

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/Droit des sociétés – en général

(4) BGer 4A_75/2017: Unwiderruflichkeit der Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017, *A. GmbH in Liquidation* gegen *Obergericht des Kantons Solothurn*, Unentgeltliche Rechtspflege (zur amtlichen Publikation vorgesehen).



MARKUS VISCHER*



DARIO GALLI**

Unentgeltliche Rechtspflege; Beschwerdeführerin in Liquidation; Frage, ob die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf natürliche Personen beschränkt bleiben soll; Unwiderruflichkeit der Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils; Revision von Art. 731b OR.

I. Sachverhalt und Rechtsweg

Die A. GmbH in Liquidation (Beschwerdeführerin, nachfolgend Gesellschaft) wurde per 1. Dezember 2014 gestützt auf Art. 153b HRegV¹ von Amtes wegen als aufgelöst erklärt, weil die ihr zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands betreffend das Rechtsdomizil angesetzte Frist fruchtlos abgelaufen war. Kurz zuvor hatte die Gesellschaft – nachdem ihr einziger Gesellschafter B. (nachfolgend Gesellschafter) aus der von ihm gemieteten, aber von der Gesellschaft benutzten Werkstatt ausgewiesen worden war – beim Richteramt Solothurn-Lebern eine Schadenersatzklage gegen C. (nachfolgend Vermieter) eingereicht und die unentgeltliche Rechtspflege beantragt. Die gegen die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vom Vermie-

ter erhobene Beschwerde hiess das Obergericht des Kantons Solothurn gut und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab. Nachdem die Gesellschaft den Kostenvorschuss sowie die Parteikostensicherheit bezahlt hatte, wies das Richteramt Solothurn-Lebern die Schadenersatzklage ab. Hiergegen gelangte die Gesellschaft mit Berufung an das Obergericht und reichte erneut ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein, welches abgewiesen wurde. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Gesellschaft unter anderem die rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht rekapitulierte einleitend die Voraussetzungen für die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege und hielt fest, die Regelung sei auf natürliche Personen zugeschnitten. Juristische Personen könnten grundsätzlich keine unentgeltliche Prozessführung beanspruchen, da sie nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet seien. Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege für eine juristische Person könne ausnahmsweise dann bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liege und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos seien. Das Bundesgericht liess offen, ob zusätzlich – wie teilweise in der Lehre gefordert – ein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person ausgewiesen werden müsse. Die unentgeltliche Rechtspflege sei juristischen Personen jedenfalls dann zu verweigern, wenn das Verfahren, für das sie beansprucht werde, deren Weiterexistenz nicht sichere (E. 3, 3.1, 3.3).

Das Bundesgericht stellte fest, die Gesellschaft befände sich in Liquidation. Für die Folgen der Auflösung der GmbH seien die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar (Art. 821a Abs. 1 OR). Danach seien die Befugnisse der Organe einer Gesellschaft auf die für die Durchführung der Liquidation erforderlichen Handlungen beschränkt (Art. 739 Abs. 2 OR). Mit der Auflösung gebe die Gesellschaft die Verfolgung ihrer statutarischen Ziele endgültig auf und ihr einziger Zweck bestehe in der Durchführung der Liquidation (E. 3.4).

Gemäss Art. 778 OR sei die Gesellschaft ins Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie ihren Sitz habe. Als Sitz einzutragen sei der Name der politischen Gemeinde (Art. 117 Abs. 1 HRegV). Ausserdem sei nach Art. 117 Abs. 2 HRegV das Rechtsdomizil gemäss Art. 2 lit. c HRegV einzutragen. Darunter sei die Adresse, unter welcher die Rechtseinheit an ihrem Sitz erreicht werden könne, zu verstehen. Dem Sitz einer juristischen Person komme für die physische Erreichbarkeit und als Anknüpfungspunkt für bestimmte Rechtsfolgen zentrale Bedeutung zu. Der Bun-

* MARKUS VISCHER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

** DARIO GALLI, MLaw, Rechtsanwalt, Doktorand Universität Freiburg i.Ue.

¹ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411).

desrat habe denn auch für den Fall des fehlenden Rechtsdomizils ein Verfahren des Handelsregisteramts vorgesehen, das schliesslich zur Auflösung der juristischen Person führe (Art. 153b Abs. 1 lit. a HRegV). Die Gesellschaft bestreite nicht, dass sie über kein Rechtsdomizil verfüge und von Amtes wegen aufgelöst sei. Die Gesellschaft sei somit gestützt auf Art. 153b HRegV in Liquidation gesetzt (E. 3.5).

