Dividenden bei der Aktiengesellschaft in Liquidation

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

I. Auslegung von Art. 739 Abs. 2 OR: BGE 123 III 473

Im Leiturteil[1] BGE 123 III 473 entschied das Bundesgericht, dass ein Widerruf des Auflösungsbeschlusses gemäss Art. 736 Ziff. 2 OR so lange zulässig ist, wie noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen worden ist. In diesem Urteil rekapitulierte das Bundesgericht zuerst den anderslautenden Entscheid BGE 91 I 438 und insbesondere die Gründe, warum es darin einen Widerruf des Auflösungsbeschlusses[2] für unzulässig hielt.[3] Es führte weiter aus, dass die Feststellung aus BGE 91 I 438 nicht mehr zutreffe, wonach zur Zulässigkeit des Widerrufs keine überwiegende Lehrmeinung bestehe. Vielmehr gebe es diese nun, was auch die Kritik an BGE 91 I 438 zeige, wonach der Widerruf eines Auflösungsbeschlusses zulässig sei.[4] Massgebend für die Beantwortung dieser Frage sei Art. 739 Abs. 2 OR. Nach dem Wortlaut, auf den bei der Auslegung primär abzustellen sei, würden die Befugnisse der Gesellschaftsorgane nach dem Auflösungsbeschluss in zweifacher Hinsicht beschränkt: Einerseits dürften sie nur noch Handlungen vornehmen, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind; andererseits seien sie dazu nur insoweit befugt, als die Handlungen nicht ihrer Natur nach von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Diese doppelte Beschränkung stellt BGE 91 I 438 in den Vordergrund. Dem Wortlaut von Art. 739 Abs. 2 OR könne auch eine Aussage über das Zusammenwirken von Organen und Liquidatoren sowie deren Kompetenzen entnommen werden: Die Liquidatoren haben nicht über alle zur Durchführung der Liquidation erforderlichen Kompetenzen. Die Organe bleiben zuständig für Handlungen, die nicht ihrer Natur nach von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Diese Regelung nimmt Bezug auf die organisatorische Struktur der Gesellschaft und auf jene Aktivitäten ihrer Organe, welche der Aufrechterhaltung der gesellschaftsrechtlichen Organisation die-

Wird die Aktiengesellschaft durch einen Beschluss der Generalversammlung aufgelöst, behält sie trotz Liquidation die juristische Persönlichkeit und führt ihre bisherige Firma weiter, neu jedoch mit dem Zusatz «in Liquidation». Die Befugnisse der Organe der Aktiengesellschaft werden mit dem Eintritt in das Liquidationsstadium auf jene Handlungen beschränkt, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind, ihrer Natur nach jedoch nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Da der Generalversammlung die unübertragbare Befugnis zukommt, über die Verwendung des Bilanzgewinnes zu entscheiden, insbesondere die Dividende und Tantieme festzusetzen, stellt sich die Frage, ob sie dies auch noch nach dem Auflösungsbeschluss darf.

Lorsqu'une société anonyme est dissoute par décision de l'assemblée générale des actionnaires, elle conserve sa personnalité juridique et sa raison de commerce malgré la procédure de liquidation; on lui ajoute toutefois la mention «en liquidation». Dès le début de la liquidation, les pouvoirs des organes de la société anonyme se limitent aux actions nécessaires pour procéder à la liquidation, et qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées par les liquidateurs. Comme l'assemblée générale dispose du pouvoir incessible de décider de l'affectation du bénéfice au bilan, notamment de fixer les dividendes et les tantièmes, la question se pose de savoir si elle peut continuer à le faire après la décision de liquidation. ***P.P.***

[1] So *Peter Nobel*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017, § 4 N 301 ff.

[2] Im Aktienrecht, und, aufgrund von Art. 913 Abs. 1 OR, auch im Genossenschaftsrecht, weil BGE 91 I 438 eine Genossenschaft betraf.

[3] BGE 123 III 473 E. 2.

[4] BGE 123 III 473 E. 3.

nen. Die Generalversammlung bleibt im Liquidationsstadium oberstes Organ der Gesellschaft. Auch die Revisionsstelle behalte während der Liquidation ihre Aufgaben.

Wesentliche Auswirkungen hat Art. 739 Abs. 2 OR auf die Stellung des Verwaltungsrats, und zwar v.a. dann, wenn die Liquidation nicht durch ihn, sondern durch Liquidatoren besorgt wird. Das ändert jedoch nichts am Prinzip, dass der Auflösungsbeschluss und der anschliessende Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium deren Grundstruktur nicht verändert. Sie behält gemäss Art. 739 Abs. 1 OR ihre juristische Persönlichkeit und ist mit der Gesellschaft vor dem Liquidationsstadium identisch.[5] Zudem bleiben die Befugnisse der Organe – abgesehen vom Sonderfall des nicht liquidierenden Verwaltungsrats – grundsätzlich erhalten und würden lediglich an die neue Aufgabe angepasst. Das gilt v.a. für die Generalversammlung und die Revisionsstelle, worauf bereits der Wortlaut von Art. 739 Abs. 2 OR hindeutet. Die Kernfrage, ob die Generalversammlung auf den Auflösungsbeschluss zurückkommen könne, lässt sich mittels des Wortlauts nicht eindeutig beantworten, weshalb weitere Auslegungselemente heranzuziehen sind.[6]

Anschliessend fasste das Bundesgericht als Zwischenergebnis zusammen, dass eine lockerere Zweckbindung der Handlungen der Gesellschaftsorgane an das Liquidationserfordernis bestehe, als es der Wortlaut von Art. 739 Abs. 2 OR vermuten lasse. Das gelte namentlich für die Generalversammlung. Ob indes die Bestimmung von Art. 739 Abs. 2 OR bloss zur Kompetenzabgrenzung zwischen den Liquidatoren und der Generalversammlung diene, müsse die teleologische Auslegung beantworten. Die Aktionäre sind in erster Linie an einem optimalen Liquidationserlös interessiert. Sie können zur Förderung dieses Zieles auf die Gestaltung des Liquidationsverfahrens einwirken, indem sie die Liquidatoren wählen oder nötigenfalls abberufen (Art. 741 Abs. 1 OR). Nach Art. 743 Abs. 4 OR entscheiden sie zudem darüber, ob die Liquidatoren Aktiven freihändig verkaufen dürfen. Es könnte aber auch in ihrem Interesse liegen, dass der Betrieb im Liquidationsstadium so lange weitergeführt wird, bis sich für das Unternehmen ein Käufer findet. Bei veränderten Verhältnissen könnten die Aktionäre daran interessiert sein, auf den Auflösungsbeschluss zurückzukommen und den Zustand vor Auflösung der Gesellschaft wiederherzustellen. Das ist ein mit der Änderung des Gesellschaftszwecks vergleichbarer Vorgang, welcher in die alleinige Kompetenz der Generalversammlung fällt (s. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Dieses Recht gründet in der Stellung der Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft (Art. 698 Abs. 1 OR) und ist letztlich Ausfluss des Prinzips der Körperschaftsautonomie, eines Fundaments des Gesellschaftsrechts.

