

Markus Vischer*

Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
  1. Deklaratorische und konstitutive Wirkung einer Eintragung im HR
  2. Positive und negative Publizitätswirkung einer Eintragung im HR
  3. Bedeutung der Unterscheidung zwischen deklaratorischer und konstitutiver Wirkung
  4. Grundhaltung des Gesetzgebers zur Gesellschaftsbildung
  5. Auflösung und Liquidation der AG
II. Konstitutiver oder deklaratorische Wirkung der Löschung der AG im HR
  1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung
  2. Lehre
  3. Würdigung
III. Rechtsträgerschaft nach der Löschung der AG im HR bezüglich noch vorhandener Aktiven und/oder Passiven und Wiedereintragung der gelöschten AG im HR
  1. Rechtsträgerschaft nach der Löschung der AG im HR bezüglich noch vorhandener Aktiven und/oder Passiven (oder anderer Rechtspositionen)
    1.1 Lösung 1: Nasciturus als Rechtsträger
    1.2 Lösung 2: Gemeinwesen als Rechtsträger
    1.3 Lösung 3: Aktionäre als Rechtsträger
    1.4 Lösung 4: Nachgesellschaft als Rechtsträger
    1.5 Lösung 5: Kein Rechtsträger
    1.6 Lösungen 1–4 bzw. Lösung 5: Universalsukzession bzw. keine Universalsukzession
  2. Wiedereintragung der gelöschten AG im HR
  3. Würdigung
IV. Löschung der AG im Nachgang zu einem Konkursverfahren
  1. Konkurseröffnung
  2. Konkurswiderruf
  3. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven
  4. Schluss des Konkursverfahrens
V. Löschung der AG im Nachgang zu einem Nachlassverfahren
  1. Nachlassstundung
  2. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung
  3. Widerruf des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung
VI. Schlussfolgerung

* RA Dr. Markus Vischer, LL.M., Partner Walder Wyss AG.

I. Einleitung

1. Deklaratorische und konstitutive Wirkung einer Eintragung im HR

Deklaratorisch ist eine Eintragung im Handelsregister (HR) dann, wenn die Eintragung lediglich ein schon vorher ohne Eintragung entstandenes Rechtsverhältnis[1] kundtut.[2] Entsprechend ändert sich materiellrechtlich durch die Eintragung nichts.[3] Die Eintragung hat lediglich rechtsfeststellende Wirkung.[4]

Konstitutiv ist eine Eintragung im HR dann, wenn ein Rechtsverhältnis erst durch die Eintragung entsteht.[5] Entsprechend hat die Eintragung rechtserzeugende Wirkung.[6]

Konstitutiv sind primär richtige Eintragungen. In der Regel sind aber auch unrichtige Eintragungen aufgrund des in der Lehre überwiegend anerkannten Schutzes des öffentlichen Glaubens von Eintragungen im HR konstitutiv.[7]

2. Positive und negative Publizitätswirkung einer Eintragung im HR

Nach Art. 933 Abs. 1 OR besteht die positive Publizitätswirkung einer Eintragung im HR darin, dass niemand, insbesondere auch nicht ein Dritter, einwenden kann, er habe die Eintragung nicht gekannt.[8] Die positive Publizitätswirkung einer Eintragung im

1 Zum Begriff z.B. BSK ZGB II-Vischer, Art. 1 SchlT N 6.
2 Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Aufl., Bern 2012, § 6 N 67.
3 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 67.
4 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 66.
5 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 68.
6 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 66.
7 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 84; zurückhaltender BSK OR II-Eckert, Art. 933 N 11; sogenannte absolute Konstitutivwirkung infolge der «heilenden Wirkung» der Eintragung im HR: Z.B. Hans-Ueli Vogt, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Registerrecht – Vertrauenshaftung – Ökonomie der Information, Zürich/Basel/Genf 2003, § 7 N 16.
8 Z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 77.

HR besteht also im Schutz vor dem nicht wissenden Dritten.[9]

Nach Art. 933 Abs. 2 OR besteht die negative Publizitätswirkung darin, dass ein Tatbestand oder ein Rechtsverhältnis, welcher bzw. welches zu Unrecht nicht im HR eingetragen ist, einem Dritten nur entgegengehalten werden kann, wenn er den Tatbestand oder das Rechtsverhältnis kennt.[10] Die negative Publizitätswirkung einer zu Unrecht nicht erfolgten Eintragung besteht somit im Schutz des nicht wissenden Dritten.[11]

3. Bedeutung der Unterscheidung zwischen deklaratorischer und konstitutiver Wirkung

Die deklaratorische und konstitutive Wirkung unterscheiden sich v.a. in der Bedeutung der ausserregisterrechtlichen Kenntnis. Bei der konstitutiven Wirkung und umso mehr bei der absolut konstitutiven Wirkung ist die ausserregisterrechtliche Kenntnis irrelevant.[12] Das bedeutet, dass Dritte unabhängig von ihrer ausserregisterrechtlichen Kenntnis oder Unkenntnis gleichbehandelt werden, und nicht wie bei der deklaratorischen Eintragung je nach Sachlage das Glück oder Pech haben, ein Rechtsverhältnis zu kennen (falls sich das Rechtsverhältnis zu ihrem Vorteil auswirkt) oder nicht zu kennen (falls sich das Rechtsverhältnis zu ihrem Nachteil auswirkt).[13] Das bedeutet weiter, dass bei der konstitutiven und umso mehr bei der absolut konstitutiven Wirkung bezüglich Wirkungszeitpunkt und Qualifikation eines Rechtsverhältnisses Klarheit für alle Personen besteht, dies im Unterschied zur deklaratorischen Wirkung, bei welcher je nach ausserregisterrechtlicher Kenntnis oder Unkenntnis die Wirkungszeitpunkte und die Qualifikationen eines Rechtsverhältnisses unterschiedlich sind.[14]

4. Grundhaltung des Gesetzgebers zur Gesellschaftsbildung

Nach dem System der freien Gesellschaftsbildung ist eine Gesellschaft entstanden, sobald der Wille, sie zu gründen, seinen rechtsgenügenden Ausdruck gefunden hat.[15] Dieses System ist im Bereich des Handelsrechts, wo dem Verkehrsschutz ein grosses Gewicht zukommt, ungeeignet.[16] Der Gesetzgeber hat daher u.a. bezüglich der AG ein anderes System gewählt, nämlich das System der Normativbestimmungen.[17] Nach diesem System muss eine AG erhöhten gesetzlichen Vorschriften entsprechen,[18] was durch eine gewisse Kontrolle durch das HR erreicht wird.[19] Das bedingt eine konstitutive Wirkung in Bezug auf die Entstehung der AG,[20] welche der Gesetzgeber in Art. 643 Abs. 1 OR (und Art. 52 ZGB)[21] auch angeordnet hat. Der Gesetzgeber hat aber nicht nur eine konstitutive Wirkung angeordnet, sondern in Art. 643 Abs. 2 OR (und Art. 52 ZGB)[22] sogar eine absolut konstitutive Wirkung, also eine konstitutive Wirkung in Bezug auf die Entstehung der AG selbst bei unrichtigen Eintragungen. Denn nur dadurch ist ein wirksamer Verkehrsschutz bei der AG gewährleistet, bei der alle Personen unabhängig von ihrer ausserregisterrechtlichen Kenntnis oder Unkenntnis gleich behandelt und geschützt werden. Entsprechend geht es beim System der Normativbedingungen nicht nur um die Ermöglichung einer gewissen Kontrolle durch das HR, sondern um Verkehrsschutz ganz allgemein, der nicht nur durch diese Kontrolle, sondern auch anderweitig (d.h. insbesondere durch die «heilende Wirkung») sichergestellt wird.[23]

