1 BGG.

²⁰⁵ Vgl. IV.B.9.

²⁰⁶ Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG.

²⁰⁷ Vgl. IV.B.13.

²⁰⁸ Vgl. anstatt aller: VOGEL/SPÜHLER (FN 108), Kap. 8 Rz. 62.

²⁰⁹ Vgl. IV.B.9.

²¹⁰ Vgl. IV.B.4.

²¹¹ Vgl. IV.B.7.d.

²¹² Zum Ausschluss der Revision vgl. IV.B.13.

²¹³ So der Randtitel zu Art. 153 HRegV.

²¹⁴ Botschaft (FN 5), 3232; SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 11; HANDSCHIN/TRUNIGER (FN 43), § 29 Rz. 12; BEAT M. BARTHOLD/FLORIAN S. JÖRG, Kleine Aktienrechtsrevision, Revision des Aktienrechts im Schatten der GmbH-Revision, ST 2006, 496; DUC (FN 5), 464; BGE 126 III 283 ff.

²¹⁵ Vgl. IV.C.

²¹⁶ Zur Publikation der richterlichen Auflösung entsprechend der Konkurseröffnung vgl. IV.C.3.c.

²¹⁷ Vgl. IV.B.9.

²¹⁸ A.M. ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 23.

²¹⁹ Vgl. auch Art. 19 Abs. 1 HRegV.

²²⁰ Vgl. IV.B.13.

²²¹ Vgl. Verfügung des Obergerichts Zürich (II. Zivilkammer) vom 3. April 2008.

²²² Art. 19 Abs. 1 HRegV; Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) vom 3. April 2008 (NL 080036).

²²³ Vgl. IV.C.3.c.

²²⁴ Ansonsten müsste das Konkursamt jedes Mal beim Gericht nachfragen, per wann der Entscheid in Rechtskraft erwachen ist.

²²⁵ Die hier vorgeschlagene Vorgehensweise wird vom Bezirksgericht Zürich bereits praktiziert.

16. Handlungspflichten der Ämter

Das *Grundbuchamt* seinerseits ist verpflichtet, den Entscheid des Richters innert zwei Tagen im Grundbuch anzumerken²²⁶. Gleichsam ist der *Handelsregisterführer* verpflichtet, den Entscheid des Richters unverzüglich²²⁷ im Handelsregister einzutragen²²⁸. In Bezug auf den Inhalt der Eintragung gilt m.E. Art. 159 Abs. 1 HRegV analog; anstelle der Konkurseröffnung tritt der Auflösungsentscheid des Richters. Das *Konkursamt* hat ein normales Konkursverfahren abzuwickeln²²⁹.

C. Abwicklung des Konkursverfahrens

1. Normales Konkursverfahren mit abnormalem Beginn

Gemäss dem Gesetzeswortlaut ordnet der Richter die «Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs» an²³⁰. Die Vorschriften kommen insofern nur *sinngemäss zur Anwendung*²³¹, als es weder materiell einen Konkursgrund nach SchKG noch formell eine Konkurseröffnung gibt²³². Ansonsten handelt es sich – abgesehen vom abnormen Beginn – um ein normales Konkursverfahren.

2. Zuständigkeit der verschiedenen Behörden

a. Des Konkursamtes

Sachlich ist zur Abwicklung des Konkursverfahrens das *Konkursamt*²³³ zuständig. Örtlich ist das Amt am Sitz der Gesellschaft in der Verantwortung²³⁴. Diese Zuständigkeitsordnung ergibt sich daraus, dass die Vorschriften über den Konkurs Anwendung finden. Gemäss SchKG wird das Konkursverfahren vom Konkursamt geführt. Der Richter muss deshalb im Auflösungsentscheid das zuständige Konkursamt nicht im formellen Sinne «beauftragen»²³⁵, die Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs zu liquidieren²³⁶.

Die Grundlagen des Handelns des Konkursamtes sind dieselben wie sonst auch. Es handelt sich denn auch um ein normales Konkursverfahren, wenn auch mit abnormalem Beginn²³⁷. Wenn der Konkurs im ordentlichen Konkursverfahren abgewickelt wird, können die Gläubiger auch eine ausseramtliche Konkursverwaltung und/oder ein Gläubigerausschuss wählen²³⁸.