Die gesetzliche Ausgestaltung des Liquidationsverfahrens ist weitgehend davon geprägt, die Interessen der Gläubiger zu sichern. Vornehmlich oder ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen die Vorschriften über die Verpflichtung zur Bilanzerrichtung (Art. 742 Abs. 1 OR) und zum Schuldenruf (Art. 742 Abs. 2 OR), über die Verwertung der Aktiven und Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten (Art. 743 Abs. 1 OR), über die gerichtliche Sicherstellung (Art. 744 OR) und insbesondere über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter den Aktionären (Art. 745 OR). Denn das Gesellschaftsvermögen darf erst an die Aktionäre verteilt werden, wenn alle Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Darin liegt ein Ersatz für die durch die Liquidation bzw. die Vermögensverteilung weggefallene Garantie für die Erhaltung des Haftungssubstrats der unaufgelösten Gesellschaft. Dieses kann den Gläubigern durch die werbende Gesellschaft insofern nicht entzogen werden, als ihr Rückzahlungen des Grundkapitals an die Aktionäre nach Art. 680 Abs. 2 OR verboten sind. Tritt die Gesellschaft in Liquidation, fällt dieses Verbot dahin. An seine Stelle tritt die Verpflichtung zur Ersatzsicherheit für die Gläubiger. Diese kann die Gesellschaft nur so lange stellen, als sie noch über das unverteilte Vermögen verfügt. Nach dessen Verteilung darf sie nicht mehr unternehmerisch tätig sein.

Aus dieser Regelung ergibt sich eine unterschiedliche Interessenlage der Gesellschaftsgläubiger, je nachdem, ob ihre Forderungen bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses bestanden oder erst nach dem Widerruf begründet wurden. Im ersten Fall sei laut Bundesgericht der Gläubigerschutz im Liquidationsverfahren gewährleistet. Ein Widerruf berührt daher die Interessen dieser Gläubiger nicht, da sie in diesem Stadium von der Gesellschaft befriedigt oder ihre Forderungen sichergestellt worden sein müssen. Anders verhalte es sich dagegen im zweiten Fall: Wer nach dem Widerruf des Auflösungsbeschlusses Gläubiger der Gesellschaft wird, könne sich nur an das noch vorhandene Haftungssubstrat halten. Er werde daher ein vitales Interesse daran haben, dass das Ge-

[5] S.a. *Wolfhart F. Bürgi/Ursula Nordmann-Zimmermann*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft, b/3: Art. 739–771, Zürich 1979 (zit. ZK-*Bürgi/Nordmann*), Art. 739 OR N 5, zur früher umstrittenen Frage der Identität der «Erwerbsgesellschaft» und der «Liquidationsgesellschaft»; s. schon BGE 16336 E. 7 und BGE 17319 E. 6 mit der Ablehnung der These der rechtlichen Verschiedenheit der «Erwerbsgesellschaft» und der «Liquidationsgesellschaft»; so deutlich auch BGE 53 III 54 E. 1; BGE 39 II 69 E. 3.

[6] BGE 123 III 473 E. 4.

sellschaftsvermögen in der dem Widerruf vorangegangenen Liquidationsphase nicht verteilt wird. Mit einer Verteilung in dieser Zwischenphase entstünde eine Lücke im Gläubigerschutz, der entweder auf dem Haftungssubstrat der unaufgelösten Gesellschaft oder auf der Verpflichtung zur Ersatzsicherheit in der aufgelösten Gesellschaft beruht. Weil der Gesetzgeber einen lückenlosen Gläubigerschutz vorgesehen hat und dieser nur gewährleistet ist, wenn die Liquidation nach der Verteilung abgeschlossen wird, läuft ein nach begonnener Verteilung gefasster Widerrufsbeschluss auf eine Umgehung dieser Bestimmung hinaus. Zudem kann man auf diese Weise das Verbot der Kapitalrückzahlung an die Aktionäre umgehen. Demnach führe die Auslegung von Art. 739 Abs. 2 OR nach Wortlaut, Systematik und teleologischen Gesichtspunkten zum Ergebnis, dass der Widerruf des Auflösungsbeschlusses durch die Generalversammlung so lange zulässig ist, als noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen wurde.[7]

II. Rezeption von BGE 123 III 473

Die Lehre übernahm BGE 123 III 473 in Bezug auf den Leitsatz mehr oder weniger kritiklos.[8] Dies umso mehr, als BGE 123 III 473 in späteren Bundesgerichtsurteilen bestätigt wurde.[9] Wie *Max Kummer* bezüglich BGE 95 II 555 (einem anderen Leitentscheid des Bundesgerichts zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung) in Umformulierung der Parömie «Roma locuta, causa finita»[10] festhielt, verhält es sich auch bezüglich BGE 123 III 473: «Das Streitgespräch ist tot; der Rest ist nur noch platonische Manöverkritik. Solches vermag ein Urteil.»[11] Weniger beachtet wurden in der Lehre dagegen die grundsätzlichen Ausführungen des Bundesgerichts zu Art. 739 Abs. 2 OR und der Rolle der Generalversammlung nach einem Auflösungsbeschluss.[12]

III. Würdigung von BGE 123 III 473

BGE 123 III 473 ist im Hinblick auf die darin enthaltenen grundsätzlichen Ausführungen zu Art. 739 Abs. 2 OR und der Rolle der Generalversammlung vollumfänglich zuzustimmen. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht, dass Art. 739 Abs. 2 OR primär die Kompetenzabgrenzung zwischen dem nicht liquidierenden Verwaltungsrat und den Liquidatoren anvisiere und eine viel lockerere Zweckbindung der Handlungen der Gesellschaftsorgane an das Liquidationserfordernis bestehe, als es sein Wortlaut vermuten lasse.[13] Zu Recht hält das Bundesgericht deshalb fest, dass es in der Liquidationsphase durchaus zulässig sei, den Betrieb der aufgelösten Gesellschaft so lange weiterzuführen, bis sich für das Unternehmen

[7] BGE 123 II 473 E. 5.