Das Bundesgericht erwog, die Gesellschaft habe sich nicht freiwillig aufgelöst. Selbst in diesem Fall wäre wohl ein Rückkommen auf den Auflösungsbeschluss nicht mehr möglich. Die Gesellschaft sei auch nicht wegen Zahlungsunfähigkeit aufgelöst worden, sodass sich die Frage von Sanierungsmassnahmen von vorneherein nicht stelle. Die Gesellschaft sei von Amtes wegen nach Art. 153b HRegV wegen fehlenden Domizils aufgelöst. Die Verfügung des zuständigen Handelsregisteramts sei nach Ablauf der in Art. 153b Abs. 3 HRegV gesetzten Frist unwiderruflich. Für Organisationsmängel gemäss Art. 731b OR sehe das Gesetz – sofern der Mangel nicht behoben werden könne – zwingend die Auflösung durch Konkurs vor. Auf die konkursamtliche Liquidation könne auch dann nicht zurückgekommen werden, wenn sich ein Aktivenüberschuss ergebe beziehungsweise die Gesellschaft nicht überschuldet sei. Bei einem Sitzverlust könne nichts anderes gelten. Für diesen Fall werde in der HRegV ausdrücklich die strenge Folge der Auflösung angeordnet, wenn dieser Mangel nach Ablauf dreier Monate nicht behoben sei. Die Wiederaufnahme der dem ursprünglichen Zweck der Gesellschaft entsprechenden Tätigkeit sei ausgeschlossen. Die Gesellschaft könne daher ihren ursprünglichen statutarischen Zweck auch dann nicht mehr erfüllen, wenn ihr gelingen sollte, im vorliegenden Forderungsstreit gegenüber dem Vermieter zu obsiegen, die Forderung einzutreiben und damit eine allfällig bestehende Überschuldung zu beseitigen oder eine drohende zu verhindern. Da nicht denkbar sei, dass die Gesellschaft mit ihrer ursprünglichen Zwecksetzung weiter existieren könnte, nachdem sie mangels Sitzes definitiv aufgelöst worden sei, könne ihr die unentgeltliche Rechtspflege für die Verwertung allfälliger Aktiven bereits aus diesem Grund nicht erteilt werden. Die Vorinstanz habe der Gesellschaft daher zu Recht die unentgeltliche Rechtspflege verweigert, womit die Beschwerde abzuweisen sei (E. 3.6, 3.7).

III. Bemerkungen

A. Ausgangslage

Das vorliegende zur amtlichen Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts bietet aus zwei Gründen Anlass für eine Besprechung. Einerseits hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Vo-

raussetzungen die unentgeltliche Rechtspflege juristischen Personen zugesprochen werden kann. Dabei hat es seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und diese dahingehend präzisiert (E. 3.3 *in fine*), dass die unentgeltliche Rechtspflege «juristischen Personen, die ansonsten die Ausnahmenvoraussetzungen erfüllen, jedenfalls dann zu verweigern [sei], wenn das Verfahren, für das sie beansprucht [werde], deren Weiterexistenz nicht [sichere]» (E. 3–3.3). Andererseits hat es sich abseits dieser prominenten und umstrittenen Frage erstmals mit dem am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Art. 153b HRegV befasst. Konkret ging es um die Frage, ob die Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlenden Rechtsdomizils tatsächlich unwiderruflich ist (E. 3.4–3.6).

Die nachfolgende Besprechung beschränkt sich auf den Aspekt der Unwiderruflichkeit der Auflösung einer juristischen Person. Da es sich beim fehlenden Rechtsdomizil um einen Organisationsmangel im weiteren Sinne handelt (dazu sogleich III.B.1.), wird zuerst die Beseitigung von Organisationsmängeln im geltenden Recht (III.B.) und anschliessend im revidierten Recht (III.C.) skizziert. Sodann setzen sich die Autoren mit der Kernfrage des Urteils auseinander, ob die gerichtliche oder behördliche Auflösung einer juristischen Person unwiderruflich ist (III.D.). Schliesslich wird ein Fazit gezogen (III.E.).