Der Zeitpunkt, ab welchem das Konkursamt tätig werden muss, ist derjenige ab Mitteilung des richterlichen Auflösungsentscheids. Diese Mitteilung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft²³⁹. Soweit dem Rechtsmittel gegen den Auflösungsentscheid aufschiebende Wirkung zukommt (was der Regelfall ist²⁴⁰), kann und muss das Konkursamt (noch) nicht tätig werden. Kommt einem Rechtsmittel dagegen erst auf Anordnung der Rechtsmittelinstanz aufschiebende Wirkung zu, so verhält es sich gleich wie beim Weiterzug eines Konkurseröffnungsentscheids²⁴¹, weshalb m.E. das Konkursamt sofort tätig werden muss.

b. Des Konkursrichters

Obschon die Anordnung der Auflösung der Gesellschaft durch den Zivilrichter erfolgt, bleibt der Konkursrichter für jene Entscheide im Laufe eines Konkursverfahrens zuständig, welche das Gesetz ihm zuweist. Dies gilt für den Entscheid, ob der Konkurs mangels Aktiven eingestellt²⁴² oder ob das summarische Konkursverfahren durchgeführt wird²⁴³. Gleiches gilt für das Schlusserkenntnis²⁴⁴. Einen Widerruf des Konkurses kann der Konkursrichter dagegen mangels Konkurseröffnung nicht verfügen²⁴⁵.

c. Des Zivilrichters

Es findet somit *keine Kompetenzattraktion* durch den Zivilrichter statt, welcher den Auflösungsentscheid gefällt hat. Diesem kommt im Konkursverfahren keinerlei Funktion mehr zu.

d. Der Aufsichtsbehörden

Den SchKG-Aufsichtsbehörden²⁴⁶ kommen die üblichen Befugnisse zu, wie in jedem anderen Konkursverfahren; sie

²²⁶ Art. 176 Abs. 2 SchKG analog.

²²⁷ Art. 19 Abs. 2, Art. 158 Abs. 2 HRegV.

²²⁸ Art. 939 Abs. 1 OR analog.

²²⁹ Vgl. dazu im Einzelnen IV.C.

²³⁰ Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR.

²³¹ Botschaft (FN 5), 3232; ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 23.

²³² Vgl. IV.A.

²³³ A.M. EGV-SZ 2004, Nr. 2.2, E. 3.d, wonach im Gesetz offen gelassen werde, wer die Liquidation durchführe.

²³⁴ Art. 46 Abs. 2 SchKG; SANWALD (FN 27), Art. 819 OR N 8.

²³⁵ A.M. zum alten Recht ZWR 1999, 313: «il convenait simplement de charger l'office des faillites compétent de procéder à la liquidation officielle de la recourante en application analogique des art. 221 ss LP». In gewissen Kantonen (z.B. Zürich) wird die Formulierung, dass ein bestimmtes Konkursamt mit der Durchführung des Konkurses «beauftragt» wird, auch bei Konkurseröffnungsentscheiden (Art. 171 ff. SchKG) verwendet, damit Klarheit herrscht, welches Konkursamt örtlich zuständig ist.

²³⁶ Er kann aber auch kein anderes Organ (z.B. einen Sachwalter) einsetzen (IV.B.7.b.).

²³⁷ Vgl. IV.C.1.

²³⁸ Art. 237 Abs. 2, Art. 253 Abs. 2 SchKG.

²³⁹ Vgl. IV.B.15.

²⁴⁰ Vgl. IV.B.14.

²⁴¹ Art. 174 Abs. 3 SchKG.

²⁴² Art. 230/230a SchKG; vgl. SHAB vom 4. Juni 2008 betreffend cd company development ltd., Muri, und SHAB Nr. 108 vom 6. Juni 2008, S. 39, betreffend Medpool Verlag AG, Männedorf; zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven vgl. IV.C.3.d.

²⁴³ Art. 231 SchKG.

²⁴⁴ Art. 268 Abs. 2 SchKG. Zur Publikation im Falle des Aktivenüberschusses vgl. IV.C.4.d.

²⁴⁵ Vgl. IV.B.14.

²⁴⁶ Art. 13 ff. SchKG.

agieren als Aufsichts-²⁴⁷, Disziplinar-²⁴⁸ und Rechtsmittelbehörde²⁴⁹. Sie treffen auch diejenigen Entscheide, welche ihnen das Gesetzes- oder Verordnungsrecht zuweist²⁵⁰.

3. Anwendbare Vorschriften

a. Im Allgemeinen

Das OR erklärt, die Liquidation sei nach den «Vorschriften über den Konkurs» abzuwickeln. Es ist durch *Auslegung* zu ermitteln, welche Bestimmungen des SchKG von diesem gesetzlichen Verweis erfasst sind: Zur Anwendung kommen in erster Linie die Art. 197–270 SchKG, welche unter dem Titel «Konkursrecht» stehen; sie kommen uneingeschränkt zur Anwendung²⁵¹. Dasselbe gilt für die Bestimmungen der KOV, der VZG und anderer Verordnungen, soweit diese das Konkursverfahren betreffen.