[8] Z.B. *Harald Bärtschi*, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi, Gesellschaftsrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 345; *Nicolas Rouiller/Marc Bauen/Robert Bernet/Colette Lasserre Rouiller*, La société anonyme suisse, 2. A., Genf/Basel/Zürich 2017, N 626; *Christoph Stäubli*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-*Stäubli*), Art. 736 N 6; skeptisch wohl *Rolf Bär*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, veröffentlicht im Band 126 – Handels- und Immaterialgüterrecht, ZBJV 2001 586: «Entscheid ... zu einer atypischen Situation»; schon *Rolf Bär*, die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997 – Handels- und Immaterialgüterrecht, ZBJV 1998 772 f.

[9] BGer 5A_297/2012 vom 10.7.2012 E. 4.1.2; BGer 5P.265/2002 vom 28.10.2002 E. 2.3.2; BGE 126 III 283 E. 3c aa; s. aber auch BGE 143 I 328 E. 3.6, wo BGE 91 I 438 bestätigt und BGE 123 III 473 nicht erwähnt wird; zu diesem «Lapsus» *Markus Vischer/Dario Galli*, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht – allgemein, (4) BGer 4A_75/2017: Unwiderruflichkeit der Auflösung einer juristischen Person zufolge fehlendem Rechtsdomizils, AJP 2017 1146.

[10] Zum Wert von lateinischen Parömien im Allgemeinen *Ernst A. Kramer*, Lateinische Parömien zur Methode der Rechtsanwendung, in: Francis Cagianut/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn, Bern/Stuttgart/Wien 1995, 141 ff., mit der Konklusion: «Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem».

[11] *Max Kummer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1969, Handelsrecht und Immaterialgüterrecht, ZBJV 1971 222; zu BGE 95 II 555 bzw. zum statutarisch vorgesehenen Stichentscheid des Vorsitzenden in der GV u.a. *Andreas Schneuwly/Meinrad Vetter*, Der Stichentscheid des Vorsitzenden der Generalversammlung ist unzulässig, GesKR 2017 266 ff.; *Markus Vischer*, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht – allgemein, Aktienrecht, (2) BGer 4A_579/2016: Stich- und Losentscheid in der Generalversammlung, AJP 2017 685 ff.; *Markus Vischer*, Zur Zulässigkeit des statutarisch vorgesehenen Stichentscheids des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, GesKR 2017 81 ff.

[12] Gleicher Meinung *Rainer Riek*, Das Liquidationsstadium bei der AG, Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung und der Pflichten des Liquidators sowie der Fortführung der Gesellschaft, Zürich 2003, 42.

[13] BGE 123 III 473 E. 5 Ingress.

ein Käufer findet.[14] Entsprechend verdrängt der in Art. 739 Abs. 2 OR angesprochene Liquidationszweck keineswegs den vorher bestehenden Gesellschaftszweck.[15] Vielmehr bringt das Liquidationserfordernis einen anderen Fokus in die Geschäftsausrichtung. Er betrifft mit den Worten von *Riek* das Wie, den Inhalt der Tätigkeit, nicht das Was, das eigentliche Ziel.[16] Dieses bleibt – vom Sonderfall der nicht gewinnstrebigen Gesellschaft abgesehen – die Gewinnstrebigkeit,[17] ist jetzt aber primär auf einen möglichst hohen Liquidationsgewinn gerichtet.[18] Der Weg dorthin muss nicht linear sein und schliesst zwischenzeitliche Fortführungshandlungen nicht aus.

Aus dem in diesem Sinn verstandenen Liquidationszweck von Art. 739 Abs. 2 OR ergeben sich deshalb nur wenige Einschränkungen der Kompetenzen der Gesellschaftsorgane. Das gilt, wie das Bundesgericht richtigerweise betont, insbesondere auch für die Generalversammlung, die ihre Kompetenzen mehr oder weniger unverändert behält.[19] Es erstaunt deshalb nicht, dass das Bundesgericht zum Schluss kommt, die Generalversammlung könne einen Auflösungsbeschluss widerrufen.[20] Das ist keine Auslegung von Art. 739 Abs. 2 OR contra verba legis,[21] sondern eine mit dem richtigen Verständnis des von Art. 739 Abs. 2 OR angesprochenen Liquidationszweckes.

Das Bundesgericht biegt in BGE 123 III 473 am Schluss trotzdem falsch ab, wenn es die Auffassung vertritt, ein Widerruf sei nur bis zur Verteilung des Vermögens an die Aktionäre zulässig. Die Begründung, welche es im Gläubigerschutz sieht, überzeugt nicht,[22] denn der Schutz der Gläubiger, deren Forderungen nach einem im Anschluss an die begonnene Verteilung erfolgten Widerruf entstanden sind, rechtfertigt kein Verbot des Widerrufs nach begonnener Verteilung. Auch diese haben keinen Anspruch auf ein früher vorhandenes Haftungssubstrat, sondern immer nur auf das Haftungssubstrat im Zeitpunkt der Begründung der Forderung bzw. auf die Einhaltung der dieses Haftungssubstrat schützenden Normen.[23] Dies gilt im Übrigen für alle Gläubiger in jedem Stadium der Gesellschaft und insbesondere, wie das Bundesgericht erkennt,[24] auch für jene im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses. Wurde also in der Liquidation im Einklang mit den Vorschriften des Liquidationsverfahrens bereits Vermögen verteilt, so haben die später dazukommenden Gläubiger dies hinzunehmen. Gläubiger einer «werbenden» Gesellschaft und Gläubiger im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses müssen auch akzeptieren, dass die Gesellschaft vor Entstehung ihrer Forderungen eventuell einmal mehr Haftungssubstrat hatte. Im Übrigen beeinträchtigen nicht nur die Verteilung des Vermögens, sondern auch die Liquidationskosten früher vorhandenes Haftungssubstrat, sodass die bundesgerichtliche Regel, die nur auf die Verteilung des Vermögens abstellt, so oder so nicht zielführend ist.[25]

Gläubiger haben es auch hinzunehmen, dass die Gesellschaft in Zukunft einmal weniger Haftungssubstrat als im Zeitpunkt der Begründung der Gläubigerstellung haben wird, wenn die Gesellschaft in der Zwischenzeit die relevanten Gläubigerschutzvorschriften einhält. Für alle, deren Forderungen nach einem im Anschluss an die begonnene Verteilung erfolgten Widerruf entstanden sind, bedeutet dies v.a. die Einhaltung von Art. 745 Abs. 1 OR, wonach kein Haftungssubstrat an die Aktionäre abfliessen darf, bevor sie befriedigt oder ihre Forderungen sichergestellt sind.[26] Dieses Sicherstellungsrecht gilt für die Gesellschaft in analoger Anwendung von Art. 744 OR, auch wenn die hier zur Diskussion stehenden Gläubiger keinen Sicherstellungsanspruch nach Art. 744 OR haben, da über einen solchen nur die im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses bestehenden Gläubiger verfügen.[27]

Es ist zudem nicht so, dass die nach dem Auflösungsbeschluss bzw. dessen Widerruf hinzukommenden Gläubiger über die relevanten Gläubigerschutzvorschriften (insbesondre Art. 745 OR) hinaus einen besonderen Schutz verdienen.

