

Widerrufbarkeit des Auflösungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft

BGE 123 III 473 ff. vom 18.7.1997 i.S. Stratton Industrie Holding AG in Liquidation gegen
Departement des Innern des Kantons Aargau und Handelsregisteramt des Kantons Aargau [4 A. 6/1995]

mit Bemerkungen von Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich¹

In Abweichung von seiner bisherigen Praxis, aber in Übereinstimmung mit der überwiegenden neueren Lehre kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Widerruf des Auflösungsbeschlusses durch die Generalversammlung einer AG so lange zulässig ist, als noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen worden ist.

Das Gericht befasst sich auch mit den Kompetenzen der Organe im Liquidationsstadium. Eine erneute Prüfung der Kognitionsbefugnis und -pflicht des Handelsregisterführers wird dagegen abgelehnt.

Inhaltsübersicht

I. Tatbestand

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Die bisherige Praxis

Lehrmeinungen

Auslegung; Funktionen der Organe im Liquidationsstadium

Die betroffenen Interessen

Ergebnis

Zum Vorgehen

Kognition des Handelsregisterführers

III. Bemerkungen

1. Rückgängigmachung der Auflösung einer AG: Interessenlage und gesetzliche Ordnung
2. Widerruf einer durch die Generalversammlung beschlossenen Auflösung insbesondere
3. Die Kompetenzen der Organe im Liquidationsstadium
4. Zur Kognition des Handelsregisterführers
5. Zur Dauer des Verfahrens

I. Tatbestand

Die Stratton Industrie Holding AG wurde am 9.4.1987 in das Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen. Nachdem es zwischen den beiden Aktionären zu Meinungsverschiedenheiten gekommen war, wurden am 21.10.1992 die *Liquidation* der Gesellschaft *beschlossen* und zwei Liquidatoren ernannt. Am 18.11.1992 erfolgte die *Eintragung der Auflösung im Handelsregister*, am 1.12.1992 die *Publikation des Eintrages im SHAB*.

Im Herbst 1993 schied der eine der beiden Aktionäre aus. Darauf beschloss die Generalversammlung am 6.7.1994 einstimmig, den Auflösungsbeschluss zu

widerrufen und die statutarische Geschäftstätigkeit ohne den Firmenzusatz «in Liq.» weiterzuführen. Zudem wurde vom Rücktritt der Liquidatoren Kenntnis genommen. Der Beschluss wurde öffentlich beurkundet.

Am 8.7.1994 meldete die Gesellschaft den *Widerruf des Auflösungsbeschlusses* und die *Löschung der Eintragung der beiden Liquidatoren* beim Handelsregisteramt des Kantons Aargau an. Der Anmeldung wurden Unterlagen beigelegt, aus denen hervorging, dass sich auf den Schuldenruf eine einzige Gläubigerin (die Tochtergesellschaft der Stratton) gemeldet und diese ihre Zustimmung zum Widerruf des Auflösungsbeschlusses gegeben hatte. Zudem wurde eine mit der Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle versehene Erklärung der Liquidatoren eingereicht, wonach mit Ausnahme des Schuldenrufs *keine Liquidationshandlungen* durchgeführt worden seien.

Das Handelsregisteramt des Kantons Aargau wies am 2.8.1994 die Anmeldung zur Eintragung des Widerrufsbeschlusses sowie zur Löschung der Eintragung der beiden Liquidatoren ab, weil der Auflösungsbeschluss nicht rückgängig gemacht werden könne. Die von der Gesellschaft dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Departement des Innern des Kantons Aargau mit Verfügung vom 27.4.1995 ebenfalls abgewiesen.

Gegen diese Verfügung erhob die Stratton Industrie Holding AG in Liquidation am 31.5.1995 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht.

II. Erwägungen des Bundesgerichts²

Die bisherige Praxis

E.2. – In der Verfügung des Departements des Innern wurde die Befugnis der Generalversammlung, den Auflösungsbeschluss zu widerrufen, mit der Begründung verneint, das Obligationenrecht schliesse die Möglichkeit eines Widerrufs aus. Das Departement stützte sich dabei auf einen im Jahre 1965 ergangenen Bundesgerichtsentscheid (BGE 91 I 438 ff.)

Dieser Entscheid, der eine Genossenschaft betraf, wurde wie folgt begründet: Das Bundesgericht wies zunächst auf eine vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 18.

² Die Erwägungen werden im folgenden zum Teil leicht gekürzt wiedergegeben und durch Zwischentitel ergänzt. Sie sind vollständig – aber ohne Erwägung 7 – in BGE 123 III 474 ff. abgedruckt. Eine französische Übersetzung findet sich in SJ 120 (1998) 253 ff., eine Übersicht auf S. 55 dieses Jahrgangs der SZW.