Die gesetzliche Verweisung («Vorschriften über den Konkurs») ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Sie umfasst auch sämtliche *allgemeinen Bestimmungen* des SchKG, soweit diese auf ein Konkursverfahren Anwendung finden können²⁵². Dies gilt namentlich auch für die *betriebsrechtliche Beschwerde* und die *Nichtigkeit*²⁵³. Auch wenn sie ausserhalb der allgemeinen Bestimmungen geregelt sind, finden natürlich auch die Bestimmungen über die paulianische Anfechtung²⁵⁴ und über den Nachlass im Konkurs²⁵⁵ Anwendung.

²⁴⁷ Art. 13, Art. 22 SchKG.

²⁴⁸ Art. 14 SchKG.

²⁴⁹ Art. 17 ff. SchKG.

²⁵⁰ Vgl. dazu FRANCO LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Basel/Genf/München 2000, Art. 13 SchKG N 19.

²⁵¹ Zur analogen Situation der Anordnung der Liquidation einer Bank durch die Eidgenössische Bankenkommission vgl. Art. 34 Abs. 1 und 2 BankG; a.M. ComR-PETER/CVADINI, Art. 731b OR N 23, und GWELESAIANI, *Praxiskommentar* (FN 54), N 536; welche lediglich auf die Art. 221 ff. SchKG verweisen. Art. 1–37, Art. 44 f., Art. 46, Art. 56–63, Art. 65 SchKG.

²⁵² Art. 17–22 SchKG.

²⁵³ Art. 285–292 SchKG. Da Art. 731b OR keine Insolvenz voraussetzt (vgl. IV.A.), dürften die Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) und die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) kaum je bzw. selten zur Anwendung gelangen: Häufig wird es an einer Überschuldung fehlen bzw. der Anfechtungsgegner wird sich exkulpieren können (Art. 287 SchKG) und die subjektiven Voraussetzungen der Absichtsanfechtung werden nur selten gegeben sein.

²⁵⁴ Art. 332 SchKG. Dies gilt dann, wenn ein *Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung* zustande kommt. Handelt es sich dagegen um einen *ordentlichen Nachlassvertrag*, so würde der Konkurs widerrufen (Art. 332 Abs. 3 Satz 2 SchKG), ohne dass ein Zwangsliquidationsverfahren fortgeführt wird. Dies würde Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zuwiderlaufen, weshalb ein ordentlicher Nachlassvertrag (oder ein Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung) nicht möglich ist.

b. Kein Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG)

Gemäss SchKG kann der Konkurs widerrufen werden, wenn der Schuldner nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind, jeder Gläubiger seine Konkurs eingabe zurückgezogen hat oder ein Nachlassvertrag zustande kommt²⁵⁶. Diese Bestimmung kommt m.E. so nicht zur Anwendung: Zum einen fehlt es im Fall von Art. 731b OR an einer Konkurseröffnung, welche widerrufen werden könnte²⁵⁷. Zum anderen ist der Widerruf des Konkurses ein insolvenzrechtliches Institut, welches vor allem zum Tragen kommt, wenn materiell²⁵⁸ oder formell²⁵⁹ kein Insolvenzfall (mehr) vorliegt. Art. 731b OR knüpft jedoch nicht an eine Insolvenz an und setzt eine solche auch nicht voraus²⁶⁰. Die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs ist nur das Mittel, um tatsächlich für die Liquidation und die Löschung einer Gesellschaft zu sorgen, welche Mängel in der Organisation aufweist²⁶¹.

Zulässig scheint jedoch eine *modifizierte Anwendung* von Art. 195 SchKG: Sofern einerseits der Mangel in der Organisation nach Massgabe der anwendbaren Bestimmungen nachträglich²⁶² behoben worden ist, kann m.E. der Konkurs widerrufen werden, wenn andererseits die Voraussetzungen von Art. 195 SchKG gegeben sind. Diesfalls gibt es keinen Grund (mehr), die Gesellschaft zwangsweise zu liquidieren.

c. Publikation des richterlichen Auflösungsentscheids

Das SchKG knüpft verschiedentlich an die Konkurseröffnung an²⁶³. Eine solche gibt es beim Konkursverfahren ohne Konkurseröffnung nicht²⁶⁴. Funktional entspricht die richterliche Anordnung, die Gesellschaft aufzulösen und zu liquidieren, der Konkurseröffnung. Die richterliche Anordnung ist deshalb im Konkursverfahren der Konkurseröffnung gleichzusetzen. Die Anordnung des Richters ist deshalb vom Konkursamt *zu publizieren*²⁶⁵. In der Publikation ist darauf hinzuweisen, dass die Gesellschaft durch richterlichen Entscheid aufgelöst wurde und dass die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs abgewickelt wird, so dass den

²⁵⁶ Art. 195 SchKG.