[14] BGE 123 III 473 E. 5a; so schon *Fritz von Steiger*, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. A., Zürich 1970, 340; s.a. Art. 743 Abs. 3 OR bezüglich Eingehung neuer Geschäfte, soweit dies erforderlich ist, und die damit eröffnete Möglichkeit der mindestens temporären Fortführung des Betriebs; zu Letzterem z.B. *Riek* (Fn. 12) 42.

[15] *Rainer Riek*, Gewinnoptimierung und Liquidation bei der AG, Zulässige Massnahmen während der Liquidation, ST 2004 856; *Riek* (Fn. 12) 16 f.

[16] *Riek* (Fn. 15) ST 2004 855.

[17] Art. 760 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

[18] *Riek* (Fn. 15) ST 2004 856; *Riek* (Fn. 12) 15.

[19] BGE 123 III 473 E. 5 Ingress; s. schon *Werner von Steiger*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1965, Handelsrecht – Internationales Privatrecht, ZBJV 1967 122 f., wonach Art. 739 Abs. 2 OR keine umfassende und abschliessende Zuständigkeitsordnung der GV beinhaltet.

[20] BGE 123 III 473 E. 5a.

[21] So aber *Matthias Kuster*, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 18.7.1997 (4A.6/1995), ST. C. Departement des Innern des Kantons Aargau, Verwaltungsgerichtsbeschwerde, AJP 1998 617 f.

[22] BGE 123 III 473 E. 5b.

[23] Gl.M. *Luca Dalla Torre*, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Bern 2007, 42, Fn. 194.

[24] BGE 123 III 473 E. 5b.

[25] So richtig *Bär* (Fn. 8) ZBJV 1998 772 f.; s. auch *Bär* (Fn. 8) ZBJV 2001 586.

[26] S. aber auch V.

[27] S. *Markus Vischer/Alice Vorburger*, Sicherstellung von Kapitalherabsetzung und Liquidation, SZW 2019 272.

Denn sie wissen um Beschluss bzw. Widerruf. Entgegen der Meinung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre ist die Handelsregistereintragung des Auflösungsbeschlusses nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv.[28] Gleiches gilt für die Eintragung der Gründung und der Löschung der Gesellschaft, der Kapitalerhöhung und der Kapitalherabsetzung und sämtlicher Umstrukturierungsbeschlüsse nach dem FusG.[29] Es gibt keinen Grund, in Bezug auf den Auflösungsbeschluss eine Ausnahme zu machen und seine Wirksamkeit im internen sowie im externen Verhältnis nicht mit der Handelsregistereintragung gemäss Art. 932 OR eintreten zu lassen.

Es trifft zudem entgegen dem Bundesgericht[30] nicht zu, dass Art. 680 Abs. 2 OR im Liquidationsverfahren nicht mehr gilt.[31] Das ergibt sich schon daraus, dass die Vorgängernorm von Art. 680 Abs. 2 OR, nämlich Art. 629 Abs. 3 aOR, sich ausdrücklich auf die Zeit vor und nach der Auflösung bezieht.[32] Nachdem Art. 680 Abs. 2 OR keinen anderen Gehalt als Art. 678 OR hat,[33] sind sie vielmehr auch im Liquidationsverfahren anwendbar.[34] Nur sind Abflüsse an die Aktionäre im Einklang mit den Liquidationsvorschriften, insbesondere Art. 745 OR, nicht ungerechtfertigt i.S.v. Art. 678 OR (und Art. 680 Abs. 2 OR).[35]

Es gibt deshalb entgegen dem Bundesgericht[36] keine Lücke im Gläubigerschutz, die einen Widerruf eines Auflösungsbeschlusses nur bis zur Verteilung des Vermögens erlauben würde.[37] Er ist in jedem Stadium des Liquidationsverfahrens zulässig. Daran ändert auch das Recht des Aktionärs «auf einen verhältnismässigen Anteil am Ergebnis der Liquidation» nichts (Art. 660 Abs. 2 OR), das sich vor der Verteilung in ein Gläubigerrecht wandelt.[38] Denn ein Widerruf greift nicht in dieses Gläubigerrecht ein, weshalb erfolgte Leistungen nicht rück-

[28] *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 17 N 7; a.M. z.B. BGE 91 I 438 E. 5a; BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 738 N 2; *Katharina Rüdlinger*, Widerruf des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, Reprax 2000 52; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 55 N 177; *Robert Heberlein*, Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation, Zürich 1969, 12.

[29] *Markus Vischer*, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, Ein Nachtrag zur due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2019 295 f.; s. insb. auch *Markus Vischer*, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015 257 ff., zur konstitutiven Wirkung der Eintragung der Löschung der AG; zur Ausnahme beim bedingten Kapital Art. 653e Abs. 3 OR.

[30] BGE 123 III 473 E. 5b.

[31] Gleicher Meinung wie das Bundesgericht z.B. *Andreas C. Albrecht*, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 5 N 6

[32] Zu Art. 629 aOR N 1 ff. z.B. *Gottlieb Bachmann*, in: Gottlieb Bachmann/Fritz Goetzinger/Ludwig Siegmund/Heinrich Zeller (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, Titel 23 bis Schluss mit leicht fasslichen Erläuterungen, erste Auflage, zugleich vierte Auflage des einbändigen Kommentars von Albert Schneider/Heinrich Fick (Hrsg.), Zürich 1915 (zit. *Bachmann*), Art. 629 aOR N 1 ff.

[33] *Markus Vischer*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK OR-*Vischer*), Art. 680 OR N 12, auch N 16 bezüglich (Nicht-) Wiederaufleben der Liberierungspflicht; *Urs Kägi*, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012, 185 ff., 403 ff.