B. Beseitigung von Organisationsmängeln im geltenden Recht

1. Arten von Organisationsmängeln

Liegt ein Auflösungsgrund gemäss Art. 821 OR vor, wird die GmbH aufgelöst, liquidiert (vergleiche Art. 821a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 738 OR) und schliesslich im Handelsregister gelöscht.² Das Aktienrecht enthält in Art. 736 OR eine identische Bestimmung. Von besonderem Interesse für das zu besprechende Bundesgerichtsurteil ist Art. 821 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Danach wird eine GmbH aufgelöst, wenn es das Gesetz vorsieht (vergleiche Art. 736 Ziff. 5 OR für die AG). Eine Auflösung wird vom Gesetzgeber unter anderem beim Vorliegen von Organisationsmängeln angeordnet.³

Das Schweizer Recht kennt verschiedene Typen von Organisationsmängeln. Zum *Organisationsmangel im engeren Sinne* sind die in Art. 731b OR aufgelisteten Tatbestände zu

² Zur Frage, ob die Löschung einer AG oder GmbH im Handelsregister konstitutiv oder deklaratorisch wirkt, siehe MARKUS VISCHER, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257 ff.

³ BSK OR II-STÄUBLI, Art. 821 N 12, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-VERFASSER).

zählen, welche kraft Verweisung in Art. 819 OR auch für die GmbH gelten. Ein solcher Organisationsmangel im engeren Sinne besteht, wenn (i) der AG oder GmbH ein vorgeschriebenes Organ fehlt, wenn (ii) eines dieser Organe nicht korrekt zusammengesetzt ist oder wenn (iii) ein Organ beschluss- respektive funktionsunfähig ist.⁴ Daneben existieren *Organisationsmängel im weiteren Sinne* (beziehungsweise «organisationsmangelähnliche Konstellationen»⁵), welche durch Spezialnormen geregelt werden. Darunter fallen unter anderem die Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit und Aktiven (Art. 938a OR in Verbindung mit Art. 155 HRegV)⁶ sowie die hier interessierende Gesellschaft ohne Rechtsdomizil (Art. 153 ff. HRegV).⁷

2. Fehlendes Rechtsdomizil im Besonderen

Fehlt einer Rechtseinheit ihr Rechtsdomizil⁸, differenziert die HRegV zwischen zwei Konstellationen. In der ersten Konstellation («gelöschtes Rechtsdomizil») steht mit absoluter Sicherheit fest, dass eine Rechtseinheit ihr Rechtsdomizil eingebüsst hat, weil sie oder deren Domizilhalter die Löschung desselben ohne Neueintragung eines anderen angemeldet hat. In diesem Fall richtet sich das Verfahren nach Art. 153 HRegV. Dieses Verfahren gelangt vor allem zur Anwendung, wenn der Domizilhalter der Rechtseinheit das Domizil kündigt und sogleich selbst den Wegfall des Rechtsdomizils im Handelsregister anmeldet.⁹ In der zweiten Konstellation («angeblich fehlendes Rechtsdomizil») wird dem Handelsregisteramt von einem Dritten (in der Regel durch die Schweizerische Post) zur Kenntnis gebracht, dass eine Rechtseinheit angeblich über kein Rechtsdomizil mehr verfügt (Art. 153a HRegV).¹⁰ Leistet die Rechtseinheit der Aufforderung des Handelsregisteramts betreffend

Bezeichnung oder Bestätigung des Rechtsdomizils (vergleiche Art. 153 oder 153a HRegV) keine Folge, so verfügt es bei juristischen Personen deren Auflösung (Art. 153b Abs. 1 HRegV). Für den Fall, dass innert drei Monaten seit Eintragung der Auflösung der juristischen Person ins Tagesregister das neue Rechtsdomizil rechtskonform zur Eintragung angemeldet wird, kann das Handelsregisteramt die Auflösung widerrufen (Art. 153b Abs. 3 HRegV).