²⁵⁷ Vgl. IV.A.

²⁵⁸ Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.

²⁵⁹ Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

²⁶⁰ Vgl. IV.A.

²⁶¹ Vgl. zum ähnlich gelagerten Umstand, dass kein Konkursaufschub möglich ist IV.B.7.b.

²⁶² Vgl. IV.B.7.d.

²⁶³ Vgl. etwa Art. 197 Abs. 1, Art. 199 Abs. 1, Art. 202, Art. 203, Art. 204, Art. 205, Art. 206, Art. 208, Art. 209, Art. 211 Abs. 2 und Abs. 2^{bis}, Art. 212, Art. 213 Abs. 2, Art. 214, Art. 215 Abs. 2, Art. 216 Abs. 1, Art. 218, Art. 219, Art. 221, Art. 230 Abs. 4, Art. 232 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 286–288, Art. 292 Ziff. 2 SchKG.

²⁶⁴ Vgl. IV.B.1.

²⁶⁵ Art. 232 Abs. 1 SchKG analog.

Teilnehmern des Rechtsverkehrs verständlich wird, dass ein Konkursverfahren durchgeführt wird. M.E. ist in der Publikation auch auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des richterlichen Auflösungsbeschlusses hinzuweisen^{266/267}.

d. Einstellung des Konkurses mangels Aktiven

Der Gesetzgeber hat den (singulären²⁶⁸) Weg der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs deshalb gewählt, um (anders als bei der Liquidation nach den gesellschaftsrechtlichen Normen) Gewähr zu haben, dass die Liquidation auch tatsächlich abgewickelt wird²⁶⁹. Bekanntlich kann ein Konkursverfahren nach SchKG nur abgewickelt werden, wenn genügend Masse da ist, um mindestens die Kosten des Verfahrens zu decken. Andernfalls wird der *Konkurs mangels Aktiven wieder eingestellt*²⁷⁰. Es stellt sich die Frage, ob aufgrund des gesetzgeberischen Willens, Gesellschaften mit Mängeln in der Organisation qua Konkurs «aus dem Verkehr zu ziehen», das Konkursverfahren auch dann fortgesetzt und abgeschlossen werden muss, wenn nicht genügend Aktiven vorhanden sind.

Dies ist m.E. nicht der Fall. Der (OR-)Gesetzgeber hat keine Anhaltspunkte dafür geliefert, dass er vom grundlegenden Prinzip abweichen wollte, Insolvenzverfahren nur durchzuführen, wenn deren Kosten gedeckt sind. Fehlt es dagegen an genügend Masse, wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt²⁷¹. Eine konkursrechtliche Liquidation unterbleibt²⁷². Der Konkursrichter bleibt für den Entscheid, den Konkurs mangels Aktiven einzustellen, zuständig, auch wenn die Einleitung des Konkursverfahrens durch Entscheid des Zivilrichters erfolgte.

Wird innerhalb von drei Monaten nach Publikation der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven kein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben, erfolgt die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister von Amtes wegen²⁷³, womit die Gesellschaft zivilrechtlich untergeht²⁷⁴.

Damit ist dem gesetzgeberischen Motiv, Gesellschaften mit mangelhafter Organisation aus dem Rechtsverkehr zu ziehen, Genüge getan.

In Bezug auf Pfandobjekte von juristischen Personen²⁷⁵ findet trotz Einstellung des Konkurses mangels Aktiven allenfalls ein «Miniverfahren» (als Spezialexécution) im Kleid des Konkurses²⁷⁶ statt²⁷⁷.