[34] Z.B. Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG 150193 vom 9.3.2018 E. 2.3; *Jean-Luc Chenaux/Alexandre Gachet*, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rito Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, 2. A., Basel 2017, Art. 678 N 25 f.; *François Rayroux*, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rito Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, 2. A., Basel 2017 (zit. CR CO II-*Rayroux*), Art. 745 N 13; *Hans-Ueli Vogt*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016, Art. 678 N 10; OFK OR-*Vischer* (Fn. 33) Art. 678 OR N 8; *Kägi* (Fn. 33) 419, s. aber auch 249 f.; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 74 f.; a.M. z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 56 N 135 ff.; ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 745 OR N 19 ff.; *Emil Schucany*, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. A., Zürich 1960, Art. 678 OR N 4; *Emil Schucany*, Die Rückerstattung ungerechtfertigterweise bezogener Liquidationsanteile nach Aktienrecht, SAG 1945/1946 71.

[35] S.a. *Matthias Courvoisier*, in: Willi Fischer/Heike Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, § 90 N 90.6, zur interessanten Frage, ob Art. 678 OR anwendbar ist, wenn nach der Verteilung des Vermögens gemäss Art. 745 OR noch Schulden auftauchen.

[36] BGE 123 III 473 E. 5b.

[37] Teilweise gleicher Meinung *Werner von Steiger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil c, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965 (zit. ZK-*von Steiger*), Art. 820 OR N 33 f. bezüglich GmbH; teilweise gleicher Meinung *Arnold Janggen/Hermann Becker*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, XXVII. Titel, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bern 1939, Art. 820 OR N 6 ff., bezüglich GmbH; ähnlich *Robert Goldschmidt*, Grundfragen des neuen schweizer. Aktienrechts, St. Gallen 1937, 63, bezüglich AG; teilweise gleicher Meinung auch *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel*, Orell Füssli Kommentar, FusG Kommentar, 3. A., Zürich 2017 (zit. OFK FusG-*Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel*), Art. 5 N 5, 8, und *Peter Staehelin*, Die Rückgründung aufgelöster Gesellschaften oder Genossenschaften, BJM 1973 224, 226, wonach ein Widerruf immerhin bis zur Verteilung des gebundenen Vermögens zulässig ist; s. auch *Heberlein* (Fn. 28) 14 ff., welcher bei einem Widerruf keine Gläubigerinteressen gefährdet sieht, einen Widerruf mit dem Argument der «Verkehrssicherheit» aber trotzdem nur bis zur Verteilung des Vermögens zulassen will.

[38] Zu dieser Umwandlung im Allgemeinen z.B. BGer 2P.75/2002 vom 23.1.2003 E. 3.1; *Kägi* (Fn. 33) 189; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 67.

forderbar sind.[39] Er greift auch nicht in das zuvor bestehende allgemeine Recht auf das Ergebnis der Liquidation ein.[40] Genauso wenig wie die Aktionäre (und Gläubiger) ein Recht auf Nichtauflösung der Gesellschaft haben,[41] haben sie ein Recht auf Auflösung.

Art. 64 Abs. 2 lit. b HRegV ist somit gesetzeswidrig und darf deshalb von den Handelsregisterbehörden und den Gerichten nicht mehr angewandt werden.[42]

Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein Widerruf selbst dann möglich, wenn bereits so viel Vermögen verteilt wurde, dass die Gesellschaft unterkapitalisiert oder sogar überschuldet ist.[43] Diesem Fall ist mit Art. 725 OR (und Art. 754 OR) zu begegnen,[44] nicht mit einem Verbot des Widerrufs des Auflösungsbeschlusses.[45] Zumal sind Gesellschaften ohne Vermögen oder mit wenig Vermögen per se nicht rechtswidrig.[46] Es verhält sich beim Eigenkapitalschutz nicht anders als bei der Wiedereintragung einer Gesellschaft gemäss Art. 164 HRegV.[47] Auch hier muss die Gesellschaft weder unterkapitalisiert noch überschuldet sein.[48] Zudem braucht die Gesellschaft für den Widerruf nicht wieder eine Geschäftstätigkeit aufzunehmen, weil eine Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit nicht per se rechtswidrig ist.[49]

Das Problem des Widerrufs eines Auflösungsbeschlusses wird vielfach unter dem Stichwort Rückgründung der Gesellschaft abgehandelt.[50] Eine solche liegt aber beim Widerruf eines Auflösungsbeschlusses nicht vor. Denn wie gesagt verliert die Gesellschaft durch den Auflösungsbeschluss nicht ihre Rechtspersönlichkeit. Vielmehr tritt sie unter deren Beibehaltung lediglich ins Liquidationsstadium. Die Gründungsvorschriften und damit insbesondere jene über das Mindestkapital (Art. 621 OR) und über den Mindestausgabebetrag (Art. 624 OR) finden beim Widerruf des Auflösungsbeschlusses deshalb keine Anwendung, auch nicht bezüglich Quorum für den Widerrufsbeschluss.[51] Eine Rückgründung liegt selbst dann nicht vor, wenn der Widerruf nach Verteilung des Vermögens erfolgt, weil die Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit nicht mit der Verteilung des Vermögens verliert, sondern mit der Löschung im Handelsregister.[52]

An diesem Auslegungsresultat ändert Art. 5 FusG nichts. Er enthält eine doppelte Einschränkung der Fusionsfähigkeit von Gesellschaften in Liquidation: Einerseits dürfen Gesellschaften in Liquidation als übernehmende Gesellschaften keine Fusion durchführen; andererseits dürfen Gesellschaften in Liquidation nach der Verteilung des Vermögens sich als übertragende Gesellschaften nicht mehr an einer Fusion beteiligen.[53] Der Gesetzgeber stützt die erste Einschränkung auf

[39] Gleicher Meinung *Walter René Schluep*, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zürich/St. Gallen 1955, 76; *Goldschmidt* (Fn. 37) 62.

[40] Gleicher Meinung *Schluep* (Fn. 39) 74: «Das wohlerworbene Recht des Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn schliesst keinen Anspruch auf Durchführung der beschlossenen Liquidation in sich.»; *Goldschmidt* (Fn. 37) 61.

[41] So schon *Bachmann* (Fn. 32) Art. 664 aOR N 2b.

[42] Zu einem Anwendungsfall einer akzessorischen Normenkontrolle in Bezug auf eine Bestimmung der HRegV s. BGE 137 III 217, mit welchem Entscheid das Bundesgericht einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8.9.2010 (VB.2010.00290) aufhob, welches Art. 165 Abs. 2 HRegV als gesetzeswidrig erklärte; s. auch *Thomas Weibel/Conradin Cramer*, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 102 N 6.

[43] A.M. OFK FusG-*Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 37) Art. 5 N 5, 8; *Staehelin* (Fn. 37) BJM 1973 226.