Bereits beim Inkrafttreten von Art. 731b OR am 1. Januar 2008 war das Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und Art. 153 aHRegV (heute Art. 153 bis Art. 153c HRegV) unklar.¹¹ Fraglich war, ob sich das Domizilverlustverfahren stets nach den Bestimmungen der HRegV richtet oder ob das Organisationsmangelverfahren gemäss Art. 731b OR durchlaufen werden kann oder gar muss. Unstrittig ist, dass im geltenden Recht das fehlende Rechtsdomizil keinen Organisationsmangel im engeren Sinne darstellt und folglich Art. 153b HRegV als speziellere Bestimmung Art. 731b OR vorgeht.¹² Dieser Vorrang gilt indes nicht absolut. Verfügt eine Gesellschaft über kein Rechtsdomizil und leidet sie zugleich an einem Organisationsmangel im engeren Sinne, geht nach der herrschenden Lehre das strengere Verfahren gemäss Art. 731b OR jenem von Art. 153b HRegV vor.¹³ Etwas anderes gilt hingegen, wenn eine Gesellschaft über keine Geschäftstätigkeit und Aktiven mehr verfügt und zudem an einem Organisationsmangel im engeren Sinne und/oder an einem fehlenden Rechtsdomizil leidet. In einer solchen Konstellation geht das Verfahren nach Art. 938a in Verbindung mit Art. 155 HRegV jenem von Art. 731b

⁴ Eingehend MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2013, 63 ff.; ANDREAS STEFFEN, Die interne Handlungsunfähigkeit der Aktiengesellschaft, Diss. Basel, Basel 2016, N 588 ff., 597 ff. und 703 ff.

⁵ LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, AJP 2016, 42 ff., 50.

⁶ Einlässlich RINO SIFFERT, Die Löschung von Amtes wegen bei Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven, REPRAX 2017, 84 ff.

⁷ HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 14 N 29.

⁸ Zum Begriff zum Beispiel BGE 100 Ib 455 E. 4. Siehe auch Praxismitteilung EHRA 2/15, REPRAX 3/2015, 30 ff., 31 f.; MANUEL MEYER/TILLA CAVENG, Eigenes Rechtsdomizil nach der Praxismitteilung EHRA 2/15 – Zwei auslegungsbedürftige Begriffe, REPRAX 2017, 1 ff.; ADRIAN TAGMANN/FLORIAN ZIHLER, Sitz, Rechtsdomizil und weitere Adresse – Kritik an einem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 27.3.2012, REPRAX 2/2012, 48 ff., 54 ff.

⁹ MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 529a.

¹⁰ CHRISTIAN CHAMPEAUX, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK HRegV-CHAMPEAUX), Art. 153a N 1.

¹¹ Siehe FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1381.

¹² HGER AG, HSU.2015.86, 6.11.2015, E. 2.1 und 2.2, in: CAN 2016, Nr. 54, 154; SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 164 f.; LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, 1 ff., 10; MÜLLER/MÜLLER (FN 5), AJP 2016, 50 f.; DANIEL S. WEBER, Mängel in der Organisation von Gesellschaften, in: Diego Haunreiter/Philipp Juchli/Christoph Knupp/Marcel Würmli (Hrsg.), Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, 345 ff., 362; MARTIN BAUER, Organisationsmängel in der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2–3/2008, 89 ff., 94; WOLFGANG MÜLLER/THOMAS NIETLISPACH/SILVIA MARGRAF, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK-MÜLLER/NIETLISPACH/MARGRAF), Art. 731b OR N 6; VON DER CRONE (FN 7), § 14 N 30.

¹³ LORANDI (FN 11), AJP 2008, 1381; GWELESSIANI (FN 9), N 531; MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461 ff., 468; Praxismitteilung EHRA 1/09, REPRAX 1/2009, 15 ff., 18 (Ziff. 5).

OR vor.¹⁴ Hervorzuheben ist, dass dies auch im revidierten Recht der Fall sein wird.