Entsprechend dem Wesen des Systems der Normativbestimmungen hat eine AG nicht mehr nur einen vertraglichen, sondern auch einen gesetzlichen Charakter, also eine Doppelnatur.[24]

5. Auflösung und Liquidation der AG

Mit Eintritt eines Auflösungsgrunds gemäss Art. 736 OR endet die Rechtspersönlichkeit der AG gemäss Art. 739 Abs. 1 OR nicht. Vielmehr tritt sie vorbehältlich der Tatbestände einer liquidationslosen Auflösung nach dem FusG gemäss Art. 738 OR ins Liquidationsstadium.[25]

---

9 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 77, auch mit dem Hinweis des Vorbehalts des Rechtsmissbrauchs.
10 Z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 68.
11 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 78.
12 Vogt (FN 7), § 6 N 49 ff., § 7 N 18.
13 Vogt (FN 7), § 6 N 54 ff., § 7 N 18.
14 Vogt (FN 7), § 6 N 59 ff., § 7 N 20.
15 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 11 N 13.
16 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 11 N 14.
17 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 11 N 11; auch System des Registerzwangs genannt: Z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 11 N 11; BSK ZGB I-Huguenin, Art. 52 N 6.
18 Ähnlich Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 11 N 11.
19 Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 11 N 11.
20 Vogt (FN 7), § 6 N 66 ff.
21 Dazu z.B. Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, N 17.46.
22 Dazu z.B. Hausheer/Aebi-Müller (FN 21), N 17.46.
23 A.M. wohl Peter Jung, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 86.
24 Markus Vischer, Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 537 f.
25 S. auch Art. 939 Abs. 1 OR.

II. Konstitutiver oder deklaratorische Wirkung der Löschung der AG im HR

1. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Nach der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Löschung der AG im HR absolut konstitutiv. Die Rechtspersönlichkeit der AG erlischt also im Zeitpunkt der Löschung, unabhängig davon, ob die Liquidation im Zeitpunkt der Löschung abgeschlossen ist oder nicht, und damit unabhängig davon, ob die Löschung zu Recht oder zu Unrecht erfolgte.[26]

Diese Rechtsprechung zog das Bundesgericht in neueren Urteilen in Zweifel, ohne aber, bis auf eine Ausnahme, explizit zu sagen, die Löschung der AG im HR sei deklaratorisch.[27] Verschiedene Aussagen in diesen Urteilen deuten darauf hin, dass das Bundesgericht einer vermittelnden Meinung folgt, wonach die Löschung eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der AG ist.[28]

2. Lehre

Auch nach der heute herrschenden Lehre[29] ist die Löschung der AG im HR absolut konstitutiv.[30]

Nach einer starken Minderheitsmeinung ist die Löschung dagegen lediglich deklaratorisch. Nach dieser Meinung erlischt die Rechtspersönlichkeit nicht mit der Löschung der AG im HR, sondern mit der Vornahme der letzten Liquidationshandlung, unabhängig davon, ob in der Zwischenzeit die Löschung erfolgte oder nicht.[31]

Nach einer ersten, möglicherweise neuerdings auch vom Bundesgericht vertretenen,[32] vermittelnden Meinung ist die Löschung der AG im HR eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der AG.[33] Nach einer zweiten vermittelnden Meinung ist die Löschung eine hinreichende, nicht aber eine notwendige Bedingung für das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der AG.[34]

3. Würdigung

M.E. muss die Löschung der AG aus den gleichen Gründen wie die Eintragung der AG absolut konstitutiv sein.[35] Wenn es anders wäre, wäre das System der Normativbestimmungen schlecht umgesetzt.[36] Wie bei der Eintragung der AG darf es bei der Löschung aus Verkehrsschutzgründen nicht sein, dass je nach Kenntnis einer Person eine AG noch besteht oder nicht mehr besteht bzw. für die einen Personen besteht und für andere Personen nicht, je nachdem, ob die AG vor oder nach der Löschung im HR noch Aktiven und/oder Passiven hat und die betreffende Person davon Kenntnis hat. Wäre es so, wäre die Löschung der AG im HR also deklaratorisch, würden sich folgende Fragen stellen: Wie sollen sich die Organe der AG verhalten, zumal sie nicht notwendigerweise um das Vorhanden- bzw. Nichtvorhandensein von Aktiven und/oder Passiven wissen müssen bzw. können? Wie sollen sich die Vertragspartner der AG und andere Betroffene wie etwa Behörden verhalten?

---

26 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 5A_65/2008 vom 15.12.2008, E. 2.1; BGE 132 III 731, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A.3/2002 und 4A.4/2002 vom 3.7.2002, E. 4.1; BGE 117 III 39, 3b; BGE 73 III 61, E. 1; BGE 64 II 150, E. 1; BGE 42 III 37.

27 Urteil des Bundesgerichts 2C_408/2012 vom 25.9.2012, E. 3.1 und 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_231/2011 vom 20.9.2011, E. 2 (mit expliziter Erwähnung der deklaratorischen Wirkung); Urteil des Bundesgerichts 4A_16/2010 vom 6.4.2010, E. 5.1.2.

28 So die Interpretation von Markus Vischer, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 568, FN 35, und Jung (FN 23), 89 f.

29 Jung (FN 23), 85.

30 Z.B. Rainer Schumacher, Handelsgericht: Sachliche Zuständigkeit im Konkurs, Anwaltsrevue 2015, 120; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, Begründet von Theo Guhl, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 15 N 6, 40; Florian S. Jörg, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 58; Dominik Milani/Philipp Schürch, Das Schicksal von gesamthänderischen Forderungen nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven bei einfachen Gesellschaften, ZBJV 2013, 318; Vischer (FN 28), 567 f.; SHK HRegV-Rüetschi, Art. 164 N 4; David Rüetschi, Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV – Zugleich eine Entgegnung auf Philippin, REPRAX 2/2011, 20 ff., Reprax 2011, 24; Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1392; Eva Bilek/Hans Caspar von der Crone, Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.12/2006 (BGE 132 III 731) vom 19. September 2006 i.S. Nachlass X. (Beschwerdeführer) gegen Aufsichtsbehörde über das Handelsregister des Kantons Genf (Beschwerdegegnerin), SZW 2007, 82 f.; BK-Küng, Art. 937 OR N 128.