¹ Der Rezensent war in dieser Angelegenheit als Gutachter tätig.

Dezember 1936 über die Revision der Titel 24–33 des OR (1. Juli 1937) vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement sowie dem Bundesrat vertretene Auffassung hin, wonach der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft diese als Erwerbsgesellschaft auflöse und sie nur zum Zwecke der Liquidation bestehen bleibe; demgemäss habe die Generalversammlung nur noch beschränkte Befugnisse; sie könne keine Beschlüsse mehr fassen, die nicht die Durchführung der Liquidation betreffen, insbesondere nicht deren Aufhebung beschliessen (E. 3 S. 441). Das Bundesgericht befasste sich sodann mit der Entstehungsgeschichte von Art. 739 OR und hielt fest, aus den Materialien ergebe sich keine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers zur Frage der Zulässigkeit des Widerrufs (E. 3 S. 442 und E. 5c). Es wies im weitern auf einen in der amtlichen Sammlung nicht veröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 14. September 1938 hin, in dem ausgeführt worden war, angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes, der den Niederschlag schon früher anerkannter Grundsätze bilde, könne kein Zweifel darüber bestehen, dass ein Beschluss auf Widerruf der Liquidation und Fortsetzung der Gesellschaft nicht zulässig sei (E. 3 S. 442). Das Bundesgericht zitierte anschliessend die einschlägige schweizerische Lehre und hielt fest, die Meinungen der Autoren seien geteilt (E. 3 S. 443). Zudem ergebe auch der Vergleich mit den Regelungen bzw. der Literatur und Praxis der Nachbarländer Deutschland, Österreich, Frankreich und Italien kein einheitliches Bild (E. 3 S. 443 f. und E. 5d S. 447). [...] Das Bundesgericht räumte schliesslich ein, dass es Fälle geben möge, wo der Widerruf des Auflösungsbeschlusses die Interessen der Öffentlichkeit nicht gefährde, was aber nicht genüge, um eine vom eindeutigen Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung zu rechtfertigen (E. 5d S. 448).

Lehrmeinungen

3.– Die auf die damalige schweizerische Lehre bezügliche Feststellung in BGE 91 I 438 ff., dass die Meinungen geteilt seien, das heisst keine überwiegende Lehrmeinung bestehe, trifft für die nach 1965 erschienenen Publikationen nicht mehr zu. Der damals von *W. von Steiger* vertretenen Auffassung (von diesem bestätigt in ZBJV 103/1967, S. 122 f.), dass ein Widerruf des Auflösungsbeschlusses grundsätzlich zulässig sein müsse, hat sich nach 1965 die Mehrheit der Autoren angeschlossen. Zu erwähnen sind *von Greyerz* (Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, S. 279), *Bürgi* (Zürcher Kommentar, N 20 zu Art. 736), *Robert Heberlein* (Die Kompetenzzuschreibung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation unter Mitberücksichtigung der Kollektivgesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1969, S. 12 ff.), *Lutz Mellinger* (Die Fusion von Aktiengesellschaften im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Zürich 1971, S. 24 ff.), *Peter Staehelin* (Die Rückgründung aufgelöster Gesellschaften oder Genossenschaften, BJM 1973, S. 217 ff.), *Böckli* (Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, S. 1027 Rz 1955d), *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Schweizerisches Aktienrecht, § 55 N 189 ff.; anders *Forstmoser/Meier-Hayoz*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. Auflage 1983, § 41 N 9) und *Walter A. Stoffel* (SJK, Ersatzkarte 403, Die Aktiengesellschaft, XV, Auflösung, Liquidation und Überschuldung, S. 3 Fn 6). Soweit

sie sich zur Frage äussern, sind aber alle zitierten Autoren der Auffassung, dass der Widerruf im fortgeschrittenen Liquidationsstadium nicht mehr zuzulassen sei, wobei die Mehrheit von ihnen die Grenze übereinstimmend mit den Regelungen des deutschen und österreichischen Rechts im Zeitpunkt setzt, wo noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen worden ist. In diesem Zusammenhang ist im übrigen anzumerken, dass sich neben den vom Bundesgericht in BGE 91 I 438 ff. zitierten noch andere Autoren vor 1965 für die grundsätzliche Zulässigkeit des Widerrufs ausgesprochen haben (nämlich *R. Goldschmidt*, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, St. Gallen 1937, S. 60 ff.; *Fritz Funk*, Kommentar des Obligationenrechts, 2. Band, «Das Recht der Gesellschaften», 1951, N 1 zu Art. 736 OR; *Walter R. Schluep*, Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, S. 74; *Charles Metzler*, Die Auflösungsgründe im Bereich der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1952, S. 5 f.). Der Kritik an BGE 91 I 438 ff. nicht angeschlossen haben sich *Robert Patry* (Précis de droit suisse des sociétés, vol. II, La société anonyme, les sociétés mixtes, 1977, S. 267), *Guhl/Kummerl/Druet* (Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, S. 696) und *Stäubli* (in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, N 6 zu Art. 736 OR).