C. Beseitigung von Organisationsmängeln im revidierten Recht

1. Vorbemerkung

Die soeben skizzierten Abgrenzungsprobleme bezüglich Art. 153 ff. HRegV und Art. 731b OR (oben III.B.2.) werden sich künftig nicht mehr stellen. Am 17. März 2017 hat die Bundesversammlung die Änderungen des Handelsregisterrechts verabschiedet.¹⁵ Die Referendumsfrist ist am 6. Juli 2017 unbenutzt abgelaufen. Diese Änderungen des OR sowie die Anpassungen der revisionsbedürftigen HRegV dürften voraussichtlich frühestens per Mitte 2018 in Kraft gesetzt werden. Ziel dieser Revision ist es, das Handelsregisterrecht punktuell zu modernisieren.¹⁶ Im Zuge dieser Revision wurde auch Abs. 1 von Art. 731b OR, welcher ursprünglich im Rahmen der grossen Aktienrechtsrevision hätte revidiert werden sollen,¹⁷ leicht modifiziert. Dies zeitigt Auswirkungen auf die künftige Beseitigung von Organisationsmängeln.

2. Revision von Art. 731b OR im Besonderen

a. Zuständigkeit der Gerichte

Im revidierten Recht wird das Fehlen des Rechtsdomizils als Organisationsmangel im engeren Sinne qualifiziert. Der Gesetzgeber ist somit der im Schrifttum vertretenen Ansicht gefolgt, dass das fehlende Rechtsdomizil als Mangel im Sinne von Art. 731b OR anzusehen ist.¹⁸ Art. 731b Abs. 1 revOR lautet wie folgt: «*Verfügt die Gesellschaft nicht über alle vorgeschriebenen Organe, ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt oder hat sie kein Rechtsdomizil an ihrem Sitz mehr, so kann ein Aktionär*

oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen [...]». Neu ist somit ein Gericht und nicht mehr das Handelsregisteramt zur Anordnung von Massnahmen beim fehlenden Rechtsdomizil zuständig (Art. 939 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 731b revOR). Das Handelsregisteramt kann künftig nur noch, sofern es ein fehlendes Rechtsdomizil feststellt, Frist zur Behebung dieses Mangels ansetzen (Art. 939 Abs. 1 revOR). Wird der Mangel nicht innert Frist behoben, überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit an das Gericht (Art. 939 Abs. 2 revOR). Durch den Terminus «überweisen» soll gemäss Botschaft zum Ausdruck gebracht werden, dass das Handelsregisteramt lediglich eine Pflicht erfüllt und ihm somit im gerichtlichen Verfahren – entgegen bisheriger Praxis gewisser Gerichte¹⁹ – keine Parteistellung zukommt (vergleiche auch Art. 154 Abs. 3 Satz 2 HRegV).²⁰

Die Revision von Art. 731b Abs. 1 revOR ist aus vier Gründen begrüssenswert.²¹ Erstens wird durch die Revision ein weiterer wichtiger Schritt zu einem *einheitlichen Organisationsmangelbegriff* gemacht.²² Damit einhergehend findet eine zusätzliche Verschiebung der Zuständigkeit zur Anordnung von Massnahmen bei Organisationsmängeln vom Handelsregisteramt zum Gericht statt.²³ Inskünftig werden dadurch Kompetenzkonflikte zwischen dem OR und der HRegV abnehmen. Zweitens wird die *Wichtigkeit des Rechtsdomizils* unterstrichen, indem es formell auf dieselbe Stufe gestellt wird wie die bereits bisher von Art. 731b OR erfassten Mängel. Das Rechtsdomizil besitzt, wie das Bundesgericht zutreffend ausgeführt hat, im Rechts- und Wirtschaftsverkehr eine wichtige Funktion.²⁴ Ein fehlendes Rechtsdomizil ist mit anderen Worten ein genauso schwerwiegender Mangel wie zum Beispiel ein fehlendes Organ. Drittens wird der *Rechtsschutz* im Domizilverlustverfahren für die betroffenen Gesellschaften verbessert, da bei fruchtloser Nachfristansetzung durch das Handelsregisteramt neu – statt Erlass einer Auflösungsverfügung – ein Gerichtsverfahren mit *Offizialmaxime* durchgeführt wird. Dadurch wird auch dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* Rechnung getragen. Dem Gericht steht nämlich im Gegensatz zum Handelsregisteramt eine breite Palette möglicher Massnahmen zur Verfügung, bevor es die Auflösung der Gesellschaft ausspricht.²⁵ Die Auflösung und Liquidation einer Gesell-

¹⁴ CHK-MÜLLER/NIETLISPACH/MARGRAF (FN 12), Art. 731b OR N 14a *in fine*; LORANDI (FN 11), AJP 2008, 1381; SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 176; GWELESSIANI (FN 9), N 541; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 12), 12; wohl anderer Meinung ADRIAN TAGMANN, Rechtskräftiger Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 20.2.2009, REPRAX 1/2009, 42 ff., 44.