31 Z.B. Von der Crone, Aktienrecht, § 14 N 72; BSK OR II-Stäubli, Art. 746 N 1; Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 164 N 576; Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 56 N 152, 158; Edgar Philippin, Observations procédurales sur l'action en réinscription d'une entité juridique radiée, Reprax 2011, 21; CR CO II-Rayroux, Art. 746 N 6; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 152; ZK-Bürgi/Nordmann, Art. 739 OR N 3, Art. 746 OR N 6 ff.

32 S. II.1.

33 Jung (FN 23), 90 f.; CHK-Vogel, Art. 938 OR N 4; CR CO II-Vianin, Art. 938–938a N 16; Guillaume Vianin, L'inscription au registre du commerce et ses effets, Freiburg 2000, 244; Duri F. Prader, Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1995, 86 f.

34 BSK OR II-Eckert, Art. 938 N 1; Peter Gauch, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAG (SZW) 1976, 147 f., FN 40.

35 Gl.M. Jörg (FN 30), 58; a.M. Jung (FN 23), 86, 92.

36 Münchener Kommentar zum Aktiengesetz-Hüffer, § 262 AktG N 90 zum deutschen Recht.

Sie alle würden bei einer solchen Rechtslage in eine schwierige Situation gebracht, insbesondere auch im Hinblick auf eine allfällige Verantwortlichkeit.

Diese Probleme löst auch die zweite vermittelnde Meinung für die Zeit vor der Löschung der AG im HR und die erste vermittelnde Meinung für die Zeit nach der Löschung der AG im HR nicht.[37]

III. Rechtsträgerschaft nach der Löschung der AG im HR bezüglich noch vorhandener Aktiven und/oder Passiven und Wiedereintragung der gelöschten AG im HR

1. Rechtsträgerschaft nach der Löschung der AG im HR bezüglich noch vorhandener Aktiven und/oder Passiven (oder anderer Rechtspositionen)

Die absolut konstitutiv wirkende Löschung wirft das Problem des neuen Rechtsträgers nach der Löschung auf, sollte die AG im Zeitpunkt der Löschung noch über Aktiven und/oder Passiven (oder andere Rechtspositionen) verfügt haben.[38]

Es gibt verschiedene mögliche Lösungen:

1.1 Lösung 1: Nasciturus als Rechtsträger

Eine mögliche Lösung ist, eine solche AG wie einen nasciturus im Sinne von Art. 31 Abs. 2 ZGB zu behandeln und ihr entsprechend Rechtsfähigkeit unter der Bedingung ihrer Wiedereintragung im HR[39] zuzuerkennen.[40] Diese Lösung entspricht der im deutschen Recht z.T. vertretenen Lösung der Fiktion des Fortbestands der AG, wenn die AG nach der konstitutiven Löschung noch über Aktiven und/oder Passiven (oder andere Rechtspositionen) verfügt.[41] Eine solche Fiktion liegt auch gewissen schweizerischen Normen zugrunde. Denn anders lässt sich z.B. nicht erklären, wie die AG und ihre Organe gemäss Art. 747 OR noch 10 Jahre nach ihrer Löschung[42] zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher verpflichtet sein sollen.[43]

1.2 Lösung 2: Gemeinwesen als Rechtsträger

Eine andere mögliche Lösung ist, bei der AG nach ihrer Löschung noch vorhandene Aktiven und/oder Passiven (oder andere Rechtspositionen) gemäss Art. 57 ZGB an das zuständige Gemeinwesen fallen zu lassen.[44] Art. 57 ZGB ist auf alle juristischen Personen anwendbar, also auch auf die AG,[45] wenn keine anderslautende gesetzliche Vorschrift besteht, was hier der Fall ist, denn Art. 745 OR[46] ist nur vor, und nicht nach, der Löschung der AG anwendbar.[47] Dabei wäre nicht Art. 57 Abs. 1 ZGB, sondern Art. 57 Abs. 3 ZGB analog anzuwenden. Demnach wäre eine in den Statuten oder von den Organen der AG vorgesehene andere Lösung irrelevant.[48]

1.3 Lösung 3: Aktionäre als Rechtsträger

Eine weitere mögliche Lösung ist, bei der AG nach ihrer Löschung noch vorhandene Aktiven und/oder Passiven (oder andere Rechtspositionen) in analoger Anwendung von Art. 745 OR[49] an die Aktionäre bzw. an den Alleinaktionär fallen zu lassen. Direkt wäre Art. 745 OR[50] nicht anwendbar, weil diese Bestimmung[51] nur vor, und nicht nach der Löschung der AG zur Anwendung kommt.[52] Entsprechend dem Gedanken von Art. 745 OR[53] wäre bei mehreren Aktionären von Teilgläubigerschaft und Teilschuldnerschaft an den betroffenen Aktiven und/oder Passiven entsprechend den Quoten gemäss Art. 745 OR[54] auszugehen, also nicht von Gesamtgläubigerschaft und Gesamtschuldnerschaft oder Solidargläubigerschaft oder Solidarschuldnerschaft.[55]

1.4 Lösung 4: Nachgesellschaft als Rechtsträger

Eine weitere mögliche Lösung ist, bei der AG nach ihrer Löschung noch vorhandene Aktiven und/oder Passiven (oder andere Rechtspositionen) an eine aus den Aktionären gebildete Nachgesellschaft bzw. an den Alleinaktionär fallen zu lassen. Die Nachgesellschaft entspräche einer einfachen Gesellschaft mit Gesamtgläubigerschaft bezüglich Aktiven und Solidar-

---

37 Gl.M. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz-Hüffer, § 262 AktG N 90 zum deutschen Recht.

38 Jung (FN 23), 86.

39 S. dazu sogleich.

40 Zur Kontroverse der Natur der Bedingung beim nasciturus z.B. Hausheer/Aebi-Müller (FN 21), N 03.12 ff.

41 Z.B. Günther Hönn, Die konstitutive Wirkung der Löschung von Kapitalgesellschaften, ZHR 1974, 74 ff.; s. auch Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012, N 304, der im Zusammenhang mit dem nasciturus von einer Fiktion spricht.

42 Z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 31), § 56 N 160.

43 S. auch ZR 1989 Nr. 81 zur Fortgeltung des Anwaltsgeheimnisses trotz Löschung der juristischen Person.

44 So z.B. Milani/Schürch (FN 30), 318; s. auch Art. 230a Abs. 3 SchKG.

45 Bezüglich Art. 57 Abs. 3 OR BGE 115 II 401, E 2; BGE 112 II 1, E. 4.

46 Und Art. 660 Abs. 2 OR.

47 A.M. wohl Jung (FN 23), 84, insbesondere FN 48.

48 A.M. Milani/Schürch (FN 30), 318.

49 Und Art. 660 Abs. 2 OR.

50 Und Art. 660 Abs. 2 OR.

51 Und Art. 660 Abs. 2 OR.

52 A.M. wohl Jung (FN 23), 84, insbesondere FN 48.

53 Und Art. 660 Abs. 2 OR.

54 Und Art. 660 Abs. 2 OR.

55 Zu den Begriffen Teil-, Gesamt- und Solidargläubigerschaft bzw. -schuldnerschaft z.B. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3653 ff.

schuldnerschaft bezüglich Passiven.[56] Diese Lösung entspricht der z.T. im deutschen Recht vertretenen Lösung des Übergangs allfälliger nach der konstitutiven Löschung noch vorhandenen Aktiven und/oder Passiven auf die Aktionäre zur gesamten Hand.[57]

1.5 Lösung 5: Kein Rechtsträger

Eine weitere mögliche Lösung ist, bei der AG nach ihrer Löschung noch vorhandene Aktiven und/oder Passiven (oder andere Rechtspositionen) als herrenlose «Sachen» zu betrachten.[58]

1.6 Lösungen 1–4 bzw. Lösung 5: Universalsukzession bzw. keine Universalsukzession

Die Lösungen 1–4 bewirken eine ex lege erfolgende Universalsukzession der betroffenen Aktiven und/oder Passiven (oder anderen Rechtspositionen) von der gelöschten AG auf den neuen Rechtsträger,[59] und damit in Bezug auf Forderungen eine Legalzession bzw. Subrogation. Diese erfolgt im Zeitpunkt der Löschung der AG im HR.