Wird auf Betreibung und Antrag eines Gläubigers der Konkurs über eine Gesellschaft eröffnet, so haftet dieser für die Kosten des Konkursverfahrens bis mit der Einstellung des Konkurses oder bis zum Schuldenruf²⁷⁸. Für den Kläger im Verfahren nach Art. 731b OR besteht *keine* solche *Haftung für die Kosten des Konkursverfahrens*: Zum einen fehlt im OR eine entsprechende Bestimmung. Zum anderen findet die konkursrechtliche Bestimmung²⁷⁹ keine Anwendung: Sie ist vom Verweis in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR («Bestimmungen über den Konkurs») nicht erfasst; der gesetzliche Verweis erfasst nur Normen, welche die Abwicklung des Konkursverfahrens durch das Konkursamt regeln. Mangels Haftung kann der Richter, welcher über die Auflösung entscheidet, vom Kläger auch keinen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen. Damit sind die Kosten des Konkursverfahrens, wenn dieses mangels Aktiven eingestellt werden muss, vom Gemeinwesen (Staat) zu tragen²⁸⁰, da das Konkursamt die bis dahin aufgelaufenen Kosten auf niemanden abwälzen kann.

e. Aktivenüberschuss

Wie gesehen setzt die Anordnung der Auflösung und die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs nicht voraus, dass die Gesellschaft überschuldet ist²⁸¹. Auch wenn durch die Liquidation – zumal eine zwangsweise – Werte vernichtet werden, kann es durchaus vorkommen, dass am Schluss des Konkursverfahrens ein Aktivenüberschuss verbleibt. Dieser ist in erster Linie für *Zinszahlungen* an die Gläubiger zu verwenden, da der gesetzliche Zinsstopp²⁸² seine Berechtigung nachträglich verliert. Die Gläubiger haben

²⁶⁶ Zur unaufgeforderten Mitteilung durch das Gericht vgl. IV.B.15.

²⁶⁷ In der Praxis haben sich zwei *Publikationstexte* eingebürgert (der letzte Satz wird in der Praxis bis jetzt [noch] nicht verwendet): «Mit Verfügung vom 10. Mai 2008 hat der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich die Gesellschaft aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR angeordnet. Diese Verfügung ist am 21. Mai 2008 in Rechtskraft erwachsen.»

«Die Gesellschaft ist mit Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 10. Mai 2008 in Anwendung von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR aufgelöst worden. Über die Gesellschaft wird die konkursamtliche Liquidation angeordnet. Die Verfügung ist am 21. Mai 2008 in Rechtskraft erwachsen.»

²⁶⁸ Vgl. IV.B.1.

²⁶⁹ Vgl. II.

²⁷⁰ Art. 230 SchKG.

²⁷¹ Vgl. SHAB vom 4. Juni 2008 betreffend *cd company development ltd.*, Muri, und SHAB Nr. 108 vom 6. Juni 2008, S. 39, betreffend *Medpool Verlag AG*, Männedorf.

²⁷² Zum alten Recht vgl. auch ZWR 1999, 313 Bemerkung.

²⁷³ Art. 938a OR; Art. 159 Abs. 5 lit a HRegV; FRANCO LORANDI, *Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels*

Aktiven (Art. 230a SchKG), AJP 1999 (zit. *Einstellung des Konkurses*), 41.

²⁷⁴ Art. 643 Abs. 1 OR e contrario.

²⁷⁵ Vgl. LORANDI, *Einstellung des Konkurses* (FN 273), 41 ff.; DOMINIK GASSER, *Die Liquidation nach Art. 230a SchKG*, in: *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg. Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser), Basel 2000, 59 ff.

²⁷⁶ GASSER (FN 275), 60; LORANDI, *Einstellung des Konkurses* (FN 273), 42.

²⁷⁷ Art. 230a SchKG.

²⁷⁸ Art. 169, Art. 189 Abs. 2, Art. 194 Abs. 1 SchKG.

²⁷⁹ Art. 169 SchKG.

²⁸⁰ A.M. wohl ZR 1996 Nr. 41; EGV-SZ 2004 A.2.2, E. 3.d.

²⁸¹ Vgl. IV.A.

²⁸² Art. 209 SchKG.

Anrecht auf Zins, welcher ihnen zustände, wenn vollstreckungsrechtlich kein Zinsstopp eingetreten wäre²⁸³.

Verbleibt nach Deckung der Zinsforderungen der Gläubiger für die Zeit ab Beginn des Konkursverfahrens immer noch ein Aktivenüberschuss, so ist dieser dem Schuldner²⁸⁴, d.h. den Organen der Gesellschaft herauszugeben. Eine *Verteilung des Überschusses an die Anteilsinhaber* durch das Konkursamt ist m.E. nicht möglich. Es fehlt dazu eine gesetzliche Grundlage²⁸⁵. Die Verteilung des Überschusses nach den Bestimmungen der Statuten und des Gesellschaftsrechts hat durch die Organe der Gesellschaft zu erfolgen. Diese erlangen bei Abschluss des Konkursverfahrens mit einem Aktivenüberschuss wieder das Verfügungsrecht über das Restvermögen.