¹⁵ BBl 2017 2433 ff.

¹⁶ Botschaft vom 15. April 2015 zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht), BBl 2015 3617 ff. (zit. Botschaft Handelsregisterrecht), 3618.

¹⁷ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589 ff., 1692.

¹⁸ BAUER (FN 12), 94; WEBER (FN 12), 362; BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER (FN 3), Art. 731b N 29; SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 164; FLORIAN S. JÖRG, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, 257 ff., 270 f.

¹⁹ So auch VON DER CRONE (FN 7), § 14 N 33.

²⁰ Botschaft Handelsregisterrecht (FN 16), 3649.

²¹ Ebenso MÜLLER/MÜLLER (FN 5), AJP 2016, 58.

²² Zur Rechtslage vor Erlass von Art. 731b OR siehe zum Beispiel SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 11 ff.

²³ So auch SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 167.

²⁴ BGer, 4A_75/2017, 22.5.2017, E. 3.5; SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 166 *in fine*.

²⁵ In diesem Sinne auch Botschaft Handelsregisterrecht (FN 16), 3644.

schaft zufolge fehlenden Rechtsdomizils darf künftig gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR – im Gegensatz zum geltenden Recht, wo dies die einzige gesetzlich vorgesehene Massnahme ist – nur *ultima ratio* erfolgen, wenn mildere Massnahmen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 OR) nicht zielführend sind beziehungsweise waren.²⁶ In Zukunft ist unseres Erachtens einer säumigen Gesellschaft eine zusätzliche Frist zur Behebung des Organisationsmangels zu setzen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR), bevor das Gericht deren Auflösung und Liquidation anordnet. Denkbar wäre aber auch eine andere mildere Massnahme wie zum Beispiel das Einsetzen eines Sachwalters bei einer sonst wirtschaftlich intakten Gesellschaft, welcher für einen eng bestimmten Zeitraum die Geschäfte übernimmt und insbesondere ein neues Rechtsdomizil bezeichnet.²⁷ Viertens ist die Revision auch aus *rechtstaatlicher Hinsicht* begrüssenswert. Denn eine solch einschneidende Massnahme wie die Auflösung und Liquidation einer Gesellschaft sollte durch ein Gericht und nicht durch eine Behörde angeordnet werden.

b. Zuständigkeit des Handelsregisteramts

Das Handelsregisteramt ist künftig nur noch in zwei Fällen zur Anordnung von Rechtsfolgen bei Organisationsmängeln beziehungsweise zur Löschung von gewissen Rechteinheiten von Amtes zuständig: einerseits bei Rechteinheiten ohne Geschäftstätigkeit und ohne verwertbare Aktiven (Art. 934 revOR in Verbindung mit Art. 155 HRegV, vergleiche den geltenden Art. 938a OR) und andererseits bei fehlendem Rechtsdomizil von Einzelunternehmen und Zweigniederlassungen (Art. 934a revOR).

Fraglich ist, weshalb das Handelsregisteramt in zwei Konstellationen nach wie vor zur Beseitigung gewisser Organisationsmängel im weiteren Sinne zuständig ist. In der Botschaft wird dies in Bezug auf das fehlende Rechtsdomizil von Einzelunternehmen und Zweigniederlassungen (Art. 934a revOR) wie folgt begründet: Einzelunternehmen und Zweigniederlassungen könnten im Gegensatz zu juristischen Personen beim fehlenden Rechtsdomizil nicht liquidiert, sondern bloss gelöscht werden. Somit sei ein Verfahren nach Art. 731b revOR nicht nötig.²⁸ Ähnlich äussert sich die Lehre betreffend Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven. Da solche Gesellschaften keiner Verwertungshandlungen mehr bedürften, sei eine Liquidation gestützt auf Art. 731b OR nach den Bestimmungen über

den Konkurs nutzlos, da dieser mangels Aktiven sogleich wieder eingestellt werden müsste.²⁹