Lösung 5 bewirkt dagegen keine Universalsukzession und entsprechend keinen Rechtserwerb eines neuen Rechtsträgers. Es bleibt beim Rechtsverlust der gelöschten AG im Zeitpunkt der Löschung.

2. Wiedereintragung der gelöschten AG im HR

Nach Art. 164 HRegV kann das Gericht auf Antrag die Wiedereintragung einer im HR gelöschten AG im HR anordnen, sofern glaubhaft gemacht wird, dass ein Liquidationsverfahren noch nicht abgeschlossen ist.[60]

U.U. ist die Wiedereintragung der AG vom HR gestützt auf Art. 941 OR von Amtes wegen vorzunehmen.[61]

Die Wiedereintragung ist wie die Ersteintragung der AG in Bezug auf die Entstehung der AG absolut konstitutiv.[62]

Die Wiedereintragung stellt bei der Lösung 1 den Eintritt der Bedingung dar, was Wirkung ex nunc zeitigt[63] und sämtliche im Zeitpunkt der Löschung der AG noch vorhandenen Aktiven und/oder Passiven (oder anderen Rechtspositionen) vorbehältlich zwischenzeitlich erfolgter Rechtsänderungen definitiv bei der wiedereingetragenen AG anfallen lässt.

Die Wiedereintragung bewirkt bei den Lösungen 2–4 eine restitutio ad integrum: Es gehen sämtliche im Zeitpunkt der Löschung der AG noch vorhandenen Aktiven und/oder Passiven (oder anderen Rechtspositionen) vorbehältlich zwischenzeitlich erfolgter Rechtsänderungen mittels einer ex lege erfolgenden Universalsukzession auf die wiedereingetragene AG über. Entsprechend kann gesagt werden, die Wiedereintragung erfolge mit Wirkung ex nunc.[64] Die AG ist wieder über die vorhandenen Aktiven und/oder Passiven verfügungsberechtigt, allerdings im Rahmen der üblichen Schranken. Dabei ist insbesondere Art. 718a Abs. 1 OR einschlägig, aus welcher Bestimmung sich ergibt, dass infolge des fortdauernden Liquidationszwecks die Verfügungsberechtigung auf Liquidationshandlungen beschränkt ist.[65]

Auch die Lösung 5 bewirkt eine restitutio ad integrum mit Wirkung ex nunc.

3. Würdigung

Mit der Möglichkeit der Wiedereintragung einer gelöschten AG gemäss Art. 164 HRegV hat der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber eine Lösung gewählt, die an sich nicht nötig wäre. Denkbar wäre auch eine Lösung gemäss § 273 Abs. 4 (deutsches) AktG gewesen, wonach das Gericht bei Vorhandensein von Aktiven und/oder Passiven (oder anderen Rechtspositionen) einen Nachtragsabwickler bestellen kann, ohne dass eine Löschung der Löschung der AG oder eine Wiedereintragung der AG notwendig ist.[66]

---

56 Zu dieser Lösung Jung (FN 23), 87.

57 Z.B. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz-Hüffer, § 262 AktG N 91, § 273 AktG N 16.

58 Urteil des Bundesgerichts 5A_65/2008 vom 15.12.2008, E. 2.1: «chose sans maître»; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997, Articles 159–270, Lausanne 2001, Art. 269 SchKG N 17; Hansjörg Peter, Les biens trouvés après la clôture de la faillite, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 366 ff.

59 Münchener Kommentar zum Aktiengesetz-Hüffer, § 262 AktG N 91 zum deutschen Recht.

60 SHK HRegV-Rüetschi, Art. 164 N 11, 30.

61 SHK HRegV-Rüetschi, Art. 164 N 27; Bilek/von der Crone (FN 30), 83.

62 Gl.M. BGE 73 III 61, E. 1; SHK HRegV-Rüetschi, Art. 164 N 6; OFK-Dürr, Art. 938 OR N 9; Bilek/von der Crone (FN 30), 85.

63 Z.B. BSK OR I-Ehrat, Art. 151 N 10 bezüglich Suspensivbedingungen im Allgemeinen und BSK OR I-Ehrat, Art. 154 N 2 bezüglich Resolutivbedingungen im Allgemeinen.

64 Vischer (FN 28), 568; SHK HRegV-Rüetschi, Art. 164 N 5 f.; Rüetschi (FN 30), 25; Bilek/von der Crone (FN 30), 85; s. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_408/2012 vom 25.9.2012, E. 3.2: «Une fois la société réinscrite au registre du commerce, les actifs (et les passifs) de la société lui sont réattribués …»

65 Rüetschi (FN 30), 25; Bilek/von der Crone (FN 30), 85.

66 Münchener Kommentar zum Aktiengesetz-Hüffer, § 273 AktG N 41 f.; s. auch die herrschende Lehre zur Nichtnotwendigkeit der Wiedereintragung der AG beim Nachkonkurs FN 117.

Die Wiedereintragung hat den Nachteil, dass bei den Lösungen 2–4 ein zweiter Wechsel der Rechtsträgerschaft stattfindet. Das ist allerdings wenig gravierend, weil einerseits die Zwischenträgerschaft und auch der nasciturus bei Lösung 1 nur eine prekäre Berechtigung an den noch vorhandenen Aktiven und/oder Passiven (oder anderen Rechtspositionen) hat, und andererseits auch weil die Zwischenträgerschaft berechtigt, aber z.T. auch verpflichtet ist, die Wiedereintragung der AG zu verlangen. Bei der Rechtsträgerschaft des Gemeinwesens in Lösung 2 ergibt sich diese Pflicht m.E. aus Art. 57 Abs. 2 ZGB, wonach das dem Gemeinwesen anfallende Vermögen dem bisherigen Zwecke möglichst entsprechend zu verwenden ist. Die Aussage der prekären Berechtigung für die Zwischenzeit gilt letztlich auch für Lösung 5.

Die Wiedereintragung ist eine pragmatische Lösung, welche zudem zur Auffassung passt, dass der Löschung zwar «heilende Wirkung» zukommt,[67] dass Mängel aber möglichst zu heilen sind,[68] hier eben durch die Wiedereintragung der AG.