Der Umstand, dass BGE 91 I 438 ff. in der Lehre überwiegend kritisiert wird, deutet auf eine gegenüber der damals getroffenen Lösung gewandelte Rechtsauffassung, auf eine andere Wertung der auf dem Spiel stehenden Interessen hin, was Anlass für eine Praxisänderung bilden kann (BGE 107 V 79 E. 5a mit Hinweisen; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 512 f. zu Art. 1 ZGB). Das wird durch die Stellungnahme des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister bestätigt, welches dem Bundesgericht eine Überprüfung seiner Praxis nahelegt und darauf hinweist, dass einer anderen Lösung keine öffentlichen oder rechtlich geschützten Interessen Dritter zwingend entgegenstünden. Es ist deshalb zu prüfen, ob an der mit BGE 91 I 438 ff. vorgenommenen Auslegung von Art. 739 Abs. 2 OR festgehalten werden kann.

Auslegung; Funktionen der Organe im Liquidationsstadium

4.– [...] Nach dem Wortlaut [von Art. 739 Abs. 2 OR], auf den bei der Auslegung in erster Linie abzustellen ist (BGE 116 II 525 E. 2a, 114 II 404 E. 3), werden die Befugnisse der Gesellschaftsorgane mit dem Eintritt der Liquidation in zweifacher Hinsicht beschränkt. Einerseits dürfen sie nur noch Handlungen vornehmen, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind; andererseits sind sie dazu nur insoweit befugt, als die Handlungen nicht ihrer Natur nach von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Diese doppelte Beschränkung der Befugnisse der Gesellschaftsorgane wurde in BGE 91 I 438 ff. in den Vordergrund gestellt. Dem Wortlaut kann indes mit dem Hinweis auf die «Natur» der Handlungen und damit auf die Gesetzessystematik auch eine positive Aussage über das Zusammenwirken von Organen und Liquidatoren sowie deren gegenseitige Kompetenzen entnommen werden. Und zwar im Sinne der Aussage, dass die Liquidatoren nicht über alle zur Durchführung der Liquidation erforderlichen Kompetenzen ver-

fügen, sondern der Mitwirkung der Gesellschaftsorgane bedürfen, deren Fortbestand vorausgesetzt wird. Die Organe bleiben zuständig für Handlungen, die «nicht ihrer Natur nach von den Liquidatoren vorgenommen werden können» (frz. Wortlaut: «... et qui, de par leur nature, ne sont point du ressort des liquidateurs»; ital.: «... e che per la loro natura non possono essere eseguiti dei liquidatori»). Damit wird Bezug genommen auf die organisatorische Struktur der Gesellschaft und auf jene Aktivitäten der Gesellschaftsorgane, welche der Aufrechterhaltung der gesellschaftsrechtlichen Organisation dienen. Insoweit sieht das Gesetz keine besondere Kompetenzordnung für das Liquidationsstadium vor.

a) Die Generalversammlung bleibt auch im Liquidationsstadium oberstes Organ der Gesellschaft, das nach wie vor den Willen der Aktionäre zum Ausdruck bringt (*Bürgli/Nordmann*, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 739 OR; *Stäubli*, a.a.O., N 5 zu Art. 739 OR). Der Generalversammlung obliegen weiterhin Wahl und Abberufung von Verwaltung und Revisionsstelle (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 705 OR). Sie ist zur Abnahme der jährlichen Zwischenbilanz (Art. 743 Abs. 5 OR) und der Schlussbilanz verpflichtet, welche Grundlage für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bildet. Die Generalversammlung ist sodann zuständig zur Erteilung der Décharge an Verwaltung und Liquidatoren (*Bürgli/Nordmann*, a.a.O., N 23 zu Art. 739 OR). Die Stellung der Generalversammlung als oberstes Gesellschaftsorgan manifestiert sich schliesslich in ihrer Kompetenz, den Liquidatoren die freihändige Verwertung zu verbieten (Art. 743 Abs. 4 OR) und selbst im Liquidationsstadium Statutenänderungen zu beschliessen, sofern sie mit der Liquidationstätigkeit vereinbar sind (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, a.a.O., § 56 N 66).