Die Botschaft und die herrschende Lehre gehen unseres Erachtens von der falschen Prämisse aus, dass die Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister gestützt auf Art. 731b OR nur möglich ist, wenn diese vorgängig nach den Bestimmungen über den Konkurs liquidiert worden ist. Dieser vorherrschenden Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Aufzählung möglicher Massnahmen in Art. 731b Abs. 1 OR ist *nicht abschliessend*. Vielmehr räumt Art. 731b Abs. 1 OR dem Gericht einen Ermessensspielraum ein, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene und verhältnismässige Massnahme – gegebenenfalls auch eine nicht in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1–3 OR erwähnte – treffen zu können.³⁰ Ein Gericht kann folglich die Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister ohne deren vorgängige Liquidation nach den Bestimmungen über den Konkurs im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR anordnen. Anzumerken bleibt, dass unseres Erachtens zweifelhaft ist, ob ein Gericht – trotz des nicht abschliessenden Massnahmenkatalogs von Art. 731b Abs. 1 OR – die Liquidation einer Gesellschaft nach den Regeln von Art. 736 ff. OR anordnen kann.³¹ Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber in Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ausdrücklich die konkursamtliche Liquidation der Gesellschaft anordnet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 731b revOR reformbedürftig ist. Es existiert kein Grund, welcher rechtfertigt, dass das Handelsregisteramt in zwei Konstellationen nach wie vor zur Behebung von Organisationsmängeln im weiteren Sinne zuständig bleibt. Art. 934 und Art. 934a revOR sollten daher aufgehoben und inhaltlich in Art. 731b revOR überführt werden. Diese Anpassungen sind idealerweise in der bevorstehenden Aktienrechtsrevision umzusetzen.

D. Unwiderruflichkeit der Auflösung einer juristischen Person

In BGE 141 III 43 hat das Bundesgericht entschieden, dass ein gestützt auf Art. 731b OR ergangener rechtskräftiger Auflösungsentscheid nicht gemäss Art. 195 SchKG ana-

²⁶ BGE 141 III 43 E. 2.6.

²⁷ Vergleiche STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH, SJZ 2009, 157 ff., 160.

²⁸ Botschaft Handelsregisterrecht (FN 16), 3644.

²⁹ SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 176 f.; TAGMANN (FN 14), 44; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 12), 12; LORANDI (FN 11), AJP 2008, 1381.

³⁰ BGer, 4A_147/2015, 15.7.2015, E. 2.1.3; BÜRGE/GUT (FN 27), 159 f.; SAMUEL LIEBERHERR/MARKUS VISCHER, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, 293 ff., 303; PIERRE-ALAIN RECORDON, Les premiers pas de l'article 731b CO, SZW 2010, 1 ff., 3.

³¹ LORANDI (FN 11), AJP 2008, 1385; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER (FN 12), 19; SCHÖNBÄCHLER (FN 4), 276 f. mit weiteren Hinweisen; anderer Meinung RECORDON (FN 30), 5 und Praxismitteilung EHRA 1/09 (FN 13), 18 (Ziff. 6).

log widerrufen werden könne. Im vorliegenden Urteil hat es dies erneut bestätigt.³² Zudem hat es unseres Erachtens zu Recht im Einklang mit der Lehre entschieden, dass auch eine gestützt auf Art. 153b HRegV angeordnete und in Rechtskraft erwachsene Auflösung einer Gesellschaft zufolge fehlenden Rechtsdomizils nicht widerrufen werden könne (vergleiche E. 3.6).³³