Angesichts der Möglichkeit der Wiedereintragung der gelöschten AG ist die endgültige Bestimmung der Zwischenträgerschaft eher von wissenschaftlichem Interesse und die Favorisierung einer Lösung nicht unbedingt notwendig, zumal die Lösungen 1–5 alle ihre Vor- und Nachteile haben. Wahrscheinlich ist die Lösung 1 zu favorisieren, sind doch die Lösungen 2–4 in Bezug auf die Passiven unbefriedigend.[69] Lösung 4 ist zudem angesichts des bei den Aktionären i.d.R. nicht wirklich vorhandenen Gesellschaftswillen[70] bzw. Willen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln[71] zu konstruiert.[72] Lösung 5 passt zudem wie Lösung 2–4 nicht wirklich in Bezug auf die Passiven.

IV. Löschung der AG im Nachgang zu einem Konkursverfahren

1. Konkurseröffnung

Mit der Konkurseröffnung gemäss Art. 171 SchKG, Art. 189 SchKG, Art. 190–192 SchKG oder Art. 296b SchKG durch das Konkursgericht und mit der Eröffnung des Konkurses durch das Nachlassgericht gemäss Art. 309 SchKG oder gemäss Art. 313 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 309 SchKG[73] wird die AG aufgelöst,[74] tritt also ins Liquidationsstadium.[75] Wie bereits im Allgemeinen ausgeführt[76] berührt die Konkurseröffnung die Rechtspersönlichkeit der AG gemäss Art. 739 Abs. 1 OR nicht.[77] Sie verliert gemäss Art. 740 Abs. 5 Satz 2 OR und Art. 204 Abs. 1 SchKG lediglich (weitestgehend) die Verfügungsberechtigung über ihr Vermögen.[78]

2. Konkurswiderruf

Das Konkursgericht kann den Konkurs unter bestimmten Umständen widerrufen.[79] Der Widerruf muss spätestens vor dem Abschluss des Konkursverfahrens[80] erfolgen.[81]

Nach dem Konkurswiderruf und der allfälligen Wiedereintragung ist die AG wieder über ihr Vermögen verfügungsberechtigt,[82] ausser im Fall des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung in Bezug auf die abgetretenen Vermögenswerte.[83]

Erfolgte (unwahrscheinlicherweise) in der Zwischenzeit die Löschung der AG, müsste die AG gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. d oder a HRegV im HR wiedereingetragen werden.

3. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven.[84] Das Konkursamt macht die

---

67 S. I.1., insb. FN 7.

68 Z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 6 N 71 f.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 586.

69 Gl.M. bezüglich Lösung 2 wohl Peter (FN 58), 368, nach dem Art. 57 ZGB auf einen Aktivenüberschuss und damit nicht auf einen Passivenüberschuss zugeschnitten ist; wie Peter wohl Milani/Schürch (FN 30), 318; gl.M. bezüglich Lösungen 3 und 4 wohl Jung (FN 23), 87 f.

70 Zur vertraglichen Basis jeder Gesellschaft z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (FN 2), § 1 N 3, 17 ff.

71 Art. 530 Abs. 1 OR.

72 Gl.M. Jung (FN 23), 87 f.

73 S. auch Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zu einem Fall der Konkurseröffnung im Endergebnis durch den Zivilrichter, welche aber auch zu einem «normalen» Konkursverfahren führt; dazu z.B. Urteil des Bundesgerichts 5A_306/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2; Lorandi (FN 30), 1386 f., 1390 ff.

74 Art. 736 Ziff. 3 OR.

75 Urteil des Bundesgerichts 4A_163/2014 vom 16.6.2014, E. 2.1.

76 S. I.5.

77 Urteil des Bundesgerichts 5A_826/2010 vom 1.3.2011, E. 2; BGE 132 III 432, E. 2.4; Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 35 N 4, § 41 N 5; BSK SchKG II-Handschin/Hunkeler, Art. 197 N 6; BSK SchKG II-Wohlfart/Meyer, Art. 204 N 41.

78 Z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_163/2014 vom 16.6.2014, E. 2.1; BGE 132 III 432, E. 2.4; Amonn/Walther (FN 77), § 41 N 6 ff.

79 Art. 195 Abs. 1 SchKG und Art. 332 Abs. 3 Satz 2 SchKG.

80 S. IV.4.

81 Amonn/Walther (FN 77), § 39 N 4.

82 Art. 195 Abs. 1 SchKG.

83 BSK SchKG II-Brunner/Boller, Art. 195 N 11.

84 Art. 230 Abs. 1 i.V.m. Art. 268 Abs. 2 SchKG; s. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_306/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2, wonach das Konkursgericht auch bei einer Eröffnung des Konkurses durch den

Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet.[85]

Erfolgt die Leistung der genannten Sicherheit nicht, ist das Konkursverfahren eingestellt. Eine weitere Konkursverfügung braucht es dafür an sich nicht.[86] Immerhin erfolgt in vielen Fällen seitens des Konkursgerichts noch eine deklaratorische Schlussverfügung.[87] Daran ändert auch die nach der Einstellung des Konkursverfahrens erfolgende Eröffnung und Durchführung eines Verfahrens nach Art. 230a Abs. 2–4 SchKG zur Verwertung von allfällig im Zeitpunkt der Einstellung des Konkursverfahrens vorhandenen Pfandgegenständen nichts.[88] Denn dieses Verfahren ist ein von Amtes wegen neu eröffnetes Spezialverfahren (und nicht das fortgesetzte oder ein wiedereröffnetes Konkursverfahren), auch wenn es, soweit anwendbar, nach den Regeln des summarischen Konkursverfahrens geführt wird,[89] und auch wenn es die Wirkung hat, dass die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen bzw. mindestens die vor der Konkurseröffnungen eingeleiteten Betreibungen auf Pfandverwertung noch nicht wieder aufleben.[90]

Mit der Einstellung des Konkursverfahrens ist die AG wieder über ihr Vermögen verfügungsberechtigt,[91] allerdings im Rahmen der üblichen Schranken, insbesondere von Art. 718a Abs. 1 OR, woraus sich ergibt, dass infolge des fortdauernden Liquidationszwecks die Verfügungsberechtigung auf Liquidationshandlungen beschränkt ist.[92] Vorbehalten bleibt die Verwertung von Pfandgegenständen durch das Konkursamt im Verfahren nach Art. 230a Abs. 2–4 SchKG.

Das Konkursgericht hat die Einstellung des Konkursverfahrens dem HR mitzuteilen.[93] Das HR hat daraufhin die Tatsache, dass das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wurde, und das Datum der Einstellungsverfügung des Konkursgerichts im HR einzutragen.[94]

Das HR hat in der Folge die AG von Amtes wegen im HR zu löschen, wenn bei der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven innert drei Monaten nach der Publikation der Eintragung kein begründeter Einspruch erhoben wurde.[95]

Eine solche Einsprache hat das Konkursamt von Amtes wegen zu machen, wenn es das Verfahren zur Verwertung von Pfandgegenständen gemäss Art. 230a Abs. 2–4 SchKG eröffnen und durchführen muss[96] oder wenn innert der Dreimonatefrist neue Aktiven entdeckt werden.