Auch die Revisionsstelle behält während der Liquidation ihre Aufgaben (*Bürgli/Nordmann*, a.a.O., N 34 zu Art. 739 OR). Ihre Pflichten bleiben weitgehend die gleichen wie vor dem Auflösungsbeschluss. So hat sie die Bilanzen – Liquidationseröffnungsbilanz (Art. 742 Abs. 1 OR), Zwischenbilanz und Schlussbilanz – zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, a.a.O., § 56 N 76). Nach Art. 729b Abs. 2 OR hat sie sodann bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt. Dieser Pflicht dürfte sie auch bei der aufgelösten Gesellschaft unterstellt sein, und zwar nicht nur, falls die Liquidation in den Händen des Verwaltungsrates liegt, sondern auch dann, wenn die Liquidation durch besondere Liquidatoren besorgt wird und diese die Überschuldung nicht anzeigen. [...]

b) Wesentliche Auswirkungen hat die Gesetzesvorschrift von Art. 739 Abs. 2 OR, die sich an die «Organe der Gesellschaft» schlechthin richtet und ihnen nach dem Wortlaut gleiche Befugnisbeschränkungen auferlegt, auf die Stellung des Verwaltungsrats. Hier zeigt sich indes deutlich, dass die Bestimmung zu wenig differenziert gefasst und deshalb mehrdeutig ist. Wird die Liquidation durch den Verwaltungsrat besorgt, ist die Befugnisbeschränkung zugunsten der Liquidatoren zwar gegenstandslos. Wird die Liquidation dagegen eigens hierfür bestimmten oder gewählten Liqui-

datoren übertragen, ist der Verwaltungsrat von den Befugnisbeschränkungen ungleich mehr betroffen als die Generalversammlung und die Revisionsstelle (vgl. dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, a.a.O., § 56 N 72 ff.; *Bürgli/Nordmann*, a.a.O., N 33 zu Art. 739 OR; *F. von Steiger*, Rechtsfragen betr. die Aktiengesellschaft in Liq., in: *Die Schweizerische Aktiengesellschaft*, 1949/50 Bd. 22, S. 40 ff.). Obliegt dem Verwaltungsrat in der unaufgelösten Gesellschaft die Führung der Geschäfte bzw. die Beaufsichtigung der Geschäftsführung (Art. 716, 716a und 716b OR), liegt nach der Auflösung die in der Liquidationstätigkeit bestehende Hauptaktivität der Gesellschaft in den Händen der Liquidatoren (Art. 742–745 OR). [...] Die im Vergleich zu Generalversammlung und Revisionsstelle ungleich stärkeren Auswirkungen der Liquidation auf die Kompetenzen des nicht liquidierenden Verwaltungsrates ändern aber nichts am Prinzip, dass der Auflösungsbeschluss und der anschliessende Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium ihre Grundstrukturen nicht verändern. Sie behält ihre juristische Persönlichkeit (Art. 739 Abs. 1 OR), ist mit der unaufgelösten Gesellschaft identisch (BGE 91 I 438 E. 4) und behält ihre gesetzlichen Organe. [...] Die Kernfrage, ob die Generalversammlung auf den Auflösungsbeschluss zurückkommen und die Liquidationstätigkeit ausser Kraft setzen kann, lässt sich somit aufgrund des Wortlautes und der Gesetzessystematik nicht eindeutig beantworten. Die Bedeutung der Vorschrift ist deshalb unter Heranziehung weiterer Auslegungselemente zu finden; ihre Tragweite muss mittels Auslegung nach dem Zweck, nach den dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen bestimmt werden (BGE 114 V 220 E. 3a, 110 Ib 1E. 2c/cc S. 8, 121 III E. 1d/aa S. 225).

Die betroffenen Interessen

5.– Die bisherige Auslegung hat zum Zwischenergebnis geführt, dass eine lockerere Zweckbindung der Handlungen der Gesellschaftsorgane an das Liquidationserfordernis besteht, als es der Wortlaut von Art. 739 Abs. 2 OR vermuten lässt. Das gilt namentlich für die Generalversammlung. Ob indes die Bestimmung von Art. 739 Abs. 2 OR bloss der Kompetenzabgrenzung zwischen den Liquidatoren und der Generalversammlung dient, diese an den Liquidationszweck grundsätzlich nicht gebunden ist und jederzeit, also auch noch im fortgeschrittenen Liquidationsstadium, den Widerruf der Auflösung beschliessen kann, muss die Auslegung nach teleologischen Gesichtspunkten beantworten.

a) Die Aktionäre, die aus wirtschaftlichen Gründen oder als Folge von gesellschaftsinternen Spannungen die Auflösung beschlossen haben, sind in erster Linie an einem optimalen Liquidationserlös interessiert. [...] Bei veränderten Verhältnissen, zum Beispiel nach dem Wegfall der wirtschaftlichen oder gesellschaftsinternen Gründe, welche die Generalversammlung zum Auflösungsbeschluss veranlasst haben, können die Aktionäre aber auch daran interessiert sein, auf den Auflösungsbeschluss zurückzukommen und den Zustand vor der Auflösung der Gesellschaft wiederherzustellen. In der Lehre wird zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich dabei um einen mit der Änderung des Gesellschaftszwecks vergleichbaren Vorgang handelt, weil die Gesellschaft von ihrem beschränkten Liquidationszweck zum

Zweck der aktiven Tätigkeit zurückkehrt (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, a.a.O., § 55 N 194). [...]