[44] S. auch *Bär* (Fn. 8) ZBJV 1998 773; schon ZK-*von Steiger* (Fn. 37) Art. 820 OR N 34 bezüglich GmbH.

[45] S. auch Art. 743 Abs. 2 OR mit der nochmals explizit festgehaltenen Pflicht der Liquidatoren, bei Überschuldung den Richter zu benachrichtigen.

[46] *Markus Vischer*, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013 566 f.; s. aber auch ZK-*von Steiger* (Fn. 37) Art. 820 OR N 34 bezüglich GmbH.

[47] Inskünftig Art. 935 nOR, s. BBl 2017 2433, 2437.

[48] S. aber *Rino Siffert/Florian Zihler*, Handelsregisterrecht – Entwicklungen 2011, Bern 2012, 116, welche der Auffassung sind, der Wiedereintragungsrichter müsse summarisch überprüfen, ob die wieder einzutragende Rechtseinheit überschuldet sei, und bei einer Überschuldung die Unterlagen «zur Durchsetzung von Art. 725 Abs. 2 OR» an diese weiterleiten, wofür aber keine gesetzliche Grundlage besteht.

[49] *Vischer* (Fn. 46) AJP 2013 564 f.

[50] Z.B. BGE 123 III 473 E. 2; BGE 91 II 438 E. 5 Ingress, 5d; *Matthias Kuster*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 736 OR N 3; *Oliver Triebold*, in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3. A., Zürich/Basel/Bern 2016 (zit. CHK-*Triebold*), Art. 5 FusG N 2; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 9; *Pierre André Lugon*, in: Registergilde (Hrsg.), Jahrbuch des Handelsregisters, Bern 2005, 91 f.; *Riek* (Fn. 12) 20; *Staehelin* (Fn. 37) BJM 1973 217 ff.; s. bereits Fn. 5 zur früher umstrittenen Frage der Identität der «Erwerbsgesellschaft» und der «Liquidationsgesellschaft».

[51] *Peter Forstmoser*, Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, SZW 1998 155; s.a. mit anderer Ansicht bezüglich Quorum *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 9.

[52] S. schon bei Fn. 29.

[53] Zu dieser doppelten Einschränkung z.B. OFK FusG-*Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 37) Art. 5 N 1.

Art. 739 Abs. 2 OR.[54] Damit verkennt er BGE 123 III 473 und die darin enthaltenen grundsätzlichen Ausführungen zu Art. 739 Abs. 2 OR und gerade zur Rolle der Generalversammlung nach einem Auflösungsbeschluss, womit er in guter Gesellschaft ist.[55] Der Gesetzgeber ist auch widersprüchlich, lässt er doch bei einer Gesellschaft in Liquidation trotz Art. 739 Abs. 2 OR einen Liquidationsbeschluss zu, wenn diese die übertragende Gesellschaft ist. Es ist deshalb nicht so, dass eine Gesellschaft in Liquidation als übernehmende Gesellschaft keine Fusion mehr sollte beschliessen können.[56] Bezüglich der zweiten Einschränkung folgt der Gesetzgeber BGE 123 III 473.[57] Entgegen der Botschaft beinhaltet die Fusion mit einer übertragenden Gesellschaft in Liquidation aber keinen faktischen Widerruf, sondern höchstens eine faktische Änderung des Auflösungsbeschlusses. Denn die Gesellschaft wird trotzdem aufgelöst, wenn auch nicht nach einer ordentlichen Liquidation, sondern durch Fusion. Auch hier sollte eine Gesellschaft in Liquidation nach begonnener Verteilung des Vermögens als übertragende Gesellschaft noch Fusionen beschliessen können.[58] Art. 5 FusG sollte deshalb entsprechend teleologisch reduziert werden.[59] Mindestens aber sollte ihm als fehlgeleitete Bestimmung keine Bedeutung über das FusG hinaus zuerkannt werden.

IV. Schlussfolgerungen zur Zulässigkeit von Dividenden nach Auflösung der Gesellschaft

Wie ausgeführt, übernahm die Lehre den Leitsatz von BGE 123 III 473, wonach ein Auflösungsbeschluss durch die Generalversammlung so lange zulässig sei, als noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen worden ist, nahezu kritiklos: bezüglich der Möglichkeit des Widerrufs zu Recht, den spätmöglichsten Zeitpunkt dafür betreffend zu Unrecht. Die grundsätzlichen Ausführungen des Bundesgerichts zu Art. 739 Abs. 2 OR und insbesondere zur Rolle der Generalversammlung nach einem Auflösungsbeschluss wurden wenig beachtet. Jedoch ist ihnen zu entnehmen, dass die Kompetenzen der Generalversammlung durch einen Auflösungsbeschluss praktisch nicht berührt werden. Das gilt auch für die unübertragbare Befugnis der Generalversammlung, gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR über die Verwendung des Bilanzgewinns zu entscheiden, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme zu beschliessen. Die ältere Lehre, welche der Generalversammlung diese Kompetenz nach einem Auflösungsbeschluss fast unisono[60] verbieten will,[61] ist damit aufgrund von BGE 123 III 473 obsolet.

Die jüngere Lehre vollzieht den durch BGE 123 III 473 nötig gewordenen Schritt in der Regel[62] nicht.[63] Vielmehr geht sie davon aus, eine Substanzdividende könne lediglich vor einem Auflösungsbeschluss beschlossen werden.[64] Dagegen sei unter Umständen eine Kapitalherabsetzung zulässig.[65]

[54] Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13.6.2000, BBl 2000 4337, 4397.

[55] S. III.

[56] Gleicher Meinung z.B. *Stephan Erni*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. A., Basel 2015 (zit. BSK FusG-*Erni*), Art. 5 N 17; *Dalla Torre* (Fn. 24) 39 ff.

[57] Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13.6.2000, BBl 2000 4337, 4397; CR CO II-*Rayroux* (Fn. 34) Art. 739 N 7 Fn. 7.

[58] Gleicher Meinung OFK FusG-*Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel* (Fn. 37) Art. 5 N 7; *Dalla Torre* (Fn. 24) 39, 41 ff.; wohl ebenfalls gleicher Meinung *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 57 N 60; teilweise gleicher Meinung CHK-*Triebold* (Fn. 50) Art. 5 FusG N 6; BSK FusG-*Erni* (Fn. 56) Art. 5 N 20a, wonach eine Fusion mit einer übertragenden Gesellschaft immerhin bis zur Verteilung ihres gebundenen Vermögens zulässig ist.