Eine bei Ausbleiben einer begründeten Einsprache erfolgende Löschung der AG im HR hat absolut konstitutive Wirkung.

Kommen nach der Löschung der AG neue Aktiven zum Vorschein, so hat das Konkursamt dem Konkursgericht vom Amtes wegen eine entsprechende Mitteilung zu machen, damit dieses das eingestellte Konkursverfahren wiedereröffnen und das Konkursamt es wiederaufnehmen kann.[97] Ein Widerruf oder eine Wiedererwägung der Einstellungsverfügung ist in diesem Fall unzulässig.[98]

Art. 159 Abs. 4 lit. c HRegV, wonach bei Wiederaufnahme des Konkursverfahrens die Firma der AG mit dem Zusatz in Liquidation im HR einzutragen ist, bedingt bei Wiederaufnahme des Konkursverfahrens eine Wiedereintragung der AG gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. d HRegV.[99] Das Konkursamt hat die Wiedereintragung der AG im HR von Amtes wegen zu beantragen.

Zivilrichter gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR für die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven zuständig ist.

85 Art. 230 Abs. 2 SchKG.

86 BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230 N 11; Francois Vouilloz, La suspension de la faillite faute d'actif (art. 230 et 230a LP), BlSchK 2001, 43.

87 BGE 130 III 481, E. 2.1; BSK SchKG II-Staehelin, Art. 268 N 2.

88 A.M. wohl BGE 130 III 481, E. 3, nach welchem Urteil das Konkursgericht keine Schlussverfügung erlassen darf.

89 BGE 130 III 481, E. 2.2, 2.3 und 3; BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230a N 10; Lorandi (FN 30), 1392; Vouilloz (FN 86), 53 f., 55; Franco Lorandi, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven (Art. 230a SchKG), AJP 1999, 43.

90 BGE 130 III 481, E. 2.1. und 3; s. auch BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230a N 9, welcher nur vom Aufschub des Wiederauflebens der vor der Konkurseröffnungen eingeleiteten Betreibungen auf Pfandverwertung spricht.

91 Urteil des Bundesgerichts 5A_306/2014 vom 17.10.2014, E. 3.3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_163/2014 vom 16.6.2014, E. 2.1; BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230 N 11, 14a.

92 Urteil des Bundesgerichts 4A_163/2014 vom 16.6.2014, E. 2.1 und 2.2; BGE 90 II 247, E. 3.

93 Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG i.V.m. Art. 158 Abs. 1 lit. d HRegV; Urteil des Bundesgerichts 4A_163/2014 vom 16.6.2014, E. 2.1; BSK SchKG II-Staehelin, Art. 269 N 8; s. auch BSK SchKG II-Giroud, Art. 176 N 15, wonach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG auch auf die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven anwendbar ist.

94 Art. 158 HRegV i.V.m. Art. 159 Abs. 3 HRegV; dazu z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_163/2014 vom 16.6.2014, E. 2.1.

95 Art. 159 Abs. 5 lit. a und Abs. 6 lit. b HRegV; dazu z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_163/2014 vom 16.6.2014, E. 2.1.

96 Unklar SHK HRegV-Rüetschi, Art. 159 N 28.

97 Urteil des Bundesgerichts 5A_306/2014 vom 17.10.2014, E. 3.3.3; SHK HRegV-Rüetschi, Art. 158 N 32; BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230 N 12; Bilek/von der Crone (FN 30), 84 f.; Vouilloz (FN 86), 43; s. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_306/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2, wonach das Konkursgericht auch bei einer Eröffnung des Konkurses durch den Zivilrichter gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR für die Wiedereröffnung des Konkursverfahrens zuständig ist.

98 Urteil des Bundesgerichts 5A_306/2014 vom 17.10.2014, E. 3.1.

99 Im Resultat gl.M. SHK HRegV-Rüetschi, Art. 158 N 32; Bilek/von der Crone (FN 30), 85.

Keiner Wiederaufnahme des Konkursverfahrens bedarf allerdings die Verwertung von neu entdeckten Pfandgegenständen. Sie obliegt dem Konkursamt im Verfahren nach Art. 230a Abs. 2–4 SchKG.

Keiner Wiederaufnahme des Konkursverfahrens bedarf wie ausgeführt auch die Verwertung im Zeitpunkt der Konkurseinstellung bestehender Aktiven. Sie obliegt wie ausgeführt den bisherigen Organen. Vorbehalten bleibt die Verwertung bestehender Pfandgegenstände, welche durch das Konkursamt im Verfahren nach Art. 230a Abs. 2–4 SchKG erfolgt.

Voraussetzung ist allerdings in beiden Fällen bei vorgängiger Löschung der AG wie schon bei der Wiederaufnahme des Konkursverfahrens die Wiedereintragung der AG gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. d oder a HRegV (auf Antrag primär des Konkursamtes bei der Verwertung von Pfandgegenständen oder der Organe bei der Verwertung durch die Organe).[100]

Die Nichtlöschung der AG bzw. die Wiedereintragung der AG als Voraussetzung für die Verwertung von Aktiven, übrigens auch für die Verwertung von Aktiven mittels der Betreibung auf Pfändung gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG[101] oder mittels der wiederauflebenden Betreibungen gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG,[102] ist m.E. die Konsequenz aus der Tatsache, dass der Schweizer Gesetz- bzw. Verordnungsgeber anders als der deutsche Gesetzgeber bei noch zu verwertenden Aktiven die Lösung der Nichtlöschung bzw. Wiedereintragung der AG gewählt hat.[103] So will er sicherstellen, dass Aktiven der AG und nicht der Zwischenträgerschaft[104] verwertet werden.

Werden entsprechende Anträge auf Wiedereintragung der AG nicht gestellt, hat das HR die Wiedereintragung gestützt auf Art. 941 OR von Amtes wegen vorzunehmen.[105]

4. Schluss des Konkursverfahrens

Findet das Konkursgericht, dass das Konkursverfahren vollständig durchgeführt ist, so erklärt es dasselbe mittels Schlussverfügung[106] für geschlossen.[107] Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt.[108]

Mit der Schlussverfügung ist die AG wieder über ihr Vermögen verfügungsberechtigt,[109] allerdings im Rahmen der üblichen Schranken, insbesondere von Art. 718a Abs. 1 OR, woraus sich ergibt, dass infolge des fortdauernden Liquidationszwecks die Verfügungsberechtigung auf Liquidationshandlungen beschränkt ist.[110] Vorbehalten bleibt die Verwertung von neu entdeckten Aktiven durch das Konkursamt im Verfahren nach Art. 269 Abs. 1 SchKG.[111] Vorbehalten bleibt auch die Verwertung von allfälligen Überschüssen gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG durch das Konkursamt.[112]

Das Konkursgericht hat den Schluss des Konkursverfahrens dem HR mitzuteilen.[113] Das HR hat daraufhin die Tatsache, dass das Konkursverfahren durch Verfügung des Konkursgerichts geschlossen wurde, das Datum der Schlussverfügung des Konkursgerichts und die Löschung der AG im HR einzutragen.[114] Eine Einsprachemöglichkeit gegen die Löschung ist anders als bei der Löschung infolge Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nicht vorgesehen.