Das Konkursamt meldet dem Handelsregister den Abschluss des Konkursverfahrens²⁸⁶. Nachfolgend wird die *Gesellschaft im Handelsregister* gelöscht²⁸⁷. Dies gilt m.E. dem Grundsatz nach selbst dann, wenn nach Abschluss des Konkursverfahrens (und Deckung der Zinsen der Gläubiger für die Dauer des Verfahrens) ein Aktivenüberschuss verbleibt. Dies ergibt sich daraus, dass nicht die Insolvenz der Gesellschaft (vor allem nicht deren Überschuldung) zum Konkursverfahren geführt hat²⁸⁸, sondern die Missachtung zwingender Bestimmungen des Gesellschaftsrechts über deren Organisation der Grund für die Liquidation war. Würde die Gesellschaft (welche über einen Aktivenüberschuss verfügt) nicht gelöscht, könnte sie (trotz erfolgter Liquidation) weiterwirtschaften, was gerade verhindert werden sollte. M.E. sollte aber im Falle eines Aktivenüberschusses die Löschung nicht sofort nach Abschluss des Konkursverfahrens²⁸⁹, sondern in analoger Anwendung der Bestimmung über die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven²⁹⁰ erst dann erfolgen, wenn innert drei Monaten nach Abschluss des Verfahrens kein begründeter Einspruch erhoben worden ist. Damit wäre sichergestellt, dass nach Abschluss des Konkursverfahrens noch eine Verteilung des Aktivenüberschusses an die Anteilsinhaber (Aktionäre) erfolgen kann.

Das Konkursamt macht den Schluss des Konkursverfahrens öffentlich bekannt²⁹¹. Wenn nach Abschluss des Konkursverfahrens ein Aktivenüberschuss vorliegt, scheint es angezeigt²⁹², dass das Konkursamt in der *Publikation* darauf hinweist. Dies ermöglicht den Betroffenen, rechtzeitig Einspruch beim Handelsregisteramt zu führen. Wenn die Gesellschaft über keine Organe (mehr) verfügt, an welche der Überschuss herausgegeben werden kann, wäre es sinnvoll, wenn das Konkursamt den Aktionären (soweit ihr diese bekannt sind) mittels Spezialanzeige die Publikation zur Kenntnis bringt, damit diese ihre Rechte am Überschuss geltend machen können.

D. Zivilrechtliche Aspekte

Das Zivilrecht knüpft in verschiedenem Zusammenhang an die Konkurseröffnung an²⁹³. Bei der richterlichen Anordnung der Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs fehlt es zwar an einer Konkurseröffnung und an einem Insolvenzereignis. Massgeblich ist aber nicht primär der Formalakt der Konkurseröffnung, sondern die einschneidenden Auswirkungen der Durchführung eines Konkursverfahrens. Ein solches findet im Fall von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR statt. Aufgrund dessen rechtfertigt es sich m.E., grundsätzlich von einer analogen Anwendung dieser zivilrechtlichen Bestimmungen auszugehen.

Dies macht auch insofern Sinn, als diese Bestimmungen des Zivilrechts grundsätzlich auch dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vom Richter genehmigt wird, da dieser ebenfalls (wie der Konkurs) eine Generalexécution bewirkt²⁹⁴. Letztlich ist für jede Gesetzesnorm durch *Auslegung* zu ermitteln, ob die richterliche Auflösung und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs einer Konkurseröffnung gleichgestellt werden kann.

E. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

Auch das Sozialversicherungsrecht knüpft in verschiedenen Belangen an die Durchführung eines Konkursverfahrens²⁹⁵ bzw. an die Eröffnung eines Konkurses an²⁹⁶. Ersteres ist unproblematisch, da auch bei der Auflösung einer Gesellschaft zufolge Mängel in der Organisation ein normales Konkursverfahren durchgeführt wird²⁹⁷. Wo das Sozialversicherungs-

²⁸³ Vgl. FRANCO LORANDI, Besonderheiten beim Aktivenüberschuss in der Generalexécution – der Glücksfall als Problemfall, AJP 2006 (zit. Aktivenüberschuss), 1264 ff. m.w.H.; BGE 129 III 566 f., 102 III 45; Bundesgerichtsurteil 7B.6/2006 vom 27. April 2006, E. 1. Zur verfahrensmässigen Abwicklung vgl. LORANDI, Aktivenüberschuss, (op. cit.), 1265; BRUNO PORTMANN, Die Verzinsung der Kurrentforderungen im aktiv saldierten Konkurs- und Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, BISchK 1961, 39 ff.