Die Interessenlage der Beteiligten an dieser Zustandsveränderung ist vergleichbar mit jener beim Widerruf des über eine Gesellschaft eröffneten Konkurses. In der Lehre wird denn auch darauf hingewiesen, dass in Analogie zur Möglichkeit des Konkurswiderrufs nach Art. 195 SchKG und Art. 939 Abs. 2 OR auf die grundsätzliche Befugnis der Generalversammlung geschlossen werden müsse, den Auflösungs- bzw. Liquidationsbeschluss zu widerrufen (*Böckli*, a.a.O., S. 1027 Rz 1955d; *Bürgi*, a.a.O., N 20 zu Art. 736 OR). Die Analogie lässt sich allerdings nur dem Grundsatz nach rechtfertigen und fällt insoweit ausser Betracht, als nach Art. 195 Abs. 2 SchKG der Widerruf des Konkurses bis zum Schluss des Verfahrens möglich ist. Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage je nach dem Liquidationsstadium kann diese Regelung nicht auf die Liquidation einer Aktiengesellschaft übertragen werden (vgl. dazu unten E. 5b und c).

b) Die gesetzliche Ausgestaltung des Liquidationsverfahrens ist weitgehend vom Gesichtspunkt geprägt, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu sichern. Vornehmlich oder ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen die Vorschriften über die Verpflichtungen zur Bilanzerrichtung (Art. 742 Abs. 1 OR) und zum Schuldeneruf (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 die Aktionäre (Art. 745 OR). Das Gesellschaftsvermögen darf erst dann an die Aktionäre verteilt werden, wenn alle Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Darin liegt der Ersatz für den durch die Liquidation bzw. die Vermögensverteilung bewirkten Wegfall der Garantien für die Erhaltung des Haftungssubstrates 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 Sicherheit kann die Gesellschaft nur solange stellen, als sie noch über das unverteilte Vermögen verfügt. Nach dessen Verteilung an die Aktionäre darf sie nicht mehr unternehmerisch tätig sein (*Peter Staehelin*, a.a.O., S. 221).

[...] Weil der Gesetzgeber einen lückenlosen Gläubigerschutz vorgesehen hat und dieser nur gewährleistet ist, wenn die Liquidation nach der Vermögensverteilung abgeschlossen wird, würde ein nach begonnener Vermögensverteilung gefasster Widerrufsbeschluss auf eine Umgehung der Bestimmungen über den Gläubigerschutz hinauslaufen. Zudem könnte auf diese Weise das Verbot der Kapitalrückzahlung an die Aktionäre umgangen werden (vgl. für das deutsche Recht *Hüffer*, in: *Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz, Band V, N 21 zu § 274).

Ergebnis

c) Demnach führt die Auslegung von Art. 739 Abs. 2 OR nach Wortlaut, Systematik und teleologischen Gesichts-

punkten zum Ergebnis, dass der Widerruf des Auflösungsbeschlusses durch die Generalversammlung so lange zulässig ist, als noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen worden ist. Diese Lösung stimmt überein mit der heute überwiegend von der Lehre vertretenen Meinung, lässt sich mit der Entstehungsgeschichte von Art. 739 Abs. 2 OR vereinbaren (vgl. oben E. 2; BGE 91 I 438 E. 3 S. 442) und lehnt sich an die gesetzlichen Regelungen Deutschlands (§ 274 Abs. 1 des Aktiengesetzes von 1965) und Österreichs (§ 215 Abs. 1 des Aktiengesetzes von 1965) an. Keine Bedenken bestehen schliesslich unter dem im bereits zitierten BGE vom 14. September 1938 (abgedruckt in: *Die Schweizerische Aktiengesellschaft 1938/39*, S. 69) hervorgehobenen fiskalischen Aspekt, dass durch die Zulassung des Widerrufs Steuerumgehungen mittels Verwertung von sogenannten Aktienmänteln ermöglicht würden. Zum einen wird das Problem heute vom Steuerrecht selbst gelöst (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben; SR 641.10; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, a.a.O., § 55 N 192). Zum andern steht die hier befürwortete Lösung nicht im Widerspruch zur Widerrechtlichkeit des Mantelkaufs. Unter einem Aktienmantel wird eine wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgebene, juristisch aber noch nicht aufgelöste Gesellschaft verstanden (BGE 55 I 134 ff., 64 II 361 E. 1; BGE vom 4. September 1989 E. 1b, abgedruckt in: SJ 1990 S. 108). In diesem Stadium ist indes ein Widerruf des Auflösungsbeschlusses nicht mehr zulässig. Vorausgesetzt wird vielmehr, dass die Gesellschaft über ihr unverteiltes Gesellschaftsvermögen verfügt und ein Interesse an der Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit besteht, es sich somit nicht um einen blossen Aktienmantel handeln kann.