Die Löschung der AG im HR hat absolut konstitutive Wirkung.

Kommen nach der Löschung der AG neue Aktiven zum Vorschein, welche zur Masse gehörten, aber nicht zu derselben gezogen wurden (neu entdeckte Aktiven),[115] so nimmt das Konkursamt sie in Besitz und besorgt ohne weitere Förmlichkeit die Verwertung und Verteilung des Erlöses an die zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung.[116]

Voraussetzung ist allerdings bei vorgängiger Löschung der AG sowohl bei der Verwertung von (nicht neu entdeckten) Aktiven durch die Organe wie auch bei der Verwertung von (neu entdeckten) Aktiven durch das Konkursamt im Nachkonkurs oder von allfälligen Überschüssen gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG durch das Konkursamt die Wiedereintragung der AG

---

100 Gl.M. bezüglich Notwendigkeit der Wiedereintragung bei Eröffnung und Durchführung des Verfahrens nach Art. 230a Abs. 2–4 SchKG SHK HRegV-Rüetschi, Art. 164 N 20; a.M. bezüglich Notwendigkeit der Wiedereintragung bei Eröffnung und Durchführung des Verfahrens nach Art. 230a Abs. 2–4 SchKG BSK SchKG II-Lustenberger, Art. 230a N 9; a.M. bezüglich Notwendigkeit der Wiedereintragung bei Verwertung durch die Organe BSK SchKG II-Staehelin, Art. 269 N 2 a.E.; s. auch CR LP-Vouilloz, Art. 230a N 21.

101 Bilek/von der Crone (FN 30), 85; a.M. Vouilloz (FN 86), 46.

102 A.M. Vouilloz (FN 86), 46.

103 S. III.3.

104 S. III.3.

105 S. III.2.

106 BSK SchKG II-Staehelin, Art. 268 N 5 f.

107 Art. 268 Abs. 2 SchKG.

108 Art. 268 Abs. 4 SchKG.

109 BSK SchKG II-Staehelin, Art. 268 N 7.

110 S. III.2.

111 BSK SchKG II-Staehelin, Art. 269 N 24; zum Verfahren nach Art. 269 Abs. SchKG gleich nachstehend.

112 BSK SchKG II-Staehelin, Art. 269 N 7.

113 Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG i.V.m. Art. 158 Abs. 1 lit. f HRegV.

114 Art. 159 Abs. 6 HRegV; SHK HRegV-Rüetschi, Art. 159 N 14.

115 Dazu z.B. BSK SchKG II-Staehelin, Art. 269 N 4 ff., wobei allerdings die Auffassung in N 12, wonach eine Neuentdeckung bei juristischen Personen nicht möglich sei, abzulehnen ist.

116 Art. 269 Abs. 1 SchKG; sogenannter Nachkonkurs: z.B. SHK HRegV-Rüetschi, Art. 158 N 33; BSK SchKG II-Staehelin, Art. 269 N 1.

gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. a oder d HRegV (auf Antrag primär der Organe bzw. primär des Konkursamtes bei der Verwertung durch das Konkursamt).[117]

Die Wiedereintragung der AG als Voraussetzung für die Verwertung von Aktiven ist m.E. die Konsequenz aus der Tatsache, dass der Schweizer Gesetz- bzw. Verordnungsgeber anders als der deutsche Gesetzgeber bei noch zu verwertenden Aktiven die Lösung der Nichtlöschung bzw. Wiedereintragung der AG gewählt hat.[118]

Die Wiedereintragung der AG erlaubt beim Nachkonkurs und bei Überschüssen gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG auch, dass mit dem Erlös aus dem Nachkonkurs und aus Überschüssen Schulden der AG getilgt werden. Dem steht bezüglich Nachkonkurs auch der Begriff «ohne weitere Förmlichkeit» in Art. 269 Abs. 1 SchKG nicht entgegen, sind doch damit nur konkursrechtliche Förmlichkeiten wie z.B. die Entbehrlichkeit der Wiedereröffnung des Konkurses durch das Konkursgerichts[119] gemeint.

In den meisten Fällen dürfte sich allerdings die Wiedereintragung der AG bei vorgängiger Löschung bei der Verwertung von Überschüssen nach Art. 260 Abs. 2 SchKG erübrigen, weil sie schon gemacht sein sollte. Sie ist schon Voraussetzung für die Verfolgung abgetretener Rechtsansprüche durch Gläubiger gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG, weil das entsprechende Prozessführungsrecht eine Schuld der AG bzw. eine Forderung gegen die AG voraussetzt.[120]

Entsprechend wäre es de lege ferenda sinnvoll, wenn der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber auch bei der Löschung der AG infolge Schluss des Konkursverfahrens analog der Regelung bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven in Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV[121] eine Einsprachemöglichkeit gewähren würde, um unnötige Löschungen und Wiedereintragungen zu vermeiden.[122]

Werden entsprechende Anträge auf Wiedereintragung der AG nicht gestellt, hat das HR die Wiedereintragung gestützt auf Art. 941 OR von Amtes wegen vorzunehmen.[123]

V. Löschung der AG im Nachgang zu einem Nachlassverfahren

1. Nachlassstundung

Die Nachlassstundung gemäss Art. 293a SchKG (provisorische Nachlassstundung) und Art. 294 SchKG (definitive Nachlassstundung) berührt die Rechtspersönlichkeit der AG nicht. Sie verliert gemäss Art. 298 SchKG je nach Anordnung des Nachlassrichters lediglich bis zu einem gewissen Grade die Verfügungsberechtigung über ihr Vermögen.[124]

2. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Das Nachlassgericht meldet gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a SchKG i.V.m. Art. 161 Abs. 1 HRegV dem HR die Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung gemäss Art. 306 SchKG, worauf das HR die Eintragungen gemäss Art. 161 Abs. 3 HRegV vornimmt.

Der Bestätigungsentscheid berührt die Rechtspersönlichkeit der AG nicht.[125] Sie verliert mit dem Bestätigungsentscheid lediglich die Verfügungsberechtigung in Bezug auf die abgetretenen Vermögenswerte,[126] nicht jedoch in Bezug auf allenfalls nicht abgetretene Vermögenswerte.[127] Bei der Vermögensabtretung an einen Dritten[128] verliert die AG aber oft nicht nur die Verfügungsberechtigung, sondern auch gleich die Rechtszuständigkeit, meist also das Eigentum, in Bezug auf die abgetretenen Vermögenswerte.[129]

Finden die Liquidatoren, dass die Liquidation abgeschlossen ist, so erstellen sie einen Schlussbericht, der dem Gläubigerausschuss zur Genehmigung zu unter-

---

117 A.M. bezüglich Notwendigkeit der Wiedereintragung für den Nachkonkurs die herrschende Lehre, z.B. SHK HRegV-Rüetschi, Art. 158 N 33, Art. 164 N 8, 22, im Widerspruch zur richtigen generellen Aussage bei Prozessen in Art. 164 N 14, wonach «bei denjenigen Rechtsträgern, bei denen dem Handelsregistereintrag konstitutive Wirkung zukommt, […] eine Wiedereintragung notwendig [ist], wenn der Prozess weitergeführt werden soll».; Rüetschi (FN 30), 25, 28; a.M. bezüglich Anwendbarkeit von Art. 164 Abs. 1 lit a HRegV Rüetschi (FN 30), 26, wonach diese Bestimmung nur im Falle der abgeschlossenen gesellschaftsrechtlichen Liquidation zum Zuge kommen soll.