[59] Zur teleologischen Reduktion im Allgemeinen z.B. *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. A., Bern 2016, 233 ff.

[60] S. aber *Bachmann* (Fn. 32) Art. 667 aOR N 7.

[61] Z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 56 N 76, 114; *Christoph von Greyerz*, in: Werner von Steiger (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Achter Band, Handelsrecht, zweiter Teilband, Basel 1982, 283; ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 22; *Robert Patry*, Précis de droit suisse des sociétés, Volume II: La société anonyme, Les sociétés mixtes, Bern 1977, 276; *von Steiger* (Fn. 14) 341; *Heberlein* (Fn. 28) 14, 73; *Fritz Funk*, Kommentar des Obligationenrechtes, Zweiter Band, Das Recht der Gesellschaften, Erster Teil, Aarau 1951, Art. 745 OR N 1; *Fritz von Steiger*, Rechtsfragen betr. die Aktiengesellschaft in Liq., SAG 1949/1950 42 f.

[62] S. aber CR CO II-*Rayroux* (Fn. 34) Art. 745 N 10, jedoch auch Art. 743 N 17.

[63] Z.B. BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 739 N 1, Art. 743 N 21; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 28; s. auch Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG 150193 vom 9.3.2018 E. 2.3, und BGer 4C.139/2001 vom 13.8.2001 E. 3d.

[64] Z.B. BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 745 N 13; *Massimo Calderan/Riccardo Geiser*, in: Jeanette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016 (zit. OFK *Aktienrecht-Calderan/Geiser*), Art. 739 OR N 5; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 70, s. aber auch N 66, wo bezüglich vorzeitiger Verteilung zusätzlich zum speziellen Revisionsbericht gemäss Art. 745 Abs. 3 OR die Einhaltung der Vorschriften für Dividendenausschüttungen verlangt wird; s.a. Urteil Handelsgericht des Kantons Zürich HG 150193 vom 9.3.2018 E. 2.3.

[65] Z.B. BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 739 N 1, Art. 743 N 21, Art. 745 N 12; CR CO II-*Rayroux* (Fn. 34) Art. 739 N 12, 745 N 10; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 28, 71; s. bereits die ältere Lehre, z.B. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 56 Fn. 33, N 115; *von Greyerz* (Fn. 61) 283;

Oder es sei in Konzernverhältnissen nach Ablauf des Sperrjahres eine Sachdividende zulässig.[66] Warum eine Kapitalherabsetzung, nicht aber eine Dividendenausschüttung – bzw. eine solche nur in Konzernverhältnissen nach Ablauf der Sperrfrist in Form einer Sachdividende – zulässig sein soll, wird weder begründet, noch ist es logisch. Beide Formen der Kapitalausschüttung können bei überflüssigem Kapital angezeigt sein, zumal die aufgelöste Gesellschaft ihren Betrieb so lange weiterführen kann, bis sich z.B. für das Unternehmen ein Käufer findet. Beide Formen der Kapitalausschüttung unterstehen den jeweiligen Schutzvorschriften, die Kapitalherabsetzung nach Art. 732 ff. OR, die Dividendenausschüttung, u.a. Art. 671, 675, 698 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 731 OR. Bei der für die Dividendenausschüttung relevanten Jahresrechnung kann es sich um eine «Zwischenbilanz» gemäss Art. 743 Abs. 5 OR handeln. Denn diese ist in Tat und Wahrheit eine Zwischenjahresrechnung.[67] Die Revisionsstelle hat sie vorbehältlich eines opting out[68] zu prüfen[69] und der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen.[70] Es kann sich auch um die Liquidationseröffnungsbilanz handeln, sofern diese aus einer Erfolgsrechnung besteht,[71] und, wiederum vorbehältlich eines opting out, durch die Revisionsstelle geprüft[72] und von der Generalversammlung genehmigt wurde.[73] Ob der Liquidationseröffnungsbilanz und den Zwischenbilanzen Fortführungs- oder Veräusserungswerte zugrunde zu legen sind, entscheidet sich je nachdem, ob eine Fortführung (für eine bestimmte Zeit) geplant ist oder nicht.[74]

Entsprechend gibt es im Liquidationsverfahren einen Kapitalabfluss nach den Spezialregeln des Liquidationsverfahrens (insbesondere Art. 745 OR).[75] Es gibt aber auch einen Kapitalabfluss nach den allgemeinen aktienrechtlichen Regeln durch Kapitalherabsetzung und durch Ausschüttung einer Dividende. Der Kapitalabfluss im Liquidationsverfahren kann in bar oder in natura erfolgen,[76] ebenso wie der Kapitalabfluss durch Kapitalherabsetzung und durch Ausschüttung einer Dividende.[77] Der formellen ist die versteckte Dividende gleichgestellt, z.B. in Form eines Upstream-Darlehens.[78]

ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 13; *von Steiger* (Fn. 14) 341; *von Steiger* (Fn. 61) 42 ff., insb. 46 mit Hinweis auf einen von ihm in SAG 1938/1939 64 f. rapportierten Entscheid der Direktion der Volkswirtschaft des Kantons Zürich vom 15.2.1938; a.M. EJPD, SJZ 1916 338.

66 Z.B. OFK Aktienrecht-*Calderan/Geiser* (Fn. 64) Art. 739 OR N 5.

67 Z.B. BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 743 N 20; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 61; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 56 N 83; s. z.B. auch BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 743 N 21, und *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 60, zum massgeblichen Stichtag der Zwischenbilanz.

68 Art. 727a Abs. 2 OR.

69 Z.B. BGE 123 III 473 E. 4a; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 61; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 56 N 85.

70 Z.B. BGE 123 III 473 E. 4a; OFK Aktienrecht-*Calderan/Geiser* (Fn. 64) Art. 743 OR N 19.

71 Z.B. *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 50, 63, zur umstrittenen Frage, ob die Liquidationseröffnungsbilanz (Art. 742 Abs. 1 OR) [und die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene {z.B. BGer 2P.75/2002 vom 23.1.2003 E. 3.1} Liquidationsschlussbilanz] in Tat und Wahrheit eine Liquidationseröffnungsrechnung [und eine Liquidationsschlussrechnung] mit Erfolgsrechnung ist.

72 Z.B. BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 742 N 1[Art. 745 N 5], zur umstrittenen Frage, ob die Liquidationseröffnungsbilanz [und die Liquidationsschlussbilanz] zu revidieren sind; die Frage bejahend BGE 123 III 473 E. 4a.