6.– Im vorliegenden Fall hat die Generalversammlung den Widerruf in einem Zeitpunkt beschlossen, als abgesehen vom Schuldeneruf noch keine Liquidationshandlungen durchgeführt worden waren. Der Beschluss ist insoweit nach der mit diesem Entscheid geänderten Praxis des Bundesgerichts rechtmässig erfolgt.

Zum Vorgehen

Der öffentlich beurkundete und zum Eintrag in das Handelsregister angemeldete Beschluss (dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, a.a.O., § 55 N 198) wurde sodann einstimmig gefasst, weshalb die Frage nach dem allenfalls erforderlichen Quorum nicht beantwortet werden muss. Einer – im vorliegenden Fall tatsächlich erfolgten – Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger bedurfte der Beschluss im übrigen nicht, weil er deren Interesse an der Sicherung ihrer Forderungen nicht berührt. Die sinngemässe Anwendung von Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG rechtfertigt sich wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse beim Widerruf des Konkurses nicht. Unerlässlich ist dagegen, dass die Gesellschaft den Nachweis erbringt, dass im Zeitpunkt des Widerrufsbeschlusses noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen wurde. [...] Von welchem Organ und auf welche Art der Nachweis gegenüber dem Handelsregisterführer zu leisten ist, muss mangels einer Gesetzesvorschrift durch richterliche Rechtsschöpfung geregelt werden (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). Da die Liquidationstätigkeit und insbesondere auch die Vermögens-

verteilung in den Verantwortungsbereich der Liquidatoren fällt (Art. 742–745 OR), erscheint es sachgerecht, dass sie oder der nach Art. 740 Abs. 1 OR mit der Liquidation betraute Verwaltungsrat eine entsprechende schriftliche Bestätigung abgeben. Auch diese Voraussetzung ist hier erfüllt....

Kognition des Handelsregisterführers

7.– Bei diesem Ergebnis braucht auf die [...] Frage der Prüfungspflicht des Handelsregisterführers (Art. 940 OR; Art. 21 HRegV) nur kurz eingegangen zu werden.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Handelsregisterführer, soweit materielles Recht in Frage steht, bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, den Zivilrichter anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss (BGE 121 III 368 E. 2a, 117 II 186 E. 1 mit Hinweisen). Diese Grundsätze gelten auch, wenn Beschlüsse der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft zur Eintragung angemeldet werden (BGE 114 II 68 E. 2 S. 70 f.).

Nach dieser Praxis hätte der Handelsregisterführer die Eintragung des Widerrufsbeschlusses nicht ablehnen dürfen, da der Beschluss, wie sich gezeigt hat, gegen keine zwingenden Gesetzesbestimmungen versties, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt worden sind. Der zusätzlichen Einschränkung des offensichtlichen und unzweideutigen Widerspruchs gegen solche Bestimmungen kam somit im vorliegenden Fall keine Bedeutung zu. Es besteht deshalb für das Bundesgericht kein Anlass zur Prüfung der Frage, ob diese Einschränkung aufzugeben ist, wie das vom Eidgenössischen Amt für das Handelsregister in seiner Vernehmlassung angeregt wird.

III. Bemerkungen

1. Rückgängigmachung der Auflösung einer AG: Interessenlage und gesetzliche Ordnung

a) Fallen die Gründe, die zur Auflösung einer AG geführt haben, im nachhinein, aber vor der Durchführung der Liquidation, weg, dann kann – der vorliegende Fall zeigt es anschaulich – ein legitimes Bedürfnis bestehen, die *Auflösung rückgängig zu machen* und die Gesellschaft aus dem Beendigungsstadium in das einer aktiven Gesellschaft zurückzuführen. Die Neugründung nach durchgeführter Liquidation ist schon wegen der anfallenden Kosten und Steuern kein angemessener Ersatz.

b) Für einzelne Fälle der Auflösung ist die Rückgängigmachung *positivrechtlich vorgesehen*:

- So ist nach SchKG 195 der *Konkurs* – unabhängig vom Grund der Eröffnung – zu widerrufen, wenn die schriftliche Erklärung sämtlicher Gläubiger beigebracht wird, dass diese ihre Konkurseingabe zurückgezogen haben, oder wenn ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist. Der Widerruf ist dem Handelsregisterführer mitzuteilen (SchKG 176), und dieser hat die Konkurseintragung zu löschen (OR 939 II, HRegV 65).
- Für den Fall der Auflösung durch den Registerführer wegen *Nichterfüllung der Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernisse* des Verwaltungsrates (OR 708 I, IV) sieht HRegV 86 III ausdrücklich den Widerruf vor, wenn der gesetzmässige Zustand innert drei Monaten wieder hergestellt wird. Es handelt sich um eine *Kann*-Vorschrift.

c) Dagegen *fehlt es im Aktienrecht an einer allgemeinen Regel*. Offen – und in der Lehre zum Teil kontrovers diskutiert – sind namentlich die folgenden Fragen:

- Kann eine Auflösung aufgrund eines *statutarischen Auflösungsgrundes* widerrufen werden? Selbstverständlich ist, dass die Aufhebung eines statutarischen Auflösungsgrundes – etwa der im Gesetz ausdrücklich genannten Befristung (vgl. OR 627 Ziff. 4) – vor dessen Eintritt durch Statutenänderung möglich ist. Kann die Auflösung aber auch *nach dem Eintritt des Auflösungsgrundes* (also zum Beispiel nach Ablauf der in den Statuten bestimmten Zeitdauer) widerrufen werden? M.E. ist dies möglich, soweit die Liquidation noch nicht durchgeführt worden ist. Erforderlich ist ein statutenändernder Beschluss, der öffentlich zu beurkunden und im Handelsregister einzutragen ist³.
- Wie steht es bei der *Auflösung durch den Richter aus wichtigem Grund*? Da diese Auflösung ausschliesslich private Interessen der Aktionäre schützen will, können die Kläger durch Klagerückzug die Auflösung verhindern. Ein Rückzug der Klage ist jedoch nicht mehr möglich, wenn das Urteil gefällt ist. Doch kann die beklagte Gesellschaft dagegen allenfalls ein Rechtsmittel einlegen und

³ Vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*: Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 55 N 200.

kann die Klage in der Folge noch im Rechtsmittelverfahren zurückgezogen werden⁴.

- Die Frage der Zulässigkeit des Widerrufs einer *Auflösung durch Generalversammlungsbeschluss* ist Gegenstand des hier vorgestellten Entscheides.

2. Widerruf einer durch die Generalversammlung beschlossenen Auflösung insbesondere

In seiner ausserordentlich gut dokumentierten Begründung weist das Bundesgericht nach, dass Wortlaut und Systematik des Gesetzes einem Widerruf des Auflösungsbeschlusses der Generalversammlung nicht entgegenstehen und dass aufgrund einer *teleologischen* Betrachtung der Widerruf möglich sein muss. Dies freilich nur unter gewissen Voraussetzungen, die vor allem den im Auflösungsstadium zentralen Gläubigerschutz sicherstellen sollen:

- Ein Widerruf ist nur so lange zulässig, als noch *nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen* worden ist (vgl. E. 5 b und c).
- Dass noch nichts verteilt wurde, ist dem Handelsregisteramt durch die Liquidatoren oder durch den Verwaltungsrat – falls er mit der Liquidation betraut ist – *schriftlich zu bestätigen* (E. 6).
- Dagegen bedarf es *keiner Zustimmung der Gläubiger*, da ihre Rechtsstellung so lange nicht beeinträchtigt wird, als das Gesellschaftsvermögen intakt bleibt (vgl. E. 6).
- Von selbst versteht sich, dass der Widerruf der Auflösung als statutenändernder Beschluss *durch die Generalversammlung* zu erfolgen hat, dass er *öffentlich zu beurkunden* und dem Handelsregisteramt *zur Eintragung anzumelden* ist.

Die Ausführungen des Bundesgerichts überzeugen, und das Ergebnis entspricht legitimen Bedürfnissen, ohne schützenswerte Interessen zu beeinträchtigen. Insoweit ist dem Entscheid nichts beizufügen.

Eingetreten sei indessen kurz auf die vom Bundesgericht offen gelassene (vgl. E. 6) Frage, welches *Quorum für den die Auflösung widerrufenden Generalversammlungsbeschluss* zu verlangen ist. Vertretbar sind zwei Ansichten:

- Da der Widerruf der Auflösung eine *Zweckänderung* darstellt – die Rückkehr der Liquidationsgesellschaft in eine «werbende» Gesellschaft –, wird

⁴ Vorausgesetzt, dem Rechtsmittel wird von Gesetzes wegen oder durch richterliche Anordnung aufschiebende Wirkung zuerkannt, vgl. BGE 91 II 148.

das Quorum für wichtige Beschlüsse nach OR 704 verlangt (vgl. OR 704 I Ziff. 1).

- Oder es wird in der Rückgängigmachung der Auflösung ein *der Gründung analoger Vorgang* erblickt. Dies würde zum Erfordernis der Einstimmigkeit führen (vgl. OR 629).