²⁸⁴ LORANDI, Aktivenüberschuss (FN 283), 1264, 1269; BGE 129 III 563 f.

²⁸⁵ Vgl. auch für den Kanton Zürich vgl. ZR 1996 Nr. 41.

²⁸⁶ Art. 158 Abs. 1 lit. f. HRegV.

²⁸⁷ Art. 159 Abs. 5 HRegV.

²⁸⁸ Vgl. IV.A.

²⁸⁹ Art. 159 Abs. 5 lit. b HRegV.

²⁹⁰ Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV.

²⁹¹ Art. 268 Abs. 4 SchKG.

²⁹² Eine Pflicht besteht m.E. nicht.

²⁹³ Vgl. etwa Art. 35 Abs. 2, Art. 83, Art. 250 Abs. 2, Art. 266h, Art. 297a, Art. 337a, Art. 405 Abs. 1, Art. 418s, Art. 471 Abs. 3, Art. 518 Abs. 3, Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR.

²⁹⁴ Vgl. FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlass, AJP 2004, 1211 f.

²⁹⁵ Vgl. Art. 29, Art. 54, Art. 55 AVIG; Art. 16 Abs. 2 AHVG.

²⁹⁶ Vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a und b, Art. 53 Abs. 1 AVIG.

²⁹⁷ Vgl. IV.A.

recht an die Konkursöffnung anknüpft, was namentlich für die *Insolvenzschädigung* gilt²⁹⁸, ist darunter in sinngemässer Auslegung der richterliche Auflösungsbeschluss zu verstehen. Massgebend ist die Rechtskraft des Auflösungsbeschlusses. Auch in dieser Hinsicht entspricht der Auflösungsentscheid des Richters funktional einer Konkursöffnung.

F. Öffentlichrechtliche Folgen

Die Kantone können, soweit nicht Bundesrecht anwendbar ist, an die Konkursöffnung (oder an die fruchtlose Pfändung) öffentlichrechtliche Folgen knüpfen²⁹⁹. Diese können auch auf juristische Personen Anwendung finden³⁰⁰, auch wenn die praktische Bedeutung gering ist, da juristische Personen nach Abschluss eines Konkursverfahrens ohnehin untergehen. An das Zustandekommen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung dürfen die Kantone dagegen keine öffentlichrechtlichen Folgen anknüpfen³⁰¹. Auch an eine Betreuung auf Pfandverwertung³⁰² oder an einen nur provisorischen Pfändungsverlustschein dürfen keine öffentlichrechtlichen Folgen geknüpft werden, da damit ein Ausfall nicht endgültig feststeht³⁰³. Damit sanktionieren diese Normen einen definitiven Passivenüberschuss, welcher bei einer Konkursöffnung natürlicherweise präsumiert wird.

Anders verhält es sich m.E. für die Anordnung der Auflösung einer Gesellschaft mit Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs: Sie setzt keine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit voraus³⁰⁴. Eine solche darf auch nicht präsumiert werden. Mangels Insolvenzereignis rechtfertigt es sich m.E. nicht, öffentlichrechtliche Folgen an den richterlichen Auflösungsentscheid anzuknüpfen. Auch wertungsmässig scheint es nicht angebracht, an die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Normen über die Organisation einer Gesellschaft öffentlichrechtliche Folgen treten zu lassen.

Im Sinne eines Analogieschlusses zum definitiven Pfändungsverlustschein können m.E. jedoch öffentlichrechtliche

Folgen an das Ausstellen eines Konkursverlustscheins³⁰⁵ bei Abschluss des Konkursverfahrens geknüpft werden, sofern dieses mit einem Passivenüberschuss endet.

G. Strafrechtliche Aspekte

Verschiedene Straftatbestände knüpfen, namentlich als objektive Strafbarkeitsvoraussetzung für Insolvenzdelikte, an die Konkursöffnung an³⁰⁶. Gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift gilt auch die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung als der Konkursöffnung gleichwertiges Insolvenzereignis³⁰⁷. Im Strafrecht gilt das strikte Legalitätsprinzip (*nulla poena sine lege*)³⁰⁸. Aufgrund dessen kann m.E. die richterliche Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs nicht einer Konkursöffnung oder der Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gleichgesetzt werden. Zudem sind die entsprechenden Straftatbestände Insolvenzdelikte³⁰⁹. Art. 731b OR setzt jedoch weder eine Überschuldung noch eine formelle Insolvenz voraus³¹⁰.