118 S. III.3.

119 SHK HRegV-Rüetschi, Art. 158 N 33; s. allerdings auch BSK SchKG II-Staehelin, Art. 269 N 16 bezüglich Förmlichkeit des Verfahrens.

120 S. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_5/2008 vom 22.5.2008, E. 1.4, wonach der Abschluss des Konkursverfahrens ebenso wie die Löschung der AG im HR nicht automatisch zum Untergang der Konkursforderung des prozessführenden Gläubigers führt.

121 S. IV.3.

122 S. auch die «Einsprachemöglichkeiten» bei der Löschung einer Rechtseinheit, welche keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr aufweist, gemäss Art. 938a OR und Art. 155 HRegV; dazu z.B. Vischer (FN 28), 566.

123 S. III.2.

124 Z.B. Amonn/Walther (FN 77), § 54 N 37 ff.

125 BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 317 N 6.

126 Art. 319 Abs. 1 SchKG.

127 S. Art. 318 Abs. 2 SchKG.

128 Art. 317 Abs. 1 SchKG.

129 Daniel Hunkeler, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Freiburg 1996, N 1150 ff.

breiten und dem Nachlassgericht einzureichen ist.[130] Findet das Nachlassgericht, dass das Nachlassverfahren vollständig durchgeführt ist, so erklärt es dasselbe mittels Schlussverfügung analog Art. 268 Abs. 2 SchKG für geschlossen.[131]

Mit der Schlussverfügung ist die AG wieder über ihr Vermögen verfügungsberechtigt, allerdings im Rahmen der üblichen Schranken, insbesondere von Art. 718a Abs. 1 OR, woraus sich ergibt, dass infolge des fortdauernden Liquidationszwecks die Verfügungsberechtigung auf Liquidationshandlungen beschränkt ist.[132] Vorbehalten bleibt die Verwertung von neu entdeckten Aktiven durch die Liquidatoren analog den Regeln von Art. 269 Abs. 1 SchKG. Vorbehalten bleiben auch allfällige Überschüsse gemäss Art. 325 SchKG i.V.m. Art. 260 Abs. 2 SchKG.

Nach Art. 161 Abs. 4 HRegV haben die Liquidatoren dem HR nach Beendigung der Liquidation die Löschung der AG anzumelden, soweit dies nicht bereits das Nachlassgericht gemacht hat,[133] worauf das HR die AG gemäss Art. 161 Abs. 5 HRegV im HR löscht. Es ist allerdings nur so vorzugehen, wenn sämtliche Vermögenswerte der AG vom Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erfasst werden, also nicht ein Fall von Art. 318 Abs. 2 SchKG vorliegt.[134]

Die Löschung der AG im HR hat absolut konstitutive Wirkung.

Kommen nach der Löschung der AG neue Aktiven zum Vorschein, welche von der Vermögensabtretung erfasst, aber nicht liquidiert wurden, so gilt Art. 269 Abs. 1 SchKG analog, wobei anstelle des Konkursamtes die Liquidatoren tätig zu werden haben.[135]

Voraussetzung ist allerdings bei vorgängiger Löschung der AG sowohl bei der Verwertung von nicht abgetretenen Aktiven durch die Organe wie auch bei der Verwertung von (neu entdeckten) Aktiven durch die Liquidatoren die Wiedereintragung der AG analog Art. 164 Abs. 1 lit. d HRegV (auf Antrag primär der Organe bzw. primär der Liquidatoren), womit auch gesagt ist, dass die Liste von Art. 164 Abs. 1 lit. a bis d HRegV nicht abschliessend ist.[136]

Die Wiedereintragung der AG als Voraussetzung für die Verwertung von Aktiven ist m.E. die Konsequenz aus der Tatsache, dass der Schweizer Gesetz- bzw. Verordnungsgeber anders als der deutsche Gesetzgeber bei noch zu verwertenden Aktiven die Lösung der Nichtlöschung bzw. Wiedereintragung der AG gewählt hat.[137]

Entsprechend wäre es de lege ferenda sinnvoll, wenn der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber auch bei der Löschung der AG infolge Schluss des Nachlassverfahrens analog der Regelung bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven in Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV[138] eine Einsprachemöglichkeit gewähren würde, um unnötige Löschungen und Wiedereintragungen zu vermeiden.

3. Widerruf des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung

Das Nachlassgericht kann den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung unter bestimmten Umständen auf Antrag eines Gläubigers widerrufen.[139] Das entsprechende Antragsrecht ist entsprechend den in Art. 313 SchKG erwähnten Regeln von Art. 20, 28 und 29 OR und den dafür vorgesehenen Fristigkeiten geltend zu machen, auf die sich der entsprechende Gläubiger beruft. Ein Widerruf ist auch in analoger Anwendung von Art. 195 SchKG möglich.[140]

Der Widerruf führt zur Eröffnung des Konkurses durch das Nachlassgericht von Amtes wegen,[141] es sei denn, es liege ein Widerruf in analoger Anwendung von Art. 195 SchKG vor, in welchem Fall die AG wieder über ihr Vermögen verfügungsberechtigt ist.[142]

Erfolgte in der Zwischenzeit die Löschung der AG, muss die AG gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. d oder a HRegV im HR wiedereingetragen werden.

VI. Schlussfolgerung

Die Löschung der AG im HR hat damit konstitutive Wirkung, insbesondere auch, wenn die Löschung im Nachgang zu einem Konkurs- oder Nachlassverfahren erfolgt. Das bedingt eine Wiedereintragung der AG im HR, falls nach der Löschung der AG im HR noch Handlungen für die AG vorgenommen werden müssen, wie z.B. die Verwertung von noch vorhandenen Aktiven, oder Verfahren geführt werden müssen, wie z.B. ein Nachkonkurs im Sinne von Art. 269 SchKG.

---

130 Art. 330 Abs. 1 SchKG.
131 KUKO SchKG-Rothenbühler/Wüthrich, Art. 330 N 14; BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 330 N 15.
132 S. III.2.
133 KUKO SchKG-Rothenbühler/Wüthrich, Art. 330 N 16; BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 330 N 16.
134 BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 330 N 17.
135 CR LP-Jeandin, Art. 269 N 14.
136 A.M. Urteil des Bundesgerichts 4A_16/2010 vom 6.4.2010, E. 5.1.2; SHK HRegV-Rüetschi, Art. 164 N 11.
137 S. III.2.
138 S. IV.3.
139 Art. 313 SchKG.
140 Amonn/Walther (FN 77), § 56 N 10.
141 Art. 313 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 309 SchKG.
142 Art. 195 Abs. 1 SchKG.