73 Z.B. OFK Aktienrecht-*Calderan/Geiser* (Fn. 64) Art. 742 OR N 7, Art. 745 OR N 2, zur Frage, ob die Liquidationseröffnungsbilanz [und die Liquidationsschlussbilanz] von der Generalversammlung zu genehmigen sind; die Frage bezüglich Liquidationsschlussbilanz bejahend BGE 123 III 473 E. 4a.

74 *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 24; ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 744 N 14 f., N 16; a.M. z.B. *von Greyerz* (Fn. 61) 284; anderer Meinung BGer 4C.139/2001 vom 13.8.2001 E. 2a aa, bezüglich Liquidationseröffnungsbilanz.

75 S.a. *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 61, 67, zur umstrittenen Frage, ob für die Verteilung gemäss Art. 745 OR ein Revisionsbericht und ein GV-Beschluss notwendig sind; die Frage wohl implizit verneinend BGer 2P.75/2002 vom 23.1.2003 E. 3.1 und BGer 2A.182/2002 vom 25.4.2003 E. 3.2.2.

76 BGer 2P.75/2002 vom 23.1.2003 E. 3.1; wohl auch BGer 4C.148/2002 vom 30.7.2002 E. 3.2; CR CO II-*Rayroux* (Fn. 34) Art. 745 N 12; BSK OR II-*Stäubli* (Fn. 8) Art. 745 N 2; *Böckli* (Fn. 28) § 17 N 69; *Peter Forstmoser*, in: Peter Forstmoser/Anton Heini/Hans Giger/Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 706 ff.; ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 745 OR N 14, schon *Bachmann* (Fn. 32) Art. 667 aOR N 5; s.a. *Forstmoser* (Fn. 76) 706 ff. zur Streitfrage des notwendigen Quorums in der GV für Sachausschüttungen; s. schon Fn. 75 zur Streitfrage, ob überhaupt ein GV-Beschluss notwendig ist.

77 Z.B. *Böckli* (Fn. 28) § 15 N 788, bezüglich Sachausschüttungen in der Kapitalherabsetzung; z.B. *Böckli* (Fn. 28) § 12 N 536, und *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 40 N 66 ff., bezüglich Sachdividenden; s.a. *Forstmoser* (Fn. 76) 705 f. zur Streitfrage des notwendigen Quorums in der GV für Sachdividenden.

78 Dazu, insb. auch zu den diesbezüglichen Formvorschriften z.B. *Markus Vischer/Valentin Wiesner*, Die Gewährung von upstream- und crossstream-Darlehen, Eine aktienrechtliche Analyse zur Zuständigkeit, Expert Focus 2016 233 ff.; s.a. in BGer 2P.75/2002 vom 23.1.2003 einen Fall, in dem das Bundesgericht ein Upstream-Darlehen in der Form eines Liegenschaftenverkaufs der AG in Liquidation an die Aktionäre unter Stehenlassen des Kaufpreises zu Unrecht nicht als formnichtig betrachtet hat.

V. Exkurs: Weitere Schlussfolgerungen bezüglich Kompetenzen der Generalversammlung

BGE 123 III 473 lässt die hergebrachten Ansichten zu den Kompetenzen der Organe der Gesellschaft nach Auflösung der Gesellschaft grundsätzlich überdenken, gerade was die Kompetenzen der Generalversammlung betrifft. So ist z.B. nicht nur nach der Auflösung eine Kapitalherabsetzung zulässig, sondern bei Mittelbedarf, etwa zur einstweiligen Weiterführung eines Betriebs, auch eine Kapitalerhöhung,[79] genau wie die Liquidatoren auch einen vorübergehenden Kredit aufnehmen dürfen.[80] Ebenso ist auch nach der Auflösung eine Firmenänderung zulässig,[81] z.B. wenn im Zug des Verkaufs des Betriebs eine Marke veräussert wird, die eine Weiterführung der identischen oder verwechselbaren Firma nicht erlaubt. Natürlich muss die neue Firma in diesem Fall den Zusatz «in Liquidation» beinhalten.[82] Andere Statutenänderungen wie eine Zweckänderung[83] sind nach der Auflösung im Zweifel ebenfalls zulässig.[84] Dies etwa dann, wenn nur so eine Zusatzaktivität möglich wird, welche eine Liquidation ohne einen Konkurs erst zulässt. Gleiches gilt für eine Verlegung des statutarischen Sitzes,[85] z.B. aus steuerlichen Gründen[86] oder weil an einem anderen Ort günstigere Lokalitäten angemietet werden können. Entgegen dem Wortlaut von Art. 5 FusG ist selbst eine Fusion nach der Auflösung unbeschränkt zulässig.[87]

[79] Gleicher Meinung *Michael Gwellessiani*, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 63 HRegV N 293; *Riek* (Fn. 15) ST 2004 857 f.; *Riek* (Fn. 12) 43, 45 f.; a.M. CR CO II-*Rayroux* (Fn. 34) Art. 739 N 12; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 28) § 56 Fn. 33; ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 12; *von Steiger* (Fn. 14) 341; *von Steiger* (Fn. 61) 40; EJPD, SJZ 1916 338.

[80] So schon *von Steiger* (Fn. 14) 344, aber auch 341 bezüglich Verbot der Begebung einer Anleihe.

[81] Anderer Meinung ERHA, Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen vom 1.7.2016, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/handelsregister/weisung-firmenrecht-d.pdf> (besucht am 24.3.2019), Rz. 109; anderer Meinung, d.h. nur ausnahmsweise mit Zustimmung aller Aktionäre und Gläubiger, CR CO II- II-*Rayroux* (Fn. 34) Art. 739 N 11; ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 5, 12; *von Steiger* (Fn. 14) 340 f.; *von Steiger* (Fn. 61) 40.

[82] S. I.

[83] Gleicher Meinung *Riek* (Fn. 12) 43, 46; anderer Meinung ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 12.

[84] S.a. BGE 123 III 473 E. 4a, zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Statutenänderungen im Liquidationsstadium; s.a. ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 14 f., 19, u.a. zur Zulässigkeit der Aufhebung von Stimmrechtsaktien; anderer Meinung, das heisst nur mit Zustimmung aller Aktionäre und Gläubiger, EJPD, SJZ 1929/1930 298 (209).

[85] Wohl gleicher Meinung ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 12; anderer Meinung, d.h. nur ausnahmsweise mit Zustimmung aller Aktionäre und Gläubiger, CR CO II-*Rayroux* (Fn. 34) Art. 739 N 11; *von Steiger* (Fn. 14) 341; EJPD, SJZ 1924 8 (12).

[86] ZK-*Bürgi/Nordmann* (Fn. 5) Art. 739 OR N 1.

[87] S. IV.