

OR 731b, Liquidation nach den Regeln des SchKG einer mangelhaft organisierten Gesellschaft. Diese Anordnung ist auch möglich, wenn die Auflösung bereits – nach altem Recht – verfügt wurde.

Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich stellte mit Eingabe vom 3. April 2008 bei der Vorinstanz das Gesuch, infolge Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der X. AG seien die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Mit Verfügung vom 17. April 2008 trat die Vorinstanz auf das Begehren nicht ein mit der Begründung, die X. AG sei bereits mit Entscheid der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 11. Dezember 2007 aufgelöst worden, weshalb keine Veranlassung mehr bestehe, der Gesellschaft erneut Frist anzusetzen, um den gesetzmässigen Zustand wieder herzustellen.

Im Rekurs führt das Handelsregisteramt im Wesentlichen aus, es verstehe sich von selbst, dass eine Gesellschaft nicht zweimal aufgelöst werden könne. Die Auflösung der Gesellschaft sei jedoch nur eine der mehreren Massnahmen, welche das Gericht ergreifen könne. Insbesondere könne das Gericht auch die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR anordnen. Einer solchen Anordnung stehe nicht entgegen, dass die Gesellschaft bereits durch das Gericht aufgelöst worden sei. Vielmehr sei sie gerade angezeigt, falls wie vorliegend keine Organe, insbesondere keine Liquidatoren, mehr vorhanden seien.

(Erwägungen des Obergerichts:)

II./2.1 Am 1. Januar 2008 trat der neue Art. 731b OR betreffend Mängel in der Organisation der Gesellschaft in Kraft. Danach hat der Richter bei einem entsprechenden Organisationsmangel der Gesellschaft Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung ihrer Auflösung anzusetzen (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter zu ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen (Ziff. 3). Geändert hat sich mit dieser Regelung gegenüber den früheren Bestimmungen insbesondere, dass nunmehr die Möglichkeit zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften des Konkurses besteht (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Mit dieser zwangsweisen Liquidation soll bezweckt werden, dass eine durch das Gericht aufgelöste Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit nicht ungehindert weiterführen kann (BBl 2002 3148 ff., 3232).

Nach altem Recht konnte der Richter bei einem Organisationsmangel – namentlich bei Fehlen einer Revisionsstelle – lediglich die Auflösung der Gesellschaft mit dem Firmenzusatz "in Liquidation" anordnen (vgl. Art. 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen zum revidierten Aktienrecht). Gestützt auf diese (altrechtliche) Regelung hat die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Meilen mit Verfügung vom 11. Dezember 2007 die Auflösung der X. AG angeordnet und das Handelsregisteramt ersucht, den Firmeneintrag mit dem Zusatz "in Liquidation" zu versehen. Eine Liquidation der Gesellschaft nach den Regeln des Konkurses war dazumal nicht möglich. Mit Eingabe vom 28. April 2008 ersuchte der Rekurrent das Gericht daher erneut, im Sinne des neuen Art. 731b OR die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen und gemäss Ziffer 3 der Bestimmung die Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften des Konkurses anzuordnen.

2.2 Der neue Art. 731b OR wurde mit Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 (AS 2007, 4791; Inkrafttreten am 1. Januar 2008) eingeführt. Diese Norm steht im 26. Titel, Dritter Abschnitt unter Ziffer D "Mängel in der Organisation der Gesellschaft". Die Übergangsbestimmungen enthalten dazu keine spezielle Regelung. Art. 7 der Übergangsbestimmungen betrifft nur die Bestimmungen zur Revisionsstelle, welche unter Ziffer C (Art. 727-731a OR) geregelt sind. Demnach kommt die allgemeine Regel gemäss Art. 1 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Anwendung, welche auf die Schlusstitel des Zivilgesetzbuches verweist. Danach beurteilen sich die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind, auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts, die zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsache gegolten haben (Art. 1 Abs. 1 SchIT). Damit statuiert das Gesetz die Regel der Nichtrückwirkung. Die vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Handlungen in Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen unterliegen demgemäss auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen (Art. 1 Abs. 2 SchIT). Die nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Tatsachen dagegen werden, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat, nach dem neuen Recht beurteilt (Art. 1 Abs. 3 SchIT).

2.3 Mit Verfügung vom 11. Dezember 2007 wurde die X. AG aufgelöst und wurde das Handelsregisteramt ersucht, den Firmeneintrag mit dem Zusatz "in Liquidation" zu versehen. Diese Anordnung erfolgte nach ungenutztem Ablauf der mit Verfügung vom 30. Oktober 2007 angesetzten Frist, womit der X. AG die Gelegenheit gegeben wurde, eine Revisionsstelle zu bestellen und diese beim Handelsregisteramt anzumelden sowie dem Gericht innert Frist eine entsprechende Bestätigung einzureichen oder einen Barvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– zwecks Bestellung einer Revisionsstelle durch das Gericht zu bezahlen. Die Anordnung erging somit gestützt auf Tatsachen, die sich vor Inkrafttreten des neuen Rechts ereignet hatten.

Das neuerliche Gesuch des Handelsregisteramtes, auf das sich der vorliegende Rekurs bezieht, datiert vom 3. April 2008 und wurde damit unter dem neuen Recht gestellt, wobei sich dennoch übergangsrechtliche Fragen stellen. Selbstverständlich ist, dass die X. AG bereits aufgelöst (im Sinne von: in das Stadium der Auflösung versetzt) ist, und dass es im vorliegenden zweiten Verfahren nur noch darum geht, die bereits angeordnete Auflösung durch die Anordnung der Liquidation nach den Regeln des SchKG zu komplettieren. Ob und inwieweit bei einer altrechtlichen Auflösung eine neurechtliche Liquidationsanordnung möglich ist, ergibt sich nicht aus der neuen Bestimmung von Art. 731b OR, und übergangsrechtlich ist nichts vorgesehen worden. Und auch die allgemeine Übergangsbestimmung von Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB, wonach altrechtliche Tatsachen auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach altem Recht zu beurteilen sind, hilft hier nicht weiter, so dass eine zu füllende Lücke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB vorliegt. Da sich aus den Materialien ergibt, dass der Gesetzgeber mit der Liquidation nach SchKG bezweckt, aufgelöste Gesellschaften davon abzuhalten, weiter am Geschäftsverkehr teilnehmen zu können (vgl. BBI 2002 S. 3232), erscheint es richtig, die mit der Gesetzesrevision möglich gewordene Liquidationsanordnung nunmehr im Nachgang zur bereits verfügbaren Auflösung zu treffen. Diese Massnahme rechtfertigt sich auch unter dem Gesichtswinkel der Dauerwirkung eines unrechtmässigen Zustandes. Gemäss Art. 740 Abs. 1 OR ist für den Fall der Auflösung gesetzlich vorgesehen, dass Liquidatoren bestellt werden, sei dies der bisherige Verwaltungsrat, seien dies von diesem besonders be-

traute Personen, und dass diese ins Handelsregister einzutragen sind. Bei Gesellschaften ohne jegliche Organisation, wie dies bei der X. AG der Fall ist, kann dieser Bestimmung ganz offensichtlich nicht nachgelebt werden und es ist ihr - wie der aktuelle Handelsregistereintrag zeigt - durch die X. AG auch tatsächlich nicht nachgelebt worden.

Der Rekurs ist daher gutzuheissen und die Liquidation nach den Regeln des SchKG anzuordnen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 10. Juni 2008
NL080056