Daneben gibt es Straftatbestände, welche die Durchführung eines Konkursverfahrens voraussetzen, ohne formell an die Konkursöffnung anzuknüpfen³¹¹. Diese Normen kommen auch dann zur Anwendung, wenn das Konkursverfahren (ohne vorgängige Konkursöffnung) durch richterliche Anordnung gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ausgelöst worden ist. Die entsprechenden Tatbestände bestrafen denn auch Fehlverhalten während (und nicht im Vorfeld) eines Insolvenzverfahrens.

H. International insolvenzrechtlicher Aspekt

Im internationalen Verhältnis stellt sich die Frage, ob schweizerische Konkursdekrete im Ausland anerkannt werden können. Es geht um das ausländische Pendant unseres Anschlusskonkursverfahrens gemäss Art. 166 ff. IPRG. Diesbezüglich kann sich die Frage stellen, ob ein (schweizerischer) Entscheid des Richters, eine Gesellschaft aufzulösen und nach den Vorschriften über den Konkurs liquidieren zu lassen, als Konkursdekret oder ähnlicher Entscheid gilt und damit der Anerkennung im Ausland zugänglich ist. Diese

²⁹⁸ Art. 51 Abs. 1 lit. a, Art. 52 Abs. 1, Art. 53 Abs. 1 AVIG.

²⁹⁹ Art. 26 SchKG.

³⁰⁰ LORANDI (FN 250), Art. 26 SchKG N 20.

³⁰¹ CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997, Art. 26 SchKG N 5; LORANDI (FN 250), Art. 26 SchKG N 6.

³⁰² JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 301), Art. 26 SchKG N 3; LORANDI (FN 250), Art. 26 SchKG N 5.

³⁰³ ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 233 sowie dort Fn 7; LORANDI (FN 250), Art. 26 SchKG N 3; BGE 26 I 222; a.M. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 301), Art. 26 SchKG N 3; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1999, Art. 26 SchKG N 33.

³⁰⁴ Vgl. IV.A.

³⁰⁵ Konkursverlustscheine sind auch nach Abschluss eines Konkursverfahrens über eine juristische Person auszustellen (BISchK 1987, 114), auch wenn diese nach Abschluss des Verfahrens im Handelsregister gelöscht wird und damit untergeht.

³⁰⁶ Vgl. Art. 163–167 StGB.

³⁰⁷ Art. 171 StGB.

³⁰⁸ Art. 1 StGB.

³⁰⁹ So lautet der Randtitel vor Art. 163 StGB «Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen».

³¹⁰ IV.A.

³¹¹ Art. 168, Art. 169, Art. 323, Art. 324 StGB.

Frage bemisst sich nach der (ausländischen) *lex fori* am Ort, wo um die Anerkennung nachgesucht wird.

Aus schweizerischer Sicht wäre es auf jeden Fall angezeigt, auch diesbezüglich eine *funktionale Sichtweise* anzuwenden. Für die Frage der Anerkennung im Ausland sollte nicht ausschlaggebend sein, dass formell keine Konkurseröffnung vorliegt. Entscheidend sollte sein, dass ein ganz «normales» Konkursverfahren mit den gewöhnlichen Wirkungen abgewickelt wird; der ungewöhnliche Beginn sollte keine Rolle spielen. Aufgrund dessen sollte die richterliche Anordnung der Liquidation einem Konkursdekret gleichgestellt werden. Dies ist denn auch im Binnenverhältnis in verschiedener Hinsicht der Fall³¹².

La réglementation pour défauts dans l'organisation de sociétés de capitaux a été fondamentalement modifiée le 1^{er} janvier 2008. Une modification législative était nécessaire, parce que jusqu'à présent, la loi s'était avérée confuse, vague et insuffisante. Il est vrai que le nouveau droit est clair et sans équivoque. La dissolution de la société selon les réglementations sur la faillite est toutefois une mesure draconienne, puisqu'une dissolution est ordonnée sans qu'une insolvabilité existe. Cela mène bons nombres de questions litigieuses à l'interface. La procédure judiciaire est marquée par la maxime de l'instruction et la maxime d'office. La procédure de faillite se déroule, en principe, comme une procédure de faillite «normale» sauf qu'il n'y a pas d'ouverture de la faillite.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

³¹² Vgl. IV.C., IV.D., IV.F. und IV.G.