M.E. ist der ersten Auffassung der Vorzug zu geben, da die Besonderheit des Gründungsvorgangs – es wird *neu* in eine *neu zu schaffende* Gesellschaft investiert – nicht vorliegt. Sollte für einen Aktionär der Widerruf nicht zumutbar sein, kann er sich mit der Anfechtungsklage – in Betracht kommen namentlich OR 706 II Ziff. 2 und 3 – zur Wehr setzen.

3. Die Kompetenzen der Organe im Liquidationsstadium

Über das für die Urteilsfällung Erforderliche hinaus enthält der Entscheid interessante Ausführungen zu den Kompetenzen, die den Organen im Liquidationsstadium verbleiben. Das Bundesgericht zeigt auf, dass letztlich nur eine «lockere Zweckbindung der Handlungen der Gesellschaftsorgane an das Liquidationserfordernis besteht». In der bisherigen Praxis – und teils auch in der Lehre – ist daher die mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes geschaffene Zäsur im Leben der nach wie vor mit gleicher Identität weiterbestehenden juristischen Person zu stark betont worden.

4. Zur Kognition des Handelsregisterführers

In seiner (in der Amtlichen Sammlung nicht abgedruckten) E. 7 lehnt es das Bundesgericht ab, auf seine konstante – in der Lehre aber verschiedentlich kritisierte – Praxis zur Kognitionspflicht und -befugnis der Handelsregisterbehörden erneut einzutreten: Bekanntlich begrenzt das Bundesgericht die Kognition – soweit materielles Recht in Frage steht – doppelt:

- Der Handelsregisterführer hat lediglich diejenigen zwingenden Gesetzesbestimmungen zu beachten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt worden sind.
- Und auch in diesem begrenzten Rahmen soll er eine Eintragung nur dann ablehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig rechtswidrig ist.

Vor allem die zweite Einschränkung ist in letzter Zeit (nach der Auffassung des Rezensenten freilich zu

Unrecht) verschiedentlich kritisiert worden⁵. Auf diese Kritik einzugehen erübrigte sich im vorliegenden Fall schon deshalb, weil nach Ansicht des Bundesgerichts kein Verstoß gegen eine im öffentlichen oder im Drittinteresse liegende zwingende Gesetzesbestimmung vorlag.

Da das Bundesgericht sich in diesem Entscheid an anderer Stelle durchaus mit Fragen auseinandersetzt, deren Beantwortung für die Entscheidfindung nicht unabdingbar war, mag man das Nichteintreten als Bestätigung der bisherigen Praxis werten⁶.

5. Zur Dauer des Verfahrens

Inhaltlich wie im Ergebnis überzeugt der Entscheid in jeder Hinsicht. Eine kritische Bemerkung sei jedoch zur *Verfahrensdauer* gestattet:

Die Gesellschaft meldete den Widerruf des Auflösungsbeschlusses im Juli 1994 beim Handelsregisteramt zur Eintragung an. Nach dem kantonalen Rechtsmittelverfahren wurde *Ende Mai 1995* die Verwaltungsgerichtsbeschwerde dem Bundesgericht zugestellt. Das Departement des Innern des Kantons Aargau und das Eidg. Amt für das Handelsregister reichten Ende August bzw. Ende November 1995 Vernehmlassungen ein. Damit lagen alle für die Entscheidfindung relevanten Unterlagen vor. Dennoch dauerte es noch 19 Monate, bis der Entscheid gefällt wurde, und gut zwei Jahre, bis die schriftliche Begründung vorlag. Für die Beschwerdeführerin bedeutete dies, dass sie mehr als drei Jahre warten musste, bis entschieden war, ob der von ihr beschlossene Widerruf der Auflösung rechtens war. Das ist eine lange Zeit für eine Gesellschaft, die nicht weiss, ob sie sich liquidieren muss oder ob sie wieder einer aktiven Tätigkeit nachgehen darf.

⁵ Grundlegend *R. Bär*: Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, BN 1978 410 ff; vgl. sodann *Ch.J. Meier-Schatz*: Funktion und Recht des Handelsregisters als wirtschaftsrechtliches Problem, ZSR 1989 I 433 ff, 446 ff; *M. Küng*: Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers in materiellrechtlichen Fragen, SZW 1990 41 ff; *A. de Beer*: Minderheitenschutz durch erweiterte Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, ZSR 1995 I 81 ff. Umfassend neuerdings *C. Meisterhans*: Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde (Diss. Zürich 1996 = SSHW 175).

⁶ Eine Arbeitsgruppe ist zurzeit im Auftrag des Bundesamtes für Justiz daran zu prüfen, ob eine Änderung der Kognitionsordnung wünschbar ist.