Begründet hat dies das Bundesgericht im Wesentlichen damit, indem es die Rechtsbeständigkeit des Auflösungsentscheids gemäss Art. 153b HRegV demjenigen nach Art. 731b OR gleichgestellt hat. Dadurch hat es bereits im geltenden Recht eine Angleichung dieser zwei Organisationsmängelverfahren erreicht. Dies überzeugt und verdient Zustimmung – insbesondere vor dem Hintergrund der bevorstehenden Revision von Art. 731b OR. Zudem wird durch diese Rechtsprechung die Rechtssicherheit gestärkt, da man sich auf die Unwiderruflichkeit eines Auflösungsentscheids verlassen kann.³⁴ Aufgrund der Bestätigung von BGE 141 III 43 und der Angleichung von Art. 153b HRegV an Art. 731b OR kann unseres Erachtens davon ausgegangen werden, dass Auflösungsbeschlüsse zufolge fehlenden Rechtsdomizils auch im künftigen Recht unwiderruflich sein werden. Die Unwiderruflichkeit des Auflösungsbeschlusses lässt sich ausserdem aus Art. 153b Abs. 3 HRegV *e contrario* herleiten. Der Ordnungsgeber hat nämlich eine bemerkenswerte Ausnahmeregelung erlassen, wonach rechtskräftige Auflösungsbeschlüsse innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft widerrufen werden können. *Ergo* kann daraus geschlossen werden, dass ein Widerruf nach Ablauf dieser Zeitspanne eben gerade nicht mehr möglich sein soll.³⁵

Hingegen ist unseres Erachtens das zweite Argument des Bundesgerichts nicht überzeugend. Das Bundesgericht stellte fest, dass die Gesellschaft von Amtes wegen aufgelöst worden sei und führte unter Hinweis auf BGE 91 I 438³⁶ weiter aus, «[...] selbst in diesem Fall [das heisst bei einer freiwilligen Auflösung] wäre wohl ein Rückkommen auf den Auflösungsbeschluss nicht mehr möglich [...]» (E. 3.6). Dem ist gerade nicht so. Mit BGE 123 III 473 hat das Bundesgericht seine in BGE 91 I 438 begründete Rechtsprechung geändert und entschieden, dass der Widerruf des Auflösungsbeschlusses durch die Generalversammlung so lange zulässig sei, als noch nicht mit der Verteilung

des Gesellschaftsvermögens begonnen wurde.³⁷ Diese Auffassung wird von der herrschenden Lehre geteilt.³⁸ Da ein Widerruf des Auflösungsbeschlusses bei freiwilliger Auflösung unter gewissen Umständen möglich ist, ist das Argument des Bundesgerichts nicht stichhaltig respektive sogar widersprüchlich. Man könnte nämlich argumentieren, dass unter gewissen Voraussetzungen ein Widerruf auch bei einer Zwangsauflösung möglich sein müsse.

E. Fazit

Das Bundesgericht hat mit vorliegendem Urteil die Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR und Art. 153b HRegV einander angeglichen, indem es unter Berufung auf BGE 141 III 43 entschieden hat, dass eine rechtskräftige Auflösungsverfügung des Handelsregisteramts nach Ablauf der in Art. 153b Abs. 3 HRegV festgesetzten Dreimonatsfrist – ebenso wie ein Auflösungsurteil gestützt auf Art. 731b OR – unwiderruflich ist. Dieses Urteil ist jedoch nicht nur für das geltende Recht bedeutsam. Es besitzt vielmehr auch Gültigkeit für künftig ergehende Auflösungsentscheide zufolge fehlenden Rechtsdomizils, auch wenn hierfür gemäss Art. 731b revOR neu ein Gericht zuständig sein wird.

³² So schon BGE 141 V 372 E. 5.2.

³³ SHK HRegV-CHAMPEAUX (FN 10), Art. 153b N 12; GWELESSIANI (FN 9), N 533.

³⁴ In diesem Sinne auch OLIVIER HARI, *Carences dans l'organisation d'une société* (art. 731b CO) et liquidation forcée en application des règles du droit de la faillite, GesKR 2015, 272 ff., 275.

³⁵ Das Bundesgericht hat dies in E. 3.6 angetönt.

³⁶ BGE 91 I 438 E. 5 und 6.

³⁷ Siehe BGE 123 III 473 E. 5c und die Besprechung von PETER FORSTMOSER, *Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft*, SZW 1998, 150 ff.

³⁸ Vergleiche nur WERNER VON STEIGER, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1965*, ZBJV 1967, 113 ff., 122 f. oder PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 17 N 9 mit weiteren Hinweisen.